

Paluka  
Sobola



Partner  
Rechtsanwälte

## Aktuelles aus dem Bank- und Kapitalmarktrecht

April 2009

**THEMEN u. a.:**            **Beratungspflichten des Anlageberaters – aktuelle Urteile  
Gesetze 2008  
Gesetzesvorhaben**

**Paluka Sobola & Partner**

Neupfarrplatz 10  
93047 Regensburg

Tel. 0941 58 57 1-0  
Fax 0941 58 57 1-14

info@paluka.de  
www.paluka.de

## Inhalt

<b>Vorwort</b>	<b>Seite 3</b>
<b>Urteile zur Beraterhaftung</b>	<b>Seite 4</b>
Pflicht zur Prüfung des Emissionsprospekts auf Plausibilität	Seite 4
Prüfungspflichten im Überblick	Seite 7
Beratungspflichten des Treuhandkommanditisten	Seite 7
Beratungspflichten im Überblick	Seite 10
Beratungspflichten der mit dem Eigenkapitalvertrieb befassten Bank	Seite 10
BGH erklärt Klausel Nr. 17 II Nr. 1 AGB-Sparkassen für unwirksam	Seite 11
<b>Gesetze 2008</b>	<b>Seite 13</b>
<b>Gesetzesvorhaben</b>	<b>Seite 13</b>

### **Anmerkung:**

*Unsere Newsletter stehen auch zum Download auf unserer Homepage [www.paluka.de](http://www.paluka.de) unter der Rubrik „Aktuelles“ bereit.*

## Vorwort

Schon vor einigen Jahren wurde mit dem Schlagwort „Schrottimmobilien“ die Neuordnung des Kapitalanlagemarktes eingeläutet. Die Rechtsprechung hat umgehend reagiert und mit der Definition der Qualitätsanforderungen an Kapitalanlageberater und -vermittler begonnen. Der Trend der Rechtsprechung zu höherem Sorgfaltsmaßstab hält unvermindert an. Zudem zieht der Gesetzgeber nun im Rahmen der Kapitalmarktkrise nach und ist bemüht, die Auswirkungen der Krise durch verschiedene Gesetzesvorhaben in den Griff zu bekommen und die Ursachen zu bekämpfen. Die Maßnahmenpakete des Bundesgesetzgebers werden den Kapitalanlagemarkt weiter verändern und den Anlageberater und -vermittler vor weitere schwierige Aufgaben stellen.

Die allgemein schlechte Stimmung am Markt sollte nicht davon ablenken, dass die Krise letztlich eine gute Zeit für gute Vermittler ist. Denn in einer Situation, in der Kunden besonders kritisch prüfen und eher vorsichtig agieren, wird der beratungsstarke Vermittler, der über die aktuellen Entwicklungen gut informiert ist auch künftig Vertrauen gewinnen und überzeugen können.

Mit diesem Newsletter möchten wir die aktuellen Gesetzesvorhaben und neue Entscheidungen der Obergerichte zum Thema Berater-/Vermittlerhaftung vorstellen.

Regensburg im April 2009



**Ulrike Specht**  
Rechtsanwältin

## Urteile zur Beraterhaftung

### Pflicht zur Prüfung des Emissionsprospekts auf Plausibilität

#### Prüfungs- und Offenbarungspflichten

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 5. März 2009 (Az. III ZR 17/08) erneut die Frage entschieden, ob ein Anlagevermittler den Emissionsprospekt auf Plausibilität überprüfen muss.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Anleger macht mit der Klage u. a. Schadensersatzansprüche gegen den Vermittler der Beteiligung an einem Windparkprojekt geltend. Die Geschäftstätigkeit des Anlagevermittlers erfasste ausweislich seiner Visitenkarte die „Vermittlung von Beteiligungen an Windparks“. Der Anlagevermittler verwies den Beklagten auf das gegenständliche Windparkprojekt und übersandte ihm am 01.12.2001 einen Prospekt über dieses Vorhaben. Am 10.12.2001 zeichnete der Beklagte eine Beteiligung von 50.000 €. Die tatsächlichen Erträge des Windparks blieben erheblich hinter den prognostizierten zurück. Die Betreibergesellschaft wurde zahlungsunfähig. Die Windkraftanlage wurde schließlich abgebaut und anderweitig verwertet. Der Kläger stützte seine Klage auf Mängel im Emissionsprospekt, die dem Anlagevermittler bei einer Plausibilitätsprüfung hätten auffallen müssen.

