



BuB-Monatsbrief

Nr. 06 • Juni 2018

Inhaltsverzeichnis

Allgemeines Bankrecht

BGH, 20.3.2018	Bankvertragsrecht – Aufrechnungsverbot in AGB	2
BGH, 23.1.2018	Kreditrecht – Konditionenanpassung – vertragliches Widerrufsrecht?	3
BGH, 13.3.2018	Kreditrecht – Verbraucherdarlehen – Bearbeitungsprovision – Wahlmöglichkeit	5
BGH, 23.3.2018	Grundschild – Aufrechnung des Eigentümers gegenüber dem Grundschildzessionar mit einer Forderung gegen den Grundschildzedenten	7

Gesellschaftsrecht

BGH, 13.3.2018	GmbH – Haftung des Liquidators einer GmbH	9
----------------	---	---

Insolvenzrecht

BGH, 14.12.2018	Altmasseverbindlichkeiten – Verjährung – keine Hemmung der Verjährung durch Anzeige der Masseunzulänglichkeit oder Aufnahme in eine Liste	11
BGH, 22.3.2018	Gläubigeranfechtung nach dem AnFG – dem Schuldner gewährte Restschuldbefreiung	13

Wertpapier- und Kapitalmarktrecht

BGH, 12.10.2017	Anlageberatung – Prospekthaftung – Aufklärungspflicht über Innenprovisionen – Managementfees	15
-----------------	--	----

Impressum

17

Bankvertragsrecht – Aufrechnungsverbot in AGB

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Sparkasse enthaltene Bestimmung

„Nummer 11 Aufrechnung und Verrechnung

(1) Aufrechnung durch den Kunden

Der Kunde darf Forderungen gegen die Sparkasse nur insoweit aufrechnen, als seine Forderungen unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind.“

ist im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

(BGH, Urt. v. 20.3.2018, Az. XI ZR 309/16, WM 2018, S. 1049 ff.)

In dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Fall hatte ein i.S.d. § 4 UKlaG klagbefugter Verbraucherschutzverband die aus dem Leitsatz ersichtliche (Nr. 4 AGB-Banken entsprechende) Klausel einer Sparkasse im Wege der Klauselklage angegriffen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sah der BGH die angegriffene Klausel nicht als der Inhaltskontrolle i.S.d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entzogen an, da sie eine sowohl von § 387 BGB, als auch eine von den Vorschriften der §§ 355 Abs. 3 Satz 1, 357a BGB, die die Rechtsfolgen eines Widerrufs von Verbraucherverträgen über Finanzdienstleistungen betreffen, abweichende Regelung enthalte. Zwar habe der BGH in der Vergangenheit mehrfach entschieden, dass eine Einschränkung der Aufrechnungsbefugnis, wie sie in Nr. 11 AGB-Sparkassen und Nr. 4 AGB-Banken enthalten sei, einer an § 309 Nr. 3 BGB (früher: § 11 Nr. 3 AGBG) orientierten Inhaltskontrolle standhalte. An dieser Rechtsprechung wolle der Senat indes nicht weiter festhalten. Aus dem Umstand, dass die angegriffene Klausel den Vorgaben des § 309 Nr. 3 BGB entspreche, folge nicht, dass sich eine Unwirksamkeit nicht gleichwohl aus der Vorschrift des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB ergeben könne, da deren Anwendbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen sei, dass eine Klausel in den Anwendungsbereich der §§ 308, 309 BGB falle und nach diesen Vorschriften nicht zu beanstanden sei.

Für die danach festzustellende Unwirksamkeit der streitbefangenen Klausel maßgeblich sei der Umstand, dass deren offener Wortlaut

auch solche Forderungen des Verbrauchers erfasse, die diesem im Rahmen des von §§ 355 Abs. 3, Satz 1, 357a BGB geregelten Rückabwicklungsverhältnisses infolge eines erklärten Widerrufs erwachsen. Hierin liege eine unzulässige Erschwerung des Widerrufsrechts des Verbrauchers, die sich weder mit dem Schutz von Kreditinstituten gegen die Aufrechnung mit erdichteten oder sonstigen unbegründeten Gegenforderungen durch zahlungsunfähige oder unwillige Kunden, noch mit möglichen Verpflichtungen des Kreditinstituts im Verhältnis zu Deutschen Bundesbank rechtfertigen lasse. Durch den Aufrechnungsausschluss werde der Verbraucher dazu gezwungen, seine Ansprüche aus dem Rückabwicklungsverhältnis aktiv im Klagewege geltend zu machen. Darüber hinaus beschränke das Aufrechnungsverbot die Verteidigungsmöglichkeiten des Verbrauchers gegen eine seitens des Kreditinstituts gegen ihn erhobene Klage auf die Erhebung einer Widerklage, ohne dass ihm die Möglichkeit offen stehe, die gegen ihn erhobene Forderung aktiv im Wege der Aufrechnung zu vermindern und dadurch infolge der Rückwirkung der Aufrechnung (§ 389 BGB) womöglich zumindest anteilig Zinsen zu ersparen. Ob die angegriffene Klausel auch wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot oder aus anderen Gründen einer Inhaltskontrolle nicht standhalte, bedürfe keiner Entscheidung.

Dr. Michael Brass, UniCredit Bank AG

Kreditrecht – Konditionenanpassung – vertragliches Widerrufsrecht?

a) Passen die Parteien im Rahmen einer unechten Abschnittsfinanzierung die Konditionen eines bestehenden Darlehensvertrags an und gewährt der Darlehensgeber zugleich für einen Aufstockungsbetrag ein neues Kapitalnutzungsrecht, bietet er nach der gebotenen objektiven Auslegung dem Darlehensnehmer für die Konditionenanpassung die Vereinbarung eines vertraglichen Widerrufsrechts auch dann nicht an, wenn er eine einheitliche Widerrufsbelehrung erteilt (Fortführung von Senatsurteil vom 28. Mai 2013 – XI ZR 6/12, WM 2013, 1314 Rn. 19 ff.).

b) Der Widerruf der die Vereinbarung über das neue Kapitalnutzungsrecht betreffenden Willenserklärung führt in solchen Fällen regelmäßig nicht dazu, dass auch die Konditionenanpassung rückabzuwickeln ist.

(BGH, Urt. v. 23.1.2018, Az. XI ZR 359/16, WM 2018, S. 664 ff.)

A) Problemaufriss:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Feststellung nach Widerruf ihrer auf Abschluss eines Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung in Anspruch.

Zum **Zweck der Umschuldung** schlossen die Parteien im **Jahr 2006** einen **Verbraucherdarlehensvertrag über EUR 60.649,54** (Widerufsbelehrung abgedruckt in der Entscheidung, S. 4). **Unter Ziffer 1.2** des Vertrags **bezeichneten die Parteien** den „**Nettodarlehensbetrag**“ mit **EUR 20.488,69**.

