



Der Markt für Kapitalanlagen - Beratung auf Augenhöhe

Newsletter 04/2011

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Beratungspflichten einer Bank bei Abschluss sog. Zinswetten dürfte in den erst vor kurzem wiedereröffneten Türmen der Deutsche Bank AG in Frankfurt so unerwünscht wahrgenommen worden sein wie eine Taifunwarnung vor einer Küstenregion. Bricht man allerdings die die Entscheidung tragenden Gesichtspunkte auf das Wesentliche herunter, ist eher überraschend, dass die zwei Vorinstanzen zu einem gegenteiligen Ergebnis gekommen waren und eine Beratungspflichtverletzung verneint hatten. Im Grunde genommen fußt die Entscheidung des BGH auf alten Grundsätzen: Über schwerwiegende Interessenkonflikte ist ungefragt aufzuklären. Die Beratung des Kunden hat „auf Augenhöhe“ zu erfolgen. Und derjenige, der für seinen Vertragspartner nicht erkennbar ein Produkt zu seinem eigenen Vorteile entwickelt und dabei nie Verlierer sein kann, muss auch diesen Umstand offenbaren.

Nicht - jedenfalls bislang nicht - offenlegungspflichtig sind hingegen nach einer ebenfalls aktuellen BGH-Entscheidung die Provisionen eines freien und unabhängigen Finanzdienstleisters. Dies gilt unter den Voraussetzungen, dass in einem Beteiligungsprospekt ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung offen ausgewiesen sind, der Anleger den Prospekt rechtzeitig vor Zeichnung erhalten hat, der Berater vom Kunden keine gesonderte Vergütung erhält und die Vergütungshöhe eine bestimmte Größenordnung (15 % oder mehr) nicht überschreitet. Wenn ein Anleger aber nach der konkreten Provisionshöhe fragt und der Anlageberater die Frage beantwortet, darf er hierbei keine unrichtigen oder irreführenden Angaben machen.

Wir stellen Ihnen beide Entscheidungen in diesem Newsletter vor.

Für alle Vermittler und Berater von geschlossenen Fondsbeteiligungen ist auch eine andere BGH-Entscheidung von ebenfalls großer Relevanz: Die Pflicht zur Plausibilitätsprüfung schließt auch ein Berechnungsbeispiel ein. Beispielsweis hängt die Werthaltigkeit und Wertentwicklung der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds maßgeblich vom Wert der Immobilie ab. Wird der zur Anlage bestimmte Teil einer Anlagesumme durch nicht unerhebliche Weichkosten gemindert, ist es in aller Regel nicht plausibel, wenn in der Modellrechnung die volle Anlagesumme eingestellt wird und von dieser die künftige Wertentwicklung hochgerechnet wird.

Weitere aktuelle Entscheidungen zum Versicherungs- und Versicherungsvermittlerrecht sowie zur Zulässigkeit von Werbeanrufen runden die heutige Rechtsprechungsübersicht ab.

Wenn Sie nun Ihrerseits Fragen dazu haben sollten, welche Kriterien Sie beachten müssen, Ihre Kunden „auf Augenhöhe zu beraten“ oder wenn Sie meinen, nicht unbedingt „auf Augenhöhe beraten“ worden zu sein, stehen wir Ihnen mit unserem Know-How gerne zu Ihrer Verfügung.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Unsere Themen in der Übersicht

Rechtsprechungsspiegel

- Zur Frage der Genehmigungspflicht der Errichtung von Solarenergieanlagen
- Pflicht zur Plausibilitätsprüfung schließt auch ein Berechnungsbeispiel ein
- BGH bestätigt seine Kick-Back-Rechtsprechung für freie (unabhängige) Finanzdienstleister
- Bei Empfehlung eines von einer Bank konstruierten Zinssatz-Swap-Geschäftes muss die Bank ihren Kunden auf Augenhöhe beraten und auf bestehende Interessenkonflikte hinweisen
- Zu Hinweis- und Aufklärungspflichten einer Bank bei Anbahnung eines Immobilien-Darlehensvertrages
- Kick-Back-Rechtsprechung gilt bei fondsgebundener Lebensversicherung nicht
- § 5a VVG a.F. verstößt nicht gegen Europarecht
- Zum Pflichtenkreis eines Versicherungsmaklers
- Registeranmeldung eines gebundenen Vermittlers gestattet auch die Vermittlung nicht konkurrierender Produkte eines anderen Versicherers
- Double-Opt-In-Verfahren kann Einverständnis mit Werbeanrufen nicht belegen

Kurz und bündig

- Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grund
- Rückforderung der Betriebskostenvorauszahlung nach Beendigung des Wohnraummietverhältnisses - Neue Probleme?
- Deliktische Haftung eines EU-ausländischen Brokers wegen Beteiligung an sittenwidrigem Geschäftsmodell
- Der Rückkaufswert im Spannungsfeld von AGB-, Verfassungs- und Gesetzgebungsrecht
- Die Entwicklung des Grundbuch- und Grundstücksrechtes im Jahr 2010
- Keine Anonymität in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
- Steuerliche Behandlung der Rückabwicklung von Schrott-Immobilien
- Die Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen bei geschlossenen Fonds und Bauherrenmodellen
- Verwertungskündigung: Anforderungen an die Begründung

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Zur Frage der Genehmigungspflicht der Errichtung von Solarenergieanlagen (OVG NRW, Beschl. v. 20.09.2010, 7 B 985/10)

Sachverhalt

Auf einem für diesen Zweck angemieteten Dach einer Reithalle eines Landwirtes brachte der Mieter der Dachfläche eine Solarenergieanlage an. Der damit erzeugte Strom sollte in das Netz eines Energieversorgers eingespeist werden. Eine Baugenehmigung für die Errichtung der Solaranlage war nicht eingeholt worden. Die Baubehörde untersagte dem Dachflächennutzer die Nutzung der Solarenergieanlage, da diese formell illegal sei. Der Antrag des Nutzers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen die Nutzungsuntersagung blieb erfolglos.

Entscheidung

Nach § 63 Abs. 1 BauO NRW bedürfen die Errichtung, die Änderung, die Nutzungsänderung und der Abbruch baulicher Anlagen der Baugenehmigung soweit in anderen Vorschriften nichts anderes bestimmt ist. Das Gericht wies darauf hin, dass mit der Errichtung der Photovoltaikanlage gleichzeitig eine Nutzungsänderung der Reithalle vorgenommen worden ist.

Eine eine Genehmigungspflicht auslösende Nutzungsänderung liegt vor, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen Nutzung dergestalt unterscheidet, dass sie anderen oder weitergehenden Anforderungen bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Art unterworfen ist oder zumindest unterworfen sein kann.