Das Landgericht hatte die Schadensersatzklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Anlagevermittler zu einer reduzierten Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der Beteiligung verurteilt. Das Berufungsgericht hatte jedoch fehlerhaft lediglich darauf abgestellt, dass der Anlagevermittler die ihm obliegenden Mitteilungspflichten verletzt habe. Die Frage, was eine Plausibilitätsprüfung tatsächlich ergeben hätte, hatte das Berufungsgericht dagegen offen gelassen. Der Bundesgerichtshof hat das Urteil daher aufgehoben und die Sache zur Entscheidung an Vorinstanz zurückverwiesen.

In seinen Entscheidungsgründen führt der BGH aus, dass der Vermittler, für den Fall, dass er die Anlage anhand eines Prospekts betreibt, den Emissionsprospekt im Rahmen der geschuldeten Plausibilitätsprüfung dahingehend überprüfen muss, ob er ein in sich schlüssiges Gesamtbild über das Beteiligungsobjekt gibt und ob die darin enthaltenen Informationen, soweit er das mit zumutbarem Aufwand zu überprüfen in der Lage ist, sachlich vollständig und richtig sind.

Dies gelte unabhängig davon, ob der Vermittler besonderes Vertrauen genießt. Er ist stets verpflichtet, das Konzept der Anlage, das er empfehlen will und bezüglich dessen er Auskunft erteilen sollte, wenigstens auf Plausibilität, insbesondere auf die

wirtschaftliche Tragfähigkeit hin, selbst zu prüfen. Verfügt der Anlagevermittler nicht über objektive eigene Kenntnisse, etwa weil er eigene Informationen nicht eingeholt hat oder keine Prüfungsmöglichkeit hatte, so dass er sich bei seiner Empfehlung ausschließlich auf nicht überprüfte Informationen des Kapitalsuchenden stützt, muss er dies dem Interessenten offen legen.

Allein der Umstand, dass der Vermittler diese Aufklärungspflicht verletzt, seinem Kunden also nicht offenbart, dass er sich auf nicht überprüfte Informationen stützt, begründet noch keinen Schadensersatzanspruch. Für einen Schadensersatzanspruch muss vielmehr hinzukommen, dass die Plausibilitätsprüfung den für die Anlageentscheidung wesentlichen Punkten nicht standgehalten hätte. Denn erst dann führt das Versäumnis der Aufklärungspflicht zu einer Fehlinformation des Anlegers. Denn der Schutzzweck der Prüfungs- bzw. Offenbarungspflicht des Anlagevermittlers ist nicht betroffen, wenn der Prospekt einer Plausibilitätsprüfung in den für die Anlageentscheidung wesentlichen Punkten standgehalten hätte. Es kommt nach Auffassung des BGH also immer darauf an, ob die (hypothetische) Plausibilitätsprüfung für den Anlagevermittler Anlass zu Beanstandungen gegeben hätte. Ist dies nicht der Fall, so kann die fehlende Plausibilitätsprüfung keine schadensersatzpflichtige Pflichtverletzung darstellen.

### **Prüfungsumfang**

Hält der Prospekt der Plausibilitätsprüfung in den entscheidungserheblichen Punkten nicht stand, so kommt es nach Auffassung des BGH weiter darauf an, ob der Anlagevermittler den Prospektmangel hätte erkennen müssen. Selbst wenn also der Prospekt fehlerhaft ist und die Kenntnis dieser Fehler den Anleger zu der Entscheidung bewegen hätte, diese Kapitalanlage nicht zu zeichnen, so ist für die Schadensersatzpflicht des Anlagevermittlers weiter entscheidend, ob er diesen Fehler hätte erkennen müssen. Hätte der Vermittler selbst bei ordnungsgemäßer Prüfung des Prospekts den Fehler nicht erkennen können, so liegt in der fehlenden Aufklärung über diesen Fehler keine schuldhaftige Pflichtverletzung.

