

WuB	IG 5.	Immobilienanlagen	8.09	Bankrecht
OLG München	Kreditfinanzierte Beteiligung an Immobilienfonds; Rückabwicklung; „demnächst“ i.S.v. §§ 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB, 167 ZPO			

Leitsätze

- Spätestens mit Auszahlung der Darlehensvaluta durch die Bank kommt konkludent ein Darlehensvertrag oder Darlehensvorvertrag zustande, der den Rechtsgrund für die Auszahlung darstellt und deshalb das maßgebliche Vertretergeschäft i.S.v. §§ 171 ff. BGB ist.
- Zur Hemmung der Verjährung durch einen Güteantrag an die Öffentliche Rechtsauskunft- und Vergleichsstelle der Freien und Hansestadt Hamburg (ÖRA).
- Die Zustellung der Klageschrift erfolgt noch „demnächst“ i.S.v. § 167 ZPO, wenn der Gerichtskostenvorschuss spätestens drei Wochen nach Zugang der Einzahlungsaufforderung bei der Gerichtskasse eingeht.
- Der Bereicherungsanspruch der Bank entsteht bei rechtsgrundloser Zahlung gegen den Treuhänder und nicht gegen den Treugeber, wenn die Darlehensauszahlung auf ein auf den Namen des Treuhänders lautendes Treuhandkonto für die GbR erfolgt.

O L G München, Urteil vom 10. Juli 2008 (19 U 5500/07) – WM 2009, 217 (rechtskräftig)

Die Parteien streiten über Ansprüche aus zwei Darlehen, die die Beklagte 1, deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte zu 2 ist (im Folgenden: die Beklagte), zur Finanzierung der Beteiligung der Kläger an dem geschlossenen Immobilienfonds „Wohnen in B., G.-str. 18 GbR“ gewährt hat.

Die Kläger beteiligten sich durch eigenhändig unterschriebenen Zeichnungsschein vom 21./29.12.1988 mit einer Bareinlage von DM 100.000,- als Gesellschafter an dem Fonds. Weitere Einlagen sollten durch zwei Darlehen finanziert werden, von denen eines die GbR (sog. „Darlehen I“) und eines die Kläger persönlich (sog. „Darlehen II“) aufnehmen sollte. Am 29.12.1988 gaben

die Kläger ein notariell beurkundetes Angebot zum Abschluss eines „Treuhandgeschäftsbesorgungsvertrages und Vollmacht“ ab, dessen Ausfertigungen für die Kläger und den Treuhänder am 4.1.1989 erteilt wurden. Den Feststellungen des Landgericht zufolge ging eine Ausfertigung erst am 11.1.1989 bei der Beklagten ein. Bereits mit Datum 27.12.1988 gab die Beklagte den Klägern unter der c/o Adresse der Treuhänderin eine „Darlehensusage“ über 75.000,- DM und 345.030,- DM zur Finanzierung der Beteiligung, die u.a. eine grundpfandrechtliche Absicherung vorsah.

Den Feststellungen des Landgerichts zufolge zahlte die Beklagte beide Darlehen am 28.12.1988 aus. Mit an die Kläger unter der c/o Adresse der Treuhänderin gerichtetem, auf den 30.12.1988 datiertem Schreiben teilte die Beklagte den Klägern unter dem Betreff „Darlehensauszahlung“ mit, dass sie das mit Wirkung vom 28.12.1988 zugesagte Darlehen auszahle und mit Wertstellung 30.12.1988 „auf ihr Konto Nr. ... zur Verfügung“ stelle.

Ebenfalls mit Datum 30.12.1988 unterzeichnete die Treuhänderin für die Kläger ein mit „Darlehensantrag“ überschriebenes Formular der Beklagten mit Kontonummern und Darlehenskonditionen, das einen Eingangsstempel der Beklagten vom 25.4.1989 trägt.

Der Güteantrag der Kläger an die Öffentliche Rechtsauskunft- und Vergleichsstelle der Freien und Hansestadt Hamburg (ÖRA) vom 21.12.2004 weist als Antragsgegnerin die „D. Bank AG, Filiale M. ...“ aus. Mit Beschluss der ÖRA vom 23.3.2006 wurde das Güteverfahren in Anwesenheit eines Klägervertreters für gescheitert erklärt.

