

# recht aktuell

Mandanteninformation der Rechtsanwälte

Große-Wilde & Partner GbR in Bonn

Februar 2001  
Jahrgang 2, Ausgabe 1

Informationen für Mandanten

## In dieser Ausgabe

- 1 Das neue Fernabsatzgesetz
- 2 Beraterhaftung bei Kapitalanlagen
- 3 Gleicher Lohn für gleiche Arbeit ?
- 3 Architektenpflichten bei der Isolierung von Kelleraußenwänden
- 3 Abfindung für GmbH-Geschäftsführer bei vorzeitiger Kündigung
- 4 Sicherung der letzten Raten beim Bauträgervertrag
- 4 Aufklärungspflicht des Grundstücksverkäufers

Herausgeber:

**Große – Wilde & Partner**

Rechtsanwälte GbR

Kaiserstr. 15, 53113 Bonn

Tel: 0228/ 9493020

Fax: 0228/94930222

e-mail: info@grosse-wilde-bonn.de

internet: www.grosse-wilde-bonn.de

## Das neue Fernabsatzgesetz

von RAin Martina C. Große-Wilde

Mit Wirkung vom 30.06.2000 ist das Fernabsatzgesetz (FernAG) in Kraft getreten. Es regelt die Anbahnung und den Abschluß von Verträgen zwischen Unternehmer und Verbraucher, bei denen die Geschäftsparteien nicht körperlich anwesend sind, sondern mit einem Fernkommunikationsmittel (also per Telefon, Telefax, e-mail oder über Internet) in Verbindung stehen. Das Gesetz soll den Verbraucher schützen. Der Begriff des Verbrauchers ist jetzt in § 13 BGB geregelt. Die wichtigsten Regelung in Kürze:

1. Das FernAG ist für alle Verträge anzuwenden, bei denen folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Vertrag zwischen einem **Unternehmer** und einem **Verbraucher**.
- Vertragsgegenstand ist die **Lieferung von Waren** oder die **Erbringung von Dienstleistungen**.
- Abschluß des Vertrages unter **ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln**
- Abschluß des Vertrages im Rahmen eines **für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems**

**Ausgenommen** sind Verträge im Sinne des § 1 III FernAG, beispielsweise über Fernunterricht, Finanzierungs- und Bankgeschäfte, Immobiliengeschäfte, Reiseleistungen, Auslieferung von Lebensmitteln, Pizzadienste, an Warenautomaten oder öffentlichen Fernsprechern.

2. Dem Unternehmer werden durch das FernAG **Informationspflichten** auferlegt. Bereits bei Beginn des geschäftlichen Kontakts muß der geschäftliche Zweck und die Identität des Unternehmers erkennbar sein. Rechtzeitig **vor Vertragsschluß** muß der Unternehmer den Verbraucher informieren über:

- seine Anschrift und Identität
- wesentliche Merkmale der Leistung, wie Lauf- und Lieferzeiten, Leistungsvorbehalte
- Preis, Nebenkosten, Datum und Art der Zahlung, mögliche Änderungen
- Widerrufs- und Rückgaberechte
- ungewöhnliche Kosten der Kommunikation über den Vertragsschluß (etwa 0190-Tel.-Nr.)

Im Falle eines **Vertragsschlusses** muß der Unternehmer die Information dem Verbraucher auf einem **dauerhaften Datenträger** (Urkunde, Fax, e-mail, Diskette, cd-rom) zur Verfügung stellen und dabei auf bestimmte Punkte in hervorgehobener Form hinweisen. Die Möglichkeit, den Text aus dem Internet herunterzuladen und auszudrucken, reicht zwar theoretisch aus. Der Unternehmer kann diesen Vorgang aber im Streitfall nicht nachweisen.

Verstößt der Unternehmer gegen seine Informationspflicht, verlängert sich im Falle des Vertragsschlusses die Widerrufsfrist auf **vier Monate** und löst unter Umständen Schadensersatzansprüche aus. Unterlassungsansprüche können - auch durch Wettbewerber oder Verbrauchervereine - gegen den Unternehmer geltend gemacht werden.

*Fortsetzung auf Seite 2*

Fortsetzung von Seite 1

3. Gemäß § 3 FernAG hat der Verbraucher ein **Widerrufsrecht**. Zahlreiche Ausnahmetatbestände sind vorgesehen. Der Unternehmer kann statt dessen auch ein **Rückgaberecht** vereinbaren. Bei gleichzeitiger Finanzierung der Leistungen wird auch der Kreditvertrag beendet.