Unter der **Überschrift „Besondere Vereinbarungen“** wurde **festgehalten:**

„Aufstockung des Darlehens von EUR 40.160,85 um EUR 20.488,69 auf EUR 60.649,54 [Zusammenfassung mit Darl. Nr. (...) 47]. Mit Unterzeichnung verliert der Darlehensvertrag vom 2.10.1997 seine Gültigkeit. Zinssatz ab 1.10.2007: 4,38%, fest bis 30.09.2017 – siehe gesonderte Anlage –“

Die Ansprüche der Beklagten wurden durch Grundpfandrechte abgesichert. Ferner wurde für einen bestimmten Zeitraum ein fester Nominalzinssatz vereinbart.

2015 widerrief die Klägerin nunmehr ihre auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete **Willenserklärung**.

Die Klägerin verfolgt in der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision ihr **Berufungsbegehren** weiter wie folgt:

- Feststellung**, sie habe ihre auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete **Willenserklärung wirksam widerrufen** und
- Der **Darlehensvertrag sei unwirksam geworden**, außerdem
- Feststellung, die Klägerin schulde** der Beklagten aus dem Darlehensvertrag **nur noch EUR 15.247,24**.

B) Relevante Punkte der Entscheidung:

1. Die Feststellungsklage [Anträge oben: a) – c)] ist nicht zulässig:

- **Antrag a) unzulässig, weil:**

Antrag ist auf die Klärung einer nicht feststellungsfähigen bloßen Vorfrage gerichtet.

Antrag b) unzulässig, weil:

- **Fehlendes Feststellungsinteresse.**

»

Es steht nicht fest, dass der Rechtsstreit die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien endgültig bereinigen würde (daher auch nicht ausnahmsweise zulässig).

Antrag c) unzulässig weil:

- **Fehlendes Feststellungsinteresse.**

„Bei einer negativen Feststellungsklage entsteht das Feststellungsinteresse regelmäßig aus einer von der Beklagten (nicht notwendig ausdrücklich) aufgestellten Bestandsbehauptung („Berühren“) der vom Kläger verneinten Rechtslage.

*Da die **Beklagte** die Wirksamkeit des Widerrufs und damit das Zustandekommen eines Rückgewährschuldverhältnisses bestreitet, **berührt sie sich keines Anspruchs** aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB (...) in Verbindung mit § 345 ff. BGB.“*

2. Leitsätze:

Wenn mit der Erhöhung des Darlehensnominalbetrages (um 20.488,69 €) ein **neues Kapitalnutzungsrecht** gewährt, worden ist, **erfasst** das **gesetzliche Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB** auch nur diesen Teilbetrag.

Für den übrigen Betrag (40.160,85 €) – für den neue Konditionen im Rahmen einer **unechten Abschnittsfinanzierung** vereinbart wurden – bestünde **hingegen kein gesetzliches Widerrufsrecht.**

Insoweit bestünde auch kein vertragliches Widerrufsrecht, selbst wenn die Beklagte eine einheitliche Widerrufsbelehrung erteilt.

Schließlich führt der **Widerruf der Vereinbarung über das neue Kapitalnutzungsrecht** regelmäßig **nicht** dazu, dass auch die **Konditionenanpassung rückabzuwickeln** wäre.

Johanna Trompke, UniCredit Bank AG

Kreditrecht – Verbraucherdarlehen – Bearbeitungsprovision – Wahlmöglichkeit

Vorformulierte Vertragsbedingungen, die dem Darlehensnehmer die Wahl zwischen einer Darlehensvariante ohne "Bearbeitungsprovision" zu marktüblichem Zins und einer Darlehensvariante mit "Bearbeitungsprovision" zu einem günstigeren Zinssatz eröffnen, stellen grundsätzlich noch keine Individualabrede dar. Vielmehr muss auch hier der Vertragspartner des Klauselverwenders Gelegenheit erhalten, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung einzubringen.

(BGH, Urt. v. 13.3.2018, Az. XI ZR 291/16, ZIP 2018, S. 1123 ff.)

Der Kläger, ein Verbraucher, begehrte von dem beklagten Kreditinstitut die Rückzahlung von "Bearbeitungsprovisionen", die die Beklagte bei der Auszahlung dreier Darlehen einbehalten hatte. In den drei dafür vorformulierten Darlehensvertragsurkunden war unter der Überschrift "Darlehensnennbetrag" bzw. "Kreditnennbetrag" jeweils eine laufzeitunabhängige "Bearbeitungsprovision" in Höhe von 2% des betreffenden Darlehensbetrags vorgesehen, welche die Beklagte bei Auszahlung des Darlehens in Abzug brachte. Aus Sicht der Beklagten soll die vereinbarte Bearbeitungsprovision individuell ausgehandelt worden sein, womit sie einer gerichtlichen Kontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB unter Berücksichtigung der jüngsten Entgeltrechtsprechung des BGH entzogen wäre. Von einem individuellen Aushandeln müsse im vorliegenden Fall deshalb ausgegangen werden, weil der Kläger – vereinfacht dargestellt – die freie Auswahl hatte, entweder einen formularmäßigen Darlehensvertrag mit einem erhöhtem Zinssatz oder einen Darlehensvertrag mit einem verminderten Zinssatz und einer zusätzlichen Bearbeitungsprovision zu unterschreiben. Ungeachtet dessen könne die Bearbeitungsprovision auch deshalb rechtlich nicht in Frage gestellt werden, so die Beklagte, weil dem Kläger eine vertragliche Sondertilgungsmöglichkeit eingeräumt worden sei, die als Sonderleistung bepreist werden durfte.

Der BGH erläutert – unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung – zunächst in abstrakter Form die rechtlichen Anforderungen an eine „ausgehandelte“ Vertragsbestimmung. Für

ein Aushandeln sei es danach erforderlich, dass der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stelle und sich deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung der Klausel bereit erkläre. Die Eröffnung einer Wahlmöglichkeit zwischen mehreren vorformulierten Vertragsbedingungen begründe danach grundsätzlich noch keine Individualabrede. Vielmehr müsse auch hier der Vertragspartner des Klauselverwenders Gelegenheit erhalten, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung einzubringen. Dabei soll es ohne Bedeutung sein, ob der Klauselverwender für jede der Alternativen ein gesondertes Formular benutzt, alle Alternativen in einem Formular abdruckt und den Kunden die gewünschte Klausel kennzeichnen lässt oder die Wahl zwischen mehreren vorgegebenen Alternativen durch Eintragung in dafür vorgesehene Leerräume des Formulars erfolgt.

Beruhend auf diesen grundsätzlichen Ausführungen kommt der BGH für den vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass die Beklagte ihrer Darlegungslast zu einer individuell ausgehandelten Bearbeitungsprovision nicht gerecht geworden sei. Dem Kläger sei lediglich die Wahl zwischen einer Darlehensvariante ohne "Bearbeitungsprovision" zu marktüblichem Zins einerseits und einer Darlehensvariante zu einem um 0,8% p.a. günstigeren Zinssatz, ohne Bereitstellungsprovision, mit Sondertilgungsrecht und mit der in Streit stehenden "Bearbeitungsprovision" andererseits eröffnet worden. Damit habe die Beklagte nicht die Voraussetzungen einer Individualvereinbarung behauptet, sondern le-

»

diglich die Einräumung einer Wahlmöglichkeit zwischen zwei von ihr vorformulierten Vertragsgestaltungen.