Aus den Gründen

I. Berufung der Beklagten
Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Landgericht ... ist zu dem zutreffenden Ergebnis gekommen, dass die Beklagte den Klägern aus ungerechtfertigter Bereicherung haftet ...

1. Keine wirksame Finanzierungsvollmacht

... Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die umfassende, notariell beurkundete Treuhändervollmacht vom 29.12.1988, die zumindest hauptsächlich der rechtlichen Abwicklung der Beteiligung der Kläger dient, gegen das RBerG verstößt ...

Der Senat folgt auch der Auslegung des Landgerichts, dass der Gesellschaftsvertrag in § 3 Ziff. 4 e) keine gesonderte Finanzierungsvollmacht für die einzelnen Gesellschafter enthält. Die dortige Ziff. 4 zählt nur die dem Treuhänder vorbehaltenen Geschäfte auf und enthält schon keine gesonderte Vollmacht hierfür. Es erschiene auch mehr als fernliegend und daher überraschend i.S.v. § 3 AGBG, unter der Überschrift des § 3 „Geschäftsführung und Vertretung“ auch persönliche Vollmachten der einzelnen Gesellschafter für die persönliche Anteilsfinanzierung zu vermuten. Insoweit verweist Ziff. 4 in den folgenden Sätzen vielmehr ausdrücklich auf den Treuhandvertrag (vgl. BGH vom 27.5.2008 = WM 2008, 1266 Rdn. 30) ...

Auf eine gesonderte Finanzierungsvollmacht im Zeichnungsschein hat sich die Beklagte zumindest im Berufungsverfahren nicht berufen. Eine solche liegt hier aber auch nicht vor. Der Zeichnungsschein enthält keine gesonderte Finanzierungsvollmacht, sondern verweist insoweit ebenfalls nur auf den - unwirksamen - Treuhandvertrag (...).

2. Kein Rechtsschein

Auch auf einen Rechtsschein gem. §§ 171 ff. BGB kann sich die Beklagte hier nicht berufen. Hierfür hätte ihr die Ausfertigung der notariellen Vollmacht „spätestens beim Abschluss des Darlehensvertrags“ (so z.B. BGH WM 2005, 127 = NJW 2005, 664; bestätigt mit Urteil vom 27.5.2008 = WM 2008, 1266) vorliegen müssen. Sie hat die Ausfertigung hier aber unstreitig erst nach Darlehensauszahlung vorgelegt erhalten.

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass in der Regel spätestens mit der Darlehensauszahlung durch eine Bank konkludent ein Darlehensvertrag bzw. zumindest ein Darlehensvorvertrag zustande kommt und deshalb die Beklagte hier eine abweichende konkrete Vereinbarung hätte nachweisen müssen, aber nicht nachgewiesen hat:

... Die Auszahlung eines Darlehens kann nach Auffassung des Senats dem äußeren Erklärungsstatbestand

nach zumindest aus der maßgeblichen Sicht des Erklärungsempfängers, also aus Sicht eines Darlehensinteressenten, nur als Angebot auf Abschluss eines Darlehensvertrags unter Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung gem. § 151 BGB verstanden werden. Die Annahme des Darlehens stellt dann zugleich die Annahme dieses Vertragsangebots durch den Darlehensnehmer dar. Soweit die Darlehensbedingungen noch nicht im Einzelnen festgestanden haben sollten, würde es sich zumindest um einen Darlehensvorvertrag handeln (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl. 2008, vor § 488 Rdn. 4) ...

3. Keine Genehmigung

Für eine ausdrückliche Genehmigung, bei der sich die Frage ihrer Deutung nicht stellt, wäre erforderlich, dass dem alten Darlehensvertrag ausdrücklich rückwirkend zur Wirksamkeit verholfen werden soll (BGH BKR 2005, 501). Eine derartige ausdrückliche Genehmigungserklärung enthalten die von der Beklagten hierfür angeführten Änderungsvereinbarungen offensichtlich nicht.