Die **Widerrufsfrist** beträgt nach § 361 a BGB **2 Wochen** ab

- Erfüllung der Informationspflichten
- Lieferung der Ware (bei Dienstleistungen: Vertragsschluß) und
- Belehrung über das Widerrufsrecht

**Ausnahmen** vom Widerrufsrecht gibt es u. a. bei Verträgen über verderbliche Waren (Obst, Gemüse, Arzneimittel), besonders angefertigte Waren (Maßanzug), Audio- und Videoaufzeichnungen und Software (nach Entsigelung/ Herunterladen im Internet), Zeitungen und Zeitschriften

4. Für den Verbraucher nachteilige **Abweichungen** vom FernAG sind **unwirksam**. Das Gesetz ist anzuwenden auf Verträge, die am 30.06.2000 und später abgeschlossen wurden. Verkaufsprospekte, die vor dem 01.10.2000 hergestellt wurden und den Vorschriften des FernAG nicht entsprechen, dürfen bis zum 31.03.2001 aufgebraucht werden.

#### Unser Rat:

- Das FernAG wirft wegen seiner teilweise ungenauen Begriffe zahlreiche **Auslegungsprobleme** auf. Wer auf solche Vertriebswege setzt, muß die neuen Regeln für sein Unternehmen im Einzelfall genau prüfen. Insbesondere den Informationspflichten des Unternehmers ist ausreichend Beachtung zu schenken.
- Der Unternehmer wird abzuklären haben, ob ein Widerrufsrecht oder ein Rückgaberecht für ihn günstiger ist. Er muß sich darauf einstellen, daß er frühestens zwei Wochen nach Eingang der Ware beim Verbraucher sicher weiß, ob der Vertrag bestehen bleibt.

## Beraterhaftung bei Kapitalanlagen

von RA Franz M. Große-Wilde

Über optimale Kapitalanlagen wird seit Jahren in allen Wirtschaftsteilen der Zeitungen und der einschlägigen Fachpresse berichtet. Trotz aller Erfolgsmeldungen muß aber auch immer wieder von massiven Reinfällen für Anleger berichtet werden, die schließlich auch vor den Gerichten landen. Bei Reinfällen ist zwar nicht selten eine gewisse Blauäugigkeit des Anlegers zu beobachten, dem offensichtlich hohe Steuervorteile und hohe Renditeversprechungen den Blick vernebeln haben.

Dennoch müssen derartige Reinfälle nicht sein. Wer sich ohne fachkundige und kritische Beratung zu Anlagegeschäften verleiten läßt, macht oft ein schlechtes Geschäft. Zwar führt auch Beratung nicht zwangsläufig zu guten Ergebnissen, aber die Risiken werden doch deutlich verringert und zur Not besteht die Möglichkeit, den Berater in Haftung zu nehmen. Auch diese Möglichkeit muß aber vorbereitet sein. Einige Beispiele mögen dies deutlich machen:

So hat der Bundesgerichtshof (BGH) einem Kapitalanlagevermittler vorgeworfen, daß er keine eigenständige Überprüfung eines Anlagekonzeptes vorgenommen hat. Einer Sparkasse hat der BGH vorgeworfen, statt einer risikolosen Anlage zur Altersvorsorge risikoreiche Bond-Anleihen empfohlen zu haben.

Generell gilt nach unserer Erfahrung:

**1. Je höher die Rendite, um so höher das Risiko.** Renditen von über 10 % oder gar 15 % sind nur mit hohen Risiken vorstellbar.

**2.** Eine Kapitalanlage sollte sich auch ohne Steuervorteile wenigstens **zu Null** rechnen. Die Steuergesetze ändern sich jährlich und sind von den Ergebnissen her fast nicht voraussehbar. Bei länger laufenden Anlagegeschäften gilt dies erst recht.

3. Bei **geschlossenen Immobilienfonds** sind ebenso wie bei **Eigentumswohnungen** die kritischen Punkte an zwei Stellen zu suchen (und auch häufig zu finden):

- **Die prospektierte Miete entspricht nicht dem Markt**
- **Der Wert des Objektes nach Tilgung der Darlehen entspricht nicht dem Markt**

Da der Wert des Objektes regelmäßig von der zu diesem Zeitpunkt erzielbaren Marktmiete abhängt, ist die Marktmiete für eine Bewertung immer wieder maßgeblich. Marktmiete ist hierbei nicht das, was zwischen den Vertragsparteien vereinbart oder gar von einem Vertragspartner garantiert wird. Denn Mietgaranten und Mieter fallen nicht selten pünktlich zum Ablauf der Verjährungsfristen von Ansprüchen gegen die Initiatoren eines Objektes (also nach drei Jahren) in Insolvenz. Marktmiete ist vielmehr das, was ein unbeteiligter Dritter ohne weiteres als Miete zahlen würde.

