

Kontinuität und Fortentwicklung:

Ein Jahr Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs

Kurzvortrag auf dem 7. Insolvenzrechtstag

am 19. März 2010 in Berlin

I. Als ich vor längerer Zeit zugesagt habe, auf dieser Veranstaltung einen Kurzvortrag zu halten, hatte ich die – vielleicht vermessene – Hoffnung, dass ich Ihnen heute eine Lösung in dem Ihnen allen bekannten Streit zwischen dem IX. und dem XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs über den Lastschriftwiderspruch in der Insolvenz präsentieren könnte, einem Streit, der für die Praxis der Banken, Insolvenzverwalter und Gerichte gleichermaßen unerfreulich ist, von den Betroffenen ganz zu schweigen. Zu meinem großen Bedauern muss ich Sie enttäuschen. Unverzüglich nach meiner Ernennung zum Vorsitzenden des XI. Zivilsenats vor gut einem Jahr haben Herr Dr. Ganter, der Vorsitzende des IX. Zivilsenats, und ich Kontakt aufgenommen, um eine einvernehmliche Bereinigung des von mir nicht verursachten, sondern vielmehr „geerbten“ Streits ohne Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen herbeizuführen. Das ist jedoch bislang trotz eingehender Beratungen leider noch nicht gelungen. Die hinter den juristischen Argumenten stehenden Zielvorstellungen, einerseits die Insolvenzmasse zu mehren und andererseits das Lastschriftverfahren nicht zu gefährden, sind nur schwer miteinander zu vereinbaren. Ich bin jedenfalls nicht bereit, das bestens bewährte und aus dem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenkende Lastschriftverfahren auf dem Altar einer – oft kleinlichen – Massemehrung zu opfern. Das gilt namentlich für die große Zahl der Lastschriften des alltäglichen Lebens, die etwa die Zahlung von Miete, Strom, Telefon, Versicherungen, Steuern und so weiter allseits erleichtern. Jedenfalls diese Lastschriften müssen nach meinem Dafürhalten dem Zugriff des Insolvenzverwalters entzogen sein.

Noch haben Herr Dr. Ganter und ich allerdings die Hoffnung auf eine gemeinsame Lösung des Streits nicht aufgegeben. Vielmehr verfolgen wir gerade jetzt einen ganz neuen Lösungsansatz, der durchaus vielversprechend erscheint. Dabei verkennen wir nicht, dass die Zeit inzwischen drängt, wie die anwachsende Zahl von

Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden schmerzlich bewusst macht. Mehr kann und will ich hier zu diesem Thema, das Sie zweifellos brennend interessiert, nicht sagen. Hühner gackern bekanntlich beim Eierlegen, während sich Enten dabei still verhalten. Ich weiß nicht, ob dieses unterschiedliche Verhalten der Grund dafür ist, dass Enteneier deutlich dicker sind als Hühnereier. Jedenfalls möchte ich nicht über ungelegte Eier reden, zumal wenn sie dadurch möglicherweise weniger gehaltvoll werden. Hierfür hoffe ich auf Ihr Verständnis.

II. Ich muss Sie daher bitten, mit einer Rückschau auf ein Jahr Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, richtiger einige ausgewählte Entscheidungen, vorlieb zu nehmen – ein Jahr deshalb, weil ich, wie bereits erwähnt, seit dem Februar des letzten Jahres, also seit gut einem Jahr, der neue Vorsitzende dieses Senats bin. Bitte seien Sie nicht enttäuscht, wenn dabei weniger von Insolvenzrecht als vielmehr von Bankrecht die Rede ist. Aber wer den Vorsitzenden des Bankrechtssenats einlädt, darf sich nicht wundern, wenn dieser über die Rechtsmaterie spricht, für die sein Senat zuständig ist.

Ich habe meine Rückschau bewusst unter das Motto „Kontinuität und Fortentwicklung“ gestellt, um der von mir verschiedentlich angetroffenen Erwartung zu begegnen, bei einem Wechsel des Senatsvorsitzenden werde alles anders, möglichst sogar besser – natürlich aus dem Blickwinkel des jeweiligen Betrachters. Diese Vorstellung ist nicht nur deswegen verfehlt, weil sich die Rechtsprechung eines obersten Bundesgerichts nach meiner Vorstellung zur Vermeidung allseitiger Irritationen tunlichst nicht in Sprüngen, sondern in einem verlässlichen Rahmen entwickeln sollte; sie lässt darüber hinaus aber auch ein merkwürdiges Verständnis der Entscheidungsfindung in einem mehrköpfigen Richtergremium erkennen, in dem der Vorsitzende wie jeder andere Richter auch nur eine Stimme hat und in dem dem Vorsitzenden nach meinem Verständnis lediglich insoweit eine besondere Rolle zukommt, als er die gemeinsame Rechtsfindung organisiert und moderiert.

