



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Arnulf Reinthaler

**Die Hemmung der Verjährung durch
Mahnbescheid bei Ansprüchen aus der
Rückabwicklung des Erwerbs von
Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds**

Band 21



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Arnulf Reinthaler

Die Hemmung der Verjährung durch
Mahnbescheid bei Ansprüchen aus
der Rückabwicklung des Erwerbs
von Anteilen an geschlossenen
Immobilienfonds



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-b.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2010

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2010

978-3-86955-519-5

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2010

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verla-
ges ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechani-
schem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2010

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-519-5

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg im Wintersemester 2009/2010 als Dissertation angenommen. Die Arbeit befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand 01.06.2010.

Der Beginn der Arbeit fällt noch in die Zeit meiner Tätigkeit als Rechtsanwalt. Im Rahmen dieser Tätigkeit suchten häufig Mandanten Lösungen für ihre Probleme mit ihren Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds. Die Mandanten wurden häufig in Haustürsituationen zum Beitritt zu geschlossenen Immobilienfonds geworben. Gleichzeitig waren andere Mandanten – wie beispielsweise eine Bank, ein Fondsinitiator oder einige Vermittler von geschlossenen Immobilienfonds – ebenfalls Problemen aufgrund ihrer Engagements bei geschlossenen Immobilienfonds ausgesetzt. Ein beträchtlicher Anteil meiner Überlegungen kreiste damals deshalb um Probleme, die aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds resultierten.

Eine besondere Problematik stellte die Frage der Hemmung der Verjährung dieser Ansprüche durch Mahnbescheid dar. Für Mandate von Verbrauchern, die an geschlossenen Immobilienfonds beteiligt waren und sich von diesen lösen wollten, war die Verjährung angesichts der häufig knappen Zeit und der Haftungsproblematik als Rechtsanwalt eine nicht zu unterschätzende Hürde. In Mandaten auf Anbieterseite führte das Berufen auf die Verjährung häufig zu einem schnellen Erfolg. In diesem Spannungsfeld fasste ich die ersten Gedanken zu der vorliegenden Arbeit. Gleichzeitig stellte ich fest, dass die Thematik der Hemmung der Verjährung durch Mahnbescheid bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds ein weitgehend unbearbeitetes Feld war, das zusätzlich durch Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung starken Veränderungen unterworfen war.

Mit diesen Gedanken wandte ich mich an meine Doktormutter Frau Prof. Dr. Inge Scherer, die das Thema als Grundlage der vorliegenden Dissertation annahm. Dafür sage ich ihr hiermit herzlichen Dank. Dank sage ich ihr auch für die exzellente Betreuung der Dissertation, bei der sie mir einerseits die Freiheit ließ, die Arbeit in dem Rhythmus der sich wandelnden Rechtsprechung und der privaten

und beruflichen Entwicklung zu erstellen, und andererseits den Fortgang der Arbeit stringent aber immer sehr wohlwollend begleitete. Für all dies: Vielen Dank.

Ein weiterer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Christoph Teichmann für die Erstellung des Zweitgutachtens und die weiterführenden Anregungen.

Dank sage ich auch Frau Daniela Stute, die aus ihrer praktischen Tätigkeit als Richterin beim Landgericht Schweinfurt hilfreiche Anmerkungen und Hinweise gab, für Diskussionen um das Thema der Arbeit immer zur Verfügung stand und auch erheblichen Aufwand für das Korrekturlesen auf sich genommen hat. Für die Arbeiten beim Korrekturlesen danke ich auch meinem Bruder Herrn Wolfgang Reinthaler, meinem langjährigen Studienfreund Herrn Dr. iur. Johannes Schwake und meinem Mentor in der hessischen Finanzverwaltung Herrn Dr. iur. Andreas Stüdemann.

Ein ganz umfangreicher Dank gilt meinen Eltern Herrn Egon und Frau Gertrud Reinthaler, die mich zum Beginn der Arbeit ermutigt, ihre Fertigstellung begleitet und mich immer wieder dazu angehalten haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Dorfprozelten, im Oktober 2010

Arnulf Reinthaler

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	5
Inhaltsübersicht.....	7
Inhaltsverzeichnis.....	9
Abkürzungsverzeichnis	18
A. Einleitung und Problemverortung	27
I. Thema.....	27
II. Bedeutung von Rückabwicklungsansprüchen aus dem Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds.....	29
III. Bedeutung der verjährungshemmenden Wirkung	36
B. Die Ansprüche der Anleger bei der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds.....	38
I. Schadensersatzansprüche	39
II. Rückforderungsansprüche	68
C. Verjährungshemmung durch Mahnbescheid.....	118
I. Ausgangslage.....	118
II. Prozessual relevante Konstellationen	124
III. Voraussetzungen für den Erlass eines Mahnbescheides.....	133
IV. Konsequenzen aus der Mangelhaftigkeit des Antrags für die Verjährungshemmung	190
V. Konsequenzen für die Verjährungshemmung bei Mängeln im Mahnbescheid.....	202
VI. Rechtsfolge der Verjährungshemmung bei ordnungsgemäßigem Antrag ..	207
VII. Dauer und Umfang der Verjährungshemmung im Mahnverfahren	214
VIII. Personenmehrheiten	237
D. Schlussbetrachtung.....	240
I. Zusammenfassende Überlegungen für das Tätigwerden des Rechtsanwalts	240
II. Ausblick	241
Schrifttumsverzeichnis	243

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Inhaltsübersicht.....	7
Inhaltsverzeichnis.....	9
Abkürzungsverzeichnis	18
A. Einleitung und Problemverortung	27
I. Thema	27
II. Bedeutung von Rückabwicklungsansprüchen aus dem Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds.....	29
1. Wirtschaftliche Grundlagen von geschlossenen Immobilienfonds	29
2. Umfang der geschlossenen Immobilienfonds	31
3. Besonderheiten bei der Geltendmachung von Ansprüchen bei der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds	32
III. Bedeutung der verjährungshemmenden Wirkung	36
B. Die Ansprüche der Anleger bei der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds.....	38
I. Schadensersatzansprüche	39
1. Schadensersatzansprüche gegen den Vermittler der Fondsanlage	40
a) Vertriebsituation	40
b) Konsequenzen für die Pflichten des Vermittlers aus der Vertriebsituation	41
c) Bewertung.....	43
2. Schadensersatzansprüche gegen die Gründer, Initiatoren und Gestalter des Fonds.....	45
a) Spezielle Prospekthaftung, §§ 13, 13a VerkprospG.....	45
b) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung	46
aa) Grundlagen der Prospekthaftung.....	46
bb) Personen, die Prospekthaftungsansprüchen ausgesetzt sind	47
cc) Haftung für Vollständigkeit und Richtigkeit	48
c) Uneigentliche Prospekthaftung	49
d) Deliktische Ansprüche	50
e) Bewertung.....	50
3. Schadensersatzansprüche gegen die den Fondsbeitritt finanzierende Bank	52

a) Anspruchsgrundlagen	52
b) Bewertung.....	54
4. Zusammenfassung.....	54
5. Rechtsfolgen	55
a) Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung	55
aa) Unmöglichkeit der Naturalrestitution.....	55
bb) Mitverschulden.....	56
cc) Vorteilsanrechnung.....	57
dd) Bewertung.....	58
b) Schadensersatz wegen spezialgesetzlicher Prospekthaftung	58
aa) Eingeschränkter Schadensersatz	58
bb) Bewertung.....	58
6. Verjährung.....	59
a) Schadensersatzansprüche, mit Ausnahme von Prospekthaftungsansprüchen	59
aa) Erfasste Ansprüche	59
bb) Beginn der Verjährung von Ansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB, c.i.c., Delikt und Sachwalterhaftung	60
cc) Beginn der Verjährung bei Alt-Ansprüchen aus c.i.c., pVV, Delikt und Sachwalterhaftung	61
dd) Beginn der Verjährung bei spezialgesetzlichen Verjährungsvorschriften	64
ee) Verjährung von Altansprüchen bei spezialgesetzlichen Verjährungsvorschriften	65
ff) Verjährungshemmung	66
b) Spezialgesetzliche Prospekthaftung	66
c) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung.....	67
II. Rückforderungsansprüche	68
1. Bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch, § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB.....	68
a) Nichtigkeit der Vollmacht nach § 134 BGB.....	69
aa) Zugrunde liegende Konstellation	70
bb) Zusammenfassung	73
b) Nichtigkeit des Darlehensvertrages nach § 494 BGB.....	73
c) Rechtsfolgen.....	75
d) Verjährung	76

aa) Entstehung des Anspruchs.....	78
bb) Kenntnis von den Umständen, die den Anspruch begründen	78
e) Bewertung.....	80
2. Rückforderungsanspruch beim verbundenen Geschäft.....	81
a) Voraussetzungen.....	82
aa) Verbundenes Geschäft.....	83
(a) Fondsbeitritt als verbundenes Geschäft	83
(b) Wirtschaftliche Einheit	84
(c) Keine Ausnahmeregelungen	85
bb) Einwendungsdurchgriff	86
(a) Ursprünglich erfasste Ansprüche.....	86
(b) Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs	87
(c) Einschränkung der Ansprüche.....	88
(d) Bewertung	89
(e) Ergebnis zum Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG	90
cc) Bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch nach § 813 BGB.....	90
dd) Bewertung.....	91
b) Rechtsfolgen.....	91
aa) Umfang des Rückgewähranspruchs.....	92
bb) Gegenansprüche	93
cc) Bewertung.....	96
c) Verjährung	96
aa) Einwendungen	97
(a) Kündigungsrecht.....	98
(b) Schadensersatzansprüche	98
bb) Rückforderungsdurchgriff	99
d) Bewertung.....	100
aa) Verhalten des Anlegers	100
bb) Verjährung	101
cc) Gegenleistung.....	102
3. Rückgewähranspruch nach §§ 346, 357 BGB nach Widerruf.....	103
a) Widerruf der auf den Darlehensvertrag gerichteten Willenserklärung .	103
aa) Darlehensvertrag wurde nach dem 01.08.2002 geschlossen.....	103
bb) Darlehensvertrag wurde vor dem 02.08.2002 geschlossen	105

(a) Erweiterung der EuGH Rechtsprechung	106
(b) Kein Vertrauensschutz für die Banken	106
(c) Keine Zurechnung mehr erforderlich	107
(d) Folgen für den Fondsbeitritt.....	108
(e) Bewertung	109
cc) Rechtsfolgen.....	109
(a) Ansprüche des Anlegers.....	110
(b) Ansprüche der Bank	111
(c) Verhältnis der Ansprüche zueinander.....	113
b) Widerruf der auf den Fondsbeitritt gerichteten Willenserklärung	113
c) Verjährung	115
aa) Widerrufsrecht	115
bb) Ansprüche nach Widerruf	117
d) Bewertung.....	117
C. Verjährungshemmung durch Mahnbescheid.....	118
I. Ausgangslage	118
1. Hemmungstatbestände	119
a) Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren.....	119
b) Weitere verjährungshemmende Maßnahmen.....	120
c) Ergebnis.....	122
2. Verjährungsmechanismus.....	123
II. Prozessual relevante Konstellationen	124
1. Einleitung des Mahnverfahrens.....	124
2. Mahnbescheid wird erlassen.....	124
a) Antragsgegner legt Widerspruch ein	125
aa) Abgabe ins streitige Verfahren	125
bb) Stillstand des Verfahrens.....	126
b) Antragsgegner legt keinen Widerspruch ein	127
aa) Antragsteller beantragt Vollstreckungsbescheid.....	127
(a) Vollstreckungsbescheid wird rechtskräftig.....	127
(b) Einspruch gegen Vollstreckungsbescheid	128
bb) Antragsteller beantragt keinen Vollstreckungsbescheid	128
3. Mahnbescheid wird nicht erlassen	129
a) Klageerhebung innerhalb eines Monats nach § 691 Abs. 2 ZPO	130
b) Für eine einschränkende Wirkung des fehlgeschlagenen Antrags.....	130
c) Gegen eine einschränkende Wirkung des fehlgeschlagenen Antrags	131
d) Abwägung.....	132

4. Ergebnis	132
III. Voraussetzungen für den Erlass eines Mahnbescheides	133
1. Allgemeine Voraussetzungen	133
a) Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte	134
aa) Antragsgegner im Inland.....	134
bb) Antragsgegner im Ausland	135
cc) Gerichtsstände bei geschlossenen Immobilienfonds.....	135
dd) Gerichtsstand für Europäischen Zahlungsbefehl	137
b) Rechtswegzuständigkeit der ordentlichen Gerichte.....	137
c) Zuständigkeit des angegangenen Mahngerichts	138
d) Sonstige sachliche Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	139
e) Persönliche Zulässigkeitsvoraussetzungen	140
2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen des Mahnverfahrens	141
a) Mahnfähiger Anspruch.....	142
aa) Schadensersatzansprüche	142
(a) Naturalrestitution nicht möglich oder nicht genügend.....	143
(b) Naturalrestitution möglich	145
(i) Naturalrestitution möglich, aber nur mit unverhältnismäßigem Aufwand	146
(ii) Naturalrestitution bei spezialgesetzlichen Schadensersatzansprüchen.....	147
(iii) Naturalrestitution bei Sicherheiten.....	147
bb) Rückgewähransprüche	148
b) Zulassungsschranken nach § 688 Abs. 2 ZPO.....	148
aa) Verbraucherkreditverträge	148
bb) Gegenleistung.....	149
(a) Ausschluss vertraglicher Ansprüche.....	150
(b) Ausnahmen vom Ausschluss.....	150
(c) Nebenpflichten.....	151
(d) Abhängigkeit des Anspruchs von einer Gegenleistung	151
(i) Gegenleistung	152
(ii) Keine Hauptleistungspflicht	152
(iii) Keine Selbständigkeit	153
(iv) Alternativüberlegung: Ersatz der Differenz	154
(v) Unterschied des Anspruchs nur in der Höhe	156
(vi) Spezialgesetzliche Prospekthaftung.....	156
(e) Zwischenergebnis.....	157

(f) Annahmeverzug	157
(g) Einfluss auf die Verjährungshemmung	158
(h) Ergebnis zur Gegenleistung	158
cc) Keine öffentliche Zustellung.....	158
3. Notwendiger Inhalt des zulässigen Mahnbescheidsantrags	159
a) Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter	160
aa) Natürliche Personen	160
bb) Juristische Personen	160
(a) Namen des gesetzlichen Vertreters nicht notwendig.....	160
(b) Zustellvorschriften erfordern Namen nicht.....	161
(c) Register beinhaltet nicht mehr zwingend den Namen des Vertreters.....	161
(d) Ergebnis zur Namensnennung	162
(e) Besonderheiten bei geschlossenen Immobilienfonds.....	162
(f) Kein Verzicht auf Angabe des Vertretungsverhältnisses.....	163
b) Die Bezeichnung des Anspruchs	164
aa) Hinreichende Individualisierung der Hauptforderung.....	164
(a) Der Mahnbescheid als Grundlage eines Vollstreckungsbescheids	165
(b) Erkennbarkeit für den Schuldner	165
(c) Untersuchung der Anforderungen an die Individualisierung.....	166
(i) Überlegungen zur Rechtskraft.....	167
(ii) Verfahrensrechtliche Situation des Vollstreckungsbescheids .	168
(iii) Widerspruch als Beweis für Bestimmtheit	169
(iv) Gesetzesbegründung	169
(v) Zweck der Verjährung	170
(vi) Ergebnis zu den Anforderungen an die Individualisierung	170
(d) Entwicklung der Rechtsprechung	170
(e) Bewertung der BGH-Rechtsprechung	172
bb) Bewertung.....	173
cc) Angaben zur Inhaberschaft.....	175
(a) Antragsteller ist ursprünglicher Inhaber der Forderung	176
(b) Antragsteller ist (ursprünglich) nicht Inhaber der Forderung	176
(c) Verjährungshemmung bei Geltendmachung durch den Nicht-Berechtigten	177
(i) Erkennbarkeit	177
(ii) Gleicher Wortlaut.....	178

(iii) Gesetzesbegründung	178
(iv) Besonderheiten des Mahnbescheids gegenüber der Klage	179
(v) Zwischenergebnis zur Berechtigung	179
c) Bezeichnung der Nebenforderungen	179
d) Nähere Angaben bei Verbraucherdarlehen	180
aa) Angabe des effektiven oder anfänglich effektiven Jahreszinses ...	180
bb) Angabe des Datums des Vertragsschlusses	181
e) Die Erklärung über die Gegenleistung	181
f) Bezeichnung der zuständigen Gerichte	183
aa) Bezeichnung des „Mahngerichts“	183
bb) Bezeichnung des Streitgerichts	183
g) Sonstige Angaben	186
h) Form des Antrags	186
aa) Vordruckzwang	186
(a) Nicht maschinelles Mahnverfahren.....	187
(b) Maschinelles Mahnverfahren.....	187
(c) Bedeutung der maschinellen Bearbeitung.....	188
(d) Bedeutung für die Verjährungshemmung	189
bb) Unterzeichnung.....	189
cc) Versicherung der Bevollmächtigung	190
IV. Konsequenzen aus der Mangelhaftigkeit des Antrags für die Verjährungshemmung	190
1. Berichtigung durch das Gericht.....	191
2. Unzureichende Bezeichnung der Hauptforderung	194
3. Fehlende oder widersprüchliche Erklärung zur Gegenleistung.....	196
a) Fehlende Angaben	197
b) Widersprüchliche Angaben.....	197
c) Bewertung.....	198
d) Bewusst falsche Erklärung zur Gegenleistung	199
4. Ergebnis zu den Mängeln im Antrag	202
V. Konsequenzen für die Verjährungshemmung bei Mängeln im Mahnbescheid	202
1. Fehlgeschlagene Zustellung	203
2. Erlass durch unzuständiges Gericht	206
VI. Rechtsfolge der Verjährungshemmung bei ordnungsgemäßigem Antrag .	207
1. Umfang der gerichtlichen Überprüfung des Antrags	208
2. Zeitpunkt des Eintritts der Verjährungshemmung	209

a) Grundsatz: Zustellung des Mahnbescheids.....	209
b) Zustellung des Mahnbescheids „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO.....	209
aa) „Demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO	209
bb) „Demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO bei Mahnbescheiden.....	210
(a) Monatsfrist	211
(b) Berechnung der Monatsfrist.....	211
cc) Ergebnis zur Zustellung „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO bei Mahnbescheiden	214
VII. Dauer und Umfang der Verjährungshemmung im Mahnverfahren	214
1. Dauer der Verjährungshemmung	214
a) Rechtskräftige Entscheidung	215
b) Anderweitige Beendigung	216
aa) Rücknahme des Antrags	216
bb) Überleitung ins Streitverfahren	216
c) Stillstand des Verfahrens	217
2. Umfang der Verjährungshemmung	218
a) Umfang der Verjährungshemmung bei Klageerhebung.....	218
b) Folgerungen für den Mahnbescheid	222
aa) Weniger Tatsachen im Mahnverfahren.....	222
bb) Bestimmbarkeit des Mahnverfahrensgegenstands.....	223
(a) Zeitpunkt für die Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung	224
(b) Angaben zur Bestimmung des Mahnverfahrensgegenstands	224
cc) Mahnverfahrensgegenstand als Grundlage für die Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung.....	226
c) Erweiterung der Hemmung durch § 213 BGB	227
aa) Anwendbarkeit auf das Mahnverfahren	227
bb) Erstreckung der Verjährungshemmung vor dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts	228
cc) Übergangsregelung	228
dd) Anwendung des § 213 BGB auf die im Mahnverfahren geltend gemachten Ansprüche aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds	229
(a) Gegen denselben Schuldner	229
(b) „Aus demselben Grunde“	229
(c) „Wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle“	233
ee) Zwischenergebnis zur Anwendung des § 213 BGB	235

ff) Der Umfang der Verjährungshemmung bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Beitritts zu geschlossenen Immobilienfonds im Licht der Rechtsprechung.....	235
d) Zwischenergebnis zur Verjährungshemmung.....	237
VIII. Personenmehrheiten	237
D. Schlussbetrachtung	240
I. Zusammenfassende Überlegungen für das Tätigwerden des Rechtsanwalts	240
II. Ausblick	241
Schrifttumsverzeichnis	243

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz
AnSchG	Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz)
Art.	Artikel
AuslInvG	Gesetz über steuerliche Maßnahmen bei Auslandsinvestitionen der deutschen Wirtschaft
AVAG	Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz v. 19.12.2001
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt, zit.: nach Jahr, Teil, Seite
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Bundesgerichtshof-Report, zit.: nach Jahr, Seite

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, zit.: nach Band, Seite
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, zit.: nach Jahr und Seite.
BörsG	Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BStBl	Bundessteuerblatt, zit.: nach Teil, Jahr, Seite.
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb, zit.: nach Jahr, Seite.
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift, zit.: nach Jahr, Seite.
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, zit.: nach Jahr, Seite.
DStR	Deutsches Steuerrecht, zit.: nach Jahr, Seite und ggf. Textziffer.
EG	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft auf dem Stand des „Amsterdamer Vertrags“
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

ESTG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuMVVO	Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens – Verordnung (EG) 1896/2006
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, zit.: nach Jahr und Seite.
f (i.V.m. Seite)	folgende
f. (i.V.m. FS)	für
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrcht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht zit.: nach Jahr und Seite.
ff	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift (für)
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)
GKG	Gerichtskostengesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher
GZVJu	Verordnung über gerichtliche Zuständigkeiten im Bereich des Staatsministeriums der Justiz (Gerichtliche Zuständigkeitsverordnung Justiz)
HaustürWG	Haustürwiderrufsgesetz
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.d.	im Sinne des
JR	Juristische Rundschau, zit.: nach Jahr, Seite.
JurBüro	Das Juristische Büro, zit.: nach Jahr, Seite.

JuS	Juristische Schulung zit.: nach Jahr, Seite.
JZ	Juristen Zeitung, zit.: nach Jahr, Seite.
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KapMuG	Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz)
KG	Kammergericht
KV GKG	Kostenverzeichnis, Anlage 1 zum Gerichtskostengesetz
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, zit.: nach Jahr, Seite.
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift, zit.: nach Jahr, Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, zit.: nach Jahr, Seite, und ggf. Textziffer.
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, zit.: nach Jahr, Seite und ggf. Textziffer.
Nr.	Nummer
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, zit.: nach Jahr, Seite.
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, zit.: nach Jahr, Seite.
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte, zit.: nach Band und Seite.
OLGR	Oberlandesgericht-Report, zit.: nach Jahr, Seite.
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, zit.: nach Band, Seite.
Rn.	Randnummer
RPflG	Rechtspflegergesetz
Rpflger	Der Deutsche Rechtspfleger, zit.: nach Jahr, Seite
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz)
S. (i.V.m. §§)	Satz
S. (i.V.m. Fundstelle)	Seite

ScheckG	Scheckgesetz
StBerG	Steuerberatungsgesetz
St.Rspr.	Ständige Rechtsprechung
Tz.	Textziffer
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerkprospG	Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz (Verkaufsprospektgesetz)
vgl.	vergleiche
VV RVG	Vergütungsverzeichnis, Anlage 1 zum RVG, also dem Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz)
WG	Wechselgesetz
WM	WM IV, Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, zit.: nach Jahr, Seite und ggf. Textziffer.
WPO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung)
WuM	Zeitschrift für Wohnungswirtschaft und Mietrecht, zit.: nach Jahr, Seite.
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankenrecht und Bankwirtschaft, zit.: nach Jahr, Seite.

ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht, zit.: nach Jahr, Seite.
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, zit.: nach Jahr, Seite.
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, zit.: nach Jahr, Seite.
ZPO	Zivilprozessordnung
ZustRG	Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren (Zustellungsreformgesetz) vom 25.06.2001
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, zit.: nach Jahr und Seite.
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß, zit.: nach Band, Seite.

A. Einleitung und Problemverortung

I. Thema

Kaum ein Thema hat die Wirtschaftsteile der Zeitungen in den letzten Jahren so beschäftigt wie die geschlossenen Immobilienfonds.¹ Während hierbei zunächst der Fokus auf die wirtschaftliche Situation eines oder einer ganzen Reihe von Fonds gerichtet wurde, rückte in zunehmendem Maß die juristische Seite solcher Anlagen in den Vordergrund. Dabei handelt es sich um ein Thema von hoher wirtschaftlicher Brisanz und dogmatischer Bedeutung.² Ist die Geldanlage in einem geschlossenen Immobilienfonds³ gänzlich anders verlaufen, als dies der Anleger erwartet hat, und sind die Rendite und der Wert des Investments enorm gesunken, so versuchen viele Anleger „zu retten was noch zu retten ist“ und beauftragen einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung ihrer rechtlichen Interessen in Bezug auf ihre gescheiterte Anlage.

Da die Materie aufgrund der Vielzahl der in aller Regel an der Fondskonstruktion Beteiligten und der sie verbindenden rechtlichen Beziehungen nicht nur in juristischer Hinsicht komplex ist, sondern vor allem auch im tatsächlichen Bereich viele Fallstricke birgt, ist der Rechtsanwalt in aller Regel zunächst nicht in der Lage ohne weitere – häufig sehr eingehende – Prüfungen rechtliche Schritte einzulei-

¹ In der „Süddeutschen Zeitung“ sind alleine im Zeitraum vom 09.02.2004 bis 09.02.2006 110 Artikel erschienen, in denen das Thema „Geschlossene Immobilienfonds“ behandelt oder angesprochen wurde, in der Zeitung „Die Welt“ waren es im gleichen Zeitraum sogar 221 Artikel und in der „Financial Times Deutschland“ wurden geschlossene Immobilienfonds in diesem Zeitraum in 143 Artikeln thematisiert. Quelle: www.lexisnexis.com, Recherche mit den Stichworten „Geschlossene Immobilienfonds“ am 09.02.2006, für die letzten zwei Jahre.

Selbst die „Bild“-Zeitung beschäftigte sich in ihrer Ausgabe vom 25.02.2006 unter der Titel-Schlagzeile „Die gierigen Stars“ mit dem Engagement von Prominenten in Immobilienanlagen, insbesondere in geschlossenen Immobilienfonds.

² Staudinger, NJW 2005, 3521, unter Verweis auf Artz/Balzer, WM 2005, 1451; Knof/Mock, ZBB 2005, 298; ebenso Derleder, BKR 2005, 441, 442.

³ Die Terminologie „Geschlossene Immobilienfonds“ beruht darauf, dass eine begrenzte Gemeinschaft von Kapitalanlegern sich direkt an einer oder mehreren Immobilien beteiligt. Sobald der gesetzte Betrag zur Finanzierung der Immobilie aufgebracht ist, wird der Fonds geschlossen. Quelle: http://www.bvi.de/de/lexikon/g/geschlossene_immobilienfonds.html, zuletzt aufgerufen 14.01.2010. Bei „Offenen Immobilienfonds“ hingegen ist die Anzahl der ausgegebenen Anteile – im Gegensatz zu geschlossenen Immobilienfonds – nicht begrenzt, also „offen“. Quelle: <http://www.bvi.de/de/lexikon/o/index.html>, zuletzt aufgerufen 14.01.2010.

ten. Jedoch verstreicht mit jeder weiteren Überlegung und Prüfung Zeit, so dass sich der Rechtsanwalt in vielen Fällen der deutlichsten Haftungsfalle – der Verjährung – gegenüber sieht. Um ihr zu entgehen wird er in den Fällen, in denen aufgrund des Zeitablaufs die Verjährungsproblematik nicht von vornherein ausgeschlossen ist, geeignete Maßnahmen zur Verjährungshemmung einleiten.

Einen besonderen Rang bei der Verjährungshemmung nimmt dabei die Zustellung eines Mahnbescheids im gerichtlichen Mahnverfahren nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB ein.

Im Jahr 2004 wurden 9.057.650 Mahnverfahren anhängig gemacht.⁴ Bei allen Amts- und Landgerichten in der Bundesrepublik Deutschland wurden im Jahr 2004 insgesamt 1.949.031 Verfahren erledigt.⁵ Dabei entfielen auf die Amtsgerichte 1.523.527 erledigte Verfahren und auf die Landgerichte 425.504 erledigte Verfahren.⁶ Insgesamt wurden im Jahr 2004 861.868 erstinstanzliche Prozesse erledigt, denen ein Mahnverfahren vorausgegangen ist.⁷ Es ist anzunehmen, dass bei diesen Verfahren den Antragstellern durchaus bewusst war, dass in der Sache streitig verhandelt werden würde. Dennoch wurden diese Streitigkeiten über das Mahnverfahren eingeleitet.

Der Grund für diese hohe Zahl an vorausgegangenen Mahnbescheiden dürfte hauptsächlich darin liegen, dass der Mahnbescheid als Mittel der Verjährungshemmung eingesetzt wurde.

Diese besondere Konstellation der Zustellung des Mahnbescheids zur Verjährungshemmung bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds soll in der vorliegenden Arbeit beleuchtet werden.

Dabei ist – ausgehend von der Situation, in der sich die Frage nach der Verjährungshemmung durch Mahnbescheid stellt – zunächst auf die Ansprüche der Anleger wegen der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds einzugehen. Anschließend sind die Fragen, die sich bei der

⁴ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 6.

⁵ Statistisches Jahrbuch 2006, S. 260.

⁶ Statistisches Jahrbuch 2006, S. 260.

⁷ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 6.

Hemmung der Verjährung dieser Ansprüche durch Zustellung eines Mahnbesc heides stellen, zu erörtern. Hierbei wird zum einen auf die allgemeinen Probleme, die sich bei der Verjährungshemmung durch Zustellung eines Mahnbesc heids ergeben, einzugehen sein – insbesondere soweit sich Problemstellungen mit der Schuldrechtsreform geändert haben. Zum anderen wird den spezifischen Problemen der Rückabwicklungskonstellation Rechnung zu tragen sein.

II. Bedeutung von Rückabwicklungsansprüchen aus dem Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds

Der Vertrieb von geschlossenen Immobilienfonds hat insbesondere in den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts einen enormen Aufschwung erlebt; versprach doch eine Investition in Immobilien, eine werthaltige Anlage zu sein, mit der man neben ansehnlichen Renditen auch eine Steuerersparnis erzielen konnte.

1. Wirtschaftliche Grundlagen von geschlossenen Immobilienfonds

Der Fondsbeteiligung liegt die Idee zugrunde, dass durch die Bündelung von Kapital Anlageobjekte erschlossen werden können, die den einzelnen Anlegern ansonsten in aller Regel nicht zugänglich sind. Denn ein Immobilienkauf in einer sehr guten Geschäftslage in einer Stadt ist für die meisten Anleger unerschwinglich. Dadurch, dass in einer Fondsanlage mehrere Anleger ihr Kapital bündeln, können größere Summen aufgebracht werden, so dass auch teure Objekte, die eine gute Rendite verheißen, erworben werden können. Außerdem können durch einen Immobilienfonds mehrere Objekte erworben werden und so objektspezifische Risiken gegenüber einer Direktanlage in nur einem Objekt vermindert werden.

Ein weiterer Grund, warum die geschlossenen Immobilienfonds einen so hohen Zulauf verzeichnen konnten, liegt darin, dass den Anlegern Steuervorteile in Aussicht gestellt wurden. Denn Ziel der geschlossenen Immobilienfonds ist es, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erwirtschaften.⁸ Dabei konnten spiegelbildlich zu diesen Einnahmen die damit verbundenen Werbungskosten, die

⁸ Schmidt/Drenseck, EStG, § 21 Rn. 108.

beispielsweise durch gezahlte Kreditzinsen für die Anschaffung des Anteils anfallen, steuermindernd geltend gemacht werden. Dies jedenfalls soweit, als durch die Vermietung und Verpachtung ein Totalgewinn über die gesamte Anlageperiode prognostiziert werden konnte.⁹ Da Immobilien eine hohe Lebensdauer haben, konnte selbst bei teuren Investitionen auf die Totalgewinnperiode¹⁰ noch mit einem Gewinn gerechnet werden.

Hinzu kamen steuerliche Sonderförderungen und die Verlustabzugsmöglichkeiten waren – anders als später durch § 2b EStG – noch nicht so stark eingeschränkt.

Da das Steuersparen der Deutschen „Lieblingspassion“ ist, war die hierzu mit dem Fondserwerb verbundene Möglichkeit nicht selten das entscheidende „Verkaufsargument“.¹¹

Hinzu kamen die Angst der Menschen vor Altersarmut und zahlreiche Appelle von Politikern und Medien das Thema „Altersvorsorge“ stärker zu berücksichtigen. Gerade Fonds die durch eine Investition in Immobilien Sicherheit verhiessen, schienen vielen Anlegern daher für ihre Altersvorsorge prädestiniert zu sein.

Um das Ziel der Steuerersparnis zu realisieren, war für die Fondskonstruktion eine Gesellschaftsform notwendig, bei der die Einkünfte des Fonds den Anlegern persönlich zugerechnet wurden und diese – eben spiegelbildlich dazu – auch ihre Werbungskosten als Sonderbetriebsausgaben geltend machen konnten. Aus diesem Grund kamen eigentlich nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft sowie atypisch stille Gesell-

⁹ Schmidt/Drenseck, EStG, § 21 Rn. 10.

¹⁰ Der Prognosezeitraum ist typischerweise mit 30 Jahren anzusetzen, Schmidt/Drenseck, EStG, § 21 Rn. 10 f., Spindler, DB 2007, 185.

¹¹ Anders liegt der Sachverhalt bei den offenen Immobilienfonds. Bei einer Beteiligung an offenen Immobilienfonds werden Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt, Schmidt/Drenseck, EStG, § 21 Rn. 108. Hier wird der Prognose, ob ein Totalgewinn entsteht, ein kürzerer Zeitraum zugrunde gelegt. Als Folge können nicht so hohe Anfangsverluste geltend gemacht werden, ohne dass die ganze Anlage als steuerlich unbeachtliche „Liebhaberei“ gewertet wird. Entscheidende Verkaufsargumente für die Anlage in offenen Immobilienfonds dürften daher die Möglichkeit, die Anteile jederzeit wieder verkaufen zu können und der steuerliche Freibetrag bei Kapitaleinkünften sein.

schaftsformen in Betracht. Die meisten Immobilienfonds sind in der Tat auch rechtlich als solche Gesellschaften konzipiert.¹²

Die Erwartungen der Anleger gingen bei Immobilienfonds auf eine werthaltige Anlage. Anders als bei Anlegern, die ihr Geld in Schiffsbeteiligungen oder in Filmfonds investiert hatten, bei denen Verluste häufig einkalkuliert werden, war eine negative Wertentwicklung oder ein „reines Verlustzuweisungsmodell“ ausschließlich zur Steuerersparnis häufig nicht im Bereich dessen, was die Anleger sich vorgestellt hatten.¹³ Hinzu kommt bei vielen Anlegern der Ärger über die eigene Leichtgläubigkeit, gepaart mit dem Gefühl, betrogen worden zu sein. Dies veranlasst die Anleger ungleich häufiger als bei anderen „fehlgeschlagenen Investments“ dazu, sich juristisch beraten zu lassen und schließlich gerichtliche Hilfe einzuholen.

2. Umfang der geschlossenen Immobilienfonds

Da zahlreiche Immobilienfonds vertrieben wurden, ist auch die Zahl der Anleger, die ihrem Investment ein „juristisches Nachspiel“ folgen lassen, recht groß. Nach Schätzungen des Immobilienmarktforschungsinstituts Bulwien AG¹⁴ belief sich der Betrag, der 2001 in geschlossenen Immobilienfonds investiert war, auf 105 Milliarden Euro.¹⁵ Mittlerweile ist eine Vielzahl der aufgelegten Immobilienfonds in

¹² Zu dem Problem, dass aufgrund des progressiven Steuertarifs hohe Steuerersparnisse nur bei hohen (anderweitigen) Einkommen realisiert werden konnten, siehe unten unter B. I. 1. a).

¹³ Sicher waren vorgezogene steuerliche Verluste gerade in der Investitionsphase konzeptionell angelegt und erwünscht, Assmann/Schütze, § 21 Rn. 185. Allerdings dürfte das Hauptaugenmerk der Anleger beim Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds wesentlich stärker als bei den Schiffsbeteiligungen oder Filmfonds auf Werthaltigkeit und Sicherheit gerichtet gewesen sein. Die Werbung mit Verlustzuweisungen mag zwar vorgekommen sein. Spätestens nach dem Urteil des BFH vom 05.09.2000 (BFH, DB 2000, 2406) dürfte dieses Argument in der Werbung für geschlossene Immobilienfonds nicht mehr allzu häufig verwendet worden sein. Denn der BFH hat in dem genannten Urteil (BFH, DB 2000, 2406) entschieden, dass die Anleger eines mit sog. Verlustzuweisungenwerbenden geschlossenen Immobilienfonds die ihnen zugeordneten Verluste dann nicht als negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung abziehen dürfen, wenn aufgrund der besonderen Konzeption des Fonds die Beurteilung gerechtfertigt ist, dass die Anleger sich vorrangig wegen der Mitnahme von Steuervorteilen beteiligt haben, Spindler, DB 2007, 185, 190.

¹⁴ heute: BulwienGesa AG.

¹⁵ http://www.bvi.de/de/bibliothek/jahrbuecher/archiv/jb2003/jb_2003.pdf S. 16, zuletzt aufgerufen: 14.01.2010.

eine wirtschaftliche Schieflage geraten.¹⁶ Deshalb versuchen zahlreiche Anleger, die wirtschaftlichen Folgen ihres Engagements durch den Gang vor die Zivilgerichte zu mildern.

Daher sind (meist aufgrund des beachtlichen Streitwerts) vor den Landgerichten bereits zahlreiche Klagen geschädigter oder sich als geschädigt fühlender Anleger anhängig. Mit jeder neuen Berichterstattung in den Medien über anlegerfreundliche Urteile des BGH dürfte dieser Trend jeweils zusätzlich beflügelt werden.

3. Besonderheiten bei der Geltendmachung von Ansprüchen bei der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds

Die Situation, in der sich der Anleger eines Immobilienfonds um juristischen Bestand bemüht, ist in mehrfacher Hinsicht durch Besonderheiten gekennzeichnet, die den Mahnbescheid als Instrument der Verjährungshemmung prädestinieren.

Zum einen ist hier die mit der Schuldrechtsreform eingeführte Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren gemäß § 195 BGB a.F.¹⁷ auf nunmehr drei Jahre gemäß § 195 BGB n.F.¹⁸ zu nennen. Während vor der Reform in der Regel nur die Dauer der Verjährungsfrist von Ansprüchen, die den speziellen Verjährungsfristen der §§ 196, 197 BGB a.F.¹⁹ unterlagen, problematisch war, sind nun Anleger häufig trotz Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstän-

Alleine im Jahr 2004 wurden 13 Mrd. Euro in geschlossene Fonds investiert, Richter, Die Bank 10/2005, S. 20. Das entspricht rechnerisch einer Summe von mehr als 35,6 Millionen Euro pro Kalendertag im Jahr 2004. 2005 wurden 10,52 Mrd. Euro in geschlossene Fonds investiert, wovon ein Anteil von 3,40 Mrd. Euro oder 32,4% auf die geschlossenen Immobilienfonds entfielen, Wagner, BKR 2006, 271. Im Jahr 2008 wurden 3,1 Mrd. Euro in geschlossene Immobilienfonds investiert, Pressemitteilung 02/2009 des VGF Verband Geschlossene Fonds e.V., <http://www.vgf-online.de/index.php?id=671>, zuletzt aufgerufen: 14.01.2010.

¹⁶ So berichtet beispielsweise die Berliner Zeitung in ihrer Ausgabe vom 31.12.2005, Seite W1, unter dem Titel „Großpleite an Grauen Kapitalmarkt“, dass durch die Insolvenz der Würzburger Euro-Gruppe schätzungsweise 40.000 Anleger betroffen seien. Der Gesamtbetrag der zwischen Ende der neunziger Jahre und 2007 durch Wertverluste bei Immobilien (also nicht nur geschlossene Immobilienfonds sondern auch Direktinvestitionen) eingetreten sein soll, beläuft sich Schätzungen zufolge auf 100 Milliarden Euro, Späth, Berliner Anwaltsblatt 2008, S. 257, 261.

¹⁷ BGB in der Fassung vor dem 01.01.2002.

¹⁸ BGB in der Fassung nach dem 31.12.2001.

¹⁹ BGB in der Fassung vor dem 01.01.2002.

de (und damit dem Beginn der Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.²⁰) nicht in der Lage, die entsprechenden rechtlichen Würdigungen vorzunehmen und damit ihre Ansprüche auch geltend zu machen. Die Verjährungsproblematik tritt somit nach der Schuldrechtsreform ungleich häufiger zu Tage als nach der alten Rechtslage. Damit gewinnen aber auch die Hemmungstatbestände – allen voran die Erhebung einer Klage und die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren – an Bedeutung.²¹

Zum anderen führt die Änderung hin zum regelmäßigen Verjährungsbeginn am Jahresende gemäß § 199 Abs. 1 BGB auch häufiger zum Ablauf der Verjährungsfrist ebenfalls zum Jahresende. Dies bedeutet, dass beginnend mit der großen „Klage- und Mahnbescheidswelle“ zum 31.12.2004 nun vor jedem Jahresende verstärkt verjährungshemmende Maßnahmen ergriffen werden. Da in der Kürze der Zeit häufig eine Klageerhebung nicht mehr möglich ist, wird die Zustellung eines Mahnbescheids immer mehr zum Mittel der Wahl bei der Verjährungshemmung werden.

Schließlich spricht auch die Tatsache, dass das Mahnverfahren im Verhältnis zum Klageverfahren die kostengünstigere Lösung ist, für den Einsatz des Mahnverfahrens als Mittel der Verjährungshemmung. So sind beim Mahnverfahren lediglich 0,5 Gerichtsgebühren nach Nr. 1100 KV GKG zu entrichten, während das Klageverfahren einen Gerichtskostenvorschuss von 3,0 Gerichtsgebühren nach Nr. 1200 KV GKG erfordert. Daneben sind auch die Gebühren für die Anwaltstätigkeit im Mahnverfahren mit 1,0 Gebühren nach Nr. 3305 VV RVG deutlich günstiger als die für das gerichtliche Verfahren anfallenden Gebühren von 2,5 Gebühren nach Nr. 3100, 3104 VV RVG.²² Gerade bei Ansprüchen gegen Initiatoren, Gründungsgesellschafter oder Prospektverantwortliche, bei denen (häufig aufgrund drohender Insolvenz) nicht klar ist, ob ein erstrittener Titel zur Befriedigung führt, ist es für den Anleger oft von entscheidender Bedeutung, wie viel „gutes

²⁰ BGB in der Fassung nach dem 31.12.2001.

²¹ BT-Drs. 14/6040, S. 95.

²² Betreibt der Anleger das Mahnverfahren selbst, so entfällt sogar die 1,0 Gebühr für den Rechtsanwalt, während aufgrund des meist beträchtlichen Streitwerts und der daraus resultierenden Zuständigkeit der Landgerichte gemäß § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO Anwaltszwang besteht. Da aber die 1,0 Gebühr für das Mahnverfahren ohnehin nach Nr. 3305 VV RVG auf die 1,3 Gebühren nach Nr. 3100 VV RVG für das streitige Verfahren angerechnet werden, ergibt sich insoweit kein Vorteil das Mahnverfahren selbst zu betreiben. Jedoch bleibt – wie unten unter C. III. 3. zu zeigen sein wird – ein erhebliches Risiko, die gewünschte verjährungshemmende Wirkung zu verfehlen.

Geld“ er gegebenenfalls „dem Schlechten noch hinterher wirft“, wie viel er also möglicherweise auf unsicherer Tatsachengrundlage noch bereit ist einzusetzen, um so einen möglichen finanziellen Verlust zu minimieren. Würde er eine Klage erheben, müsste er unter Umständen 3,0 Gerichtsgebühren und zwei Rechtsanwaltsgehonorare in Höhe von je 2,5 Rechtsanwaltsgebühren, also insgesamt 5,0 Gebühren tragen. Reicht er hingegen selbst einen Mahnbescheid ein, fallen bei ihm nur 0,5 Gerichtsgebühren an. Hinzu kommt, dass die Gerichtsgebühren für das Mahnverfahren bei der – fast überwiegend betriebenen – maschinellen Bearbeitung des Mahnverfahrens vom Antragsteller nach § 12 Abs. 3 S. 2 GKG erst vor Beantragung des Vollstreckungsbescheids zu entrichten sind. Dieser Zeitgewinn ist für den Anleger häufig dann entscheidend, wenn er rechtenschutzversichert ist, er aber vor einer Deckungszusage durch die Versicherung mit dieser noch umfangreichere Korrespondenz abwickeln muss, um dieser ihre Einstandspflicht deutlich zu machen. Im erst genannten Fall muss er ohne Deckungszusage und damit eventuell ohne Erstattung durch die Rechtenschutzversicherung 3,0 Gerichtsgebühren verauslagern. Im zweiten Fall muss er erst dann, wenn über eine Deckungszusage entschieden ist, nur 0,5 Gerichtsgebühren tragen, die dann möglicherweise sogar von der Rechtenschutzversicherung übernommen werden. Somit zeigen sich auch kostenrechtlich Vorteile des Mahnverfahrens gegenüber dem Klageverfahren.

Weiter erlangt die Zustellung des Mahnbescheids als Mittel der Verjährungshemmung noch aus einem anderen Grund bei den hier zu betrachtenden Ansprüchen bei der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds eine erhebliche Bedeutung. Die Vertragssituationen bei geschlossenen Immobilienfonds sind häufig sehr komplex, so dass für die Prüfung, welche Ansprüche mit Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden können, einige Zeit notwendig sein wird.²³

Diese Schwierigkeiten haben ihren Grund zum einen in der Komplexität der Materie. So sind die Gesellschaftsverträge der geschlossenen Immobilienfonds teilweise so detailliert und umfassend, dass die Beurteilung, welche Beteiligung woran besteht und wie es zu dieser kam, nicht nur einem juristischen Laien Proble-

²³ Diese Komplexität der Rechtsbeziehungen bei Kapitalanlagen führte zu der Erkenntnis, dass die Verjährungsfrist des § 48 BörsG a.F. und des § 127 Abs. 5 InvG a.F. von sechs Monaten nicht ausreichend ist, um dem Anleger die Vornahme der zur Vorbereitung eines Haftungsanspruchs erforderlichen Recherchen zu ermöglichen, Begründung des RegE eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes, BR-Dr 936/01 (neu) vom 14.11.2001, S. 226 und 297; Assmann/Wagner, NJW 2005, 3169, 3173.

me bereitet. Die genaue Darstellung des Geschehensablaufs, wie sie in der Klageschrift für eine schlüssige Klage und eine schlüssigen Darlegung der Ansprüche zu erfolgen hat, stellt somit bereits eine nicht unerhebliche Herausforderung dar. Darüber hinaus treten bei einem geschlossenen Immobilienfonds meist zahlreiche Beteiligte auf, die untereinander oder mit dem Anleger in Rechtsbeziehungen stehen. Typischerweise handeln auf Seiten des Immobilienfonds die Geschäftsführer der Gesellschaft, die meist auch (teilweise) mit den Gründungsgesellschaftern und Initiatoren identisch sind. Weiter sind die Prospektverantwortlichen zu nennen, die den Prospekt der Kapitalanlage erstellt und herausgegeben haben. In den meisten Fällen existiert noch eine Mietgarantin, vorzugsweise in Form einer GmbH, die aber dann, wenn der Anleger eine juristische Überprüfung seiner Anlage wünscht, schon insolvent geworden sein dürfte. Mit den eben genannten Personen ist der Anleger nicht persönlich in Kontakt gekommen, denn üblicherweise wurden die Fondsanteile von einem Vermittler – vorzugsweise im Strukturvertrieb – beworben und „verkauft“.

Da sich ein nicht unerheblicher Teil der Vorteile einer Anlage in einem geschlossenen Immobilienfonds aus Steuervorteilen speist, diese aber nur dann deutlich zum Tragen kommen, wenn die Anlage kreditfinanziert ist, findet sich unter den Beteiligten, zu denen der Anleger in rechtlichen Beziehungen steht, auch fast immer ein – den Beitritt finanzierendes – Kreditinstitut. Dieses ist von besonderer Bedeutung für die Rückabwicklungsansprüche. Denn während gegenüber den übrigen Beteiligten zwar Ansprüche bestehen mögen, diese aber wegen der Insolvenz der Beteiligten häufig nicht durchsetzbar sind, steht dem Anleger mit der finanzierenden Bank ein regelmäßig solventer Anspruchsgegner zur Verfügung.

Um zu prüfen, in welchen Beziehungen (möglicherweise) Fehler aufgetreten sind und welche Ansprüche sich hieraus ergeben, bedarf es eines erheblichen Aufwandes.

Verschärft werden die Schwierigkeiten noch dadurch, dass dem Anleger meist nicht oder – aufgrund der langen Zeit, die zwischen Beitritt zum Fonds und Geltendmachung von Ansprüchen verstrichen ist – nicht mehr alle für eine Prüfung notwendigen Unterlagen zur Verfügung stehen. Um überhaupt beurteilen zu können, welche Ansprüche mit Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden können, ist daher in vielen Fällen die Beschaffung von Unterlagen über den Fonds, die Renditeziele und Grundlagen sowie der Fondsprospekte nötig. Möglicherweise

werden Zeugen zu den Umständen des Vertragsabschlusses benötigt, die vor einer Klage zu ihrem Erinnerungsvermögen über diese Umstände zu befragen sind.

Der Rechtsanwalt befindet sich also häufig in der Lage, dass er Ansprüche geltend machen soll, ihm aber die dafür notwendigen (Beweis-)Mittel schlicht (noch) fehlen. Um hier wegen einer zeitlichen Verzögerung bei der Bearbeitung nicht unversehens in die „Haftungsfalle“ der Verjährung zu gelangen, wird sich der Rechtsanwalt, um mögliche Ansprüche zu erhalten, der Zustellung eines Mahnbescheides als Mittel der Verjährungshemmung bedienen.

III. Bedeutung der verjährungshemmenden Wirkung

Die Frage, ob die Zustellung des Mahnbescheids tatsächlich geeignet war die Verjährung von Ansprüchen zu hemmen, wird in aller Regel erst dann problematisch, wenn sich das gerichtliche Verfahren in einem zeitlich weit fortgeschrittenen Stadium befindet. Der Gläubiger ist der festen Auffassung, mit der Beantragung des Mahnbescheides, von dessen Zustellung er sogar noch nach § 693 Abs. 2 ZPO benachrichtigt wurde, alles Notwendige zur Verjährungshemmung getan zu haben und ergreift deswegen keine weiteren verjährungshemmenden Maßnahmen. Stellt sich im Laufe des Rechtsstreits (nach Abgabe ins streitige Verfahren nach Widerspruch gegen den Mahnbescheid bzw. nach Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid) heraus, dass die Zustellung des Mahnbescheids nicht geeignet war, die Verjährung zu hemmen, so ist für die Schaffung eines weiteren Hemmungstatbestandes wegen des zwischenzeitlichen Eintritts der Verjährung meist kein Raum mehr.

Solange der Mahnbescheidsantrag nicht durch die Anspruchsbegründung im streitigen Verfahren zu einer vollständigen Klageschrift ergänzt ist,²⁴ und diese durch Zustellung an den Gegner nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB einen eigenen Hemmungstatbestand begründet, ist einzig die Zustellung des Mahnbescheids der Tatbestand, der die Verjährung hemmt. War diese nicht geeignet die Verjährung zu hemmen, so ist der ganze Anspruch als solches nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen. Entsprechend hart wird um die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheids in den Verfahren gestritten.

²⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 697 Rn. 6.

Zeigt der Antragsgegner auf einen Mahnbescheid hin keine Reaktion und ergeht deswegen auf den Mahnbescheid ein Vollstreckungsbescheid, der Rechtskraft erlangt, ist die Frage, ob die Ansprüche verjährt waren, ohne Bedeutung. Denn die Verjährungseinrede wurde nicht erhoben. Dieser Einrede steht sodann die Rechtskraft des Vollstreckungsbescheids entgegen.²⁵

Die Frage, ob die Zustellung des Mahnbescheids verjährungshemmende Wirkung hatte, stellt sich also immer dann, wenn der Antragsgegner auf einen Mahnbescheid hin Widerspruch einlegt und danach das streitige Verfahren nach § 696 Abs. 1 S. 1 ZPO beantragt wird oder der Antragsgegner gegen einen Vollstreckungsbescheid Einspruch nach § 700 Abs. 1 i.V.m. § 338 ZPO einlegt. Weiter stellt sich die Frage nach der Verjährungshemmung möglicherweise dann, wenn der Mahnbescheid nach § 691 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen wird und gemäß § 691 Abs. 2 ZPO innerhalb eines Monats seit der Zustellung der Zurückweisung Klage eingereicht und diese demnächst zugestellt wird.²⁶

Mit Ausnahme der zuletzt genannten Fallkonstellation ist dem Antragsteller meist gar nicht bewusst, dass er ein „Verjährungsproblem“ hat. Denn wenn der Mahnbescheid erlassen wird, stellt sich die Frage nach der Verjährung erst im streitigen Verfahren. Da diese Fallkonstellationen besondere Tücken bergen, ist hier besondere Aufmerksamkeit geboten.

Neben Überlegungen zu den geltend zu machenden Ansprüchen ist der Antragsteller oder der von diesem beauftragte Rechtsanwalt somit auch gehalten, Überlegungen zu den Folgen des von ihm gewählten Verfahrens anzustellen und den Besonderheiten bei der Zustellung eines Mahnbescheides zur Verjährungshemmung Rechnung zu tragen.

²⁵ Während der BGH betont, dem Vollstreckungsbescheid komme wie jedem anderen Vollstreckungstitel volle Rechtskraft zu, die nur in besonders schwerwiegenden, eng begrenzten Ausnahmefällen auf der Grundlage eines Schadensersatzanspruches nach § 826 BGB durchbrochen werden könne (bspw. BGH, NJW 2005, 2991, 2994 m.w.N.), gehen Stimmen im Schrifttum von einer „geminderten“ Rechtskraft des Vollstreckungsbescheides aus (Vollkommer, FS f. Gaul, S. 759) oder lehnen eine Rechtskraftdurchbrechung auf dem Wege über § 826 BGB ab (Vollkommer, FS f. Gaul, S. 759, 760 unter Verweis auf Gaul, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, S. 99 ff).

²⁶ Eine umfassende Darstellung des Problems, in welchen prozessualen Konstellationen die Verjährungshemmung Bedeutung erlangt, folgt unten unter C. II.

B. Die Ansprüche der Anleger bei der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds

Nach der Konzeption, die dem Modell eines geschlossenen Immobilienfonds zugrunde liegt, erhält der Anleger die durch den Fonds erwirtschafteten Mieterträge in Form von Ausschüttungen ausbezahlt. Mit diesen Mieterträgen sollen der Planung nach die Anleger ihre Kreditraten ganz oder zum Teil begleichen können.

Damit wird ein bedeutender Schwachpunkt der Fondsidee deutlich. Fließen die Mieterträge beispielsweise aufgrund von gesunkenen Immobilien- und damit Mietpreisen oder aufgrund hoher Leerstandsdaten nicht wie geplant, geraten viele Anleger in einen finanziellen Engpass, da ihnen die Mittel zur Rückzahlung der Kreditraten fehlen. Um diese Abhängigkeit zu mildern, ist bei vielen geschlossenen Immobilienfonds zwischen der Fondsgesellschaft und einer weiteren Gesellschaft (meist einer solchen mit beschränkter Haftung) ein Mietgarantievertrag für eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden.

In der überwiegenden Zahl der in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betriebenen Fonds wurde die Nachschusspflicht des § 735 BGB ausgeschlossen. Gleichwohl besteht bei der GbR das Risiko der persönlichen Inanspruchnahme durch Gläubiger des Fonds. Dieses Risiko besteht bei einer Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds als Kommanditist nach Leistung der Kommandit-anlage nicht, § 171 Abs. 1 HGB.

Gerät der Fonds in eine finanzielle Schieflage, so kann dies auf exogene Faktoren wie den schon erwähnten Verfall der Immobilienpreise zurückzuführen sein. Wurde der Anleger über diese möglicherweise eintretenden Veränderungen hinreichend aufgeklärt, so ist dies für ihn ärgerlich, aber er wird den Verlust hinnehmen müssen. Denn im wirtschaftlichen Leben steht jeder Chance eben auch ein Risiko gegenüber.²⁷

In Zeiten, in denen die Fondsanlage sich nicht wie erhofft entwickelt, tauchen häufig Probleme auf, über die sich der Anleger bislang noch keine Gedanken gemacht hat. Damit einhergehend wächst oft das Gefühl, nicht ausreichend über die Anlage informiert worden zu sein. Aus diesem Grund tritt der Anleger dann

²⁷ So auch Strohn, WM 2005, 1441.

häufig den Gang zum Rechtsanwalt an, um mögliche Schadensersatzansprüche gegen die Beteiligten prüfen zu lassen oder um von der Beteiligung wieder loszukommen.

Die Frage nach den Ansprüchen der Anleger gegen die am Erwerb der Anteile Beteiligten und nach der Anspruchsverjährung kann sich dabei in unterschiedlichen Situationen stellen. So kann der Anleger seine Ansprüche aktiv geltend machen wollen. Er kann sie aber auch den Beteiligten, die Ansprüche gegen ihn geltend machen, entgegenhalten wollen, beispielsweise im Wege der Aufrechnung oder einer Widerklage. Auch wenn die Fallkonstellationen, in denen sich diese Frage nach möglichen Ansprüchen stellt, möglicherweise unterschiedlich sind, so ist doch allen gemeinsam, dass dem Anleger überhaupt Ansprüche zustehen müssen. Diese dürfen schließlich auch nicht verjährt sein oder müssen trotz Verjährung noch geltend gemacht werden können.

I. Schadensersatzansprüche

Zunächst wird sich die Überlegung des Anlegers, Schadensersatz zu erlangen, auf die Fondsgesellschaft selbst richten. Dem stehen nach der Rechtsprechung des BGH aber die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft entgegen.²⁸

Danach wird eine fehlerhafte Gesellschaft, sobald sie in Vollzug gesetzt worden ist, für die Vergangenheit als wirksam behandelt. Der Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft, der durch eine arglistige Täuschung zu dem Gesellschaftsbeitritt veranlasst worden ist, kann seine Beitrittserklärung also gerade nicht mit Rückwirkung anfechten.²⁹ Er ist auch nicht berechtigt, nach einer ihm möglichen außerordentlichen Kündigung seiner Mitgliedschaft von der Gesellschaft Schadensersatz wegen der Täuschung durch den Initiator oder Rückzahlung seiner Einlage unabhängig von etwaigen in der Zwischenzeit entstandenen Verlusten zu verlangen.³⁰ Nach den Grundsätzen des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts hat er gegen die Gesellschaft vielmehr nur einen Anspruch auf Zahlung seines Abfindungsguthabens nach dem Stand zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung.³¹

²⁸ Strohn, WM 2005, 1441, 1442.

²⁹ BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

³⁰ BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

³¹ BGH, DStR 2004, 1354, 1355, unter Bezugnahme auf BGHZ 26, 330, 334 ff.

Selbst wenn der Anleger also beim Fondsbeitritt durch die Initiatoren oder die Gründungsgesellschafter getäuscht wurde, so steht ihm nach der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft, wenn er von seinem Kündigungsrecht³² Gebrauch macht, nur das Auseinandersetzungsguthaben nach § 738 BGB, §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB zu.³³ Dieses ist wegen der hohen Anfangsverluste der Immobiliengesellschaft meist nur sehr gering, so dass ein Großteil des eingesetzten Kapitals verloren wäre. Ein Vorgehen gegenüber der Fondsgesellschaft führt also von vornherein nicht zum Ziel.

Sodann wird der Anleger den Fehler für die unerfreuliche Entwicklung seiner Investition bei dem Vermittler des Fonds suchen. Schließlich ist dieser als „Verkäufer“ des Fonds der erste und häufig einzige Ansprechpartner für die Investition gewesen.

Sollte der Anleger zu dem Schluss gelangen, dass der Vermittler aus seiner Sicht keine Fehler begangen hat und vielmehr die Gründer, Initiatoren und Gestalter des Fonds für die Schieflage des Fonds verantwortlich sind, so wird sich das Schadensersatzbegehren gegen diese richten.

Wurde die Fondsbeteiligung durch ein Kreditinstitut finanziert, so gerät schließlich auch dieses in den Fokus eines möglichen Schadensersatzbegehrens.

1. Schadensersatzansprüche gegen den Vermittler der Fondsanlage

a) Vertriebsituation

Die Anteile an geschlossenen Immobilienfonds wurden zumeist im Wege des Strukturvertriebs an die Anleger gebracht. Dabei suchten die Vermittler die potentiellen Anleger häufig in deren Privatwohnungen auf und empfahlen in aller Regel gezielt die Anlage in einem bestimmten geschlossenen Immobilienfonds. Der Fall,

³² Auch der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB kommt keine rückwirkende Kraft zu, sondern sie wirkt nur ex nunc, so dass der getäuschte Gesellschafter im Ergebnis auf die Kündigung gemäß § 723 BGB verwiesen wird, Palandt/Ellenberger, § 142 Rn. 2, § 119 Rn. 5, Palandt/Sprau, § 705 Rn 18.

³³ Strohn, WM 2005, 1441, 1442. Zur Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf den Rückgewähranspruch nach §§ 346, 357 BGB nach erfolgtem Widerruf der Willenserklärung (statt der Anfechtung der Willenserklärung) siehe unten unter B. II. 3. b).

dass Anleger von sich heraus Anteile eines bestimmten geschlossenen Immobilienfonds erwerben wollten, dürfte hingegen die seltene Ausnahme sein. Dies schon deswegen, weil die Anleger in aller Regel aufgrund der zersplitterten Marktlage und des – jeweils relativ betrachtet – geringen Fondsvolumen nicht informiert sind, welche Fonds überhaupt existieren und bei welchen eine Beteiligung (noch) möglich ist.

Des Weiteren waren die meisten Anlagemodelle so ausgelegt, dass sie voll oder zum Teil kreditfinanziert werden sollten, so dass es einer bestimmten Summe, die angelegt werden sollte, in den meisten Fällen nicht bedurfte. Es wurden also auch solche Personen zu „Anlegern“, die nicht über ein Anlagekapital verfügten. Auch hieraus wird deutlich, dass es nicht die „Anleger“ waren, die auf der Suche waren, wie sie Kapital anlegen könnten, sondern dass es meist die Anlagevermittler waren, die auf der Suche waren, wie sie die Anlagen vertreiben konnten.

Mithin ging bei dem Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds die Initiative zur Anlage in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle von den Anlagevermittlern selbst und nicht vom Anleger aus.

Während bei der „klassischen“ Kapitalanlage der Anleger auf der Suche nach gewinnbringenden Anlagen ist und sich Gedanken über das zukünftige Anlageobjekt und unter Umständen schon genaue Vorstellungen von diesem gemacht hat, fehlen dem Anleger, der noch nicht wusste, dass er (Dank eines Kredites) Anleger sein kann, solche Vorbereitungen meist zur Gänze.

Durch diese spezielle Vertriebssituation ist das Verhältnis des Anlegers zum Vermittler geprägt. So oblagen den Vermittlern im Verhältnis zur Vermittlung einer „Geldanlage im klassischen Sinne“ gesteigerte Pflichten.³⁴

b) Konsequenzen für die Pflichten des Vermittlers aus der Vertriebssituation

Zwischen einem Anlagevermittler, der im Interesse des Kapitalsuchenden mit dem Vertrieb einer bestimmten Kapitalanlage befasst ist, und dem Anlageinteressenten kommt in der Regel stillschweigend ein Auskunftsvertrag zustande.³⁵ Dabei muss der Anlagevermittler ebenso wie der Anlageberater, der vom Anlagein-

³⁴ im Umkehrschluss zu BGH, NJW 1996, 1744, Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 48.

³⁵ BGHZ 74, 103, 106, BGH, NJW 1990, 2461, 2463; Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 47.

teressenten bei einer bestimmten Anlageentscheidung zu Hilfe genommen wird, richtig und vollständig über alle für die Anlage wichtigen tatsächlichen Umstände informieren.³⁶ Er muss, wenn der Anlageinteressent seine Hilfe bei einer konkreten Anlageentscheidung in Anspruch nimmt und er sich auf die Beratung einlässt, aufgrund des dann entstehenden Beratungsvertrages eine „anlegergerechte“ und eine „objektgerechte“ bzw. „anlagegerechte“ Beratung vornehmen.³⁷

Anlegergerecht handelt der Berater aber nur, wenn er das Ziel des Kunden und sein einschlägiges Fachwissen abklärt.³⁸ Objektgerecht wird nur dann beraten, wenn über alle Eigenschaften und Risiken, die für die Anlageentscheidung Bedeutung haben, richtig und vollständig informiert wird.³⁹ Dies gilt in gleicher Weise für allgemeine und spezielle Risiken des Anlageobjekts.⁴⁰

Bei Immobilienkapitalanlagen gehören zu den vom Vermittler zu offenbarenden Tatsachen beispielsweise die kapitalmäßigen und personellen Verflechtungen zwischen den Projektbeteiligten⁴¹ sowie der geringe Wert der von einer GmbH übernommenen Mietbürgschaft.⁴² Weiter sind hier der wegen des bescheidenen Einkommens des Anlegers gegen Null tendierende Wert der Steuervorteile⁴³ und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Anlagegesellschaft zu nennen.⁴⁴

Der Vermittler ist verpflichtet, das Anlagekonzept auf seine wirtschaftliche Plausibilität hin zu überprüfen.⁴⁵ Er muss auch auf eine ihm vom Anbieter zufließende Innenprovision hinweisen, wenn diese eine Größenordnung von 15% der Anlage-summe erreicht oder übersteigt.⁴⁶ Macht der Vermittler Angaben zur Provision, so müssen diese auch ohne Erreichen der 15% Grenze vollständig und richtig sein.⁴⁷

³⁶ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 49.

³⁷ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 47.

³⁸ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 48; Westphalen, MDR 1997, 131, 132.

³⁹ BGHZ 74, 103; Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 49.

⁴⁰ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 49.

⁴¹ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 51a unter Verweis auf BGHZ 100, 117, 123.

⁴² BGH, NJW 2000, 3275; Fuellmilch/Rieger ZIP 1999, 465, 467; Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 51a unter Bezugnahme auf BGH NJW-RR 2003, 1351.

⁴³ Fuellmilch/Rieger ZIP 1999, 465, 471; Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 51a.

⁴⁴ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 51a unter Verweis auf BGH, NJW 1982, 1095.

⁴⁵ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 52 unter Verweis auf BGH, NJW-RR 2000, 998, BGH, NJW-RR 2005, 1120; BGH, WM 2009, 739.

⁴⁶ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 52 unter Bezugnahme auf BGH, NJW 2004, 1732;.

⁴⁷ Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 52 unter Verweis auf LG Düsseldorf, ZIP 2004, 1745.

Die bei Immobilienanlagen weit verbreiteten Mietgarantien können für den Anlagevermittler ebenfalls Anknüpfungspunkt einer Aufklärungspflicht sein.⁴⁸ So muss der Anlagevermittler, wenn er weiß, dass die in dem Prospekt beworbenen Mieten nicht erwirtschaftet werden können, den Anlageinteressenten darauf hinweisen.⁴⁹

Verstößt der Anlagevermittler gegen diese Pflichten, und beruht die Anlageentscheidung auf der fehlerhaften Beratung, so ist er dem Anleger gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet. Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁵⁰ zu vermuten, dass die in einem wesentlichen Punkt falsche oder unvollständige Beratung für die Anlageentscheidung ursächlich war.⁵¹

Kommt kein Beratungsvertrag zustande, so kann der Vermittler dennoch Ansprüchen aus c.i.c. wegen uneigentlicher Prospekthaftung⁵² ausgesetzt sein, wenn er als Verhandlungsgehilfe der Prospektverantwortlichen durch Hinweis auf seine Sachkunde und sein Ansehen wie ein Garant aufgetreten ist.⁵³ Auch Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 826 BGB werden häufig gegen den Vermittler geltend gemacht.

c) Bewertung

Angesichts der strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung an eine ordnungsgemäße Information und Aufklärung stellt, lassen sich in den meisten Fällen im Rückblick Fehler bei der Aufklärung feststellen. Dies führt häufig dazu, dass die Vermittler Schadensersatzansprüchen der Anleger wegen Verletzung des Beratungsvertrages ausgesetzt sind.

Schwieriger ist es hingegen, die möglichen Fehler des Anlagevermittlers zu beweisen. Dies gilt insbesondere dann, wenn nur eine mündliche Aufklärung statt-

⁴⁸ Kuschka, MDR 2005, 906, 908.

⁴⁹ BGH, MDR 2004, 520; BGH, MDR, 2005 404; Kuschka, MDR 2005, 906, 908.

⁵⁰ Siehe z.B. BGHZ 61, 118, 121 f.; BGHZ 151, 5, 12; BGH, WM 2002, 1445, 1447, BGH, ZIP 2003, 2242, 2245. Wer vertragliche Beratungspflichten verletzt hat, ist beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßen Verhalten entstanden wäre, es besteht die Vermutung, dass sich der Geschädigte „aufklärungsrichtig“ verhalten hätte, Palandt/Grüneberg, BGB, § 280 Rn. 39.

⁵¹ BGH, NJW 2004, 1868.

⁵² Siehe unten unter B. I. 2. c).

⁵³ Palandt/Grüneberg § 311 Rn. 71.

gefunden hat. Häufig sind die Ehepartner der Anleger die einzigen Zeugen für das Beratungsgespräch. Deren Aussage ist aber nach § 286 ZPO unter dem Gesichtspunkt der Nähebeziehung zur Partei zu würdigen.⁵⁴ In einer Vielzahl der Fälle sind die Ehepartner zudem gemeinsam Anleger geworden, so dass die Angaben der Ehepartner dann ebenfalls „nur“ Parteivortrag darstellen. Selbst bei einer Abtretung der Schadensersatzansprüche an einen Ehepartner ist die Zeugenstellung des anderen Ehepartners unter dem Gesichtspunkt zu würdigen, dass er ohne Abtretung selbst Partei wäre.⁵⁵

Allerdings greifen für die Frage, ob der Anlagevermittler seinen Informationspflichten nachgekommen ist, Beweiserleichterungen zugunsten des Anlegers.⁵⁶ Auch kann es bereits fehlerhaft sein, die Aufklärung bei schwierigen wirtschaftlichen Zusammenhängen nicht schriftlich zu erteilen.⁵⁷

Soweit Anleger deliktische Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und aus § 826 BGB geltend machen, ist zusätzlich noch das vorsätzliche Handeln des Vermittlers zu beweisen.

Bei den Schadensersatzansprüchen gegen die Vermittler der Anlage stellt sich ein weiteres praktisches Problem. Die Vermittler der Fondsanlage sind häufig als selbständige Finanzdienstleister tätig geworden. Die Schadensersatzansprüche, denen sie ausgesetzt sind, liegen wegen der nicht unbeträchtlichen Anlagesummen und der Vielzahl der vermittelten Anlagen betragsmäßig häufig höher als das Aktivvermögen der Vermittler. Daher ist zu überlegen, ob der Schadensersatzanspruch wirklich gegen den Vermittler geltend gemacht werden soll. Denn hier besteht das Risiko, dass der Anleger letztlich einen Titel erstreitet, der aber wegen Vermögenslosigkeit des Vermittlers nicht realisiert werden kann.

Bedeutung können diese Ansprüche jedoch bei Schadensersatzansprüchen gegen das finanzierende Kreditinstitut bzw. bei den Rückabwicklungsansprüchen gegen dieses erlangen. Im ersteren Fall könnten die Ansprüche mögliche Vorteile sein, die der Geschädigte erhalten hat und die er daher nach dem Gedanken der Vorteilsausgleichung herauszugeben hat. Im zweiten Fall wird auf die eben dar-

⁵⁴ Baumbach/Hartmann, ZPO, § 286 Rn. 8.

⁵⁵ Zöller/Greger, ZPO, § 373 Rn. 5.

⁵⁶ Baumbach/Hartmann, ZPO, Anh § 286 Rn. 37 unter Verweis auf OLG Schleswig, MDR, 1997, 130.

⁵⁷ BGH, NJW 1994, 997; OLG Düsseldorf, OLGR 2002, 71; Kuschka, MDR 2005, 906, 907.

gelegten Ansprüche bei einem möglichen Einwendungsdurchgriff im Verhältnis zur finanzierenden Bank zurückzukommen sein und bei der erlangten Leistung des Anlegers, die er bei einer Rückabwicklung zur Verfügung zu stellen hat.

2. Schadensersatzansprüche gegen die Gründer, Initiatoren und Gestalter des Fonds

Schadensersatzansprüche des Anlegers wegen der Verletzung eines Beratungs- oder Aufklärungsvertrages kommen gegen die Gründer, Initiatoren und Gestalter des Fonds in aller Regel deswegen nicht in Betracht, weil der Anleger einen solchen Vertrag mangels persönlichen Kontakts mit den genannten Personen nicht geschlossen hat und auch keine Vertretung durch den Vermittler stattgefunden hat.

Allerdings haften die „hinter der Gesellschaft stehenden“ Personen für vom Anleger in Anspruch genommenes typisiertes Vertrauen im Rahmen der Prospekthaftung.

Prospekthaftungsansprüche können seit 01.07.2005 zum einen aus §§13, 13a Verkaufsprospektgesetzes (VerkprospG) resultieren, wonach die §§ 44, 45 BörsG entsprechend anzuwenden sind. Für Altfälle vor dem 01.07.2005 kommen Schadensersatzansprüche aus bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung in Betracht. Daneben können Ansprüche aus Garantenhaftung und uneigentlicher Prospekthaftung sowie aus Delikt bestehen.

a) Spezielle Prospekthaftung, §§ 13, 13a VerkprospG

Durch Änderung des VerkprospG müssen seit 01.07.2005 gemäß § 8f Abs. 1 VerkprospG auch Anbieter von nicht in Wertpapieren verbrieften Anteilen, die eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewähren, für Anteile an einem Vermögen, das der Emittent oder ein Dritter in eigenem Namen für fremde Rechnung hält oder verwaltet (Treuhandvermögen), oder für Anteile an sonstigen geschlossenen Fonds einen Verkaufsprospekt nach den Vorschriften des Abschnitts IIIa. VerkprospG veröffentlichen.

Damit bedarf es für die geschlossenen Immobilienfonds seit 01.07.2005 eines Verkaufsprospektes, der gemäß § 8g Abs. 1 S.1 VerkprospG alle tatsächlichen

und rechtlichen Angaben enthalten muss, die notwendig sind, um dem Publikum eine zutreffende Beurteilung des Emittenten und der Vermögensanlagen im Sinne des § 8f Abs. 1 VerkprospG zu ermöglichen.

Sind wesentliche Angaben in dem Verkaufsprospekt unvollständig oder unrichtig, so kann der Anleger gemäß § 44 Abs. 1 BörsG i.V.m. § 13 Abs. 1 VerkprospG von denjenigen, die für den Prospekt die Verantwortung übernommen haben und denjenigen, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht, als Gesamtschuldner die Übernahme der Wertpapiere gegen Erstattung des Erwerbspreises verlangen.

Dabei dürften die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben bei der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung stellt, in gleicher Weise Geltung beanspruchen.⁵⁸ Allerdings haben die Prospektverantwortlichen – im Unterschied zur bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung – nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit einzustehen.⁵⁹

Die §§ 44, 45 BörsG als alleinige Anspruchsgrundlage kommen aufgrund dessen, dass die Anteile an geschlossenen Immobilienfonds gerade nicht zum Handel an einer der staatlichen Börsenaufsicht unterliegenden Börse zugelassen sind, nicht in Betracht.

b) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung

Vor dem 01.07.2005 kam mangels eines speziellen Prospekthaftungstatbestandes für geschlossene Immobilienfonds nur eine Haftung der Prospektverantwortlichen nach den von der Rechtsprechung praeter legem entwickelten allgemeinen, den sogenannten bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftungsgrundsätzen in Betracht.

aa) Grundlagen der Prospekthaftung

Die Prospekthaftung stützt sich auf den Gedanken der Vertrauenshaftung sowie die Grundsätze der c.i.c. und wurde von der Rechtsprechung für den „grauen“,

⁵⁸ Siehe hierzu unten unter B. I. 2. b) bb).