Bislang war die Reithalle landwirtschaftlich genutzt worden. Mit der Errichtung der Photovoltaikanlage auf dem Dach der Reithalle trat eine gewerbliche Nutzung der Dachfläche durch einen Dritten hinzu. Diese zusätzliche Nutzung kann anderen oder weitergehenden Anforderungen insbesondere bauplanungsrechtlicher Art unterworfen sein als die bisherige Nutzung. Die Nutzungsänderung der Reithalle ließ sich auch nicht mit dem Einwand in Abrede stellen, die Photovoltaikanlage sei isoliert für sich zu betrachten und lasse den Nutzungscharakter des Gebäudes unberührt. Die Photovoltaikanlage bildet vielmehr mit der Reithalle eine funktionale und zudem auch baukonstruktiv untrennbare Einheit, weil sie das Dach des Gebäudes nutzt, um die gewünschte Wirkung zu erzielen.

Fazit

Die Errichtung oder Änderung einer Solarenergieanlage auf oder an einem Gebäude bedarf nur dann keiner Baugenehmigung, wenn ihre Nutzung der genehmigten Nutzung des Gebäudes zuzuordnen ist. Dies kann der Fall sein, wenn der erzeugte Strom bei der (genehmigten) Nutzung des Gebäudes eingesetzt wird. Wird er aber gegen ein monatliches Entgelt in das Netz eines Energieversorgers eingespeist, liegt eine Nutzungsänderung vor, die eine Genehmigungspflicht auslöst.

Pflicht zur Plausibilitätsprüfung schließt auch ein Berechnungsbeispiel ein (BGH, Urt. v. 17.02.2011, III ZR 144/10)

Sachverhalt

Anleger wurden nach vorheriger Übergabe eines Anlageprospektes sowie Aushändigung und Erläuterung eines persönlichen Berechnungsbeispiels für den Erwerb einer Fondsbeteiligung geworben. Das Berechnungsbeispiel hatte der Vertriebsbeauftragte bei der Initiatorin erstellen lassen. Den Anlegern, die die Beteiligungssumme fremdfinanzierten, wurde die mögliche Wertsteigerung der Beteiligung vor Augen geführt, wenn sich der Wert der Anlage um 3 %, 3,5 % bzw. 4 % p.a. erhöht und sich die Mieten im gleichen Zeitraum um 2 %, 3 % bzw. 4 % erhöhen. Als Ausgangswert wurde im Berechnungsbeispiel die Zeichnungssumme eingestellt.

Laut Prospekt wurden rund 20 % der Zeichnungssumme für Weichkosten verwandt. In der Modellberechnung ist auch die jeweilige Restschuld bei der finanzierenden Bank sowie der sich ergebende finanzielle Überschuss ausgewiesen.

Entscheidung

In der Entscheidung ging es um mehrere Rechtsfragen. Die erste und wichtigste betraf die, ob der Vertriebsbeauftragte Aufklärungspflichten verletzt hatte. Die zweite Rechtsfrage, die nur nach Bejahung der ersten relevant war, betraf den geltend gemachten Anspruch des Anlegers auf Schuldbefreiung von dem aufgenommenen Darlehen. Die dritte Frage betraf schließlich die, ob sich der Vertriebsbeauftragte in Verzug befunden hatte.

Der BGH bestätigte die Auffassung des Berufungsgerichtes, dass offenbleiben könne, ob es sich beim Vertriebsbeauftragten um einen Berater oder Vermittler handele. Auch als Vermittler schuldet der Vertriebsbeauftragte eine richtige und vollständige Information über die tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluss von besonderer Bedeutung waren. Auch ein Vermittler muss dabei das Anlagekonzept, bezüglich dessen er Auskunft erteilt, wenigstens auf Plausibilität hin überprüfen. Unterlässt er eine solche Prüfung, hat er den Interessenten hierauf hinzuweisen.

Vertreibt ein Vermittler die Anlage anhand eines Prospektes, muss er im Rahmen der geschuldeten Plausibilitätsprüfung den Prospekt darauf kontrollieren, ob dieser ein in sich schlüssiges Gesamtbild über das Beteiligungsangebot abgibt und ob die darin enthaltenen Informationen sachlich vollständig und richtig sind. Eine gewisse Einschränkung erfährt dieser Grundsatz dadurch, dass der Vermittler dazu in der Lage sein muss und der Aufwand nicht unzumutbar sein darf.

Diese Plausibilitätsprüfung beschränkt sich nicht nur auf den Anlageprospekt, sondern erfasst auch Modellberechnungen, die von der Fondsiniciatorin erstellt worden sind. Die Werthaltigkeit und Wertentwicklung der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds hängt maßgeblich vom

Wert der Immobilie ab. Gerade wenn die Bewertung einer Fondsbeteiligung in Relation zu Mietsteigerungen gesetzt wird, wie dies im vorliegenden Fall der Fall war, wird dieser Zusammenhang noch besonders betont. Der Mietertrag ist ein ganz wesentlicher Faktor bei der Ermittlung des Wertes eines zu Renditezwecken angeschafften und mit einem Mietshaus bebauten Grundstücks. Hätte die Fondsinitiatorin in den von ihr erstellten Berechnungsbeispielen nicht auf den Gesamtaufwand des Anlegers, sondern nur auf die prospektierten Immobilienkaufpreise abgestellt, hätte sie bei ihrem Ausgangsbetrag von der Beteiligungssumme die Weichkosten in Abzug bringen müssen. Hätte dann aber nach 10 Jahren der niedrigste angegebene Steigerungswert erreicht werden sollen, hätte sich der Wert der Beteiligung um 65 % erhöhen müssen, jährlich also um ca. 6,5 % und nicht wie in diesem Fall im Berechnungsbeispiel angegeben um 3 %.

Der in der Modellberechnung enthaltene Hinweis, dass es sich um geschätzte Werte handele, für deren Eintritt die Haftung ausgeschlossen werde, steht einer Verantwortlichkeit nicht entgegen. Der Fehler lag hier nicht in der prognostizierten Wertentwicklung, sondern im unrichtigen Ausgangswert, der die Weichkosten nicht berücksichtigte.

Auch den Einwand des Vertriebsbeauftragten, der Anleger sei in diesem Punkt nicht aufklärungsbedürftig gewesen, ließ das Gericht nicht gelten. Die Vermittlung von Kapitalanlagen werde durch die regelmäßig erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für den Kapitalanleger geprägt. Damit korreliere ein ebenso regelmäßig bestehender Aufklärungsbedarf. In der großen Mehrzahl der Fälle könne dieser hinreichend nur durch den Vermittler und seine im Allgemeinen zu erwartende und auch nach dem Verständnis des Anlegers bestehende Sachkunde befriedigt werden. Eine Pflichtverletzung des Vertriebsbeauftragten war mithin zu bejahen. Er handelte auch fahrlässig.

