Der Markt für Kapitalanlagen - und wie aus einem kleinen Ball eine große Lawine wird

Newsletter 05 / 2005

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

wer in den letzten Wochen die Diskussionen um den neuen § 15b EStG mit verfolgt hat, konnte erleben, wie sich bildlich gesprochen ein kleiner Schneeball zu einer großen Lawine entwickelt hat, die - um noch im Bild zu bleiben - ein ganzes Dorf unter sich zu begraben droht. Jedenfalls sieht dies mancher Initiator oder Projektentwickler von Fondsbeteiligungen so, während andere ähnlich wie damals bei § 2b EStG die Sache entspannter betrachten und darauf vertrauen, dass doch noch eine Kompromisslösung gefunden werden kann oder alles nicht so „heiß gegessen wird, wie es gekocht wurde“.

Es gibt nun allerdings doch erhebliche Unterschiede zum damals ebenfalls sehr kurzfristig verabschiedeten § 2b EStG und es setzte sogleich auch eine Diskussion darüber ein, wer zu den Gewinnern und Verlierern zählen wird. So erhoffen sich beispielsweise die Anbieter von Auslandsbeteiligungen sogar einen zusätzlichen Umsatzschub.

Vor allem der schemenhafte Begriff des „Steuerstundungsmodells“ wirft hier wiederum altbekannte Fragen auf. Ist es bereits ein Modell, wenn ein Bauträger, der ein in Deutschland belegenes Denkmalobjekt vertreiben will, vom Standort und der Qualität seiner Sanierungsarbeiten so überzeugt ist, dass er einem Kapitalanleger anbietet, die Erstvermietung zu übernehmen?

Wir meinen nein, denn hier geht es um eine sinnvolle Zusatz- oder Serviceleistung insbesondere auch ohne Aufteilung von Leistungsbereichen auf verschiedene Leistungserbringer. Es wird - anders als bei einem Modell - kein Paket unterschiedlicher Angebote aufgrund diverser vorgefertigter Vertragstexte geschnürt, sondern eine Hauptleistung mit sinnvoller Zusatz- oder Nebenleistung erbracht.

Diese und viele andere Fragen harren noch einer endgültigen Klärung. Wir bleiben für Sie am (Schnee-)Ball und entwickeln mit Ihnen Lösungen für das, was künftig machbar ist und was nicht.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Zu den Voraussetzungen der deliktischen Haftung von Prospektverantwortlichen wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung
- Zur Frage der Prospekthaftung und wer für fehlerhafte Prospektangaben einzustehen hat
- Immobilienfonds: Keine Bereichsausnahme nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 Verbraucherkreditgesetz VerbrKrG a.F.
- Zur Frage der Unwirksamkeit einer Treuhändervollmacht und inwieweit dies für eine finanzierende Bank im Jahr 1993 erkennbar war
- Zu den Pflichten einer depotführenden Bank
- Zur Frage der Beratungs- und Informationspflichten eines Steuerberaters
- Zur Frage der Kausalität fehlerhafter ad-hoc-Mitteilungen
- Zur Frage der Haftung der Gesellschafter einer Immobilien-GbR für von der GbR zur Objektfinanzierung aufgenommene Darlehen
- Fehlender Rechtsgrund für Bezugsberechtigung aus Lebensversicherung
- Keine deliktische Verjährung bei fehlerhaften Sanierungsmaßnahmen - Verjährungshemmung mit Mangelprüfung durch Versicherer
- Zur Frage der Beurkundungspflicht von Baubeschreibungen und der Rückabwicklung formnichtiger Bauträgerverträge
- Zur Frage des Bereicherungsausgleichs bei nichtigem Bauträgervertrag
- Zur Darlegungs- und Beweislast im Schadensersatzprozess des Mieters wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung
- Zur Frage, ob der Sonnabend bei der Berechnung der Kündigungsfrist eines Wohnraummietverhältnisses als Werktag mitzuzählen ist
- Rückzahlung erhaltener Betriebskostenvorschüsse im beendeten Mietverhältnis
- Einbringung von Bruchteilseigentum in BGB-Gesellschaft - kein Anschaffungsvorgang
- Gewerblicher Grundstückshandel bei Unterschreiten der 3-Objekt-Grenze
- Zur Frage der Schenkung eines „beschwerten“ Grundstücks an einen Minderjährigen

Gesetzgebungsspiegel

- GmbH-Gründungen werden erleichtert
- Gesetz über Kündigungsfristen für so genannten Altmietverträge verabschiedet

Literaturspiegel

- Zur Frage, ob die Veräußerung Not leidender Darlehensforderungen durch Sparkassen eine Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 StGB darstellt
- Beratungspflichten einer Bank aus einem Wertpapierdepotvertrag
- Noch einmal: Der Schutz des Bürgen vor missbräuchlicher Nutzung einer auf erstes Anfordern gewährten Bürgschaft
- Anlegerschutz durch Rückforderungsdurchgriff, Durchgriff beim finanzierten Fondsbeitritt - eine Zwischenbilanz
- Gewinnabschöpfung im Kapitalmarktrecht
- Braucht der Kapitalmarkt ein neues Gesetz für Massenverfahren?
- Von wegen Panikschenkungen!
- Neue Marktbedingungen für geschlossene Immobilienfonds durch § 15b EStG-E
- Genussscheinfinanzierte Geschäfte mit Finanzinstrumenten und Finanzkommissionsgeschäft nach § 1 Abs. 1 KWG
- Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft als Beschränkung von Schadenersatzansprüchen?
- Die Anzeigepflicht bei Verdacht von Insidergeschäften und Marktmanipulation nach § 10 WpHG

