

**Der Markt für Kapitalanlagen - Das neue Produktinformationsblatt -
Versteckspiel nein danke!**

Newsletter 06/2008

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

ab 01.07.2008 müssen Versicherungen durch das **Produktinformationsblatt** („PIB“) in kurzer und verständlicher Form über die Wesenszüge der konkret angebotenen Versicherung informieren. Neben der Beschreibung des versicherten Risikos und der Höhe der Prämie sind bei Lebens-, Berufsunfähigkeits- und Unfallversicherungen mit Prämienrückgewähr sowie bei Krankenversicherungen Angaben über die **in die Prämie einkalkulierten Kosten** zu machen. Der Kunde soll wissen, wofür er sein Geld ausgibt. Bislang wussten die wenigsten Kunden, dass nicht selten ein ganzer Jahresbeitrag oder mehr für Abschluss- und Vertriebskosten zu zahlen war und dass die Abschlusskosten nach dem weit verbreiteten sog. **Zillmerungsverfahren** zu Beginn der Vertragslaufzeit anfielen und deshalb anfänglich kaum Mittel für die Bildung eines Kapitalstocks zur Verfügung standen.

Das soll sich nun ändern. In Nachbarländern konnten schon seit längerer Zeit Erfahrungen gesammelt werden. Die Nachfrage nach Produkten wurde deshalb nicht geringer. Dennoch wurde vor kurzem auf einem Kongress die Frage diskutiert, ob es richtig sei, die tatsächliche Höhe der Abschlusskosten in

Euro und Cent angeben zu müssen. Die Abschlusskosten seien ohnehin nur eine Seite der Medaille und man könne schließlich nicht Äpfel mit Birnen vergleichen. Außerdem würden sich die Produktgeber sicherlich etwas einfallen lassen, damit der Abschlussvermittler nicht in **Erklärungsnotstand** gerät. Dies ist der falsche Ansatz! Dem Gesetzgeber geht es um die Stärkung des Verbraucherschutzes und um ein Mehr an Transparenz. Auf der anderen Seite geht es um den ganz bedeutsamen Bereich der persönlichen Absicherung und Vorsorge.

Jedem muss deshalb klar sein, dass eine gute Beratung gutes Geld kostet. Es besteht die große Chance, dass das „**Schmuddelimage**“, welches dem einen oder anderen Vermittler von Finanzdienstleistungen noch immer nachgesagt wird, beseitigt wird und die Spreu vom Weizen getrennt wird. Weder Produktgeber noch Finanzdienstleister sollten Scheu davor haben, in diesem beratungsintensiven und wichtigen Bereich auch die **Kosten auf den Tisch** zu bringen. Vom Produktgeber wird erwartet, dass er marktgerechte Investitionsmöglichkeiten schafft und hält, was er verspricht. Offenheit ist hier gefragt, kein Versteckspiel!

Welche Haftungsgefahren ansonsten drohen, zeigen die zahlreichen Rechtsprechungsbeispiele, über die wir Sie auch in unserem aktuellen Newsletter informieren wollen. Ein breit gefächertes Bogen von Fragen zur **Kommanditistenhaftung** über **Aufklärungspflichten** von Banken, Versicherungsprodukte in Supermärkten bis hin zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, welches sich mit dem Tatbestand des **Kapitalanlagebetruges** näher zu befassen hatte.

Wir hoffen, dass auch für Sie „etwas Spannendes“ dabei ist. Ansonsten: Fragen Sie uns, denn man wird ja wohl noch fragen dürfen ...

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Unsere Themen in der Übersicht

Rechtsprechungsspiegel

- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Anforderungen an einen Kapitalanlagebetrug
- Vorlagebeschluss des BGH zur Auslegung der Haustürgeschäfte-Richtlinie
- Zu den Voraussetzungen der ausschließlichen gerichtlichen Zuständigkeit im Falle der Prospekthaftung
- Zur Frage der Vollständigkeit und Richtigkeit eines Prospektes einer Windpark-Beteiligungsgesellschaft
- Zur Frage eines Prospektmangels, wenn eine Vertriebsprovision von 20 % verschwiegen worden ist
- Zur Aufklärungspflicht der eine Immobilienanlage finanzierenden Bank wegen Wissensvorsprungs
- Zu Anforderungen an Aufklärungspflichten einer Bank bei einer Finanzierung mit Tilgungsaussetzung und bei behaupteter Sittenwidrigkeit des (finanzierten) Kaufpreises
- Zur Frage, wer das Risiko der Unterdeckung bei endfälligen Krediten mit Tilgungsaussetzung zu tragen hat
- Zur Frage der Haftung eines Kreditinstitutes wegen unzureichender Aufklärung eines kommunalen Unternehmens bei Zinsswap-Geschäften
- Zur Frage der Außenhaftung des Kommanditisten trotz Widerrufs seines Beitritts nach HWiG
- Kommanditistenhaftung bei negativem Kapitalanteil
- Fortsetzungsklausel auch bei Kündigung der Mehrheit der Gesellschafter anwendbar
- Zur Frage der Wirksamkeit einer AGB-Regelung von Verjährungsfristen für Aufklärungspflichtverletzungen
- Auflassungsanspruch beim Bauträgervertrag trotz nicht vollständig bezahltem Kaufpreis
- Unschädliche Falschbezeichnung auch bei der Veräußerung einer noch zu vermessenden Teilfläche
- Jährlich wechselnde Flächen- und Verbrauchsangaben in Betriebskostenabrechnungen stellen keinen formellen Mangel einer Betriebskostenabrechnung dar
- Zur Notwendigkeit einer Aufschlüsselung der Kostenposition „Hauswartkosten“ in einer Nebenkostenabrechnung sowie zur Schätzung von Heizungsstrom
- Zur Frage der Wirksamkeit einer „Farbwahlklausel“ in einem Wohnraum-Formularmietvertrag
- Zu den Voraussetzungen der sog. „Auge-und-Ohr-Rechtsprechung“ im Versicherungsvertragsrecht
- Kein Verkauf von Versicherungsprodukten bei Penny
- Zur Einkünfte-Erzielungsabsicht bei späterer Eigennutzung einer Wohnung

Gesetzgebungsspiegel

- Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) passiert Bundestag
- Bundestag verabschiedet Eigenheim-Rentengesetz

Literaturspiegel

- Die Verantwortlichkeit des Vorstands für den Abkauf missbräuchlicher Anfechtungsklagen - Der Einfluss des UMAG auf die Handlungsmöglichkeiten zur Abwehr „räuberischer“ Aktionäre
- Bewertungsfragen bei Immobilien-Kapitalanlagen durch Beteiligungen an (steuerorientierten) geschlossenen Immobilienfonds
- Zum Kausalitätserfordernis des § 826 BGB bei unrichtigen ad-hoc-Mitteilungen
- Compliance-Organisationen in Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zeitalter der MiFID - Regelungskonzept und Rechtsprobleme

Kurz und bündig

- Versicherungen rund um das Wohngebäude
- Steuergestaltungen 2008 - Anschaffungsnaher Aufwand
- Werbungskostenabzug im Rahmen der Abgeltungssteuer - Handlungsbedarf und Gestaltungsansätze
- Das neue UWG - Der Regierungsentwurf im Überblick
- EuGH-Vorlage zur ex nunc-Wirkung des Widerrufs eines Beitritts zu geschlossenem Immobilienfonds nach HWiG
- Deutschlands beste Wohnlagen
- Die Verjährung im Versicherungsvertragsrecht
- Abmahnrisiken trotz Muster-Widerrufsbelehrung 2008
- Gewerbesteuerfreiheit von Selbstständigen ist verfassungsgemäß
- Die Haftung von Rating-Agenturen
- Abschied vom Öl
- Abkommen zur Übertragung von Direktversicherungen oder Versicherungen in einer Pensionskasse bei Arbeitgeberwechsel und neues VVG
- Zum Schadenersatzanspruch wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz bei sog. „Schrott-Immobilien“
- Zur Vermietung und Verpachtung von Pflegeheimen

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Anforderungen an einen Kapitalanlagebetrug (BVerfG, Beschl. v. 29.02.2008, 1 BvR 371/07)

Es kommt nicht allzu oft vor, dass sich das höchste deutsche Gericht mit Fragen der Prospekthaftung und des Kapitalanlagebetruges zu befassen hat. Ausgangspunkt des Beschlusses war eine Verfassungsbeschwerde zweier Mitinitiatoren eines Anlagefonds. Das OLG München hatte die Mitinitiatoren zu Schadenersatz wegen Kapitalanlagebetruges (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB) verurteilt. Das Bundesverfassungsgericht hielt die Würdigung des OLG München unter keinem sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkt für haltbar.

