



Der Markt für Kapitalanlagen - Alle Wege mögen zwar nach Rom führen, aber nicht jeder Weg führt zum Ziel

Newsletter 06/2010

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

das BMF hatte für den 31.05.2010 zu einer nicht öffentlichen Anhörung geladen, um den Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts zu diskutieren. Kein seriöser Marktteilnehmer wird etwas gegen dieses Ziel einwenden. Die seit Bekanntwerden des Gesetzesentwurfes diskutierte Frage ist, welcher Weg mit welchen Auswirkungen zum Ziel führt. Beispielsweise hat der VGF in einer 36-seitigen Stellungnahme darauf hingewiesen, dass Anteile an geschlossenen Fonds mit Hybrid-Produkten nicht vergleichbar sind. Sie bilden keine Finanzstrukturen ab, sondern investieren in reale Werte.

Der VGF sieht des Weiteren einen Widerspruch zum im Jahr 2007 erlassenen FRUG, mit der die MiFID in deutsches Recht transponiert worden ist.

Die Qualifizierung geschlossener Fonds als Finanzinstrumente wird - auch hier stimmen wir mit dem VGF überein - aufgrund der Aufsichtsanforderungen aus dem KWG zu einem massenhaften Ausdünnen der freien und unabhängigen Vertriebe führen. Das Ergebnis wird dann sein, dass es weniger statt mehr Wettbewerb geben wird und dass die Angebotspalette weniger vielfältiger sein wird.

Die Handelbarkeit würde durch die Regulierung ebenfalls nicht verbessert werden. Fondsbeteiligungen zeichnen sich durch Langfristigkeit und geringe Fungibilität aus, dafür aber auch für eine schon heute sehr hohe Produkttransparenz.

Vertreter von Analysten und Häusern, die Ratings anbieten, sehen die Lösung darin, Analysen des Anbieters und des Angebots durch unabhängig bewertende Ratingagenturen zur Pflicht zu machen. Dadurch soll die Transparenz noch weiter verbessert werden und sollen die unterschiedlichen Produkte miteinander besser vergleichbar werden.

Von Ratingagenturen wie auch von unabhängigen Sachverständigenorganisationen gleichermaßen begrüßt wird der Vorschlag, jeden geschlossenen Fonds einmal im Jahr bewerten zu lassen. Dass Fondsbeteiligungen grundsätzlich langfristiger Natur sind und die eingeschränkte Fungibilität keine jährliche Bewertung fordert, scheint hierbei aus dem Blickwinkel zu geraten.

Es gibt einige gute Ansätze, die aber insgesamt noch zu sehr von subjektiven Sichtweisen und Interessen getragen sind. Für einen großen Wurf ist das zu wenig. Wir bleiben für Sie am Ball. Und wenn wir schon beim runden Leder sind: Wir wünschen allen Fußballinteressierten spannende und faire Spiele! Speziell mit Rom und dem Jahr 1990 verbindet unsere Nationalelf ja sehr gute Erinnerungen ...

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Prospekthaftung bei falscher Darstellung der Entwicklung eines Vorgängerfonds
- Zur Frage der Haftung von Prominenten bei Werbung für eine Kapitalanlage
- Zu den Aufklärungspflichten einer Bank bei der Beratung über Investmentzertifikate („Lehman-Brothers“)
- Auch OLG Hamburg entscheidet gegen Anleger, die in den Jahren 2006 und 2007 Lehman-Zertifikate kauften
- OLG Stuttgart bejaht Aufklärungspflicht des freien Anlageberaters über Rückvergütungen
- Zur - im konkreten Fall verneinten - Aufklärungspflicht eines freien Anlageberaters beim Vertrieb von Medienfondsanteilen
- Begründungsanforderungen bei fristloser Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses
- Wohnungseigentümergeinschaft kann Teileigentumseinheiten selbst erwerben
- Vorsicht bei Werbung mittels gekaufter E-Mailadressen
- Zur schuldbefreienden Wirkung einer Zahlung an den Inhaber eines qualifizierten Legitimationspapiers

Gesetzgebungsspiegel

- BMF will ungedeckte Leerverkäufe verbieten
- Neue Widerrufsvorschriften sowie neue Muster einer Widerrufsbelehrung

Kurz und bündig

- Was Sie beim Verkauf einer selbstgenutzten Immobilie beachten müssen - Ein Überblick zur Steuerbefreiung von selbstgenutztem Wohnraum
- Den Mietnomaden einen Riegel vorschieben
- Anlegerschutz bleibt ausbaufähig
- Die Kick-Back-Rechtsprechung - Ein Irrweg?
- Mehr Anlegerschutz oder der bürokratische Overkill? - Stellungnahme von kapital markt-intern zum BMF-Diskussionsentwurf zur Regulierung geschlossener Fonds
- Neue Mieteradresse - Der allgemeine Auskunftsanspruch des Vermieters

Entscheidung des Monats

- Provisionsoffenlegung im freien Vertrieb - bringt das BGH-Urteil Klarheit?

