



Der Markt für Kapitalanlagen - Wer früher stirbt ist länger tot

Newsletter 11/2009

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

„Wer früher stirbt ist länger tot“ ist ein im Jahr 2006 erschienener Kinofilm. Er beschreibt die Versuche eines Lausbubs, unsterblich werden zu wollen. Die Emittenten von Kapitalanlagen sind von einer solchen „Unsterblichkeit“ weit entfernt. Sie wünschen sich zwar alle in vielfacher Hinsicht Nachhaltigkeit. Trotzdem sind auch die „Großen“ der Branche eingeschlossen auch die Bankenwelt - aktuelles Beispiel Sal. Oppenheim - vor Rück- und Schicksalsschlägen nicht gefeit.

Dies zeigen die vielen Urteile insbesondere der Instanzgerichte, die sich gegen „ehemals Große“ und vor allem gegen Banken und deren Tochtergesellschaften richten. In unserer heutigen Newsletter-Ausgabe wollen wir Ihnen im Rechtsprechungsspiegel einige dieser instanzgerichtlichen Entscheidungen vorstellen. Sie orientieren sich selbstredend an den Grundsätzen, die die BGH-Rechtsprechung vorgibt. Anders als der BGH müssen sich die Tatsacheninstanzen aber vor allem auch mit den unterschiedlichen Tatsachenvorträgen der Klageparteien auseinandersetzen. Steht dann ein Prospekt- oder Beratungsfehler fest, kann der dadurch Geschädigte regelmäßig die Kausalitätsvermutung in der Form der

Beweislastumkehr für sich in Anspruch nehmen.

Die eingangs erwähnte „Unsterblichkeit“ dürfte also ein nicht zu realisierendes Ziel bleiben. Dies zeigt neben Sal. Oppenheim gerade in diesen Tagen die Abwicklung der einst so stolzen und erfolgreichen „Quelle“. Wir möchten Sie jedenfalls auf Ihrem Weg, vermeidbare Fehler zu vermeiden und Haftungsgefahren einzudämmen, mit Rat und Tat begleiten. Und sollte das Kind schon in den Brunnen gefallen sein, unterstützen wir Sie ebenfalls nicht nur mit „langen Seilen“, sondern mit Erfahrung und Kompetenz aus mehr als 30 Jahren Know-How im Kapitalanlage- und Immobilienbereich.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Unsere Themen in der Übersicht

Rechtsprechungsspiegel

- Zur Prospektprüfungspflicht eines Anlageberaters
- Anlageberater wegen Verletzung der Pflicht zur Plausibilitätsprüfung des Beteiligungsprospektes verurteilt
- Zur Treue-, Sanierungs- und Ausscheidenspflicht von Gesellschaftern eines geschlossenen Immobilienfonds
- Haftung des Vermittlers eines Falk-Fonds verneint
- Zur Pflicht eines Anlageberaters, der Filmfonds-Beteiligung offeriert, Erkundigungen über einen Erlösausfallversicherer einzuziehen
- Zu den Voraussetzungen für die Bejahung eines Kapitalanlagebetruges
- Prospektfehler bei Kostenangabe an „falscher“ Prospektstelle
- Kein Anspruch eines Wirtschaftsjournalisten auf Einsichtnahme in BaFin-Akten im einstweiligen Verfügungsverfahren
- Zur Frage der Wirksamkeit der Abtretung von Darlehensforderungen durch eine Sparkasse
- D&O-Versicherung und claims-made-Prinzip
- Zum Verstoß eines Versicherungsvertreters gegen ein Wettbewerbsverbot und zur Schätzung des Mindestschadens
- Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch E-Mailwerbung

Gesetzgebungsspiegel

- Gesetzliche Neuregelung zur Modernisierung des Grundbuchverfahrens

Literaturspiegel

- Aufklärungspflichten eines Finanzdienstleisters über eigene Gewinnmargen? - Ein „Kick-Back“ zu viel
- Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht
- Rückwirkende Haftung für unterlassene Provisionsmitteilungen? - Besprechung des Urteils des OLG Dresden vom 24.07.2009, 8 U 1240/08
- Franchising - Bezugsbindung, Einkaufsvorteile und Transparenz
- Rechtsfolgen der Unzulässigkeit von Wertsicherungsklauseln in gewerblichen Mietverträgen - Überlegungen zu § 8 PreiskIG
- Neuregelung für Grundstücksgeschäft mit einer GbR - Rückschritt auf dem Weg zur Rechtsfähigkeit der GbR
- Probleme mit der Fiktion - Die Feststellung der Kausalität von Beratungsfehlern

Kurz und bündig

- Indizien des gewerblichen Grundstückshandels - Grundsätzliche und neue Aspekte
- Ist die Kick-Back-Rechtsprechung auf freie Anlageberater und -vermittler zu übertragen?

In eigener Sache

Herr Rechtsanwalt Werner Klumpe ist Referent

- auf der Veranstaltung von FORUM „Vertriebsrecht 2009“ am 26./27.11.2009 in Frankfurt/Main. Er wird zum Thema „Rechtliche Grundlagen und aktuelle Entwicklungen beim Vertrieb von geschlossenen Fonds und Immobilieninvestitionen des sog. grauen/freien Kapitalmarktes“ referieren.

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Zur Prospektprüfungspflicht eines Anlageberaters (BGH, Beschl. v. 17.09.2009, XI ZR 264/08)

Bereits ein Anlagevermittler muss einen Prospekt über eine Beteiligung, die der Vermittler einem Kunden offerieren will, auf Plausibilität prüfen. Der Anlageberater muss weitergehend den Prospekt mit kritischem Sachverstand prüfen. Einen Prospektfehler, den er bei einer solchen kritischen Prüfung feststellen kann, muss er korrigieren. Im vom BGH erlassenen Beschluss ging es nun um die Frage, wer für einen Beratungsfehler darlegungs- und beweibelastet ist. Grundsätzlich trifft diese Pflicht denjenigen, der eine Falschberatung behauptet. Im vorliegenden Fall war aber zwischen den Beteiligten offensichtlich unstrittig, dass der Beteiligungsprospekt einen Fehler aufwies. Den Prospektfehler hatte der BGH in früheren Entscheidungen, die dieselbe Fondsbeteiligung betrafen, bereits festgestellt.