1. Im Zentrum des allgemeinen Interesses am Bankrecht steht – und zwar nicht erst seit Ausbruch der Bankenkrise – die Frage der Haftung der Banken bei fehlerhafter Anlageberatung.

a) Der Beratungsvertrag ist praktisch die Regel. Er kommt nach der ständigen Senatsrechtsprechung stillschweigend schon dann zustande, wenn der Kunde den Bankmitarbeiter fragt, wie er sein Geld anlegen soll, und der Bankmitarbeiter daraufhin eine bestimmte Anlage empfiehlt (vgl. BGHZ 123, 126, 128; Senatsurteil vom 14. Juli 2009 – XI ZR 152/08, WM 2009, 1647, Tz. 47). Ein reiner Vermittlungsvertrag ist dagegen ausnahmsweise nur dann gegeben, wenn der Kunde von vorneherein eine ganz bestimmte Anlage wünscht.

b) Die Anlageberatung muss – auch das ist ständige Senatsrechtsprechung – anleger- und anlagegerecht sein, sich also an der Person des Anlegers und seinen Anlagezielen orientieren (BGHZ 123, 126, 128; 178, 149, Tz. 12; Senatsurteil vom 14. Juli 2009 – XI ZR 152/08, WM 2009, 1647, Tz. 49).

aa) Das ist, wie der Senat durch zwei Urteile vom 14. Juli 2009 (XI ZR 152/08, WM 2009, 1647, Tz. 51 und XI ZR 153/08, juris, Tz. 51) entschieden hat, nicht der Fall, wenn die Bank einem Kunden, der ein besonderes Interesse an der Nominalsicherheit seiner Geldanlage offenbart hat (etwa weil er das Geld zur Alterssicherung oder zum Bau eines Hauses benötigt), eine Einlage bei ihr empfiehlt, obwohl bei der betreffenden Bank mangels Zugehörigkeit zum Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Deutscher Banken e.V. keine volle Einlagensicherung besteht, sondern nur die gesetzliche Mindestdeckung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz. Dem steht nicht entgegen, dass die Bank ihrer gesetzlichen Pflicht (nach § 23a Abs. 1 Satz 2 KWG i.d.F. vom 1. August 1998) genügt hat, den Kunden über die bestehende Sicherungseinrichtung zu informieren, was etwa auch bei Kontoeröffnung durch einen Hinweis auf die einschlägigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschehen kann. Die Bank darf sich vielmehr im Rahmen ihrer Beratungspflicht nicht einfach darauf verlassen, dass der Kunde die Information zur Kenntnis genommen und verstanden hat, sondern muss ihn gesondert darauf hinweisen, dass sich die gewünschte Nominalsicherheit bei ihr mangels voller Einlagensicherung nicht verwirklichen lässt. Das bedeutet – dies sei wie schon in den Urteilsgründen auch hier noch einmal ausdrücklich betont – nicht, dass die Bank den Kunden an die Konkurrenz verweisen muss. Sie muss dem Kunden lediglich das Risiko vor Augen führen, das er eingeht, wenn er sich – etwa wegen der ansonsten vorteilhaften Konditionen – für eine Einlage bei ihr entscheidet.

bb) Die Pflicht der Bank zur anlagegerechten Beratung, die sich aus einem Beratungsvertrag ergibt, beschränkt sich, wie der Senat in zwei Urteilen vom 27. Oktober 2009 (XI ZR 337/08, WM 2009, 2303, Tz. 15 und XI ZR 338/08, ZIP 2009, 2380, Tz. 15) erneut hervorgehoben hat, nicht darauf, einen über die Kapitalanlage herausgegebenen Prospekt lediglich auf seine innere Schlüssigkeit hin zu überprüfen. Dies kann im Rahmen eines Anlagevermittlungsvertrages ausreichend sein, wenn ein Anlageprodukt ohne Beratung vertrieben wird. Der Berater schuldet dagegen nicht nur eine zutreffende, vollständige und verständliche Mitteilung von Tatsachen, sondern darüber hinaus auch eine fachmännische Bewertung, um eine dem Anleger und der Anlage gerecht werdende Empfehlung abgeben zu können. Die Bank hat daher eine Anlage, die sie empfehlen will, zuvor mit banküblichem kritischen Sachverstand zu prüfen.

cc) Dabei darf einer Anlageempfehlung durchaus auch eine optimistische Erwartung der Entwicklung einer Kapitalanlage zugrunde gelegt werden, wenn die Tatsachen, die diese Erwartung stützen, sorgfältig ermittelt sind und diese Entwicklung aus damaliger Sicht vertretbar ist. Darüber hinausgehende Risikoabschläge, die der Unsicherheit Rechnung tragen sollen, die einer Prognose naturgemäß innewohnen, sind dagegen für eine angemessene Darstellung des Risikos der Anlage nicht erforderlich. Aus diesen Gründen hat der Senat in seinen Urteilen vom 27. Oktober 2009 die Prognose des Mietausfallrisikos bei einer Fondsimmoblie in prominenter Lage von Berlin, die nach sachverständiger Bewertung zum Zeitpunkt der Erstellung des Fondsprospekts ungeachtet der damaligen „Euphorie der Nachwendezeit“ „nicht unvertretbar“ war, sich nachträglich jedoch als unzutreffend (nämlich zu niedrig) erwiesen hat, entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht als fehlerhaft angesehen (Senatsurteile vom 27. Oktober 2009 – XI ZR 337/08, WM 2009, 2303, Tz. 19 ff. und XI ZR 338/08, ZIP 2009, 2380, Tz. 21 ff.).