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Prospekthaftung bei falscher Darstellung der Entwicklung eines Vorgängerfonds (BGH, Urt. v. 01.03.2010, II ZR 213/08)

Mit der Behauptung, der Emissionsprospekt weise diverse Fehler auf, verlangte ein Anleger Erstattung seiner Einlage Zug um Zug gegen Abtretung seines Kommanditanteils. Das Berufungsgericht hatte die Aussage, zwei Vorgängerfonds lägen „deutlich über Plan“ als bloße werbende Anpreisung gesehen. Diese werbende Anpreisung würde zudem durch den Prospekthinweis relativiert, dass die Vorgängerfonds teilweise anders konzipiert seien. Der BGH sieht dies anders. Er verweist auf seine ständige Rechtsprechung, dass einem Anlageinteressenten für seine Beitrittsentscheidung ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden muss. Der Anleger muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken *zutreffend, verständlich und vollständig* aufgeklärt werden.

Ändern sich diese Umstände nach der Herausgabe des Emissionsprospektes, so haben die Verantwortlichen das durch Prospektberichtigung oder gesonderte Mitteilung offenzulegen.

Ein für die Anlageentscheidung wesentlicher Umstand kann der Erfolg oder der Misserfolg vergleichbarer Vorgängerfonds sein. Für eine Anlageentscheidung ist der Erfolg von Vorgängerfonds ein wichtiger Gesichtspunkt. Des Weiteren ist für die Anlageentscheidung von Bedeutung, wie sich die Marktlage in der Branche des Fonds entwickelt. Gerade der Terroranschlag vom 11.09.2001 hat die Medienbranche nicht unberührt gelassen. Eine dem 11.09.2001 zeitlich nachfolgende Aussage, die wichtigen wirtschaftlichen Rahmenfaktoren hätten sich als „nachhaltig stabil“ erwiesen, muss deshalb hinterfragt werden.

Sodann nimmt der BGH auch noch einmal zu Verjährungsfragen Stellung: Die Verjährungsfrist beträgt sechs Monate seit Kenntnis des Prospektfehlers, längstens aber drei Jahre seit dem Beitritt zur Gesellschaft. Die Höchstfrist von drei Jahren beginnt allerdings nicht mit Unterzeichnung des Beitrittsangebots, sondern erst mit der Annahme des Antrags durch die Gesellschaft. Erst dann ist ein Anleger „beigetreten“.

§ § §

Zur Frage der Haftung von Prominenten bei Werbung für eine Kapitalanlage (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.04.2010, 6 U 155/07)

Das OLG Karlsruhe hat ein anders lautendes Urteil des Landgerichts Mosbach aufgehoben, in dem der frühere Bundesverteidigungsminister Dr. Scholz in einem Prozess um fehlgeschlagene Kapitalanlagen zum Schadenersatz verurteilt worden war. Ein Ehepaar hatte sich im Oktober 2004 an einer Publikums-KG beteiligt, über deren Vermögen später das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Beim Vertrieb der Anlage war in einer von dem Emissionsprospekt getrennten Werbebroschüre damit geworben worden, dass Dr. Scholz Vorsitzender des Beirats der Gesellschaft sei, die den Fonds initiiert hatte. In diesem Zusammenhang wurden positive Äußerungen von Robert Scholz über die Gesellschaft und die für die Gesellschaft handelnden Personen wiedergegeben. Der eigentliche Emissionsprospekt enthielt unrichtige und unvollständige Angaben.

Nach Ansicht des OLG Karlsruhe haftet Scholz nicht für die Fehler des Emissionsprospektes. Er sei nicht Initiator der Anlage, da der Beirat der Gesellschaft nur eine beratende Funktion habe. Eine Prospekthaftung (gemeint ist eine solche im engeren Sinn) kommt ansonsten nur bei solchen Personen in Betracht, die am Emissionsprospekt nach außen erkennbar mitwirken. Dies sei im konkreten Fall nicht erfolgt. Die Werbebroschüre sei nicht als Teil des Emissionsprospektes anzusehen. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die in dem Werbeprospekt wiedergegebenen Aussagen von Scholz unzutreffend seien. Es habe sich vor allem um allgemeine und blumige Ausführungen zu verschiedenen Anlagemöglichkeiten und den damit verbundenen Chancen, Gewinn zu erzielen, gehandelt. In der Werbebroschüre sei des Weiteren ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass eine fundierte Entscheidung über die Beteiligung allein nach Kenntnisnahme des Emissionsprospektes getroffen werden könne.

Die Revision ist nicht zugelassen worden.

§ § §

Zu den Aufklärungspflichten einer Bank bei der Beratung über Investmentzertifikate („Lehman-Brothers“) (OLG Celle, Hinweisbeschluss v. 04.03.2010, 3 U 9/10)

Ein Anleger unterhielt seit 1998 ein Wertpapierdepot und erwarb in der Folgezeit eine Reihe von Wertpapieren sowie Anteile an Aktienfonds. Aufgrund wiederholt erstellter computergeschützter Risikoprofile war der Anleger als ein solcher mit mittlerer Risikoneigung bei einem maximalen Risikoanteil von 55 % ausgewiesen. Ihm waren „Basisinformationen über Vermögensanlagen in Wertpapieren“ ausgehändigt worden. Im Juni 2007 erwarb der Anleger nach einem Beratungsgespräch mit seinem Bankberater Lehman-Zertifikate im Gesamtwert von 10.000,00 € zzgl. Ausgabeaufschlag in Höhe von 2 %. Die Bank erhielt von der Emittentin für den Ankauf der Zertifikate einen Preisnachlass von 2,2 %. Streitig war, ob beim Beratungsgespräch auch über diesen Rabatt