⁵⁹ Spindler, NJW 2004, 3449, 3455; Anders Fleischer, BKR 2004, 339, 346, der eine verschuldensunabhängige Haftung annimmt.

nicht organisierten Kapitalmarkt entwickelt.⁶⁰ Die von der Rechtsprechung entwickelten Prospekthaftungsgrundsätze knüpfen an ein typisiertes Vertrauen des Anlegers auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Fondsbetreibern gemachten Angaben an.⁶¹ Danach hat der Prospekt, der im Allgemeinen die Grundlage für den Beitrittsentschluss des mit ihm geworbenen Interessenten bildet, dem Anleger ein zutreffendes Bild von der angebotenen Kapitalbeteiligung zu vermitteln.⁶²

Dazu gehört, dass sämtliche Umstände, die für die Entschließung der mit dem Prospekt angesprochenen Anlageinteressenten von Bedeutung sind oder sein können, richtig und vollständig dargestellt werden. Ändern sich diese Umstände nach der Herausgabe des Prospekts, so haben die Verantwortlichen davon durch Prospektberichtigung oder durch entsprechende Hinweise bei Abschluss des Vertrages Mitteilung zu machen.⁶³

Die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung beschränkt sich bei den geschlossenen Immobilienfonds somit hauptsächlich auf Altfälle, also Fallgestaltungen, in denen keine Prospektpflicht (vor dem 01.07.2005) bestand und auf Personen, die selbst nicht unter § 44 Abs. 1 BörsG fallen.⁶⁴

bb) Personen, die Prospekthaftungsansprüchen ausgesetzt sind

Für den Prospektinhalt müssen in erster Linie diejenigen einstehen, die für die Geschicke des Unternehmens und damit für die Herausgabe des Prospekts verantwortlich sind.⁶⁵ Das sind namentlich die Initiatoren, Gründer und Gestalter der Gesellschaft, soweit sie das Management der Gesellschaft bilden oder sie beherrschen,⁶⁶ einschließlich der sogenannten "Hintermänner",⁶⁷ die hinter der Gesellschaft stehen und auf diese entscheidenden Einfluss ausüben.⁶⁸ Dieser Per-

⁶⁰ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 67.

⁶¹ BGH, NJW 2002, 1711; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 67.

⁶² BGH, NJW 2002, 1711; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 67.

⁶³ BGHZ 123, 106, 119f.; BGH, NJW 2002, 1711; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 70.

⁶⁴ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 68.

⁶⁵ BGH, NJW 2004, 1732, Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 69.

⁶⁶ BGHZ 71, 284, 287 ff.; Siol, DRiZ 2003, 204, 207; BGH, NJW 2004, 1732.

⁶⁷ BGHZ 72, 382, 387; 79, 337, 340; 83, 222, 224; 115, 213, 217 f.; 145, 121, 127; BGH, NJW 2004, 1732; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 68.

⁶⁸ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 105 unter Verweis auf BGHZ 79, 337, 340; BGHZ 115, 213, 218; BGH, NJW 1995, 1025; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 69.

sonenkreis haftet auch dann, wenn er nicht nach außen in Erscheinung getreten ist und ohne dass seine Beteiligung dem Geschädigten bekannt gewesen sein muss.⁶⁹

Darüber hinaus haften auch diejenigen, die aufgrund ihrer beruflichen und wirtschaftlichen Stellung oder aufgrund ihrer Fachkunde eine Art Garantenstellung einnehmen und durch ihre Mitwirkung an der Prospektgestaltung nach außen hin in Erscheinung getreten sind.⁷⁰ Haben beispielsweise Personen als Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwälte einen Vertrauenstatbestand für die Richtigkeit des Prospektes geschaffen, der sich nach außen hin manifestiert hat, so haften diese Personen beschränkt auf die Information, für die sie die Garantie übernommen haben.⁷¹

cc) *Haftung für Vollständigkeit und Richtigkeit*

Die Haftung der Fondsbetreiber für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospekts ist umfassend.⁷² Hingegen haben die „Garanten“ nur für diejenigen Angaben einzustehen, die gerade von ihrer Garantie umfasst sind.⁷³

Die Prospektangaben umfassen alle Umstände, die für die Anlageentscheidung von Bedeutung sind.⁷⁴ Hierunter fallen beispielsweise die Darstellung der Chancen und Risiken der Anlage, der realistischen Renditeerwartungen und der steuerlichen Vor- und Nachteile.⁷⁵ Werden z.B. den Gründungsgesellschaftern Sondervorteile gewährt, so müssen diese offengelegt werden.⁷⁶ Weiter ist darauf hinzuweisen, wenn eine Mietausfallgarantie angeboten wurde und diese die Kosten erhöht.⁷⁷ Somit gehört auch der Umfang einer zugesagten Mietausfallgarantie zu

⁶⁹ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 105 unter Verweis auf BGHZ 72, 382, 387; BGHZ 79, 337, 340.

⁷⁰ BGHZ 77, 172, 176 f.; 111, 314, 319 f.; BGH, NJW-RR 1992, 879, 883; Siol, DRiZ 2003, 204, 207, BGH, NJW 2004, 1732; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 69.

⁷¹ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 69.

⁷² Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 106, Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 70.

⁷³ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 106, Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 69.

⁷⁴ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 106, Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 70.

⁷⁵ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 106 unter Verweis auf BGHZ 79, 337, 344 f.; BGHZ 111, 314, 317 f.; BGH, NZM 2000, 881; BGH, NJW-RR 2003, 1393.

⁷⁶ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 106 unter Verweis auf BGH, NJW 1995, 130.

⁷⁷ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 106 unter Verweis auf BGH, NJW 1995, 130; ebenso Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 70.

den wesentlichen Umständen der Anlage, hinsichtlich derer eine Aufklärungspflicht besteht.⁷⁸

Weiter wurden von der Rechtsprechung Angaben zum Betreiber der Anlage, wenn Anlageinteressenten mit dem genannten Betreiber eine erhöhte Kompetenz verbinden, selbst dann als falsch eingestuft, wenn aus den im Dokumententeil enthaltenen Verträgen die Möglichkeit einer Untervermietung hervorging und so (versteckt) ersichtlich war, dass der als namhaft geltende Mieter nicht selbst der Betreiber der Anlage sein muss.⁷⁹

Ebenfalls als entscheidungserheblich hat die Rechtsprechung Angaben zum finanzierenden Kreditinstitut angesehen.⁸⁰ Auch wenn in dem Prospekt von der „Einbindung“ eines Landessozialministeriums die Rede ist, kann dies zur Fehlerhaftigkeit des Prospekts führen, selbst wenn die Prospektverantwortlichen damit nur auf die Information des Ministeriums über den Stand der Planung hinweisen, weil der Begriff der „Einbindung“ beim Anlageinteressenten den Eindruck erweckt, das Projekt werde von Seiten des Landes befürwortet und gefördert.⁸¹

c) Uneigentliche Prospekthaftung

Neben die Prospekthaftung kann auch noch die allgemeine Sachwalterhaftung treten, falls bei den Vertragsverhandlungen ein Vertreter oder Sachwalter besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat.⁸² Diese „uneigentliche Prospekthaftung“ für die Mängel des Prospekts oder für die Nichterfüllung übernommener Pflichten (z.B. die Kontrolle der Mittelverwendung) wurde von der Rechtsprechung zunächst auf die Rechtsfigur der c.i.c. gestützt⁸³ und findet ihre Rechtsgrundlage nunmehr in § 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB.⁸⁴ Sie kommt in Be-

⁷⁸ BGH, NJW-RR 2003, 1351.

⁷⁹ BGH, NJW 2002, 1711.

⁸⁰ BGH, NJW 2002, 1711.

⁸¹ BGH, NJW 2002, 1711.

⁸² Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 311 Rn. 109 unter Verweis auf BGHZ 83, 222, 227; BGH, NJW 1995, 130; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 71.

⁸³ BGHZ 83, 222, 227, BGH, NJW 1995, 130, BGH, NJW 2001, 360, Stüsser, NJW 1999, 1586, 1591; Möllers, JZ 2001, 909; Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 67.

⁸⁴ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 71.

tracht, sofern nicht ohnehin Ansprüche aus einem Auskunftsvertrag wegen Verletzung der dort enthaltenen Vertragspflichten bestehen.⁸⁵

Die Haftung wegen c.i.c. besteht bei der Inanspruchnahme von persönlichem Vertrauen auch dann, wenn zugleich die Voraussetzungen der eigentlichen Prospekthaftung vorliegen.⁸⁶ In die Haftung einbezogen ist auch ein Verhandlungsgelhilfe, wenn er durch Hinweis auf seine Sachkunde und sein Ansehen wie ein Garant aufgetreten ist.⁸⁷

d) Deliktische Ansprüche

Weiter kommt eine Haftung der Fondsbetreiber aus deliktischer Handlung nach § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB in Betracht. Allerdings sind die Chancen bei einem wegen Kapitalanlagebetrugs rechtskräftig verurteilten Fondsbetreiber noch Geld zu erhalten, recht gering.⁸⁸

e) Bewertung

Zwar sind die Pflichten der Fondsbetreiber, über das Anlageobjekt zutreffend zu informieren, verschärft worden. Ebenso wurde mit der Einführung einer Prospektpflicht auch für geschlossene Immobilienfonds und den damit verbundenen Schadensersatzansprüchen gegen Fondsbetreiber in juristischer Hinsicht eine erhebliche Stärkung des Anlegerschutzes erreicht. Defizite beim Anlegerschutz gibt es hingegen in tatsächlicher Hinsicht. Denn dem Anleger stehen zwar nun Schadensersatzansprüche zu; diese sind jedoch angesichts der häufig illiquiden Fondsbetreiber meist nicht durchsetzbar. Eine Berufshaftpflichtversicherung, die bei einer Schädigung der Anleger durch die Fondsbetreiber diesem Umstand entgegenwirken könnte, gibt es nicht und ist angesichts der hohen damit verbundenen Kosten wohl auch nicht wünschenswert. Ein Mittel, um dieses Defizit zu beseitigen, könnte eine Verschärfung der staatlichen Aufsicht über die geschlossenen

⁸⁵ Zur Abgrenzung von „uneigentlicher Prospekthaftung“ und Prospekthaftung im engeren Sinne: BGH, WM 2008, 110, insbesondere Tz. 12.

⁸⁶ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 71 mit Verweis auf BGHZ 83, 222, 227; BGH, NJW-RR 2003, 1351.

⁸⁷ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 71.

⁸⁸ Dass es durchaus immer wieder Fondsbetreiber gibt, die den Straftatbestand des Kapitalanlagebetrugs verwirklichen, lässt sich den Urteilen des BGH vom 14.06.2004 Az. II ZR 392/01 (BGH, DStR 2004, 1354) und II ZR 395/01 (BGH, NJW 2004, 2731, 2732) entnehmen.

Immobilienfonds sein. Die Einführung der Prospektspflicht nach § 8f Abs. 1 VerkprospG ist ein Schritt in die richtige Richtung.

Während für vor dem 01.07.2005 veröffentlichte Prospekte die Prospektverantwortlichen nach den Grundsätzen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung umfassend Schadensersatz zu leisten haben, ist für ab dem 01.07.2005 das Verkaufsprospektgesetz auch für die Prospekte von geschlossenen Immobilienfonds anwendbar, mit der Folge, dass die Prospektverantwortlichen nur noch „eingeschränkt“ Schadensersatz zu leisten haben.

Auf den ersten Blick scheint diese Rechtsfolge für ab dem 01.07.2005 veröffentlichte Prospekte nicht eingängig zu sein. Schließlich wurde die Erstreckung des Verkaufsprospektgesetzes auf geschlossene Immobilienfonds durch das Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSchG) eingeführt. Deshalb würde man auch eine Verbesserung des Anlegerschutzes, keinesfalls aber eine Verschlechterung erwarten. Tatsächlich ist die von der Rechtsprechung entwickelte Prospekthaftung – wie zuvor schon in anderen Bereichen – durch den Gesetzgeber wieder eingeschränkt worden.⁸⁹ Der Grund war bei früheren Einschränkungen darin zu sehen, dass zu den Gebieten, auf die danach die allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung Anwendung findet, gewichtige Unterschiede bestehen.⁹⁰ Auch wenn diese Unterschiede, wie sie früher zwischen Wertpapiersektor und „grauem Kapitalmarkt“ bestanden, nun nicht mehr als Grund dafür herangezogen werden können, warum die allgemeine Prospekthaftung in einen Fall Anwendung findet und im anderen nicht, so bleibt doch die Tatsache bestehen, dass der Gesetzgeber auch mit dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz bewusst davon abgesehen hat, für das Verkaufsprospektgesetz Regelungen zu schaffen, die der allgemeinen Prospekthaftung entsprechen. Als weiteres Argument, warum die Neuregelung nicht so „ungerecht“ ist, wie sie auf den ersten Blick erscheint, muss bedacht werden, dass durch die Erstreckung des Verkaufsprospektgesetzes auf Prospekte für geschlossene Immobilienfonds ein gesetzlich verankerter Anspruch geschaffen wurde, während die allgemeine Prospekthaftung zwar als eigenständiges – aber durch Richterrecht geschaffenes – Rechtsinstitut bestand. Durch die gesetzliche Regelung ist der nun bestehende Anspruch einer etwaigen Änderung der Rechtsprechung zur allgemeinen Pros-

⁸⁹ OLG Frankfurt, WM 1997, 361, 363.

⁹⁰ OLG Frankfurt, WM 1997, 361, 363.

pekthaftung entzogen. Dass eine solche Änderung alles andere als eine rein theoretische Überlegung ist, zeigt sich nicht zuletzt in den zahlreichen umwälzenden Entscheidungen der letzten Jahre. Insofern gibt das Anlegerschutzverbesserungsgesetz ein Stück Rechtssicherheit.

Wie schon bei zuvor erfolgten Änderungen des Verkaufsprospektgesetzes gilt, dass die allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung, die insoweit abschließend ist, nicht eingreift.⁹¹

3. Schadensersatzansprüche gegen die den Fondsbeitrag finanzierende Bank

Besondere Bedeutung erlangen Schadensersatzansprüche gegen die Bank, welche die Fondsbeteiligung finanziert hat. Denn diese ist von den am Fondsvertrieb Beteiligten häufig die einzige, die letztlich noch liquide genug ist, etwaige Ansprüche der Anleger zu befriedigen.⁹²

a) Anspruchsgrundlagen

Der Anleger könnte gegen die Bank einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss haben.⁹³ Dann muss die Bank eine eigene vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt haben.⁹⁴

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH hat eine Bank – auch bei immobiliengestützten Steuersparmodellen – allerdings grundsätzlich nicht die Pflicht, ihren Kunden auf die mit dem zu finanzierenden Geschäft verbundenen Risiken aufzuklären.⁹⁵ Sie darf regelmäßig davon ausgehen, dass der Kunde entweder selbst über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt oder sich der Hilfe von Fachleuten bedient hat.⁹⁶ Das ist nur dann anders, wenn Umstände vor-

⁹¹ Schwark, BörsG, §§ 45, 46 Rn. 43; OLG Frankfurt, WM 1997, 361, 363.

⁹² So auch Lechner, NZM 2005, 921, 922, wobei er auch weitere Hintergründen der Fondskonzeption und des Fondsvertriebs in launiger Art beleuchtet.

⁹³ Strohn, MDR 2005, 1441, 1443.

⁹⁴ Strohn, MDR 2005, 1441, 1443.

⁹⁵ BGH, NJW 2004, 2736; so auch Strohn, MDR 2005, 1441, 1443.

⁹⁶ BGH, NJW 2004, 2736; so auch Strohn, MDR 2005, 1441, 1443.

liegen, die ein besonderes Aufklärungs- und Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers begründen und nach Treu und Glauben einen Hinweis der Bank gebieten.⁹⁷

So besteht eine Aufklärungspflicht, wenn die Bank in Bezug auf die speziellen Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung gegenüber dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann, wenn sie sich im Zusammenhang mit den Kreditgewährungen in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt hat, wenn sie ihre Rolle als Kreditgeberin überschritten und dadurch einen zusätzlichen Vertrauenstatbestand geschaffen hat oder wenn sie sonst einen besonderen Gefährdungstatbestand für den Kunden geschaffen oder dessen Entstehung begünstigt hat.⁹⁸ Ebenso stehen Schadensersatzansprüche nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB gegen die Bank im Raum, wenn sie auf eine erkannte arglistige Täuschung des Verkäufers über wesentliche Eigenschaften der Kaufsache nicht hinweist.⁹⁹

Dabei kommt eine Haftung der Bank für ein eigenes Aufklärungsverschulden unter erleichterten Voraussetzungen in Betracht, wenn sie im institutionalisierten Zusammenwirken¹⁰⁰ mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts gehandelt hat.¹⁰¹ Dann wird die Kenntnis der Bank von einer arglistigen Täuschung¹⁰² des Anlegers durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsiniciatoren bzw. des Fondsprospekts widerleglich vermutet.¹⁰³

Weiter haften kreditgebende Banken dann, wenn sie als Mitinitiatoren auftreten, das Projekt nebst Prospekt in ihr Beratungsprogramm aufgenommen haben oder

⁹⁷ BGH, NJW 2004, 2736; so auch Strohn, MDR 2005, 1441, 1443.

⁹⁸ Strohn, MDR 2005, 1441, 1443 m.w.N.; ebenso: BGH, NJW 2004, 2736; BGH, beck-online, BeckRS 2006 09274, Tz. 37, BGH, WM 2007, 1257, 1260, Tz. 39.

⁹⁹ BGH, NZM 2007, 100, 101 Tz. 16.

¹⁰⁰ Im Einzelnen dazu: Lechner, NZM 2007, 145, 152 f.

¹⁰¹ BGH, WM 2008, 115, 120 Tz. 44, 45; unter Verweis auf BGH, WM 2006, 1194, 1840; BGH, WM 2006, 2343; BGH, WM 2007, 1257, 1260, Rn. 39; BGH, WM 2007, 1651, 1654 Rn. 27.

¹⁰² Die arglistige Täuschung selbst muss aber bewiesen sein. Insoweit ist § 282 BGB a.F. nicht anwendbar, BGH, WM 2008, 1596, 1597, Tz. 23.

¹⁰³ BGH, NJW 2006, 2099, 2104, Tz. 52; BGH, beck-online, BeckRS 2006 09279, Tz. 52; BGH, beck-online, BeckRS 2006 08899, Tz. 51; BGH, beck-online, BeckRS 2006 09277, Tz. 52; BGH, beck-online, BeckRS 2006 09276, Tz. 52; BGH, WM 2008, 115, 120 Tz. 45; vgl. auch Lechner, NZM 2007 145, 152, der in dieser Rechtsprechungsentwicklung „eine Art allgemeinen Auffangtatbestand für alle Fälle der arglistigen Täuschung“ zu erkennen meint.

in dem Prospekt als Referenz benannt sind, dagegen nicht, wenn sie lediglich als „Partnerbank“ genannt werden.¹⁰⁴

Treten die Bankmitarbeiter gleichzeitig als Vermittler des Fonds auf, mit der Folge, dass die Bank dann die gleichen Beratungs- und Aufklärungspflichten treffen wie den Vermittler,¹⁰⁵ so ist ein etwaiges Fehlverhalten dieser Mitarbeiter der Bank über § 278 BGB zuzurechnen.

b) Bewertung

Der nicht ordnungsgemäß informierte Anleger, dessen Anlage sich wirtschaftlich schlecht entwickelt hat, befindet sich meist in der Lage, dass ihm gegen die Vermittler und Fondsbetreiber Schadensersatzansprüche zustehen, die er aber mangels verwertbaren Vermögens nicht realisieren kann. Dagegen stehen ihm gegen die den Fondsanteil finanzierende Bank in aller Regel mangels vorwerfbaren Verhaltens keine Schadensersatzansprüche zu. Bedeutung erlangen die Schadensersatzansprüche gegen die Fondsbetreiber allerdings bei einem verbundenen Geschäft beim Rückforderungsdurchgriff gegen die Bank.¹⁰⁶

4. Zusammenfassung

Ist es bei dem Vertrieb von geschlossenen Immobilienfonds zu Fehlern, insbesondere zu Aufklärungsmängeln gekommen, so sind Schadensersatzansprüche gegen den Vermittler der Fondsanlage am wahrscheinlichsten. Ihn treffen besondere Aufklärungspflichten. Ebenso stehen bei geschlossenen Immobilienfonds Schadensersatzansprüche gegen die Fondsbetreiber entweder aus spezialgesetzlicher Prospekthaftung oder aus bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung im Raum. Diese Schadensersatzansprüche sind aber häufig wegen fehlender Liquidität der Anspruchsgegner nicht durchsetzbar.

Hingegen sind Schadensersatzansprüche gegen die den Fondsbeitritt finanzierende Bank unwahrscheinlicher, da sie in den wenigsten Fällen in direkten Kon-

¹⁰⁴ Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 311 Rn. 105, unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1985, 1030; BGH, NJW 1987, 1815; Stüsser NJW 1999, 1586.

¹⁰⁵ Siehe oben unter B. I. 1.

¹⁰⁶ Siehe unten unter B. II. 2.

takt zum Anleger kommt. Lediglich über die Beweiserleichterungen bei einem institutionalisierten Zusammenwirken könnten sich Schadensersatzansprüche zeigen. Die uneigentlichen Prospekthaftungsansprüche gegen die Fondsbetreiber erlangen in der Praxis (schon deshalb, weil sie in den wenigsten Fällen durchsetzbar sind) weniger Bedeutung.

5. Rechtsfolgen

a) Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung

Bei schuldhafter Verletzung eines Beratungsvertrages kann der Anleger von dem Schädiger nach dem in § 249 Abs. 1 BGB normierten Grundsatz der Naturalrestitution regelmäßig verlangen, so gestellt zu werden, als hätte er sich an dem Anlagemodell nicht beteiligt.¹⁰⁷ Die gleiche Rechtsfolge ergibt sich bei der schuldhaften Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht.¹⁰⁸ Die Schadensersatzpflicht nach § 249 Abs. 1 BGB tritt also bei Schadensersatzansprüchen gegen den Vermittler, gegen die Bank und gegen die Fondsbetreiber, soweit sie sich auf Ansprüche aus bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung und Delikt stützt, ein.

Dies bedeutet, dem Anleger ist im Rahmen des Schadensersatzes der Betrag zurückzuzahlen, den er zum Erwerb des Fondsanteils aufgewandt hat. Er ist weiter so zu stellen, als hätte er den Kreditvertrag mit der Bank nicht abgeschlossen. Dies bedeutet regelmäßig, dass der Anleger von der aus dem Kreditvertrag resultierenden Verbindlichkeit freizustellen ist. Die auf den Kreditvertrag geleisteten Zins- und Tilgungsleistungen sind ihm zu erstatten. Sollte die Bank zur Sicherung des Kredits Sicherheiten erhalten haben, so sind diese dem Anleger vom Schädiger zurückzugewähren.

aa) *Unmöglichkeit der Naturalrestitution*

Sollte der Schädiger, wie der Vermittler oder die Fondsbetreiber, nicht in der Lage sein, dem Schadensersatzverlangen in Form der Naturalrestitution nachzukommen, wie dies beispielsweise bei der Rückübertragung der Sicherheiten ist, so ist seine Leistungspflicht nach § 251 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz in Geld gerichtet.

¹⁰⁷ St.Rspr., etwa BGH, WM 1992, 143 f. BGH, WM 2000, 426, 429; BGH, NJW 2004, 1868, 1870.

¹⁰⁸ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 56.

bb) Mitverschulden

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH¹⁰⁹ kann der Informationspflichtige dem Geschädigten grundsätzlich nicht nach § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten, er habe den Angaben nicht vertrauen dürfen und sei deshalb für den entstandenen Schaden mitverantwortlich. Die gegenteilige Annahme stünde im Widerspruch zum Grundgedanken der Aufklärungs- und Beratungspflicht.¹¹⁰ Selbst bei Kenntnis der allgemeinen Risiken einer bestimmten Kapitalanlage ist der Anleger nicht weniger schutzwürdig als andere Personen, die auf die Richtigkeit und Vollständigkeit einer Beratung vertrauen.¹¹¹

Anders kann die Frage des Mitverschuldens hingegen zu beurteilen sein, wenn der Anleger der Anlageempfehlung des Vermittlers nahezu blind vertraut und diese nicht kritisch hinterfragt.¹¹² Dann kann ein Verstoß des Anlegers gegen die im eigenen Interesse gebotene Sorgfalt vorliegen und der Schadensersatzanspruch wegen eines Mitverschuldens nach § 254 BGB zu kürzen sein.¹¹³ Ebenso können die in einem Prospekt enthaltenen Hinweise und Warnungen Anlass für den Anleger sein, weitere Auskünfte über die beabsichtigte Kapitalanlage einzuholen.¹¹⁴ Somit kann die Tatsache, dass der Anleger Risikohinweise unterzeichnet, ein Indiz für ein Mitverschulden sein.¹¹⁵

Der die Rechtsprechung tragende Grundgedanke, dass Anleger auf die Beratung vertrauen können und dass es eben nicht darauf ankommt, was sie hätten wissen müssen, ist sicherlich richtig. Andernfalls würde man vom Anleger verlangen, dass er besser informiert ist als der Berater. Dies würde zu Recht dem Grundgedanken einer Beratungspflicht entgegenstehen. Genauso richtig ist es aber, dass es kein rechtlich geschütztes „blindes Vertrauen“ geben kann. Das eigenverantwortliche und selbstbestimmte Handeln, von dem die Privatautonomie des BGB ausgeht, kann und soll keinem Rechtssubjekt abgenommen werden. Deshalb muss in den Fällen, in denen es sich für den Anleger geradezu hätte aufdrängen

¹⁰⁹ siehe etwa BGH, NJW-RR 1998, 16 m.w.N.; BGH, NJW 2004, 1868, 1870.

¹¹⁰ BGH, NJW 2004, 1868, 1870.

¹¹¹ BGH, NJW 2004, 1868, 1870.

¹¹² OLG Bamberg, beck-online, BeckRS 2002, 30242297; so auch Arendts, S. 71 unter Verweis auf BGH, NJW 1973, 456, 458.

¹¹³ OLG Bamberg, beck-online, BeckRS 2002, 30242297.

¹¹⁴ OLG Bamberg, beck-online, BeckRS 2002, 30242297.

¹¹⁵ OLG Hamm, WM 2000, 2540.

müssen, kritisch nachzufragen oder aufgrund anderer Indizien von der Anlage Abstand zu nehmen, ein Mitverschulden berücksichtigt werden. Dass dies aber Ausnahmefälle bleiben müssen, ist ebenso klar. Weiter wird in den Fällen, in denen ein Mitverschulden anzunehmen ist, der Besonderheit der Beratungssituation Rechnung getragen. Denn hier erhält der Anleger zwar zum einen schriftliche Informationen über die Kapitalanlage, zum anderen ist er aber hierbei auch im direkten Gespräch mit dem Vermittler der Anlage. Dabei kann es vorkommen, dass der Vermittler die übergebenen schriftlichen Risikohinweise relativiert. Die Annahme eines Mitverschuldens ermöglicht eine flexible und damit zutreffende Beurteilung der jeweiligen Gesprächs- und Vermittlungssituation durch die Gerichte.

cc) Vorteilsanrechnung

Die Umschreibung des Schadensersatzanspruches, wonach der Anleger so zu stellen ist, wie er ohne die schädigende Handlung und den darauf folgenden Fondserwerb stünde, beinhaltet schon eine Begrenzung des Schadensersatzanspruches. Der Anleger ist nicht schlechter, aber auch nicht besser zu stellen, als er ohne den Fondserwerb stünde. Daraus folgt, dass der Anleger die Vorteile, die ihm aus dem Erwerb des Fonds zugeflossen sind, herauszugeben hat, bzw. sich auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen lassen muss.

Von dem Schadensersatzanspruch des Anlegers sind daher die Ausschüttungen abzuziehen, die er von dem Fonds erhalten hat. In entsprechender Anwendung des § 255 BGB hat der Anleger seinen Fondsanteil an den Schädiger abzutreten.¹¹⁶ Schließlich muss sich der Anleger Steuervorteile anspruchsmindernd anrechnen lassen, denen keine Nachzahlungsansprüche des Finanzamtes gegenüberstehen.¹¹⁷ Da hierbei sowohl Ansprüche aus einer möglichen Nachveranlagung entstehen können, als auch eine Steuerbarkeit der Schadensersatzansprüche in Betracht kommt,¹¹⁸ ist hier sorgfältig zu prüfen, ob dem Anleger tatsächlich dauerhaft Steuervorteile verbleiben, die zu berücksichtigen sind.

Eine Pflicht zur Abtretung von Schadensersatzansprüchen gegen andere Schädiger dürfte regelmäßig deswegen ausscheiden, weil mehrere Schädiger in aller

¹¹⁶ so auch Arendts, S. 71, unter Berufung auf OLG Braunschweig, ZIP 1993, 1462, 1466.

¹¹⁷ BGHZ 74, 103, 113f; BGHZ 79, 337, 347; Loritz/Wagner, ZfIR 2003, 753; BGH, NJW 2004, 2731, 2735.

¹¹⁸ Strohn, WM 2005, 1441, 1443.

Regel als Gesamtschuldner haften, so dass ein Ausgleich unter den Schädigern den Regelungen des Gesamtschuldnerausgleichs gemäß § 426 BGB folgt.

dd) Bewertung

Besondere Bedeutung erlangen die Gegenansprüche der Schädiger bei der Verjährungshemmung durch Mahnbescheid im gerichtlichen Mahnverfahren.¹¹⁹

b) Schadensersatz wegen spezialgesetzlicher Prospekthaftung

aa) Eingeschränkter Schadensersatz

Anders als beim Schadensersatz nach § 280 BGB verweist die spezialgesetzliche Prospekthaftung nach §§ 44, 45 BörsG i.V.m. §§ 13, 8f VerkprospG nicht auf die bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzfolgen, sondern bestimmt den ersatzfähigen Schaden in der Norm des § 44 BörsG selbst. Der Erwerber der Anteile des geschlossenen Immobilienfonds kann nur die Übernahme der Fondsanteile Zug-um-Zug gegen Erstattung des Erwerbspreises und der mit dem Erwerb verbundenen üblichen Kosten verlangen.¹²⁰

Weiter ermöglicht der Verweis auf § 45 Abs. 2 Nr. 2 BörsG nunmehr dem Prospektverantwortlichen den Nachweis, dass die unrichtigen Angaben im Prospekt nicht zu einer Minderung des Preises beigetragen haben.¹²¹

bb) Bewertung

Eine umfassende Schadensersatzpflicht wie bei der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung bietet die spezialgesetzliche Prospekthaftung nicht.¹²² Für Altfälle bis zum 30.06.2005 und für Beteiligte, die nicht unter die spezialgesetzliche Regelung fallen, bleibt die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung weiterhin anwendbar.¹²³

¹¹⁹ Wird die Schadensersatzleistung Zug-um-Zug gegen eine Anteilsübertragung gefordert, könnte dies mit § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO in Konflikt stehen. Nach § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist ein gerichtliches Mahnverfahren nicht zulässig, wenn die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erbrachten Gegenleistung abhängig ist. Siehe dazu im einzelnen unten unter C. III 2 b) bb).

¹²⁰ Baumbach/Hopt, BörsG, § 44 Rn. 10.

¹²¹ Spindler, NJW 2004, 3449, 3455; Baumbach/Hopt, BörsG, § 45 Rn. 3.

¹²² Baumbach/Hopt, BörsG, § 44 Rn. 10.

¹²³ Palandt/Grüneberg, 65. Auflage, § 280 Rn. 54.

Die Gegenansprüche auf Übertragung der Anteile an die Schädiger sind insbesondere bei der Verjährungshemmung durch Mahnbescheid bei Schadensersatzansprüchen aus der spezialgesetzlichen Prospekthaftung im Rahmen des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu beachten.¹²⁴

6. Verjährung

a) Schadensersatzansprüche, mit Ausnahme von Prospekthaftungsansprüchen Schadensersatzansprüche verjähren gemäß § 195 BGB in drei Jahren.¹²⁵

aa) Erfasste Ansprüche

Von den Schadensersatzansprüchen, die der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist unterliegen, sind die Schadensersatzansprüche aus c.i.c. gemäß § 311 Abs. 2 BGB und – insoweit alternativ – wegen Verletzung des Beratungsvertrages gemäß § 280 BGB erfasst.¹²⁶ Die dreijährige Verjährungsfrist gilt sowohl für Schadensersatzansprüche gegen den Vermittler, als auch für solche gegen die Fondsbetreiber und gegen die den Fondsbeitritt finanzierende Bank. Ansprüche aus einer deliktischen Haftung sind ebenfalls von der Regelverjährung erfasst.¹²⁷ Auch Schadensersatzansprüche gegen die Sachwalter, die bei den Vertragsverhandlungen besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen haben und deswegen aus allgemeiner zivilrechtlicher Prospekthaftung gemäß § 311 Abs. 3 BGB haften, fallen unter die regelmäßige Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB.¹²⁸

Ansprüche aus allgemeiner zivilrechtlicher Prospekthaftung,¹²⁹ die an typisiertes Vertrauen anknüpfen, wie diejenigen gegen sonstige Garanten fallen hingegen nicht unter die Regelverjährung.¹³⁰ Sie verjähren in analoger Anwendung zu § 46

¹²⁴ Siehe unten unter C. III. 2 b) bb) (d) (iv).

¹²⁵ Palandt/Ellenberger, § 195 Rn. 4.

¹²⁶ Palandt/Ellenberger, § 195 Rn. 4.

¹²⁷ Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 72.

¹²⁸ Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 311 Rn. 109 unter Bezugnahme auf BGHZ 83, 222, 227; BGH, NJW 1995, 130, Baumbach/Hopt, HGB, § 347 Rn. 39.

¹²⁹ Baumbach/Hopt, BörsG § 46 Rn. 1.

¹³⁰ Baumbach/Hopt, HGB, § 347 Rn. 39.

BörsG und § 127 Abs. 5 InvG (früher § 20 Abs. 5 KAGG, § 12 Abs. 5 AuslInvG) in einem Jahr nach Kenntnis, spätestens in drei Jahren nach Beitritt.¹³¹

Ansprüche gegen Steuerberater oder Rechtsanwälte, die auf einer vor dem 15.12.2004 begangenen Pflichtverletzung beruhen, unterliegen der spezialgesetzlichen Verjährung der § 68 StBerG a.F. bzw. § 51b BRAO a.F. von drei Jahren. Falls der Steuerberater oder Rechtsanwalt es unterlässt, auf den gegen ihn bestehenden Schadensersatzanspruch hinzuweisen, begeht er eine erneute Pflichtverletzung, die zum Lauf der sogenannten „Sekundärverjährung“ führt, die ebenfalls drei Jahre dauert. Auch Wirtschaftsprüfer können aus allgemeiner zivilrechtlicher Prospekthaftung in Anspruch genommen werden. Beruhen diese Ansprüche auf einer Verletzungshandlung, die vor dem 01.01.2004¹³² begangen wurde, so unterliegen sie der Verjährungsfrist von fünf Jahren, nach § 51a WPO a.F. Eine Sekundärhaftung kommt nicht in Betracht.¹³³

bb) Beginn der Verjährung von Ansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB, c.i.c., Delikt und Sachwalterhaftung

Der Beginn der Verjährungsfrist für Ansprüche, die aus einer fehlerhaften Beratung oder einer Handlung nach dem 01.01.2002 entstanden sind, bestimmt sich nach § 199 BGB.

Gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Das bedeutet, dass der Anleger die Tatsachen kennen muss oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt, die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllen.¹³⁴ Dazu gehören bei Schadensersatzansprüchen auch die Pflichtverletzung oder die gleichstehende Handlung, der Eintritt eines Schadens und die Kenntnis

¹³¹ Siehe unten unter B. I. 6. c).

¹³² § 51a WPO wurde bereits mit Wirkung vom 01.01.2004 durch Gesetz vom 01.12.2003 (BGBl. 2003 I S. 2446) aufgehoben, so dass für Schadensersatzansprüche gegen Wirtschaftsprüfer an die Stelle des 15.12.2004 der 01.01.2004 tritt.

¹³³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.10.2007, Az. I-24 U 200/06, www.dnoti.de/DOC/2008/i24u200_06.pdf, zuletzt aufgerufen: 23.01.2010.

¹³⁴ Palandt/Ellenberger, § 199 Rn 27.

von der eigenen Schadensbetroffenheit.¹³⁵ Für die Entstehung des Anspruchs ist insbesondere der Eintritt eines Schadens, nicht nur der Eintritt einer risikobehafteten Situation Voraussetzung.

Als „Verjährungshöchstfrist“¹³⁶ nach § 199 Abs. 3 S. 1 BGB verjähren Schadensersatzansprüche, die nicht unter § 199 Abs. 2 BGB fallen und wie sie bei Schadensersatzansprüchen aus dem Erwerb von geschlossenen Immobilienfonds vorliegen, nach § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und nach § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen den Schaden auslösenden Ereignis an. Dabei ist gemäß § 199 Abs. 3 S. 2 BGB die früher endende Frist maßgeblich.

Dieser Verjährungsvorschrift unterliegen alle Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB, c.i.c, Delikt und Sachwalterhaftung, die aus einer fehlerhaften Beratung oder Handlung nach dem 01.01.2002 entstanden sind.

cc) Beginn der Verjährung bei Alt-Ansprüchen aus c.i.c., pVV, Delikt und Sachwalterhaftung

Soweit eine Verletzung einer Aufklärungs- oder Beratungspflicht vor dem 01.01.2002 begangen wurde, stehen Schadensersatzansprüche aus pVV des Beratungsvertrages oder – alternativ – c.i.c. im Raum.

Diese Ansprüche verjähren in der vor der Schuldrechtsreform geltenden regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. von 30 Jahren.¹³⁷

Bei deliktischen Schadensersatzansprüche, die bei den Fondsinitalatoren insbesondere bei der Verwirklichung des Tatbestandes des Kapitalanlagebetrugs im Raume stehen, hatte hingegen schon unter der Geltung des § 852 Abs. 1 BGB a.F. der Verjährungsbeginn an das subjektive Element der Kenntnis – wie nunmehr in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB – angeknüpft.

¹³⁵ Palandt/Ellenberger, § 199 Rn. 27 unter Verweis auf BGH, NJW 1993, 648; BGH, NJW 1996, 117.

¹³⁶ Palandt/Ellenberger, § 199 Rn. 39.

¹³⁷ Palandt/Heinrichs, 56. Auflage, § 195 Rn. 9, 10.

Ohne die Änderung der gesetzlichen Verjährungsfrist von 30 auf nur mehr drei Jahre durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts wäre der Großteil der Ansprüche, die Anlegern aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds zustehen, in absehbarer Zeit noch nicht von der Verjährung bedroht. Überlegungen zu verjährungsunterbrechenden bzw. nunmehr zu verjährungshemmenden Maßnahmen wären insoweit nicht von dringender Aktualität.

Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB bestimmt jedoch, dass Verjährungsfristen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit 01.01.2002 geltenden Fassung, die kürzer sind, als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung, als kürzere Frist von dem 01.01.2002 an berechnet werden. Allerdings bleibt die Verjährungsfrist des alten Rechts gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 2 EGBGB dann maßgebend, wenn sie vor der des neuen Rechts endet.

In den Fristvergleich sind beim neuen Recht beide Fristen, die Regelfrist mit ihrer subjektiven Anknüpfung nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB und die Höchstfristen nach § 199 Abs. 2, Abs. 3 BGB mit einzubeziehen.¹³⁸ Die Höchstfrist beginnt am 01.01.2002.¹³⁹ Bei der relativen Frist ist zu unterscheiden: Liegen die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB am 01.01.2002 vor, so beginnt die Verjährung am 01.01.2002; bei späterer Kenntnis (oder grob fahrlässiger Unkenntnis) verschiebt sich der Fristbeginn entsprechend der Ultimo-Regel auf das Jahresende des Jahres, in dem die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von den Anspruchsvoraussetzungen vorlag.¹⁴⁰

Dies bedeutet, dass Ansprüche aus c.i.c. und pVV, bei denen der Geschädigte vor dem 01.01.2002 Kenntnis von dem Schädiger, von der Pflichtverletzung und dem Schaden sowie seiner eigenen Schadensbetroffenheit hatte, ohne verjährungshemmende Maßnahmen mit Ablauf des 31.12.2004 bereits verjährt sind.¹⁴¹

¹³⁸ Palandt/Ellenberger, EGBGB, Art. 229 § 6 Rn. 6.

¹³⁹ Palandt/Ellenberger, EGBGB, Art. 229 § 6 Rn. 6.

¹⁴⁰ Palandt/Ellenberger, EGBGB, Art. 229 § 6 Rn. 6; BGHZ 171, 1.

¹⁴¹ Nach Kandelhard, NJW 2005, 630, der die Ultimo-Regel des § 199 Abs. 1 BGB anwenden will, so dass die Drei-Jahres-Frist erst mit Schluss des Jahres 2002 beginnt, wäre die Verjährungsfrist erst am 31.12.2005 abgelaufen, und da dieser ein Sonnabend ist, gemäß § 193 BGB, erst am 02.01.2006. Diese Auffassung findet aber, wie Schulte-Nölke/Hawxwell (NJW 2005, 2117, 2118) dargelegt haben im Gesetzeswortlaut keine Stütze, so dass ihr mit der herrschenden Meinung nicht zu folgen ist.

Erfährt der geschädigte Anleger beispielsweise von der Pflichtverletzung oder dem Schaden erst im Laufe des Jahres 2007, so beginnt die Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB erst mit Ablauf dieses Jahres.¹⁴² Sie würde dann mit Ablauf des 31.12.2010 enden.

Für Ansprüche, die vor dem 01.01.2002 entstanden sind, tritt die Verjährung allerdings gemäß § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB spätestens mit Ablauf des 31.12.2011 ein,¹⁴³ bzw. da dieser ein Samstag ist, mit Ablauf des 02.01.2012, § 193 BGB. Dieses Datum dürfte für die Altansprüche den nächsten entscheidenden Einschnitt markieren. Dies bedeutet aber auch, dass die Notwendigkeit, verjährungshemmende Maßnahmen einzuleiten, sich je nach Kenntnis des geschädigten Anlegers nunmehr zum Ablauf jedes Jahres neu ergibt, und vor Ablauf des Jahres 2011 nochmals besondere Bedeutung gewinnt.

Zwar wäre theoretisch auch eine Ausschöpfung der Höchstfrist von 30 Jahren gemäß § 199 Abs. 3 S.1 Nr. 2 BGB möglich; doch müsste der Anspruch dann erst nach dem 31.12.2021 entstehen. Denkbar wäre dies wohl nur dann, wenn der Schaden erst nach diesem Zeitpunkt eintritt.

Da sich der Schuldner des Schadensersatzanspruchs auf die Verjährung berufen will, muss er nach den allgemeinen Beweislastregeln den Beginn der Verjährungsfrist und damit die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers beweisen.¹⁴⁴ Da es aber um Umstände aus der Sphäre des Gläubigers geht, muss dieser an der Sachaufklärung mitwirken und erforderlichenfalls darlegen,

¹⁴² Nach anderer Auffassung (Gottwald, Verjährung im Zivilrecht, Rn. 464 ff.) soll die Verjährungsfrist ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Gläubigers am 01.01.2002 beginnen. Dies widerspricht der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung bei der Einführung des BGB und dem dabei in Art. 169, 231 EGBGB entstandenen Parallelproblem (RGZ 73,434). Das Reichsgericht argumentierte noch mit dem „natürlichen Schutzbedürfnis des Gläubigers“, dem gegenüber die kürzere Verjährungsfrist erst bei Kenntnis der anspruchbegründenden Umstände beginnen dürfe. Dies ist auch geboten, da sonst der Gläubiger, der vor dem 01.01.2002 keine Kenntnis von seinem Anspruch hat, schlechter steht, als der Gläubiger dessen Anspruch nach dem 01.01.2002 entsteht und der keine Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen hat. Dementsprechend hat sich auch das OLG Bamberg, der im Ergebnis überzeugenden Argumentation des Reichsgerichts angeschlossen (OLG Bamberg, NJW 2006, 304). Dem folgte auch der BGH, der neben weiteren Argumenten (vgl. unten unter B. II. 1. d) auch den Vergleich zur Rechtsprechung des Reichsgerichts heranzieht, BGHZ 171, 1, 10 Rn. 30.

¹⁴³ Schulte-Nölke/Hawxwell, NJW 2005, 2117, 2119.

¹⁴⁴ Palandt/Ellenberger, § 199 Rn. 46; BGHZ 171, 1, 10f. Rn. 32.

was er zur Ermittlung der Voraussetzungen seines Anspruchs und der Person des Schuldners getan hat.¹⁴⁵

dd) Beginn der Verjährung bei spezialgesetzlichen Verjährungsvorschriften

Da § 68 StBerG – ebenso wie § 51b BRAO – zum 15.12.2004 entfallen ist,¹⁴⁶ verjähren Ansprüche gegen Steuerberater, die nach dem 14.12.2004 entstanden sind, nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 195, 199 Abs. 1 BGB. Somit gilt gemäß Art. 229 § 6 Abs. 3 i.V.m. § 12 Abs. 1 S. 1 EGBGB für Pflichtverletzungen vor dem 15.12.2004 grundsätzlich die Verjährungsfrist der Spezialnormen¹⁴⁷ und für Pflichtverletzungen ab dem 15.12.2004¹⁴⁸ die Regelverjährung.¹⁴⁹

Für den Beginn der Verjährungsfrist sind jedoch – insoweit wohl auch unter Geltung der neuen Verjährungsvorschriften – einige spezifische Besonderheiten zu beachten. Liegt ein Beratungsfehler vor, der sich in einem Steuerbescheid auswirkt, so beginnt die Verjährungsfrist regelmäßig frühestens mit Zugang des Bescheides des Finanzamtes.¹⁵⁰

Hat der Steuerberater für die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds geworben und ist ihm hinsichtlich des Mietinteresses eine Pflichtverletzung vorzuwerfen, so beginnt die Verjährung des gegen ihn gerichteten (in der dreijährigen Frist des § 68 StBerG verjährenden) Schadensersatzanspruchs wegen Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens erst mit der Fertigstellung der Immobilie.¹⁵¹ Denn erst nach Fertigstellung zeigt sich, ob der prognosewidrige Leerstand

¹⁴⁵ Palandt/Ellenberger, § 199 Rn. 46.

¹⁴⁶ § 51a WPO wurde bereits mit Wirkung vom 01.01.2004 durch Gesetz vom 01.12.2003 (BGBl. 2003 I S. 2446) aufgehoben, so dass für Schadensersatzansprüche gegen Wirtschaftsprüfer an die Stelle des 15.12.2004 der 01.01.2004 tritt. Bis auf die mit fünf Jahren längere Verjährungsfrist folgt § 51a WPO a.F. aber den gleichen Regelungen wie § 51b BRAO a.F., so dass die Ausführungen hierzu entsprechend auch für § 51a WPO a.F. gelten, BGH, JZ 2001, 933, 936; zustimmend: Möllers, JZ 2001, 909, 915.

¹⁴⁷ § 51a WPO a.F. wurde bereits mit Wirkung vom 01.01.2004 durch Gesetz vom 01.12.2003 (BGBl. 2003 I S. 2446) aufgehoben, so dass für Schadensersatzansprüche gegen Wirtschaftsprüfer an die Stelle des 15.12.2004 der 01.01.2004 tritt.

¹⁴⁸ Bzw. für § 51a WPO a.F. bereits mit Wirkung vom 01.01.2004.

¹⁴⁹ Palandt/Ellenberger, EGBGB, Art. 229 § 12 Rn. 3.

¹⁵⁰ BGHZ 119, 69, 73; BGH, WM 1994, 1848.

¹⁵¹ Geisler, jurisPR-BGHZivilR, 22/2005.

der Immobilie tatsächlich eintritt und der Vermögensverlust oder dessen konkrete Gefahr sich tatsächlich realisiert.¹⁵²

Der Verjährungsbeginn, der vom BGH für den Schadensersatzanspruch gegen den Steuerberater erst bei Leerstand der Immobilie nach deren Fertigstellung gesehen wird, dürfte darüber hinaus bei allen Schadensersatzansprüchen, die darauf beruhen, dass prognosewidrig nicht vermietet werden kann, erst mit der Fertigstellung der Immobilie beginnen.

ee) Verjährung von Altansprüchen bei spezialgesetzlichen Verjährungsvorschriften

Für die früher in Spezialgesetzen geregelten Verjährungsvorschriften, wie § 68 StBerG und § 51b BRAO, gilt beim Beginn der Verjährung des Primäranspruches nach Art. 229 § 12 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 S. 2 EGBGB die alte Rechtslage fort. Die dreijährige Verjährungsfrist der § 68 StBerG und § 51b BRAO beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Die Verjährungsfrist bestimmt sich nach Art. 229 § 12 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB nach der neuen Regelverjährung des § 195 BGB.¹⁵³ Für am 15.12.2004 bestehende Ansprüche aus der Primärhaftung ergeben sich also keine Änderungen. Diese Ausführungen gelten auch für den Sekundäranspruch, wenn der Primäranspruch bereits vor dem 15.12.2004 verjährt war.¹⁵⁴ Verjährt der Primäranspruch hingegen nach dem 14.12.2004, so ist mit der herrschenden Meinung nach dem Ende der Primärverjährung ein letztes Mal vom Institut der Sekundärverjährung Gebrauch zu machen, so dass die Verjährungsfrist sechs Jahre nach Entstehung des Anspruchs endet.¹⁵⁵

In Übergangsfällen ist nach Art. 229 § 12 i.V.m. § 6 Abs. 3 EGBGB die kürzere Verjährungsfrist anzuwenden, da diese, wie vom Gesetzgeber bezweckt, dem Schutz des Schuldners dienen soll.¹⁵⁶ Somit wäre im Fall einer am 14.12.2004¹⁵⁷ begangenen Pflichtverletzung die alte spezialgesetzliche Verjährung von drei

¹⁵² Geisler, jurisPR-BGHZivilR, 22/2005.

¹⁵³ Sontheimer, DStR 2005, 834, 836.

¹⁵⁴ Sontheimer, DStR 2005, 834, 836.

¹⁵⁵ Sontheimer, DStR 2005, 834, 836 unter Verweis auf Mansel/Budzikiewicz, NJW 2005, 321, 326; a.A. Borgmann, NJW 2005, 22, 30 die von einer einheitlichen Verjährung zum 14.12.2007 ausgeht.

¹⁵⁶ BT-Drs. 14/6040 S. 273.

¹⁵⁷ Das letzte für § 51a WPO a.F. mögliche Datum wäre der 31.12.2003.

Jahren¹⁵⁸ und gegebenenfalls von weiteren drei Jahren Sekundärverjährung anzuwenden.¹⁵⁹ Würde man die Regelverjährung von drei Jahren von der späteren Kenntnis der dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen bzw. bei Unkenntnis von der zehnjährigen Höchstfrist ab dem 15.12.2004 berechnen, so wäre diese Frist länger.¹⁶⁰

ff) *Verjährungshemmung*

Bei der Verjährungshemmung gilt gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 2 EGBGB das Stichtagsprinzip. Für die Zeit bis zum 31.12.2001 gilt altes, danach neues Recht.¹⁶¹ Die Unterbrechungstatbestände nach altem Recht, also insbesondere die Einleitung eines gerichtlichen Mahnverfahrens gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F., werden in die neuen Hemmungstatbestände wie beispielsweise § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB übergeleitet.¹⁶² Die Unterbrechung endet somit am 31.12.2001. Aus ihr wird am 01.01.2002 eine Hemmung.¹⁶³ Die neue Verjährungsfrist ist mit Beginn des 01.01.2002 gehemmt, Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB, so dass sie erst nach Ende der Hemmung (i.d.R. sechs Monate nach Wegfall des Hemmungstatbestandes gemäß § 204 Abs. 2 BGB n.F.) zu laufen beginnt.

b) *Spezialgesetzliche Prospekthaftung*

Die Ansprüche gegen die Fondsbetreiber aus spezialgesetzlicher Prospekthaftung verjähren gemäß § 46 BörsG i.V.m. § 13 VerkprospG in einem Jahr seit dem Zeitpunkt, zu dem der Erwerber von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts Kenntnis erlangt hat, spätestens jedoch in drei Jahren seit der Veröffentlichung des Prospekts.

Da nach Artikel 6 des Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz - AnSVG) die Prospektpflicht für geschlossene

¹⁵⁸ Bzw. fünf Jahre für § 51a WPO a.F., ohne Sekundärverjährung.

¹⁵⁹ Borgmann, NJW 2005, 22, 29; siehe oben unter B. I. 6. a) ee).

¹⁶⁰ So BGH, NJW 2006, 44, 45 zum Übergang auf das neue Schuldrecht, dem der Übergang von den spezialgesetzlichen Verjährungsfristen der § 68 StBerG, § 51b BRAO auf die Regelverjährung in Art. 229 § 12 Abs. 1 S. 1 EGBGB nachgebildet ist. Ebenso Mansel/Budzikiewicz, NJW 2005, 321, 325 unter Bezugnahme auf Borgmann, NJW 2005, 22, 29.

¹⁶¹ Palandt/Ellenberger, EGBGB, Art. 229 § 6 Rn. 7.

¹⁶² Palandt/Ellenberger, EGBGB, Art. 229 § 6 Rn. 8.

¹⁶³ Palandt/Ellenberger, EGBGB, Art.229 § 6 Rn. 8.

Immobilienfonds nach § 8f VerkprospG erst ab dem 01.07.2005 gilt, können Verstöße hiergegen nach § 13 VerkprospG, der ebenfalls erst ab 01.07.2005 gilt, erst nach diesem Zeitpunkt entstehen. Soweit also fehlerhafte Prospekte zur Haftung nach §§ 44, 45 BörsG i.V.m. § 13 VerkprospG führen, verjähren diese Ansprüche frühestens mit Ablauf des 30.06.2006, wobei die Verjährungsfrist ohne Kenntnis der Unrichtigkeit erstmals mit dem 30.06.2008 ablaufen kann. Entsprechendes gilt gemäß § 13a Abs. 4 VerkprospG für die Haftung nach § 13a Abs. 1 VerkprospG bei Fehlen eines Prospektes.

c) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung

Die Ansprüche aus bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung verjähren in analoger Anwendung zu § 46 BörsG und § 127 Abs. 5 InvG (früher § 20 Abs. 5 KAGG, § 12 Abs. 5 AuslInvG) in einem Jahr nach Kenntnis, spätestens in drei Jahren nach Beitritt.¹⁶⁴ Der Beitritt erfolgt mit der Unterzeichnung des Vermögensanlagevertrags und bewirkt zu diesem Zeitpunkt der rechtlichen Bindung an das Beteiligungsobjekt.¹⁶⁵ Diese Grundsätze gelten auch für Steuerberater, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer, sofern sie als Initiatoren oder diesen gleichstehenden (prospektverantwortlichen) Personen anzusehen sind;¹⁶⁶ werden sie dagegen ausschließlich im Rahmen ihres beruflichen Tätigkeitsfeldes, etwa als Treuhandgesellschaftler, tätig, gelten – wie bereits oben¹⁶⁷ dargestellt – die §§ 68 StBerG, 51b BRAO, 51a WPO.¹⁶⁸

Somit können sich Anleger auf eine längere Verjährungsdauer als nunmehr einem Jahr nur dann berufen, wenn Initiatoren, Gründer oder Gestalter der Gesellschaft sowie deren Vertreter oder Sachwalter bei der Anbahnung der Vertragsverhandlungen nicht nur typisiertes, sondern (auch) persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und dadurch das Zustandekommen des Beitritts beeinflusst

¹⁶⁴ BGHZ 83, 222, 224 ff.; BGH, NJW 2001, 1203; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 108; BGH, NJW 2002, 1711, zur Rechtslage vor Verlängerung der Verjährungsfrist von sechs auf zwölf Monate; a.A. Lux, NJW 2003, 2966 f., der wegen der erstrebten Vereinheitlichung der Verjährungsfristen die Anwendung des § 195 BGB befürwortet; allerdings noch vor der Erweiterung des VerkaufsprospG. Bestätigend zu der im Text genannten Auffassung nunmehr Reinelt, NJW 2009, 1, 7.

¹⁶⁵ BGHZ 83, 222, 226.

¹⁶⁶ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 108 unter Verweis auf BGH, NJW 1992, 228; BGH, NJW-RR 2007, 406, 408 Tz. 13.

¹⁶⁷ Siehe oben unter B. I. 6. a) dd) und ee).

¹⁶⁸ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 311 Rn. 108 unter Bezugnahme auf BGHZ 100, 132, 134 f.; BGHZ 120, 157, 159 f.

haben.¹⁶⁹ Die Verjährung dieser Ansprüche beginnt¹⁷⁰ mit Eintritt des Schadens.¹⁷¹

Da die bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftungsansprüche bei geschlossenen Immobilienfonds¹⁷² nicht der Regelverjährung des § 195 BGB unterliegen,¹⁷³ stellen sich die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auftretenden Überleitungsfragen nicht.

II. Rückforderungsansprüche

Neben der Überlegung wegen einer Pflichtverletzung etwas beanspruchen zu können, ist bei vielen Anlegern die Meinung vorhanden, das abgeschlossene Geschäft könne keine Geltung behalten oder der investierende Verbraucher müsse besser geschützt werden. Daher richten sich die Forderungen vieler Anleger auf eine Rückabwicklung des Geschäftes. Um dieses Ziel zu erreichen, rücken neben den Schadensersatzansprüchen noch Rückforderungsansprüche in den Blick des geschädigten Anlegers. Diese können zum einen aus der Nichtigkeit des Darlehensvertrages resultieren, so dass eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht vorzunehmen ist. Zum anderen können Ansprüche aus bestimmten Verbraucherschützenden Normen resultieren.

1. Bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch, § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB

Ein bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch kann in aller Regel nur gegen die den Fondsbeitritt finanzierende Bank wegen Nichtigkeit des Darlehensver-

¹⁶⁹ BGHZ 83, 222, 223 f.; BGH, NJW-RR 1986, 968; BGH, NJW-RR 2003, 1351.

¹⁷⁰ Die Verjährung der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftungsansprüche, beginnt insoweit abweichend von den Ansprüchen aufgrund einer Inanspruchnahme von persönlichem Vertrauen, mit dem Zeitpunkt der rechtlichen Bindung an das Beteiligungsobjekt.

¹⁷¹ Geisler, jurisPR-BGHZivilR, 22/2005.

¹⁷² Anders ist dies bei Bauherrenmodellen, da diese auf den Erwerb von (Teil-)Grundeigentum ausgerichtet sind; BGH, NJW 2001, 1203. Bei den Bauherrenmodellen sind die vertraglichen Beziehungen stark durch werkvertragliche Gesichtspunkte geprägt (BGHZ 126, 166), so dass die Prospekthaftungsansprüche bei Bauherrenmodellen oder Bauträgermodellen (BGH, NJW 2001, 436) der Regelverjährung des § 195 BGB unterliegen; BGH, NJW 2001, 1203. Durch die neue Regelverjährung des § 195 BGB von drei Jahren tritt die Divergenz bei den Verjährungsfristen weniger stark hervor, als dies noch unter Geltung der alten Regelverjährung des § 195 a.F. von 30 Jahren der Fall war.

¹⁷³ BGH, NJW 2001, 1203.

trags entstehen. Gegenüber der Gesellschaft hingegen kommt – soweit der Beitritt zum geschlossenen Immobilienfonds beispielsweise wegen sittenwidriger Überteuerung des Anteils nach § 138 BGB nichtig sein sollte, wegen der Grundsätze zur fehlerhaften Gesellschaft – wiederum nur ein außerordentliches Kündigungsrecht in Betracht.¹⁷⁴ Dieses ist für den Anleger regelmäßig wirtschaftlich nicht interessant, da das Abfindungsguthaben nur noch einen Bruchteil dessen wert ist, was der Anleger für den Erwerb der Beteiligung aufwenden musste.

Soweit gegenüber der finanzierenden Bank keine Verletzung einer Aufklärungspflicht geltend gemacht oder bewiesen werden kann, ist deshalb zu prüfen, ob der Darlehensvertrag möglicherweise unwirksam oder nichtig ist und dem Anleger deswegen ein bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB zusteht.

Der die Fondsbeteiligung finanzierende Darlehensvertrag stellt dann keinen Rechtsgrund für die Leistungen dar, wenn der Vertrag wegen einer nichtigen Vollmacht unwirksam ist oder wenn gegen die Vorschriften des § 492 Abs. 1 BGB verstoßen wurde.

a) Nichtigkeit der Vollmacht nach § 134 BGB

In zahlreichen Fällen hat der Immobilienfonds einen Treuhänder eingeschaltet, der aufgrund einer Vollmacht des Anlegers alle mit der Fondsbeteiligung im Zusammenhang stehenden Geschäfte abschließen soll.¹⁷⁵ Ist dieser Treuhänder kein Rechtsanwalt und hat er auch sonst keine Erlaubnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nach dem Rechtsberatungsgesetz, kommt die Nichtigkeit der Vollmacht nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 3 RDG (früher¹⁷⁶ Art. 1 § 1 RBerG) und daraus folgend die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages in Betracht.

¹⁷⁴ Palandt/Sprau, § 705 Rn. 17, 18b.

¹⁷⁵ Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

¹⁷⁶ Bis zum 30.06.2008, gem. Art. 20 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007, BGBl. 2007 I S. 2840, 2860.

aa) Zugrunde liegende Konstellation

Zwischen dem Anleger und einem – regelmäßig von der Fondsgesellschaft vorbestimmten und mit ihr verbundenen – Treuhänder muss ein Treuhandvertrag geschlossen werden, in dem der Anleger den Treuhänder beauftragt, für ihn alle mit dem Fondsbeitritt und der Finanzierung dieses Beitritts zusammenhängenden Verträge abzuschließen. In dem Treuhandvertrag oder durch gesonderte Erklärung wird dem Treuhänder eine entsprechende Vollmacht erteilt. Seit der Entscheidung vom 28.09.2000¹⁷⁷ geht der BGH in mittlerweile ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein derartiger Vertrag, in dem umfassende Vollmachten enthalten sind, die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i.S.d. § 3 RDG (früher¹⁷⁸ Art. 1 § 1 RBerG) beinhaltet und damit – wenn der Treuhänder keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz hat – gemäß § 134 BGB nichtig ist.¹⁷⁹

Die Nichtigkeit erfasst auch die dem Treuhänder erteilte Vollmacht.¹⁸⁰ Dies soll nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats¹⁸¹ jedoch dann nicht der Fall sein, wenn neben dem Treuhandvertrag, ein separater „Zeichnungsschein“ ausgestellt wurde, in dem der Anleger neben der Vollmacht zum Abschluss eines Finanzierungsdarlehens lediglich die Vollmacht zum Beitritt zur Fondsgesellschaft erteilt.¹⁸² Dann sei dies kein Bündel von Rechtsgeschäften, sondern die Besorgung von wirtschaftlichen Belangen mit einem rechtlichen Vorgang, bei dem der Kern und Schwerpunkt der Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liege.¹⁸³

¹⁷⁷ BGHZ 145, 265, 269 ff; Strohn, WM 2005, 1441, 1449.

¹⁷⁸ Bis zum 30.06.2008, gem. Art. 20 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007, BGBl. 2007 I S. 2840, 2860.

¹⁷⁹ BGH WM 2001, 2113, 2114; Strohn, WM 2005, 1441, 1449; auch BGH, www.bundesgerichtshof.de, XI ZR 219/04, Rn. 13 unter Verweis auf BGH, WM 2005, 327, 328 und BGH, WM 2005, 828, 830 m.w.N.; sowie BGH, WM 2004, 2349, 2352; BGH, WM 2005, 1764, 1765; BGH, DStR 2006, 1087 Tz. 12.

¹⁸⁰ BGH WM 2001, 2260, 2261; Strohn, WM 2005, 1441, 1449.

¹⁸¹ BGH, www.bundesgerichtshof.de, XI ZR 219/04 Rn. 16; BGH, DStR 2006, 1087, 1088 Tz. 15.

¹⁸² BGH, www.bundesgerichtshof.de, XI ZR 219/04 Rn. 16; BGH, DStR 2006, 1087, 1088 Tz. 15.

¹⁸³ BGH, www.bundesgerichtshof.de, XI ZR 219/04 Rn. 16; BGH, DStR 2006, 1087, 1088 Tz. 15; Oechsler, NJW 2007, 1418, 1421. Die Frage nach der Nichtigkeit der Vollmacht, aufgrund des Umfangs der im Treuhandvertrag vorgenommenen Bevollmächtigung ist häufig eine Auslegungsfrage im Einzelfall, NJW 2007, 1418, 1421.

Die Nichtigkeit der Vollmacht erfasst aber nicht auch den aufgrund der Vollmacht abgeschlossenen Darlehensvertrag.¹⁸⁴

Der Mangel der Vollmacht kann durch Rechtsscheins- oder Duldungsvollmacht geheilt werden. Dies insbesondere dann, wenn der Vertreter eine Vollmachtsurkunde nach §§ 171, 172 BGB im Original¹⁸⁵ oder in notarieller Ausfertigung vorlegt.¹⁸⁶ Dies gilt allerdings nicht, wenn der Geschäftspartner gemäß § 173 BGB den Mangel der Vollmacht kennt oder kennen muss. Vor dem Wechsel der Rechtsprechung zur Nichtigkeit bei Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz im Jahr 2000 hatten die Banken keinen Anlass, an der Wirksamkeit der Treuhändervollmacht zu zweifeln.¹⁸⁷

Für nach diesem Zeitpunkt abgeschlossene Darlehensverträge muss den Banken die Nichtigkeit der Treuhandvollmacht bekannt sein, mit der Folge, dass ein Berufen auf die Rechtsscheinvollmacht nach §§ 171, 172 BGB nicht möglich ist.

Für Fälle, in denen der Darlehensvertrag vor diesem Zeitpunkt geschlossen wurde, hat der II. Zivilsenat des BGH in mehreren obiter dicta Zweifel daran geäußert, ob die §§ 171, 172 BGB zugunsten einer in das Fondskonzept eingebundenen Bank Anwendung finden.¹⁸⁸ Insbesondere die Tatsache, dass der Treuhänder vom Fonds ausgesucht wird und keine Vertrauensperson des Anlegers ist, sondern vielmehr im Lager der Fondsgesellschaft und der Bank steht, sollen der finanzierenden Bank die Möglichkeit nehmen, sich auf den Rechtsschein der Vollmacht zu berufen. Hingegen sieht der XI. Senat des BGH die Anwendbarkeit der §§ 171, 172 BGB nicht mit der Begründung ausgeschlossen, dass der Fondsbeitritt und der finanzierende Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG bilden.¹⁸⁹ Insbesondere das Argument, der Rechtsschein einer wirksamen Vollmacht könne dem einzelnen Anleger mangels eines Ver-

¹⁸⁴ BGH WM 2003, 1710, 1712 f.; Strohn, WM 2005, 1441, 1449, m.w.N.

¹⁸⁵ Auch die Durchschrift einer vom Vollmachtgeber mittels eines Durchschreibesatzes erstellten Vollmacht kann eine Originalurkunde im Sinne des § 172 BGB sein, BGH, DStR 2006, 1097, 1098 Tz. 23 f.

¹⁸⁶ Die Vorlage der Urkunde muss spätestens beim Abschluss des Vertrages und nicht erst bei Auszahlung des Darlehens erfolgen, BGH, www.bundesgerichtshof.de, XI ZR 149/07.

¹⁸⁷ Strohn, WM 2005, 1441, 1450.

¹⁸⁸ Offen gelassen in BGH, NJW 2004, 2742.

¹⁸⁹ BGH, NJW 2006, 1952, 1953, Tz. 26.

trauensverhältnisses zwischen Treuhänder und Anleger nicht zugerechnet werden, lehnt der XI. Zivilsenat ab.¹⁹⁰

Zwar ist dem XI. Zivilsenat Recht zu geben, wenn er die Frage der Rechtsscheinvollmacht nach §§ 171 ff BGB ohne Rückgriff auf § 9 Abs. 1 VerbrKrG beantworten will. Jedoch ist das Argument des II. Zivilsenats, der Anleger erhalte einen für ihn handelnden Vertreter von den Gründungsgesellschaftern und möglicherweise auch der finanzierenden Bank „vorgesetzt“ – was sich sicherlich auch an der Verbundenheit der Geschäfte nach § 9 Abs. 1 VerbrKrG zeigt – nicht ganz von der Hand zu weisen. Häufig ist es gerade dieser Aspekt, an dem der Anleger zu dem emotionalen Schluss kommt, „von all denen“ betrogen worden zu sein.

Die Divergenz der Senate zu dieser Frage¹⁹¹ hätte nach mancher Ansicht schon die Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen erwarteten lassen.¹⁹² Da der XI. Senat nach den Entscheidungen vom 25.04.2006¹⁹³ neben den Streitigkeiten aus Kreditverträgen insgesamt für die Rechtsprechung zu den geschlossenen Immobilienfonds zuständig ist, kommt seiner Stimme wohl das entscheidende Gewicht zu.

Wenn also die finanzierende Bank von den verwendeten Treuhandverträgen Kenntnis hatte, kann sie sich zumindest seit dem Urteil vom 28.09.2000¹⁹⁴ nicht auf die Unkenntnis der Unwirksamkeit der Vertretungsmacht berufen. § 172 BGB ist dann nach § 173 BGB nicht zu ihren Gunsten anzuwenden. Vor dem 28.09.2000 ist dem XI. Senat wohl zuzustimmen, dass die Kenntnis der Tatsache der Nichtigkeit des Treuhandvertrages von niemandem, auch nicht von den Banken erwartet werden kann. Wenn aber schon der Grund für die Unwirksamkeit der Vollmacht nicht erkannt werden kann, ist die Kenntnis von der Unwirksamkeit der Vollmacht ebenfalls zu verneinen.

Handelten die Treuhänder – nach dem 28.09.2000 – beim Abschluss des Darlehensvertrags nicht unter Vorlage einer Originalurkunde oder einer notariellen

¹⁹⁰ BGH, NJW 2006, 1952, 1953, Tz. 26.

¹⁹¹ Oechsler, NJW 2007, 1418, 1421.

¹⁹² Strohn, WM 2005, 1441, 1450, der selbst als Richter des II. Zivilsenats des BGH auf dessen Rechtsprechung Einfluss genommen hat.

¹⁹³ BGH, NJW 2006, 1952 ff.

¹⁹⁴ BGHZ 145, 265, 269ff; Strohn, WM 2005, 1441, 1449.

Ausfertigung und liegen auch keine anderen Anhaltspunkte vor, an die das Vertrauen der Bank an eine wirksame Bevollmächtigung anknüpfen kann, so ist der Darlehensvertrag schwebend unwirksam. Eine Genehmigung des Anlegers nach § 177 BGB zum Handeln des vollmachtlosen Vertreters fehlt in der Regel.¹⁹⁵

Es bliebe zu überlegen, ob es dem Anleger nach § 242 BGB versagt ist, sich auf die Nichtigkeit der Vollmacht zu berufen. Da § 3 RDG (früher¹⁹⁶ Art. 1 § 1 RBerG) aber gerade ihn und nicht die Bank, die in das Vertriebskonzept eingebunden ist, schützen soll, ist eine abweichende Beurteilung nicht geboten.¹⁹⁷

bb) Zusammenfassung

Darlehensverträge, die durch einen Treuhänder unter Verstoß gegen § 3 RDG (früher¹⁹⁸ Art. 1 § 1 RBerG) geschlossen wurden, sind dann mangels Vertretungsmacht nicht mit dem Anleger geschlossen worden, wenn sich die finanzierende Bank nicht auf das Bestehen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht berufen kann. Dies kann sie nicht, wenn sie die Nichtigkeit der Vollmacht kannte oder kennen musste. Für nach der Rechtsprechungsänderung des BGH Ende 2000 abgeschlossene Darlehensverträge ist davon auszugehen, dass die Bank die Nichtigkeit der Treuhändervollmachten kennen musste. Für vorher abgeschlossene Verträge ist nach Auffassung des IX. Zivilsenats ein Kennen-müssen ausgeschlossen, wenn die Treuhänder die Originalurkunden oder notarielle Abschriften dieser vorgelegt haben. Der II. Zivilsenat hingegen will aufgrund der besonderen Konstellation die Berufung auf die Anscheinsvollmacht ausschließen.

b) Nichtigkeit des Darlehensvertrages nach § 494 BGB

Der Darlehensvertrag könnte weiter nach § 494 Abs. 1 BGB (entspricht § 6 Abs. 1 VerbrKrG) nichtig sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist oder eine der in § 492 Abs.1 S. 5 Nr. 1 bis 6 BGB vorgeschriebenen Angaben fehlt. Danach sind unter anderem der Nettodarlehensbetrag, der Zinssatz, der effektive Jahreszins sowie der Gesamtbetrag aller vom

¹⁹⁵ Strohn, WM 2005, 1441, 1450.

¹⁹⁶ Bis zum 30.06.2008, gem. Art. 20 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007, BGBl. 2007 I S. 2840, 2860.

¹⁹⁷ Strohn, WM 2005, 1441, 1450.

¹⁹⁸ Bis zum 30.06.2008, gem. Art. 20 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007, BGBl. 2007 I S. 2840, 2860.

Darlehensnehmer zur Tilgung des Darlehens und Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen anzugeben.

Auch muss nach § 494 Abs. 1 Nr. 6 BGB (entspricht § 4 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 f VerbrKrG) die vom Verbraucher zu unterzeichnende, den Abschluss eines Darlehensvertrages betreffende Willenserklärung die Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird, angeben. Insbesondere bei der Angabe von Kosten für eine zur Tilgung des Darlehens bestimmte Lebensversicherung unterliefen den Banken Fehler, so dass bereicherungsrechtliche Rückgewähransprüche entstanden.¹⁹⁹

Eine Heilung der Nichtigkeit kommt nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB (entspricht § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG) dann in Betracht, wenn der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt. Der II. Zivilsenat des BGH nimmt hier jedoch an, dass die Darlehensvaluta nicht „empfangen“ oder in Anspruch genommen worden ist, wenn sie im Rahmen eines verbundenen Geschäftes von der Bank an die Fondsgesellschaft – wenn auch auf Veranlassung des Anlegers – ausgezahlt wird. Der Anleger soll allein den Geschäftsanteil empfangen haben.²⁰⁰ Auch der XI. Zivilsenat des BGH hat den Begriff „empfangen“ für den Bereich der Verbundgeschäfte – zunächst noch – in gleicher Weise ausgelegt.²⁰¹ Dabei besteht die unwiderlegliche Vermutung, dass der Darlehensvertrag ein solch verbundenes Geschäft mit dem Fondserwerb bildet, wenn sich der Darlehensgeber und der Fonds der gleichen Vertriebsorganisation bedienen.²⁰² Bei dem hier zu betrachtenden Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds ist dies regelmäßig der Fall, weil die Fondsvermittler in aller Regel auch den Darlehensvertrag vermittelt haben.

Mit einer Reihe von Urteilen am 25.04.2006²⁰³ setzte der XI. Zivilsenat des BGH gleichsam einen Kontrapunkt zum Urteilsbündel des II. Zivilsenats vom 14.06.2004. Darin wandte sich der XI. Zivilsenat explizit gegen die bisherige Aus-

¹⁹⁹ z.B. BGH, beck-online, BeckRS 2005 01015.

²⁰⁰ BGH, WM 2004, 1529, 1533, BGHZ 159, 294; BGH, WM 2004, 1536, 1540 unter expliziter Stellungnahme zur Rechtsprechung des XI. Senats, BGH, WM 2005, 843, 844; Strohn, WM 2005, 1441, 1451.

²⁰¹ BGHZ 152, 331, 336 f.; Strohn, WM 2005, 1441, 1451.

