



Der Markt für Kapitalanlagen - Alte Eisen rosten nicht...

Newsletter 01/2010

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

„Schumi“ dreht bald wieder seine Runden und spaltet die Formel 1-Begeisterten in zwei Lager. Zu alt und zu lange weg vom Geschehen und deshalb chancenlos, sagen die einen; seine Routine, seine Disziplin und sein Wille sind durch nichts wettzumachen, weshalb er nach wie vor ganz vorne dabei sein kann, sagen die anderen. Er selbst sagt, dass er den berühmten „kick“ schon lange vermisst hat und sich ob der jüngsten Entwicklung wie vor zwanzig Jahren fühlt. Nicht kick, sondern „Kick back“ hätte die Chance, bei der Wahl des Unwortes 2009 in der Finanzdienstleistungsbranche einen der vordersten Plätze einzunehmen. Viele Banken, aber auch freie Anlageberater, können das Wort schon heute nicht mehr hören. Und die vom BGH und von zahlreichen Instanzgerichten bislang entschiedenen Fälle betreffen solche aus der Zeit vor der Bankenkrise. Für viele geschlossene Fonds verschiedenster Emissionshäuser haben sich anschließend die Vorzeichen noch einmal immens verschlechtert, so dass zu erwarten ist, dass Anleger mit enttäuschten Erwartungen Ihr Heil bzw. Ihren Ausweg in der Behauptung suchen, sie seien nicht oder nicht hinreichend über Innenprovisionen und kick-backs informiert worden. Es kann also ohne weiteres auch noch schlimmer kommen, muss es aber nicht.

Alte Eisen rosten bekanntlich nicht, womit wir nicht nur wieder bei „Schumi“ wären, sondern bei einer Anlageklasse, der für das Jahr 2010 eine vielversprechende Zukunft beigemessen wird. Die Rede ist von der Kapitalanlegereigentumswohnung, die - solide finanziert und gut verwaltet - im wahrsten Sinn des Wortes das Fundament einer dringend erforderlichen privaten Vorsorge verkörpern kann. Sie kann somit dazu beitragen, die Rentenlücke, die sich bei fast jedem auftun wird, mit zu schließen. Wir wollen in den nächsten Wochen und Monaten die wichtigsten Punkte zusammenfassen, auf die vor einer Entscheidung geachtet werden sollte. Risikolos ist diese Anlageklasse natürlich auch nicht, aber es lassen sich zahlreiche Sicherheitsventile einbauen, so dass die Risiken, über die ein Anleger natürlich vor einer Anlageentscheidung aufzuklären ist, überschaubar bleiben. Auf welche Fallstricke zu achten ist bzw. einen Überblick darüber, was nicht passieren sollte, gibt die BGH-Entscheidung des Monats, in der wichtige Aspekte zu fehlgeschlagenen kreditfinanzierten Anlagegeschäften zusammengefasst sind.

Wir freuen uns, Sie auf Ihrem Weg in einem sicher wieder nicht nur wegen Schumi gespaltenen Jahr 2010 mit Rat und Können begleiten zu können. Hoffentlich sind Sie gut gestartet!

Gesundheit und Erfolg wünscht Ihnen

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Unsere Themen in der Übersicht

Rechtsprechungsspiegel

- Handelsblatt ist Pflichtlektüre für den Anlageberater
- Zu den Anforderungen an eine Widerrufsbelehrung bei verbundenen Verträgen
- Zur Inhaltskontrolle eines Mittelverwendungskontrollvertrages zwischen Wirtschaftsprüfer und Fondsgesellschaft
- Zur Frage der Verletzung eines Beratungsvertrages im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Filmfonds
- Sicherungseinbehalt und Ablöserecht in AGB-Werkverträgen
- Die Annahme eines Mietvertragsangebotes nach 4 ½ Wochen ist verspätet
- Zurückbehaltungsrecht des Mieters bei nicht ordnungsgemäß angelegter Kautions
- Wohnflächenabweichung bei vermietetem Einfamilienhaus mit Garten
- Mieterhöhung bis zum oberen Wert der Bandbreite der Einzelvergleichsmiete zulässig
- Zur Frage der Umlagefähigkeit der Kosten für eine Öltankreinigung
- Zur Frage der Wirksamkeit einer Entgeltumwandlung bei Absicherung der Versorgungszusage durch eine gezeillerte Lebensversicherung
- Zur Frage, welche Unterlagen einem Handelsvertreter unentgeltlich zu überlassen sind
- Zur Frage, ob es sich bei einem vom Käufer an den Verkäufer erstatteten Disagio um Werbungskosten handelt

Literaturspiegel

- Stimmrechtszurechnung zum Treuhänder?
- Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Vertriebsrecht des Jahres 2008
- Das neue Schuldverschreibungsgesetz und der Anleihemarkt
- Rechtsfragen der Kombination von Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung

Kurz und bündig

- Wachstumsbeschleunigungsgesetz: Die Änderungen der Zinsschranke
- Notleidende geschlossene Fonds: Sanieren oder Ausscheiden
- Zahlungsverzug im Mietrecht
- Joint-Venture-Verträge in der Immobilien-Projektentwicklung
- Nicht angelegte Mietkaution und Zurückbehaltungsrecht des Mieters im Insolvenzverfahren gegenüber dem Zwangsverwalter

Entscheidung des Monats

- Weitere BGH-Entscheidung zur Frage von Aufklärungspflichten finanzierender Banken

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Handelsblatt ist Pflichtlektüre für den Anlageberater (BGH, Urt. v. 05.11.2009, III ZR 302/08)

