

# NJW

# Neue Juristische Woche

**In Verbindung**  
mit dem Deutschen Anwaltverein  
und der Bundesrechtsanwaltskammer  
herausgegeben von  
den Rechtsanwälten  
Prof. Dr. Wolfgang Ewer  
Prof. Dr. Rainer Hamm  
Dr. Dr. h. c. Georg Maier-Reimer  
Prof. Dr. Rudolf Nirk  
Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe  
Ingeborg Rakete-Dombek  
Dr. Michael Streck

Verlag C. H. Beck  
München und Frankfurt a. M.

NJW im Internet: [www.njw.de](http://www.njw.de)

Mit Beilage:  
NJW-Spezial Heft 4/2009

# 9 2009

S. 545–624 62. Jahrgang 19. Februar 2009

Aus dem Inhalt

*D. Zimmer/C. Naendrup*, Das Cartesio-Urteil des EuGH: Folgen für das internationale Gesellschaftsrecht S. 545

*T. Weichert* versus *H. Redeker*, Datenschutz auch bei Anwälten? S. 550, 554

*B. Schiefer/M. Worzalla*, Unterrichtspflicht bei Betriebsübergang S. 558

*P. S. Fischinger*, Der Rückforderungsanspruch des vorbehaltlos für die Nachbesserung zahlenden Käufers S. 563

*D. Roth*, Die Garantieerklärung der Bundesregierung S. 566

BGH: Inhaltskontrolle einer Gaspreis-Anpassungsklausel S. 578

BGH: Unterhaltsberechnung – Nachehelicher Karrieresprung und weitere Berechtigte (Anm. *W. Born*) S. 588

BGH: Grundbucheintragung einer GbR S. 594

BGH: Beweisantragstellung und Indiz für Verschleppungsabsicht (Anm. *K. Gaede*) S. 605

BVerwG: Entziehung der Fahrerlaubnis nach dem Punktesystem S. 610



ter Anlageberatung und mangelhafter Anlegerinformation. Nach § 195 BGB würden derartige Ansprüche grundsätzlich der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist unterliegen; diese wiederum würde gem. § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Anleger von den den Anspruch begründenden Umständen sowie der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen, zu laufen beginnen. § 199 III BGB verlängert diese Frist auf längstens zehn Jahre für Fälle verspäteter Kenntniserlangung.

c) Es dürfte sich innerhalb der nächsten Wochen entscheiden, ob im Deutschen Bundestag der politische Wille vorhanden ist, das Gesetzgebungsvorhaben innerhalb der knapp bemessenen Zeit bis zum Ende der Legislaturperiode zu verabschieden.

## 2. Stellungnahme

a) Die Anfertigung von Beratungsprotokollen stellt aus der Sicht der Wertpapierdienstleister einen zusätzlichen Aufwand im Rahmen der ohnehin schon zeit- und dokumentationsintensiven Wertpapiergeschäfte mit Retail-Kunden dar, ist allerdings beim Vertrieb geschlossener Fonds bereits gängige Praxis. Aus Sicht der Kunden erscheint der Vorschlag uneingeschränkt begrüßenswert.

Auch wenn es sich bei der geplanten Protokollierungspflicht um eine von der BaFin zu überwachende öffentlich-rechtliche Pflicht handelt, dürfte ihre Bedeutung doch in erster Linie auf zivilrechtlicher Ebene liegen: Zum einen dürfte das Protokoll die Zahl unverantwortlicher Anlageempfehlungen wesentlich reduzieren und damit präventiv anlegerschützend wirken. Zum anderen schafft es einen kaum angreifbaren Nachweis für die ausgesprochenen Empfehlungen und dürfte damit konfliktvermeidend wirken. Insbesondere den in Zeiten fallender Kurse nicht seltenen Klagen wegen lange zurückliegender Beratungsfehler, die unverhofft auch von Zeugen bestätigt werden, sollte dann der Boden entzogen sein. Die Richtigkeit dieser Einschätzung unterstellt könnte das Beratungsprotokoll sowohl einen Beitrag zum Rechtsfrieden als auch einen Beitrag zur Verbesserung der Beratungsqualität und der Reduzierung der Risiken der Wertpapierdienstleister aus der Beraterhaftung leisten.