Soweit es um die Befreiung der Darlehensbelastung bei der finanzierenden Bank ging, betonte der BGH, dass ein Zahlungsanspruch in solchen Fällen zunächst nicht bestehe. Vielmehr stehe es dem Schuldner frei, wie er einen Befreiungsanspruch erfülle. Entscheidend sei nur das Ergebnis und dass die Befreiung von der Verbindlichkeit eintritt. Dies könne durch Erfüllung, befreiende Schuldübernahme oder auf andere Weise erfolgen. Ein Befreiungsanspruch kann jedoch in einen Zahlungsanspruch übergehen, wenn der Gläubiger unter Setzung einer Frist mit Ablehnungsandrohung den Ersatzpflichtigen erfolglos zur Erfüllung aufgefordert hat. Nach fruchtlosem Ablauf kann der Gläubiger dann Ersatz in Geld verlangen. Das Erfordernis einer entsprechenden Fristsetzung entfällt, wenn der Schuldner ernsthaft und endgültig die Befreiung oder überhaupt jede Schadenersatzleistung verweigert. Diese Voraussetzungen lagen im konkreten Fall vor, so dass der Anleger „Schadenersatz in Geld“ fordern konnte.

Da der Vertriebsbeauftragte während des gesamten Rechtsstreits seine Haftung und seine Schadenersatzpflicht verneint hatte, befand er sich auch im Annahmeverzug.

Fazit

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, wie weit bereits der Pflichtenkreis eines Anlagevermittlers reicht. Es ist nur konsequent, die Pflicht zur Plausibilitätsprüfung nicht nur auf den Beteiligungsprospekt zu beschränken, sondern auf sonstige Unterlagen wie im konkreten Fall eine Modellrechnung. Künftig gilt dieser Pflichtenkreis gleichermaßen für die Vermögensanlageninformationsblätter. Das Gericht stellt auch ausdrücklich die Sachkunde eines Vermittlers in den Vordergrund, von deren Vorhandensein ein Anlageinteressent ausgehen könne. Im Interesse des Anlegerschutzes erscheint es unseres Erachtens auch zumutbar, selbst die „alten Hasen“ einer Sachkundeprüfung zu unterziehen, wie dies vom Gesetzgeber im Entwurf des Vermögensanlagegesetzes gefordert wird. Dem Ruf der Branche wird es dienlich sein.

§ § §

BGH bestätigt seine Kick-Back-Rechtsprechung für freie (unabhängige) Finanzdienstleister
(BGH, Urt. v. 03.03.2011, III ZR 170/10)

Sachverhalt

Ein Anleger hatte sich nach durchgeführter Beratung und Überlassung eines Anlageprospektes an einem geschlossenen Medienfonds beteiligt. Die Beteiligungssumme von 100.000,00 € zzgl. 5 % Agio wurde in Höhe von 45.500,00 € fremd finanziert. Rund einen Monat nach erfolgter Zeichnung erstattete die Anlageberaterin dem Anleger „wie vereinbart“ einen Teil des Agios in Höhe von 2.000,00 €.

Der Anleger trat seine (von ihm behaupteten) Ansprüche wegen Verletzung eines Anlageberatungsvertrages an einen Zessionar ab. Dieser stützte seine Klagebegründung vor allem darauf, die Anlageberaterin habe es pflichtwidrig unterlassen, über die Höhe der Provision aufzuklären, die sie im Falle der erfolgreichen Empfehlung der Kapitalanlage von Seiten der Fondsgesellschaft oder deren Hauptvertriebsbeauftragten erhalten hat.

Die Anlageberaterin erhielt dabei keine Vergütung vom Anleger. Die Provision für die Vermittlung des Eigenkapitals ist im Prospekt mit 8,25 % der Zeichnungssumme ausgewiesen.

Entscheidung

Der BGH sah keine Pflicht des freien, bankenunabhängigen Anlageberaters, einen Anleger innerhalb gewisser Grenzen unaufgefordert über die genaue Höhe der ihm bei erfolgreicher Vermittlung zufließenden Provision aufzuklären.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Anleger selbst keine Provision an den Berater zahlt und offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen werden, aus denen die Vertriebsprovisionen bezahlt werden.

Der BGH setzt sich in seiner Begründung auch mit den Argumenten der kritischen Stimmen auseinander. Für die Pflicht auch zur ungefragten Offenlegung werden die Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes, der Aufdeckung Vertragszweck gefährdender Interessenkonflikte und die Pflicht zur Angabe über die Werthaltigkeit und Rentabilität einer Anlage genannt.

Die Grundkonstellationen - Beratung durch eine Bank einerseits und durch einen freien Anlageberater andererseits - seien nicht miteinander vergleichbar. Ein Bankkunde solle davor geschützt werden, dass ohne sein Wissen („hinter seinem Rücken“ oder „heimlich“) Rückvergütungen versprochen werden, die für die Bank einen Interessenkonflikt darstellen können. Erst die Aufklärung über die genaue Höhe der Rückvergütung versetze den Kunden in die Lage, das Umsatzinteresse der Bank selbst einschätzen und beurteilen zu können.

Was die Auswirkungen auf die Werthaltigkeit anbelangt, hält der BGH an seiner Rechtsprechung fest, dass auch der freie Vermittler und/oder Berater über die Höhe der Vertriebsprovisionen aufzuklären hat, wenn diese eine Größenordnung von 15 % des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten. Unbeschadet dessen müssen unrichtige oder irreführende Angaben zur Vertriebsprovision generell unterbleiben oder rechtzeitig richtiggestellt werden. Soweit ein Anleger von einem freien Anlageberater beraten wird und diesem kein Entgelt oder keine Provision bezahlt, liegt es für den Anleger auf der Hand, dass der Anlageberater von der „anderen Seite“ (d.h. also dem Kapitalsuchenden) eine Vergütung erhält und diese im Ergebnis aus dem vom Anleger gezahlten Anlagebetrag stamme. Anders als eine Bank sei - so der BGH weiter - ein freier Anlageberater regelmäßig nicht in eine dauerhafte Geschäftsbeziehung eingebettet. Sind insoweit ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung offen ausgewiesen, liege es für den Anleger klar erkennbar zutage, dass aus diesen Mitteln auch Vertriebsprovisionen gezahlt werden, an denen der Anlageberater partizipiere. Es geschieht nichts hinter dem Rücken oder heimlich. Ein Anleger rechne mit derartigen Provisionen allgemein. Wenn er in Kenntnis dieses Umstandes eine Anlage zeichne, billige er die Provisionszahlung an den Anlageberater.

Soweit es dem Anleger um die genaue Höhe der Provision geht, könne der (um diese Umstände wissende) Anleger nachfragen. Bei der hier vorzunehmenden Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen (Informationsinteresse des Anlegers und Interesse des Anlageberaters, nicht seine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verraten zu müssen) könne der Anleger nicht erwarten, dass der Berater ohne Anlass oder Nachfrage seinen genauen Verdienst offenlegt. Erst ab einer bestimmten Größenordnung (15 % oder mehr) ist dies anders. Wenn ein

Anleger aber fragt und der Anlageberater die Frage beantwortet, darf er hierbei keine unrichtigen oder irreführenden Angaben machen.

Ansonsten ist es ausreichend, wenn die Aufklärung mittels Prospekt erfolgt, der rechtzeitig vor der Zeichnung der Beteiligung überlassen wird.