Mit dieser Entscheidung nimmt der BGH zum dritten Mal innerhalb eines Zeitraums von 13 Monaten dezidiert zu den Pflichten des Anlageberaters Stellung, zeitnah die Wirtschaftspresse im Hinblick auf Pressemitteilungen über Anlageprodukte durchzusehen, die vom Anlageberater empfohlen werden. Konkret ging es um die Beteiligung an einer stillen Beteiligungsgesellschaft. Sechs Tage vor der Zeichnung hatte das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen der Gesellschaft, an der sich der Anleger still beteiligen sollte, das weitere Betreiben von Einlagegeschäften untersagt und die Rückabwicklung der Einlagegeschäfte angeordnet. Drei Tage vor der Zeichnung wurde über die Untersagung in einer kleinen Meldung im Handelsblatt berichtet. Der Anlageberater hatte das Handelsblatt weder bezogen noch auf sonstige Art und Weise über die Meldung Kenntnis erlangt. Das Berufungsgericht verneinte eine Aufklärungspflichtverletzung, weil der Abstand von drei Tagen zwischen dem Erscheinen des Artikels und der Beitrittsunterzeichnung zu knapp bemessen sei, um eine Pflichtverletzung bejahen zu können. Der BGH sah dies anders. Er verweist auf schon früher aufgestellte Grundsätze, die den Pflichtenkreis eines Anlageberaters beschreiben: Ein Anlageberater, der sich in Bezug auf eine bestimmte Anlageentscheidung als kompetent geriert, hat sich aktuelle Informationen über das Anlageobjekt zu verschaffen, welches er empfehlen will (vgl. BGH, Urt. v. 05.03.2009, III ZR 302/07; vgl. hierzu unseren Newsletter 05/2009). Bislang bestand für den BGH keine Notwendigkeit, die Frage zu entscheiden, ob ein Anlageberater alle von ihm als relevant angesehenen Wirtschaftszeitungen vorzuhalten und auszuwerten sind. Bei diesen Wirtschaftszeitungen handelt es sich um die Börsen-Zeitung, die Financial Times Deutschland, das Handelsblatt und die FAZ. Im Hinblick auf die Pflicht zur Auswertung des Handelsblattes hat der BGH nunmehr entschieden, dass die Lektüre des Handelsblatts für jeden Anlageberater unverzichtbar ist. Das Handelsblatt biete als werktätlich erscheinende Zeitung mit spezieller Ausrichtung auf Wirtschaftsfragen und einem diesbezüglich breiten Informationsspektrum in ganz besonderem Maße die Gewähr, aktuell über wichtige und für die Anlageberatung relevante Nachrichten informiert zu werden.

Der BGH ließ offen, ob das Handelsblatt noch am Erscheinungstag durchgesehen werden müsse. Jedenfalls nach Ablauf von drei Tagen war eine Lektüre erforderlich. Ein Anleger kann grundsätzlich erwarten, dass sich sein Berater aktuelle Informationen über das Anlageprodukt beschafft und zeitnah Berichte in der Wirtschaftspresse zur Kenntnis nimmt.

Der BGH führt anschließend noch weiter aus, dass dem Anlageberater durch diese engen zeitlichen Vorgaben nicht Unzumutbares abverlangt werde. Er müsse die jeweiligen Presseorgane nicht vollständig lesen. Es reiche vielmehr aus, diese auf relevante Artikel zu den von ihm angebotenen Anlageprodukten durchzusehen und nur diese Nachrichten vollständig auszuwerten.

Auch die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden wurde bejaht, da eine Anlage in den Fonds bei Kenntnis von dem Artikel unterblieben wäre (Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt Beschl. des BGH v. 09.04.2009, III ZR 89/08).

Diejenigen, die nach dem BGH-Urteil vom 27.10.2009 (XI ZR 337/08) noch befürchtet hatten, der BGH könnte die von ihm in den letzten Jahren geprägte Haftungsrechtsprechung nun wieder aufweichen, wurden schnell eines Besseren belehrt. Der Pflichtenkatalog wurde nicht nur konkretisiert, sondern erneut um ein weiteres Stück erweitert.

§ § §

Zu den Anforderungen an eine Widerrufsbelehrung bei verbundenen Verträgen (BGH, Urt. v. 23.06.2009, XI ZR 156/08)

Der BGH hatte über die Feststellungsklage einer Bank zu entscheiden, die einem Anleger die treuhänderische Beteiligung an einer Immobilien-Fondsgesellschaft finanziert hatte. Dem Darlehensvertrag war eine vom Anleger unterschriebene Widerrufsbelehrung beigefügt, durch die der Anleger über sein Widerrufsrecht hinsichtlich des Verbraucherdarlehensvertrages belehrt wurde und des Weiteren er darüber unterrichtet wurde, dass ein solcher Widerruf auf das finanzierte Geschäft durchgreift. Der BGH beanstandete allerdings, dass die Widerrufsbelehrung unvollständig war. Sind Verbraucherdarlehensvertrag und finanziertes Geschäft verbundene Verträge im Sinne des § 358 Abs. 3 BGB, darf die dem Verbraucher erteilte Widerrufsbelehrung einem unbefangenen Rechtsunkundigen Leser nicht den unzutreffenden Eindruck vermitteln, mit einem Widerruf könne er sich ausschließlich von den Bindungen des finanzierten Geschäfts lösen, nicht aber von den Bindungen des Darlehensvertrages. Eine Widerrufsbelehrung muss bei einem verbundenen Geschäft den Verbraucher unmissverständlich darüber belehren, dass ein wirksamer Widerruf des finanzierten Vertrages auch die Bindung des Verbrauchers an den Darlehensvertrag entfallen lässt.

§ § §

Zur Inhaltskontrolle eines Mittelverwendungskontrollvertrages zwischen Wirtschaftsprüfer und Fondsgesellschaft (BGH, Urt. v. 19.11.2009, III ZR 108/08)

1. Der im Emissionsprospekt einer Fondsgesellschaft abgedruckte Mittelverwendungskontrollvertrag, der als ein dem Schutz der Anleger dienender Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet ist, unterliegt auch dann der Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn er zwischen der Fondsgesellschaft (Versprechensempfänger) und dem als Mittelverwendungskontrollleur eingesetzten Wirtschaftsprüfer (Versprechender) individuell ausgehandelt wurde.

2. Eine Haftungsbegrenzung im Mittelverwendungskontrollvertrag, wonach Schadenersatzansprüche nur geltend gemacht werden können, wenn die Fondsgesellschaft oder die Gesellschafter nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen, ist unwirksam, denn die Subsidiaritätsklausel stellt eine unzulässige Haftungsbegrenzung dar, da sie auch grob fahrlässige Pflichtverletzungen mit einschließt.
3. Dass für den Mittelverwendungskontrollvertrag kein gesetzliches Leitbild existiert, schließt die Inhaltskontrolle der Haftungsbegrenzungsklausel nicht aus, denn Haftungsbeschränkungen in AGB's sind nur nach Maßgabe von § 309 Nr. 7 und Nr. 8 BGB zulässig.
4. Auch wenn bei echten Verträgen zugunsten Dritter die Interessen des Versprechensempfängers und die des Dritten grundsätzlich gleichgerichtet sind, gibt es hiervon Ausnahmen. Ein Mittelverwendungskontrollvertrag richtet sich im Interesse der Anleger potenziell gegen die Entscheidungsfreiheit der Gesellschaftsorgane. In einem solchen Fall kann ein Anleger auch weitergehende Rechte beanspruchen als der Versprechensempfänger (Fondsgesellschaft).

§ § §

Zur Frage der Verletzung eines Beratungsvertrages im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Filmfonds (OLG Oldenburg, Urt. v. 24.11.2008, 3 U 54/07, nrkr.)