aufgeklärt worden war. Die Lehmann-Brothers-Zertifikate sind inzwischen weitgehend wertlos. Das Landgericht Hannover hatte die Klage abgewiesen und die Verletzung von Beratungs- und Aufklärungspflichten im konkreten Fall verneint. Das OLG Celle hat in einem Hinweisbeschluss darauf hingewiesen, dass dem Rechtsstreit auch in der Berufungsinstanz keine Aussicht auf Erfolg beschieden sein wird. Über die Chancen und Risiken von Wertpapiergeschäften war der seit mehr als neun Jahren in diesem Segment tätige Anleger informiert. Aus einer schon vor den Lehman-Zertifikaten gezeichneten Anlage kannte der Anleger auch die allgemeinen und speziellen Risiken von Zertifikaten, insbesondere das Totalausfallrisiko und das Bonitätsrisiko des Emittenten, der für die Zahlungsverpflichtung der Zertifikate verantwortlich ist. Jedenfalls im Juni 2007 musste eine Bank bei der Beratung über eine Anlage in Lehman-Zertifikate nicht ausdrücklich und zusätzlich auf die Möglichkeit einer Insolvenz der Emittentin und ihrer Garantin, der Lehman-Brother-Holding Inc., hinweisen. Mit einem Totalverlust war aus damaliger Sicht nicht zu rechnen.

Maßgeblich ist insoweit eine ex ante-Betrachtung. Das Risiko, dass sich eine Anlageentscheidung im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Anleger.

Das OLG Celle ist im Hinweisbeschluss auch - in Übereinstimmung mit dem Gericht erster Instanz - der Ansicht, dass eine Aufklärungspflichtverletzung im Hinblick auf etwaige verschwiegene Rückvergütungen nicht anzunehmen sei. Der Preisnachlass sei keine - aufklärungspflichtige - Rückvergütung, also mit Teilen von Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungsgebühren, die die beratende Bank hinter dem Rücken des Kunden aus Geldern des Kunden umsatzabhängig erhalte, nicht vergleichbar. Die Bank habe die Zertifikate zu einem günstigeren Preis von der Emittentin erworben und sie teurer weiterverkauft. Über ihren Gewinn bzw. die Gewinnmarge müsste die Bank nicht aufklären, da es offensichtlich sei, dass sie mit Gewinnerzielungsabsicht handle. Hier kam allerdings auch hinzu, dass diese Vergütung in Höhe von 2,2 % in dem Verkaufsprospekt über die Lehman-Zertifikate offen ausgewiesen war und in der Wertpapierorder des Kunden die Möglichkeit weiterer Vergütungen der Bank erwähnt worden war. Es war allerdings streitig, ob der Anleger den Verkaufsprospekt erhalten hatte. Mit diesen Hinweisen hatte das Gericht den Kläger vorinformiert, dass es die Berufung zurückzuweisen gedenkt (was inzwischen auch geschehen ist).

Im konkreten Fall mag man dem Ergebnis folgen können, denn die Bank hatte den Anleger schon beim Erwerb anderer Zertifikate ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass sie neben dem Ausgabeaufschlag weitere Vergütungen erhält. Dies hatte den Anleger nicht vom Kauf abgehalten. Dass ansonsten ein Preisnachlass, der neben dem Ausgabeaufschlag vereinnahmt wird, nicht zu einer Aufklärung verpflichtet soll, erscheint zweifelhaft. Der - nicht informierte - Anleger kann angesichts des Umstandes, dass die Bank den Ausgabeaufschlag vereinnahmt, nicht zwingend davon ausgehen, dass weitere Vergütungen erzielt werden. Eine Fehlvorstellung über einen für die Anlageentscheidung durchaus wichtigen Punkt wäre deshalb nicht auszuschließen.

Auch OLG Hamburg entscheidet gegen Anleger, die in den Jahren 2006 und 2007 Lehman-Zertifikate kauften (OLG Hamburg, Urt. v. 23.04.2010, 13 U 117/09 und 13 U 118/09)

Auch das OLG Hamburg verneinte in zwei ähnlich gelagerten Schadenersatzprozessen von Anlegern eine Haftung der in Anspruch genommenen Bank. Eine Beratungspflichtverletzung könne nicht darin gesehen werden, dass die Anleger beim Erwerb der Lehman-Zertifikate nicht über die Höhe der Gewinnmarge der Bank und die nicht vorhandene Einlagensicherung aufgeklärt worden waren. Auf die Bonität der Lehman-Brothers Inc. hätte im Zeitpunkt der Beratungen in den Jahren 2006 und 2007 ohne weiteres vertraut werden können. Beide Anleger verfügten auch in den vom OLG Hamburg entschiedenen Fällen über Erfahrungen mit riskanteren Wertpapieren und waren über die Möglichkeit eines Totalverlustes aufgeklärt worden.

Die Kick-Back-Rechtsprechung des BGH sei auf Verkäufe von Zertifikaten im Rahmen eines Eigengeschäfts nicht übertragbar, da es an einem 3-Personen-Verhältnis mangle. Jedem Anleger, der die Beratungsleistung einer Bank in Anspruch nehme, ohne hierfür eine gesonderte Vergütung zu entrichten, müsse bewusst sein, dass das das Produkt veräußernde Unternehmen mit seiner Leistung einen Gewinn erzielen will.

§ § §**OLG Stuttgart bejaht Aufklärungspflicht des freien Anlageberaters über Rückvergütungen** (OLG Stuttgart, Urt. v. 04.03.2010, 13 U 42/09 nrkr.)