Fazit

Mit seiner Entscheidung widersprach der BGH der gegenteiligen Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Urt. v. 08.07.2010, I-6 U 136/09, vgl. unseren Newsletter 11/10). Er sorgt damit - zumindest für Altfälle - für eine Rechtssicherheit bei vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen. Für die Zukunft sieht der Entwurf des Vermögensanlagegesetzes die Pflicht zur Offenlegung der Provision vor. Darauf sollten sich auch die freien Finanzdienstleister schon heute einstellen.

§ § §

Bei Empfehlung eines von einer Bank konstruierten Zinssatz-Swap-Geschäftes muss die Bank ihren Kunden auf Augenhöhe beraten und auf bestehende Interessenkonflikte hinweisen (BGH, Urt. v. 22.03.2011, XI ZR 33/10)

Sachverhalt

Bei diesem Fall ging es um die Frage der Verletzung von Beratungspflichten einer Bank bei Abschluss eines Zinssatz-Swap-Vertrages. Die Deutsche Bank empfahl in zwei Beratungsgesprächen Anfang 2005 einem mittelständischen Unternehmen den Abschluss eines Zinssatz-Swap-Vertrages. Dabei handelt es sich um eine Zinsswette. Die Bank verpflichtete sich zu halbjährlichen Zinszahlungen in Höhe eines festen Zinssatzes von 3 % p.a. (bezogen auf einen Bezugsbetrag von 2 Mio. Euro). Der Bankkunde zahlte für das erste Jahr Zinsen in Höhe von 1,5 % p.a. und danach einen variablen Zinssatz, der mindestens bei 0,0 % liegt (also keine negative Zinszahlungspflicht beinhaltet) und der ansonsten von der Entwicklung der Differenz (Spread) zwischen dem 10- und 2-Jahresswapmittelsatz auf EURIBOR-Basis zu berechnen war. Es wurde eine Saldierung der wechselseitigen Zinszahlungen vereinbart. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hatte der Zinssatz-Swap-Vertrag einen von der Bank bewusst einstrukturierten negativen Marktwert in Höhe von ca. 4 % der Bezugssumme (ca. 80.000,00 €). Darauf hatte die Bank den Kunden nicht hingewiesen.

Das Verlustrisiko des Bankkunden bezeichnete die Bank als „theoretisch unbegrenzt“.

Ab Herbst 2005 entwickelte sich die Zinsdifferenz entgegen der Prognose der Bank. Der Vertrag erwies sich nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres für den Bankkunden als Verlustgeschäft. Im Januar 2007 wurde das Swap-Geschäft in Höhe des zu diesem Zeitpunkt aktuellen negativen

Marktwertes aufgelöst. Unter Anrechnung erhaltener Zinszahlungen forderte der Bankkunde einen Betrag von 541.074,00 € nebst Zinsen zurück.

Entscheidung

Anders als die Vorinstanzen bejahte der BGH eine Beratungspflichtverletzung der Bank. Er ließ dabei sogar die Frage offen, ob die Bank ihrer Pflicht zu einer anlegergerechten Beratung nachgekommen ist. Dazu gehört bei der Anlageberatung, die Risikobereitschaft des Anlegers zu erfragen, bevor eine Empfehlung abgegeben wird. Dies kann nur dann entbehrlich sein, wenn der Bank aus einer langjährigen Geschäftsbeziehung oder dem bisherigen Anlageverhalten des Kunden die Risikobereitschaft bereits bekannt ist.

Des Weiteren fordert eine anlegergerechte Beratung die Aufklärung des Anlegers auf eine Art und Weise und in einer Intensität, dass der Kunde im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank („Beratung und Entscheidung auf Eigenhöhe“).

Eine Beratungspflichtverletzung war jedenfalls deshalb zu bejahen, weil die Bank nicht über den negativen Anfangswert des Vertrages aufgeklärt hat. Dieser - bewusst strukturierte - negative Marktwert ist auch Ausdruck eines schwerwiegenden Interessenkonfliktes, über den die Bank ebenfalls hätte informieren müssen. Für die Bank als Partner der Zinswette erweist sich der „Tausch“ (englisch: Swap) nur dann als günstig, wenn die Prognose zur Entwicklung der Zinsdifferenz gerade nicht eintritt und der Bankkunde Verlust erleidet. Als Beraterin hatte die Bank hingegen die Pflicht, die Interessen des Bankkunden zu wahren. Durch den negativen Anfangswert war es der Bank möglich, dieses (für sie positive) Ergebnis zu ihren Gunsten dadurch zu vermarkten, das Risiko gewinnbringend auf Dritte zu verlagern.

Fazit

Das eigentlich Überraschende ist, dass die Vorinstanzen diesen Interessenkonflikt entweder nicht gesehen oder ihn als unerheblich betrachtet hatten. Es geht hier keineswegs darum, dass einer der Vertragspartner „cleverer“ ist als der andere, sondern darum, die Fakten, die für die Anlageentscheidung maßgeblich sind, verständlich zu offenbaren. Die Bank kannte hier alle Karten und wusste - im Gegensatz zu ihrem Kunden - wo die Trumpfkarten versteckt waren. Das war unfair.

§ § §

Zu Hinweis- und Aufklärungspflichten einer Bank bei Anbahnung eines Immobilien-Darlehensvertrages (LG Berlin, Urt. v. 24.09.2010, 4 O 482/09)

Sachverhalt

Ein Ehepaar hatte bei der beklagten Bank ein Darlehen zur Finanzierung einer vermieteten Eigentumswohnung aufgenommen. Beide Eheleute waren berufstätig. Sie waren zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kauf- und Darlehensvertrages 48 bzw. 49 Jahre alt. Die Laufzeit des Darlehens war bis 2032 angegeben. Zu diesem Zeitpunkt wären die Eheleute 73 bzw. 74 Jahre. Die Eheleute sind der Ansicht, die finanzierende Bank habe sie bei der Anbahnung des Immobilien-Darlehensvertrages nicht korrekt beraten und aufgeklärt. Der Ehemann trat seine Ansprüche auf Beratungspflichtverletzung an die Ehefrau ab. Strittig war, ob der Kaufpreis der Wohnung sittenwidrig überteuert war und ob der Vermittler der Wohnung behauptet hat, die Anlage ruhe bei Arbeitslosigkeit, sei aufwandsneutral und mit einem Gewinn von 70.000,00 bis 80.000,00 € sei in 10 Jahren zu rechnen.