Damit stellt sich die Frage, welche eigenen Ermittlungen der Vermittler tatsächlich anstellen muss. Nach Auffassung des BGH kann die Plausibilitätsprüfung auch in gewissem Umfang Ermittlungspflichten einschließen, wenn es um Umstände geht, die nach der vorauszusetzenden Kenntnis des Anlagevermittlers Zweifel an der inneren Schließigkeit einer im Prospekt mitgeteilten Tatsache zu begründen vermögen. Andererseits dürften an die Pflichten eines Anlagevermittlers keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Der mit der Überprüfung verbundene Aufwand muss ihm letztlich zumutbar sein. Dies hat der BGH schon in früheren Entscheidungen festgehalten. Letztlich kommt es also auf die Umstände des Einzelfalls an. Entscheidende Kriterien sind z. B.

die konkret abgefragten Informationen des Anlegers und der Umfang des Vertrauens das der Vermittler in Anspruch nimmt.





### **Besondere Anforderung an Spezialisten**

Die Zumutbarkeitsgrenze ist damit von Fall zu Fall verschieden. Wenn der Anlagevermittler wie in dem hier entschiedenen Fall mit seiner Spezialisierung als Vermittler für „Beteiligungen an Windparks“ wirbt, so darf der Anleger auf besondere Fachkunde vertrauen. Der Sorgfaltsmaßstab, mit dem der Vermittler beraten und aufklären muss ist dementsprechend höher anzusetzen. Dem kann der Vermittler nur dadurch begegnen, dass er wahrheitsgemäß unzureichende Kenntnisse offen legt.

### **Darlegungs- und Beweislast**

Der Anlagevermittler kann sich nach Auffassung des BGH nicht darauf zurückziehen, dass der Anleger darlegen und beweisen müsse, der Vermittler hätte trotz besonderer Fachkunde keine zumutbare Überprüfung vorgenommen. Vielmehr liegt die Darlegungs- und Beweislast beim Anlagevermittler. Er muss beweisen, dass seine Plausibilitätsprüfung ausreichend war bzw. auch die zumutbare Plausibilitätsprüfung nicht dazu geführt hätte, dass er den konkreten Prospektmangel hätte erkennen müssen. Will er also einwenden, die (etwaigen) Prospektfehler seien für ihn auch bei der hypothetischen Plausibilitätsprüfung nicht zu entdecken gewesen, ist dies nicht mehr ein Problem des Schutzzwecks der Prüfungs- und Offenbarungspflicht, da dieser gerade bei Vorliegen von Prospektmängeln eingreift. Vielmehr würde der Anlagevermittler nach Auffassung des BGH den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens erheben, für dessen tatsächliche Voraussetzungen nach bisheriger Rechtsprechung derjenige darlegungs- und beweisbelastet ist, der sich darauf stützen möchte.

## Prüfungs- und Offenbarungspflichten im Überblick

-  Stützt sich der Anlagevermittler bei der Beratung und Vermittlungstätigkeit auf einen Emissionsprospekt, so muss er diesen Prospekt einer Plausibilitätsprüfung unterziehen. Der Prüfungsumfang ist einzelfallspezifisch. Wirbt der Anlagevermittler mit besonderen Fachkenntnissen, so erhöht sich damit der Sorgfaltsmaßstab.
-  Will sich der Anlagevermittler auf einen geringeren Sorgfaltsmaßstab zurückziehen, muss er dem Anleger im Vorfeld offen legen, dass er keine spezifischen Kenntnisse hat.
-  Nimmt der Anlagevermittler die Plausibilitätsprüfung nicht vor, muss er dies dem Anleger offen legen.
-  Wird der Anlagevermittler auf Schadenersatz wegen Verletzung der Prüfungs- und Offenlegungspflicht in Anspruch genommen, so muss er zu seiner Entlastung darlegen und beweisen, dass er selbst bei zumutbarer Plausibilitätsprüfung den Prospektfehler nicht hätte erkennen können.

## Beratungspflichten des Treuhandkommanditisten

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 12.02.2009 (Az. III ZR 90/08) zu der Frage entschieden, welche Beratungspflichten der Treuhandkommanditistin eines Filmfonds bezüglich regelwidriger Auffälligkeiten obliegen.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger erwarb durch auf Abschluss einer „Beitrittsvereinbarung“ gerichtete Erklärung eine Beteiligung an einem Medienfonds (KG), die er zum Teil durch Aufnahme eines Darlehens finanzierte. Der Beitritt sollte über eine Treuhandkommanditistin (im Prospekt als „Gründungsgesellschafter“ bezeichnet) gemäß einem im Prospekt enthaltenen Vertragsmuster „Treuhandvertrag und Mittelverwendungskontrolle“ erfolgen. Zur Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos aus der Filmvermarktung sei nach Prospektangaben vorgesehen gewesen, dass für einen Anteil von 80 % der Produktionskosten Ausfallversicherungen abgeschlossen werden sollten. Nachdem die Produktionen nicht den gewünschten wirtschaftlichen Erfolg hatten, erwies sich der Versicherer als zahlungsunfähig.