Auf einem anderen Blatt steht allerdings, ob die geplante Regelung europarechtlich standhalten wird. Da auch die Dokumentationspflichten in Bezug auf Wertpapiergeschäfte durch die so genannten MiFID-Richtlinien vorgegeben sind, erscheint es zweifelhaft, ob sie auf nationaler Ebene durch zusätzliche Protokollierungspflichten ergänzt werden können.

b) Die rechtspolitische Berechtigung der relativ kurzen dreijährigen Verjährung des § 37a WpHG ist seit ihrer Einführung im Jahr 1998 stets umstritten gewesen. Vor allem seit der Verkürzung der regelmäßigen Verjährung durch die Schuldrechtsreform ist von verschiedener Seite argumentiert worden, für eine weitere Verkürzung der Verjährung im Kapitalmarktrecht bestehe kein Anlass (mehr).

Die Kreditwirtschaft hat dem stets entgegengehalten, dass mit der Schnelligkeit des Kapitalmarktgeschäfts eine bis zu zehnjährige Verjährungsfrist nicht zu vereinbaren sei, und betont, dass ein derart langes Haftungsrisiko eine zuverlässige Berechnung möglicher Haftungsansprüche bei risikoreicheren Papieren ausschließe, zumal eine erfolgreiche prozessuale Verteidigung der Wertpapierdienstleister auch gegen unzutreffende Vorwürfe mit wachsendem Zeitablauf nahezu unmöglich werde, da eine zuverlässige Erinnerung an einzelne Beratungsgespräche nach mehreren Jahren nicht zu erwarten sei. Darüber hinaus wurde hervorgehoben, dass die Abschaffung

fung von § 37a WpHG den Gleichlauf der Verjährungsfristen für die Beraterhaftung mit den übrigen Sonderverjährungen des Kapitalmarktrechts sachwidrig beseitige.

Auch wenn all diese Einwände Gewicht haben und der Gesetzgeber des Jahres 1998 sich exakt aus diesen Gründen für die fixe dreijährige Verjährung entschieden hat, wird man doch konzidieren müssen, dass es über die rechtspolitische Tagesstimmung hinaus auch vernünftige sachliche Gründe für die Abschaffung von § 37a WpHG gibt.

Erstens erscheint es rechtssystematisch wenig glücklich, die Verjährung für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus falscher Anlageberatung in einem Gesetz zu regeln, dessen Schwerpunkt die Statuierung öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten und darauf bezogener Aufsichtsbefugnisse ist.

Zweitens ist das Postulat des Gleichlaufs mit den Verjährungsfristen für die Prospekthaftung sowie für sonstige kapitalmarktrechtliche Informationspflichtverletzungen angreifbar. Die Haftung für Anlageberatung dürfte doch in einem größeren Sachzusammenhang mit sonstigen Beratungshaftungstatbeständen stehen als mit der Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten. Gerade die Haftung der Anwälte, Steuerberater und anderer beratender Berufsgruppen unterliegt aber inzwischen ebenfalls den Bestimmungen der §§ 195 und 199 BGB.

Drittens erscheint seit der Einführung der regelmäßigen dreijährigen Verjährung des § 195 BGB, die sich nur unter den qualifizierten Voraussetzungen des § 199 III BGB auf zehn Jahre verlängert, die Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Verjährungsregelung zumindest deutlich weniger zwingend.

Viertens erscheint die durch die Verlängerung der Verjährungsfristen bedingte Erhöhung der Haftungsrisiken der Wertpapierdienstleister jedenfalls dann beherrschbar und verkraftbar, wenn die vorgesehenen Beratungsprotokolle aussagekräftig sind. Dann nämlich dürften unzutreffende Protokolle zur Folge haben, dass es erst gar nicht zum Kauf oder Verkauf von Vermögensanlagen auf Grund der vorangegangenen Anlageberatung kommt. Nachträgliche Auseinandersetzungen dürften sich folglich auf jene Fälle konzentrieren, in denen die Angemessenheit der Beratung streitig ist. In der vermutlich kleinen Restmenge von Fällen, in denen die Anleger aus dem Protokoll nicht ersichtliche Beratungsfehler behaupten, werden sie sich zum einen die Evidenz des Protokolls entgegenhalten lassen und sich zum anderen auf die regelmäßige dreijährige Verjährung einrichten müssen, da der behauptete Beratungsfehler seit Erhalt des Beratungsprotokolls bekannt war und der schadensrechtliche Rückabwicklungsanspruch seit diesem Zeitpunkt bestand.