Ein Anleger hatte sich in den Jahren 1999 und 2001 an zwei geschlossenen Immobilienfonds beteiligt (Falk-Fonds 68 und Falk-Fonds 75). Die Zeichnung erfolgte auf der Grundlage eines Beratungsdienstvertrages, der im Jahr 1993 abgeschlossen worden war. Das OLG Stuttgart bejahte einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung dieses Beratungsdienstvertrages. Kurz setzte sich das Gericht mit dem nach wie vor unterschiedlichen Pflichtenkreis in den Tätigkeiten eines Anlageberaters und Anlagevermittlers auseinander. neben der Bezeichnung des Vertrages als „Beratungsdienstvertrag“ sei auch die Leistung als laufende Beratung und Betreuung des Vermögens des Auftraggebers bezeichnet. Sodann bejahte das OLG Stuttgart eine Pflicht eines Anlageberaters, über eine Provision in Höhe von 12 % der Beteiligungssumme ungefragt aufzuklären. Die Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden entfalle nicht bereits dadurch, dass er weiß oder damit rechnet, dass eine Bank eine Vergütung von Kapitalsuchenden im Falle des Abschlusses eines Anlagegeschäfts erhalte. Aufklärungsbedürftigkeit bestünde auch im Hinblick auf die Höhe einer Rückvergütung. Jedenfalls im Rahmen eines als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Beratungsdienstvertrages gelten die für Banken entwickelten Grundsätze auch für freie Anlageberater. Ein offenzulegender Interessenkonflikt bestünde in diesem Fall in gleicher Weise wie bei Banken,

zumal der Berater im konkreten Fall vom Kunden auf der Grundlage des abgeschlossenen Dauer-Beratungsvertrages eine jährliche Vergütung von 2.000,00 DM erhalten hatte.

Zeitlich nach Erlass dieser Entscheidung hatte der BGH im Urteil vom 15.04.2010 für den freien Vertrieb gegenteilig entschieden (vgl. dazu die Anmerkungen zu diesem Urteil, welches wir als Entscheidung des Monats vorstellen). Es dürfte längst nicht die letzte Entscheidung gewesen sein, in der sich der BGH zu Provisionsoffenlegungsfragen im freien Vertrieb zu äußern hatte.

§ § §

Zur - im konkreten Fall verneinten - Aufklärungspflicht eines freien Anlageberaters beim Vertrieb von Medienfondsanteilen (LG Bremen, Urt. v. 28.01.2010, 2 O 2431/08)

In einem Beteiligungsprospekt über einen Medienfonds waren die Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen. Ferner war darauf hingewiesen, dass die mit dem Vertrieb beauftragte Gesellschaft zusätzlich das Agio erhält und dass die Vertriebsgesellschaft das Recht hat, ihre Rechte und Pflichten aus der Vertriebsvereinbarung auf Dritte zu übertragen. Der Anleger nahm einen - bankenunabhängigen - Anlageberater mit der Begründung in Anspruch, er sei als Provisionsempfänger im Prospekt nicht namentlich genannt und hätte über die an ihn bezahlte Vertriebsprovision aufklären müssen. Das Landgericht Bremen verneinte eine solche Pflicht. Sie folge nicht als gesonderte Pflicht aus dem Anlageberatungsvertrag, denn im Prospekt seien die Angaben zur Provision und zum Empfängerkreis hinreichend deutlich gemacht. Einer namentlichen Nennung jedes in den Vertrieb eingeschalteten Beraters bedürfe es nicht, wenn der Prospekt deutlich darauf hinweise, dass eine beauftragte Vertriebsgesellschaft Dritte mit der Eigenkapitalvermittlung beauftragen könne. Es sei insoweit hinreichend, dass der Prospekt die Gesamthöhe der Innenprovisionen nennt, ohne dass angegeben wird, in welcher Höhe der einzelne Berater daran partizipierte, solange jedenfalls die an den Berater bezahlte Provision ihrer Höhe nach die im Prospekt angegebene Vertriebsvergütung nicht übersteigt. Selbst wenn man das anders sehen würde, läge aber ein im Jahr 2003 unvermeidbarer Verbotsirrtum vor. Grundsätzlich ist an das Vorliegen eines auch den Fahrlässigkeitsvorwurf ausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtums ein strenger Maßstab anzulegen. Ein Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten. Im Jahr 2003 sei nicht erkennbar gewesen, dass die vorhandenen Angaben zur Höhe der umsatzabhängigen Vergütungen im Prospekt nicht als genügende Aufklärung angesehen werden könnten, nur weil sie die Gesamthöhe dieser Vergütungen mitteilten, ohne die exakte Höhe des Anteils der Berater anzugeben.

§ § §

Begründungsanforderungen bei fristloser Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses (BGH, Urt. v. 12.05.2010, VIII ZR 96/09)

§ 569 Abs. 4 BGB ist eine Sondervorschrift für Wohnraummietverhältnisse und regelt Möglichkeiten einer außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund. Der zur Kündigung führende wichtige Grund ist in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Der BGH hatte über einen Fall zu befinden, bei dem ein Zahlungsrückstand über mehrere Jahre mit schwankenden Monatsbeträgen aufgelaufen war. Im Kündigungsschreiben hatte der Vermieter die aus seiner Sicht bestehenden Rückstände in Bezug auf Kaltmiete und Nebenkostenvorauszahlungen jeweils monatsbezogen aufgelistet und einen Gesamtrückstand von mehr als zwei Monatsmieten ermittelt. Das Amtsgericht hatte die fristlose Kündigung noch wegen Verstoßes gegen die Begründungspflicht gem. § 569 Abs. 4 BGB für unwirksam gehalten und die Räumungsklage abgewiesen. Der BGH bestätigt nun die gegenteilige Auffassung des Landgerichts. Zweck der Vorschrift des § 569 Abs. 4 BGB ist es, dem Mieter die Erkenntnis zu ermöglichen, auf welche Vorgänge oder auf welches Verhalten der Vermieter die fristlose Kündigung stützt. Des Weiteren geht es um die Frage, ob und wie ein Mieter sich hiergegen verteidigen kann.