Der Kläger nimmt die Treuhandkommanditistin mit der Revision weiter auf Rückzahlung des eingezahlten Betrags Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus der Beteiligung und auf Ersatz von Kosten für die Fremdfinanzierung in Anspruch. Darüber begehrt er die Feststellung, dass die Beklagte ihn von Ansprüchen freistellen müsste, die die Beteiligungsgesellschaft, deren Gläubiger oder Dritte gegen ihn wegen seiner Stellung als Kommanditisten richten könnten. Der Kläger beruft sich u. a. auf einen Prospektmangel und eine Aufklärungspflichtverletzung dahingehend, dass er nicht über Provisionszahlungen in Höhe von 20 % für die Eigenkapitalvermittlung unterrichtet worden sei.

Der BGH hat das angefochtene Urteil aufgehoben und an das zuständige Berufungsgericht bezüglich der Zahlungs- und Feststellungsansprüche zurückverwiesen. Der Freistellungsantrag ist nach Auffassung des BGH unbegründet.

Einen Treuhandkommanditisten, der in ein Kapitalanlageprojekt der hier in Rede stehenden Art eingebunden ist, treffe die Pflicht, die künftigen Treugeber über alle wesentlichen Punkte aufzuklären, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung sind; insbesondere hat er diese über regelwidrige Auffälligkeiten zu informieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Beitritt nur durch Mitwirkung der Treuhandkommanditisten vollzogen werden konnte. Die Beklagte war auf diese Weise in den Vertragsabschluss eingebunden und demnach dazu verpflichtet, den Anleger darüber zu informieren, dass die mit dem Vertrieb der Beteiligung befasste GmbH hierfür eine Provision von 20 % erhalten sollte. Wären mit diesen Aufgaben verschiedene Unternehmen betraut gewesen, verstünde es sich von selbst, dass eine Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche und der damit verbundenen Vergütungen erforderlich wäre. Das sei im Hinblick auf die "Allzuständigkeit" der Komplementärin nicht anders zu beurteilen. Mit den Erwartungen der Anleger, die als künftige Gesellschafter nach denselben Maßstäben zu behandeln waren, ließe sich eine beliebige Verwendung der ihr zufließenden Vergütungen nicht vereinbaren. Denn mit der Beitrittserklärung hat der Anleger auch dem Investitionsplan und der ausdifferenzierten Verwendung der Mittel zugestimmt. Beliebige Abweichungen hiervon muss der Anleger nicht hinnehmen. Ein Prospektfehler liege jedenfalls dann vor, wenn die Mittelverwendung im Emissionsprospekt (Investitionsplan) anders dargestellt wird, als dies tatsächlich erfolgen soll.

Der BGH hat in diesem Zusammenhang weiter entschieden, dass es nach allgemeinen Grundsätzen Aufgabe des Klägers ist, das Vorliegen eines Prospektfehlers und einer hieran etwa anknüpfenden Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten dazulegen und zu beweisen, soweit nicht zu seinen Gunsten Beweiserleichterungen greifen oder der Anspruchsgegner nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast gefordert ist.



Der BGH hat offen gelassen, ob der Beklagten im gegenständlichen Fall eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen ist. Dies hänge je nach Einzelfall vom Kenntnisstand der Treuhandkommanditistin ab. Wusste die Beklagte von den nicht offen gelegten Provisionszahlungen, so hätte sie den Anleger als ihren Vertragspartner davon unterrichten müssen. Weiter müsse nach Auffassung des BGH dann geprüft werden, wie sich der Anleger bei korrekter Aufklärung verhalten hätte. Hier kann dem Anleger eine Kausalitätsvermutung zu gute kommen. Insoweit wurde die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

### **Beteiligung als Treuhandkommanditist – Haftung nach §§ 171, 172 HGB**

Mit vorbenanntem Urteil vom 12.02.2009 hat der BGH entschieden, dass der Treugeber, der nur über die Treuhandkommanditistin wirtschaftlich an der Fondsgesellschaft beteiligt ist, nicht möglicher Anspruchsgegner von Ansprüchen nach § 171, 172 HGB ist. Insoweit wurde der Antrag des Klägers auf Feststellung, dass die Beklagte ihn von Ansprüchen der Beteiligungsgesellschaft, deren Gläubigern oder Dritten freizustellen habe, abgewiesen.