Mit dieser rechtlichen Bewertung war der Weg für eine umfassende Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB dann bereitet. In Übereinstimmung mit seiner jüngsten Rechtsprechung (s. hierzu auch BuB-Monatsbrief 7/2014, 9/2017 und 10/2017) zu laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelten im Zusammenhang mit der Vergabe von Darlehen, kommt der BGH dann auch zu dem Ergebnis, dass die hier vereinbarte Bearbeitungsprovision, als Preisnebenabrede, dem gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1 S. 2 BGB widerspreche und zu einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung des Klägers führe.

Die Bearbeitungsprovision konnte nach Ansicht des BGH vorliegend auch nicht als im Grundsatz zulässiges Entgelt für die Einräumung einer Sondertilgungsmöglichkeit gerechtfertigt werden, weil weder der Wortlaut noch die Gestaltung des Darlehensvertrages aus Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners ausreichende Anhaltspunkte dafür bieten sollen, dass es sich um ein Entgelt für die Einräumung des Sondertilgungsrechts, die Gewährung eines niedrigeren Sollzinses sowie den Verzicht auf Bereitstellungszinsen und damit für von der Beklagten zusätzlich angebotene Sonderleistungen handele.

Dr. Christian Wulfers, UniCredit Bank AG

Webinar

Neue Leitlinien zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobiliendarlehen

am Dienstag, 31. Juli 2018, 10:00 bis 11:30 Uhr

Am 1. Mai trat die lange erwartete Immobilier-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung (ImmoKW-PLV) in Kraft. Als Ergänzung zur Wohnimmobilienkreditrichtlinie ist sie dazu bestimmt, offene Fragen und Anwendungsprobleme in der Praxis zu lösen und Rechtssicherheit zu schaffen. Kann das gelingen?

Ihr Referent:

Marcel Kirchhart, Kanzlei Hoffmann Liebs Fritsch und Partner, Düsseldorf

Information und Anmeldung: Stefan Lödorf | 0221/5490-133 | events@bank-verlag.de



Grundschild – Aufrechnung des Eigentümers gegenüber dem Grundschildzessionar mit einer Forderung gegen den Grundschildzedenten

1. Die Regelung des § 1156 Satz 1 BGB ist auf die Grundschild entsprechend anwendbar. Der Grundstückseigentümer kann daher gegenüber dem Grundschildzessionar nicht mit einer Forderung aufrechnen, die ihm gegen den Grundschildzedenten zusteht.

2. Dies gilt auch dann, wenn die Abtretung der Grundschild unentgeltlich oder rechtsgrundlos erfolgt ist.

(BGH, Urt. v. 23.2.2018, Az. V ZR 302/16, WM 2018, S. 636 ff.)

Dem Urteil des BGH liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: der Kläger erwarb mit Zuschlag vom 11.10.2013 ein Grundstück, auf welchem eine Zwangssicherungshypothek in Höhe von 5.105,16 € lastete. Die Hypothekengläubigerin wurde zwischenzeitlich von der vormaligen Eigentümerin befriedigt, das Grundpfandrecht blieb jedoch eingetragen und erlosch auch nicht durch den Zuschlag. Am 14.5.2014 wurde in das Grundbuch eingetragen, dass das Grundpfandrecht infolge der Befriedigung der Hypothekengläubigerin auf die vormalige Eigentümerin als Grundschild übergegangen und nachfolgend von dieser an den Beklagten abgetreten worden sei. Der Beklagte hatte bereits zuvor den Kläger zur Zahlung des Grundschildnominalbetrags nebst Zinsen aufgefordert. Der Kläger erklärte daraufhin mit Schreiben vom 7.3.2014 unter Hinweis auf § 406 BGB die Aufrechnung mit einer ihm abgetretenen und bereits titulierten Forderung gegen die frühere Eigentümerin und Grundschildzedentin.

Der Kläger verlangte vom Beklagten die Zustimmung zur Löschung der Grundschild während der Beklagte für den Fall seines Obsiegens den Kläger widerklagend auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Anspruch nahm. Das LG gab der Klage statt, das OLG wies die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zurück. Mit der vom OLG zugelassenen Revision forderte der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage und die Verurteilung des Klägers zur Duldung der Zwangsvollstreckung.

Der BGH stellt in seinem Urteil zunächst heraus, dass eine Grundschild durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung abgelöst werden kann. Zwar schuldet der Eigentümer des mit der Grundschild belasteten Grundstücks Grundschildkapital und Grundschildzinsen nicht persönlich, sondern ist nur verpflichtet, wegen der Grundschild die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück zu dulden. Gemäß § 1192 Abs. 1 i.V.m. § 1142 BGB hat der Eigentümer jedoch die Möglichkeit, die Grundschild durch Zahlung, § 1142 Abs. 1, oder durch Aufrechnung, § 1142 Abs. 2, abzulösen. Löst der Eigentümer die Grundschild ab, so erwirbt er sie entsprechend § 1143 BGB als Eigentümergrundschild und kann vom früheren Grundschildgläubiger die Erteilung einer Löschungsbewilligung verlangen. § 1142 Abs. 2 BGB eröffnet dem Eigentümer jedoch nur die Möglichkeit, mit einer Forderung aufzurechnen, die ihm gegen den Grundschildgläubiger zusteht. Vorliegend erklärte der Kläger die Aufrechnung gegenüber dem Beklagten jedoch nicht mit einer gegenüber diesem, sondern mit einer gegen die vorherige Grundstückseigentümerin gerichteten Forderung. Durch diese Aufrechnungserklärung wäre die Grundschild nur dann abgelöst worden, so der BGH weiter, wenn § 406 BGB zur Anwendung gelangen würde. Dies indes verneinte der Senat:

Gemäß § 1192 Abs. 1 i.V.m. § 1156 Satz 1 BGB sind die §§ 406 - 408 BGB auch im Falle einer Grundschild nicht anwendbar, so dass der

»

Grundstückseigentümer gegenüber dem Grundschuldzessionar mit einer Forderung, die ihm gegen den Grundschuldzedenten zusteht, nicht aufrechnen kann. Zwar soll nach einer Ansicht in der Literatur aufgrund des in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgedankens, dass ein unentgeltlicher Erwerb sich nicht zulasten des dadurch Betroffenen auswirken soll, § 1156 Satz 1 BGB nicht zur Anwendung kommen, wenn die Übertragung der Grundschuld unentgeltlich erfolgt ist. Dieser Auffassung schloss sich der BGH jedoch nicht an. Der Grundstückseigentümer könne auch dann nicht gegenüber dem Grundschuldzessionar mit einer gegen den Grundschuldzedenten gerichteten Forderung aufrechnen, wenn die Abtretung der Grundschuld unentgeltlich, oder wie im vorliegenden Fall festgestellt, rechtsgrundlos erfolgt ist.