Gem. § 264a Abs. 1 StGB begeht einen Kapitalanlagebetrug, wer im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Anteilen, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen, in Prospekten hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb erheblichen Umstände gegenüber einem größeren Kreis von Personen unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt. Dies gilt insbesondere für Anteile an einem Vermögen, das ein Unternehmen im Rahmen eines Treuhandverhältnisses für den Anleger hält (§ 264a Abs. 2 StGB).

Das Vorliegen der Voraussetzungen dieses Straftatbestandes hatte das OLG München mit

der Erwägung bejaht, der Prospekt, für den die Mitinitiatoren maßgeblich verantwortlich seien, weise nur an sehr versteckter Stelle auf die zwischen der Komplementärin und der Treuhänderin bestehenden Verflechtungen hin. Diese Verflechtungen seien für die Anlageentscheidung potenzieller Anleger aber von erheblicher Bedeutung.

Das Bundesverfassungsgericht verneint das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Verschweigen“. Ein Verschweigen hätte nur dann bejaht werden können, wenn die bestehenden Verflechtungen überhaupt nicht oder nur unvollständig im Prospekt dargestellt worden wären. Die bestehenden Verflechtungen sind aber zutreffend dargestellt worden. Selbst wenn man den Standpunkt einnimmt, die betreffende Darstellung sei schwer verständlich und befinde sich an versteckter Stelle, ändert dies nichts daran, dass das Tatbestandsmerkmal des Verschweigens nicht vorliegt. Art. 103 Abs. 2 GG verbietet der rechtsprechenden Gewalt, Straftatbestände im Wege der Analogie zu begründen. Sodann geht das Gericht auch noch kurz auf die Frage ein, ob die Einschätzung des OLG München überhaupt zutreffend sei, dass der Verflechtungshinweis schwer verständlich sei und sich an versteckter Stelle befinde. Das Bundesverfassungsgericht hob die OLG-Entscheidung auf und verwies den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes zurück.

§ § §

Vorlagebeschluss des BGH zur Auslegung der Haustürgeschäfte-Richtlinie (BGH, Beschl. v. 05.05.2008, II ZR 292/06)

Kern dieses Rechtsstreits ist die Frage, ob ein Fondsgesellschafter, der zum Abschluss seiner Beitrittserklärung in einer Haustürsituation veranlasst worden ist, seinen Beitritt mit Wirkung von Anfang an widerrufen kann oder erst mit Wirkung für die Zukunft. Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt eingenommen, dass auf den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds, zu dem ein Verbraucher in einer Haustürsituation bestimmt worden ist, die Vorschriften des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften Anwendung finden. Widerruft der in einer Haustürsituation beigetretene Gesellschafter seine Beitrittserklärung, sieht die Rechtsprechung darin jedoch keinen ex tunc wirkenden Rücktritt von dem Gesellschaftsbeitritt, sondern behandelt die Erklärung unter Heranziehung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft als außerordentliche ex nunc wirkende Kündigung. Die Gesellschafterstellung wird nicht rückwirkend beseitigt. Nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft wird der widerrufende Gesellschafter bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung wie ein Gesellschafter mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten behandelt. Er ist deshalb zur Leistung seiner Einlage verpflichtet, soweit sie noch nicht vollständig erbracht ist und nimmt bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens an den Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft teil (ständige Rechtsprechung z.B. BGH-Urteil vom

14.10.1991, II ZR 212/90 oder Urteil vom 18.10.2004, II ZR 352/02).

Die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft finden nur dann keine Anwendung, wenn der in Vollzug gesetzte fehlerhafte Gesellschaftsvertrag oder der vollzogene fehlerhafte Beitritt einen geschäftsunfähigen oder minderjährigen betrifft oder wenn die fehlerhaften, aber bereits vollzogenen Vorgänge gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen.

Aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (siehe insbesondere das Urteil des EuGH vom 25.10.2005 in der Sache Schulte/Badenia, vgl. unseren Newsletter 10/05) hat der BGH Zweifel bekommen, ob die Regelungen, die für den Widerrufenen eine Belastung darstellen, mit der Haustürgeschäfte-Richtlinie der Europäischen Union in Einklang stehen. Das Gericht hat deshalb das Revisionsverfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob Beitritt zu Personengesellschaften, Vereinen oder Genossenschaften mit dem vorrangigen Ziel einer Kapitalanlage von der Bestimmung der Haustürgeschäfte-Richtlinie erfasst werden und die ständige Rechtsprechung zur Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft gegen europäisches Recht verstoßen.

§ § §

Zu den Voraussetzungen der ausschließlichen gerichtlichen Zuständigkeit im Falle der Prospekthaftung (OLG Nürnberg, Beschl. v. 20.03.2008, 3 AR 409/08)

Nach § 32b ZPO ist für Klagen, mit denen der Ersatz eines Schadens geltend gemacht wird, der aufgrund falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen verursacht worden ist, das Gericht ausschließlich zuständig, an welchem der betroffene Emittent seinen Sitz hat. Grundsätzlich sind dabei die den Gerichtsstand begründenden Tatsachen vom Kläger nachzuweisen. Bei sog. doppelt relevanten Tatsachen, also Tatsachen, die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit der Klage eine Rolle spielen, genügt jedoch eine schlüssige Behauptung. Der Grund hierfür liegt darin, dass ansonsten im besonderen Gerichtsstand keine Sachentscheidung gegen den Kläger ergehen könnte. Gleiches muss für den ausschließlichen Gerichtsstand gelten.

Für die Anwendung von § 32b ZPO ist die Übergabe eines Prospektes nicht erforderlich. Es reicht aus, dass der Inhalt des Prospekts Grundlage des Anlageberatungsgesprächs war. Ein Kläger muss insoweit nur schlüssig vortragen, dass der Verkaufsprospekt Grundlage seiner Anlageentscheidung war und damit kausal für den erlittenen Schaden.

§ § §

Zur Frage der Vollständigkeit und Richtigkeit eines Prospektes einer Windpark-Beteiligungsgesellschaft (BGH, Beschl. v. 14.01.2008, II ZR 85/07)

Bei diesem Rechtsstreit ging es u.a. um die Fragen, welchen Anforderungen ein Beteiligungsprospekt im Hinblick auf die ordnungsgemäße Information eines Anlageinteressenten genügen muss, wann von der Ursächlichkeit eines Prospektmangels auszugehen ist und wer Prospektverantwortlicher ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH hat nach den von ihm selbst entwickelten Prospekthaftungsgrundsätzen, die an ein typisiertes Vertrauen des Anlegers in die Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Prospektverantwortlichen gemachten Angaben anknüpfen, der Prospekt dem Anlageinteressenten ein zutreffendes Bild von der angebotenen Beteiligung zu vermitteln.

Dazu gehört, dass sämtliche Umstände, die für die Entschließung der mit dem Prospekt angesprochenen Anlageinteressenten von Bedeutung sind oder sein können, richtig und vollständig dargestellt werden.

Genau diesen Anforderungen muss auch ein Prospekt genügen, mit dem zu dem Beitritt zu einer Windpark-Beteiligungsgesellschaft geworben wird. Eine für die Beitrittsentscheidung des Anlegers wesentliche Frage ist die der Winderträge und damit letztlich der Rentabilität der Anlage. Also muss ein Prospekt über diese Frage richtig und vollständig informieren. Wird in einem vom Initiator eingeholten Gutachten von dem

fachlich zutreffend ermittelten Windertrag ein Sicherheitsabschlag empfohlen, liegt ein Prospektmangel vor, wenn dieser Umstand im Prospekt verschwiegen wird und der Beteiligungsprospekt den Eindruck vermittelt, als ob die dort für das Gutachten genannten Winderträge vom Gutachter abschließend als prognostizierter Ertrag dargestellt worden sei. Auf die Frage, ob noch weitere Prospektfehler vorliegen, kam es nicht weiter an.

Sodann weist das Gericht auf seine ständige Rechtsprechung hin, dass es der Lebenserfahrung entspricht, dass ein Prospektfehler für die Anlageentscheidung ursächlich geworden ist. Entscheidend ist insoweit, dass durch unzutreffende oder unvollständige Informationen des Prospekts in das Recht des Anlegers eingegriffen worden ist, in eigener Entscheidung und unter Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob er in das Projekt investieren will oder nicht. Diese Vermutung ist zwar widerlegbar. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liegt beim Prospektverantwortlichen.