In diesem vom OLG Oldenburg entschiedenen Fall warf der Kunde seiner Bank, die ihn schon mehrfach im Zusammenhang mit Geldanlagen beraten hatte, vor, bei Zeichnung eines Filmfonds Beratungspflichten verletzt zu haben. Das OLG Oldenburg führt aus, dass auch ein Anleger, der bereit ist, hohe Risiken einzugehen, Anspruch auf zutreffende Informationen hat, insbesondere wenn die Beratung eine für den Anleger neue Form der Beteiligung zum Gegenstand hat. Dass eine Beteiligung an einem Medienfonds mit Risiken behaftet ist, führt nicht unmittelbar dazu, dass eine solche Anlage bei einem „wachstumsorientierten“ Anleger nicht als anlegergerecht bezeichnet werden kann. Das mögliche Auftreten von Wertverlusten umfasst aber nicht ohne weiteres die Möglichkeit eines Totalverlustes. Ein zum Schadenersatz führender Beratungsfehler liegt deshalb auch dann vor, wenn die Bank den Anleger anhand des von dritter Seite erstellten Prospektes berät, darin enthaltene Berechnungen aber nicht den kalkulatorischen Grundlagen des Prospektes entsprechen und das Risiko für den Anleger kleiner erscheinen lassen, als es tatsächlich ist.

Die unrichtige Beschreibung eines bestimmten Risikos wird nicht dadurch berichtigt oder aufgehoben, dass an anderer Stelle des Emissionsprospektes für den Fall des Eintritts anderer oder ferner liegender Risiken auf die Möglichkeit des Totalverlustes hingewiesen wird. Werden bestimmte Risiken deshalb als „Extremfall“ bezeichnet und wird das Risiko des Totalverlustes vom Eintritt weiterer unvorhergesehener ungünstiger Ereignisse in Abhängigkeit gebracht, liegt eine Verniedlichung von Risiken vor. Darin liegt ein Prospektfehler. Ein Anlageberater muss sich Prospektfehler wie eigene Beratungsfehler zurechnen lassen.

§ § §

Sicherungseinbehalt und Ablöserecht in AGB-Werkverträgen (BGH, Versäumnis-Urt. v. 16.06.2009, XI ZR 145/08)

1. Eine Klausel in AGB des Werkbestellers, die vorsieht, dass der Werkunternehmer einen Sicherheitseinbehalt von 5 % der Schlussabrechnungssumme nur gegen Stellung einer Bürgschaft ablösen kann, die den Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB enthält, benachteiligt den Werkunternehmer unangemessen und ist nach § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz (jetzt § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) unwirksam.
2. Eine unangemessene Benachteiligung des Werkunternehmers hat zur Folge, dass die Klausel insgesamt unwirksam ist. Eine formularmäßige Vereinbarung zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen bildet mit der Ablösungsmöglichkeit durch eine Gewährleistungsbürgschaft eine untrennbare Einheit. Auch eine ergänzende Auslegung der Sicherungsvereinbarung dahingehend, dass eine Bürgschaft ohne umfassenden Einredeverzicht zu stellen ist, kommt nicht in Betracht, da nicht zu erkennen ist, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel gekannt hätten.

§ § §

Die Annahme eines Mietvertragsangebotes nach 4 ½ Wochen ist verspätet (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2009, I-24 U 210/08)

Im vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall stritten sich die Parteien über mietvertragliche Ansprüche. Der (vermeintliche) Vermieter war der Ansicht, das Angebot auf Abschluss eines Gewerberaummietvertrages über eine Gaststätte noch rechtzeitig angenommen zu haben. Das Gericht sah eine Annahme nach 4 ½ Wochen aber als verspätet an. Deshalb war die Annahme verspätet und als neuer Antrag zu werten, den der potenzielle Vertragspartner aber nicht mehr angenommen hatte, weil sich zwischenzeitlich dessen finanziellen Verhältnisse geändert hatten. Etwas anderes gilt nur, wenn in dem Vertragsangebot eine entsprechende Befristung eingeräumt ist.

§ § §

Zurückbehaltungsrecht des Mieters bei nicht ordnungsgemäß angelegter Kautions (BGH, Urt. v. 23.09.2009, VIII ZR 336/08)

Ein Vermieter ist kraft Gesetzes verpflichtet, eine vom Mieter geleistete Barkautions getrennt von seinem Vermögen anzulegen (§ 551 Abs. 3 BGB). Diese Pflicht trifft auch einen Zwangsverwalter, wenn über das Vermögen des Vermieters das Insolvenzverfahren eröffnet wird und der Vermieter die ihn gem. § 551 Abs. 3 BGB treffende Pflicht noch nicht erfüllt hat. Einem Mieter steht in einem solchen Fall ein

Zurückbehaltungsrecht an der laufenden Miete zu, weil er aus dem Mietverhältnis einen fälligen Gegenanspruch hat. Es kommt hierbei auch nicht darauf an, ob der Mieter, dessen Mietverhältnis gem. § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbesteht, im Rahmen des Insolvenzverfahrens wegen seiner Ansprüche aus der Kautions auf eine einfache Insolvenzforderung verwiesen ist. Denn im Fall, dass ein Vermieter die Kautions nicht gesetzeskonform angelegt hat, geht es nicht um die Rechtsstellung des Mieters in der Insolvenz des Vermieters, sondern um die Pflicht gegenüber einem Mieter, dem die Wohnung schon vor der Beschlagnahme überlassen war. Ein Zwangsverwalter tritt in diesem Fall in die Rechte und Pflichten des Vermieters ein und hat deshalb auch die aus der Kautions folgenden Pflichten des Vermieters zu erfüllen.

§ § §

Wohnflächenabweichung bei vermietetem Einfamilienhaus mit Garten (BGH, Urt. v. 28.10.2009, VIII ZR 164/08)

Auch bei einem vermieteten Einfamilienhaus mit Garten stellt eine Wohnflächenabweichung einen zur Minderung berechtigenden Mangel dar, wenn die tatsächliche Wohnfläche von der vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % nach unten abweicht. Eine Anhebung dieses Grenzwerts wegen der mit vermieteten Gartenfläche kommt nicht in Betracht (Fortführung der BGH-Urteile vom 24.03.2004, VIII ZR 133/08 und VIII ZR 295/03).

§ § §

Mieterhöhung bis zum oberen Wert der Bandbreite der Einzelvergleichsmiete zulässig (BGH, Urt. v. 21.10.2009, VIII ZR 30/09)

Der Vermieter darf die Miete bis zum oberen Wert der Bandbreite der konkreten ortsüblichen Vergleichsmiete (Einzelvergleichsmiete) anheben. Dies gilt auch dann, wenn die Einzelvergleichsmiete unter Heranziehung eines Sachverständigengutachtens ermittelt worden ist (Bestätigung des Senatsurteils vom 06.07.2005, VIII ZR 322/04).

