



**Der Markt für Kapitalanlagen - Auf den Vo(e)rtrag kommt es an**

**Newsletter 09/2011**

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

Sie kennen den oft bemühten Satz „Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand!“. Gewiss gibt es immer wieder Entscheidungen, deren Begründung nicht so überzeugend zu sein scheint. Dafür steht in bedeutsameren Angelegenheiten der Instanzenzug zur Verfügung. Oftmals ist die Schelte aber bereits vom Ansatz her verkehrt, denn zumindest die Zivilgerichte fällen ihre Urteile nach dem sog. Beibringungsgrundsatz. Es sind die Parteien, die den Prozessstoff zu liefern haben. Reicht der Vortrag nicht aus oder ist er in sich widersprüchlich, werden Gerichte zwar regelmäßig entsprechende Hinweise erteilen, können aber letztendlich gar nicht anders, als ihre Entscheidung auf der Grundlage des vorgetragenen Sachverhalts zu treffen. Auch deshalb können Entscheidungen, die beispielsweise eine Beteiligung am selben Investitionsobjekt betreffen, dennoch unterschiedlich ausfallen. Auch in BGH-Entscheidungen, bei denen bekanntlich der Tatsachenvortrag, der vor den Instanzgerichten vorgetragen wird, die maßgebliche Rolle spielt, findet sich immer wieder der Satz, dass es dieser oder jener Partei obliegen hätte, konkretere Gesichtspunkte vorzutragen. Auf den Vortrag kommt es mithin an.

Nicht minder wichtig ist es im Regelfall, für klare vertragliche Absprachen zu sorgen. So können quotale Haftungsregelungen, die in Verträgen von Publikums-Personengesellschaften in der Rechtsform einer GbR weit verbreitet sind, höchst unterschiedlich gestaltet sein. Darauf macht Karsten Schmidt aufmerksam, dessen Anmerkungen wir am Ende unserer heutigen Literaturübersicht zusammengefasst haben. Zu Beginn unseres heutigen Newsletters stellen wir den BGH-Beschluss vom 19.07.2011 vor. Der BGH knüpft an seinen Hinweisbeschluss vom März an, in dem er die Rechtsprechungsgrundsätze zu Aufklärungspflichten von Banken über Rückvergütungen nicht nur nochmals präzisierte, sondern auch weiter ausdehnte.

Egal, ob es um „hinreichenden Vortrag“ oder die „Weitsicht im Vertrag“ geht, stehen wir Ihnen bei Ihren speziellen Fragen zum Immobilien- und Kapitalanlagerecht gerne zur Seite. Fordern Sie uns! Wir sind gerne für Sie da!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

## Unsere Themen in der Übersicht

### Rechtsprechungsspiegel

- Zur schuldhaften Verletzung der Pflicht der anlageberatenden Bank, über Rückvergütungen aufzuklären
- Zur Frage, ob und ggf. wann ein ausgeschiedener BGB-Gesellschafter unmittelbar auf Abfindung klagen kann
- Zur Frage, wann Schadenersatzansprüche wegen vom Anleger behaupteter Falschberatung verjähren  
hier: Grobfahrlässiges Nichterkennen der Schieflage eines Fonds
- Zur Substantiierungspflicht bei der Beanspruchung eines Kostenvorschusses für Mängelbeseitigungsarbeiten
- Zum Wirtschaftlichkeitsgebot bei Mietnebenkosten
- Die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist entscheidend
- Zur Verjährung des Rückzahlungsanspruchs des Mieters bei überzahlter Miete wegen einer Wohnflächenabweichung
- Versicherungsmakler oder Versicherungsvertreter - Im Verhältnis zum Kunden ist das Auftreten des Vermittlers entscheidend
- Zur Frage, wann auch ein Versicherungsmakler Erfüllungsgehilfe des Versicherers sein kann
- Zur Frage, ob ein ungeteiltes Grundstück mit fünf freistehenden Mehrfamilienhäusern nur als ein Objekt im Sinne der 3-Objekt-Grenze anzusehen ist

### Gesetzgebungsspiegel und Neues aus Behörden und Ministerien

- Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge in Kraft
- Gemeinsames Informationsblatt der BaFin und der Deutschen Bundesbank zum Tatbestand der Anlageberatung
- Bundesregierung stellt Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Abo- und Kostenfallen im Internet vor

### Kurz und bündig

- Aufklärungspflicht einer Finanzierungsbank wegen eines schwerwiegenden Interessenkonflikts bei Verlagerung des eigenen notleidenden Kreditrisikos auf den Erwerber
- Anrechnung von Tilgungen aus dem Gesellschaftsvermögen auf eine quotale Haftung der GbR-Gesellschafter nur bei eindeutiger Vereinbarung
- Die Mieterdienstbarkeit - Zum Interessenausgleich zwischen Vermieter, Mieter und finanzierender Bank
- Genehmigung des Anbaus von Balkonen an der Rückseite eines denkmalgeschützten Mietshauses
- Die erwerbende GbR im Grundstücksrecht: Ein Machtwort des BGH contra legem?
- Aufklärungspflicht der Bank über ihre Verkäufereigenschaft bei einem Festpreisgeschäft
- Stärkung des Anlegerschutzes - Neuer Rechtsrahmen für Sanierungen - Bericht über den Bankrechtstag am 01.07.2011 in München
- Echte und Unechte Quotenhaftung von Personengeschaftern

## RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

### **Zur schuldhaften Verletzung der Pflicht der anlageberatenden Bank, über Rückvergütungen aufzuklären** (BGH, Beschl. v. 19.07.2011, XI ZR 191/10)

#### **Sachverhalt**

Bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 09.03.2011 (vgl. unseren Newsletter 6/2011) hatte der BGH darauf hingewiesen, dass er die Revision einer Bank, die zwei Medienfondsbeteiligungen vermittelt hat und der in diesem Zusammenhang Pflichtverletzungen vorgeworfen wurden, zurückzuweisen gedenkt. Den Parteien war noch einmal Gelegenheit eingeräumt worden, zu den Hinweisen des BGH im Beschluss vom 09.03.2011 Stellung zu nehmen. Die Bank wandte sich in ihrer Stellungnahme insgesamt gegen die Rechtsprechung zur Pflicht einer anlageberatenden Bank, einen Anleger, dem sie eine Kapitalanlage empfiehlt, ungefragt über erhaltene Rückvergütungen aufzuklären.

#### **Entscheidung**

Der BGH macht deutlich, dass er an seiner - wie er selbst betont - gefestigten Rechtsprechung festhält. Provisionsrückflüsse, die ein Dritter an eine eine Fondsbeteiligung vermittelnde Bank bezahlt und die die Bank nicht offenlegt, stellen eine Verletzung von Aufklärungspflichten dar. Der Pflichtenkreis einer Bank und eines freien Anlageberaters sind unterschiedlich. Deshalb liegt auch kein Widerspruch zur Rechtsprechung des dritten Zivilsenats vor, der einen freien Anlageberater mit Urteil vom 03.03.2011 nicht für verpflichtet gehalten hat, ungefragt seine Provision und deren Höhe offenzulegen.