§ § §

Zur Frage eines Prospektmangels, wenn eine Vertriebsprovision von 20 % verschwiegen worden ist (BGH, Urt. v. 29.05.2008, III ZR 59/07)

In diesem, in der Presse teils als „spektakulärer Sieg für Cinerenta-Anleger“ bezeichneten Verfahren ging es um die Beteiligung eines Anlegers an dem Filmfonds Cinerenta III KG. Konkret ging es um die Frage, wie hoch die Fondsnebenkosten (sog.

Weichkosten) waren und wie diese im Einzelnen Verwendung fanden. Die absolute Höhe der Weichkosten war zutreffend angegeben. Verschwiegen worden war, dass nicht nur die Vertriebsprovision von 7 % und das Agio von 5 % an den Vermittler zu zahlen waren, sondern die Vertriebsfirma insgesamt 20 % Provision erhalten hatte. Außerdem war die Verflechtung des geschäftsführenden Gesellschafters der Vertriebsgesellschaft mit der Komplementär-Gesellschaft des Filmfonds verschwiegen worden. Ein weiterer Teilaspekt, der zu bewerten war, war die Frage, ob das unternehmerische Risiko des Anlegers nicht ausreichend genug dargestellt worden war. Zur Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos aus der Filmvermarktung war im Emissionsprospekt vorgesehen, dass für einen Anteil von 80 % der Produktionskosten Ausfallversicherungen abgeschlossen werden sollten. Nachdem Produktionen nicht den erwünschten wirtschaftlichen Erfolg hatten, erwies sich der Versicherer nach Eintreten der Versicherungsfälle als zahlungsunfähig.

Insoweit sah der BGH die Prospektaussagen als ausreichend an. Allerdings durfte die Komplementärin im Bereich sog. Weichkosten nicht ohne weiteres nach ihrem Belieben die für die Vergütung des Eigenkapitalvertriebs vorgesehenen Mittel aufstocken und aus Budgets finanzieren, die für andere Aufgaben vorgesehen sind. Außerdem müsse ein Prospekt darüber aufklären, wenn ein bestimmtes Unternehmen, an dem ein Gesellschafter der Komplementärin maßgeblich beteiligt ist, in beachtlichem Umfang mit dem Eigenkapitalvertrieb zu besonderen Konditionen betraut werde. Habe

hiervon auch die Treuhandkommanditistin Kenntnis, müsse sie den Anleger im Zusammenhang mit seinem Beitritt darüber unterrichten.

Weil noch notwendige tatsächliche Feststellungen zu treffen waren, hob der BGH die die Klage abweisende Entscheidung des Berufungsgerichts (OLG München) auf. Den Verjährungseinwand ließ das Gericht nicht durchgreifen, da die im Treuhandvertrag enthaltene Verjährungsregelung für Schadenersatzansprüche von Anlegern unwirksam sei. Durch eine Formulklausel könne sich die Treuhandkommanditistin nicht auch von grobem Verschulden freizeichnen.

§ § §

Zur Aufklärungspflicht der eine Immobilienanlage finanzierenden Bank wegen Wissensvorsprungs (BGH, Urt. v. 29.04.2008, XI ZR 221/07)

1. Grundsätzlich ist eine kreditgebende Bank unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines Wissensvorsprungs nur dann verpflichtet, den Kreditnehmer bei Kreditvergabe über die sittenwidrige Überteuerung der zu finanzierenden Eigentumswohnung aufzuklären, wenn sie positive Kenntnis davon hat, dass der Kaufpreis knapp doppelt so hoch ist wie der Verkehrswert der Wohnung.
2. Ausnahmsweise steht die bloße Erkennbarkeit der positiven Kenntnis dann gleich, wenn sich die

sittenwidrige Überteuerung einem zuständigen Bankmitarbeiter nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen musste; er ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen davor zu verschließen.

§ § §

Zu Anforderungen an Aufklärungspflichten einer Bank bei einer Finanzierung mit Tilgungsaussetzung und bei behaupteter Sittenwidrigkeit des (finanzierten) Kaufpreises (KG, Urt. v. 19.03.2008, 24 U 91/07)

1. Eine Finanzierung durch ein Vorausdarlehen mit Tilgungsaussetzung bei vorgesehener anschließender teilweiser Tilgung durch Lebensversicherungen stellt keine ungewöhnliche oder gar schwer durchschaubare Konstruktion dar und begründet deshalb keine besonderen Aufklärungspflichten der finanzierenden Bank.
2. Ein die Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank auslösender konkreter Wissensvorsprung im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers setzt konkrete, dem Beweis zugängliche unrichtige Angaben des Vermittlers oder Verkäufers über das Anlageobjekt voraus; nicht ausreichend sind insoweit subjektive Werturteile und marktschreierische Anpreisungen.

3. Wenn im Rahmen der Prüfung einer sittenwidrigen Kaufpreisüberhöhung verschiedene Methoden in rechtlich nicht zu beanstandender Weise zu Unterschieden führen, die für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Geschäfts von Belang sind, muss dies berücksichtigt werden. Die Rechtsprechung lässt auf der objektiven Grundlage eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung zu Gegenleistung den Schluss auf das für das Unwerturteil des § 138 Abs. 1 BGB unerlässliche subjektive Unrechtsmerkmal der verwerflichen Gesinnung zu. Hierfür ist aber keine Grundlage gegeben, wenn der direkte Vergleich mit dem maßgeblichen Markt, den die Auswertung der tatsächlich erzielten Preise bei Vorliegen hinreichenden Vergleichsmaterials leistet, zur Verneinung eines besonders groben Missverhältnisses führt.

§ § §

Zur Frage, wer das Risiko der Unterdeckung bei endfälligen Krediten mit Tilgungsaussetzung zu tragen hat (BGH, Beschl. v. 20.11.2007, XI ZR 259/06)

Ein Kreditnehmer schuldet gem. § 607 Abs. 1 BGB a.F. (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB n.F.) die Rückerstattung der vollen Darlehenssumme. Soll bei endfälligen Krediten mit Tilgungsaussetzung die Tilgung aus einer Kapital-Lebensversicherung erfolgen, geschieht dies regelmäßig erfüllungshalber

und nicht an Erfüllung Statt. Die Auszahlungssumme der Lebensversicherung ist ein Mittel zur Rückführung des Darlehens, nicht aber Tilgungersatz, soweit die Versicherungsleistung nicht zur vollständigen Tilgung des Darlehens ausreicht.

Die Tilgung erfolgt daher nur in Höhe der tatsächlich ausgezahlten Lebensversicherungsleistung. Das Risiko, dass die Lebensversicherungsleistung zur vollständigen Tilgung des Darlehens nicht ausreicht, hat grundsätzlich der Darlehensnehmer zu tragen.

§ § §

Zur Frage der Haftung eines Kreditinstitutes wegen unzureichender Aufklärung eines kommunalen Unternehmens bei Zinsswap-Geschäften (LG Würzburg, Ur. v. 31.03.2008, 62 O 661/07 nrkr.)

Kommunale Unternehmen hatten auf der Grundlage eines Rahmenvertrages (Risk-Management-Servicevertrages) bei einem Kreditinstitut Swap-Geschäfte abgeschlossen. Ein Swap-Geschäft ist der Kauf einer ausländischen Währung als Kassa-Geschäft und Verkauf per Termin oder umgekehrt. Durch dieses Tauschgeschäft sollen Zinsgefälle zwischen zwei Währungen ausgenutzt werden. Die kommunalen Unternehmen erlitten Verluste und nahmen das Kreditinstitut auf Schadenersatz in Anspruch.

Das Landgericht Würzburg gab der Klage im Rahmen einer Haftungsquote von 1/3 statt und begründete dies mit einem Anspruch aufgrund unzureichender Aufklärung im Zusammenhang mit dem Abschluss der streitgegenständlichen Swap-Geschäfte. Der Anspruch sei wegen erheblichen Mitverschuldens der kommunalen Unternehmen jeweils auf 1/3 des geltend gemachten Schadens beschränkt.

Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat - so das Gericht - nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 WpHG die Pflicht, den Vertragspartner vor Abschluss eines sog. „Spread-Ladder-Swap“ vollständig über die Entwicklung des Spread in der Vergangenheit aufzuklären. Das Kreditinstitut hatte die Spread-Entwicklung in einem Zeitraum von 10 Jahren (1994 bis 2004) dargestellt. Das Gericht sah es als notwendig an, die tatsächliche Entwicklung des Spread in der Zeit seit 1997 offenzulegen, weil sich die Möglichkeit einer höchst nachteiligen zukünftigen Spread-Entwicklung anhand der Informationen über die tatsächliche Entwicklung des Spread in den letzten 27 Jahren als wesentlich wahrscheinlicher darstellt als auf der Grundlage des Zeitraums von 10 Jahren. Des Weiteren sei die Bank auch verpflichtet, die kommunalen Unternehmen auf die Problematik der eventuellen Unvereinbarkeit der Spread-Ladder-Swaps mit den kommunalrechtlichen Bindungen der kommunalen Unternehmen hinzuweisen. Nach Feststellung der Pflichtverletzung und der Schuldhaftigkeit konstatierte das Gericht ein erhebliches Eigenverschulden der kommunalen Unternehmen. Es setzte dieses auf 1/3 fest.