Die §§ 171, 172 HGB regeln, dass der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner im Handelsregister eingetragenen Einlage unmittelbar haftet. Die Haftung ist ausgeschlossen soweit die Einlage geleistet ist. Erhält der Kommanditist als solche deklarierte „Ausschüttungen“, die tatsächlich jedoch einer Rückzahlung seiner Einlage darstellen, so lebt seine Haftung insoweit wieder auf. Die Gläubiger der Gesellschaft können den Kommanditisten unmittelbar in Anspruch nehmen.

Diese unmittelbare Haftung trifft jedoch nur den Kommanditisten. Der Anleger der selbst nicht Kommanditist ist, sondern ist nur wirtschaftlich über die Treuhandkommanditistin an der Fondsgesellschaft beteiligt ist, steht den Gläubigern nach Auffassung des BGH nicht unmittelbar als Anspruchsgegner gegenüber. Nicht der Anleger, sondern der Treuhandkommanditist ist damit Anspruchsgegner eines auf § 171, 172 HGB gestützten Anspruchs.

## Beratungspflichten im Überblick



Ist der Kapitalanleger über einen Treuhandkommanditisten an einer Fondsgesellschaft beteiligt, so ist der Treuhandkommanditist verpflichtet, den Anleger über alle wesentlichen Punkte aufzuklären, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung sind.



Ist der Kapitalanleger über einen Treuhandkommanditisten an einer Fondsgesellschaft beteiligt, so ist er aufgrund dieser nur wirtschaftlichen Beteiligung im Verhältnis zur Beteiligungsgesellschaft, deren Gläubigern oder Dritten nicht den Haftungsansprüchen nach § 171, 172 HGB ausgesetzt. Die vertragliche Pflicht zur Erfüllung des Treuhandvertrags bleibt davon unberührt.

## Beratungspflichten der mit dem Eigenkapitalvertrieb befassten Bank

Mit Urteil vom 29.01.2009 (Az. III ZR 74/08) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die mit dem Eigenkapitalvertrieb befasste Bank, die zugleich von der Fondsgesellschaft damit betraut war, den Zeichnungsschein in Empfang zu nehmen, nicht zwingend ein Schuldverhältnis zu dem Anleger führt, aufgrund dessen sie zur Aufklärung über etwaige Unrichtigkeiten des Emissionsprospekts verpflichtet wäre. Vielmehr komme es darauf an, ob die Bank bereits bei der Vermittlung der Kapitalanlage eingeschaltet war. Nur in diesem Falle wäre ein Auskunftsvertrag gegeben, aus dem entsprechende Aufklärungspflichten resultieren.

In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte die Klägerin auf Vermittlung eines Dritten (Vermittler) zwei Kommanditeinlagen über insgesamt 70.000 DM zuzüglich 5% Agio an dem Filmfonds A-KG gezeichnet. Die Fondsgesellschaft geriet nur zwei Jahre später im Rahmen der Insolvenz der Produktionsdienstleisterin in die finanzielle Schieflage. Überwiesene Gelder konnten von der Produktionsdienstleisterin nicht zurückerlangt werden.

Die Klägerin begehrte von der Beklagten, eine Tochtergesellschaft einer international tätigen Großbank wegen angeblicher Prospektverantwortlichkeit die Rückzahlung des eingezahlten Betrags Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus den beiden Beteiligungen. Diese war von der Fondsgesellschaft mit der Beratung bei der Auswahl und Heranziehung potenzieller Vertragspartner und der Optimierung des gesamten Vertragswerks sowie der gesamten Koordination des Eigenkapitalvertriebs und von der Herausgeberin des Prospekts mit der Erstellung eines Prospektentwurfs beauftragt worden und nahm als Einzahlungstreuhanderin für die Fondsgesellschaft die Gelder der Anleger entgegen. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Etwaige Prospekthaftungsansprüche im engeren unterliegen der kurzen Verjährung und waren zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits verjährt.

Prospekthaftungsansprüche im weiteren Sinn verneint der BGH ebenfalls. Hierzu müsste nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo persönliches Vertrauen in Anspruch genommen worden sein. Aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen haftet daher insoweit, wer Vertragspartner ist oder werden soll.