Es wäre mithin eine Sache des Beraters gewesen sich zu entlasten, also den Prospektfehler zu korrigieren. Und für diesen Nachweis - so der BGH - ist der Berater bereits nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweispflichtig, denn wer sich auf einen bestimmten Umstand beruft, der ihm zum Vorteil gereicht, muss dies im Streitfall beweisen.

Konkret bedeutete dies folgendes: Wer einen fehlerhaften Prospekt übergibt und diesen zur

Grundlage seiner Beratung macht, begeht eine Pflichtverletzung. Die Pflichtverletzung entfällt nur dann, wenn der Prospektfehler berichtigt wird. Selbst ein beanstandungsfreies Prospektprüfungsgutachten kann den Berater grundsätzlich nicht exkulpieren, denn der Berater haftet bereits für leichte Fahrlässigkeit. Gelingt der Enthaltungsnachweis nicht - und im entschiedenen Fall war nach dem eigenen Vortrag des Beraters der Fehler nicht korrigiert worden - wird zugleich ein Verschulden des Beraters vermutet und eine Schadenersatzpflicht bejaht.

Die Haftungsschlinge des Beraters ist somit vom BGH noch ein weiteres Stück enger gezogen worden. Und welcher Berater möchte sich die Blöße geben, seinem Kunden gegenüber ein Beteiligungsangebot zu unterbreiten und - aus Beweis Zwecken am besten schriftlich - darauf hinzuweisen, dass er weder den Prospekt geprüft hat noch etwas zur Seriosität des Anbieters sagen kann noch eine sonstige Beratungsleistung erbringen will ...Oder anders ausgedrückt: wenn Berater (auf der Visitenkarte) drauf steht, muss auch eine Beratungsleistung (im Gespräch zwischen Finanzdienstleister und Kunden) drin sein!

§ § §

Anlageberater wegen Verletzung der Pflicht zur Plausibilitätsprüfung des Beteiligungsprospektes verurteilt (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 22.04.2009, 17 U 209/08)

Ein Anleger hatte sich an einer Grundstücksverwaltungs- und Vermietungs KG beteiligt. Geworben wurde der Anleger über einen Beteiligungsprospekt und nach Beratung durch eine Anlageberatungsgesellschaft. Die Ehefrau des Anlegers machte aus abgetretenem Recht Schadenersatz wegen fehlerhafter Beratung geltend. Das OLG Frankfurt bejahte einen Schadenersatzanspruch. Es ließ offen, ob es sich beim zustande gekommenen Vertrag um einen Beratungs- oder Vermittlungsvertrag gehandelt habe. Jedenfalls sei der Vermittler verpflichtet gewesen, das Anlagekonzept auf seine Plausibilität und wirtschaftliche Tragfähigkeit hin zu prüfen. Dies hat er nicht getan, denn ansonsten hätten ihm die besonderen mit der Anlage verbundenen Risiken auffallen müssen. Ein Gutachter kam zum Ergebnis, dass das Konzept des Prospektes nur bei äußerst positiver Entwicklung des Immobilienmarktes wirtschaftlich hätte tragbar sein können, die Wahrscheinlichkeit der Chance auf einen wirtschaftlichen Erfolg aber nicht realistisch gewesen sei. Die Beratungs- bzw. Vermittlungsgesellschaft wandte noch ein, der Anleger sei im konkreten Fall -zusätzlich- durch einen Dritten beraten worden und auch der Steuerberater des Anlegers sei involviert gewesen. Ein Mitverschulden wurde verneint. In Betracht käme allenfalls eine -zusätzliche-

Haftung der involvierten Personen neben der in Anspruch genommenen Gesellschaft.

Aufgrund der Verletzung der Informations- und Aufklärungspflicht besteht die Vermutung, dass sich der Anleger aufklärungsrichtig verhalten hätte und die mit dem Verlust des eingesetzten Kapitals verbundene Beteiligung nicht erworben hätte. Er ist deshalb so zu stellen, als hätte er die nachteilige Anlage nicht gezeichnet.

§ § §

Zur Treue-, Sanierungs- und Ausscheidenspflicht von Gesellschaftern eines geschlossenen Immobilienfonds (BGH, Urt. v. 19.10.2009, II ZR 240/08)

In ständiger Rechtsprechung führt der BGH aus, dass ein Gesellschafter von Publikumsgesellschaften gegen seinen Willen nicht zu weiteren finanziellen Beiträgen gezwungen werden kann, sobald er den von ihm geschuldeten Beitrag geleistet hat. Im jetzt vom BGH entschiedenen Fall ging es um die sich anschließende Frage, ob ein Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluss aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, wenn er sich an der Sanierung der Gesellschaft nicht beteiligt, diese aber sanierungsfähig ist und die überwiegende Mehrzahl der Gesellschafter bereit ist, sich an einer von Gläubigerbanken geforderten Kapitalerhöhung zu beteiligen.

Das besondere an diesem Fall war noch, dass zwei Gesellschafter den Mehrheitsbeschluss mitgetragen hatten und anschließend keinen

Sanierungsbeitrag geleistet hatten. Zwei weitere Gesellschafter hatten gegen den Beschluss gestimmt und ebenfalls keinen Beitrag geleistet. Nach dem gefassten Beschluss sollten die Gesellschafter, die sich nicht bis zu einem bestimmten Stichtag verbindlich an der Kapitalerhöhung beteiligten, aus der Gesellschaft ausscheiden, ohne dass es einer weiteren Erklärung der Gesellschaft bedurfte.

Die Instanzgerichte hatten diesen Beschluss für unwirksam erachtet, weil er eine mittelbare Nachschussverpflichtung bedeute, die der Zustimmung aller Gesellschafter bedurft hätte. Der BGH sah dies anders.

Die beiden Gesellschafter, die den Beschlüssen zugestimmt hatten, seien an ihre Zustimmung gebunden. Aber auch gegenüber den beiden anderen Gesellschaftern war der Beschluss wirksam. Folge ist das Ausscheiden aus der Gesellschaft, denn die gesellschaftliche Treuepflicht gebiete, die Sanierung einer sanierungsfähigen Gesellschaft mitzutragen. Dies bedeutet aber keine Nachschusspflicht, sondern die Notwendigkeit, bei Nichtleisten der Einlage die beschlossene Rechtsfolge in Kauf zu nehmen, aus der Gesellschaft ausgeschlossen zu sein. Den Gesellschaftern, die die Chance einer Sanierung ergreifen wollen und die deshalb bereit sind, der Gesellschaft weitere finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, ist nicht notwendigerweise zuzumuten, den erhofften künftigen Sanierungserfolg mit den Gesellschaftern teilen zu müssen, die dazu nichts beitragen wollen. Die keinen Sanierungsbeitrag leisten können oder wollen,

können auch nicht fordern, dass die Liquidation der Gesellschaft erfolgt, weil damit zusätzliche Zerschlagungsverluste verbunden sind, die den sanierungsbereiten Gesellschaftern wiederum nicht zuzumuten sind.