(vgl. zu diesem Themenkomplex auch die Entscheidung des LG Magdeburg, Urt. v. 21.01.2008, 9 O 1989/06 (408); vgl. hierzu den Newsletter 04/2008)

§ § §

Zur Frage der Außenhaftung des Kommanditisten trotz Widerrufs seines Beitritts nach HWiG (KG, Urt. v. 08.11.2007, 23 U 19/07; Revision beim BGH anhängig unter II ZR 269/07)

Bei diesem vom Kammergericht entschiedenen Fall geht es um ähnliche Rechtsfragen, die dem BGH-Beschluss vom 05.05.2008 zugrundeliegen (vgl. die vorstehende Entscheidung). Eine Insolvenzverwalterin verlangte von einer Kommanditistin die Zahlung eines bisher nicht eingezahlten Teilbetrages ihrer Kommanditeinlage. Die Kommanditistin wandte ein, den Beitritt zur Gesellschaft widerrufen zu haben und hierzu berechtigt zu sein, weil es sich um ein Haustürgeschäft gehandelt habe. Das Kammergericht befand, dass die Außenhaftung des einer KG fehlerhaft beigetretenen Kommanditisten nach § 171 HGB durch einen wirksamen Widerruf des Beitritts nach den Vorschriften des HWiG nicht berührt werde. Richtig sei, dass nach wirksamem Widerruf die Rechtsbeziehungen des Gesellschafters zur Gesellschaft nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft abzuwickeln seien. Die Gesellschaft habe nach wirksamem Widerruf keinen isolierten Anspruch auf Einzahlung von Einlagen. Soweit es sich um Forderungen außenstehender Gläubiger handelt, für deren Erfüllung ein

Kommanditist gem. § 171 Abs. 1 HGB einzustehen hat, wird diese gesetzliche Haftung durch Widerruf der Beitrittserklärung nicht beseitigt.

§ § §

Kommanditistenhaftung bei negativem Kapitalanteil (BGH, Urt. v. 05.05.2008, II ZR 105/07)

Auch in diesem Rechtsstreit ging es um Fragen zur Kommanditistenhaftung. Ein Kommanditist erhielt eine Ausschüttung, obgleich die Kommanditgesellschaft ausschließlich negative Jahresergebnisse erzielte. Konkret ging es um die Frage, ob die wieder auflebende Haftung auch das 5 %-ige Agio umfasst oder nicht. Der BGH bejahte eine Haftung des Kommanditisten auch insoweit, als er zur Zahlung des Agios verurteilt worden ist. Damit wurde die Rechtsprechung bestätigt, der zufolge nach § 172 Abs. 4 HGB jede Rückzahlung an den Kommanditisten haftungsbegründend ist, wenn und soweit dadurch der Kapitalanteil des Kommanditisten unter den Betrag seiner Haftsumme sinkt oder schon zuvor diesen Wert nicht mehr erreicht hat. Da das Kapitalkonto des Kommanditisten schon vor der Ausschüttung negativ war, ist der negative Kapitalanteil durch die Zahlung weiter gemindert worden. Der Kommanditist schuldete die Rückzahlung des kompletten Betrages, den er zuvor als Ausschüttung erhalten hat.

§ § §

Fortsetzungsklausel auch bei Kündigung der Mehrheit der Gesellschafter anwendbar (BGH, Urt. v. 07.04.2008, II ZR 3/06)

1. Ist in einem Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass bei Kündigung eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, sondern - bei Ausscheiden des Kündigenden - unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird, handelt es sich um eine allgemeine Fortsetzungsklausel, die auch dann Anwendung findet, wenn mehrere Gesellschafter oder Altgesellschafter kündigen.
2. Eine Fortsetzungsklausel in einem Gesellschaftsvertrag ist mangels anderweitiger gesellschaftsvertraglicher Regelung grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn die Mehrheit der Gesellschafter die Mitgliedschaft kündigt.
3. Eine gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsklausel schränkt die mehrheitlich ausscheidenden Gesellschafter nicht in unzulässiger Weise in ihrem Kündigungsrecht ein (§ 723 Abs. 3 BGB). Eine solche Klausel ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die vertragliche Abfindungsregelung die ausscheidenden Gesellschafter unangemessen benachteiligt. Selbst wenn die Abfindungsregelung unwirksam wäre, lässt dies die Wirksamkeit der Fortsetzungsklausel grundsätzlich unberührt. Auch die

gesellschaftliche Treuepflicht verwehrt die Berufung auf die Fortsetzungsklausel nicht, es sei denn, deren Voraussetzungen wurden treuwidrig herbeigeführt.

§ § §

Zur Frage der Wirksamkeit einer AGB-Regelung von Verjährungsfristen für Aufklärungspflichtverletzungen (OLG München, Urte. v. 31.01.2008, 19 U 3080/07 rkr.)

Die Parteien des Rechtsstreits stritten um Aufklärungspflichtverletzungen eines Treuhänders und Mittelverwendungskontrolleure im Zusammenhang mit der Beteiligung eines Anlegers an zwei Filmfonds. Die beklagte Treuhandgesellschaft hat u.a. die Einrede der Verjährung erhoben und sich hierzu auf die Regelungen des Treuhandvertrages berufen. Dieser sah eine 5-jährige Verjährungsfrist ab Entstehung eines Anspruchs vor. Das Gericht verneinte die Verletzung von Vertragspflichten der Treuhandgesellschaft, ging aber gleichwohl auch auf die Verjährungsregelung im Treuhand- und Mittelverwendungskontrollvertrag ein. Das Gericht hielt die dort vorgesehene kenntnisunabhängige Verjährungsfrist von 5 Jahren für wirksam. Es handele sich unzweifelhaft um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die der Inhaltskontrolle nach §§ 5 und 9 des AGB-Gesetzes unterliegen. Da sich die Klauseln weder an versteckter Stelle befanden noch unklar waren, bedurfte es allein der Erörterung, ob eine

unangemessene Benachteiligung des Anlegers durch eine unangemessen kurze Verjährungsfrist vorliegt. Dies verneint das Gericht und bezieht sich auf BGH-Entscheidungen aus dem Bereich des Gesellschaftsrechtes, beispielsweise im Hinblick auf die Haftung einer Gründungsgesellschafterin. In solchen Fällen hat der BGH nur eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf weniger als 5 Jahre für unwirksam erachtet. Nachdem der Anspruch wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung mit Eintritt eines Schadens steht, ist die Frage relevant, wann ein Schaden entstanden ist. Soweit es um die Beteiligung an einer Gesellschaft geht, an der sich der Anleger bei behaupteter ordnungsgemäßer Aufklärung nicht beteiligt hätte, ist auf den Zeitpunkt des Beitritts zur jeweiligen Gesellschaft abzustellen.

§ § §

Auflassungsanspruch beim Bauträgervertrag trotz nicht vollständig bezahltem Kaufpreis (LG München I, Urte. v. 19.04.2007, 5 O 8732/06 und OLG München, Urte. v. 13.11.2007, 13 U 3419/07)

Der Bauträger ist zur sofortigen Auflassung verpflichtet, wenn lediglich 2 % des Kaufpreises zur Zahlung offenstehen und der Bauträger mit der Beseitigung von Mängeln in Verzug geraten ist.

Haben der Bauträger und der Erwerber im Bauträgervertrag noch nicht die Auflassung erklärt und hängt die Erklärung nur noch von der Zahlung des Kaufpreisrestes ab bzw. wird

die Auflassung deswegen verweigert, bemisst sich der Streitwert der Auflassungsklage nicht nach dem Wert der Eigentumswohnung, sondern nach der Höhe des Kaufpreisrestes.

