



Der Markt für Kapitalanlagen - Die richtige Mischung macht's

Newsletter 08/2010

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

neulich in einem Kölner Kaffeeesgeschäft: Verkäuferin und Kundin tauschten sich darüber aus, welche Kaffeeröstung besonders bekömmlich sei und durch Beifügung welcher Zutaten der Kaffeegenuss noch vollendeter werden könne. Es soll sie ja geben, diese perfekte Mischung und manche Formel für bestimmte Soßen, Softdrinks oder Schokoladenhaselnusscreme wird womöglich besser gehütet als die königlichen Kronjuwelen. Was bei der Mixtur von Kaffeebohnen oder anderer Lebensmittel gilt, lässt sich ohne weiteres auch auf Anlageprodukte übertragen. Auf die richtige Mischung kommt es an. Kapitalanlagen sollten sich aber - und hier unterscheiden sie sich von den Konsumgütern - durch einen anderen Umstand auszeichnen: Ihre Zusammensetzung sollte kein Geheimnis sein oder bleiben. Investoren erwarten Beratung oder in Fällen, in denen keine Beratung erbracht werden soll oder kann, die schonungslose Offenlegung dieses Umstandes.

Kontraproduktiv sind in diesem Zusammenhang Vorschläge, Informationsunterlagen wie beispielsweise Emissionsprospekte geschlossener Fonds, die nicht selten einen Umfang von 100 und noch mehr Seiten haben, zusammenzustreichen und wieder auf 20 Seiten zu beschränken. Diese würden - so das Argument - dann wenigstens gelesen werden. In Umsetzung von AIFM und UCITS IV kann hier viel eher damit gerechnet werden, dass neben die Pflicht zur vollständigen und richtigen Information in einem Emissionsprospekt die zusätzliche Pflicht treten wird, ergänzend in Form von Produktinformationsblättern oder auch eines Kurzprospektes zu informieren. Alles andere wäre ohnehin ein Rückfall in die wilderen Jahre, die die Anlagebranche schon durchlebt hat. Wie gefährlich eine fehlerhafte Aufklärung zumindest für diejenigen sein kann, die noch Jahre oder Jahrzehnte später als Marktteilnehmer fungieren und nicht insolvent geworden sind (und davon gibt es trotz der wilderen Anfangsjahre noch viele), zeigen einige jüngere Entscheidungen, über die wir Sie auch in dieser Newsletter-Ausgabe wieder informieren. So besteht, wie der BGH in seinem Beschluss vom 29.06.2010 ausgeführt hat, schon seit 1990 die Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen jedenfalls für Banken. Für diejenigen, die seit Jahren die Rechtsprechungsentwicklung verfolgen, vermag diese Entscheidung genauso wenig zu überraschen wie ein anderes Urteil vom 29.06.2010, in dem der BGH festgestellt hat, dass sich sowohl eine finanzierende Bank als auch eine mit den Umständen des Sachverhaltes vertraute Bausparkasse eine arglistige Täuschung des Vertriebes zurechnen lassen müsse. Eingeleitet wird der Rechtsprechungsspiegel mit einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, welches dem Denkmalschutz einen größeren Stellenwert als der „einträglichsten Nutzung“ des Eigentums einräumt.

Wir würden uns freuen, wenn wir auch in dieser Newsletter-Ausgabe eine für Sie passende Mischung zusammengestellt haben. Und falls Sie weitergehende Fragen haben, stehen wir Ihnen gerne mit Rat und Tat zur Seite.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Denkmalschutz hat grundsätzlich Vorrang
- Zur Frage, wann sich eine finanzierende Bank die arglistige Täuschung des Immobilienveräußerers zurechnen lassen muss
- Zur Verjährung des Freistellungsanspruchs
- Zur Frage der Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei mehreren Aufklärungspflichtverletzungen
- Zur Frage der Verjährung eines Schadenersatzanspruchs bei einer fremdfinanzierten Kapitalanleger-Eigentumswohnung
- Zur Frage der Fälligkeit eines Auseinandersetzungsguthabens bei Ausscheiden eines BGB-Gesellschafters
- Der Samstag zählt nicht mit - Zur Frage, ob der Sonnabend bei der Frist zur Zahlung der Miete als Werktag anzusehen ist
- Schallschutz muss den Anforderungen genügen, die an ein Gebäude zum Zeitpunkt der Errichtung gestellt werden
- Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer Maklerprovision
- Zur Frage des Anspruchs eines Maklers, das Grundbuch einsehen zu dürfen
- Zur Frage, wann „Nachschläge“ bei gekündigten Lebens- und Rentenversicherungsverträgen verjähren
- Zur Frage, ob die Zwischenschaltung einer GmbH rechtsmissbräuchlich ist, wenn es um die Beurteilung des Vorliegens eines gewerblichen Grundstückshandels geht

Gesetzgebungsspiegel und Neues aus Ministerien und Behörden

- Bundesrat beschließt Änderung zu § 6b EStG
- ◇ Bundesregierung beschließt Änderung des Umwandlungsrechts
- Zur Frage der ertragsteuerlichen Behandlung von Film- und Fernsehfonds
- Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer bei Erwerb kontaminierter Grundstücke und bei Übernahme von Investitions- und Beschäftigungsgarantien

Literaturspiegel

- Inanspruchnahme des mittelbaren Gesellschafters aus abgetretenem Recht durch Gläubiger der Fondsgesellschaft
- Ergibt die unterjährige Zahlung von Versicherungsprämien einen entgeltlichen Zahlungsaufschub?
- Innenprovisionen und Rückvergütungen nach der Entscheidung des BGH vom 27.10.2009

Kurz und bündig

- Richtiges Abmahnen von Mietern
- Neue Entwicklungen im Immobilien-Steuerrecht
- Gut oder schlecht geillmert - Die Anforderungen des Betriebsrentengesetzes an geillmerte Versicherungstarife
- Sanieren oder Ausscheiden - „Squeeze Out“ in geschlossenen Immobilienfonds
- Fondsbeitritt an der Haustür - Zu den Konsequenzen der Friz-Entscheidung des EuGH
- Sicherungsabtretung von Ansprüchen aus Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherungen
- Die „allgemein bekannte Tatsache“ im Recht der Anlageberatung und Anlagevermittlung

Entscheidung des Monats

- Für Kreditinstitute besteht schon seit 1990 die Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Denkmalschutz hat grundsätzlich Vorrang (BVerfG, Beschl. v. 14.04.2010, 1 BvR 2140/08)

Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte sich mit der Frage zu befassen, ob durch die Versagung einer Abrissgenehmigung für ein denkmalgeschütztes Gebäude unverhältnismäßig in die Eigentümerbefugnisse des Eigentümers eingegriffen wird. Ein solcher Eingriff wurde verneint. Der Beschwerdeführer erwarb ein Teilgrundstück einer unter Denkmalschutz stehenden Anlage. Auf dem Teilgrundstück befand sich eine Schlosskapelle. Der neue Eigentümer wollte diese abreißen, da er sie mit möglicherweise erzielbaren Einnahmen nicht erhalten könne.