Geklagt hatte die Fondsgesellschaft. Die vier beklagten Gesellschafter waren zum Stichtag ausgeschlossen. Es bestand noch Streit darüber, wie hoch jeweils der von den ausgeschiedenen Gesellschaftern zu zahlende Auseinandersetzungsfehlbetrag war. Um dies zu klären, wurde der Rechtsstreit an das Kammergericht Berlin zurückverwiesen.

§ § §

Haftung des Vermittlers eines Falk-Fonds verneint (LG München I, Urt. v. 21.07.2009, 28 O 104/09)

In der Ausgabe 10/2009 unseres Newsletter kommentierten wir die Entscheidung des OLG Karlsruhe, welches einen Schadenersatzanspruch des Anlegers gegenüber dem Treuhandkommanditisten bejahte. Dieser Schadenersatzanspruch konnte dem vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung nicht verdienter Ausschüttungen entgegengehalten werden. Das LG München I hatte fast zeitgleich über die Klage eines Anlegers befunden, der den Vermittler in Anspruch genommen hatte, der eine Beteiligung am Falk-Fonds 76 vermittelte. Das Gericht verneinte einen individuellen Beratungsfehler und konnte auch keinen Prospektfehler feststellen. Der Anleger gab an, ihm sei vom

Vermittler nicht mitgeteilt worden, dass er ein Beteiligungsrisiko über die Anlage hinaus eingeht, weil er Teile der Einlage fremdfinanzierte. Außerdem sei er nicht über einen vor seiner Zeichnung erschienenen negativen Bericht in der Euro am Sonntag informiert worden.

Unter Berufung auf die jüngere BGH-Rechtsprechung führt das Landgericht München aus, dass es zur Erfüllung der Informationspflichten des Anlageberaters nicht gehört, sämtliche Publikationsorgane vorzuhalten, in denen Artikel über die angebotene Anlage erscheinen können. Auch sonst konnte nicht nachgewiesen werden, dass dem Vermittler negative Informationen über die Falk-Fonds bekannt gewesen waren.

Prospektfehler, wie sie vom Anleger behauptet worden waren, könne das Gericht nicht erkennen. Es stellte hierzu fest, dass ein Prospekt grundsätzlich dann vollständig und richtig ist, wenn der potenzielle Anleger oder Erwerber über sämtliche Umstände der Beteiligung, die für die Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sein können, zutreffend und umfassend informiert wird einschl. der Tatsachen, die den Vertragszweck vereiteln können. Die für die Beurteilung der Anlage bedeutsamen Umstände dürfen weder verschwiegen noch verschleiert werden. Abzustellen ist auf den Horizont eines Prospektadressaten, der den Prospekt nebst beigefügten Anlagen sorgfältig und eingehend liest. Insbesondere wird der Begriff „Ausschüttung“ thematisiert. Das Gericht sieht diesen Begriff nicht nur als Bezeichnung für die Auszahlung von erwirtschaftetem Gewinn an,

sondern auch als Bezeichnung für die Auszahlung von Liquidität. Diese Praxis sei auch nicht zu beanstanden, sofern im jeweiligen Prospekt ausreichend klar erläutert wird, was tatsächlich „ausgeschüttet“ werden soll. Auch bei der angenommenen Verzinsung sowie bei der Darstellung der Möglichkeit des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung sei kein Prospektfehler erkennbar. Ein grundsätzlicher Hinweis auf die Möglichkeit des Wiederauflebens der Haftung sei ausreichend, jedenfalls wenn Fondskonzepte nicht durch die Inanspruchnahme von besonders hohen Sonderabschreibungen geprägt seien und daher rechnerisch über einen erheblichen Zeitraum handelsrechtlich keinesfalls ein Gewinn entstehen kann.

§ § §

Zur Pflicht eines Anlageberaters, der Filmfonds-Beteiligung offeriert, Erkundigungen über einen Erlösausfallversicherer einzuziehen (LG Düsseldorf, Urt. v. 18.09.2009, 2b O 245/08)

Ein seit Jahren von einer Bank beratener Anleger zeichnete eine Beteiligung an der ApolloMedia GmbH & Co. 5. Filmproduktion KG. Im Beteiligungsprospekt hieß es u.a., dass bei diesem Filmfonds 80 % der Herstellungskosten durch den Abschluss einer Erlösausfallversicherung abgesichert seien.

Das LG Düsseldorf verurteilte die Bank zur Zahlung von Schadenersatz, weil sie den Anleger nicht objektgerecht beraten habe. Sie habe jedenfalls ihre Pflicht zur Plausibilitätsprüfung verletzt. Der Abschluss

einer Erlösausfallversicherung zur Absicherung von 80 % der Herstellungskosten ist ein wichtiger Faktor für die Attraktivität eines Filmfonds. Weil der wirtschaftliche Erfolg einzelner Filmproduktionen nur schwer prognostiziert werden kann und daher mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist, ist eine Erlösausfallversicherung von zentraler Bedeutung. Deshalb muss ein Berater Erkundigungen über den Erlösausfallversicherer einziehen, wenn er seine Informations- und Beratungspflichten erfüllen möchte. Wenn einem Versicherer eine solche zentrale Bedeutung beizumessen ist, gehört es zu den Pflichten eines Beraters, sich auch beim Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen zu erkundigen.