Auch eine konkludente Genehmigung liegt hier nicht vor. Dies würde nach st. Rspr. des BGH voraussetzen, dass der Anleger die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages gekannt oder zumindest damit gerechnet hätte. Vor dem Jahre 2000 hat es in der höchststrichterlichen Rechtsprechung aber keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass umfassende Geschäftsbesorgungsverträge mit entsprechenden Vollmachten wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG i.V.m. § 134 BGB nichtig sein könnten (so z.B. BGH BKR 2005, 501).

4. Keine Verjährung

Der Senat hält die Ausführungen des Landgerichts zum Nichteingreifen der Einrede der Verjährung für grundsätzlich zutreffend. Zu ergänzen ist allerdings Folgendes:

Die 4-jährige Verjährungsfrist des § 197 BGB a.F. greift hinsichtlich der Zahlungen im Jahr 1989 nicht ein. Bei dem in nur 3 Raten zurückzuzahlenden Darlehen über 75.000,- DM handelte es sich nicht um „wiederkehrende Leistungen“ in diesem Sinne (vgl. z.B. Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl. 2000, § 197 Rdn. 1). Für die übrigen Forderungen ab dem Jahr 2000, bei denen es sich zwar um „wiederkehrende Leistungen“ gehandelt hat, wurde die Verjährung durch den Güteantrag rechtzeitig gehemmt (s.u.) ...

leger mittels eines „Treuhandgeschäftsbesorgungsvertrages und Vollmacht“ einen Treuhänder, also auch für das persönliche Finanzierungsdarlehen mit der Bank, der Beklagten. Im Prozess beriefen sich die Kläger darauf, dass kein wirksamer Darlehensvertrag zustande gekommen war und verlangten die Rückzahlung der geleisteten Zahlungen bzw. die Rückabwicklung gem. § 812 BGB von der Bank.

3. Der BGH geht nun in fast schon ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein solch umfassender Treuhandvertrag gegen Art. 1 § 1 RBERG verstößt und somit gem. § 134 BGB nichtig ist (vgl. BGH WM 2006, 1060 = WuB I E 2. § 6 VerbrKR 3.06 P. *Mankowski* = NJW 2006, 1957; BGH WM 2006, 1008 = WuB I G 5. – 5.06 C. *Schäfer* = NJW 2006, 1952; BGH WM 2005, 1520 = WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBERG 7.05 M. *Henssler/Ch. Deckenbrock* = NJW 2005, 2985; BGH WM 2005, 828 = WuB I G 5. – 9.05 M. *Roth* = NJW 2005, 1576; BGH WM 2005, 786 = WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBERG 4.05 Ch. *Deckenbrock/A. M. Fleckner* = NJW 2005, 1488; BGH WM 2004, 2349/2005 439 [Berichtigung] = WuB I G 5. – 2.05 M. *Münzner* = NJW 2005, 820). Folgerichtig kann sich der Abschlussvertreter nicht auf die Vollmacht berufen und handelt somit als vollmachtloser Vertreter mit der Rechtsfolge des § 177 BGB. Nach Auffassung des OLG München enthält auch der Gesellschaftsvertrag der GbR keine Bevollmächtigung für den Treuhänder, denn dort wird nur dessen Aufgabenbereich festgelegt, so dass es an einer Willenserklärung zur Bevollmächtigung fehlt. Aufgrund der Nichtigkeit des Treuhandvertrages können auch Verweisungen auf diesen, wie z.B. in dem Zeichnungsschein oder dem Gesellschaftsvertrag, keine konkludente Vollmacht begründen.