Es reicht aus, wenn ein Vermieter den Zahlungsverzug als Kündigungsgrund angibt und den Gesamtbetrag der rückständigen Miete beziffert. Wird eine Kündigung auch auf frühere Rückstände gestützt, genügt es zur formellen Wirksamkeit der Kündigung, dass der Mieter anhand der Begründung des Kündigungsschreibens erkennen kann, von welchem Rückstand der Vermieter ausgeht, um mit Hilfe dieser Angaben die Kündigung eigenständig auf ihre Stichhaltigkeit überprüfen zu können.

§ § §

Wohnungseigentümergeinschaft kann Teileigentumseinheiten selbst erwerben (OLG Hamm, Beschl. v. 20.10.2009, I-15 Wx 81/09)

Dass eine Wohnungseigentümergeinschaft Teileigentumseinheiten erwerben möchte, mag zwar kein alltäglicher Fall sein. Dass dies dennoch von Rechtswegen möglich ist und eine Eigentümergeinschaft auch in Abt. I des Grundbuchs eingetragen werden kann, hat das OLG Hamm in seinem Beschluss festgestellt. Im konkreten Fall ging es um den Erwerb zweier Tiefgaragenstellplätze, um diese allen Miteigentümern zur Verfügung zu stellen. Die Erklärung der Auflassung erfolgte an die Wohnungseigentümergeinschaft, die hierbei durch den WEG-Verwalter vertreten wurde. Das Grundbuchamt und das Landgericht Bielefeld hatten den Eintragungsantrag noch zurückgewiesen. Trotz der beschränkten Teilrechtsfähigkeit der Eigentümergeinschaft erstreckt sich deren Rechtsfähigkeit jedenfalls auch darauf, Eigentümerin von Teileigentumseinheiten zu werden. Die Wohnungseigentümergeinschaft muss ordnungsgemäß vertreten sein. Die

Vertretung bei der Auflassungserklärung kann dabei durch einen Eigentümerbeschluss nachgewiesen werden, durch den der Verwalter zum Eigentumserwerb für die Gemeinschaft ermächtigt wird. Ein solcher Eigentümerbeschluss ist von dem Grundbuchamt als wirksam zu behandeln, wenn der Eigentumserwerb im Rahmen der Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung liegt. Davon kann bei einem Erwerb einer Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheit in der eigenen Anlage ausgegangen werden. Wenn sich ein überstimmter Wohnungseigentümer gegen den Ankauf von Wohnungs- und Teileigentumseinheiten wenden möchte, muss er einen entsprechend gefassten Beschluss anfechten. Das Grundbuchverfahren wäre hierfür der falsche Weg.

§ § §

Vorsicht bei Werbung mittels gekaufter E-Mailadressen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.11.2009, I-20 U 137/09 rkr.)

Ein Unternehmen versandte unter Verwendung von Adresdaten aus einer zuvor erworbenen Adresdatenbank Werbe-E-Mails. Darunter waren auch Personen, die eine ausdrückliche Einwilligung nicht erteilt hatten. Das OLG Düsseldorf entschied, dass sich ein Werbender auf eine Zusicherung des Veräußerers, dass eine Einwilligung der beworbenen Person vorliegt, nicht verlassen darf. Umso wichtiger ist es für den Käufer von Adresdaten, sich schon im Kaufvertrag mit dem Verkäufer der Adresdaten von den Folgen einer Inanspruchnahme beispielsweise wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG freistellen zu lassen.

§ § §

Zur schuldbefreienden Wirkung einer Zahlung an den Inhaber eines qualifizierten Legitimationspapiers (BGH, Urt. v. 10.03.2010, IV ZR 207/08)

Der Alltag hält immer wieder Überraschungen parat. Darum ging es - was den tatsächlichen Geschehensablauf anbelangt - auch bei diesem vom BGH entschiedenen Fall. Ein Versicherungsnehmer hatte im Jahr 2003 Ansprüche und Rechte aus Versicherungsverträgen schriftlich abgetreten. Die Abtretungsanzeige durch den Zessionar erfolgte am 22.08.2006. Einen Tag zuvor, am 21.08.2006, wurde über das Vermögen des ursprünglichen Versicherungsnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Zessionar kündigte die Lebensversicherungsverträge zum 30.09.2006 und legte die Versicherungsscheine im Original vor. Am 01.10.2006 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des (ursprünglichen) Versicherungsnehmers eröffnet. Am 26.10.2006 zahlte die Versicherungsgesellschaft die Versicherungssummen an den Zessionar aus. Der Insolvenzverwalter forderte die nochmalige Zahlung. Der BGH verneinte eine solche Pflicht und wies die Revision zurück. Das Berufungsgericht habe zu Recht die Legitimationswirkung der vom

Zessionar vorgelegten Versicherungsscheine zugutegehalten und daraus die Leistungsfreiheit der vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommenen Versicherungsgesellschaft abgeleitet. Versicherungsscheine sind sogenannte hinkende Inhaberpapiere oder qualifizierte Legitimationspapiere im Sinne von § 808 Abs. 1 BGB. Dies gelte jedenfalls dann, wenn in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen geregelt sei, dass der Versicherer den Inhaber des Versicherungsscheins als verfügungs-, insbesondere empfangsberechtigt ansehen könne.