§ § §

Zu den Voraussetzungen für die Bejahung eines Kapitalanlagebetrugs (LG Hamburg, Teil-Urteil v. 31.08.2009, 328 O 616/08)

Ein Anleger hatte für 10.000,00 € eine Inhaber-Teilschuldverschreibung der EECH AG gezeichnet. Dem Erwerb lag ein Verkaufsprospekt zugrunde, der den Zukunftsmarkt Solarenergie beschrieb. Die AG erwarb allerdings Kunstwerke. Dies war im Beteiligungsprospekt nicht erwähnt. Der Anleger nahm drei Vorstände der insolventen AG in Anspruch. Der Vorstandsvorsitzende der insolventen AG wurde selbst insolvent. Das Landgericht Hamburg verurteilte einen der beiden anderen Vorstände zu Schadenersatz wegen Kapitalanlagebetrugs. Im Prospekt, mit dem für die Inhaber-Teilschuldverschreibung geworben wurde, wurde über die

Mittelverwendung falsch aufgeklärt. Hierin liegt das „Machen von unrichtigen vorteilhaften Angaben“. Außerdem war verschwiegen worden, dass die eingeworbenen Gelder zum erheblichen Anteil zur Zurückführung bereits bestehender Verbindlichkeiten bestimmt waren (Verschweigen nachteiliger Tatsachen). Dem Vorstandsmitglied, welches letztlich verurteilt wurde, waren die Tatsachen der Mittelverwendung zur Schuldentilgung bekannt. Damit handelte er vorsätzlich im Sinne des § 264a StGB. Der Versuch, sich mit dem Argument zu entlasten, er habe den Prospekt durch Rechtsanwälte und Wirtschaftsfachleute erstellen lassen und habe nicht erkennen können, dass er unrichtig sei, war erfolglos. Das Gericht verweist auf die BGH-Rechtsprechung, nach der für das Vorliegen eines Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtums der in Anspruch Genommene darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. BGH, Urte. v. 12.05.2009, XI ZR 586/07, vgl. Newsletter 06/09).

Mögliche Ansprüche aus § 13 VerkProspG waren gem. § 13 Abs. 1 VerkProspG i.V.m. § 46 BörsG verjährt. Eine Haftung wegen Kapitalanlagebetrugs gegen den anderen in Anspruch genommenen Vorstand bestanden nicht, weil keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass das weitere Vorstandsmitglied über den Einsatz der eingeworbenen Gelder zur Schuldentilgung wusste.

§ § §

Prospektfehler bei Kostenangabe an „falscher“ Prospektstelle (OLG Stuttgart, Urt. v. 12.08.2009, 9 U 21/09)

Ein Anleger nahm die ihn beratende Bank wegen Verletzung von Auskunftspflichten aus einem Anlageberatungsvertrag in Anspruch. kmi hatte über die Beteiligungsofferte negativ berichtet, wobei allerdings nicht feststand, ob der Bank zum Zeitpunkt der Zeichnung der negative Pressebericht bekannt war. Das OLG Stuttgart bejahte einen Prospektmangel und verurteilte die Bank, weil sie den Prospektfehler nicht korrigiert hatte.

Ein rechtlicher relevanter und hinweisbedürftiger Prospektmangel liegt vor, wenn „weiche“ Kosten bei einem Anlagemodell in nicht unerheblicher Höhe anfallen und ein Anleger dem Prospekt nicht ohne weiteres entnehmen kann, in welchem Umfang die von ihm eingezahlte Einlage nicht in das Anlageobjekt fließt, sondern für Aufwendungen außerhalb der Anschaffungs- und Herstellungskosten verwendet wird.

Fehlerhaft ist der Prospekt schon, wenn sich die Kostenverteilung nicht unmittelbar aus den Erläuterungen zu abgedruckten Investitions- und Finanzierungsplänen ergibt, sondern wenn es erforderlich ist, zunächst einen Abgleich verschiedener Prospektangaben über die Anschaffungs- und Herstellungskosten und anschließend eine Reihe von Rechengängen vorzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 06.02.2006, II ZR 329/04).

Im beanstandeten Prospekt waren Vermittlungskosten als Projektkosten, als

Finanzierungskosten, als Kosten der Vertriebskoordination und als Eigenkapitalbeschaffungskosten zu finden, ohne dass eine konkrete Differenzierung und eine durchgehende Zuordnung konkreter Kosten möglich war.

Es ist nicht ausreichend, wenn ein Fachmann eine fehlende Aufgliederung aus dem Prospekt ersehen kann. Von dem (durchschnittlichen) Anleger kann nicht erwartet werden, dass er den Prospekt mit dem geschulten Blick eines Fachmanns studiert. Auch wenn er nicht nachfragt, ändert dies an der Haftung eines Anlageberaters nichts, denn unzureichende Prospektbeschreibungen bezüglich Umständen von objektiver Bedeutung können schadenersatzrechtlich nicht allein deshalb folgenlos bleiben, weil der Anlageinteressent aufgrund mangelnder oder nur begrenzter Erfahrung keinen Anlass gesehen hatte, sich zu dem betreffenden Punkt Informationen geben zu lassen. Ferner kritisierte das Gericht, dass die beratende Bank eine Vermittlungsprovision von 8 %, die sie im Wege der Rückvergütung aus Anlegergeldern erwartete und erhielt, nicht offengelegt hat. Eine unmissverständliche Offenlegung ist bei vorhandenen Interessenkonflikten zwingend geboten. Im Rahmen eines Beratungsvertrages besteht die Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen unabhängig von deren Höhe.

§ § §

**Kein Anspruch eines
Wirtschaftsjournalisten auf Einsichtnahme
in BaFin-Akten im einstweiligen
Verfügungsverfahren** (VerwG Frankfurt am
Main, Beschl. v. 07.05.2009, 7 L 676/09.F, rkr)

Ein Chefreporter einer Tageszeitung beantragte bei der BaFin, ihm Einsicht in Akten und Gutachten zu gewähren, die die BaFin in Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflichten bei verschiedenen namentlich bezeichneten Banken erstellt hat. Die BaFin lehnte den Antrag ab. Der Wirtschaftsjournalist beantragte den Erlass einer einstweiligen Anordnung, der zwar als zulässig erachtet wurde, jedoch nicht begründet sei. Die BaFin sei zwar grundsätzlich verpflichtet, einem Informationsbegehren nach Maßgabe des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG) nachzukommen. Dem Vorliegen eines Anordnungsgrundes stehe jedoch das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegen. Unzulässig sei eine Vorwegnahme der Hauptsache jedenfalls dann, wenn die Entscheidung und ihre Folgen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen auch nach der Hauptsacheentscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Die BaFin hatte im Eilverfahren überzeugend dargelegt, dass die Behördenakten, um deren Einsichtnahme es ging, zu einem erheblichen Anteil schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten und es ihr bei einem Umfang von ca. 10.000 Seiten nicht zuzumuten sei, diese gewissenhaft darauf zu sichten, um die schützenswerten Daten zu schwärzen, um dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Dritter und dem gebotenen Schutz der Betriebs- und

Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Banken gerecht zu werden.