Die Abtretung einer Grundschuld durch den Grundschuldgläubiger, so der BGH zur Begründung, stellt keine Verfügung eines Nichtberechtigten dar und ist mit einer solchen auch nicht vergleichbar. § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB schützt den Berechtigten davor, dass er einen Vermögenswert durch eine unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten verliert. § 1156 Satz 1 BGB dagegen schützt durch den Ausschluss von § 406 BGB den Zessionar, vorliegend den Beklagten, davor, dass er die Grundschuld aufgrund eines Rechtsgeschäfts des Schuldners,

vorliegend des Klägers, mit dem Zedenten, vorliegend der Voreigentümerin des Grundstücks, verliert. Der Vertrauensschutz zugunsten des Erwerbers einer Grundschuld überwiege den in §§ 406 - 408 BGB gewährten Vertrauensschutz für den Schuldner. Auch erleide, so der BGH weiter, der Grundstückseigentümer durch die Abtretung der Grundschuld, anders als der Berechtigte durch die Verfügung eines Nichtberechtigten i.S.d. § 816 Abs. 1 BGB auch keinen Rechtsnachteil, denn die gegen den Grundschuldzedenten gerichtete Forderung und die Möglichkeit der Aufrechnung diesem gegenüber blieben ihm erhalten. Mithin besteht nach Auffassung des BGH keine Veranlassung, den durch § 1156 Satz 1 BGB gewährten Vertrauensschutz für den Grundschuldzessionar und damit mittelbar die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld einzuschränken.

Mit Abweisung der Klage durch den Senat trat zugleich die innerprozessuale Bedingung, unter welcher der Beklagte die in der Revisionsinstanz weiterverfolgte Widerklage erhoben hat, ein. Die Widerklage war nach Auffassung des BGH zulässig und begründet. Die diesbezüglichen Entscheidungsgründe sind mangels bankrechtlicher Relevanz nicht Gegenstand dieser Besprechung.

Dr. Thomas Kamm, UniCredit Bank AG

GmbH – Haftung des Liquidators einer GmbH

1. § 73 Abs. 3 GmbHG ist kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

2. Ein Liquidator einer GmbH, der bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter eine Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber einem Gläubiger nicht berücksichtigt hat, ist dem Gläubiger analog §§ 268 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 5 AktG unmittelbar zum Ersatz bis zur Höhe der verteilten Beträge verpflichtet, wenn die Gesellschaft bereits im Handelsregister gelöscht ist.

(BGH, *Urt. v. 13.3.2018, Az. 22 W 25/16, NZG 2018, S. 625 ff.*)

Dem BGH bot sich – soweit ersichtlich – erstmals die Gelegenheit, zur Thematik der Haftung eines Liquidators wegen unrechtmäßiger Verteilung des Vermögens einer bereits im Handelsregister gelöschten Gesellschaft Stellung zu nehmen. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin hatte in 2010 für die in Liquidation befindliche F-GmbH Steuerberatungsleistungen erbracht sowie den Jahresabschluss der Gesellschaft für das Jahr 2009 erstellt, in welchem eine Rückstellung für Abschluss und Prüfung sowie Erstellung der Steuererklärungen 2009 i.H.v. 2.500 € ausgewiesen war. Der Beklagte, der zugleich Alleingesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator der F-GmbH war, unterschrieb am 3.12.2010 die von der Klägerin erstellten und gemeinsam besprochenen Steuererklärungen. Bereits zuvor hatte der Beklagte die Auflösung der Gesellschaft beschlossen, die am 24.6.2010 im Handelsregister eingetragen und anschließend im Bundesanzeiger bekannt gemacht wurde. Am 21.12.2010 meldete der Beklagte beim Notariat die Beendigung der Liquidation der F-GmbH an. Die Gesellschaft wurde schließlich am 24.1.2011 im Handelsregister, d.h. noch vor Ablauf des Sperrjahres nach § 73 Abs. 1 GmbHG, gelöscht.

Für die im Jahr 2010 erbrachten Leistungen stellte die Klägerin der F-GmbH mit Schreiben vom 29.6.2012 einen Betrag i.H.v. 2.246,96 € in Rechnung. Bei der Liquidation und vor Verteilung des Vermögens der F-GmbH war diese Forderung unberücksichtigt geblieben. Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin vom Beklagten die Bezahlung der Forderung. Beide Vorinstanzen (AG Waldshut-Tiengen, *Urt. v. 27.8.2015 - 7 C 3/14* und LG Waldshut-Tiengen, *Urt. v. 17.5.2016 - 2 S 51/15*) gaben der Klage statt. Die dagegen

beim BGH eingelegte Revision des Beklagten blieb aus nachstehenden Gründen erfolglos.

Das Berufungsgericht hatte, der herrschenden Meinung im Schrifttum (vgl. nur Karsten Schmidt, ZIP 1981, 1ff.; MüKoGmbHG/Müller, 2. Aufl., § 73 Rn. 43f.) folgend, angenommen, der Klägerin stehe ein Anspruch gegen den beklagten Liquidator aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 73 Abs. 3 GmbHG auf Schadensersatz in Höhe der ursprünglich gegen die GmbH geltend gemachten Forderung zu. Zwar hafte der Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG nur gegenüber der Gesellschaft, allerdings wäre diese Vorschrift ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, gegen das der Beklagte aufgrund Kenntnis des Anspruchs der Klägerin vor Verteilung des Gesellschaftsvermögens und dessen Nichtberücksichtigung bei der Verteilung verstoßen habe.

Der BGH ist der Entscheidung nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung gefolgt. Ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB wäre § 73 Abs. 3 GmbHG nur dann, wenn die Norm zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass der Norm gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt habe. Außerdem müsse der Individualschutz im Aufgabenbereich der Norm liegen und dürfe nicht bloß als Reflex durch die Befolgung der Norm erreicht werden. Nach diesen Maßstäben ist nach Ansicht des BGH § 73 GmbHG kein

»

Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Dagegen spreche schon der Wille des historischen Gesetzgebers, der bei Verletzung der Pflichten des Liquidators nach § 73 GmbHG in Abs. 3 der Norm lediglich eine Haftung gegenüber der Gesellschaft begründen wollte, selbst wenn die dem Liquidator obliegenden Pflichten zugunsten der Gesellschaftsgläubiger normiert wurden.

Zudem spreche auch der Gesetzeszweck gegen eine Einordnung als Schutzgesetz. Zwar diene die in § 73 GmbHG normierte Ausschüttungssperre und angeordnete Haftung der Liquidatoren auch dem Schutz der Gläubiger, allerdings sei § 73 Abs. 3 GmbHG als reine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgeformt, der ebenso wie die Kapitalerhaltungsvorschriften in §§ 30, 31 GmbHG nicht geeignet sei, zusätzliche Pflichten gegenüber außenstehenden Dritten zu begründen.

Letztlich spreche auch der Verweis in § 73 Abs. 3 S. 2 GmbHG auf § 43 Abs. 3 GmbHG und damit auf § 9b Abs. 1 GmbHG gegen eine Einordnung als Schutzgesetz, denn die darin normierten Vergleichs- und Verzichtverbote der Gesellschaft auf Ersatzansprüche wären entbehrlich, wenn den Gläubigern ein eigener deliktischer Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB zustünde.