- Aufklärungspflicht bei Nachholen einer unterlassenen Widerrufsbelehrung
- Die Entwicklung des privaten Bankrechts im Jahr 2004
- Einwendungsdurchgriff zugunsten des getäuschten Fondsanlegers gegenüber der Bank bei Mitwirkung des Fondsbetreibers am Abschluss des Kreditvertrages
- Folgen fehlender Beurkundung einer Baubeschreibung
- Neue Grundsätze zur Feststellung der Einkünfteerzielungsabsicht bei ausschließlich vermieteten und zur Vermietung bereitgehaltenen Ferienwohnungen
- Parallel strukturierte Private Equity Fonds

Sonstiges

- Neuer Sicherungsfonds für deutsche Lebensversicherer
- Wichtiges zur Restschuldverschreibung
- Verwaltungsanweisungen zum Alterseinkünftegesetz

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Zu den Voraussetzungen der deliktischen Haftung von Prospektverantwortlichen wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (BGH, Urt. v. 28.02.2005, II ZR 13/03)

1. Von einer arglistigen Täuschung kann dann nicht ausgegangen werden, wenn die durch Vorlaufkosten bedingten Risiken der Fondsbeteiligung in dem Prospekt nicht verschwiegen wurden, sondern für einen Interessenten ohne weiteres Erkennbar waren. Eine unzureichende Hervorhebung der Risiken, die kein unzutreffendes Gesamtbild des Anlagemodells erzeugt, kann nicht als Irreführung eingestuft werden.

2. Eine Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung kann aber dann gegeben sein, wenn ein Anleger unabhängig von dem Inhalt des Prospekts durch Täuschung zur Übernahme der Fondsbeteiligung bestimmt worden ist. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn ein einer breiten Öffentlichkeit bekannter Initiator eines Fonds in Schulungsveranstaltungen empfohlen hat gegenüber Interessenten zu erklären, er gewährleiste persönlich die Erfüllung der Rückzahlungsansprüche der Anleger bei Scheitern des Fonds ohne diese Zusage jemals einhalten zu wollen.

§ § §

Zur Frage der Prospekthaftung und wer für fehlerhafte Prospektangaben einzustehen hat (LG Düsseldorf, Urt. v. 04.04.2005, 8 O 132/02)

Angesichts zahlreicher BGH-Urteile zu Fragen der Prospekthaftung und der Haftung von Hintermännern werden erst- oder auch zweitinstanzliche Urteile häufig nicht mehr groß von der Öffentlichkeit registriert. Bei dieser Entscheidung war es anders, da ein bundesweit tätiger und weit bekannter Gesellschafter-Geschäftsführer einer Vertriebsgesellschaft Haftungsadressat war. Das Landgericht Düsseldorf verurteilte ihn, seine Vertriebsgesellschaft, den Initiator des Beteiligungsangebotes sowie den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Fondsgesellschaft zu Schadenersatz. Die beiden letzteren müssten haften, da sie wegen falscher oder unvollständiger Prospektangaben verantwortlich sind. Der Vertriebsgesellschaft und deren Geschäftsführer sei des Weiteren vorzuwerfen, dass sie über die Höhe der Innenprovision, die bei 25 % gelegen habe, nicht aufgeklärt hätten. Die Frage, ob über Innenprovisionen auch der Höhe nach aufgeklärt werden müsse, sei zwar umstritten. Jedenfalls müsse aber, wenn eine Innenprovision 15 % überschreite, hierüber generell unterrichtet werden. Selbst wenn - wie das Landgericht Düsseldorf im vorliegenden Fall annimmt - die Vertriebsgesellschaft nur als Anlagevermittlerin, nicht als Anlageberaterin aufgetreten sei, schulde sie auf der Grundlage eines jedenfalls stillschweigend zustande gekommenen Auskunfts- oder Beratungsvertrages Aufklärung über Risiken und Besonderheiten der angebotenen Anlageform. Hierzu gehöre neben der Aufklärung über die Innenpro-

vision auch die Aufklärung darüber, dass eine vorgesehene Bankbürgschaft für die Mietgarantie nicht erbracht worden ist. Dem Geschäftsführer der Vertriebsgesellschaft warf das Gericht sogar eine vorsätzliche sittenwidrige Handlung vor, weil die Höhe der Innenprovision nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den erbringenden Leistungen stehe. Das Argument, es fehle an einem subjektiven Verschulden, half ebenfalls nicht weiter, weil die rechtsirrige Annahme, eines Hinweises an den Anleger bedürfe es nicht, nur unter ganz besonderen Umständen und unter Anlegung eines strengen Maßstabes entschuldigend wirken könne.

§ § §

Immobilienfonds: Keine Bereichsausnahme nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 Verbraucherkreditgesetz VerbrKrG a.F. (BGH, Urt. v. 21.03.2005, II ZR 411/02)

Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 Verbraucherkreditgesetz a.F. findet auf Darlehen, die zur Finanzierung der Beteiligung an einer Anlagegesellschaft gewährt werden, keine Anwendung.

Der BGH stellt hierzu fest, dass im Sinne des Verbraucherschutzes eine enge Auslegung des Ausnahmetatbestandes geboten sei. Die Finanzierung einer Beteiligung an einem Immobilienfonds sei keine Finanzierung zum Erwerb einer Immobilie und damit kein typischer in § 3 Abs. 2 Nr. 2 Verbraucherkreditgesetz angesprochener Realkredit. Dies werde ergänzend daran sichtbar, dass das Grundpfandrecht nicht durch den Kreditnehmer bestellt worden ist, sondern durch den Dritten. Die Situation eines Anlegers bei der Kreditaufnahme sei deshalb aus Verbrauchersicht weit stärker derjenigen bei Aufnahme eines typischen Konsumentenkredits als der bei Aufnahme eines typischen Realkredits vergleichbar.