§ § §

Unschädliche Falschbezeichnung auch bei der Veräußerung einer noch zu vermessenden Teilfläche (BGH, Urt. v. 18.01.2008, V ZR 174/06)

1. Beschreiben die Parteien das verkaufte Anwesen im Kaufvertrag versehentlich mit einer Grundstücksbezeichnung, die nur einen Teil des Anwesens umfasst, ist nach den Grundsätzen der falsa demonstratio non nocet auch die übrige Fläche des Anwesens mitverkauft.
2. Die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers ist auch dann hinreichend bestimmt, wenn die verkaufte Teilfläche in der Örtlichkeit eindeutig bestimmt ist und die Parteien ihre verbindliche Festlegung der Durchführung des Vertrages überlassen haben. Allerdings müssen die Vertragsparteien Einigkeit über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der Fläche erzielt haben. Dieser Wille muss in der Notarurkunde seinen Niederschlag gefunden haben. Eine vorherige Vermessung einer zu verkaufenden Teilfläche ist jedoch nicht erforderlich.

§ § §

Jährlich wechselnde Flächen- und Verbrauchsangaben in Betriebskostenabrechnungen stellen keinen formellen Mangel einer Betriebskostenabrechnung dar (BGH, Urt. v. 28.05.2008, VIII ZR 261/07)

Der Vermieter eines Wohn- und Geschäftshauses in Berlin verlangte die Nachzahlung von Betriebskosten verschiedener Abrechnungszeiträume. Die Flächenangaben, die für die Abrechnung der Heizungs- und Warmwasserkosten maßgeblich sind, wechselten in den jeweils auf ein Jahr bezogenen Abrechnungen mehrfach. Erhebliche Unterschiede wiesen darüber hinaus auch die Angaben in den einzelnen Jahresabrechnungen über den gesondert abgerechneten Heizölverbrauch einer in dem Anwesen befindlichen Gewerbeinheit auf.

Im Rechtsstreit ging es um die Frage, ob die Abrechnung an einem formellen oder lediglich einem materiellen Abrechnungsmangel leidet. Der BGH entschied, dass die Betriebskostenabrechnungen formell ordnungsgemäß sind, wenn die in diesem Zeitraum angefallenen Betriebskosten aus sich heraus verständlich abgerechnet werden. Eines Abgleichs mit anderen Abrechnungszeiträumen bedarf es nicht, so dass der Vermieter dazu auch keine Erläuterungen abgeben muss. Auffällige Abweichungen und Schwankungen gegenüber den Ansätzen und Werten anderer Zeiträume können aber in besonderer Weise Anlass geben, die inhaltliche Richtigkeit der betreffenden Posten zu überprüfen. Insoweit können unter Umständen schon Erläuterungen weiterhelfen. Materielle Abrechnungsfehler

können ebenfalls noch korrigiert werden (Anm.: wobei eine Korrektur nach Ablauf der Abrechnungsfrist der Höhe nach auf den ersten Saldo beschränkt ist und eine Berichtigung nicht zu einer höheren Nachforderung führt).

§ § §

Zur Notwendigkeit der Aufschlüsselung der Kostenposition „Hauswartkosten“ in einer Nebenkostenabrechnung sowie zur Schätzung von Heizungsstrom (BGH, Versäumnis-Urt. v. 20.02.2008, VIII ZR 27/07)

Sofern ein Mieter Betriebskosten als Vorauszahlungen leistet, hat der Vermieter über die Betriebskostenvorauszahlungen jährlich abzurechnen. In formeller Hinsicht muss eine Betriebskostenabrechnung die Einnahmen und Ausgaben geordnet zusammenstellen. Umlagefähig sind grundsätzlich auch die Kosten des Hauswarts, sofern die Parteien die Umlage dieser Kosten vereinbart haben. Hierzu gehören die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen, die der Eigentümer dem Hauswart für seine Arbeit gewährt. Die Arbeit darf nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betreffen. Kosten für den Hauswart, die der Instandhaltung und Instandsetzung dienen oder die eine Verwaltungstätigkeit darstellen, sind nicht umlagefähig. Der Vermieter muss deshalb bei seiner Abrechnung die Kosten der umlagefähigen Hauswartstätigkeit einerseits und die nicht umlagefähigen Verwaltungs-

Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten andererseits nachvollziehbar aufschlüsseln, so dass die nicht umlagefähigen Kosten herausgerechnet werden können. Die Darlegungs- und Beweislast trifft den Vermieter. Soweit der Vermieter die nicht umlagefähigen Hauswartkosten pauschaliert, muss er auf das Bestreiten des Mieters umlagefähige und nicht umlagefähige Kosten konkret spezifizieren.

Ein weiterer strittiger Punkt der Nebenkostenabrechnung, über die der BGH zu befinden hatte, betraf die Stromkosten für die Heizungsanlage. Sofern es für die Heizungsanlage keinen Zwischenzähler gibt, ist eine Schätzung durch den Vermieter zulässig. Die Grundlagen der Schätzung muss der Vermieter allerdings offenlegen.

§ § §

Zur Frage der Wirksamkeit einer „Farbwahlklausel“ in einem Wohnraum-Formularmietvertrag (BGH, Urt. v. 18.06.2008, VIII ZR 224/07)

Einem Mieter war die Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen formularmäßig vertraglich auferlegt worden. Im Mietvertrag war u.a. bestimmt, dass die Schönheitsreparaturen in neutralen, deckenden, hellen Farben und Tapeten auszuführen sind. Es ging um die Frage, ob diese Klausel wirksam ist. Da sie dem Mieter nicht erst für den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung, sondern bereits während der Mietzeit vorschreibt, für die Schönheitsreparaturen helle, deckende und

neutrale Farben zu verwenden, hielt sie der BGH für unwirksam. Dem Vermieter werde zwar vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ein berechtigtes Interesse an einer Regelung nicht abzusprechen sein, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses in einer Farbgebung zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. Während der laufenden Mietzeit besteht jedoch kein anerkanntes Interesse des Vermieters daran, dass ein Mieter auf andere Gestaltungen (egal, ob es darum geht, eine besondere Farbe zu wählen oder den Anstrich nicht deckend vorzunehmen) verzichten muss.

§ § §

Zu den Voraussetzungen der sog. „Auge- und-Ohr-Rechtsprechung“ im Versicherungsvertragsrecht (BGH, Urt. v. 27.02.2008, IV ZR 270/06)

Nach der sog. „Auge- und-Ohr-Rechtsprechung“ des BGH hat sich ein Versicherer grundsätzlich die Kenntnis seines Versicherungsagenten zuzurechnen. Was vom Versicherungsnehmer dem Agenten mitgeteilt wurde, kennt damit grundsätzlich auch der Versicherer selbst. Dieser von der Rechtsprechung aufgestellte Grundsatz hat seit 01.01.2008 sogar Eingang in das reformierte VVG gefunden (vgl. § 70 VVG). Danach kann der Versicherer allein mit dem Inhalt des von seinem Agenten ausgefüllten Antragsformulars nicht den Beweis führen, der Versicherungsnehmer habe hinsichtlich seiner Vorerkrankungen falsche Angaben gemacht, sofern der Versicherungsnehmer substantiiert behauptet, den Agenten mündlich zutreffend

unterrichtet und damit seine vorvertraglichen Anzeigepflichten erfüllt zu haben. In einem solchen Fall obliegt es dem Versicherer, darzulegen und zu beweisen, dass der Versicherungsnehmer den Agenten mündlich unzutreffend unterrichtet hat.

Diese Wissenszurechnung auf dem Gebiet des Versicherungsvertragsrechts dient dem Schutz des redlichen Vertragspartners. Eine Wissenszurechnung ist aber dann nicht gerechtfertigt, wenn der künftige Versicherungsnehmer nicht schutzwürdig ist. Das ist der Fall, wenn er mit dem Versicherungsagenten arglistig zum Nachteil des Versicherers zusammenwirkt.

Ein solches kollusives Zusammenwirken setzt voraus, dass der Versicherungsnehmer auf die Auskunft des Agenten, eine erhebliche Vorerkrankung sei nicht anzeigepflichtig, nicht vertraut, sondern im Bewusstsein der Anzeigepflichtigkeit erkennt und billigt, dass der Versicherer durch das Vorgehen des Agenten über seinen Gesundheitszustand getäuscht und dadurch in der Entscheidung über den Abschluss des Versicherungsvertrages beeinflusst wird und er zu diesem Zweck auch will, dass die betreffende Erkrankung im Antragsformular unerwähnt bleibt.