*Rechtsanwalt Dr. Thomas Emde, Frankfurt a. M.*

## Interview

**Kurioses im Paragrafendschungel.** *Welches ist das einzige noch gültige Gesetz in Deutschland, das nur aus „weggefallen(en)“ Regelungen besteht? Welche Ausnahme von der Ausnahme der Ausnahme der Ausnahme der Ausnahme einer Ausnahme steht einer Regel im deutschen Recht gleich?*

*Heft 11 der NJW, das am 5. März erscheinen wird, ist wieder ein Schwerpunktheft zu Themen aus Literatur, Kunst und Recht. In seinem Beitrag „Juristische Kuriositäten – ein Spaziergang durch den Paragrafendschungel“ beantwortet dort Jura-Student Hanjo Hamann diese und andere Fragen, die wir selbst bisher nicht zu stellen wagten.*

**NJW:** *Wie kommt man auf die Idee, den Paragrafenwald nach „literarischen“ Extremen zu durchforsten?*

**Hamann:** Im Laufe der Zeit hat sich einiges angesammelt. Wie manche Schriftsteller einen „Zettelkasten“ führen, habe ich mir einiges notiert, bis genug angefallen war, um das mit der humorbegabten Fachwelt zu teilen.

**NJW:** *Warum sollte man Ihren Beitrag im Literaturheft der NJW lesen?*

**Hamann:** Zur Entspannung, zum Amusement oder zum Einschlafen – ganz nach gusto. Allzu oft verzettelt sich das Schrifttum in verbitterten juristischen Grabenkämpfen, und Humor wie Esprit kommen zu kurz. Ein amüsiertes Blick auf das juristische Rohmaterial schafft vielleicht etwas Abwechslung.

**NJW:** *Was ist kurios am deutschen Recht?*

**Hamann:** Es gibt unzählige Bücher über kuriose US-amerikanische „Gesetze“ – sprich: Rechtsprechung. Darin steht z.B., dass es in Washington einen Gesetzesverstoß darstelle, Punktmuster auf die amerikanische Flagge zu malen, und dass in Louisiana der Biss mit echten Zähnen „einfacher Angriff“, der Biss mit künstlichen dagegen „schwerer Angriff“ sei. Da hält die deutsche Rechtsprechung zu §§ 303 II, 224 I Nr. 2 StGB ohne Weiteres mit. Mehr noch: Gerade die geschriebenen Gesetze werden schnell unfreiwillig komisch, wenn die Würde ihres Geltungsanspruchs mit der Banalität ihrer handwerklichen Mängel in Konflikt gerät.

**NJW:** *Haben Sie Beispiele?*

**Hamann:** Mir fällt zuerst § 19 I Nr. 1 HGB ein: Auch der nicht eingetragene Kaufmann muss sich nach deutschem Recht als „eingetragener Kaufmann“ bezeichnen! Und in § 1923 I BGB nimmt die Gesamthandstheorie eine überraschende Wendung, denn nach dieser Norm muss die GbR nicht nur rechtsfähig sein, sondern sogar „leben“, um erben zu können. Aus derlei vordergründig ulkigen Spielereien wird leicht einmal – wie ein namhafter Gesellschaftsrechtler über § 71 d S. 1 AktG schrieb – „eine perplexen Norm, die mit Hilfe ihres Wortlauts und ihrer systematischen Stellung nicht auszulegen ist“.

**NJW:** *Was ist das für Sie schlimmste Gesetz?*

**Hamann:** Schlimm im Sinne von unverständlich: das SGB II („Hartz IV“). Schlimm im Sinne von verheerend finde ich z.B. § 125 GOBT. Die Diskontinuität behindert langfristige Gesetzgebungsvorhaben mindestens ebenso wie das stete mediale Wahlkampfgebahren der zur Gesetzgebung berufenen Parteipolitiker. Eine schlüssige Kodifikation wie das BGB ist heute undenkbar; dabei beweist nicht zuletzt die junge niederländische Zivilrechtskodifikation (NWB), deren Erbrechtsbuch 2003 in Kraft trat, die Aktualität dieses Konzepts.