Das Bundesverfassungsgericht wies darauf hin, dass es ein Eigentümer angesichts des hohen Ranges des Denkmalschutzes und im Hinblick darauf, dass der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG) grundsätzlich hinnehmen müsse, dass ihm eine möglicherweise rentablere Nutzung des Grundstücks verwehrt wird. Art. 14 Abs. 1 GG schütze nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums. Der Sachverhalt wäre anders zu beurteilen, wenn für ein geschütztes Baudenkmal keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr bestehe.

Hinzu kam, dass dem Beschwerdeführer bewusst war, dass das Gebäude auf dem erworbenen Teilgrundstück als Teil einer Gesamtanlage bereits unter Denkmalschutz stand (denkmalschutzrechtliche Vorbelastung). Dieser Umstand beeinflusste notwendig den Wert des vom Beschwerdeführer erworbenen Grundstücks, der die Konsequenzen aus der Denkmalschutzzeigenschaft kannte und beim Grundstückserwerb bewusst in Kauf genommen hat.

§ § §

Zur Frage, wann sich eine finanzierende Bank die arglistige Täuschung des Immobilienveräußerers zurechnen lassen muss (BGH, Ur. v. 29.06.2010, XI ZR 104/08)

Der EuGH hat im Hinblick auf Verbraucherschutzrechte bei sog. „Schrottimmobilienfällen“ schon vor geraumer Zeit entschieden, dass es Sache des nationalen Gesetzgebers und der nationalen Gerichte sei, den Schutz des Verbrauchers vor den Folgen der Verwirklichung der Risiken zu gewährleisten, die ein Darlehen zur Finanzierung einer Immobilie oder eines Immobilienfonds abgeschlossen haben (vgl. Urteile des EuGH vom 25.10.2005, C-350/03 und C-229/04 und hierzu unseren Newsletter 10/2005). Der XI. Zivilsenat des BGH hatte nun erneut über Schadenersatzansprüche von Verbrauchern im Zusammenhang mit dem Erwerb einer kreditfinanzierten Immobilie zu entscheiden. Im Jahr 1996 hatte eine Krankenschwester zu Steuersparzwecken eine Eigentumswohnung erworben. Sie nahm bei der in Anspruch genommenen Bank ein tilgungsfreies Vorausdarlehen auf, das durch zwei mit der beklagten Bausparkasse abgeschlossenen Bausparverträgen getilgt werden

sollte. Die von der Anlegerin abgeschlossenen Objekt- und Finanzierungsvermittlungsaufträge vermittelten den Eindruck, dass zusammen 5,86 % der Kaufpreissumme als Provisionen zu zahlen waren. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme betrugen die Provisionshöhen aber mindestens 15 %. Aufgrund dieser Tatsache war eine arglistige Täuschung des Finanzierungs- und Objektvermittlers zu bejahen. Durch Gestaltung und Ausfüllung des Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrages hatte der Vertrieb bewusst die falsche Vorstellung erzeugt, dass sich die Provisionen auf (lediglich) 5,86 % der Kaufpreissumme beschränken. Sowohl die finanzierende Bank als auch die mit verklagte Bausparkasse mussten sich die arglistige Täuschung des Vertriebs zurechnen lassen. Bereits in seinem Urteil vom 16.05.2006, XI ZR 6/04 (vgl. unseren Newsletter 5/2006) hatte der BGH entschieden, dass die eine eigene Aufklärungspflicht auslösende Kenntnis der Bank von einer arglistigen Täuschung widerleglich vermutet wird, wenn Verkäufer oder Fondsinstitute, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutioneller Art und Weise zusammenwirken. Auch im konkreten Fall hatte der BGH die Fallkonstellation des „Wissensvorsprungs der finanzierenden Bank“ bejaht.

Da die finanzierende Bank sowie die in Anspruch genommene Bausparkasse zahlreiche Immobilien finanziert haben, bei denen gleichlautende Objekt- und Finanzierungsvermittlungsaufträge verwendet worden sind, hat das Urteil weit über den Fall hinausgehende Bedeutung.

§ § §

Zur Verjährung des Freistellungsanspruchs (BGH, Urt. v. 05.05.2010, III ZR 209/09)

Wann verjährt ein Freistellungsanspruch des Treuhänders gegenüber dem Treugeber? Insbesondere um diese Frage ging es beim vom BGH zu entscheidenden Fall. Geklagt hatte eine Bank, die zwei Fondsgesellschaften, an denen ein Anleger mittelbar beteiligt war, Darlehensverträge über rund 31,3 Mio. DM zur Verfügung stellte. Die Bank sagte zu, die Gesellschafter lediglich entsprechend ihren Beteiligungsquoten persönlich in Anspruch zu nehmen (quotale Haftungsvereinbarung). Die Fondsgesellschaften gerieten in der Folgezeit in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die Gesellschafter beschlossen deren Liquidation. Nach Fälligkeit der Finanzierungsdarlehen und Anrechnung der Verkaufserlöse nahm die Bank den Anleger quotale in Anspruch. Der Anleger erhob die Einrede der Verjährung. Der vom Anleger mit der treuhänderischen Verwahrung beauftragte Treuhänder hatte seinen Freistellungsanspruch an die finanzierende Bank abgetreten.

Der BGH sah den Anspruch aus abgetretenem Recht als begründet an. Die Verjährung wurde verneint. Für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist des Befreiungsanspruchs eines Treuhänders nach § 257 BGB ist nicht auf den Schluss des Jahres abzustellen, in dem der Freistellungsanspruch fällig geworden ist, sondern auf den Schluss des Jahres, in dem die Drittforderungen fällig werden, von denen zu befreien ist. Es erscheint regelmäßig unbillig, wenn ein

Beauftragter oder Geschäftsbesorger seinen Befreiungsanspruch schon zu einem Zeitpunkt verliert, zu dem die Drittforderung noch längst nicht fällig ist. Zudem ist zu beachten, dass der Geschäftsführer (Treuhandler), sofern er die Drittforderung ausgleicht, immer noch Aufwendungsersatz verlangen kann, während er zuvor Befreiung von dieser Drittforderung, die auf einfachere Weise zu demselben wirtschaftlichen Ergebnis führt, wegen der insoweit möglicherweise bereits eingetretenen Verjährung nicht verlangen kann. Sinn und Zweck des § 257 BGB besteht gerade darin, einen drohenden Verlust im Aktivwerden des Befreiungsgläubigers möglichst frühzeitig abzuwenden.