Auch unterhalb der Schwelle eines kollusiven Zusammenwirkens kann der Vertretene in Fällen eines Vollmachtsmissbrauchs geschützt sein. Voraussetzung dafür ist, dass der Missbrauch aufgrund massiver Verdachtsmomente objektiv evident ist. An die für den Grundsatz von Treu und Glaube

geforderte Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs ist ein strenger Maßstab anzulegen. Der Versicherer, der aufgrund des Vertrauensverhältnisses während der Vertragsverhandlungen dem künftigen Versicherungsnehmer gegenüber zur Auskunft und Beratung verpflichtet ist, soweit sie dieser benötigt, erfüllt diese Pflicht durch Auskünfte seines Agenten. Dementsprechend darf der Antragsteller (Versicherungsnehmer) davon ausgehen, dass der Agent zur Erteilung solcher Auskünfte regelmäßig auch befugt ist. Unterläuft ein Versicherungsagent die Fragen nach gefahrerheblichen Umständen im Antragsformular dadurch, dass er dem Antragsteller durch einschränkende Bemerkungen verdeckt, was auf die jeweilige Frage anzugeben ist und in das Formular aufzunehmen ist, kann dieses Agentenverhalten nicht zu Lasten des künftigen Versicherungsnehmers gehen.

§ § §

Kein Verkauf von Versicherungsprodukten bei Penny (LG Wiesbaden, Urt. v. 22.05.2008, 11 O 8/08)

Das Landgericht Wiesbaden hat dem Handelskonzern REWE gegen Androhung einer Geldbuße verboten, weiterhin Versicherungsverträge zu vermitteln. Das Urteil, welches noch nicht rechtskräftig ist, sieht REWE, der die Versicherungen in seinen Penny-Filialen angeboten hat, nicht als bloßen Tippgeber, sondern als Versicherungsvermittler. Als Versicherungsvermittler schulde er Beratung und bedürfe vor allem einer Erlaubnis und

Registrierung. Da diese Voraussetzungen nicht vorlagen, war der Verkauf der Versicherungen rechtswidrig.

§ § §

Zur Einkünfte-Erzielungsabsicht bei späterer Eigennutzung einer Wohnung (FG Bremen, Urt. v. 13.08.2007, 4 K 139/04; Revision eingelegt BFH, IX R 54/07)

Die Absicht, auf die voraussichtliche Dauer der Nutzung eines bebauten Grundstücks (hier: Eigentumswohnung) einen Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen, ist zu verneinen, wenn bei Abschluss eines unbefristeten Mietvertrags feststeht, dass der Steuerpflichtige das bebaute Grundstück langfristig wegen Eigenbedarfs für eigene Wohnzwecke nutzen wird oder noch nicht entschieden ist, ob er das Grundstück langfristig wegen Eigenbedarfs für eigene Wohnzwecke nutzen will.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) passiert Bundestag

Das Parlament hat am 06.06.2008 den ersten Teil des Klimaschutzpaketes beschlossen. Mit dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) will man Eigentümer von Wohngebäuden, die nach dem 31.12.2008 fertiggestellt werden, verpflichten, den Wärmeenergiebedarf durch die anteilige Nutzung erneuerbarer Energien zu decken. Besitzer von Bestandsbauten und nicht unter

die Nutzungspflicht fallende Neubauten sollen künftig Fördermittel erhalten, wenn sie freiwillig auf erneuerbare Energien umsteigen.

Zwischen 2009 und 2012 sollen aus dem Bundeshaushalt bis zu 500 Mio. Euro jährlich zur Verfügung gestellt werden. Den Bundesländern wird des Weiteren das Recht eingeräumt, den Einsatz regenerativer Energien bei Sanierungen im Bestand vorzuschreiben.

* * *

Bundestag verabschiedet Eigenheim-Rentengesetz

Der Bundestag hat am 20.06.2008 in zweiter und dritter Lesung dem Eigenheim-Rentengesetz zugestimmt. Das Gesetz soll rückwirkend zum 01.01.2008 in Kraft treten. Künftig soll für den Kauf und Bau von Wohneigentum auch die staatliche Riester-Förderung genutzt werden. Mehr als 10 Mio. Menschen haben bereits einen Riester-Vertrag, mit dem sie sich eine eigene Vorsorge für das Alter aufbauen wollen. Wer einen Riester-Vertrag anspart, soll dieses Geld künftig auch vollständig für den Kauf oder die Entschuldung des Eigenheims nutzen können. Das gilt jedoch nur für den Fall, dass die Wohnung selbst genutzt wird. Begünstigt ist weiterhin eine Genossenschaftswohnung einer eingetragenen Genossenschaft, wenn diese Wohnung den Lebensmittelpunkt des Zulageberechtigten bildet, im Inland belegen ist und vom Zulageberechtigten zu eigenen Wohnzwecken als Hauptwohnsitz genutzt wird.

LITERATURSPIEGEL

Die Verantwortlichkeit des Vorstands für den Abkauf missbräuchlicher Anfechtungsklagen - Der Einfluss des UMAG auf die Handlungsmöglichkeiten zur Abwehr „räuberischer“ Aktionäre

Ziel des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechtes (UMAG) vom 22.09.2005 war u.a. die Zurückdrängung erpresserischer Anfechtungsklagen durch Aktionäre. Das Gesetz hat nicht den gehofften Erfolg gebracht. Nach wie vor gibt es Fälle, in denen Vorstände missbräuchliche Anfechtungsklagen durch Sonderzahlungen an Aktionäre verhindern oder beendet. Der Lästigkeitswert einer Anfechtungsklage ergibt sich aus dem hierdurch ausgeübten wirtschaftlichen Druck auf die Gesellschaft, da notwendige Beschlüsse durch die zeitliche Verzögerung entweder verteuert oder gänzlich unausführbar werden. Außerdem kosten Gerichtsverfahren Geld und Zeit. Die Frage nach der Haftung des Vorstands für Leistungen an „räuberische Aktionäre“ aus dem Gesellschaftsvermögen ist deshalb weiterhin von erheblicher Relevanz. **Poelzig** geht in ihrem Beitrag in Heft 22/2008 der Zeitschrift **WM** dem Fragenkreis nach und behandelt die Themen „Pflichtverletzung, Haftungsausschluss, Rechtfertigung und Schaden“. Ausführlich wird auch auf den sog. „sicheren Hafen“ des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eingegangen. Die erweiterte Möglichkeit des Freigabeverfahrens gem. § 246a AktG wird nur selten eine wirksame Alternative zum Abkauf der Anfechtungsklage darstellen. Solange der Gesetzgeber kein wirksames Mittel gefunden

hat, stellt die Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG dem Vorstand eine gesetzlich verankerte Möglichkeit zur Verfügung, auf rechtlich sicherem Boden auf erpresserische Anfechtungsklagen zu reagieren, ohne die Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG fürchten zu müssen. Der Vorstand muss demnach nicht haften, wenn er vernünftigerweise davon ausgehen durfte, dass der Abkauf der Anfechtungsklage auf der Grundlage angemessener Information die einzige Möglichkeit ist, anderenfalls drohende schwere Schäden von der Gesellschaft abzuwenden.

* * *

Bewertungsfragen bei Immobilien-Kapitalanlagen durch Beteiligungen an (steuerorientierten) geschlossenen Immobilienfonds

In den letzten Jahren sind gegen Gründungsgesellschafter, vor allem aber gegen Kreditinstitute und Kapitalanlagevertriebe Urteile ergangen, die die jeweiligen Beklagten (Kreditinstitute, Vertriebe, Gründungsgesellschafter) zum Schadenersatz verurteilten, weil Prüfungs- oder Aufklärungspflichten verletzt worden sein sollen. **Wagner** beleuchtet in seinem Beitrag in Heft 23/2008 der Zeitschrift **WM** diese Rechtsprechung, die er großteils kritisiert, weil Anleger bei steuerorientierten Immobilien-Kapitalanlagemodellen eigene Prüfungspflichten haben, die sie - ggf. unter Hinzuziehung eigener Berater - erfüllen müssen. Er stellt in diesem Zusammenhang Vergleiche zur Rechtsprechung an, die im Zusammenhang mit Bauherren-, Erwerber-

oder Bauträgermodellen ergangen ist. Der BGH habe eine besondere Schutzbedürftigkeit von Kapitalanlegern beim Immobilienkauf in Bauherren- oder Ersterwerbermodellen im Grundsatz verneint, weil davon auszugehen sei, dass Kapitalanleger entweder selbst über die notwendige Erfahrung verfügen oder sich der Hilfe von Fachleuten bedienen. Folglich gehöre es nicht zur Aufklärungspflicht gegenüber einem Kapitalanleger, ob bei einem sog. Ersterwerbermodell die Gesamtkosten in einem angemessenen Verhältnis zum Wert des zu erwerbenden Objektes stehen. Ein Käufer habe keinen Anspruch auf einen Erwerb des Objektes zu dessen Verkehrswert. Bis zu den Grenzen der Sittenwidrigkeit und des Wuchers bliebe es den Vertragsparteien überlassen, welchen Preis sie vereinbarten.

