

werte erwirbt. Denn das eingeworbene Kapital dient nur der Finanzierung derartiger Projekte, ohne dass der Anleger durch Beteiligung an den Sachwerten abgesichert ist. Die Aussage „maximal flexibel“ lässt den Verbraucher an Tages- oder Festgeldanlagen denken, aber auch an die kurzfristige Verfügbarkeit von Spareinlagen auf einem Sparbuch. Wenn demgegenüber eine Mindestlaufzeit von 3 Jahren vorgesehen ist, dann ist die Anlage, was schnellste Verfügbarkeit betrifft, weder „flexibel“ noch gar „maximal flexibel“.

Dieselben Überlegungen gelten für die Bezeichnung der Anlage als „grünes Sparbuch“ oder „wie eine Sparanlage“, „maximale Sicherheit“, „höchstmögliche Sicherheit“, „hohe Wertstabilität und Sicherheit“ und „Sicherheit auch bei steigender Inflation“.

#### Praxisinweis:

Die Förderung erneuerbarer Energien als „Zweitnutzen“ einer Geldanlage ist nach wie vor ein zugkräftiges Werbeargument. Wenn dann dem Umworbenen auch noch das Gefühl maximaler Sicherheit mit plastischen Vergleichen („grünes Sparbuch“) vermittelt wird, ist der Werbeerfolg gesichert. Dem Landgericht ist zuzustimmen, dass solche Werbeaussagen zur (angeblichen) Sicherheit nicht gemacht werden dürfen, ohne gleichzeitig sehr deutlich auf die bestehenden Risiken hinzuweisen.

Dass eine falsche Werbeaussage (im Flyer) nicht dadurch zulässig wird, dass sie hinterher (im Hauptprospekt) und (vielleicht) noch rechtzeitig vor Erwerb der Genussscheine richtiggestellt wird, entspricht einhelliger Rechtsprechung. Es genügt, dass die irreführende Werbung einen Anlockeffekt entfaltet (*Bornkamm*, in Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 29. Aufl., 2011, § 5 Rz. 2.177 und 2.192 ff.). Ist erst einmal der persönliche Kontakt zum potentiellen Kunden hergestellt, ist das schon der halbe Weg zum Erfolg! Eine spätere Richtigstellung ändert an der Unzulässigkeit also nichts.

Allerdings stellt sich ohnehin die Frage, ob hier wirklich nachträglich eine ausreichende Aufklärung über die Risiken erfolgt ist: Das Landgericht weist zutreffend darauf hin, dass nach der Lebenserfahrung viele Anleger den umfangreichen Hauptprospekt gar nicht mehr zur Kenntnis nehmen, ihn jedenfalls nicht von vorne bis hinten durchlesen werden. Ihre Erwartungshaltung wird geprägt durch die plakativen Sicherheitsaussagen im Flyer. Sie fühlen sich ausreichend informiert und rechnen natürlich nicht damit, dass im Hauptprospekt zuvor gemachte Aussagen relativiert werden.

Solche Verbraucher sind durch die falschen Prospektaussagen arglistig getäuscht und haben, wenn sie sich unter dem Eindruck der Werbung zu einer Anlage entschlossen haben, die Möglichkeiten des BGB, also ihre auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung anzufechten, u.U. auch Schadenersatz gemäß §§ 823, Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zu verlangen (vgl. für den ähnlich gelagerten Fall der Abofalle im Internet die Rechtsprechungshinweise bei *Stillner*, VuR 2011, 123, Fn. 60).

Ob auch § 5 UWG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist, ist noch nicht entschieden (offen gelassen für das UWG n.F. bei Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, § 823 Rdn. 71; ablehnend für Verstöße gegen §§ 3 und 7 UWG *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, aaO., Einleitung UWG, Rdn. 7.5). Auf den ersten Blick könnte man daran denken, nachdem ja § 1

UWG ausdrücklich sagt, dass das UWG auch „dem Schutz der ... Verbraucher“ diene. Allerdings würde dieser Weg jedenfalls im vorliegenden Fall spätestens an der fehlenden Kausalität des Gesetzesverstößes für den eingetretenen Schaden scheitern. Gerade weil, wie dargelegt, bei § 5 UWG schon der Anlockeffekt unabhängig von einer möglichen späteren Aufklärung ausreicht, ist mit der Bejahung eines Verstößes gegen § 5 UWG ja noch nicht gesagt, dass das Anlocken auch kausal war für den eingetretenen Schaden, also für den Entschluss zur Geldanlage.