§ § §

Zur Frage der Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei mehreren Aufklärungspflichtverletzungen (BGH, Urt. v. 19.11.2009, III ZR 169/08)

Bis zum 31.12.2001 galt für Schadenersatzforderungen aus der Verletzung von Pflichten eines Anlagevermittlungs- oder Anlageberatungsvertrages eine 30-jährige Verjährungsfrist. Soweit Ansprüche am 01.01.2002 noch nicht verjährt waren, gelten seither die neuen Verjährungsvorschriften. Die Verjährungsfrist beträgt nunmehr grundsätzlich drei Jahre. Der Beginn der Verjährungsfrist ist unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu berechnen. Im nunmehr vom BGH zu entscheidenden Fall ging es um den Vorwurf gleich mehrerer Verletzungshandlungen und in diesem Zusammenhang um die Frage, ob mehrere Handlungen rechtlich als Einheit zu betrachten sind oder ob jede einzelne Verletzungshandlung verjährungsrechtlich eine neue Schädigung darstellt und einen eigenen Ersatzanspruch mit eigenem Lauf der Verjährungsfrist erzeugt. Der BGH bestätigt die zweite der beiden vorgenannten Alternativen und begründet dies mit Parallelen alter Rechtsprechungsgrundsätze zu § 852 BGB a.F. Bei Ersatzansprüchen aus unerlaubten Handlungen stelle jede Handlung, die eigene Schadensfolgen zeitigt, verjährungsrechtlich eine neue selbstständige Schädigung dar. Der jeweilige neue Ersatzanspruch unterliege einer jeweils selbstständig zu prüfenden Verjährung. Dies gelte auch für vertragliche Schadensersatzansprüche, wenn mehrere, von einander abgrenzbare Beratungsfehler vorliegen. Die kenntnisabhängige regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB berechnet sich daher für jeden Beratungsfehler gesondert und beginnt zu laufen, wenn der Gläubiger die Umstände, insbesondere die wirtschaftlichen Zusammenhänge kennt, aus denen sich die jeweilige Rechtspflicht zur Aufklärung ergibt.

§ § §

Zur Frage der Verjährung eines Schadenersatzanspruchs bei einer fremdfinanzierten Kapitalanleger-Eigentumswohnung (OLG Celle, Beschl. v. 18.03.2010, 3 U 1/10)

Leitsatz des Gerichts:

Weichen die tatsächlichen Mieteinkünfte aus einer zu Kapitalanlagezwecken kreditfinanziert erworbenen Immobilie von den Angeboten in einem bei Vertragsanbahnung gefertigten Finanzierungsbeispiel negativ ab, hat der Erwerber mit Zugang der ersten Mietabrechnung, die die Mindereinnahmen ohne weiteres erkennen lässt, Kenntnis von den schadensbegründenden Umständen bzw. hätte diese bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt haben können, womit die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gegen die kreditgebende Bank in Gang gesetzt wird.

§ § §**Zur Frage der Fälligkeit eines Auseinandersetzungsguthabens bei Ausscheiden eines BGB-Gesellschafters** (BGH, Urt. v. 19.07.2010, II ZR 57/09 und II ZR 58/09)

Scheidet ein BGB-Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, steht ihm grundsätzlich ein Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben zu, sofern das Gesellschaftsvermögen höher als die Gesellschaftsverbindlichkeiten ist. Sind die Verbindlichkeiten höher, kann sich auch die Frage eines Verlustausgleichs stellen. Regelmäßig ist deshalb eine Abfindungsbilanz zu erstellen, um die Frage eines Zahlungsanspruchs (gegen die Gesellschaft) oder einer Verlustausgleichsverpflichtung (gegenüber der Gesellschaft) klären zu können. In zwei vom BGH entschiedenen Fällen ging es um die Frage, wann dieser Anspruch fällig wird. Die Vorinstanz hatte den Anspruch der Gesellschaft auf anteilige Verlusttragung wegen Verjährung abgewiesen und den Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt des Ausscheidens bestimmt. Der BGH wies hingegen auf die Regelungen des Gesellschaftsvertrages und die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Verjährungsbeginn hin. Nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrages wurde ein Anspruch auf Zahlung eines Auseinandersetzungsguthabens oder eines Verlustausgleichs innerhalb von sechs Monaten nach dem Ausscheiden des Gesellschafters fällig. Das Fehlen einer Abfindungsbilanz hinderte deshalb den Eintritt der Fälligkeit nicht. Eine Gesellschaft könnte ohne Weiteres eine unbezifferte Feststellungsklage erheben. Voraussetzung für den Beginn der Verjährung eines vor dem 01.01.2002 entstandenen Anspruchs ist aber die Kenntnis des Gläubigers oder grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen. Dazu gehört beim Verlustausgleichsanspruch die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, dass das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden nicht ausreichen wird. Insoweit waren noch weitere Feststellungen zu treffen. Der BGH hob die klageabweisenden Urteile des Landgerichts Berlin auf und wies die Verfahren zur Nachholung der fehlenden Feststellungen zurück.

§ § §

Der Samstag zählt nicht mit - Zur Frage, ob der Sonnabend bei der Frist zur Zahlung der Miete als Werktag anzusehen ist (BGH, Urt. v. 13.07.2010, VIII ZR 129/09 und VIII ZR 291/09)

Ein Wohnraummietverhältnis kann bis spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf des übernächsten Monats gekündigt werden. Ebenfalls bis spätestens zum dritten Werktag ist regelmäßig die Miete fällig. Im Hinblick auf die Frage, ob der Samstag bei der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen bei der Berechnung der Karenzzeit mit zu berücksichtigen ist oder nicht, hat der BGH schon vor geraumer Zeit (Urt. v. 27.04.2005, VIII ZR 206/04) entschieden, dass der Samstag bei der 3-Tagesfrist des § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB als Werktag zu berücksichtigen ist.

Bei der Frist zur Zahlung der Miete hat der BGH anders geurteilt und entschieden, dass der Sonnabend bei der Frist zur Zahlung der Miete bis zum dritten Werktag nicht mit zählt.

Das Gericht leitete dies aus der Entstehungsgeschichte und dem Schutzzweck der gesetzlichen Regelung her. Die Karenzzeit von drei Werktagen mildere im Interesse des Mieters die zugunsten des Vermieters begründete Vorleistungspflicht ab. Sie müsse dem Mieter ungeschmälert zur Verfügung stehen. Mietzahlungen erfolgten schon seit langem größtenteils durch Überweisung über Bankinstitute. Zum einen benötigten diese eine gewisse Zeit und zum anderen wird in Banken samstags grundsätzlich nicht gearbeitet. Deshalb würde sich die Schonfrist für den Mieter bei der Mietzahlung über Bankinstitute um einen Tag verkürzen, wenn der Sonnabend bei der Berechnung der Zahlungsfrist als Werktag mitgezählt würde. Im Interesse einheitlicher Handhabung gelte dieser Grundsatz auch unabhängig von der Zahlungsweise. Der Samstag zählt nicht mit.