Dennoch bejahte der BGH einen Anspruch der Klägerin und wies die Revision gem. § 561 ZPO zurück. Der Anspruch der Klägerin ergebe sich für den hier vorliegenden Fall der Beendigung der Liquidation aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 268 Abs. 2, 93 Abs. 5 AktG (u.a. Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 73 Rn. 13). Nachdem das GmbHG keine Vorschrift enthalte, die einem Gläubiger der Gesellschaft das Recht einräumt, einen Anspruch der Gesellschaft gegenüber dem Liquidator aus § 73 Abs. 3 GmbHG unmittelbar im eigenen Namen geltend zu machen, bestünde insoweit eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes. Denn der Gläubiger habe lediglich die Möglichkeit, einen Titel gegen die Gesellschaft zu erwirken und sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung dann nach §§ 829, 835 ZPO den Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG pfänden und überweisen zu lassen. Für den Fall, dass die GmbH bereits aus dem Handelsregis-

ter gelöscht ist, müsste zudem zuvor ein Antrag auf Anordnung der Nachtragsliquidation gestellt werden, damit die Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft und damit als Anspruchsgegner fortbesteht. Dieses kosten- und zeitintensive und zudem prozessrisikobehaftete Vorgehen (dieser „unnötige Umweg“) für einen Gläubiger nach Beendigung der Liquidation der GmbH steht nach Ansicht des BGH in Diskrepanz zu dem Gläubigerschutz des Aktienrechts und widerspricht der Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Daher sei diese planwidrige Regelungslücke durch entsprechende Anwendung der §§ 268 Abs. 2, 93 Abs. 5 AktG zu schließen, nachdem in diesen Normen des AktG die pflichtwidrige Verteilung von Gesellschaftsvermögen geregelt sei und dem Gläubiger ein Direktanspruch gewährt werde. Auch die Stellung und die Aufgaben, die die §§ 264 ff. AktG bzw. §§ 65 ff. GmbHG einem Abwickler bzw. Liquidator jeweils zuweisen, lassen im Liquidationsstadium keine wesentlichen Unterschiede erkennen.

Ein unmittelbarer, wie im hier entschiedenen Fall geltend gemachter Anspruch des Gläubigers gegen den Liquidator besteht somit nach Ansicht des BGH jedenfalls dann, wenn die Liquidation der GmbH beendet und lediglich ein Gläubiger vorhanden ist. Auch die nach § 93 Abs. 5 AktG grundsätzlich erforderliche gröbliche Pflichtverletzung sei hier wegen der pflichtwidrigen Verteilung von Gesellschaftsvermögen gegeben, weshalb der Zahlungsanspruch der Klägerin gegenüber dem Liquidator bestünde.

Mit seiner Entscheidung hat sich der BGH gegen die bisher herrschende Meinung im Schrifttum gestellt, die wie die Vorinstanzen einen Schadensersatzanspruch gegen den Liquidator nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 73 Abs. 3 GmbHG bejahte. Der BGH hingegen begründete einen unmittelbaren Anspruch gegen den Liquidator mit einer entsprechenden Anwendung der §§ 268 Abs. 2, 93 Abs. 5 AktG, allerdings mit der Einschränkung, dass lediglich ein Gläubiger vorhanden sei. Wie der BGH in einem Fall urteilen würde, wenn stattdessen mehrere Gläubiger nach Löschung der Gesellschaft noch Ansprüche gegen den Liquidator geltend machen würden, bleibt bis auf weiteres offen (vgl. dazu Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 13 Rn. 6).

Thomas Diehl, UniCredit Bank AG

Altmasseverbindlichkeiten – Verjährung – keine Hemmung der Verjährung durch Anzeige der Masseunzulänglichkeit oder Aufnahme in eine Liste

1. **Die Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter führt nicht dazu, dass die Verjährung von Altmasseverbindlichkeiten gehemmt wird.**
2. **Die Parteien können auch dann ein die Verjährung hemmendes Stillhalteabkommen vereinbaren, wenn der Insolvenzverwalter sich aufgrund der Anzeige der Masseunzulänglichkeit auf ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht berufen kann. In diesem Fall genügt es für ein Stillhalteabkommen nicht, wenn der Gläubiger Hinweise auf das nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit bestehende Leistungsverweigerungsrecht unwidersprochen hinnimmt.**

(BGH, Urt. v. 14.12.2017, Az. IX ZR 118/17, WM 2018, S. 245 ff.)

Der BGH hatte sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage zu befassen, ob die Vergütungsansprüche eines vom beklagten Insolvenzverwalter mandatierten Rechtsanwalts, dem Kläger, trotz zwischenzeitlicher Anzeige der Masseunzulänglichkeit sowie der Aufnahme der Forderungen in ein Verzeichnis der Altmasseverbindlichkeiten verjährt waren. Der BGH kam in seinem Urteil zu dem Ergebnis, dass die streitgegenständlichen Ansprüche, selbst im Falle eines etwaigen (konkludenten) Anerkenntnisses derselben, jedenfalls mit Ablauf des Jahres 2011 und somit vor Klageerhebung verjährt waren und entschied damit entgegen den Vorinstanzen zugunsten des beklagten Insolvenzverwalters. Im Einzelnen:

Zunächst stellte der BGH heraus, dass die erhobene Leistungsklage zulässig war. Trotz Anzeige der Masseunzulänglichkeit kann ein Altmassegläubiger jedenfalls in Höhe der auf ihn entfallenden Quote auf Zahlung klagen, sobald der Insolvenzverwalter Schlussrechnung gelegt hat, §§ 66, 211 Abs. 2 InsO, und die vorrangigen Masseverbindlichkeiten gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO berichtigt sind. Diese Voraussetzungen waren vorliegend gegeben.

Anders als in den Vorinstanzen blieb der Klage vor dem BGH jedoch materiellrechtlich der Erfolg versagt: weder die Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach § 208 Abs. 1 InsO noch die

Aufnahme der Altmasseforderungen in eine vom Insolvenzverwalter geführte Liste führen nach Auffassung des BGH zu einer Hemmung der Verjährung. § 205 BGB ist nicht unmittelbar anwendbar, da die Norm ein zwischen den Parteien vertraglich vereinbartes Leistungsverweigerungsrecht voraussetzt. Ein solches konnte auch durch Auslegung des Parteihandelns nicht gewonnen werden.

§ 205 BGB gilt grundsätzlich nicht für Leistungsverweigerungsrechte, die auf Gesetz beruhen. Die Anzeige der Masseunzulänglichkeit führt (nur) zu einem solchen gesetzlichen Leistungsverweigerungsrecht. Eine entsprechende Anwendung von § 205 BGB auf gesetzliche Leistungsverweigerungsrechte kommt nach Auffassung des BGH nicht in Betracht, da dies mit den gesetzgeberischen Regelungswillen nicht vereinbar sei. Abweichend von der früheren Regelung des § 202 BGB a.F. verlangt § 205 BGB ausdrücklich eine Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger. Es genügt nach dem Gesetzeswortlaut nicht mehr, dass der Verpflichtete aus einem anderen Grund vorübergehend zur Verweigerung der geschuldeten Leistung berechtigt ist. Das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht des Insolvenzverwalters infolge der Anzeige der Masseunzulänglichkeit steht nach Auffassung des BGH weder in seiner Entstehung noch in seinen Entstehungsvoraussetzungen einem Stillhalteabkommen gleich.