§ § §

Zur Frage der Unwirksamkeit einer Treuhändervollmacht und inwieweit dies für eine finanzierende Bank im Jahr 1993 erkennbar war (BGH, Urt. v. 15.03.2005, XI ZR 135/04)

1. Im Jahre 1993 konnte die finanzierende Bank im Rahmen eines Steuersparmodells den auf einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz beruhenden Mangel einer notariell beurkundeten und vorgelegten Treuhändervollmacht auch nicht in Fällen kennen, in denen die Vollmacht einer Steuerberatungsgesellschaft erteilt worden war.

2. § 10 Abs. 2 VerbrKrG findet keine analoge Anwendung auf (vollstreckbare) abstrakte Schuldanerkenntnisse.

3. In einer abstrakten Vollstreckungsunterwerfung liegt nicht zugleich eine Kausalvereinbarung, dass der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen habe.

§ § §

Zu den Pflichten einer depotführenden Bank (BGH, Urt. v. 23.11.2004, XI ZR 137/03)

1. Aus einem Wertpapierdepotvertrag folgt keine Pflicht der Bank zu vollumfänglicher Betreuung und laufender Beratung.

2. Die Bank ist aus Nr. 16 der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte zur vollständigen und unmissverständlichen Weiterleitung der in den „Wertpapier-Mitteilungen“ veröffentlichten Informationen verpflichtet, die für den Depotinhaber wichtig sind.

3. Eine Bank ist grundsätzlich nicht zum Hinweis auf die Konsequenzen und die wirtschaftliche Bedeutung der vollständig und unmissverständlich weitergeleiteten Informationen verpflichtet (Klarstellung zu BGHZ 151, 5).

§ § §

Zur Frage der Beratungs- und Informationspflichten eines Steuerberaters (BGH, Urt. v. 15.07.2004, IX ZR 472/00)

Wird in der Tages- oder der Fachpresse über Vorschläge zur Änderung des Steuerrechts berichtet, die im Fall ihrer Verwirklichung das von dem Mandanten eines Steuerberaters erstrebte Ziel unter Umständen vereiteln oder beeinträchtigen, kann der Steuerberater gehalten sein, sich aus allgemein zugänglichen Quellen über den näheren Inhalt und den Verfahrensstand solcher Überlegungen zu unterrichten.

§ § §

Zur Frage der Kausalität fehlerhafter ad-hoc-Mitteilungen (OLG München, Urt. v. 11.01.2005, 30 U 335/02)

Die vorsätzliche Veröffentlichung bewusst unwahrer ad-hoc-Mitteilungen ist als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB zu beurteilen.

Es kann davon ausgegangen werden, dass die unrichtigen Meldungen keinen anderen Zweck hatten, als dem Börsenpublikum einen gestiegenen Unternehmenswert vorzuspiegeln und den Börsengang positiv zu beeinflussen.

Die haftungsbegründende Kausalität zwischen Aktienkauf und fehlerhaften ad-hoc-Mitteilungen kann auch bei einem Zeitraum von sieben bzw. elf Monaten noch gegeben sein.

§ § §

Zur Frage der Haftung der Gesellschafter einer Immobilien-GbR für von der GbR zur Objektfinanzierung aufgenommene Darlehen (KG Berlin, Urt. v. 24.11.2004, 26 U 38/04)

Die Gesellschafter einer Immobilien-GbR haften entsprechend §§ 128, 130 HGB quotal mit ihrem Privatvermögen auch für von der Gesellschaft vor ihrem Beitritt zur Objektfinanzierung begründete Darlehensverbindlichkeiten. Eine Beschränkung der Altschuldenhaftung aufgrund von Vertrauensschutzerwägungen scheidet aus, wenn sowohl der Prospekt als auch der dem Prospekt beigefügte Darlehensvertrag auf eine persönliche Haftung der Gesellschafter für die vor ihrem Eintritt aufgenommene Objektfinanzierung hinweisen.

Fehlender Rechtsgrund für Bezugsberechtigung aus Lebensversicherung (OLG Hamm, Urt. v. 03.12.2004, 20 U 132/04)

Erwirbt der Bezugsberechtigte mit dem Tode des Versicherungsnehmers den Anspruch auf die Lebensversicherungssumme, widerruft aber der Erbe oder der Nachlasspfleger ein etwaiges Schenkungsangebot des Erblassers, bevor der Bezugsberechtigte von dem Versicherungsvertrag erfährt, so ist der Bezugsberechtigte gegenüber dem Erben zur Abtretung des Anspruchs gegen den Versicherer verpflichtet. Diese Verpflichtung beschränkt sich nicht auf die Erstattung der vom Erblasser gezahlten Prämien, sondern betrifft den Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme.

§ § §

Keine deliktische Verjährung bei fehlerhaften Sanierungsmaßnahmen - Verjährungshemmung mit Mangelprüfung durch Versicherer (BGH, Urt. 27.01.2005, VII ZR 158/03)

1. Entsteht infolge einer vertraglichen Leistung eines Bauunternehmers oder Architekten ein Schaden am Bauwerk, besteht kein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, wenn dieser Schaden sich mit dem Mangelunwert der vertraglichen Leistung deckt. Das gilt auch dann, wenn die vertragliche Leistung den Schutz des beschädigten Bauteils bezweckt.