Die Legitimationswirkung umfasst die vertraglich versprochenen Leistungen, zu denen auch die Leistung des Rückkaufswertes nach Kündigung eines Lebensversicherungsvertrags gehört. Der Versicherer kann den Inhaber des Versicherungsscheins, der die Auszahlung des Rückkaufswertes erstrebt, als zur Kündigung und Empfangnahme des Auszahlungsbetrages berechtigt ansehen.

Im konkreten Fall scheiterte die Befreiungswirkung des § 808 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht daran, dass der Zessionar materiell-rechtlich nicht Inhaber der Rechte aus dem Versicherungsvertrag wurde. Ein Erwerb der Ansprüche im Jahr 2003 scheiterte, weil der (ehemalige) Versicherungsnehmer die Abtretung nicht wirksam schriftlich angezeigt hatte. Dies war nach den AVB's der Versicherung aber Wirksamkeitserfordernis. Trotz fehlgeschlagener Abtretung war jedoch eine schuldbefreiende Leistung an den Inhaber des qualifizierten Legitimationspapiers möglich. Für die Wirkung des § 808 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt es nicht darauf an, ob der Inhaber materiell-rechtlich verfügungsbefugt oder berechtigt ist oder war. Das qualifizierte Legitimationspapier fingiert zugunsten des Schuldners, dass der Inhaber einziehungsberechtigt ist. Eine Nachprüfung der tatsächlichen Berechtigung wird nicht gefordert.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

BMF will ungedeckte Leerverkäufe verbieten

Am 25.05.2010 hat das Bundesfinanzministerium einen aktualisierten Gesetzentwurf vorgelegt, nach dem u.a. ungedeckte Leerverkäufe verboten werden sollen. Bereits am 18.05.2010 hatte die BaFin ungedeckte Leerverkäufe von Aktien ausgewählter Finanzinstitute und bestimmter Schuldtitel von Staaten der Eurozone untersagt. Der Entwurf aus dem BMF geht noch weiter und erfasst ungedeckte Leerverkäufe in Aktien aller Unternehmen, die an einer deutschen Börse zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind. Auch Derivate auf den Euro, die nicht der Absicherung eigener Währungsrisiken dienen, sollen verboten werden.

* * *

Neue Widerrufsvorschriften sowie neue Muster einer Widerrufsbelehrung

Ab dem 11.06.2010 gelten neue Widerrufsvorschriften sowie ein neues Muster einer Widerrufsbelehrung. Beispielsweise hat ein Widerrufsberechtigter ab 11.06.2010 die Möglichkeit, seine Vertragserklärung innerhalb von 14 Tagen zu widerrufen (bislang hieß es: 2 Wochen). Man kann sich trefflich darüber streiten, ob die Beibehaltung der Worte „2 Wochen“ tatsächlich zu einem Fehler in der Widerrufsbelehrung führen soll, obgleich es für den potenziell Berechtigten keinerlei Unterschied macht, ob es 14 Tage oder 2 Wochen sind. Gleichwohl ist jedem anzuraten, den neuen Gesetzeswortlaut zu verwenden, der eine Anpassung an andere gesetzliche Vorschriften bewirken soll. Die neuen Widerrufsvorschriften gelten auch im Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Fonds.

KURZ UND BÜNDIG

Was Sie beim Verkauf einer selbstgenutzten Immobilie beachten müssen - Ein Überblick zur Steuerbefreiung von selbstgenutztem Wohnraum

Veräußerungsgewinne aus Immobilienveräußerungen sind innerhalb einer Haltedauer von 10 Jahren grundsätzlich steuerpflichtig. Eine Ausnahme gilt beim Verkauf einer selbstgenutzten Immobilie. Dennoch verbergen sich auch hier einige Fallstricke, über die **Iser** in einem Steuern Spezial (Beilage Nr. 09/2010 zur Zeitschrift **immobilien intern**) informiert.

* * *

Den Mietnomaden einen Riegel verschieben

Der Immobilienverband IVD hat einen Gesetzentwurf zur beschleunigten Räumung von Mietwohnungen bei Mietnomadentum vorgestellt. Kießling, Präsident des Immobilienverbandes IVD, stellt in Heft 5/2010 der Zeitschrift **AIZ - Allgemeine Immobilienzeitung** die wichtigsten Änderungsvorschläge auch in Stichworten vor. Es geht nicht etwa um das Aufweichen von Schutzvorschriften für schuldlos finanziell in Not geratene Mieter. Stoßrichtung sind die Mieter, die in Kenntnis von langen Verfahrensdauern und hohen Verfahrens- und Räumungskosten diese Umstände ausnutzen und bereits unmittelbar mit der Begründung des Mietverhältnisses damit beginnen, Mieterpflichten zu verletzen (z.B. Nichtzahlung der Kautions, Nichtzahlung der Miete, bewusstes Hinauszögern von Räumungsprozessen etc.).