dd) Einen aufklärungspflichtigen Prospektmangel hat der Senat in den genannten Urteilen (aaO, Tz. 24 f. bzw. Tz. 27 f.) auch nicht in dem Fehlen eines Hinweises auf das Totalausfallrisiko gesehen. Die Vorinstanz hatte einen solchen Mangel bejaht, weil die Fremdkapitalquote des betreffenden Immobilienfonds bei circa 50% lag. Nach Auffassung des Senats hängt die Hinweispflicht dagegen bei einem

Immobilienfonds nicht schematisch von einer bestimmten Fremdkapitalquote ab. Dies könnte etwa bei einem Filmfonds der Fall sein, bei dem der Misserfolg der Filmproduktion unmittelbar einen entsprechenden Verlust des eingebrachten Kapitals nach sich ziehen dürfte. Bei einem Immobilienfonds steht den Verbindlichkeiten der Gesellschaft dagegen – selbst bei einem unzureichenden Mietertrag – zunächst einmal der Sachwert der Immobilie gegenüber. Dieser muss erst aufgezehrt sein, bevor ein Totalverlust eintritt. Etwas anderes mag dann gelten, wenn risikoe erhöhende Umstände hinzutreten wie etwa ein überteuerter Erwerb der Immobilie, der Einsatz von Eigenkapital für investitionsfremde Zwecke oder der Verfall der Immobilienpreise. Das traf in dessen in den beiden entschiedenen Fällen nicht zu.

ee) Eines der ganz aktuellen Probleme des Beratungsverschuldens ist unverändert die Frage der Aufklärungspflicht über Rückvergütungen, neudeutsch „Kickbacks“ genannt.

(1) Wie der XI. Zivilsenat bereits vor meiner Zeit als Vorsitzender durch Urteil vom 19. Dezember 2006 (BGHZ 170, 226, Tz. 22 f.) entschieden hat, muss eine Bank, die im Rahmen eines Beratungsvertrages Fondsanteile empfiehlt, darauf hinweisen, dass und in welcher Höhe sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält. In einem solchen Fall sind nämlich die Kundeninteressen durch die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen gefährdet. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten. Die Aufklärung über die Rückvergütungen ist notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offen zu legen. Erst durch die Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob ihm die Bank einen bestimmten Titel nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient. Das gilt, wie der XI. Zivilsenat kurz vor meiner Ernennung zum Vorsitzenden durch Beschluss vom 20. Januar 2009 (XI ZR 510/07, WM 2009, 405, Tz. 12) weiter entschieden hat, nicht nur beim Vertrieb von Aktienfonds, sondern auch bei geschlossenen Medienfonds, weil der aufklärungsbedürftige Interessenkonflikt in beiden Fällen gleich ist. Es gilt zudem unabhängig von der Höhe der Rückvergütungen.

(2) Wie erwähnt, ist die Frage der Aufklärungspflicht über Rückvergütungen weiter aktuell. So hat der Senat in einem Urteil vom 27. Oktober 2009 (XI ZR 338/08, ZIP 2009, 2380, Tz. 31) die Gelegenheit genutzt, um den – nicht immer berücksichtigten – Unterschied zwischen Rückvergütungen und Innenprovisionen und den insoweit bestehenden Aufklärungspflichten zu verdeutlichen.

Danach liegen aufklärungspflichtige Rückvergütungen nur dann vor, wenn Teile der – offen ausgewiesenen – Ausgabeaufschläge und Verwaltungskosten, die der Kunde über die Bank an die Fondsgesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen, so dass diese ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse hat, gerade diese Beteiligung zu empfehlen. Davon sind Innenprovisionen zu unterscheiden. Bei ihnen handelt es sich um Vertriebsprovisionen (etwa für die Eigen- und Fremdkapitalbeschaffung sowie für eine Platzierungsgarantie), die aus dem Anlagevermögen gezahlt werden und demgemäß die Werthaltigkeit des erworbenen Renditeobjekts beeinträchtigen. Werden sie nicht offen ausgewiesen, entsteht bei dem Anleger demgemäß eine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit des erworbenen Renditeobjekts. Diese Fehlvorstellung erscheint jedenfalls dann erheblich, wenn die Innenprovisionen mehr als 15% der Beteiligungssumme ausmachen. Ab dieser Größe sind Innenprovisionen daher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 158, 110, 118 f.; Senatsurteil vom 25. September 2007 – XI ZR 320/06, BKR 2008, 199, Tz. 16) bei der Vermittlung einer Kapitalanlage aufklärungspflichtig. Dafür reicht es aus, dass sie im Fondsprospekt dem Inhalt und der Höhe nach korrekt ausgewiesen sind. Eine Bank ist dagegen auch im Rahmen eines Beratungsvertrages grundsätzlich nicht verpflichtet, über die korrekte Prospektangabe hinaus von sich aus ungefragt über solche Kosten weiter aufzuklären, wenn sie den Prospekt dem Anleger so rechtzeitig übergeben hat, dass er sich mit seinem Inhalt vertraut machen konnte (Senatsurteil vom 25. September 2007, aaO, Tz. 15 f.). Demgegenüber werden bei der Rückvergütung die vom Anleger an die Fondsgesellschaft zu zahlenden Ausgabeaufschläge und Verwaltungskosten zwar offen gelegt, nicht aber deren (teilweiser) Rückfluss an die beratende Bank. Aufgrund dessen wird bei dem Anleger auch keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit des erworbenen Renditeobjekts erweckt, sondern vielmehr eine Fehlvorstellung über die Neutralität der Beratungsleistung der Bank und deren Unabhängigkeit

von der Produktseite. Dieser Fehlvorstellung soll durch die Aufklärungspflicht über die Rückvergütung begegnet werden.