Auch das Nebenweckprivileg des § Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG greift, so das OLG München zu Recht, nicht ein. Nach zutreffender Auffassung des OLG München und des BGH kann sich die Beklagte auch nicht auf Rechtscheingrundsätze berufen. Nach ständiger Rspr. (vgl. BGHZ 161, 15, 29 = WM 2005, 127 = WuB IV A. § 172 BGB 1.05 C. *Jungmann*; BGH WM 2004, 1230, 1232 WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBERG 4.04 Ch. *Hertel*; BGH WM 2005, 72, 75 = WuB IV A. § 172 BGB 1.05 C. *Jungmann*; BGH WM 2008, 244, 245 = WuB I E 2. § 9 VerbrKR 1.08 P. *Bülow*) reicht es für die Vertretungsbefugnis gem. §§ 171, 172 BGB nicht aus, dass die Darstellend beglaubigte Vollmacht vor Auszahlung des Dar-

Der am 27.12.2004 bei der Öffentlichen Rechtsauskunft- und Vergleichsstelle der Freien und Hansestadt Hamburg (ÖRA) eingegangene Güteantrag vom 21.12.2004 hat die Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB n.F. rechtzeitig gehemmt. Daher sind auch die Zahlungen vor dem Jahr 2002 nicht verjährt:

... Unabhängig davon, dass es insoweit bereits an einer ordnungsgemäßen Berufungsrüge fehlt (§§ 520 Abs. 3, 531 Abs. 2 ZPO), ist die Bekanntgabe des Güteantrags vom 28.12.2004 an die Beklagte auch im Februar 2006, also nach ca. 14 Monaten, noch „demnächst“ i.S.v. § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB n.F. erfolgt.

Die Kläger durften die Verjährung nach der Rspr. des BGH (auch) durch einen Güteantrag an die ÖRA unterbrechen (vgl. BGH WM 1993, 2013 = NJW-RR 1993, 1495). Die Wahl dieses Verfahrens kann ihnen also nicht vorgeworfen werden. Insoweit ist inzwischen gerichtlich bekannt, dass diese Möglichkeit zum Wechsel des Verjährungsregimes nach der Schuldrechtsreform Ende des Jahres 2004 sehr viele Rechtsanwälte in sehr vielen Verfahren genutzt haben, was zu einem ganz erheblichen Antragsstau bei der ÖRA und entsprechenden erheblichen Verzögerungen in der Sachbearbeitung geführt hat.

Anmerkung

1. Das OLG München befasst sich in der vorliegenden Entscheidung erneut (vgl. OLG Schleswig WM 2007, 1516 WuB I G 5. – 10.07 O. *Wulff/M. Lingl*) mit Fragen der Rückabwicklung von kreditfinanzierten Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds. Gerade im Licht der Finanzkrise ist dieses Urteil für enttäuschte Kapitalanleger interessant. Das OLG München folgt in der Entscheidung der aktuellen Rechtsprechung des BGH zur Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an einem geschlossenen Immobilienfonds in dessen Entscheidung vom 27.5.2008. Erfreulich ist dabei, dass einige der 2007 noch offenen Fragen, insbesondere zu § 171 BGB, nunmehr geklärt werden. Die Entscheidung behandelt darüber hinaus grundlegende Probleme des BGB.

2. Im vorliegenden, typischen Sachverhalt wurden die Anleger Gesellschafter an einem geschlossenen Fonds, einer Immobilien-GbR. Die dafür erforderliche Einlage sollte kreditfinanziert werden. Für den Abschluss sämtlicher Geschäfte bevollmächtigten die An-

vertrag zu geänderten Bedingungen, so dass davon auszugehen ist, dass sie zumindest den Willen hatten, einen Darlehensvertrag zu neuen Bedingungen abzuschließen. Die gegenteilige Auffassung des OLG München erscheint dogmatisch zu sehr dem bloßen Wortlaut verhaftet, auch wenn dem Ergebnis voll zu zustimmen ist.

Auch bei der Auslegung von „demnächst“ im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB erweist sich das OLG München als großzügig und subsumiert hierunter noch eine Mitteilung 14 Monate nach Stellung des Güteantrages. Dabei verweist es auf die allgemeinen Grundsätze, die für Zustellungen „demnächst“ gelten (167 ZPO) und überträgt diese auch auf § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB für das Güteverfahren. „Demnächst“ ist, so das OLG München, nicht als rein zeitliche Vorschrift zu sehen, vielmehr sollen die Parteien vor Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebes bewahrt werden.