Bei einem Bankberater ist dies anders. Insoweit ist es auch nicht treuwidrig, wenn ein Anleger, der nicht nachgefragt hat, sich später auf die Aufklärungspflichtverletzung beruft. Soweit ein Anleger weiß, dass eine Bank bei Wertpapiergeschäften Provisionen erhält, kann daraus auch nicht auf das Einverständnis des Anlegers mit Rückvergütungen geschlossen werden. Ein solcher Schluss wäre nur möglich, wenn der Anleger vergleichbare Produkte in Kenntnis dort geflossener Rückvergütungen erworben hätte.

Sodann bestätigt der BGH ein weiteres Mal seine Rechtsprechungsgrundsätze zur Verschuldensfrage. Das Verschulden werde bei Vorliegen einer Pflichtverletzung vermutet. Der Aufklärungspflichtige müsse demzufolge darlegen und beweisen, dass ihn kein Verschulden tritt. Eine anlageberatende Bank könne sich jedenfalls für die Zeit nach 1990 hinsichtlich ihrer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen. Insbesondere habe es auch nie Rechtsprechung gegeben, die das Verheimlichen von Rückvergütungen erlaubt hätte.

## **Fazit**

Der Beschluss bringt noch nicht 100 %-ige Klarheit in die Frage, ob der BGH mittlerweile Innenprovisionen mit Rückvergütungen gleichsetzt. Hier konnte die Frage offen bleiben, weil jedenfalls in einem der beiden Vermittlungsfälle das Agio oder Teile des Agios zurückerstattet wurden und die Bank eine Vergütung von bis zu 8,72 % als Provision erhalten hat. Im Prospekt war eine Eigenkapitalvermittlungsvergütung von 4,9 % ausgewiesen plus 2 % Platzierungsgarantie + 2 % Finanzierungsvermittlungsgebühr. Aus diesen drei Teilen wurde die Provision gespeist. Finanzierungsvermittlungsprovision und Platzierungsgarantieprovision stellen zweifelsfrei kein Entgelt für die Eigenkapitalvermittlung dar. Es kann inzwischen als gesichert gelten, dass eine Bank jedenfalls Interessenkonflikte offenzulegen hat. Wenn sie die Hausbank des Anlegers ist, sollte sie auch die konkrete Höhe der ihr zufließenden Provision offenlegen, damit ein Anleger den möglicherweise bestehenden Interessenkonflikt erkennen kann. Diese Pflichten hatte die Bank im vorliegenden Sachverhalt nicht erfüllt. Die Pflicht wird auch in zahlreichen anderen Fällen in der Vergangenheit nicht erfüllt worden sein.

## **§ § §**

**Zur Frage, ob und ggf. wann ein ausgeschiedener BGB-Gesellschafter unmittelbar auf Abfindung klagen kann** (BGH, Urt. v. 07.06.2011, II ZR 186/08)

## **Sachverhalt**

Ein Anleger hatte sich im Abstand von gut zwei Wochen durch Erwerb zweier Beteiligungen an einem geschlossenen Fonds in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft beteiligt. Die Beteiligungen kamen jeweils in einer Haustürsituation zustande. Später kündigte und widerrief der Anleger die Beteiligungen. Er beehrte die Rückzahlung der von ihm geleisteten Einlagen, hilfsweise die Zahlung eines Abfindungsguthabens. Im Gesellschaftsvertrag war geregelt, dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Höhe des Abfindungsguthabens dieses von einem Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter ermittelt werden soll. Die Fondsgesellschaft unterließ es fast zwei Jahre, einen Schiedsgutachter zu beauftragen.

## **Entscheidung**

Der BGH sah die Klage auf Zahlung eines Abfindungsguthabens als dem Grunde nach begründet an. Nach den Grundsätzen der sog. fehlerhaften Gesellschaft, der der fehlerhafte Gesellschaftsbeitritt gleich stehe, müsse sich der Anleger zunächst wie ein wirksam beigetretener Gesellschafter behandeln lassen. Trotz möglichen Widerrufs, weil die Beteiligungen in einer Haustürsituation zustande gekommen waren, besteht kein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Einlagen. Diese Rechtsfolge verstößt auch nicht gegen EU-Recht. Das nationale Recht darf bei den Regelungen der Rechtsfolgen des Widerrufs einen vernünftigen Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung

zwischen den einzelnen Beteiligten herstellen. Es ist insbesondere zulässig, dem widerrufenden Verbraucher die finanziellen Folgen des Widerrufs des Beitritts aufzuerlegen.

Nach Ansicht des BGH werden durch eine Austrittsmöglichkeit ex nunc die gegenläufigen Interessen des Beitretenden, der Mitgesellschafter und der Gläubiger der Gesellschaft gleichmäßig berücksichtigt.

Der Klage auf Zahlung steht nicht entgegen, dass im Gesellschaftsvertrag eine Schiedsgutachtenabrede getroffen worden war. Es hätte der Fondsgesellschaft obliegen, den Schiedsgutachter zu benennen und damit zu beauftragen, das Schiedsgutachten über die Höhe des Abfindungsguthabens zu erstellen. Unterlässt es die verpflichtete Vertragspartei über einen Zeitraum von fast zwei Jahren, entspricht es allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Literatur, den in § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltenen Grundsatz entsprechend anzuwenden. Nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB hat die Bestimmung der Leistung durch Urteil des angerufenen Gerichts zu erfolgen, wenn der Dritte, dem die Bestimmung obliegt, diese verzögert. Der Anleger konnte deshalb unmittelbar auf Zahlung des ihm seiner Ansicht nach zustehenden Abfindungsguthabens klagen.

Das angerufene Gericht hat die Bestimmung der Leistung durch Urteil zu treffen und - falls erforderlich - zuvor sachverständige Hilfe in Anspruch zu nehmen. Eine Abweisung der Klage als zurzeit unbegründet ist nicht mehr zulässig.

### **Fazit**

Auch wenn eine Leistungszeit vertraglich nicht bestimmt ist, obliegt es demjenigen, der eine Vertragspflicht zu erfüllen hat, diese innerhalb objektiv angemessener Zeit zu erfüllen. Welcher Zeitraum angemessen ist, hängt sicherlich von den Umständen des Einzelfalles ab. Unterlässt es der Verpflichtete fast zwei Jahre, seiner Pflicht nachzukommen, liegt dies außerhalb eines objektiv angemessenen Zeitraumes.

### **§ § §**

### **Zur Frage, wann Schadenersatzansprüche wegen vom Anleger behaupteter Falschberatung verjähren**

**hier: Grobfahrlässiges Nichterkennen der Schieflage eines Fonds** (LG Köln, Urt. v. 26.05.2011, 15 O 387/10)

### **Sachverhalt**

Ein Anleger hatte sich im Jahr 2000 am Filmfonds Cinerenta III beteiligt. In den Jahren 2001 bis 2003 erhielt der Anleger Ausschüttungen. Ab 2004 blieben die Ausschüttungen aus. Seit 2002 wurde in Geschäftsberichten der Fondsgesellschaft auf die schwierige wirtschaftliche Situation hingewiesen.

Der Anleger reichte Ende 2010 gegen den die Beteiligung anbietenden Anlagevermittler Klage wegen Pflichtverletzungen ein. Dieser verneinte, Pflichten verletzt zu haben und berief sich höchst vorsorglich auf die Einrede der Verjährung.