2. Die Überprüfung eines Mangels durch die Haftpflichtversicherung des Architekten führt zur Hemmung der Verjährung des Gewährleistungsanspruchs nach § 639 Abs. 2 BGB, wenn ihr eine Regulierungsvollmacht nach § 5 Nr. 7 AHB erteilt worden ist.

§ § §

Zur Frage der Beurkundungspflicht von Baubeschreibungen und der Rückabwicklung formnichtiger Bauträgerverträge (BGH, Urt. v. 10.02.2005, VII ZR 184/04)

1. Eine Baubeschreibung, die Vertragsinhalt ist, muss beurkundet werden. Die Beurkundungspflicht besteht unabhängig davon, ob und inwieweit der Bauträger die geschuldete Werkleistung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses tatsächlich ausgeführt hat.

2. Ist ein Bauträgervertrag nichtig, kann der Erwerber gegen die das Bauvorhaben des Bauträgers finanzierende Bank einen Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung des Betrages haben, den er an die Bank gezahlt hat, um entsprechend deren Freistellungserklärung lastenfreies Eigentum zu erwerben.

§ § §

Zur Frage des Bereicherungsausgleichs bei nichtigem Bauträgervertrag (BGH, Urt. v. 10.02.2005, VII ZR 184/04)

Eine Baubeschreibung, die Vertragsinhalt ist, muss beurkundet werden. Die Beurkundungspflicht besteht unabhängig davon, ob und inwieweit der Bauträger die geschuldete Werk-

leistung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses tatsächlich ausgeführt hat.

Ist ein Bauträgervertrag nichtig, kann der Erwerber gegen die das Bauvorhaben des Bauträgers finanzierende Bank einen Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung des Betrages haben, den er an die Bank gezahlt hat, um entsprechend deren Freistellungserklärung lastenfreies Eigentum zu erwerben.

§ § §

Zur Darlegungs- und Beweislast im Schadensersatzprozess des Mieters wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung (BGH, Urt. v.18.05.2005, VIII ZR 368/03)

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:
Ein Vermieter hatte eine Wohnung wegen Eigenbedarfs gekündigt, diese über einen längeren Zeitraum saniert, dann geheiratet und mit seiner Frau eine anderweitige größere Wohnung bezogen und die Wohnung, die für den Eigenbedarf vorgesehen war, anderweitig vermietet. Die ehemaligen Mieter, die eine teurere Wohnung anmieten mussten, verlangten Schadenersatz. Der BGH bestätigt die Rechtsprechung, dass ein Vermieter, der schuldhaft eine Kündigung ausspricht, die wegen eines fehlenden Kündigungsgrundes unwirksam ist, dem Mieter zum Schadenersatz verpflichtet ist. Allerdings ist nicht der Vermieter für das Vorliegen seines mit der Kündigung behaupteten Selbstnutzungswillens darlegungs- und beweisbelastet, sondern der Mieter. Er ist derjenige, der aus einer ihm günstigen Norm Rechte herleiten möchte. Also hat er auch deren tatsächliche Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dies bei einem Schadenersatzanspruch des Mieters gegen den früheren Vermieter anders zu sehen, liege nicht vor. Der Mieter werde dadurch, dass ihm der Beweis für den fehlenden Selbstnutzungswillen des Vermieters auferlegt wird, nicht in unbilliger Weise belastet. Vielmehr dürfe sich der Vermieter im Prozess nicht darauf beschränken, die Behauptung des Mieters schlicht zu bestreiten, sondern er müsse substantiiert und plausibel darlegen, aus welchem Grund der mit der Kündigung geltend gemachte Eigenbedarf nachträglich entfallen sein soll. Erst wenn der Vortrag des Vermieters dem genügt, obliegt dem Mieter der Beweis, dass ein Selbstnutzungswille des Vermieters schon vorher nicht bestanden hatte.

§ § §

Zur Frage, ob der Sonnabend bei der Berechnung der Kündigungsfrist eines Wohnraummietverhältnisses als Werktag mitzuzählen ist (BGH, Urt. v. 27.04.2005, VIII ZR 206/04)

Der Sonnabend ist bei der Berechnung der so genannten Karenzzeit von drei Werktagen, die den Parteien eines Wohnraummietvertrages zur Wahrung der Kündigungsfrist zusteht, mitzuzählen. Er ist ein Werktag im Sinne der gesetzlichen Regelung. Dies ergebe sich aus zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen, beispielsweise aus § 3 Abs. 2 des Bundesurlaubsgesetzes. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 193 BGB, der den Sonnabend dem Sonn- und Feiertagen gleichstellt, wenn dieser auf einen für die Abgabe einer Willenserklärung oder die Bewirkung einer Leistung be-

stimmten Tag oder den letzten Tag einer Frist fällt. Diese Bestimmung trägt nach der Gesetzesbegründung lediglich dem Umstand Rechnung, dass mehr als die Hälfte der arbeitenden Bevölkerung am Samstag nicht mehr arbeitet, was zu Unzuträglichkeiten bei der Fristwahrung an diesem Tag führe. Am Charakter des Samstags als einem Werktag sollte hierdurch jedoch nichts geändert werden.