(3) Durch Urteil vom 12. Mai 2009 (XI ZR 586/07, WM 2009, 1274) hatte der XI. Zivilsenat über einen Fall zu befinden, in dem der Schadensersatzanspruch des Anlegers in Aktienfonds gegen die Bank wegen Verletzung ihrer Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen aus fahrlässigem Handeln (nach § 37a WpHG) verjährt, aus vorsätzlichem Handeln dagegen noch nicht verjährt war. Demgemäß stellte sich die Frage, ob der Anleger darlegen und beweisen muss, dass die Bank vorsätzlich gehandelt hat, oder ob die Bank darlegen und beweisen muss, dass sie nicht vorsätzlich gehandelt hat. Der Senat hat entschieden (aaO, Tz. 16 ff.), dass die Bank die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass sie nicht vorsätzlich gehandelt hat. Denn nach dem Gesetz (§ 282 BGB aF, § 280 BGB nF) hat der Schuldner zu beweisen, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Im Rahmen dieses Entlastungsbeweises kommt eine Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht in Betracht. Darüber hinaus ging es in dem betreffenden Fall letztlich darum, ob sich die Bank in einem den Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum befunden hatte. Wer sich aber auf einen Rechtsirrtum beruft, muss diesen auch darlegen und beweisen.

In diesem Zusammenhang hat der Senat klargestellt (aaO, Tz. 14), dass es für die Frage, ob vorsätzliches oder lediglich fahrlässiges Handeln vorliegt, nicht entscheidend auf den Mitarbeiter der Bank ankommt, der den Anleger beraten hat. Dieser Mitarbeiter wird in der Regel selbst nicht über die erforderlichen Rechtskenntnisse verfügen. Dies kann jedoch die Bank nicht entlasten, wenn die Leitung oder die Rechtsabteilung diese Rechtskenntnisse haben. Vielmehr muss sie ihren Geschäftsbetrieb wie jedes andere Unternehmen zum Schutz des Rechtsverkehrs so organisieren, dass das bei ihr vorhandene Wissen den Mitarbeitern, die für die betreffenden Geschäftsvorgänge zuständig sind, zur Verfügung steht und von diesen auch genutzt wird. Demgemäß ist der Senat zu dem Ergebnis gekommen, dass ein die Haftung begründendes vorsätzliches Organisationsverschulden vorliegt, wenn die Bank ihre Verpflichtung zur Aufklärung der Kunden gekannt oder zumindest für möglich gehalten hat (bedingter Vorsatz) und es gleichwohl bewusst unterlassen hat, ihre Anlageberater anzuweisen, die Kunden entsprechend aufzuklären.

(4) Damit komme ich zu der in vielen Fällen entscheidenden Frage, seit wann die Banken bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt mit einer generellen Aufklärungspflicht über Rückvergütungen rechnen mussten und sich deswegen nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen können, der nicht nur Vorsatz, sondern auch Fahrlässigkeit ausschließt. Diese Frage wird in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem das Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 (BGHZ 170, 226) oder gar der Senatsbeschluss vom 20. Januar 2009 (XI ZR 510/07, WM 2009, 405) ergangen sind, in denen die Aufklärungspflicht der Banken über Rückvergütungen bei der Empfehlung von Aktien- beziehungsweise Medienfonds ausdrücklich bejaht worden ist (OLG Dresden, WM 2009, 1689, 1691 f.; OLG Oldenburg, BB 2009, 2390, 2391 f.). Nach anderer Ansicht (OLG Karlsruhe, VuR 2009, 384; OLG Celle, WM 2009, 1794, 1796) enthielt bereits das Senatsurteil vom 19. Dezember 2000 (BGHZ 146, 235 ff.) deutliche Hinweise darauf, dass auch ein Anlageberater über Rückvergütungen aufzuklären habe. In diesem Urteil ist konkret entschieden worden, dass eine Bank, die mit dem Vermögensverwalter eines Kunden eine Vereinbarung über die Beteiligung des Verwalters an ihren Provisionen und Depotgebühren geschlossen hat, also Rückvergütungen gezahlt und nicht bezogen hat, zur Offenlegung gegenüber dem Kunden verpflichtet ist.