Der Beitrag von Wagner ist ein Beitrag „pro Selbstverantwortung“. Er nennt zwar auch die Ausnahmefälle, in denen zwingend Aufklärungs- und Hinweispflichten bestehen. So wünschenswert es ist, sozusagen eindeutige Checklisten zu haben, verbietet sich aber dennoch eine generalisierende Betrachtungsweise. Es kommt auf die berühmten Umstände des Einzelfalls an.

* * *

Zum Kausalitätserfordernis des § 826 BGB bei unrichtigen ad-hoc-Mitteilungen

Der Bundesgerichtshof hat sich in einer Reihe von Entscheidungen mit der Haftung wegen unrichtiger positiver ad-hoc-Mitteilungen befasst (vgl. beispielsweise die Entscheidungen zu EM.TV oder Comroad I bis

VIII). Im Mittelpunkt standen hierbei mögliche Ersatzansprüche der Anleger aus § 826 BGB gegen die Emittenten sowie die handelnden Vorstandsmitglieder.

Das Gericht hat insoweit keine Zweifel daran gelassen, dass das Merkmal der Sittenwidrigkeit erfüllt ist, wenn Vorstandsmitglieder in Form von ad-hoc-Mitteilungen bewusst unrichtige Informationen verbreiten. Auch kann regelmäßig zumindest von einem Eventualvorsatz hinsichtlich der den Anlegern entstehenden Schäden ausgegangen werden. Viele Anleger gehen dennoch leer aus, weil sich der von der Rechtsprechung geforderte Kausalzusammenhang

(Transaktionskausalität) nicht nachweisen lässt. **Leuschner** setzt sich in seinem Beitrag in Heft 23/2008 der Zeitschrift **ZIP** kritisch mit der Rechtsprechung auseinander, soweit es um das Erfordernis der Transaktionskausalität geht. Leuschner nimmt den Standpunkt ein, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Fehlinformation und dem Kaufentschluss nicht unabdingbare Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB ist. Zwingend sei eine Transaktionskausalität nur, wenn der Anleger Naturalrestitution begehrt. Beschränke sich der Anleger hingegen auf den Ersatz des Kursdifferenzschadens, genüge es, wenn diese Schaden auf der unrichtigen ad-hoc-Mitteilung beruhe. Die gegenteilige Sichtweise basiere auf einer unzulässigen Übertragung der Regelungstechnik des § 823 Abs. 1 BGB auf § 826 BGB sowie einer nicht gerechtfertigten Verendung des Schutzzwecks der Informationsdeliktshaftung.

Mit der Rechtsprechung des BGH zu den Missständen des neuen Marktes befasst sich auch **Möllers** in seinem Beitrag in Heft 11/2008 der Zeitschrift **NZG**. Auch er hält den von der Rechtsprechung geforderten Nachweis der konkreten Kausalität für wenig überzeugend. Es müsse genügen, dass der Nachweis erbracht wird, dass die fehlerhafte Information den Kurs beeinflusst hat (sog. Preiskausalität). Der Hinweis auf eine uferlose Haftungsausdehnung erscheint wenig überzeugend. Aufgabe des BGH müsse es sein, das richtige Maß zwischen einer Übermaßhaftung und einem Leerlaufen der kapitalmarktrechtlichen Normen zu finden.

* * *

Compliance-Organisationen in Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zeitalter der MiFID - Regelungskonzept und Rechtsprobleme

Der Aufbau einer Compliance-Organisation gehört bereits seit 1994 in Deutschland zum Pflichtprogramm für Wertpapierdienstleistungsunternehmen.

Aufgrund der Umsetzung der MiFID durch das FRUG haben die Organisationspflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen teilweise eine neue Gestalt bekommen. Das Wertpapierhandelsgesetz beschränkt sich allerdings auf schlagwortartige Vorgaben (vgl. z.B. § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG, wo es heißt, dass angemessene Grundsätze aufzustellen sind, Mittel vorzuhalten und Verfahren einzurichten sind, die darauf ausgerichtet sind, sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst

und seine Mitarbeiter den Verpflichtungen des WpHG nachkommen).

Veil gibt in Heft 24/2008 der Zeitschrift **WM Wertpapier-Mitteilungen** einen Überblick über die heutigen rechtlichen Anforderungen an eine Compliance-Organisation. Die bereits existierenden Organisationspflichten wurden teilweise wirkungsvoller ausgestaltet. Im Zentrum der Anforderungen steht die Pflicht eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens, eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann. Veil geht in diesem Zusammenhang auf Fragen ein, was eine Compliance-Funktion überhaupt ist und welche Rechte und Pflichten ein Compliance-Beauftragter insbesondere gegenüber dem Vorstand und Angestellten des Unternehmens sowie gegenüber der BaFin hat.

KURZ UND BÜNDIG

Versicherungen rund um das Wohngebäude

In einem **versicherungstip-Spezial** (Beilage zur Ausgabe Nr. 24/08) stellt **Rodius** Versicherungen rund um das Wohngebäude vor. Nach einer Grobunterteilung (Einfamilienhaus, mit/ohne Einliegerwohnung, Mehrfamilienhaus, teilweise oder überwiegend gewerbliche Nutzung etc.) stellt er die einzelnen Versicherungssparten, Bauartklassen, Tarifzonen und die Hintergründe, die sich hinter dem Kürzel „ZÜRS“ verbergen, vor.

Steuergestaltungen 2008 - Anschaffungsnaher Aufwand

Für einen Vermieter macht es einen teils erheblichen Unterschied aus, ob Kosten für Baumaßnahmen als Herstellungskosten oder Erhaltungsaufwand einzustufen sind. **steuertip** geht in einer Beilage „Steuern Spezial“ (Beilage zu Heft 24/08) auf die Abgrenzungskriterien, die teils fließend sind, ein. Eine Checkliste „Tipps zur Abgrenzung Erhaltungsaufwand-Herstellungskosten“ gibt nützliche Hinweise und Hilfestellungen, beispielsweise im Hinblick auf die Vereinfachungsregelung bei nachträglichen Herstellungskosten oder die Möglichkeit der Verteilung größerer Erhaltungsaufwendungen auf zwei bis fünf Jahre.

Werbungskostenabzug im Rahmen der Abgeltungsteuer - Handlungsbedarf und Gestaltungsansätze

Mit der Abgeltungsteuer beginnt für den Privatanleger ab dem 01.01.2009 ein neues Zeitalter. Deshalb werden viele Überlegungen angestellt, die Steuerfreiheit von Kapitalanlagen für die Zeit nach 2008 zu konservieren. Weit weniger Aufmerksamkeit wurde dem mit der Abgeltungsteuer einhergehenden Verbot des Werbungskostenabzuges geschenkt. **Busch** und **Brandtner** erläutern in ihrem Beitrag in Heft 6/2008 des **BeraterBriefs Erben und Vermögen** das Abzugsverbot und zeigen Gestaltungsmöglichkeiten auf, wie Anleger die

Kosten der Kapitalanlage auch künftig zum steuerlichen Abzug bringen können.

* * *

Das neue UWG - Der Regierungsentwurf im Überblick

Am 21.05.2008 hat das Bundeskabinett den Gesetzentwurf des neuen UWG verabschiedet.

Hoeren gibt in Heft 23/2008 der Zeitschrift **Der Betriebs-Berater** einen Überblick über die wesentlichen Änderungen verbunden mit Hinweisen, was Unternehmen und deren Berater u.a. bei Werbekampagnen beachten müssen, damit sie mit dem neuen Recht vereinbar sind.

* * *

EuGH-Vorlage zur ex nunc-Wirkung des Widerrufs eines Beitritts zu geschlossenem Immobilienfonds nach HWiG

Im heutigen Rechtsprechungsspiegel stellen wir den Vorlagebeschluss des BGH an den Europäischen Gerichtshof vor, der den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds betrifft und durch den geklärt werden soll, ob der Beitritt als Haustürgeschäft widerrufen werden kann. **Schäfer** nimmt in seinem Beitrag in Heft 22/2008 der Zeitschrift **ZIP** kritisch zum Vorlagebeschluss Stellung. Der Vorlagebeschluss sei in zweierlei Hinsicht überraschend: Der 2. Zivilsenat des BGH habe in ständiger Rechtsprechung seit 2002 die Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch dann bejaht, wenn der Gesellschafter als Verbraucher seinen Beitritt

widerrufen hat. Bislang seien keinerlei Probleme mit der Richtlinie gesehen worden. Zum anderen trage bei den praktisch häufigen finanzierten Fondsbeteiligungen letztlich nicht der Verbraucher das Entwertungsrisiko in Bezug auf seine Beteiligung, sondern im Falle eines Widerrufs die finanzierende Bank (jedenfalls sofern kein Realkreditgeschäft vorliegt).