§ § §

Rückzahlung erhaltener Betriebskostenvorschüsse im beendeten Mietverhältnis (BGH, Urt. v. 09.03.2005, VIII ZR 57/04)

Rechnet der Vermieter nicht fristgerecht über die Betriebskosten eines Abrechnungszeitraums ab, so kann der Mieter, wenn das Mietverhältnis beendet ist, sogleich die vollständige Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen verlangen; er ist nicht gehalten, erst auf Erteilung der Abrechnung zu klagen. In einem solchen Fall hindert auch die Rechtskraft eines der Klage des Mieters stattgebenden Urteils den Vermieter nicht daran, über die Betriebskosten nachträglich abzurechnen und eine etwaige Restforderung einzuklagen.

§ § §

Einbringung von Bruchteilseigentum in BGB-Gesellschaft - kein Anschaffungsvorgang (BFH, Urt. v. 06.10.2004, IX R 68/01)

1. Bringen Bruchteilseigentümer Grundstücke zu unveränderten Anteilen in eine personenidentische Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Vermietungseinkünften ein, liegt steuerrechtlich kein Anschaffungsvorgang vor, weil die Gesellschafter gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977 weiterhin im bisherigen Umfang als Bruchteilseigentümer der Grundstücke anzusehen sind.

2. Schuldzinsen sind als Werbungskosten abziehbar, wenn sie für ein Darlehen gezahlt worden sind, das tatsächlich zum Erzielen von Einkünften verwendet worden ist. Ein bloßer rechtlicher Zusammenhang - etwa aufgrund einer Besicherung des Grundstücks - reicht ebenso wenig aus wie eine bloße gedankliche Zuweisung des Steuerpflichtigen.

3. Eine BGB-Gesellschaft ist im Steuerprozess beteiligtenfähig.

§ § §

Gewerblicher Grundstückshandel bei Unterschreiten der 3-Objekt-Grenze (FG Düsseldorf, Urt. v. 02.11.2004, 3 K 1377/03, n.rkr., Revision beim BFH unter dem Aktenzeichen IV R 66/04)

1. Grundstücksgeschäfte sind grundsätzlich dem Treugeber und nicht dem Treunehmer zuzurechnen.

2. Die von der Rechtsprechung entwickelte 3-Objekt-Grenze zur Abgrenzung des gewerblichen Grundstückshandels von der privaten Vermögensverwaltung ist keine Freigrenze; gewerblicher Grundstückshandel kann auch anhand anderer Kriterien anzunehmen sein.

3. Das Auftreten als Bauträger, der ein Objekt bereits mit unbedingter Verkaufsabsicht erwirbt, lässt auch bei einem Verkauf von weniger als 3 Objekten den Schluss auf Gewerblichkeit des Grundstückshandels zu.

§ § §

Zur Frage der Schenkung eines „beschwerten" Grundstücks an einen Minderjährungen (BGH, Beschl. v. 03.02.2005, V ZB 44/04)

Ein auf den Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB, auch wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch an dem zu übertragenden Grundstück vorbehalten hat. Ohne die von dem Grundbuchamt verlangte Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger darf eine Eigentumsumschreibung auf den Minderjährigen nicht vorgenommen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Grundstück im Zeitpunkt der Auflassung vermietet oder verpachtet ist, da der Minderjährige bei Beendigung des Nießbrauchs mit Pflichten aus dem Miet- oder Pachtvertrag belastet werden kann und hieraus auch eine persönliche Haftung des Minderjährigen folgen kann.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

GmbH-Gründungen werden erleichtert

Das Bundesjustizministerium hat Ende April den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals im GmbH-Recht den Ländern und Verbänden zur Stellungnahme zugeleitet. Nach dem Gesetzesentwurf soll das Mindeststammkapital der GmbH ab dem 01.01.2006 von derzeit 25.000,00 € auf 10.000,00 € abgesenkt werden. Dadurch soll es für Unternehmensgründer aus dem Dienstleistungsbereich einfacher werden, ohne volle persönliche Haftung unternehmerisch tätig zu werden. Dadurch soll der deutsche Mittelstand und der Wirtschaftsstandort Deutschland gestärkt werden. Die Absenkung des Mindeststammkapitals wird durch eine verstärkte Transparenz gegenüber Dritten flankiert, insbesondere den Geschäftspartnern: Die Haftkapitalausstattung der Gesellschaft muss künftig offen gelegt werden, indem die Gesellschaft die Höhe des gezeichneten Stammkapitals auf ihren Geschäftsbriefen angibt.

* * *

Gesetz über Kündigungsfristen für so genannte Altmietverträge verabschiedet

Am 29.04.2005 hat der Bundesrat das Gesetz über Kündigungsfristen für so genannte Altmietverträge gebilligt. Nach diesem Gesetz gilt die kurze, dreimonatige Frist für Kündigungen durch den Mieter auch für Altmietverträge, in denen die bis zum 01.09.2001 geltenden Kündigungsfristen formularmäßig vereinbart worden waren. Das Gesetz tritt zum 01.06.2005 in Kraft.

LITERATURSPIEGEL

Zur Frage, ob die Veräußerung Not leidender Darlehensforderungen durch Sparkassen eine Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 StGB darstellt.

