

# Betriebs Berater

## // WIRTSCHAFTSRECHT

Marius E. Mann, M.Jur., und Dr. Benjamin E. Leyendecker, LL.M.  
**Kreditvergabepflicht durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz in Bezug auf KMU**

226

Prof. Dr. Rüdiger von Rosen

**Rechtskollision durch grenzüberschreitende Sonderermittlungen**

230

**OLG München:** Aktualisierung der Entsprechenserklärung bei unterjähriger Abweichung

BB-Kommentar von Dr. Dirk Kocher, LL.M., RA, und Dr. Dorothea Bedkowski, RAin

232

**BGH:** Unwirksame Rücktrittsklausel in AGB-Leasingvertrag über Branchensoftware

BB-Kommentar von Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RA

236

**AG Leipzig:** Haftung der Bank wegen fehlerhafter Beratung eines Zertifikate-Anlegers

BB-Kommentar von Patrick J. Elixmann, LL.M., RA

240

## // STEUERRECHT

Christian Birker, RA/WP/StB, und Philipp Seidel

**Neue Auslegung des DBA-Schachtelprivilegs bei Einkünften aus typisch stillen Beteiligungen**

244

Christian Weber

**Das BMF-Schreiben vom 6.1.2009 zur Umsatzsteuerbefreiung für innergemeinschaftliche Lieferungen**

248

**BFH:** Vermittlung von Fondsanteilen und Versicherungen

BB-Kommentar von Dr. Stefan Behrens, RA/FAStR/StB, und Dr. Anton Wagner

256

## // BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Thomas Lilienbecker, WP/StB, Dr. Robert Link, WP, und Dr. Dirk Rabenhorst, WP/StB

**Beurteilung der Going-Concern-Prämisse durch den Abschlussprüfer bei Unternehmen in der Krise**

262

**Schleswig-Holsteinisches FG:** Buchwertverknüpfung nach § 6 Abs. 3 EStG erfordert Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens – betriebliche Nutzung in anderem Betriebsvermögen nicht ausreichend

BB-Kommentar von Dr. Martin Bünning, RA/StB

267

## // ARBEITSRECHT

Dr. Martin Kock, RA/FAArbR

**Rechtsprechungsübersicht zur personenbedingten Kündigung 2007/2008**

270

## // BB-MAGAZIN

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Ballwieser

**Rolle des Abschlussprüfers in der Finanz- und Wirtschaftskrise: Rückgrat gegenüber den Vorständen gefordert**

M1

Interview mit Emil Haubner, StB/RB

**Die postmortale Vollmacht**

M16

zu und belegt daher außerhalb jeden Zweifels, dass der BGH selbst dieses Urteil als wichtig und für die Praxis bedeutsam wertet. Deshalb ist die sorgsame Lektüre einer solchen Entscheidung ein „Muss“ für jeden Praktiker, Richter und Studenten.

2. Hervorzuheben ist für die Praxis erneut, dass sich die Leasingbranche keinen Gefallen tut, immer wieder nach Aus- und Umwegen Ausschau zu halten, wie denn die zentralen Risiken, welche die Sachnutzung durch den Leasingnehmer beeinträchtigen oder unmöglich machen können, auf den Leasingnehmer formularmäßig zu verlagern sein könnten.

3. Es gelten nämlich grundsätzlich folgende Aussagen: Der Leasingvertrag ist allemal im Kern ein Mietvertrag, so dass die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB „in erster Linie“ anwendbar sind. Das Risiko des „Fehl-schlagens“ der Erfüllung des Beschaffungsvertrages ist deswegen der Verantwortung des Leasinggebers zuzuweisen, weil der Lieferant sein Erfüllungsgehilfe ist; nur mit Hilfe des Tätigwerdens des Lieferanten kann der Leasinggeber seine Verpflichtung erfüllen, dem Leasingnehmer ein gebrauchstaugliches und funktionstüchtiges Leasinggut zur Nutzung zu überlassen. Damit ist auch das Risiko der Insolvenz des Lieferanten dem Leasinggeber zugewiesen.