### **Entscheidung**

Das Landgericht Köln wies die Klage ab. Ein Anspruch auf Schadenersatz aus Prospekthaftung im engeren Sinn lag von vornherein nicht vor, denn der Vermittler gehörte nicht zu den Haftungsadressaten für Ansprüche aus der Prospekthaftung im engeren Sinn.

In Betracht kam mithin nur eine Haftung wegen fehlerhafter Anlageberatung bzw. Prospekthaftung im weiteren Sinn. Hier monierte das Gericht, dass der Anleger nicht substantiiert vorgetragen habe, welche Pflichten vom Vermittler verletzt worden sein sollten. Der Vortrag belege auch nicht, dass der Prospekt fehlerhaft gewesen sei. Die Vorwürfe, die der Anleger erhob, beträfen nicht Unrichtigkeiten des Prospektes, sondern bezogen sich auf den Vorwurf, das vorgestellte Anlagekonzept sei tatsächlich nicht durchgeführt worden. Soweit Ansprüche auch darauf gestützt wurden, der Vermittler habe nicht umfassend über Sicherheiten und Verlustrisiken der Beteiligung aufgeklärt, hielt das Gericht etwaige Pflichtverletzungen jedenfalls für verjährt. Nachdem ab dem Jahr 2004 die prognostizierten Ausschüttungen ausgeblieben waren und in den Geschäftsberichten und Gesellschafterversammlungen der Fondsgesellschaft seit 2002 die wirtschaftlichen Probleme diskutiert worden waren, hätte der Anleger spätestens ab 2005, allerspätstens aber ab 2006 die Schieflage des Fonds erkennen können und damit auch die Realisierung von Risiken, über die angeblich nicht aufgeklärt worden war. Schon mit dem wiederholten Ausbleiben der Ausschüttungen müsse ein Anleger annehmen, dass angeblich anpreisende Angaben falsch waren und ein Prospekt die wirtschaftliche Seite des Fonds unzutreffend dargestellt habe.

Deshalb sei schon das dauerhafte Ausbleiben der prognostizierten Ausschüttungen ausschlaggebend für den Vorwurf grob fahrlässiger Nichtkenntnis. Hier kamen noch die Geschäftsberichte hinzu, in denen der Anleger sogar bereits seit 2002 über die schwierige Situation in Kenntnis gesetzt worden war.

### **Fazit**

Aus den veröffentlichten Entscheidungsgründen ergibt sich nicht im Einzelnen, wie substantiiert der Vortrag des Anlegers war. Die Ausführungen zum Vorwurf der grob fahrlässigen Nichtkenntnis überzeugen. Ein Anleger, der die Schieflage seines Fonds erkennen kann und meint, über sich auftuende Risiken nicht ausreichend informiert worden zu sein, sollte zeitnah handeln und nicht mehrere Jahre ins Land gehen lassen.

## **Zur Substantiierungspflicht bei der Beanspruchung eines Kostenvorschusses für Mängelbeseitigungsarbeiten (OLG Stuttgart, Urt. v. 25.05.2011, 9 U 122/10)**

### **Sachverhalt**

Ein Bauträger hatte eine Wohnanlage errichtet. Die Balkonentwässerung war mangelbehaftet. Nachdem der Bauträger die Mängel nicht selbst beseitigt hatte, klagte die Wohnungseigentümergeinschaft auf Zahlung eines Kostenvorschusses. Als Beleg diente ein Sachverständigengutachten, gegen welches der Bauträger zahlreiche Einwände vorbrachte. Der Bauträger selbst hatte dabei weder Pläne noch Berechnungen der Entwässerungsleitungen vorgelegt.

### **Entscheidung**

Das Gericht verurteilte den Bauträger antragsgemäß zur Zahlung. Der Bauträger habe sich selbst zuzuschreiben, dass er keine Pläne vorgelegt habe und dass der Sachverständige deshalb mehrere Alternativlösungen zur Verbesserung der Entwässerungssituation vorgeschlagen habe. An die Darlegung zur Anspruchshöhe seien auch nicht gleich strenge Anforderungen zu stellen wie bei den Kosten einer Ersatzvornahme. Schließlich sei der Vorschuss eine vorläufige Zahlung, über die am Ende abgerechnet werden müsse. Zur Schätzung des Vorschusses nach § 287 ZPO reiche in der Regel die Vorlage nachvollziehbarer Angebote bzw. hier eine Kostenschätzung durch einen Sachverständigen.

### **Fazit**

Das Urteil überzeugt. Die vom Bauträger beantragte Einholung ergänzender Gutachten hätte den Rechtsstreit nicht nur weiter in die Länge gezogen, sondern auch verteuert. Zu Recht wurden die Anforderungen an die Darlegung zur Anspruchshöhe bei Klage auf Kostenvorschuss nicht zu hoch geschraubt.

**§ § §**

## **Zum Wirtschaftlichkeitsgebot bei Mietnebenkosten (BGH, Urt. v. 06.07.2011, VIII ZR 340/10)**

### **Sachverhalt**

Mieter einer Wohnung in Heidelberg monierten die Betriebskostenabrechnung des Vermieters mit der Begründung, die Müllabfuhrgebühren seien unangemessen hoch. Der Vermieter habe das Gebot der Wirtschaftlichkeit verletzt. Die Mieter bezogen sich auf einen vom Deutschen Mieterbund e.V. herausgegebenen „Betriebskostenspiegel für Deutschland“. Dieser weist Durchschnittswerte auf. Den aus ihrer Sicht erhöhten Betrag behielten die Mieter ein. Der Vermieter klagte auf Nachzahlung.

## **Entscheidung**

Die Klage des Vermieters war in allen Instanzen erfolgreich. Ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot wurde von den Mietern nicht hinreichend dargelegt. Insoweit stellte der BGH klar, dass der Mieter, der einen Schadenersatzanspruch gegen den Vermieter geltend macht, die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen trägt, hier also hätte nachweisen müssen, dass der Vermieter im Zusammenhang mit der Müllentsorgung Pflichten verletzt hat.

Auf den „Betriebskostenspiegel für Deutschland“ konnten sich die Mieter nicht berufen, denn diesem kommt angesichts der je nach Region und Kommune unterschiedlichen Kostenstruktur keine Aussagekraft im Einzelfall zu.

Es hätte den Mietern obliegen, konkretere Gesichtspunkte vorzutragen. Sie hätten die Belege einsehen können und sich dadurch Kenntnis vom Müllgebührenbescheid der Gemeinde und dessen tatsächlichen Grundlagen verschaffen können.

Im konkreten Fall waren die Müllgebühren überdurchschnittlich hoch, weil die Mieter des Anwesens den Müll nicht richtig getrennt hatten (insbesondere den Verpackungsmüll - gelbe Tonnen - nicht vom Restmüll getrennt hatten). Deshalb hatte die Gemeinde die kostenlosen gelben Tonnen für die Entsorgung von Verpackungsmüll eingezogen.

Der BGH wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass selbst eine Besserung im Mülltrennungsverhalten nicht automatisch dazu geführt hätte, vom Vermieter zu fordern, sich erneut um das Aufstellen kostenloser gelber Tonnen zu bemühen. Jedem einzelnen Mieter wäre ohne weiteres möglich gewesen, die kostenlos erhältlichen gelben Säcke zu verwenden.