§ § §

Zur Frage der Umlagefähigkeit der Kosten für eine Öltankreinigung (BGH, Urt. v. 11.11.2009, VIII ZR 221/08)

Der BGH hat - anders als eine Reihe von Instanzgerichten - entschieden, dass der Vermieter von Wohnraum die Kosten für die Reinigung eines Öltanks auf den Mieter umlegen darf. Kosten für die Reinigung des Öltanks stellen umlagefähige Betriebskosten dar, denn nach § 2 Nr. 4 a) Betriebskostenverordnung sind als

Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage ausdrücklich die Kosten der Reinigung der Anlage aufgeführt. Die Reinigung des Brennstofftanks gehört dazu. Es handele sich hierbei nicht um Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung. Solche Kosten werden durch Reparatur und Wiederbeschaffung verursacht oder müssen zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden, um die durch Abnutzung, Alterung oder Witterungseinwirkung entstehenden baulichen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen. Eine Öltankreinigung dient der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Heizungsanlage, nicht der Vorbeugung oder der Beseitigung von Mängeln an der Substanz. Auch handele es sich um „laufend entstehende“ Kosten, auch wenn Tankreinigungen nur in Abständen von mehreren Jahren durchgeführt werden. Auch wenn Tankreinigungskosten nur im Abstand von mehreren Jahren anfallen, bedarf es keiner Kostenaufteilung auf mehrere Abrechnungsperioden. Die Reinigungskosten dürfen grundsätzlich in dem Abrechnungszeitraum umgelegt werden, in dem sie entstehen.

§ § §

Zur Frage der Wirksamkeit einer Entgeltumwandlung bei Absicherung der Versorgungszusage durch eine gezillmerte Lebensversicherung (BAG, Urt. v. 15.09.2009, 3 AZR 17/09)

1. Es ist rechtlich problematisch, wenn der Arbeitgeber bei einer Entgeltumwandlung dem Arbeitnehmer anstelle von Barlohn eine Direktversicherung mit (voll) gezillmerten Tarifen zusagt. Die Zillmerung verstößt zwar nicht gegen das Wertgleichheitsgebot des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Es spricht jedoch einiges dafür, dass die auf gezillmerte Versicherungstarife abstellende betriebliche Altersversorgung eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB enthält. Angemessen könnte es sein, die bei der Direktversicherung anfallenden einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten auf fünf Jahre zu verteilen.
2. Soweit die Verwendung gezillmerter Versicherungstarife bei einer Entgeltumwandlung der Rechtskontrolle nicht standhält, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung und nicht zur Nachzahlung von Arbeitsentgelt, sondern zu einer höheren betrieblichen Altersversorgung.

§ § §

Zur Frage, welche Unterlagen einem Handelsvertreter unentgeltlich zu überlassen sind (OLG Köln, Urt. v. 11.09.2009, 19 U 64/09)

Das OLG Köln hatte sich erneut mit der Frage der Wirksamkeit bestimmter Klauseln in einem Handelsvertretervertrag zu befassen, durch den einem Handelsvertreter die Pflicht zur Tragung der Kosten verschiedener Unterlagen auferlegt worden sind, u.a. einer Kundenzeitschrift und Kosten für die Wartung der EDV.

Das OLG Köln nimmt den Rechtsstreit zum Anlass, nochmals Grundsätzliches zur Vorschrift des § 86a Abs. 1 HGB auszuführen. Nach dieser Vorschrift hat der Unternehmer dem Handelsvertreter „die zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen wie Muster, Zeichnungen, Preislisten, Werbetrugsachen, Geschäftsbedingungen zur Verfügung zu stellen“.

Die Bestimmung ist konkrete Ausprägung der allgemeinen Rechtspflicht des Unternehmers, den Handelsvertreter bei seiner Arbeit zu unterstützen. Die Aufzählung der Unterlagen im Gesetz ist nur beispielhaft, nicht abschließend. Der Begriff der Unterlagen ist weit zu fassen. Welche Unterlagen erforderlich sind, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Branchenüblichkeit, den Gegenstand der Absatzmittlung und dem Tätigkeitsbild des Handelsvertreters.

Der Handelsvertreter soll durch die zur Verfügung gestellten Unterlagen in die Lage versetzt werden, die Gegenstände, deren Absatz er zu fördern hat, bei den Kunden anzupreisen. Ausschlaggebend ist, was objektiv aus der Sicht eines normalen Handelsvertreters der jeweiligen Branche für die sachgerechte und erfolgreiche Erledigung der übertragenen Aufgabe, das Produkt mit Erfolg abzusetzen, benötigt wird.

Erforderlich kann darüber hinaus sein, was der Handelsvertreter aus seiner Sicht mit guten Gründen für den Erfolg seiner Tätigkeit für notwendig hält.

Im Einzelnen gehören dazu neben Musterstücken auch spezielle, die konkrete Vertriebstätigkeit im Einzelfall betreffende Computersoftware sowie umfassendes Werbematerial.

Produktspezifische, allgemeine Hilfsmittel, die auch ein Handelsvertreter benötigt, der andere Produkte vertreibt, muss der Handelsvertreter dagegen selbst anschaffen. Dazu gehören beispielsweise Büromaterialien und sonstige Hilfsmittel wie betriebsinterne Geschäftsunterlagen, Kraftfahrzeuge, Autotelefone, gängige Personalcomputer sowie gängige Hard- und Software.

Diese Grundsätze berücksichtigend verneint das OLG Köln die Wirksamkeit der Klausel, die den Handelsvertreter mit Kosten für eine vom Unternehmen herausgegebene Kundenzeitschrift belastete. Bei der Kundenzeitschrift handele es sich um Werbung im redaktionellen Gewand. Die Artikel seien auf Werbung und Absatz ausgerichtet und geben der Zeitschrift ihr prägendes Bild. Die Zeitschrift ist somit als klassisches Verkaufsinstrument einzustufen, welches den Handelsvertreter bei der Anpreisung der Ware gegenüber seinen Kunden unterstützt und den Vertrieb erleichtert.

Anders sei dagegen die Klausel zu EDV-Sachkostenpauschale zu beurteilen. Diese Leistungen sind nicht den Unterlagen zuzurechnen, die einem Handelsvertreter unentgeltlich zu überlassen sind. Die Kosten der Vorhaltung allgemeiner Hard- und Software hat der Handelsvertreter im Rahmen der allgemeinen

Geschäftsausstattung wie jeder andere Gewerbetreibender selbst zu tragen. Die EDV-Sachkostenpauschale diente zur Deckung der Kosten der EDV-Assistenten und der Wartung eigener Netzwerke.