Die vertraglich anzustrebende und auch anerkannte Risikozuweisung kann sich daher nur in der Weise vollziehen, dass der Leasinggeber im Rahmen von Drittverweisklauseln – sowohl im Rahmen der Mängelhaftung als auch bei allen sonstigen Pflichtverletzungen (im Einzel-

nen *Graf von Westphalen*, a.a.O., Kap. G Rn. 27 ff.) – die Rückabwicklung durch den Leasingnehmer in seinem Verhältnis zum Leasingnehmer vornehmen lässt: Der Leasinggeber tritt nämlich dem Leasingnehmer alle ihm insoweit gegenüber dem Lieferanten zustehenden Ansprüche/Rechte ab und zeichnet sich im Übrigen von der Eigenhaftung frei. Die nicht zu überschreitende Grenze ist dann erreicht, wenn das Insolvenzrisiko des Lieferanten sich realisiert und das Scheitern des Leasingvertrages auf eben dieser Ursache beruht (BGH, NJW 1990, 3014). Auch insoweit findet die gegenteilige Meinung vor den Augen des BGH keine Gnade (*Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 421 ff.; *Lieb*, DB 198, 2495, 2499 f.).

4. Ausnahmen von diesen Grundregeln sind schwerlich zu erkennen (*Habersack*, WM 2008, 809 ff. in teils heftiger Kritik an der vom BGH gebilligten Entscheidung des OLG Hamm a.a.O.). Will man aber diese Risikozuweisung auf Grund und wegen der als dominant angesehenen Finanzierungsfunktion des Leasinggebers nicht, dann bleibt nur die Flucht in den Individualvertrag nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Diese Hürden freilich sind hoch (BGH, NJW 2000, 1110 ff.). Jedenfalls sind alle gegen diese vom BGH nachhaltig bestätigten Grundsätze gerichteten AGB-Klauseln zwar ein möglicherweise sehr vortrefflicher Ausweis juristischer Phantasie, aber diese ist für die Praxis des Alltags nur eines: haftungsbegründend für den risikoscheuen Leasinggeber. Die angemessene, rechtlich abgesicherte Risikovorsorge im Rahmen der Kalkulation der Leasingraten ist vorzugswürdig.

## AG Leipzig: Haftung der Bank wegen fehlerhafter Beratung eines Zertifikate-Anlegers

**AG Leipzig**, Urteil vom 10.11.2008 – 115 C 3759/08

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2009-240-1  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSATZ (DER REDAKTION)

**Empfehlte eine Bank, deren Kunde eine sichere und konservative Anlageform wünscht, den Kauf von Zertifikaten und klärt sie nicht ordnungsgemäß über die mit diesem Anlageprodukt zusammenhängenden Risiken auf, muss die Bank dem Kunden Schadensersatz wegen Falschberatung leisten.**

BGB §§ 280, 249 Abs. 1, 252

### SACHVERHALT

Die Klägerin begehrt von der beklagten Schadensersatz aus einem Beratungsfehler. In einem Beratungsgespräch verlangte sie ausdrücklich eine sichere Geldanlage für die Ausbildung ihrer Tochter und erklärte, dass sie sicherheitsorientiert und konservativ sei. Statt der gewünschten Festgeldanlage empfahl eine Beraterin der Beklagten, die Zeugin A., den Kauf eines Zertifikats. Die Klägerin begehrt mit der Klage Schadensersatz wegen Kursverlustes, entgangener Zinsen für eine Anlage auf einem Festgeldkonto sowie die Erstattung der Anwaltskosten. Die Klage hatte Erfolg.

### AUS DEN GRÜNDEN

Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung von 3 887,20 Euro aus §§ 280, 249 Abs. 1, 252 BGB. Es liegt ein Beratungsfehler vor.