Entscheidung

Das Gericht bejahte einen Schadenersatzanspruch wegen vorvertraglichen Verhandlungsverschuldens infolge unzureichender Angaben über die Finanzierung. Die Bank wäre verpflichtet gewesen, Auskünfte, die im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Darlehensgeschäft stünden, richtig und vollständig zu erteilen. Soweit eine Bank bei Anbahnung eines Darlehensvertragsverhältnisses erkennen kann, dass für die zukünftigen Darlehensnehmer aufgrund ihrer Lebens- und Einkommensverhältnisse und den Rahmendaten des Darlehens eine störungsfreie Finanzierung nicht möglich sein wird, muss eine entsprechende Aufklärung erfolgen. Eine solche Konstellation liegt insbesondere dann vor, wenn die Laufzeit des Darlehens nicht nur geringfügig über den Renteneintritt der Darlehensnehmer hinausreicht und nicht konkrete Umstände die Annahme rechtfertigen, dass ein Darlehensnehmer ungeachtet der damit verbundenen Einkommenseinbußen gleichwohl in der Lage sein wird, auch dann die ihn bereits jetzt stark belastende Kreditrate zu bedienen. Im konkreten Fall sei bereits aus den von der Bank bei Vertragsabschluss erstellten Unterlagen festgestanden, dass mit Renteneintritt eine Deckungslücke von etwa 1.000,00 € monatlich auftreten würde. Damit wäre ein Scheitern der Finanzierung lange vor Laufzeitende absehbar gewesen.

Der Pflichtenverstoß führte zur Gesamtrückabwicklung des finanzierten Eigentumswohnungskaufs.

Fazit

Eine Bank ist nur in Ausnahmefällen verpflichtet, einen Kunden auf das Risiko der von ihm beabsichtigten Verwendung aufgenommenener Darlehensmittel hinzuweisen. Darum ging es im konkreten Fall jedoch nicht, denn das Gericht stellte darauf ab, dass eine Bank unabhängig von dem finanzierten Geschäft davor zu warnen hat, einen Darlehensvertrag so abzuschließen, dass dessen

Scheitern vorhersehbar ist. Dies ist eine generelle Pflicht in einer hier allerdings vorliegenden ganz speziellen Ausprägung. Oder anders ausgedrückt: Die Bank durfte angesichts ihrer Kenntnis von den persönlichen Verhältnissen der Darlehensnehmer nicht die Augen davor verschließen, dass das Scheitern der Finanzierung absehbar war. Gerade deshalb, weil auf diese Gefahr nicht hingewiesen worden ist, war der Schadenersatzanspruch begründet.

§ § §

Kick-Back-Rechtsprechung gilt bei fondsgebundener Lebensversicherung nicht (OLG Köln, Beschl. v. 29.10.2010, 20 U 100/10)

Sachverhalt

Versicherungsnehmer und Versicherungsgesellschaft stritten über Ansprüche aus einem Lebensversicherungsvertrag. Der Versicherungsnehmer verlangte die Rückzahlung gezahlter Versicherungsbeiträge und machte u.a. geltend, er habe einen Bereicherungsanspruch, weil er den im Jahr 2004 abgeschlossenen Versicherungsvertrag auch noch im Jahr 2008 wirksam hätte widerrufen können. Außerdem sei er beim Abschluss der Versicherung nicht versicherungsnehmergerecht beraten worden. Insbesondere sei er nicht auf Kick-Backs hingewiesen worden, die es von den Investmentgesellschaften geben würde.

Entscheidung

Das OLG Köln bestätigt die die Klage abweisende Entscheidung des Landgerichts. Ein Widerrufsrecht habe dem Versicherungsnehmer im Jahr 2008 nicht mehr zugestanden. Europarechtliche Bedenken gegen die Bestimmungen des § 5a VVG a.F. bestünden nicht. Ein Recht zum Widerspruch erlischt spätestens ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie.

Soweit der Versicherungsnehmer beanstandet, er sei nicht ordnungsgemäß über den Rückkaufswert und die Verwendung der Abschluss- und Verwaltungskosten und die damit verbundenen finanziellen Nachteile unterrichtet worden, scheidet eine zu einem Schadenersatzanspruch führende Pflichtverletzung von vornherein aus. Eine Aufklärung ist zwar geboten. Sie erfolgt aber regelmäßig über die schriftlichen Verbraucherinformationen nach § 10a VAG a.F. Eine Beratungspflichtverletzung ergebe sich auch nicht aus dem nicht erfolgten Hinweis, nicht auf sog. Kick-Backs hingewiesen worden zu sein. Die vom BGH im Zusammenhang mit Anlageberatungsverträgen herangezogene Interessenkollision bestehe für einen Versicherer nicht. Diesem stehe es frei, in welche Fonds er die Versicherungsbeiträge der Versicherungsnehmer investiere.

Fazit

Aktuell wird immer wieder versucht, Ansprüche von Versicherungsnehmern auf Beitragsrückzahlungen mit Verstößen gegen § 5a VVG a.F. zu begründen. In solchen Fällen wird

dann stets vorgebracht, diese Vorschrift verstoße gegen Europarecht. Des Weiteren wird auch wiederholt versucht, die Parallele zwischen den Anforderungen an Aufklärungspflichten bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen und der Vermittlung anderer Anlageprodukte, insbesondere Investmentfonds oder geschlossene Fondsbeteiligungen, zu ziehen. Das OLG Köln verneint einen solchen Anspruch, weil es einer Versicherung frei stünde, in welche Investmentfonds die zur Anlage bestimmten Beitragsteile investiert werden sollen. Erst Recht müssen diese Grundsätze gelten, wenn der Versicherungsnehmer selbst die Wahl hat, bestimmte Investmentfonds auszuwählen. Bei zahlreichen Fondspolice ist dies der Fall.

§ § §

§ 5a VVG a.F. verstößt nicht gegen Europarecht (OLG Köln, Beschl. v. 05.02.2010, 20 U 150/09)

Leitsatz des Gerichts:

1. § 5a VVG a.F. verstößt nicht gegen Europarecht, weil die Lebensversicherungsrichtlinie nur eine europaweite Harmonisierung des Aufsichtsrechts anstrebt, so dass der nationale Gesetzgeber vertragsrechtlich Gestaltungsspielraum hat, der durch § 5a VVG a.F. nicht überschritten wurde.

Weitere Leitsätze des Verfassers:

2. Einer Versicherung ist es auch nach der Rechtsprechung des BGH und Bundesverfassungsgerichtes nicht verwehrt, Abschlusskosten für Versicherungsverträge zu erheben. Der Versicherung ist es auch nicht verwehrt, diese im Wege der Zillmerung in Ansatz zu bringen. Erforderlich ist lediglich, den finanziellen Nachteil, die das Zillmerungsverfahren im Falle einer frühen Vertragsbeendigung mit sich bringt, dadurch Rechnung zu tragen, dass einem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf einen Mindestbetrag in Höhe der Hälfte des ungezillmerten Deckungskapitals zugesprochen wird.
3. Die Regelung „Ist die Versicherung zum Zeitpunkt der Kündigung beitragspflichtig, so wird bei der Berechnung des Zeitwerts ein als angemessen angesehener Abzug vorgenommen (§ 176 VVG)“ ist als hinreichend transparent und inhaltlich unbedenklich anzusehen.