## **Fazit**

Die Nebenkosten sind längst zur sog. „zweiten Miete“ geworden. Vermieter haben im Regelfall gar kein Interesse daran, dass die Nebenkosten immer mehr das Gesamtbudgets eines Mieters „auffressen“. Dennoch sind Vorwürfe, das Wirtschaftlichkeitsgebot sei verletzt, nicht selten. Der BGH stellt klar, dass hier ein Mieter gefordert ist, dezidiert vorzutragen und im Streitfall zu beweisen, welche Pflichten ein Vermieter verletzt haben soll.

**§ § §**

**Die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist entscheidend** (AG Kassel -Zweigstelle Hofgeismar-, Urt. v. 07.05.2009, 40 C 348/08 (20))



### **Sachverhalt**

Der Vermieter machte gegen seine früheren Mieter Schadenersatzansprüche aus einem Mietverhältnis geltend. Das Mietverhältnis war beendet. Die Mieter waren ausgezogen. Ein gemeinsamer Rückgabetermin kam nicht zustande. Die Mieter hatten die Schlüssel übersandt. Der Vermieter berief sich darauf, die Mieter hätten durch den Auszug die Durchführung von Arbeiten, zu denen er jedenfalls teilweise auch schon vorher aufgefordert habe, abgelehnt. Die Mieter verneinten einen Schadenersatzanspruch, weil es an der Fristsetzung zur Schadensbeseitigung mangle.

### **Entscheidung**

Das Amtsgericht Kassel folgte der Argumentation der früheren Mieter. Ein Mieter ist gem. § 546 BGB verpflichtet, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses in ordnungsgemäßem Zustand zurückzugeben. Verletzt der Mieter diese Pflicht, hat der Vermieter einen Anspruch auf Schadenersatz. Schadenersatz statt der Leistung kann ein Gläubiger verlangen, wenn er dem Schuldner zunächst erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat.

Die Fristsetzung ist nur dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat. An dieses Erfordernis sind hohe Anforderungen zu stellen.

Beide Hürden konnte der Vermieter im Streitfall nicht nehmen.

### **Fazit**

Die Entscheidung betrifft einen heutzutage nicht seltenen Fall, dass Mieter mit ihrem Vermieter keinen ordnungsgemäßen Rückgabetermin vereinbaren, sondern ausziehen und dem Vermieter (nur) die Schlüssel zurückgeben. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährungsfrist für mögliche Schadenersatzansprüche des Vermieters wegen Verschlechterung der Mietsache zu laufen. Die Entscheidung zeigt, wie wichtig es ist, zunächst eine angemessene Frist zur Schadensbeseitigung oder Nacherfüllung zu setzen, wenn nicht zweifelsfrei feststeht, dass dieser Schritt eine bloße Förmelerei wäre, weil bereits feststeht, dass die Mieter keine Schäden beseitigen werden.

## **§ § §**

### **Zur Verjährung des Rückzahlungsanspruchs des Mieters bei überzahlter Miete wegen einer Wohnflächenabweichung (BGH, Urt. v. 29.06.2011, VIII ZR 30/10)**

### **Sachverhalt**

Der Mieter einer Wohnung forderte die Rückzahlung überzahlter Mieten, weil die Wohnfläche der von ihm angemieteten Wohnung (nicht unerheblich) geringer sei. Davon habe er erst im Jahr 2007 erfahren. Vor dem BGH ging es um die Frage, ob der Mieter auch Mieten vor 2002 zurückzufordern berechtigt ist, nachdem der Vermieter die Einrede der Verjährung erhoben hatte.

### **Entscheidung**

Der BGH gab insoweit dem Vermieter Recht. Beim früheren, d.h. vor 2002 geltenden, Verjährungsrecht sei es im Hinblick auf den Verjährungsbeginn (§ 197 BGB a.F.) nicht auf die Kenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen angekommen. Im konkreten Fall - so der BGH weiter - fände noch das alte Recht Anwendung. Es bliebe bei dem Ablauf der Verjährung nach früherem Recht, wenn die nach altem Recht längere Frist früher abläuft als die kürzere Frist nach neuem Recht. Die Verjährung der Rückforderungsansprüche des Mieters bezüglich der im Jahr 2000 und 2001 überzahlten Mieten hatte nach altem Recht mit dem Ablauf des Jahres 2000 bzw. 2001 begonnen und ist Ende 2004 bzw. 2005 abgelaufen.

### **Fazit**

Beim vom BGH entschiedenen Fall ging es noch um Abgrenzungsfragen zwischen neuem und altem Verjährungsrecht. Nach neuem Verjährungsrecht wären die Ansprüche des Mieters nicht verjährt, denn insoweit kommt es auf den Zeitpunkt der Kenntnis des Anspruchsinhabers von den anspruchsbegründenden Umständen an.

## **§ § §**

### **Versicherungsmakler oder Versicherungsvertreter - Im Verhältnis zum Kunden ist das Auftreten des Vermittlers entscheidend (OLG Hamm, Urt. v. 08.10.2009, 18 U 26/08)**

#### **Sachverhalt**

Ein im Bereich der Vermittlung von Versicherungen tätiger Finanzdienstleister war regelmäßiger Gast in einer Pizzeria. Der Inhaber der Pizzeria wünschte den Abschluss von Versicherungen für Pizzeria und Hausrat. Der Versicherungsvermittler holte verschiedene Versicherungsangebote ein. Der Versicherungsschutz für die Pizzeria wurde eingedeckt. Für die Hausratversicherung wünschte der Kunde eine Erhöhung der Entschädigung für Wertsachen. Den Versicherungsantrag reichte der Versicherungsvermittler bei einer Versicherung ein. Diese nahm den Antrag nicht an. Der Versicherungsvermittler unternahm daraufhin nichts. Zirka sechs Monate später wurde Hausrat entwendet. Da kein Versicherungsschutz bestand, nahm der Inhaber der Pizzeria den Versicherungsvermittler in Anspruch und machte einen Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der Pflichten aus einem Maklervertrag geltend. Der Vermittler berief sich darauf, bloßer Versicherungsagent zu sein.

#### **Entscheidung**

Das Gericht wies darauf hin, dass im Hinblick auf die Statusfrage ausschließlich die Rechtsbeziehung des Vermittlers mit dem Versicherungskunden entscheidend ist. Nicht entscheidend seien etwaige vertragliche Beziehungen des Vermittlers zu Produktpartnern (Versicherern). Auch ein Versicherungsvermittler, der im Verhältnis zu den Versicherern Versicherungsagent oder

Mehrfachagent sei, könne mit einem Versicherungsnehmer einen Maklervertrag abschließen. Folge sei, dass der Vermittler als Pseudomakler für Pflichtverletzungen wie ein Makler einzustehen habe.

Im vorliegenden Fall habe der Vermittler einen entsprechenden Eindruck vermittelt. Er habe bei verschiedenen Versicherern Anfragen zur Deckung des zu versichernden Risikos eingeholt. Für den Bereich der Pizzeria habe er eine passende Versicherung ausgewählt. Das Auftreten wie ein Versicherungsmakler ergab sich des Weiteren aus der Verwendung eines Stempels mit dem Abdruck „Wirtschaftskanzlei | Versicherungen aller Art“.