Abschließend nahm das Gericht noch zu Verjährungsfragen Stellung. Die regelmäßige Verjährung beträgt auch für Bereicherungsansprüche drei Jahre, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat. Die Kenntnis von den eine Rückforderung begründenden Umständen und der Person des Schuldners ist jeweils zu den Zeitpunkten gegeben, in dem ein Handelsvertreter von den Belastungen seines Provisionskontos Kenntnis nimmt. Auf die rechtliche Würdigung der bekannten tatsächlichen Umstände kommt es nicht an.

§ § §

Zur Frage, ob es sich bei einem vom Käufer an den Verkäufer erstatteten Disagio um Werbungskosten handelt (BFH, Urt. v. 12.05.2009, IX R 40/08)

Der Steuerpflichtige erwarb eine Eigentumswohnung zum Listenpreis und übernahm des Weiteren die Verpflichtung, ein vom Verkäufer aufgenommenes Darlehen im Wege der Schuldübernahme zu übernehmen und dem Verkäufer anteilig das von diesem gezahlte Disagio zu erstatten. Den (anteiligen) Erstattungsbetrag machte der Steuerpflichtige, der die Wohnung nach Errichtung vermietet hatte, als Werbungskosten geltend. Das Finanzamt rechnete den Betrag jedoch den Anschaffungskosten zu. Der BFH stellte darauf ab, wie die vertragliche Vereinbarung einzuordnen ist. Ein im Rahmen der Veräußerung einer Immobilie als kalkulatorischer Teil des Kaufpreises berücksichtigtes Darlehen gehört zu den Anschaffungskosten des Erwerbers für das erworbene Wirtschaftsgut und nicht zu seinen Finanzierungskosten. Wird dagegen eine Vereinbarung über die Erstattung des Disagios unabhängig vom Kaufvertrag getroffen, gehört dieses nicht zum Kaufpreis. Es handelt sich dann um - ggf. als Werbungskosten zu berücksichtigende - Finanzierungskosten des Erwerbers. Notwendig ist insoweit eine klare Vereinbarung, aus der sich Grund und Höhe der erstatteten Aufwendungen entnehmen lassen. Im konkreten Fall erwarb der Steuerpflichtige die Wohnung zum Preis laut Preisliste. Der darüber hinaus geschuldete Restbetrag für die Erstattung des Disagios sollte danach kein Entgelt für den Erwerb der Eigentumswohnung sein; er war auch betragsmäßig eindeutig von dem Entgelt für den Grundbesitzerwerb getrennt worden. Deshalb konnte der Betrag als Werbungskosten sofort in Abzug gebracht werden.

LITERATURSPIEGEL

Stimmrechtszurechnung zum Treuhänder?

Werden bei Aktien, die in Deutschland emittiert werden und die zum Handel an einem organisierten Markt in der EU bzw. dem EWR zugelassen sind, bestimmte Stimmrechtsschwellen erreicht, überschritten oder unterschritten, ist dieser Umstand dem Emittenten und der BaFin mitzuteilen. **Von Bülow** und **Petersen** gehen in ihrem Beitrag in Heft 35/2009 der Zeitschrift **NZG** der Frage nach, inwieweit einem Treuhänder Stimmrechte zuzurechnen sind, die er für verschiedene Treugeber hält. Das OLG München hatte mit Urteil vom 09.09.2009 (7 U 1997/09) entschieden, dass bei einem Treuhandverhältnis die Stimmrechte des treuhänderisch gehaltenen Aktienanteils sowohl dem Treugeber als auch dem Treuhänder zuzurechnen sind, so dass auch für beide unter den Voraussetzungen des § 21 WpHG eine Meldepflicht besteht. Im konkreten Fall hatte der Treuhänder Aktien für einen Dritten und auch noch einen anderen Treugeber (Vierten) gehalten. Da die Summe der Stimmrechte aus den zum Treugut gehörenden Aktien zzgl. der so zuzurechnenden Stimmrechte den Schwellenwert von 3 % überschritten und der Treuhänder keine entsprechende Stimmrechtsmitteilung abgegeben habe, habe er die Befugnis zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen verloren. Mit dieser Rechtsansicht des OLG München setzen sich von Bülow und Petersen kritisch auseinander. Zunächst sei dann auch zu differenzieren, ob es sich um eine fiduziarische Treuhand oder eine Vollmachtstreuhand handelt. Im Falle der Vollmachtstreuhand stelle sich aus Sicht des Treugebers die Frage nach der Zurechnung von Stimmrechten nicht. Der Treugeber bleibe zivilrechtlicher Eigentümer der betreffenden Aktien und halte damit weiterhin unmittelbar die Stimmrechte nach § 21 Abs. 1 und Abs. 1 a) WpHG. Bei der fiduziarischen Treuhand kommt es darauf an, ob der Treuhänder die Stimmrechte nach seinem freien Ermessen ausüben kann oder ob die Stimmrechtsherrschaft beim Treugeber liegt. Unter Berücksichtigung dieser (zwingenden) Auslegungskriterien erfolgt eine Stimmrechtszurechnung nur für Stimmrechte aus Aktien, die für Rechnung des Meldepflichtigen gehalten werden. Für die vom OLG München angenommene Zurechnung der Stimmrechte des Treugebers zum Treuhänder bestand keine Rechtsgrundlage. Im konkreten Fall scheidet auch eine Analogiefähigkeit von Zurechnungstatbeständen aus, da aus Art. 103 Abs. 2 GG ein Verbot analoger Strafbegründung folgt. Die Zurechnungsvorschrift des § 22 WpHG sind insoweit abschließend und nicht analogiefähig.

* * *

Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Vertriebsrecht des Jahres 2008

In Heft 51-52/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** fasst **Emde** aktuelle Rechtsprechung und Literaturstimmen zum Vertriebsrecht zusammen. Von Status- und Abgrenzungsfragen geht er auf Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Vertragsdurchführung ein (Aufklärungspflichten, Buchauszugsrechte, Provisionsrechte, Konkurrenzschutz, Haftung, Wettbewerbsverstöße). Weitere Themen

bilden die Vertragsbeendigung (ordentlich und außerordentlich), die Folgen einer Vertragsverlängerung, verjährungs-, kartellrechtliche und steuerrechtliche Fragen. Hierbei geht es vor allem um die Frage, inwieweit Leistungen der Versicherungsvermittler, Bausparkassenvertreter und Vermittler von Gesellschaftsanteilen steuerfrei sind. So erfüllt das bloße Einholen von Kundendaten nicht die spezifische Funktion einer Versicherungsvertretertätigkeit. Auch die Leitung einer Vermittlungsorganisation bildet regelmäßig keine Vermittlung im Sinne der Befreiungsvorschrift. Zweck einer Vermittlungstätigkeit ist es, das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, an dessen Inhalt der Vermittler kein Eigeninteresse hat. Soweit es nicht um die Suche nach potenziellen Interessenten, sondern um den Aufbau, die Führung und die Leitung einer Vermittlungsorganisation geht, ist die Leistung nicht steuerfrei.