§ § §

Schallschutz muss den Anforderungen genügen, die an ein Gebäude zum Zeitpunkt der Errichtung gestellt werden (BGH, Urt. v. 07.07.2010, VIII ZR 85/09)

Nach § 536 BGB hat ein Mieter das Recht, die Miete zu mindern, wenn die Mietsache mangelhaft ist (eine unerhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung ausgenommen). Im vom BGH zu entscheidenden Fall ging es um die Frage, ob der Schallschutz einer Wohnung ausreichend war oder nicht. Die Mieter minderten für mehr als 1 ½ Jahre die Miete um 10 % der Brutto-Miete. Ein Sachverständiger hatte festgestellt, dass der Schallschutz den Anforderungen entspricht, die zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes galten, nicht jedoch den heutigen Anforderungen. Der BGH entschied, dass dies ausreichend sei und mehr als die Einhaltung der zur Zeit der Errichtung des Gebäudes geltenden Vorschriften - im konkreten Fall zum Schallschutz - von Mietern nicht erwartet werden kann. Fehlen vertragliche Vereinbarungen zur Beschaffenheit einer Wohnung, kann der Mieter erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen

üblich ist. Dabei ist insbesondere auf das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes abzustellen, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen.

§ § §

Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer Maklerprovision (OLG Brandenburg, Urt. v. 14.10.2009, 4 U 11/09)

Die Vergütung des Maklers ist grundsätzlich erfolgsabhängig. In vielen Regionen haben sich die „ortsüblichen“ Sätze herausgebildet, die ein Makler aufgrund seiner Tätigkeit von seinem Kunden beanspruchen kann. Die üblichen Sätze liegen zwischen 3 und 6 %, doch auch höhere Provisionen oder Mehrerlösklauseln sind kein tabu. Die Grenze zur Verwerflichkeit darf dabei allerdings nicht überschritten werden. Dies hat das OLG Brandenburg in einem jüngeren Urteil erneut ausdrücklich klargestellt und dabei auf die BGH-Rechtsprechung Bezug genommen. Nach dieser Rechtsprechung ist eine Provisionsvereinbarung sittenwidrig, wenn zwischen der Höhe der versprochenen Vergütung und der dafür zu erbringenden Leistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und weitere sittenwidrige Umstände hinzukommen. Ausgangspunkt ist zunächst eine Gegenüberstellung der vereinbarten und der üblichen Maklerprovision. Die übliche Maklerprovision wird als Prozentzahl bezogen auf den Endpreis des nachgewiesenen oder vermittelten Geschäfts angegeben. Erreicht oder übersteigt die vereinbarte Vergütung das Mehrfache der üblichen Provision, wird die entscheidungs- und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vertragspartners eingeengt. Der Immobilienmakler wird zum eigentlichen Herrn des Geschäfts, ohne aber die typischen Risiken des Geschäfts zu tragen. In diesen Fällen muss der die Provision verlangende Makler besondere Gründe dafür darlegen, dass ein auffälliges Missverhältnis nicht gegeben ist. Im vom OLG Brandenburg entschiedenen Fall hatte der Makler eine Provision von 27,56 % des Kaufpreises gefordert und damit mehr als das Fünffache der ortsüblichen Provision. Gründe, warum ausnahmsweise eine solch hohe Provision gerechtfertigt sein könnte, konnte der Makler nicht darlegen. Seine Klage wurde deshalb abgewiesen.

§ § §

Zur Frage des Anspruchs eines Maklers, das Grundbuch einsehen zu dürfen (OLG Dresden, Beschl. v. 03.12.2009, 3 W 1228/09)

Wer das Grundbuch einsehen möchte, bedarf eines berechtigten Interesses (vgl. § 12 GBO). Will ein Makler mit der Begründung das Grundbuch einsehen, er benötige Angaben über den vereinbarten Kaufpreis, muss er im Hinblick auf das hierfür notwendige „berechtigte Interesse“ nicht nur eine gewisse, sondern eine ganz beträchtliche Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines Provisionsanspruchs darlegen. Liegen weder ein schriftlicher Maklervertrag noch andere indizstarke

Tatsachen vor, beruht der (vermeintliche) Provisionsanspruch letztlich allein auf den Angaben des Maklers, ist das erforderliche „berechtigte Interesse“ nicht dargelegt.

§ § §

Zur Frage, wann „Nachschläge“ bei gekündigten Lebens- und Rentenversicherungsverträgen verjähren (BGH, Urt. v. 14.07.2010, IV ZR 208/09)

Ansprüche auf Neuberechnung und einen sich daran ggf. anschließenden „Nachschlag“ auf einen schon ausbezahlten Rückkaufswert verjähren spätestens fünf Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem ein Versicherer den gekündigten Versicherungsvertrag abgerechnet hat. Dies gilt auch dann, wenn dieser Zeitpunkt vor Veröffentlichung der BGH-Urteile vom 12.10.2005 lag. Dies hat der BGH mit Urteil vom 14.07.2010 entschieden. Spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem ein Versicherer einen Vertrag abrechnet, sei es einem Versicherungsnehmer möglich, einen über den ausbezahlten Betrag hinausgehenden Rückkaufswert zu beanspruchen. Nach § 12 Abs. 1 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung verjährten Ansprüche aus einem Versicherungsvertrag über eine Lebensversicherung nach fünf Jahren. Maßgeblich für den Beginn der Verjährungsfrist sind nur die Entstehung des Anspruchs und dessen Fälligkeit. Der Anspruch auf eine Rückvergütung entsteht bereits mit der durch die Kündigung herbeigeführten Vertragsbeendigung. Er wird spätestens mit der Abrechnung des Versicherungsvertrages durch den Versicherer fällig. Die Klagen eines Verbraucherschutzvereins, an den Versicherungsnehmer ihre Ansprüche auf Neuberechnung der Rückkaufswerte nebst Überschussbeteiligungen abgetreten hatten, wurde deshalb abgewiesen. Ein Versicherer verhalte sich auch nicht treuwidrig, wenn er sich auf die Einrede der Verjährung berufe.

