

## Online-News für den 01.02.2015

### Bankrecht

#### *Beratungspflichten einer Bank bei Abschluss eines Währungsswap-Vertrages*

Anfang des Jahres 2007 wandte sich der Kläger, ein vermögender Geschäftsmann mit Erfahrungen in Fremdwährungsdarlehen und einfachen Swap-Geschäften, an die Beklagte, um einen CCS-Vertrag abzuschließen. Dabei gab er das von ihm für den Swap-Vertrag gewünschte Währungspaar, nämlich Türkische Lira (im Folgenden: TRY) und Schweizer Franken (im Folgenden: CHF) vor. Am 24.06.2008 stellten der zuständige Kundenbetreuer und ein auf Finanztermingeschäfte spezialisierter Mitarbeiter einer Tochtergesellschaft der Beklagten dem Kläger anhand ihm bereits zuvor übersandter Präsentationsunterlagen einen CCS einer Landesbank vor. Bei diesem Gespräch unterzeichnete der Kläger das Formular „Kundenangaben für Geschäfte in Finanzinstrumente“, in dem er sich als „spekulativ“ einordnete. Der weitere Inhalt des Beratungsgesprächs ist zwischen den Parteien streitig. Im September 2011 schloss der Kläger mit der Landesbank einen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte und einen CCS-Vertrag mit dem TRY und CHF ab. Der Vertrag hatte eine feste Laufzeit von drei Jahren und enthielt als Bezugsgrößen einen Festbetrag von 900.735 TRY und einen solchen von 795.000 CHF. Die Landesbank verpflichtete sich in dem CCS-Vertrag, an den Kläger während der Vertragslaufzeit an zwölf festgelegten Terminen jeweils Zinsen in Höhe von 15,66% p.a. auf den Festbetrag in TRY und bei Laufzeitende den Festbetrag in TRY zu zahlen; der Kläger verpflichtete sich im Gegenzug, während der Vertragslaufzeit an die Landesbank an zwölf festgelegten Terminen jeweils Zinsen i.H.v. 3,6% p.a. auf den Festbetrag in CHF und bei Laufzeitende den Festbetrag in CHF zu zahlen. Im Mai 2010 verpfändete der Kläger das für ihn bei der Beklagten eingerichtete Fremdwährungskonto, auf das die von der Landesbank geleisteten Zinszahlungen eingingen, zur Sicherheit an die Beklagte. Darüber hinaus schlossen die Parteien einen Avalkredit-Rahmenvertrag über 150.000 €, der als „Risikolinie“ für den CCS-Vertrag genutzt werden sollte. Während der Vertragslaufzeit wertete die TRY gegenüber dem CHF ab, so dass sich der Barwert des CCS-Vertrags zu Ungunsten des Klägers entwickelte. Nachdem die Beklagte den Kläger infolge einer Überschreitung des ihm eingeräumtem Kredits mehrfach erfolglos zu einer Barunterlegung aufgefordert hatte, stellte sie im September 2011 den CCS-Vertrag glatt, verwertete das an sie verpfändete Fremdwährungskonto des Klägers mit einem Guthaben von umgerechnet 108.848,76 € und belastete ein weiteres Konto des Klägers in Höhe des noch offenen Restbetrages von 180.151,24 €. Die unter anderem auf Rückzahlung von 180.151,24 € nebst Zinsen gerichtete Klage hatte in beiden Vorinstanzen keinen Erfolg.

Die Revision des Klägers hatte ebenfalls keinen Erfolg. Nach Auffassung des BGH war die beklagte Bank bereits aus Rechtsgründen nicht verpflichtet, den Kläger über den - von ihm behaupteten - negativen Marktwert des empfohlenen Swap-