* * *

Das neue Schuldverschreibungsgesetz und der Anleihemarkt

Das neue Schuldverschreibungsgesetz ist am 05.08.2009 in Kraft getreten und hat das Schuldverschreibungsgesetz von 1899, welches nur einen engen Anwendungsbereich hatte, weil es Anleihen ausländischer Emittenten und Anleihen der Öffentlichen Hand nicht erfasste, abgelöst. **Horn** zeigt in seinem Beitrag in Heft 11/2009 der **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR)** die wesentlichen Neuregelungen auf. Hauptziel des Gesetzes ist es, den Emittenten von Anleihen, die deutschem Recht unterstehen, die Möglichkeit von Anpassungsregelungen zu eröffnen, wie sie heute auf internationalen Finanzmärkten üblich sind. Das Schuldverschreibungsgesetz enthält nur einen knappen Bestand von zwingenden Regeln in den §§ 2, 3, 4 und 23. § 3 normiert das Gebot der Transparenz des Leistungsversprechens. Nach § 4 können Anleihebedingungen während der Laufzeit der Anleihe nur durch gleichlautenden Vertrag mit sämtlichen Gläubigern oder durch Mehrheitsbeschlüsse von Gläubigern geändert werden. Abänderungen der Anleihebedingungen müssen für alle Gläubiger gleich sein. Kernstück des neuen Schuldverschreibungsgesetzes ist das neue Gläubigerorganisationsrecht (§§ 5 bis 21). Es handelt sich um eine freiwillige Regelung. Die Geltung des gesetzlichen Organisationsrechtes hängt davon ab, dass der Emittent positiv für die Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen der Gläubiger und für die Möglichkeit der Bestellung eines gemeinsamen Gläubigervertreeters optiert. nach wie vor bleibt es bei der Inhaltskontrolle der Anleihebedingungen, bei denen es sich um Regelungen im Sinne des AGB-Rechts handelt. Auch dann, wenn für die gesetzliche Regelung optiert wird, bleiben AGB der Inhaltskontrolle unterworfen, sofern sie Materien regeln, die das Schuldverschreibungsgesetz nicht behandelt (z.B. Klauseln über die einseitige Anpassung von Anleihebedingungen durch den Emittenten). Die Normierung des Transparenzgebots in § 3 gilt unabhängig von einer Option der Emittenten für oder gegen ein Gläubigerorganisationsrecht. Die Vorschrift zeigt die in vielen Bereichen anzutreffenden Bemühungen, den Anlegerschutz weiter zu festigen.

* * *

Rechtsfragen der Kombination von Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung

Beim Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages wird nicht selten der gleichzeitige Abschluss einer Restschuldversicherung gefordert, zumindest aber mit angeboten. Die Restschuldversicherung bezweckt die Entlastung beider Vertragsparteien vom Risiko plötzlicher Erwerbsunfähigkeit, Krankheit und/oder Arbeitsunfähigkeit sowie Tod des Darlehensnehmers. **Mülbert** und **Wilhelm** befassen sich in ihrem Beitrag in Heft 48/2009 der **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht** mit den Voraussetzungen und Folgen eines Widerrufs von Darlehen und Restschuldversicherung nach Maßgabe der §§ 355 ff. BGB. Ausgehend von der im Effektingeschäft entwickelten sog. „Kick-Back-Rechtsprechung“ wird in einem zweiten Schritt untersucht, ob auch bei Restschuldversicherungen eine Offenlegung interner Vergütungsstrukturen geboten ist. Vor dem Hintergrund der jüngsten Entwicklungen bei der Anlageberatung sind unterschiedliche Ansätze sowohl für die rechtsdogmatische Einordnung als auch die wertende Begründung denkbar. Offenlegungspflichten können kraft vorvertraglicher Aufklärungspflichten oder als Element eines Beratungsvertrages bestehen. Der Transparenzgedanke kann primärer Zweck sein oder Nebenzweck zur Überwindung eines zu bewältigenden Interessenkonfliktes. Die Autoren vertreten den Standpunkt, dass eine interessenkonfliktbezogene Aufklärungspflicht in Anlehnung an die Kick-Back-Rechtsprechung nur dann besteht, wenn ein konkludenter Beratungsvertrag zustande kommt, in dem der Darlehensgeber als Endpunkt eines Beratungsprozesses eine dezidierte Abschlussempfehlung ausspricht. Auch die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens soll bei der Kombination von Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung keine Anwendung zugunsten des Kunden finden. Die Thesen erscheinen gewagt, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der sowohl durch die BGH-Rechtsprechung als auch durch das neue VVG (VVG 2008) intendierte Transparenzgebot.

KURZ UND BÜNDIG

Wachstumsbeschleunigungsgesetz: Die Änderungen der Zinsschranke

Am 18.12.2009 passierte das Wachstumsbeschleunigungsgesetz auch den Bundesrat. Das Gesetz sieht u.a. Änderungen der Zinsschranke vor, um es Unternehmen zu erleichtern, die unmittelbaren Folgen der Finanz- und Wirtschaftskrise zu verkraften. **Rödding** stellt in seinem Beitrag in Heft 51-52/2009 der Zeitschrift **DStR** die Änderungen im Einzelnen dar und erläutert deren Auswirkungen. Der Zinsschrankenregelung wurde seit ihrem Inkrafttreten insbesondere ein Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip, gegen das Europarecht und gegen geltende Doppelbesteuerungsabkommen vorgeworfen. Jetzt werden die Bedingungen für den Abzug von Zinsaufwendungen wieder verbessert. Dies betrifft zum einen die Verdreifachung der Freigrenze, die möglicherweise kleineren und mittleren Unternehmen insbesondere in Krisenzeiten helfen dürfte, der Zinsschranke auszuweichen und damit nicht einem zusätzlichen Liquiditätsentzug ausgesetzt zu sein. Rödding kritisiert jedoch, dass die sog. Escape-Klausel nur eine marginale Änderung erfahren hat. Die Nutzung der Ausnahmeregelung gestalte sich durch die

Hürden der Gesellschafter-Fremdfinanzierung und die vielen Zweifelsfragen zum Eigenkapitalvergleich als schwierig. Außerdem bedeutete die Erfüllung des Eigenkapitalvergleichs einen erheblichen administrativen Aufwand.

* * *

Notleidende geschlossene Fonds: Sanieren oder Ausscheiden

Am 19.10.2009 hat der BGH eine Grundsatzentscheidung verkündet, die sich mit Treue-, Sanierungs- und Ausscheidenspflichten von Gesellschaftern eines geschlossenen Immobilienfonds befasst hat (BGH, Urt. v. 19.10.2009, II ZR 240/08; vgl. die Newsletter-Ausgabe 11/2009).