Viele Banken und Sparkassen verhandeln mit Investoren darüber, an diese ganz Portfolios von Not leidenden Darlehensforderungen zu verkaufen. Diese Geschäfte werden vielfach unter dem Schlagwort „non-performing loans"-Transaktionen (NPL-Transaktionen) behandelt (vgl. hierzu auch unser Thema des Monats im Newsletter September 2004). In der Zeitschrift **Der Betrieb** Heft 7 vom 18.02.2005 befassen sich auch Sester und Glos mit dieser Frage und kommen zum Ergebnis, dass die Veräußerung Not leidender Darlehensforderungen nicht gegen § 203 StGB verstoße. Die Veräußerung erfolge aufgrund der vorzunehmenden Güter- und Interessenabwägung befugtermaßen. Infolge dessen scheitern non-performing loan-Transaktionen nicht an § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB. Sie sind vielmehr auch bei Beteiligung von Sparkassen rechtlich wirksam. Eine Gleichbehandlung von Privatbanken und öffentlich rechtlichen Finanzinstituten sei vor allem auch verfassungsrechtlich geboten. Die Autoren appellieren an den Gesetzgeber, dass er NPL- und ABS-Transaktionen aus dem Anwendungsbereich des § 203 StGB explizit herausnehmen möge.

* * *

Beratungspflichten einer Bank aus einem Wertpapierdepotvertrag

Im Heft 6/2005 der Zeitschrift **EWiR** bespricht Balzer die BGH-Entscheidung vom 23.11.2004 zur Frage, inwieweit Banken aus einem Wertpapierdepotvertrag zu vollumfänglicher Beteuung und laufender Beratung verpflichtet sind (vgl. hierzu auch unseren heutigen Rechtsprechungsspiegel). Die beklagte Sparkasse verwaltete für einen Anleger ein Wertpapierdepot. Im Depot befanden sich Wertpapiere, für die ein befristetes Übernahme- und Abfindungsangebot abgegeben worden war. Die Bank unterrichtete den Anleger über das Umtauschangebot, allerdings nicht über das Ende der Umtauschfrist sowie über den Umstand, dass in den „Wertpapier-Mitteilungen" die Annahme des Umtauschangebotes empfohlen worden war. Der Anleger nahm das Umtauschangebot nicht an und konnte auch in der Folgezeit die Aktien nicht mehr veräußern, weil diese weder börslich noch außerbörslich gehandelt wurden.

Zwischen der beklagten Sparkasse und dem Anleger waren die Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte vereinbart. Sie verpflichten ein Kreditinstitut, die in den „Wertpapier-Mitteilungen" veröffentlichten Informationen, die die Wertpapiere des Kunden betreffen, diesem umfassend und vollständig weiterzuleiten. Dies war im konkreten Fall versäumt worden. Damit lag zwar eine Pflichtverletzung vor, jedoch noch nicht unbedingt ein Schaden, da, worauf Balzer hinweist, bei Verletzung der Informationsweitergabepflicht durch die Depotbank im Regelfall mehrere Entscheidungsmöglichkeiten des Kunden in Betracht kommen. Der Kunde müsse daher beweisen, wie er sich bei vollständiger Weiterleitung der Informationen durch die Depotbank verhalten hätte. Balzer plädiert dafür, die Anforderungen an die entsprechende Beweisführung des Kunden nicht zu überspannen.

Noch einmal: Der Schutz des Bürgen vor missbräuchlicher Nutzung einer auf erstes Anfordern gewährten Bürgschaft

Der Vorsitzende Richter am BGH, Dr. Gero **Fischer**, gibt im Heft 12 der Zeitschrift **Wertpapier-Mitteilungen** einen Überblick über die Fortentwicklung der Rechtsprechung zur Bürgschaft auf erstes Anfordern. Das Gesetz kennt diese Bürgschaftsform nicht. Sie ist im bankmäßigen Geschäftsverkehr entstanden und dient im Wesentlichen dazu, einem Gläubiger sofort liquide Mittel zu verschaffen, wenn er den Bürgschaftsfall für eingetreten hält. Um Bürgen vor Missbrauch zu schützen, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung Grundsätze aufgestellt, wer überhaupt wirksam solche Bürgschaftsverpflichtungen eingehen kann und welche Einwendungen es für den Bürgen gleichwohl noch geben kann. Bei Klauselverträgen sind die Kriterien strenger als in Individualvereinbarungen. Ist für den Gläubiger erkennbar, dass der erklärende nicht weiß, was eine Bürgschaft auf erstes Anfordern bedeutet, hat er seinen Vertragspartner umfassend über deren Rechtsfolgen zu belehren. Ansonsten haftet der Schuldner nur aus einer gewöhnlichen Bürgschaft. Auch im Fall der Insolvenz des Gläubigers kann es an einem rechtlich schutzwürdigen Interesse, sofortige Zahlung zu verlangen, fehlen. Zwar haben die Parteien einer Bürgschaft auf erstes Anfordern das Insolvenzrisiko grundsätzlich dem Bürgen zugewiesen, jedoch beseitigt zumindest Masseunzulänglichkeit das Interesse des (insolventen) Gläubigers an sofortiger Leistung. Trotz der inzwischen schon zahlreich ergangenen BGH-Rechtsprechung weist Fischer darauf hin, dass eine Reihe interessanter Fragen bislang noch nicht ausreichend geklärt werden mussten. Auch dieses Rechtsinstitut wird sich weiter fortentwickeln.

* * *

Anlegerschutz durch Rückforderungsdurchgriff, Durchgriff beim finanzierten Fondsbeitritt - eine Zwischenbilanz

Die Entscheidungen des 2. Zivilsenates des BGH vom 14.06.2004 haben hitzige Diskussionen entfacht und führten in der Folge zu einer sicherlich nicht häufig anzutreffenden Situation, dass zwei verschiedene BGH-Senate verschieden judizieren und sich doch nicht für verpflichtet halten, den großen Senat anzurufen. **Schäfer** zieht in seinem Beitrag in der **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarkrecht (BKR)** vom 29.03.2005 eine Zwischenbilanz und kritisiert hierbei insbesondere den Aspekt des 2. Zivilsenates, in den Einwendungs- bzw. Rückforderungsdurchgriff auch evtl. Schadenersatzansprüche gegen die Initiatoren einzubeziehen. Des Weiteren sollte die Rückabwicklung bei Unwirksamkeit nur des Darlehensvertrages nicht nach Bereicherungsgrundsätzen erfolgen, sondern nach den ggf. zu modifizierenden Rücktrittsregelungen der §§ 358 f. BGB.