Die Klägerin und der Zeuge X haben glaubhaft dargelegt, dass sie der Zeugin A gesagt haben, dass das Geld für die 3-jährige Ausbildung der Tochter angelegt und daher sukzessiv verbraucht werden solle. Dies bestätigte auch die Zeugin teilweise. Alle Beteiligten sagten auch übereinstimmend aus, dass die Klägerin geäußert hat, das Geld als Festgeld anlegen zu wollen. Die Zeugin hat ein Risikoprofil erstellt. Die Zeugin selbst sagte aus, dass aufgrund des Risikoprofils feststand, dass die Eheleute sehr sicherheitsorientiert und sehr konservativ sind. Dennoch hat die Zeugin das Zertifikat angeboten. Dies begründete sie damit, dass sie auf die steuerlichen Belange zu sprechen gekommen sei. Die Aussage der Zeugin [in Bezug auf angebliche Steuervorteile] ist in sich nicht schlüssig, so dass ihr nicht gefolgt werden kann. Zu den einzelnen Hinweisen, Erläuterungen und Aufklärungen im vorliegenden Fall hat die Zeugin auch keine konkrete Aussage getroffen. Sie bekundete lediglich, dass sie jeweils eine ausführliche Aufklärung tätige und sie dies auch sicherlich vorliegend getan habe. Diese Aussage ist jedoch nicht geeignet, die glaubhaften Aussagen der Klägerin und des Zeugen zu widerlegen ... Das Gericht ist daher der Überzeugung, dass das Zertifikat als eine sichere Anlage mit einem höheren Prozentsatz als das Festgeld dargestellt, zumindest eine Sicherheit suggeriert wurde ... Nachdem der Grund der Anlage bekannt und das Risikoprofil erstellt war, hätte das Zertifikat nicht empfohlen werden dürfen. Dies stand bereits dem Wunsch der Klägerin entgegen, die zum einen eine sichere Anlage und zum anderen einen sukzessiven Verbrauch beehrte. Das Zertifikat im Zusammenhang mit einem steuerlichen Vorteil zu verkaufen, hätte steu-

erliche Nachteile vorausgesetzt, die offensichtlich nicht geprüft wurden. Aufgrund dieser Umstände folgt das Gericht auch den Aussagen der Klägerin und des Zeugen, die übereinstimmend aussagten, dass sie über das Risiko in keinsten Weise aufgeklärt wurden. Es liegt damit ein Beratungsfehler vor ...

[Zwar] trifft es zu, dass der Klägerin mit Schreiben vom 19.1.2007 der Abschluss des Erwerbes bestätigt und diesem Schreiben die Risiken zu entnehmen sind. Der Kauf war jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits aufgrund eines Beratungsfehlers abgeschlossen. Eine nachträgliche Aufklärung steht dem Anspruch entgegen.

Die Klägerin hat daher Anspruch auf Schadensersatz.

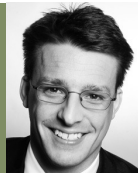
Insoweit ist zunächst der Kursverlust in Höhe von 2 472,00 Euro zu ersetzen. Es handelt sich um einen adäquat verursachten Schaden. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang der Grund der Veräußerung. Der Klägerin steht es aufgrund der Falschberatung frei, die Anlage zu verkaufen.

Die Klägerin kann darüber hinaus gemäß § 252 BGB die entgangenen Zinsen für eine Anlage auf einem Festgeldkonto verlangen. ...

Die Klägerin hat auch Anspruch auf Erstattung der Rechtsanwaltskosten ... aus §§ 280, 249 BGB. Die Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes war aufgrund der fehlerhaften Beratung erforderlich und ist im Rahmen des Schadenersatzanspruches zu ersetzen.

## // BB-Kommentar

Patrick J. Elixmann, LL.M., RA, Kanzlei Göddecke,  
Siegburg



### „Grundsätze der Bond-Rechtsprechung auch bei Empfehlung von Zertifikaten weiterhin gültig“

#### Problem

Das Gericht hatte über einen Schadensersatzanspruch einer Kundin gegen ihre Bank in Zusammenhang mit dem Kauf eines strukturierten Finanzproduktes in Form eines sog. Zertifikats zu entscheiden. Die Anlegerin warf der Bank vor, eine Anlageempfehlung abgegeben zu haben, die ihren Risikovorstellungen nicht entsprach sowie über die mit dem Anlageprodukt zusammenhängenden Risiken nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden zu sein. Bei seiner Entscheidung hatte das Gericht den Umfang der Beratungspflichten bei der Empfehlung von Zertifikaten zu beurteilen, die aufgrund der Finanzkrise nunmehr vermehrt in den Blick der Öffentlichkeit gelangt sind.