Der Vermittler musste sich mithin so behandeln lassen wie ein Versicherungsmakler. Pflichten aus dem Maklervertrag waren verletzt, denn nach Ablehnung des Versicherungsantrages für die einzudeckende Hausratversicherung wäre es die Pflicht gewesen, sofort ein gleichwertiges Angebot eines anderen Versicherers einzuholen.

Ein Mitverschulden des Versicherungsnehmers war zu verneinen, denn der Kunde durfte darauf vertrauen, dass er zumindest informiert würde, wenn der Versicherungsvertrag trotz Antrags nicht zustande kommt.

### **Fazit**

Für einen Versicherungsmakler gelten im Verhältnis zum Kunden gesteigerte Beratungs- und Informationspflichten. An diesem Pflichtenkatalog muss sich auch der Pseudomakler messen lassen. Nicht zuletzt deshalb wird seit der Reform des Versicherungsvermittlerrechtes gefordert, dass der Versicherungsvermittler vor Aufnahme seiner Vermittlungstätigkeit seinen Status zu offenbaren hat.

## **§ § §**

**Zur Frage, wann auch ein Versicherungsmakler Erfüllungsgehilfe des Versicherers sein kann**  
(OLG Dresden, Urt. v. 19.11.2010, 7 U 1358/09 nrkr.)

### **Sachverhalt**

Ein Versicherungsnehmer hatte eine fondsgebundene Lebensversicherung gegen Zahlung eines Einmalbetrages abgeschlossen. Zur Bezahlung des Einmalbetrages nahm er ein Darlehen auf. Das Darlehen sollte durch Auszahlungen aus der Versicherung getilgt werden. Die Wertentwicklung der Lebensversicherung entsprach nicht den prognostizierten Werten. Die finanzierende Bank forderte zusätzliche Sicherheiten.

Der Versicherungsnehmer klagte auf Auszahlung des Betrages, der ihm nach seiner Darstellung zugesichert worden war, hilfsweise auf Feststellung, dass die Versicherung zur Schadensersatzleistung aufgrund fehlerhafter Beratung bei Abschluss des Vertrages verpflichtet sei.

## Entscheidung

Das OLG Dresden hielt die Klage im Hilfsantrag für begründet. Dem Versicherungsnehmer stünde ein Schadenersatzanspruch auch gegenüber der Versicherung wegen Aufklärungspflichtverletzung zu. Die Versicherung müsse sich das Verhalten des Vermittlers (vor allem Versicherungsmakler) zurechnen lassen. Das Gericht zog hier - jedenfalls im Hinblick auf die streitgegenständliche und fremdfinanzierte Lebensversicherung gegen Einmalbeitrag - Parallelen zu sonstigen Anlageprodukten. Der die Versicherung vermittelnde Vermittler habe ein Risiko im Hinblick auf die fremdfinanzierte Lebensversicherung verneint. Die Versicherung berief sich auf ihr Bedingungsmerkmal, aus dem sich ergab, dass die Auszahlungsbeträge nicht fest zugesagt seien, sondern von der künftigen Wertentwicklung der gekauften Wertpapiere abhing. Da es sich im konkreten Fall nicht um einen Standard-Versicherungsvertrag handelte, sondern um ein Versicherungsmodell mit verzahnten Komponenten, habe ein erheblicher Aufklärungs- und Beratungsbedarf auf Seiten des Versicherungsnehmers bestanden. In diesem Fall dürfe sich ein Versicherer nicht darauf beschränken, lediglich den ausgefüllten Versicherungsantrag entgegenzunehmen und den Versicherungsschein auszufertigen und auszuhändigen. Auch für die Versicherung bestünden in seinem solchen speziellen Fall Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten, deren Erbringung die Versicherung selbstständigen Vermittlern und Untervermittlern überließ. Insoweit sei es gerechtfertigt, dass das Verschulden eines eingesetzten Untervermittlers der Versicherung wie eigenes Verschulden entgegenuhalten sei.

## Fazit

Grundsätzlich ist ein Versicherungsmakler als treuhänderischer Sachwalter der Interessen des Versicherungsnehmers in dessen Interesse tätig. Übernimmt er allerdings mit Wissen und Wollen einer Vertragspartei Aufgaben, die typischerweise dieser Vertragspartei obliegen, wird er auch in ihrem Pflichtenkreis tätig und ist daher zugleich als ihre Hilfsperson zu betrachten. Insoweit sind die Einzelfallumstände entscheidend.

***Anm.:** Vgl. zu einem nahezu identischen Themenkomplex auch die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 18.07.2011, 7 U 146/10; das OLG Stuttgart stellte darauf ab, dass das Bedingungsmerkmal der Versicherung gegen das Transparenzgebot verstoße. Es handelte sich ebenfalls um eine fremdfinanzierte fondsgebundene Lebensversicherung gegen Einmalbeitrag. Der Versicherungsnehmer werde durch die intransparenten Klauseln entgegen Treu und Glaube unangemessen benachteiligt; das OLG Stuttgart hatte die Zurechnung einer Pflichtverletzung, die der Versicherungsnehmer durch einen Erfüllungsgehilfen behauptet hatte, ausdrücklich dahinstehen lassen.*

**Zur Frage, ob ein ungeteiltes Grundstück mit fünf freistehenden Mehrfamilienhäusern nur als ein Objekt im Sinne der 3-Objekt-Grenze anzusehen ist** (BFH, Urt. v. 05.05.2011, IV R 34/08)

**Sachverhalt (vereinfacht)**

Eine BGB-Gesellschaft erwarb im Jahr 1993 ein Baugrundstück. Auf dem Grundstück wurden fünf Mehrfamilienhäuser mit insgesamt 36 Wohnungen errichtet. Noch in der Bauerrichtungsphase wurde der Grundbesitz - ungeteilt - weiterveräußert, wobei sich die Verkäuferin verpflichtete, die Häuser schlüsselfertig zu errichten und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach dem WEG zu beschaffen. Ferner übernahm sie eine Vermietungsgarantie und für zwei Jahre eine Mietgarantie. Die Finanzverwaltung nahm eine gewerbliche Tätigkeit an und stellte Einkünfte aus Gewerbebetrieb fest. Die Klägerin war der Ansicht, sie sei vermögensverwaltend tätig gewesen.

**Entscheidung**

Der BFH gab der Klägerin Recht. Diese habe nicht mehr als drei Objekte veräußert und keinen gewerblichen Grundstückshandel betrieben.

Nach § 15 Abs. 2 EStG ist Gewerbebetrieb eine selbstständige und nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung das negative Erfordernis aufgestellt, dass es sich bei der Tätigkeit nicht um private Vermögensverwaltung handeln darf.