Die beklagte Bank hatte mit der Klägerin keinen persönlichen Kontakt. Sie hatte auch keine Stellung, nach der sie in eine Vertragsbeziehung zum Anleger trat oder dessen Beitritt sie im Namen der Fondsgesellschaft zu bewirken hatte. Im Zusammenhang mit dem Beitritt wurde die Beklagte eingeschaltet, um den Zeichnungsschein in Empfang zu nehmen und die Einlage sowie das Agio "auf Bitte" des Anlegers per Lastschrift im Abbuchungsverfahren einzuziehen und an die Fondsgesellschaft weiterzuleiten. Außerdem war es ihre Aufgabe, auf der Grundlage der der Gesellschaft erteilten Vollmacht die Eintragung im Handelsregister zu veranlassen. Dass der Anleger nach dem Inhalt des Zeichnungsscheins und des Gesellschaftsvertrags unter diesen Voraussetzungen der Fondsgesellschaft beitrat, begründe im Verhältnis der Parteien zueinander keine nähere vertragliche Beziehung, aus der sich für die Beklagte Aufklärungspflichten ergeben konnten.

Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht aus dem (stillschweigenden) Abschluss eines Auskunftsvertrages. Für die Annahme eines Auskunftsvertrages ist regelmäßig - wie bei der Haftung wegen eines Verhandlungverschuldens ein Kontakt zwischen den Parteien erforderlich, der im Hinblick auf die intendierte rechtsgeschäftliche Haftung dahin gehen muss, dass eine als verbindliche Willenserklärung anzusehende Auskunft gegenüber einem Interessenten erteilt wird, der sie zur Grundlage seiner Anlageentscheidung machen möchte. Hier steht einer rechtsgeschäftlichen Verbindung der Parteien entgegen, dass die Fülle und die Gesamtheit der im Emissionsprospekt enthaltenen Angaben schon nicht als Auskunft bewertet werden könne. Hinzu komme, dass die Beklagte nach dem Inhalt des Prospekts zwar mit verschiedenen Aufgaben betraut war, aber nicht einmal als Urheberin oder Garantin für bestimmte Prospektaussagen hervorgehoben wird oder sonst hervortritt. Dass im Nachhinein Umstände vorgefallen und erkennbar geworden sind, nach denen die Beklagte als Mitinitiatorin oder Hintermann in Betracht kommt, mag ihre Prospektverantwortlichkeit begründen, rechtfertigt aber nicht die Bewertung, sie habe - ohne dass es zu einer Kontaktaufnahme oder einem Ersuchen des Anlegers gekommen sei - ein Angebot auf Abschluss eines rechtsverbindlichen Auskunftsvertrages abgegeben.

Die Beklagte war zwar von der Fondsgesellschaft allgemein mit der Koordination des Eigenkapitalvertriebs betraut worden, hat die Klägerin aber nicht selbst vermittelt. Die Klägerin ist daher über die für ihren Anlageentschluss bedeutsamen Umstände nicht durch die Beklagte informiert worden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Anlagevermittler für die Beklagte Erklärungen abgegeben hätte und hierzu von ihr bevollmächtigt gewesen wäre.

## **BGH erklärt Klausel Nr. 17 Abs. 2 Satz 1 der AGB-Sparkassen für unwirksam**

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Klausel Nr. 17 Abs. 2 Satz 1 der AGB-Sparkassen im Bankverkehr mit Privatkunden nicht verwendet werden darf, weil damit eine unangemessene Benachteiligung verbunden wäre und damit eine Unwirksamkeit nach § 307 BGB gegeben ist. Es handelt sich um folgende Klausel:

*„(2) Festsetzung und Ausweis der Entgelte*

*Soweit nichts anderes vereinbart ist, werden die Entgelte im Privat- und Geschäftskundenbereich von der Sparkasse unter Berücksichtigung der Marktlage (z. B. Veränderung des allgemeinen Zinsniveaus) und des Aufwandes nach gemäß § 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches nachprüfbarem billigem Ermessen festgelegt und geändert. (...)“*