§ § §

**Zur Frage der Wirksamkeit der Abtretung
von Darlehensforderungen durch eine
Sparkasse** (BGH, Urt. v. 27.10.2009, XI ZR
225/08)

Mit dieser Entscheidung hat der BGH seine Grundsatzentscheidung vom 27.02.2007 bestätigt und erweitert. In der damaligen Entscheidung hatte eine Raiffeisenbank Darlehen zur Finanzierung zweier Eigentumswohnungen gewährt. Nachdem die Darlehen notleidend geworden waren, trat die Raiffeisenbank ihre Forderungen an eine Beitreibungs- und Verwertungsgesellschaft einer Bankengruppe ab. Der BGH sah weder einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis noch gegen das Bundesdatenschutzgesetz. In Ergänzung zur damaligen Entscheidung hat der BGH nunmehr entschieden, dass eine Forderungsabtretung durch eine als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierte Sparkasse auch keine Verletzung eines Privatgeheimnisses im Sinne des § 203 StGB darstellt. Das Bankgeheimnis sei generell kein von § 203 StGB geschütztes „Geheimnis“. Die Abtretung von Darlehensforderungen auch durch eine Sparkasse ist deshalb wirksam. Ohnehin sei keine Differenzierung zwischen privaten Kreditinstituten und Genossenschaftsbanken und öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen gerechtfertigt. Die Frage, ob Sparkassen nach dem Wegfall der Gewährträgerhaftung und der zunehmend erwerbswirtschaftlichen

Tätigkeit überhaupt noch als Amtsträger im Sinne des § 203 StGB anzusehen sind, konnte offen bleiben.

§ § §

D&O-Versicherung und claims-made-Prinzip (OLG München, Ur. v. 08.05.2009, 25 O 5136/08)

Eine - inzwischen insolvente - Aktiengesellschaft hatte zugunsten ihrer Vorstandsmitglieder eine sog. D&O-Versicherung (Vermögensschadenshaftpflichtversicherung) abgeschlossen. Hierbei war das sog. claims-made-Prinzip vereinbart. Danach sind die während des Zeitraumes der Versicherungsdauer geltend gemachten Schadenersatzansprüche versichert. Zudem wird eine unbegrenzte Rückwirkung geboten. Die Nachhaftungszeit betrug ein Jahr. Mehr als vier Jahre nach Beendigung der Versicherung wurde ein Vorstandsmitglied in Anspruch genommen, dem der Insolvenzverwalter der AG Insolvenzverschleppung vorwarf. Die D&O-Versicherung verweigerte den Deckungsschutz. Das OLG München folgte der Rechtsansicht des Versicherers. Ein Anspruch auf Versicherungsschutz bestehe nicht, da die Ansprüche nach Ende der Versicherungsdauer und nach Ende der Nachmeldefrist erhoben worden seien. Gegen die Versicherungsbedingungen bestünden auch keine AGB-rechtlichen Bedenken. Dies gelte jedenfalls, wenn zur Vermeidung eines Überrumpelungseffektes auf das claims-made-Prinzip deutlich hingewiesen worden ist.

§ § §

Zum Verstoß eines Versicherungsvertreters gegen ein Wettbewerbsverbot und zur Schätzung des Mindestschadens (BGH, Ur. v. 24.06.2009, VIII ZR 332/07)

In diesem vom BGH entschiedenen Fall ging es u.a. um die Frage, ob einem Versicherungsmakler gegenüber einem für ihn tätigen Versicherungsvertreter wegen Verstoßes gegen ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot ein Schadenersatzanspruch zusteht und wie dann ggf. dieser Schadenersatzanspruch zu ermitteln ist. Der BGH stellt klar, dass der Verstoß gegen ein wirksames Wettbewerbsverbot einen Anspruch auf Schadenersatz wegen positiver Vertragsverletzung begründet. Der Schaden besteht im entgangenen Gewinn, der mithin zu ersetzen ist.

Auch wenn es grundsätzlich Sache eines Anspruchstellers ist, diejenigen Umstände vorzutragen und ggf. zu beweisen, die seine Vorstellungen zur Schadenshöhe rechtfertigen sollen, muss ein Richter nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilen, ob er nicht wenigstens einen Mindestschaden schätzen kann (§ 287 ZPO). Eine Schätzung darf erst dann gänzlich unterlassen werden, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hänge und daher willkürlich wäre.

Der Versicherungsmakler hatte nachgewiesen, in welcher Höhe ihm Provisionen entgangen sind und in welcher Höhe er Provisionen an den schadenersatzpflichtigen Versicherungsvertreter zu zahlen gehabt hätte. So errechnete sich ein Betrag, der als

entgangener Gewinn geltend gemacht wurde. Das Berufungsgericht hatte dieses Vorbringen als unzureichend beanstandet und den geltend gemachten Schadenersatzanspruch deshalb verneint. Dies ließ der BGH nicht gelten, selbst wenn zu ersparten Betriebsaufwendungen nichts oder zu wenig vorgetragen worden sei. Ein ersparter Verwaltungsaufwand hätte notfalls mit Hilfe sachverständiger Begutachtung gewinnmindernd veranschlagt werden können. Ein zusätzlich erforderlicher Verwaltungsaufwand für die Erstellung von Provisionsabrechnungen sei - was auf der Hand liege - keinesfalls so hoch, dass der dargelegte Provisionsschaden vollständig aufgezehrt worden wäre.

§ § §

Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch E-Mailwerbung (BGH, Urt. v. 20.05.2009, I ZR 218/07)

Seit 04.08.2009 ist das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung in Kraft. Es betrifft die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern. Aber auch Unternehmer sind seit längerem vor unerlaubten Werbeanrufen und Faxbriefen geschützt. Der BGH hat bereits 1999 entschieden, dass ungefragte Werbeanrufe Ausdruck unlauteren Wettbewerbs sind. In dem jetzt vom BGH entschiedenen Fall ging es um eine per E-Mail versendeten Newsletter mit 15 Seiten Informationen für Kapitalanleger, den eine Rechtsanwalts-gesellschaft erhielt. Diese forderte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsklärung. Der BGH bejahte einen Eingriff in das Recht am

eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Bereits die einmalige unverlangte Zusendung einer werbenden E-Mail könne einen solchen rechtswidrigen Eingriff darstellen.