4. **Spezialobjekte** (Kliniken, Fabrikgebäude) stehen und fallen letztlich mit dem Erfolg des Betreibers dieser Anlagen. Praktisch handelt es sich in derartigen Fällen wegen der Spezialität der Anlageobjekte eigentlich nicht um eine Immobilienbeteiligung, sondern um eine **Unternehmensbeteiligung**, deren Erträge von der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens abhängig sind. Hier ist besondere Vorsicht geboten.

#### Unser Rat:

- Lassen Sie sich vorher beraten, am besten nicht von dem Vermittler der Anlage.
- Verdeutlichen Sie dem Vermittler/Berater schriftlich, daß Sie Beratung wünschen.
- Lassen Sie sich vom Berater unterschreiben, daß er Sie beraten hat.
- Halten Sie besondere Zusagen schriftlich im Vertrag fest
- Teilen Sie Ihre Anlagegrundsätze (sichere Anlage) schriftlich dem Berater mit.

## Gleicher Lohn für gleiche Arbeit ?

von RAin Martina C. Große-Wilde

Ist ein Arbeitgeber verpflichtet, allen Arbeitnehmern seines Betriebes für die gleiche Arbeit den gleichen Lohn zu zahlen?

Mit Urteil vom 21.06.2000 hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden, daß es diesen allgemeinen Grundsatz nicht gibt. Hintergrund dieser Entscheidung ist der Grundsatz, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Recht haben, die Arbeitsbedingungen frei auszuhandeln. Dazu gehört auch die Vergütung.

Allgemeine Einschränkungen dieser Vertragsfreiheit ergeben sich aus dem **Diskriminierungsverbot** und **tariflichen Mindestentgelten**. Eine Einschränkung besteht ferner, wenn die vereinbarte Vergütung **sittenwidrig** ist und ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der Arbeitsleistung und der Vergütung besteht und der Arbeitgeber die Zwangslage des Arbeitnehmers ausgebeutet hat. Wird also ein „Hungerlohn“ vereinbart, ist die vertragliche Abrede regelmäßig wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

Eine Einschränkung kann sich ferner aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. Danach muß ein Arbeitgeber alle vergleichbaren Arbeitnehmer gleich behandeln, wenn er ein **festgelegtes Vergütungssystem** hat. Ein derartiges Vergütungssystem liegt nur vor, wenn es eine genau festgelegte Regelung für die Vergütungsfindung bei dem Arbeitgeber gibt.

### Unser Rat:

- Die Einführung eines festgelegten Vergütungssystems führt automatisch zur Verpflichtung, alle Mitarbeiter des Unternehmens in dieses System zu übernehmen. Dies erschwert insbesondere die Möglichkeiten, besonders motivierte Mitarbeiter besser und schlecht motivierte Mitarbeiter schlechter zu bezahlen.
- Vor einer solchen Einführung sollte daher insbesondere die Möglichkeit der Abweichung im System mitgeregelt werden. Derartige Regeln sollten vor Einführung und in regelmäßigen Abständen auch später genau überprüft werden.

## Architektenpflichten bei der Isolierung von Keller- außenwänden

von RA Franz M. Große-Wilde

Die ordnungsgemäße Isolierung von Kelleraußenwänden ist für Architekten, Rohbauunternehmen und Bauträgergesellschaften ein wegen seiner hohen **Schadensrisiken** immer wieder aktuelles Thema.

Schon seit längerem ist anerkannt, daß auch Bitumendickbeschichtungen – wenn sie ordnungsgemäß ausgeführt sind – den Regeln der Technik entsprechen, auch wenn sie in der bisherigen DIN 18 195 nicht angeführt waren (vgl. etwa BGH, U. v. 15.06.2000, AZ: VII ZR 212/99).

Nun hat zum 01.08.2000 das Deutsche Institut für Normung kunststoffmodifizierte Bitumendickbeschichtungen in Teil 4, 5 und 6 der DIN 18 195 aufgenommen. Als weitere Lastfälle sind nunmehr das nicht stauende Sickerwasser (bei Drainage) und das aufstauende Sickerwasser eingeführt worden.