§ § §

Zur Frage, ob die Zwischenschaltung einer GmbH rechtsmissbräuchlich ist, wenn es um die Beurteilung des Vorliegens eines gewerblichen Grundstückshandels geht (BFH, Urt. v. 17.03.2010, IV R 25/08)

In dieser Entscheidung ging es einmal mehr um die Frage der Abgrenzung zwischen dem Bereich der privaten Vermögensverwaltung und der gewerblichen Betätigung. Hierbei ist auch das Gesamtbild der Betätigung unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung abzustellen. Der BFH hat für die Beurteilung der Gewerblichkeit von Grundstücksverkäufen die sog. 3-Objekt-Grenze aufgestellt. Sie besagt, dass kein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, sofern weniger als vier Objekte veräußert werden. Werden innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs (zwischen fünf und zehn Jahren) zwischen Anschaffung bzw. Errichtung und Verkauf mindestens vier Objekte veräußert, kann von einem gewerblichen Grundstückshandel ausgegangen werden. Im Hinblick auf einen gewerblichen Grundstückshandel ist die Zwischenschaltung einer GmbH grundsätzlich nicht missbräuchlich, wenn

die GmbH nicht funktionslos ist, d.h. wenn sie eine wesentliche - wertschöpfende - eigene Tätigkeit ausübt. Eine solche Tätigkeit kann beispielsweise in der Bebauung des erworbenen Grundstücks liegen.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL UND NEUES AUS DEN MINISTERIEN

Bundesrat beschließt Änderung zu § 6b EStG

In seiner Sitzung vom 09.07.2010 hat der Bundesrat eine Änderung des § 6b EStG beschlossen. Auf der Grundlage der bisherigen gesetzlichen Regelung können § 6b-Rücklagen somit nur noch bis zum Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes 2010 auf begünstigte Reinvestitionsobjekte übertragen werden. Nach der Neuregelung ist die Übertragung einer § 6b-Rücklage auf ein Reinvestitionsobjekt nur noch dann zulässig, wenn dieses nicht zur Vermietung oder Verpachtung genutzt wird. Dies gilt nur dann nicht, wenn auch das veräußerte Wirtschaftsgut während der letzten sechs Jahre seiner Betriebszugehörigkeit ebenfalls durch Vermietung oder Verpachtung genutzt worden ist.

* * *

Bundesregierung beschließt Änderung des Umwandlungsrechts

Die Bundesregierung hat einen Gesetzesentwurf zur erneuten Änderung des Umwandlungsgesetzes vorbereitet. Die Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen soll einfacher möglich sein. Insbesondere ist eine Vereinfachung der Vorbereitung der Hauptversammlung vorgesehen, die über die Umwandlungsmaßnahme beschließen soll. Dies umfasst die Bereitstellung von Unterlagen zur Unterrichtung der Aktionäre auf elektronischem Weg und die Möglichkeit auf eine gesonderte Zwischenbilanz zu verzichten.

Bei der Verschmelzung einer 100 %-igen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft kann in weitergehendem Maße als bislang auf einen Hauptversammlungsbeschluss verzichtet werden. Im Zusammenhang mit der Verschmelzung einer 90 %-igen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft ist eine Modifizierung des „Squeeze Out“ (Ausschluss von Minderheitsaktionären) vorgesehen. Der umwandlungsspezifische Squeeze Out dürfte schneller und vor allem auch kostengünstiger als bisher den Ausschluss der Minderheit ermöglichen, wobei der Squeeze Out auch dann wirksam bleibt, wenn die Verschmelzung nicht durchgeführt wird. Die Klärung dieser Fälle wird durch den Gesetzesentwurf nicht geregelt, sondern bliebe der Rechtsprechung überlassen.

* * *

Zur Frage der ertragsteuerlichen Behandlung von Film- und Fernsehfonds

In einer Verfügung vom 15.04.2010 (S2241A-64-St213) nimmt die OFD Frankfurt am Main zur bilanziellen Abbildung von Rechten an Filmwerken Stellung. Zu unterscheiden sind erlösunabhängige Vereinbarungen (sog. Flat-Fee-Vereinbarungen), erlösabhängige Vereinbarungen und sog. Total-Buy-Outs. Ein zeitlich begrenzt eingeräumtes Nutzungsrecht mit einer beschränkten Anzahl an Ausstrahlungsterminen führt zur Entstehung eines immateriellen Wirtschaftsgutes „Nutzungsrecht“. Dieses ist mit den Anschaffungskosten zu aktivieren und grundsätzlich linear abzuschreiben.

* * *

Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer bei Erwerb kontaminierter Grundstücke und bei Übernahme von Investitions- und Beschäftigungsgarantien

In einem Erlass vom 15.04.2010 (3-S450.0/30) geht das Finanzministerium Baden-Württemberg der Frage nach, von welcher Bemessungsgrundlage die Grunderwerbsteuer zu erheben ist, wenn Grundstückskaufverträge zugleich Regelungen über die Beseitigung von Altlasten enthalten und sich ein Erwerber verpflichtet, bestimmte Investitionen zu tätigen und/oder einen bestimmten Beschäftigungsstand aufzubauen bzw. beizubehalten. Liegt eine formelle Sanierungsverfügung als öffentlich-rechtliche Sanierungsverpflichtung vor und verpflichtet den Eigentümer zur Beseitigung der Altlast, sind die Sanierungskosten in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen, wenn die Sanierungsverpflichtung auf den Erwerber übergeht. Liegt hingegen keine formelle Sanierungsverpflichtung vor, gehören die Kosten für die Beseitigung der Altlasten nicht zur Gegenleistung. In diesen Fällen ist der vereinbarte Kaufpreis die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer.

LITERATURSPIEGEL

Inanspruchnahme des mittelbaren Gesellschafters aus abgetretenem Recht durch Gläubiger der Fondsgesellschaft

Die Frage, inwieweit Gläubiger eines geschlossenen Fonds mittelbar beteiligte Anleger unmittelbar in Anspruch nehmen können, beschäftigt Judikatur und Literatur schon seit geraumer Zeit. **Rutschmann** nimmt das BGH-Urteil vom 05.05.2010 (III ZR 209/09) zum Anlass, um diese Frage in Heft 20/2010 der Zeitschrift **NZG** zu erörtern.