Vertrages aufzuklären. Dieser spiegelt nämlich nicht den voraussichtlichen Erfolg und Misserfolg des Geschäftes wider, sondern den Marktwert bei Abschluss des Vertrages, der zu diesem Zeitpunkt durch Glattstellung des Vertrages realisierbar wäre. Für den Kunden bedeutet dies, dass er zunächst die einstrukturierte Bruttomarge erwirtschaften muss, um seinerseits in die Gewinnzone zu gelangen. Zugleich muss er bei sofortiger Lösung vom Vertrag einen Verlust in Höhe des negativen Marktwerts tragen. Diese Situation stellt sich damit mit Rücksicht auf das Verlustrisiko für den Kunden nicht anders als bei sonstigen Finanzprodukten dar, die, wie insbesondere außerbörsliche Derivatgeschäfte, einen negativen Marktwert aufweisen, über den ebenfalls nicht aufzuklären ist. Die Empfehlung eines Swap-Vertrages kann daher trotz des anfänglich negativen Marktwerts objektgerecht sein, sofern - was der Kläger hier nicht substantiiert behauptet hat - die Gewinnchancen und damit die „Werthaltigkeit“ des Swaps nicht nachhaltig durch übermäßige Kosten- und Gewinnbestandteile beeinträchtigt werden. Soweit der XI. Zivilsenat im Jahr 2011 für einen CMS Spread Ladder Swap-Vertrag entschieden hat, dass eine Bank, die zugleich Vertragspartnerin des Swap-Vertrags ist, im Rahmen eines daneben bestehenden Beratungsvertrags einen anfänglichen negativen Marktwert zu offenbaren hat, weil darin ein schwerwiegender, für den Kunden nicht offensichtlicher Interessenkonflikt zum Ausdruck kommt, der geeignet ist, die Interessen des Anlegers zu gefährden, ist die dieser Entscheidung zugrundeliegende Fallgestaltung mit der vorliegenden nicht vergleichbar, weil die Beklagte nicht zugleich Vertragspartnerin des CCS-Vertrages war und es damit von vornherein an einem schwerwiegenden Interessenkonflikt fehlte. Soweit das Berufungsgericht des Weiteren angenommen hat, dass die Beklagte ihrer Pflicht zu einer anleger- und anlagegerechten Beratung des Klägers auch im Übrigen nachgekommen ist, sind die dagegen gerichteten Angriffe der Revision ebenfalls erfolglos geblieben, weil die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts keinen Rechtsfehler aufweisen und die zugrundeliegenden Feststellungen verfahrensfreier getroffen worden sind. Insbesondere hatte die Beklagte vor ihrer Empfehlung die Kenntnisse und Erfahrungen des Klägers, seine Risikobereitschaft, seine finanziellen Möglichkeiten und sein Anlageziel ermittelt. Aufgrund dessen durfte sie davon ausgehen, dass dem Kläger das mit dem empfohlenen CCS-Vertrag verbundene Fremdwährungsrisiko und das Risiko von Kursschwankungen bewusst war und seiner Risikoneigung entsprach, zumal nicht nur die Initiative für das streitgegenständliche Geschäft vom Kläger ausgegangen war, sondern er auch das Währungspaar und den Einstiegskurs im Verhältnis der beiden Währungen vorgegeben hatte. Schließlich hat das Berufungsgericht auch einen Verstoß der Beklagten gegen ihre Pflicht zur objektgerechten Beratung rechtsfehlerfrei verneint. (BGH, Urt. v. 20.01.2015- XI ZR 316/13)

**Abstract:** Eine Bank ist nicht verpflichtet, den Kläger über den negativen Marktwert des empfohlenen Swap-Vertrages aufzuklären, da dieser nämlich nicht den voraussichtlichen Erfolg und Misserfolg des Geschäftes widerspiegelt, sondern den Marktwert bei Abschluss des Vertrages, der zu diesem Zeitpunkt durch Glatstellung des Vertrages realisierbar wäre.

## Steuerrecht

### *Regelmäßige Arbeitsstätte in der Probezeit und bei befristeter Beschäftigung*

Der Kläger war im Streitjahr 2011 am Betriebssitz seines Arbeitgebers nichtselbständig tätig. Sein Arbeitsverhältnis war auf ein Jahr befristet. Die Probezeit betrug sechs Monate. In seiner Steuererklärung für das Streitjahr machte der Kläger seine tatsächlichen Fahrtkosten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte erfolglos als Werbungskosten geltend. Bei einem Probearbeitsverhältnis, das zudem auf ein Jahr befristet gewesen sei, sei der Arbeitnehmer der betrieblichen Einrichtung des Arbeitgebers nicht dauerhaft zugeordnet. Er verfüge deshalb über keine regelmäßige Arbeitsstätte. Fahrtkosten seien nicht lediglich im Rahmen der Entfernungspauschale, sondern wie bei einer Auswärtstätigkeit nach Dienstreisegrundsätzen zu berücksichtigen. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg.