In Heft 35/2009 der Zeitschrift **NZG** bespricht **Wagner** die BGH-Entscheidung und gibt einen Überblick über die daraus folgenden Konsequenzen. In der Vergangenheit wurden Sanierungen immer wieder dadurch torpediert, dass einzelne Anleger Nachschussanforderungen anfochten und allein durch Klagen weiteres Kapital und Zeit gebunden wurde. Außerdem waren nachschusswillige Anleger oftmals nicht bereit, die sog. „Trittbrettfahrer“ mit zu unterstützen, die sie aber bisher auch nicht so einfach aus der Gesellschaft ausschließen konnten. Das ist bei Fondsgesellschaften, bei denen ein überzeugendes Sanierungskonzept vorliegt, für das sich die Mehrheit der Gesellschafter entscheidet, nunmehr anders. Wagner begrüßt die Entscheidung, die von sorgfältigem Vorgehen zeuge und als Beispiel dafür dienen könne, welchen rechtlichen Rahmen man einem Sanierungskonzept zugrundelegen kann.

* * *

Zahlungsverzug im Mietrecht

Gerät ein Mieter mit der Bezahlung der Miete in Verzug, kann dies die unterschiedlichsten Ursachen haben und für die Betroffenen weitreichende rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Dem Vermieter fehlen unter Umständen Einnahmen, mit denen er bei der Fremdfinanzierung einer Wohnung fest kalkuliert hat. Dem Mieter droht der Verlust der Räume, die er - im Gewerberaummietrecht - zur Erzielung seines Lebensunterhalts benötigt oder - im Wohnungsmietrecht - die den Verlust des „Dachs über dem Kopf“ bedeuten können. In seinem Aufsatz in Heft 12/2009 der Zeitschrift **Wohnungswirtschaft & Mietrecht** geht **Sternel** auf die unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen ein. Die Kernfrage lautet, welche Auswirkungen der Zahlungsverzug auf den Bestand des Mietverhältnisses hat. Sternel geht auf die Voraussetzungen des Zahlungsverzugs, die Kündigungsfolgen, Kündigungsvoraussetzungen, Kündigungsausschlüsse, die Schonfristregelung und den Verzugsschaden ein.

* * *

Joint-Venture-Verträge in der Immobilien-Projektentwicklung

Um den Eigenkapitalanteil bei Immobilienentwicklungen oder Immobilientransaktionen zu finanzieren, schließen sich häufig Investoren zusammen, um ein bestimmtes Ziel gemeinsam zu verfolgen. Neben der Zielbestimmung geht es insbesondere auch darum, welcher Partner welche Beiträge leistet. Denkbar ist die Überlassung von Kapital, die Erbringung von Dienstleistungen oder die Zurverfügungstellung besonderen Know-Hows oder auch die gemeinsame Haftungsübernahme für aufzunehmendes Fremdkapital. Deshalb sollte ein Joint-Venture-Vertrag die wirtschaftlichen, finanziellen und sonstigen Rahmenbedingungen eines geplanten Immobilienprojektes normieren. Auf was im Einzelnen zu achten ist, bespricht **Wittneben** in seinem Beitrag in Heft 23-24/2009 der Zeitschrift **ZfIR**. Am Ende seines Beitrags stellt Wittneben 10 besonders zu beachtende Punkte in einer Checkliste zusammen.

* * *

Nicht angelegte Mietkaution und Zurückbehaltungsrecht des Mieters im Insolvenzverfahren gegenüber dem Zwangsverwalter

In Fortsetzung seiner im Jahr 2003 begonnenen Rechtsprechungsserie zur Mietkaution in der Zwangsverwaltung hat der BGH im Urteil vom 23.09.2009 (VIII ZR 336/08, vgl. den Rechtsprechungsspiegel in diesem Newsletter) entschieden, dass dem Mieter gegenüber dem Zwangsverwalter ein Zurückbehaltungsrecht an der laufenden Miete bis zur Höhe des Kautionsbetrages nebst Zinsen zusteht, solange der Zwangsverwalter nicht die vom Mieter geleistete Kautions gem. § 551 Abs. 3 BGB angelegt hat.

Depré setzt sich in Heft 23-24/2009 der Zeitschrift **ZfIR** kritisch mit diesem Urteil auseinander. Die Bestimmung des § 152 Abs. 2 ZVG bewirke nicht, dass der Zwangsverwalter ausnahmslos in alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag eintritt. Durch die Beschlagnahme des Grundstücks erlange der Zwangsverwalter die Befugnis, die aufgrund des Mietvertrages geschuldeten Beträge anstelle des Vermieters einzuziehen. Gleichzeitig ist er verpflichtet, diese bestimmungsgemäß zu verwenden, soweit sie nicht beschlagnahmt sind. Durch die Rechtsprechung des BGH werde aber verhindert, dass der Zwangsverwalter zugunsten der am Zwangsverwaltungsverfahren beteiligten Gläubiger Ansprüche verwirklicht, was zu einem nicht hinnehmbaren Funktionsverlust der Zwangsverwaltung führe.

ENTSCHEIDUNG DES MONATS

Weitere BGH-Entscheidung zur Frage von Aufklärungspflichten finanzierender Banken (BGH, Urt. v. 10.11.2009, XI ZR 252/08)

Fehlgeschlagene kreditfinanzierte Anlagegeschäfte aus den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts beschäftigen nach wie vor die Gerichte in hohem Maße. Zum einen geht es um Rechtsfragen bei den sog. „Schrott-Immobilien-Fällen“, zum anderen um durch Darlehen finanzierte Beteiligungen an geschlossenen Fonds.

I. Sachverhalt

Beim jetzt vom BGH entschiedenen Fall ging es um den fremdfinanzierten Erwerb einer Beteiligung an einem sog. WGS-Fonds. Eine Anlegerin war bereits im Jahr 1992 von ihrer Nachbarin angesprochen worden, ob sie sich für eine Beteiligung an diesem geschlossenen Immobilienfonds interessiere. Die Nachbarin war im Auftrag eines WGS-Vermittlers tätig geworden. Im Beteiligungsprospekt waren Vertriebskosten je vertriebenem Anteil ausgewiesen. Tatsächlich wurde noch einmal fast das Doppelte der ausgewiesenen Vertriebskosten an die Vertriebsgesellschaft bezahlt. Die Fondsgesellschaft fiel 1997 in Konkurs. Die Anlegerin kündigte das zur Finanzierung der Fondsbeteiligung aufgenommene Darlehen und löste es durch ein Darlehen einer anderen Bank ab. Das zur Beteiligungsfinanzierung ursprünglich aufgenommene Darlehen enthielt eine Widerrufsbelehrung, die den Vorgaben des Haustürwiderrufgesetzes nicht entsprach. Die Anlegerin forderte deshalb u.a. unter Bezugnahme auf die Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes die Rückabwicklung, des Weiteren wegen arglistiger Täuschung durch unrichtige Angaben im Fondsprospekt, die sich die Bank als finanzierende Bank zurechnen lassen müsse.