§ § §

Zum Pflichtenkreis eines Versicherungsmaklers (OLG Celle, Ur. v. 06.04.2009, 11 U 220/08)

Sachverhalt

Ein Versicherungsmakler vermittelte einem Kunden Versicherungsschutz für die Gebäudeversicherung eines vom VN für insgesamt einschl. Inventar für 105.000,00 € erworbenen

Gebäudes. Der Versicherungsschutz sollte 836.000,00 € betragen. Die früheren Eigentümer betrieben in dem Gebäude einen Swingerclub. Im vom Versicherungsmakler ausgefüllten Antragsformular wurde das Gebäude als „Gasthaus mit Zahlbetrieb“ beschrieben.

Das Gebäude brannte infolge vorsätzlicher Brandstiftung ab. Der Versicherer trat vom Versicherungsvertrag wegen Falschbeschreibung des zu versichernden Risikos zurück. Daraufhin nahm der Versicherungsnehmer den Versicherungsmakler in Anspruch.

Entscheidung

Das OLG Celle bejahte eine Pflichtverletzung des Versicherungsmaklers. Ein Versicherungsmakler habe weitgehende Pflichten. Als Vertrauter und Berater des Versicherungsnehmers sei er gehalten, individuellen Versicherungsschutz für das zu versichernde Risiko zu besorgen.

Dazu gehört u.a., dass der Versicherungsmakler von sich aus das Risiko untersucht, ein zu versicherndes Gebäude prüft und seinen Kunden ständig, unverzüglich und ungefragt über die von ihm wichtigen Zwischen- und Endergebnisse seiner Bemühungen unterrichtet. Wegen dieser umfassenden Pflichten ist der Versicherungsmakler für den Bereich der Versicherungsverhältnisse der treuhänderähnliche Sachwalter des von ihm betreuten Versicherungsnehmers.

Diese Pflichten waren bei Eindeckung des Versicherungsschutzes durch das falsche Ausfüllen des Versicherungsantrages verletzt worden. Den Versicherungsmakler trifft in einem solchen Fall die Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei vertragsgerechter Erfüllung seiner Aufklärungspflichten und Beratungspflichten eingetreten wäre.

Das Gericht bejahte sodann ein erhebliches und im Rahmen des Schadenersatzanspruches zu berücksichtigendes Mitverschulden, wenn ein Versicherungsnehmer den vom Versicherungsmakler offenkundig falsch ausgefüllten Versicherungsantrag unterschreibt.

Im konkreten Fall wurde ein Anspruch des Maklers sogar in toto verneint. Zahlreiche Indizien sprachen dafür, dass der Versicherungsnehmer an der vorsätzlichen Brandstiftung beteiligt war und er den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat. Ein Versicherer ist in diesem Fall gem. §61 VVG a.F. von seiner Leistungspflicht befreit. Ist aber ein Versicherer befreit, kann der Versicherungsnehmer Ansprüche gegen den Versicherungsmakler wegen Verletzung des Versicherungsmaklervertrages ebenfalls nicht geltend machen.

Fazit

Der Versicherungsmakler hat in diesem Falle letztendlich großes Glück gehabt. Der Fall zeigt, wie weit der Pflichtenkreis eines Versicherungsmaklers reicht. Als Interessenvertreter eines

Versicherungsnehmers ist er zur umfassenden Betreuung aller Versicherungsinteressen seines Kunden und zu einer entsprechenden Beratung verpflichtet.

§ § §

Registeranmeldung eines gebundenen Vermittlers gestattet auch die Vermittlung nicht konkurrierender Produkte eines anderen Versicherers (OLG Schleswig, Ur. v. 25.05.2010, 6 U 19/10)

Sachverhalt

Ein Versicherungsvermittler war als sog. gebundener Vermittler nach § 34d Abs. 4 GewO im Vermittlerregister eingetragen. Die Versicherungsgesellschaft hatte für Versicherungen, die sie nicht selbst anbietet, Kooperationsabkommen mit anderen Versicherungen geschlossen. Ein im Vermittlerregister als Versicherungsmakler eingetragener Wettbewerber des gebundenen Versicherungsvermittlers startete eine telefonische Testanfrage. Es ging um eine Versicherung, die die das Haftungsdach für den gebundenen Versicherungsvermittler stellende Versicherungsgesellschaft nicht anbot. Der Versicherungsvermittler bot ein Produkt eines dritten Versicherungsunternehmens an. Der Versicherungsmakler nahm den gebundenen Versicherungsvermittler auf Unterlassung in Anspruch.

Entscheidung

Das OLG Schleswig hat einen Wettbewerbsverstoß gem. § 34d Abs. 4 GewO i.V.m. §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG verneint. Die Vermittlung von Versicherungsprodukten anderer Versicherungsunternehmen als dem Haftungsdach (sog. Ventilgeschäft) werde durch den Wortlaut von § 34d Abs. 4 GewO nicht verboten. Diese Regelung enthalte eine Berufsausübungsregelung, die im Hinblick auf Art. 12 GG eng auszulegen sei. Auch der Gesichtspunkt des Schutzes von Versicherungsnehmern gebiete keine andere Auslegung. Ein Versicherungsnehmer werde durch die uneingeschränkte Haftung durch das Haftungsdach gegen Folgen einer Falsch- oder Schlechtberatung geschützt. Während ein Versicherungsmakler oder ungebundener Versicherungsvermittler den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung nachzuweisen hat, reiht es beim „gebundenen Versicherungsvermittler“ nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich aus, dass dasjenige Unternehmen, welches ihn angemeldet hat, für ihn die uneingeschränkte Haftung übernimmt. Die Übernahme der uneingeschränkten Haftung erfolgt nach § 34d Abs. 7 GewO mit der Anmeldung zum Versicherungsvermittlerregister automatisch. Eine Einschränkung der mit dieser Anmeldung per Gesetz übernommenen Haftung auf Vermittlungstätigkeiten nur für diejenigen Produkte, die das anmeldende Unternehmen anbietet, sieht diese Regelung nicht vor. Mithin haftet jedes eines Versicherungsvermittler anmeldende Versicherungsunternehmen für die gesamte Vermittlertätigkeit des Vertreters, d.h. auch für die Vermittlung von Produkten anderer Versicherungsunternehmen.

Ein gebundener Versicherungsvermittler bedarf deshalb für die Vermittlung von nicht in Konkurrenz stehenden Produkten eines anderen (Dritt-)Versicherers nicht der zusätzlichen Registeranmeldung und Haftungsübernahme durch dieses andere Unternehmen.

Fazit

Der Gesetzeswortlaut des § 34d Abs. 4 GewO ist nicht eindeutig. Es war bislang kontrovers diskutiert, ob ein gebundener Versicherungsvermittler, der verschiedene Versicherungen von Versicherungsgesellschaften vermittelte, deren Produkte nicht im Wettbewerb untereinander standen, der Haftungsübernahme jedes einzelnen Versicherungsunternehmens bedurfte oder eine Haftungsübernahme durch eine Versicherungsgesellschaft ausreichend war. Das OLG Schleswig bejahte diese Frage unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung und der schon vor 2007 durchgehend geübten Praxis, der Gesetzgeber nicht verbieten wollte.

