

Betriebs Berater

// DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Volker Rieble

Arbeitsstrafrecht: Freistellung gewerkschaftlicher Vertrauensleute als Straftat?

// WIRTSCHAFTSRECHT

Georg Gößwein, LL.M., RA, und Dr. Olaf Hohmann, RA

Modelle der Compliance-Organisation in Unternehmen – Wider den Chief Compliance Officer als „Überoberverantwortungsnehmer“

963

Dr. Norbert Wiederholt, RA, und Andreas Walter, LL.M., RA

Compliance – Anforderungen an die Unternehmensorganisationspflichten

968

BGH: Rechtsprechungsänderung zum Ausschluss des Handelsvertreterausgleichsanspruchs – richtlinienkonforme Auslegung des § 89 Abs. 3 Nr. 2 HGB

BB-Kommentar von Sven Köhnen, RA

973

BGH: Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit einer Zinsänderungsklausel in einem Sparvertrag

BB-Kommentar von Dr. Jürgen Niebling, RA

977

// STEUERRECHT

Dr. Paul J. Heuser, WP/StB, und Bernd Frye, WP/StB

Die deutsche Familienstiftung – steuerrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten für Familienvermögen

983

BFH: Kein Vorsteuerabzug beim steuerfreien Beteiligungsverkauf
BB-Kommentar von Klaus D. Hahne, StB

995

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Franz Jürgen Marx

Teilhaberthese als Leitbild zur Neukonzeption der steuerrechtlichen Gewinnermittlung nach Inkrafttreten des BilMoG

1003

BFH: Rückstellungen für die Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen müssen die voraussichtlichen Aussonderungsmöglichkeiten berücksichtigen

BB-Kommentar von Tim Lühn, RA/StB/FAStR

1007

// ARBEITSRECHT

Oliver Kittner, RA

Der „volatile“ Arbeitnehmer – Wettbewerb im und außerhalb des Arbeitsverhältnisses

1013

Dr. Erwin Salamon, RA/FAArbR, und Dr. Michael Fuhlrott, RA/FAArbR

Die Reichweite des Wettbewerbsverbotes im gekündigten Arbeitsverhältnis

1018

// BERUFSPRAXIS: COMPLIANCE

Im Blickpunkt: Unternehmensinterne Ermittlungen

VI

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Für die Frage der „Schranken der Inhaltskontrolle“ nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB muss die Klausel mit dem ohne diese Klausel geltenden Rechtslage verglichen werden (Rechtslagenvergleich). Da zumindest nach dem Wortlaut der Klausel auch eine anfängliche, bei Vertragsschluss vereinbarte gute Verzinsung beliebig reduziert werden kann, wird durch diese AGB die Gesetzeslage gerade nicht korrekt und transparent wiedergegeben. Die mangelnde Kalkulierbarkeit der Klausel ist damit das Argument für die Bejahung der Inhaltskontrolle. Eine Trennung zwischen der Vereinbarung eines variablen Zinssatzes und der konkreten Ausgestaltung der Klausel ist nach bisheriger Rechtsprechung des XI. Senats (21.4.2009 – XI ZR 78/08 – mit Anm. *Niebling*, NJ 2009, 333) mangels trennbarer Klauselbestandteile nicht zulässig.

Das in der Klausel enthaltene einseitige Preisänderungsrecht benachteiligt die Sparkassenkunden unangemessen, weil die Änderungsvoraussetzungen unklar sind und die Klausel keine eindeutige Pflicht der Sparkasse zur Herabsetzung der Entgelte bei sinkenden Kosten enthält. Damit wird der Sparkasse ermöglicht, das auch im Rahmen von Zinsanpassungsklauseln zu wahrende vertragliche Äquivalenzverhältnis zu ihren Gunsten zu verändern.

Den schwierigen Fragen von Preisen und Preisänderungen, Zinsen und Zinsänderungen kommt man nur näher, wenn man die Natur des Vertrags, den Vertragszweck und das Äquivalenzprinzip heranzieht und auf dieser Grundlage fragt: was wäre denn die Rechtslage ohne die Klausel (grundlegend: BGH, 22.2.2002 – V ZR 251/00; BGHZ 93,358 = NJW 1985, 3013; *Niebling*, WM 1992, 845; BGH, 29.4.2010 – Xa ZR 101/09: „Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben geschuldeten Leistung verändern, ausgestalten oder modifizieren, unterliegen dagegen der Inhaltskontrolle.“). Gibt es hier Abweichungen, stimmt also der kraft Gesetzes bestehende Gerechtigkeitsgehalt nicht überein mit der Klausel in kundenfeindlichster Auslegung, so ist nicht nur der Weg einer Inhaltskontrolle frei, es besteht auch ein Indiz einer Unangemessenheit. Bei Zins- und Zinsanpassungsklauseln (zuletzt BGH, 6.4.2011 – VIII ZR 273/09 und VIII ZR 66/09) müssen daher die Parameter zur Änderung so konkret wie möglich angegeben werden.