Nach Auffassung des für das Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs berechtigt diese Klausel die Sparkassen zur Erhebung von Entgelten auch für solche Leistungen, für die sie eine Vergütung nicht beanspruchen können, weil sie diese aufgrund eigener gesetzlicher oder nebenvertraglicher Pflichten erbringen müssen oder sie ausschließlich im eigenen Interesse vornehmen (z. B. Bearbeitung von Kontenpfändungen, Barauszahlungen am Schalter und Arbeiten im Zusammenhang mit der Abführung von Steuern). Derartige Klauseln, die zur Gebührenerhebung auch für solche Leistungen berechtigen sollen, zu denen die Banken gesetzlich verpflichtet sind, oder die sie im eigenen Interesse erbringen, verstoßen gegen die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Die Klausel ist mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweichen, nicht vereinbar und benachteiligen die Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

Auch das einseitige Preisänderungsrecht benachteilige die Sparkassenkunden nach Auffassung des BGH ungerecht. Die Voraussetzungen, unter denen eine Preisänderung stattfinden könne, seien unklar. Zudem fehle es an einer Pflicht der Sparkassen zur Herabsetzung der Entgelte bei sinkenden Kosten. Die Klausel enthält für den Fall einer Preiserhöhung keine Bindung an den Umfang der Kostensteigerung und für den Fall sinkender Kosten keine Verpflichtung der Sparkassen zur Senkung der Entgelte. Die Sparkassen könnten nach Auffassung des BGH Preisänderungen nicht nur zur Abwälzung eigener Kosten, sondern zu Steigerung ihres Gewinns vornehmen und so das ursprünglich vereinbarte vertragliche Äquivalenzverhältnis zu ihren Gunsten verändern. Gleiches gelte auch für das in der Klausel enthaltene Zinsanpassungsrecht. Der Bundesgerichtshof habe zwar in einer früheren Entscheidung eine unbestimmte Zinsanpassungsklausel im Kreditgeschäft nicht als unwirksam angesehen, sondern ihr im Wege der Auslegung einen bestimmten Inhalt beigefügt. Der erkennende Senat hat jedoch schon in der Vergangenheit Zweifel geäußert, ob an dieser Rechtsprechung noch festgehalten werden könne. Mit der Entscheidung vom 22.04.2009 gibt der Senat diese Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der zwischenzeitlichen Instanzrechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur auf. Damit sind auch für Zinsanpassungsklauseln die Grundsätze für Preisanpassungsklauseln zu beachten.

Auch hier muss das Äquivalenzprinzip beachtet werden. Damit ist auch das Zinsanpassungsrecht in der angegriffenen Klausel unwirksam.

Verbraucher sollten nun prüfen, ob die angegriffene Klausel auch in ihren Vertrag einbezogen und Rechte hieraus abgeleitet wurden. Sollten Sparkassen auf Basis dieser Klausel erhöhte Entgelte eingezogen haben, so können Rückforderungsansprüche gegeben sein. Ob und in welcher Höhe Rückerstattungsansprüche unterliegt der Einzelfallprüfung.

## Neue Gesetze

### **MoRaKG**

#### **Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen**

Es handelt sich um ein Artikelgesetz, mit dem zahlreiche Einzelgesetze geändert wurden. Im Wesentlichen wird das Gesetz über Wagnisbeteiligungen neu geschaffen und das Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften reformiert.

Mit dem neuen Wagniskapitalbeteiligungsgesetz vom 12.08.2008 werden gezielt Wagniskapitalbeteiligungen in jungen, nicht-börsen-notierten Unternehmen steuerlich gefördert. Damit soll Anreiz für die Gründung neuer Unternehmen gegeben werden. Die Frühphasenfinanzierung kommt in erster Linie innovativen Unternehmen zugute.

### **Risikobegrenzungs-gesetz**

Mit dem Risikobegrenzungs-gesetz sollen unerwünschte Entwicklungen entgegen gewirkt werden, die sich in Bereichen abzeichnen, in denen Finanzinvestoren tätig sind. Gleichzeitig sollen die Handlungsmöglichkeiten der Finanzinvestoren jedoch nicht eingeschränkt werden, um eine Abwanderung ins Ausland zu verhindern. Das Gesetz vom 19.08.2008 führte u. a. zu Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes sowie des Aktiengesetzes. Geregelt wird insbesondere die Gestaltung von Kredit- und Sicherungsverträgen sowie die Abtretung von Kreditforderungen. Gesetzeszweck ist, mögliche Übernahmever-suche von Finanzinvestoren frühzeitig transparent zu machen.