#### Entscheidung

Das Gericht hat den Schadensersatzanspruch der Anlegerin aufgrund von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen bejaht. Das Gericht sah es als bewiesen an, dass die Empfehlung der Zertifikate nicht dem Wunsch der Kundin nach einer sicherheitsorientierten und sehr konservativen Anlage entsprach. Das Urteil ist eines der ersten veröffentlichten Entscheidungen, das sich konkret auf Beratungsfehler bei Zertifikaten bezieht.

#### Praxisfolgen

Die Entscheidung beruht auf den rechtlichen Standards der Anlageberatung nach der sog. Bond-Entscheidung des BGH (BGH, WM 1993, 1903 ff.), nach der Anlageempfehlungen im Rahmen eines Beratungsvertrages sowohl anleger- als auch objektgerecht sein müssen. Hiernach muss der Berater aufgrund des Wissenstandes des Kunden dessen Anlageziele ermitteln und mit Anlageprodukten abgleichen. Bevor der Kunde seine Anlageentscheidung trifft, sind ihm zudem die Eigenschaften und Risiken des empfohlenen Anlageproduktes vollständig, richtig und verständlich zu erklären. Der Umfang der Aufklärungspflicht richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles, wobei als entscheidende

Kriterien das konkrete Kundeninteresse an der Beratung sowie die Art und der Umfang des jeweiligen Geschäftes gelten (Möllers, in: Kölner Kommentar zum WpHG, 2007, § 31 Rn. 256 ff.).

Die anlegergerechte Beratung erfolgt zunächst anhand einer umfangreichen Befragung des Kunden, um seinen Wissensstand über Anlagegeschäfte, seine Risikobereitschaft, sein Anlageziel sowie die persönlichen, insbesondere finanziellen Verhältnisse zu erheben (sog. Exploration, vgl. BGH, BB 1993, 1903 ff.). Auf die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse hat der Berater dann seine konkrete Anlageempfehlung hin auszurichten. Aufgrund umfangreicher, aufsichtsrechtlicher Dokumentationspflichten, die im Rahmen der Umsetzung des Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG) nochmals erweitert wurden (v.a. §§ 31 Abs. 3, 4, § 34 WpHG i.V.m. WpDVerOV), werden die Ergebnisse der Befragung in der Praxis in Kundenfragebögen schriftlich festgehalten. Beratungsfehler sind wie im vorliegenden Urteil häufig dadurch nachweisbar, dass sich unvereinbare Widersprüche im Fragebogen finden lassen oder dass die Anlageempfehlung nicht den schriftlich fixierten Anlagewünschen des Kunden entspricht. Dabei trifft den Berater jedoch keine Nachforschungspflicht, ob die Angaben des Kunden im Rahmen der Exploration zutreffend sind (vgl. § 31 Abs. 6 WpHG). Ebenso wenig ergeben sich Schadensersatzansprüche des Kunden allein daraus, dass ein Fragebogen nicht oder nicht vollständig ausgefüllt worden ist (BGH, WM 2006, 567 ff.). Ein Schaden entsteht dem Anleger erst durch die Umsetzung einer sachwidrigen Empfehlung, die bei Mängeln im Rahmen der Exploration jedoch regelmäßig festzustellen ist, da bei mangelhafter Kenntnis des Beraters von den Kundenzielen und -verhältnissen eine sachgerechte Empfehlung nur zufällig sein kann.

Die objektbezogene Beratung, in der der Kunde über die Eigenschaften, insbesondere die Risiken des empfohlenen Anlageproduktes aufzuklären ist, bildet den zweiten Schwerpunkt eines Beratungsgesprächs. Diese Information kann schriftlich erfolgen (vgl. LG Frankfurt, BB 2008, 2693). Sie reicht jedoch nur dann aus, wenn dem Kunden vor seiner Anlageentscheidung ausreichend Zeit zur Verfügung steht, den Inhalt der schriftlichen Aufklärung auch zur Kenntnis zu nehmen (BGH, 19.6.2008 – III ZR 159/07). Aufgrund einer häufig nur mündlichen Aufklärung sind diesbezügliche Beratungsfehler im Gerichtsverfahren meist nur durch Zeugen beweisbar.