²⁰² BGH, DStR 2004, 1354, 1355; BGH, NJW 2004, 2731, 2734; BGH, DStR 2004, 1353.

²⁰³ BGH, NJW 2006, 1788; BGH, NJW 2006, 1957; BGH, NJW 2006, 1952; BGH, NJW 2006, 1955.

legung des Merkmals „Empfang der Darlehensvaluta“ des II. Zivilsenats. Demnach gilt die Darlehensvaluta auch dann als empfangen, mit der Folge, dass der Darlehensvertrag nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB gültig wird, wenn dem Kreditnehmer die Darlehensvaluta nicht direkt zugeflossen, sondern vertragsgemäß unmittelbar an einen Treuhänder zwecks Erwerbs eines Fondsanteils ausgezahlt worden ist.²⁰⁴ Das soll nach Auffassung des XI. Zivilsenats auch dann gelten, wenn Darlehensvertrag und Fondsbeitritt ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG darstellen.²⁰⁵ Eine Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen nach § 132 Abs. 2 GVG war nicht erforderlich, da der II. Zivilsenat nicht an seiner Rechtsprechung festhielt und sich die Senate geeinigt haben, dass die hier interessierenden Fallkonstellationen mit geschlossenen Immobilienfonds in die Primärzuständigkeit des XI. Zivilsenats fallen, da die darlehens- und verbraucher-kreditrechtlichen (und nicht die gesellschaftsrechtlichen) Rechtsfragen im Vordergrund stünden.²⁰⁶

Soweit also eine Angabe nach § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 bis 6 BGB im Darlehensvertrag fehlt und auch keine Heilung nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB eingetreten ist, ist der Darlehensvertrag nichtig. Eine Heilung durch Empfang des Darlehens liegt beim Erwerb von Anteilen an geschlossen Immobilienfonds nach der nunmehr maßgeblichen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH selbst dann vor, wenn (wie in aller Regel) der Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft mit dem Fondserwerb bildet und die Darlehensvaluta an die Fondsgesellschaft oder die Fondsbetreiber geflossen ist. Durch diese Klärung zwischen den Zivilsenaten des BGH, sind die Chancen vieler Anleger in bereits laufenden Gerichtsverfahren erheblich gesunken.

c) Rechtsfolgen

Der Anleger hat nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB gegen die Bank einen Anspruch auf Herausgabe des ohne Rechtsgrund „Erlangten“. Erlangt hat die Bank die vom Anleger gezahlten Zinsen und Tilgungsraten, die dieser auf den nichtigen Darlehensvertrag geleistet hat. Ebenso hat die Bank die Kosten, die der Anleger für den Darlehensvertrag aufgewendet hat, i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB erlangt. Hat der Anleger der Bank Sicherheiten bestellt, so kann er auch diese

²⁰⁴ BGH, NJW 2006, 1788; BGH, NJW 2006, 1957; BGH, NJW 2006, 1952; BGH, NJW 2006, 1955.

²⁰⁵ BGH, NJW 2006, 1788; BGH, NJW 2006, 1957; BGH, NJW 2006, 1952; BGH, NJW 2006, 1955.

²⁰⁶ Pressemitteilung des BGH vom 25.04.2006, www.bundesgerichtshof.de, Nr. 62/2006.

heraus verlangen. Insbesondere Lebensversicherungen hat die Bank auf den Anleger zurück zu übertragen.²⁰⁷

Im Gegenzug kann die Bank dasjenige zurückverlangen, was der Anleger aufgrund des Kreditvertrages erhalten hat. Dies war nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zunächst nur der Fondsanteil. Der Anleger sei nämlich nicht um die Darlehensvaluta, sondern nur um seine wirtschaftliche Beteiligung an dem Fonds bereichert worden. Soweit Ausschüttungen des Fonds an den Anleger geflossen sind, hat die Bank auch Anspruch hierauf.²⁰⁸ Nach der oben dargelegten Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH²⁰⁹ sind die Fälle, in denen der Anleger der Bank den Fondsanteils anstelle der Darlehensvaluta zurückgeben kann, eingeschränkt worden.

Steuervorteile sind hingegen keine Leistung der Bank oder auch nur des Fonds. Sie sind nach Auffassung des BGH auch kein Gebrauchsvorteil,²¹⁰ mit der Folge, dass sie von der Bank nicht heraus verlangt werden können.

Floß die Darlehensvaluta dagegen nicht an die Anleger, sondern beispielsweise auf ein von der Treuhänderin verwaltetes „Erwerbersonderkonto“²¹¹ und von dort aus an die Verkäuferin und anderen Beteiligten, so haben die Anleger aufgrund des unwirksamen Darlehensvertrags von der Bank oder auf Kosten der Bank nichts erlangt.²¹² Die Bank kann dann nur die Zuwendungsempfänger, nicht hingegen die Anleger auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen.²¹³

d) Verjährung

Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. unterliegt der Regelverjährung des § 195 BGB.²¹⁴ Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der anspruchsberechtigte

²⁰⁷ BGH, www.bundesgerichtshof.de, XI ZR 56/06, S. 2 a. E., S. 3 oben.

²⁰⁸ BGH, NJW 2004, 2736.

²⁰⁹ BGH, NJW 2006, 1788; BGH, NJW 2006, 1957; BGH, NJW 2006, 1952; BGH, NJW 2006, 1955.

²¹⁰ Strohn, WM 2005, 1441, 1451, 1448.

²¹¹ Wie beispielsweise im Sachverhalt der BGH-Entscheidung BGHZ 171, 1, 2, Rn. 3.

²¹² BGHZ 171, 1, 5 f. Rn 15.

²¹³ BGHZ 171, 1, 5 f. Rn 15.

²¹⁴ Palandt/Ellenberger, § 195 Rn. 5.

Anleger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Gläubigers Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Nach § 199 Abs. 4 BGB tritt die Verjährung unabhängig von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis in zehn Jahren von der Entstehung des Anspruchs an ein.

Wie bereits bei der Verjährung der Schadensersatzansprüche dargelegt,²¹⁵ ist dann, wenn sich die Verjährung nach der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB richtet, der Fristbeginn in Überleitungsfällen nach Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB zu berechnen.²¹⁶ Zwar würde der Wortlaut des Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 2 EGBGB vordergründig für eine objektive Beurteilung sprechen,²¹⁷ mit der Folge, dass die Ansprüche zum 31.12.2004 verjährt wären. Nach der für den Fristenvergleich maßgeblichen Regelung des Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 1 EGB „berechnet“ sich die Frist aber vom 01.01.2002 an, was den für die Fristberechnung maßgeblichen Beginn der Verjährung mit einschließt.²¹⁸ Weiter soll der Überleitungsgläubiger nicht schlechter gestellt werden, als dies jeweils bei einer isolierten Anwendung des alten oder des neuen Rechts der Fall wäre.²¹⁹

Nach Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB sind die Verjährungsvorschriften in der Fassung des BGB seit 01.01.2002 nur auf die Ansprüche anzuwenden, die an diesem Tag noch bestehen und noch nicht verjährt sind. Insbesondere bei Bereicherungsansprüchen, die auf rechtsgrundlos geleisteten Zinszahlungen beruhen, könnte die Verjährungsfrist schon abgelaufen sein. Denn der bereicherungsrechtliche Anspruch auf Rückzahlung rechtsgrundlos erbrachter Zinsen und Tilgungsleistungen unterlag der kurzen Verjährung des § 197 BGB a.F.,²²⁰ wenn diese periodisch fällig und dementsprechend bezahlt wurden.²²¹ Denn in diesem Fall entstand mit jeder Zahlung ein sofort fälliger und damit ein regelmäßig zeitlich

²¹⁵ Siehe oben unter B. I. 6. a) cc).

²¹⁶ BGHZ 171, 1.

²¹⁷ BGHZ 171, 1, 8 Rn. 24.

²¹⁸ BGHZ 171, 1, 8 Rn. 24.

²¹⁹ BGHZ 171, 1, 9 Rn. 27; als weiteres Argument war bereits oben unter B. I. 6. a) cc), die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Parallelproblem bei der Einführung des BGB genannt.

²²⁰ BGB in der Fassung vor dem 01.01.2002.

²²¹ BGH, NJW-RR 2008, 1224, 1225 Tz. 12.

wiederkehrender Bereicherungsanspruch.²²² War die kurze Verjährungsfrist des § 197 BGB a.F.²²³ von vier Jahren für den bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung rechtsgrundlos erbrachter Zinsen und Tilgungsleistungen am 01.01.2002 schon abgelaufen, sind die Verjährungsvorschriften in der Fassung des BGB seit 01.01.2002 nicht anwendbar und es kommt nicht auf die Entstehung des Anspruchs nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB oder die Kenntnis von den die Ansprüche begründenden Umständen nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB an.

aa) Entstehung des Anspruchs

Ein bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungsanspruch entsteht erst dann, wenn tatsächlich Zahlungen ohne Rechtsgrund geleistet werden. Damit kann die Verjährung nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit Ablauf des Jahres, in dem die Ansprüche entstanden sind, beginnen. Bei Ratenzahlungen auf einen nichtigen Darlehensvertrag verjähren die Ansprüche auf Rückzahlung der in einem Jahr gezahlten Raten somit drei Jahre nach Ende des Jahres, in dem sie gezahlt wurden.

Voraussetzung hierfür ist aber, dass nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auch Kenntnis von den die Ansprüche begründenden Umständen besteht.

bb) Kenntnis von den Umständen, die den Anspruch begründen

Soweit der Anspruch auf die Nichtigkeit der Treuhandvollmacht zurückzuführen ist, kommt der Verjährungsbeginn frühestens mit Ende des Jahres in Betracht, in dem der BGH seine Rechtsprechung geändert hat²²⁴, also mit Ende des Jahres 2000. Während der BGH²²⁵ auf den Einzelfall bezogen die Kenntnis²²⁶ oder fahrlässige Unkenntnis²²⁷ von den anspruchsbegründenden Umständen, also insbesondere der Nichtigkeit der Treuhandvollmacht überprüft, stellt das OLG Karlsruhe²²⁸ abstraktere Überlegungen an und gelangt so zu Aussagen für ganze Fall-

²²² BGH, NJW-RR 2008, 1224, 1225 Tz. 12 unter Verweis auf BGHZ 112, 352, 354; BGH, WM 2007, 731, 732 Tz. 20. Die kurze Verjährung nach § 197 BGB a.F. greift dagegen nach ihrem Sinn und Zweck nicht ein, wenn die Rückzahlung des Kapitals in selbständig abzuzahlenden Teilbeträgen erfolgt, BGH, NJW-RR 2008, 1224, 1225 Tz. 13 unter Verweis auf BGHZ 148, 90, 94.

²²³ BGB in der Fassung vor dem 01.01.2002.

²²⁴ BGHZ 145, 265, Urteil vom 28.09.2000.

²²⁵ BGHZ 171, 1, 10 f. Rn. 32 f.

²²⁶ BGHZ 171, 1, 10 f. Rn. 32.

²²⁷ BGHZ 171, 1, 11 Rn. 33.

²²⁸ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 392.

gruppen. Danach soll eine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Umständen, die die Treuhandvollmacht nichtig machen, regelmäßig nicht vor dem 01.01.2002 vorliegen.²²⁹ Erst nach der Entscheidung des BGH vom 28.09.2000²³⁰ und der Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf die kreditfinanzierten Immobilienbeteiligungen durch die BGH-Urteile vom 18.09.2001²³¹ und 11.10.2001²³² bzw. deren Veröffentlichung in den juristischen Fachzeitschriften, könne überhaupt von einer Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis ausgegangen werden.²³³

Bei der Verjährung der Bereicherungsansprüche stellt sich in besonderem Maße die Frage, ob möglicherweise das Wissen über die Umstände, die dem Bereicherungsanspruch zugrunde liegen, dem Gläubiger nach dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden kann. Denn die Treuhänderin hat das Wissen über die Umstände, die zur Nichtigkeit der Vollmacht führen – insbesondere die fehlende Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz²³⁴ – deutlich früher als der Gläubiger. Eine solche Wissenszurechnung kommt aber nach der Rechtsprechung des BGH zumindest in den Fällen der nichtigen Treuhandvollmacht nicht in Betracht.²³⁵ Der Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes, wonach die Rechtssuchenden vor der unsachgemäßen Erledigung ihrer rechtlichen Angelegenheiten geschützt werden sollen, lasse eine solche Wissenszurechnung gerade nicht zu.²³⁶

Für Ansprüche, die auf einer Nichtigkeit nach § 494 Abs. 1 BGB beruhen, kommt als Verjährungsbeginn frühestens der Ablauf des Jahres in Betracht, in dem der Darlehensvertrag abgeschlossen wurde.

²²⁹ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 392, 394.

²³⁰ BGHZ 145, 265.

²³¹ BGH, NJW 2001, 3774.

²³² BGH NJW 2002, 66.

²³³ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 392, 394.

²³⁴ Auch die Kenntnis von der fehlenden Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz gehört nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, WM 2008, 2158, 2162, Tz. 38) zu den Umständen, die für die Kenntnis des Bereicherungsanspruchs wegen der Unwirksamkeit der Vollmacht beim Abschluss des Darlehensvertrag notwendig sind.

²³⁵ BGHZ, 171, 1, 11 ff. Rn. 34 ff.

²³⁶ BGHZ, 171, 1, 13 Rn. 39.

Die Kenntnis von der Nichtigkeit oder die grob fahrlässige Unkenntnis hiervon wird beim Anleger jedoch nicht ohne weiteres anzunehmen sein. Denn der Anleger, der eine Vollmacht erteilt hat, geht typischerweise davon aus, dass der Vertreter einen wirksamen Darlehensvertrag abschließt. Wollte man weiter die Kenntnis des Anlegers von seinem bereicherungsrechtlichen Anspruch wegen Nichtigkeit nach § 494 Abs. 1 BGB bereits dann annehmen, wenn er den Darlehensvertrag abschließt, dann müsste man ihm eine genauere Kenntnis der Rechtslage unterstellen, als dies die Bank hat. Denn wenn die Bank davon ausgeht, dass der Darlehensvertrag nach § 494 Abs. 1 BGB nichtig ist, so würde sie ihn entsprechend ändern und ihm zur Gültigkeit verhelfen.

Die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Anlegers von seinem bereicherungsrechtlichen Anspruch wird man damit nicht ohne das Hinzutreten weiterer Tatsachen annehmen können. Somit wird die Verjährung regelmäßig erst mit Ablauf des Jahres beginnen, in dem der Anleger sich Gedanken über die Rückabwicklung des Fondsbeitritts macht (oder hätte machen müssen) und zumindest den Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz oder die fehlende Angabe im Darlehensvertrag wahrnimmt.²³⁷

e) Bewertung

Der bereicherungsrechtliche Rückgewähranspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB steht immer dann im Raum, wenn entweder ein Treuhänder ohne Vollmacht einen Darlehensvertrag abgeschlossen hat oder der Darlehensvertrag selbst unter einem Mangel nach § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 bis 6 BGB leidet und die Darlehensvaluta nicht an den Anleger geflossen ist. Nach den Urteilen des II. Zivilsenats des BGH vom 14.06.2004²³⁸ waren die Möglichkeiten der Anleger sich auf die Nichtigkeit des Darlehensvertrags zu berufen und dafür den Fondsanteil zurückzugeben erweitert worden. Durch die Urteile des XI. Zivilsenats des BGH

²³⁷ Welche zeitliche Dimension diese Kenntniserlangung annehmen kann, zeigt der Sachverhalt der dem Urteil des BGH in BGHZ 171, 1 zugrunde liegt: Das (letztlich unwirksame) Zwischenfinanzierungsdarlehen wurde am 20.12.1996 abgeschlossen. Kenntnis von der Nichtigkeit haben die Anleger erst im Laufe des Jahres 2004 erlangt, BGHZ 171,1, 6 f Rn. 18. Die Entscheidung des BGH erging am 23.01.2007.

²³⁸ BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 392/01; BGH, NJW 2004, 2731; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 385/02; BGH, NJW 2004, 2736; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 407/02.

vom 25.04.2006²³⁹ wurde diese Art der Rückabwicklung wieder eingeschränkt. Die Problematik der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB, die bereicherungsrechtliche Ansprüche häufig entwertet, kommt bei dem Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds nicht zum Tragen, da eine solche bei Banken in der Regel nicht gegeben ist.

2. Rückforderungsanspruch beim verbundenen Geschäft

Durch die Entscheidungen des BGH vom 14.06.2004²⁴⁰ wurde Anlegern, die aufgrund eines Verbraucherkreditvertrages in geschlossene Immobilienfonds investiert hatten, eine weitere Möglichkeit eingeräumt, sich von den Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag zu lösen und bereits gezahlte Kreditraten zurückzuerhalten. Die Entscheidungen des II. Zivilsenates des BGH sind noch zu § 9 VerbrKrG in der bis 30. September 2000 geltenden Fassung ergangen, dessen Regelungen in den §§ 358, 359 BGB übernommen wurden.

Ist danach der Anleger bei einem kreditfinanzierten Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds getäuscht worden, so kann er die ihm gegen die Gründungsgesellschafter und die sonst für die Täuschung Verantwortlichen zustehenden Schadensersatzansprüche auch gegenüber der Bank geltend machen, wenn der Fondsbeitritt und der Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9 VerbrKrG (nunmehr § 358 BGB) bilden.²⁴¹

Diese anlegerfreundliche Rechtsprechung des II. Zivilsenats wurde durch eine Reihe von Urteilen des XI. Zivilsenats des BGH zu einem Großteil wieder revidiert. Durch die Entscheidungen vom 25.04.2006 drückte der XI. Zivilsenat des BGH der Rechtsprechung zu den geschlossenen Immobilienfonds deutlich seinen Stempel auf und setzte gleichsam einen „Kontrapunkt“ zu den Entscheidungen des II. Zivilsenats. In der Folgezeit verweigerten einzelne Gerichte dem XI. Zivil-

²³⁹ BGH, NJW 2006, 1788; BGH, NJW 2006, 1957; BGH, NJW 2006, 1952; BGH, NJW 2006, 1955.

²⁴⁰ BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 392/01; BGH, NJW 2004, 2731; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 385/02; BGH, NJW 2004, 2736; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 407/02; den sog. Rückforderungsdurchgriff nach § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG hat der II. Zivilsenat schon zuvor angenommen, BGH, NJW 2003, 2821, 2823.

²⁴¹ BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 392/01; BGH, NJW 2004, 2731; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 385/02; BGH, NJW 2004, 2736; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 407/02.

senat die Gefolgschaft. So hat das OLG Stuttgart in seinem Urteil vom 14.11.2006²⁴² die Position des II. Zivilsenats des BGH aus seinen Urteilen vom 14.06.2004²⁴³ in bewusster Abweichung²⁴⁴ von der Position des XI. Zivilsenats des BGH²⁴⁵ vertreten.

Gleichwohl zeigt diese Haltung, welcher Riss durch die juristische Welt ging. Derleder spricht sogar vom „Schisma beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe“.²⁴⁶ Auf der einen Seite standen die Anleger mit ihren Rechtsanwälten, die eine Bestätigung ihrer Rechtsauffassung durch den II. Zivilsenat des BGH erhalten hatten. Auf der anderen Seite standen die Banken mit ihren Rechtsanwälten, die die Auffassung des II. Zivilsenats lange Zeit vergebens bekämpft hatten, bevor sich der XI. Zivilsenat des BGH ihrer Argumente annahm. Beim Zusammenprall der unüberbrückbar scheinenden Positionen behielt der XI. Zivilsenat des BGH, durch die Zuteilung der Immobilienfonds-Fälle zu seiner Primärzuständigkeit nach der Geschäftsverteilung,²⁴⁷ letztlich die Oberhand.

Abweichungen bestanden vor allem bei der Frage, ob es einen Rückforderungsdurchgriff in analoger Anwendung zu § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (jetzt § 358 Abs. 4 S. 3 BGB) gibt,²⁴⁸ wie weit die Ausnahme des Grundpfandrechtlich gesicherten Darlehens nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG (jetzt § 358 Abs. 3 S. 3 BGB) geht und welche Art von Ansprüchen der finanzierenden Bank entgegengehalten werden können.

a) Voraussetzungen

Der Fondsbeitritt und der Darlehensvertrag sind zwar grundsätzlich zwei rechtlich selbständige Geschäfte. Doch war der Verbraucher nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG (und ist jetzt nach § 359 S. 1 BGB) berechtigt, die Rückzahlung des Darlehens zu

²⁴² OLG Stuttgart, WM 2007, 203 ff.

²⁴³ BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 392/01.

²⁴⁴ OLG Stuttgart, WM 2007, 203, 205.

²⁴⁵ BGH, NJW 2006, 1955.

²⁴⁶ Derleder, NZM 2006, 449; ebenso Lechner, NZM 2007, 145, 151.

²⁴⁷ Pressemitteilung des BGH vom 25.04.2006, www.bundesgerichtshof.de, Nr. 62/2006; Goette, DStR 2006, 1099, 1100, zu diesem Zeitpunkt Richter des II. Zivilsenats am BGH.

²⁴⁸ bejahend: BGH, NJW 2003, 2821, 2823; ebenso BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2736, 2740; BGH, NJW 2004, 2731, 2734; verneinend: BGH, NJW 2008, 845.

verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn berechtigen würden, die Zahlung an den Unternehmer zu verweigern.

Dieser Einwendungsdurchgriff steht dem Verbraucher bei verbundenen Geschäften i.S.d. § 9 Abs. 1 VerbrKrG (jetzt § 358 Abs. 3 S. 1 BGB) zu.

Während der II. Zivilsenat des BGH den Rückforderungsdurchgriff in analoger Anwendung zu § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (jetzt § 358 Abs. 4 S. 3 BGB) entwickelte,²⁴⁹ sieht der XI. Zivilsenat des BGH die Rechtsgrundlage für das Rückzahlungsverlangen von an den Kreditgeber geleisteten Zahlungen der Anleger in § 813 Abs. 1 S. 1 BGB i.V. mit § 812 Abs. 1 S. 1 BGB.²⁵⁰

aa) Verbundenes Geschäft

Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag sind dann verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrages dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden.

(a) Fondsbeitritt als verbundenes Geschäft

Zwar ist ein Vertrag über den Beitritt zu einer Gesellschaft kein auf eine entgeltliche Leistung gerichtetes Geschäft. Der II. Zivilsenat des BGH geht jedoch davon aus,²⁵¹ dass auf einen Kredit zur Finanzierung einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft gemäß § 9 Abs. 4 VerbrKrG die Vorschriften des § 9 Abs. 1 bis Abs. 3 VerbrKrG (nunmehr § 358 Abs. 1 BGB) Anwendung finden.²⁵²

Der wirtschaftliche Zweck, der mit einem solchen Beitritt verfolgt wird und die Schutzbedürftigkeit des Anlegers rechtfertigen es, dass der Beitritt zu einer Anlagegesellschaft einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung gleichgestellt wird.²⁵³ Anders als der Beitritt zu einem Verein oder einer Genossenschaft,²⁵⁴

²⁴⁹ BGH, NJW 2003, 2821, 2823.

²⁵⁰ BGH, NJW 2008, 845.

²⁵¹ BGH, NJW 2004, 2731, 2733 unter Bezugnahme auf BGH, NJW 2003, 2821, 2822; ebenso BGH, NJW 2004, 2736 und BGH, NJW 2004, 2742; BGH NJW 2003, 3703.

²⁵² BGH, NJW 2004, 2731, 2733.

²⁵³ BGH, NJW 2004, 2731, 2733, unter Bezugnahme auf Staudinger/Kessal-Wulf, VerbrKrG, § 9 Rn. 45, die dort, wo gewichtige Interessen einzelner schutzwürdiger Personen bestehen, die Regeln über

geht es dem Anleger nicht in erster Linie darum, Mitglied des Verbandes zu werden.²⁵⁵ Er tritt der Anlagegesellschaft deshalb bei, weil es ihm vor allem darauf ankommt, Steuervorteile und Gewinne, die mit der Mitgliedschaft verbunden sind – gewissermaßen als Gegenleistung zu der Einlagezahlung – zu erhalten.²⁵⁶ Der Anleger ist nach Ansicht des II. Zivilsenats des BGH daher ebenso wie der an einem entgeltlichen Vertrag beteiligte Verbraucher davor zu schützen, dass er den Kredit auch dann in voller Höhe zurückzahlen muss, wenn Störungen im Rahmen des finanzierten Geschäfts auftreten.²⁵⁷ Dem widerspricht auch der XI. Zivilsenat des BGH nicht.

(b) Wirtschaftliche Einheit

Da nach § 358 Abs. 3 S. 2 BGB (entspricht § 9 Abs. 1, Abs. 4 VerbrKrG) insbesondere dann eine wirtschaftliche Einheit anzunehmen ist, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient, sind insbesondere in den Fällen, in denen die Banken den Fondsbetreibern ihre Kreditunterlagen überlassen haben, die Voraussetzungen des verbundenen Geschäfts gegeben. Der Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds und der zur Finanzierung dieses Beitritts abgeschlossene Kreditvertrag bilden jedenfalls dann ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9 VerbrKrG (in der bis 30. September 2000 geltenden Fassung), wenn sich der Fonds und die Bank derselben Vertriebsorganisation bedienen.²⁵⁸

Der Kreditgeber bedient sich also bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers oder des von diesem eingeschalteten Vermittlers.²⁵⁹ Eine solche Mitwirkung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Kreditvertrag nicht aufgrund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt.²⁶⁰

die fehlerhafte Gesellschaft begrenzen will. Für das gleiche Tatbestandsmerkmal in § 1 Abs. 1 HaustürWG BGHZ 133, 254, 261 f.; BGHZ 148, 201, 203.

²⁵⁴ BGH, NJW 2004, 2731, 2733, unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1997, 1069, 1070.

²⁵⁵ BGH, NJW 2004, 2731, 2734.

²⁵⁶ BGH, NJW 2004, 2731, 2734, BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

²⁵⁷ BGH, NJW 2004, 2731, 2734, BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

²⁵⁸ BGH, NJW 2004, 2742, 2743.

²⁵⁹ BGH, NJW 2008, 845, 846, Tz. 21.

²⁶⁰ BGH, NJW 2008, 845, 846, Tz. 21 und 23.

(c) Keine Ausnahmeregelungen

Während § 358 Abs. 3 S. 3 BGB eine Ausnahme von der Bewertung der Verträge als wirtschaftliche Einheit nur beim Erwerb eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts vorsieht,²⁶¹ war nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG und § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.²⁶² eine solche Bewertung bereits bei einem grundpfandrechtlich zu sichernden Kredit ausgeschlossen.²⁶³ Wurde diese grundpfandrechtliche Sicherung bereits weit vor dem Beitritt eines Anlegers zum geschlossenen Immobilienfonds bestellt (bspw. für eine Zwischenfinanzierung) und tritt der Anleger in eine solche schon vorhandene Sicherung ein, so ist nach Ansicht des II. Zivilsenats des BGH die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bzw. des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.²⁶⁴ nicht anwendbar.²⁶⁵

Gegen diese weite Zurückdrängung der Ausnahme des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG wendet sich der XI. Zivilsenat des BGH. Er sieht die Wertung des Kreditvertrages als ein mit dem Fondserwerb verbundenes Geschäft bereits dann nicht als gegeben an, wenn der Kreditnehmer ein bereits bestehendes Grundpfandrecht (teilweise) übernimmt.²⁶⁶ Diese zunächst nur für die Kreditverträge zur Finanzierung von Immobilien ergangene Rechtsprechung,²⁶⁷ hat der XI. Zivilsenat des BGH – insoweit abweichend von der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH²⁶⁸ – auch auf die Kreditfinanzierung eines Immobilienfondsbeitritts ausgedehnt.²⁶⁹

Zum einen tritt die Ausnahme des § 3 Abs. 2 S. 2 VerbrKrG bereits dann ein, wenn im Kreditvertrag die Verpflichtung zur Bestellung eines Grundpfandrechts besteht.²⁷⁰ Auf die tatsächliche Sicherung komme es daher nicht an. Auch sei der Grund für die Ausnahme nicht in der notariellen Belehrung zu sehen.²⁷¹ Denn die Bestellung eines Grundpfandrechts bedarf nicht der Belehrung nach § 17 Beur-

²⁶¹ Eine weitere Ausnahme gilt gemäß § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB noch bei dem – hier allerdings nicht einschlägigen – Erwerb von Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Edelmetallen.

²⁶² § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB i.d.F. v. 01.01.2002 bis 31.07.2002.

²⁶³ Strohn, WM 2005, 1441, 1444.

²⁶⁴ § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB i.d.F. v. 01.01.2002 bis 31.07.2002.

²⁶⁵ Strohn, WM 2005, 1441, 1445.

²⁶⁶ BGH, DStR 2006, 1087, 1088, Tz. 20.

²⁶⁷ BGH, NJW 2005, 664.

²⁶⁸ BGH, NJW 2004, 2736; BGH, NJW 2004, 2742, BGH NJW-RR 2005, 986.

²⁶⁹ BGH, DStR 2006, 1087, 1088, Tz. 22.

²⁷⁰ BGH, DStR 2006, 1087, 1088, Tz. 20.

²⁷¹ BGH, DStR 2006, 1087, 1088, Tz. 21.

kundungsgesetz (BeurkG), sondern kann formfrei erfolgen.²⁷² Vielmehr sei der Grund für die Ausnahme von der Einordnung als verbundenes Geschäft in der günstigen Verzinsung der Realkredite zu sehen, die nur wegen der Refinanzierungsmöglichkeit für solche Kredite möglich sei.²⁷³

Der vom II. Zivilsenat vertretenen Ansicht ist zuzugeben, dass sie den Zweck des Verbraucherkreditgesetzes, den Schutz bei der Aufnahme von Krediten, sehr weit verwirklicht. Allerdings bezweckt auch das Verbraucherkreditgesetz keinen absoluten Schutz. Die Ansicht des XI. Zivilsenats des BGH hält sich hingegen streng an den Wortlaut,²⁷⁴ fügt sich in die Gesetzesdogmatik besser ein und kann auch die Gesetzesbegründung²⁷⁵ für sich in Anspruch nehmen. Sie zieht die Grenzen des Verbraucherschutzes deutlich. Ihr ist daher insgesamt zuzustimmen.

bb) Einwendungsdurchgriff

Die Einwendungen aus dem Fondsbeitritt können der Bank im Rahmen des Darlehensvertrages als Einwendungen entgegengesetzt werden. Der Anleger kann gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (entspricht § 359 S. 1 BGB) die Rückzahlung des Darlehens insoweit verweigern, als ihm Ansprüche gegen die Gesellschaft zustehen.²⁷⁶ Darin erschöpfen sich die Wirkungen des § 9 Abs. 3 VerbrKrG (entspricht § 359 S. 1 BGB) jedoch nicht.²⁷⁷

(a) Ursprünglich erfasste Ansprüche

Der Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft, der durch eine arglistige Täuschung zu dem Gesellschaftsbeitritt veranlasst worden ist, kann seine Beitrittserklärung nicht mit Rückwirkung anfechten.²⁷⁸ Er ist auch nicht berechtigt, nach ei-

²⁷² BGH, DStR 2006, 1087, 1088, Tz. 21.

²⁷³ BGH, DStR 2006, 1087, 1088, Tz. 20.

²⁷⁴ So auch Lechner, NZM 2005, 921, 925.

²⁷⁵ BT-Drs. 11/5462, S. 11, wo nur von Realkrediten die Rede ist, und BT-Drs. 11/5462, S. 18, wo der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Vorschriften „auf grundpfandrechlich gesicherte Darlehen nicht passen, sofern sie zu für Realkredite üblichen Bedingungen (insbesondere hinsichtlich der Zinshöhe) gewährt werden“. Auch spricht die Gesetzesbegründung schon das im Absatz zuvor verwendete Argument des XI. Zivilsenats an, dass die günstige Verzinsung nur wegen der Refinanzierungsmöglichkeit gegeben sei, BT-Drs. 11/5462, S. 18.

²⁷⁶ BGH, NJW 2003, 2821, 2822; BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

²⁷⁷ BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

²⁷⁸ BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

ner ihm möglichen außerordentlichen Kündigung seiner Mitgliedschaft von der Gesellschaft Schadensersatz wegen der Täuschung durch den Initiator oder Rückzahlung seiner Einlage unabhängig von etwaigen in der Zwischenzeit entstandenen Verlusten zu verlangen.²⁷⁹ Nach den Grundsätzen des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts hat er gegen die Gesellschaft vielmehr nur einen Anspruch auf Zahlung seines Abfindungsguthabens nach dem Stand zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung.²⁸⁰ Diesen Anspruch kann er als Einwendung i.S. von § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (nunmehr § 359 S. 1 BGB) dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Bank entgegensetzen.²⁸¹ Das Kündigungsrecht kann der Anleger auch dadurch ausüben, dass er der Bank mitteilt, er sei durch Täuschung zu dem Fondsbeitritt veranlasst worden und ihr die Übernahme seines Gesellschaftsanteils anbietet.²⁸²

(b) Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs

Da der Anspruch auf das Abfindungsguthaben aber oft nur einen Bruchteil dessen wert ist, was der Anleger an Kreditverbindlichkeiten an die Bank zu leisten hat, ist diese Lösung für ihn häufig wirtschaftlich sinnlos. Auf der anderen Seite stehen ihm Schadensersatzansprüche gegen die Fondsbetreiber und Vermittler zu.

Der II. Zivilsenat des BGH kommt daher in seinen Urteilen vom 14.06.2004²⁸³ zu der Überlegung, dass letztlich auch nicht die Fondsgesellschaft als „Verkäufer“ gegenüber dem Anleger aufgetreten ist, sondern dass dies vielmehr die Gründungsgesellschafter des Fonds und die Initiatoren, die maßgeblichen Betreiber, Manager, Prospektherausgeber und sonst für den Anlageprospekt Verantwortlichen waren.²⁸⁴

²⁷⁹ BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

²⁸⁰ BGH, DStR 2004, 1354, 1355, unter Bezugnahme auf BGHZ 26, 330, 334 ff.

²⁸¹ BGH, DStR 2004, 1354, 1355, unter Bezugnahme auf BGH, DStR 2003, 2239; Westermann, ZIP 2002, 240, 242 ff.

²⁸² BGH, NJW 2004, 2742, 2743 unter Bezugnahme auf BGH, NJW 2003, 2821, 2823; anders noch BGH, NJW 2000, 3558, 3560.

²⁸³ BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 392/01; BGH, NJW 2004, 2731; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 385/02; BGH, NJW 2004, 2736; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 407/02.

²⁸⁴ BGH, DStR 2004, 1354, 1355; BGH, NJW 2004, 2731, 2734; BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2736, 2740; BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 407/02.

Nach den Ausführungen des II. Zivilsenats des BGH sind neben dem Vermittler auch die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter an dem Fondserwerb des Anlegers beteiligt. Dies deshalb, weil das die Personen sind, die letztlich für die Fondskonstruktion verantwortlich sind. Da die Bank diesen Personen auch die Vorbereitung der Darlehensverträge überlässt, sollen nach Ansicht des II. Zivilsenats des BGH diese Personen auch als Geschäftspartner des Anlegers im Rahmen des § 9 VerbrKrG (nunmehr § 359 BGB) anzusehen sein. Die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter sollen wegen ihres Beitrags zum Fondserwerb „wie ein Verkäufer“ zu behandeln sein.²⁸⁵ Die Ansprüche, die dem Anleger gegen die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter zustehen, soll er daher – nach Ansicht des II. Zivilsenats des BGH – ebenfalls gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (nunmehr § 359 S. 1 BGB) gegenüber der Bank geltend machen können.²⁸⁶

Da die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter bei vielen geschlossenen Immobilienfonds stark von der Fondsauflegung profitiert haben und nicht immer die nötige Transparenz haben walten lassen, hatten sich durch diese Auslegung des § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (nunmehr § 359 S. 1 BGB) den Anlegern gute Chancen eröffnet, auch gegen die finanzierende Bank Ansprüche mit Erfolg geltend machen zu können.

(c) Einschränkung der Ansprüche

Diese erweiterte Auslegung des § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (nunmehr § 359 S. 1 BGB) teilt der XI. Zivilsenat des BGH nicht. Nachdem die Fälle der geschlossenen Immobilienfonds wegen deren gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen im Rahmen der Geschäftsverteilung durch eine Anfrage an den II. Zivilsenat gelangt waren, dieser aber nun zur Auslegung von kreditrechtlichen Fragestellungen einen vom XI. Zivilsenat abweichenden Standpunkt vertrat, setzte der XI. Zivilsenat mit einer Rückkehr zur ursprünglichen Geschäftsverteilung dieser – häufig als „anlegerfreundlich“ bezeichneten – Rechtsprechung ein Ende.²⁸⁷

²⁸⁵ BGH, DStR 2004, 1354, 1355; BGH, NJW 2004, 2731, 2734; BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2736, 2740; BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 407/02.

²⁸⁶ BGH, NJW 2004, 2742.

²⁸⁷ Goette, DStR 2006, 1099, 1100, zu diesem Zeitpunkt Richter des II. Zivilsenats am BGH.

Nach Auffassung des XI. Zivilsenats können zwar die Ansprüche gegen den Vermittler der Fondsanlage, wenn er über die Fondsanlage arglistig getäuscht hat, bei einem verbundenen Geschäft der die Fondsanlage finanzierenden Bank entgegengehalten werden.²⁸⁸ Weitere Ansprüche gegen Gründungsgesellschafter, Fondsiniiatoren, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber können der Bank jedoch im Rahmen des § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (nunmehr § 359 S. 1 BGB) nicht entgegen gehalten werden.²⁸⁹

Täuschen die Gründungsgesellschafter oder Prospektverantwortlichen den Anleger aber arglistig über die Werthaltigkeit des Fondsanteils und hat die Bank hiervon positive Kenntnis, so besteht eine Aufklärungspflicht der Bank,²⁹⁰ deren Verletzung zu direkten Schadensersatzansprüchen des Anlegers gegen die Bank führen kann.²⁹¹

(d) Bewertung

Die Ansicht des XI. Zivilsenats ist im Ganzen betrachtet widerspruchsfreier als die des II. Zivilsenats. Der Vermittler der Fondsanlage ist derjenige, mit dem der Anleger in direkten Kontakt kommt. Er ist die Person, die bei einem Warenkauf auf Kredit am ehesten dem Verkäufer entspricht. Seinen Informationen vertraut der Anleger in aller Regel am meisten. Die Gründungsgesellschafter und Prospektverantwortlichen entsprechen beim finanzierten Warenkauf eher dem Hersteller. Wollte man aus ihrem Fehlverhalten Einwendungen gegenüber dem finanzierenden Kreditgeber herleiten, würden die Grenzen des VerbrKrG (bzw. der jetzigen Regelungen in §§ 358, 359 BGB) überdehnt. Gleichwohl kann die positive Kenntnis der finanzierenden Bank von der arglistigen Täuschung der genannten Personen über die Werthaltigkeit des Fondsanteils nicht ohne Folgen für die Bank bleiben. Diese Folgen sind aber innerhalb der Schadensersatzansprüche gegen die Bank zu ziehen. Die Einordnung in diese Dogmatik erscheint naheliegender und sachgerechter als die Lösung über eine erweiternde Auslegung des § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (nunmehr § 359 S. 1 BGB). Daher erscheint auch hier die Lösung des XI. Zivilsenats des BGH vorzugswürdig.

²⁸⁸ BGH, NJW 2006, 1955.

²⁸⁹ BGH, NJW 2006, 1955.

²⁹⁰ BGH, NJW 2003, 3272.

²⁹¹ BGH, NZM 2007, 100, 101 Tz. 16, siehe bereits oben, B. I. 3.

(e) Ergebnis zum Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG

Der II. Zivilsenat des BGH ließ im Wege des Einwendungsdurchgriffs im Verhältnis Anleger zur Bank sehr weitgehend nach § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (nunmehr § 359 S. 1 BGB) Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Anleger und Fonds zu, sofern der Kreditvertrag ein mit dem Fondserwerb verbundenes Geschäft darstellte. An dieser Rechtsprechung hielt der II. Zivilsenat auf Anfrage des XI. Zivilsenats des BGH nicht mehr fest, so dass nunmehr Schadensersatzansprüche gegen andere Personen als gegen den Vermittler – wegen dessen arglistiger Täuschung – nicht mehr als Einwendungen gegen den Kreditvertrag berücksichtigt werden können.

cc) *Bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch nach § 813 BGB*

Darüber hinaus konnte der Anleger dem Anspruch der Bank auf Rückzahlung des Kredites nicht nur die Einwendungen aus dem Fondserwerb entgegenhalten. Vielmehr war es dem Anleger nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH auch möglich, nach § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (nunmehr § 358 Abs. 4 S. 3 BGB) die bereits geleisteten Zahlungen auf den Kreditvertrag zurückzufordern. Dieser sogenannte „Rückforderungsdurchgriff“ bot mit den Urteilen des II. Zivilsenats des BGH vom 14.06.2004²⁹² eine Möglichkeit, die finanziellen Nachteile aus dem Erwerb von geschlossenen Immobilienfonds zu mindern. Auch der XI. Zivilsenat des BGH sieht bei – trotz des Bestehens von Einwendungen nach § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG (nunmehr § 359 S. 1 BGB) – geleisteten Zahlungen die Möglichkeit für den Verbraucher gegeben, diese Zahlungen von der Bank zurückzuverlangen.²⁹³ Diese Möglichkeit bestehe aber nicht nach § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (nunmehr § 358 Abs. 4 S. 3 BGB), sondern einzig nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB i.V. mit § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Dadurch, dass der XI. Zivilsenat den Anspruch nicht auf § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKredG (nunmehr § 358 Abs. 4 S. 3 BGB), sondern auf § 813 Abs. 1 S. 1 BGB stützt, soll sich an der Rechtsfolge des Rückforderungsdurchgriffs, der nun im Gewande des § 813 Abs. 1 S. 1 BGB steckt, nichts ändern. Dies stellt der XI. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 04.12.2007²⁹⁴ nochmals explizit klar. Er verweist sogar darauf, dass er die

²⁹² BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 392/01; BGH, NJW 2004, 2731; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 385/02; BGH, NJW 2004, 2736; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 407/02.

²⁹³ BGH, NJW 2008, 845.

²⁹⁴ BGH, NJW 2008, 845.

Rechtsfrage nicht dem großen Senat für Zivilsachen nach § 132 GVG vorlegen muss, da seine Rechtsprechung nur in der Begründung, nicht aber im Ergebnis von der des II. Zivilsenats zu § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (nunmehr § 358 Abs. 4 S. 3 BGB) abweicht.²⁹⁵

Der Anleger soll also nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats im Rahmen des § 813 Abs. 1 S. 1 BGB die gleiche Stellung erhalten, wie er sie nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats beim verbundenen Geschäft analog § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (nunmehr § 358 Abs. 4 S. 3 BGB) erhalten hätte, auch wenn die dogmatische Grundlage für den Anspruch im Bereicherungsrecht liegt.²⁹⁶

dd) Bewertung

Der II. Zivilsenat des BGH löste die Problematik der Rückforderung durch eine analoge Anwendung von § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (nunmehr § 358 Abs. 4 S. 3 BGB) in der zugehörigen Rechtsmaterie. Die Lösung des XI. Zivilsenats des BGH nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB führt dazu, dass keine Durchbrechung des Konditionenrechts stattfindet. Sie fügt sich widerspruchsfreier in die Gesamtrechtsordnung ein.

Bei genauerer Betrachtung sind die Unterschiede der beiden Lösungen nicht so erheblich, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Insbesondere verjähren sowohl der Anspruch aus § 813 Abs. 1 BGB, als auch der Anspruch analog zu § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG und § 358 BGB in der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB.

b) Rechtsfolgen

Der Anleger kann somit nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB, der die Anspruchsgrundlage des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB erweitert,²⁹⁷ die auf den Darlehensvertrag geleisteten Zahlungen zurückverlangen. Denn der Verbindlichkeit, die aus dem Darle-

²⁹⁵ BGH, NJW 2008, 845, 847, Tz. 32.

²⁹⁶ Gegen einen Rückforderungsdurchgriff analog zu § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG spricht sich aus: Schwab, ZGR 2004, 861, 885 ff., 901. Auch kritisch gegenüber einem Rückforderungsdurchgriff nach § 813 Abs. 1 BGB: Schwab, ZGR 2004, 861, 886 f., 901. Für einen Rückforderungsdurchgriff analog § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG, spricht sich aus: Schäfer, BKR 2005, 98, 104. Ebenso schon Schäfer, JZ 2004, 258, 260.

²⁹⁷ Palandt/Sprau, § 813 Rn. 1.

hensvertrag erwachsen ist, kann der Anleger eine dauernde Einrede entgegenhalten. Damit kann der Anleger selbst dann, wenn der Darlehensvertrag gegenüber der Bank wirksam geschlossen wurde (weil beispielsweise die Grundsätze der Anscheinsvollmacht zum Zug gekommen sind),²⁹⁸ die geleisteten Zahlungen auf die aus dem Darlehensvertrag resultierende Verbindlichkeit gegenüber der Bank nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB zurückfordern. Neben dem soeben erörterten Einwand, er habe gegenüber dem Vermittler der Fondsanlage einen Schadensersatzanspruch, kann der Anleger auch die Unwirksamkeit des Fondsbeitritts (beispielsweise wegen fehlender Vollmacht, die gegenüber der Fondsgesellschaft gerade nicht durch eine Anscheinsvollmacht geheilt wurde) als Einwendung vorbringen, die zur Rückforderung der auf die Verbindlichkeit geleisteten Zahlungen berechtigt. Ebenso kann der Anleger, nachdem er die Fondsbeteiligung – sei es gegenüber der Fondsgesellschaft oder gegenüber der Bank²⁹⁹ – gekündigt hat, die an die Bank erbrachten Leistungen nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB zurückfordern.

aa) Umfang des Rückgewähranspruchs

Bereits als Rechtsfolge des Einwendungsdurchgriffs nach § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG müssen die Anleger die Darlehensvaluta, die nicht an sie, sondern an den Treuhänder geflossen ist, der Bank nicht zurückzahlen.³⁰⁰ Umgekehrt können Anleger die Zahlungen in dem Umfang, in dem sie diese aufgrund des Einwendungsdurchgriffs nicht erbringen müssen, im Wege des Rückforderungsdurchgriffs nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB³⁰¹ zurückfordern. Der ihnen zustehende Anspruch gegen die Bank erfasst also die Rückgewähr, der von ihnen aufgrund des Darlehensvertrags erbrachten Leistungen.³⁰² Dies sind sowohl die erbrachten Zins- als auch Tilgungsraten.³⁰³

²⁹⁸ Der oben unter B. II. 1. erörterte Bereicherungsanspruch ist also nicht gegeben.

²⁹⁹ BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 392/01; BGH, NJW 2004, 2731; BGH, NJW 2004, 2742, 2743, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2736; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 407/02.

³⁰⁰ BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

³⁰¹ BGH, DStR 2004, 1354, 1355, unter Verweis auf BGH, DStR 2003, 2239, noch für § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG als Rechtsgrundlage.

³⁰² BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 392/01; ebenso Strohn, WM 2005, 1441, 1445 unter Verweis auf BGHZ 156, 46, 54f.; BGHZ 159, 280; BGH, WM 2004, 1518, 1520; BGH, WM 2004, 1525, 1527; BGH, BGHZ 159, 294; BGH, WM 2004, 1536, 1542; WM 2005, 547, 548; zustimmend Schäfer, JZ 2004, 258, 260.

³⁰³ BGH, NJW 2004, 2742, 2743.

bb) Gegenansprüche

Nach der zwischenzeitlich aufgegebenen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH konnte die durch den Rückforderungsdurchgriff in Anspruch genommene Bank die Übertragung der Fondsanteile verlangen.³⁰⁴ Eventuell vereinnahmte Gewinnanteile oder sonstige Leistungen des Fonds musste sich der Anleger im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen, ebenso Steuervorteile, denen keine Nachzahlungsansprüche des Finanzamts gegenüberstanden.³⁰⁵ Weiter konnte die Bank vom Anleger in einer entsprechenden Anwendung des § 255 BGB verlangen, dass dieser ihr Schadensersatzansprüche gegen Vermittler, Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber abtrat.³⁰⁶

Nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH ist der Anspruch des Anlegers nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB nicht um Steuervorteile des Anlegers zu mindern. Eine Anrechnung nach den schadensersatzrechtlichen Grundsätzen der Vorteilsausgleichung findet im Rahmen des Bereicherungsausgleichs nämlich grundsätzlich keine Anwendung.³⁰⁷ In der entsprechenden Situation bei der Rückabwicklung von Immobilienkaufverträgen kommt eine Verurteilung Zug-um-Zug gegen Abtretung des Anspruchs des Käufers der Immobilie auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Verkäufer nach Ansicht des XI. Zivilsenats des BGH nicht in Betracht.³⁰⁸ Übertragen auf den Erwerber eines Anteils an einem geschlossenen Immobilienfonds würde dies bedeuten, dass der Anspruch auf Abtretung des Abfindungsguthabens ebenfalls nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Bei der Rückabwicklung des Erwerbs einer Eigentumswohnung begründet der XI. Zivilsenat des BGH für den Fall der Nichtigkeit des Kauf- und des Darlehensvertrages seine Auffassung, dass der Darlehensgeber vom Darlehensnehmer nicht die Übertragung der finanzierten Eigentumswohnung verlangen kann, damit, dass der Darlehensnehmer das Eigentum vom Verkäufer erhalten hat und nicht vom

³⁰⁴ BGH, NJW 2004, 2742, 2743.

³⁰⁵ BGH, NJW 2004, 2742, 2743 unter Verweis auf BGH, NJW 2004, 2736, 2742 unter Verweis auf BGHZ 74, 103, 113 ff.; BGHZ 79, 337, 347; Loritz/Wagner, ZfIR 2003, 753.

³⁰⁶ BGH, NJW 2004, 2742, 2743 unter Verweis auf BGH, NJW 2004, 2736, 2742; BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 392/01.

³⁰⁷ BGH, WM 2008, 244, 247 Tz. 34 unter Verweis auf BGHZ 152, 307, 315 f.

³⁰⁸ BGH, WM 2008, 244, 247 Tz. 35.

Darlehensgeber.³⁰⁹ Weiter sei die Eigentumswohnung auch nicht als Nutzung oder Surrogat der Darlehensvaluta im Sinne des § 818 BGB anzusehen.³¹⁰ Der Anspruch des Verbrauchers auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Verkäufer einer Eigentumswohnung sei nicht ohne weiteres im Wege der bereicherungsrechtlichen Saldierung von Amts wegen zu berücksichtigen.³¹¹ Diese Grundsätze sind für den Bereicherungsanspruch des Anlegers, der Anteile an geschlossenen Immobilienfonds erworben hat, ebenfalls gültig, da die Vertragssituation insofern identisch ist. Auch hier bestehen zwei Verträge, die nach Wirksamkeit und Rechtsfolgen grundsätzlich getrennt zu beurteilen sind, auch wenn die Regelungen über das verbundene Geschäft anwendbar sind.³¹² Somit findet auch beim Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds keine Saldierung des Bereicherungsanspruchs des Anlegers gegen die Bank mit dem Anspruch der Bank auf Abtretung des Abfindungsguthabens statt.

Für den Fall, dass der Darlehensvertrag wirksam und nur das finanzierte Geschäft nichtig ist, ist der Kreditgeber ebenfalls gehalten, seinen Anspruch auf Abtretung des Kondiktionsanspruchs aktiv geltend zu machen.³¹³ Gleiches muss bei geschlossenen Immobilienfonds für den Anspruch auf Abtretung des Abfindungsguthabens gelten.

Beim kreditfinanzierten Erwerb einer Eigentumswohnung ist ein Anspruch des Kreditgebers auf Herausgabe des finanzierten Gegenstands gegeben, wenn der Kreditgeber Sicherungseigentum an dem Gegenstand hat.³¹⁴ Wenn also für eine sicherungsübereignete Ware der Anspruch auf Herausgabe besteht, so muss der Anspruch auch für einen zur Sicherheit abgetretenen Anteil an einem geschlossenen Immobilienfonds bestehen. Denn der Anleger ist zwar wie der Waren erwerbende Verbraucher zu schützen,³¹⁵ jedoch muss er sich auch Gegenansprüche der finanzierenden Bank ebenso wie dieser entgegenhalten lassen. Aber auch für den Fall, dass die Anteile nicht als Sicherheit gedient haben, etwa weil

³⁰⁹ BGH, WM 2008, 244, 247 Tz. 36.

³¹⁰ BGH, WM 2008, 244, 247 Tz. 36.

³¹¹ BGH, WM 2008, 244, 247 Tz. 37.

³¹² BGH, WM 2008, 244, 247 Tz. 36.

³¹³ BGH, WM 2008, 244, 247 Tz. 40.

³¹⁴ BGH, WM 2008, 244, 247 Tz. 41 unter Berufung auf MünchKommBGB/Habersack, § 359 Rn. 67; Erman/Saenger, BGB, § 359 Rn. 4; Palandt/Grüneberg, § 359 Rn. 7; Emmerich in Westphalen/Emmerich/Rottenburg, VerbrKrG, § 9 Rn. 171.

³¹⁵ BGH, NJW 2004, 2731, 2734, BGH, DStR 2004, 1354, 1355.

die Ansprüche aus einer Kapitallebensversicherung als Sicherheit abgetreten waren, können dem Anleger die Anteile unter bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verbleiben. Insofern besteht bei geschlossenen Immobilienfonds ein Anspruch der Bank auf Abtretung der Anteile an dem Fonds.

Weiter muss auch in der bereicherungsrechtlichen Abwicklung³¹⁶ die Bank einen Anspruch auf Abtretung der Schadensersatzansprüche gegen Vermittler, Gründungsgesellschafter, Fondsiniiatoren, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber haben. Zwar kann der Anleger diese Ansprüche mit Ausnahme derjenigen gegen den arglistig täuschenden Vermittler der Bank nicht mehr als Einwendungen im Sinne des § 813 Abs. 1 S. 1 BGB entgegenhalten.³¹⁷ Jedoch soll der Anleger, wenn er sämtliche von ihm an die Bank erbrachten Leistungen über § 813 Abs. 1 S. 1 BGB zurück erhält, nicht um die Schadensersatzansprüche gegen Vermittler, Gründungsgesellschafter, Fondsiniiatoren, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber bereichert sein.

Für den Fall des Warenkaufs, in dem der Verbraucher der Bank die Schadensersatzansprüche gegen den Unternehmer entgegenhalten kann, sollen diese Ansprüche mit Leistung der Bank an den Verbraucher entweder erlöschen oder in analoger Anwendung des § 426 Abs. 2 BGB auf die Bank übergehen.³¹⁸ Diese Folge kann aber bei der Konstellation von geschlossenen Immobilienfonds nicht zutreffend sein. Ein Erlöschen der Ansprüche ist bei schädigenden oder ihre Rolle überschreitenden Vermittlern, Gründungsgesellschaftern, Fondsiniiatoren, maßgeblichen Betreiber, Managern und Prospektherausgebern nicht angebracht. Der Bank, die die Leistungen an den Anleger erbringen muss, soll zumindest die Möglichkeit eröffnet werden, gegen die Vermittler, Gründungsgesellschafter, Fondsiniiatoren, maßgeblichen Betreiber, Manager und Prospektherausgeber vorzugehen. Sollten diese zu Unrecht, etwa wegen einer weit reichenden Beteiligung der Bank an der Fondskonstruktion, in Anspruch genommen werden, so müssen sie ihre Argumente im Verhältnis zur Bank vorbringen und sie ihr entgegenhalten.

³¹⁶ Wie schon in der Lösung des II. Zivilsenats, der sich auf den Gedanken des Vorteilsausgleichs nach § 255 BGB stützte.

³¹⁷ BGH, NJW 2006, 1955; anders noch: BGH, NJW 2004, 2735, II ZR 392/01; BGH, NJW 2004, 2731; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 374/02; BGH, NJW 2004, 2742, II ZR 407/02.

³¹⁸ Erman/Saenger, BGB, § 359 Rn. 11 a. E.

Eine Gleichstufigkeit der Leistungsverpflichtung von Bank einerseits und Vermittlern, Gründungsgesellschaftern, Fondsinitiatoren, maßgeblichen Betreiber, Managern und Prospektherausgebern andererseits liegt nicht vor, so dass mangels Gesamtschuld auch kein Ausgleich nach § 426 Abs. 2 BGB durchzuführen ist. Auch § 255 BGB kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, wonach der Geschädigte, der von einem Dritten vollen Ersatz verlangen kann, zur Abtretung seiner Ansprüche gegen den Schädiger an den Dritten verpflichtet ist. Denn der Anspruch des Anlegers gegen die Bank aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB ist gerade kein Schadensersatzanspruch.

Somit kommt letztlich als Anspruchsgrundlage für den Anspruch der Bank auf Abtretung der Schadensersatzansprüche nur die Nichtleistungskondition in Form der Rückgriffskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB in Betracht. Die Schadensersatzansprüche beruhen auch nicht auf einer Leistung der Bank, wobei der Anleger jedoch auf Kosten der Bank, die alle Leistungen zurückgezahlt hat, um eben diese Ansprüche bereichert ist. Daher ist der Anspruch auf Abtretung dieser Ansprüche auf § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB zu stützen.

Aufgrund dieses Anspruchs nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB ist der Anleger verpflichtet, sämtliche ihm zustehenden Schadensersatzansprüche abzutreten. Dabei sind Ansprüche des Anlegers gegen den Vermittler aus c.i.c. und Delikt ebenso erfasst wie die Prospekthaftungsansprüche des Anlegers gegen die Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, maßgeblichen Betreiber, Manager und Prospektherausgeber.

cc) *Bewertung*

Der Bank steht ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Abtretung des Fondsanteils und auf Abtretung der Schadensersatzansprüche gegen die Beteiligten aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB zu. Dieser kann bei der Frage, ob es sich um eine noch nicht erbrachte Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO handelt, Bedeutung erlangen.

c) *Verjährung*

Angesichts der umfassenden Ansprüche, mit denen sich die finanzierende Bank aus dem Rückforderungsdurchgriff konfrontiert sieht, stellt sich für die Bank in ganz besonderem Umfang die Frage, wie lange sie mit einer Inanspruchnahme

rechnen muss und ab wann sie mit Aussicht auf Erfolg die Einrede der Verjährung erheben kann. Dabei können einmal die Einwendungen entfallen sein, so dass es schon deshalb an einem Rückforderungsdurchgriff nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB fehlt. Zum anderen kann der Anspruch aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB verjährt sein.

aa) Einwendungen

Ist der Fondsbeitritt unwirksam (beispielsweise wegen fehlender Vertretungsmacht) oder hat der Anleger das Kündigungsrecht gegenüber der Fondsgesellschaft oder gegenüber der finanzierenden Bank³¹⁹ ausgeübt, so ist der Anspruch auf Rückforderung aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB entstanden. Jedoch könnte es bereits dann an einem Anspruch aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB fehlen, wenn die Einwendung, die Voraussetzung für diesen Anspruch ist, ihrerseits verwirkt oder verjährt ist.³²⁰

Der Anleger wendet üblicherweise gegenüber der Bank ein, er sei berechtigt, die Zahlung zu verweigern, weil er gegenüber der Gesellschaft das Recht habe, die Beteiligung zu kündigen und das Abfindungsguthaben von der Gesellschaft verlangen zu können. Weiter könnte er einwenden, gegenüber dem Vermittler der Anlage einen Schadensersatzanspruch zu haben und deswegen berechtigt zu sein, die Leistung gegenüber der Bank zu verweigern.

Die Einwendungen unterliegen nicht der Verjährung, da nach § 194 BGB nur Ansprüche der Verjährung unterliegen. Gleichwohl können Einwendungen wegen Verwirkung ausgeschlossen sein.³²¹ Dabei ist zur Verwirkung, neben des Zeitablaufes die Untätigkeit des Anspruchsinhabers über einen gewissen Zeitraum hinweg ("Zeitmoment") erforderlich, so dass sich der Anspruchsgegner bei objektiver Betrachtung darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, jener werde von seinem Recht nicht mehr Gebrauch machen ("Umstandsmoment"), und die verspätete Geltendmachung daher gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt.³²²

³¹⁹ BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 392/01, BGH, NJW 2004, 2731, 2735 unter Verweis auf BGH, NJW 2003, 2821.

³²⁰ Ansprüche aus dem Rückforderungsdurchgriff bleiben zunächst außer Betracht (dazu sogleich im nächsten Gliederungspunkt), da sie das Bestehen von Einwendungen voraussetzen.

³²¹ BGH, NJW 2004, 2742, 2743.

³²² BGH, NJW 2003, 2821, 2823; BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 392/01; BGH, NJW 2004, 2731, 2735.

(a) Kündigungsrecht

Wurde das Kündigungsrecht bereits gegenüber dem Geschäftsführer des Immobilienfonds ausgeübt, so stellt sich die Frage der Verwirkung nicht.³²³ Weiter kann das Kündigungsrecht im Falle eines verbundenen Geschäfts auch dadurch ausgeübt werden, dass der getäuschte Anleger lediglich dem Finanzierungsinstitut mitteilt, er sei durch Täuschung zum Erwerb der Beteiligung veranlasst worden und ihm die Übernahme seines Gesellschaftsanteils anbietet.³²⁴ Dann ist der Zeitpunkt, in dem der Anleger gegenüber der Bank seine Zahlungen eingestellt und die Übertragung ihrer Gesellschaftsanteile angeboten hat, für die Frage der Verwirkung entscheidend.³²⁵ Auch aus diesem Grund ist ein frühzeitiges Anschreiben an die Bank, in dem Zug-um-Zug die Übertragung der Anteile angeboten wird, bedeutsam.³²⁶

(b) Schadensersatzansprüche

Auch der Schadensersatzanspruch des Anlegers gegen den Vermittler kann der Bank entgegengehalten werden.³²⁷

Die Frage, wie sich eine Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen den Vermittler auf den Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff auswirkt, hatte der II. Zivilsenat bisher noch nicht zu entscheiden.³²⁸ Allerdings äußert sich der II. Zivilsenat dahingehend, dass er dann, wenn die Ansprüche *verwirkt* sind, diese Ansprüche wohl nicht mehr als durchgreifende Einreden ansehen würde.³²⁹ Nach dem Wechsel der Zuständigkeit vom II. zum XI. Zivilsenat des BGH ist diese Frage nicht mehr von so entscheidender Relevanz, wie sie es war, als nicht nur die Ansprüche gegen den Vermittler, sondern auch noch die Ansprüche gegen die Fondsbetreiber und sonstigen Verantwortlichen der Bank entgegengehalten wer-

³²³ BGH, NJW 2004, 2742, 2743.

³²⁴ BGH, www.bundesgerichtshof.de, II ZR 392/01, BGH, NJW 2004, 2731, 2735 unter Verweis auf BGH, NJW 2003, 2821.

³²⁵ BGH, NJW 2004, 2742, 2743.

³²⁶ Erklärt der Anleger, wenn er anwaltlich beraten ist, hingegen, dass er die Immobilienfondsbeteiligung wegen der Steuervorteile behalten will, dürfte das Kündigungsrecht „entfallen“ sein, BGH, beck-online, BeckRS 2007 04944 Tz. 21.

³²⁷ BGH, NJW 2006, 1955.

³²⁸ Strohn, WM 2005, 1441, 1446 unter Verweis auf OLG Schleswig WM 2005, 1173, 1177f.

³²⁹ BGH, DStR 2004, 1354, 1356, BGH, NJW 2004, 2731, 2735.

den konnten. Wahrscheinlich wird diese Frage daher nicht mehr vom BGH zu klären sein. Sollte sie dennoch zu klären sein, so steht nicht zu erwarten, dass der XI. Zivilsenat hier eine andere Auffassung³³⁰ vertreten würde, als dies der II. Zivilsenat in seinen Urteilen angedeutet hat.

bb) Rückforderungsdurchgriff

Da auch der Rückforderungsdurchgriff nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB der regelmäßigen Verjährung des § 195 BGB unterliegt, kommt es für den Beginn der Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB neben der Entstehung des Anspruchs wiederum auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Anlegers von der Person des Schuldners und den Umständen, die den Anspruch begründen, an.

Der BGH greift für den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die nach § 199 Abs. 2 Nr. 1 BGB notwendige Kenntnis hat, weitgehend auf seine Rechtsprechung zu § 852 Abs. 1 BGB a.F. zurück. Danach muss dem Anspruchsberechtigten die Erhebung einer Feststellungsklage Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich sein.³³¹ Rechtsunkenntnis kann im Einzelfall bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage den Verjährungsbeginn hinausschieben.³³²

Die Umstände, auf denen der Rückforderungsanspruch beruht, können je nach Fallgestaltung die Unwirksamkeit des Fondsbeitritts, die ausgeübte Kündigung der Fondsbeteiligung oder der Schadensersatzanspruch gegen den Vermittler der Kapitalanlage sein.

Die Kenntnis von der Unwirksamkeit des Fondsbeitritts (beispielsweise wegen des Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetzes) oder die Kenntnis vom Schadensersatzanspruch gegen den Vermittler der Kapitalanlage dürfte bei den Anlegern nicht ohne weiteres vorhanden sein. Diesen Umständen liegen rechtliche Würdigungen zugrunde, die nicht ohne weiteres als bekannt angesehen werden können. Ebenso wird dies bei der Kündigung der Fondsbeteiligung sein.

³³⁰ Die Auffassung, dass auch verwirkte Ansprüche der Bank entgegengehalten werden könnten, wäre überaus „bankenfeindlich“ – eine Tendenz, die man dem XI. Senat bislang nicht nachsagen konnte.

³³¹ BGH, WM 2008, 2155, 2156, Tz. 14 unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung, BGH, NJW 2004, 510, BGH, WM 2008, 1346, 1349, Tz. 27.

³³² BGH, WM 2008, 2155, 2156, Tz. 15 unter Verweis auf BGHZ 138, 247, 252; BGHZ 150, 172, 186; BGHZ 160, 216, 231f.; m.w.N.

Denn die Rechtsfolgen, die sich aus der Kündigung ergeben, muss der Anleger nicht alle kennen.

Solange der Anleger keine Kenntnis über die Unwirksamkeit des Fondsbeitritts oder über den Schadensersatzanspruch gegen den Vermittler hat, ist auch keine Kenntnis über die Umstände vorhanden, die zum Rückforderungsanspruch führen. Insoweit wird man wohl auch Rechtskenntnis über die Unwirksamkeit des Fondsbeitritts oder den Schadensersatzanspruch fordern müssen.

Weiter muss der Anleger von der Person des Schuldners Kenntnis haben. Der Anleger muss also wissen, dass er gegen die finanzierende Bank einen Rückforderungsanspruch hat. Auch dies dürfte nur dann der Fall sein, wenn der Anleger sich über die Folgen der Rechtsprechung klar ist. Sonst kann ihm nicht bewusst sein, dass ihm gegenüber der Bank überhaupt ein Anspruch zusteht.

Aus diesen Tatsachen ist zu folgern, dass man die Kenntnis von den Umständen des Anspruchs und der Person des Schuldners nicht schon ohne weiteres annehmen kann, bevor der Anleger anwaltlich beraten ist.³³³

Erst ab diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährungsfrist für den Rückforderungsdurchgriff zu laufen.

Da der Zeitraum bis zur Kenntnis der Person des Schuldners und den Umständen des Rückforderungsanspruchs unter Umständen recht lange sein kann, kommt der „Höchstfrist“ des § 199 Abs. 4 BGB von zehn Jahren seit Entstehung des Anspruchs in den meisten Fällen wohl die entscheidende Bedeutung zu. Der Rückforderungsanspruch nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB dürfte somit in einem Großteil der relevanten Fälle in zehn Jahren seit seiner Entstehung verjähren.

d) Bewertung

aa) *Verhalten des Anlegers*

Über den Einwendungsdurchgriff kann der Anleger der Bank seine Ansprüche entgegenhalten. Dies sollte der Anleger auch tun und die Zahlungen auf den Kre-

³³³ Auf die anwaltliche Vertretung der Anleger als Kriterium für die Kenntnis oder das Kennen-müssen stellt auch der BGH ab, BGH, beck-online, BeckRS 2007 04944 Tz. 21.

ditvertrag verweigern. Die Bank wird dann in aller Regel den Darlehensvertrag wegen Verzugs kündigen und den gesamten Restbetrag zur Zahlung fällig stellen. Bleibt der Anleger auch hierauf bei seiner Rechtsauffassung, wonach er der Bank nur die Übertragung der Anteile schulde, wird die Bank Schritte zu einer gerichtlichen Klärung unternehmen. In dem anschließenden gerichtlichen Verfahren kann der Anleger seine Ansprüche auf Zahlung von Zinsen und Kosten sowie weiterer Schadenspositionen im Wege der Widerklage geltend machen.

Dabei hat der Anleger den Vorteil, dass die Bank in der klagenden Position ist, und sich zu der Wirksamkeit der Verträge äußern muss. Für die übrigen Ansprüche befindet sich der Anleger in der für ihn günstigen Position des Widerklägers. Insbesondere muss er hier keinen Gerichtskostenvorschuss leisten. Im Hinblick auf die Rückerstattung von gezahlten Zinsen und Tilgungsraten muss sich der Anleger noch keine Gedanken über die Verjährung von Ansprüchen machen, wenn er diese nun erstmals geltend macht.

Allerdings sollte der Anleger vor einem gerichtlichen Verfahren gegenüber der Bank deutlich machen, warum er seine Zahlungen verweigert, welche Ansprüche er gegen die Bank stellt und dass er der Bank die Übernahme des Anteils anbietet.

Somit liegt die Begründungspflicht für die Ansprüche bei denjenigen, die den Anleger häufig nicht nur nicht ordnungsgemäß belehrt, sondern darüber hinaus auch noch getäuscht haben.

bb) Verjährung

Aufgrund der Vorschrift des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, der auf die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Anspruchsinhabers abstellt, liegt der Verjährungsbeginn für Rückforderungsansprüche der Anleger für die Banken häufig „im Dunkeln“. Sie können nur schwer erkennen, wann der einzelne Anleger von seinem Rückforderungsanspruch Kenntnis erlangt hat. Eine generelle grob fahrlässige Unkenntnis, die beispielsweise an Berichterstattungen in den Medien anknüpft, wird man wohl nicht annehmen können. Zwar wurden viele Berichte zu den Themen „Schrottimmobilien“ und „Geschlossene Immobilienfonds“ publiziert. Jedoch ist für den Anleger immer seine jeweilige Situation entscheidend. Solange er keine Hinweise darauf hat, dass er die von ihm an die Bank geleisteten Zah-

lungen nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB zurückfordern kann, wird man im Ignorieren von Presseberichten keine grobe Fahrlässigkeit bei der fehlenden Kenntnis annehmen können.

Gleichwohl sollte der Anleger versuchen, möglichst frühzeitig seine Ansprüche nicht nur gegen die finanzierende Bank, sondern, wo dies wirtschaftlich sinnvoll ist, auch gegen die Fondsbetreiber geltend zu machen. So ist ein Aspekt, der für eine frühzeitige Geltendmachung spricht, die Tatsache, dass mit zunehmendem zeitlichen Abstand häufiger Beweisprobleme auftreten.

Hat die Bank hingegen den Darlehensvertrag gekündigt, so ist sie diejenige, die den Eintritt der Verjährung in erster Linie abwenden muss.

cc) Gegenleistung

Die Situation der den Fondsbeitritt finanzierenden Bank erscheint besonders unbefriedigend. Die Bank muss vielfach auf das ausgereichte Kapital verzichten und darüber hinaus die vereinnahmten Zinsen zurückerstatten. Als Gegenleistung erhält sie lediglich die Anteile, die dem Anleger wirtschaftlich wertlos erscheinen. Dies vor allem deswegen, weil es an einem Markt, an dem die Anteile handelbar sind, meist fehlt³³⁴ und ein einzelner Anteil zur Anzahl aller Anteile ein geringes Gewicht hat. Anders als die einzelnen Anleger können die Banken jedoch eine größere Anzahl an Anteilen erwerben oder müssen möglicherweise auch eine größere Anzahl an Anteilen „zurücknehmen“. Damit wird es aber für die Bank zunehmend interessanter sich alle Anteile an einem Immobilienfonds – möglicherweise auch im Rahmen von Vergleichsverhandlungen mit weiteren Anlegern – zu sichern, um schließlich die Gesellschaft aufzulösen und die Immobilie der Gesellschaft frei zu verwerten.

Je größer der Ansturm der Anleger auf die einzelnen Banken wird, desto interessanter dürfe die Anteilsübertragung als Gegenleistung werden.

³³⁴ Bultmann, „Viele Ansprüche sind noch nicht verjährt“, Berliner Zeitung, 30.04.2005. Mit der Zeit entwickeln sich aber auch für Anteile an geschlossenen Immobilienfonds „Märkte“ wie beispielsweise unter www.fondsboersedeutschland.de bzw. www.zeitmarkt.de, so Richter, Die Bank 10/2005, S. 20. Dabei handelt es sich jedoch (noch) weniger um einen funktionierenden Markt als um die Organisation von einzelnen An- und Verkaufswünschen.

3. Rückgewähranspruch nach §§ 346, 357 BGB nach Widerruf

Eine weitere Möglichkeit, sich von dem als unvorteilhaft erkannten Geschäft zu lösen, besteht für Anleger in dem Widerruf der Willenserklärungen, die zu den als nachteilig empfundenen Verträgen geführt haben. Durch den Widerruf der Willenserklärung wird das jeweilige Vertragsverhältnis in ein gesetzliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt.³³⁵ Diese Möglichkeit wurde für eine große Zahl von Anlegern interessant, da hier die Möglichkeit besteht, sich von den Verträgen selbst dann zu lösen, wenn keine Aufklärungspflichten verletzt wurden oder sich eine solche Verletzung nicht beweisen ließ.

Dabei kommt sowohl der Widerruf der auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung, als auch der auf Abschluss des Fondsbeitritts gerichteten Willenserklärung in Betracht.

a) Widerruf der auf den Darlehensvertrag gerichteten Willenserklärung

aa) *Darlehensvertrag wurde nach dem 01.08.2002³³⁶ geschlossen*

Nach der seit 01.08.2002 geltenden Gesetzeslage³³⁷ steht dem Darlehensnehmer eines Verbraucherkreditvertrages gemäß § 495 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu. Dieses erlischt nach § 355 Abs. 3 S. 3 BGB³³⁸ nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist. Besteht für den Verbraucherdarlehensvertrag zugleich ein Widerrufsrecht nach § 312 BGB, weil der Verbraucherdarlehensvertrag zugleich ein Haustürgeschäft ist, so geht gemäß § 312a BGB das Widerrufsrecht des § 495 BGB vor.³³⁹ Dies gilt jedoch nur, soweit nicht für den verbundenen Fondsbeitritt ebenfalls ein Widerrufsrecht (etwa nach §§ 312, 355 BGB) besteht, da in diesem Falle nach § 358 Abs. 2 S. 2 BGB das Widerrufsrecht für den Darlehensvertrag aus § 495 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist.

³³⁵ Palandt/Grüneberg, § 357 Rn. 2.

³³⁶ Die Formulierung „nach dem 01.08.2002“ orientiert sich streng an Art. 229 § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EGBGB, obgleich auf die „in der seit 01. August 2002 geltenden Fassung“ nach Art. 229 § 9 Abs. 1 S. 1 EGBGB abgestellt wird.

³³⁷ Palandt/Weidenkaff, Vorb v § 491–498 Rn. 4.

³³⁸ Ab 11.06.2010: § 355 Abs. 3 S. 2 BGB, Palandt/Grüneberg, § 355 Rn. 24.

³³⁹ Palandt/Grüneberg, § 312a Rn. 1.