Das Urteil hilft zwar wenig gegen die Flut von SPAM-Mails, die in erster Linie aus dem Ausland verschickt werden. Innerhalb Deutschlands hilft die Entscheidung aber gegenüber solchen Absendern, deren E-Mailadresse leicht nachvollzogen werden kann.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

Gesetzliche Neuregelung zur Modernisierung des Grundbuchverfahrens

Am 01.10.2009 ist das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften in Kraft getreten. Das Gesetz bringt Änderungen in der Grundbuchordnung und der Grundbuchverfügung mit sich. Es ermöglicht auch die elektronische Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten. Die konkrete Einführung des elektronischen Grundbuchverfahrens und der elektronischen Grundakte bleibt allerdings den Landesregierungen vorbehalten. Auf Sicht soll damit der bisher ausschließlich Papier gebundene Rechtsverkehr mehr und mehr „papierlos“ werden (*vgl. auch schon unsere Kurzdarstellung im Newsletter 07/09*).

LITERATURSPIEGEL

Aufklärungspflichten eines Finanzdienstleisters über eigene Gewinnmargen? - Ein „Kick-Back“ zu viel

Nicht nur die Finanzmarktkrise, sondern auch die sog. „Kick-Back“-Rechtsprechung des BGH hat einschneidende Spuren hinterlassen. Selten wurden BGH-Entscheidungen über viele Monate so hitzig und kontrovers diskutiert wie die jüngsten Entscheidungen des Jahres 2009 zu diesem Themenkomplex. In Heft 39/2009 der **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM)** gesellt sich **Spindler** zu den Vertretern, die diese Rechtsprechung wegen ihrer (tatsächlichen oder vermeintlichen) Allumfänglichkeit ablehnen. Spindler will stattdessen eine Unterscheidung treffen, ob es sich um Eigengeschäfte (Festpreisgeschäfte) oder um Kommissionsgeschäfte handelt und ob es sich um Produkte des eigenen Hauses oder konzernverbundene Unternehmen handelt oder um Produkte Dritter. Er hält es für nicht recht nachvollziehbar, dass konzernangehörige Gesellschaften als Dritter behandelt werden, so dass über Provisionszahlungen an diese aufgeklärt werden muss, obwohl wirtschaftlich gesehen kaum ein Unterschied zu der Konstellation bestehe, dass die Bank allgemein Gewinne an die Dachgesellschaft abführt. Hierüber müsse - jedenfalls bislang - nicht aufgeklärt werden.

Soweit heutzutage in großen Teilen von Literatur und Rechtsprechung gefordert werde, auch bei Festpreisen sei über Gewinnmargen aufzuklären, läge ein Verstoß gegen

fundamentale Prinzipien des Vertragsrecht und der Marktwirtschaft vor. Daran könne auch die Annahme von selbstständigen Beratungsverträgen nichts ändern, da die grundlegenden Vertragswertungen nicht auf diese Art und Weise überspielt werden können. Spindler nimmt deshalb den Standpunkt ein, dass Aufklärungspflichten über Provisionen auf solche Geschäfte zu beschränken sind, bei denen eine Bank dem Interesse des Kunden verpflichtet ist, namentlich bei Kommissionsgeschäften.

Angesichts des sich immer weiter ausbreitenden Transparenzgedankens, der seit einiger Zeit auch Versicherungsgesellschaften verpflichtet, in Euro und Cent über die Vertriebskosten zu informieren, die bei der Vermittlung eigener Produkte (mithin Festpreisgeschäft) bestehen, erscheint mehr als fraglich, ob sich der Standpunkt von Spindler den BGH zur Korrektur des von ihm eingeschlagenen Weges veranlassen wird.

* * *

Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht

Maklerrecht ist in weiten Bereichen Richterrecht. Und mangels Kenntnis der maßgeblichen Rechtsprechung treten nicht selten Missverständnisse auf. **Engel** will durch seinen Beitrag in Heft 19/2009 der Zeitschrift **MDR** über die in der Praxis am häufigsten auftauchenden untauglichen Argumente von Maklerkunden dazu beitragen, unnötige Streitigkeiten oder gar gerichtliche

Auseinandersetzungen zu vermeiden. Im ersten Teil stellt er die acht geläufigsten Irrtümer von Interessenten, Mietern und Käufern vor, die sich der Hilfe eines Maklers bedienen. Er führt aus, dass eine Maklerprovision nicht nur dann entsteht, wenn der Makler vom Verkäufer oder Vermieter beauftragt ist. Falsch ist auch der Glaube, dass dem Makler kein Anspruch zusteht, wenn bei Abschluss des Hauptvertrages der Vermarktungsauftrag zwischenzeitlich ausgelaufen ist. Erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr, dass der Auftraggeber durch die Dienstleistung des Maklers den Anstoß erhalten hat, sich konkret um das nachgewiesene Objekt zu bemühen. Ein Provisionsanspruch setzt auch keine schriftliche Vereinbarung voraus. Des Weiteren ist die Höhe der Provision vom geleisteten Arbeitsaufwand unabhängig. Ein Kunde, der nicht aufpasst, kann sich ggf. auch Provisionsansprüchen mehrerer Makler ausgesetzt sehen. Ferner kann der Zahlungsverpflichtung nicht dadurch entgangen werden, dass der Kunde nicht in Person einen Hauptvertrag abschließt, sondern ein ihm nahestehender Dritter. Behauptet ein Kunde Vorkenntnis, muss er alle Umstände der Vertragsmöglichkeiten gekannt haben. Allgemeine und ungenaue Vorstellungen oder Vermutungen reichen nicht aus. Und schließlich ist es auch falsch zu glauben, dass bei Wiederaufhebung des Kauf- oder Mietvertrages der Makler zwangsläufig seinen Provisionsanspruch verliert.

Im zweiten Teil des Beitrags geht es um Irrtümer, die häufig bei Verkäufern vorhanden sind, die sich der Dienste eines Maklers

bedienen. Hier stellt der Autor vor allem die Punkte in den Vordergrund, die nach seiner Ansicht für die Erteilung eines Makler-Alleinauftrages sprechen.