## SONSTIGES VERBRAUCHERRECHT

### Widerruf eines Schufa-Eintrages im einstweiligen Rechtsschutz

#### 1. Der Anspruch auf Widerruf eines Negativeintrages gegenüber einer Auskunftfei kann im einstweiligen Verfügungsverfahren durchgesetzt werden.

(Leitsatz der Bearbeiter)

#### 2. Erfolgt der Widerruf des Negativeintrages nach Zugang der Antragschrift bei Gericht, aber vor stattgebendem Beschluss des Gerichts, erledigt sich der Widerrufsanspruch. Eine Umstellung auf die Erledigungsfeststellung (§ 264 Nr. 2 ZPO) ist dann mit der Folge zulässig, dass die widerrufende Stelle die Kosten des Verfahrens trägt.

(Leitsatz der Bearbeiter)

#### 3. Im heutigen Wirtschaftsleben haben Negativeinträge bei der Schufa Holding AG für die Betroffenen eine große Auswirkung, die sie in ihrer Lebensgestaltung empfindlich treffen können.

(Leitsatz der Gerichte)

#### 4. Trägt ein mit der Durchsetzung der Forderung betrautes Inkasso-Unternehmen den Negativeintrag im eigenen Namen bei der Schufa Holding AG ein, ist der Eintrag rechtswidrig, wenn das Inkasso-Unternehmen keine Gründe dafür vortragen kann, die den Eintrag im eigenen Namen rechtfertigen.

(Leitsatz des Bearbeiters)

LG Berlin, Urt. v. 27.04.2011, Az.: 4 O 97/11 (rkr.)

bearbeitet und Anmerkung von RA Sven Tintemann und Dr. Stephan Gärtner, Berlin

#### Sachverhalt (zusammengefasst):

Der Verfügungskläger (Kl.) mietete bei dem Autovermieter (S) einen Pkw. Nach einem Verkehrsunfall verlangte S hierfür die vereinbarte Selbstbeteiligung in Höhe von 950 Euro. Nach Einleitung des gerichtlichen Mahnverfahrens schloss der Kl. mit der anwaltlich vertretenen S einen Teilzahlungsvergleich. Danach erkannte der Kl. den Anspruch an und verpflichtete sich zur Zahlung von Raten á 50 Euro. Gleichzeitig nahm er den Widerspruch in dem Mahnverfahren zurück und ließ gegen sich einen Vollstreckungsbescheid ergehen. Hiernach übernahm die Verfügungsbeklagte (Bekl.) als Inkassounternehmen den Forderungseinzug.

Am 15.09.2010 meldete die Bekl. der Schufa Holding AG die o.g. Forderung als sog. Negativeintrag. Hierauf forderte der Kl. die Bekl. auf, den Negativeintrag gegenüber der Schufa zu widerrufen und legte Widerspruch nach § 35 Abs. 5 BDSG gegen die Eintragung ein. Am 28.02.2011 beantragte der Kl. gegen die Bekl. beim LG Berlin den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem In-

halt, der Bekl. aufzugeben, den Negativeintrag zu widerrufen und dem Empfänger des Widerrufs mitzuteilen, dass der Scorewert zu berichtigen sei. Ferner machte der Kl. einen Unterlassungsanspruch geltend. Das LG Berlin erließ die einstweilige Verfügung antragsgemäß am 02.03.2011.

Bereits am 28.02.2011 widerrief die Bekl. nach eigenen Angaben den Negativeintrag, woraufhin die Schufa den Negativeintrag am 01.03.2011 löschte. Im Widerspruchsverfahren beantragte der Kl. die Bestätigung der einstweiligen Verfügung, soweit die Bekl. zur Mitteilung an die Schufa, zur Korrektur der Scorewerte und zur Unterlassung verurteilt worden war. Im Übrigen erklärte er die Verfügung für erledigt. Hiergegen wendete sich die Bekl. mit ihrem Widerspruch.