Die Belehrung über das Widerrufsrecht nach §§ 355 Abs. 2, 495 BGB dürfte bei den neueren (etwa ab dem Jahr 2002 abgeschlossenen) Verbraucherdarlehensverträgen in der Praxis überwiegend ordnungsgemäß erfolgt sein; unter anderem deshalb, da sich die Banken auf die Muster der Anlage zu § 14 BGB-InfoV stützen können³⁴⁰ und dies in der Regel auch tun. Damit ist davon auszugehen, dass in der Praxis die Widerrufsfrist tatsächlich nach zwei Wochen ab Zugang der Belehrung gemäß § 355 Abs. 2 BGB abgelaufen ist. Falls der Verbraucher hingegen nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, erlischt gemäß § 355 Abs. 3 S. 3 BGB³⁴¹ das Widerrufsrecht nicht.

Diese Gesetzesfassung des § 355 Abs. 3 S. 3 BGB³⁴² entspricht nun auch Art. 5 der Haustürgeschäfte-Richtlinie,³⁴³ wonach dem Verbraucher, der nicht entsprechend Art. 4 der Richtlinie³⁴⁴ belehrt wurde, ein unbefristetes Widerrufsrecht zusteht.³⁴⁵ Durch diese Änderung des § 355 Abs. 3 BGB a.F.,³⁴⁶ nach dem das Widerrufsrecht unabhängig von der Belehrung nach Ablauf von sechs Monaten erloschen ist,³⁴⁷ hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben aus der Haustürgeschäfte-Richtlinie,³⁴⁸ die ein solches Erlöschen nicht vorsah, europarechtskonform umgesetzt.³⁴⁹

³⁴⁰ Palandt/Grüneberg, § 355 Rn. 14.

³⁴¹ Ab 11.06.2010: § 355 Abs. 3 S. 2 BGB, Palandt/Grüneberg, § 355 Rn. 24.

³⁴² § 355 Abs. 3 BGB in der seit 01.08.2002 geltenden Fassung ist nach Art. 229 § 9 Abs. 1 S. 1 EGBGB auf seit 01.01.2002 geschlossene Geschäfte anwendbar. D.h. seit 01.01.2002 musste die zutreffende Belehrung (Widerrufsrecht erlischt nicht) verwendet werden. Diese „Rückwirkung“ wird dadurch als gerechtfertigt angesehen, weil seit der „Heininger“-Entscheidung des EuGH (EuGH, WM 2001, 2434) kein Vertrauen mehr darauf bestehen konnte, dass das Widerrufsrecht nach sechs Monaten erlischt, so auch Lechner, NZM 2007, 145, 150.

³⁴³ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie.

³⁴⁴ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie.

³⁴⁵ EuGH, „Heininger“, WM 2001, 2434; BGH, NJW 2002, 1881.

³⁴⁶ BGB in der Fassung vom 01.01.2002 bis 31.07.2002.

³⁴⁷ Palandt/Grüneberg, Vorb v § 355 Rn. 4, Palandt/Grüneberg, § 355 Rn. 22.

³⁴⁸ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie.

³⁴⁹ Palandt/Grüneberg, § 355 Rn. 21 f.

Als Folge des Widerrufs der Willenserklärung des Darlehensvertrages ist der Verbraucher gemäß § 358 Abs. 2 S. 1 BGB bei einem verbundenen Geschäft, wie dies beim Fondserwerb regelmäßig der Fall ist, auch an seine auf den Beitritt zum Fonds gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden. Hat der Anleger die Möglichkeit, die auf den Fondsbeitritt gerichtete Willenserklärung zu widerrufen (weil er diese beispielsweise auch in einer Haustürsituation abgegeben hat), so ist das Widerrufsrecht für den Darlehensvertrag nach § 358 Abs. 2 S. 2 BGB ausgeschlossen. Widerruft der Verbraucher dennoch den Darlehensvertrag, so gilt dies nach § 358 Abs. 2 S. 3 BGB als Widerruf des verbundenen Vertrages. Nach einer Ansicht ist diese Folge zwingend.³⁵⁰ Nach anderer Ansicht³⁵¹ ist die Vorschrift des § 358 Abs. 2 S. 3 BGB teleologisch zu reduzieren. Wenn sich der Verbraucher lediglich vom Kreditvertrag lösen und am verbundenen Vertrag festhalten will, könne er den Widerruf auf den Kreditvertrag beschränken.³⁵² Zwar muss grundsätzlich das Gesetz an seinem Zweck, welcher (wie auch in der zugrunde liegenden Richtlinie) der Verbraucherschutz ist, ausgelegt werden. Diesem Zweck und der dem BGB zugrunde liegenden Privatautonomie würde ein Wahlrecht weitestgehend Rechnung tragen. Allerdings muss auch der Vertragspartner wissen, ob der Vertrag gültig ist oder rückabgewickelt werden muss. Auch spricht der Gesetzeswortlaut mit der Fiktion „gilt“ gegen ein Wahlrecht. Daher ist ein solches abzulehnen.

bb) Darlehensvertrag wurde vor dem 02.08.2002 geschlossen

§ 5 Abs. 2 HaustürWG in der Fassung bis 31.12.2001, der die Vorschriften des § 7 Abs. 2 VerbrKrG (in der Fassung vom 01.10.2000 bis 31.12.2001) bzw. § 7 Abs. 2 S. 3 VerbrKrG (in der Fassung bis zum 30.09.2000) zur Anwendung brachte, sowie § 355 Abs. 3 BGB a.F.³⁵³ sahen vor, dass bei Verbraucherdarlehensverträgen, die zugleich dem Haustürwiderrufsgesetz unterfielen, das Widerrufsrecht auf sechs Monate befristet war. Dadurch verstieß der deutsche Gesetzgeber aber gegen die Vorgaben der Haustürgeschäfte-Richtlinie,³⁵⁴ die bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung ein unbefristetes Widerrufsrecht verlangte.

³⁵⁰ MünchKommBGB/Habersack, § 358 Rn. 22.

³⁵¹ Palandt/Grüneberg, § 358 Rn. 8.

³⁵² Palandt/Grüneberg, § 358 Rn. 8.

³⁵³ BGB in der Fassung vom 01.01.2002 bis 31.07.2002.

³⁵⁴ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist § 5 Abs. 2 HaustürWG dahingehend richtlinienkonform auszulegen, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers sowohl bei Personal- als auch bei Realkrediten bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung nicht erlischt.³⁵⁵

Die Banken, die sich an der Gesetzeslage nach dem Haustürwiderrufsgesetz orientierten und folglich von der alleinigen Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes ausgingen, sahen – von diesem Standpunkt aus folgerichtig – keine Veranlassung, die Verbraucher nach dem Haustürwiderrufsgesetz zu belehren. Vielmehr erfolgte eine Belehrung – wenn überhaupt – nur nach § 7 Abs. 2 VerbrKrG (in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung; bzw. nach § 361a BGB in der Fassung vom 01.10.2000 bis 31.12.2001). Diese Belehrung nach § 7 Abs. 2 VerbrKrG war eine „andere“ und zudem noch für das Widerrufsrecht aufgrund des Haustürgeschäfts unrichtige Erklärung, die deshalb nicht die Anforderungen des § 2 HaustürWG (in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung) erfüllte.³⁵⁶

(a) Erweiterung der EuGH Rechtsprechung

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Vertragserklärung in der Haustürsituation abgegeben worden ist – dieser Fall wird von der Haustürgeschäfte richtlinie erfasst – oder ob der Vertragsschluss lediglich in der Haustürsituation angebahnt worden ist – dieser Fall fällt aufgrund einer richtlinienüberschießenden Umsetzung allein unter das Haustürwiderrufsgesetz, nicht auch unter die Haustürgeschäfte richtlinie.³⁵⁷ Denn eine "gespaltene Auslegung" würde der durch das deutsche Recht geforderten Gleichbehandlung der verschiedenen Haustürsituationen widersprechen.³⁵⁸ Danach sind in beiden Fällen die Vorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes nicht nach § 5 Abs. 2 HaustürWG ausgeschlossen.³⁵⁹

(b) Kein Vertrauensschutz für die Banken

Einen Vertrauensschutz der Banken hat weder der Europäische Gerichtshof noch der BGH vorgesehen.³⁶⁰ In den Fällen, in denen die Verträge also vor der Ent-

³⁵⁵ BGH, NJW 2002, 1881.

³⁵⁶ Strohn, WM 1441, 1447 unter Verweis auf BGH, WM 2004, 1579.

³⁵⁷ BGH, NJW 2004, 2731, 2732.

³⁵⁸ BGH, NJW 2004, 2731, 2732 unter Verweis auf BGHZ 150, 248, 260 ff.

³⁵⁹ BGH, NJW 2004, 2731, 2732.

³⁶⁰ Strohn, WM 1441, 1447.

scheidung des Europäischen Gerichtshofs (sog. „Heininger“-Entscheidung vom 13.12.2001),³⁶¹ die dann zur entsprechenden Rechtsprechung des BGH³⁶² geführt hat, geschlossen wurden, wird das Widerrufsrecht häufig noch nicht verfristet sein. Der Widerruf kann vielmehr zeitlich unbefristet geltend gemacht werden.³⁶³

(c) Keine Zurechnung mehr erforderlich

Früher hat der BGH angenommen, dass ein Kreditvertrag nicht immer schon dann widerrufen werden kann, wenn der Anleger in einer Haustürsituation durch einen Anlagevermittler, der für die Anlagegesellschaft und zugleich für die Bank tätig wurde, zum Vertragsschluss veranlasst wurde.³⁶⁴ Vielmehr wurde nach der bisherigen Rechtsprechung die Haustürsituation der Bank nur dann zugerechnet, wenn die Voraussetzungen erfüllt waren, die für die Zurechnung einer arglistigen Täuschung nach § 123 Abs. 2 BGB entwickelt worden sind.³⁶⁵ War danach der Verhandlungsführer als Dritter anzusehen, so war sein Handeln der Bank nur dann zuzurechnen, wenn sie es kannte oder kennen musste. Für eine fahrlässige Unkenntnis in diesem Sinne genügte, dass die Umstände des Falles die Bank veranlassen mussten, sich zu erkundigen, auf welchen Umständen die ihr übermittelte Willenserklärung beruhte.³⁶⁶

Diese Auffassung hat der BGH (und hier sowohl der II. wie auch der XI. Zivilsenat) aufgrund des Urteils des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Sachen „Crailsheimer-Volksbank“³⁶⁷ aufgegeben.³⁶⁸ Dies begründet der BGH damit, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem Haustürwiderrufsgesetz die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen³⁶⁹ in nationales Recht umgesetzt hat. Nach der bindenden Auslegung des europäischen Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaf-

³⁶¹ EuGH, „Heininger“, WM 2001, 2434.

³⁶² BGH, NJW 2002, 1881.

³⁶³ Strohn WM 2005, 1441, 1447, unter Verweis auf BGH, WM 2005, 124, 126.

³⁶⁴ BGH, WM 2006, 220, 221.

³⁶⁵ So noch Strohn, WM 2005, 1441, 1447.

³⁶⁶ BGH, WM 2006, 220, 221 unter Verweis auf BGH, ZIP 2003, 22, 24 f.; BGH, ZIP 2003, 1741, 1743; BGH, DB 2004, 647, 648; BGHZ 159, 280, 285 f.; BGH, WM 2005, 124, 125; BGH, ZIP 2005, 1314.

³⁶⁷ EuGH, „Crailsheimer Volksbank“, NJW 2005, 3555.

³⁶⁸ BGH, WM 2006, 220, 221.

³⁶⁹ ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie.

ten³⁷⁰ ist das Haustürwiderrufsgesetz richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Haustürsituation der Bank bereits dann zuzurechnen ist, wenn sie objektiv vorgelegen hat.³⁷¹ Die Heranziehung der in Anlehnung an § 123 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätze scheidet aus.³⁷² Nach Auffassung des BGH lässt das nationale Recht eine solche richtlinienkonforme Auslegung zu.³⁷³ Danach muss ein Vertragspartner, der nicht selbst die Vertragsverhandlungen führt, – anders als das bisher in der Rechtsprechung des BGH gesehen worden ist – von der in der Person des Verhandlungsführers bestehenden Haustürsituation keine Kenntnis haben.³⁷⁴ Ebenso wenig kommt es nach Auffassung des BGH darauf an, ob den Vertragspartner an seiner Unkenntnis ein Verschulden trifft.³⁷⁵ Vielmehr ist § 1 HaustürWG immer dann anwendbar, wenn objektiv eine Haustürsituation bestanden hat.³⁷⁶

(d) Folgen für den Fondsbeitritt

Auch bei Verträgen, die vor dem 02.08.2002 abgeschlossen wurden, ist der Verbraucher nach dem Widerruf seiner auf den Darlehensvertrag gerichteten Erklärung an seine auf den Fondsbeitritt gerichtete Erklärung nicht mehr gebunden, wenn – wie üblich – der Darlehensvertrag ein mit dem Fondsbeitritt verbundenes Geschäft darstellt. Für die Zeit vom 01.01.2002 bis 01.08.2002 folgt dies aus der oben schon erwähnten Vorschrift des § 358 Abs. 2 BGB; für die Zeit vom 01.10.2000 bis 31.12.2001 folgt dies aus § 9 Abs. 2 VerbrKrG. In der Zeit bis zum 30.09.2000 wurde die Fondsbeitrittserklärung nach § 9 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG sogar erst dann wirksam, wenn der Darlehensvertrag nicht widerrufen wurde, so dass der Fondsbeitritt als schwebend unwirksam zu behandeln war.

³⁷⁰ EuGH, „Crailsheimer Volksbank“, NJW 2005, 3555.

³⁷¹ BGH, WM 2006, 220, 222.

³⁷² BGH, WM 2006, 220, 222. So schon EuGH, „Crailsheimer Volksbank“, NJW 2005, 3555, Tz. 42, der schlicht feststellt, dass die Richtlinie 85/577/EWG für die zusätzliche Voraussetzung der „Kenntnis von der Haustürsituation“ keine Grundlage bietet.

³⁷³ BGH, WM 2006, 220, 222.

³⁷⁴ BGH, WM 2006, 220, 222.

³⁷⁵ BGH, WM 2006, 220, 222.

³⁷⁶ BGH, WM 2006, 220, 222.

(e) Bewertung

Falls die Belehrung unterblieben ist oder, was wahrscheinlicher ist, aufgrund der Gesetzeslage vor dem 02.08.2002 falsch erfolgte, besteht das Widerrufsrecht fort. Wird die Belehrung auch nicht nachgeholt,³⁷⁷ so besteht noch nach Jahren die Möglichkeit, sich von dem Darlehensvertrag zu lösen. Eine Nachholung der Belehrung erfolgte aber häufig deswegen nicht, weil dadurch zahlreiche Anleger überhaupt erst auf die Idee gebracht worden wären, dass bei ihrer Investition etwas nicht ordnungsgemäß abgelaufen ist.

Unter diesem Gesichtspunkt kommt der Verjährung von Ansprüchen der Anleger entscheidende Bedeutung zu.

Hat hingegen der Anleger sein Widerrufsrecht ausgeübt und den Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt, so stellt sich ihm die Frage, wie er die Verjährung der Ansprüche unterbricht. Hier griffen und greifen immer noch viele Anleger und deren Rechtsanwälte zur Zustellung des gerichtlichen Mahnbescheids.

cc) *Rechtsfolgen*

Soweit eine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht fehlt, erlischt dieses gemäß § 355 Abs. 3 S. 3 BGB (in der Fassung ab dem 01.08.2002) bzw. aufgrund der richtlinienkonformen Auslegung des Haustürwiderrufgesetzes nicht. Das Widerrufsrecht bleibt vielmehr bestehen.

Mit der Ausübung des Widerrufsrechts wandelt sich das Darlehensvertragsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Als Rechtsfolge des wirksamen Widerrufs sind die Vertragspartner gemäß §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher § 3 Abs. 1 Satz 1 HaustürWG) verpflichtet, dem jeweils anderen Vertragspartner die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.³⁷⁸

³⁷⁷ Das Nachholen der Belehrung nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB wurde über Art. 229 § 9 Abs. 2 EGBGB explizit ermöglicht.

³⁷⁸ BGH, WM 2006, 220, 222, noch zu § 3 Abs. 1 Satz 1 HaustürWG.

(a) Ansprüche des Anlegers

Der Anleger hat einen Anspruch auf Rückzahlung seiner an die Bank geleisteten Zins- und Tilgungsraten einschließlich einer marktüblichen Verzinsung und auf Rückübertragung etwaiger Sicherheiten, z.B. der Rechte aus einer Lebensversicherung.³⁷⁹ Die Erträge aus dem Fonds sind hierbei abzuziehen.³⁸⁰ Anderenfalls stünde der Anleger nach der Rückabwicklung besser, als er ohne die Fondsbeteiligung gestanden hätte.³⁸¹

Der II. Zivilsenat des BGH möchte diese Regel in Bezug auf die etwaigen – bleibenden – Steuervorteile aus der Fondsbeteiligung einschränken. Demnach muss sich der Anleger bei einer Rückabwicklung nach §§ 3 HaustürWG, 346, 357 BGB diese Steuervorteile nicht anrechnen lassen. Begründet wird dies vom II. Zivilsenat damit, dass hier die Grundsätze des Vorteilsausgleichs, die dafür allein in Betracht kämen, insoweit nicht anwendbar seien. Die Steuervorteile sind keine Leistung der Bank oder des Fonds. Sie sind nach Auffassung des II. Zivilsenats auch kein Gebrauchsvorteil i.S.d. §§ 3 Abs. 3 HaustürWG, 346 Abs. 1, 100 BGB.³⁸²

Diese Rechtsprechung wurde durch den nunmehr zuständigen XI. Zivilsenat des BGH aufgegeben.³⁸³ Er folgt damit dem OLG Bamberg,³⁸⁴ das aus Gerechtigkeitserwägungen in Fällen, in denen es dem Anleger auf die Erlangung von Steuervorteilen ankommt, auch diese in die Rückabwicklung mit einbeziehen möchte.

Die Position des XI. Zivilsenats des BGH überzeugt indes nicht. Der Lösung des II. Zivilsenats ist nicht nur zuzugeben, dass sie dogmatisch schlüssig ist. Vielmehr ist auch bei Betrachtung eines misslungenen Investments, bei dem statt Steuervorteilen nur Steuernachteile entstanden sind, die Lösung des XI. Zivilsenats nicht tragfähig. Demnach müssten dann, wenn Steuervorteile anspruchsmindernd berücksichtigt werden, Steuernachteile anspruchserhöhend wirken. Jedoch erscheint es als mit dem vom OLG angeführten Gerechtigkeitsgedanken noch schwerer vereinbar, wenn eine Bank für Steuernachteile des Anlegers verschuldensunabhängig einstehen müsste. Da Steuervorteile nur die „Kehrseite der Me-

³⁷⁹ BGH, NJW 2002, 422, 423; Strohn, WM 2005, 1441, 1447; BGH, WM 2006, 220, 222.

³⁸⁰ BGH, NJW 2004, 2731, 2733; auch Strohn, WM 2005, 1441, 1447.

³⁸¹ BGH, NJW 2004, 2731, 2733; Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

³⁸² Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

³⁸³ BGH, NJW 2007, 2401.

³⁸⁴ OLG Bamberg, Urt. v. 21.12.2005, 3 U 235/04.

daille“ der Steuernachteile sind und die Steuernachteile eben nur bei einem Schadensersatzanspruch zu ersetzen sind, können Steuervorteile auch nur bei einem Schadensersatzanspruch anspruchsmindernd berücksichtigt werden.

Auch der XI. Zivilsenat des BGH gelangt zur anspruchsmindernden Berücksichtigung der Steuervorteile nur dadurch, dass er „die Steuerersparnisse danach wirtschaftlich gleichermaßen als Nutzungen der Fondsbeteiligung“³⁸⁵ ansieht. Dogmatisch vorzugswürdig erscheint es aber, sie nicht als Nutzungen der Fondsbeteiligung anzusehen.

Demnach sind die Steuervorteile (und gegebenenfalls auch die Steuernachteile) hier nicht zu berücksichtigen.

(b) Ansprüche der Bank

Umgekehrt hat der Anleger das seinerseits Erlangte an die Bank zurückzugewähren. Grundsätzlich besteht die von dem Darlehensnehmer „empfangene Leistung“ in der Darlehensvaluta. Daneben schuldet der Anleger Wertersatz für die Überlassung der Kreditmittel auf Zeit.³⁸⁶ Dabei kann der Anleger nach § 346 Abs. 2 S. 2 BGB geltend machen, dass der Wert des Gebrauchsvorteils für das Darlehen niedriger war, also insbesondere, dass er ein Darlehen anderweitig zu einem niedrigeren Kreditzins hätte erhalten können.³⁸⁷

Der II. Zivilsenat des BGH hatte zunächst Bedenken, dass der Anleger die Darlehensvaluta sofort in einer Summe an die Bank zurückzahlen muss und er insoweit schlechter steht, als er ohne den Widerruf stünde, da er dann das Darlehen ratenweise zurückzahlen dürfte.³⁸⁸ Seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen „Schulte“³⁸⁹ und „Crailsheimer Volksbank“³⁹⁰ steht aber fest, dass es nicht gegen die Haustürwiderrufsrichtlinie verstößt, wenn der Verbraucher zur sofortigen Darlehensrückzahlung samt Zinsen verpflichtet ist.³⁹¹ Dies gilt auch

³⁸⁵ BGH, NJW 2007, 2401, 2403 Tz. 26.

³⁸⁶ MünchKommBGB/Masuch, § 357 Rn. 30.

³⁸⁷ MünchKommBGB/Masuch, § 357 Rn. 26.

³⁸⁸ Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

³⁸⁹ EuGH, „Schulte“ oder „Badenia“-Entscheidung, NJW 2005, 3551.

³⁹⁰ EuGH, „Conrads“ oder „Crailsheimer-Volksbank“-Entscheidung, NJW 2005, 3555.

³⁹¹ MünchKommBGB/Masuch, § 357 Rn. 30.

dann, wenn die Darlehensvaluta auf Weisung des Verbrauchers unmittelbar an einen Dritten ausgezahlt worden ist.³⁹²

Liegt hingegen zwischen dem Darlehensvertrag und dem Fondsbeitrag ein verbundenes Geschäft i.S.d. § 9 VerbrKrG, §§ 358, 359 BGB vor, so ist der Anleger nicht verpflichtet, die Darlehensvaluta zurückzuzahlen.³⁹³ Er hat der finanzierenden Bank nur seinen Fondsanteil oder die Rechte aus dem fehlgeschlagenen Gesellschaftsbeitrag abzutreten.³⁹⁴ Denn wenn die beiden Geschäfte derartig eng miteinander verbunden sind, kann nicht davon gesprochen werden, dass der Anleger die Darlehensvaluta zur freien Verfügung und damit „empfangen“ hatte.³⁹⁵ Vielmehr ist die „empfangene Leistung“ dann in der Gesellschaftsbeteiligung zu sehen.³⁹⁶

Dies hat im Umkehrschluss zur Folge, dass dann, wenn die Vorschriften über das Verbundgeschäft nicht anwendbar sind, es bei der Rückzahlungsverpflichtung der Darlehensvaluta verbleibt.³⁹⁷ So ist bei einem Realkreditvertrag nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bzw. § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.³⁹⁸ bzw. nunmehr § 358 Abs. 3 S. 3 BGB die empfangene Leistung weiterhin die Darlehensvaluta, die dementsprechend zurückzugewähren ist.

Bei dem Erwerb von Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds ist der Anleger nach einem Widerruf gemäß § 1 HaustürWG somit in der Regel nicht verpflichtet, der finanzierenden Bank die Darlehensvaluta zurückzuzahlen. Er hat lediglich seinen Fondsanteil an die Bank abzutreten. Umgekehrt schuldet ihm die Bank die Rückzahlung der geleisteten Zins- und Tilgungsraten abzüglich der vereinnahmten Erträge.³⁹⁹

³⁹² MünchKommBGB/Masuch, § 357 Rn. 30, unter Berufung auf EuGH, NJW 2005, 3555; ebenso Strohn, WM 2005, 1441, 1448, schon vor der Entscheidung des EuGH.

³⁹³ Strohn, WM 2005, 1441, 1448, Knops, WM 2006, 70, 74; BGH, WM 2006, 220, 222.

³⁹⁴ Strohn, WM 2005, 1441, 1448, Knops, WM 2006, 70, 74; BGH, WM 2006, 220, 222; BGH, NJW 2006, 1788, 1789 f.

³⁹⁵ Knops, WM 2006, 70, 74.

³⁹⁶ Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

³⁹⁷ Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

³⁹⁸ Bis zum 31.07.2002 gültige Fassung.

³⁹⁹ BGH, NJW 2004, 2731, 3. LS.

(c) Verhältnis der Ansprüche zueinander

Aufgrund der § 4 HaustürWG, §§ 348, 357 BGB sind die gegenseitigen Pflichten Zug um Zug zu erfüllen. Der Anleger hat also einen Anspruch auf Rückzahlung seiner aus eigenem Vermögen geleisteten Zins- und Tilgungsraten einschließlich Verzinsung und auf Rückübertragung der gestellten Sicherheiten Zug um Zug gegen Abtretung seines Geschäftsanteils.⁴⁰⁰

b) Widerruf der auf den Fondsbeitritt gerichteten Willenserklärung

Widerruft der Anleger nicht die Darlehensvertragserklärung, sondern nur seine Beitrittserklärung gegenüber der Fondsgesellschaft, ergeben sich andere Rechtsfolgen.⁴⁰¹ Bei einem Widerruf des Beitritts zu einer Gesellschaft greifen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft.⁴⁰² Die Rückabwicklung erfolgt hier nicht nach den Rücktrittsvorschriften.⁴⁰³ Der Anleger scheidet bei Ausübung des Widerrufsrechts vielmehr ex nunc aus der Gesellschaft aus.⁴⁰⁴ Eine ex tunc Rückabwicklung, bei welcher der Anleger so gestellt wird, als ob er niemals beigetreten wäre, ist wegen der Besonderheiten des Gesellschaftsrechts gerade nicht möglich.⁴⁰⁵

Zwar könnte man argumentieren, dass der Verweis des Anlegers lediglich auf das Auseinandersetzungsguthaben den Schutz des Verbrauchers in Haustürsituationen, der in der Haustürgeschäfte-Richtlinie⁴⁰⁶ der Europäischen Union verankert ist, stark aushöhle. Auch der II. Zivilsenat des BGH zweifelte, ob die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Fall eines geschlossenen Immobilienfonds eine (von ihm aber bislang nicht bejahte) Beeinträchtigung des im Gemeinschaftsrecht in der Richtlinie 85/577/EWG⁴⁰⁷ verankerten Verbraucherschut-

⁴⁰⁰ Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

⁴⁰¹ Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

⁴⁰² MünchKommBGB/Masuch § 357 Rn 12; Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

⁴⁰³ MünchKommBGB/Masuch § 357 Rn 12.

⁴⁰⁴ MünchKommBGB/Masuch § 357 Rn 12.

⁴⁰⁵ MünchKommBGB/Masuch § 357 Rn 12; Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

⁴⁰⁶ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, S. 31.

⁴⁰⁷ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie.

zes darstellt.⁴⁰⁸ Er hat deshalb in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG durch Beschluss vom 05.05.2008⁴⁰⁹ dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die von ihm in solchen Fällen bislang angewandte Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft mit der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar sei. Mit seinem Urteil vom 15.04.2010⁴¹⁰ entschied der EuGH in der Rechtssache C-215/08 (E. Friz GmbH/Carsten von der Heyden), dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG⁴¹¹ einer nationalen Regel nicht entgegensteht, die besagt, dass im Falle des Widerrufs eines in einer Haustürsituation erklärten Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft der Verbraucher gegen diese Gesellschaft einen Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben geltend machen kann, der nach dem Wert seines Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens aus diesem Fonds berechnet wird, und dass er dementsprechend möglicherweise weniger als den Wert seiner Einlage zurückerhält oder sich an den Verlusten des Fonds beteiligen muss. Dabei berücksichtigt der EuGH insbesondere das Argument, dass bei einer Nichtanwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft die Folgen eines Widerrufs zu Lasten der Mitgesellschafter oder der Drittgläubiger gingen.⁴¹² Damit bestätigte der EuGH die Rechtsprechung des BGH zur fehlerhaften Gesellschaft auch bei einem Verbraucherwiderruf hinsichtlich des Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds.⁴¹³ Der Verweis des Anlegers im Verhältnis zur Gesellschaft lediglich auf das Auseinandersetzungsguthaben ist somit zulässig. Dabei kann der Anleger bei einem „negativen Auseinandersetzungsguthaben“ auch zur Verlustdeckung nach § 739 BGB verpflichtet sein.⁴¹⁴

Der Verbraucher kann danach nicht die (vollständige) Rückzahlung seiner Einlage verlangen, sondern nur die Auszahlung des Abfindungsguthabens nach den Wertverhältnissen zum Zeitpunkt des Ausscheidens.⁴¹⁵

⁴⁰⁸ BGH, WM 2008, 1026, 1029 Tz. 16.

⁴⁰⁹ BGH, WM 2008, 1026.

⁴¹⁰ EuGH, NJW 2010, 1511.

⁴¹¹ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie.

⁴¹² EuGH, NJW 2010, 1511, 1513 Tz. 49.

⁴¹³ Miras, NJW 2010, 1513.

⁴¹⁴ BGH, DStR 2010, 1680.

⁴¹⁵ MünchKommBGB/Masuch § 357 Rn 12; Strohn, WM 2005, 1441, 1448. Nunmehr bestätigt durch EuGH, NJW 2010, 1511.

Dementsprechend hat der Anleger gegen die Bank auch nur einen Anspruch auf Saldierung des restlichen Darlehensrückzahlungsanspruchs der Bank mit seinem Anspruch gegen die Fondsgesellschaft auf Zahlung des Abfindungsguthabens.⁴¹⁶ Da das Abfindungsguthaben in der Regel deutlich hinter der Darlehensforderung zurückbleiben wird, ist der isolierte Widerruf nur des Fondsbeitritts für den Anleger ungünstiger als der Widerruf der Darlehenserklärung.⁴¹⁷

c) Verjährung

Bevor zu überlegen ist, ob die Rückgewähransprüche verjährt sind, ist zunächst die Überlegung nach dem rechtzeitigen Widerruf anzustellen. Bei einer ordnungsgemäßen Belehrung, als deren Folge die Frist von zwei Wochen nach § 355 Abs. 1 S.2 BGB (in der seit 01.01.2002 geltenden Fassung bzw. eine Woche nach § 1 Abs. 1 HaustürWG in der bis 30.09.2000 geltenden Fassung bzw. zwei Wochen nach § 361a Abs. 1 S. 2 BGB in der von 01.10.2000 bis 31.12.2001 geltenden Fassung) anläuft, ist dies meist unproblematisch festzustellen.

aa) *Widerrufsrecht*

Besteht hingegen das Widerrufsrecht mangels ordnungsgemäßer Belehrung noch fort, so stellt sich gleichwohl die Frage, ob das Widerrufsrecht möglicherweise durch Verwirkung erloschen ist.

Der BGH geht jedoch davon aus, dass das Widerrufsrecht zeitlich unbefristet geltend gemacht werden kann.⁴¹⁸

Fehlt eine ordnungsgemäße Belehrung, kann das Widerrufsrecht entsprechend dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Dezember 2001 (sog. „Heininger“-Entscheidung)⁴¹⁹ zeitlich unbefristet ausgeübt werden.⁴²⁰ Eine Verwirkung des Widerrufsrechts scheidet schon deshalb aus, weil die betroffenen Darlehensnehmer erst durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. De-

⁴¹⁶ Strohn, WM 2005, 1441, 1448 unter Verweis auf BGHZ 156, 46, 52 f., BGH, WM 2005, 547, 548 f.

⁴¹⁷ Strohn, WM 2005, 1441, 1448.

⁴¹⁸ Strohn WM 2005, 1441, 1447 unter Verweis auf BGH, WM 2005, 124, 126; BGH, WM 1995, 2102.

⁴¹⁹ EuGH, „Heininger“, NJW 2002, 281, 282 f.

⁴²⁰ Bereits vor der Heininger Entscheidung betrachtete der BGH eine zehnjährige Zeitspanne zwischen Verpflichtungserklärung und Widerruf als unschädlich, BGH, NJW 2001, 2718, 2719.

zember 2001⁴²¹ über die Berechtigung eines Widerrufs nach dem Haustürwiderrufsgesetz verbindlich in Kenntnis gesetzt wurden.⁴²² Somit ist für die Frage, ab wann eine Verwirkung in Betracht kommt, auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Dezember 2001⁴²³ abzustellen.

Die Frage, ob wirklich ein unbefristetes Widerrufsrechts notwendig ist, um die Entscheidung des EuGH umzusetzen, wird sich mit zunehmendem Abstand von der „Heininger“-Entscheidung⁴²⁴ verstärkt stellen. Gegen ein solch unbefristetes Widerrufsrecht spricht die Tatsache, dass die Verwirkung als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europarechts anerkannt ist.⁴²⁵

Die Unbefristetheit des Widerrufsrechts ließ das OLG Stuttgart in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH vom 02.10.2006⁴²⁶ (in der Begründung zur zweiten Vorlagefrage) schon befürchten, dass „das Widerrufsrecht jahre-, jahrzehnte- oder gar jahrhundertlang über Generationen hinweg vererbt bestehen bleibt.“⁴²⁷ Diese Befürchtung hat der EuGH in der Rechtssache „Annelore Hamilton“⁴²⁸ zerstreut, indem er eine Regelung als mit der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 vereinbar ansah, die die Ausübung des Widerrufsrechts auf einen Monat nach vollständiger Erbringung der Leistungen aus einem langfristigen Darlehensvertrag beschränkte.⁴²⁹

Somit ist das Widerrufsrecht zumindest in Altfällen⁴³⁰ (unter Geltung des HaustürWG) einen Monat nach vollständiger Abwicklung des Darlehensvertrages erloschen.

⁴²¹ EuGH, „Heininger“, NJW 2002, 281, 282 f.

⁴²² BGH, NJW 2000, 140, 142.

⁴²³ EuGH, „Heininger“, NJW 2002, 281, 282 f.

⁴²⁴ EuGH, „Heininger“, NJW 2002, 281.

⁴²⁵ Bleckmann, Europarecht, Rn. 585.

⁴²⁶ OLG Stuttgart, NJW 2007, 379.

⁴²⁷ OLG Stuttgart, NJW 2007, 379, 382.

⁴²⁸ EuGH, „Annelore Hamilton“, NJW 2008, 1865.

⁴²⁹ EuGH, „Annelore Hamilton“, NJW 2008, 1865.

⁴³⁰ Die Brisanz, die insbesondere in der zeitlichen Dimension dieser Fällen steckt, wird bei der Rechtssache „Annelore Hamilton“ (EuGH, „Annelore Hamilton“, NJW 2008, 1865) besonders deutlich. Die Klägerin unterzeichnete im Jahr 1992 den Darlehensvertrag, kündigte diesen 1998 und zahlte das Darlehen vollständig zurück. Im Jahr 2002 widerrief sie den Darlehensvertrag und ließ Ende 2004 Klage auf Rückzahlung der gezahlten Zinsen und der Darlehensvaluta erheben. Die Entscheidung des EuGH fiel im Mai 2008. Letztlich lag es an der vollständigen Rückzahlung des Darlehens, dass die

bb) Ansprüche nach Widerruf

Mit Ausübung des Widerrufsrechts entstehen die Ansprüche auf Rückgewähr. Diese verjähren auch in der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB von drei Jahren.⁴³¹ Da neben der Entstehung nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB bei Ausübung des Widerrufsrechts auch davon auszugehen ist, dass der Gläubiger die den Anspruch begründenden Umstände kennt (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB), beginnt die Verjährungsfrist für Rückgewähransprüche in aller Regel mit dem Schluss des Jahres, in dem der Widerruf erklärt wurde.⁴³²

d) Bewertung

Zunächst braucht sich der Anleger aufgrund des unbefristeten Widerrufsrechts um die Verjährung von Ansprüchen nicht zu sorgen. Übt er hingegen sein Widerrufsrecht aus, so sollte er sich des Laufs der Verjährungsfrist bewusst sein und diese Ansprüche auch rechtzeitig geltend machen.

Da die Bank auch ein gesteigertes Interesse daran hat, dass der Kreditvertrag, den sie mit dem Anleger geschlossen hat, erfüllt wird, ist das Interesse an einer (auch gerichtlichen) Klärung der Situation ungleich höher als bei den übrigen Beteiligten, die bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung nichts gewinnen, dafür aber umso mehr verlieren können.

Daher wird die Bank nach Ausübung des Widerrufs und der Einstellung der Zahlungen auf den Darlehensvertrag in aller Regel eine gerichtliche Geltendmachung betreiben, innerhalb derer der Einwand des widerrufenen Darlehensvertrages vorgebracht werden kann. Dass aber auch der umgekehrte Fall vorkommt, also Anleger gegen ihre Bank vorgehen, zeigt sich an der Rechtssache „Annelore Hamilton“⁴³³ überaus deutlich.⁴³⁴

Klage keinen Erfolg haben konnte. Aber auch dies war nicht ohne weiteres klar. Denn wie gesehen, bedurfte es erst einer EuGH-Entscheidung, um hier Klarheit zu schaffen.

⁴³¹ Palandt/Ellenberger, § 195 Rn. 2; MünchKommBGB/Masuch, § 357 Rn. 68.

⁴³² Bultmann, „Viele Ansprüche sind noch nicht verjährt“, Berliner Zeitung, 30.04.2005.

⁴³³ EuGH, „Annelore Hamilton“, NJW 2008, 1865.

⁴³⁴ Anders verhielt sich der Sachverhalt in der Rechtssache „Crailsheimer Volksbank“ (BB 2005, 2712), in der die Volksbank Klägerin war.

C. Verjährungshemmung durch Mahnbescheid

I. Ausgangslage

Den Anlegern können – wie dargelegt – Schadensersatzansprüche und Rückgewähransprüche zustehen. Die Geltendmachung und Durchsetzung dieser Ansprüche kann sich über einen langen Zeitraum hinziehen. Um nicht durch die Einrede der Verjährung mit den Ansprüchen ausgeschlossen zu sein, sind verjährungshemmende Maßnahmen notwendig. Diese Notwendigkeit ergibt sich sowohl dann, wenn der Anleger aktiv die ihm zustehenden Ansprüche durchsetzen will, als auch in dem Fall, in dem der Anleger seine Zahlungen auf den Darlehensvertrag einstellt.

Stellt der Anleger die Zahlungen ein, so wird die finanzierende Bank in aller Regel den Darlehensvertrag wegen Zahlungsverzugs nach § 498 Abs. 1 BGB kündigen und den Gesamtbetrag zur Rückzahlung fällig stellen. Denn aus ihrer Sicht wird, wenn sie Schadensersatz- und Rückgewähransprüche des Anlegers zurückgewiesen hat, ein wirksamer Darlehensvertrag nicht bedient. Ist sich der Anleger jedoch sicher, dass ihm Schadensersatzansprüche und / oder Rückgewähransprüche zustehen und dass es ihm gelingen wird, die Voraussetzungen dafür zu beweisen, sollte er sich nicht vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung scheuen. Möglicherweise wird der Anleger auch dann von sich aus einen Prozess zur Klärung der Rechtslage um seinen Anteil an dem geschlossenen Immobilienfonds anstrengen, wenn nicht sicher ist, dass die Bank tatsächlich Klage auf Zahlung des gesamten Darlehensbetrages erheben wird. Dann erscheint eine vom Anleger betriebene gerichtliche Klärung der Rechtslage zielorientierter.

Sowohl, wenn die Ansprüche des Anlegers direkt gerichtlich geltend gemacht werden sollen, als auch, wenn die Ansprüche im Rahmen einer Widerklage geltend gemacht werden sollen, drohen die Ansprüche der Anleger zu verjähren, so dass verjährungshemmende Maßnahmen einzuleiten sind.

Ein weiterer Punkt, warum der Anleger ein Interesse daran hat, zunächst verjährungshemmende Maßnahmen einzuleiten, ohne gleich eine gerichtliche Klage zu erheben, liegt darin, dass die Rechtsprechung zu den Ansprüchen der Anleger

bisher starken Schwankungen unterworfen war. Wie oben dargelegt,⁴³⁵ war es zunächst der II. Zivilsenat des BGH, der mit verbraucherfreundlichen Urteilen erst den Weg zu zahlreichen Ansprüchen frei gemacht hatte, bevor schließlich der XI. Zivilsenat mit einer Reihe bankenfreundlicher Urteile die Chancen der Anleger wieder erheblich geschmälert hat.

Auch wenn sich die Rechtsprechung nunmehr etwas gefestigt zu haben scheint, könnte der Anleger möglicherweise weitere Bedenkzeit benötigen, innerhalb derer sich die Rechtsprechung zu dem einen oder anderen Punkt äußert, bevor er sich zu einer Klage entschließen kann. Um aber die Chancen einer gerichtlichen Überprüfung seiner Anlage nicht aufzugeben, bedarf es einer verjährungshemmenden Maßnahme.

Die zu ergreifende verjährungshemmende Maßnahme muss, um den eben dargelegten Gesichtspunkten zu genügen, einfach und schnell zu verwirklichen sein und sollte alleine vom Verhalten des Anlegers abhängen.

1. Hemmungstatbestände

Daher sollen die gesetzlichen Tatbestände zur Hemmung der Verjährung zunächst auf ihre Tauglichkeit hinsichtlich der konkreten Situation, in der sich Anleger typischerweise befinden, betrachtet werden.

a) Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren

Dabei gerät unweigerlich der Antrag auf Erlass eines gerichtlichen Mahnbescheids als Mittel der Verjährungshemmung ins Blickfeld. Mit der Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren wird nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 1. Alt. BGB die Verjährung gehemmt. Erfolgt die Zustellung des Mahnbescheids zudem „demnächst“ nach Einreichung des Antrags auf Erlass eines gerichtlichen Mahnbescheids, so wirkt die Verjährungshemmung gemäß § 167 ZPO sogar auf die Einreichung des Antrags zurück.⁴³⁶

⁴³⁵ Siehe oben unter B. II. 2.

⁴³⁶ Ebert, NJW 2003, 732.

Dieses Mittel der Verjährungshemmung ist auch deswegen so verbreitet, weil sein Gebrauch in der anwaltlichen Praxis bekannt ist und es – insbesondere im Zeitalter der elektronischen Kommunikation – schnell und einfach eingesetzt werden kann.

b) Weitere verjährungshemmende Maßnahmen

Die übrigen in § 204 Abs.1 BGB enthaltenen Hemmungstatbestände sind für die vorliegende Konstellation meist nicht geeignet.

Für den Fall, dass der Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds rückabgewickelt werden soll, sind die in § 204 Abs. Nr. 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 BGB normierten Hemmungstatbestände ersichtlich nicht einschlägig; ebenso wenig die in §§ 205 bis 208 BGB verankerten Tatbestände der Verjährungshemmung.

Grundsätzlich denkbar wäre hingegen, durch Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs, die Verjährungshemmung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB herbeizuführen. Zwar müsste die Klage alleine zur Herbeiführung der Verjährungshemmung nicht schlüssig sein.⁴³⁷ Doch riskiert der Anleger mit einer unschlüssigen Klage deren Abweisung als unbegründet oder zumindest die Präklusion nach §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 1, 2 ZPO, wenn er noch nicht alle Tatsachen vorträgt. Hinzu kommt der oben schon angesprochene Kostenaspekt.

Auch die Veranlassung der Bekanntgabe eines Güteantrags, die gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB zur Hemmung der Verjährung führt, muss, um verjährungshemmende Wirkung zu entfalten, die notwendigen Formalien wahren.⁴³⁸ Ferner handelt es sich bei dem Güteverfahren um ein in der anwaltlichen Praxis wenig genutztes Verfahren, so dass die Sorge vor möglichen Fehlern beim Betreiben des Verfahrens von dessen Wahl als Mittel der Verjährungshemmung zurückhält.⁴³⁹ Schließlich ist nicht unumstritten, ob das Güteverfahren als verjährungshemmende Maßnahme nur in den Fällen überhaupt in Betracht kommt, in denen das Güteverfahren Prozessvoraussetzung für die Klageerhebung ist.⁴⁴⁰

⁴³⁷ Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 4.

⁴³⁸ Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 19.

⁴³⁹ Für das Güteverfahren spricht sich aus: Kuhr, Schnelles Handeln geboten.

⁴⁴⁰ Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 19.

Die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozess ist zwar gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB ebenfalls ein taugliches Mittel zur Verjährungshemmung. Doch sie kommt nur in Frage, wenn schon ein Prozess im Gange ist.

Ebenso ist bei der Zustellung der Streitverkündung nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB als verjährungshemmendes Mittel ein bereits anhängiger Prozess notwendig, so dass diese Form der Verjährungshemmung ebenfalls nur bei einer schon bestehenden prozessualen Auseinandersetzung in Betracht gezogen werden kann.

Die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe führt gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB ebenfalls zur Hemmung der Verjährung. Allerdings muss der Kläger die Voraussetzungen für die Prozesskostenhilfe nach § 114 ZPO erfüllen, also nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht oder nur zum Teil aufbringen können. Somit ist dieses Mittel zur Verjährungshemmung nicht für alle Anleger geeignet. Denn ein missbräuchlicher Antrag eines offensichtlich nicht bedürftigen Gläubigers hemmt die Verjährung nicht.⁴⁴¹ Aber auch wenn die Voraussetzungen für einen Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe gegeben sind, muss der Antrag den wesentlichen Erfordernissen des § 117 ZPO entsprechen, so dass – um hier Erfolg zu haben – die gleiche Individualisierung und Bestimmung des Streitgegenstandes, wie bei der Einreichung einer Klage, notwendig ist.⁴⁴² Hinzu kommt eine Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse, die mit erheblichem Aufwand verbunden ist, so dass alleine die Verjährungshemmung ein solches Vorgehen als nicht geboten erscheinen lässt.

Nach § 203 BGB tritt auch dann, wenn zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen schweben, eine Hemmung der Verjährung ein. Dies setzt allerdings voraus, dass sich der Schuldner auf einen – wie auch immer gearteten – Meinungs austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen einlässt.⁴⁴³ Ignoriert der Schuldner alle Bemühungen des Gläubigers, zu einer Verhandlung und damit zu einer Verjährungshemmung nach § 203 BGB zu kommen, so tritt diese nicht ein.

⁴⁴¹ Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 30.

⁴⁴² Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 30.

⁴⁴³ Palandt/Ellenberger, § 203 Rn. 2.

Mit der Änderung des § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB durch Aufnahme des Europäischen Zahlungsbefehls im Europäischen Mahnverfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens (ABl. EU Nr. L 399 S. 1) wurde ein weiterer Tatbestand geschaffen, der die Verjährung hemmt. Die Regelungen zum Europäischen Mahnverfahren traten am 12.12.2008 in Kraft,⁴⁴⁴ so dass seit diesem Zeitpunkt auch die Verjährungshemmung durch die Zustellung eines Europäischen Zahlungsbefehls gehemmt werden kann. Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens (EuMVVO) ist allerdings auf grenzüberschreitende Rechtssachen beschränkt.⁴⁴⁵ Was darunter fällt, definiert Art. 3 Abs. 1 EuMVVO.⁴⁴⁶ Danach liegt eine grenzüberschreitende Rechtssache dann vor, wenn eine Partei ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat als dem des befassten Gerichts hat.⁴⁴⁷ Damit ist schon der Anwendungsbereich für den Europäischen Zahlungsbefehl in der überwiegenden Zahl der Fälle der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds nicht eröffnet.

Überdies lässt die EuMVVO offen, wie sich die Zurückweisung des Antrags auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls auf eine mögliche Hemmung der Verjährung auswirkt.⁴⁴⁸

Auch deshalb scheint die Zustellung eines Europäischen Zahlungsbefehls (selbst in den Fällen, in denen sie vom Anwendungsbereich in Betracht kommt) nicht die verjährungshemmende Maßnahme der ersten Wahl zu sein.⁴⁴⁹

c) Ergebnis

Somit stellt sich die Zustellung eines Mahnbescheids im gerichtlichen Mahnverfahren als ein für den Gläubiger gut geeignetes Instrument zur Hemmung der Verjährung dar.

⁴⁴⁴ Sujecki, NJW 2007, 1622.

⁴⁴⁵ Sujecki, NJW 2007, 1622, 1623.

⁴⁴⁶ Sujecki, NJW 2007, 1622, 1623.

⁴⁴⁷ Sujecki, NJW 2007, 1622, 1623.

⁴⁴⁸ Sujecki, NJW 2007, 1622, 1624.

⁴⁴⁹ Als Vorteil des Europäischen Zahlungsbefehls gegenüber dem „klassischen Mahnverfahren“ kann aber das lediglich einmalige Zustellerfordernis gesehen werden, da hierdurch weniger Verzögerungen und weniger Fehler verursacht werden sollten, Sujecki, NJW 2007, 1622, 1625.

Weitere Vorteile bei der Einleitung des Mahnverfahrens bestehen – wie oben⁴⁵⁰ schon dargelegt – in der kostengünstigen Durchführung und darin, dass dem Schuldner der Wille des Gläubigers zur Durchsetzung seiner Ansprüche deutlich vor Augen geführt wird. Schließlich bleibt das Verfahren auch nach Erlass des Mahnbescheids ganz überwiegend in der Hand des Gläubigers als dem Antragsteller.⁴⁵¹

2. Verjährungsmechanismus

Vor dem Inkrafttreten der Änderung der Verjährungsvorschriften im Rahmen der Schuldrechtsreform⁴⁵² (zum 01.01.2002) waren die Tatbestände, die nach § 204 Abs. 1 BGB n.F. zur Hemmung der Verjährung führen, als verjährungsunterbrechende Vorschriften, insbesondere in § 209 Abs. 1, Abs. 2 BGB a.F. ausgestaltet.

Bei der „Unterbrechung“ nach früherer Terminologie, die dem nunmehrigen „Neubeginn“ der Verjährung entspricht,⁴⁵³ beginnt die Verjährungsfrist im Ganzen neu und zwar mit dem auf das Ende der Unterbrechung folgenden Tag.⁴⁵⁴

Hingegen wird bei der Hemmung nur die Zeit nicht mit in die Verjährungsfrist eingerechnet, in der die Verjährung gehemmt ist. Bei der Hemmung beginnt also die Verjährungsfrist gerade nicht von Neuem und in ihrer ganzen Länge. Nach Ende der Hemmung läuft nur noch der restliche Teil der Verjährungsfrist. Die Verjährungsfrist ist also bei einer konkreten Berechnungsweise um die Hemmungszeit zu verlängern.⁴⁵⁵ Da nach Ende der Hemmung die Verjährungsfrist theoretisch nach einem einzigen weiteren Tag ablaufen kann, wurden Bestimmungen geschaffen, die dieser Situation Rechnung tragen. So bestimmt beispielsweise § 203 S. 2 BGB für den Fall der Hemmung durch Verhandlungen, dass die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintritt. Eine dem gleichen Zweck dienende Regelung enthält § 204 Abs. 2 S. 1 und S. 2 BGB, wo-

⁴⁵⁰ Siehe oben unter A. II. 3.

⁴⁵¹ Zur Frage, weshalb ein Antrag nach § 696 Abs.1 S. 1 ZPO auf Durchführung des streitigen Verfahrens durch den Antragsgegner nicht wahrscheinlich ist, siehe unten unter C. II. 2. a).

⁴⁵² Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. 2001 I S. 3138.

⁴⁵³ Palandt/Ellenberger, Einf. v. § 203 Rn. 1, § 212 Rn. 1.

⁴⁵⁴ Palandt/Ellenberger, § 212 Rn. 8, 11.

⁴⁵⁵ Palandt/Ellenberger, § 209 Rn. 1.

nach die Hemmung noch sechs Monate nach Beendigung bzw. Stillstand des nach § 204 Abs. 1 BGB eingeleiteten Verfahrens hinaus andauert.

II. Prozessual relevante Konstellationen

Zunächst ist zu überlegen, in welchen prozessualen Konstellationen die Frage relevant wird, ob die mit dem Mahnverfahren beabsichtigte Verjährungshemmung erfolgreich war. Es sind also die prozessualen Situationen zu beleuchten, in denen ein Gericht über die Frage, ob der Mahnbescheid die Verjährung gehemmt hat, zu entscheiden hat. Denn erst dann, wenn die prozessualen Situationen klar sind, in denen das Gericht über die Wirksamkeit oder die Unwirksamkeit der Verjährungshemmung durch Zustellung des Mahnbescheids entscheidet, kann sich die Relevanz von Argumenten für die an den Mahnbescheid zu stellenden Anforderungen erweisen.

1. Einleitung des Mahnverfahrens

Damit überhaupt ein Mahnbescheid an den Schuldner zugestellt werden kann, muss der Gläubiger das Mahnverfahren mit dem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides als Antragsteller einleiten. Auf diesen Antrag kann das Mahngericht – funktionell zuständig ist gemäß § 20 Nr. 1 RPfIG der Rechtspfleger⁴⁵⁶ – in zweierlei Weise reagieren. Es kann den beantragten Mahnbescheid erlassen und ihn gemäß § 693 Abs. 1 ZPO an den Antragsgegner von Amts wegen zustellen; oder es weist den Antrag auf Erlass des Mahnbescheids gemäß § 691 Abs. 1 ZPO zurück.

2. Mahnbescheid wird erlassen

Wird der Mahnbescheid erlassen und dem Antragsgegner zugestellt, so hängt das weitere Verfahren davon ab, ob dieser Widerspruch einlegt oder dies unterlässt.

⁴⁵⁶ Nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG können durch Rechtsverordnung der jeweiligen Landesregierung dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle die vom Rechtspfleger wahrzunehmenden Geschäfte im Mahnverfahren übertragen werden. Zu den Ländern, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, siehe Baumbach/Hartmann, ZPO, Grundz § 688 Rn. 4.

a) Antragsgegner legt Widerspruch ein

Legt der Antragsgegner rechtzeitig Widerspruch ein, so kann aufgrund dieses Mahnbescheids kein Vollstreckungsbescheid nach § 699 Abs. 1 S. 1 ZPO mehr erlassen werden.⁴⁵⁷

Auf die Einlegung des Widerspruchs kann der Antragsteller entweder die Abgabe ins streitige Verfahren beantragen oder untätig bleiben, wodurch das Mahnverfahren zum Stillstand kommt. Auch der Antragsgegner kann nach Einlegung des Widerspruchs die Abgabe ins streitige Verfahren beantragen. Dies wäre allerdings für den Antragsgegner ein eher ungewöhnliches Vorgehen, das nur unter besonderen Umständen Sinn macht. Denn mit der Einlegung des Widerspruchs ist der Antragsteller von seinem Ziel, einen Titel gegen den Antragsgegner zu erwirken, vorerst abgehalten worden. Bleibt die Situation so bestehen, hat der Antragsgegner nichts zu befürchten. Zieht er hingegen die Auseinandersetzung ins streitige Verfahren, besteht für ihn die Gefahr, dass an dessen Ende der Antragsteller doch noch zu einem Titel gegen ihn gelangt. Dieser Gefahr wird sich der Antragsgegner in aller Regel nicht aussetzen wollen.

aa) *Abgabe ins streitige Verfahren*

Ein mit dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids verbundener Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens, der gemäß § 696 Abs. 1 S. 2 ZPO möglich ist, stellt sich in den Konstellationen, in denen das Mahnverfahren (auch) deswegen gewählt wird, um Zeit für die Erstellung der Klageschrift zu gewinnen, gerade als kontraproduktiv dar. Auch löst ein solcher Antrag kostenrechtliche Nachteile⁴⁵⁸ aus.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 696 Rn. 1. Eine Ausnahme ist der Widerspruch im Fall des in § 703a Abs. 2 Nr. 4 ZPO, wenn sich also der Widerspruch im Urkunden-, Wechsel- oder Scheckmahnverfahren auf den Vorbehalt, seine Rechte im Nachverfahren auszuführen, beschränkt;

⁴⁵⁸ Hierbei fällt die Gerichtsgebühr nach Nr. 1210 KV, Anl. 1 zu § 11 GKG in Höhe von drei Gebühren an, wobei früher streitig war, ob sich diese bei zwischenzeitlicher Teilzahlung des Antragsgegners nach dem im Mahnbescheid geltendgemachten Betrag (so OLG Düsseldorf, MDR 1997, 694; OLG Hamburg, MDR 1998, 1121) oder dem ins streitige Verfahren übergegangenen Betrag bemisst (so OLG München, MDR 1998, 62; OLG Stuttgart, MDR 1999, 634), so noch MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, Vor § 688 Rn. 57 m.w.N. Nunmehr ist geklärt, dass die Gebühr für den ins streitige Verfahren gelangten Betrag zu berechnen ist, denn die Gebühr fällt erst mit Eingang der Akten beim Streitgericht an, MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 31.

⁴⁵⁹ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 27.

Ist jedoch der Rechtsstreit ins streitige Verfahren übergegangen, so kann der Antragsgegner sein Ziel – die Klageabweisung – am schnellsten erreichen, wenn er sich mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung berufen kann. Daher kommt hier der Frage entscheidende Bedeutung zu, ob das, was der Antragsteller veranlasst hat, als Zustellung eines Mahnbescheids angesehen werden kann und somit die Verjährung gehemmt wurde.⁴⁶⁰

bb) Stillstand des Verfahrens

Wird das Mahnverfahren nach Erlass und Zustellung des Mahnbescheids und der Widerspruchseinlegung des Antragsgegners nicht weiter betrieben, so tritt Verfahrensstillstand ein.⁴⁶¹ Diese Vorgehensweise kann sinnvoll sein, wenn Verhandlungen mit dem Antragsgegner vor dem Hintergrund, dass die Verjährung für die fraglichen Ansprüche gehemmt ist, erfolgversprechend erscheinen⁴⁶² oder wenn noch Zeit für die Anspruchsbegründung benötigt wird. Den Parteien – unbelastet von dem Druck, dass die Verjährung eintritt – noch Raum für eine Einigung zu geben, entspricht auch der Ratio der ZPO. Dies wird unter anderem auch in § 278 Abs. 1 ZPO deutlich, wonach das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein soll. Diese Regelung greift aber erst nach der verjährungshemmenden Klageerhebung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Verstreichen nach der letzten Verfahrenshandlung, die in der Regel in der Zustellung der Widerspruchsnachricht an den Antragsteller liegt, mehr als sechs Monate, so endet die Hemmung nach § 204 Abs. 2 S. 2 BGB. Ergreift der Antragsteller nach dem Widerspruch des Antragsgegners keine weiteren verjährungshemmenden Maßnahmen, so ist die Frage, ob die Zustellung des Mahnbescheids erfolgreich war, irrelevant. Betreibt der Antragsgegner hingegen die Geltendmachung seines Anspruchs fort und leitet erneut verjährungshemmende Maßnahmen ein, so ist die Frage, ob die Zustellung eines Mahnbescheids erfolgreich war und die Verjährung von da an (bzw. gemäß § 167 ZPO von der Einreichung des Mahnbescheidsantrags an) bis sechs Monate nach der letzten Verfahrenshand-

⁴⁶⁰ Dies natürlich immer unter der Voraussetzung, dass die Verjährung auch droht und ohne die Zustellung des Mahnbescheides bereits eingetreten wäre.

⁴⁶¹ Musielak/Voit, ZPO, § 696 Rn. 2.

⁴⁶² Diese zusätzliche Frist kann nur für die Entscheidung der Frage notwendig sein, ob Verhandlungen aufgenommen werden sollen. Werden diese tatsächlich auch von der anderen Partei aufgenommen, tritt die Hemmung der Verjährung gemäß § 203 BGB ein.

lung gehemmt war, durchaus von Bedeutung. Gleiches gilt, wenn eine Partei innerhalb von sechs Monaten nach der letzten Verfahrenshandlung die Abgabe ins Streitige Verfahren beantragt.

b) Antragsgegner legt keinen Widerspruch ein

Legt hingegen der Antragsgegner nach Zustellung des Mahnbescheides an ihn keinen Widerspruch ein, so hat der Antragsteller gemäß § 699 Abs. 1 S. 1 ZPO die Möglichkeit, auf der Grundlage des Mahnbescheids den Erlass eines Vollstreckungsbescheids zu beantragen. Dies wird der Antragsteller regelmäßig auch tun, da er dadurch das (endgültige) Ziel des Mahnverfahrens, schnell einen vollstreckbaren Titel zu erlangen, erreichen kann.

aa) *Antragsteller beantragt Vollstreckungsbescheid*

Beantragt der Antragsteller einen Vollstreckungsbescheid und wird dieser vom Mahngericht erlassen,⁴⁶³ so steht der Vollstreckungsbescheid gemäß § 700 Abs. 1 ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleich. Der Antragsteller kann gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO aus dem Vollstreckungsbescheid die Zwangsvollstreckung betreiben.

(a) Vollstreckungsbescheid wird rechtskräftig

Setzt sich der Antragsgegner nicht mit dem Einspruch nach § 338 ZPO gegen den Vollstreckungsbescheid zur Wehr, so wird der Vollstreckungsbescheid – auch materiell – rechtskräftig.⁴⁶⁴ Im Falle der rechtskräftigen Entscheidung stellt sich die Frage, ob die Zustellung des Mahnbescheids erfolgreich war, nicht. Denn ob die Ansprüche verjährt waren, ist bedeutungslos. Die Einrede der Verjährung wurde nicht erhoben und kann in einer Vollstreckungsgegenklage gemäß § 796 Abs. 2 ZPO nicht mehr geltend gemacht werden.⁴⁶⁵

⁴⁶³ Wird der vom Antragsteller beantragte Vollstreckungsbescheid nicht erlassen, so wird die Frage relevant, ob die Zustellung des Mahnbescheids die Verjährung gehemmt hat. Dann sind – falls das Verfahren nicht weitergeführt werden kann – andere verjährungshemmende Tatbestände zu verwirklichen.

⁴⁶⁴ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 700 Rn. 1, 15; MünchKommZPO/Schüler, § 700 Rn. 9.

⁴⁶⁵ Zöller/Stöber, ZPO, § 796 Rn. 2, MünchKommZPO/Schüler, § 700 Rn. 9; a.A. Piekenbrock, ZZP 116, 260.

(b) Einspruch gegen Vollstreckungsbescheid

Wird gegen den Vollstreckungsbescheid Einspruch eingelegt, so gibt das Mahngericht nach § 700 Abs. 3 ZPO den Rechtsstreit an das nach §§ 692 Abs. 1 Nr. 1, 690 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bezeichnete Streitgericht ab. In dem streitigen Verfahren kann der Antragsgegner die Einrede der Verjährung erheben. Dies gilt unabhängig davon, ob der Antragsteller eine Anspruchsbegründung einreicht, nach deren Eingang gemäß § 700 Abs. 4 ZPO wie nach Eingang einer Klage zu verfahren ist, oder ob – in Ermangelung einer Antragsbegründung innerhalb der von der Geschäftsstelle bestimmten Frist – der Vorsitzende des Gerichts gemäß § 700 Abs. 5 ZPO unverzüglich Termin bestimmt. In beiden Fällen kann der Antragsgegner die Einrede der Verjährung erheben.

Somit ist auch dann, wenn gegen einen Vollstreckungsbescheid ein zulässiger Einspruch eingelegt wird, im streitigen Verfahren vom Gericht über die Frage zu entscheiden, ob die Zustellung des Mahnbescheids erfolgreich war und die Verjährung gehemmt wurde.

bb) Antragsteller beantragt keinen Vollstreckungsbescheid

Beantragt der Antragsgegner keinen Vollstreckungsbescheid, ändert dies nichts an der verjährungshemmenden Wirkung.⁴⁶⁶ Zwar entfällt nach § 701 S. 1 ZPO die Wirkung des Mahnbescheids, wenn der Antragsteller nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, die mit der Zustellung des Mahnbescheids beginnt, den Vollstreckungsbescheid beantragt. § 213 S. 2 BGB a.F.⁴⁶⁷ ordnete unter ausdrücklichem Verweis auf § 701 ZPO beim Entfall der Wirkungen des Mahnbescheids an, dass auch die Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt galt. Dies ist in § 204 Abs. 2 S. 2 BGB n.F.⁴⁶⁸ inzwischen jedoch ausdrücklich anders geregelt. Demnach endet die Hemmung der Verjährung sechs Monate nach Stillstand des Verfahrens.⁴⁶⁹ Nach § 204 Abs. 2 S. 3 BGB beginnt die Hemmung erneut, wenn eine der Parteien das Verfahren weiterbetreibt.

⁴⁶⁶ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 701 Rn. 5.

⁴⁶⁷ BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001.

⁴⁶⁸ BGB in der Fassung ab 01.01.2002.

⁴⁶⁹ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 701 Rn. 5.

Somit sind durch die Änderung des BGB im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zum 01.01.2002 die Möglichkeiten, die Verjährung zu hemmen, deutlich erweitert worden. Statt dem rückwirkenden Entfall der verjährungshemmenden Wirkung bleibt diese bestehen und kann sogar durch einfaches Weiterbetreiben des Verfahrens⁴⁷⁰ erneut in Kraft gesetzt werden.

Für den Fall, dass eine Unterbrechung nach altem Recht⁴⁷¹ als erfolgt gilt, die aber rückwirkend entfallen kann,⁴⁷² muss der Überleitungsgläubiger besondere Vorsicht walten lassen. Denn auch insoweit ist das BGB gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 3 EGBGB in der Fassung bis zum 01.01.2002 anzuwenden.⁴⁷³ Dies hat zur Folge, dass die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt,⁴⁷⁴ wenn nicht innerhalb von sechs Monaten nach der Unterbrechung ein neuer, die Verjährung dann hemmender, Tatbestand verwirklicht wird. Eine Hemmung kommt danach nicht in Betracht, wenn die Unterbrechung, die sie ersetzen soll, am 31.12.2001 nach Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 3 EGBGB, § 213 S. 2 BGB a.F. als nicht erfolgt gilt.⁴⁷⁵

Umgekehrt kann gemäß § 229 § 6 Abs. 1 S. 3 EGBGB auch ein nach dem 31.12.2001 eintretender Umstand die Unterbrechung der Verjährung bis zum 01.01.2002 nach den Vorschriften des BGB in der bis dahin gültigen Fassung auslösen.⁴⁷⁶

3. Mahnbescheid wird nicht erlassen

Wird der Mahnbescheid nicht erlassen, kann keine Zustellung und damit auch kein Eintritt der verjährungshemmenden Wirkung erfolgen. Beabsichtigt das Gericht, den Mahnantrag nach § 691 Abs. 1 S. 1 ZPO zurückzuweisen, ist dem An-

⁴⁷⁰ Das „Weiterbetreiben“ des Verfahrens in dieser Situation kann aber nur der Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids sein.

⁴⁷¹ BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001.

⁴⁷² So wie beim eben genannten § 213 S. 2 BGB a.F.

⁴⁷³ BGH, NJW 2007, 2034, 2035 Tz. 22.

⁴⁷⁴ BGH, NJW 2007, 2034, 2035 Tz. 22, für den zu § 213 S. 2 BGB a.F. parallel liegenden Fall des § 215 Abs. 2 S. 1 BGB a.F.

⁴⁷⁵ BGH, NJW 2007, 2034, 2035 Tz. 24, für den zu § 213 S. 2 BGB a.F. parallel liegenden Fall des § 215 Abs. 2 S. 1 BGB a.F.

⁴⁷⁶ BGH, NJW 2008, 1674, 1675 Tz. 13. Der diesem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt zeigt, wie die Zustellung eines Antrags im Mahnverfahren zur Unterbrechung der Verjährung bzw. zu deren Hemmung eingesetzt werden und Zeit für die Anspruchsbegründung gewonnen werden kann.

tragsteller gemäß § 691 Abs. 1 S. 2 ZPO vorher rechtliches Gehör zu gewähren und ihm die Möglichkeit einzuräumen, den Mahnantrag zu verbessern.⁴⁷⁷

a) Klageerhebung innerhalb eines Monats nach § 691 Abs. 2 ZPO

Weist das Gericht den Mahnantrag zurück, so kann der Antragsteller dennoch ab Einreichung oder Anbringung des Mahnantrags in den Genuss der verjährungshemmenden Wirkung kommen. Dazu muss der Antragsteller gemäß § 691 Abs. 2 ZPO innerhalb eines Monats seit der Zurückweisung des Mahnantrags Klage einreichen, die demnächst zugestellt wird. Diese Möglichkeit räumt das Gesetz dem Antragsteller deshalb ein, weil ihm aus der Wahl des Mahnverfahrens an Stelle des Klageverfahrens keine Nachteile erwachsen sollen.⁴⁷⁸

Diese verjährungshemmende Wirkung der Klageerhebung kommt in den prozessualen Konstellationen zum Tragen, in denen der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids vor Eintritt der Verjährung gestellt wurde und die Verjährung vor Klageerhebung eintreten würde. Andernfalls würde die Klageerhebung selbst – ohne dass es auf den vorhergehenden erfolglosen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids ankommt – verjährungshemmende Wirkung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB entfalten.

Wird in der beschriebenen prozessualen Situation der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids zurückgewiesen, wäre zu überlegen, ob der fehlgeschlagene Antrag einen Einfluss auf die Ansprüche hat, die mit der Klage geltend gemacht werden können. Es stellt sich also die Frage, ob mithin die Klage nur für die Ansprüche auf den Zeitpunkt der Einreichung des Mahnantrags zurückwirkt, die im Mahnantrag geltend gemacht wurden. Wäre dies der Fall, so würde die Frage, ob der (fehlgeschlagene) Mahnantrag Einfluss auf die Verjährungshemmung haben kann, auch hier Bedeutung erlangen.

b) Für eine einschränkende Wirkung des fehlgeschlagenen Antrags

Man könnte argumentieren, die Folge des § 691 Abs. 2 ZPO, dass mit der Klage die verjährungshemmende Wirkung ab Einreichung des Mahnantrags eintritt, ließe sich nur rechtfertigen, wenn in der Klage genau der Anspruch geltend ge-

⁴⁷⁷ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 691 Rn. 4.

⁴⁷⁸ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 691 Rn. 5.

macht wird, der bereits im Mahnantrag – bislang jedoch ohne Erfolg – geltend gemacht wurde. Für andere Ansprüche als den bereits geltend gemachten solle die verjährungshemmende Wirkung nicht eintreten, weil sonst der Antragsteller dadurch, dass er zuvor ein (von vorneherein) erfolgloses Mahnverfahren betrieben hat, besser stehen würde, als wenn er Klage eingereicht hätte. Damit wäre die Frage, ob der im Mahnantrag geltend gemachte Anspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch identisch ist, eine Vorfrage dazu, ob mit der Klageerhebung die Verjährung unterbrochen wurde.

Auch wäre es unbefriedigend, wenn der (jetzige) Kläger einen völlig anderen Anspruch geltend machen könnte, als dies ursprünglich im Mahnverfahren der Fall war, da der Schuldner sonst schutzlos einer längeren Verjährungsfrist ausgesetzt wäre.

c) Gegen eine einschränkende Wirkung des fehlgeschlagenen Antrags

Hiergegen kann zum einen vorgebracht werden, dass der Mahnantrag unter anderem deswegen, weil er nicht hinreichend individualisiert war, zurückgewiesen werden kann. Denn dann erfüllt er nicht die Anforderungen des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO und wäre deshalb nach § 691 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO zurückzuweisen. Wenn aber der Anspruch im Mahnantrag nicht hinreichend individualisiert ist, lässt sich auch nicht feststellen, ob der nunmehr mit der Klage geltend gemachte Anspruch mit demjenigen identisch ist, der im Mahnantrag geltend gemacht wurde.

Zum anderen weiß der Schuldner auch dann, wenn man nur den bisher geltend gemachten Anspruch zulassen würde, bis zur Zustellung der Klage nicht, dass ein Gläubiger gegen ihn vorgeht. Er kann also im einen wie im anderen Fall nicht erkennen, dass ein Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird. Somit erfordert es der Schutz des Schuldners nicht, dass die Ansprüche im (gescheiterten) Mahnverfahren mit denen des Klageverfahrens identisch sind.

Zudem wird der Gläubiger schon deshalb keine fiktiven Ansprüche im Mahnverfahren geltend machen, da er damit rechnen muss, dass der Mahnbescheid erlassen wird und der Schuldner nach erhobenem Widerspruch die Angelegenheit ins streitige Verfahren zieht. Bereits aus diesem Grund wird er bemüht sein, die Ansprüche, die er nun in der Klage geltend machen muss, im Mahnverfahren ausreichend zu individualisieren.

d) Abwägung

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass es der Schuldnerschutz nicht gebietet, die Klage nach erfolglosem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids auf den im Mahnbescheid geltend gemachten Anspruch festzulegen. Zudem dürfte das mögliche Risiko, das der Gläubiger bei einer missbräuchlichen Verwendung des § 691 Abs. 2 ZPO (für die er noch dazu keinen Anreiz hat) eingeht, von einer gezielten Ausnutzung dieser Vorschrift abhalten. Schließlich stellt das praktische Problem der Bestimmung eines nicht individualisierten Anspruchs im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids für den Vergleich mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch, eine im Einzelfall kaum zu überwindende Hürde dar.

Somit hat der zurückgewiesene Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids für die nachfolgende Klage keine einschränkende Wirkung. In diesem Fall stellt sich also nicht die Frage, ob der Antrag geeignet war, die Verjährung zu hemmen.

4. Ergebnis

Die Frage, ob der Mahnbescheid wirksam war und die Zustellung so erfolgte, dass die Verjährungshemmung eingetreten ist, wird beim Übergang ins streitige Verfahren relevant. Dies kann nach Erlass eines Mahnbescheides und Erhebung des Widerspruchs mit anschließendem Antrag, das streitige Verfahren durchzuführen, der Fall sein. Ebenso kann diese Situation nach Erlass eines Mahnbescheides eintreten, der ohne Widerspruch zur Grundlage eines Vollstreckungsbescheides geworden ist, wenn dieser Vollstreckungsbescheid mit dem Einspruch angegriffen wird.

Weiter kann sich die Frage, ob der Mahnbescheid ordnungsgemäß und dessen Zustellung wirksam war und so die Verjährung gehemmt wurde, dann stellen, wenn nach Erlass des Mahnbescheids und hiergegen erhobenem Widerspruch ein Stillstand des Verfahrens eintritt und anschließend ein erneuter Tatbestand verwirklicht wird, der zur Verjährungshemmung führt.

Ebenso stellt sich die Frage, ob eine wirksame Zustellung eines ordnungsgemäßen Mahnbescheids vorliegt und so die Verjährung gehemmt wurde, wenn nach Erlass des Mahnbescheids kein Widerspruch eingelegt wurde und daraufhin auch kein Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids gestellt wurde. Wird dann

erneut ein verjährungshemmender Tatbestand verwirklicht, stellt sich die Frage, ob eine wirksame Zustellung eines ordnungsgemäßen Mahnbescheids vorliegt, die die Verjährung gehemmt hat.

Wird hingegen der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids abgewiesen oder nach erlassenen Vollstreckungsbescheid kein Einspruch eingelegt, so stellt sich die Frage der Verjährungshemmung durch Zustellung eines Mahnbescheids nicht.

Wenn Anleger Ansprüche aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds geltend machen, werden sich die Antragsgegner regelmäßig bereits gegen den Mahnbescheid mittels Widerspruch wenden. Spätestens gegen den Vollstreckungsbescheid wird sich ein Antragsgegner im Regelfall zur Wehr setzen.

Damit gewinnt in den Rückabwicklungskonstellationen die Frage, ob die Zustellung des Mahnbescheides wirksam war und so die Verjährung gehemmt wurde, stets Bedeutung.

III. Voraussetzungen für den Erlass eines Mahnbescheides

Die Verjährungshemmung durch Zustellung eines Mahnbescheids setzt notwendigerweise den Erlass eines solchen Mahnbescheids voraus. Im Mahnverfahren wird neben den allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen und den besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen auch der notwendige Inhalt des Mahnbescheids überprüft.⁴⁷⁹

Damit der Mahnbescheid erlassen werden kann, muss zunächst das Mahnverfahren als solches zulässig sein.

1. Allgemeine Voraussetzungen

Da das Mahnverfahren ein außerordentliches Erkenntnisverfahren darstellt,⁴⁸⁰ müssen – soweit speziellere Regelungen des Mahnverfahrens nicht ein anderes vorschreiben – die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen vorliegen.