* * *

Rückwirkende Haftung für unterlassene Provisionsmitteilungen? - Besprechung des Urteils des OLG Dresden vom 24.07.2009, 8 U 1240/08

Entscheidungen und Literaturstimmen zu Kick-Backs dürften für den Bereich des Kapitalanlagerechts das am meisten diskutierte und problematisierte Thema des Jahres 2009 werden. Es vergeht kaum eine Woche, in der nicht ein neues Urteil zu diesem Themenkomplex ergeht oder sich Literaturstimmen bejahend oder kritisch mit der Rechtsprechung auseinandersetzen. **Haas** befasst sich in Heft 28/2009 der Zeitschrift **NZG** mit einem vor kurzem ergangenen Urteil des OLG Dresden. Das OLG Dresden bejahte zwar für die Zukunft eine Informationspflicht, hat aber eine solche für einen Vertriebsfall aus dem Jahr 2001 verneint. Vor der Kick-Back-Entscheidung des BGH vom 20.01.2009 sei auch nach der Rechtsprechung des BGH keine Aufschlüsselung des eigenen Provisionsanteils des Beraters erforderlich gewesen, sondern lediglich die Angabe der insgesamt anfallenden Vertriebsprovisionen. Da mit steigenden Vertriebsprovisionen Werthaltigkeit und Rentabilität einer Kapitalanlage abnehmen, sei die Angabe der insgesamt anfallenden Vertriebsprovisionen erforderlich. Erstmals im Beschluss vom 20.01.2009 sei die

Aufschlüsselung des eigenen Anteils des Beraters verlangt worden.

Haas sieht in diesem Beschluss folgende Neuerungen:

Aufgabe des 15 % Schwellenwertes für die Aufklärung über Provisionen beim Vertrieb geschlossener Fonds, die Einführung einer Pflicht zur Aufschlüsselung der Vertriebsprovisionen für einzelne Vertriebsbeteiligte, auch wenn die gesamten Vertriebsprovisionen bereits offengelegt sind, die Aufgabe eines gleichen Umfangs der Informationspflichten von Anlagevermittler und Anlageberater bei der objektgerechten Anlegeraufklärung nach den Grundsätzen des Bondurteils, die Einführung eines allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes der Vermeidung vertragswidriger Interessenkollisionen und schließlich die Gleichbehandlung des Vertriebs von Wertpapieren und des Vertriebs geschlossener Fonds trotz unterschiedlicher gesetzlicher Ausgangslage.

Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes gebiete jedoch die Zurückhaltung bei einer haftungsrechtlichen Rückwirkung neuer Rechtsprechungsgrundsätze. Diese Weitsicht habe das OLG Dresden walten lassen.

Franchising - Bezugsbindung, Einkaufsvorteile und Transparenz

Nicht nur bei Finanzdienstleistungsangeboten sind Kick-Backs seit geraumer Zeit ein Dauerthema. Solche Kick-Backs

(Einkaufsvorteile) beschäftigen auch die Franchisewirtschaft und damit das Franchiserecht seit vielen Jahren. Solche Einkaufsvorteile werden einem Franchisegeber von Systemlieferanten für die von Franchisenehmern generierten Umsätze gewährt. **Flohr** geht in seinem Beitrag in Heft 41/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** der Frage nach, ob sich ein Anspruch für die Auskehr von Einkaufsvorteilen für Franchisenehmer ausschließlich aus den von ihnen abgeschlossenen Franchiseverträgen ergibt oder ob möglicherweise auch eine gesetzliche Anspruchsgrundlage besteht. Ferner geht es darum, wie durch eine vertragliche Gestaltung des Franchisevertrages eine Verpflichtung zur Weitergabe von Einkaufsvorteilen an Franchisenehmer ausgeschlossen werden kann und zwar auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Rechtsfolgen der Unzulässigkeit von Wertsicherungsklauseln in gewerblichen Mietverträgen - Überlegungen zu § 8 PreiskIG

Geschäftsraummietverträge werden typischerweise als Zeitmietverträge über einen längeren Zeitraum abgeschlossen. Aus Vermietersicht wird deshalb angestrebt, dass der vereinbarte Mietzins nicht durch eine Inflation mehr und mehr geschmälert wird. Wesentlicher Bestandteil von Geschäftsraum- oder Gewerberaummietverträgen sind deshalb regelmäßig Wertsicherungsklauseln. Durch das am 14.09.2007 in Kraft getretene

Preisklauselgesetz gab es gegenüber der bisherigen Rechtslage eine gravierende Änderung: Bisher war eine Preisklausel, die gegen das Gesetz verstieß, regelmäßig nichtig. Nach der neuen Vorschrift des § 8 PreisklG gilt stattdessen, dass die gesetzeswidrige Regelung so lange wirksam sein soll, wie der Gesetzesverstoß nicht rechtskräftig festgestellt wurde. **Schweitzer** befasst sich in seinem Beitrag in Heft 19/2009 der Zeitschrift **ZfIR** mit dem Preisklauselgesetz. Insbesondere beleuchtet er das Verhältnis des § 8 PreisklG zu anderen Vorschriften, bei deren Anwendung sich eine frühere Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Wertsicherungsklausel ergeben könnte. Er führt aus, dass das Verhältnis insbesondere zu den AGB-rechtlichen Vorschriften nicht ausdrücklich geregelt worden ist und unklar sei. Er nennt Argumente, die dazu führen können, dass eine Preisklausel wegen unangemessener Benachteiligung von Anfang an unwirksam sein kann. Dies kann dann wiederum Auswirkungen auf den Verkaufsfall haben, denn ein Kaufinteressent ist natürlich seinerseits daran interessiert, über die Restlaufzeit des Mietvertrages hinweg Mieterhöhungen wirksam fordern zu können.

* * *

Neuregelung für Grundstücksgeschäfte mit einer GbR - Rückschritt auf dem Weg zur Rechtsfähigkeit der GbR

Die BGH-Rechtsprechung geht inzwischen davon aus, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) selbst Trägerin des Gesellschafts- und mithin auch ihres

Immobilienvermögens ist. Sie kann deshalb auch selbst ins Grundbuch eingetragen werden. Am 01.10.2009 ist das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren in Kraft getreten. In § 47 Abs. 2 GBO wird nunmehr bestimmt, dass - wenn ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden soll - auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen sind.