Zur Beurteilung von jeder Form von Änderungsklauseln sollten der Kunde und sein Berater, aber auch Banken und Sparkassen diese Entscheidung stets griffbereit halten und noch besser: auch beachten!

BGH: Auszahlungen bei Schneeballsystemen sind üblicherweise Zahlungen auf Scheingewinne

BGH, Urteil vom 10.2.2011 – IX ZR 18/10

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2011-898-1 unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ

Ausschüttungen im Rahmen eines als Schneeballsystem geführten Anlagemodells erfolgen in der Regel zunächst auf ausgewiesene Scheingewinne und erst danach auf die geleistete Einlage.

ZUSAMMENFASSUNG

Der BGH bestätigt seine Rechtsprechung, nach der Auszahlungen auf fiktive Gewinne nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar sind und der Anleger wegen § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO gegen den Rückforderungsanspruch nicht mit seinen Schadensersatzansprüchen gegen die insolvente Anlagegesellschaft aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB aufrechnen kann. Auszahlungen seien im Zweifel als „Gewinnauszahlungen“ anzusehen, selbst wenn die Anlagegesellschaft sie nicht als solche bezeichnet hat.

PRAXISFOLGEN

Der BGH hatte bereits früher entschieden, dass die Anleger bei der Rückforderung von Scheingewinnen durch den Insolvenzverwalter nicht mit ihren Schadensersatzforderungen wegen Betrugs aufrechnen können (vgl. BGH, 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BB 2009, 403). Der BGH vertrat die Ansicht, dass Zahlungen ohne ausdrückliche Zweckbestimmung üblicherweise als „Gewinnauszahlungen“ anzusehen sind (kritisch *Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569). Auszahlungen auf fiktive Gewinne sind gemäß § 134 Abs. 1 InsO unentgeltlich und innerhalb der langen Frist von vier Jahren anfechtbar, Auszahlungen auf die Einlage oder auf Schadensersatzansprüche dienen der Erfüllung einer Verbindlichkeit und sind entgeltlich.

Im Ergebnis ist der Entscheidung des BGH zuzustimmen. Man hätte sich aber bei einigen Fragen eine ausführlichere Begründung gewünscht. Die Argumentation des BGH, dass die Anlagegesellschaft durch die Auszahlung einen funktionierenden Geschäftsbetrieb vortäuschen und nicht etwa die Einlage zurückzahlen will, hat einiges für sich. Die Einlage würde sonst nur im Fall einer Kündigung zurückgezahlt, also gerade nicht im Rahmen des normalen Betriebs.

Der Anleger hat gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB Anspruch auf Schadensersatz in Höhe seiner Einlage zuzüglich eventueller Kosten. Der BGH unterstellte wie selbstverständlich, dass die Auszahlung nicht darauf erfolgte. Das hätte man näher begründen können, zumal die Auszahlung nicht ausdrücklich als Gewinnauszahlung gekennzeichnet war. Der eigentliche Zweck der Auszahlung, die Verschleierung des Schneeballsystems, ließe sich grundsätzlich auch durch eine Auszahlung auf den Schadensersatzanspruch erreichen, solange sie nicht als solche bezeichnet ist. Anders als die Rückzahlung der Einlage würde das auch nicht mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung assoziiert. Im Hinblick auf §§ 814, 366 Abs. 2 BGB läge eine Auszahlung auf den existierenden Schadensersatzanspruch eher im rechtlichen Interesse der Anlagegesellschaft als eine Auszahlung auf den fiktiven Gewinnanspruch. Andererseits spricht für die Ansicht des BGH, dass der Anleger von einer Gewinnauszahlung ausgeht und die Anlagegesellschaft ein Interesse daran hat, diesen Irrtum zu erhalten.

Selbst wenn die Auszahlung als „Gewinn“ bezeichnet worden wäre, könnte man sich die Frage stellen, ob die Zweckbestimmung durch den Auszahler in solchen Fällen nicht gegen § 242 BGB verstößt. Im Ergebnis dürfte das zu verneinen sein. Eine nähere Erörterung dieser Frage wäre aber durchaus von Interesse gewesen, zumal der BGB andererseits sehr knapp bestätigt, dass wegen § 242 BGB vom Anspruch des Anlegers weder Verluste noch Verwaltungsgebühren abzuziehen sind.

Dr. Hortense Trendelenburg, RAin, Solicitor (England & Wales) und Partnerin bei HCT Legal Rechtsanwaltskanzlei mbH, und **Frank Kewitz**, RA/FAStR/StB, beide Frankfurt a.M.