Zur Konkretisierung der Unterscheidung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit wies der BFH auf seine ständige Rechtsprechung seit 1986 hin, als er die sog. 3-Objekt-Grenze eingeführt hatte. Danach liegt in der Regel ein gewerblicher Grundstückshandel vor, sofern mehr als drei Objekte innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs von in der Regel fünf Jahren zwischen Anschaffung und Verkauf veräußert werden. Der 3-Objekt-Grenze kommt allerdings nur Indizwirkung zu. Daher können auch bei der Veräußerung von weniger als vier Objekten besondere Umstände auf eine gewerbliche Betätigung schließen lassen. So verhält es sich, wenn bereits beim Erwerb der Grundstücke feststeht, dass sie zur Veräußerung bestimmt sind. Allerdings genügt eine bedingte Veräußerungsabsicht hierzu nicht. Als selbstständiges Objekt im Sinne der 3-Objekt-Grenze ist jedes selbstständig veräußerbare und nutzbare Immobilienobjekt (Grundstück, grundstücksgleiches Recht oder Sondereigentum nach dem WEG). Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs folgt bezüglich der Frage der Veräußerbarkeit der sachenrechtlichen Qualifizierung. Mehrere Gebäude auf einem ungeteilten Grundstück sind deshalb nicht als selbstständige Objekte im Sinne der 3-Objekt-Grenze anzusehen. Demzufolge war im konkreten Fall nur von einem Objekt im Sinne der 3-Objekt-Grenze auszugehen. Auch ließ der enge zeitliche Zusammenhang zwischen Erwerb und Veräußerung des Grundstücks weder für sich gesehen noch im Zusammenhang mit der Marktgängigkeit auf das Bestehen einer unbedingten Veräußerungsabsicht schließen. Auch innerhalb nur weniger Wochen sei denkbar, dass bezüglich einer beabsichtigten Verwertung ein Sinneswandel eintritt.

**Fazit**

Das Urteil stärkt die Rechtsposition derer, die zunächst ein Grundstück für eigene Zwecke bebauen und sich im Laufe der Bauzeit doch dazu entschließen, den schon bebauten oder im Bau befindlichen Grundbesitz weiter zu veräußern. Es ist allerdings streng darauf zu achten, dass sachenrechtlich nicht mehr als drei Objekte verkauft werden.

---

---

**GESETZGEBUNGSSPIEGEL UND NEUES AUS BEHÖRDEN UND MINISTERIEN****Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge in Kraft**

Seit 04.08.2011 ist das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge in Kraft. Das Gesetz sieht u.a. ein neues Muster für die Widerrufsbelehrung bei Fernabsatzverträgen vor. Das bislang gültige Muster für die Widerrufsbelehrung bei Fernabsatzverträgen ist noch drei Monate lang, d.h. bis zum Ablauf des 04.11.2011, verwendbar. Ab dem 05.11.2011 muss die Umstellung auf das neue Muster erfolgen.

Mit dem Gesetz werden noch weitere Paragraphen des BGB geändert. Eine Änderung betrifft u.a. § 312d BGB (Widerrufs- und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen). Zwei neue Paragraphen wurden eingefügt (§ 312e und § 312f BGB). § 312e BGB befasst sich mit dem Wertersatz bei Fernabsatzverträgen, § 312f BGB mit Verträgen über Finanzdienstleistungen, die einem Fernabsatzvertrag hinzugefügt wurden (z.B. Darlehensverträge, Finanzierungsvermittlungsverträge und dergleichen).

\* \* \*

**Gemeinsames Informationsblatt der BaFin und der Deutschen Bundesbank zum Tatbestand der Anlageberatung**

Bereits im Jahr 2007, nachdem die „Anlageberatung“ eine im Sinne des KWG erlaubnispflichtige Tätigkeit wurde und das KWG die „Anlageberatung“ gesetzlich definierte (vgl. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG), gaben die BaFin und die Deutsche Bundesbank ein gemeinsames Informationsblatt heraus. Dieses wurde im Mai 2011 überarbeitet. Das Informationsblatt ist unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de) abrufbar. Das Merkblatt enthält grundlegende Informationen zum Tatbestand der Anlageberatung. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale werden anhand von Beispielen näher erläutert. Im ersten Schritt ist zu hinterfragen, ob es um die Abgabe von persönlichen Empfehlungen geht, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen oder um allgemeine Empfehlungen.

Die Empfehlung muss gegenüber Kunden oder deren Vertretern erfolgen, wobei Kunden im Sinne dieser Norm natürliche und juristische Personen sowie Personengesellschaften sein können. Der Begriff umfasst auch sog. „professionelle Kunden“.

Die Beratung muss sich auf Finanzinstrumente beziehen. Der Begriff der Finanzinstrumente ist in § 1 Abs. 11 KWG näher erläutert.

Ausnahmen gelten bei der Beratung in Bezug auf Investmentanteile. Für diese gibt es eine Bereichsausnahme (gem. § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG). Obwohl Investmentanteile Finanzinstrumente sind, kann die Anlageberatung darüber ohne Erlaubnis erbracht werden, weil Investmentanteile stärker als andere Wertpapiere standardisiert sind und die Institute oder Unternehmen, für die die Ermittlung erfolgt, selbst der Aufsicht unterliegen.

Schließlich ist noch zu hinterfragen, ob die Anlageberatung gewerbsmäßig oder in einem Umfang betrieben wird, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Wenn weder das eine noch das andere der Fall ist, wäre die Anlageberatung ebenfalls erlaubnisfrei. Ansonsten ist es eine erlaubnispflichtige Anlageberatung.

Geschlossene Fondsbeteiligungen gelten bislang noch nicht als Finanzinstrumente. In absehbarer Zeit können sie aber durchaus unter diesen Begriff fallen. Ähnlich wie für Investmentanteile wird insoweit über eine Bereichsausnahme diskutiert.

\* \* \*

### **Bundesregierung stellt Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Abo- und Kostenfallen im Internet vor**

Parallel zur immer größeren Verbreitung des Internets und Nutzung über das Internet steigen auch die rechtlichen Fragestellungen und Probleme. Unseriöse Unternehmen bieten Leistungen an und verschleiern deren Kostenpflicht. So werden beispielsweise bestimmte Internetleistungen als „Gratis“ angepriesen oder als unverbindliche Gewinnspiele bezeichnet. Anschließend wird der Nutzer mit einer Rechnung überrascht, die aus Unkenntnis oder wegen aggressiver Verfolgung bezahlt wird. Internetnutzer sollen deshalb durch einen neuen Internetbutton wirksam vor Kostenfallen im Internet geschützt werden. Dadurch sollen Rechnungen für nur scheinbare Gratisleistungen künftig ins Leere laufen.

Verbraucher sollen nur dann zur Zahlung verpflichtet sein, wenn sie bei der Bestellung ausdrücklich bestätigen, dass sie die Kostenpflicht kennen. Der Button muss unmissverständlich und gut lesbar auf die Zahlungspflicht hinweisen. Preis, Lieferkosten, Mindestlaufzeiten sowie wesentliche Merkmale der

Ware oder Dienstleistung müssen künftig vor der Bestellung klar und verständlich angezeigt werden. Die Neuregelung soll für alle Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen auf Online-Plattformen im Internet gelten, egal ob die Bestellung über den Heimcomputer, ein Smartphone oder einen Tablet-PC erfolgt.