#### Gründe (zusammengefasst):

Soweit sich die einstweilige Verfügung auf Grund der Löschung der Lasten des Kl. eingetragenen Negativmerkmale durch die Schufa Holding AG erledigt hat, handelt es sich um eine im Hinblick auf § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Umstellung des Klageantrages auf Feststellung. Das Feststellungsinteresse folgt daraus, dass die Bekl. weiterhin nicht einräumt, dass sie zu Unrecht den Kläger mit einer Negativmeldung belastet hat. Im Übrigen ist die einstweilige Verfügung zu bestätigen. Der Grund für ihren Erlass besteht weiterhin fort. Die Bekl. ist aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB verpflichtet, umgehend alles zu unternehmen, damit der Kl. nicht weiterhin mit zu Unrecht niedrigen Scorewerten bei der Schufa Holding AG in der Öffentlichkeit belastet wird.

Die Bekl. verletzte mit ihrer Schufa-Mitteilung den Kl. in dessen allgemeinem Persönlichkeitsrecht, welches durch § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht geschützt wird, ohne hierfür eine Rechtfertigung zu haben. Im heutigen Wirtschaftsleben haben Negativeintragungen bei der Schufa Holding AG für die Betroffenen eine große Auswirkung, die sie in ihrer Lebensgestaltung empfindlich treffen können. Banken, Versicherungen, Telefonunternehmen und weitere Wirtschaftsunternehmen verlassen sich hinsichtlich der Beurteilung von zukünftigen Vertragspartnern häufig auf die Schufa-Auskünfte. Mithin hätte die Bekl. nach § 4 Abs. 1 i. V. m. § 28a Abs. 1 BDSG die personenbezogenen Daten zu Lasten des Kl. nur an die Schufa Holding AG übermitteln dürfen, wenn sie ein berechtigtes Interesse daran gehabt hätte. Ein derartiges Interesse ist nicht ersichtlich.

Zum einen hat die Bekl. nicht einlassungsfähig dargelegt, aus welchen Gründen sie berechtigt sein soll, aus einem Vergleich und einem Vollstreckungsbescheid zu Gunsten der S. einen Anspruch gegen den Kl. zu haben. Allenfalls ist der Kl. der S. zur Zahlung dieses Betrages verpflichtet. Hinzu kommt zum anderen, dass die der S. zustehende Forderung derzeit nicht fällig ist. Sie ist schon deshalb nicht fällig, weil der Kl. weiterhin unbestritten seine Verpflichtungen aus dem Ratenzahlungsvergleich erfüllt. Weitere Rechtfertigungsgründe für den Eingriff der Bekl. in das Persönlichkeitsrecht sind nicht ersichtlich.

Darüber hinaus ist entsprechend § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB zu besorgen, dass die Bekl. weiterhin durch Schufa-Meldungen das Persönlichkeitsrecht des Klägers beeinträchtigt. Dies folgt schon daraus, dass sie es bisher unterlassen hat, eine uneingeschränkte Unterlassungserklärung für die Zukunft abzugeben. Ferner steht dem Kl. ein Verfügungsgrund zum Erlass der einstweiligen Verfügung zur Seite. Gemäß § 940 ZPO war nämlich der Erlass der einstweiligen Verfügung zur Abwen-

dung wesentlicher Nachteile nötig. Im Hinblick auf die große Verbreitung und Marktgängigkeit der Eintragung bei der Schufa Holding AG ist in diesem Bereich schneller Rechtsschutz von Nöten.

Hinsichtlich der mittlerweile erfolgten Löschung des Negativeintrages hat sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt. Die Löschung durch die Schufa Holding AG erfolgte nach Rechtshängigkeit, bei dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren, die bereits mit Eingang bei Gericht rechtshängig werden.

#### Anmerkung:

Das Urteil setzt sich mit zwei wesentlichen Fragen auseinander. Erstens: Wann ist ein Negativeintrag in der sog. Inkasso-Konstellation rechtswidrig? Zweitens: Wie kann ein rechtswidriger Negativeintrag im Eilverfahren beseitigt werden?

Zum besseren Verständnis der Entscheidung müssen zunächst zwei Begriffe erklärt werden. Negativmerkmale sind Einzelinformationen über eine notleidende, fällige Forderung (vgl. § 28a BDSG). Unter der Inkasso-Konstellation versteht man Sachverhalte, bei denen der Forderungsinhaber ein Inkasso-Unternehmen mit der Forderungsdurchsetzung beauftragt und in denen das Inkasso-Unternehmen den Negativeintrag an die Auskunftsfirma übermittelt.