»

Entscheidend sei, dass der Parteiwillen die Grundlage des Leistungsverweigerungsrechts bilden müsse. Dies ist bei einem gesetzlichen Leistungsverweigerungsrecht nicht der Fall, sodass § 205 BGB nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar sei.

Daran ändere sich auch nichts dadurch, dass der Insolvenzverwalter die Masseverbindlichkeiten in eine von ihm geführte Liste einträgt. Auch dem könne der Abschluss einer Vereinbarung, aus der sich ein neben das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht tretendes gewillkürtes Leistungsverweigerungsrecht ergibt, nicht entnommen werden. Eine abweichende Beurteilung sei auch deshalb nicht geboten, da der Gläubiger gleichwohl in der Lage sei, seine Ansprüche durch eine Feststellungsklage zu verfolgen und dadurch den Eintritt der Verjährung zu verhindern, da gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch die Erhebung einer Feststellungsklage die Verjährung hemmt. Gleichermaßen ist der Insolvenzverwalter ohne weiteres in der Lage, eine allein wegen einer drohenden Verjährung bevorstehende Feststellungsklage und

damit Mehrkosten für die Insolvenzmasse abzuwenden, indem er den Anspruch (wiederholt) anerkennt, einen Verjährungsverzicht erklärt oder ein Stillhalteabkommen mit dem Gläubiger abschließt.

Sodann stellte der BGH heraus, dass auch § 206 BGB auf die Anzeige der Masseunzulänglichkeit weder direkt noch entsprechend anwendbar ist. Diese stellt nach Auffassung des BGH keinen Akt höherer Gewalt dar und hindert den Gläubiger auch nicht allgemein an der Rechtsverfolgung und damit an der Erreichung einer Hemmung der Verjährung. Insbesondere steht es dem Altmassegläubiger frei, eine Feststellungsklage zu erheben. Ferner begründet der BGH sein Urteil damit, dass auch eine entsprechende Anwendung von § 204 Abs. 1 Nummer 10 BGB auf die Geltendmachung von Masseforderungen gegen den Insolvenzverwalter nicht in Betracht kommt, da die Vorschrift die Verfolgung bloßer Insolvenzforderungen betrifft.

Dr. Thomas Kamm, UniCredit Bank AG

8. Fachtagung Bankrecht und Bankpraxis

Kollektiver Verbraucherrechtsschutz - konkrete Auswirkungen für die Finanzdienstleistungsbranche

Donnerstag, 29. November 2018, Bank-Verlag GmbH in Köln
www.bub-fachtagung.de

Gläubigeranfechtung nach dem AnfG – dem Schuldner gewährte Restschuldbefreiung

Eine dem Schuldner erteilte Restschuldbefreiung steht der Gläubigeranfechtung auch dann nicht entgegen, wenn der Gläubiger die Anfechtungsklage, die Rechtshandlungen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens betrifft, erst nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens erhebt (Ergänzung zu BGH, Urteil vom 12. November 2015 = BGHZ 208, 1 = WM 1015, 2381).

(BGH, Urt. v. 22.3.2018, Az. IX ZR 163/17, WM 2018, S. 909 ff.)

Der Kläger nimmt die Beklagte nach dem Anfechtungsgesetz auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück in Anspruch. Mit Urteil vom 20.1.2005 wurde der Schuldner, der sich selbstschuldnerisch für die Verbindlichkeiten einer GmbH verbürgt hatte, aufgrund der Bürgschaft verurteilt, an den Kläger 245.635,71 € zu zahlen. Der Kläger leistete keine Zahlungen. Vollstreckungsversuche blieben erfolglos. Am 21.11.2005 gab der Schuldner die eidesstattliche Versicherung ab. Mit Beschluss vom 21.1.2007 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die titulierte Forderung des Klägers wurde zur Tabelle festgestellt. Bei der Schlussverteilung entfiel ein Betrag von 3.500,00 € auf diese Forderung. Mit Beschluss vom 8.1.2014 wurde dem Schuldner die Restschuldbefreiung erteilt. Am 17.2.2015 wurde das Insolvenzverfahren aufgehoben. In seiner nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens bei Gericht eingegangenen Klage behauptet der Kläger unter Darlegung von Einzelheiten, der Schuldner habe sein Vermögen seit dem Jahr 2002, als die GmbH in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sei, planmäßig seinen Gläubigern entzogen. Insbesondere habe er mit notariellen Vertrag vom 22.10.2003 das o.g. Grundstück in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, auf die Beklagte übertragen. Der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, wegen eines Teilbetrags von 20.001,00 € die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden.

Die Klage blieb in den Vorinstanzen erfolglos. Die Revision führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Eingangs bejaht der Senat die Anfechtungsbeurteilung des Klägers, da er einen vollstreck-

baren Schultitel erlangt habe, seine Forderungen fällig seien und die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Klägers geführt habe (§ 2 AnfG). Nicht erledigte Anfechtungsansprüche können nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners von den einzelnen Gläubigern gegen die jeweiligen Anfechtungsgegner geltend gemacht werden (§ 18 Abs. 1 HS 1 AnfG).

Die dem Schuldner erteilte Restschuldbefreiung stehe dem Erfolg der Anfechtungsklage nicht entgegen. Die Restschuldbefreiung schütze allein den Schuldner, dessen Vermögen im Rahmen des Insolvenzverfahrens vollständig zugunsten der Gläubiger verwertet worden ist. Gegenstand einer Gläubigeranfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens sei ehemaliges Vermögen des Schuldners, welches zur Insolvenzmasse gehört hätte und zugunsten aller Insolvenzgläubiger hätte verwertet werden müssen. Der Anfechtungsgegner verdiene in einem solchen Fall – das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes unterstellt – keinen Schutz. Die Interessen des Schuldners würden durch die Gläubigeranfechtung nicht beeinträchtigt, weil etwaige Folgeansprüche des Anfechtungsgegners, die sich gemäß § 12 AnfG ausschließlich gegen den Schuldner richteten, der Restschuldbefreiung unterfielen.

Der Anfechtungsgegner könne sich nach Ansicht des Senats auch dann nicht auf eine dem Schuldner erteilte Restschuldbefreiung berufen, wenn der Gläubiger die Anfechtungsklage, die Rechtshandlungen vor der Eröffnung des Insol-

»

venzverfahrens betrifft, erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erhebt. Das Vertrauen des Anfechtungsgegners, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht mehr auf Rückgewähr des anfechtbar erlangten Vermögensgegenstandes in Anspruch genommen zu werden, sei nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schutzwürdig. So unterscheide die Vorschrift des § 18 AnfG, nach welcher Anfechtungsansprüche nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens von den einzelnen Gläubigern weiterverfolgt werden können, nicht zwischen bereits

rechtshängigen Verfahren, die gemäß § 17 AnfG durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen worden waren, und neu erhobenen Klagen. Vielmehr komme das Gesetz dem Anfechtungsgläubiger im Falle neu erhobener Klagen durch Neuberechnung der Anfechtungsfristen entgegen (§ 18 Abs. 2 AnfG). Vor einer doppelten Inanspruchnahme sei der Anfechtungsgegner durch § 18 Abs. 1 HS. 2 AnfG geschützt.