Der BFH bestätigte die Entscheidung des Finanzgerichts. Der Kläger war im Streitjahr am Betriebssitz seines Arbeitgebers und damit in einer regelmäßigen Arbeitsstätte i.S. des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG dauerhaft tätig, denn er hat diese Einrichtung während seines Arbeitsverhältnisses nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit, d.h. fortdauernd und immer wieder (dauerhaft) aufgesucht. Der Umstand, dass der Kläger seine Tätigkeit dort nur auf ein Jahr befristet ausgeübt hat und zudem die ersten sechs Monate seines Beschäftigungsverhältnisses mit einer Probezeit belegt waren, steht der Dauerhaftigkeit der Zuordnung nach dem Betriebssitz des Arbeitgebers nicht entgegen. Auch in diesen Fällen sucht er die Tätigkeitsstätte nicht nur gelegentlich, sondern - wenn auch nur für die Dauer seines befristeten Beschäftigungsverhältnisses oder in der Probezeit - fortdauernd und immer wieder auf. (BFH, Urt. v. 06.11.14 - VI R 21/14)

**Abstract:** Ein Arbeitnehmer ist nicht allein deshalb ohne regelmäßige Arbeitsstätte tätig, weil er eine Probezeit vereinbart hat, unbedingt versetzungsbereit oder befristet beschäftigt ist und deshalb für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte nicht die tatsächlichen Kosten, sondern nur die Entfernungspauschale geltend machen kann.

## Arbeitsrecht

### *Verwirkung eines Schmerzensgeldanspruchs bei Mobbing*

Der Kläger macht gegen seinen früheren Vorgesetzten einen Schmerzensgeldanspruch wegen Verletzung der Gesundheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Höhe von mindestens 10.000 € geltend. Er stützt sich dabei

auf Vorfälle in den Jahren 2006 bis 2008, die er als Isolierung, Herabwürdigung und Schikane wertet. Der letzte Vorgang soll am 08.02.2008 stattgefunden haben. Der Kläger war 2007 an 52 Tagen, 2008 an 216 Tagen und 2009 durchgängig bis August arbeitsunfähig, unter anderem wegen Depression. Die Klage ging Ende Dezember 2010 bei Gericht ein. Das LAG hat einen möglichen Schmerzensgeldanspruch allein wegen Verwirkung abgelehnt.

Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das LAG. Eine Verwirkung, die nur unter ganz besonderen Umständen zu bejahen ist, scheidet hier aus. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist ein bloßes Zuwarten nicht als „treuwidrig“ anzusehen. Ein Unterlassen begründet nur dann ein Umstandsmoment, wenn aufgrund zusätzlicher besonderer Umstände eine Pflicht zur zeitnahen Geltendmachung besteht. In der vorzunehmenden Gesamtabwägung darf nicht auf eventuelle Beweisschwierigkeiten auf Seiten des Anspruchsgegners abgestellt werden. Das durch Richterrecht geschaffene Institut der Verwirkung darf in seiner Anwendung nicht dazu führen, dass die gesetzliche Verjährung unterlaufen wird. Das Landesarbeitsgericht wird nunmehr zu prüfen haben, ob tatsächlich ein Mobbinggeschehen festzustellen ist. (BAG, Urt. v. 11.12.2014 - 8 AZR 838/13)

**Abstract: Der Schmerzensgeldanspruch wegen Mobblings kann zwar verwirken, dafür genügen jedoch ein bloßes „Zuwarten“ oder die Untätigkeit des Anspruchstellers nicht.**