⁴⁷⁹ Musielak/Voit, ZPO, § 691 Rn. 2.

⁴⁸⁰ Maniak, S. 37, spricht von einer Unterart des „normalen“ Zivilprozesses.

Dies folgt zum einen aus der Stellung der Vorschriften zum Mahnverfahren im siebten Buch der ZPO. Bereits im fünften Buch sieht die ZPO mit dem Urkunden- und Wechselprozess ein außerordentliches Erkenntnisverfahren vor, bei dem die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen ebenso vorliegen müssen. Zum anderen bedingen die verfahrensrechtlichen Folgen des Mahnverfahrens das Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen. So stellt sich das Mahnverfahren bei Widerspruchseinlegung und anschließender Abgabe ins Streitverfahren lediglich als besondere Form der Einleitung des Klageverfahrens dar.⁴⁸¹ Im Falle des Erlasses eines Vollstreckungsbescheids führt das Mahnverfahren zu einem der Rechtskraft fähigen Titel.⁴⁸² Für beide Verfahrenssituationen ist das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen unabdingbar.

a) Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte

Eine aufdrängende Gerichtsstandsvereinbarung mit der die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte vereinbart wird, dürfte bei den Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds regelmäßig nicht vorliegen.

Allerdings wird in der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle der Rückabwicklung bei geschlossenen Immobilienfonds die Begründung der internationalen Zuständigkeit durch deutsche Gerichtsstandsvorschriften erfolgen. So auch durch die Vorschriften über die Zuständigkeit für das Mahnverfahren.

aa) *Antragsgegner im Inland*

Die Vorschriften der § 689 Abs. 2 und 3 ZPO sind dann einschlägig, wenn der Antragsgegner seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat. Ist dies nicht der Fall, sind nach § 703d Abs. 1 ZPO besondere Vorschriften anzuwenden.

Nach § 689 Abs. 2 S. 1 ZPO ist das Amtsgericht am allgemeinen Gerichtsstand des Antragstellers zuständig. Hat der Antragsteller keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland, so ist gemäß § 689 Abs. 2 S. 2 ZPO das Amtsgericht Wedding⁴⁸³ in Berlin zuständig.

⁴⁸¹ Maniak, S. 37.

⁴⁸² Maniak, S. 37.

⁴⁸³ Bis zum 11.12.2008 war das Amtsgericht Schöneberg in Berlin zuständig.

bb) Antragsgegner im Ausland

Hat hingegen der Antragsgegner keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland, so ist nach § 703d Abs. 2 S. 1 ZPO das Amtsgericht zuständig, das für das streitige Verfahren zuständig sein würde, wenn die Amtsgerichte im ersten Rechtszug unbeschränkt zuständig wären. Die internationale Zuständigkeit für das Mahnverfahren ist derjenigen für ein anschließendes Streitiges Verfahren akzessorisch.⁴⁸⁴ Damit käme die Zuständigkeit deutscher Gerichte nur noch dann in Betracht, wenn der Antragsgegner einen besonderen Gerichtsstand nach §§ 20 ff, 32 ZPO hat oder ein wirksam vereinbarter Gerichtsstand nach § 38 ZPO besteht.⁴⁸⁵

Hat der Antragsgegner seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht im Inland aber im Anwendungsbereich des EuGVÜ/EuGVVO, kann er außerhalb seines Wohnsitzstaates nur an den im Abkommen zugelassenen Gerichtsständen in Anspruch genommen werden.⁴⁸⁶ Nach Art. 15 Abs. 1 b), 16 Abs. 1 und Abs. 2 EuGVVO ist für Klagen eines Verbrauchers und für Klagen gegen einen Verbraucher aus einem Verbraucherdarlehen, das der Finanzierung beweglicher Sachen dient, der Gerichtsstand des Verbrauchers maßgeblich. Hat der Antragsgegner seinen allgemeinen Gerichtsstand außerhalb des Anwendungsbereichs des EuGVÜ/EuGVVO, aber im Anwendungsbereich des AVAG,⁴⁸⁷ so kommen die ZPO-Vorschriften in Betracht.

cc) Gerichtsstände bei geschlossenen Immobilienfonds

Bei Ansprüchen von Anlegern aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds dürfte die Rechtswegzuständigkeit deutscher Gerichte fast immer gegeben sein.

⁴⁸⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 703d Rn. 5.

⁴⁸⁵ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 703d Rn. 1.

⁴⁸⁶ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 703d Rn. 2.

⁴⁸⁷ Nach § 32 Abs. 1 AVAG findet das Mahnverfahren auch statt, wenn die Zustellung des Mahnbescheids in einem anderen Vertrags- oder Mitgliedsstaat erfolgen muss. Die Vertragsstaaten ergeben sich aus den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 AVAG genannten Verträgen und die Mitgliedsstaaten sind nach § 2 Nr. 1 AVAG die Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Somit kann das Mahnverfahren auch betrieben werden, wenn die Zustellung des Mahnbescheids in einem der folgenden Länder erfolgen muss: Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Israel, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, Zypern.

Ein im Ausland befindlicher allgemeiner Gerichtsstand des Antragsgegners und somit eine Zuständigkeit nach § 703 d Abs. 2 ZPO dürfte bei dem finanzierenden Kreditinstitut schon wegen § 53 Abs. 1 KWG nicht vorkommen,⁴⁸⁸ weil hiernach eine Zweigstelle eines ausländischen Unternehmens als (selbständiges) Kreditinstitut bzw. Finanzdienstleistungsinstitut gilt. Bei Ansprüchen gegen Vermittler oder Fondsbetreiber ist das Fehlen eines allgemeinen Gerichtsstandes im Inland eher möglich. Wenn diese Personen aber im Ausland sind, wird die Überlegung, dass sich ein Titel im Ausland nur schwer vollstrecken lässt, ohnehin schon von der Verfolgung der Ansprüche abhalten. Auf alle Fälle wird dann die Verjährungshemmung im Vergleich zu der Tatsache, dass bereits eine Zustellung problematisch sein wird, das geringere Problem sein. In einem solchen Fall wird man bemüht sein, die Zahl der Zustellungen möglichst gering zu halten und schon aus diesem Grund zur Klage statt zum Mahnbescheid als Instrument der Verjährungshemmung greifen.

Ein Anleger der (bei vorhandenem allgemeinen Gerichtsstand des Anspruchsgegners im Inland) seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht im Inland hat, was zur Zuständigkeit des Amtsgerichts Wedding in Berlin nach § 689 Abs. 2 S. 2 ZPO führen würde, dürfte bereits deswegen nicht in Erscheinung treten, weil die Investition in geschlossene Immobilienfonds steuerliche Vorteile fast nur dann verspricht, wenn der Anleger unbeschränkt einkommensteuerpflichtig nach § 1 EStG ist. Dies bedingt regelmäßig, dass der Anleger nach § 1 Abs. 1 EStG seinen Wohnsitz und damit seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat. Lediglich bei der Gruppe der im Ausland tätigen deutschen Diplomaten, die nach § 1 Abs. 2 EStG unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sind und der Grenzpendler, die nach § 1 Abs. 3 EStG auf Antrag als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt werden, kann bei unbeschränkter Einkommensteuerpflicht ein im Ausland gelegener allgemeiner Gerichtsstand vorkommen.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ MünchKommZPO/Schüler, § 689 Rn. 12.

⁴⁸⁹ Abgesehen hiervon wäre die Zuständigkeit nach § 689 Abs. 2 S. 2 ZPO dann relevant, wenn ausländische Anleger mit dem Versprechen auf steuerliche Vorteile zur Zeichnung von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds veranlasst worden wären und diese nun Schadensersatz gerade wegen des Nichteintretens der steuerlichen Vorteile geltend machen.

dd) *Gerichtsstand für Europäischen Zahlungsbefehl*

Neben den Vorschriften zum Mahnverfahren in der ZPO besteht seit 12.12.2008 die Möglichkeit einen Europäischen Zahlungsbefehl im Europäischen Mahnverfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens (ABl. EU Nr. L 399 S. 1) zu beantragen.⁴⁹⁰ Dieser ist gemäß § 688 Abs. 4 ZPO zu den Vorschriften des in der ZPO geregelten Auslandsmahnverfahrens nach § 688 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 32 Abs.1 AVAG alternativ.⁴⁹¹ Ausschließlich zuständig für den Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls ist gemäß § 1087 ZPO das Amtsgericht Wedding in Berlin.

Da aber die grenzüberschreitenden Sachverhalte, für die sich das Europäische Mahnverfahren eignet, aus den oben⁴⁹² und den eben dargelegten Gründen fast nicht vorkommen dürften, soll die Darstellung auf die relevanten Fälle und damit auf das Mahnverfahren nach der ZPO beschränkt bleiben.

b) *Rechtswegzuständigkeit der ordentlichen Gerichte*

Eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für das Mahnverfahren ist die Eröffnung des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten nach § 13 GVG.⁴⁹³ Der Fall, dass Anlegern Ansprüche aus der Rückabwicklung von Immobilienfonds zustehen, die nicht zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit gehören, ist so gut wie ausgeschlossen, so dass die Ansprüche der Anleger – soweit sie praktische Relevanz erlangen – in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fallen.

Als Ansatzpunkt, an dem eine andere Zuständigkeit denkbar wäre, verblieben allenfalls Ansprüche gegen Aufsichtsbehörden, die mit Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds nach dem VerkaufsprospG in Kontakt kommen. Da es sich hierbei aber um Staatshaftungsansprüche handeln würde, die aufgrund § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG ohnehin den Zivilkammern der Landgerichte zugewiesen sind,

⁴⁹⁰ Dazu bereits oben unter C. I. 1. b).

⁴⁹¹ Sujecki, NJW 2007, 1622, 1623.

⁴⁹² Vgl. oben unter C. I. 1. b).

⁴⁹³ Maniak, S. 39.

ist auch hier kein anderer Rechtsweg, der das Mahnverfahren ausschließen würde, ersichtlich.⁴⁹⁴

c) Zuständigkeit des angegangenen Mahngerichts

§ 689 Abs. 1 ZPO begründet die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte für das Mahnverfahren. Örtlich ist gemäß § 689 Abs. 2 S. 1 ZPO das Amtsgericht zuständig, bei dem der Antragsteller zur Zeit der Einreichung des Mahnantrags seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.⁴⁹⁵

Grund für die Regelung, wonach das Amtsgericht am Wohnsitz des Antragstellers zuständig ist, war die Konzentration von Anträgen von Massen Antragstellern bei einem Gericht. Der dadurch mögliche EDV-Einsatz mittels Datenträgeraustausch sollte zu einer Verringerung der Arbeitsbelastung führen.⁴⁹⁶ Die dem allgemeinen Gerichtsstand des § 12 ZPO widersprechende Regelung des § 689 Abs. 2 ZPO ist also nicht aus juristischen, sondern aus rein praktischen Erwägungen eingeführt worden.

Da aufgrund der weitgehend maschinellen Bearbeitung des Mahnverfahrens nach § 689 Abs. 3 ZPO die Mahnverfahren bei einem Amtsgericht (manchmal sogar für mehrere Bundesländer)⁴⁹⁷ konzentriert sind, ist die Zuständigkeit des Mahngerichts am Wohnsitz des Antragstellers in immer weniger Fällen tatsächlich gegeben,⁴⁹⁸ so dass diese Zuständigkeitsregelung den Antragsteller nicht so häufig begünstigt, wie es zunächst scheint.

⁴⁹⁴ Jedoch dienen die Amtspflichten der Zulassungsstelle im Zulassungsverfahren nicht dem Schutz einzelner Kapitalanleger; OLG Frankfurt, BKR 2006, 74, 76. Darüber hinaus sind Amthaftungsansprüche gegenüber Prospekthaftungsklagen subsidiär; OLG Frankfurt, BKR 2006, 74. Im konkreten Fall (OLG Frankfurt, BKR 2006, 74) sind die Kläger aber bereits daran gescheitert, dass sie die Prospekthaftungsansprüche schuldhaft verjähren ließen; OLG Frankfurt, BKR 2006, 74, 75.

⁴⁹⁵ Zur Frage der Zuständigkeit, wenn der Antragsgegner keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, siehe oben unter C. III. 1. a).

⁴⁹⁶ BT-Drs. 7/2729, S. 96.

⁴⁹⁷ So haben die Bundesländer Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen das Amtsgericht Aschersleben als Gemeinsames Mahngericht der Länder Sachsen-Anhalt, Sachsen und Thüringen in Staßfurt eingerichtet. Weiter sind gemäß § 5 GZVJu i.V.m. §§ 689 Abs. 3 S. 1, 703c Abs. 3 Hs. 1, 703d Abs. 2 S. 2 ZPO die Mahnverfahren für die Bezirke aller Amtsgerichte in Bayern dem Amtsgericht Coburg zur maschinellen Bearbeitung übertragen.

⁴⁹⁸ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 689 Rn. 10.

Bei den Ansprüchen der Anleger sprächen diese praktischen Erwägungen eher für eine Rückkehr zu der Zuständigkeit, wie sie vor dem 01.07.1977 bestand, und damit für eine Rückkehr zur in § 12 ZPO normierten Grundregel der ZPO. Denn bei den Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds machen vom Grundsatz her zahlreiche Anleger bei den für sie zuständigen Mahngerichten, die über die ganze Bundesrepublik verstreut sind, Ansprüche gegen die den Fondsbeitritt finanzierende Bank oder die Fondsinitiatoren geltend. Eine Zuständigkeit des Mahngerichts am Ort, an dem der Antragsgegner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, würde zu einer Konzentration der Mahnverfahren, die „zusammengehören“, führen. Damit würde der im KapMuG⁴⁹⁹ eingeschlagene Linie gefolgt werden, wonach „inhaltlich“ zusammengehörige Verfahren vor einem Gericht behandelt werden.

Der Sinn einer Zuständigkeitsänderung wäre aber angesichts dessen, dass es im Mahnverfahren zu keiner inhaltlichen Entscheidung von Rechtsfragen kommt, gering. Allerdings würde eine Zuständigkeitsänderung den Überlegungen für die Kodifizierung eines „Europäischen Zivilprozessrechts“ entgegenkommen, die in Anlehnung an die sonst in Europa übliche Praxis eine an den Wohnsitz des Antragsgegners anknüpfende Zuständigkeitsregelung befürwortet.⁵⁰⁰

d) Sonstige sachliche Zulässigkeitsvoraussetzungen

Ein Anspruch kann nur dann zulässigerweise im Mahnverfahren geltend gemacht werden, wenn er nicht anderweitig rechtshängig ist oder gar schon anderweitig rechtskräftig über ihn entschieden ist und dem Antragsgegner das Rechtschutzbedürfnis nicht zu versagen ist.

Solange keine Ansprüche geltend gemacht wurden, besteht die Gefahr einer anderweitigen Rechtshängigkeit nicht. Problematisch wird die anderweitige Rechtshängigkeit oder die anderweitige Rechtskraft vor allem dann, wenn der Anleger selbst bereits versucht hat einen Mahnbescheid zu erwirken, dieser aber mit Mängeln behaftet ist und er nun einen Rechtsanwalt beauftragt, der den ersten Mahnbescheid „reparieren“ soll. In einer solchen Konstellation ist es für den Anleger umso wichtiger, dass er wirklich alle Unterlagen – auch solche, die ihm be-

⁴⁹⁹ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz - KapMuG)

⁵⁰⁰ Maniak S. 42 unter Verweis auf Prütting, FS f. Baumgärtel, S. 457, 465.

deutungslos erscheinen – bei dem von ihm beauftragten Rechtsanwalt zur rechtlichen Überprüfung vorlegt.

e) Persönliche Zulässigkeitsvoraussetzungen

Ebenso wie im Klageverfahren müssen im Mahnverfahren der Antragsteller und der Antragsgegner parteifähig nach § 50 ZPO und prozessfähig gemäß § 51 ZPO sein.

Während nach früher herrschender Meinung dies auf die BGB-Gesellschaft nicht zutraf und dementsprechend diese weder einen Mahnbescheid beantragen konnte, noch ein solcher gegen sie erlassen werden konnte,⁵⁰¹ ist dies seit der durch den II. Zivilsenat des BGH getroffenen Entscheidung vom 29.01.2001⁵⁰² anders. Demnach kommt der BGB-Außengesellschaft, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, Rechtsfähigkeit zu. In diesem Rahmen ist sie auch aktiv und passiv parteifähig.⁵⁰³

Diese Änderung in der Rechtsprechung kann bei den Ansprüchen der Anleger aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds deshalb Bedeutung erlangen, weil viele geschlossene Fonds in der Form einer BGB-Gesellschaft errichtet wurden. Da jedoch Ansprüche gegen die Gesellschaft zumeist nur auf das Abfindungsguthaben nach einer außerordentlichen Kündigung gerichtet sind, haben die Ansprüche gegen die Gesellschaft wegen der wirtschaftlich wenig attraktiven Höhe dieses Guthabens praktisch keine allzu große Relevanz.

Wird über das Vermögen des Antragsgegners, der sich möglicherweise den Ansprüchen mehrerer Gläubiger ausgesetzt sieht, das Insolvenzverfahren eröffnet, bevor der Mahnbescheid an ihn zugestellt wird, so ist die Zustellung des Mahnbescheids gegenüber der Insolvenzmasse unwirksam.⁵⁰⁴ Der Antragsteller kann seine Forderung allenfalls nach §§ 87, 174 InsO beim Insolvenzverwalter „zur Tabelle“ anmelden. Bestreitet der Insolvenzverwalter die Forderung, was er im Regelfall tut, so kann der Antragsteller die Feststellung nach §§ 179 ff InsO im

⁵⁰¹ So noch Maniak, S. 43.

⁵⁰² BGHZ 146, 341.

⁵⁰³ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 50 Rn. 18.

⁵⁰⁴ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 21.

Wege der Klage betreiben.⁵⁰⁵ Das Gleiche gilt, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Antragsgegners zwar nach Zustellung des Mahnbescheids, aber vor Erlass des Vollstreckungsbescheids oder der Abgabe ins Streitige Verfahren eröffnet wird.⁵⁰⁶ Erst bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Erlass des Vollstreckungsbescheids oder nach der Abgabe ins Streitverfahren wird das Verfahren nach § 240 S. 1 ZPO unterbrochen.⁵⁰⁷ Jedoch kann selbst dann, wenn der Antragsgegner schon vollstreckt hat und Befriedigung erlangt hat, das Erlangte nach § 88 InsO wieder herauszugeben sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Vollstreckungshandlung innerhalb eines Monats vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde. Möglicherweise muss der Antragsteller im Rahmen der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO sogar das, was er zeitlich noch weiter zurückliegend aus Vollstreckungshandlungen (§§ 130, 131 InsO) oder aus Handlungen des Antragsgegners (§ 133 InsO) erhalten hat, wieder herausgeben.

In allen Fällen kommt der oben⁵⁰⁸ dargelegte Vorteil des Mahnverfahrens im Hinblick auf die Kosten zur Geltung. Stellt der Antragsgegner einen Insolvenzantrag, so ist es für den das Mahnverfahren betreibenden Gläubiger zwar ärgerlich, dass er – aller Voraussicht nach – kein oder nur sehr wenig Geld erhält. Jedoch kann er sich damit trösten, dass er, wenn er gleich einen Prozess gegen den Antragsgegner angestrengt hätte, ein Vielfaches der Gebühren, die im Mahnverfahren angefallen sind, bezahlen hätte müssen.⁵⁰⁹

2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen des Mahnverfahrens

Neben den allgemeinen Prozessvoraussetzungen müssen zusätzlich die besonderen Voraussetzungen des Mahnverfahrens vorliegen. So bedarf es eines mahnfähigen Anspruchs, der nicht durch die Zulassungsschranken des § 688 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist.

⁵⁰⁵ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 21.

⁵⁰⁶ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 21.

⁵⁰⁷ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 21.

⁵⁰⁸ Siehe oben unter A. II. 3.

⁵⁰⁹ Siehe oben unter A. II. 3.

a) Mahnfähiger Anspruch

Das Mahnverfahren ist seit 01.01.2002 gemäß § 688 Abs. 1 ZPO nur noch für Forderungen, die auf Euro lauten, zulässig. In einer Übergangsphase⁵¹⁰ war das Mahnverfahren sowohl für Forderungen in Euro als auch in DM zulässig. Fremdwährungsforderungen können zwar nicht durch den Gläubiger in Euro umgewandelt werden, denn § 244 Abs. 1 BGB gibt lediglich dem Schuldner eine Ersetzungsbefugnis für Fremdwährungsforderungen.⁵¹¹ Jedoch kann der Gläubiger eine Fremdwährungsforderung in inländische Währung zur Geltendmachung im Mahnverfahren umrechnen.⁵¹² Er muss, kommt es zum streitigen Verfahren, die Streitgegenstand gewordene Fremdwährungsforderung (zumindest) mit dem letzten Klageantrag geltend machen.⁵¹³ Da aber die geltend gemachte Forderung in Euro wesensmäßig mit der Fremdwährungsforderung identisch ist, hat die zulässige (aber unbegründete) Geltendmachung der Euroforderung im Mahnbescheid die Verjährung unterbrochen⁵¹⁴ bzw. nunmehr gehemmt. Hingegen kann das Auslandsmahnverfahren nach § 688 Abs. 3 ZPO für Staaten, für die das AVAG gilt⁵¹⁵, in einer anderen Währung als Euro zulässigerweise betrieben werden.⁵¹⁶

aa) Schadensersatzansprüche

Verlangt der Anleger Schadensersatz, ist er so zu stellen, als ob die pflichtwidrige Handlung nicht begangen worden wäre. Das heißt, der Anleger ist so zu stellen, als ob er den Beteiligungsvertrag sowie den der Finanzierung dienenden Darlehensvertrag nicht abgeschlossen hätte. Nach dem Grundsatz der Naturalrestituti-

⁵¹⁰ Die Übergangsphase begann nach Art. 16 S. 2, Art. 2 § 1 Euro-Einführungsgesetz (BGBl. 1998 I S. 1242, 1255) vom 09.06.1998 mit dem 01.01.1999 und endete mit Ablauf des 31.12.2001.

⁵¹¹ RGZ 101, 313; Palandt/Grüneberg, § 245 Rn. 18. Diese Ersetzungsbefugnis steht dem Schuldner zu, soweit keine echte Valutaschuld vorliegt, Palandt/Grüneberg, § 245 Rn. 22.

⁵¹² BGH, NJW 1988, 1964; zustimmend K. Schmidt, NJW 1989, 65, 67, 69; bestätigend BGH, NJW-RR 1990, 183, 184.

⁵¹³ BGH, NJW 1988, 1964, 1965.

⁵¹⁴ BGH, NJW 1988, 1964.

⁵¹⁵ § 32 Abs. 1 S. 2 AVAG der das Mahnverfahren in ausländischer Währung zulässt, geht als speziellere Regelung der Grundregel des § 688 Abs. 1 ZPO vor. Zum Anwendungsbereich des AVAG siehe oben unter C. III. 1. a).

⁵¹⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 688 Rn. 4.

on ist daher gemäß § 249 Abs. 1 BGB der Anleger von seinen Verpflichtungen aus den Verträgen freizustellen.⁵¹⁷

(a) Naturalrestitution nicht möglich oder nicht genügend

Ist die Naturalrestitution nicht möglich oder nicht genügend, so hat der Ersatzpflichtige den geschädigten Anleger gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu entschädigen. Gleiches kann der Ersatzpflichtige gemäß § 251 Abs. 2 BGB tun, wenn die Herstellung des Zustandes ohne schädigendes Ereignis nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

Die Vermittler, Fondsinitiatoren, Gründer und Prospektverantwortlichen können den Zustand, der ohne ihre zum Ersatz verpflichtende Handlung bestünde, in aller Regel nicht herstellen. Ihnen ist es (subjektiv) unmöglich den Anleger von seinen vertraglichen Verpflichtungen zu entbinden. Dies gilt sowohl für den Vertrag zum Fondsbeitritt als auch für die von den Anlegern abgeschlossenen Darlehensverträge.

Die Herstellung des Zustandes ohne den Beitritt zum Fonds ist keinem der zum Schadensersatz Verpflichteten möglich. Weder die Bank noch die Vermittler, Fondsinitiatoren, Gründer und Prospektverantwortlichen können den Zustand herstellen, der ohne die Fondsbeteiligung des Anlegers bestünde. Sie können ihn schlicht nicht aus seinen Pflichten aus diesem Vertrag „befreien“.

In Bezug auf den Darlehensvertrag könnte man zwar argumentieren, dass der Zustand, den die schädigenden Vermittler, Fondsinitiatoren, Gründer und Prospektverantwortlichen herzustellen haben, durch die Befreiung des Anlegers von Ansprüchen der finanzierenden Bank verwirklicht werden könnte. Insofern würde ein Anspruch des Anlegers gegen die Vermittler, Fondsinitiatoren, Gründer und Prospektverantwortlichen auf Freistellung von der Verbindlichkeit gegenüber der Bank bestehen. Danach müsste es generell den Schuldnern, also den Vermittlern, Fondsinitiatoren, Gründern und Prospektverantwortlichen, überlassen wer-

⁵¹⁷ Der Anleger ist von seinen Verpflichtungen aus den Verträgen zu befreien. Das Wort „freistellen“ wird allerdings in unterschiedlichen Konstellationen verwendet. Deshalb kann es zu Verwirrungen kommen. In einem Zusammenhang wird „freistellen“ im Sinne eines Entlassens aus vertraglichen Pflichten verwendet. In einem anderen Zusammenhang wird unter „freistellen“ das Abwenden einer Inanspruchnahme durch einen Dritten verstanden.

den, wie sie der Forderung des Gläubigers (also des Anlegers) auf Freistellung nachkommen. Sie müssten den Gläubiger (also den Anleger) vor der Inanspruchnahme durch einen Dritten (also der Bank) freistellen. Dies könnten sie durch Leistung an den Dritten (also die Bank) gemäß § 267 Abs. 1 BGB, durch befreiende Schuldübernahme oder durch Aufrechnung bewirken.⁵¹⁸

Genau betrachtet ist aber auch hier kein Fall der Freistellung gegeben. Der Darlehensvertrag besteht in aller Regel aus einem Bündel von Pflichten, die letztlich nur vom Anleger erfüllt werden können. Nur er kann genau die vereinbarten Sicherheiten stellen oder die mit seiner Person verbundene Kreditwürdigkeit bieten.

Überdies würde eine solche Freistellung nur in den seltensten Fällen zum Ziel führen. Nur dann, wenn die Vermittler, Fondsinitiatoren, Gründer und Prospektverantwortlichen freiwillig leisten und die finanzierende Bank dieser Leistung zustimmt, wird letztlich gewährleistet, dass aus der Abwicklung der Freistellung nicht noch weitere Schadensersatzpositionen entstehen, die der Anleger separat gegenüber den genannten Schädigern geltend machen müsste. Muss hingegen der Anleger gegen die Vermittler, Fondsinitiatoren, Gründer und Prospektverantwortlichen vorgehen, so ist eine freiwillige Leistung dieser (innerhalb derer sie die Art der Freistellung wählen könnten) gerade nicht erfolgt.

Somit ist die Naturalrestitution für die Vermittler, Fondsinitiatoren, Gründer und Prospektverantwortlichen unmöglich, so dass § 251 Abs. 1 BGB einschlägig ist. Für die finanzierende Bank gilt dies nur insoweit, als die Beteiligung an dem Fonds betroffen ist. § 251 Abs. 1 BGB erfasst sowohl die objektive wie auch die subjektive Unmöglichkeit.⁵¹⁹ Dabei ist die Ursache der Unmöglichkeit unerheblich.⁵²⁰ Daher kann der Anleger gemäß § 251 Abs. 1 1. Alt. BGB Entschädigung in Geld verlangen.

Gleiches gilt, wenn die Naturalrestitution durch Freistellung nicht genügt, um den Schaden des Anlegers zu ersetzen. Diese Konstellation dürfte indes selten sein, so wie die Bedeutung der Vorschrift des § 251 Abs. 1 2. Alt. BGB insgesamt gering ist.⁵²¹ Auf den ersten Blick scheint es so, dass die Vorschrift des § 251 Abs. 1

⁵¹⁸ Maniak, S. 48.

⁵¹⁹ MünchKommBGB/Oetker, § 251 Rn. 6.

⁵²⁰ MünchKommBGB/Oetker, § 251 Rn. 8.

⁵²¹ MünchKommBGB/Oetker, § 251 Rn. 13.

2. Alt. BGB auf Schäden anwendbar sein könnte, die über die Belastung mit den Darlehensverträgen hinausgehen, wie dies beispielsweise bei Steuerschäden der Fall ist. Jedoch liegt streng genommen keine vollständige Naturalrestitution vor, da die wirtschaftlichen Nachteile, wie die Steuerschäden, noch beim Gläubiger liegen, so dass in Höhe dieser Differenz ohnehin Geldentschädigung geschuldet ist.⁵²² Somit wäre die Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB in dem Ersatz des Geldbetrages zu sehen, der dem Anleger aufgrund der steuerlichen Nachteile fehlt. Möglicherweise ist es auch den Schädigern von vornherein nicht möglich, den Anleger von den Steuerschäden freizustellen, so dass gemäß § 251 Abs. 1 1. Alt. BGB Entschädigung in Geld zu leisten ist. Die Folge ist im einen wie dem anderen Fall ein Anspruch, der auf Zahlung von Geld gerichtet ist.

Dem Anleger steht somit gegen die Vermittler, Fondsinitiatoren, Gründer und Prospektverantwortlichen ein Zahlungsanspruch zu, der auf Euro gerichtet ist. Für die finanzierende Bank gilt dies nur, soweit die Fondsbeteiligung betroffen ist. Dieser Zahlungsanspruch kann im Mahnverfahren geltend gemacht werden.

(b) Naturalrestitution möglich

Ein nicht mahnfähiger Anspruch, weil nicht auf die Zahlung einer Summe in Euro gerichtet, liegt dann vor, wenn die Naturalrestitution möglich ist. Dies ist dann der Fall, wenn die finanzierende Bank durch Verzicht auf die Ansprüche aus dem Darlehensvertrag den Anleger so stellen kann, wie er ohne den Abschluss des Vertrages stünde. Die Bank kann den Anleger insofern von seinen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag „freistellen“. Ein entsprechender Antrag in einer Klage wäre in dieser Konstellation auch nicht auf Zahlung gerichtet, sondern darauf, dass festgestellt wird, dass die Bank keine Zahlung aus dem Vertrag mehr verlangen kann.

Eine in Geld messbare Vermögenseinbuße kann auch in der Belastung mit einer Verbindlichkeit bestehen.⁵²³ Aus § 249 Abs. 1 BGB folgt in diesem Fall ein Freistellungsanspruch, der sich über § 250 BGB in einen Geldersatzanspruch umwandeln kann.⁵²⁴

⁵²² MünchKommBGB/Oetker, § 251 Rn. 13.

⁵²³ MünchKommBGB/Oetker, § 249 Rn. 29.

⁵²⁴ MünchKommBGB/Oetker, § 249 Rn. 29.

Diese Umwandlung des Freistellungsanspruchs in einen solchen auf Geldersatz kann der Gläubiger nach § 250 S. 1 BGB dadurch bewirken, dass er dem Ersatzpflichtigen eine Frist zur Herstellung des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, setzt und somit Freistellung bis zu einem gewissen Zeitpunkt verlangt. Nach dem Fristablauf ist der Gläubiger berechtigt Schadensersatz in Geld zu verlangen. Die Freistellung ist dann gemäß § 250 S. 2 BGB ausgeschlossen. Dadurch kann der Geschädigte unabhängig von den §§ 249 Abs. 2, 251 BGB zu einem Anspruch auf Geldersatz gelangen. Verweigert der Schuldner ernsthaft und endgültig die geforderte Herstellung, so ist dies einer erfolglosen Fristsetzung gleichzusetzen. Der Freistellungsanspruch wandelt sich dann, wenn der Geschädigte Geldersatz fordert, in einen Zahlungsanspruch um.⁵²⁵

Somit wäre vor Einleitung eines Mahnverfahrens ein Anspruchsschreiben an die finanzierende Bank geboten, in dem der Anleger unter Fristsetzung die Freistellung von den Pflichten aus dem Darlehensvertrag verlangt. Nach Ablauf der Frist oder wenn die Bank jeden Schadensersatz ernsthaft und endgültig verweigert, wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch des Anlegers um, so dass dieser dann Geldersatz fordern kann.⁵²⁶

Daneben kann der Gläubiger selbst dann, wenn er kein Vorgehen nach § 250 BGB gewählt hat, einen Zahlungsanspruch im Mahnverfahren geltend machen. Denn wie bei der auf Zahlung gerichteten Klage, die die Verjährung des aus § 257 S. 1 BGB resultierenden Freistellungsanspruchs unterbricht, so unterbricht die Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs im Mahnverfahren die Verjährung des Freistellungsanspruchs.⁵²⁷ Hier muss der Gläubiger allerdings spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung seinen Klageantrag auf Freistellung richten.

(i) Naturalrestitution möglich, aber nur mit unverhältnismäßigem Aufwand

Für den Fall, dass die Naturalrestitution zwar möglich ist, aber die Herstellung des Zustandes ohne das schädigende Ereignis nur mit unverhältnismäßig hohen Auf-

⁵²⁵ BGH, WM 1965, 287, 289; BGH, WM 1986, 1115, 1117; BGH, WM 1991, 1002; BGH, WM 1992, 1074, 1076; BGH, WM 1993, 1557, 1559 f.; BGH, WM 1996, 1282, 1283; BGH, WM 1999, 779, 781; BGH, NJW 2004, 1868, 1869.

⁵²⁶ BGH, NJW 2004, 1868, 1869.

⁵²⁷ BGH, NJW-RR 1990, 183, 184.

wendungen möglich ist, hat der Ersatzpflichtige nach § 251 Abs. 2 BGB ein Wahlrecht, den Gläubiger in Geld zu entschädigen. Aber auch hier kann das Wahlrecht nicht dazu führen, dass der Gläubiger von der Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen ist. Insofern kann nichts anderes gelten als zum Wahlrecht nach § 244 Abs. 1 BGB.⁵²⁸ Nach Aufforderung zur Freistellung unter Fristsetzung kann der Geschädigte also gegen den Schädiger einen Zahlungsanspruch geltend machen. Alternativ kann er den Zahlungsanspruch im Mahnverfahren geltend machen und dann – wenn es zu einem streitigen Verfahren kommt – seine Klage auf Freistellung umstellen.

(ii) Naturalrestitution bei spezialgesetzlichen Schadensersatzansprüchen

Zunächst scheint auch der aus § 13 VerkprospG, § 44 BörsG resultierende Anspruch problematisch, bei dem der Anleger die Übernahme der Anteile gegen Erstattung des Kaufpreises verlangen kann. Doch muss hier die Frage nach der Gegenleistung noch zurückstehen.⁵²⁹ Betrachtet man alleine den Anspruch des Anlegers, so ist festzustellen, dass es sich um einen Erstattungsanspruch handelt. Dieser ist auf Zahlung von Geld gerichtet und kann daher zulässigerweise im Mahnverfahren geltend gemacht werden.

(iii) Naturalrestitution bei Sicherheiten

Wenn der Anleger so zu stellen ist, als ob er den Darlehensvertrag nicht abgeschlossen hätte, so hätte er auch keine Sicherungsmittel für den Darlehensvertrag bestellt. Demgemäß sind auch diese Sicherungsmittel wieder an den Anleger herauszugeben. Hat der Anleger beispielsweise eine Kapitallebensversicherung zur Sicherung der Darlehensverträge verpfändet, so hat die Bank auch diese Verpfändung rückgängig zu machen und muss auf die Verpfändung verzichten. Ein solcher Anspruch kann im Mahnverfahren isoliert nicht geltend gemacht werden. Er ist schlicht nicht mahnfähig, da er nicht auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist.

Gelangt das Mahnverfahren wegen der Hauptforderung ins streitige Verfahren, so kann der Antragsteller und nunmehrige Kläger bis zur letzten mündlichen Verhandlung den Antrag gemäß § 264 Nr. 2 ZPO auf Herausgabe der Sicherungsmittel bzw. den Verzicht auf das Pfandrecht stellen.

⁵²⁸ Siehe oben unter C. III. 2. a).

⁵²⁹ Dazu unten unter C. III. 2. b) bb).

Fraglich ist, was mit den Sicherungsmitteln passiert, falls der Antragsgegner gegen den Mahnbescheid, der wegen der Hauptforderung erging, keinen Widerspruch einlegt und der Antragsteller den Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids stellt und der Vollstreckungsbescheid nicht angegriffen wird. Dann befinden sich die Sicherungsmittel nach wie vor in der Hand der Bank, so dass die Gefahr droht, dass die Bank die Sicherungsmittel verwertet. Da die Darlehensforderung nicht mehr besteht, besteht auch kein Sicherheitsbedürfnis mehr. Aus der konkludent zwischen den Parteien geschlossenen Sicherungsabrede ist daher der Anspruch des Darlehensnehmers abzuleiten, dass die Bank die Sicherheiten zurückgewährt.

bb) Rückgewähransprüche

Bei den Rückgewähransprüchen haben sich die Parteien die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Die Leistung, die der Anleger erbracht hat, liegt in der Geldzahlung. Daher ist der Rückgewähranspruch auch auf die Zahlung von Geld gerichtet. Somit können die Rückgewähransprüche, da diese auf Zahlung von Geld gerichtet sind, im Mahnverfahren geltend gemacht werden.

Lebensversicherungen und andere Sicherungsmittel, die der Anleger der finanzierenden Bank gestellt hat, sind ebenfalls zurück zu übertragen. Isoliert kann ein solcher Rückübertragungsanspruch aber im Mahnverfahren nicht geltend gemacht werden, da er nicht auf Zahlung von Geld gerichtet ist. Da die Sicherheiten aber für einen Anspruch bestellt wurden, der dann, wenn der Rückgewähranspruch gegeben ist, nicht mehr besteht, sind diese – wie eben bei den Schadensersatzansprüchen dargelegt – als Nebenleistung zurück zu übertragen.

b) Zulassungsschranken nach § 688 Abs. 2 ZPO

Der mahnfähige Anspruch darf auch nicht durch die Zulassungsschranken des § 688 Abs. 2 ZPO von der Geltendmachung im Mahnverfahren ausgeschlossen sein.

aa) Verbraucherkreditverträge

Nach § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO findet das Mahnverfahren nicht statt für Ansprüche eines Unternehmers aus einem Verbraucherkreditvertrag, wenn der anfängliche effektive Jahreszins um mehr als zwölf Prozentpunkte über dem bei Vertrags-

schluss geltenden Basiszinssatz nach § 247 BGB liegt. Die Einführung dieses Ausschlussstatbestandes geht darauf zurück, dass Ende der achtziger Jahre massenweise sittenwidrige Ratenkreditforderungen über den Mahnbescheid im Vollstreckungsbescheid tituliert wurden.⁵³⁰ Aus der Erwägung heraus, dass der Rechtsstaat keine Instrumente zur Titulierung unrechtmäßiger Forderung bereitstellen soll, wurde für Ansprüche, die möglicherweise in den Bereich der Sittenwidrigkeit reichen, das Mahnverfahren ausgeschlossen.⁵³¹ Mit der Grenze von zwölf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz wurde eine für Hoch- und Niedrigzinsphasen gleichermaßen geeignete Grenze gezogen.⁵³²

Das Mahnverfahren ist aber nur für Ansprüche *eines Unternehmers* ausgeschlossen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein Verbraucher schon nach dem Wortlaut nicht mit Ansprüchen gegen den Unternehmer ausgeschlossen ist, selbst wenn diese Ansprüche aus einem Vertrag resultieren, der eine hohe Verzinsung vorsieht.

Somit sind die Ansprüche von Anlegern aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds durch § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht vom Mahnverfahren ausgeschlossen.

bb) Gegenleistung

Der Anspruch, der im Mahnverfahren geltend gemacht wird, darf gemäß § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht von einer noch nicht erbrachten Gegenleistung abhängig sein.

Bei den Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds wird der Klageantrag häufig auf Verurteilung zur Zahlung „Zug-um-Zug“ gegen Übertragung der Anteile an dem Fonds lauten. Fraglich ist daher, ob dieses „Zug-um-Zug“-Begehren ein Vorgehen im Mahnverfahren ausschließt.

⁵³⁰ Zöllner/Vollkommer, ZPO, Vor § 688 Rn. 6a.

⁵³¹ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, Vor § 688 Rn. 35.

⁵³² MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 688 Rn. 11.

(a) Ausschluss vertraglicher Ansprüche

Durch die Vorschrift des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO soll vor allem der besonderen Natur der gegenseitigen Verträge nach §§ 320 ff BGB Rechnung getragen werden. Daher ist die Abhängigkeit von einer Gegenleistung allgemein bei Zug-um-Zug zu erbringenden synallagmatischen Leistungspflichten gegeben.⁵³³

Sinn und Zweck des Ausschlusses ist es, dass im Mahnverfahren keine Ansprüche geltend gemacht werden sollen, bei denen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags droht.⁵³⁴ Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 688 ZPO.⁵³⁵ Es sollen also vertragliche Ansprüche ausgeschlossen sein.

Auch soll der eine Vertragspartner nicht seinen Zahlungsanspruch geltend machen können, ohne dass er seinerseits die von ihm zu erbringende Hauptleistungspflicht des Vertrages erbracht hat. So sollen dem zur Zahlung Verpflichteten auch mögliche Gewährleistungsrechte aus dem Vertrag nicht genommen werden. Insbesondere das Recht der Minderung, bei dem die Zahlungspflicht nicht in der vollen Höhe besteht, soll nicht ausgeschlossen werden. Könnte derjenige, der die vertragstypische Leistung zu erbringen hat, seinen Zahlungsanspruch durchsetzen, ohne dass er seinerseits die Leistung erbracht hat, so würden möglicherweise Gewährleistungsrechte in unzulässiger Form eingeschränkt. Auch hieraus ergibt sich, dass die Vorschrift des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO auf Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen zielt.

Die Vorschrift des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist vor allem für synallagmatische Verträge bestimmt. Dies spricht gegen die Auffassung, wonach die Zug-um-Zug zu übertragenden Anteile eine Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darstellen.

(b) Ausnahmen vom Ausschluss

Eine Abhängigkeit der Leistung (die im Mahnantrag geltend gemacht wird) von der Gegenleistung ist aber dann nicht gegeben, wenn der Antragsgegner vorleis-

⁵³³ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 688 Rn. 3.

⁵³⁴ Gaupp/Stein, § 688 Kapitel V. 1.

⁵³⁵ Gaupp/Stein, § 688 Kapitel V. 1.

tungspflichtig ist.⁵³⁶ Ist also eine Vorauszahlung vereinbart, ist der Mahnbescheid trotz zukünftigem Leistungszeitraum zulässig.⁵³⁷ Falls also Vorleistung vereinbart wurde, dann ist der Zahlungsanspruch nicht von einer Gegenleistung abhängig.

Da die Übertragung der Anteile auch dem Schadensersatzbegehren nachfolgt, spricht auch dies für die Auffassung, dass die Zug-um-Zug zu übertragenden Anteile keine Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darstellen.

(c) Nebenpflichten

Die Verpflichtung zur Aushändigung einer Quittung oder einer Schuldurkunde ist keine Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.⁵³⁸ Denn diese Pflichten sind gerade keine synallagmatischen Hauptleistungspflichten.⁵³⁹ Zwar hat der Schuldner einen Anspruch auf die Quittung. Dieser ist jedoch ein verhaltener Anspruch. Der Gläubiger braucht die Quittung nur auf Verlangen des Schuldners auszustellen. Dem Schuldner steht dann, wenn der Gläubiger die Quittung verweigert, ein Zurückbehaltungsrecht zu.⁵⁴⁰ Auch beim Schuldschein steht dem Schuldner nach § 371 BGB ein Anspruch auf Rückgabe desselben zu.⁵⁴¹ Ebenso verhält es sich mit Schuldurkunden nach Art. 39 Abs. 1 WG und Art. 34 Abs. 1 ScheckG.

Auch in diesen Fällen wäre ein Klageantrag auf Zahlung Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Quittung oder der Schuldurkunde gerichtet. Dennoch wäre dies keine Gegenleistung i.S.d. § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

(d) Abhängigkeit des Anspruchs von einer Gegenleistung

Fraglich ist also, ob eine Abhängigkeit der Schadensersatzansprüche oder der Rückabwicklungsansprüche von einer Gegenleistung besteht.

⁵³⁶ Crevecœur, NJW 1977, 1320, 1321, Herbst, Rpfleger 1978, 199, 200; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 688 Rn. 3.

⁵³⁷ Crevecœur, NJW 1977, 1320, 1321, MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 690 Rn. 14.

⁵³⁸ Baumbach/Hartmann § 688 Rn. 8.

⁵³⁹ Wieser, § 368 Rn. 9, der die Quittung als „keine echte Gegenleistung“ ansieht und darauf hinweist, dass die Einschränkung „Zug-um-Zug“ nur für die freiwillige Leistung bedeutsam sei.

⁵⁴⁰ Palandt/Grüneberg, § 368 Rn. 7.

⁵⁴¹ Palandt/Grüneberg, § 371 Rn. 4.

Für die Schadensersatzansprüche stellt sich die Frage, ob diese Ansprüche tatsächlich von der Übertragung der Fondsanteile abhängen. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche in der Klage wird regelmäßig nur Zug-um-Zug (§ 274 Abs. 1 BGB) gegen Übertragung der Anteile erfolgen.⁵⁴² Ebenso wird die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen einen Schädiger (beispielsweise die finanzierende Bank) in aller Regel Zug-um-Zug gegen die Übertragung der Schadensersatzansprüche gegen andere Schädiger (beispielsweise die Fondsiniiatoren) erfolgen.⁵⁴³

Für die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche könnten entgegengesetzte Bereicherungsansprüche eine solche Gegenleistung darstellen.

(i) Gegenleistung

Die Gegenleistung ist die Leistung, die im Gegenseitigkeitsverhältnis steht. Als solche kann nur die Leistung eines gegenseitigen Vertrages auch „Gegenleistung“ sein. Es muss sich also um eine echte „Leistungspflicht“ handeln, die möglicherweise als Hauptleistungspflicht ausgestaltet ist und die auch einzeln eingeklagt werden könnte. Der Gegenleistung muss die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB entgegengehalten werden können.

(ii) Keine Hauptleistungspflicht

Die Pflicht zur Übertragung der Anteile ist keine Hauptleistungspflicht. Ihr steht zumindest das Schadensersatzverlangen nicht gleichwertig gegenüber. Denn der Geschädigte hat nicht das gleiche Interesse an der Herausgabe wie der Schädiger an dem Schadensersatz. Dieser Unterschied im Interesse ist nicht nur ein gradueller Unterschied, weil der Anspruch auf Schadensersatz höher ausfällt als der Anspruch auf das herauszugebende Etwas. Vielmehr handelt es sich um einen substantiellen Unterschied. Der Schadensersatzanspruch ist seiner Natur nach ein einseitiger Anspruch. Ihm kann keine Einrede wegen noch nicht erbrachter Leistung entgegengehalten werden.

Die Abtretung von Schadensersatzansprüchen gegen Dritte kann schon deshalb keine gegenseitige Hauptleistungspflicht sein, da diese Ansprüche gleichwertig neben den geltend gemachten Schadensersatzansprüchen stehen.

⁵⁴² Arendts, S. 72.

⁵⁴³ Arendts, S. 71.

Bei den Rückabwicklungsansprüchen könnte man die Nähe zu den vertraglichen Ansprüchen noch eher bejahen. Schließlich wird ein gegenseitiger Vertrag rückabgewickelt. Jedoch ist auch bei den Rückabwicklungsansprüchen das Interesse desjenigen, der die Rückabwicklung betreibt, ein gänzlich anderes als bei demjenigen, von dem Rückabwicklung verlangt wird. Auf Seiten desjenigen, gegenüber dem die Rückabwicklung geltend gemacht wird, liegt im weitesten Sinne ein „Fehler“ vor. So rührt die Nichtigkeit des Treuhandvertrages aus dem Verstoß des Rückforderungsgegners gegen das Rechtsberatungsgesetz. Die Nichtigkeit nach § 494 Abs. 1 BGB beruht darauf, dass der Rückforderungsgegner gegen die Vorgaben des § 492 Abs. 1 BGB verstoßen hat. Eine Rückabwicklung wegen eines verbundenen Geschäfts erfolgt deswegen, weil sich der Darlehensgeber mit dem Verkäufer einer einheitlichen Organisation bedient. Damit haben auch hier die Interessen desjenigen, der den Rücktritt erklärt und die Rückabwicklung betreibt, gegenüber den Interessen des Gegners, ein deutliches Übergewicht.

(iii) Keine Selbständigkeit

Die Übertragung der Anteile ist gerade keine selbständige Leistungspflicht, sondern resultiert lediglich aus dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot. Der zum Schadensersatz Verpflichtete kann die Anteile deshalb auch nicht selbständig vom Schadensersatzberechtigten heraus verlangen. Bei Schadensersatzansprüchen liegt das auch nicht an einer der Einrede des nichterfüllten Vertrags vergleichbaren Einwendung. Es liegt vielmehr daran, dass der zum Schadensersatz Verpflichtete noch keinem Schadensersatzbegehren ausgesetzt ist.

Gleiches gilt für die Abtretung der Schadensersatzansprüche gegen die Fondsiniiatoren. Eine Abtretung kann erst dann verlangt werden, wenn an den Geschädigten geleistet wurde. Im Übrigen könnten einer solchen Abtretung die Regeln des Gesamtschuldnerausgleichs entgegenstehen, bei dem diese Ansprüche kraft Gesetzes übergehen.

Darüber hinaus ist der Anspruch auf Schadensersatz auch dann gegeben, wenn kein herauszugebender Vorteil besteht, weil er beispielsweise untergegangen ist. Ebenso bestehen die Schadensersatzansprüche gegen einen Schädiger (beispielsweise die finanzierende Bank) auch dann, wenn Schadensersatzansprüche gegen andere Schädiger (beispielsweise die Fondsiniiatoren) wertlos sind. Eine „echte Abhängigkeit“ ist somit nicht gegeben.

Bei den Rückabwicklungsansprüchen muss der Anleger erst den Rücktritt erklären oder sich auf die Nichtigkeit des Darlehensvertrages berufen, bevor überhaupt Herausgabeansprüche in Bezug auf die Anteile entstehen können. Die Entstehung der gegenläufigen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche kann der Rückabwicklungsgegner nicht einseitig herbeiführen. Somit besteht auch hier keine Selbständigkeit der gegenläufigen bereicherungsrechtlichen Ansprüche.

Die Übertragung der Anteile oder weiterer Schadensersatzansprüche kann somit – ebenso wie ein gegenläufiger bereicherungsrechtlicher Anspruch – nicht selbständig geltend gemacht werden. Es handelt sich nicht um selbständige Ansprüche, die lediglich über das Synallagma miteinander verknüpft sind. Die Herausgabe der erlangten Anteile ist keine Leistung um der Gegenleistung willen, sondern eher ein Reflex.

(iv) Alternativüberlegung: Ersatz der Differenz

Der Anleger könnte sein Schadensersatzbegehren auch in der Weise geltend machen, dass er die (relativ) wertlosen Anteile behält, sich hierfür den Wert anrechnen lässt und den Differenzbetrag, der ihm als Schaden entstanden ist, in Geld verlangt. Somit ist nur bei einer Schadensberechnungsmethode (Geldersatz in voller Höhe bei Herausgabe der Anteile) eine „Leistung“ Zug-um-Zug gewollt.

Dass die Wahl der Anrechnung im Mahnverfahren möglich ist, zeigt die in den Ausfüllhinweisen explizit vorgesehene Möglichkeit, einen „Schaden aus Unfall/Vorfall vom ...“⁵⁴⁴ geltend zu machen. War beispielsweise der Unfall, aus dem der mit dem Mahnbescheid geltend gemachte Schadensersatzanspruch hergeleitet wird, ein Verkehrsunfall, bei dem ein PKW einen (wirtschaftlichen) Totalschaden erleidet, so hat der Geschädigte ein Wahlrecht.⁵⁴⁵ Er könnte zwischen der Reparatur (bei Behalten des PKW), bei der er die Reparaturaufwendungen verlangt und dem Ersatz des Wiederbeschaffungswerts wählen.⁵⁴⁶ Im letzteren Fall könnte der Geschädigte wählen, ob er den PKW an den Schädiger herausgibt oder sich den Wert des PKW anrechnen lässt.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 12.

⁵⁴⁵ Palandt/Grüneberg § 249 Rn. 22 ff.

⁵⁴⁶ Palandt/Grüneberg § 249 Rn. 22 ff.

⁵⁴⁷ Palandt/Grüneberg § 249 Rn. 19.

Es ist nicht einzusehen, dass der Geschädigte nur im ersten Fall den Schadensersatzanspruch im Mahnverfahren geltend machen können soll. Im ersten Fall können (zumindest bei PKWs) Reparaturaufwendungen in Höhe von bis zu 130 % des Fahrzeugwertes geltend gemacht werden,⁵⁴⁸ so dass der Ersatz der Reparaturaufwendungen höher sein kann als der Wiederbeschaffungswert. Außerdem hat der Geschädigte ein Wahlrecht, das ihm nur wegen der Wahl des Mahnverfahrens statt des Klageverfahrens – wo er den Antrag gemäß § 264 ZPO bis zur letzten mündlichen Verhandlung umstellen kann⁵⁴⁹ – nicht verloren gehen soll. Denn es ist Ziel des Mahnverfahrens, ein einfaches und schnelles gerichtliches Verfahren zur Verfügung zu stellen,⁵⁵⁰ ohne dass der Antragsteller aus der verfahrensrechtlichen Wahl materiell-rechtliche Nachteile erleidet. Will der Geschädigte die beschädigte Sache nicht reparieren, sondern stattdessen Geldersatz verlangen und stellt er dem Schädiger die beschädigte Sache zur Verfügung, so muss ihm die Geltendmachung des Geldersatzes auch bei einem Vorgehen im Mahnverfahren möglich sein.

Nichts anderes kann bei der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds gelten, wenn der Anleger die (wertlosen) Anteile nicht behalten will und sich auf den Ersatz des Vermögensverlustes beschränkt, sondern wenn er die Anteile zurückgeben und seine kompletten Aufwendungen ersetzt haben will.

Wenn bei dem einen Vorgehen⁵⁵¹ keine Leistung, die überhaupt als Gegenleistung in Betracht kommen könnte, existiert, dann kann bei einer anderen Schadensberechnungsmethode⁵⁵² nicht plötzlich das eben noch zulässige prozessuale Vorgehen unzulässig sein.

Das prozessual zulässige Vorgehen kann nicht davon abhängen, ob Anleger die wertlosen Anteile behalten und Ersatz der Differenz verlangen oder die Anteile zurückgeben wollen und Ersatz sämtlicher Aufwendungen geltend machen. Dies gilt umso mehr, als die Anleger, wenn sie das Klageverfahren gewählt hätten, ihren Antrag noch nach § 264 Nr. 2 ZPO bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen

⁵⁴⁸ Palandt/Grüneberg, § 249 Rn. 25.

⁵⁴⁹ Zöllner/Greger, ZPO, § 264 Rn. 3a.

⁵⁵⁰ BGHZ 150, 221, 225.

⁵⁵¹ Ersatz der Differenz bei Behalten der Anteile.

⁵⁵² Kompletter Ersatz bei Rückgabe der Anteile.

Verhandlung ändern und den aus demselben Sachverhalt herrührenden Anspruch noch anders berechnen könnten.⁵⁵³

(v) Unterschied des Anspruchs nur in der Höhe

Weiterhin kann die Höhe des im Mahnverfahren geltend gemachten Anspruchs allein nicht den Ausschlag geben oder gar erkennen lassen, ob voller Schadensersatz bei Rückgabe der Anteile oder der Differenzbetrag geltend gemacht wird. Ob der Schadensersatz richtig berechnet ist, wird im Mahnverfahren nicht geprüft, denn eine Begründetheitsprüfung findet hier gerade nicht statt.⁵⁵⁴ Somit bliebe es dem Anleger unbenommen, die Summe für den vollen Schadensersatz im Mahnverfahren zu fordern und keine Gegenleistung anzubieten. Er könnte den geltend gemachten vollen Ersatzanspruch – gedanklich⁵⁵⁵ – als auf die Differenz gerichteten Schadensersatzanspruch bezeichnen.

Der Schadensersatzanspruch ist somit nicht im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO von einer Gegenleistung abhängig.

(vi) Spezialgesetzliche Prospekthaftung

Möglicherweise ist der spezialgesetzliche Prospekthaftungsanspruch gemäß § 44 Abs. 1 BörsG i.V.m. § 13 Abs. 1 VerkprospG ein Zug-um-Zug Anspruch im „klassischen Sinn“, so dass die Übernahme gegen Erstattung eine echte Gegenleistung im Sinn des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darstellt. Jedoch sind auch hier die Interessen des Anlegers mit denen des Prospektverantwortlichen nicht vergleichbar, so dass sie nicht im Sinne von Leistung und Gegenleistung aufeinander treffen. Denn auch hier sind die Interessen des Anlegers denen des Prospektverantwortlichen übergeordnet. Der Anleger hat den Anspruch nur, weil der Anspruchsgegner einen Fehler gemacht hat. Der Prospektverantwortliche könnte selbst bei bestehendem Fehler einseitig gegenüber dem Anleger die Rückübertragung der Wertpapiere nicht durchsetzen.

Dies wäre für den Prospektverantwortlichen beispielsweise dann von Interesse, wenn er für einen Fehler im Prospekt einstehen muss, die Wertpapiere aber aufgrund anderer Umstände erheblich an Wert gewonnen haben. Dann ist es dem

⁵⁵³ Zöller/Greger, ZPO, § 264 Rn. 3a.

⁵⁵⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 18.

⁵⁵⁵ Zur Schadensberechnungsmethode muss sich der Anleger im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids ja gerade nicht äußern.

Verantwortlichen verwehrt, die Rückgabe der Wertpapiere mit der Begründung zu betreiben, er habe einen Fehler begangen, der zur Prospekthaftung führt.

Auch hier ist somit die Rückgabe der Wertpapiere keine Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

(e) Zwischenergebnis

Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder Rückabwicklungsansprüchen aus dem Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds sind die zu übertragenden Anteile oder Ansprüche keine Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Schadensersatzanspruch⁵⁵⁶ und der Rückabwicklungsanspruch sind somit nicht von einer Gegenleistung abhängig. Demgemäß ist es auch zutreffend, wenn im Mahnantrag angegeben wird, dass der Anspruch nicht von einer Gegenleistung abhängt.

(f) Annahmeverzug

Die Rückübertragung der Anteile an geschlossenen Immobilienfonds ist – wie soeben dargelegt⁵⁵⁷ – zu den Schadensersatzansprüchen oder den Rückübertragungsansprüchen keine Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Falls man sie doch als Gegenleistung ansehen wollte, bliebe noch die Möglichkeit, den Antragsgegner nach § 293 BGB in Annahmeverzug zu setzen. Dann braucht der Antragsteller die Gegenleistung nicht mehr anbieten, weil er sie schon vergeblich angeboten hat und sein Anspruch damit nicht mehr von einer Gegenleistung abhängig ist.⁵⁵⁸

Damit der Antragsgegner bezüglich der Nichtannahme der Anteile in Annahmeverzug gesetzt wird, muss er die ihm angebotene Leistung nicht annehmen. Hier zeigt sich schon, wenn man die Leistungspflicht benennen will, dass es eine „Pflicht“ als solche eigentlich nicht gibt. Denn die Herausgabe der Anteile ist keine selbständige Leistungspflicht. Die Abwicklung des Schuldverhältnisses scheitert nicht daran, dass die Anteile nicht angenommen werden. Die Abwicklung schei-

⁵⁵⁶ Auch der Schadensersatzanspruch aus spezialgesetzlicher Prospekthaftung fällt hierunter.

⁵⁵⁷ Siehe oben unter C. III. 2. b) bb) (d) und (e).

⁵⁵⁸ Baumbach/Hartmann § 688 Rn. 8.

tert vielmehr daran, dass kein Schadensersatz geleistet und keine Rückabwicklung betrieben wird, also kurz gesagt, dass kein Geld an den Anleger gezahlt wird.

Sieht man aber dennoch in der Herausgabe der Anteile eine selbständige Leistungspflicht des Antragstellers, so stellt sich die Frage, ob ein wörtliches Angebot an den Antragsgegner nach § 295 BGB ausreichend ist. Der in Annahmeverzug zu setzende „Gläubiger“ hat vor der Übertragung der Anteile noch eine entscheidende Handlung vorzunehmen. Er muss Geld zahlen. Somit ist ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB ausreichend. Dieses Angebot kann beispielsweise dadurch abgegeben werden, dass der (zukünftige) Antragsgegner in einem Anspruchsschreiben aufgefordert wird, Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Anteile zu zahlen.

(g) Einfluss auf die Verjährungshemmung

Jedoch wäre selbst dann, wenn eine Zug-um-Zug Verurteilung erfolgen müsste, dies der Verjährungshemmung nicht abträglich. Der Antragsgegner hätte allenfalls ein Zurückbehaltungsrecht.⁵⁵⁹ Dieses steht der Verjährungshemmung aber nicht entgegen.⁵⁶⁰

(h) Ergebnis zur Gegenleistung

Somit steht die Zulassungsschranke des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO einer Geltendmachung von Ansprüchen der Anleger aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds nicht entgegen.

cc) *Keine öffentliche Zustellung*

Weiter ist das Mahnverfahren nach § 688 Abs. 2 Nr. 3 ZPO dann ausgeschlossen, wenn die Zustellung des Mahnbescheids durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müsste. Hingegen ist das Mahnverfahren nicht schon dann zu beenden oder ausgeschlossen, wenn die Zustellung des Vollstreckungsbescheids durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen muss.⁵⁶¹ Dies ist nämlich ohne weiteres

⁵⁵⁹ BGH, NJW 2002, 520, 521.

⁵⁶⁰ BGH, NJW 2002, 520, 521.

⁵⁶¹ MünchKommZPO/Schüler, § 699 Rn. 63.

möglich.⁵⁶² Eine solche Regelung macht durchaus auch Sinn. Denn gegen einen Schuldner, dessen Aufenthalt nicht bekannt ist und der sich bislang keines Anspruches ausgesetzt sah, soll nicht ohne dessen Kenntnis ein Titel in einem außerordentlichen Erkenntnisverfahren geschaffen werden. Ist dem Schuldner hingegen (durch Zustellung des Mahnbescheids) bekannt, dass gerichtliche Schritte gegen ihn eingeleitet wurden, so ist es ihm durchaus zuzumuten, dass er sich um den Fortgang des gerichtlichen Mahnverfahrens kümmert. Kommt er dem nicht nach, ist eine Zustellung des Vollstreckungsbescheids gerechtfertigt.

Bei Ansprüchen gegen die Banken, welche die Beteiligung finanzierten, ist die Notwendigkeit einer Zustellung des Mahnbescheids durch öffentliche Bekanntmachung ohnehin nicht gegeben. Die Banken sind schon aus bankaufsichtsrechtlichen Gründen gehalten eine zustellungsfähige Anschrift zu unterhalten.⁵⁶³ Problematisch ist die fehlende Zustellanschrift häufig bei Vermittlern, Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschaftern. Diese haben häufig – insbesondere dann, wenn Ermittlungen der Staatsanwaltschaft gegen sie wegen Kapitalanlagebetrugs laufen – die für den Anleger unangenehme Eigenschaft, nicht mehr auffindbar zu sein.

Doch wird auch hier die Überlegung angebracht sein, dass – wenn schon Probleme bei der Zustellung bestehen – eine Vollstreckung eines erstrittenen Titels ungleich schwieriger ist.

3. Notwendiger Inhalt des zulässigen Mahnbescheidsantrags

Neben den Zulässigkeitsvoraussetzungen, die objektiv vorliegen müssen, muss der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids gemäß § 691 Abs. 1 Nr. 1 ZPO inhaltlich den Anforderungen des § 690 Abs. 1 ZPO und den Formerfordernissen des § 690 Abs. 2 und 3 ZPO entsprechen.

⁵⁶² MünchKommZPO/Schüler, § 699 Rn. 63.

⁵⁶³ § 24a Abs. 1 Nr. 3 KWG, § 53b Abs. 3 KWG.

a) Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter

Da durch die Bezeichnung des Antragsgegners festgelegt wird, wer Partei des Verfahrens wird, ist bei der Parteibezeichnung – wie bei der Klage auch – besondere Sorgfalt geboten.

aa) *Natürliche Personen*

Bei natürlichen Personen sind Name und Vorname der Parteien daher zwingend anzugeben⁵⁶⁴ sowie – schon um die Zustellung zu ermöglichen – die Anschrift. Daneben kann nach dem Einzelfall auch eine individualisierende Namensbezeichnung wie „jun.“ oder „sen.“ von Nöten sein.⁵⁶⁵

bb) *Juristische Personen*

Bei juristischen Personen ist, dem Wortlaut des § 690 Abs. 1 ZPO entsprechend, auch die Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter anzugeben. Diese Angabe wurde nach der Vereinfachungsnovelle⁵⁶⁶ ausdrücklich vorgeschrieben.⁵⁶⁷

(a) Namen des gesetzlichen Vertreters nicht notwendig

Damit ist jedoch nicht die namentliche Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter gemeint.⁵⁶⁸ Dies deswegen, weil zur Ermittlung des Namens des gesetzlichen Vertreters häufig umfangreiche Recherchen notwendig sind,⁵⁶⁹ die den Zweck des Mahnverfahrens, schnellstmöglich die Verjährung zu hemmen, vereiteln. Ebenso kann nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass derjenige, der im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids namentlich bezeichnet ist, auch noch im Zeitpunkt der Zustellung tatsächlich gesetzlicher Vertreter der juristischen Person ist.⁵⁷⁰ So könnte der Mahnbescheid trotz dessen, dass der Antragsteller alles ihm Zumutbare getan hat, nicht zugestellt werden.

⁵⁶⁴ Maniak, S. 61 f.

⁵⁶⁵ Maniak, S. 62.

⁵⁶⁶ BGBl. 1976 I S. 3281.

⁵⁶⁷ BT-Drs. 7/2729 S. 97.

⁵⁶⁸ BGH, NJW 1993, 2811, 2813; a.A. Schneider, Der Mahnbescheid und seine Vollstreckung, S. 18.

⁵⁶⁹ Maniak, S. 65.

⁵⁷⁰ Maniak, S. 65.

(b) Zustellvorschriften erfordern Namen nicht

Während früher bei der Zustellung die namentliche Angabe des Geschäftsführers eher notwendig war,⁵⁷¹ ist die Notwendigkeit, den Geschäftsführer namentlich zu bezeichnen, durch die Änderung der Zustellungs Vorschriften⁵⁷² noch weiter zurück gegangen. Insbesondere durch die Aufwertung der Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten nach § 180 S. 1 ZPO, die der Zustellung durch Niederlegung nach § 181 Abs. 1 ZPO nun vorgeht,⁵⁷³ ist die namentliche Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters nicht mehr von so großer Bedeutung. Denn für das Einlegen in den Briefkasten muss der Zustellende den Namen des gesetzlichen Vertreters gerade nicht kennen.⁵⁷⁴

(c) Register beinhaltet nicht mehr zwingend den Namen des Vertreters

Das früher verwendete Argument, der Antragsteller könne die zur Vertretung einer juristischen Person berufenen natürlichen Personen stets und zweifelfrei aus einem öffentlichen Register entnehmen, überzeugt nach der Rechtsprechungsänderung des BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁵⁷⁵ nicht mehr uneingeschränkt. Denn eine GbR wird der Antragsteller im Handelsregister nicht entdecken. Vor dieser Rechtsprechungsänderung⁵⁷⁶ wurde die GbR als im Mahnverfahren nicht parteifähig angesehen,⁵⁷⁷ so dass sich die Frage nach der Zustellbarkeit bei nicht im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen oder sonstigen Rechtspersonen nicht stellte. Das Argument der

⁵⁷¹ Vgl. hierzu die Ausführungen bei Maniak, S. 66 ff.

⁵⁷² Die Änderungen erfolgten durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren (Zustellungsreformgesetz – ZustRG) vom 25.06.2001, mit Wirkung zum 01.07.2002, gemäß Art. 4 ZustRG.

⁵⁷³ Zöller/Stöber, ZPO, § 181 Rn. 1.

⁵⁷⁴ Nach den alten Zustellungs Vorschriften (ZPO in der Fassung vor 01.07.2002) konnte eine Ersatzzustellung durch Niederlegung nach § 182 ZPO (in der Fassung vor dem 01.07.2002) bei einer juristischen Person nach § 184 Abs. 2 ZPO (in der Fassung vor dem 01.07.2002) nur erfolgen, wenn kein Geschäftslokal vorhanden war und der gesetzliche Vertreter auch in seiner Wohnung nicht angetroffen wurde. Der Person des gesetzlichen Vertreters kam bei der Zustellung eine deutlich gewichtigere Rolle zu, als dies in den neuen Zustellungs Vorschriften der ZPO (in der Fassung nach dem 30.06.2002) nun der Fall ist. Damit wird auch deutlich, dass die Namensnennung des gesetzlichen Vertreters nach dem 30.06.2002 noch weniger erforderlich ist, als dies vor dem 01.07.2002 der Fall war.

⁵⁷⁵ BGH, NJW 2001, 1056.

⁵⁷⁶ BGH, NJW 2001, 1056.

⁵⁷⁷ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 50 Rn. 18; anders noch Maniak, S. 43.

Einsehbarkeit im Register und der Zumutbarkeit für den Antragsteller dieses einzusehen war früher somit eher überzeugend.

(d) Ergebnis zur Namensnennung

Somit ist die bloße Angabe der Organstellung, wie beispielsweise „vertreten durch den Geschäftsführer“, als Bezeichnung ausreichend.⁵⁷⁸

(e) Besonderheiten bei geschlossenen Immobilienfonds

Bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds sind bei juristischen Personen – mit Ausnahme der Banken – die gesetzlichen Vertreter in der Regel schwer zu ermitteln, da diese häufig unerkannt bleiben wollen, gerade um sich nicht zum Angriffspunkt von Anlegeransprüchen zu machen. Gerade bei der für geschlossene Immobilienfonds häufig verwendeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann der Anleger Schwierigkeiten haben, die (aktuellen) Geschäftsführer zu ermitteln. Ist der geschlossene Immobilienfonds in der Form einer Kommanditgesellschaft organisiert, kann dem Anleger bis zu einem gewissen Grad noch das Handelsregister nützlich sein.

Sollen Ansprüche gegenüber einer die Anlage vermittelnden GmbH geltend gemacht werden, sollte sich der Name des Geschäftsführers aus dem Handelsregister ergeben.

Die Möglichkeit, die Zustellung beispielsweise durch Einlegen in Briefkasten nach § 180 S. 1 ZPO zu bewirken, ist insbesondere in den Fällen, in denen Vertreter der juristischen Person darauf bauten, dass die Anleger wegen Unkenntnis ihrer Namen keine Ansprüche geltend machen können, sinnvoll. Diese Erleichterung dadurch zu unterlaufen, dass man für den Erlass des Mahnbescheids den Namen des gesetzlichen Vertreters fordert, erscheint nicht sachgerecht.

Zusätzlich tritt bei den weniger seriösen Partnern bei der Anlage in geschlossenen Immobilienfonds häufig das Problem auf, dass die gesetzlichen Vertreter „abhanden kommen“. Der Anleger weiß zwar dank Handelsregisterauskunft dann genau, wie der Geschäftsführer der die Anlage vermittelnden GmbH heißt, kann

⁵⁷⁸ BGH, NJW 1993, 2811, 2813; Maniak, S. 66.

ihm aber trotzdem keinen Mahnbescheid zustellen lassen. Bis zum 01.11.2008⁵⁷⁹ trat somit in der Praxis häufiger das Problem auf, dass die juristische Person handlungsunfähig und prozessunfähig wurde, so dass eine wirksame Zustellung an sie nicht mehr möglich war.⁵⁸⁰ Der Gesetzgeber hat auf dieses Problem reagiert und für die GmbH durch Art. 1 Nr. 23 MoMiG die Vorschriften über die passive Vertretung der GmbH in § 35 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 2 bis 4 GmbHG geändert und erweitert. Danach können im Falle der Führungslosigkeit der GmbH Willenserklärungen mit Wirkung für die GmbH auch gegenüber deren Gesellschaftern abgegeben und Zustellungen für die GmbH gegenüber deren Gesellschaftern vorgenommen werden.⁵⁸¹

(f) Kein Verzicht auf Angabe des Vertretungsverhältnisses

Möglicherweise könnte sogar auf die Angabe des Vertretungsverhältnisses verzichtet werden. Dies könnte man damit begründen, dass die Erforderlichkeit einer solchen Bezeichnung, die sich in der Wiedergabe der aus dem Gesetz resultierenden Vertretungsregelung erschöpft (wie beispielsweise des schon erwähnten Zusatzes „vertreten durch den Geschäftsführer“), ein übersteigerter Formalismus wäre.⁵⁸² In diesem Spannungsfeld zwischen „Formenstrenge und prozessualer Billigkeit“⁵⁸³ ist der Wortlaut des § 690 Abs. 1 Nr. 1 ZPO jedoch eindeutig, so dass die Angabe des Vertretungsverhältnisses unverzichtbar ist.⁵⁸⁴

Für den Antragsteller bildet dieses Erfordernis auch keine unüberwindbare Hürde, so dass wohl auch nicht von „Unbilligkeit“ gesprochen werden kann.

Möglicherweise wäre zu überlegen, ob hier eine Korrektur des Antrags durch den Rechtspfleger von Amts wegen möglich wäre, wie dies für die Korrektur einer unzutreffenden Gerichtsangabe vertreten wird.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ Ab diesem Zeitpunkt greifen nach Art. 25 des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 die Änderungen durch das MoMiG.

⁵⁸⁰ So noch Maniak, S. 77.

⁵⁸¹ Für die Aktiengesellschaft wurde durch Art. 5 Nr. 7 MoMiG der § 78 AktG entsprechend geändert. Für die Genossenschaft wurde durch Art. 19 Nr. 2 MoMiG der § 24 GenG mit einer entsprechenden Regelung ergänzt. Allerdings kann die Abgabe einer Willenserklärung oder eine Zustellung nicht gegenüber einem Aktionär oder einem Genossen, sondern nur gegenüber dem Aufsichtsrat erfolgen.

⁵⁸² Maniak, S. 80.

⁵⁸³ So der Titel der Habilitationsschrift von Max Vollkommer; Maniak, S. 80, Fn. 129.

⁵⁸⁴ Maniak, S. 84.

⁵⁸⁵ BGH, NJW 1984, 242.

b) Die Bezeichnung des Anspruchs

Der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides muss die Bezeichnung des Anspruchs unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung gemäß § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO enthalten. Diese Konkretisierung des Anspruchs, die auch als „Individualisierung“ bezeichnet wird, ist Voraussetzung für die Zulässigkeit des Mahnverfahrens.⁵⁸⁶ Hingegen ist die Substantiierung Voraussetzung für die Begründetheit des Anspruchs, die im Mahnverfahren gerade nicht (mehr)⁵⁸⁷ geprüft wird.⁵⁸⁸

aa) *Hinreichende Individualisierung der Hauptforderung*

Hieraus leitet die Rechtsprechung des BGH ab, dass die Verjährungsunterbrechung (nunmehr Verjährungshemmung) durch die Zustellung des Mahnbescheids nur dann eintritt, wenn „der im Mahnbescheid bezeichnete Anspruch durch die Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt werden“ kann, „dass er über einen Vollstreckungsbescheid Grundlage eines Vollstreckungstitels sein kann *und* dass der Schuldner erkennen kann, welcher Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird, damit er beurteilen kann, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will oder nicht.“⁵⁸⁹ „Welche zusätzlichen Angaben zur hinreichenden Individualisierung des Anspruchs notwendig sind, lässt sich nicht allgemein festlegen. Die Art und der Umfang der erforderlichen Angaben hängen im Einzelfall vor allem von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab.“⁵⁹⁰

⁵⁸⁶ Schneider, Neues, MDR 1998, 69, 70.