Zur Beantwortung der mithin drängenden Frage hatte der XI. Zivilsenat trotz mehrerer Anläufe bislang keine Gelegenheit. Eine erste Revision, die am 15. September 2009 verhandelt werden sollte, ist wenige Tage vor dem Verhandlungstermin von dem in der Vorinstanz erfolglosen Anleger zurückgenommen worden, nachdem er von der Bank befriedigt worden ist. In zwei weiteren Sachen, die auf den 9. Februar dieses Jahres terminiert waren, hat die betreffende Bank wiederum kurz vor der Verhandlung jeweils ihre (Anschluss-)Revision zurückgenommen und den verbleibenden Anspruch der Anleger, den diese ihrerseits mit ihrer Revision weiterverfolgt hatten, anerkannt. Daraufhin habe ich erneut zwei Sachen terminiert, in denen umgehend der Anspruch des Anlegers von der Bank anerkannt worden ist. Anschließend ist eine Welle von Rücknahmen und Anerkenntnissen über den Senat hereingebrochen, wie ich sie bislang in der Revisionsinstanz, und das sind immerhin 17 Jahre, noch nicht erlebt habe. Dies hat den Senat sogar vor ein bis dahin nicht

bekanntes prozessuales Problem gestellt. Die Anerkenntnisse der betreffenden Bank sind nämlich teilweise auch im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde des in der Vorinstanz unterlegenen Anlegers erfolgt. In diesem Verfahren ist aber vor der Zulassung der Revision, die nach einem Anerkenntnis nicht mehr in Betracht kommt, ein Anerkenntnisurteil mangels Devolutiveffekts der Nichtzulassungsbeschwerde streng genommen nicht möglich. Der Senat hat gleichwohl jeweils in entsprechender Anwendung von § 307 ZPO ein Anerkenntnisurteil erlassen, da ersichtlich eine vom Gesetzgeber übersehene Regelungslücke vorliegt (Urteil vom 4. März 2010 – XI ZR 228/09, zur Veröffentlichung bestimmt). Im Übrigen bleibt abzuwarten, wie es weitergeht. Es sind immer noch zahlreiche einschlägige Verfahren anhängig.

2. Eine andere Serie von Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden, die den XI. Zivilsenat beschäftigen, betrifft Fälle, in denen deutsche Anleger gegen eine Brokerfirma mit Sitz in den USA Schadensersatzansprüche wegen Verlusten aus Terminoptionsgeschäften an US-amerikanischen Börsen geltend machen, die ihnen ein in Deutschland ansässiger Terminoptionsvermittler gegen die Zahlung umfangreicher Gebühren sowie eine hohe Gewinnbeteiligung vermittelt hat. Die vermittelten Geschäfte sind dabei über eine vollautomatische Online-Plattform abgewickelt worden, die die beklagte Brokerfirma dem deutschen Vermittler ohne jede Kontrolle zur Verfügung gestellt hatte. Die Anleger stützen ihr Schadensersatzbegehren ausschließlich auf Deliktsrecht, konkret eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung gemäß §§ 826, 830 BGB, weil nur für deliktische Ansprüche nach § 32 ZPO die Zuständigkeit der deutschen Gerichte begründet ist. Ich muss Ihnen nicht erklären, dass die „Latte“ für einen Anspruch aus §§ 826, 830 BGB deutlich höher liegt als für einen vertraglichen Anspruch aus culpa in contrahendo oder positive Vertragsverletzung. Insbesondere ist zumindest bedingter Vorsatz erforderlich, Fahrlässigkeit reicht nicht aus. Den ersten dieser Fälle hat der Senat vorletzte Woche, genau am 9. März des Jahres, entschieden, nachdem die Revision am 2. Februar des Jahres in Anwesenheit von mehreren Instanzanwälten und selbst von Anwälten aus den USA verhandelt worden ist. Insoweit kann ich Ihnen also von einem Urteil berichten, unter dem die Unterschriften der Richter kaum trocken sind.

Der Senat hat den geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 830 BGB in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht bejaht. Nach den bindenden

Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Terminoptionsvermittler die klagende Anlegerin vorsätzlich sittenwidrig geschädigt, indem er für sie möglichst viele Terminoptionsgeschäfte ausgeführt hat, die aufgrund der anfallenden hohen Gebühren und Aufschläge sowie der Beteiligung an einem etwaigen Gewinn von vorneherein praktisch chancenlos waren und lediglich seinem eigenen Vorteil dienten. Das Geschäftsmodell des Vermittlers zielte damit von vorneherein darauf ab, uninformierte und leichtgläubige Menschen unter sittenwidriger Ausnutzung ihres Gewinnstrebens und ihres Leichtsinns als Anleger zu gewinnen und sich auf ihre Kosten zu bereichern. An dieser sittenwidrigen Schädigung hat sich die Beklagte nach deutschem Recht, das nach Internationalem Privatrecht (Art. 40, 41 EGBGB) anwendbar ist, weil die Haupttat in Deutschland erfolgt ist, nicht nur objektiv, sondern – und das war das eigentliche Problem des Falles – auch subjektiv beteiligt. Die Beklagte hat nämlich dem Vermittler über ihr vollautomatisches Online-System ohne jede Kontrolle Zugang zu den US-amerikanischen Börsen ermöglicht. Dabei hat die Beklagte, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über die hohe Missbrauchsgefahr bei der Vermittlung von hochkomplizierten Terminoptionsgeschäften unterrichtet war, die Schädigung der Klägerin zumindest billigend in Kauf genommen. Sie hat das Geschäftsmodell des Vermittlers nach ihrem eigenen Vorbringen nicht vorab geprüft, sondern dem Vermittler von vorneherein ohne alle Kontrollmaßnahmen den Zugang zu ihrem vollautomatischen Online-System eröffnet. Dabei hat sie dem Vermittler durch die Vertragsgestaltung zu erkennen gegeben, dass sie ihn bei der Ausführung der Transaktionen „schalten und walten“ lassen werde. Angesichts dessen hat der Senat zumindest bedingten Vorsatz angenommen (Urteil vom 9. März 2010 – XI ZR 93/09, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