Eine persönliche Außenhaftung eines mittelbar beteiligten Anlegers kommt grundsätzlich nicht in Betracht, da es an einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage mangelt. Gläubiger wie beispielsweise Banken, aber auch - im Falle der Insolvenz einer Gesellschaft - der Insolvenzverwalter lassen sich in diesen Fällen vom Treuhänder dessen Außenhaftungsfreistellungsanspruch rechtsgeschäftlich übertragen. Nach Ansicht von Rutschmann ist der Außenhaftungsfreistellungsanspruch des Treuhänders gegen seinen Treugeber regelmäßig an die Person des Treuhänders gebunden. Er könne daher nach § 399 1. Alt. BGB wegen unzulässiger Inhaltsveränderung normalerweise nicht abgetreten werden. Es gibt allerdings Ausnahmefälle. Ein solcher solle sein, dass der Treuhänder (Befreiungsgläubiger) diesen Anspruch an seinen Gläubiger abtritt, weil der zu befriedigende Drittgläubiger ein eigenes Interesse daran hat, auf diese Art und Weise zur Befriedigung für seine Forderung zu gelangen. Indem der BGH diese Möglichkeit eröffne, bewege er sich auf einem bereits durch das Reichsgericht eingeschlagenen Pfad, so Rutschmann. Was allerdings die Frage der Verjährung des Freistellungsanspruchs anbelangt, seien die Ausführungen des BGH zu kritisieren. Der BGH beachte nicht ausreichend, dass es der Treuhänder selbst in der Hand habe, notfalls verjährungshemmende Maßnahmen gegenüber dem Treugeber zu treffen. Für einen eigenständigen Fälligkeitstatbestand des Außenhaftungsfreistellungsanspruchs bestehe keine Notwendigkeit.

* * *

Ergibt die unterjährige Zahlung von Versicherungsprämien einen entgeltlichen Zahlungsaufschub?

In jüngerer Zeit haben sich mehrere Instanzgerichte mit der Frage beschäftigt, ob in Versicherungsbedingungen der effektive Jahreszins gem. Preisangabenverordnung anzugeben ist, wenn für unterjährige Beitragszahlungen ein Zuschlag erhoben wird. In seinem Beitrag in Heft 16/2010 der Zeitschrift **Versicherungsrecht** analysiert **Hadding** zwei divergierende Urteile zu dieser Rechtsfrage. Für die Anwendbarkeit von § 6 Abs. 1 PAngV käme es darauf an, ob mit der Einbeziehung inhaltsgleicher Bestimmungen einem Verbraucher ein Kredit angeboten oder gewährt wird. Hadding untersucht die maßgeblichen Regelungen zur Fälligkeit von Versicherungsprämien, die Gesetzesbegründung zum Verbraucherkreditgesetz und zur Verbraucherkreditlinie, die Rechtsprechung des BGH und schließlich auch die in der rechtswissenschaftlichen Literatur überwiegend vertretenen Rechtsauffassungen. Er kommt zum Ergebnis, dass die unterjährige Zahlungsweise von Versicherungsprämien mit jeweils Zuschlägen auf eine als Ausgangsbetrag genannte und ebenso mögliche Jahresprämie keinen „entgeltlichen Zahlungsaufschub“ im Sinne von § 506 Abs. 1 BGB ergibt. Die Versicherungsprämien sind als Folgeprämien zu Beginn des Zeitabschnitts fällig, nicht etwa sämtlich zu Beginn eines Versicherungsjahres. Mithin liegt kein Kredit vor. Damit ist auch § 6 Abs. 1 PAngV nicht anwendbar.

* * *

Innenprovisionen und Rückvergütungen nach der Entscheidung des BGH vom 27.10.2009

Im Zuge der zahlreichen Auseinandersetzungen mit dem Thema „Innenprovisionen und Rückvergütungen“ wird teils darauf hingewiesen, dass es sich um unterschiedliche Tatbestände handele. Zum Teil werden Innenprovisionen und Rückvergütungen aber auch gleichgesetzt. **Koch** bereichert in seinem Aufsatz in Heft 5/2010 der **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR)** die unterschiedlichen Auffassungen um einen weiteren Beitrag und spricht dabei selbst in seiner Einführung vom „publizistischen Dauerbeschuss des Schrifttums“, seit der BGH mit seiner Entscheidung vom 20.01.2009 seine strenge Entscheidungslinie fortgeschrieben hat. Koch fasst zunächst den Diskussionsstand zusammen und führt aus, dass in der Praxis Innenprovisionen im Prospekt häufig unter dem Etikett „Kosten der Eigenkapitalbeschaffung“ aufgeführt werden. Die Rechtsprechung scheine ihrerseits nicht genau zu differenzieren. So sei nach wie vor unklar, ob Kosten einer Platzierungsgarantie der Kick-Back-Rechtsprechung unterstellt werden würden. Im Urteil vom 20.01.2009 hätte der BGH bereits im Hinblick auf den Rückfluss des Agios einen aufklärungsbedürftigen Interessenkonflikt bejaht. Dieser sei durch die Platzierungsgarantie nur noch „gesteigert“ worden. Koch geht des Weiteren der Frage nach, ob bei „echten“ Rückvergütungen eine explizite mündliche Aufklärung erforderlich sei. Diese „echte Rückvergütung“ bezöge sich auf Ausgabeaufschläge oder Teile der Verwaltungsgebühren. Hingegen sei die Gewinnmarge keine „hinter dem Rücken des Auftraggebers geflossene Zahlung“. Auf keinen Fall, so Koch, könne aus dem BGH-Urteil vom 27.10.2009 gefolgert werden, dass Innenprovisionen aus dem Anwendungsbereich der Kick-Back-Rechtsprechung ausgeklammert sein sollen. Die Bedeutung der Entscheidung beschränke sich auf die formalen Anforderungen an die Aufklärung. Sie kann innerhalb eines Prospekts erfolgen, wobei allerdings zu fordern ist, dass die Prospektangabe für den Anleger hinreichend deutlich formuliert ist. Eine Differenzierung zwischen Innenprovisionen und Rückvergütungen sieht Koch als nicht sachgerecht an.

KURZ UND BÜNDIG

Richtiges Abmahnen von Mietern

In einem Mietrecht Spezial (Beilage zu **immobilien intern** Nr. 14/2010) gibt **Schäfer** Praxistipps für die Abmahnung von Mietern. Bei Fehlverhalten eines Mieters bedarf es vor Einleitung weiterer Maßnahmen wie Kündigungen oder Klageverfahren meist einer vorherigen Abmahnung des Mieters. Schäfer empfiehlt, lieber einmal mehr als einmal zu wenig abzumahnen. Die Abmahnung soll den Mieter darüber aufklären, welches tatsächliche Verhalten missbilligt wird. Zugleich soll ihm die Gelegenheit zur Abhilfe eröffnet werden.

Die Abmahnung sollte immer schriftlich erklärt und auch ausdrücklich als solche bezeichnet werden. Bei einer Mehrheit von Personen sollte die Abmahnung allen Vertragsparteien gegenüber erklärt werden, selbst wenn die Störung nur von einer der Personen ausgeht. Wichtig ist des Weiteren, dass die Abmahnung in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem vertragswidrigen Verhalten erklärt wird und der Vermieter die Abmahnung nicht ausschließlich auf Verstöße „aus grauer Vorzeit“ stützt.