§ § §

Double-Opt-In-Verfahren kann Einverständnis mit Werbeanrufen nicht belegen (BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 164/09)

Sachverhalt

Eine Allgemeine Ortskrankenkasse hatte sich gegenüber einer Verbraucherzentrale verpflichtet, Verbraucher nicht ohne deren Einverständnis zu Werbezwecken anzurufen. Für jeden Verstoß sollte eine Vertragsstrafe von 5.000,00 € verwirkt sein. Ein Call-Center rief im Auftrag der Krankenkasse im Jahr 2008 zwei Verbraucher an. Die Krankenkasse behauptete, die Einwilligung der Angerufenen im sog. Double-Opt-In-Verfahren erhalten zu haben. Die Krankenkasse, die von der Verbraucherzentrale auf Zahlung von 10.000,00 € in Anspruch genommen worden war, konnte das Einverständnis der angerufenen Verbraucher nicht nachweisen.

Entscheidung

Das deutsche Recht stuft unaufgeforderte Werbeanrufe stets als unzumutbare Belästigung und damit als unlauter ein. Auch wenn das Recht der Europäischen Union hier weniger strenge Vorgaben macht, hält der BGH die strengen Anforderungen des deutschen Rechts für gesetzeskonform. Aufgrund einer in der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation enthaltenen Öffnungsklausel sei der deutsche Gesetzgeber berechtigt, Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern generell von deren vorherigem ausdrücklichen Einverständnis abhängig zu machen.

Ein elektronisch durchgeführtes Double-Opt-In-Verfahren ist nicht geeignet, das Einverständnis von Verbrauchern mit Werbeanrufen zu belegen. Es ist nämlich nicht sichergestellt, dass es sich bei der in einer E-Mail angegebenen Telefonnummer tatsächlich um den Anschluss des Absenders der

Bestätigungs-E-Mail handelt. Es kann zahlreiche Gründe für die versehentliche oder vorsätzliche Eintragung einer falschen Telefonnummer geben. Die Ortskrankenkasse musste deshalb die Vertragsstrafe bezahlen.

Fazit

Das Double-Opt-In-Verfahren mag ausreichend sein, um das Einverständnis von E-Mailadressaten mit dem Empfang von Werbe-E-Mails zu dokumentieren. Das Einverständnis mit Werbeanrufern kann dadurch nicht belegt werden. Dies sollten alle, die Anrufe zu Werbezwecken tätigen, beachten.

KURZ UND BÜNDIG

Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grund

Anders als beispielsweise im Dienstvertragsrecht oder im Mietrecht ist für den Bauvertrag ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund gesetzlich nicht geregelt. Gleichwohl besteht hierfür ein praktisches Bedürfnis und es entspricht allgemeinem Verständnis, dass auch ein Bauvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. **Hebel** fasst in seinem Aufsatz in Heft 2a/2011 der Zeitschrift **Baurecht** die Voraussetzungen einer solchen Kündigung zusammen. Dem Kündigenden darf unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden. Die Rechtsprechung ist hierbei durch eine Vielzahl von Einzelfallentscheidungen geprägt. Vor einer Kündigung ist es regelmäßig erforderlich, sich zunächst um eine einvernehmliche Beilegung des Konfliktes zu bemühen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Vertragsgegenseite einem solchen Bemühen nicht erkennbar endgültig verschließt. Auch eine Abmahnung des Vertragspartners bzw. eine fristgebundene Aufforderung zur Beseitigung des Zustandes, der zur Kündigung Anlass gibt, wird regelmäßig gefordert werden können. Entsprechend allgemeinen Grundsätzen ist eine Abmahnung oder Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung dann entbehrlich, wenn der Vertragspartner deutlich gemacht hat, einer entsprechenden Aufforderung ohnehin nicht nachkommen zu wollen. Mangels gesetzlicher Regelung ist auch nicht ganz klar, innerhalb welchen Zeitraums eine Kündigung aus wichtigem Grund zu erklären ist. Die Länge ist insoweit einzelfallabhängig, wobei als maximal grobe Orientierung in Ermangelung anderweitiger Anhaltspunkte die 2-Wochenfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB dienen kann.

* * *

Rückforderung der Betriebskostenvorauszahlung nach Beendigung des Wohnraummietverhältnisses - Neue Probleme?

Der Vermieter von Wohnraum muss bekanntlich innerhalb von 12 Monaten nach Ablauf einer Abrechnungsperiode über Nebenkostenvorauszahlungen eines Mieters abrechnen. Es kommt in der Praxis immer wieder vor, dass ein Vermieter dies nicht tut. **Tholl** geht in Heft 1/2011 der Zeitschrift **Wohnungswirtschaft und Mietrecht** auf die sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen ein. Er kritisiert die BGH-Rechtsprechung des VIII. Zivilsenates, der einen Anspruch auf Rückforderung der Vorauszahlungen auf die Betriebskosten bei beendetem Mietverhältnis bejaht. Da der Vermieter - kraft Gesetzes - zur Abrechnung verpflichtet sei, sei es dem Mieter zuzumuten, den Abrechnungsanspruch notfalls klageweise geltend zu machen.

* * *

Deliktische Haftung eines EU-ausländischen Brokers wegen Beteiligung an sittenwidrigem Geschäftsmodell

Meyer zu Schwabedissen kommentiert in Heft 1/2011 der Zeitschrift **EWiR** das BGH-Urteil vom 13.07.2010 (XI ZR 28/09). Es ging um die Verantwortlichkeit von Brokern, die dabei Unterstützung leisten, ein sittenwidriges Geschäftsmodell eines Vermittlers abzuwickeln. Sie haften nach §§ 826, 830 BGB. Meyer zu Schwabedissen zieht das Fazit, dass es für Broker nunmehr eng wird, wenn sie ein sittenwidriges Geschäftsmodell unterstützt haben, welches auf Gebühren aufbaut und den Kunden letztlich keine realistische Aussicht auf Gewinne lässt. In der täglichen Beraterpraxis sei allerdings offen, welche Gebühren ein Broker/Vermittler erheben dürfte, ohne dass der BGH das Geschäftsmodell für sittenwidrig hält. Auch sei offen, welche Gebührenbestandteile mitgezählt werden (Agio, Verwaltungsgebühr, Gewinnbeteiligung und ähnliches).