## Mietrecht

### *Entgangener Gewinn als Schaden des Mieters bei Vereitelung seines Vorkaufsrechts*

Die Klägerin ist seit 1992 Mieterin einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus in Hamburg, die Beklagte ist durch Eigentumserwerb in den Mietvertrag eingetreten. Zwischen den Parteien steht im Streit, ob vor oder nach Mietbeginn an den sieben Wohnungen des Hauses Wohnungseigentum begründet worden ist. Mit notariellem Kaufvertrag vom 17.05.2011 veräußerte die Beklagte sämtliche Eigentumswohnungen zum Gesamtpreis von rund 1,3 Mio € an einen Dritten. Dieser wurde am 18.07.2011 als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Die Klägerin wurde von der Beklagten weder vom Kaufvertragsabschluss unterrichtet noch auf ein Vorkaufsrecht hingewiesen. Am 12.01.2012 bot der neue Eigentümer der Klägerin die von ihr bewohnte Wohnung zum Preis von 266.250 € zum Kauf an. Sie macht geltend, die Beklagte habe durch die unterlassene rechtzeitige Unterrichtung von dem Verkauf ihr gesetzliches Vorkaufsrecht vereitelt und sei daher zum Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verpflichtet. Bei Ausübung des Vorkaufsrechts hätte sie die Wohnung, die einen Verkehrswert von 266.250 € aufweise, zu einem Kaufpreis von (nur) 186.571 € - auf ihre Wohnung entfallender Anteil an dem gezahlten Gesamtkaufpreis - erwerben und dadurch einen Gewinn von 79.428,75 € erzielen können. Das AG hat die auf Zahlung dieses Betrags (nebst Zinsen) gerichtete Klage abgewiesen, die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg gehabt. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Schaden

als nicht mehr vom Schutzzweck des § 577 BGB gedeckt angesehen. Die Differenz zwischen Verkehrswert und Kaufpreis sei nur ersatzfähig, wenn der Mieter sein Vorkaufsrecht ausgeübt habe und der Vermieter anschließend den dadurch zustande gekommenen Kaufvertrag nicht erfülle, sondern die Wohnung an den Drittkäufer übereigne. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

Der BGH hat entschieden, dass dem Mieter nicht nur in den vom Berufungsgericht angenommenen Fällen der Vereitelung eines bereits ausgeübten Vorkaufsrechts, sondern auch dann ein Anspruch auf Ersatz der Differenz zwischen dem Verkehrswert der Wohnung und dem mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreis – abzüglich ersparter Kosten - als Erfüllungsschaden zustehen kann, wenn der Mieter infolge einer Verletzung der den Vermieter treffenden Mitteilungspflichten aus § 577 Abs. 1 Satz 3, § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 577 Abs. 2 BGB vom Inhalt des Kaufvertrags und seinem Vorkaufsrecht erst nach Übereignung der Wohnung an den Dritten Kenntnis erlangt und aus diesen Gründen von der Ausübung des Vorkaufsrechts absieht. Die Mitteilung vom Eintritt des Vorkaufsfalls und die Belehrung über die Vorkaufsberechtigung sollen den Mieter in die Lage versetzen, sein Vorkaufsrecht auszuüben und damit einen Anspruch auf Übereignung der Wohnung zu begründen. Erhält der Mieter diese Informationen erst zu einem Zeitpunkt, zu dem der Kaufvertrag mit dem Drittkäufer schon abgewickelt worden ist, steht zu vermuten, dass der Vermieter die nicht mehr in seinem Eigentum stehende Wohnung nicht an den Mieter übereignen kann. In einem solchen Fall ist vom Mieter nicht zu verlangen, dass er zunächst das Vorkaufsrecht ausübt, um hierdurch einen Kaufvertrag mit dem Vermieter zustande zu bringen, den dieser von vornherein nicht erfüllen kann. Vielmehr kann der Mieter dann unmittelbar Ersatz des Erfüllungsschadens - hier entgangener Gewinn - begehren, der ihm bei Ausübung des Vorkaufsrechts entstanden wäre. Der Erstattungsfähigkeit eines solchen Schadens steht – anders als vom Berufungsgericht angenommen – auch nicht ein eingeschränkter Schutzzweck des Vorkaufsrechts nach § 577 BGB entgegen. Denn der Gesetzgeber verfolgte mit dieser Regelung nicht nur die Absicht, den Mieter vor einer Verdrängung durch Drittkäufer zu schützen, sondern wollte ihm auch die Möglichkeit eröffnen, die Wohnung zu einem Kaufpreis zu erwerben, den auch ein Dritter zu zahlen bereit ist, und ihn damit an den von diesem ausgehandelten günstigen Konditionen teilhaben lassen. Der Rechtsstreit war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da dieses nicht alle für eine abschließende Entscheidung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. (BGH, Urt. v. 21.01.2015 - VIII ZR 51/14)

**Abstract:** Ein Mieter kann wegen der Vereitelung seines gesetzlichen Vorkaufsrechts (§ 577 BGB) auch Schadensersatz i.H.v. des ihm entgangenen Gewinns verlangen.