* * *

Neue Entwicklungen im Immobilien-Steuerrecht

In Heft 11-12/2010 der **Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR)** stellt **Naujok** eine Auswahl von im Jahr 2009 veröffentlichten BFH-Urteilen sowie Gesetzesänderungen und neue Verwaltungsauffassungen vor. Behandelt wird z.B. die sog. „Anti-Seeling-Regelung“ im Umsatzsteuerbereich, die Frage der Einkünfteerzielungsabsicht bei mehreren Objekten oder bei einer vermieteten Ferienwohnung, die Maßgeblichkeit der „3-Objekt-Grenze“ oder Fragen der AfA für nicht mehr nutzbare Gebäude.

* * *

Gut oder schlecht gezillmert - Die Anforderung des Betriebsrentengesetzes an gezillmerte Versicherungstarife

Mit Urteil vom 15.09.2009 (3 AZR 17/09, vgl. unseren Newsletter 1/10) hat das BAG geurteilt, dass auch gezillmerte Versicherungstarife in der betrieblichen Altersversorgung zulässig sind. **Reinhard** und **Luchtenberg** gehen in ihrem Aufsatz in Heft 21/2010 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** der Frage nach, inwieweit die Zillmerung der vertraglichen Inhaltskontrolle unterliegt und wo Arbeitgebern nach wie vor Haftungsrisiken drohen. Es gilt das Gebot der Wertgleichheit. Bei einer Entgelt-Umwandlung müssen die Entgeltansprüche und Anwartschaften aus den zu erwartenden Versorgungsleistungen wertgleich sein. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der planmäßige Zeitpunkt. Eine Wertgleichheit zwischen der Versorgungszusage und dem eingesetzten Arbeitsentgelt bei sog. „Störfällen“ ist nicht notwendig. Allein mit der Aussage, dass ein gezillmerter Tarif nicht gegen das Gebot der Wertgleichheit des Gesetzes über betriebliche Altersvorsorge verstößt, ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob die Vertragsgestaltung der gebotenen Rechts- und Inhaltskontrolle standhält. Vieles spricht dafür, dass nur ein Verrechnungszeitraum von fünf Jahren mit einer gleichmäßigen Verteilung der Abschlusskosten auf diesen Zeitraum den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligt. Im Übrigen kann sich der Arbeitgeber darauf beschränken, die Informationen des Versicherungsunternehmens weiterzuleiten. Er schuldet keine darüber hinausgehende Erläuterung der versicherungsrechtlichen Tarife.

* * *

Sanieren oder Ausscheiden - „Squeeze Out“ in geschlossenen Immobilienfonds

Viele Gesellschaftsverträge geschlossener Immobilienfonds sehen ausdrücklich vor, dass die Gesellschafter nicht zu Nachschüssen verpflichtet sind und anderslautende Beschlüsse einstimmig oder sogar allstimmig zu erfolgen haben. Auf der anderen Seite bedarf es bei wirtschaftlichen Schieflagen häufig der finanziellen Mitwirkung der Anleger. Mit seinem Urteil vom 19.10.2009 (II ZR 240/08, vgl. unseren Newsletter 11/2009) ebnete der BGH den Fondsgesellschaften nunmehr einen neuen Weg, der Sanierungsperspektiven eröffnen kann. **Deutscher** nimmt in seinem Aufsatz in Heft 14/2010 der Zeitschrift **ZfIR** die Grundsatzentscheidung des BGH zum Anlass, die Frage der Mitwirkungspflicht bei sanierungsfähigen Gesellschaften näher zu durchleuchten. Selbst in Fällen, in denen unter Umständen der Boden für die Leistung von Nachschüssen gesellschaftsvertraglich geregelt war, bedurfte es zwingend einer Obergrenze. Ließ eine gesellschaftsvertragliche Regelung eine solche Obergrenze für den Nachschuss nicht erkennen, war eine wirksame antizipierte Zustimmung der Anleger ausgeschlossen. Ein einem konkreten Nachschussbeschluss nicht zustimmender Anleger konnte bislang weder zur Leistung des Sanierungsbeitrages noch zum Ausscheiden gezwungen werden. Sanierungsunwillige Anleger blieben auch von gesellschaftsrechtlichen Sanktionen meistens verschont und konnten von Leistungen sanierungsbereiter Anleger mit partizipieren. Durch die BGH-Entscheidung vom 19.10.2009 ist nunmehr ein Weg eröffnet, diese „Trittbrettfahrerei“ zu durchbrechen. Es müssen allerdings einige Voraussetzungen zusammenkommen, um auf Grundlage einer ausreichenden Beschlusslage Gesellschafter zwangsweise aus der Fondsgesellschaft auszuschließen. Deutscher stellt sie im Einzelnen vor. Gelingt mit den sanierungswilligen Anlegern anschließend die Sanierung, können die verbleibenden Anleger wieder auf Ausschüttungen und ein positives Gesellschaftsvermögen hoffen, ohne dies mit Anlegern teilen zu müssen, die selbst keinen Sanierungsbeitrag geleistet haben.

* * *

Fondsbeitritt an der Haustür - Zu den Konsequenzen der Friz-Entscheidung des EuGH

In seiner Entscheidung vom 15.04.2010 (C-215/08) hat der EuGH entschieden, dass die Haustürrichtlinie zwar auch auf Beitritte zu einem Immobilienfonds angewandt werden kann und der Beitritt bei nicht erfolgter oder fehlerhafter Belehrung auch noch Jahre später widerrufen werden kann, hat aber zugleich die Ausgestaltung der Rechtsfolgen dem einzelstaatlichen Recht überantwortet. In Deutschland bleibt es damit namentlich bei der Anwendung der Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft bzw. vom fehlerhaften Verband. **Schäfer** trägt in seinem Beitrag in Heft 22/2010 der Zeitschrift **DStR** die die Entscheidung tragenden Gründe zusammen. Sodann erörtert er die Konsequenzen für das deutsche Recht und zeigt, dass auch künftig keine Ausnahmen von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft zugunsten von Verbrauchern erforderlich sind. Eine widerrufenen Beteiligung wird daher zum Zeitpunkt des Ausscheidens „abgerechnet“. Dem Anleger

steht kein Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Einlagen gegen die Fondsgesellschaft zu. Im Gegenteil muss er bei negativem Ertragswert des Fonds sogar noch einen Verlustausgleich zahlen.