⁵⁸⁷ Die Abschaffung der Schlüssigkeitsprüfung im Mahnverfahren zum 01.07.1977 ist eine – wenn nicht die – entscheidende Zäsur in der Entwicklung des Mahnverfahrens. Dadurch wurde erst die Entwicklung des Mahnverfahrens zu einem echten Massenverfahren ermöglicht. Dementsprechend wird der Rechtsstand vor dem Inkrafttreten der Vereinfachungsnovelle selbst in aktuellen Diskussionen und damit Jahrzehnte nach dem Inkrafttreten der Vereinfachungsnovelle (BGBl. 1976 I S. 3281) zur Begründung von bestimmten Positionen noch herangezogen. Vgl. insoweit Gaul, NJW 2005, 2894, 2896. Zur Bedeutung der Vereinfachungsnovelle auch Lücke, JuS 1997, 681.

⁵⁸⁸ Schneider, Neues, MDR 1998, 69, 70; MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 17.

⁵⁸⁹ Maniak, S. 85; erstmals BGH, NJW 1992, 1111, bestätigt in BGH, NJW 1993, 862, 863; BGH, 1994, 323, 324, BGH, NJW 1995, 2230, 2231, BGH, NJW 1996, 2152, 2153; als ständige Rechtsprechung fortgeführt in BGH, NJW 2000, 1420, BGH, NJW 2001, 305, BGH, NJW 2002, 520; auch BGH, NJW 2008, 1220 Tz. 13; ähnlich auch BGH, NJW-RR 2006, 275, 276 Tz. 15, BGH, WM 2007, 1084, 1088 Tz. 39, BGH, WM 2008, 1935 Tz. 7.

⁵⁹⁰ BGH, NJW 1992, 1111; BGH, NJW 1993, 862, 863; BGH, 1994, 323, 324; BGH, NJW 1996, 2152, 2153; BGH, NJW 2000, 1420; BGH, NJW 2002, 520; BGH, NJW 2008, 1220, 1221 Tz. 13.

In der vom BGH verwendeten Formel finden sich somit zwei Aspekte. Zum einem soll der Mahnbescheid Grundlage eines Vollstreckungsbescheids sein können. Zum anderen soll der Schuldner erkennen können, welcher Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird.

(a) Der Mahnbescheid als Grundlage eines Vollstreckungsbescheids

Der erste Teil der Formulierung ist den Gesetzesmaterialien entnommen⁵⁹¹ und zielt auf das weitere Schicksal des Mahnbescheids ab, wenn gegen ihn kein Widerspruch eingelegt wird. Denn zur Grundlage eines Vollstreckungsbescheids kann der Mahnbescheid nur dann werden, wenn gegen ihn kein Widerspruch eingelegt wird. Wird Widerspruch eingelegt, so kann gemäß § 699 Abs. 1 S. 1 ZPO kein Vollstreckungsbescheid mehr ergehen.

(b) Erkennbarkeit für den Schuldner

Der zweite Teil der Formulierung des BGH⁵⁹² stellt auf die Erkennbarkeit für den Schuldner ab und lässt sich somit unmittelbar auf den Sinn und Zweck der Verjährung zurückführen.

Sinn und Zweck der Verjährung ist, eine Inanspruchnahme des Schuldners zu verhindern, wenn die Zeit ihre „verdunkelnde Macht“⁵⁹³ über die Vorgänge, aus denen der Anspruch resultiert, gelegt hat. Es soll also verhindert werden, dass der Schuldner bei der Abwehr des Anspruchs in Beweisnot kommt,⁵⁹⁴ wenn er aufgrund der langen Zeit nicht mehr mit einer Inanspruchnahme rechnet und demgemäß keine Vorsorge zur Beweissicherung getroffen hat.⁵⁹⁵ Zum anderen

⁵⁹¹ BT-Drs. 7/5250, S. 13.

⁵⁹² erstmals BGH, NJW 1992, 1111, bestätigt in BGH, NJW 1993, 862, 863; BGH, 1994, 323, 324, BGH, NJW 1995, 2230, 2231, BGH, NJW 1996, 2152, 2153; als ständige Rechtsprechung fortgeführt in BGH, NJW 2000, 1420, BGH, NJW 2001, 305, BGH, NJW 2002, 520; auch BGH, NJW 2008, 1220 Tz. 13; ähnlich auch BGH, NJW-RR 2006, 275, 276 Tz. 15, BGH, WM 2007, 1084, 1088 Tz. 39, BGH, WM 2008, 1935 Tz. 7.

⁵⁹³ Mugdan, S. 512, Henckel, NJW 1962, 336.

⁵⁹⁴ Maniak, S. 8; Wolf FS f. Schumann, 579, 580, 585.

⁵⁹⁵ Die Problematik der Beweissicherung hat sich in den letzten Jahren deutlich verschärft. Während früher der Kreis der Vertragspartner durch regionale Grenzen beschränkt war, ist mit der Verbreitung des Internets die Zahl der möglichen Vertragspartner sprunghaft angestiegen. So können über Online-Marktplätze wie „ebay“ oder „Amazon“ Waren von Vertragspartnern aus aller Welt gekauft werden. Dazu kommen Direkt-Online-Angebote von Herstellerfirmen. Auch die Werbung für Kapitalanlagen –

soll durch die Verjährung die Dispositionsfreiheit des Schuldners geschützt werden. Der Schuldner soll planen können und muss daher wissen, was auf ihn zukommt.⁵⁹⁶

Der Schuldner muss erkennen können, welcher Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird. Folglich ist es unerheblich, ob die Angaben im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids ursprünglich enthalten waren und nur im zugestellten Mahnbescheid fehlen oder ob sie von vorneherein gänzlich fehlten.⁵⁹⁷ Entscheidend ist alleine, ob der Schuldner erkennen kann, um welchen Anspruch es sich handelt.

Die Verjährungshemmung bildet das Korrelat zur Verjährung.⁵⁹⁸ Kann der Schuldner erkennen, welche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden, so kann er die notwendigen Beweise sichern und sich auf die baldige Inanspruchnahme, beispielsweise durch die Bildung von Rückstellungen, einstellen.⁵⁹⁹ Wenn er dies kann, ist es nicht gerechtfertigt, die Verjährung weiterlaufen zu lassen. Kann er hingegen nicht erkennen, welchen Ansprüchen er ausgesetzt ist, so muss die Verjährung weiterlaufen und die Hemmung als unwirksam angesehen werden.

(c) Untersuchung der Anforderungen an die Individualisierung

Der erste Teil der vom BGH verwendeten „Formel“ wurde in der Literatur kritisiert.⁶⁰⁰ Dem BGH wird vorgeworfen, durch ein derartiges Verständnis des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO vermenge er in unzulässiger Weise die Vollstreckungsinter-

wie beispielsweise für Windparks – findet in immer größerem Umfang direkt über das Internet statt. Dabei sind die Werbeanzeigen häufig direkt mit den Online-Angeboten der Kapitalanlagegesellschaft verknüpft.

Gleichzeitig hat die Kenntnis über die Vertragspartner rapide abgenommen. Während früher der Kaufmann aus der nächsten Stadt in aller Regel noch persönlich bekannt war, sind heute eine Email-Adresse und eine Internetpräsenz häufig die einzigen vom Vertragspartner bekannten Daten.

Die Sammlung der Informationen zur Beweisvorsorge ist somit deutlich aufwändiger als früher.

⁵⁹⁶ Henckel, NJW 1962, 335, 336; Wolf FS f. Schumann, 579, 580, 585.

⁵⁹⁷ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 10.

⁵⁹⁸ Maniak, S. 13.

⁵⁹⁹ Dass der Zweck der Verjährung tatsächlich im Schutz des Schuldners liegt und nicht etwa im Schutz der Gerichte oder anderer Rechtsgüter, lässt sich eben auch daran erkennen, dass die Verjährung als Einrede ausgestaltet ist, Wolf, FS f. Schumann, 579, 581.

⁶⁰⁰ Wolf, FS f. Schumann, 579, 583, 584.

sen mit der Frage der Verjährungshemmung.⁶⁰¹ Wolf tritt daher sogar für die Befreiung des Verjährungsrechts vom Streitgegenstandsdenken ein.⁶⁰² Schneider erkennt in den Anforderungen des BGH eine Steigerung vom ursprünglichen Gebot der Individualisierung, hin zu einem abgeschwächten Substantiierungsgebot und damit zu einer Schlüssigkeitsdarlegung.⁶⁰³

Aus dem Vollstreckungsbescheid, der auf Grundlage des Mahnbescheids erlassen wurde, soll die Vollstreckung möglich sein. Dazu muss der Anspruch so bezeichnet sein, dass keine Zweifel darüber aufkommen, welcher Anspruch im Mahn- und später im Vollstreckungsbescheid gemeint ist. Der Anspruch muss eindeutig identifizierbar bleiben. Diese Anforderungen sind naturgemäß enger als die Erkennbarkeit für den Schuldner.⁶⁰⁴

Fraglich ist daher, ob es zur Verjährungshemmung wirklich notwendig ist, auf die engeren vollstreckungsrechtlichen Anforderungen an die Bezeichnung des Anspruchs abzustellen oder ob nicht vielmehr die Erkennbarkeit durch den Schuldner als ausreichend anzusehen ist.

(i) Überlegungen zur Rechtskraft

Für die Notwendigkeit zur Einhaltung der vollstreckungsrechtlichen Anforderungen würde sprechen, dass es geringere Probleme mit der Rechtskraft gibt. Wenn objektiv erkennbar ist, um welchen Anspruch es sich handelt, kann auch bestimmt werden, ob über diesen Anspruch bereits eine Entscheidung ergangen ist.

Doch sind die Probleme bei der Bestimmung der Rechtskraft eines Vollstreckungstitels streng genommen ohne Belang für die Verjährung eines Anspruchs. Sicher würde es einen zweiten Prozess, der über den gleichen Anspruch angestrengt wird, erleichtern, wenn sofort erkennbar wäre, um welchen Anspruch es sich handelt. Jedoch kann dies in aller Regel auch durch die vom zweit-befassten Gericht vorzunehmende Auslegung geklärt werden. Da dieses Gericht dann ohnehin mit der Sache befasst ist, entsteht hier auch kein zusätzlicher Aufwand.

⁶⁰¹ Wolf, FS f. Schumann, 579, 583, 584.

⁶⁰² Der Titel des Beitrags von Wolf, FS f. Schumann, 579, lautet demgemäß auch „Die Befreiung des Verjährungsrechts vom Streitgegenstandsdenken“.

⁶⁰³ Schneider, Mahnverfahren, MDR 1998, 1333.

⁶⁰⁴ Wolf, FS f. Schumann, S. 579, 584.

Auch der Gefahr, dass der Gläubiger, wollte man nicht an den vollstreckungsrechtlichen Anforderungen festhalten, seinem Vollstreckungstitel andere nicht erfasste Ansprüche unterschiebt, kann dadurch begegnet werden, dass der Schuldner nach Zahlung die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels gemäß § 757 Abs. 1 ZPO verlangt. Somit kann der Gläubiger nur einmal den titulierten Betrag verlangen, gleich welchen Anspruch er zugrunde legt. Will er mit dem Vollstreckungsbescheid eine Forderung vollstrecken, die der Schuldner als nicht von dem Titel erfasst ansieht, so bleibt es dem Schuldner unbenommen, sich hiergegen mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO zu wehren.

Wenn ein Vollstreckungsbescheid ergeht, ist der Umfang von dessen Rechtskraft dann zu klären, wenn er streitig wird. Die Forderung, dass der Anspruch im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids bereits so unterschieden und abgegrenzt werden kann, dass er über einen Vollstreckungsbescheid Grundlage eines Vollstreckungstitels sein kann, ist somit nicht zwingend.

(ii) Verfahrensrechtliche Situation des Vollstreckungsbescheids

Die strengeren vollstreckungsrechtlichen Anforderungen, die der BGH zur wirksamen Hemmung der Verjährung fordert, machen auch nur bei Ergehen eines Mahnbescheids und einem daraufhin erlassenen Vollstreckungsbescheid, der rechtskräftig wird, Sinn. Denn wird Widerspruch gegen den Mahnbescheid oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid eingelegt, so dass sich die Frage der verjährungshemmenden Wirkung der Zustellung des Mahnbescheids überhaupt erst stellt, so wird der Vollstreckungsbescheid gerade nicht rechtskräftig. Dann ist es aber nicht notwendig, dass der Mahnbescheid zur Verjährungshemmung bereits so bestimmt sein muss, „dass er über einen Vollstreckungsbescheid Grundlage eines Vollstreckungstitels sein kann.“⁶⁰⁵ Wurde aber ein Vollstreckungsbescheid erlassen, der nicht der Rechtskraft fähig ist, so wäre es sinnvoller, die Probleme dort zu lösen, wo sie auftreten, nämlich im Rahmen der Vollstreckung.

Stellt der Gläubiger (etwa auf eine Vollstreckungsabwehrklage des Schuldners hin) fest, dass er einen nicht der Rechtskraft fähigen Vollstreckungsbescheid hat, kann er eben nicht vollstrecken. Wenn er die Vollstreckung unmittelbar im An-

⁶⁰⁵ BGH, NJW 2000, 1420, BGH, NJW 2002, 520, 521.

schluss an den Erlass des Vollstreckungsbescheides betreibt, wird er auch noch innerhalb der Frist von sechs Monaten nach Beendigung des Mahnverfahrens sein, innerhalb derer nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB die Hemmung der Verjährung noch besteht, so dass er keinen Rechtsverlust erleidet.

Dies ist für den Gläubiger mit weniger einschneidenden Folgen verbunden, als wenn man die Verjährungshemmung durch Zustellung eines Mahnbescheid, an der nicht hinreichenden Bestimmtheit scheitern lässt.

Die Verfahrenseinleitung durch Mahnbescheid würde sich im Hinblick auf die Verjährung für den Schuldner als „Geschenk des Himmels“ darstellen. Dies wäre mit dem Sinn und Zweck des Mahnverfahrens nicht vereinbar. Alleine durch die Wahl des Mahnverfahrens sollen dem Gläubiger keine Nachteile erwachsen.

(iii) Widerspruch als Beweis für Bestimmtheit

Allerdings überzeugt das Argument, dass dann, wenn der Antragsgegner Widerspruch einlegt, der unumstößliche Beweis dafür erbracht sei, dass die Bezeichnung hinreichend genug war und ihm die Beurteilung ermöglicht habe, ob er Widerspruch einlegen soll,⁶⁰⁶ gerade nicht. Denn auch der Antragsgegner, der sich unter der gegen ihn geltend gemachten Forderung nichts vorstellen kann, wird vorsorglich Widerspruch einlegen, um im späteren Verfahren überhaupt erst Kenntnis zu erlangen, um welchen Anspruch es sich handelt.⁶⁰⁷ Die Möglichkeit, Widerspruch einzulegen, wird dem Antragsgegner in der Rechtsbehelfsbelehrung schließlich auch aufgezeigt, so dass bei unklaren Formulierungen des geltend gemachten Anspruchs die Einlegung des Widerspruchs nahe liegt.

(iv) Gesetzesbegründung

Die vom BGH aus der Gesetzesbegründung⁶⁰⁸ aufgegriffene Formulierung⁶⁰⁹, betrifft nur die Frage, wie der Anspruch im Mahnbescheid individualisiert sein muss, damit ein Vollstreckungsbescheid ergehen kann. Die Gesetzesbegründung trifft hingegen keine Aussage zu der Frage, ob und wenn ja, wie der Anspruch im Mahnbescheid individualisiert sein muss, um die Verjährung für diesen Anspruch

⁶⁰⁶ So Maniak, S. 224.

⁶⁰⁷ So auch Piekenbrock, ZZP 116, 256, 260.

⁶⁰⁸ BT-Drs. 7/5250, S. 13.

⁶⁰⁹ „Die danach lediglich noch erforderliche Individualisierung des Anspruchs ist daran zu messen, dass dieser über den Vollstreckungsbescheid Grundlage eines Vollstreckungstitels werden kann“, BT-Drs. 7/5250, S. 13.

zu hemmen bzw. damals noch zu unterbrechen. Somit ist es nach der Gesetzesbegründung, aus der sich der erste Teil der Formulierung herleitet,⁶¹⁰ nicht zwingend notwendig, zur Verjährungshemmung auf die vollstreckungsrechtlichen Anforderungen abzustellen.

(v) Zweck der Verjährung

Geht man vom Zweck der Verjährung, dem Schutz des Schuldners vor Beweisnot und dem Schutz der Planungssicherheit und Dispositionsfreiheit aus,⁶¹¹ wäre in erster Linie daran zu denken, dass die Verjährung dann gehemmt wird, wenn der Schuldner erkennen kann, welche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden.⁶¹² Somit gebietet der Zweck der Verjährung nicht zwingend die vollstreckungsrechtlichen Anforderungen.

(vi) Ergebnis zu den Anforderungen an die Individualisierung

Der BGH stellt noch auf den vollstreckungsrechtlichen Aspekt ab. Aus dem Sinn und Zweck der Verjährung ergibt sich nicht die Notwendigkeit hierauf abzustellen. Dies erst recht nicht, wenn die verfahrensrechtliche Situation betrachtet wird, in der über die verjährungshemmende Wirkung zu befinden ist. Denn dann ist der Mahnbescheid gerade nicht Grundlage eines (rechtskräftigen) Vollstreckungsbescheids geworden. Schließlich verlangt auch die Gesetzesbegründung, zum Herbeiführen der Verjährungshemmung, nicht die Individualisierung wie sie für einen Vollstreckungstitel notwendig ist.

(d) Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BGH scheint in jüngerer Zeit in der Tat stärker auf die Erkennbarkeit für den Schuldner abzustellen⁶¹³ und die einengenden Überlegungen zur Rechtskraft des Vollstreckungsbescheids aufzuweichen. So wurde selbst die Bezeichnung „Anspruch aus Werkvertrag/Werklieferungsvertrag gemäß Rechnung vom 23.9.1996“ noch als zur Individualisierung ausreichend anerkannt, ohne dass der zugrunde liegende Bauvertrag oder die Art der Ansprüche aus der vorzeitigen Beendigung des Vertrages näher bestimmt wurden.⁶¹⁴ Entscheidend

⁶¹⁰ BT-Drs. 7/5250, S. 13.

⁶¹¹ Wolf, FS f. Schumann, 579, 580, 585.

⁶¹² Wolf, FS f. Schumann, 579, 582.

⁶¹³ BGH, NJW 2000, 1420; BGH, NJW 2002, 520, 521.

⁶¹⁴ BGH, NJW 2002, 520, 521.

sei, dass andere Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten nicht bestanden hätten.⁶¹⁵

Die Instanzgerichte sind der Rechtsprechung des BGH weitgehend gefolgt. Allerdings ist zu beobachten, dass zahlreiche Instanzgerichte⁶¹⁶ die vollstreckungsrechtlichen Anforderungen an die Individualisierung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids enger ausgelegt haben, als dies der BGH getan hat.⁶¹⁷

So berichtet Schneider,⁶¹⁸ dass er zunehmend instanzgerichtliche Urteile wahrnehme,⁶¹⁹ die seines Erachtens als Folge der BGH-Rechtsprechung die vollstreckungsrechtlichen Anforderungen überbetonen.⁶²⁰ Auch Maniak⁶²¹ berichtet über diese Urteile,⁶²² die an die Individualisierung strenge vollstreckungsrechtliche Anforderungen gestellt haben. Piekenbrock⁶²³ kritisiert diese Auseinandersetzung in Form von „sichtlicher Empörung über fragwürdige Instanzurteile“⁶²⁴ als bedauerlich.⁶²⁵ In dieser Abwertung der Instanzurteile offenbart sich bereits die Diskrepanz zur Rechtsprechung des BGH. Denn dieser hält zwar formell seine Rechtsprechung zu den vollstreckungsrechtlichen Anforderungen aufrecht, stellt aber dann, wenn es für seine Entscheidung relevant wird, vor allem auf die Erkennbarkeit für den Schuldner ab.⁶²⁶

⁶¹⁵ BGH, NJW 2000, 1420; BGH, NJW 2002, 520, 521.

⁶¹⁶ Etwa: LG Düsseldorf, NJW 2007, 3009.

⁶¹⁷ BGH, NJW 2008, 1220: Aufhebung von LG Düsseldorf, NJW 2007, 3009; auch BGH, NJW-RR 2003, 784: Aufhebung der vorgehenden Entscheidung des OLG Düsseldorf und des LG Düsseldorf.

⁶¹⁸ Schneider, Neues, MDR 1998, 69, 70.

⁶¹⁹ LG Gießen, MDR 1995, 1066; LG Bielefeld, WuM 1997, 112.

⁶²⁰ Schneider, Neues, MDR 1998, 69, 70.

⁶²¹ Maniak, S. 89 ff.

⁶²² LG Gießen, MDR 1995, 1066; LG Bielefeld, WuM 1997, 112; AG Wuppertal, MDR 1990, 437 f; LG Wuppertal, WuM 1997, 110; LG Köln, WuM 1997, 632.

⁶²³ Piekenbrock, ZJP 116 (2003), 256, 260.

⁶²⁴ Piekenbrock, ZJP 116 (2003), 256, 260.

⁶²⁵ Piekenbrock, ZJP 116 (2003), 256, 260.

⁶²⁶ So beispielsweise: BGH, NJW 2000, 1420, BGH, NJW 2002, 520, 521. Zu diesen maßgeblich auf die Erkennbarkeit abstellenden Entscheidungen scheint eine Entscheidung des XI. Zivilsenats (BGH, NJW 2001, 305) in scharfem Kontrast zu stehen und wurde deshalb auch von Wolf (FS f. Schumann, 579) kritisiert. Dort wurde dem von einer Bank beantragten Mahnbescheid die damals noch verjährungsunterbrechende Wirkung versagt. Der Mahnbescheid war gegen den Aussteller von insgesamt 28 Schecks ergangen, nachdem die Schecks, die ein Lieferant des Ausstellers erhalten hatte, durch die Bank des Ausstellers nicht eingelöst wurden. Dabei ist auffällig, dass der VII. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 06.12.2001 (BGH, NJW 2002, 520) lediglich auf die Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 30.11.1999 (BGH, NJW 2000, 1420) Bezug nimmt, hingegen nicht auf die des XI. Zivilsenats vom 17.10.2000 (BGH, NJW 2001, 305), die zeitlich doch die näher gelegene Entschei-

In seiner jüngeren Rechtsprechung geht der BGH sogar noch weiter und betont, dass es nicht (mehr) erforderlich ist, dass aus dem Mahnbescheid für einen außenstehenden Dritten ersichtlich ist, welche konkreten Forderungen gegen den Antragsgegner erhoben werden.⁶²⁷ Vielmehr reiche es aus, dass der Antragsgegner erkennen kann, welche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden.⁶²⁸ Dabei sei es nicht notwendig, dass der Antragsteller dem Antragsgegner erläutere, worauf er seine Ansprüche stützt. Die zur Individualisierung ausreichenden Erkenntnisse können auch auf Informationen beruhen, die dem Antragsgegner ohne Hinweis im Mahnbescheid zur Verfügung standen.⁶²⁹

(e) Bewertung der BGH-Rechtsprechung

Der BGH verwendet zwar immer noch die in ständiger Rechtsprechung geprägte „Formel“ wonach der Anspruch „in der Weise bezeichnet sein (muss), dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein (kann) und der Schuldner erkennen kann, ob und in welchem Umfang er sich zur Wehr setzen will.“⁶³⁰ Allerdings bewegt sich die Rechtsprechung des BGH inhalt-

lich ist. Daraus jedoch auf eine unterschiedliche Rechtsprechung der Senate schließen zu wollen, wäre indes wohl verfehlt. Der entscheidende Unterschied dürfte eben in der Erkennbarkeit der Ansprüche für den Schuldner liegen. Denn in den Entscheidungen des VII. Senats (BGH, NJW 2002, 520) und des VI. Zivilsenats (BGH, NJW 2000, 1420) war dem Schuldner bekannt, um was für ein Rechtsverhältnis es sich handelte, da er mit dem Gläubiger schon zuvor in Kontakt war. In der Entscheidung des XI. Senats (BGH, NJW 2001, 305) hingegen konnte der Schuldner nicht erkennen, aus welchem Verhältnis der Gläubiger gegen ihn vorgeht. Er hatte vorher mit der den Mahnbescheid beantragenden Bank keinen Kontakt. Sicher könnte man argumentieren, dass er gewusst habe, dass keiner der Schecks, die er ausstellte, eingelöst wurde und es deswegen nahe lag, dass die Bank alle Forderungen aus den Schecks gegen ihn geltend macht. Sicher ist dies indes aber nicht. So könnte der Scheckempfänger nur einen Teil der Schecks eingereicht haben, oder die Forderung auf Schecks anderer Gläubiger beruhen.

Sicherlich betonen die Ausführungen des XI. Zivilsenats (BGH, NJW 2001, 305, 306) die Bedeutung des Mahnbescheids als Grundlage des Vollstreckungsbescheids stärker als die des VII. Zivilsenats (BGH, NJW 2002, 520), der sich hierzu – mit Ausnahme des formelhaften Satzes zur Individualisierung – nicht äußert. Dennoch wäre die Entscheidung des XI. Zivilsenats wohl auch dann, wenn man ausschließlich auf die Erkennbarkeit für den Schuldner abstellen wollte, nicht anders ausgefallen. Dies zeigen die Ausführungen zur Erkennbarkeit (BGH, NJW 2001, 305 ff) auch deutlich. Insofern ist auch die Entscheidung des XI. Zivilsenats (BGH, NJW 2001, 305) keine Abkehr von dem Abstellen auf die Erkennbarkeit für den Schuldner.

⁶²⁷ BGH, WM 2007, 1084, 1088 Tz. 46.

⁶²⁸ BGH, WM 2007, 1084, 1088 Tz. 46.

⁶²⁹ BGH, WM 2007, 1084, 1089 Tz. 48.

⁶³⁰ BGH, WM 2007, 1084, 1088 Tz. 39; ähnlich BGH, NJW 2008, 1220 Tz. 13.

lich von der Betonung der Anspruchsbezeichnung als Grundlage des Vollstreckungstitels weg und gelangt zu einer immer stärkeren Betonung der Erkennbarkeit für den Schuldner. Dies ist sowohl von dem Sinn und Zweck der Verjährung als auch von der verfahrensrechtlichen Situation aus gesehen sicherlich zutreffend.

Zunächst scheint sich auch das Urteil des OLG Karlsruhe vom 17.04.2007⁶³¹ und diesem folgend das (in der gleichen Rechtssache ergangene) Urteil des BGH vom 23.08.2008⁶³² mit der Frage der Individualisierung zu beschäftigen. Allerdings fällt bei einer genaueren Betrachtung der beiden Urteile⁶³³ auf, dass der BGH eine vom OLG Karlsruhe abweichende Auffassung zum Umfang der Verjährungshemmung und nicht der Individualisierung des Anspruchs vertritt. Daher sollen die beiden unterschiedlichen Positionen auch bei dem Umfang der Verjährungshemmung⁶³⁴ beleuchtet werden.

bb) Bewertung

Als „sicherster Weg“, um die notwendige Individualisierung zu erreichen, wurde vorgeschlagen, dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids „zusätzliche Korrespondenz“ beizufügen.⁶³⁵ Dies widerspricht jedoch der Tendenz zu einer stärkeren Automatisierung des Mahnverfahrens, bei der „die Akte“ beim Mahngericht nur noch als elektronische Datei besteht. Deswegen kann die dem Mahnantrag beigefügte Korrespondenz auch nicht ohne weiteres „zur Akte“ genommen werden. Weiter besteht das Problem, dass die beigefügte Korrespondenz im automatisierten Verfahren von den Mahngerichten regelmäßig nicht mit zugestellt wird.⁶³⁶ Der Antragsgegner erlangt also keine Kenntnis von der Korrespondenz, so dass der Verweis auf diese nicht zur Individualisierung geeignet ist.

Somit bleibt nur, den Anspruch sauber und treffend zu formulieren und sich der Gefahr, die in unzutreffenden Formulierungen liegt, bewusst zu sein. Sinnvoll kann es auch sein – und gehört wohl auch zum guten Ton – vor Einleitung eines Mahnverfahrens ein Anspruchsschreiben an den Gegner zu richten, in dem die

⁶³¹ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572.

⁶³² BGH, WM 2008, 2158.

⁶³³ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572 und BGH, WM 2008, 2158.

⁶³⁴ Siehe unten unter C. VII. 2. c) ff).

⁶³⁵ Schneider, Mahnverfahren, MDR 1998, 1333, 1335; Schneider, Die Klage im Zivilprozess, Rn. 805.

⁶³⁶ Salten, MDR 1998, 1144, 1147; Schneider, Mahnverfahren, MDR 1998, 1333, 1335.

Forderung aufgeführt und begründet ist.⁶³⁷ Hierbei sollte aus Beweis Zwecken auf einen Zugangsnachweis geachtet werden. Dann kann eine Bezugnahme hierauf im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids erfolgen.

Die sicherste Möglichkeit, um den Zugang eines bestimmten Schriftstücks nachzuweisen, ist die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher „auf Betreiben einer Partei“ nach § 132 Abs. 1 BGB, §§ 191 ff. ZPO, mit dem Antrag der persönlichen Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 21 Nr. 2 lit b GVGA.⁶³⁸ Dabei kann nicht nur der Zugang, sondern auch der Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks nachgewiesen werden. Andere – zwar weniger aufwendige, aber auch nicht mit einem so hohen Beweiswert verbundene – Möglichkeiten einen Zugangsnachweis zu erhalten, bestehen in der Übersendung mit Übergabe-Einschreiben, mit Übergabe-Einschreiben mit Rückschein und mit Einwurf-Einschreiben.⁶³⁹

Hat sich der Schuldner in einem seiner Schreiben schon zu dem im Mahnbescheid in Bezug genommenen Schriftstück inhaltlich geäußert, so steht der Zugang dieses Schriftstücks auch außer Zweifel.⁶⁴⁰

Die Schwierigkeiten der Individualisierung vor dem Hintergrund der Nachweisprobleme bei außergerichtlichen Schreiben sind dem BGH durchaus bewusst.⁶⁴¹ Die Individualisierung könne aber durch Bezugnahme auf vom Schuldner herrührende Willenserklärungen (bspw. dessen Bestellungen oder dessen Aufträge) bewirkt werden.⁶⁴² Berücksichtigt man, dass der Antragsteller zur Individualisierung auf die Erkenntnisse des Antragsgegners abstellen kann – auch wenn diese auf Informationen außerhalb des in Bezug genommenen Schreibens beruhen können⁶⁴³ – so kann man all diejenigen Tatsachen zugrunde legen, von denen man beweisen kann, dass sie dem Antragsgegner bekannt sind.

⁶³⁷ Natürlich wäre auch die Kostentragungspflicht als Rechtsfolge des sofortigen Anerkenntnisses (selbst nach Einlegung des Widerspruchs und Abgabe ins streitige Verfahren, Zöller/Herget, ZPO, § 93 Rn. 6, Stichwort „Mahnverfahren“) ein entscheidender Grund, ein Anspruchsschreiben an den Gegner zu richten.

⁶³⁸ Kaiser, NJW 2009, 2187, 2188.

⁶³⁹ Kaiser, NJW 2009, 2187.

⁶⁴⁰ BGH, WM 2008, 1935, 1936, Tz. 13 a. E.

⁶⁴¹ BGH, WM 2008, 1935, 1936, Tz. 13.

⁶⁴² BGH, WM 2008, 1935, 1936, Tz. 13.

⁶⁴³ BGH, WM 2007, 1084, 1089 Tz. 48.

Im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides soll der Grund des Anspruchs mit sogenannten Schlüsselnummern angegeben werden. Ursprünglich hielt man Ansprüche, die unter die Schlüsselnummern fallen, für nicht prüfungsbedürftig.⁶⁴⁴

Für Ansprüche die nicht im Katalog aufgezählt sind, wurden im Antragsvordruck die Zeilen 36 und 37 vorgesehen. Hier kann der Antragssteller frei formulieren. Er muss sich aber dessen bewusst sein, dass hier dann eine Prüfung durch den Rechtspfleger erfolgt.⁶⁴⁵

Bei der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds kommt eine Bezeichnung als Schadensersatz, Bereicherungsrecht oder Rückgewähr in Betracht. Jeder der Ansprüche kann mit Berechtigung eingetragen werden. Welcher Anspruch in Wahrheit vorliegt, kann sich, wie die Rechtsprechung zeigt, erst in der zweiten oder dritten Instanz herausstellen.⁶⁴⁶ Es wäre sicherlich vom Rechtsuchenden zu viel verlangt, klüger zu sein als Berufsrichter und die zutreffende Einordnung schon bei Antragstellung vorzunehmen.

Daher ist nach hier vertretener Auffassung die Formulierung geeignet, die auch für diese Arbeit gewählt wurde, wobei eventuell die Eigenständigkeit der Schadensersatzansprüche noch verdeutlicht werden könnte. So könnte die Anspruchsbezeichnung beispielsweise „Schadensersatz aus Vertrag vom XX.YY.ZZZZ und Rückabwicklung des Vertrags/der Verträge vom XX.YY.ZZZZ“ lauten.

Zusammenfassend muss dem Schuldner deutlich erkennbar sein, weswegen Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden. Kann er dies im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheides nicht erkennen, so ist die Verjährungshemmung gescheitert.

cc) Angaben zur Inhaberschaft

Der Schuldner muss auch erkennen können, wer Anspruchsinhaber des gegen ihn geltend gemachten Anspruchs ist. Nur so wird er die Umstände, die zur Ent-

⁶⁴⁴ BT-Drs. 7/5250, S. 13 f.

⁶⁴⁵ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 689 Rn. 9, Fn. 12.

⁶⁴⁶ Vgl. LG Frankfurt am Main, NJW-RR 2003, 336; OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2004, 623; BGH, NJW-RR 2005, 772.

stehung des Anspruchs geführt haben, für sich in der notwendigen Klarheit erhehlen und auch die dazu nötigen Beweismittel sichern können.

(a) Antragsteller ist ursprünglicher Inhaber der Forderung

In aller Regel dürfte derjenige, der als Antragsteller auftritt, auch der Inhaber des Anspruchs sein. Zumindest muss der Antragsgegner dann, wenn keine weiteren Angaben im Mahnbescheid vorhanden sind, davon ausgehen, dass derjenige, der den Mahnbescheid beantragt hat, auch der Inhaber der geltend gemachten Forderung ist.

(b) Antragsteller ist (ursprünglich) nicht Inhaber der Forderung

Macht der Gläubiger eine Forderung geltend, die zunächst nicht ihm, sondern einer dritten Person zustand, so ist diese Tatsache im Mahnantrag zu bezeichnen. Dabei ist es unerheblich, ob der Antragsteller seine sachliche Berechtigung als durch Abtretung erlangt bezeichnet, auch wenn er diese tatsächlich durch eine Einziehungsermächtigung des Gläubigers erlangt hat.⁶⁴⁷

Macht der Antragsteller eine Forderung in gewillkürter Prozessstandschaft geltend und legt der Antragsteller dies nicht offen, so wird die Verjährung nicht unterbrochen.⁶⁴⁸ Dies wird auch deutlich, wenn man die Parallelsituation bei der Klage betrachtet. Wird dort ein Anspruch aus eigenem Recht geltend gemacht, so stellt dies zu dem Anspruch, der aus abgetretenem Recht geltend gemacht wird, einen anderen Lebenssachverhalt und damit einen anderen Streitgegenstand dar.⁶⁴⁹

Die Notwendigkeit im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids anzugeben, dass die Forderung nicht bei dem entstanden ist, der sie geltend macht, folgt auch hier wieder unmittelbar aus dem Sinn und Zweck der Verjährung. Weiß der Antragsgegner in welchem Rechtsverhältnis die Forderung entstanden ist, so kann er sich auf dieses konzentrieren. Er weiß dann zumindest, wo er Beweismittel suchen muss und aus welchen Rechtsverhältnissen ihm eine Inanspruchnahme

⁶⁴⁷ BGH, NJW-RR 2005, 504.

⁶⁴⁸ MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 11.

⁶⁴⁹ BGH, NJW 2005, 2004, 2005; BGH, WM 2007, 1241, 1242 Tz. 17.

droht, so dass er hierfür disponieren kann. Auch insoweit muss der Schuldner also erkennen können, welche Forderung gegen ihn geltend gemacht wird.

(c) Verjährungshemmung bei Geltendmachung durch den Nicht-Berechtigten

Während in § 209 Abs. 1 BGB a.F.⁶⁵⁰ die verjährungsunterbrechende Wirkung dann eintrat, wenn die Klage durch den Berechtigten erhoben wurde, sieht § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.⁶⁵¹ nur mehr die Erhebung der Klage vor, ohne dass explizit auf den Berechtigten abgestellt wird. Daher wird in der Literatur die Auffassung vertreten, die Verjährungshemmung durch Klage aufgrund § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.⁶⁵² trete auch dann ein, wenn die Klage nicht durch den Berechtigten erhoben wurde.⁶⁵³ Dies soll auch für den Eintritt der verjährungshemmenden Wirkung bei der Zustellung eines Mahnbescheids gelten.⁶⁵⁴

Für diese Auffassung spricht wohl zunächst tatsächlich der Wortlaut.

(i) *Erkennbarkeit*

Probleme ergeben sich jedoch bei der Erkennbarkeit der Forderung, die – wie soeben dargelegt – für den Schuldner gegeben sein muss. Der Antragsgegner soll erkennen können, welche Forderung gegen ihn geltend gemacht wird. Ist ihm der Antragsteller unbekannt, so dürften bei der Überlegung, welche Forderung hier geltend gemacht wird, nicht unerhebliche Schwierigkeiten auftauchen.

Selbst wenn der Antragsgegner explizit aufnimmt, dass er die Forderung eines anderen geltend macht, was zur Individualisierung zwingend notwendig wäre, kann alleine dadurch, dass der Dritte gegen den Schuldner die Forderung von dessen Gläubiger geltend macht, Verwirrung und Unklarheit über den Anspruch entstehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Schuldner mit seinem Gläubiger bereits über den Anspruch verhandelt hat. Dann stellt sich ihm die Frage, wessen Aussage er noch vertrauen kann. Im Interesse des Schuldnerschutzes wird man wohl zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Schuldner lediglich auf das reagieren muss, was ihm der Berechtigte zu dem Anspruch mitteilt und

⁶⁵⁰ BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001.

⁶⁵¹ BGB in der Fassung ab dem 01.01.2002.

⁶⁵² BGB in der Fassung ab dem 01.01.2002.

⁶⁵³ Kähler, NJW 2006, 1769.

⁶⁵⁴ Kähler, NJW 2006, 1769, 1773.

sich nicht auf ein Verfahren mit ihm – möglicherweise – nicht bekannten Personen über den Anspruch einlassen muss.

(ii) Gleicher Wortlaut

Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts⁶⁵⁵ hat sich der Wortlaut bei der Verjährungshemmung durch Mahnbescheid nicht geändert. § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F.⁶⁵⁶ spricht nur von der Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren, die der Klageerhebung gleich steht. Hier erwähnte das Gesetz nicht, dass der Berechtigte den Mahnbescheid beantragen muss. Zwar musste auch der Mahnbescheid nach § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F.⁶⁵⁷ vom Berechtigten⁶⁵⁸ beantragt werden.⁶⁵⁹ Jedoch kann für den Mahnbescheid das Argument, dass sich der Wortlaut geändert hätte, nicht in Anspruch genommen werden. Insofern erfolgte in § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB⁶⁶⁰ im Vergleich zur alten Rechtslage keine Änderung, so dass die zu § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F.⁶⁶¹ vorgebrachten Argumente fortgelten können.

(iii) Gesetzesbegründung

Schließlich gehen auch die Materialien zum neuen § 204 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BGB⁶⁶² explizit davon aus, dass es gegenüber § 209 Abs. 1 BGB a.F.⁶⁶³ bzw. zu § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F.⁶⁶⁴ keine Änderung geben soll, soweit sie nicht in der Begründung aufgeführt ist.⁶⁶⁵ Die Änderung, dass nunmehr auch ein Nicht-Berechtigter zur Verjährungshemmung Klage erheben oder einen Mahnbescheid beantragen können soll, wird in den Materialien nicht erwähnt,⁶⁶⁶ so dass nach diesen eine Änderung des bisherigen Rechtszustandes nicht eintreten soll.⁶⁶⁷

⁶⁵⁵ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. 2001 I S. 3138.

⁶⁵⁶ BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001.

⁶⁵⁷ BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001.

⁶⁵⁸ Neben dem Rechtsinhaber konnte auch der wirksam zur Durchsetzung einer Forderung Ermächtigte den Anspruch in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen; BGH, NJW 1999, 3707.

⁶⁵⁹ BGH, NJW 1999, 3707.

⁶⁶⁰ BGB in der Fassung ab dem 01.01.2002.

⁶⁶¹ BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001.

⁶⁶² BGB in der Fassung ab dem 01.01.2002.

⁶⁶³ BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001.

⁶⁶⁴ BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001.

⁶⁶⁵ BT-Drs. 14/6040 S. 113.

⁶⁶⁶ BT-Drs. 14/6040 S. 113.

⁶⁶⁷ So auch Rabe, NJW 2006, 3089.

(iv) Besonderheiten des Mahnbescheids gegenüber der Klage

Schließlich ist bei der Verjährungshemmung durch Zustellung eines Mahnbescheids gegenüber der Klageerhebung der Schuldner in einer schwierigeren Position. Bei einer Klage kann der Schuldner aus der Begründung des Anspruchs erkennen, wenn der Kläger nicht der Berechtigte ist. Dort findet sich üblicherweise eine Sachverhaltsschilderung, aus der die Geschichte des Anspruchs hervorgeht. Diese Sachverhaltsschilderung fehlt bei der Zustellung eines Mahnbescheids weitgehend.

Im Übrigen ist es auch für den nicht-berechtigten Antragsteller mit Schwierigkeiten verbunden, eine zutreffende Individualisierung des Anspruchs zu bewerkstelligen. Dies kann bereits für den Berechtigten schwierig sein.⁶⁶⁸

(v) Zwischenergebnis zur Berechtigung

Die Verjährungshemmung durch Zustellung eines Mahnbescheids kann nur eintreten, wenn der Berechtigte auch Antragsteller des Mahnbescheids ist.⁶⁶⁹

c) Bezeichnung der Nebenforderungen

Nach § 690 Abs. 1 Nr. 3 2. Hs. ZPO sind die Nebenforderungen, ebenso wie die Hauptforderung, gesondert und einzeln zu bezeichnen. Der ursprüngliche Grund für die Einführung des Erfordernisses, auch die Nebenforderungen einzeln und gesondert zu bezeichnen, lag darin, dass neben den Kreditraten häufig Bearbeitungskosten und Inkassogebühren geltend gemacht wurden, die pauschal berechnet wurden und oft einen unangemessen hohen Anteil an der Gesamtforderung ausmachten.⁶⁷⁰

Solche Nebenforderungen werden üblicherweise von dem Anleger bei geschlossenen Immobilienfonds nicht geltend gemacht. In aller Regel betreiben die Anleger – im Gegensatz zu den Banken – nur eine einzige Rückabwicklung. Sich im Massengeschäft summierende und damit erhebliche Beträge entstehen dadurch nicht.

⁶⁶⁸ Siehe oben C. III. 3. b) bb).

⁶⁶⁹ So auch für die Klage: Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 9. Für den Mahnbescheid offen gelassen: BGH, NJW-RR 2008, 860, 865 Tz. 34.

⁶⁷⁰ Holch, NJW 1991, 3177, 3180 f.

Die bedeutendste Nebenforderung dürften daher die Zinsen sein. Diese sind getrennt von der Hauptforderung in den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides mit aufzunehmen.

Ein weiterer Betrag der Nebenforderungen, der für die Anleger regelmäßig von besonderem Interesse ist, sind die Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts. Diese außergerichtlichen Kosten werden aber in aller Regel deswegen nicht ersetzt verlangt werden können, weil es am Verzug des Antragsgegners im Zeitpunkt der Beauftragung fehlen wird. Möglicherweise sind noch Kosten für eine Handelsregisterauskunft angefallen, die dann als Nebenforderung getrennt zu bezeichnen ist.⁶⁷¹

Die Kosten für das Mahnverfahren selbst werden vom Gericht automatisiert errechnet und in den Mahnbescheid bzw. später den Vollstreckungsbescheid mit aufgenommen. Wird das Mahnverfahren ins streitige Verfahren übergeleitet, so wird die Verfahrensgebühr im Mahnverfahren auf die Verfahrensgebühr des streitigen Verfahrens nach Nr. 3305 VV RVG angerechnet. Allerdings wird über die Kosten des Rechtsstreits und damit auch über die Verfahrensgebühr dann ohnehin nach § 308 Abs. 2 ZPO von Amts wegen entschieden.

d) Nähere Angaben bei Verbraucherdarlehen

Weiter sind gemäß § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO bei Ansprüchen aus Verbraucherkreditverträgen nähere Angaben zum Vertrag zu machen, wie das Datum des Vertragsschlusses und des nach §§ 492, 502 BGB anzugebenden effektiven oder anfänglich effektiven Jahreszinses.

aa) *Angabe des effektiven oder anfänglich effektiven Jahreszinses*

Vom Wortlaut des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO her sind die Ansprüche der Anleger gegen die am Verbraucherkreditvertrag beteiligte Bank erfasst, so dass auch vom antragstellenden Anleger nähere Angaben zum Vertrag zu machen wären. Da es aber Sinn und Zweck dieser Angaben ist, eine Möglichkeit zur Überprüfung zu schaffen, ob die Mahnverfahrenssperre des § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO eingehalten ist⁶⁷² und diese sich nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 688 Abs. 2

⁶⁷¹ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 16.

⁶⁷² Maniak, S. 117.

Nr. 1 ZPO nur auf Ansprüche des Unternehmers bezieht,⁶⁷³ ist die Vorschrift des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hier teleologisch zu reduzieren. Denn es wäre eine unnütze Förmerei, wenn man vom Verbraucher die Angaben zum effektiven Jahreszins verlangen wollte. Diese Angaben sind ausschließlich zu seinem Schutz in den Vertrag aufzunehmen. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass die Nichtangabe nach § 494 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit führt, aber gerade dann, wenn der Verbraucher das Darlehen empfängt nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB eine Heilung erfolgt. Der Schutz der Angabeverpflichtung in § 492 Abs. 1 BGB setzt sich in der Angabeverpflichtung des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO fort. Daher muss § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hier auf seinen Sinn und Zweck hin eingeschränkt werden.

Im Mahnbescheidsantrag muss deswegen nach § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nur bei Ansprüchen des Unternehmers, nicht aber bei Ansprüchen des Verbrauchers und Anlegers der nach §§ 492, 502 BGB im Darlehensantrag anzugebende effektive oder anfängliche effektive Jahreszins angeführt werden.

bb) Angabe des Datums des Vertragsschlusses

Nach § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO ist bei Verbraucherdarlehensverträgen auch das Datum des Vertragsschlusses mit anzugeben. Dieses dürfte in vielen Fällen schon zur hinreichenden Bezeichnung des Anspruches angegeben worden sein.

Eine teleologische Reduktion, so dass das Datum nur bei Ansprüchen des Darlehensgebers angegeben werden müsste, erscheint hier nicht notwendig.

e) Die Erklärung über die Gegenleistung

Nach § 690 Abs. 1 Nr. 4 ZPO muss der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides die Erklärung enthalten, dass der Anspruch nicht von einer Gegenleistung abhängt oder dass die Gegenleistung erbracht ist.

Das Erfordernis dieser Erklärung wird für den Anleger, der sein Engagement in geschlossenen Immobilienfonds rückabwickeln möchte, häufig zum Stolperstein und zum Stein des (Gedanken-) Anstoßes, da ihm meist klar ist, dass er nicht das gezahlte Geld zurückerhalten und die Anteile an dem Immobilienfonds behalten

⁶⁷³ Siehe oben unter C. III. 2. b) aa).

kann. Die Rückgabe der Anteile wirft somit unmittelbar die Frage auf, ob diese Rückgabe eine in den Antrag aufzunehmende Gegenleistung darstellt.

Eine Angabe zur Gegenleistung ist auch zwingend notwendig. Denn wenn die Erklärung fehlt, stellt dies einen behebbaren Mangel, nämlich ein Verstoß gegen § 690 Abs. 1 Nr. 4 ZPO dar,⁶⁷⁴ der – wenn er auf Anhörung nach § 691 Abs. 1 S. 2 ZPO nicht behoben wird – zur Zurückweisung nach § 691 Abs. 1 S. 1 ZPO führt.

Sicher bewegt den Anleger oder seinen rechtlichen Berater als erstes die Frage, was er in dem Antrag auszufüllen oder anzukreuzen hat. Die Antwort auf diese Frage, ergibt sich aus der oben⁶⁷⁵ behandelten Problematik, ob die Rückgabe der Anteile tatsächlich eine Gegenleistung im Sinne der Vorschriften für das Mahnverfahren darstellt.

Oben⁶⁷⁶ wurde bereits dargelegt, dass die Rückgabe der Anteile zu den Schadensersatzansprüchen und zu den Rückabwicklungsansprüchen keine Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist. Demnach wäre richtigerweise in dem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids anzugeben, dass der Anspruch nicht von einer Gegenleistung abhängt.

Die Angabe, dass der Anspruch nicht von einer Gegenleistung abhängt und nicht die Angabe, dass diese bereits erbracht sei, wäre auch dann zutreffend, wenn man – entgegen der hier vertretenen Meinung – der Auffassung ist, die Rückübertragung sei eine Gegenleistung und der Weg ins Mahnverfahren über den Annahmeverzug des Antragsgegners geführt hat. Befindet sich der Antragsgegner im Annahmeverzug, so ist der Anspruch nicht (mehr) von einer Gegenleistung abhängig. Aber erbracht wurde sie gerade noch nicht. Der Antragsgegner wäre nämlich weiterhin berechtigt, die Gegenleistung zu fordern.

Somit bleibt festzuhalten, dass im Antrag die Angabe, der Anspruch hängt nicht von einer Gegenleistung ab, zutreffend und deswegen anzukreuzen ist. Dies gilt sowohl dann, wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass die Rückübertragung

⁶⁷⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 6.

⁶⁷⁵ Siehe oben unter C. III. 2. b) bb).

⁶⁷⁶ Siehe oben unter C. III. 2. b) bb).

der Anteile keine Gegenleistung darstellt, als auch dann, wenn der Antragsgegner (zusätzlich) in Annahmeverzug gesetzt wurde.

f) **Bezeichnung der zuständigen Gerichte**

In dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids müssen sowohl nach § 690 Abs. 1 Nr. 2 ZPO das Gericht, bei dem der Antrag gestellt wird, als auch nach § 690 Abs. 1 Nr. 5 ZPO das Gericht, das für ein Streitiges Verfahren zuständig ist, bezeichnet sein.

aa) *Bezeichnung des „Mahngerichts“*

Der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides muss nach § 690 Abs. 1 Nr. 2 ZPO die Bezeichnung des Gerichts, bei dem der Antrag gestellt wird, enthalten. Richtigerweise ist damit das Gericht gemeint, von dem der Erlass des Mahnbescheids begehrt wird.⁶⁷⁷ Angegeben werden muss also das zum Erlass zuständige Mahngericht.⁶⁷⁸ Gestellt werden kann hingegen der Antrag nach §§ 702 Abs. 1 S. 1, 129a Abs. 1 ZPO vor der Geschäftsstelle eines jeden Amtsgerichts zu Protokoll. Dabei werden nach § 702 Abs. 1 S. 2 ZPO, soweit Formulare eingeführt sind, diese ausgefüllt.

bb) *Bezeichnung des Streitgerichts*

Ebenso muss der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides nach § 690 Abs. 1 Nr. 5 ZPO die Bezeichnung des Gerichts enthalten, das für ein Streitiges Verfahren zuständig ist. Dabei soll die Angabe des letztlich zur Entscheidung berufenen Gerichts vor allem der schnelleren Überleitung in das Streitverfahren dienen.⁶⁷⁹

In Betracht kommen bei Ansprüchen, die der Anleger gegen die Vermittler, Gründungsgesellschafter, Gestalter und Initiatoren des Fonds geltend macht, in erster Linie die Gerichtsstände am Wohnsitz der jeweiligen Person nach §§ 12, 13 ZPO. Bei Ansprüchen, die gegen die Bank geltend gemacht werden, kommt nach §§ 12, 17 ZPO deren allgemeiner Gerichtsstand am Ort ihres Sitzes in Betracht. Auch bei Ansprüchen gegen den Fonds, der in Form der Gesellschaft bürgerli-

⁶⁷⁷ Maniak, S. 125.

⁶⁷⁸ Vgl. dazu oben unter C. I. 3. c).

⁶⁷⁹ Maniak, S. 126.

chen Rechts oder in Form der Kommanditgesellschaft organisiert ist, richtet sich der allgemeine Gerichtsstand nach §§ 12, 17 ZPO nach dem Sitz des Fonds.⁶⁸⁰

Als besonderer Gerichtsstand kann nach § 29 ZPO das Gericht des Ortes in Betracht kommen, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Bei Schadensersatzansprüchen ist nach §§ 269, 270 Abs. 1 und 4 BGB der Ort maßgeblich, an dem der Schuldner seinen Wohnsitz hat.

Weiter kommt für Haustürgeschäfte der besondere Gerichtsstand des § 29c Abs. 1 ZPO in Betracht. Hiernach ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Verbraucher zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz bzw. seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. § 29c Abs. 1 S. 1 ZPO gibt dem Anleger bei Haustürgeschäften somit einen besonderen Gerichtsstand an seinem Wohnort. Für Klagen gegen den Anleger ist dieser Gerichtsstand gemäß § 29c Abs. 1 S. 2 ZPO ausschließlich. Bereits bei der Bezeichnung des für das streitige Verfahren zuständigen Gerichts ist eine solche mögliche ausschließliche Zuständigkeit zu beachten.⁶⁸¹

Ferner kann der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO bestehen. Will der Anleger etwa gegen die Vermittler, Initiatoren, Gestalter oder Gründungsgesellschafter des Fonds Ansprüche nach § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB geltend machen,⁶⁸² so besteht an dem Ort, an dem die deliktische Handlung begangen wurde, ebenfalls ein besonderer Gerichtsstand.

Beruft sich ein Anleger auf fehlerhafte Kapitalmarktinformationen, könnte eine ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts am Sitz des betroffenen Emittenten oder Anbieters nach § 32b Abs. 1 S. 1 ZPO in Betracht kommen. Die früher bestehenden Gerichtsstände in § 48 BörsG und § 13 Abs. 2 VerkprospG wurden mit Inkrafttreten des § 32b ZPO zum 01.11.2005 aufgehoben.⁶⁸³ Der Gerichtsstand des § 32b Abs. 1 ZPO dürfte aber nur in wenigen Fällen praktische Relevanz haben. In Betracht käme er bei dem oben⁶⁸⁴ genannten Anspruch nach § 44 Abs. 1

⁶⁸⁰ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 17 Rn. 5. Ein Vorgehen gegen den Fonds dürfte – wie oben unter B. I. dargelegt – allerdings wirtschaftlich wenig sinnvoll sein.

⁶⁸¹ BGH, NJW 1993, 2810, 2811; MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 22.

⁶⁸² Vgl. oben unter B. I. 2. d).

⁶⁸³ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 32b Rn. 1.

⁶⁸⁴ Siehe oben unter B. I. 2. a).

BörsG i.V.m. § 13 Abs. 1 VerkprospG. Wird hingegen ein Beklagter wegen Verletzung eines Anlageberatungsvertrages auf Schadensersatz in Anspruch genommen, findet § 32b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO keine Anwendung, auch wenn sich der Beklagte bei der Beratung auf öffentliche Kapitalmarktinformationen bezogen hat.⁶⁸⁵

Zwischen mehreren möglichen Gerichtsständen kann der Anleger nach § 35 ZPO wählen.⁶⁸⁶ Häufig ergibt sich, insbesondere über § 29c ZPO, ein Gerichtsstand am Wohnsitz des Anlegers. Die Wahl dieses Gerichtsstands wäre in Anbetracht der vorteilhaften Gesichtspunkte, die ein solcher Gerichtsstand hat,⁶⁸⁷ sinnvoll. Beim Mahnverfahren ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des Gerichtsstandes nach §§ 696 Abs. 1 S. 1, 700 Abs. 3 ZPO der Zeitpunkt der Abgabe an das Streitgericht.⁶⁸⁸

Trifft der Anleger bei Einreichung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids bei (fehlendem ausschließlichen Gerichtsstand⁶⁸⁹ und) mehreren zur Verfügung stehenden Gerichtsständen eine Wahl für einen dieser Gerichtsstände, so ist sein Wahlrecht nach § 35 ZPO damit verbraucht und er ist an diese Wahl gebunden.⁶⁹⁰

Das im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids nach § 690 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bezeichnete Streitgericht wird für ein mögliches Streitverfahren zuständig, wenn nicht die Parteien nach § 696 Abs. 1 S.1 ZPO übereinstimmend die Abgabe des Rechtsstreits an ein anderes Gericht beantragen.

⁶⁸⁵ BGH, NJW 2007, 1364; so auch Zöller/Vollkommer, ZPO, § 32b Rn. 6 mit überzeugender Begründung.

⁶⁸⁶ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 12 Rn. 11.

⁶⁸⁷ Außer dem geringeren Aufwand bei den Reisekosten zu den Terminen für Partei und Rechtsanwalt, mag hier auch der subjektive Vorteil eines „Heimspiels“ zählen (so auch Zöller/Vollkommer, ZPO, § 12 Rn. 2 unter Verweis auf OLG Hamm, NJW 1987, 138). Für den Rechtsanwalt hat der wohnsitznahe Gerichtsstand des Mandanten und damit in aller Regel kanzleisitznahe Gerichtsort den weiteren Vorteil, dass er die Haltung des „Heimatgerichts“ zu bestimmten strittigen Fragen – wie sie gerade bei der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds immer wieder auftauchen (z.B. OLG Schleswig, ZIP 2005, 163 gegen BGH, NJW 2006, 497 oder OLG Stuttgart, WM 2007, 203 ff gegen BGH, NJW 2006, 1955) – in aller Regel besser kennt, als an einem anderen Gericht.

⁶⁸⁸ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 29c Rn. 8.

⁶⁸⁹ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 20.

⁶⁹⁰ BGH, NJW 2002, 3634, 3635, Musielak/Voit, ZPO, § 690 Rn. 9, Zöller/Vollkommer, ZPO, § 690 Rn. 16.

g) Sonstige Angaben

Bereits mit der Einreichung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids kann der Antragsteller für den Fall des Widerspruchs die Abgabe ins streitige Verfahren nach § 696 Abs. 1 S. 2 ZPO beantragen. Für die hier zu behandelnde Konstellation, in der das Mahnverfahren bewusst als Mittel der Verjährungshemmung auch deswegen eingesetzt wird, um Zeit zur Sachverhaltsaufklärung und zur Vorbereitung einer Anspruchs begründung zu gewinnen, ist ein solcher Antrag jedoch kontraproduktiv. Außerdem sind mit einem solchen Antrag, bei nur teilweisem Weiterbetreiben des zunächst geltend gemachten Anspruchs kostenrechtliche Nachteile verbunden.⁶⁹¹ Weiter ist zu beachten, dass nach Erlass des Mahnbescheides nicht die Kostenrechnung für „die weiteren Kosten“ gezahlt wird. Nach den auf der Kostenrechnung regelmäßig abgedruckten Hinweisen gilt die Zahlung der weiteren Kosten nämlich als Antrag auf Abgabe ins streitige Verfahren. Auf diese Folge hat insbesondere der Rechtsanwalt zu achten, in dessen Kanzlei die Behandlung der Mahnverfahren den Rechtsanwaltsfachangestellten „zur weitestgehend selbständigen Erledigung“ überlassen ist.

h) Form des Antrags

aa) *Vordruckzwang*

Nach § 703c Abs. 2 ZPO müssen sich die Parteien, soweit Formulare für Anträge und Erklärungen nach § 703c Abs. 1 ZPO eingeführt sind, derer bedienen. Es besteht im Mahnverfahren also ein weitgehender Vordruckzwang. Für Mahnverfahren bei Gerichten, die Mahnverfahren gemäß § 703c Abs. 1 Nr. 1 ZPO maschinell bearbeiten, und für Gerichte, die gemäß § 703c Abs. 1 Nr. 2 ZPO die Mahnverfahren nicht maschinell bearbeiten, wurden solche Vordrucke eingeführt.⁶⁹² Für Mahnbescheide nach § 703c Abs. 1 Nr. 3 ZPO, die im Ausland zuzustellen sind, hat das Bundesministerium der Justiz zwar Vordrucke entworfen und

⁶⁹¹ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 27. Wird der Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens für den Fall des Widerspruchs bereits im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids gestellt und reduziert sich die geltend gemachte Forderung nach Erlass des Mahnbescheids und Widerspruch, geht trotzdem die gesamte Forderung in das streitige Verfahren über. Wäre hingegen der Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens noch nicht gestellt gewesen, so könnte der Antragsteller nach Reduzierung der Forderung noch reagieren und die Durchführung des streitigen Verfahrens nur noch über die reduzierte Forderung beantragen, MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 31.

⁶⁹² Maniak, S. 52 Fn. 2 und 3.

deren Verwendung empfohlen;⁶⁹³ vorgeschrieben sind sie indes nicht. Für Mahnbescheide nach § 703c Abs. 1 Nr. 4 ZPO, die nach Art. 32 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut zugestellt werden müssen, sind keine Vordrucke eingeführt.⁶⁹⁴

Soweit bei einem Gericht die maschinelle Bearbeitung eingeführt wird, hat dies durch Rechtsverordnung zu geschehen, damit der Zeitpunkt, ab dem möglicherweise andere Verfahrensregeln gelten, klar ist.⁶⁹⁵

(a) Nicht maschinelles Mahnverfahren

Im nicht maschinellen Mahnverfahren besteht der Vordruck aus einem Durchschreibesatz, auf dem der Bescheid vorbereitet wird.⁶⁹⁶ Es können durch besonders geeignete Personen⁶⁹⁷ aber auch sog. „Laservordrucke“ verwendet werden.⁶⁹⁸ Angesichts der Manipulationsgefahren ist auch davon auszugehen, dass nur der vollständige Vordrucksatz dem Vordruckzwang des § 703c Abs. 2 ZPO entspricht.⁶⁹⁹

(b) Maschinelles Mahnverfahren

Bei der maschinellen Bearbeitung des Mahnverfahrens können zum einen die Angaben des Antragstellers manuell in die EDV-Anlage des Gerichts eingegeben werden, woraufhin das Verfahren dann automatisiert abläuft.⁷⁰⁰ Auch hier ist der passende Vordruck zu verwenden.⁷⁰¹ Des Weiteren kann nach § 690 Abs. 3 S. 1 ZPO der Antrag auch in einer nur maschinell lesbaren Form übermittelt werden, wenn diese dem Gericht für seine maschinelle Bearbeitung geeignet erscheint.

⁶⁹³ MünchKommZPO/Schüler, § 703c Rn. 6.

⁶⁹⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 703c Rn. 6.

⁶⁹⁵ MünchKommZPO/Schüler, § 703c Rn. 15.

⁶⁹⁶ Maniak, S. 52.

⁶⁹⁷ Bei der Einführung durch Art. 2 der Verordnung zur Einführung und Änderung von Vordrucken für das gerichtliche Verfahren vom 19.06.1998 (BGBl. 1998 I S. 1364 f.) wurde noch auf § 212a ZPO verwiesen (Maniak, S. 53). Dem entspricht nach Änderung der Zustellungsvorschriften der § 174 Abs. 1 ZPO (Zöller/Vollkommer, ZPO, § 703c Rn. 8).

⁶⁹⁸ Maniak, S. 53.

⁶⁹⁹ Maniak, S. 55; a.A. Zöller/Vollkommer, ZPO, § 703c Rn. 8.

⁷⁰⁰ Maniak, S. 55.

⁷⁰¹ Maniak, S. 55.

Als solche „nur maschinell lesbaren“ Anträge kommen zum einen die auf Datenträgern enthaltenen Anträge oder die direkte Übertragung mittels Datenfernübertragung (im Sprachgebrauch: „über das Internet“) in Betracht. Dabei kann zum einen das sogenannte „Barcodeverfahren“ verwendet werden, bei dem die Daten auf der Internetseite www.online-mahnantrag.de eingegeben werden.⁷⁰² Anschließend wird der Antrag ausgedruckt und per Post an das Mahngericht versandt.⁷⁰³ Durch Scannen des Barcodes wird registriert, dass der Mahnantrag, dessen Daten bereits beim Gericht vorhanden sind, auch eingegangen ist.⁷⁰⁴ Eine weitere Übertragungsmöglichkeit besteht in der Übermittlung des Online-Mahnantrags mittels Signaturkarte ebenfalls über die Internetseite www.online-mahnantrag.de in das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP).⁷⁰⁵ Schließlich kann der Mahnantrag auch mittels eigener Mahnsoftware bei Verwendung einer Signaturkarte direkt in das EGVP übermittelt werden.⁷⁰⁶ Wird hingegen der Antrag von einem Rechtsanwalt oder einer registrierten Person nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des Rechtsdienstleistungsgesetzes gestellt, so ist nach § 690 Abs. 3 S. 2 ZPO nur die Übermittlung in der maschinell lesbaren Form zulässig.

(c) Bedeutung der maschinellen Bearbeitung

Die maschinelle Bearbeitung von Mahnanträgen dient vor allem der Beschleunigung und effektiven Bearbeitung der Mahnanträge. Dadurch wurde das Mahnverfahren erst als „echtes Massengeschäft“⁷⁰⁷ möglich.

Die Einführung der maschinellen Bearbeitung von Mahnanträgen erlangte aber auch noch eine weitere Bedeutung. Denn durch die Konzentration der maschinellen Mahnverfahren kann die Zuständigkeit des Mahngerichts davon abhängen, ob der Antragsteller einen eingeführten Vordruck verwendet oder den Antrag in nur maschinell lesbarer Form einreicht.⁷⁰⁸

⁷⁰² Messias, JurBüro 2008, 571 ff.

⁷⁰³ Messias, JurBüro 2008, 571 ff.

⁷⁰⁴ Missverständnis Messias, JurBüro 2008, 571, 573, die keine Datenübertragung annimmt.

⁷⁰⁵ Messias, JurBüro 2008, 571, ff.

⁷⁰⁶ Messias, JurBüro 2008, 571, 572, 574.

⁷⁰⁷ Maniak, S. 56.

⁷⁰⁸ MünchKommZPO/Schüler, § 689 Rn. 19.

(d) Bedeutung für die Verjährungshemmung

Wird entgegen der Vorschrift des § 703c Abs. 2 ZPO kein Vordruck verwendet, so erfolgt eine Zwischenverfügung⁷⁰⁹ nach § 691 Abs. 1 S. 2 ZPO bzw. eine qualifizierte Anhörung.⁷¹⁰ Wird danach immer noch nicht der richtige Vordruck verwendet, so erfolgt gemäß § 691 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO die Zurückweisung als unzulässig. Ein Antrag, der nicht mit dem vorgeschriebenen Formular gestellt wird, wird nicht zugestellt und ist daher auch nicht geeignet die Verjährung zu hemmen.⁷¹¹

bb) Unterzeichnung

Der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids bedarf, gemäß § 690 Abs. 2 ZPO der handschriftlichen Unterzeichnung. Im sog. „Barcodeverfahren“ ist das ausgedruckte Antragsformular zu unterzeichnen.⁷¹² Bei einer nur maschinell lesbaren Form muss nach § 690 Abs. 3 S. 3 ZPO sichergestellt werden, dass der Antrag nicht ohne den Willen des Antragstellers übermittelt wird. Dadurch soll zum einen sichergestellt werden, dass keine Mahnbescheide unter erfundenem oder fremdem Namen erschlichen werden⁷¹³ und zum anderen, dass für die Gerichtsgebühren des Mahnverfahrens, die bei maschineller Bearbeitung gemäß § 12 Abs. 3 S. 2 GKG erst nach dem Erlass des Mahnbescheids erhoben werden, ein feststellbarer Schuldner vorhanden ist.

Beim Datenträgerversand wird diese Sicherheit dadurch gewährleistet, dass der Einreichende einen beizulegenden Begleitzettel zu unterschreiben hat, wobei die sich darauf befindende Unterschrift als Unterzeichnung aller auf dem Datenträger gespeicherten Anträge gilt.⁷¹⁴ Es ist auch möglich, die auf Diskette übersandten Datensätze mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen.⁷¹⁵ Bei der Datenfernübertragung oder elektronischen Übermittlung wird die Urhebererschaft des Antragstellers für den eingegangenen Datensatz dadurch sicherge-

⁷⁰⁹ MünchKommZPO/Schüler, § 703c Rn. 12.

⁷¹⁰ Maniak, S. 183, 189, 192.

⁷¹¹ MünchKommZPO/Schüler, § 703c Rn. 13.

⁷¹² Messias, JurBüro 2008, 571, 573.

⁷¹³ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 36.

⁷¹⁴ Maniak, S. 58.

⁷¹⁵ Messias, JurBüro 2008, 571, 574.

stellt, dass eine elektronische Signaturkarte in einem speziellen Lesegerät zu verwenden ist und zusätzlich eine PIN oder ein Passwort einzugeben ist.⁷¹⁶

Fehlt die Unterschrift, ist der Antrag – nach Anhörung und fehlender Nachbesserung – gemäß § 691 Abs.1 S.1 ZPO zurückzuweisen. Übersieht der Rechtspfleger das Fehlen der Unterschrift und kommt es zum Erlass und zur Zustellung des Mahnbescheids, so soll die Verjährung durch diese Zustellung gehemmt werden, wenn „an der Identität des Antragstellers und an seinem Willen, das Mahnverfahren in Gang zu bringen, kein Zweifel bestehen konnte“.⁷¹⁷

cc) *Versicherung der Bevollmächtigung*

Wird der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids von einem Bevollmächtigten eingereicht, so hat dieser gemäß § 703 S. 2 ZPO seine Bevollmächtigung zu versichern. Bei nicht maschineller Bearbeitung ist hierzu im Vordruck eine entsprechende Erklärung anzukreuzen bzw. bei maschineller Bearbeitung eine solche Erklärung zu unterzeichnen.⁷¹⁸ Das Fehlen einer entsprechenden Versicherung ist in § 691 Abs. 1 S.1 Nr. 1 ZPO nicht als Zurückweisungsgrund aufgeführt. Eine Zurückweisung deswegen ist somit unzulässig. Dementsprechend ist das Fehlen der Versicherung – bei vorhandener Unterschrift – wenn es zum Erlass des Mahnbescheids kommt, für die Verjährungshemmung unschädlich. Wird die fehlende Versicherung vom Rechtspfleger beanstandet, so ist sie entsprechend § 691 Abs. 1 S. 2 ZPO nachzuholen.

IV. Konsequenzen aus der Mangelhaftigkeit des Antrags für die Verjährungshemmung

Entspricht der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids nicht den gesetzlichen Anforderungen oder ist er sonst mangelhaft, so stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich hieraus – insbesondere für die Verjährungshemmung – ergeben.

⁷¹⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 36.

⁷¹⁷ BGHZ 86, 313, 324; zustimmend Maniak, S. 200.

⁷¹⁸ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 40.

1. Berichtigung durch das Gericht

Das Gericht – und hier funktionell der Rechtspfleger⁷¹⁹ – prüft die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen und die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Mahnverfahrens, soweit sie sich aus dem Mahnantrag ergeben.⁷²⁰ Nach einer Auffassung soll eine Korrektur durch das Gericht bei offensichtlich irrtümlichen oder versehentlich falschen Angaben möglich sein.⁷²¹ Nach anderer Auffassung ist eine solche Korrektur durch das Gericht abzulehnen.⁷²² Vielmehr soll das Gericht im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs nach § 690 Abs. 1 S. 2 ZPO, die durch ein sogenanntes Monierungsschreiben erfolgt, dem Antragsteller Gelegenheit zur Korrektur geben.⁷²³ Bei einem unbehebbar Mangel, keiner Reaktion auf das Monierungsschreiben oder einem nach der Antwort des Antragstellers immer noch mangelhaftem Antrag hätte dann die Zurückweisung nach § 691 Abs. 1 S. 1 ZPO zu erfolgen.

Der zuletzt genannten Auffassung, wonach die Korrektur Sache des Antragstellers und nicht des Gerichts ist,⁷²⁴ ist zuzustimmen. Zum einen gibt das Gesetz in § 691 Abs. 1 S. 2 ZPO den Weg der Korrektur vor. Zum anderen stehen einer Korrektur durch das Gericht – insbesondere durch die Rechtsentwicklung in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten⁷²⁵ – erhebliche praktische Probleme entgegen.

Wollte man eine Korrektur durch das Gericht zulassen, so wäre bereits problematisch, was als offensichtlich fehlerhaft oder als irrtümliche Falschangabe zu wer-

⁷¹⁹ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 2. Nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG können durch Rechtsverordnung der jeweiligen Landesregierung dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle die vom Rechtspfleger wahrzunehmenden Geschäfte im Mahnverfahren übertragen werden. Zu den Ländern, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, siehe Baumbach/Hartmann, ZPO, Grundz § 688 Rn. 4.

⁷²⁰ Musielak/Voit, ZPO, § 691 Rn. 2.

⁷²¹ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 9.

⁷²² Musielak/Voit, ZPO, § 691 Rn. 2.

⁷²³ Musielak/Voit, ZPO, § 691 Rn. 2.

⁷²⁴ Musielak/Voit, ZPO, § 691 Rn. 2.

⁷²⁵ Das im Folgenden genannte Beispiel der Korrektur der Bankleitzahl war vielleicht noch möglich, als jeder nur ein Konto bei der Bank an seinem Wohnsitz hatte. In Zeiten, in denen zahlreiche Menschen Girokonten bei Direktbanken haben, ist eine solche Korrektur schon alleine deshalb schwierig, weil dem Gericht die Bankleitzahlen der in Frage kommenden Banken nicht bekannt sein dürften. Ebenso ist durch die neuen Regelungen zu Gerichtsständen eine Korrektur durch das Gericht, wie sogleich erläutert wird, schwierig.

ten ist. Nach der hier nicht vertretenen Auffassung soll beispielsweise eine Korrektur durch das Gericht erfolgen dürfen, wenn in der Bankverbindung des Antragstellers die dem Gericht bekannte Bankleitzahl unzutreffend angegeben ist.⁷²⁶ Jedoch stellt sich dann die Frage, welche Angabe des Antragstellers richtig ist. Auch das Gericht dürfte die Frage nicht beantworten können, ob der Antragsteller die Bankleitzahl richtig und die Bank falsch bezeichnet hat oder ob die Bezeichnung der Bank richtig war und nur die Bankleitzahl falsch bezeichnet wurde, oder ob der Antragsteller möglicherweise beide Angaben nicht zutreffend angegeben hat.

Nach der hier nicht vertretenen Auffassung soll eine Korrektur durch das Gericht auch dann möglich sein, wenn die streitige Verhandlung vor dem Amtsgericht beantragt wird, obwohl der geltend gemachte Betrag die Zuständigkeit der Amtsgerichte übersteigt.⁷²⁷ Diese Ansicht kann schon deshalb nicht richtig sein, weil es ausschließliche Gerichtsstände gibt, die unabhängig vom Streitwert vorliegen. So ist beispielsweise ein Streit über eine Mietforderung aus einem Wohnraummietvertrag nach § 23 Nr. 2 a) GVG ausschließlich den Amtsgerichten zugewiesen. Zumindest müsste dann der Rechtspfleger in die Überprüfung einsteigen, ob die im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids geltend gemachte Forderung aus einem solchen Mietvertrag stammt. Offensichtlich ist das nach einer solchen Überprüfung gefundene Ergebnis (wenn es denn überhaupt aus dem Antrag ermittelt werden kann) nicht.