3. Kommen wir zu einem anderen Thema, das offensichtlich für viele Insolvenzverwalter beziehungsweise Treuhänder von nicht unerheblicher Bedeutung ist, wie ich der großen Zahl einschlägiger, beim XI. Zivilsenat anhängig gemachter Verfahren entnehmen kann. Es geht dabei um die in den Instanzen und im Schrifttum streitige Frage, ob Verbraucherdarlehensvertrag und Restschuldversicherung verbundene Geschäfte sind.

a) Der Senat hat dies durch Urteil vom 15. Dezember 2009 (XI ZR 45/09, WM 2010, 166) entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts für möglich erklärt, so-

fern die Voraussetzungen des § 358 Abs. 3 BGB erfüllt sind, wenn also das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung der Restschuldversicherung („des anderen Vertrages“ beziehungsweise „eines Vertrages über die Erbringung einer Leistung“ im Sinne der Vorschrift) dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden.

Das traf nach Ansicht des Senats in dem entschiedenen Fall zu. Insbesondere diente dort das Verbraucherdarlehen gemäß ausdrücklicher Vereinbarung teilweise der Finanzierung der Restschuldversicherung. Der Regelungszweck des § 358 BGB rechtfertigt insoweit keine andere Auslegung. Wegen des Abschlusses von zwei selbständigen Verträgen besteht nämlich das für verbundene Geschäfte typische Aufspaltungsrisiko. Es besteht die Gefahr, dass der Verbraucher zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet bleibt, obwohl ihm gegen den Versicherer Einwendungen zustehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Verbraucher den Restschuldversicherungsvertrag gemäß §§ 8, 48c VVG widerruft und dadurch von der Pflicht zur Zahlung der Versicherungsprämie frei wird, das Darlehen insoweit aber bereits an den Versicherer ausgezahlt ist. Umgekehrt könnte sich der Verbraucher an einem Widerruf des Darlehensvertrages gemäß § 495 Abs. 1, § 355 Abs. 1 BGB praktisch gehindert sehen, wenn er nicht auch den – dann überflüssigen – Restschuldversicherungsvertrag beenden könnte. Des weiteren lag in dem entschiedenen Fall eine wirtschaftliche Einheit vor, weil das Darlehen insoweit zweckgebunden war, als der Darlehensvertrag seine – teilweise – Verwendung zur Bezahlung der Prämie der am selben Tag abgeschlossenen Restschuldversicherung vorsah und diese nach dem Vertragswortlaut nur in Verbindung mit dem Kredit gilt, dessen Absicherung sie dient.

b) Mit dieser Entscheidung sind allerdings noch keineswegs alle Fragen, die sich aus dem Verbund von Darlehensvertrag und Restschuldversicherungsvertrag ergeben, geklärt. Das gilt namentlich für die zahlreichen Fälle, in denen der Insolvenzverwalter beziehungsweise Treuhänder gegen die Bank auf Rückzahlung der Versicherungsprämie klagt. Dem liegt die Annahme zugrunde, wegen des Verbundes von Darlehen und Restschuldbefreiung könne der Treuhänder des Darlehensnehmers nach Widerruf des Darlehensvertrages von der Bank die an den Versicherer ausbezahlte Versicherungsprämie heraus verlangen. Die Bank habe zwar auch in Höhe der Versicherungsprämie einen Anspruch gegen den Darlehensnehmer beziehungsweise seinen Treuhänder auf Rückzahlung des Darlehens. Eine Aufrechnung

mit dessen Anspruch auf Herausgabe der Versicherungsprämie sei jedoch im Insolvenzverfahren ausgeschlossen. Damit stellen sich insolvenzrechtliche, wegen der Höhe des Anspruchs auf Herausgabe der Versicherungsprämie aber möglicherweise auch versicherungsrechtliche Fragen, zu denen ich mich hier nicht äußern möchte, zumal zu ihrer Beantwortung wohl nicht der XI. Zivilsenat, sondern der IV. Zivilsenat oder der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs berufen sein dürfte. Immerhin kann ich jedoch folgendes berichten:

In einem dieser Fälle, der beim IV. Zivilsenat anhängig geworden ist, hat dessen Vorsitzender die Parteien darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtige, die Revision durch Beschluss gemäß § 552a ZPO zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorlägen und die Revision zudem keine Aussicht auf Erfolg habe. Die vom XI. Zivilsenat durch das genannte Urteil bejahte Möglichkeit eines Verbundes zwischen Darlehensvertrages und Restschuldversicherung sei – so heißt es in dem Hinweis – nicht entscheidungserheblich. Auch bei Vorliegen verbundener Verträge sei der geltend gemachte Anspruch nicht gegeben. Wenn der Nettokreditbetrag wie hier teilweise an den Unternehmer geflossen sei, trete der Darlehensgeber gemäß § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem mit dem Kreditvertrag verbundenen Vertrag ein. Dadurch solle der Verbraucher vor einer Aufspaltung des Rückabwicklungsverhältnisses mit verschiedenen Personen als Anspruchsgegnern bewahrt werden. Daher müsse der Verbraucher den Teil des Nettokreditbetrags, der an den Unternehmer geflossen sei, nicht an den Darlehensgeber zurückzahlen. Durch den Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers komme es zu einer rechtlichen Konsumtion beziehungsweise Konfusion. Das bedeute aber auch – und das scheint mir der entscheidende Punkt zu sein –, dass der Verbraucher und Darlehensnehmer vom Darlehensgeber nur die Auskehrung solcher Beträge verlangen könne, die von ihm direkt und aus eigenem Vermögen an den Unternehmer geflossen seien. Die Bestimmung des § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB bewirke also, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Rückzahlung der an den Unternehmer geflossenen Leistung (hier des Versicherungsbeitrages) und der des Kreditgebers auf Rückzahlung des vollen Darlehens kraft Gesetzes „verrechnet“ würden. Der Darlehensgeber könne von dem Verbraucher nur einen um den kreditierten Versicherungsbeitrag verminderten Dar-

lehensbetrag zurückverlangen und müsse sich dann wegen des Versicherungsbeitrags im Innenverhältnis an den Versicherer wenden. Umgekehrt habe der Verbraucher keinen Anspruch darauf, dass er auch den Darlehensteil vom Darlehensgeber erhalte, der für die kreditierte Leistung (den Versicherungsbeitrag) aufgewendet worden sei. Der Verbraucher könne nach alledem – das ist die Quintessenz – nur das zurückverlangen, was er aus eigenem (nicht kreditierten) Vermögen erbracht habe; alles andere unterfalle der gesetzlichen Verrechnung. Probleme mit § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wonach die Aufrechnung unzulässig ist, wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist, könnten sich schon deshalb nicht stellen.

Nach diesem Hinweis, den der IV. Zivilsenat leider nicht veröffentlicht hat, hat der Kläger die Revision zurückgenommen. Ich möchte den Hinweis nicht kommentieren. Wie gesagt, sind beim XI. Zivilsenat zahlreiche gleichgelagerte Fälle anhängig, über die noch nicht entschieden ist. In einigen dieser Fälle ist allerdings inzwischen übereinstimmend die Erledigung erklärt worden, nachdem die betreffende Bank die vom Treuhänder geltend gemachten Ansprüche auf Herausgabe der Versicherungsprämie erfüllt hat.

4. Auch aus dem Bereich der Bürgschaft, für die der XI Zivilsenat im Jahr 2001 vom IX. Zivilsenats die Zuständigkeit übernommen hat, gibt es interessante Entscheidungen zu berichten.

a) Nach der gefestigten Senatsrechtsprechung ist die Bürgschaft eines Ehegatten, Lebenspartners oder nahen Familienangehörigen des Hauptschuldners gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn sie den Bürgen krass finanziell überfordert. Das ist bei nicht ganz geringen Bankschulden der Fall, wenn der Bürge voraussichtlich nicht einmal die von den Parteien des Darlehensvertrages festgelegte Zinslast aus dem pfändbaren Teil seines laufenden Einkommens und Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalles dauerhaft allein tragen kann. In diesem Fall ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung ohne Hinzutreten weiterer Umstände widerleglich zu vermuten, dass der dem Hauptschuldner persönlich besonders nahe stehende Bürge die ihn vielleicht bis an das Lebensende übermäßig finanziell belastende Personalsicherheit allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner gestellt und der Kre-

ditnehmer dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (Urteil vom 28. Mai 2002 – XI ZR 205/01, WM 2002, 1649, 1651 m.w.N., vgl. auch BGHZ 156, 302, 306).

In diesem Zusammenhang war bislang streitig, ob die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB durch die Möglichkeit der Restschuldbefreiung gemäß § 286 ff. InsO ausgeschlossen wird. Der Senat hat diese Frage, die er zuvor offen gelassen hatte, nunmehr durch Urteil vom 16. Juni 2009 (XI ZR 539/07, WM 2009, 1460, Tz. 28 ff.) verneint. Dafür hat er in rechtssystematischer Hinsicht angeführt, dass kein Konkurrenzverhältnis zwischen §§ 286 ff. InsO und § 138 Abs. 1 BGB besteht. Vielmehr setzen die §§ 286 ff. InsO das Bestehen einer wirksam begründeten Schuld voraus. Weiter ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Restschuldbefreiung den persönlichen Anwendungsbereich des § 138 Abs. 1 BGB einschränken wollte. Aus dem Umstand, dass die Restschuldbefreiung entgegen einem Vorschlag des Bundesrates nicht auf mithaftende Familienangehörige ausgedehnt worden ist, ergibt sich vielmehr, dass die Lösung insoweit nach wie vor mit Hilfe des allgemeinen Schuldrechts zu finden ist. Insbesondere ist es aber nicht der Zweck des langjährigen und komplizierten Verfahrens zur Restschuldbefreiung, Kreditinstitute, die die offensichtliche Willensschwäche eines finanziell überforderten Ehepartners, Lebensgefährten oder sonstigen nahen Familienangehörigen des Hauptschuldners zur Durchsetzung ihrer Interessen ausnutzen wollen, vor der Nichtigkeitssanktion des § 138 Abs. 1 BGB zu bewahren. Damit ist, wie es in einer Besprechung des Senatsurteils heißt, der „Schlussstein“ in der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft gesetzt worden (Krüger, NJW 2009, 3408).