Hinsichtlich der Frage, wann in der sog. Inkasso-Konstellation ein Negativeintrag rechtswidrig ist, wendet das Gericht konsequent § 4 Abs. 1 BDSG an. Hiernach ist jeder Negativeintrag rechtswidrig, es sei denn, es gibt dafür ausnahmsweise eine Rechtsgrundlage. Hierfür kommt nach Annahme des Gerichts allenfalls ein überwiegendes Interesse an dem Negativeintrag in Betracht. Nach alter Rechtslage war ein solches unter den Voraussetzungen des § 28 BDSG gegeben; nach neuer Rechtslage unter denen des § 28a BDSG. Zu Recht geht das Gericht davon aus, dass in der Inkasso-Konstellation ein Offenbarungsinteresse überhaupt nur dann bestehen kann, wenn die Forderungsinhaberin den Negativeintrag meldet. Denn nur sie kann überprüfen, ob der konkrete Sachverhalt einen Negativeintrag rechtfertigt. Hierin ist dem Gericht zuzustimmen.

Hierbei sei der – im Urteil nicht erwähnte – Hinweis erlaubt, dass die oftmals zu hörende Rechtfertigung, das Inkasso-Unternehmen habe den Negativeintrag lediglich im Auftrag des Forderungsinhabers lanciert, datenschutzrechtlich nicht zu halten ist. Denn eine Datenübermittlung im Auftrag ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 11 BDSG zulässig. Dies setzt einen schriftlichen Auftrag voraus, der nur dann wirksam ist, wenn er den 10-Punkte Katalog des § 11 Abs. 2 BDSG und insbesondere die Festlegungen nach § 9 BDSG enthält. Solche Aufträge werden in aller Regel zwischen Forderungsinhaber und Inkasso-Unternehmen nicht bestehen.

Hinsichtlich der Frage, wie ein Negativeintrag beseitigt werden kann, hat das Gericht entschieden, dass die Verpflichtung des Inkasso-Unternehmens, den rechtswidrigen Negativeintrag gegenüber der Auskunftsfirma (z.B. Schufa) zu widerrufen, auch im Eilverfahren durchgesetzt werden kann. Damit steht fest, dass ein Widerruf des Negativeintrages die Hauptsache nicht vorwegnimmt. Dies ist konsequent, wenn man bedenkt, dass die hier anwendbare EU-Richtlinie 46/95/EG einen besonderen effektiven Datenschutz-Rechtsschutz vor-

schreibt (vgl. *Gärtner*: Harte Negativmerkmale auf dem Prüfstand des Datenschutzrechts. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem, englischem und österreichischem Recht, Hamburg 2011, S. 200).

In erfreulicher Klarheit hat sich das Gericht zum Schicksal von Eilanträgen geäußert, die sich nach Eilantragsstellung erledigen. Diese Konstellationen sind nicht selten; denn sehr häufig widerrufen Inkasso-Unternehmen den Negativeintrag erst dann, wenn der Verbraucher „ernst macht“ und einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stellt. Erfolgt der Widerruf erst nach Antragsstellung, kann der Antrag auf einen Erledigungsfeststellungsantrag umgestellt werden. In diesen Fällen – so das Gericht – trägt das Inkasso-Unternehmen trotz Erledigung die Kostenlast. Als bemerkenswert zu erwähnen ist auch, dass das Gericht die Erledigung eines Anspruchs auf Widerruf eines Negativeintrages erst mit Löschung des Eintrages als gegeben ansieht.

Das Gericht macht auch sehr deutlich, dass bereits durch den Negativeintrag erheblich in die Lebensgestaltung eingegriffen wird. Hier wurde teilweise darauf abgestellt, dass erst ein Verfügungsgrund bestehe, wenn ein konkreter Nachteil vorhanden sei oder zumindest konkret den Betroffenen bedrohe (zuletzt LG Berlin, Beschl. v. 11.05.2011, Az.: 38 O 197/11). Mit dieser Problematik räumt das Landgericht hier auf, indem es klar macht, dass wichtige Teile des Rechtsverkehrs die Schufa-Auskunft zum wesentlichen Bestandteil der Beurteilung ihrer Vertragspartner machen, weshalb kein konkreter Nachteil, sondern bereits die abstrakte Gefährdung ausreichend sei, damit einen Verfügungsgrund besteht.