* * *

Gewinnabschöpfung im Kapitalmarktrecht

Im März-Heft der **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)** untersucht **Veil**, unter welchen Voraussetzungen Gewinnabschöpfungen nach derzeitigem Kapitalmarktrecht möglich sind und was geschehen sollte, damit ein effizienteres Instrumentarium vorhanden ist. Ausgangspunkt der Untersu-

chung ist die im Jahr 2000 eingeführte Vorschrift des § 15a Abs. 1 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG). Nach dieser Vorschrift sind Organmitglieder und andere Personen mit Führungsaufgaben verpflichtet, eigene Geschäfte in Wertpapieren des Emittenten, bei dem sie angestellt sind, diesem und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unverzüglich mitzuteilen. Zweck dieser Mitteilungspflicht ist es in erster Linie, dem Insiderhandel vorzubeugen und damit die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts zu gewährleisten. Veil kommt zum Ergebnis, dass die de lege lata gegebenen Möglichkeiten nicht ausreichend sind. Er plädiert dafür, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht die Möglichkeit einzuräumen, bei Verstößen gegen die in § 15a WpHG normierten Mitteilungspflichten den durch die nicht publik gemachten Aktiengeschäfte erzielten Gewinn abzuschöpfen. Diese Form der Gewinnabschöpfung fände ihre Legitimation in der Treuepflicht der Geschäftsleitung, die Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre an einer ordnungsgemäßen Bildung der Wertpapierpreise zu beachten. Eine Gewinnabschöpfung sollte allerdings nur bei einem schuldhaften Verstoß erfolgen, wobei bereits einfache Fahrlässigkeit genügen müsse. Empfohlen wird zugleich, Grundsätze einer Bestimmung des abzuführenden Gewinns gesetzlich festzulegen.

* * *

Braucht der Kapitalmarkt ein neues Gesetz für Massenverfahren?

In Heft 13 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** untersuchen **Duve** und **Pfitzner**, inwieweit das geplante Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG) überhaupt erforderlich ist und ob die mit dem Gesetz verfolgten Ziele nicht bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts verwirklicht werden können. Die Autoren sehen zwar die grundsätzliche Notwendigkeit, Mechanismen zur Bündelung von Gruppenklagen oder Mammutprozessen zu schaffen. Sachgerechter sei es jedoch, maßvolle gesetzesimmanente Ergänzungen vorzunehmen. So sei es denkbar, die Verhandlung in einem erstinstanzlichen Rechtsstreit auszusetzen, wenn ein von diesem Instanzgericht bereits entschiedenes Parallelverfahren mit ähnlich gelagertem Sachverhalt betroffen ist. Darüber hinaus könnten in das Wertpapierhandelsgesetz und das Wertpapiererwerbs- und -übernahmegesetz besondere Bestimmungen über ausschließlich örtliche und sachliche Zuständigkeiten aufgenommen werden.[1]

* * *

Von wegen Panikschenkungen !

Unter dieser Überschrift berichtet **Daragan** im **versicherungstip** vom 17.05.2005 über den Diskussionsstand, ob die Erbschaftsteuer und die sie unterstützende Schenkungsteuer so durchgängig verfassungsgemäß sind. Diese Frage liegt zur Zeit dem Bundesverfassungsgericht zur Beurteilung und Bewertung vor. Daragan kommt zum Ergebnis, dass für Panikschenkungen (also der jetzt noch schnell durchzuführenden Schenkung von Grundstücken beispielsweise an Kinder oder Enkelkinder) keine Notwendigkeit besteht. Es sei am wahrscheinlichsten, dass es bis zu einer ge-

[1] Vgl. zum Gesetzesentwurf auch den Newsletter Ausgabe 03/05

setzlichen Neuregelung beim geltenden Erbschaftsteuerrecht bleibt und die ungleiche Bewertung nicht rückwirkend für verfassungswidrig erklärt wird. Eine gesetzliche Neuregelung dürfte nicht vor dem 01.01.2006 zu erwarten sein. Wenn überhaupt, könne Eile nur für die geboten sein, die rein aus steuerlichen Gründen ein Grundstück ohne jedes Wenn und Aber schenken wollen.

* * *

Neue Marktbedingungen für geschlossene Immobilienfonds durch § 15b EStG-E

Kaum ist der Gesetzentwurf für das „Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Standortbedingungen“ vorgelegt, setzen nicht nur hitzige Diskussionen ein, sondern erscheinen erste Bewertungen und Kurzkommentierungen. **Führlein** stellt die geplante Vorschrift des § 15b EStG-E im Heft 10 der Zeitschrift **ZfIR** kurz vor, beschreibt die Tatbestandsvoraussetzungen und kommt zum Ergebnis, dass die Neuregelung zum Teil erheblich strenger als die bisherige Bestimmung des § 2b EStG ist. Die Neuregelung ändere die Rahmenbedingungen für die Konkurrenz der nationalen mit den internationalen Immobilienfonds fundamental. Die Fonds mit Deutschland-Immobilien werden künftig dem Zeichner deutlich niedrigere IRR-Renditen versprechen können als bisher (wobei der Autor nicht darauf eingeht, dass die Bewertung von Renditen nach der IRR-Methode ihrerseits heftig umstritten ist). Gewinner werden, so Führlein, die Auslandsfonds sein. Das Ziel der „Verstetigung der Steuereinnahmen“ zweifelt Führlein an.