Durch die Vielgestaltigkeit derivativer Finanzprodukte kommt der produktbezogenen Aufklärung besondere Bedeutung zu. Aufklärungsbedürftig sind nicht nur die zumeist sehr unterschiedlichen Rückzahlungsmodalitäten, sondern insbesondere auch besondere Verlustrisiken, wie die Bonität des Emittenten sowie komplexe Wertberechnungen, Eigenheiten des Sekundärmarktes durch Market Maker und (versteckte) Kosten (vgl. Mül-

bert, WM 2007, 1149, 1150ff.). So wurde die Anlegerin im vorliegenden Rechtsstreit nach den Feststellungen des Gerichts nicht ordnungsgemäß über die Kursrisiken des Zertifikats aufgeklärt, so dass sie nicht erkennen konnte, dass bereits die Empfehlung nicht ihren Anlagezielen entsprach.

Der vorliegende Rechtsstreit wurde auf der Rechtsgrundlage vor Inkrafttreten des FRUG entschieden. Aber auch nach Inkrafttreten des Gesetzes hat sich der zivilrechtliche Maßstab der produktbezogenen Aufklärungspflicht eines Beraters nicht verringert, wie dies im Schrifttum teilweise behauptet wird (Mülbert, WM 2007, 1155ff.). Mit Einführung des neuen Aufsichtsrechts bezweckte der Gesetzgeber eine Stärkung des Anlegerschutzes. Aufsichtsrechtlich ist die produktbezogene Aufklärungspflicht nunmehr in § 31 Abs. 3 WpHG geregelt. Diese aufsichtsrechtliche Verhaltenspflicht mag zwar eine gewisse zivilrechtliche Wirkung haben, indem sie die bestehenden vorvertraglichen und vertraglichen Pflichten konkretisieren und präzisieren kann (vgl. Möllers, a.a.O., § 31 Rn. 6ff.). Nach ständiger Rechtsprechung hängen Aufklärungs- und Beratungspflichten jedoch

letztendlich von den konkreten Interessen und vom Willen der Vertragsparteien ab, die mit dem Aufsichtsrecht nicht zwingend korrespondieren müssen (vgl. Podewils/Reisich, NJW 2009, 116, 119f.). Dies findet seinen Niederschlag in der Rechtsprechung, wonach jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt wird. Da ein vertragliches Interesse des Kunden an einer produktbezogenen Aufklärung im Regelfall zu bejahen ist, besteht regelmäßig auch eine entsprechende Aufklärungspflicht des Beraters. Ohne eine Aufklärung über die konkreten Produkteigenschaften des empfohlenen Anlageproduktes ist es dem Kunden zumeist nicht möglich, die Anlageempfehlung des Beraters zu verstehen. Dies ist aber notwendig, damit der Kunde eine eigene, sachgerechte Anlageentscheidung treffen kann und die Informationsasymmetrie zwischen Berater und Kunde beseitigt wird. Für die Praxis sind die aufgezeigten Grundsätze der sog. Bond-Rechtsprechung damit im Rahmen der Anlageberatung auch in Bezug auf derivative Finanzprodukte wie Zertifikate weiterhin gültig (so auch Veil, WM 2007, 1821 ff.).