## Gesetzesvorhaben

### **Neue Regeln zur Stärkung des Anlegerschutzes**

Mit dem Gesetzentwurf des Bundeskabinetts vom 18.02.2009 sollen die Rechte von Anlegern durch bessere Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen in Fällen der Falschberatung bei Wertpapiergeschäften gestärkt werden.

Durch die Finanzmarktkrise wurden erhebliche Defizite in der Anlageberatung deutlich. In vielen Fällen entstehe der Eindruck, dass Anlegerinteressen hinter die eigenen

Provisionsinteressen der Banken zurückgestellt werden. Gegenstand zahlreicher Gerichtsverfahren und aktueller Beschwerden von Anlegern ist der Vorwurf, dass ein riskantes Anlageprodukt empfohlen wurde, obgleich der Anleger deutlich das Interesse an einer risikolosen Anlage artikuliert habe. Die Falschberatung wurde durch die Verluste in der Finanzkrise offenkundig.

Das Bundeskabinett ist der Auffassung, dass die auf fehlerhafter Anlageberatung basierenden Schadensersatzansprüche nicht daran scheitern dürften, dass die fehlerhafte Beratung nicht nachgewiesen werden kann oder dass die bisherige kurze Verjährungsfrist schon abgelaufen ist. Im Bereich der Anlageprodukte des sog. "grauen Kapitalmarkts" ist dies bereits insoweit abgedeckt, als für den Beginn der Verjährung von Schadensersatzansprüchen, die sich gegen den Vermittler richten, auf den Zeitpunkt der Kenntnis der Falschberatung und des daraus resultierenden Schadens abgestellt wird. Zudem wurden durch höchstrichterliche Rechtsprechung Regelungen zur Beweiserleichterung entwickelt.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird dies nun explizit für Schadensersatzansprüche geregelt, die sich gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, also Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute richten. Auch hier soll an die regelmäßige Verjährung nach §§ 195 ff BGB angeknüpft und auf den Zeitpunkt der Kenntnis abgestellt werden.

Weiter sollen mit dem Gesetzentwurf Aufzeichnungs- und Unterrichtungspflichten bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen verschärft werden. Über jede Anlageberatung muss künftig ein schriftliches Protokoll angefertigt und vom Vermittler unterzeichnet werden. Der Kunde muss dieses Protokoll vor dem Geschäftsabschluss erhalten. Dem Kunden wird ein zivilrechtlicher Herausgabeanspruch bezüglich des Protokolls eingeräumt. Auch im Bereich des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes soll dies künftig gelten. Hierfür wird jedoch ein gesonderter Gesetzentwurf vorgelegt werden. Dagegen verbleibt es für Schadensersatzansprüche wegen unrichtiger Börsen- oder Verkaufsprospekte sowie für Schadensersatzansprüche wegen falscher oder unterlassener Ad-hoc-Mitteilungen bei den bisherigen Regelungen. Dem Anleger stehen hier allerdings erhebliche Beweiserleichterungen zur Verfügung. Denn der in Anspruch genommene Schuldner muss nachweisen, dass er die Unrichtigkeit nicht kannte und die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Derzeit wird der Entwurf in den Fachgremien beraten.

### **Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie sowie des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie**

Die Bundesregierung hat ihre Gesetzentwürfe zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie sowie des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie vorgestellt. Mit dem Gesetzentwurf sollen die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2008 über Verbraucherkreditverträge sowie der zivilrechtliche Teil der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt in deutsches Recht umgesetzt werden. Die Gesetzesvorhaben sind derzeit zur Prüfung an die Fachausschüsse weitergeleitet. Die Umsetzung in deutsches Recht muss bis 31.10.2009 bzw. 12.05.2010 erfolgen. Ziel ist den Schutz für Verbraucher im Rahmen von Verbraucherkreditverträgen durch weitergehende Informationspflichten zu verbessern.

Die Umsetzung soll durch Änderung und Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgen. Die Vorgaben der Zahlungsdiensterichtlinie und der Verbraucherkreditrichtlinie sollen im zivilrechtlichen Teil im Bürgerlichen Gesetzbuch umgesetzt werden, das Kreditrecht im Bereich der Vorschriften über den Darlehensvertrag (§§ 488 bis 512 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), das Zahlungsdiensterecht im Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht (§§ 675a bis 676c des Bürgerlichen Gesetzbuchs).



Paluka  
Sobola



Partner  
Rechtsanwälte