Schäfer vertritt die Ansicht, dass bereits die erste Vorlagefrage, erst recht aber die zweite Vorlagefrage zu verneinen ist. Die Haustürrichtlinie gelte bei zweiseitigen Rechtsverhältnissen. Sie passe nicht bei mehrseitigen. Es geht darum, dass nicht der schnellste Windhund alles erhält, während die übrigen völlig ausfallen, sondern einen gerechten Ausgleich aller beteiligten Interessen zu erzielen. Es könne nicht angenommen werden, dass die Haustürrichtlinie einen Verbraucher zu Lasten der übrigen schützen will.

Im Übrigen fehle es an einem Schutzbedürfnis des Verbrauchers. Auch **Goette** nimmt in **DStR** 23/2008 zu diesem Vorlagebeschluss Stellung. Er plädiert für die Heranziehung der Regeln der fehlerhaften Gesellschaft, um kein „Windhundrennen“ auszulösen. Außerdem dürfe der Verbraucherschutz nicht verabsolutiert werden.

* * *

Deutschlands beste Wohnlagen

In einem Sonderheft Immobilien 2008 der Zeitschrift **Capital** findet sich eine Übersicht

über Preise, Mieten und Prognosen für 84 deutsche Städte. Detaillierte Lagekarten sollen dem Immobilieninteressierten bei der richtigen Wahl weiterhelfen. Auch im Internet finden sich unter www.immobilienguide.de weitere Informationen zu den beschriebenen Vierteln sowie detaillierte Beschreibungen weiterer Stadtteile, die im Sonderheft aus Platzgründen nicht aufgenommen werden konnten.

* * *

Die Verjährung im Versicherungsvertragsrecht

Das neue VVG brachte weitreichende Änderungen für die Versicherungsbranche. Beispielhaft sind hier die Neuregelung des Versicherungsvertragsschlusses, die veränderten Beratungs-, Dokumentations- und Informationspflichten sowie die Einführung der Quotelungsregelung bei grob fahrlässigem Verhalten des VN zu nennen. Von ebenfalls nicht unerheblicher Bedeutung sind die neuen Verjährungsregelungen, die sich teilweise von den alten Vorschriften unterscheiden. **Muschner** und **Wendt** geben in Heft 11/2008 der Zeitschrift **MDR** einen Überblick und Arbeitshilfen für den Alltag.

* * *

Abmahnrisiken trotz Muster- Widerrufsbelehrung 2008

Bereits im September 2002 wurden vom Bundesministerium der Justiz (BMJ) Musterbelehrungen zur einheitlichen Festlegung des gesetzlich erforderlichen

Inhalts und der Gestaltung der Widerrufs- oder Rückgabebelehrung geschaffen. Anfang des Jahres wurden die bisherigen Muster durch eine neue Muster-Widerrufsbelehrung und eine neue Muster-Rückgabebelehrung ersetzt. Zuvor hatten zahlreiche Gerichte verschiedenste Differenzen zwischen den gesetzlichen Vorgaben und den alten Verordnungsmustern festgestellt. **Rössel** geht in seinem Aufsatz in Heft 6/2008 der Zeitschrift **Der IT-Rechts-Berater** der Frage nach, inwieweit es sich lohnt, bereits innerhalb der 6-monatigen Übergangsfrist vom alten zum neuen Muster überzugehen. Er weist außerdem darauf hin, dass tatsächlich keinerlei Schutzwirkung gegen eine Verwerfung auch der neuen Belehrungen durch die Gerichte besteht.

* * *

Gewerbsteuerfreiheit von Selbstständigen ist verfassungsgemäß

Dies entschied das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 15.01.2008 (1 BvL 2/04). Gleiches gilt für die sog. Abfärberegulierung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG, wonach die gesamten Einkünfte einer Personengesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gelten und damit der Gewerbesteuer unterliegen, wenn die Gesellschaft auch nur teilweise eine gewerbliche Tätigkeit ausübt.

Die Gewerbsteuerfreiheit von Freiberuflern bzw. Selbstständigen ist mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG vereinbar, da es Unterschiede zwischen diesen Gruppen und den übrigen Gewerbetreibenden gibt. Sie

rechtfertigen eine Differenzierung: So sei für die Ausübung einer freien Tätigkeit anders als für die Ausübung einer gewerblichen Betätigung im Regelfall eine akademische oder vergleichbare Qualifikation erforderlich, es bestehe häufig ein höchstpersönliches Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber und freie Tätigkeiten unterlägen außerdem vielfach staatlichen Reglementierungen.

Darüber hinaus fallen bei freien Berufen Infrastrukturlasten, die durch die Gewerbesteuer ausgeglichen werden sollen, in geringerem Umfang an als bei Gewerbetreibenden, da freie Berufe regelmäßig weniger personal- und produktionsmittelintensiv sind.

Die sog. Abfärberegulation wolle verhindern, dass infolge unzureichender Abgrenzungsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Tätigkeiten einer Gesellschaft gewerbliche Einkünfte der Gewerbesteuer entzogen werden. Damit wird ein legitimes Ziel verfolgt.

Die Haftung von Rating-Agenturen

Rating-Agenturen sind private Wächter der Finanzmärkte. Sie unterliegen zwar keiner Finanzaufsicht, müssen sich aber im Hinblick auf ihre Tätigkeiten an die Regelungen gegen Insider-Trading und Marktmanipulationen halten. Die Frage, ob Rating-Agenturen für fehlerhafte Ratings haften, ist nicht eindeutig geregelt. **Von Schweinitz** geht in Heft 21/2008 der Zeitschrift **WM** dieser Frage nach. Als

Anspruchsgrundlage kommt nach deutschem Recht das Prinzip des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht. Rating-Agenturen haben aber einen Beurteilungsspielraum, der von den Gerichten zu respektieren ist. Dieser wird verletzt, wenn die Rating-Agentur eine Bewertung trifft, die ex ante anhand der ihr bekannten oder in engen Grenzen erkennbaren Umstände nicht vertretbar ist.

Abschied vom Öl

Finanztest gibt in Heft 7/2008 einen Überblick über die Förderung moderner Heizungen durch öffentliche Zuschüsse. Sie können bis zu ¼ der Kosten decken.

Abkommen zur Übertragung von Direktversicherungen oder Versicherungen in einer Pensionskasse bei Arbeitgeberwechsel und neues VVG

In einem Kurzbeitrag in Heft 23/2008 der Zeitschrift **Der Betrieb** gibt **Blumenstein** einen kurzen Überblick über das überarbeitete Abkommen zur Übertragung von Direktversicherungen oder Versicherungen in einer Pensionskasse bei Arbeitgeberwechsel. Auch nach dem neuen VVG ist die erleichterte Fortführung der Direktversicherung oder Versicherung bei einer Pensionskasse beim Arbeitgeberwechsel möglich.

Zum Schadenersatzanspruch wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz bei sog. „Schrott-Immobilien“

Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung begründen auch das Vorliegen einer Haustürsituation und die Möglichkeit zum Widerruf bzw. zu einem Schadenersatzanspruch wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung nicht zwingend einen Anspruch des Darlehensnehmers, das finanzielle Risiko auf die Bank abzuwälzen. Den Stand der Rechtsprechung durchleuchtet **Mediger** in seinem Beitrag in Heft 11-12/2008 der Zeitschrift **ZfIR**. Breiten Raum der Darstellung nimmt das BGH-Urteil vom 26.02.2008, XI ZR 74/06 ein.

* * *

Zur Vermietung und Verpachtung von Pflegeheimen

Betreiber von Pflegeheimen unterliegen strengen aufsichtsrechtlichen Vorschriften, was die personelle und sachliche Ausstattung des Heims sowie die ordnungsgemäße Pflege der Bewohner angeht. Die Vermietung oder Verpachtung von Pflegeheimen stellt aber auch für den Verpächter eine besondere Herausforderung dar, weil Miet- oder Pachtverträge über Pflegeheime üblicherweise über eine lange Laufzeit laufen. **Gräfenstein** und **von und zu Franckenstein** zeigen in ihrem Beitrag in Heft 11-12/2008 der Zeitschrift **ZfIR** die rechtlichen Risiken einer langfristigen Verpachtung von Pflegeheimen auf und erörtern und entwickeln vertragliche Absicherungsmöglichkeiten.

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 im [Impressum](#)

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