Patricia Berger, UniCredit Bank AG

Anlageberatung – Prospekthaftung – Aufklärungspflicht über Innenprovisionen – Managementfees

Es ist regelmäßig nicht erforderlich, dass im Prospekt eines Private-Equity-Dachfonds auch die genaue Höhe der bei den jeweiligen Zielfonds anfallenden Kosten (hier: Managementfees) angegeben ist. Dies gilt auch, wenn bei dem als Teil-Blind-Pool ausgestalteten Dachfonds bereits einzelne Zielfonds ausgewählt sind, in die investiert werden soll.

(BGH, Urt. v. 12.10.2017, Az. III ZR 254/15, WM 2017, S. 2188 ff.)

Die Klägerin beteiligte sich am 18.11.2006 mit 250.000,00 € zuzüglich 5 % Agio an einem Private-Equity-Dachfonds. Die Zeichnung erfolgte nachdem der Ehemann und der Sohn sich am 14.4.2006 ihrerseits jeweils mit 250.000,00 € beteiligt hatten. Ein persönliches Beratungsgespräch mit der Klägerin fand nicht statt. Der Dachfonds beteiligte sich letztendlich an vierzehn Zielfonds. Vier Zielfonds waren bereits im Prospekt benannt und zum Zeichnungszeitpunkt der Klägerin waren insgesamt sechs Zielfonds bekannt. Im Übrigen handelte es sich um einen sog. Blindpool.

Gemäß Prospekt sollten 90,26 % des Kommanditkapitals ohne Agio in die Zielfonds „inkl. Nebenkosten“ angelegt werden. Insgesamt 9,74 % wurden als „Fondsabhängige Kosten“ im Prospekt deklariert. Es wurde darauf hingewiesen, dass zunächst sämtliche weichen Kosten und Gebühren sowie die laufenden Kosten des Dachfonds „und der Zielfonds“ erwirtschaftet werden müssten. Zu letzteren war ausgeführt, dass „neben der Managementfee, die der Manager des Zielfonds für die Verwaltung und Anlage der Mittel vom Limited Partner (Investor)“ erhalte, auch „eine Gewinnbeteiligung“, der so genannte „Carried Interest“ an diesen abzuführen sei, der bei Erreichung eines bestimmten Mindestgewinns „einen branchenüblichen Anteil von 20 % am Gewinn“ ausmache. Im Übrigen wurde in Bezug auf Zielfondskosten darauf verwiesen, dass ausführliche Informationen zu Managementfees und Kosten der vier bereits ausgewählten Zielfonds bei diesen angefordert werden könnten.

Die Klägerin macht aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Ehemannes und ihres Sohnes

von der Beklagten Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung geltend. Streithelferin der Beklagten ist die Initiatorin des streitgegenständlichen Dachfonds. Die Vorinstanzen haben der Klage überwiegend statt gegeben. Lediglich die Forderung der Klägerin in Bezug auf entgangenen Anlagegewinn wurde zurückgewiesen. Die Beklagte und ihre Streithelferin wollten mit der Revision die Klageabweisung erreichen. Tatsächlich hat die Revision zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung an das OLG geführt.

Sowohl das LG als auch das OLG sind von einem Anlageberatungsvertrag jedenfalls mit dem Ehemann ausgegangen. Dabei käme es nicht darauf an, ob ein solcher Vertrag bereits 2001 als Rahmenvertrag des Inhalts abgeschlossen worden sei, dass die Beklagte mit ausgesuchten Anlagen auf die Familie des Ehemanns der Klägerin zukommen sollte, da spätestens bei dem der Zeichnung vorausgehenden Gespräch am 14.4.2006 ein Beratungsvertrag mit den beiden Zedenten geschlossen worden sei. Gleiches gelte hinsichtlich der Zeichnungsentscheidung der Klägerin vom 18.11.2006, die infolge der Abtretung Inhaberin aller Ansprüche geworden sei. Zwar stimmt der BGH im Ergebnis mit den Vorinstanzen überein, dass auch die Klägerin – neben Ansprüchen aus abgetretenem Recht – Ansprüche aus einem Beratungsvertrag geltend machen kann, gibt sich aber etwas mehr Mühe in der Konstruktion bzw. Begründung des Vertragsverhältnisses. So habe die Klägerin zwar in Abrede gestellt, dass der Ehemann als ihr Wissensvertreter gehandelt und als solcher in ihrem Namen einen Beratungsvertrag mit der Beklagten geschlossen habe. Aber die Klägerin habe

»

ausdrücklich vorgetragen, dass ihr Ehemann als Empfangsbote die für ihre Anlageentscheidung im November 2006 maßgeblichen Informationen aus dem Gespräch vom April 2006 mit Billigung des Mitarbeiters der Beklagten an sie weitergegeben habe. Damit sei ein eigenständiger Beratungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zustande gekommen. Im Übrigen sei für den BGH nicht ersichtlich, dass das Vorliegen nur einer Anlagevermittlung anstatt eines Beratungsvertrages für die im Revisionsverfahren streitgegenständlichen Pflichtverletzungen relevant wäre.

Der BGH folgte jedoch nicht der Ansicht der Vorinstanzen, dass die Beklagte ihre Pflicht aus diesen Beratungsverträgen zu objektgerechter Beratung dadurch verletzt habe, dass sie weder mündlich noch schriftlich über die – zusammen mit den Weichkosten auf Dachfondsebene – 15 % des Anlagekapitals übersteigenden Kosten auf Zielfondsebene informiert habe. Nach Ansicht des LG und des OLG gehöre zu den für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umständen, wenn in dem Gesamtaufwand für eine Anlage erhebliche überdurchschnittliche Innenprovision steckten. LG und OLG waren daher der Meinung, dass jedenfalls die Managementfees der bereits ausgewählten sechs Zielfonds erfragt und angegeben hätten werden müssen. Unter Zugrundelegung des Beklagtenvortrags, dass die Kosten pro Zielfonds marktüblich jährlich 1,5 bis 2 %, bei den bereits bekannten Zielfonds durchschnittlich 1,42 % des gezeichneten Kapitals „von 30.045.000,00 €“ betragen, ergäben sich neben den Kosten auf Dachfondsebene von 9,74 % zusätzlich ermittelbare Managementfees auf Zielfondsebene „von 8,52 % (6x 1,42 %)“. Damit hätten zum Zeichnungszeitpunkt „bereits Weichkosten von mindestens 18,26 %“ festgestanden. Ausdrücklich lehnte das OLG die Ansicht ab, dass die 15%-Grenze nur für vom Vermittler selbst vereinnahmte Innenprovisionen gelte. Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Verwaltungsvergütung – anders als der Innenprovision – ein Wert für die Anleger in Form der Fondsverwaltung gegenüberstehe. Schließlich müsse der Anlageinteressent entscheiden können, ob der durch die – mit der Managementfee vergütete – professionelle Fondsverwaltung voraussichtlich erzielte Gewinn die Kosten übersteige und die Anlage für ihn rentabel sei.