Scherer geht in ihrem Beitrag in Heft 42/2009 der Zeitschrift **NJW** Frage nach, ob dies wieder eine Kehrtwende und damit einen Rückschritt in der Rechtsentwicklung der Rechtsfähigkeit der GbR bedeutet und welche Konsequenzen für die Praxis daraus abzuleiten sind. Der Rechtspraxis ist bis auf Weiteres anzuraten, bei jeder Klage einer GbR zusätzlich den gesamten aktuellen Gesellschafterbestand aufzuführen und für den Fall, dass dieser aktuelle Gesellschafterbestand nicht in das Rubrum des Titels übernommen wird, gem. § 319 Abs. 1 ZPO auf Rubrumsberichtigung hinzuwirken.

* * *

Probleme mit der Fiktion - Die Feststellung der Kausalität von Beratungsfehlern

Stackmann, selbst Vorsitzender Richter einer Zivilkammer mit Spezialzuständigkeit auf dem Gebiet der Bank- und Finanzsachen, berichtet in Heft 45/2009 der Zeitschrift **NJW** von den Schwierigkeiten der Tatsachengerichte, die Kausalität zwischen Handlung und Wirkung stets zufriedenstellend festzustellen. Nicht

selten geht der BGH im Hinblick auf von einer größeren Zahl von Anlegern getätigten Geschäften andere Wege und die in Anspruch genommenen Berater werfen die Frage in den Raum, wie sie hätten voraussehen sollen, was nach ihnen auch eine Heerschar von Instanzrichtern nicht erkannt hätte. Noch viel diffiziler wird die Kausalitätsfeststellung, wenn zwischen Beratung und tatsächlicher Entwicklung viele Jahre liegen und dann die Frage beantwortet werden soll, welche Konsequenz dieser oder jener Hinweis oder dieses oder jenes Unterlassen gehabt hätte. Sowohl der III. als auch der XI. Zivilsenat des BGH haben inzwischen wiederholt entschieden, dass bei Vermittlung einer Kapitalanlage der Aufklärungspflichtige beweisen müsse, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte und er den - unterlassenen - Hinweis, auch wenn er gegeben worden wäre, unbeachtet gelassen hätte.

Stackmann plädiert für eine Differenzierung wie folgt: Es müsse zwischen den Fällen differenziert werden, in denen die fehlerhafte Beratung in Bezug auf eine konkret zu treffende Entscheidung geschuldet ist, und denjenigen, in denen eine allgemeine Beratung erst dazu führt, dass eine Entscheidung später getroffen wird.

In den Fällen, in denen eine Beratung im Hinblick auf eine konkret zu treffende Entscheidung geschuldet ist, habe der in Anspruch genommene Berater die Tatsachen darzulegen und ggf. auch zu beweisen, aus denen sich ableiten lässt, dass die fehlerhafte

Beratung keinen Einfluss auf die getroffene Entscheidung hat.

Bei einer nur allgemeinen Beratung komme hingegen die Annahme eines Anscheinsbeweises nur ausnahmsweise in Betracht.

Trotz dieser Differenzierungsbemühungen wird sich die Praxis gleichwohl darauf einstellen müssen, dass der geschädigte Kapitalanleger die Kausalitätsvermutung in der Form der Beweislastumkehr für sich in Anspruch nehmen kann.

KURZ UND BÜNDIG

Indizien des gewerblichen Grundstückshandels - Grundsätzliche und neue Aspekte

Ob die Veräußerung einer Immobilie als gewerblicher Grundstückshandel zu erfassen ist oder eine Maßnahme der Vermögensverwaltung darstellt, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Das wesentlichste und bekannteste Indiz des gewerblichen Grundstückshandels ist die sog. „3-Objekt-Grenze“. In einem **Steuern spezial** (Beilage Nr. 21/09 des Reports immobilien intern) stellt **Iser** altbekannte und neue Aspekte vor. Auch ohne Überschreitung der 3-Objekt-Grenze kann das Merkmal der Gewerblichkeit bereits erfüllt sein, beispielsweise wenn bereits bei Erwerb oder Errichtung einer Immobilie eine unbedingte Veräußerungsabsicht vorliegt.

Auch auf die Urteile des BFH aus der jüngeren Vergangenheit (17.12.2008 und 19.02.2009) kommt Iser zu sprechen. Er plädiert für eine gesetzliche Regelung des gewerblichen Grundstückshandels durch Normierung der 3-Objekt-Grenze als Nichtaufgriffsgrenze. Bis dahin sind die Grundsätze des BMF in seinem Schreiben vom 26.03.2004 zu beachten.

* * *

Ist die Kick-Back-Rechtsprechung auf freie Anlageberater und -vermittler zu übertragen?

Diese Frage stellt **Brinkmöller** in einem **kmi-Spezial** (Beilage zu Heft Nr. 43/09). In seinem Kurzbeitrag geht er der Frage nach, welche Aufklärungspflichten bankunabhängige Berater und freie Vermittler in Bezug auf die Provisionen treffen. Er bildet drei Fallgruppen (Provision wird ausschließlich vom Produktgeber bezahlt, ausschließliche Vergütung durch den Kunden [Honorarberatung] und Mischform). Auch wenn Brinkmöller meint, bei der - überwiegend vorzufindenden - Variante 1 sei grundsätzlich ungefragt keine Aufklärung geschuldet,

empfiehlt er bis zur endgültigen Klärung auch freien Anlageberatern, die Kunden über die Höhe der Provisionen gesondert aufzuklären, um Haftungsrisiken zu vermeiden. Eine dokumentierte Aufklärung - so Brinkmöller - ist noch immer der beste Schutz vor evtl. Regressforderungen enttäuschter Anleger.

IN EIGENER SACHE

Rechtsanwalt Werner Klumpe wird auf der Veranstaltung von FORUM „Vertriebsrecht 2009“ zum Thema „Rechtliche Grundlagen und aktuelle Entwicklungen beim Vertrieb von geschlossenen Fonds und Immobilieninvestitionen des sog. grauen/freien Kapitalmarktes“ am 26.11.2009 in Frankfurt/Main referieren.

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

Redaktion Newsletter

Rechtsanwalt Ulrich A. Nastold

Rechtsanwaltskanzlei Klumpe, Schroeder & Partner GbR

Luxemburger Str. 282e

D- 50937 Köln

Tel: +49 / 221 - 94 20 94 0

Fax: +49 / 221 - 94 20 94 25

eMail: info@rechtsanwaelte-klumpe.de

Web: www.rechtsanwaelte-klumpe.de

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

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