Umgekehrt kann das streitige Verfahren vor das Landgericht gehören, obwohl der Wert des Streitgegenstandes die in § 23 Nr. 1 GVG angegebene Summe von € 5.000,- nicht übersteigt. Verlangt der Antragsteller beispielsweise Schadensersatz unter € 5.000,- aufgrund falscher, irreführender oder unterlassener Kapitalmarktinformationen im Mahnverfahren, so ist das streitige Verfahren ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes nach § 71 Abs. 2 Nr. 3 GVG den Landgerichten zugewiesen. Alleine aus den Angaben im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids lässt sich nur schwer oder überhaupt nicht klären, ob es sich um eine Streitigkeit wegen falscher, irreführender oder unterlassener Kapitalmarktinformationen handelt.

⁷²⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 9.

⁷²⁷ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 9.

Ebenso dürfte dem Rechtspfleger eine Beurteilung, ob der besondere Gerichtsstand bei Haustürgeschäften nach § 29c Abs. 1 ZPO gegeben ist, nicht ohne weiteres möglich sein, wenn im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids Ansprüche aus einem Vertrag oder Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden. Selbst wenn er diese Erkenntnis hätte, könnte der Antragsteller immer noch zwischen Einreichung des Mahnantrags und Abgabe des Verfahrens an das Streitgericht umziehen und damit einen anderen Gerichtsstand nach § 29c ZPO begründen.⁷²⁸

Nach vorzugswürdiger Auffassung kommt eine Berichtigung mithin nur dann in Betracht, wenn eine Zuständigkeit überhaupt nicht gegeben sein kann,⁷²⁹ weil es etwa an dem angegebenen Ort kein Gericht gibt.⁷³⁰

Somit sollte das Gericht bei der Annahme von „offensichtlichen“ Fehlern vorsichtig sein. In den genannten Beispielen zur ausschließlichen Zuständigkeit und dem besonderen Gerichtsstand bei Haustürgeschäften würde die „Korrektur“ gerade falsch sein.

Im Übrigen ist es im Sinne des Antragstellers eher geboten, ihm die Möglichkeit zu geben, seinen Antrag zu berichtigen. Mit der für den Antragsteller vermeintlich vorteilhaften Zustellung des Mahnbescheids kann der „wohlmeinende“ Rechtspfleger gerade die für den Antragsteller schlechteste Situation herbeiführen. Dies kann dann der Fall sein, wenn er den Antrag korrigiert und das Gericht im streitigen Verfahren die Auffassung vertritt, dass der zugestellte Mahnbescheid nicht geeignet war, die Verjährung zu hemmen.⁷³¹ Tritt die Verjährung zwischen Zustellung des nicht zur Verjährungshemmung geeigneten Mahnbescheids und der Zustellung der Anspruchs begründung ein, so ist die Klage auf die Verjährungseinrede hin abzuweisen.⁷³² So kann sich die Zustellung des Mahnbescheids, ohne dass seine Voraussetzungen vorlagen, für den Antragsteller als Danaergeschenk darstellen.⁷³³

⁷²⁸ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 29c Rn. 8.

⁷²⁹ BGH, NJW 1984, 242.

⁷³⁰ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 23 a. E.; so auch Maniak, S. 240.

⁷³¹ Schneider, Neues, MDR 1998, 69, 70.

⁷³² Schneider, Neues, MDR 1998, 69, 70.

⁷³³ Ebert, NJW 2003, 732.

Daher ist, soweit es um die Angabe des Streitgerichts nach § 690 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geht, zunächst das vom Antragsteller angegebene Streitgericht maßgeblich.⁷³⁴ Lediglich dann, wenn es ein solches Gericht nicht gibt, ist ein Eingreifen des Rechtspflegers notwendig. Hier ist aber statt einer Berichtigung von Amts wegen in jedem Fall eine Monierung geboten. Auch bei anderen Mängeln, etwa der (aus Sicht des Mahngerichts) unzureichenden Individualisierung der Forderung, ist es wegen der großen Auswirkung bei der Zustellung von nicht zur Verjährungshemmung geeigneten Mahnbescheiden geboten, dem Antragsteller nach § 691 Abs. 1 S. 2 ZPO rechtliches Gehör zu geben und ein Monierungsschreiben zu versenden. Eine Korrektur durch das Gericht sollte grundsätzlich nicht stattfinden.

Diese Erwägungen gelten bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds in besonderer Weise. Denn aufgrund der besonderen Konstellation kommen hier zahlreiche Ansprüche in Betracht.⁷³⁵ Eine Änderung zur (aus Sicht des Rechtspflegers) „besseren“ Individualisierung ist deshalb, weil dadurch leicht das vom Antragsteller Gewollte auf der Strecke bleibt, nicht zulässig. Ebenso sind – wie soeben⁷³⁶ dargelegt – bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds zahlreiche Gerichtsstände denkbar. Eine Monierung durch den Rechtspfleger ist gegenüber einer Berichtigung durch das Gericht vorzugswürdig, weil es möglicherweise doch einen Gerichtsstand bei dem bezeichneten Streitgericht gibt, den der Rechtspfleger aus dem Mahnantrag nicht ohne weiteres erkennen kann.⁷³⁷

2. Unzureichende Bezeichnung der Hauptforderung

Wie bereits oben⁷³⁸ dargelegt, sind Sinn und Zweck der Verjährung, neben der Rechtssicherheit, vor allem im Schutz des Schuldners vor Beweisnot und in der Wiederherstellung der Dispositionsfreiheit des Schuldners zu sehen. Deshalb gibt es eine Rechtfertigung für die Verjährungshemmung nur dann, wenn der Schuld-

⁷³⁴ Ebenso: Musielak/Voit, ZPO, § 690 Rn. 9.

⁷³⁵ Siehe oben unter B.

⁷³⁶ Siehe oben unter C. IV. 1.

⁷³⁷ Ebenfalls gegen eine Berichtigung von Amts wegen spricht sich aus Maniak, S. 240 auch unter Bezug auf Lechner, S. 206. Allerdings spricht sich Maniak gegen eine Monierung aus, da sie Bedenken wegen der dadurch verursachten Verzögerung hat.

⁷³⁸ Siehe oben unter C. III. 3. b).

ner erkennen kann, welche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden. Daher müssen die Ansprüche, die im Mahnbescheid geltend gemacht werden, individualisiert sein. Sind sie dies nicht, so ist der Mahnbescheid nicht geeignet, die Verjährung zu hemmen.⁷³⁹ Wird die Hauptforderung unzureichend bezeichnet, so dass sie nicht individualisiert ist, so hat die Zustellung des Mahnbescheids keine verjährungshemmende Wirkung.⁷⁴⁰

Für den Rechtspfleger entsteht die schwierige Situation, dass er den Mahnbescheid nicht erlassen darf, wenn der Anspruch nicht ausreichend individualisiert ist. Mittel der Wahl wäre die Monierung im Wege der qualifizierten Anhörung. Er lässt er hingegen den Mahnbescheid auch dann, wenn der Anspruch nicht hinreichend individualisiert ist, so tritt die Verjährungshemmung nicht ein. Der Gläubiger erhält dann das oben schon angesprochene Danaer-Geschenk, wenn das Streitgericht, das nicht an die Ansicht des Rechtspflegers des Mahngerichts zur Individualisierung gebunden ist,⁷⁴¹ im streitigen Verfahren entscheidet, dass die Verjährungshemmung wegen nicht hinreichender Individualisierung gescheitert und die Verjährung eingetreten ist. Der Gläubiger hat im Vertrauen auf die Zustellung des Mahnbescheids keine anderen verjährungshemmenden Maßnahmen mehr ergriffen und kann dies nach Eintritt der Verjährung auch nicht mehr tun.

War hingegen die Forderung im Mahnbescheid nicht individualisiert, so dass eine Hemmung der Verjährung nicht eingetreten ist und wird diese Individualisierung dann in der Anspruchsbegründung nachgeholt und diese „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO zugestellt, so kommt der Zustellung des Mahnbescheids, auch wenn diese erst nach Eintritt der Verjährung erfolgt, verjährungshemmende Wirkung zu.⁷⁴²

Wird ein Urkundenmahnbescheid nach § 703a Abs.1 ZPO beantragt, so muss die Bezeichnung der Urkunde im Antrag auf Erlass des Urkundenmahnbescheids so genau erfolgen, dass eine Verwechslung der Urkunde, aus der sich der Anspruch ergibt, mit einer anderen ausgeschlossen ist.⁷⁴³ Die Urkunde selbst ist nicht bei-

⁷³⁹ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 10.

⁷⁴⁰ Ebert, NJW 2003, 732, Fn. 10 unter Verweis auf Vollkommer, FS f. Lüke, S. 865 ff.; Schneider, Mahnverfahren, MDR 1998, 1333, Maniak; MDR 2001, 347.

⁷⁴¹ Schneider, Neues, MDR 1998, 69, 70.

⁷⁴² BGH, NJW 1995, 2230.

⁷⁴³ MünchKommZPO/Schüler, § 703a Rn. 4.

zufügen, da diese im Mahnverfahren nicht geprüft wird.⁷⁴⁴ Ist die Urkunde nicht ausreichend bezeichnet, so hat eine Zwischenverfügung zu erfolgen.⁷⁴⁵ Ergänzt der Antragsteller seinen Antrag daraufhin nicht, so ist der Antrag § 691 Abs. 1 ZPO entsprechend zurückzuweisen.⁷⁴⁶ Der Erlass eines gewöhnlichen Mahnbescheids kommt nicht in Betracht.⁷⁴⁷

3. Fehlende oder widersprüchliche Erklärung zur Gegenleistung

Der Antragsteller hat im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids nach § 690 Abs. 1 Nr. 4 ZPO anzugeben, dass der geltend gemachte entweder Anspruch nicht von einer Gegenleistung abhängt oder dass er zwar von einer Gegenleistung abhängt, diese aber bereits erbracht ist. Der Antragsteller hat sich also in jedem Fall zur Frage der Gegenleistung zu äußern.

Oben⁷⁴⁸ wurde bereits dargelegt, dass sich die Frage der Gegenleistung bei den Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds in besonderer Weise stellt. Grund hierfür ist vor allem der häufig gestellte Antrag auf Zahlung Zug-um-Zug gegen Abtretung der Anteile an dem geschlossenen Immobilienfonds.⁷⁴⁹ Ebenfalls wurde dargelegt,⁷⁵⁰ dass bei den Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds die Ansprüche nicht von einer Gegenleistung abhängen.⁷⁵¹

⁷⁴⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 703a Rn. 4.

⁷⁴⁵ MünchKommZPO/Schüler, § 703a Rn. 5.

⁷⁴⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 703a Rn. 5.

⁷⁴⁷ MünchKommZPO/Schüler, § 703a Rn. 5.

⁷⁴⁸ Siehe oben unter C. III. 2. b) bb) (d).

⁷⁴⁹ Siehe oben unter C. III. 2. b) bb) (d).

⁷⁵⁰ Siehe oben unter C. III. 2. b) bb) (d).

⁷⁵¹ So jetzt auch: MünchKommZPO/Schüler, § 688 Rn. 12, der jetzt besonders auf die Gegenleistung bei der Rückabwicklung von Immobilienfondsanlagen eingeht; a.A. Wagner, ZfIR 2005, 856, für Schadensersatzansprüche aus c.i.c. bzw. pVV des stillschweigenden Auskunfts- bzw. Anlageberatungs-/vermittlungsvertrages. Dagegen Maniak, S. 235, die bei der Angabe „Schadensersatz ...“ sogar eine Berichtigung von Amts wegen zulassen will.

a) Fehlende Angaben

Fehlt die Angabe über die Gegenleistung, so soll nach einer Auffassung diese Angabe von Amts wegen berichtigt werden.⁷⁵² Als Grund, weshalb die Angabe von Amts wegen und nicht erst nach der Reaktion des Antragstellers auf ein Monierungsschreiben hin berichtigt werden soll, wird vor allem die durch das Monierungsschreiben eintretende Verzögerung der Zustellung genannt.⁷⁵³ Diese Verzögerung beruhe auf einem Fehler des Antragstellers und hätte vermieden werden können, so dass die daraufhin folgende Zustellung nicht mehr als „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO⁷⁵⁴ anzusehen sei.⁷⁵⁵ Die Verjährungshemmung trete dann nicht mit der Einreichung, sondern erst mit der Zustellung des Mahnbescheids ein, was für viele Fälle das Fehlschlagen der Verjährungshemmung bedeute.⁷⁵⁶

b) Widersprüchliche Angaben

Bei der maschinellen Bearbeitung durch das Prüfprogramm werden die Fälle, in denen der Antragsteller Ansprüche aus einem Vertrag geltend macht, dem Rechtspfleger zur Prüfung zugeleitet, wenn der Antragsteller zur Frage der Gegenleistung angibt, dass der Anspruch nicht von einer solchen abhängt oder er hierzu keine Erklärung abgibt.⁷⁵⁷ Allerdings hat der Rechtspfleger regelmäßig nicht die Möglichkeit zu überprüfen, ob tatsächlich eine Gegenleistung zu erbringen ist. Auch ist die Prüfung, ob der im Mahnbescheidsantrag geforderte Betrag Zug-um-Zug gegen eine andere Leistung zu erbringen ist, eine Frage des materiellen Rechts, das gerade nicht durch das Mahngericht geprüft werden soll. Ob der mit dem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids geltend gemachte Anspruch tatsächlich von einer Gegenleistung abhängt, kann im Mahnverfahren nicht nachgeprüft werden.⁷⁵⁸ Nachgeprüft werden kann nur, ob der Antrag die Erklärung zur Gegenleistung enthält.⁷⁵⁹

⁷⁵² Maniak, S. 234.

⁷⁵³ Maniak, S. 234.

⁷⁵⁴ Maniak, S. 234, bezieht sich noch auf § 693 Abs. 2 ZPO, der Vorgängerregelung des § 167 ZPO.

⁷⁵⁵ Maniak, S. 234.

⁷⁵⁶ Maniak, S. 234.

⁷⁵⁷ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 21.

⁷⁵⁸ MünchKommZPO/Schüler, § 688 Rn. 12.

⁷⁵⁹ MünchKommZPO/Schüler, § 688 Rn. 12.

Ebenso könnte der Antragsgegner vorleistungspflichtig sein. Dann ist der im Mahnbescheidsantrag geltend gemachte Anspruch auch nicht von einer Gegenleistung abhängig. Denn der geltend gemachte Anspruch darf nicht von einer Gegenleistung abhängen, die vor seiner Fälligkeit oder Zug-um-Zug zu erbringen ist.⁷⁶⁰ Ist also Vorauszahlung durch den Antragsgegner vereinbart, so ist der Anspruch nicht von einer Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO abhängig.⁷⁶¹

Deshalb ist auch die Ansicht bedenklich, wonach beispielsweise bei der Geltendmachung einer Kaufpreisforderung der Antrag zurückzuweisen sein soll, wenn der Antragsteller erklärt, der Anspruch sei nicht von einer Gegenleistung abhängig, oder nicht erklärt, dass die Gegenleistung bereits erbracht sei.⁷⁶² Da insofern kein echter Widerspruch vorliegt, ist dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids stattzugeben und dieser Antrag gerade nicht zurückzuweisen oder zu monieren.

Liegen hingegen tatsächlich widersprüchliche Angaben vor, so hat stets eine Monierung zu erfolgen.⁷⁶³

c) Bewertung

Fehlt die Angabe zur Gegenleistung, so muss gleichwohl eine Monierung erfolgen. Eine Berichtigung von Amts wegen kann gerade nicht in Betracht kommen.

Maniak⁷⁶⁴ sieht die Monierung bei der fehlenden Angabe zur Gegenleistung deshalb als kritisch an, weil die Monierungen häufig nicht unverzüglich beantwortet werden, sondern erst nach Tagen oder Wochen.⁷⁶⁵ In der Zwischenzeit könnte so viel Zeit verstreichen, dass die Zustellung des Mahnbescheids für den Beginn der Verjährungshemmung nicht mehr nach § 167 ZPO auf dessen Einreichung zurückwirke.⁷⁶⁶

⁷⁶⁰ MünchKommZPO/Schüler, § 688 Rn. 12.

⁷⁶¹ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage § 690 Rn. 14.

⁷⁶² MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 16.

⁷⁶³ Maniak, S. 236.

⁷⁶⁴ Maniak, S. 237.

⁷⁶⁵ Maniak, S. 237.

⁷⁶⁶ Maniak, S. 237.

Diese Bedenken greifen nicht (mehr) durch. Erstens erfolgen die Monierungen heute auch dank des Einsatzes modernerer EDV-Anlagen und immer ausgefeilterer Prüfungen schneller als noch im Jahr 1999.⁷⁶⁷ Zweitens hat sich die Rechtsprechung zu § 167 ZPO zugunsten einer weiten Auslegung geändert.⁷⁶⁸ Drittens ist es Aufgabe des Antragstellers, wenn er in den Genuss der Regelung des § 167 ZPO kommen will, bei einer Monierung durch das Mahngericht unverzüglich zu antworten.

Damit ist sowohl bei fehlenden als auch bei widersprüchlichen Angaben stets eine Monierung erforderlich. Somit kann die Verjährungshemmung durch die Zustellung eines Mahnbescheids nicht an der fehlenden oder widersprüchlichen Erklärung zur Gegenleistung scheitern, wenn der Antragsgegner auf das Monierungsschreiben hin seinen Antrag korrigiert.

d) Bewusst falsche Erklärung zur Gegenleistung

Fraglich ist jedoch, ob diese Folge auch bei einer bewusst falschen Erklärung gilt oder ob nicht vielmehr angenommen werden muss, dass bei einer bewusst falschen Erklärung im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids die daraufhin erfolgte Zustellung des Mahnbescheids nicht geeignet ist, die Verjährung zu hemmen.

Die zuletzt beschriebene Folge nimmt Wagner an, der darauf hinweist, dass hier möglicherweise sogar ein Prozessbetrug vorliegen könne.⁷⁶⁹

Generell sagt allerdings die strafrechtliche Würdigung noch nichts über die zivilrechtliche Wirksamkeit aus. Wie bei sonstigem Missbrauch des Mahnverfahrens könnte der Hemmungswirkung der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen stehen.⁷⁷⁰ Für diese Rechtsfolge, dass also die Zustellung eines Mahnbescheids der auf einer bewusst falschen Erklärung zur Gegenleistung beruht, die Verjährung grundsätzlich hemmt, dieser Hemmung aber auf die im Prozess erhobene Einrede hin die Wirksamkeit zu versagen ist, sprechen die Überlegungen des Gesetzgebers zu anderen missbräuchlichen Einsätzen des Mahnverfahrens. So weist die Gesetzesbegründung zur wiederholten Beantragung und Rücknahme

⁷⁶⁷ Das ist der Zeitpunkt, zu dem Maniak ihre Überlegungen anstellte.

⁷⁶⁸ Wie unten unter C. VI. 2. b) bb) noch zu zeigen sein wird.

⁷⁶⁹ Wagner, ZfIR 2005, 856, 858.

⁷⁷⁰ Ebert, NJW 2003, 732, 733 a. E.

des Mahnbescheids darauf hin, dass die Gerichte in einem Missbrauchsfall keine Hemmungswirkung zubilligen werden.⁷⁷¹

Auch eine Parallelbetrachtung zum Antrag im Beweissicherungsverfahren, dessen Voraussetzungen nicht vorlagen und der deshalb als unzulässig zurückgewiesen werden hätte müssen, der aber dennoch zu einer Verjährungshemmung führt,⁷⁷² zeigt, dass die bewusst falsche Erklärung zur Gegenleistung die Hemmung der Verjährung nicht hindert.

Weiter erfordern es Sinn und Zweck der Verjährung nicht, dass der Zustellung des Mahnbescheids die verjährungshemmende Wirkung, wie bei der mangelnden Individualisierung, versagt werden muss. Denn seine Warnfunktion hat die Zustellung des Mahnbescheids auch dann erfüllt, wenn die Angabe zur Gegenleistung bewusst falsch war. Aus dem Mahnbescheid wird auch dann, wenn noch eine Gegenleistung zu erbringen war, deutlich, dass der Gläubiger etwas verlangt und – insofern anders als bei fehlender Individualisierung – auch was er verlangt. Einzig die Annahme des Schuldners, ein Mahnbescheid eines bestimmten Gläubigers werde ausbleiben und stattdessen werde eine Klage eingehen, in der eine Zug-um-Zug Verurteilung beantragt wird, rechtfertigt keinen Schutz des Schuldners. Denn die Verjährung will generell vor einer Inanspruchnahme schützen und nicht nur vor einer Inanspruchnahme in einem außerordentlichen Erkenntnisverfahren.

Weiter muss in den Fällen, in denen aus Versehen die Angabe zur Gegenleistung falsch angekreuzt wurde, die verjährungshemmende Wirkung mit der Zustellung des Mahnbescheids bestehen bleiben. Denn in diesen Fällen fehlt gerade der Vorsatz für einen Prozessbetrug, wodurch der oben genannten Argumentation, dass die Verjährungshemmung nicht eintreten kann, weitgehend der Boden entzogen wird. Würde man in den Fällen, in denen die Angabe zur Gegenleistung nicht zutreffend war, der Zustellung des Mahnbescheids die verjährungshemmende Wirkung absprechen, so müsste ermittelt werden, ob der Antragsteller diese Angabe versehentlich falsch angekreuzt hat oder bewusst das Mahnverfahren missbraucht hat.

⁷⁷¹ Ebert, NJW 2003, 732, 733 a. E. unter Verweis auf BT Drs 14/6857 S. 44; ebenso BGH, NJW-RR 2005, 415, der das Erheben der Einrede der Verjährung selbst für den Fall, in dem der Missbrauch der Zustellvorschriften nicht nachgewiesen ist, als treuwidrig und damit unzulässig ansieht.

⁷⁷² BGH, NJW 1998, 1305, 1306.

Gegen eine Versagung der verjährungshemmenden Wirkung bei bewusst falschen Angaben zur Gegenleistung spricht außerdem, dass der Rechtsverkehr Klarheit darüber braucht, ob die Verjährungshemmung eingetreten ist. Besonders deutlich wird dies, wenn man sich mit den Problemen beschäftigt, die dadurch entstanden sind, dass bei einer nicht hinreichenden Individualisierung die verjährungshemmende Wirkung nicht eingetreten ist. Die dortige Versagung der verjährungshemmenden Wirkung hat zu einer großen Verunsicherung geführt.⁷⁷³ Dadurch wurde der Wert des Mahnverfahrens als solcher in Frage gestellt.⁷⁷⁴

Zudem kann bei streitigen vertraglichen Ansprüchen die Frage, ob eine Gegenleistung (noch) notwendig ist oder nicht, die zentrale Streitfrage des Rechtsstreits sein. Die Entscheidung hierüber kann möglicherweise nur nach einer umfassenden Prüfung des materiellen Rechts getroffen werden. Eine solche Prüfung würde aber das Mahnverfahren als „einfachen und schnellen Weg“⁷⁷⁵ zum Vollstreckungstitel entwerten.

Eine solche Entwertung des Mahnverfahrens muss schon deshalb vermieden werden, weil das Mahnverfahren aufgrund seiner großen Anzahl an Verfahren eine entschiedene Entlastung für die Zivilgerichte darstellt. So hatten die Amtsgerichte in Deutschland im Jahr 2004 über neun Millionen Mahnsachen zu bearbeiten.⁷⁷⁶ Die Entlastung der Zivilgerichte durch das Mahnverfahren wird aber nur dann Bestand haben, wenn das Mahnverfahren für die Gläubiger weiterhin attraktiv bleibt. Verliert das Mahnverfahren an Attraktivität, so wird die Entlastungswirkung für die Zivilgerichte schwinden.⁷⁷⁷ Schon bei der Vereinfachungsnovelle im Jahr 1977 war es Ziel, die drohende Geltendmachung im Klagewege zu verhindern,⁷⁷⁸ da diese das Funktionieren der Zivilrechtspflege insgesamt in Frage gestellt hätte.⁷⁷⁹ Für das Funktionieren der Zivilrechtspflege als solche⁷⁸⁰ ist es also

⁷⁷³ Schneider, NJW 1998, 356, 358.

⁷⁷⁴ Schneider, NJW 1998, 356, 358, unter Verweis auf Vollkommer, FS f. Lüke, 865, 895.

⁷⁷⁵ HK-ZPO/Gierl, Vor §§ 688–703d Rn. 1.

⁷⁷⁶ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 5.

⁷⁷⁷ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 5, der von einer größeren Entlastung bei höherer Attraktivität ausgeht, unter Verweis auf Holch, ZRP 1981, 281.

⁷⁷⁸ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, Vor § 688 Rn. 12.

⁷⁷⁹ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, Vor § 688 Rn. 12. Darauf weist auch MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 5 (noch) hin.

⁷⁸⁰ MünchKommZPO/Schüler, Vor §§ 688ff. Rn. 5.

nötig, die Attraktivität des Mahnverfahrens wieder zu steigern⁷⁸¹ oder doch wenigstens nicht zu verringern. Auch unter diesem Aspekt wäre es wenig sinnvoll, für den Gläubiger, der sich zum Vorgehen im gerichtlichen Mahnverfahren entschließt, eine neue Gefahrenquelle zu eröffnen und bei objektiv falschen Angaben zur Gegenleistung – die der Gläubiger aber aufgrund seiner Rechtsansicht für zutreffend hielt – die verjährungshemmende Wirkung zu versagen.

Schließlich kann die Hemmungswirkung auch bei vorsätzlich falschen Angaben deshalb nicht versagt werden, weil bei einer Zurückweisung des Antrags und einer anschließenden Klageerhebung die verjährungshemmende Wirkung über § 691 Abs. 2 ZPO erhalten bliebe.⁷⁸²

Somit bleibt festzuhalten, dass (auch bewusst) falsche Angaben zur Gegenleistung keine Auswirkungen auf die Verjährungshemmung haben, wenn der Antrag nicht durch das Gericht als unstatthaft zurückgewiesen wird.⁷⁸³

4. Ergebnis zu den Mängeln im Antrag

Mängel im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids sind grundsätzlich nicht vom Gericht zu berichtigen. Stattdessen ist ein Monierungsschreiben an den Antragsteller zu versenden. Falsche Angaben zur Gegenleistung bleiben im Ergebnis ohne Sanktion, wenn der Mahnbescheid dennoch durch das Gericht erlassen wird. Die mangelnde Individualisierung des geltend gemachten Anspruchs schließt hingegen die Verjährungshemmung aus.

V. Konsequenzen für die Verjährungshemmung bei Mängeln im Mahnbescheid

Nachdem beleuchtet wurde, wie sich Mängel im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids auf die Verjährungshemmung auswirken, ist nunmehr zu untersuchen, wie sich Mängel auf die Verjährungshemmung auswirken, die auf einer späteren Verfahrensstufe, nämlich beim Erlass des gerichtlichen Mahnbescheids selbst

⁷⁸¹ Maniak, S. 244.

⁷⁸² MünchKommZPO/Schüler, § 688 Rn. 12.

⁷⁸³ MünchKommZPO/Schüler, § 688 Rn. 12.

bzw. dessen Zustellung, auftreten. Da bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds im Mahnverfahren anders als bei den Angaben zur Gegenleistung⁷⁸⁴ keine spezifischen Problemstellungen⁷⁸⁵ auftreten, sollen hier die wesentlichen Fehlerquellen und ihre Auswirkungen auf die Verjährungshemmung nur kurz angesprochen werden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zustellung einer wirksamen gerichtlichen Entscheidung – und eben keines Schriftsatzes – der Vorgang ist, an den § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB die Hemmungswirkung anknüpft.⁷⁸⁶ Der BGH misst der gerichtlichen Entscheidung einen anderen Charakter zu als einem (wenn auch durch das Gericht zugestellten) Klageschriftsatz.⁷⁸⁷ Die Zustellung des Mahnbescheids findet nur statt, wenn das Mahngericht die Voraussetzungen der §§ 688, 689, 690, 703c Abs. 2 ZPO geprüft hat und für gegeben erachtet. Zwar kommt dem Mahnbescheid keine erhöhte Vermutung für die Richtigkeit des geltend gemachten Anspruchs zu. Vielmehr enthält der Mahnbescheid nach § 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO explizit den Hinweis, dass das Gericht nicht geprüft hat, ob dem Antragsteller der geltend gemachte Anspruch zusteht. Dennoch stellt der Mahnbescheid als gerichtliche Entscheidung eine Zäsur dar, die zumindest die Frage nach der richtigen Form des Antrags nicht mehr zulässt.⁷⁸⁸ Will sich der Antragsgegner gegen die Entscheidung wenden, kann er dies nur mit dem Rechtsbehelf des Widerspruchs.⁷⁸⁹

1. Fehlgeschlagene Zustellung

Bei einer vorschriftswidrigen Zustellung des Mahnbescheids hat die Geschäftsstelle des Mahngerichts eine erneute Zustellung zu veranlassen.⁷⁹⁰ Ein Verzicht

⁷⁸⁴ Siehe oben unter C. IV 3.

⁷⁸⁵ MünchKommZPO/Schüler, § 688 Rn. 12.

⁷⁸⁶ BGHZ 86, 313, 324, zu § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB, der Vorgängervorschrift des § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB.

⁷⁸⁷ BGHZ 86, 313, 324, zu § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB, der Vorgängervorschrift des § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB.

⁷⁸⁸ BGHZ 86, 313, 324, zu § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB, die Vorgängervorschrift des § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB.

⁷⁸⁹ MünchKommZPO/Schüler, § 694 Rn. 2.

⁷⁹⁰ MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8, Musielak/Voit, ZPO, § 693 Rn. 2, PG/Sommer § 693 Rn. 5.

auf die Einhaltung der Zustellvorschriften und somit eine Heilung nach § 295 ZPO ist im Mahnverfahren nicht möglich, da gerade die hierfür notwendige mündliche Verhandlung fehlt.⁷⁹¹

Nach einer früher vertretenen Ansicht kommt eine Heilung der unwirksamen Zustellung des Mahnbescheids dann in Betracht, wenn der Vollstreckungsbescheid ordnungsgemäß zugestellt wird.⁷⁹²

Nach nunmehr verbreiteter Ansicht⁷⁹³ soll die fehlgeschlagene Zustellung des Mahnbescheids auch dann nachgeholt werden, wenn sich der Mangel der Zustellung des Mahnbescheids erst bei Erlass des Vollstreckungsbescheides zeigt.⁷⁹⁴ Insbesondere soll der Erlass des Vollstreckungsbescheids nicht zu einer Heilung des Zustellungsmangels beim Mahnbescheid führen.⁷⁹⁵ Die Heilung des Zustellungsmangels beim Mahnbescheid soll auch nicht durch die Zustellung des Vollstreckungsbescheids erfolgen können.⁷⁹⁶

Die genannten Ansichten⁷⁹⁷ beziehen sich mittelbar⁷⁹⁸ oder unmittelbar⁷⁹⁹ auf die Entscheidung des BGH vom 11.07.1983.⁸⁰⁰ Darin stellt der BGH fest, dass aufgrund der fehlerhaften Zustellung der Mahnbescheide die Vollstreckungsbescheide nicht hätten erlassen werden dürfen.⁸⁰¹ Gleichwohl geht der BGH⁸⁰² von wirksamen Vollstreckungsbescheiden aus. Explizit als „Heilung“ bezeichnet dies der

⁷⁹¹ MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8.

⁷⁹² MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 693 Rn. 8.

⁷⁹³ MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8, Musielak/Voit, ZPO, § 693 Rn. 2.

⁷⁹⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8; Musielak/Voit, ZPO, § 693 Rn. 2 auch unter Verweis auf Stein/Jonas/Schlosser § 693 Rn. 3.

⁷⁹⁵ Musielak/Voit, ZPO, § 693 Rn. 2.

⁷⁹⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8.

⁷⁹⁷ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 693 Rn. 8; MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8; Musielak/Voit, ZPO, § 693 Rn. 2.

⁷⁹⁸ Mittelbar: MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 693 Rn. 8 unter Bezugnahme auf Stein/Jonas/Schlosser § 700 Rn. 2; ebenso MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8 unter Bezugnahme auf Stein/Jonas/Schlosser § 700 Rn. 2, der von MünchKommZPO/Schüler als missverständlich angesehen wird; ebenso Musielak/Voit, ZPO, § 693 Rn. 2 unter Bezugnahme auf MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8.

⁷⁹⁹ Auch unmittelbar bezugnehmend auf BGH, NJW 1984, 57: MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 693 Rn. 8; MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 8.

⁸⁰⁰ BGH, NJW 1984, 57.

⁸⁰¹ BGH, NJW 1984, 57.

⁸⁰² Unter Verweis auf Stein/Jonas/Schlosser, 20. Auflage, § 700 Rn. 2.

BGH nicht. Jedoch sieht der BGH den Mangel der Zustellung der Mahnbescheide nicht als Beeinträchtigung für die Vollstreckungsbescheide. Deshalb könnte man dieses Urteil⁸⁰³ doch so verstehen, dass bei Zustellung des Vollstreckungsbescheids, der Fehler bei der Zustellung des Mahnbescheids unbeachtlich sein soll, was die Bezeichnung als „Heilung“⁸⁰⁴ rechtfertigen könnte, da die beschriebene Wirkung ähnlich ist.

Wollte man bei der ordnungsgemäßen Zustellung eines Vollstreckungsbescheids nicht die Unbeachtlichkeit eines Zustellungsfehlers beim vorhergehenden Mahnbescheid annehmen, so stellte sich die Frage, was ein Vollstreckungsbescheid noch wert ist, und ob ihm überhaupt noch die vom BGH immer fest zugesprochene Rechtskraft⁸⁰⁵ zukommen kann.

Somit muss dann, wenn der Vollstreckungsbescheid ordnungsgemäß zugestellt wurde, der ihm vorgehende fehlerhaft zugestellte Mahnbescheid nicht mehr zugestellt werden.

Allerdings ist zu überlegen, welche Konsequenzen sich aus der fehlerhaften Zustellung des Mahnbescheids für die Verjährungshemmung ergeben, wenn der Vollstreckungsbescheid ordnungsgemäß zugestellt wird; ob also die verjährungshemmende Wirkung mit der Zustellung des Vollstreckungsbescheids eintritt. Dabei sind der Sinn und Zweck der Verjährung, also der Schutz des Schuldners vor Beweisnot und der Erhalt seiner Dispositionsfreiheit, mit in die Überlegung einzubeziehen.

Der Antragsteller geht davon aus, dass die Zustellung des Mahnbescheids ordnungsgemäß erfolgt ist. Schließlich erhält er gemäß § 693 Abs. 2 ZPO eine Nachricht über die erfolgte Zustellung und geht möglicherweise sogar davon aus, dass nach § 167 ZPO die Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung zurückwirkt. Auf der anderen Seite hat der Antragsgegner im ungünstigsten Fall den Mahnbescheid nicht erhalten. Er geht davon aus, dass der Anspruch gegen ihn verjährt ist. Erhält er daraufhin einen Vollstreckungsbescheid, hat er Grund zu überprüfen, ob dies tatsächlich der Fall ist. Eine solche Situation, in der eine Inanspruchnahme des Antragsgegners ebenfalls kurze Zeit danach erfolgt, nachdem aus seiner

⁸⁰³ BGH, NJW 1984, 57.

⁸⁰⁴ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 693 Rn. 8.

⁸⁰⁵ BGH, NJW 2005, 2991, 2994 m.w.N.

Sicht die Verjährung eingetreten ist, besteht auch bei der Rückwirkung des § 167 ZPO. Dort ist die Situation vom Gesetzgeber so gewollt und ausgestaltet. Auch in dieser Situation geht der Antragsgegner davon aus, dass zu einem gewissen Zeitpunkt die Verjährung eingetreten ist, dass er also keine Beweisvorsorge mehr treffen muss und seine Dispositionsfreiheit in Höhe des Anspruchs wieder erlangt hat. Dennoch kann die Zustellung des Mahnbescheids, durch welche die Verjährung gehemmt wird, noch einige Zeit später erfolgen. Die Situation, in der die Zustellung des Mahnbescheids fehlgeschlagen ist und es später zu einer Zustellung des Vollstreckungsbescheids kommt, ist unter verjährungsrechtlichen Gesichtspunkten mit der des § 167 ZPO vergleichbar.

Auch ist der Schuldner als Antragsgegner nicht übermäßig belastet, weil der Vollstreckungsbescheid innerhalb von sechs Monaten beantragt werden muss, da der Mahnbescheid sonst nach § 701 ZPO ohnehin seine Wirkung verliert. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner, wenn man eine Heilung durch Zustellung des Vollstreckungsbescheids zulässt, um den Rechtsbehelf des Widerspruchs gebracht wird, den er ohne Begründung⁸⁰⁶ einlegen kann. Will er sich gegen den Vollstreckungsbescheid zur Wehr setzen, so bleibt ihm dafür nur der Einspruch nach §§ 700 Abs. 1, 338 ZPO. Da er aber den Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid anders als den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil nach §§ 700 Abs. 3 S. 3, 340 Abs. 3 ZPO nicht unter Angabe seiner Angriffs- und Verteidigungsmittel einzulegen braucht, entsteht ihm auch hier insoweit kein schwerwiegender Nachteil.

Somit tritt durch die Zustellung des Vollstreckungsbescheids die verjährungshemmende Wirkung ein, die mit der Zustellung des Mahnbescheids hätte eintreten sollen.

2. Erlass durch unzuständiges Gericht

Wird der Mahnbescheid durch ein unzuständiges Gericht erlassen, so hemmt seine Zustellung gleichwohl die Verjährung.⁸⁰⁷ Der Antragsgegner erleidet durch den Erlass durch ein unzuständiges Gericht auch keinen Nachteil. Legt er Wider-

⁸⁰⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 700 Rn. 20.

⁸⁰⁷ MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 11 unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1983, 1050; OLG Hamm, NJW 1984, 375, KG OLGE 15, 321.

spruch ein, so wird der Rechtsstreit ohnehin an ein anderes Gericht abgegeben, so dass ein Verstoß gegen die Zuständigkeit im Mahnverfahren sanktionslos bleibt.⁸⁰⁸

VI. Rechtsfolge der Verjährungshemmung bei ordnungsgemäßigem Antrag

Es wurde bereits erläutert, welche Anforderungen an den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids zu stellen sind.⁸⁰⁹ Weiter wurden die Konsequenzen für die Verjährungshemmung betrachtet, wenn der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids nicht den Anforderungen entspricht.⁸¹⁰ Zuletzt wurden die Konsequenzen von Fehlern beim Erlass des Mahnbescheids bzw. bei dessen Zustellung für die Verjährungshemmung betrachtet.⁸¹¹

Nunmehr soll darauf eingegangen werden, welche Überlegungen das Mahngericht vor dem Erlass des Mahnbescheids anstellt, dessen Zustellung zur Verjährungshemmung führt und wann die verjährungshemmende Wirkung eintritt.

Durch die Zustellung des Mahnbescheids tritt nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB die Verjährungshemmung ein. Den Erlass des Mahnbescheids und die Zustellung desselben an den Antragsgegner, wird das Mahngericht nur bei einem ordnungsgemäßen Antrag vornehmen.

Für den Antragsteller, der den Mahnbescheid zur Verjährungshemmung einsetzen will, stellen sich die Fragen, was das Mahngericht und hier funktionell nach § 20 Nr. 1 RPfIG der Rechtspfleger⁸¹² prüft und wann die verjährungshemmende Wirkung eintritt.

⁸⁰⁸ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 13.

⁸⁰⁹ Siehe oben C. III.

⁸¹⁰ Siehe oben C. IV.

⁸¹¹ Siehe oben C. V.

⁸¹² Nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 RPfIG können durch Rechtsverordnung der jeweiligen Landesregierung dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle die vom Rechtspfleger wahrzunehmenden Geschäfte im Mahnverfahren übertragen werden. Zu den Ländern, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, siehe Baumbach/Hartmann, ZPO, Grundz § 688 Rn. 4.

1. Umfang der gerichtlichen Überprüfung des Antrags

Das Gericht prüft – wie bereits vorweggenommen⁸¹³ – die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen und die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Mahnverfahrens,⁸¹⁴ soweit sie sich aus dem Mahnantrag ergeben.⁸¹⁵ Dies bedeutet, dass der Rechtspfleger – oder die ihn unterstützende EDV-Anlage – nur prüft, ob der Antrag mit dem vorgeschriebenen Formular erstellt ist und alle erforderlichen Angaben vorhanden sind, sowie ob der Antrag unterzeichnet ist.⁸¹⁶ Ob die Angaben richtig sind oder der Anspruch gar begründet ist, wird im Mahnverfahren nicht geprüft.⁸¹⁷ Zweifel, welche die (materielle) Rechtslage betreffen, müssen im anschließenden streitigen Verfahren geprüft werden, da die (materielle) Rechtslage im Mahnverfahren gerade nicht geprüft wird.⁸¹⁸ Der Anspruch muss nur möglich sein und zulässigerweise im Mahnverfahren geltend gemacht werden können.⁸¹⁹

Damit die Verjährung durch Klage oder durch Mahnbescheid wirksam unterbrochen bzw. nunmehr gehemmt wird, muss die Aktiv- und die Passivlegitimation gegeben sein.⁸²⁰ Nicht notwendig ist es hingegen, dass bereits zur Zeit der Zustellung des Mahnbescheids sämtliche Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.⁸²¹ Diese können noch während des Rechtsstreits entstehen und auch noch geltend gemacht werden. Nur diese Auffassung ist auch mit dem Wesen des Mahnverfahrens in Einklang zu bringen. Denn im Mahnverfahren wird gerade nicht die Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs geprüft. Daher spricht auch nichts dagegen, dass die Anspruchsvoraussetzungen erst im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen müssen. Insbesondere ist der Schuldner auch nicht schutzwürdig. Denn er weiß, welchen Anspruch der Gläubiger geltend macht und er weiß auch, dass es dem Gläubiger mit der Geltendmachung ernst ist. So ernst sogar, dass er gerichtliche Hilfe in Anspruch nimmt und einen Mahnbescheid beantragt.

⁸¹³ Siehe oben unter C. IV. 1.

⁸¹⁴ Siehe oben C. III.

⁸¹⁵ Musielak/Voit, ZPO, § 691 Rn. 2.

⁸¹⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 3.

⁸¹⁷ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 3, 15.

⁸¹⁸ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 18.

⁸¹⁹ MünchKommZPO/Schüler, § 691 Rn. 14.

⁸²⁰ BGH, NJW-RR 2003, 784.

⁸²¹ BGH, NJW-RR 2003, 784.

2. Zeitpunkt des Eintritts der Verjährungshemmung

Da es darum geht, die laufende Verjährungsfrist zu hemmen, ist der Zeitpunkt bis zu dem diese Frist gelaufen ist, von entscheidender Bedeutung.

a) Grundsatz: Zustellung des Mahnbescheids

Die verjährungshemmende Wirkung tritt erst mit der Zustellung des Mahnbescheids ein, § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Das heißt auch, dass dann, wenn eine Zustellung nicht erfolgt, die verjährungshemmende Wirkung nicht eintritt.⁸²² Über die erfolgte Zustellung und damit über den Erfolg der verjährungshemmenden Maßnahme erhält der Antragsteller eine Mitteilung der Geschäftsstelle des Mahngerichts nach § 693 Abs. 2 ZPO. Erhält der Antragsteller diese Mitteilung nicht, so obliegt es ihm, sich nach angemessener Zeit zu erkundigen, weshalb der Mahnbescheid bislang noch nicht zugestellt wurde.⁸²³

b) Zustellung des Mahnbescheids „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO

Allerdings ist eine Rückwirkung der durch die Zustellung herbeizuführenden Rechtswirkung der Verjährungshemmung nach § 167 ZPO möglich.

Soll die Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehemmt werden, so tritt gemäß § 167 BGB die Wirkung bereits mit dem Eingang des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids beim Mahngericht ein, sofern die Zustellung des Mahnbescheides „demnächst“ erfolgt.

aa) „Demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO

Ist die Zustellung des Mahnbescheides auf Anhieb erfolgreich, so ergeben sich gegenüber der Erhebung einer Klage keine Unterschiede. Die Zustellung ist als „demnächst“ erfolgt anzusehen, wenn die Verzögerung vom Antragsteller verursacht wurde und die Zustellung innerhalb von 14 Tagen erfolgt⁸²⁴, oder die Zustellung auf Verzögerungen im Geschäftsbetrieb des Gerichts beruht.⁸²⁵

⁸²² Zur Heilung siehe oben C. V. 1.

⁸²³ BGH, NJW-RR 2006, 1436, 1437, Tz. 18.

⁸²⁴ Zöller/Greger, ZPO, § 167 Rn. 11; BGH, FamRZ 2004, 21.

⁸²⁵ Zöller/Greger, ZPO, § 167 Rn. 12.

bb) „Demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO bei Mahnbescheiden

Problematisch waren hingegen die Fälle, in denen die Zustellung des Mahnbescheids aufgrund einer vom Antragsteller verursachten Verzögerung (beispielsweise durch Angabe einer unzutreffenden Zustellanschrift) nicht erfolgen konnte.⁸²⁶ Denn die vor einer Zurückweisung als unzulässig nach § 691 Abs. 1 S. 2 ZPO erforderliche Anhörung des Antragstellers – meist in Form eines sogenannten „Monierungsschreibens“ – und die Verbesserung des Antrags auf Erlass des Mahnbescheides dauerten meist wesentlich länger als der von der Rechtsprechung als zulässig tolerierte Zeitraum von zwei Wochen, innerhalb dessen die Zustellung erfolgen musste, so dass sie noch als „demnächst“ anzusehen war. Die Folge der nicht „demnächst“ erfolgten Zustellung war das Fehlschlagen der Verjährungshemmung und damit häufig der Eintritt der Verjährung.

Zeigte der Antragsteller hingegen auf das Monierungsschreiben des Mahngerichts keine Reaktion und ließ den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides als unzulässig zurückweisen, so konnte er mit fristwahrender Wirkung gemäß § 691 Abs. 2 ZPO innerhalb eines Monats nach Zurückweisung des Antrags auf Erlass des Mahnbescheids Klage erheben, wenn diese wiederum „demnächst“ zugestellt wurde. Damit konnte die Verjährungshemmung noch herbeigeführt werden, obwohl der Antragsgegner erst viel später von den gegen ihn eingeleiteten Maßnahmen erfuhr.

Der Antragsteller, der dem Monierungsschreiben also nachkam und eine Verbesserung seines Antrags herbeiführte, stand in der Folge häufig schlechter als derjenige, der nach der Zurückweisung seines Antrags eine die Verjährungshemmung herbeiführende Klage erhob.

In der Literatur wurde bereits die großzügigere Beurteilung der Frage, welcher Zeitraum als geringfügig anzusehen ist, als „eine Möglichkeit zur `Sanierung` des Mahnverfahrens als Mittel der Verjährungsunterbrechung“ angesehen.⁸²⁷ Doch wurde dies, obgleich schon Tendenzen zu einer großzügigeren Auslegung erkannt worden waren,⁸²⁸ als in absehbarer Zeit nicht realistisch eingeschätzt.⁸²⁹

⁸²⁶ OLG Düsseldorf, NJOZ 2002, 2470.

⁸²⁷ Maniak, S. 247 Fn. 537.

⁸²⁸ BGH, MDR 1999, 1016, 1017.

⁸²⁹ Maniak, S. 247 Fn. 537.

(a) Monatsfrist

Nunmehr hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung geändert und die Zustellung auch dann noch als „demnächst“ angesehen, wenn sie innerhalb eines Monats nach der Zustellung des Monierungsschreibens erfolgt.⁸³⁰ Liegt der Grund für die nicht erfolgte Zustellung in der Sphäre des Antragstellers und ist eine Verzögerung von mehr als einem Monat eingetreten,⁸³¹ so ist die Zustellung nicht mehr als „demnächst“ anzusehen. Die Frist, innerhalb derer die Zustellung des Mahnbescheides noch als „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO anzusehen ist, wurde somit an die Monatsfrist des § 691 Abs. 2 ZPO angeglichen.⁸³²

Dieser „Gleichlauf“ zu § 691 Abs. 2 ZPO wurde auch in der Literatur begrüßt.⁸³³ Da der BGH bei der Annahme der Frist nicht die Schwere des Fehlers berücksichtigt,⁸³⁴ der die Verzögerung verursacht hat, muss konsequenterweise nunmehr auch den nicht mittels Vordruck gestellten Anträgen fristwahrende Wirkung zukommen, wenn der unzulässige Antrag mit dem richtigen Antragsformular verbessert wird.⁸³⁵

(b) Berechnung der Monatsfrist

Gleichzeitig wurde geltend gemacht, dass der Nachteil zur Situation nach § 691 Abs. 2 ZPO nur dann völlig beseitigt wäre, wenn dem Antragsteller ein Monat Zeit bliebe den Antrag auf Erlass des Mahnbescheids zu berichtigen, wenn also zwischen dem Zugang des Monierungsschreibens und der *Einreichung* des berichtigten Mahnbescheids durch den Antragsteller (statt: *Zustellung* des Mahnbescheids beim Antragsgegner) ein Monat liegen kann.⁸³⁶

Zunächst scheint man dem Leitsatz des BGH,⁸³⁷ der auf die Zustellung des Mahnbescheids beim Antragsgegner abstellt, die innerhalb der Monatsfrist erfol-

⁸³⁰ BGHZ 150, 221.

⁸³¹ BGH, NJW-RR 2006, 1436, 1437, Tz. 17, Tz. 19.

⁸³² BGH, NJW 2008, 1672, 1673 Tz. 12 m.w.N.

⁸³³ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 691 Rn. 4; Ebert, NJW 2003, 732.

⁸³⁴ BGHZ 150, 221, 226.

⁸³⁵ Salten, MDR 1995, 668; a.A. MünchKommZPO/Schüler, § 703c Rn. 13.

⁸³⁶ Ebert, NJW 2003, 732.

⁸³⁷ BGHZ 150, 221.

gen muss, zustimmen zu können; ist doch mit der Einreichung eines Mahnbescheids weniger Aufwand verbunden, als mit Einreichung einer Klage.

Jedoch sind die entscheidenden Angaben – insbesondere die (neue) Anschrift des Schuldners – sowohl im Fall der Klageschrift als auch im Fall des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheides gleich schwer zu ermitteln. Hinzu kommt, dass die Schuldner häufig wissen, dass verjährungshemmende Maßnahmen drohen und deshalb versuchen ihre Anschrift zu verdunkeln.⁸³⁸

Weiter wird ein echter Gleichlauf mit der Regelung des § 691 Abs. 2 ZPO nur dann erreicht, wenn vom Zeitpunkt des Zugangs der Zwischenverfügung bis zur Einreichung des berechtigten Mahnantrags eine Frist von einem Monat verbleibt⁸³⁹ und dieser berechtigte Mahnantrag seinerseits wiederum „demnächst“ zugestellt wird.

Diese Gleichbehandlung der Frist des § 693 Abs. 2 ZPO a.F.⁸⁴⁰ (nunmehr § 167 ZPO) mit der des § 691 Abs. 2 ZPO betont der BGH in seiner Entscheidung besonders, indem er ausführt, dass eine kürzere Frist „nicht gerechtfertigt“ wäre und den Antragsteller ohne Grund benachteiligen würde.⁸⁴¹ Dementsprechend erwähnt der BGH in der Entscheidung auch nicht, dass die Monatsfrist von der Zustellung der Zwischenverfügung bis zur Zustellung des Mahnbescheides zu berechnen sei. Lediglich der Leitsatz in der Amtlichen Sammlung zieht diese Konsequenz.

Auch stellt das Berufungsgericht auf den Zeitraum zwischen dem Erlass der Zwischenverfügung und dem *Erlass* (und nicht auf die Zustellung) des Mahnbescheids ab.⁸⁴² Nach Auffassung des BGH sind „diese Erwägungen ... nicht zu beanstanden.“⁸⁴³ Insbesondere verlangt der BGH in den Gründen der Entscheidung nicht bereits die Zustellung des berechtigten Mahnbescheids innerhalb der Monatsfrist.

⁸³⁸ Dies zeigt z.B. der Sachverhalt von BGH, NJW-RR 2005, 415.

⁸³⁹ Ebert, NJW 2003, 732

⁸⁴⁰ ZPO in der Fassung vor dem Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren (Zustellungsreformgesetz – ZustRG) also vor dem 01.07.2002, nach Art. 4 ZustRG.

⁸⁴¹ BGHZ 150, 221, 225.

⁸⁴² BGHZ 150, 221, 224.

⁸⁴³ BGHZ 150, 221, 224.

Weiter lassen auch die Argumente, mit denen der BGH seine Entscheidung stützt, die Schlussfolgerung zu, dass dem Antragsteller die Monatsfrist von der Zustellung der Zwischenverfügung bis zur Einreichung des berechtigten Mahnantrags verbleiben soll. So soll der Antragsteller nicht durch die Ungleichbehandlung gezwungen werden, Klage zu erheben.⁸⁴⁴ Denn das Mahnverfahren soll dem Antragsteller einen einfachen Weg bieten, mit dem er einen Titel erlangen kann. Darin schwingt auch die Befürchtung mit, dass wenn die Gerichte die Verjährungseinrede durchgreifen lassen und auf diese Art „kurzen Prozess“ machen, dies allenfalls eine scheinbare und augenblickliche Entlastung darstellt. Denn wenn das Mahnverfahren alleine wegen der zusätzlich aus dem Mahnverfahren erwachsenden Schwierigkeiten seine Akzeptanz verliert und die Rechtssuchenden statt des Mahnverfahrens ein Klageverfahren anstreben, ist eine Entlastung der Gerichte – angesichts von aktuell ca. neun Millionen Mahnverfahren im Jahr – nicht zu erwarten.

Auch sieht der BGH, dass das Argument des Schutzes für den Schuldner nicht greift.⁸⁴⁵ Denn in der Situation, in der Klage erhoben wird, erfährt der Schuldner unter Umständen noch später davon, dass Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden.

Hinzu kommt, dass der Antragsteller den Zeitraum zwischen Einreichung des verbesserten Antrags und der Zustellung des Mahnbescheids nicht beeinflussen kann. Deshalb kann eine Verzögerung dem Antragsteller auch nicht zum Nachteil gereichen.

Demgemäß hat auch das OLG Hamburg⁸⁴⁶ in einem „obiter dictum“ die Zustellung noch als „demnächst“ angesehen, wenn zwischen der Zustellung der Zwischenverfügung und der Verbesserung ein Zeitraum von einem Monat liegt.⁸⁴⁷ Hierbei hat es explizit die Zustellung der Zwischenverfügung mit dem *Zugang* der Beanstandung beim Antragsteller gleichgesetzt und unter dem Begriff der Verbesserung den *Eingang* der fehlenden Angaben beim Gericht verstanden.⁸⁴⁸

⁸⁴⁴ BGHZ 150, 221, 225.

⁸⁴⁵ BGHZ 150, 221, 225.

⁸⁴⁶ OLG Hamburg, NJW-RR 2003, 286.

⁸⁴⁷ OLG Hamburg, NJW-RR 2003, 286.

⁸⁴⁸ OLG Hamburg, NJW-RR 2003, 286.

cc) *Ergebnis zur Zustellung „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO bei Mahnbescheiden*

Die Zustellung eines Mahnbescheides ist selbst dann noch als „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO anzusehen, wenn zwischen Zustellung des Monierungsschreibens und Einreichung des berechtigten Antrags auf Erlass eines Mahnbescheides eine Frist von bis zu einem Monat liegt, sofern der Mahnbescheid dann „demnächst“ zugestellt wird.

VII. Dauer und Umfang der Verjährungshemmung im Mahnverfahren

War die Zustellung des Mahnbescheids erfolgreich, so ist es für den Gläubiger von entscheidender Bedeutung, wie lange die Hemmungswirkung durch die Zustellung des Mahnbescheids dauert. Weiter stellt sich die nicht weniger wichtige Frage nach dem Umfang der Verjährungshemmung.

1. Dauer der Verjährungshemmung

Die Verjährungshemmung beginnt – wie oben⁸⁴⁹ bereits dargelegt – mit der Zustellung des Antrags im Mahnverfahren bzw. sofern die Zustellung „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO erfolgt, mit der Einreichung des Antrags auf Erlass des Mahnbescheids.

Früher⁸⁵⁰ dauerte die Verjährungsunterbrechung bis zum Erlass des Vollstreckungsbescheides nach § 213 S. 1, § 212a S. 1 HS 1 BGB a.F.⁸⁵¹ oder wenn das Mahnverfahren als Streitverfahren fortgeführt wurde bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung bzw. anderweitigen Erledigung.⁸⁵² Die Rücknahme des Mahnantrags führte zum Entfall der Wirkungen des Mahnbescheids und damit auch nach § 213 S. 2 BGB a.F.⁸⁵³ zum Entfallen der verjährungsunterbrechenden Wirkung. Nach den Gesetzesmaterialien⁸⁵⁴ zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wird gerade explizit davon Abstand genommen, bei Rücknahme des Mahnantrags

⁸⁴⁹ Siehe oben unter C. VI. 2.

⁸⁵⁰ BGB in der Fassung vor dem 01.01.2002.

⁸⁵¹ BGB in der Fassung vor dem 01.01.2002.

⁸⁵² Wieczorek/Schütze/Oelzen, § 693 Rn. 14.

⁸⁵³ BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung.

⁸⁵⁴ BT-Drs. 14/6040 S. 118.

oder bei der Abweisung als unzulässig, entsprechend den bisherigen §§ 213, 212a, 212 Abs. 1 BGB a.F.⁸⁵⁵ die Hemmung rückwirkend entfallen zu lassen.⁸⁵⁶ Somit besteht die Hemmung der Verjährung selbst bei Wegfall der Wirkungen des Mahnbescheids nach § 701 ZPO oder Rücknahme des Antrags auf Durchführung des streitigen Verfahrens noch fort.

Nunmehr⁸⁵⁷ endet nach § 204 Abs. 2 S.1 BGB die Hemmung nach § 204 Abs. 1 BGB sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens.

a) Rechtskräftige Entscheidung

Ein aus Sicht des Gläubigers erfolgreicher rechtskräftiger Abschluss des Mahnverfahrens liegt dann vor, wenn auf der Grundlage des Mahnbescheids ein Vollstreckungsbescheid erlassen wurde und dieser nicht mehr mit dem Einspruch nach § 700 Abs. 1 i.V.m. § 338 ZPO angegriffen werden kann.⁸⁵⁸

Diese Art der Beendigung des Mahnverfahrens dürfte bei der Verjährungshemmung von Ansprüchen aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds untypisch sein. Wahrscheinlicher ist es hingegen, dass der Anspruchsgegner Widerspruch gegen den Mahnbescheid einlegt.

Wird der Vollstreckungsbescheid rechtskräftig, so läuft nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB eine Verjährungsfrist von 30 Jahren.⁸⁵⁹

⁸⁵⁵ BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung.

⁸⁵⁶ BT-Drs. 14/6040 S. 118. Die Stellungnahme des Bundesrates, die eine Regelung wie § 212a BGB mit dem rückwirkenden Entfall der verjährungshemmenden Wirkung befürwortet (Anlage 2 in BT-Drs. 14/6857 S. 7), fand nach Gegenäußerung der Bundesregierung in Anlage 3 in BT-Drs. 14/6857 S. 44 keinen Eingang in die gesetzliche Regelung.

⁸⁵⁷ BGB in der Fassung ab dem 01.01.2002.

⁸⁵⁸ MünchKommBGB/Grothe, § 204 Rn. 86. Ebenfalls ein rechtskräftiger, aber aus Sicht des Gläubigers nicht erfolgreicher Abschluss, liegt dann vor, wenn der Antrag auf Erlass des Mahnbescheids gemäß § 691 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen wurde und diese Zurückweisung rechtskräftig wurde (MünchKommBGB/Grothe, § 204 Rn. 86). Da zur Verjährungshemmung aber die Zustellung des Mahnbescheids nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB erforderlich ist, kann die Hemmung (da sie nicht eingetreten ist) nicht sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung (Zurückweisung nach § 691 Abs. 1 ZPO) gemäß § 204 Abs. 2 S. 1 BGB enden.

⁸⁵⁹ Palandt/Ellenberger, § 197 Rn. 7.

b) *Anderweitige Beendigung*

Die Verjährungshemmung endet nach § 204 Abs. 2 S. 1 HS. 2 BGB auch mit der anderweitigen Beendigung des Verfahrens.

aa) *Rücknahme des Antrags*

Beim Mahnverfahren liegt eine solch anderweitige Beendigung mit der Rücknahme des Mahnantrags nach erfolgter Zustellung des Mahnantrags vor.⁸⁶⁰ Auch die Rücknahme des Antrags auf Durchführung des streitigen Verfahrens führt zu einer anderweitigen Beendigung des Mahnverfahrens.⁸⁶¹

Machen Anleger Ansprüche aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds geltend, so dürfte – insbesondere dann wenn man bedenkt, welche Anstrengungen schon bis zum Erlass eines Mahnbescheids unternommen wurden – auch dieses Ende der Verjährungshemmung selten sein. Allenfalls dann, wenn eine erneute oder umfassendere Überprüfung ergab, dass die Ansprüche nicht mit Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden können, dürfte die Verjährungshemmung auf diese Art beendet werden.

bb) *Überleitung ins Streitverfahren*

Wesentlich häufiger hingegen dürfte es vorkommen, dass auf einen von einem Anleger beantragten Mahnbescheid durch den Antragsgegner Widerspruch eingelegt wird. Wird nach eingelegtem Widerspruch auf Antrag einer Partei nach § 696 Abs. 1 S. 1 ZPO der Rechtsstreit an das Streitgericht abgegeben, so endet das Mahnverfahren ebenfalls.⁸⁶² Für den Anleger ist es für den Erhalt der Verjährungshemmung notwendig, darauf zu achten, dass dem Antragsgegner innerhalb von sechs Monaten nach dieser Beendigung des Mahnverfahrens eine An-

⁸⁶⁰ MünchKommBGB/Grothe, § 204 Rn. 87.

⁸⁶¹ MünchKommBGB/Grothe, § 204 Rn. 87. Die Problematik, ob die Zurücknahme des Antrags auf Durchführung des streitigen Verfahrens zugleich auch die Rücknahme des Antrags auf Erlass des Mahnbescheids bewirkt, dürfte erledigt sein oder ihr dürfte allenfalls noch dogmatische Bedeutung zukommen. Denn die besondere Heftigkeit, mit der darum gestritten wurde, ergab sich daraus, dass wenn man die Frage bejahte, die verjährungshemmende Wirkung nach § 213 S. 2 BGB a.F. (d.h. BGB in der Fassung vor dem 01.01.2002) entfiel. Durch die Regelung des § 204 Abs. 2 BGB, der die Verjährungshemmung sechs Monate nach der anderweitigen Beendigung enden lässt, entfällt die verjährungshemmende Wirkung nicht mehr rückwirkend.

⁸⁶² MünchKommBGB/Grothe, § 204 Rn. 88.

spruchs begründung zugestellt wird.⁸⁶³ Denn mit dieser Anspruchs begründung ist nach § 697 Abs. 2 S. 1 ZPO wie mit einer Klage zu verfahren. Die Zustellung der Klage hemmt aber nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung (erneut).

Zum streitigen Verfahren kann es auch dann kommen, wenn kein Widerspruch sondern nach Erlass des Vollstreckungsbescheids ein Einspruch nach § 700 Abs. 1 i.V.m. § 338 ZPO eingelegt wird. In diesem Fall ist das Mahnverfahren auch beendet und die Frist des § 204 Abs. 2 S. 1 BGB beginnt. Auch hier führt die Anspruchs begründung nach § 700 Abs. 4 ZPO, wenn sie innerhalb der Sechsmonatsfrist des § 204 Abs. 2 S. 1 BGB zugestellt wird, zur Verjährungshemmung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Nach einem Urteil im streitigen Verfahren verjährt der Anspruch nach 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB erst in 30 Jahren.

c) Stillstand des Verfahrens

Die Verjährungshemmung nach Zustellung eines Mahnbescheids kann auch durch das Nicht-Betreiben des Verfahrens nach § 204 Abs. 2 S. 2 BGB enden. In diesem Fall tritt nach § 204 Abs. 2 S. 2 BGB an die Stelle der Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien oder des Gerichts.

Dieser Stillstand des Verfahrens kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Antragsteller nach der Zustellung des Mahnbescheids an den Antragsgegner (ebenso wie dieser) keine Reaktion mehr zeigt, also gerade nicht den Antrag nach § 699 Abs. 1 S. 1 ZPO auf Erlass des Vollstreckungsbescheids stellt. Die letzte Verfahrenshandlung ist die Zustellung des Mahnbescheids durch das Gericht. Mit dem Wirksamwerden der Zustellung, also dem Zugang des Mahnbescheids beim Antragsgegner, beginnt die Frist des § 204 Abs. 2 S. 1 BGB von sechs Monaten zu laufen.⁸⁶⁴

Ebenfalls zum Stillstand kann das Mahnverfahren dadurch kommen, dass nach Einlegung des Widerspruchs gegen den Mahnbescheid, weder der Antragsgegner noch der Antragsteller die Durchführung des streitigen Verfahrens nach § 696 Abs. 1 S. 1 ZPO beantragt. In diesem Fall wäre die Information des Antragstellers

⁸⁶³ MünchKommBGB/Grothe, § 204 Rn. 90.

⁸⁶⁴ Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 49.

vom Widerspruch nach § 695 S. 1 ZPO die letzte Verfahrenshandlung.⁸⁶⁵ Diese Verfahrenshandlung wird mit Zugang beim Antragsteller wirksam, so dass ab diesem Zeitpunkt die sechs Monate nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB beginnen. Die Verjährungshemmung dauert somit nach dem Stillstand noch sechs Monate an. Allerdings ist zu beachten, dass die Rechtshängigkeit nur dann gemäß § 696 Abs. 3 ZPO auf die Zustellung des Mahnbescheids vorverlagert wird, wenn die Abgabe ins streitige Verfahren alsbald nach Erhebung des Widerspruchs erfolgt.⁸⁶⁶

2. Umfang der Verjährungshemmung

Von entscheidender Bedeutung für den Ausgang eines Rechtsstreits über Ansprüche von Anlegern aus der Rückabwicklung von geschlossenen Immobilienfonds ist die Frage, in welchem Umfang die Zustellung des Mahnbescheids die Verjährung der dem Anleger zustehenden Ansprüche gehemmt hat. Um die Reichweite der durch die Zustellung eines Mahnbescheids eingetretenen Verjährungshemmung zu bestimmen, wird überwiegend auf die Reichweite der Verjährungshemmung bei Erhebung der Klage nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zurückgegriffen.

a) Umfang der Verjährungshemmung bei Klageerhebung

Die Erhebung der Klage nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, „unterbricht die Verjährung nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden, also nur für den streitgegenständlichen prozessualen Anspruch“.⁸⁶⁷ Dies bleibt auch nach der Schuldrechtsreform für die Hemmung, die an Stelle der Unterbrechung getreten ist, gleich.⁸⁶⁸

⁸⁶⁵ MünchKommZPO/Schüler, § 695 Rn. 1.

⁸⁶⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 695 Rn. 1. Es kommt auch nicht zum Entfall der verjährungshemmenden Wirkung, wenn die Mahnsache nicht alsbald i.S.d. § 696 Abs. 3 ZPO an das Streitgericht abgegeben wird (Ebert, NJW 2003, 732, 733; MünchKommZPO/Schüler, § 693 Rn. 11). Die Verjährungshemmung knüpft nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB an die Zustellung des Mahnbescheids an, nicht an die Rechtshängigkeit. Schon deswegen kann eine Vorschrift, die sich nur mit der Rechtshängigkeit beschäftigt, nicht die Zustellung des Mahnbescheids oder die verjährungshemmende Wirkung beeinflussen.

⁸⁶⁷ Ständige Rechtsprechung, BGH, NJW 2005, 2004, 2005, im Anschluss an BGHZ 104, 6, 12; BGHZ 132, 240; BGH, NJW 1996, 117; BGH, NJW 1999, 2110.

⁸⁶⁸ BGH, NJW 2005, 2004, 2005; Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 13.

Unter den Anspruch, dessen Verjährung nach § 204 Abs. 1 BGB gehemmt werden soll, fallen alle materiell-rechtlichen Ansprüche, die von dem prozessualen Anspruch im Sinne des Streit- bzw. (Mahn-)Verfahrensgegenstands erfasst werden und die das Zahlungsbegehren zu begründen vermögen.⁸⁶⁹ Das bedeutet, dass möglicherweise eine Vielzahl von materiell-rechtlichen Ansprüchen bestehen kann.⁸⁷⁰ Nur diese materiell-rechtlichen Ansprüche im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB unterliegen der Verjährung.⁸⁷¹ Demgemäß wird auch die Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 BGB für diese materiell-rechtlichen Ansprüche herbeigeführt.⁸⁷² Gegenstand der Verjährung und auch der Verjährungshemmung ist der materiell-rechtliche Anspruch, wohingegen der prozessuale Anspruch die Reichweite der Hemmungswirkung bestimmt.⁸⁷³ Der prozessuale Anspruch, als Streitgegenstand bei der Klage wird überwiegend zweigliedrig aufgefasst, bestehend aus dem klägerischen Antrag und dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt als gleichwertige Elemente (sog. „zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff“).⁸⁷⁴

Gegen die Heranziehung des Streitgegenstandes zur Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung scheint sich zunächst Wolf mit dem Beitrag „Die Befreiung des Verjährungsrechts vom Streitgegenstandsdenken“⁸⁷⁵ auszusprechen. Bereits bei den Anforderungen an die Individualisierung⁸⁷⁶ wurde erläutert, dass Wolf den Vertrauensschutz und die Erkennbarkeit für den Schuldner als entscheidende Kriterien für die Individualisierung des Anspruchs verstanden wissen will.⁸⁷⁷ Dementsprechend spricht er sich nicht nur bei der Frage „ob“, sondern auch bei der Frage, „welche“ Ansprüche von den Wirkungen der Unterbrechung und Hemmung erfasst werden, für den „Vertrauensschutz des Schuldners als Beurteilungsmaßstab“ aus.⁸⁷⁸ Wolf gelangt durch diese Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung, unter Rückanbindung des Gläubigerinteresses an Art.

⁸⁶⁹ OLG Karlsruhe, ZIP 2007, 2189, 2190 mit Hinweis auf BGH, NJW 1988, 965, 966; Schiemann, EWiR 1988, 149; BGH, NJW 1996, 117, 118. So auch Lau, S. 23.

⁸⁷⁰ Lau, S. 23.

⁸⁷¹ Lau, S. 23.

⁸⁷² Lau, S. 23.

⁸⁷³ Lau, S. 119.

⁸⁷⁴ Lau, S. 22 f. m.w.N. insbesondere in Fn. 41.

⁸⁷⁵ Wolf, FS f. Schumann, 579.

⁸⁷⁶ C. III. 3. b) aa) (c).

⁸⁷⁷ Wolf, FS f. Schumann, 579, 582.

⁸⁷⁸ Wolf, FS f. Schumann, 579, 585; ähnlich Schilderung bei Maniak, S. 258 unter Berufung auf Spiro, S. 393, 402, 405 ff.

14 GG,⁸⁷⁹ zu einem umfassenden Bündel von materiell-rechtlichen Ansprüchen, deren Verjährung durch die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs gehemmt wird.

Folgt man der von Wolf vertretenen Ansicht und stellt maßgeblich auf den Vertrauensschutz des Schuldners und die Erkennbarkeit für diesen ab, so wäre beispielsweise bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs durch einen Anleger gegenüber der finanzierenden Bank auch ohne weiteres die Verjährung für Bereicherungsansprüche dieses Anlegers gegenüber der Bank oder die Verjährung von Ansprüchen nach dem Widerruf des als Haustürgeschäft geschlossenen Darlehensvertrags gehemmt. Denn der Schuldner – im konkreten Beispiel also die finanzierende Bank – müsste dann, wenn er erkennt, dass der Anleger den Erwerb des konkreten Anteils an einem geschlossenen Immobilienfonds rückgängig machen will, damit rechnen, dass dies aus allen in Betracht kommenden rechtlichen Gründen erfolgen soll. Damit müsste die Bank auch mit Bereicherungsansprüchen und mit Ansprüchen aus der Rückabwicklung nach Widerruf der entsprechenden Erklärung rechnen.

Dieser Auffassung steht auch nicht der Schutz des Schuldners vor Beweisnot als einer der Zwecke der Verjährung entgegen. Denn im Beispielsfall wäre davon auszugehen, dass die Bank alle Schriftstücke und Gesprächsnotizen, die im Zusammenhang mit einem Engagement dieses konkreten Anlegers bei ihr stehen, suchen würde, um daraus Tatsachen zu gewinnen, die zur Abwehr aller nur denkbaren Ansprüche geeignet sind. So würden sicher auch die Risikoeinschätzungen und Aufklärungsbögen, die der Anleger anlässlich einer anderen Geldanlage unterschrieben hat, Eingang in die „Beweissammlung“ der Bank finden und sei es nur, um die generelle Risikoneigung des Anlegers zu betonen. Es wäre schwer vorstellbar, dass bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch einen Anleger eine Bank, die feststellt, dass der Darlehensvertrag etwa wegen fehlenden Angaben nach § 494 Abs. 1 BGB nichtig ist, nicht auch Beweise für Tatsachen sichert, die eine Heilung nach § 494 Abs. 2 BGB belegen. Im Übrigen wären nach der Auffassung von Wolf dem Schuldner auch Beweisschwierigkeiten bei den von der Verjährungshemmung erfassten Ansprüchen zu-

⁸⁷⁹ Wolf, FS f. Schumann, 579, 581, 593.

zumuten, wenn sich die wirtschaftliche Belastung in den Grenzen des geltend gemachten Anspruchs hält.⁸⁸⁰

Zieht man hingegen den Streitgegenstand für die Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung heran, so wäre in dem Fall, dass ein Anleger gegen die finanzierende Bank einen Schadensersatzanspruch aus dem Beratungsvertrag geltend macht, ein etwaiger Bereicherungsanspruch wegen der Nichtigkeit des Darlehensvertrags hiervon nicht ohne weiteres erfasst.

Allerdings ist der Unterschied zwischen dem von Wolf ermittelten Umfang der Verjährungshemmung,⁸⁸¹ der auf dem Vertrauensschutz des Schuldners basiert und dem Umfang der Verjährungshemmung den die wohl h. M. über den Streitgegenstand ermittelt, nicht so gravierend wie er zunächst scheint. Denn beim Abstellen auf den Streitgegenstand kann eine Erweiterung der Verjährungshemmung über § 213 BGB erfolgen.⁸⁸² Hiernach gilt die Hemmung der Verjährung auch für Ansprüche, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind. Dies hat zur Folge, dass sich die beiden scheinbar so verschiedenen Positionen – wenn nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis – annähern.⁸⁸³

Systematisch ist der h. M. zuzustimmen,⁸⁸⁴ da bei der von Wolf vorgenommenen Auslegung des Umfangs der Verjährungshemmung die Regelung des § 213 BGB überflüssig erschiene.⁸⁸⁵ Daher ist – zumindest bei der Klage – der Streitgegenstand, bestehend aus Antrag und dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt, für den Umfang der Verjährungshemmung maßgeblich.

⁸⁸⁰ Wolf, FS f. Schumann, 579, 589.

⁸⁸¹ Wolf, FS f. Schumann, 579, 593 f.

⁸⁸² Lau, S. 187 f.

⁸⁸³ Zwar erwähnt Lau (Lau, S. 187 f.) die von Wolf (Wolf, FS f. Schumann, 579, 593 f.) genannten „präjudiziellen Rechtsverhältnisse“ (Wolf, FS f. Schumann, 579, 594) nicht explizit, doch stellt auch sie auf „denselben Grunde“ der Ansprüche (Lau, S. 188) ab, der dann gegeben sei, wenn die Ansprüche in ihrer Entstehung einen identischen Kern (Lau, S. 188) hätten.