Für derartige Beschichtungen sieht die DIN-Norm jetzt **konkrete Prüfanforderungen** vor, deren Einhaltung durch eine anerkannte Prüfstelle nachzuweisen ist. Auch die Anforderungen an den Untergrund und die Verarbeitung sind detailliert geregelt. Außerdem müssen die Abdichtungen (außer bei der Abdichtung gegen Bodenfeuchtigkeit und nichtdrückendes Wasser) auch im Einzelfall **dokumentiert und geprüft** werden. Damit sind die verbliebenen Rechtsunsicherheiten beseitigt.

In Verbindung mit der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes lassen sich jetzt die Risiken für die am Bau Beteiligten, insbesondere auch für den Architekten, genau beschreiben. Und diese Risiken sind hoch. Denn der Bundesgerichtshof verpflichtet **den Architekten**, dem ausführenden Unternehmer die besonders schadensträchtigen Details einer Abdichtung gegen drückendes Wasser **so zu verdeutlichen, daß jedes Risiko ausgeschlossen ist**. Durch die neue DIN ist der Architekt verpflichtet, die entsprechenden Prüfungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen und auch zu **dokumentieren**.

## Abfindung für den GmbH-Geschäftsführer bei Kündigung

von RAin Martina C. Große-Wilde

Nicht selten wird im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers zu dessen Absicherung vereinbart, daß dem Geschäftsführer im Falle einer vorzeitigen ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung seitens des Betriebes eine **Abfindung** zu zahlen ist. Ob diese Vereinbarungen aber auch wirksam sind, war streitig.

Mit Urteil vom 03.07.2000 hat der BGH jetzt bestätigt, daß eine derartige Vereinbarung auch in einem Anstellungsvertrag für den Geschäftsführer unwirksam ist. Die Abfindung muß im Falle der Kündigung deshalb nicht ausbezahlt werden.

Die Begründung für diese Entscheidung liegt darin, daß nach dem Gesetz das Recht der außerordentlichen Kündigung in einem Vertrag nicht ausgeschlossen werden kann.

Daraus ergibt sich, daß auch jedes **Kündigungerschwernis unzulässig** ist. Die Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts darf deshalb nicht durch die Vereinbarung einer "Vertragsstrafe", eine Verpflichtung zur Fortzahlung des Gehaltes, zur Rückzahlung von Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld und auch eine Verpflichtung zur Zahlung von Abfindungssummen erschwert werden. Eine derartige Kündigungerschwernis kann im übrigen auch in der vertraglichen Bindung des Kündigungsrechts an die Zustimmung eines Dritten liegen.

### Unser Rat:

- Treffen Sie grundsätzlich **getrennte** Regelungen für die ordentliche und die außerordentliche Kündigung.
- Für die außerordentliche Kündigung sollten möglichst anderweitige Vereinbarungen, die den gleichen wirtschaftlichen Zweck erfüllen, gesucht werden. Wegen der engen Rechtsprechung sollte dies nicht ohne Fachkenntnis umgesetzt werden.

## Sicherung der letzten Raten beim Bauträgervertrag

von RA Franz M. Große-Wilde

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte in einer grundlegenden Entscheidung vom 22.10.1998 die bis dahin allgemein übliche Klausel in notariellen Bauträgerverträgen, mit denen sich der Erwerber der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterwarf, für unwirksam erklärt. Durch die Entscheidung des BGH wurde zwar eine gewisse Rechtssicherheit herbeigeführt, eine praktikable Lösung hat der BGH allerdings nicht aufgezeigt. Für den Bauträger ergeben sich aus der Rechtsprechung **zwei Probleme**:

1. Er muß Restforderungen selbst einklagen und damit den ersten Schritt zum Gericht tun.
2. Seine Ansprüche verjähren zum Ende des zweiten Jahres nach Fälligkeit, § 196 I 1, 7 BGB (Fälligkeit bedeutet hierbei Fälligkeit der einzelnen Rate).

Seit der Entscheidung des BGH werden verschiedene Lösungsansätze erörtert, die eine bessere Absicherung des Bauträgers ermöglichen sollen. Eine wirklich praktikable Lösung ist auch nach über 2 Jahren noch nicht gefunden worden. Es gibt deshalb lediglich „**zweitbeste**“ Lösungen, die aber von den individuellen Möglichkeiten des jeweiligen Bauträgerunternehmens abhängig sind.

Am einfachsten ist es, die gesamte Forderung durch eine Bürgschaft abzusichern. Diese Alternative hat aber den Nachteil, daß derartige Bürgschaften die Liquidität des Bauträgers stark belasten.