* * *

Anlegerschutz bleibt ausbaufähig

Im Heft 5/2010 des Kapitalmarktmagazins **Going Public** nimmt Nieding zum Anlegerschutzverbesserungsgesetz vom 05.08.2009 Stellung (Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung). Nieding sieht zwar einige gute Ansätze, zieht aber das Fazit, dass der Gesetzgeber nur an den wunden Punkten nachkorrigiert habe und dass die Verantwortlichen des finanziellen Großbrandes weitgehend ohne Folgen zündeln können, ohne dass einer den Brandauslöser richtig identifizieren kann. Man sollte an dieser Stelle aber noch einmal betonen: Das Gesetz vom 05.08.2009 richtet sich primär an Banken und die Anlageberatung durch Banken. Inzwischen liegt der Diskussionsentwurf zum Anlegerstärkungs- und Funktionsverbesserungsgesetz vor (weithin bekannt als „Schäuble-Gesetz“). Der Diskussionsentwurf ist heftig umstritten, vgl. dazu auch den Gesetzgebungsspiegel diese Newsletters.

* * *

Die Kick-Back-Rechtsprechung - Ein Irrweg?

Edelmann setzt sich in einem Aufsatz in Heft 20/2010 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** sehr kritisch mit der Kick-Back-Rechtsprechung des BGH auseinander. Er hält diese Rechtsprechung in jedem einzelnen Punkt für rechtsdogmatisch angreifbar und meint, bei im Prospekt korrekt ausgewiesener Höhe über Vertriebsprovisionen könnte von vornherein kein Interessenkonflikt entstehen. Außerdem würde gegen Beweislastgrundsätze verstoßen, es fehle an der notwendigen Kausalität und - wie von manchen Gerichten entschieden - am Verschulden. Wenn er in diesem Zusammenhang allerdings ausführt, dass es bis zur Entscheidung vom 20.01.2009 niemanden gab, „der von einem allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz der Vermeidung von Interessenkonflikten im Bereich der Anlageberatung sprach oder hierüber nachdachte“, scheint Edelmann die vielfältigen Diskussionen, die es schon seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts gab, nicht zu kennen. Am von der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg dürfte ohnehin nicht wieder vorbeizukommen sein. Der Gesetzgeber wird sein übriges tun. Man mag die Rechtsprechungsgrundsätze zu Offenlegungspflichten und Interessenkonflikten für richtig halten oder sie verdammen. Fakt ist, dass man sie kennen und mit ihr leben muss (was auch ohne weiteres machbar ist, wie Beispiele aus anderen Anlagesegmenten seit Jahr und Tag zeigen).

* * *

Mehr Anlegerschutz oder der bürokratische Overkill? - Stellungnahme von kapital markt-intern zum BMF-Diskussionsentwurf zur Regulierung geschlossener Fonds

In einem 13-seitigen kmi-Spezial (Beilage zu kmi Nr. 21/10) nimmt der markt intern-Verlag zum BMF-Diskussionsentwurf zur Regulierung geschlossener Fonds Stellung. Empfohlen wird eine Aufspaltung des Gesetzesvorhabens. Für die Vermittlung geschlossener Fonds sollte analog zu den Investmentfonds zumindest eine Ausnahmeregelung vorgesehen werden. Sinnvollerweise sollte der Bereich der geschlossenen Fonds ganz abgespalten werden und gemeinsam mit dem Bundeswirtschaftsministerium eine einheitliche Berufsbildlösung erarbeitet werden.

* * *

Neue Mieteradresse - Der allgemeine Auskunftsanspruch des Vermieters

Es ist keine Seltenheit, dass ein Mieter auszieht und auch auf Nachfrage des Vermieters seine neue Adresse nicht mitteilt. Für den Vermieter bedeutet dies im Regelfall einen erhöhten Mehraufwand. **Horst** empfiehlt in seinem Beitrag in Heft 5/2010 der Zeitschrift **Der Mietrechtsberater**, der Vermieter sollte bei Beendigung des Mietverhältnisses ausdrücklich und beweisbar die neue Adresse des Mieters verlangen. Er sollte dabei auch auf die rechtlichen und finanziellen Folgen einer unterlassenen Auskunft hinweisen, beispielsweise auch auf die Möglichkeit, einen allgemeinen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB ggf. auch auf dem Rechtswege durchzusetzen.

ENTSCHEIDUNG DES MONATS

Provisionsoffenlegung im freien Vertrieb - bringt das BGH-Urteil Klarheit?

Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 15.04.2010, III ZR 196/09

Im amtlichen Leitsatz des BGH-Urteils vom 15.04.2010 heißt es, dass der nicht bankmäßig gebundene, also freie Anlageberater seinen Kunden nicht **ungefragt** über eine von ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären hat, wenn der Kunde selbst keine Provision zahlt und offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen werden, aus denen ihrerseits die Vertriebsprovisionen aufgebracht werden.

Der III. Zivilsenat des BGH sieht dieses Urteil als Abgrenzung zu den BGH-Urteilen des XI. Zivilsenates insbesondere vom 19.12.2006, XI ZR 56/05 und vom 20.01.2009, XI ZR 510/07.

In den Urteilen des XI. Zivilsenates ging es um Offenlegungspflichten von Banken. Diese müssten auch ungefragt Bankkunden über Rückvergütungen aufklären. Hierbei spielt es keine Rolle, ob es sich um Finanzinstrumente handelt, bei denen zusätzlich die Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes zu beachten sind, oder um sonstige Produkte (im Urteil vom 20.01.2009 ging es konkret um die Beteiligung an einem geschlossenen Medienfonds).