* * *

Sicherungsabtretung von Ansprüchen aus Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherungen

Kreditgeber fordern im Zusammenhang mit der Kreditvergabe regelmäßig Sicherheiten. Hierfür eignen sich insbesondere Ansprüche aus Lebensversicherungsverträgen, die sich zu Sicherungszwecken abtreten lassen. **Gutzeit** geht in seinem Beitrag in Heft 23/2010 der Zeitschrift **NJW** der Frage nach, welche rechtlichen Konsequenzen es hat, wenn Ansprüche aus unterschiedlichen Versicherungen als Paket abgetreten werden, beispielsweise eine Lebensversicherung mit einer Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung. Ansprüche aus einer Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung sind grundsätzlich nicht abtretbar, weil sie gem. § 850b Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht gepfändet werden können. Auch wenn nach einer jüngeren BGH-Entscheidung in Fällen, in denen ein Paketteil nicht abtretbar ist, keine Gesamtnichtigkeit gegeben sei, müsse - so Gutzeit - das gesetzliche System des Pfändungsschutzes unbedingt im Auge behalten werden, da dieses in ständigem Fluss ist.

* * *

Die „allgemein bekannte Tatsache“ im Recht der Anlageberatung und Anlagevermittlung

Über Selbstverständlichkeiten und Umstände, die zum Allgemeinwissen zählen, muss auch bei der Empfehlung von Kapitalanlagen nicht aufgeklärt werden. Was sind nun aber solche „Selbstverständlichkeiten“? Hierüber informiert **Klöhn** in seinem Beitrag in Heft 21/2010 der Zeitschrift **ZIP**. Klöhn sichtet und systematisiert die Rechtsprechung zur „allgemein bekannten Tatsache“. Auf keinen Fall - so Klöhn - dürften auch allgemein bekannte Risiken verharmlost werden. Verharmlost der Emissionsprospekt, der Anlageberater oder der Anlagevermittler allgemeine Risiken in irreführender Weise, ändert allein die Tatsache, dass es sich um ein allgemein bekanntes Risiko handelt nichts an der Irreführung.

ENTSCHEIDUNG DES MONATS

Für Kreditinstitute besteht schon seit 1990 die Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen (BGH, Beschl. v. 29.06.2010, XI ZR 308/09)

Banken schulden auch ungefragt die Aufklärung über Sondervorteile (Rückvergütungen, Kick-Backs), wenn sie Anlageinteressenten über Investitionsmöglichkeiten beraten und ihnen hierfür Rückvergütungen (z.B. die Ausgabeaufschläge oder Teile davon oder Teile der Verwaltungskosten) zufließen. Seit den BGH-Urteilen vom 19.12.2006 (zu Investmentfonds) und vom 20.01.2009 (zu geschlossenen Fonds, hier konkret zu einem Medienfonds) herrschte eine kontroverse Diskussion darüber, ob sich Banken im Falle der Nichtbeachtung der gebotenen Aufklärung auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen könnten. Mehrere Oberlandesgerichte (z.B. OLG Dresden oder OLG Oldenburg) haben zwar eine Aufklärungspflicht der Bank über Rückvergütungen bejaht, den Rechtsirrtum aber für entschuldbar gehalten, wenn die Aufklärungspflicht vor dem 19.12.2006 erfolgt war. Andere Stimmen stellten auf die Entscheidung vom 19.12.2000 ab (Az.: XI ZR 349/99). Damals hatte der BGH geurteilt, dass eine Bank, die mit dem Vermögensverwalter eines Kunden eine Vereinbarung über die Beteiligung des Verwalters an ihren Provisionen und Depotgebühren abgeschlossen hat, verpflichtet ist, dies gegenüber dem Kunden offenzulegen. Mit seinem Beschluss vom 29.06.2010 zog der BGH nunmehr einen Schlußstrich unter die Diskussion und entschied, dass sich eine Bank, die einen Kunden im Rahmen der Anlageberatung nicht auf an sie zurückgeflossene Rückvergütungen hinweist, jedenfalls für die Zeit nach 1990 nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über Bestehen und Umfang einer entsprechenden Aufklärungspflicht berufen könne.

In dem vom BGH entschiedenen Fall begehrte ein Anleger von der in Anspruch genommenen Sparkasse Schadenersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung. Er zeichnete auf Empfehlung der Sparkasse in den Jahren 1997 und 1998 mehrere Fondsbeteiligungen. Die Sparkasse klärte den Anleger nicht näher darüber auf, dass bzw. in welcher Höhe sie dabei die von dem Anleger an die Fondsgesellschaft gezahlten Ausgabeaufschläge als sog. Rückvergütungen zurückerhielt.

Der BGH führte aus, dass der Aufklärungspflichtige darlegen und beweisen müsse, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe. Zum Vertretenmüssen gehören Vorsatz und Fahrlässigkeit. Ein Aufklärungspflichtiger muss mithin bereits für leichte Fahrlässigkeit einstehen. Die Haftung wegen Fahrlässigkeit ist nur bei einem unvermeidbaren Rechtsirrtum ausgeschlossen. An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind strenge Maßstäbe anzulegen, wobei der Schuldner die Rechtslage sorgfältig prüfen und soweit erforderlich auch Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten müsse.

Sodann wies der BGH darauf hin, dass er bereits in den Jahren 1989 und 1990 in zwei Entscheidungen (Urteile vom 28.02.1989, XI ZR 70/88, und vom 06.02.1990, XI ZR 184/88) bei

vermittelten Waretermingeschäften heimliche Kick-Back-Vereinbarungen zwischen Anlagevermittler und Broker missbilligt habe und den Vermittler zur Herausgabe der Rückvergütungen nach §§ 675, 667 BGB für verpflichtet gehalten habe. Außerdem seien auch Schadenersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bei einer solchen Konstellation denkbar und zu prüfen. Aufgrund dieser Rechtsprechung war für eine Bank bereits ab diesem Zeitpunkt erkennbar, dass auch im Verhältnis zu ihren Kunden bei der Beratung über eine Kapitalanlage eine Aufklärungspflicht über solche Umstände besteht, die das Beratungsziel in Frage stellen und die Kundeninteressen gefährden. Schließlich habe die Beratung über eine Kapitalanlage allein im Interesse des Kunden zu erfolgen. Das BGH-Urteil vom 19.12.2000 (XI ZR 349/99) sei Ausschluss dieser Rechtsprechung. Die dortigen Ausführungen zur Offenlegungspflicht gelten nicht nur für die besondere Konstellation der Vermögensverwaltung, sondern bezogen sich erkennbar allgemein auf die Aufklärungspflicht der Bank bei einer von ihr geschaffenen Gefährdung der Kundeninteressen.

Deshalb liegt in den Urteilen vom 19.12.2006 und 20.01.2009 auch keine rückwirkende Rechtsprechungsänderung, sondern eine bloße Fortführung und weitere Ausformung zur Offenlegung von Interessenkollisionen der Bank gegenüber ihren Kunden im Allgemeinen und von Rückvergütungen im Besonderen.

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