---

---

## KURZ UND BÜNDIG

### **Aufklärungspflicht einer Finanzierungsbank wegen eines schwerwiegenden Interessenkonflikts bei Verlagerung des eigenen notleidenden Kreditrisikos auf den Erwerber**

Grundsätzlich muss eine Bank, die ein Darlehen gewährt, den Darlehensnehmer nicht über Risiken aufklären, die mit einem finanzierten Geschäft in Verbindung stehen. Aufklärungspflichten können insoweit zwischen dem Darlehensnehmer und dessen sonstigen Vertragspartnern (Verkäufer, Vermittler etc.) bestehen. Es gibt Ausnahmen. Eine der Ausnahmefälle ist bei einer vorhandenen Interessenkollision gegeben. Gemäß dieser gefestigten Rechtsprechung hat der BGH durch Beschluss vom 05.04.2011 entschieden, dass eine finanzierende Bank auf eine schwerwiegende Interessenkollision hinweisen muss, die aus ihrem eigenen Kreditengagement bei dem vermittelnden Unternehmen resultiert. **Lang** und **Schulz** besprechen diese Entscheidung in Heft 14/2011 der Zeitschrift **EWiR**. Die Voraussetzungen für die Annahme einer Interessenkollision lagen vor. Es ging um die Finanzierung von Immobilien. Ein Vertragspartner, der bei der Bank „hoch in der Kreide stand“, sollte durch viele Darlehensnehmer mit kleineren Kreditengagements ersetzt werden. Der Interessenkonflikt war aufgrund der Doppelstellung der Bank als Kreditgeberin sowohl des Initiators des Projekts als auch des Anlegers evident.

\* \* \*

### **Anrechnung von Tilgungen aus dem Gesellschaftsvermögen auf eine quotale Haftung der GbR-Gesellschafter nur bei eindeutiger Vereinbarung**

**Bendermacher** bespricht in Heft 13/2011 der Zeitschrift **EWiR** das BGH-Urteil vom 08.02.2011 (IIZR 263/09). Die Gesellschafter einer Publikums-Personen-GbR wurden von der den Fonds finanzierenden Bank auf Rückzahlung von Darlehen in Anspruch genommen. In den Darlehensverträgen ist geregelt, dass die Gesellschafter beschränkt auf Teilbeträge am Gesellschaftskapital nebst Zinsen und Kosten haften. Die Bank nahm die Gesellschafter quotale in Höhe der Soll-Salden bei Fälligkeitstellung des Darlehens in Anspruch. Die BGB-Gesellschafter wiesen auf ihre bloß quotale Haftung hin und forderten die Verminderung der Haftungsquote durch Sanierungszahlungen und Veräußerungserlöse. Der BGH gab der Bank Recht. Die quotale Haftung



sei kein gesetzlich geregeltes Haftungskonzept. Es steht den Parteien deshalb frei, Vereinbarungen darüber zu treffen, in welchem Umfang Tilgungen aus dem Gesellschaftsvermögen oder Erlöse aus dessen Verwertung nicht nur die Schuld der Gesellschaft, sondern anteilig den Haftungsbetrag jedes einzelnen Gesellschafters mindern. Ist dies nicht ausdrücklich vereinbart, bleibt es weiterhin möglich, die Haftungsquote auf der Grundlage der Soll-Salden bei Fälligkeit zu berechnen.

Bendermacher weist auf die Bedeutung der Entscheidung weit über den entschiedenen Einzelfall hinaus hin. Mit finanzierenden Banken sollte ausdrücklich vereinbart werden, dass Sanierungszahlungen und Veräußerungserlöse zugleich die Haftungsquote der beteiligten Gesellschafter mindern. Auch Berater seien gefordert. Sie müssten über verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten einer quotalen Haftung aufklären. Fehlt es daran, könne dies einen Schadenersatz auslösenden Beratungsfehler darstellen.

\* \* \*

### **Die Mieterdienstbarkeit - Zum Interessenausgleich zwischen Vermieter, Mieter und finanzierender Bank**

Vor allem im Bereich des Gewerberaummietrechts wünschen sich Mieter häufig, den ins Auge gefassten Standort langfristig sichern zu können. Nach § 544 BGB kann ein Mietvertrag mit einer Festlaufzeit von maximal 30 Jahren abgeschlossen werden. Diese lange Laufzeit hilft dem Mieter aber unter Umständen im Fall der Insolvenz des Vermieters oder der Zwangsversteigerung des Objektes nicht weiter. Gemäß § 111 InsO bzw. § 57a ZVG bestehen Sonderkündigungsmöglichkeiten. **Wortberg** geht deshalb in seinem Beitrag in Heft 16/2011 der Zeitschrift **ZfIR** der Frage nach, inwieweit eine Mieterdienstbarkeit zum Interessenausgleich führen kann. Die Sonderkündigungsrechte sollen durch die Mieterdienstbarkeit ausgehebelt werden, weil der Mieter aufgrund des eingeräumten dinglichen Rechts trotz Kündigung weiterhin zur Nutzung der Mietsache berechtigt bleibt. Eine solche Mieterdienstbarkeit ist möglich, bedarf aber vor allem der Abstimmung mit finanzierenden Banken. Des Weiteren bedarf die Ausgestaltung der Sicherungsabrede großer Sorgfalt.

\* \* \*

### **Genehmigung des Anbaus von Balkonen an der Rückseite eines denkmalgeschützten Mietshauses**

Das Verwaltungsgericht Berlin hat mit Urteil vom 22.06.2011 (16 K 166.10) entschieden, dass die Errichtung von Balkonen im dritten und vierten Obergeschoss an der Rückseite eines denkmalgeschützten Gebäudes eine lediglich unerhebliche (weitere) Beeinträchtigung des Denkmalwertes darstellt, wenn am streitgegenständlichen Objekt bis zum zweiten Obergeschoss und

an der Rückseite von Nachbargebäuden bis zum vierten Obergeschoss bereits Balkone genehmigt wurden.

\* \* \*

### **Die erwerbende GbR im Grundstücksrecht: Ein Machtwort des BGH contra legem?**

In Heft 30/2011 der Zeitschrift **ZIP** nimmt **Bestelmeyer** zur BGH-Entscheidung vom 28.04.2011 (Az.: V ZB 194/10) kritisch Stellung. Es handele sich um eine mit den einschlägigen sachen- und grundbuchrechtlichen Prinzipien nicht in Einklang stehende Fehlentscheidung. Sie stelle die Verlässlichkeit des gesamten Grundbuchsystems in Frage. Eine Grundbesitz erwerbende GbR müsse nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot in der zu ihren Gunsten erklärten Auflassung oder Eintragungsbewilligung als unverwechselbares Rechtssubjekt bezeichnet werden. Deshalb ist der förmliche Nachweis des aktuellen Gesellschafterbestandes und der Vertretungsverhältnisse der erwerbenden GbR zu erbringen. Die grundbuchrechtlichen GbR-Probleme beruhen auf der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR. Sie seien mit den BGH-Entscheidungen zur Rechtsfähigkeit der GbR selbst herbeigeführt worden. Nach geltendem Recht ließen sich diese Probleme nicht lösen. Der Gesetzgeber sei gefordert. Zuvor müsse der BGH seine aktuelle Rechtsprechung zur Erwerbsfrage wieder aufgeben.