Das jüngste BGH-Urteil vom III. Zivilsenat wurde in ersten Reaktionen als ein Urteil **für** den freien Vertrieb gewürdigt. Die Sache ist jedoch wesentlich differenzierter zu analysieren. Insgesamt scheint der BGH nicht mehr zwischen Zuwendungen in Form von Provisionen oder Sondervorteilen, insbesondere Retrozessionen und Kick-Backs, differenzieren zu wollen. Im amtlichen Leitsatz ist von Provisionszuflüssen die Rede, während in der Urteilsbegründung dieser Begriff mit verdeckten Rückvergütungen, Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungsgebühren gleichgesetzt wird. Das im Einklang mit der Rechtsprechung des XI. Zivilsenates auch für den III. Zivilsenat entscheidende Kriterium ist die Gefahr eines Interessenkonfliktes beim Vertrieb über den Bankschalter, wenn Vergütungen, die der Kunde über die Bank an die Produktgesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen. Beim freien Vertrieb soll dies anders sein.

Die entscheidenden Unterschiede zwischen Bankenvertrieb und freiem Vertrieb sieht der BGH dabei in folgendem: Das Verhältnis zwischen Bank und Kunde sei regelmäßig durch eine dauerhafte Beziehung geprägt (a), der Kunde zahle Bankgebühren/Kontoführungsgebühr/Depotgebühr usw. (b) und der Kunde wisse nichts von Rückvergütungen und etwaigen Interessenkonflikten (c).

Demgegenüber sei das Verhältnis zwischen freiem Vertrieb und Kunde nicht durch diese Dauerbeziehung geprägt. Soweit der Kunde dem freien Berater nichts bezahle, müsse er auch davon ausgehen, dass der freie Berater nicht unentgeltlich arbeiten könne, mithin sein Geld vom Produktgeber erhält. Interessenkonflikte seien deshalb „nur“ durch unterschiedliche Provisionshöhen bedingt, die in verschiedenen Produkten enthalten sind. Wenn der Kunde Interesse daran habe, die genaue Höhe der Provision erfahren zu wollen, könne er ja fragen.

Unter diesen Prämissen kommt der III. Zivilsenat zu seiner Aussage, dass vom freien Berater nicht erwartet werden könne, ungefragt über die Provisionen sämtlicher Produkte, die ein Berater in seinem Portefeuille hat, zu informieren.

Betrachtet man sich diese Argumente genauer, wird sehr schnell deutlich, dass der BGH von einem Vertriebsbild ausgeht, welches dem alltäglichen Geschehensablauf fremd ist. Auch der freie Berater strebt eine Dauerbeziehung an. Dies gilt insbesondere für die Berater, die sich die ganzheitliche Beratung des Kunden auf ihre Fahnen geschrieben haben (die Beklagte des BGH-Verfahrens warb zur maßgeblichen Zeit noch mit dem Slogan „Ihr unabhängiger Finanzoptimierer“). Auch wenn der Kunde dem freien Berater nichts bezahlt, ist ihm - was repräsentative Umfragen belegen - im Regelfall

nicht bewusst, dass Agio und Eigenkapitalvermittlungsprovisionen zusammen Vergütungsbestandteile sind, die - kumuliert - für den freien Berater vorgesehen sind. Auch der BGH spricht sowohl im Leitsatz als auch in den Entscheidungsgründen von „Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung“ und von „Verwaltungsgebühren oder Ausgabeaufschlägen“. An anderer Stelle nennt der BGH das Beispiel, dass aus dem Agio „auch“ Vertriebsprovisionen gezahlt werden, an denen der Anlageberater partizipiert.

Möglicherweise war diesbezüglich in den Tatsacheninstanzen einfach zu wenig vorgetragen worden, um dem BGH den auch im freien Vertrieb bestehenden Interessenkonflikt vor Augen zu führen. Beispielsweise scheint das Thema „Incentives“ nicht angesprochen worden zu sein und auch nicht die typische Konstellation, dass der freie Berater regelmäßig umsatzabhängige Boni erhält und dass Incentives und Boni starke Anreize bieten, bestimmte Produkte zu präferieren.

Die Gefahr des Interessenkonfliktes ist mithin auch beim freien Vertrieb sehr groß. Das jüngste BGH-Urteil zur Provisionsoffenlegung deshalb als „Erfolg des freien Vertriebs“ feiern zu wollen, erscheint vorschnell. Wenn der BGH - wie offenbar geschehen - nicht mehr zwischen Provisionen und sonstigen Zuwendungen unterscheidet, brechen die Argumente, auf die der BGH entscheidend abstellt, in Kenntnis der tatsächlichen Situation des Vertriebsalltags ganz schnell zusammen.

Was den Bankenvertrieb anbelangt, ist das Urteil nicht nur eine Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung, sondern bedeutet eine nochmalige Verschärfung. Und angesichts des Diskussionsentwurfes aus dem Finanzministerium dürfte die Offenlegungspflicht in Bälde kraft Gesetzes gegeben sein, wie dies bei zahlreichen anderen Finanzprodukten. z.B. Versicherungen oder Wertpapieren, schon heute zum Beratungs- und Vertriebsalltag gehört. Das BGH-Urteil kann mithin keineswegs als Entwarnung für den freien Vertrieb gewertet werden. Wer in diesem Punkt Haftungssicherheit erreichen will, sollte auch ungefragt die Karten auf den Tisch legen, sprich die Höhe der Provision und möglicher weiterer Vorteile offenbaren.

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