## // Entscheidungsreport

### // HANDELSRECHT

## Kein Vergleich nach wirksamer Abtretung trotz Abtretungsverbots

BGH, Urteil vom 13.11.2008 – VII ZR 188/07

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2009-113-5 unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

#### LEITSATZ

Ist eine trotz Abtretungsverbot erfolgte Abtretung nach § 354a Satz 1 HGB wirksam, kann der Schuldner in Kenntnis der Abtretung mit dem Zedenten keinen Vergleich schließen, nach dem die Forderung ganz oder teilweise nicht mehr geltend gemacht werden kann.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Die Beklagte beauftragte ein Bauunternehmen (die Zedentin) im Juni 2004 mit Abbrucharbeiten. In dem Bauvertrag war ein Abtretungsverbot enthalten. Die Zedentin trat ungeachtet des Verbots Forderungen gegen die Beklagte von 30 000 Euro an die Klägerin ab und informierte auch die Beklagte über diese – teilweise – Abtretung. Die Beklagte bestätigte der Zedentin, dass sie fällige Forderungen der Zedentin gegen die Beklagte aus von ihr an die Beklagte auszahlenden Rechnungsbeträgen bedienen wird, soweit die Beklagte die Forderungen der Zedentin bestätigt hat. Nach Kündigung des Bauvertrags im Januar 2005 einigte sich die Beklagte ohne Beteiligung der Klägerin mit der Zedentin über die noch zu leistenden Restzahlungen. An die Klägerin sollte die Beklagte danach lediglich eine Restzahlung von etwa 13 500 Euro leisten, etwa 31 000 Euro dagegen noch direkt an die Zedentin selbst zahlen. Nachdem die Beklagte die Zahlungen geleistet hatte, wurde im August 2005 über das Vermögen der Zedentin das Insolvenzverfahren eröffnet. Zumindest teilweise hätten die an die Zedentin ausgezahlten Beträge nach der ursprünglichen Abtretungsvereinbarung tatsächlich wohl der Klägerin zugestanden.

Sowohl nach Auffassung des Berufungsgerichts als auch des BGH war das vereinbarte Abtretungsverbot gemäß § 354a Abs. 1 S. 1 HGB unwirksam, da es sich bei dem Abbruchartrag für beide Seiten um ein Handelsgeschäft handelte. Der Schuldner einer entgegen einem vertraglichen Verbot gemäß § 354a Abs. 1 S. 1 HGB wirksam abgetretenen Geldforderung unter Kaufleuten kann bekanntlich gemäß Satz 2 der Norm auch weiterhin mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten. Während das OLG daher noch den Vergleichsschluss zwischen Beklagter und Zedentin für wirksam gehalten hatte, ging der BGH davon aus, dass die Vereinbarung unwirksam ist. Der Zedent einer (nur) gemäß § 354a Abs. 1 S. 1 HGB abtretbaren Geldforderung besitze zwar eine fortdauernde Empfangszuständigkeit für Zahlungen des Schuldners, dagegen aber nicht die Befugnis über die Forderung zu verfügen. Nach dem Wortlaut des § 354a Abs. 1 S. 2 HGB könne der Schuldner zwar an den ursprünglichen Gläubiger „leisten“, nicht jedoch in Ansehung der abgetretenen Forderung Vereinbarungen treffen und Vergleiche schließen. Auch der Gesetzesbegründung, nach der dem Schuldner die Möglichkeit von „Verrechnungen und Zahlungsvereinbarungen“ mit dem ursprünglichen Gläubiger erhalten bleiben soll, entnimmt der BGH kein zwingendes Argument für eine weiter gehende Auslegung. Mit „Zahlungsvereinbarung“ seien keine den Bestand der abgetretenen Forderung beeinträchtigenden Vereinbarungen gemeint.

#### PRAXISFOLGEN

Die Entscheidung befasst sich mit einer viel diskutierten und umstrittenen Rechtsfrage. Dogmatisch geht der BGH wohl zu Recht davon aus, dass § 354a Abs. 1 S. 2 HGB keine parallele Verfügungsbefugnis von Zedent und Zessionar, sondern – zum Schutz des Schuldners – lediglich eine fortbestehende Empfangszuständigkeit des Zedenten statuiert. Anders als § 407 Abs. 1 BGB, demzufolge der Zedent bis zur Kenntnis des Schuldners von der Abtretung ausdrücklich dem Zessionar gegenüber wirksame Vereinbarungen über die abgetretene Forderung treffen kann, sieht § 354a Abs. 1 S. 2 HGB dies gerade nicht vor.

Dr. Tim Weber, RA, Gleiss Lutz, Frankfurt