b) Mit einer ganz anderen Art von Bürgschaften, nämlich solchen, die – üblicherweise von einer Bank – für Werklohnforderungen aus einem der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B unterliegenden Bauvertrag übernommen werden, hat sich der Senat im Urteil vom 15. Dezember 2009 (XI ZR 107/08, WM 2010, 112) befasst. Es gibt wohl kein größeres Bauvorhaben, bei dem nicht Nachtragsaufträge zu dem ursprünglichen Bauvertrag anfallen. Insoweit stellt sich die Frage, ob der Bürge, der sich für die Werklohnforderung des Bauunternehmers aus einem der VOB/B unterliegenden Bauvertrag verbürgt, auch für die Werklohnverbindlichkeiten des Auftraggebers haftet, die durch Auftragserweiterungen nach Abschluss des

Bürgschaftsvertrages begründet worden sind. Diese Frage hat der Senat verneint, wenn der Bürgschaftsvertrag keine entsprechende Haftungserweiterung vorsieht.

Nach Ansicht des Senats ist eine Bürgschaft für Werklohnansprüche nicht schon deswegen als Übernahme der Haftung für Entgeltforderungen aus Auftrags-erweiterungen auszulegen, weil der Bauvertrag für den Bürgen erkennbar der VOB/B unterliegt und diese in § 1 Nr. 3 und Nr. 4 Satz 1 und 2 weitgehende Leistungserweiterungen sowohl im Einvernehmen der Bauvertragsparteien als auch einseitig durch den Auftraggeber ermöglicht. Aus der Sicht redlicher Vertragspartner will der Bürge nämlich nicht ein Haftungsrisiko aus künftigen Erweiterungen des Leistungsinhalts übernehmen, dessen Entstehung und Höhe er weder beeinflussen noch kalkulieren kann. Einem abweichenden Verständnis der Bürgschaftserklärung steht das für die Bürgschaft wesentliche Verbot der Fremddisposition in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB entgegen. Das gilt nicht nur für einvernehmliche, sondern auch für einseitige Leistungserweiterungen, die nach der VOB/B sehr weitgehend zulässig sind. Damit wird das berechnete wirtschaftliche Interesse des am Bauvertrag nicht beteiligten Bürgen nicht anders gewichtet als das des Bauunternehmers. Dieser hat für die Leistungserweiterungen Anspruch auf eine erhöhte Vergütung, während das bei dem Bürgen für eine erweiterte Haftung nicht der Fall wäre.

Eine andere Auslegung des Bürgschaftsvertrages ist auch nicht dann angezeigt, wenn die Bürgschaft auf einen Höchstbetrag begrenzt ist. Das Verbot der Fremddisposition soll den Bürgen weniger vor einer nominalen Aufstockung der Bürgschaftsverpflichtung schützen als vielmehr vor einer Haftung für zusätzliche Verbindlichkeiten. Darum geht es indessen bei Leistungserweiterungen des Bauvertrages. Berechnete Sicherungsinteressen des Bauunternehmers werden durch § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB gewahrt, wonach er von dem Auftraggeber eine Nachsicherung für Leistungserweiterungen verlangen kann. Ein möglicher Streit der Bauvertragsparteien hierüber kann jedenfalls nicht dadurch zu Lasten des Bürgen vermieden werden, dass dessen Bürgschaftsverpflichtung entgegen dem gesetzlichen Verbot der Fremddisposition erweitert wird.

Letztlich dürfte es sich nur um ein Übergangsproblem handeln, bis Bürgschaftsformulare zum Einsatz kommen, die eine Erweiterung der Bürgschaftsver-

pflichtung auf das Entgelt für Leistungserweiterungen gegenüber dem ursprünglichen Bauvertrag vorsehen. Das ist, wie der Senat ausdrücklich betont hat, auch formularmäßig möglich. Allerdings werden sich die Banken diese Haftungserweiterung entsprechend vergüten lassen. Das erscheint dann aber auch nur angemessen.

III. Damit will ich schließen. Ich habe nur einen kleinen Teil der insgesamt 48 Urteile angesprochen, die der XI. Zivilsenat im letzten Jahr erlassen hat und die bis auf wenige Ausnahmen wegen ihrer über den Einzelfall hinausgehenden, grundsätzlichen Bedeutung mit amtlichen Leitsätzen versehen worden sind. Ich habe mich dabei auf die Entscheidungen beschränkt, von denen ich annehme, dass sie von allgemeinem Interesse oder in diesem Kreis von besonderem Interesse sind. Für mehr fehlt die Zeit. Ich hoffe jedoch, dass Ihnen meine kleine Auswahl zumindest einen Eindruck davon vermittelt hat, mit welchen Fragen sich der Senat zuletzt zu beschäftigen hatte. Ich danke für Ihr Interesse.