\* \* \*

### **Aufklärungspflicht der Bank über ihre Verkäufereigenschaft bei einem Festpreisgeschäft**

**Sommermeyer** bespricht in Heft 15/2011 der Zeitschrift **EWiR** das Urteil des OLG Köln vom 04.05.2011 (13 U 165/10, vgl. hierzu auch unseren Newsletter 07/11). Das OLG Köln hielt eine Bank für verpflichtet, auch bei Festpreisgeschäften unmissverständlich auch auf die Verkäufereigenschaft und den daraus folgenden Interessenkonflikt hinzuweisen, wenn ein Bankkunde beraten werde. Auch wenn über reine Gewinnmargen grundsätzlich nicht aufzuklären sei, sehe ein Kunde seine Bank als neutralen und allein den Kundeninteressen verpflichteten Berater. Sommermeyer hält den Ansatz für richtig und durch die jüngere höchstrichterliche Rechtsprechung gedeckt. Nach dem OLG Köln-Urteil sei die Bank im Falle eines Eigengeschäftes allerdings nicht verpflichtet, die Höhe der Gewinnmarge offenzulegen. Bei Kommissionsgeschäften ist dies bekanntlich anders. Hier ist Sommermeyer anderer Ansicht, denn es sei nicht gerechtfertigt, an die verschiedenen Geschäftsarten (Eigengeschäft oder Kommissionsgeschäft) unterschiedliche Aufklärungspflichten zu knüpfen.

\* \* \*

## **Stärkung des Anlegerschutzes - Neuer Rechtsrahmen für Sanierungen - Bericht über den Bankrechtstag am 01.07.2011 in München**

Zwei Themenkomplexe bildeten den Schwerpunkt des diesjährigen Bankrechtstages. Zum einen die Stärkung des Anlegerschutzes und zum anderen Möglichkeiten und Rechtsrahmen für Sanierungen, insbesondere auch für die Sanierung von geschlossenen Fonds.

**Kern** und **Wulfers** berichten in Heft 32/2011 der **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM)** über die Tagung. Dort wurden noch einmal die Änderungen im Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) zur Verbesserung des Anlegerschutzes vorgestellt. Seit Inkrafttreten der Novelle am 01.01.2010 gibt es konkretere Vorgaben für Beratungsprotokolle, die seither von Banken bei der Vermittlung von Finanzinstrumenten eingesetzt werden müssen. Durch sog. Freitextfelder sollen die individuellen Kundeninteressen stärker berücksichtigt werden können. Für verschiedene Produkte wurde inzwischen ein Finanzinstrumente-Informationsblatt (FIB) eingeführt. Die Pflicht zur Übergabe eines solchen FIB an Anleger gilt dabei nur für solche Anlageberatungen, bei denen auch eine Kaufempfehlung abgegeben wird.

Ein weiterer Themenkomplex betraf das zu erwartende neue Recht für geschlossene Fonds. In diesem Zusammenhang wurde der Regierungsentwurf des Vermögensanlagen- und Funktionsverbesserungsgesetzes diskutiert. Auch dort sind „Beipackzettel“ in Form von Vermögensanlagen-Informationsblättern (VIBs) geplant.

Leerstände und damit verbundene Mietausfälle seien die Gründe für Krisen verschiedener geschlossener Immobilienfonds. Außerdem seien teilweise Kosten unplanmäßig gestiegen. Banken hätten Kredite gekündigt oder nicht verlängert und nicht zuletzt das Auslaufen öffentlicher Fördermittel Sorge für Schieflagen. Sehr kontrovers wurde das BGH-Urteil mit dem Topos „Sanieren oder Ausscheiden“ diskutiert. Inzwischen hat hier der BGH den seinerzeit aufgestellten Grundsatz wieder stärker zurückgenommen (vgl. hierzu auch den Rechtsprechungsspiegel in der Newsletter-Ausgabe 08/2011 Stichwort: „Sanieren oder Reduzieren“).

\* \* \*

## **Echte und Unechte Quotenhaftung von Personengeschaftern**

Durch zwei Urteile vom 08.02.2011 (Az: II ZR 263/09 und II ZR 243/09) hat der BGH über den Haftungsumfang von Personengeschaftern bei vereinbarter quotaler Gesellschafterhaftung entschieden. Es ging vor allem um die Frage, ob und inwieweit Leistungen bzw. Vollstreckungserlöse aus dem Gesellschaftsvermögen den quotenmäßig haftenden Gesellschaftern haftungsschmälernd zugutekommen. Karsten Schmidt nimmt in seinem Beitrag in Heft 28/2011 der Zeitschrift NJW unter

Zusammenfassung der Grundsätze der BGH-Urteile zu dieser heftig umstrittenen Frage Stellung. Die Rechtsfragen bringt er auf einen einfachen Nenner:

Frage Nr. 1: Werden Leistungen eines quotenmäßig haftenden Gesellschafters auf seine eigene Haftung angerechnet?

Frage Nr. 2: Werden Leistungen eines quotenmäßig haftenden Gesellschafters auch auf die Schuld eines anderen quotenmäßig haftenden Gesellschafters angerechnet?

Frage Nr. 3: Werden Leistungen und Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen den quotenmäßig haftenden Gesellschaftern angerechnet?

Die Fragen 1 und 2 - so Schmidt - lassen sich einfach und ohne Umschweife beantworten: Ein Gesellschafter könne sich durch Leistung/Teilleistung von seiner Schuld befreien. Solange es sich um Teilschulden handelt, ist die Leistung eines Gesellschafters nur auf dessen eigene Haftungsquote anzurechnen, nicht auf die Quoten seiner Mitgesellschafter.

Betreffend die Frage 3 zieht Schmidt folgendes Fazit: Wer als Gesellschafter von der Quotenhaftung mehr erwartet als eine bloß summenmäßige Beschränkung des Haftungsrisikos, muss nach den neuen Entscheidungen für eine Klarstellung im Vertrag sorgen. Das Auslegungsergebnis sei zwar gewöhnungsbedürftig, aber nachvollziehbar und für die Praxis maßgebend. Umso wichtiger sei es, für eine klare vertragliche Regelung zu sorgen. Ob dies durchsetzbar ist, wird eine Frage des Einzelfalls sein. Die echte Quotenhaftung, bei der jeweils die Restverbindlichkeit der Gesellschaft maßgeblich ist, setzt eine besondere Klarheit voraus. Ansonsten begründet eine Quotenvereinbarung nur eine „unechte“ Quotenhaftung. Dann sind Gesellschaftsleistungen auf die quotale Haftung des einzelnen Gesellschafters nicht anzurechnen.

Gerne möchten wir wissen, wie Ihnen unser Newsletter gefällt, und freuen uns daher über Ihre Anregungen und Kritik:

---

**Redaktion Newsletter**

Rechtsanwalt Ulrich A. Nastold

**Rechtsanwaltskanzlei Klumpe, Schroeder + Partner GbR**

Luxemburger Str. 282e

D- 50937 Köln

Tel: +49 / 221 - 94 20 94 0

Fax: +49 / 221 - 94 20 94 25

eMail: [info@rechtsanwaelte-klumpe.de](mailto:info@rechtsanwaelte-klumpe.de)

Web: [www.rechtsanwaelte-klumpe.de](http://www.rechtsanwaelte-klumpe.de)

Nähere Angaben erhalten Sie hier: [www.rechtsanwaelte-klumpe.de/html/ct\\_impresum.php](http://www.rechtsanwaelte-klumpe.de/html/ct_impresum.php)

---

Realisierung: **.schoenke - eMedia Consulting** | [info@schoenke.net](mailto:info@schoenke.net) | [www.schoenke.net](http://www.schoenke.net)