Grundsätzlich ist dabei eine Partei somit „aus dem Schneider“, wenn sie alle erforderlichen Mitwirkungshandlungen erbracht hat. Ein Unterlassen der Nachfrage, ob die Zustellung bereits ausgeführt ist, kann der Partei nur vorgeworfen werden, wenn und soweit dieses Unterlassen nachweislich zu einer Zustellungsverzögerung geführt hat. Ist aber bei einer Flut von Verfahren bekannt, dass Zustellungen ggf. lange dauern können, kann ein Unterlassen der Partei, so das OLG München, nicht mehr vorgeworfen werden. Bei einer durch Überlastung erfolgten Verzögerung ist diese allein der von der Überlastung betroffenen Stelle zuzurechnen und nicht der Partei. Dabei kann der Partei die Wahl des Verfahrens zur Verjährungsunterbrechung (vorliegend die ÖRA) nicht angelastet werden.

Die Entscheidung des OLG München stärkt unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung vom 27.5.2008 angemessen die Rechte der Anleger. Auch wenn das OLG München gelegentlich dogmatisch sehr formal argumentiert, ist das Ergebnis rechtspolitisch angemessen und zu begrüßen. Auch löst das OLG durch strikte Gesetzesanwendung in klarer Art und Weise die Widersprüche auf, die im vorliegenden Fall durch die Rückdatierung und Veränderung von Unterlagen offensichtlich zu Missverständnissen und Problemen geführt hatten.

RA Dr. Oliver Wulff, LL.M. (Tulane), München

lehens vorlag, sie hätte vielmehr bereits bei Vertragsabschluss vorliegen müssen. § 171 Abs. 1 BGB begründet eine Rechtsscheinvollmacht, die das Vertrauen des Rechtsverkehrs erst nach Vorlage bzw. Mitteilung der Vollmachtsurkunde schützt. Dieses Vertrauen bezieht sich auf die Vertretungsmacht, es kommt daher auf den Zeitpunkt an, zu dem von dieser Gebrauch gemacht wird. Somit kann vorliegend die Vollmacht nicht nach Rechtscheingesichtspunkten als wirksam behandelt werden, denn sie lag unstreitig zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Bank nicht vor. Dass hier - erstaunlicherweise - die Auszahlung bereits vor Abschluss des Darlehensvertrags erfolgte und somit möglicherweise bereits konkludent ein Darlehensvorvertrag zustande gekommen ist, steht dem nicht entgegen, denn auch hier handelte der Treuhänder als vollmachtlöser Vertreter und für den Inhalt des Vorvertrages blieb die Beklagte beweisfällig.

Ebenso verneinte das OLG München zu Recht eine spätere, ausdrückliche oder konkludente, Genehmigung. Eine nachträgliche Genehmigung setzt voraus, dass der Wille, den bisher unwirksamen Vertrag zu genehmigen, deutlich wird. Daran fehlt es aber, wenn - wie vorliegend - gerade von der Gültigkeit des alten Vertrages ausgegangen wird. Es fehlt also schlicht an der erforderlichen Willenserklärung.

Das Gericht geht dabei in seiner Entscheidung realitätsnah davon aus, dass juristische Laien nicht mit der aktuellen Rechtsprechung vertraut sein müssen, und sich auch nach mehreren einschlägigen BGH-Entscheidungen nicht der Auswirkung auf ihre Rechtslage bewusst sein müssen.

Allerdings argumentiert das OLG München hierbei sehr strikt am Wortlaut orientiert. Die Parteien hatten in der Folge den Vertrag geändert und waren dabei von der „Fortgeltung“ des alten Vertrages ausgegangen. Hieraus folgert das OLG München, dass sie wegen des Wortes „Fortgeltung“ von der Gültigkeit des bisherigen Vertrages ausgegangen sind und deshalb der Erklärungswille fehlt. Bei einer konkludenten Genehmigung ist jedoch nicht am exakten Wortlaut festzuhalten, sondern vielmehr der hypothetische Wille der Parteien gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Die Parteien wollten offensichtlich einen Darlehens-