II. Die wesentlichen Gesichtspunkte der Entscheidung

Ein Rückabwicklungsanspruch wegen der fehlerhaften Widerrufsbelehrung wurde vom BGH jedoch verneint. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat bereits am 10.04.2008 (Rechtssache C-412/06) entschieden, dass eine bis zum 01.01.2002 geltende Regelung im Haustürwiderrufgesetz mit europäischem Recht vereinbar ist. Für die Frage, ob Leistungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 4 HausTWG beiderseits vollständig erbracht sind, ist auch bei einem verbundenen Geschäft allein auf das Rechtsgeschäft abzustellen, in welchem ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufgesetz begründet ist. Das verbundene Geschäft spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Es kam also auf die Frage an, ob zum Zeitpunkt des Widerrufs das (ursprüngliche) Darlehensverhältnis vollständig beendet war. Im Hinblick auf die Fondsbeteiligung mussten die wechselseitigen Leistungen noch nicht vollständig erbracht sein. Aufgrund der Darlehensablösung, die vier Jahre vor erfolgtem Widerruf erfolgte, war ein Widerrufsrecht erloschen.

Im Weiteren ging es um die Frage, ob der Anlegerin ein Schadenersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen einer arglistigen Täuschung zustand und ob sich die finanzierende Bank die Täuschungshandlung zurechnen lassen müsste.

Nach der BGH-Rechtsprechung muss sich die das Anlagegeschäft des Verbrauchers finanzierende Bank bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 VerbrKrG eine arglistige Täuschung des Vermittlers über das Anlageobjekt zurechnen lassen. Der Verbraucher kann in diesem Fall der finanzierenden Bank gegenüber den Darlehensvertrag entweder gem. § 123 BGB anfechten oder Schadenersatz aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsschluss in Verbindung mit dem Grundsatz der Naturalrestitution gem. § 249 BGB verlangen.

Das Berufungsgericht hatte ein arglistiges schuldhaftes Verhalten des Vermittlers verneint und hierbei auf die Person der Nachbarin abgestellt. Allein darauf - so der BGH - könne jedoch nicht abgestellt werden. Nach der BGH-Rechtsprechung darf derjenige, der es mit einer Organisation (z.B. einer juristischen Person) zu tun hat, grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden als derjenige, der einer natürlichen Person gegenübersteht. Die Organisation darf nicht dadurch besser stehen, dass anstelle des konkret wissenden Organs oder Mitarbeiters für sie ein Untervermittler auftritt, der über das geschäftsrelevante Wissen nicht verfügt. In einem solchen Fall ist es erforderlich, dass die Vertriebsgesellschaft zumindest bedingt vorsätzlich bei der Weitergabe unwahrer Tatsachen an die Untervermittler oder bei dem Zurückhalten geschäftsrelevanten Wissens gehandelt hat. Der Inhaber oder das Organ der Organisation muss die Pflicht zur Aufklärung des Kunden gekannt oder zumindest für möglich gehalten haben und es gleichwohl bewusst unterlassen haben, die unmittelbar tätigen Vermittler entsprechend zu instruieren.

Im konkreten Fall waren die Vertriebskosten im Prospekt falsch mitgeteilt worden. Die Anlegerin hatte im Streitfall nicht nur darauf abgestellt, ob ihre Nachbarin Kenntnis der Unrichtigkeit der Prospektangaben gehabt oder nicht gehabt habe, sondern auf eine arglistige Täuschung durch die übergeordnete Vertriebsgesellschaft abgestellt. Feststellungen zu dieser - streitigen - Behauptung wurden vom Berufungsgericht nicht getroffen. Ferner ging es um die ebenfalls strittige Frage, ob die finanzierende Bank wegen eigener Aufklärungspflichtverletzungen in Bezug auf das Anlagegeschäft haftbar gemacht werden konnte.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist eine finanzierende Bank nicht verpflichtet einen Darlehensnehmer über die Gefahren und Risiken der Verwendung eines Darlehens aufzuklären und vor dem Vertragsschluss zu warnen. In vier Fallgruppen kommen aber eigene Aufklärungs- und Hinweispflichten in Betracht. Bei Vorliegen eines konkreten Wissensvorsprungs, bei Überschreiten der Kreditgeberrolle, bei Bestehen von Interessenkollisionen und bei Schaffung besonderer Gefährdungstatbestände. Zur letzt genannten Fallgruppe können das Wissen wegen Falschangaben des Vermittlers gehören, überhöhte Kaufpreise und höhere Innenprovisionen als nach außen dokumentiert.

III. Fazit

Anhand dieses Falles konnte der BGH seine Rechtsprechung zu fehlgeschlagenen kreditfinanzierten Anlagegeschäften systematisch ein weiteres Mal zusammenfassen. Bevor ein Anleger umschuldet und ein ursprüngliches Darlehen tilgt, sollte er überprüfen, ob er den ursprünglichen Darlehensvertrag unter Umständen noch widerrufen kann. Daneben spielen weitere Beurteilungskriterien eine Rolle, über die der BGH anhand des konkreten Falles nicht zu befinden hatte, beispielsweise die Erörterung der Darlehensnehmereigenschaft eines Anlegers, der Unwirksamkeit eines Vertrages wegen Verstoßes nach den Regelungen des Rechtsberatungsgesetzes, der Unterbrechung der Haustürsituation durch eine Notarbeurkundung oder Kausalitätsfragen zwischen Schaden und nicht ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung nach Haustürwiderrufsrecht. Beim kreditfinanzierten Fondsbeitrag hat ein Anleger jedenfalls bessere Chancen gegenüber der seinen Beitritt finanzierenden Bank als im Falle des darlehensfinanzierten Erwerbs einer Eigentumswohnung.

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

Redaktion Newsletter

Rechtsanwalt Ulrich A. Nastold

Rechtsanwaltskanzlei Klumpe, Schroeder & Partner GbR

Luxemburger Str. 282e

D- 50937 Köln

Tel: +49 / 221 - 94 20 94 0

Fax: +49 / 221 - 94 20 94 25

eMail: info@rechtsanwaelte-klumpe.de

Web: www.rechtsanwaelte-klumpe.de

Nähere Angaben erhalten Sie hier: www.kanzlei-klumpe.de/html/ct_impresum.php

Realisierung: **.schoenke - eMedia Consulting** | info@schoenke.net | www.schoenke.net