⁸⁸⁴ Im Ergebnis auch schon so vertreten von Maniak, S. 260, die § 213 BGB (in der seit 01.01.2002 geltenden Fassung) noch nicht als Argument heranziehen konnte, sondern die Rechtssicherheit als Begründung für ihr Ergebnis heranzog. Ebenfalls auf die Rechtssicherheit abstellend: BGH, NJW 1998, 1303, 1304.

⁸⁸⁵ Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden, vgl. Lau, S. 156 ff.

b) Folgerungen für den Mahnbescheid

Um feststellen zu können, ob für den Umfang der Verjährungshemmung beim Mahnbescheid dem Mahnverfahrensgegenstand die gleiche Bedeutung zukommt wie dem Streitgegenstand bei der Klage, ist es notwendig, den Blick zunächst auf die Besonderheiten des Mahnverfahrens zu richten.

aa) *Weniger Tatsachen im Mahnverfahren*

Ist beim Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids der „klägerische“ Antrag noch ähnlich umfassend wie derjenige bei der Klageerhebung ausgestaltet, so wird beim zugrunde liegenden Lebenssachverhalt eine große Diskrepanz zwischen Mahnbescheid und Klageerhebung deutlich. Beim Mahnverfahren gibt es schon aufgrund der Formbeschränkungen keine so umfassende Möglichkeit, einen Lebenssachverhalt darzustellen, wie dies bei der Klageerhebung möglich ist. Weiter verlangt auch das Mahnverfahren einen weniger umfangreichen Tatsachenvortrag als das Klageverfahren. Denn für den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids ist keine Substantiierung notwendig. Es genügt vielmehr die Individualisierung des Anspruchs.⁸⁸⁶

Die Bestimmung des Mahnverfahrensgegenstandes ist somit anhand von deutlich weniger Anhaltspunkten vorzunehmen als die Bestimmung des Streitgegenstandes bei der Klage.

So kann beispielsweise der Anleger im Fall der Klage neben seinen Antrag, wonach er den Betrag X fordert, noch im Sachverhalt die Tatsachen darlegen, von denen er meint, dass sie seinen Antrag begründen. Einen solchen Tatsachenvortrag – mithin also eine ausführliche Schilderung eines Lebenssachverhalts – kann der Anleger im Mahnverfahren nicht vorbringen. Im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides kann er seinen Antrag, wonach er den Betrag X fordert, zwar in gleicher Weise stellen. Woraus sich dieser Antrag rechtfertigt, auf welchen Lebenssachverhalt er sich also stützt, kann der Anleger aber nur verkürzt darlegen. So kann er beispielsweise noch bei der Bezeichnung des Anspruchs angeben, dass er Schadensersatz aus dem Beratungsvertrag eines bestimmten Datums geltend macht. Nicht angeben kann er beispielsweise die Tatsachen, auf die er

⁸⁸⁶ Siehe oben unter C. III. 3. b).

seinen Schadensersatzanspruch gründet, die Berechnung der Anspruchshöhe oder dass er die Übertragung der Anteile an dem Immobilienfonds anbietet.

Vor der Vereinfachungsnovelle⁸⁸⁷ musste der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides so viele Tatsachen enthalten, dass der geltend gemachte Anspruch schlüssig war. Nach der Vereinfachungsnovelle⁸⁸⁸ ist die Anzahl der notwendigen Tatsachen und damit auch der Umfang des für den prozessualen Anspruch vorzutragenden Lebenssachverhalts zurückgegangen. Es müssen nur noch so viele Tatsachen in den Antrag auf Erlass des Mahnbescheids Eingang finden, dass dieser – und zwar unter Zugrundelegung der Kenntnisse des Schuldners⁸⁸⁹ – individualisiert ist.

Deshalb stellt sich die Frage, ob eine Bestimmung des Mahnverfahrensgegenstands – wie beim Streitgegenstand – anhand des Antrags und des zugrunde liegenden Lebenssachverhalts überhaupt möglich ist.

bb) Bestimmbarkeit des Mahnverfahrensgegenstands

Das Mahnverfahren ist nicht (mehr) dazu ausgelegt, einen Tatsachenvortrag in größerem Umfang zu verkraften. Tatsachen müssen bewertet und gewichtet werden. Gegen die Berücksichtigung einzelner Tatsachen beim Erlass des Mahnbescheids kann sich der Antragsgegner nicht wehren. Wenn der Antrag auf Erlass des Mahnbescheids die notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, erlässt das Mahngericht den Mahnbescheid. Der Antragsgegner kann sich schon deshalb nicht gegen einzelne, im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids vorgelegene Tatsachen wenden, weil er vor Erlass des Mahnbescheids nach § 702 Abs. 2 ZPO kein rechtliches Gehör erhält.⁸⁹⁰ Der Antragsgegner kann sich mit dem Widerspruch nur gegen den Mahnbescheid als solchen wehren. Erst im anschließenden streitigen Verfahren kann er dann Tatsachen vortragen, die den geltend gemachten Anspruch zu Fall bringen. Erst dann kann eine Bewertung und Gewichtung der Tatsachen erfolgen. Im Mahnverfahren kann eine solche

⁸⁸⁷ BGBl. 1976 I S. 3281, also vor dem 01.07.1977.

⁸⁸⁸ BGBl. 1976 I S. 3281, also seit dem 01.07.1977.

⁸⁸⁹ Siehe oben unter C. III. 3. b).

⁸⁹⁰ Da der Mahnbescheid die Rechte des Antragsgegners noch nicht konkret beeinträchtigt, ist die Gewährung von rechtlichem Gehör vor Erlass des Mahnbescheids nicht erforderlich, MünchKommZPO/Schüler, § 702 Rn. 8.

Bewertung und Gewichtung nicht erfolgen. Hier ist schon die Behauptung, einen Anspruch zu haben, für die Verjährungshemmung ausreichend.

(a) Zeitpunkt für die Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung

Der Mahnbescheid ergibt zusammen mit der Anspruchsbegründung im streitigen Verfahren die der Klageschrift entsprechende Verfahrensgrundlage.⁸⁹¹ Das bedeutet, dass die vom Mahnverfahrensgegenstand erfassten materiell-rechtlichen Ansprüche nicht enger sein dürfen, als die des späteren Streitgegenstands nach einer Abgabe ins streitige Verfahren.

Allerdings hemmt nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB bereits die Zustellung des Mahnbescheids die Verjährung. Deshalb ist die Frage nach dem Umfang der Verjährungshemmung schon hier und nicht erst nach dem Übergang ins streitige Verfahren zu beantworten. Zudem ist der Umfang der Verjährungshemmung unabhängig von der zur späteren Verfahrensgrundlage führenden Anspruchsbegründung zu bestimmen, weil der Übergang ins streitige Verfahren für die Verjährungshemmung nicht zwingend ist.

(b) Angaben zur Bestimmung des Mahnverfahrensgegenstands

Der zum Mahnverfahrensgegenstand gehörende Lebenssachverhalt kann letztlich nur das sein, was zur Individualisierung des Anspruchs vorgetragen wird. Nicht zum Lebenssachverhalt kann hingegen dessen rechtliche Beurteilung gehören.⁸⁹² Denn nach dem Rechtssatz „Curia novit iura“,⁸⁹³ ist der Kläger – und damit auch der Antragsteller im Mahnverfahren – nicht verpflichtet Rechtsausführungen zu machen. Dementsprechend bindet eine (überflüssige) rechtliche Einordnung des Antragstellers das Gericht nicht.⁸⁹⁴ Vielmehr hat es gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 GVG „den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten“ zu entscheiden.

⁸⁹¹ MünchKommZPO/Schüler, § 697 Rn. 6.

⁸⁹² BGH, NJW 2000, 3492, 3493.

⁸⁹³ „Curia novit iura.“ Das Gericht kennt das Recht, nach Bruß, S. 83.

⁸⁹⁴ Thomas/Putzo § 690 Rn. 9 unter Verweis auf Vollkommer FS f. E. Schneider, S. 231, 243.

Macht der Antragsteller etwa einen Bereicherungsanspruch wegen Nichtigkeit des Vertrages von einem bestimmten Datum geltend,⁸⁹⁵ so kann die nicht zum Lebenssachverhalt gehörende rechtliche Einordnung als Bereicherungsanspruch, den Mahnverfahrensgegenstand nicht beeinflussen.

Um den Lebenssachverhalt, der dem Antrag im Mahnverfahren zugrunde liegt, zu ermitteln, ist es somit angebracht, umgekehrt zu fragen, welche Tatsachen vorliegen müssen, um den geltend gemachten Anspruch zu rechtfertigen. Denn diese Tatsachen würde der Antragsteller auf jeden Fall dann vortragen, wenn er den Anspruch, statt im Mahnverfahren, im Klageverfahren geltend machen würde.

So würde der Antragsteller beispielsweise dann, wenn er einen Anspruch auf Schadensersatz aus einem Beratungsvertrag von einem bestimmten Datum im Mahnverfahren geltend macht, im entsprechenden Fall in einem Klageverfahren zahlreiche weitere Tatsachen vortragen. So würde er in einer Klageschrift wohl den Vertragsschluss (und eventuell auch alle die Tatsachen, die zum Vertragsschluss geführt haben), die Pflichtverletzung, das Verschulden, den Schaden sowie die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden vortragen. In einer Klage wären nach dem oben Dargelegten⁸⁹⁶ alle materiell-rechtlichen Ansprüche, die sich aus diesen vorgetragenen Tatsachen ergeben, von der Verjährungshemmung erfasst. Im Mahnverfahren können diese Umstände hingegen nicht vorgetragen werden, obwohl sie dem geltend gemachten Anspruch im Mahnbescheidsantrag in gleicher Weise zugrunde liegen und so den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt bilden. Demgemäß wären dann alle diejenigen materiell-rechtlichen Ansprüche von der Verjährungshemmung erfasst, die aufgrund dieser Tatsachen bestünden, also von dem Lebenssachverhalt erfasst wären.

Daher tritt mit der Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren auch die Verjährungshemmung für sämtliche materiell-rechtlichen Ansprüche ein, die aus dem Sachverhalt resultieren, der dem bezeichneten Anspruch zugrunde liegt.

Der Mahnverfahrensgegenstand, bestehend aus Antrag und zugrunde liegendem Lebenssachverhalt, kann somit bestimmt werden.

⁸⁹⁵ Da bei der Bezeichnung des Anspruchs für einen bereicherungsrechtlichen Anspruch keine Katalognummer vorgesehen ist, müsste der Anspruch (im Formular „Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids“ in den Zeilen 36 und 37) frei formuliert werden.

⁸⁹⁶ Siehe oben unter C. VII. 2. a).

cc) *Mahnverfahrensgegenstand als Grundlage für die Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung*

Die Heranziehung des Mahnverfahrensgegenstands zur Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung scheitert mithin nicht daran, dass der Mahnverfahrensgegenstand nicht hinreichend deutlich bestimmt werden könnte.

Jedoch ist noch nicht geklärt, ob der Mahnverfahrensgegenstand geeignet ist, den Umfang der Verjährungshemmung zu bestimmen.

Wird der Mahnverfahrensgegenstand zur Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung herangezogen, so ist dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ausreichend Rechnung getragen.⁸⁹⁷ Eine „elastische Anwendung“, wonach der Schuldner sich dann, wenn der Gläubiger den Rechtsweg beschreitet, auf eine Inanspruchnahme aus allen nur irgendwie in Betracht kommenden Rechtsgründen einrichten müsse, soll wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit nicht in Betracht kommen.⁸⁹⁸

Für die Heranziehung des Mahnverfahrensgegenstands zur Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung spricht, dass dadurch die Verjährungshemmung im Mahnverfahren derjenigen bei Klageerhebung gleichgestellt wird. Dies ist deshalb wichtig, weil demjenigen, der statt Klage zu erheben, einen Mahnbescheid beantragt, alleine hieraus kein Nachteil erwachsen soll.⁸⁹⁹

Gegen die Maßgeblichkeit des Mahnverfahrensgegenstands für den Umfang der Verjährungshemmung könnte indes eine mangelnde Erkennbarkeit, der in der Verjährung gehemmten Ansprüche, für den Antragsgegner sprechen. Bei der Klage ist der Streitgegenstand mit Tatsachen „unterlegt“, so dass eine wesentlich höhere Gewähr dafür besteht, dass der Schuldner erkennt, welche konkreten Ansprüche geltend gemacht werden. Auch ist es denkbar, dass der Antragsgegner zur Abwehr anderer materiell-rechtlicher Ansprüche, die ebenfalls vom Mahnverfahrensgegenstand umfasst wären, andere Beweismittel vorhalten muss, so dass

⁸⁹⁷ Maniak, S. 260.

⁸⁹⁸ Maniak, S. 258, 260 unter Darstellung der Gegenauffassung von Spiro, S. 393, 402, 405 ff.

⁸⁹⁹ BGHZ 150, 221, 225: Der BGH betont, dass es eine (oder oder sogar die) Funktion des Mahnverfahrens sei, dem Gläubiger einer Geldforderung einen *einfacheren* und *billigeren* Weg zu einem Vollstreckungstitel zu eröffnen, als dies mit der Klage möglich sei.

auch der Schutz des Schuldners vor Beweisnot gegen die Maßgeblichkeit des Mahnverfahrensgegenstands für den Umfang der Verjährungshemmung spricht.

Allerdings führt die Alternative, bei der auf die Erkennbarkeit und den Vertrauensschutz für den Schuldner abgestellt wird,⁹⁰⁰ nicht zwingend zu einer geringeren Anzahl von Ansprüchen. Insbesondere wenn man an die Erkennbarkeit für den Schuldner geringe Anforderungen stellt und auch Ansprüche aus präjudiziellen Rechtsverhältnissen⁹⁰¹ als vom Umfang der Verjährungshemmung erfasst ansieht, werden auch die Ansprüche, die im Mahnverfahrensgegenstand enthalten sind, erfasst sein.

Letztlich sprechen die Aspekte der Rechtssicherheit und vor allem der Gleichstellung des Mahn- mit dem Klageverfahren⁹⁰² für die Maßgeblichkeit des Mahnverfahrensgegenstands zur Bestimmung des Umfangs der Verjährungshemmung.

Festzuhalten bleibt damit, dass der Umfang der Verjährungshemmung durch den Mahnverfahrensgegenstand bestimmt wird.⁹⁰³

c) Erweiterung der Hemmung durch § 213 BGB

Eine Erweiterung der Verjährungshemmung kann durch § 213 BGB bewirkt werden. Danach gilt die Hemmung der Verjährung auch für die Ansprüche, die aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind.

aa) Anwendbarkeit auf das Mahnverfahren

Das Mahnverfahren ist insoweit mit dem Klageverfahren vergleichbar, so dass § 213 BGB auch auf das Mahnverfahren uneingeschränkt anzuwenden ist.⁹⁰⁴

⁹⁰⁰ Wolf, FS f. Schumann, 579, 585 ff.

⁹⁰¹ Wolf, FS f. Schumann, 579, 591 f.

⁹⁰² Das oben unter C. VII. 2. a) angesprochene Argument aus der Systematik des Gesetzes, wonach § 213 BGB sonst (also beim Abstellen auf den Vertrauensschutz und die Erkennbarkeit für den Schuldner statt auf den Mahnverfahrensgegenstand) überflüssig wäre, gilt hier in gleicher Weise.

⁹⁰³ So auch OLG Karlsruhe, ZIP 2007, 2189, 2190 unter Verweis auf BGH, NJW 1988, 965, 966; Schieman, EWIR 1988, 149, BGH, NJW 1996, 117, 118; BGH, NJW 1988, 965, 966; BGH, NJW 1998, 1303, 1305.

⁹⁰⁴ Lau, S. 191.

Grund hierfür soll sein, dass auch die Zustellung eines Antrags im Mahnverfahren der Klagevorbereitung dient und darauf zielt, einen Streitgegenstand rechtshängig zu machen.⁹⁰⁵ Überdies bezieht sich § 213 BGB auf die Hemmung der Verjährung, ohne nach der Art verjährungshemmenden Maßnahme zu differenzieren.⁹⁰⁶

bb) Erstreckung der Verjährungshemmung vor dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts

Bereits vor dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts⁹⁰⁷ war anerkannt, dass die Verjährungsunterbrechung nach § 209 BGB a.F. nicht nur für die materiell-rechtlichen Ansprüche, die im prozessualen Anspruch enthalten sind, eingreift. Vielmehr war anerkannt, dass über die Regelungen der § 477 Abs. 3 BGB a.F.,⁹⁰⁸ § 639 Abs. 1 BGB a.F.⁹⁰⁹ hinaus, die Verjährung auch für materiell-rechtliche Ansprüche, die nicht im prozessualen Anspruch enthalten sind, unterbrochen wird. Dies sollte dann der Fall sein, wenn die Ansprüche gegen denselben Schuldner gerichtet sind, auf dem gleichen Anspruchsgrund beruhen und der Anspruchsinhalt nicht über das Interesse des geltend gemachten Anspruchs hinausgeht.⁹¹⁰

cc) Übergangsregelung

§ 213 BGB n.F. ist als Verjährungsvorschrift nach Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB auch auf die vor dem 01.01.2002 entstandenen und an diesem Tage noch bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche anwendbar.⁹¹¹

⁹⁰⁵ Lau, S. 190.

⁹⁰⁶ Palandt/Ellenberger, § 213 Rn. 1.

⁹⁰⁷ D.h. vor dem 01.01.2002.

⁹⁰⁸ BGB in der Fassung bis 31.12.2001.

⁹⁰⁹ BGB in der Fassung bis 31.12.2001.

⁹¹⁰ Henckel, NJW 1962, 335, 338, 339.

⁹¹¹ Lau, S. 201.

dd) Anwendung des § 213 BGB auf die im Mahnverfahren geltend gemachten Ansprüche aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds

(a) Gegen denselben Schuldner

Nach § 213 BGB erstreckt sich die Verjährungshemmung nur auf solche materiell-rechtlichen Ansprüche, die gegen denselben Schuldner gerichtet sind wie die materiell-rechtlichen Ansprüche, deren Verjährung gehemmt wurde.

Bei der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds kommt § 213 BGB nur bei der Verjährungshemmung gegenüber den finanzierenden Banken ein eigenständiger Regelungsgehalt zu. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen Vermittler sowie Gründer, Initiatoren und Gestalter des Fonds stehen Schadensersatzansprüche im Vordergrund.⁹¹² Diese sind – selbst wenn es hierfür mehrere materiell-rechtliche Anspruchsgrundlagen gibt⁹¹³ – regelmäßig vom Streitgegenstand oder Mahnverfahrensgegenstand im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 BGB erfasst. Eine Erstreckung der Verjährung auf materiell-rechtliche Ansprüche, die außerhalb des prozessualen Anspruchs liegen, spielt daher kaum eine Rolle. Anders ist dies bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds gegenüber der in die Finanzierung eingebundenen Bank. Hier können verschiedene Arten von Ansprüchen in Betracht kommen.⁹¹⁴ Diese sind nicht vom Streitgegenstand⁹¹⁵ und damit auch nicht vom Mahnverfahrensgegenstand erfasst. Jedoch kann eine Erstreckung der Verjährungshemmung für einen dieser gegen die finanzierende Bank gerichteten materiell-rechtlichen Ansprüche, die außerhalb des prozessualen Anspruchs liegen, über § 213 BGB erfolgen.

(b) „Aus demselben Grunde“

Eine Erstreckung der Verjährungshemmung kommt nur auf solche Ansprüche in Betracht, die aus demselben Grunde herrühren, wie der Anspruch, für den die Verjährung bereits gehemmt wurde.

⁹¹² Siehe oben unter B. I.

⁹¹³ Zum Beispiel oben unter B. I. 1. b).

⁹¹⁴ Siehe oben unter B. I. 3. und B. II.

⁹¹⁵ Siehe oben unter C. VII. 2. a).

Macht der Anleger gegenüber der Bank einen Anspruch geltend, der wirtschaftlich auf die Rückabwicklung des erworbenen Fondsanteils gerichtet ist, so stellt sich die Frage, inwieweit der geltend gemachte Anspruch aus demselben Grunde herrührt, wie andere gegen die finanzierende Bank gerichtete Ansprüche.

Das Merkmal „aus demselben Grunde“ ist Tatbestandsmerkmal des § 213 BGB⁹¹⁶ und ist nicht mit dem Begriff „desselben wirtschaftlichen Interesses“ gleichzusetzen.⁹¹⁷ Überdies betrifft der Begriff „desselben wirtschaftlichen Interesses“ die Rechtsfolgende.⁹¹⁸ Entscheidend ist, dass die Ansprüche aus demselben gemeinsamen tatsächlichen Sachverhalt heraus entstanden sind.⁹¹⁹ Die anspruchsbegründenden Sachverhalte müssen nicht notwendigerweise vollumfänglich identisch sein.⁹²⁰ Es ist ausreichend, dass die anspruchsbegründenden Sachverhalte in ihren wesentlichen Elementen übereinstimmen, also einen im Kern identischen Entstehungsgrund haben.⁹²¹

Beispielhaft wird erörtert, dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und der Anspruch auf Rückübertragung nach Rücktritt vom Vertrag einen im Kern identischen Entstehungsgrund hätten.⁹²² Ebenso soll der Anspruch auf Zahlung des Mietzinses „aus demselben Grunde“ herrühren wie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung der Mietsache.⁹²³ Jedoch sollen auch Ansprüche, die vollkommen unterschiedlichen Leistungsbeziehungen entspringen, „aus demselben Grunde“ herrühren können.⁹²⁴

Bei dem Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds wird meist eine Vielzahl von Verträgen geschlossen.⁹²⁵ Deshalb könnte man sowohl einen möglicherweise bestehenden Beratungsvertrag mit der Bank, als auch den späteren Darlehensvertrag mit der Bank sowie einen durch Vermittlung der Bank geschlos-

⁹¹⁶ Lau, S. 123, unter Verweis auf Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, § 213 Rn. 3.

⁹¹⁷ Lau, S. 123, zustimmend zu: Staudinger/Peters, BGB, § 213 Rn. 5.

⁹¹⁸ Lau, S. 123.

⁹¹⁹ Lau, S. 125.

⁹²⁰ Lau, S. 125.

⁹²¹ Lau, S. 125, unter Verweis auf Palandt/Heinrichs § 213 BGB Rn. 2, jetzt Palandt/Ellenberger § 213 BGB Rn. 2 und Soergel/Niederführ, BGB, § 213 Rn. 5.

⁹²² Lau, S. 124.

⁹²³ Lau, S. 127.

⁹²⁴ Lau, S. 127.

⁹²⁵ Siehe oben unter B. II. 1 a) und B. II. 1 b) sowie B. II. 3 a) und B. II. 3 b).

senen Beitrittsvertrag zu einem geschlossenen Immobilienfonds jeweils als voneinander unabhängig ansehen.

Hingegen sind die Verträge nicht losgelöst voneinander denkbar. Der Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds wird in aller Regel durch ein „Bündel von Verträgen“ begleitet, das zwar aus einzelnen Verträgen besteht, die aber untereinander und aufeinander abgestimmt sind. Erst in ihrem Zusammenwirken als „Konstruktion“ von Verträgen können sie die von vornherein geplante Wirkung entfalten. Der Abschluss der Verträge beruht auf einem einheitlichen Willensentschluss des Anlegers.

In diesem einheitlichen Willensentschluss des Anlegers und im Abschluss von aufeinander abgestimmten Verträgen liegen der einheitliche Lebenssachverhalt und der für die Ansprüche im Kern identische Entstehungsgrund.

Soweit ein Anspruch aus Bereicherungsrecht, etwa wegen Nichtigkeit des Darlehensvertrags aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB⁹²⁶ oder ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB⁹²⁷ geltend gemacht wird, liegt somit ein im Kern identischer Entstehungsgrund der jeweiligen Ansprüche vor. Auch der Rückgewähranspruch gemäß §§ 346, 357 BGB nach erfolgtem Widerruf wurzelt in den aufeinander abgestimmten Verträgen und in der überwiegenden Zahl der Fälle auch im einheitlichen, auf ein Gesamtziel ausgerichteten Willensentschluss des Anlegers.

Die Vertragskonstruktion aus Beitritts- und Darlehensvertrag führt dazu, dass die bereicherungsrechtlichen Ansprüche und der Rückgewähranspruch nach §§ 346, 357 BGB „aus demselben Grunde“ im Sinne des § 213 BGB herrühren.

Nicht ganz so deutlich wie bei den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen und dem Rückgewähranspruch nach §§ 346, 357 BGB, erscheint die Entstehung „aus demselben Grunde“ bei einem Schadensersatzanspruch des Anlegers gegen die Bank. Denn während die zuerst genannten Ansprüche von dem einheitlichen Willensentschluss des Anlegers gleichsam „ausgehen“ und die aufeinander abgestimmten Willenserklärungen des Anlegers einen gemeinsamen tatsächlichen

⁹²⁶ Siehe oben unter B. II. 1.

⁹²⁷ Siehe oben unter B. II. 2.

Sachverhalt bilden, ist etwa der Schadensersatzanspruch, der aus der Verletzung einer Aufklärungspflicht der Bank gegenüber dem Anleger herrührt, den als gemeinsamen Sachverhalt erkannten Willenserklärungen noch vorgelagert. Erst wenn die Bank fehlerhaft aufgeklärt hat oder einen ihr bekannten negativen Umstand zu Fondsanlage gegenüber dem Anleger verschwiegen hat, gibt der Anleger die auf den Fondsbeitritt und die Finanzierung gerichteten Willenserklärungen ab.

Andererseits tritt der Schaden, der Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist, erst dadurch ein, dass der Anleger den Darlehensvertrag abschließt oder dem geschlossenen Immobilienfonds beiträgt.⁹²⁸ Der Sachverhalt, der dem Schadensersatzanspruch zugrunde liegt, ist insoweit mit dem Sachverhalt, der den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen und dem Rückgewähranspruch nach §§ 346, 357 BGB zugrunde liegt, nur teilweise identisch.

Jedoch ist eine vollumfängliche Identität der anspruchsbegründenden Sachverhalte nicht notwendig, um die Ansprüche als „aus demselben Grunde“ i.S.d. § 213 BGB herrührend anzusehen.⁹²⁹ Auch dann, wenn man auf die der Verjährung zugrunde liegenden Zwecke, wie den Schutz des Schuldners vor Beweisnot und der Erkennbarkeit für den Schuldner abstellt, wird man die Frage, ob die Schadensersatzansprüche aus demselben Grunde wie die bereicherungsrechtlichen Ansprüche und der Rückgewähranspruch nach §§ 346, 357 BGB stammen, bejahen müssen. Denn es ist kaum vorstellbar, dass die Bank, die sich Schadensersatzansprüchen wegen der Falschberatung bei dem Erwerb von geschlossenen Immobilienfonds ausgesetzt sieht, davon ausgeht, dass der Anleger mögliche Ansprüche aus Bereicherungsrecht oder solche, die sich nach einem Widerruf seiner Willenserklärungen ergeben, nicht geltend machen wird. Auch werden die Beweismittel wie Unterlagen und Zeugen, derer sich die Bank zur Abwehr der Schadensersatzansprüche bedient, mit denen identisch sein, welche die Bank zur Abwehr der übrigen Ansprüche sichert.

Somit beruhen die bereicherungsrechtlichen Ansprüche gegen die Bank, der Rückgewähranspruch nach §§ 346, 357 BGB gegen die Bank und ein möglicher Schadensersatzanspruch gegen die Bank auf einem im Kern identischen Entste-

⁹²⁸ Siehe oben unter B. I. 5 a).

⁹²⁹ Lau, S. 125.

hungsgrund und einem gemeinsamen anspruchsbegründenden Sachverhalt. Sie rühren somit „aus demselben Grunde“ her.

(c) „Wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle“

Schließlich ist für die Erstreckung der Verjährungshemmung weiter notwendig, dass der Schuldner den Anspruch, auf den sich die Verjährungshemmung nach § 213 BGB erstrecken soll, neben dem geltend gemachten Anspruch oder an seiner Stelle geltend machen kann.

Macht der Anleger gegenüber der den Fondsbeitritt finanzierenden Bank einen bestimmten materiell-rechtlichen Anspruch geltend, so stellt sich die Frage, ob die übrigen materiell-rechtlichen Ansprüche wahlweise neben diesem Anspruch oder an seiner Stelle geltend gemacht werden können. Denn nur dann kann die Erstreckung der Verjährungshemmung nach § 213 BGB eintreten.

Für das dritte Tatbestandsmerkmal des § 213 BGB gibt es zwei Tatbestandsalternativen.⁹³⁰ Mit den Ansprüchen, die wahlweise neben dem Anspruch, für den die Verjährung gehemmt ist oder an seiner Stelle geltend gemacht werden, ist stets der materiell-rechtliche Anspruch gemeint.⁹³¹ Die Erstreckung der Verjährungshemmung kann auch zwischen unterschiedlichen Inhalten eines materiell-rechtlichen Anspruchs erfolgen,⁹³² beispielsweise zwischen dem Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit und dem Anspruch auf Erstattung der geleisteten Zahlung.⁹³³

Der zweiten Tatbestandsalternative, dass ein Anspruch an Stelle des geltend gemachten Anspruchs geltend gemacht wird, dürfte bei den Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds keine wesentliche Bedeutung zukommen.⁹³⁴

⁹³⁰ Lau, S. 127, S. 223.

⁹³¹ Lau, S. 128.

⁹³² Lau, S. 133.

⁹³³ Lau, S. 132.

⁹³⁴ Zu den Gründen, weshalb der Übergang von dem Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit zu dem Anspruch auf Erstattung der geleisteten Zahlung kaum relevant wird: Siehe oben unter C. III. 2. a) aa) (a). Da das Widerrufsrecht keinen Anspruch darstellt und somit nicht der Verjährung nach § 194 Abs. 1 BGB unterliegen kann, treten auch die Ansprüche nach Widerruf nicht im Sinne von § 213 BGB „an die Stelle“ des Widerrufsrechts.

Somit bleibt zu untersuchen, ob bei Geltendmachung eines Anspruchs gegen die finanzierende Bank im Mahnverfahren die übrigen Ansprüche „wahlweise neben dem Anspruch“ geltend gemacht werden können. Nach dem Wortlaut des § 213 BGB ist keine Einschränkung des „Nebeneinander“ der Ansprüche gegeben.⁹³⁵ Dennoch soll der zu weite Wortlaut des § 213 BGB eingeschränkt werden.⁹³⁶ Es sollen nur die Ansprüche erfasst sein, die nicht gleichrangig nebeneinander geltend gemacht werden können, die sich also gegenseitig ausschließen.⁹³⁷ Nur die Ansprüche, die der Anspruchsteller nur gestuft im Verhältnis von Hauptantrag zu Hilfsantrag geltend machen kann, sollen erfasst sein.⁹³⁸ Dahinter steht die Intention des Gesetzgebers, dass der Gläubiger davor geschützt werden muss, dass während der Verfolgung der Ansprüche andere Ansprüche, die auf das gleiche Interesse gerichtet sind, verjähren.⁹³⁹ Nach Auffassung des Gesetzgebers ist der Schuldner in diesem Fall nicht schutzwürdig, da er durch die Geltendmachung des ersten Anspruchs hinreichend gewarnt ist.⁹⁴⁰

Beruft sich der Anleger auf den wirksamen Widerruf der Willenserklärung, die zum Darlehensvertrag geführt hat,⁹⁴¹ so stützt er sein Begehren (zunächst) nicht auf die Geltendmachung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen, die beispielsweise wegen Nichtigkeit der Vollmacht bestehen können.⁹⁴² Stellt sich später beispielsweise heraus, dass ein Widerruf etwa wegen ordnungsgemäßer Belehrung nicht in Betracht kommt, so werden die bereicherungsrechtlichen Ansprüche dann relevant. Ebenso stellt sich die Situation für den Anleger dar, wenn er sein Begehren (zunächst) auf einen Schadensersatzanspruch gegenüber der finanzierenden Bank stützt. Insoweit stützt er sein Begehren (noch) nicht auf mögliche Ansprüche nach erfolgtem Widerruf oder auf bereicherungsrechtliche Ansprüche. Wollte er bereits sein Begehren auch auf diese Ansprüche stützen, so könnte er dies allenfalls im Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag tun.

Die Ansprüche können also nicht gleichrangig nebeneinander geltend gemacht werden. Somit bestehen die Ansprüche, die der Anleger bei der Rückabwicklung

⁹³⁵ Lau, S. 134.

⁹³⁶ Lau, S. 134.

⁹³⁷ Lau, S. 134.

⁹³⁸ Lau, S. 134.

⁹³⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 121.

⁹⁴⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 121.

⁹⁴¹ Siehe oben unter B. II. 3. a).

⁹⁴² Siehe oben unter B. II. 1. a).

des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds gegenüber der finanzierenden Bank geltend machen kann, wahlweise nebeneinander im Sinne des § 213 BGB.

ee) Zwischenergebnis zur Anwendung des § 213 BGB

Wird bei der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds gegenüber der finanzierenden Bank ein Anspruch im Mahnverfahren geltend gemacht und dadurch die Verjährung gehemmt, so wirkt die Verjährungshemmung nach § 213 BGB auch für die übrigen noch bestehenden Ansprüche, da diese aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch gegeben sind.

ff) Der Umfang der Verjährungshemmung bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Beitritts zu geschlossenen Immobilienfonds im Licht der Rechtsprechung

Über den Umfang der Verjährungshemmung durch Mahnbescheid bei der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an einem geschlossenen Immobilienfonds hatte auch das OLG Karlsruhe in seinem Urteil vom 17.04.2007⁹⁴³ zu entscheiden. Im – insoweit fast beispielhaften – zugrunde liegenden Sachverhalt,⁹⁴⁴ trat die Klägerin in den neunziger Jahren einem geschlossenen Immobilienfonds bei, der in den neuen Bundesländern investieren sollte. Die Vollmacht für die Geschäftsbesorgerin war unwirksam. Der von der Geschäftsbesorgerin abgeschlossene Darlehensvertrag mit der finanzierenden Sparkasse war nichtig. Der Klägerin standen insoweit gegen die beklagte Sparkasse bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche zu. Mit ihrem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids begehrte die Klägerin „Schadensersatz wegen Beratungsverschulden Immobilienfonds Nr. 3 C. KD: 495 vom 21.10.1994“ von der finanzierenden Sparkasse. Das OLG Karlsruhe⁹⁴⁵ gelangt über die Auslegung des Mahnverfahrensantrags zu dem Ergebnis, dass der Antrag den prozessualen Anspruch mit allen materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen, die das Zahlungsbegehren zu begründen vermögen, erfasst hat.⁹⁴⁶ Der Anspruchsgrund „Schadensersatz wegen

⁹⁴³ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572.

⁹⁴⁴ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572.

⁹⁴⁵ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572.

⁹⁴⁶ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572, 573.

Beratungsverschuldens“ soll also auch die im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer Immobilienfondsgesellschaft stehenden Rückabwicklungsansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung erfassen.⁹⁴⁷

Der BGH hat in der Folgeentscheidung vom 23.09.2008⁹⁴⁸ die Entscheidung des OLG Karlsruhe aufgehoben und entschieden, dass der Mahnbescheidsantrag der Klägerin nicht dahingehend auszulegen sei, dass auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung davon erfasst seien.⁹⁴⁹ In der Folge hat er eine Verjährungshemmung für diese Ansprüche abgelehnt.

Möglicherweise war die Auslegung des Mahnbescheidsantrags so vorzunehmen wie der BGH⁹⁵⁰ dies getan hat. Allerdings war auch nach Ansicht des BGH der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids hinreichend individualisiert, um die Verjährung für den Schadensersatzanspruch zu hemmen. Dann hätte aber die Überlegung angestellt werden müssen, ob die Verjährungshemmung des Schadensersatzanspruchs über § 213 BGB auch für den bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch hätte gelten müssen.⁹⁵¹ In den beiden Entscheidungen zeigt sich deutlich, dass bei dem Antrag „Schadensersatz wegen Beratungsverschulden Immobilienfonds Nr. 3 C. KD: 495 vom 21.10.1994“ kein Problem der Individualisierung vorliegt. Der Schadensersatzanspruch ist – wie OLG Karlsruhe⁹⁵² und BGH⁹⁵³ auch betonen – hinreichend individualisiert. Vielmehr liegt das Problem beim Umfang der Verjährungshemmung. Denn fraglich ist alleine, wie weit die erfolgreiche Verjährungshemmung reicht.

Nach dem eben⁹⁵⁴ Dargelegten erstreckt sich die Verjährungshemmung für den Schadensersatzanspruch wegen Beratungsverschulden nach § 213 BGB auch auf den bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch. Somit wäre der

⁹⁴⁷ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572.

⁹⁴⁸ BGH, WM 2008, 2158.

⁹⁴⁹ BGH, WM 2008, 2158, 2160 Rn. 21.

⁹⁵⁰ BGH, WM 2008, 2158, 2160 Rn. 21.

⁹⁵¹ § 213 BGB ist auch anwendbar, siehe oben unter C. VII. 2 c) cc)

⁹⁵² OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572.

⁹⁵³ BGH, WM 2008, 2158.

⁹⁵⁴ Siehe oben unter C. VII. 2. c) insbesondere ee).

Entscheidung des OLG Karlsruhe⁹⁵⁵ im Ergebnis – jedoch mit einer anderen Begründung – zuzustimmen.⁹⁵⁶

d) Zwischenergebnis zur Verjährungshemmung

Für die Verjährungshemmung durch die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren ist der Streitgegenstand bzw. der Mahnverfahrensgegenstand maßgeblich. Eine Erweiterung der Hemmung kann nach § 213 BGB erfolgen. Macht der Anleger bei der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds gegenüber der finanzierenden Bank im Mahnverfahren einen Anspruch geltend, so wirkt die Erstreckung der Verjährungshemmung über § 213 BGB auch für die übrigen Ansprüche.

VIII. Personenmehrheiten

Bei Ansprüchen aus der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds sind – wie oben gesehen⁹⁵⁷ – häufig eine Vielzahl von Personen beteiligt.

Werden im Mahnverfahren Ansprüche gegen mehrere Antragsgegner geltend gemacht, so sind die eingereichten Anträge als ein Verfahren zu behandeln⁹⁵⁸ und demgemäß im Register auch unter einer Nummer zu erfassen.⁹⁵⁹ Dabei ist bei nicht maschineller Bearbeitung des Mahnverfahrens für jeden Antragsgegner ein eigener Vordrucksatz auszufüllen, wobei die Gesamtzahl der Vordrucke anzugeben ist.⁹⁶⁰ Bei maschineller Bearbeitung des Mahnverfahrens ist hingegen nur ein einziger Vordrucksatz zu verwenden. Reicht der Platz für die Anzahl der Antragsgegner nicht aus, so sind diese auf einem Beiblatt aufzuführen.⁹⁶¹

⁹⁵⁵ OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 572.

⁹⁵⁶ Die gleiche Ansicht, wie das OLG Karlsruhe vertritt auch: Palandt/Ellenberger, § 204 Rn. 18, der die abweichende Entscheidung des BGH, WM 2008, 2158, nicht erwähnt.

⁹⁵⁷ Siehe oben unter B. I. 1. bis 3.

⁹⁵⁸ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 43.

⁹⁵⁹ MünchKommZPO/Holch, 2. Auflage, § 690 Rn. 43; BGH, NJW-RR 1998, 1080.

⁹⁶⁰ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 30.

⁹⁶¹ MünchKommZPO/Schüler, § 690 Rn. 31.

Bei der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds stellt der Anleger bzw. dessen Rechtsanwalt mit der Auswahl der Personen gegen die er einen zusammengefassten Mahnbescheid beantragen will, bereits die Weichen für das weitere Verfahren. Da sich die finanzierende Bank mit der größten Wahrscheinlichkeit gegen den Mahnbescheid wenden wird, kann es sinnvoll sein in das Mahnverfahren gegen die finanzierende Bank keine weiteren Beteiligten hinein zu nehmen.

Hat die finanzierende Bank hingegen mit einem Vermittler zusammen gearbeitet, so kann es zweckmäßig sein, das Mahnverfahren gegen beide einzuleiten. Dies kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn – nach dem zur Verjährungshemmung eingesetzten Mahnverfahren – im streitigen Verfahren der Prozessstoff bei einem Vorgehen gegen einen einzelnen Beteiligten wahrscheinlich größere Lücken aufweisen wird. Im Übrigen kann so eine Bindung der Beteiligten an die Prozessergebnisse erreicht werden. Es taucht also insbesondere das Problem nicht auf, dass die finanzierende Bank in einem isolierten Prozess die Haustürsituation, die im Verhältnis zum Vermittler unstrittig ist, mit Nichtwissen bestreitet. Überdies ist der Vermittler als Zeuge ausgeschaltet.

Ein zusammengefasster Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids kann ebenso gegen die Gründer, Initiatoren und Gestalter des Fonds sinnvoll sein. Hier ist wegen der schon erwähnten Vollstreckungsproblematik⁹⁶² die Chance am größten, dass der Mahnbescheid über das Mittel der Verjährungshemmung hinaus zu einem Vollstreckungstitel führen kann. Eine Einbindung des Vermittlers oder gar der finanzierenden Bank empfiehlt sich daher nicht.

Legt einer von mehreren Antragsgegnern keinen Widerspruch ein, so kann gegen ihn ein Vollstreckungsbescheid beantragt werden.

Legen mehrere Antragsgegner Widerspruch ein und haben diese unterschiedliche Gerichtsstände, so wird das Verfahren in mehrere selbständige Prozesse aufgespalten.⁹⁶³ Die Verfahren können aber gemäß § 36 Abs.1 Nr. 3 ZPO wieder verbunden werden.⁹⁶⁴ Eine solche Zuständigkeitsbestimmung kommt aber dann nicht in Betracht, wenn für alle Antragsgegner ein gemeinschaftlicher besonderer

⁹⁶² Siehe oben unter B. I. 2. e).

⁹⁶³ MünchKommZPO/Schüler, § 696 Rn. 10.

⁹⁶⁴ MünchKommZPO/Schüler, § 696 Rn. 11.

Gerichtsstand besteht und der Antragsteller diesen hätte wählen können.⁹⁶⁵ Ist der Rechtsstreit für alle Antragsgegner an dasselbe Gericht abzugeben und liegen die Voraussetzungen gleichzeitig vor, so wird im maschinellen Verfahren eine einheitliche Abgabeverfügung getroffen.⁹⁶⁶ Selbst wenn der Übergang ins streitige Verfahren durch zeitlich getrennte Widersprüche oder gar durch Widerspruch bei einem Gesamtschuldner und durch Einspruch (gegen den Vollstreckungsbescheid) bei einem anderen Gesamtschuldner erfolgt, so wird die Einheit des Verfahrens nicht berührt.⁹⁶⁷

Tendenziell dauern Verfahren mit mehreren Beteiligten länger. Daher sollte der Anleger darauf achten, dass er insbesondere in dem Verfahren gegen die finanzierende Bank nicht gegen zu viele weitere Personen vorgeht. Besonders Vergleichsverhandlungen werden in einem Verfahren mit mehreren Anspruchsgegnern schwieriger.

Eine Nebenintervention ist bereits im Mahnverfahren möglich.⁹⁶⁸ Mit einem solchen Beitritt wird aber in aller Regel bei der Rückabwicklung des Erwerbs von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds nicht zu rechnen sein.

Ebenso ist im Mahnverfahren eine Streitverkündung möglich.⁹⁶⁹ Diese Fallkonstellation könnte insbesondere dann eintreten, wenn gegen den Vermittler der Anlage oder die finanzierende Bank isoliert vorgegangen wird. Der Anspruchsgegner in dem jeweiligen Verfahren dürfte ein Interesse daran haben, dass er sich durch die Einbeziehung des jeweils anderen am Fondserwerb Beteiligten für den Fall der Verurteilung eine Regressmöglichkeit sichert.

⁹⁶⁵ MünchKommZPO/Schüler, § 696 Rn. 41. Es darf also insbesondere kein ausschließlicher Gerichtsstand an einem anderen Ort bestehen.

⁹⁶⁶ MünchKommZPO/Schüler, § 696 Rn. 12.

⁹⁶⁷ BGH, NJW-RR 1998, 1080.

⁹⁶⁸ BGH, NJW 2006, 773 Rn. 7 m.w.N; Zöllner/Vollkommer, ZPO, § 66 Rn. 2.

⁹⁶⁹ Seggewiße, NJW 2006, 3037, 3038 unter Verweis auf MünchKommZPO/Schilken, 2. Auflage, § 72 Rn. 2, jetzt MünchKommZPO/Schultes § 72 Rn. 2; Zöllner/Vollkommer, ZPO, § 66 Rn. 2, § 72 Rn. 3.

D.Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassende Überlegungen für das Tätigwerden des Rechtsanwalts

Wird der Rechtsanwalt von einem Anleger wegen dessen Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds mandatiert, muss er sich durch die Verkürzung der Verjährungsfristen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in noch stärkerem Umfang als früher mit dem Problem der Verjährung von Ansprüchen auseinandersetzen. Dabei ist es für den Rechtsanwalt besonders wichtig, den Sachverhalt genau aufzunehmen. Hierbei sollte der Sachverhalt im Hinblick auf die typischerweise beim Erwerb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds vorhandenen rechtlichen Problemfelder beim Mandanten ermittelt werden. Wenn der Mandant nicht bereits von sich darauf zu sprechen kommt, sind Nachfragen zu den Themen Haustürgeschäft, Widerrufsbelehrungen, Ausgestaltung des Darlehensvertrags, Kenntnisse des Mandanten über die konkrete Anlageform und die Aufklärung über die damit verbundenen Risiken geboten. Aus den gewonnenen Informationen muss sich der Rechtsanwalt möglichst schnell ein Bild von den am Fondserwerb Beteiligten und den Beziehungen dieser untereinander machen. Sodann ist es wichtig, dass sich der Rechtsanwalt einen Überblick über die möglichen Beweismittel verschafft.

Falls die Verjährungsvorschriften dem Rechtsanwalt noch Zeit lassen, sollte er an die möglichen Anspruchsgegner ein Anspruchsschreiben fertigen. Hierin sollte eine Aufforderung zur Leistung mit Fristsetzung enthalten sein. Weiter kann in diesem Schreiben – schon im Hinblick auf die Erkennbarkeit der Ansprüche im Rahmen der Individualisierung im Mahnbescheid – eine Sachverhaltsschilderung enthalten sein. Ist beabsichtigt, im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids auf dieses Anspruchsschreiben Bezug zu nehmen, so muss zwingend darauf geachtet werden, dass der Zugangsnachweis geführt werden kann.

Beim Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids muss der Rechtsanwalt den Anspruchsgrund sauber und treffend formulieren. Sollten vom Mahngericht Rückfragen kommen oder Monierungsschreiben eintreffen, so sind diese so schnell wie möglich abzuarbeiten. Sollte die Nachricht über die Zustellung des Mahnbescheids nicht kurzfristig beim antragstellenden Rechtsanwalt eintreffen, so kann sich eine Rückfrage beim Mahngericht anbieten.

Nach der Zustellung des Mahnbescheids muss der Rechtsanwalt die Überlegung anstellen, ob im Falle des Widerspruchs die Kosten für das weitere Verfahren gezahlt werden sollen; ob also für diesen Fall die Durchführung des streitigen Verfahrens beantragt werden soll. Falls es sich bei dem Anspruchsgegner nicht um die finanzierende Bank oder Sparkasse handelt, kann es notwendig sein, die Vermögenssituation des Anspruchsgegners zu ermitteln. Dies sollte nicht in erster Linie für eine spätere Vollstreckung erfolgen, sondern vor allem deshalb, um beurteilen zu können, ob es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvoll ist, das Verfahren weiter zu betreiben.

Schließlich – und das ist bereits im ersten Gespräch mit dem Mandanten geboten – muss der Rechtsanwalt den Mandanten auf die Risiken des beabsichtigten Vorgehens oder auch des Nicht-Handelns hinweisen. Dazu gehört nicht nur der Hinweis auf die möglicherweise bestehenden Unsicherheiten was die Beweisbarkeit des Sachverhalts anbelangt. Es ist auch ein Hinweis auf die in jeder Prozessführung liegenden Risiken und – bei den geschlossenen Immobilienfonds besonders – auch ein Hinweis auf einen möglichen Wandel in der Rechtsprechung angebracht. Diese Aufklärung des Mandanten ist schon deshalb notwendig und angebracht, um sich als Rechtsanwalt nicht dem gleichen Vorwurf mangelnder Aufklärung auszusetzen, der gerade den Vermittlern und finanzierenden Banken entgegengehalten werden soll.

II. Ausblick

Geldanlagen in Fonds waren schon häufiger problematisch. Früher standen die Schiffsfonds stärker im Fokus. In den neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts kam, verbunden mit einem Bau- und Modernisierungsboom nach der Wiedervereinigung Deutschlands, die Anlage in Immobilien und Immobilienfonds in Mode. Dabei war neu, dass durch die Verbindung mit Finanzierungsmodellen eine breite Öffentlichkeit, die nicht ohne weiteres über die Mittel zur Immobilienanlage verfügte, angesprochen werden konnte. Die Kombination von Anlage in Immobilienfonds und Finanzierung brachte eine Vielzahl von neuen juristischen Problemen mit sich.

Als neuer „Anlagetrend“ zeichnet sich die Investition in Fonds ab, die in erneuerbare Energien – wie Biogasanlagen, Solaranlagen oder Windkraftanlagen – investieren. Dort findet sich eine den Immobilien vergleichbare Investitionssituation.

So sind beispielsweise Windkraftanlagen besonders effektiv, wenn sie vor der Küste installiert sind, weil dort ein stetiger Wind herrscht. Die Errichtung einer einzelnen Windanlage im Meer überfordert die finanziellen (und auch organisatorischen) Möglichkeiten des Einzelnen bei weitem. Deshalb wird auch hier die Bündelung zahlreicher Investitionswünsche in Form eines Fonds vorgenommen. Die dem Fonds zugrunde liegende juristische Konstruktion ist insofern mit der bei geschlossenen Immobilienfonds vergleichbar. Als Verkaufsargument kommt hier neben der Werthaltigkeit auch die Nachhaltigkeit in Betracht. Hier richtet sich die „Verkaufsförderung“ insbesondere an Anleger mit einem ausgeprägten ökologischen Bewusstsein. Steuerlich locken nicht die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, sondern Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Als steuerlich „besonders interessant“ dürfte die degressive AfA⁹⁷⁰ und die Sonderabschreibung in den ersten Jahren empfunden werden.⁹⁷¹

Die ersten Urteile – auch des BGH⁹⁷² – zu Haftungsfragen beim Erwerb von Anteilen an geschlossenen Fonds, die Windparks bauen und betreiben, sind bereits ergangen. In gewisser Weise spiegelt sich in den Anlageobjekten das, was die Gesellschaft als sinnvoll und nützlich erachtet und akzeptiert. Das ist möglicherweise das Tückische daran. Denn den Vermittlern sind somit immer gute Argumente zum Vertrieb an die Hand gegeben. Deshalb ist zu raten, vor einer Geldanlage das Anlagekonzept genau zu überprüfen. Wird für eine kreditfinanzierte Investition geworben, ist eine nochmals genauere Überprüfung erforderlich.

Das Thema geschlossene Fonds wird auch weiterhin die Gerichte beschäftigen und ein Betätigungsfeld für zahlreiche Rechtsanwälte eröffnen. Für diese werden sich die Probleme der Verjährungshemmung in gleicher Weise neu stellen. Wenn es gelungen ist, durch diese Arbeit das Problembewusstsein zu schärfen und mögliche Lösungswege aufzuzeigen, hat die Arbeit ihr Ziel erreicht.

⁹⁷⁰ Absetzung für Abnutzung, § 7 EStG.

⁹⁷¹ Nach einem Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts vom 16.09.2009 kann für Windkraftanlagen, bei denen es sich um bewegliche Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens handelt (Betriebsvorrichtungen, BMF Schreiben vom 15. März 2006, BStBl I 2006, 314 Tz. 2.4), eine degressive Abschreibung gemäß § 7 Abs. 2 EStG sowie die Sonderabschreibung gemäß § 7g Abs. 1 EStG in Anspruch genommen werden, FG Niedersachsen, BeckRS 2009 26028074.

⁹⁷² Etwa BGH, DStR 2004, 696; BGH, NJW-RR 2008, 1119; BGH, DStR 2008, 1196; BGH, WM 2009, 739.

Schrifttumsverzeichnis

- Arendts, Martin Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, München 1998,
zit.: Arendts, nach Seite.
- Artz, Markus /
Balzer, Peter Verbrauchercredite, insbesondere für Immobilienanlagen; Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz – Bericht über den Bankrechtstag am 1. Juli 2005 in Hamburg – WM 2005, 1451 ff,
zit.: Artz/Balzer, WM 2005, nach Seite.
- Assmann, Heinz-Dieter /
Schütze, Rolf A. (Hrsg.) Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Auflage, München 2007,
zit.: Assmann/Schütze, nach § und Rn.
- Assmann, Heinz-Dieter/
Wagner, Klaus-R. Die Verjährung so genannter Altansprüche der Erwerber von Anlagen des freien Kapitalanlagemarkts, NJW 2005, 3169 ff,
zit.: Assmann/Wagner, NJW 2005, nach Seite.
- Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Gesamtsachverzeichnis, §§ 1-610, 2. Auflage, München 2007,
zit.: Bamberger/Roth/Bearbeiter nach § und Rn.
- Baumbach, Adolf /
Hopt, Klaus J. Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 33. Auflage, München 2008,
zit.: Baumbach/Bearbeiter, HGB oder BörsG, nach § und Rn.

- Baumbach, Adolf /
Hartmann, Peter u.a. Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 68. Auflage, München 2010,
zit.: Baumbach/Hartmann, ZPO, nach § und Rn.
- Bleckmann, Albert Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Auflage, Köln 1997,
zit.: Bleckmann, Europarecht, nach Rn.
- Borgmann, Brigitte Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshaftungsrecht in der Zeit von Mitte 2002 bis Ende 2004, NJW 2005, 22 ff,
zit.: Borgmann, NJW 2005, nach Seite.
- Bruß, Jochen Lateinische Rechtsbegriffe, Freiburg i. Br., Berlin, München 1999,
zit.: Bruß, nach Seite.
- Bultmann, Stephan J. Viele Ansprüche sind noch nicht verjährt, Berliner Zeitung, Ausgabe vom 30.04.2005, Seite W01,
zit.: Bultmann, „Viele Ansprüche sind noch nicht verjährt“, Berliner Zeitung, 30.04.2005,
- Crevecœur, Dieter Das Mahnverfahren nach der Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 1320 ff,
zit.: Crevecœur, NJW 1977, nach Seite.
- Derleder, Peter Anwendbarkeit der Haustürwiderrufsrichtlinie bei Verträgen über Immobilien – Crailsheimer Volksbank eG ./.
Conrads pp., BKR 2005, 441 ff,
zit.: Derleder, BKR 2005, nach Seite.
- Derleder, Peter „Schrottimmobilien“-Aufarbeitung in Karlsruhe – Das Ende eines Schismas, NZM 2006, 449 ff,
zit.: Derleder, NZM 2006, nach Seite.

-
- Ebert, Bertram Verjährungshemmung durch Mahnverfahren, NJW 2003, 732 f,
zit.: Ebert, NJW 2003, nach Seite.
- Erman, Walter Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, herausgegeben von Westermann, Harm Peter, 11. Auflage, Köln 2004,
zit.: Erman/Bearbeiter, BGB, nach § und Rn.
- Fleischer, Holger Prospektpflicht und Prospekthaftung für Vermögensanlagen des Grauen Kapitalmarkts nach dem Anleger-schutzverbesserungsgesetz, BKR 2004, 339 ff,
zit.: Fleischer, BKR 2004, nach Seite.
- Fuellmilch, Reiner /
Rieger, Stefan Die Haftung der Banken für massenhaft fehlerhafte Treuhandmodellfinanzierungen, ZIP 1999, 465 ff,
zit.: Fuellmilch/Rieger, ZIP 1999, nach Seite.
- Gaul, Hans Friedhelm Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, Bielefeld 1956,
zit.: Gaul, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, nach Seite.
- Gaul, Hans Friedhelm Zwangsvollstreckungserweiterung nach vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung – Kein Nachweis durch Vollstreckungsbescheid, NJW 2005, 2894 ff,
zit.: Gaul, NJW 2005, nach Seite.
- Gaupp, Ludwig /
Stein, Friedrich Kommentar zur Zivilprozessordnung, in 2 Bänden, Band 2, 15. Auflage, Tübingen 1934,
zit.: Gaupp/Stein nach § und Kapitel.

- Geisler, Herbert Anmerkung zu BGH, III ZR 256/03, Urteil vom 23.09.2004, juris Praxis Report – BGH Zivilrecht, 22/2005, Anmerkung 2,
zit.: Geisler, jurisPR-BGHZivilR, 22/2005
- Goette, Wulf Anmerkung zu BGH, XI ZR 193/04, XI ZR 219/04, XI ZR 29/05, XI ZR 106/05, Urteile vom 25.04.2006, DStR 2006, 1099 f,
zit.: Goette, DStR 2006, nach Seite.
- Gottwald, Uwe Verjährung im Zivilrecht: Taktik – Praxis – Fristen-ABC, Recklinghausen 2005,
zit.: Gottwald, Verjährung im Zivilrecht, nach Rn.
- Henckel, Wolfram Die Grenzen der Verjährungsunterbrechung, NJW 1962, 335 ff,
zit.: Henckel, NJW 1962, nach Seite.
- Herbst, Gerhard Die Prüfungsbefugnis des Rechtspflegers im Mahnverfahren, Rpfleger 1978, 199 ff,
zit.: Herbst, Rpfleger 1978, nach Seite.
- Hoeren, Dirk,
Posselt, Fabian, u.a. „Die gierigen Stars“, Bild-Zeitung, Ausgabe vom 25.02.2006, Seiten 1, 4.
zit.: Bild Zeitung, Ausgabe vom 25.02.2006, „Die gierigen Stars“, nur Titel.
- Holch, Georg Mahnverfahren zwischen Schuldnerschutz und Entlastungsfunktion, ZRP 1981, 281 ff,
zit.: Holch, ZRP 1981, nach Seite.
- Holch, Georg Geändertes Mahnverfahren – neue Vordrucke, NJW 1991, 3177 ff,
zit.: Holch, NJW 1991, nach Seite.

-
- Kaiser, Jan Beweis von Zugang und Inhalt vorprozessualer Schreiben, NJW 2009, 2187 f,
zit.: Kaiser, NJW 2009, nach Seite.
- Kähler, Lorenz Verjährungshemmung nur bei Klage des Berechtigten?, NJW 2006, 1769 ff,
zit.: Kähler, NJW 2006, nach Seite.
- Kandelhard, Ronald Ist es wirklich schon zu spät? – Zum Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist nach intertemporalem Verjährungsrecht, NJW 2005, 630 ff,
zit.: Kandelhard, NJW 2005, nach Seite.
- Knof, Béla /
Mock, Sebastian Bankrechtstag 2005 der Bankrechtlichen Vereinigung e.V. am 1. Juli 2005 in Hamburg, Verbraucherkredite, insbesondere für Immobilienanlagen – Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, ZBB 2005, 298 ff,
zit.: Knof/Mock, ZBB 2005, nach Seite.
- Knops, Kai-Oliver Der Widerruf von Krediten zum Immobilienerwerb nach der Richtlinie 85/577/EWG und dem Haustürwiderrufgesetz – zugleich Besprechung der EuGH-Urteile Crailsheimer Volksbank, WM 2005, 2086, und Schulte, WM 2005, 2079 –, WM 2006, 70 ff,
zit.: Knops, WM 2006, nach Seite.
- Kuhr, Daniela Schnelles Handeln geboten, Geschädigten des Falk-Zinsfonds droht Ablauf der Verjährungsfrist, Süddeutsche Zeitung, Ausgabe vom 25.08.2005, S. 26,
zit.: Kuhr, Schnelles Handeln geboten.
- Kuschka, Marius Die aktuelle Rechtsprechung zur Haftung von Banken und Anlagevermittlern, MDR 2005, 906 ff,
zit.: Kuschka, MDR 2005, nach Seite.

- Lau, Katrin Die Reichweite der Verjährungshemmung bei Klageerhebung, Baden-Baden, 2008,
zit.: Lau, nach Seite.
- Lechner, Herbert, Das gerichtliche Mahnverfahren in der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich unter besonderer Berücksichtigung der Verfahrensautomation durch Computereinsatz, Univ., Diss., Augsburg 1991,
zit.: Lechner, nach Seite.
- Lechner, Herbert Der EuGH und die „Schrottimmobilien“ – Sind Änderungen in der BGH-Rechtsprechung zu erwarten?, NZM 2005, 921 ff,
zit.: Lechner, NZM 2005, nach Seite.
- Lechner, Herbert Neues von den „Schrottimmobilien“, NZM 2007, 145 ff,
zit.: Lechner, NZM 2007 nach Seite.
- Loritz, Karl-Georg /
Wagner, Klaus-R. Zur Anrechnung von Steuervorteilen bei der „Rückabwicklung“ von Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds, ZfIR 2003, 753 ff,
zit.: Loritz/Wagner, ZfIR 2003, nach Seite.
- Lüke, Gerhard /
Wax, Peter /(Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen,

Band 1 §§ 1-354, 2. Auflage, München 2000,
zit.: MünchKommZPO/Bearbeiter, 2. Auflage, nach § und Rn.

Band 2 §§ 355-802, 2. Auflage, München 2000,
zit.: MünchKommZPO/Bearbeiter, 2. Auflage, nach § und Rn.

-
- Lüke, Wolfgang 20 Jahre Vereinfachungsnovelle – Versuch einer Reform des Zivilverfahrens, JuS 1997, 681 ff,
zit.: Lüke, JuS 1997, nach Seite.
- Lux, Jochen Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen, NJW 2003, 2966 ff,
zit.: Lux, NJW 2003, nach Seite.
- Maniak, Kathrin Die Verjährungsunterbrechung durch Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren, Köln, 2000,
zit.: Maniak, nach Seite.
- Maniak, Kathrin Anmerkung zu BGH, XI ZR 312/99, Urteil vom 17.10.2000, MDR 2001, 347 f,
zit.: Maniak, MDR 2001, nach Seite.
- Mansel, Heinz-Peter / Budzikiewicz, Christine Verjährungsanpassungsgesetz: Neue Verjährungsfristen, insbesondere für die Anwaltshaftung im Gesellschaftsrecht, NJW 2005, 321 ff,
zit: Mansel/Budzikiewicz, NJW 2005, nach Seite.
- Messias, Manuela Das elektronische Mahnverfahren ab 1. 12. 2008, JurBüro 2008, 571 ff,
zit.: Messias, JurBüro 2008, nach Seite.
- Miras, Antonio Anmerkung zu EuGH, C-215/08 (E. Fritz GmbH/Carsten von der Heyden), Urteil vom 15.04.2010, NJW 2010, 1513 f,
zit.: Miras, NJW 2010, nach Seite.
- Möllers, Thomas, M. J. Zu den Voraussetzungen einer Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers bei fahrlässiger Unkenntnis der Testatverwendung, JZ 2001, 909 ff,
zit.: Möllers, JZ 2001, nach Seite.

- Mugdan, Benno Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899, zit.: Mugdan, nach Seite.
- Musielak, Hans-Joachim Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 7. Auflage, München 2009, zit.: Musielak/Bearbeiter, ZPO, nach § und Rn.
- Oechsler, Jürgen Die Entwicklung des privaten Bankrechts im Jahre 2006, NJW 2007, 1418 ff, zit.: Oechsler, NJW 2007, nach Seite.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art. 3 des 2. WKSchG), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, 56. Auflage, München 1997, zit.: Palandt/Bearbeiter, 56. Auflage, nach § und Rn.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug), 65. Auflage, München 2006, zit.: Palandt/Bearbeiter, 65. Auflage, nach § und Rn.

-
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom-I- und Rom-II-Verordnungen, allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsgleichgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 69. Auflage, München 2010,
zit.: Palandt/Bearbeiter, nach § und Rn.
- Piekenbrock, Andreas Besprechung von: Kathrin Maniak: Die Verjährungsunterbrechung durch Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren, ZZP 116 (2003), 260 ff,
zit.: Piekenbrock, ZZP 116, nach Seite.
- Prütting, Hanns Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozeßordnung, Dargestellt am Beispiel des Mahnverfahrens, in Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990, S. 457 ff,
zit.: Prütting, FS f. Baumgärtel, nach Seite.
- Prütting, Hanns /
Gehrlein, Markus (Hrsg.) ZPO, Kommentar, Köln 2010,
zit.: PG/Bearbeiter, nach § und Rn.
- Rabe, Dieter Verjährungshemmung nur bei Klage des Berechtigten?, NJW 2006, 3089 ff,
zit.: Rabe, NJW 2006, nach Seite.

Rauscher, Thomas /

Wax, Peter /

Wenzel, Joachim (Hrsg.) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen,

Band 1 §§ 1-510c, 3. Auflage, München 2008,
zit.: MünchKommZPO/Bearbeiter, nach § und Rn.

Band 2 §§ 511-945, 3. Auflage, München 2007,
zit.: MünchKommZPO/Bearbeiter, nach § und Rn.

Redaktion der
Berliner Zeitung

„Großpleite an Grauen Kapitalmarkt“, Berliner Zeitung,
Ausgabe vom 31.12.2005, Seite W1,
zit.: „Großpleite an Grauen Kapitalmarkt“, Berliner Zeitung,
Ausgabe vom 31.12.2005, Seite W1.

Reinelt, Ekkehart

Haftung aus Prospekt und Anlageberatung bei Kapitalanlagefonds, NJW 2009, 1 ff,
zit.: Reinelt, NJW 2009, nach Seite.

Richter, Tim

Markt im Aufwind, Die Bank – Zeitschrift für Bankpolitik und Praxis, 10/2005, Seite 20 ff,
zit.: Richter, Die Bank 10/2005, nach Seite.

Salten, Uwe

Vordruckzwang und Formularwechsel, MDR 1995, 668 ff,
zit.: Salten, MDR 1995, nach Seite.

Salten, Uwe

Mahnverfahren, MDR 1998, 1144 ff,
zit.: Salten, MDR 1998, nach Seite.

-
- Säcker, Franz Jürgen /
Rixecker, Roland (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Band 1 Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§1-240, ProstG
5. Auflage, München 2006
zit.: MünchKommBGB/Bearbeiter, nach § und Rn.
- Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§241-432,
5. Auflage, München 2007
zit.: MünchKommBGB/Bearbeiter, nach § und Rn.
- Saenger, Ingo (Hrsg.) /
Bendtsen, Ralf Zivilprozessordnung, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2009,
zit.: HK-ZPO/Bearbeiter, nach § und Rn.
- Schäfer, Carsten Anmerkung zu BGH, II ZR 387/02, Urteil vom 21.07.2003, JZ 2004, 258 ff,
zit.: Schäfer, JZ 2004, nach Seite.
- Schäfer, Carsten Anlegerschutz durch Rückforderungsdurchgriff beim finanzierten Fondsbeitrag – eine Zwischenbilanz, BKR 2005, 98 ff,
zit.: Schäfer, BKR 2005, nach Seite.
- Schiemann, Gottfried Kurzkomentar zu BGH, VI ZR 176/87, Urteil vom 03.11.1987, EWiR 1988, 149 f,
zit.: Schiemann, EWiR 1988, nach Seite.
- Schmidt, Ludwig Einkommensteuergesetz, Dreseck, Walter (Hrsg.), 28. Auflage, München 2009,
zit.: Schmidt/Bearbeiter, EStG, nach § und Rn.
- Schmidt, Karsten Mahnverfahren für Fremdwährungsforderungen?, NJW 1989, 65 ff,
zit.: K. Schmidt, NJW 1989, nach Seite.

- Schneider, Egon Die Klage im Zivilprozess, 2. Auflage, Köln, 2004
zit.: Schneider, Die Klage im Zivilprozess, nach Rn.
- Schneider, Egon Was gibt's Neues?, MDR 1998, 69 ff,
zit.: Schneider, Neues, MDR 1998, nach Seite.
- Schneider, Egon Erstattungsfähigkeit von Mahnanwaltskosten, NJW
1998, 356 ff,
zit.: Schneider, NJW 1998, nach Seite.
- Schneider, Egon Mahnverfahren, MDR 1998, 1333 ff,
zit.: Schneider, Mahnverfahren, MDR 1998, nach Seite.
- Schneider, Roman Der Mahnbescheid und seine Vollstreckung, 5. Auflage,
Stuttgart 2002,
zit.: Schneider, Der Mahnbescheid und seine Vollstreckung,
nach Seite.
- Schulte-Nölke, Hans /
Hawxwell, Anne Zur Verjährung von vor der Schuldrechtsreform ent-
standenen Ansprüchen, NJW 2005, 2117 ff,
zit.: Schulte-Nölke/Hawxwell, NJW 2005, nach Seite.
- Schwab, Martin Einwendungsdurchgriff bei kreditfinanziertem Erwerb
einer Gesellschaftsbeteiligung, Besprechung des Urteils
BGHZ 156, 46, ZGR 2004, 861 ff,
zit.: Schwab, ZGR 2004, nach Seite.
- Schwark, Eberhard Börsengesetz, Kommentar zum Börsengesetz und zu
den börsenrechtlichen Nebenbestimmungen, 2. Auflage,
München 1994,
zit.: Schwark, BörsG, nach § und Rn.
- Seggewiß, Oliver Streitverkündung im Mahnverfahren, NJW 2006, 3037 ff,
zit.: Seggewiß, NJW 2006, nach Seite.

-
- Siol, Joachim Die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinn, DRiZ 2003, 204 ff,
zit.: Siol, DRiZ 2003, nach Seite.
- Sontheimer, Jürgen Die neuen Verjährungsfristen für die StB- und RA-Haftung und im Gesellschaftsrecht, DStR 2005, 834 ff,
zit.: Sontheimer, DStR 2005, nach Seite.
- Soergel,
Hans Theodor (Begr.) /
Siebert, Wolfgang (Hrsg.)
u.a. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Band 2a, Allgemeiner Teil 3, §§ 13, 14, 126a–127, 194–225, Stand: Herbst 2002, 13. Auflage, Stuttgart 2002,
zit.: Soergel/Bearbeiter, BGB, nach § und Rn.
- Späth, Walter Schrottimmobilienfälle vor Gericht – Veränderungen bei Bankenhaftung und Verjährung, Berliner Anwaltsblatt 2008, S. 257 ff,
zit.: Späth, Berliner Anwaltsblatt 2008, nach Seite.
- Spindler, Gerald Kapitalmarktreform in Permanenz – Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz, NJW 2004, 3449 ff,
zit.: Spindler, NJW 2004, nach Seite.
- Spindler, Wolfgang Einkünfteerzielungsabsicht bei Vermietung und Verpachtung – Eine Bestandsaufnahme –, DB 2007, 185 ff,
zit.: Spindler, DB 2007, nach Seite.
- Spiro, Karl Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Band I, Die Verjährung von Forderungen, Bern 1975,
zit.: Spiro, nach Seite.

Statistisches Bundesamt

(Hrsg.) Statistisches Jahrbuch 2006 für die Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 2006,
zit.: Statistisches Jahrbuch 2006, nach Seite.

Staudinger, Ansgar Die Zukunft der „Schrottimmobilien“ nach den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005, NJW 2005, 3521 ff,
zit.: Staudinger, NJW 2005, nach Seite.

Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,

Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164 -240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin, Neubearbeitung 2009,
zit.: Staudinger/Bearbeiter, BGB, § und Rn.

Verbraucherkreditgesetz; Haustürwiderrufsgesetz;
§ 13a UWG; Teilzeit-Wohnrechtegesetz, Berlin, Neubearbeitung 2001,
zit.: Staudinger/Bearbeiter, VerbrKrG, § und Rn.

Stein, Friedrich /
Jonas, Martin

Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
Dritter Band, §§ 511-703d, 20. Auflage, Tübingen 1977,
zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter, 20. Auflage, nach § und Rn.

Band 5, Teilband 2, §§ 592-703d, 21. Auflage, Tübingen 1993,
zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter, nach § und Rn.

Strohn, Lutz

Anlegerschutz bei geschlossenen Immobilienfonds nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, WM 2005, 1441 ff,
zit.: Strohn, WM 2005, nach Seite.

-
- Stüsser, Jörg Bankenhaftung bei gescheiterten Immobilien-Treuhandmodellen, NJW 1999, 1586 ff, zit.: Stüsser, NJW 1999, nach Seite.
- Sujecki, Bartosz Das Europäische Mahnverfahren, NJW 2007, 1622 ff, zit.: Sujecki, NJW 2007, nach Seite.
- Thomas, Heinz /
Putzo, Hans, u.a. Zivilprozessordnung, Kommentar, 31. Auflage, München 2010, zit.: Thomas/Putzo, nach § und Rn.
- Vollkommer, Max Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, München 1973, zit.: Vollkommer, „Formenstrenge und prozessuale Billigkeit“, nur Titel.
- Vollkommer, Max Verjährungsunterbrechung und „Bezeichnung“ des Anspruchs im Mahnbescheid, in Prütting, Hanns / Rüssmann, Helmut (Hrsg.), Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 865 ff, zit.: Vollkommer, FS f. Lüke, nach Seite.
- Vollkommer, Max Zum „Streitgegenstand“ im Mahnverfahren, in: Zivilprozeß und Praxis, Das Verfahrensrecht als Grundlage juristischer Tätigkeit, Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahres, Herne, Berlin 1997, S. 231 ff, zit.: Vollkommer, FS f. E. Schneider, nach Seite.

- Vollkommer, Max Neuere Tendenzen im Streit um die „geminderte“
Rechtskraft des Vollstreckungsbescheids, in: Schilken,
Eberhard / Becker-Eberhard, Ekkehard / Gerhardt, Wal-
ter (Hrsg.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70.
Geburtstag, Bielefeld 1997, S. 759 ff,
zit.: Vollkommer, FS f. Gaul, nach Seite.
- Wagner, Klaus-R. Die Mahnbescheid-Falle, ZfIR 2005, 856 ff,
zit.: Wagner, ZfIR 2005, nach Seite.
- Wagner, Klaus-R. ÖPP: Ein neues Marktsegment für geschlossene Immo-
bilienfonds, BKR 2006, 271 ff,
zit.: Wagner, BKR 2006, nach Seite.
- Westermann, Harm Peter Gesellschaftsbeitritt als Verbraucherkreditgeschäft?,
Teil II: Rückabwicklung einer Fonds-Beteiligung bei
Widerruflichkeit oder bei der Geltendmachung von Bei-
trittsmängeln, ZIP 2002, 240 ff,
zit.: Westermann, ZIP 2002, nach Seite.
- Westphalen, Friedrich
Graf v. /
Emmerich, Volker /
Rottenburg, Franz Verbraucherkreditgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Köln
1996,
zit.: Bearbeiter in Westphalen/Emmerich/Rottenburg,
VerbrKrG, nach § und Rn.
- Westphalen,
Friedrich Graf von Anmerkung zu SchIHOLG, 4 U 108/94, Urteil vom
13.11.1996, MDR 1997, 131 f,
zit.: Westphalen, MDR 1997, nach Seite.

- Wieczorek, Bernhard
(Begr.)/
Schütze, Rolf A. (Hrsg.) Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Dritter Band, §§ 511–703d, 2. Teilband, §§ 592–703d, 3. Auflage, Berlin 1998
zit.: Wieczorek/Schütze/Bearbeiter, nach § und Rn.
- Wieser, Eberhard
Prozessrechts-Kommentar zum BGB, 2. Auflage, Köln 2002,
zit.: Wieser, nach § und Rn.
- Wolf, Manfred
Die Befreiung des Verjährungsrechts vom Streitgegenstandsdenken, in: Gottwald, Peter / Roth Herbert (Hrsg.), Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, S. 579 ff,
zit.: Wolf FS f. Schumann, nach Seite.
- Zöller, Richard
Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Kommentar, 27. Auflage, Köln 2009, zit.: Zöller/Bearbeiter, ZPO, nach § und Rn.

Anregungen zum Buch oder seinem Inhalt können Sie gerne an anregungen@areinthal.de schicken.