Der BGH stellt zunächst fest, dass das Berufungsgericht aufgrund eines Denkfehlers schon fehlerhaft davon ausgegangen ist, dass die mit durchschnittlich 1,42 % jährlich pro Zielfonds angenommene Verwaltungsvergütung (Managementfee) sich jeweils aus dem mehr als 30 Mio. € betragenden Gesamtkapital des Dachfonds errechnen würde. Richtigerweise errechnet sie sich aus dem jeweiligen beim Zielfonds gezeichneten Kapital. Prozessordnungswidrig habe das Berufungsgericht den entsprechenden Vortrag der Streithelferin nicht zugelassen und stattdessen dem Sachvortrag der Beklagten eine entsprechende, aber darin nicht enthaltene Bedeutung beigemessen. Bei dem Verständnis des OLG würde der Zielfondsmanager auch für die Verwaltung des Kapitals vergütet, das er selbst gar nicht anlegt, und der Dachfonds würde in kurzer Zeit einen großen Teil des Anlegerkapitals nur für Managementfees verbrauchen, was fernliegend ist.

Davon abgesehen bezieht sich die vom Berufungsgericht herangezogene sog. 15%-Grenze auf Innenprovisionen. Entsprechend der ständigen Senatsrechtsprechung besteht für den nicht bankmäßig gebundenen Anlageberater – soweit nicht § 31d WpHG a.F. eingreift – keine Verpflichtung gegenüber seinen Kunden, ungefragt über eine von ihm bei der empfohlenen Anlage erwarteten Provision aufzuklären, wenn der Kunde selbst keine Provision zahlt und offen ein Agio oder Kosten für Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen sind, aus denen ihrerseits die Vertriebsprovisionen aufgebracht werden. Erst wenn die Vertriebsprovisionen eine Größenordnung von 15 % des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten, ändert sich dies. Bei der laufenden gewinnunabhängigen Vergütung der Manager der Zielfondsgesellschaften (Managementfee), die eine Gegenleistung für deren Dienste im Rahmen der Verwaltung und Anlage der Mittel der Zielfonds darstellt, handelt es sich aber nicht um Eigenprovisionen für den Vertrieb des Dachfonds bzw. diesen gleichzusetzenden Ausgaben.

Auch die Rechtsprechung zur Fehlerhaftigkeit eines Prospekts, wenn der Prospekt dem Anleger den für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstand, in welchem Umfang seine Betei-

»

ligung nicht in das Anlageobjekt fließt, sondern für andere Aufwendungen als Anschaffungs- und Herstellungskosten verwendet wird, nicht offenbart, ist vorliegend nicht einschlägig. Denn es kann hieraus nicht abgeleitet werden, dass im Prospekt eines Private-Equity Dachfonds über die Angaben zu den dachfondsabhängigen Kosten und zu der „Investition in Zielfonds inkl. Nebenkosten“ hinaus auch die genauen Kosten der Zielfonds zu benennen seien. Bei einem Blind-Pool ist dies schon tatsächlich nicht möglich. Selbst wenn, wie vorliegend, bereits einzelne Zielfonds bekannt sind, in die investiert werden soll, ist dies regelmäßig nicht erforderlich. Denn das „Anlageobjekt“, auf das sich mögliche Auskunftspflichten beziehen, ist grundsätzlich nach dem jeweiligen Gegenstand des Vertriebs zu bestimmen. Bei einem Private-Equity-Dachfonds überträgt der Anleger die Entscheidung, in welche Zielfonds sein Geld fließt, dem Management des Dachfonds. Dieses hat – wie es in den „Investitionsgrundsät-

zen“ im Prospekt heißt – „unter dem am Markt verfügbaren Zielfonds diejenigen auszuwählen, die eine überdurchschnittliche Rendite für die Anleger erwarten lassen.“ Damit muss nicht der Anleger entscheiden können, ob der durch die mit der Managementfee vergütete professionelle Zielfondsverwaltung höhere Kosten als zu erwartende Gewinne erwirtschaftet und die Investition rentabel ist, sondern während der Dachfondslaufzeit alleinig das Management des Dachfonds.

Schließlich kommt der BGH nach Auswertung der protokollierten Zeugeneinvernahme zu dem Schluss, dass der Mitarbeiter der Beklagten demgemäß nicht unzutreffend über das Totalverlustrisiko aufgeklärt habe. Diesbezüglich habe das OLG auch die weiteren Beweise nicht ausreichend gewürdigt.

Martina Kern, UniCredit Bank AG

Impressum

Verlag und Redaktion:

Bank-Verlag GmbH
Postfach 450209, 50877 Köln
Wendelinstraße 1, 50933 Köln

Tel. 0221/54 90-0

Fax 0221/54 90-315

E-Mail: medien@bank-verlag.de

Geschäftsführer:

Wilhelm Niehoff (Sprecher)

Michael Eichler

Matthias Strobel

Bereichsleitung Medien:

Bernd Tretow

Verkauf:

Stefan Lödorf

Tel. 0221/54 90-133

E-Mail: stefan.loedorf@bank-verlag.de

Redaktion:

Caroline Serong

Tel. 0221/54 90-118

E-Mail: caroline.serong@bank-verlag.de

Layout & Satz:

Amin Denzel

Tel. 0221/54 90-131

E-Mail: armin.denzel@bank-verlag.de

Erscheinungsweise: 12 x jährlich

Kein Teil dieser Publikation darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlags vervielfältigt werden. Unter dieses Verbot fallen insbesondere die gewerbliche Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken und die Vervielfältigung auf Datenträgern.

Die Beiträge sind mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt, die Redaktion übernimmt jedoch kein Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der abgedruckten Inhalte. Mit Namen gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers wieder. Empfehlungen sind keine Aufforderungen zum

Kauf oder Verkauf von Wertpapieren sowie anderer Finanz- oder Versicherungsprodukte. Eine Haftung für Vermögensschäden ist ausgeschlossen. Für die Inhalte der Werbeanzeigen ist das jeweilige Unternehmen oder die Gesellschaft verantwortlich.

BuB

Alles, was Bankrecht ist.



Der größte deutsche Bankrechtskommentar – online und mit direktem Zugriff

Schnelle Recherche zu Preisklauseln? Aktueller Fall von möglicher Geldwäsche in Ihrem Haus? Prüfen Sie online die gültige Rechtslage im größten deutschen Bankrechtskommentar „Bankrecht und Bankpraxis“! Der gesamte Text des Rechtskommentars ist übersichtlich erfasst und mittels Online-Abonnement unter www.bankrecht-und-bankpraxis.de abrufbar, inkl. einer komfortablen Schlagwortsuche.

**Gleich vierwöchiges kostenfreies Probeabo anfordern unter
medien@bank-verlag.de**