**NJW:** *Was raten Sie dem Gesetzgeber, um Gesetze schöner zu gestalten?*

**Hamann:** Es steht mir nicht zu, dem Gesetzgeber Ratschläge zu erteilen, bevor ich das juristische Handwerk selbst zu Ende gelernt habe. Auch sind „schöne“ Gesetze nach meinem Dafürhalten nicht der legislatorische Auftrag. Sachgerechtigkeit und Widerspruchsfreiheit schon. Solange das gewährleistet ist,

lobe ich mir feinsinnigen Humor oder eine subtile Stilblüte – mehr als den pauschal gegen Juristen gerichteten Vorwurf bornierter Humorlosigkeit allemal!

## Forum

**Der Pferdrechtler.** Schon diese Bezeichnung löst einen fragenden, unwissenden und auch milde lächelnden Blick aus. Wer nichts mit Pferden zu tun hat, diese eigentlich nur vorne und hinten zu unterscheiden weiß und davon ausgeht, dass diese großen Tiere am besten aus der Entfernung zu betrachten sind, dem erschließt sich auch nicht die wachsende Bedeutung des Wirtschaftszweigs rund um das Pferd.

Das Pferd ist in Deutschland tatsächlich ein Wirtschaftsfaktor geworden, der für Milliardenumsätze steht. Marktanalysen ergeben, dass es deutschlandweit etwa 2,5 Millionen aktive Reiter gibt und etwa 1,5 Mio. ehemalige Pferdesportler. Dazu kommt ein hohes Potenzial von Pferdesport-Interessierten, das auf etwa 8,7 Mio. Personen geschätzt wird.

Rechnungen ergeben, dass in Deutschland drei Pferde einen Arbeitsplatz sichern. Das bedeutet bei hierzulande 800000 Pferden, dass mehr als 260000 Menschen direkt von Pferden leben. Dazu kommen die Märkte für Ausrüstung, Pferdetransporter, Pflegemittel, Futtermittel, medizinische Versorgung, Ausbildung von Reiter und Pferd sowie die Pensionspferdehaltung und der Reittourismus sowie anderes mehr. Vor allem die Landwirtschaft hat durch das Pferd neue Märkte erschlossen, denkt man nur an die Futtermengen, die für Pferde vertrieben werden (ca. 1,8 Mio. Tonnen Futtergetreide und ca. 1,9 Mio. Tonnen Heu p.a.). Viele Landwirtschaftsbetriebe haben durch Umstellung auf Pensionspferdehaltung ihre Existenz sichern können. Man geht davon aus, dass über 3000 kleinere und mittlere Unternehmen allein von der Pferdebranche leben. Der Markt rund ums Pferd ist zwar ein Nischenmarkt, erreicht aber mit geschätzten 10 Mrd. Euro Umsatz pro Jahr doch eine beachtliche Größe.

Pferderecht ist kein spezifisches Rechtsgebiet, hat allerdings eine lange Geschichte, insbesondere im Pferdehandel. Seit der Mensch sich das Pferd zunutze gemacht hat und das Pferd damit zu einem wichtigen Bestandteil des Lebens geworden ist, gibt es hierzu in fast allen Kulturkreisen geschriebene und ungeschriebene Regeln, die bereits in ägyptischen Papyrusdokumenten und babylonischen Tontafeln überliefert sind. In vielen Länderrechten, Stadtrechten oder sonstigen Herrschaftsrechten wurden der Pferdehandel festgeschrieben und Regelverstöße teilweise drastisch sanktioniert. Pferde waren hochwertige Wirtschaftsgüter mit existenzieller Bedeutung – und auch immer emotional belegt. So waren Pferdediebe mit der Todesstrafe bedroht und Rosstäuschern drohten Zuchthaus und harte Strafen. Unabhängig von der jeweiligen Gesellschaft, der Kultur sowie dem jeweiligen Status des Pferdes in der Wahrnehmung waren die rechtlichen Regelungen wenig unterschiedlich.

Die Entwicklung des deutschen Rechts beruht dabei auf germanischem Recht in Verbindung mit römisch-rechtlichen Grundlagen. Das älteste geschriebene germanische Recht waren die „Leges Barbarorum“, das die Stammesrechte der einzelnen germanischen Stämme aufzeichnete (von 477 nach Christi im Codex Euricianus bis zum Jahre 802). Das germanische Recht ging davon aus, dass im Grundsatz ein Pferdehandel nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, es sei denn in bestimmten Ausnahmefällen. So wurde erkannt, dass