Als zweite Möglichkeit kann die vollständige Fertigstellung des Objektes vor Übergabe erfolgen, so daß die Übergabe Zug um Zug gegen Zahlung der Restvergütung erfolgt. Auch diese Alternative ist häufig problematisch. Bei mehrteiligen Bauvorhaben können die Erschließungsanlagen oft noch nicht vollständig erstellt werden, so daß insbesondere dann, wenn die ersten Häuser fertiggestellt sind und die Bauherren auf gepackten Koffern sitzen, eine vollständige Fertigstellung nicht gewährleistet ist.

Der an sich einfachste Vorschlag, die beiden letzten Raten des Bauträgervertrages zur Abnahme gegen eine Bürgschaft des Bauträgers in Höhe dieser Raten fällig zu stellen, verstößt nach allgemeiner Auffassung gegen § 7 MABV. Auch in diesem Falle müßte eine Bürgschaft für die gesamte Forderung aus dem Bauträgervertrag gestellt werden.

Als einzige liquiditätsschonende Möglichkeit bleibt, eine Bürgschaft des Erwerbers zu vereinbaren, wenn das Objekt übergeben wird, damit die restlichen Raten abgesichert sind. Zulässig ist hier nur eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft.

Wenn es zweckmäßig ist, daß gleichzeitig auch ein entsprechender Liquiditätsabfluß beim Erwerber erfolgt, so sollte vertraglich vereinbart werden, daß die letzten Raten auf einem Notaranderkonto hinterlegt werden, bis die verbliebene Fertigstellung erfolgt ist.

### Unser Rat:

- Sollen die letzten Raten des Bauträgervertrages sichergestellt werden, so sollte nach Wahl des Bauträgers für diese entweder eine Bürgschaft des Erwerbers oder die Hinterlegung beim Notar vereinbart werden. Dies setzt allerdings eine ausdrückliche Vereinbarung im Notarvertrag voraus, ansonsten besteht kein Anspruch auf eine solche Vorgehensweise.
- Beachten Sie die kurze 2-jährige Verjährungsfrist.

## Aufklärungspflicht des Grundstücksverkäufers

von RAin Martina C. Große-Wilde

Muß der Verkäufer eines Grundstücks auf ihm bekannte Nachteile eines Grundstücks oder auf Altlasten hinweisen oder reicht die Äußerung eines bloßen Verdachts? Ändert sich etwas, wenn der Käufer bereits selbst einen Verdacht haben konnte? Der BGH hat durch ein Urteil vom 20.10.2000 die Grundsätze zur Aufklärungspflicht präzisiert:

Der Verkäufer muß den Käufer über solche Umstände aufklären, die für den

Kauf entscheidend sind und deren Mitteilung der Käufer normalerweise erwarten kann. Dazu gehört z. B. die **Verunreinigung** eines Grundstücks mit Altölrückständen, das Fehlen einer Absicherung gegen Hochwasser oder erhebliche Feuchtigkeitsschäden.

Verschweigt ein Verkäufer einen derartigen Umstand, obwohl er ihn kennt oder für möglich hält, dann handelt er arglistig. Der Käufer kann den Vertrag anfechten, wenn nicht der Käufer diesen Umstand ohne weiteres erkennen konnte. Der Vertrag ist dann unwirksam.

Der BGH hat diese Aufklärungspflicht jetzt präzisiert. Danach soll der Verkäufer, der Kenntnis von den Altlasten hat, verpflichtet sein, auch diese **Kenntnis** zu äußern. Es soll nicht ausreichen, wenn er trotz Altlasten-Kenntnis nur einen Altlasten-**Verdacht** äußert. Diese Pflicht hat er auch, wenn bei dem Käufer aufgrund der Umstände ein Altlasten-**Verdacht** entstehen konnte. Die Entscheidung des BGH hat vor allem Bedeutung in den Fällen, in denen im Kaufvertrag die Gewährleistung für Sachmängel ausgeschlossen ist.

In einem Verfahren muß der Käufer dann darlegen und beweisen können, daß der Verkäufer ihn nicht ausreichend aufgeklärt hat. Hierzu ist es aber ausreichend, wenn der Käufer die vom Verkäufer behauptete Aufklärung widerlegt.

### Unser Rat:

- Notieren Sie sich im Anschluß an derartige Besichtigungs- und Verkaufstermine den wesentlichen Inhalt des Gesprächs und den Zustand des Grundstückes und nehmen Sie nach Möglichkeit einen Zeugen zu dem Termin mit.
- Lassen Sie besondere Zusagen oder Hinweise in den Vertragsbedingungen des notariellen Vertrages dokumentieren.

**Für weitergehende Fragen und Anregungen stehen die Autoren gerne zur Verfügung.**

**Die nächste Ausgabe wird am 15. Mai 2001 erscheinen.**