Bemerkenswert ist auch, dass die Bekl. hier nicht mit dem Argument durchdringen konnte, es liege durch einen Vollstreckungsbescheid gegen den Kl. ein hartes Negativmerkmal vor. Hier hört man in der Praxis oft die Behauptung, dass bei Vorliegen eines harten Merkmals die Eintragung immer rechtmäßig sei. Dem ist jedoch eindeutig nicht so. Zum einen regelt bereits § 28a Abs. 1 BDSG, dass die Forderung zumindest fällig sein muss, was vorliegend aufgrund einer laufenden Ratenzahlungsvereinbarung nicht der Fall war. Zudem muss der Eintragende, der im Negativeintrag einen auf sich lautenden titulierten Anspruch behauptet, indem er den Negativeintrag im eigenen Namen vornimmt, diesen Titel auf sich umgeschrieben haben (so auch bereits LG Dresden, Beschl. v. 04.03.2009, Az.: 9 O 428/09 EV). Dies wird in der Inkasso-Konstellation regelmäßig nicht der Fall sein. Die Eintragung ist somit schon fehlerhaft und rechtswidrig, da derjenige, der nicht Forderungsinhaber ist, auch kein berechtigtes Interesse an dem Negativeintrag geltend machen kann.

Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass das LG Berlin nun bereits mehrfach eine eintragende Stelle auch nach Erledigung des Negativeintrages durch Zeitablauf oder Widerruf dazu verpflichtet hat, der Schufa Holding AG mitzuteilen, dass derjenige Zustand auch im Hinblick auf die Berechnung von Scorewerten wiederhergestellt werden soll, als habe es den Negativeintrag nicht gegeben (zuletzt LG Berlin, Urt. v. 23.02.2011, Az.: 38 O 129/10, n.rk.). Somit soll sichergestellt werden, dass der Eintrag in seiner Wirkung auch ex tunc und nicht nur ex nunc gelöscht und nicht beim Scoring (§ 28b BDSG) berücksichtigt wird.

## RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT

### BANK- UND KAPITALMARKTRECHT

#### Getrennter Verjährungsbeginn bei Verletzung mehrerer Beratungspflichten

BGH, Urt. v. 24.03.2011, Az.: III ZR 81/10

Der Grundsatz, dass bei mehreren voneinander abgrenzbaren Aufklärungs- oder Beratungsfehlern die Verjährung nicht einheitlich, sondern getrennt für jede einzelne Pflichtverletzung zu prüfen ist, setzt nicht voraus, dass die Pflichtverletzung jeweils eigene, von den anderen Fehlern und deren Folgen gesonderte Schäden zeitigt, sondern ist gerade auch anwendbar in den Fällen, in denen die Pflichtverletzungen denselben Schaden verursacht haben, nämlich jeweils für die Anlageentscheidung ursächlich waren.

(Leitsatz des Gerichts)

#### Aufklärungspflicht der Finanzierungsbank bei schwerwiegendem Interessenkonflikt

BGH, Beschl. v. 05.04.2011, Az.: XI ZR 365/09

1. Ein aufklärungspflichtiger schwerwiegender Interessenkonflikt auf Seiten der einen Immobilienerwerb finanzierenden Bank setzt nicht zwingend die drohende Insolvenz des

Bauträgers oder Immobilienverkäufers voraus. Entscheidender Anknüpfungspunkt ist vielmehr, dass die Bank das Risiko eines eigenen notleidenden Kreditengagements im Rahmen des finanzierten Geschäfts auf den Erwerber abgewälzt hat.

2. Auch bei drohenden im Umfang begrenzten Nachteilen besteht eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Anleger. Es ist nicht erforderlich, dass die mangelnde Bonität des Anlegers zum völligen Scheitern des Anlagegeschäfts führt.

(Leitsätze der Redaktion)

#### Lehman-Zertifikate: Keine Aufklärungspflicht bei Erwerb im Februar 2007

OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 02.03.2011, Az.: 19 U 248/10

1. Eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Möglichkeit eines Totalverlustrisikos im Falle einer Emittenteninsolvenz bestand nicht bei einem Erwerb von Lehman-Zertifikaten im Februar 2007, da zu diesem Zeitpunkt das Bonitätsrisiko der Investment Bank Lehman Brothers fernliegend und nur von theoretischer Natur war.

2. Es liegt kein Beratungsfehler vor, wenn der Anleger telefonisch die Zusendung schriftlicher Unterlagen über eine Anlage, die eine hinreichende Risikoaufklärung enthalten hätten, abgelehnt hat.