* * *

Der Rückkaufswert im Spannungsfeld von AGB-, Verfassungs- und Gesetzgebungsrecht

Nach auch heute noch gängiger Versicherungspraxis werden die mit der Vermittlung einer Lebens- oder Rentenversicherung entstehenden Abschlusskosten einem Versicherungsnehmer nicht gesondert in Rechnung gestellt, sondern aus den vom VN bezahlten Beiträgen entnommen. Entsprechend steht in der Anfangszeit ein geringerer Beitragsteil für die Anlage zur Verfügung. **Jacob** geht in seinem Beitrag in Heft 7/2011 der Zeitschrift **Versicherungsrecht** der Frage nach, inwieweit die Rechtsprechung zum Mindestrückkaufswert bei „Alt-Verträgen“ auch heute noch gilt. Er kommt zum Ergebnis, dass es diesbezüglich auf die Frage ankommt, ob die AVB's einer Inhaltskontrolle

standhalten. Soweit dies der Fall ist, sei es nach wie vor rechtskonform, wenn ein VN keinen oder nur einen geringen Rückkaufswert erhalte.

Für Alt-Verträge bleibe es deshalb weiterhin bei einer Anwendung des § 176 VVG a.F.. Indem der Gesetzgeber die Regelung zum Mindestrückkaufswert nur für Neu-Verträge in Kraft gesetzt habe, habe er zugleich die Entscheidung getroffen, es hinsichtlich der Alt-Verträge bei der bisherigen Rechtslage zu belassen.

* * *

Die Entwicklung des Grundbuch- und Grundstücksrechts im Jahr 2010

In Heft 12/2011 der Zeitschrift **NJW** berichtet **Böttcher** über aktuelle Entscheidungen zum Grundbuch- und Grundstücksrecht. Neben Formfragen betreffend die Abtretung und Löschung von Grundschulden, die Ablösung einer Grundschuld durch Aufrechnung, Rechtsfragen zu Dienstbarkeiten und Vorkaufsrechten geht es insbesondere um die Rechtsstellung der GbR im Immobilienverkehr. In seiner Entscheidung vom 04.12.2008 bejahte der BGH die Grundbuchfähigkeit einer GbR. Sie kann dann mit einem Namen als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden, wenn sie im Gesellschaftsvertrag oder in einer Gerichtsentscheidung mit einem Namen ohne Auflistung der Gesellschafter bezeichnet ist. Die praktischen Probleme werden seither aber nicht geringer. Problematisch sind die Fälle, in denen eine GbR als Berechtigter eines Grundstücksrechts aufgrund einer Bewilligung des Grundstückseigentümers eingetragen wurde, ohne selbst beteiligt gewesen zu sein. Soll eine GbR unter Auflistung aller Gesellschafter ein Grundstück, Wohnungs- oder Teileigentum oder ein Erbbaurecht erwerben, so ist die diesbezügliche Einigung dem Grundbuchamt in notariell beurkundeter Form vorzulegen. Dabei sind dem Grundbuchamt, aber auch dem Notar die Existenz der GbR und die Vertretungsberechtigung der Handelnden nachzuweisen. Will eine bereits bestehende GbR eine Immobilie erwerben, so ist umstritten, welche Nachweise dem Grundbuchamt für Existenz, Identität und Vertretungsberechtigung der Handelnden vorzulegen sind. Böttcher stellt die vier dazu bestehenden Meinungen vor. Böttcher zieht das Fazit dass der derzeit sicherste Weg darin besteht, dass die Gesellschafter in einer Erwerbssurkunde ausdrücklich immer eine neue GbR gründen.

* * *

Keine Anonymität in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

In Heft 11/2011 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** setzt sich **Markwardt** kritisch mit den Entscheidungsgründen des BGH-Urteils vom 11.01.2011 (II ZR 187/09) auseinander. Der BGH hatte in dieser Entscheidung für den Fall einer Publikums-KG eine Anonymitätsklausel bezogen auf

Treugeberkonstellationen als unzulässig angesehen, wenn die Treugeber untereinander eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts bilden. Der BGH - so Markwardt - schieße jedenfalls dann über das Ziel hinaus, wenn er den Informationsanspruch nicht anlassbezogen und ohne Erforderlichkeitsprüfung zuspreche. Der Datenschutz komme zu kurz, zumal es sich grundsätzlich um personenbezogene Daten handle, die dem Bankgeheimnis unterfallen. Auch gesetzgeberische Wertungen z.B. bei der Einführung des § 67 Abs. 6 Satz 2 AktG würden nicht hinreichend gewürdigt. Im Jahr 2001 habe der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung entschieden, dass ein Namensaktionär nur Auskunft zu den Daten seiner Person verlangen darf. Ein Anspruch darauf, auch die Namen seiner Mitaktionäre zu erfahren, werde vom Auskunftsanspruch nicht erfasst. Offen bleibt weiterhin, ob der Anspruch auf Anonymität dann Vorrang genießt, wenn Treugeber untereinander keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden.

* * *

Steuerliche Behandlung der Rückabwicklung von Schrott-Immobilien

Müssen Immobilien-Kapitalanlagen rückabgewickelt werden, stellt sich in der Praxis häufig die Frage nach den steuerlichen Auswirkungen einer solchen Rückabwicklung. Dieser Frage geht **Jäger** in seinem Beitrag in Heft 4/2011 der Zeitschrift **DStR** nach. Er fasst die Rechtsprechung der verschiedenen mit dieser Rechtsfrage bereits konfrontierten BGH-Senate zusammen, befasst sich mit den einkommensteuerrechtlichen Grundlagen und insbesondere der Rechtsprechung zur Anrechnung von Steuervorteilen. Nicht selten enden solche Rechtsstreitigkeiten mittlerweile mit einem Vergleich. Hierbei sollte - so Jäger - der Fall der steuerlichen Nichtanerkennung ein eventuell zukünftiger Steuerschaden von der Abgeltung ausgenommen werden (sofern der Vertragspartner des Anlegers nicht zugleich verpflichtet wird, auch zukünftige Schäden zu ersetzen).

* * *

Die Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen bei geschlossenen Fonds und Bauherrenmodellen

Für Prospekthaftungsansprüche im Zusammenhang mit geschlossenen Fondsbeteiligungen und Bauherrenmodellen stellt die Prüfung der Verjährung aufgrund spezialgesetzlicher Vorschriften und verschiedenen Übergangsregelungen eine besondere Herausforderung dar. **Kind** und **Bruchwitz** stellen in ihrem Beitrag in Heft 1/2011 der Zeitschrift **BKR** die verschiedenen Haftungs- und Verjährungsvorschriften vor und fassen sie am Ende ihres Beitrags in einer Tabelle zusammen.

* * *

Verwertungskündigung: Anforderungen an die Begründung

Schach bespricht in Heft 4/2011 der Zeitschrift **Der Miet-Rechts-Berater** das BGH-Urteil vom 09.02.2011 zu den Voraussetzungen einer Verwertungskündigung. Er zieht das Fazit, dass der kündigende Vermieter nach wie vor sehr dezidiert vortragen muss und mit einer Verwertungskündigung nur in außergewöhnlichen Einzelfällen Erfolg haben dürfte. Stets muss dabei plausibel gemacht werden, dass Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen nicht ausreichend erfolgversprechend sind und deshalb nur Abriss und Neubau weiterführen.

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.rechtsanwaelte-klumpe.de/html/ct_impresum.php

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