* * *

Genussscheinfinanzierte Geschäfte mit Finanzinstrumenten und Finanzkommissionsgeschäft nach § 1 Abs. 1 KWG

Auf dem Kapitalmarkt in Deutschland werden zahlreiche Anlageprodukte von Anbietern angeboten, die keine Banklizenz besitzen. In den letzten Jahren hat der Gesetzgeber deren Spielräume durch Ausdehnung des Genehmigungserfordernisses nach §§ 1, 32 KWG immer weiter eingeschränkt. Im Heft 18 der Zeitschrift **Wertpapier-Mitteilungen** vom 07.05.2005 befasst sich **Hammen** mit der Frage, inwieweit die mit Geldern von Erwerbern von Genussrechten erbrachte Geschäftstätigkeit das Betreiben eines Finanzkommissionsgeschäftes nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG darstellt (die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung). Ausgangspunkt ist folgender: Ein Anbieter, eine inländische oder ausländische Aktiengesellschaft, gibt Genussscheine aus. Das eingezahlte Genussscheinkapital gibt das Unternehmen an eine Tochter- oder Schwestergesellschaft, die ihrerseits das Kapital in Wertpapiere, Optionen und Termingeschäfte investiert. Die AG, die das Genussscheinkapital ausgibt, handelt nicht mit den genannten Instrumenten. Hammen vertritt die Ansicht, dass Kommissionsgeschäfte dieser Art kein genehmigungspflichtiges Bankgeschäft darstellen. Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit (beispielsweise das Verwaltungsgericht Frankfurt oder der Hessische Verwaltungsgerichtshof) sehen dies anders. Hammen begründet seine Ansicht, die er als Gutachten für einen Anbieter solcher Finanzprodukte verfasst hat, damit, dass ein Verstoß gegen europäisches Richtlinienrecht vorliege und der Katalog der Bankgeschäfte in § 1 Abs. 1 KWG öffentlich-rechtlich

1 KWG öffentlich-rechtlich abschließend geregelt ist und eine erweiterte Auslegung gegen das Ausweitungsverbot in Art. 103 Abs. 2 GG verstoße.

* * *

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft als Beschränkung von Schadenersatzansprüchen?

Mit dieser Frage befasst sich **Geibel** in seinem Beitrag im Heft 19 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** vom 09.05.2005. Ausgangspunkt der gründlichen Untersuchung waren die BGH-Urteile vom 19.07.2004 in Sachen „Realdirect AG II“ vom 29.11.2004 in Sachen „Securenta AG/Göttinger Gruppe II“ sowie die Urteile vom 21.03.2005 in weiteren Fällen der Securenta AG. Der BGH hatte Schadenersatzansprüche von Anlegern, die in zweigliedrige stille Gesellschaften investieren, nicht den Beschränkungen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft unterworfen. Da bei der stillen Gesellschaft - anders als bei einer Publikumsgesellschaft - kein Gesamthandsvermögen gebildet ist, sei es hier möglich, dass der Geschäftsinhaber einem still beteiligten Anleger auf das negative Interesse haftet, auch wenn die Aufklärungspflichtverletzung den übrigen stillen Gesellschaftern nicht zugerechnet werden kann. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft passe nicht auf den Schadenersatzanspruch eines stillen Gesellschafters gegen den Geschäftsführer, unabhängig davon, ob es sich um koordinierte oder unkoordinierte zweigliedrige oder mehrgliedrige stille Gesellschaften handelt. Es müsse hierbei auch in Kauf genommen werden, dass es zu einem „Wettlauf der Stillen“ kommen könnte. Ein still beteiligter Anleger habe keinen Anspruch darauf, dass das persönliche Vermögen des Vertragspartners nicht geschmälert wird. Man könnte auch sagen „wer zuerst kommt, mahlt zuerst“.

* * *

Die Anzeigepflicht bei Verdacht von Insidergeschäften und Marktmanipulation nach § 10 WpHG

Am 30.10.2004 ist das Anlegerschutzverbesserungsgesetz - AnsVG - in Kraft getreten. Es brachte umfangreiche Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes mit sich. Schwerpunkte bilden hier Neuregelungen im Bereich des Insiderrechts und der ad-hoc-Publizität, der Marktmanipulation sowie der Pflichten von Finanzanalysten. Im Zuge dieser Neuregelungen erhält die BaFin mit der in § 10 WpHG vorgesehenen Anzeigepflicht von Verdachtsfällen ein zusätzliches Kontrollinstrument zur Überwachung der Verbote von Insidergeschäften und Marktmanipulationen. **Schwintek** gibt im Heft 19 der Zeitschrift **Wertpapier-Mitteilungen** vom 14.05.2005 einen Überblick über die Vorschrift des § 10 WpHG.

* * *

Aufklärungspflicht bei Nachholen einer unterlassenen Widerrufsbelehrung

Stumpf und **Rothe** befassen sich in Heft 10 der Zeitschrift **MDR** vom 20.05.2005 mit der Frage, inwieweit Banken eine Pflicht zukommt, Darlehensnehmer über die Risiken der von ihm beabsichtigten Darlehensverwendung aufzuklären, insbesondere wenn es um die Finanzierung von Beteiligungen an geschlossenen

Immobilienfonds geht. Die Autoren lehnen eine Aufklärungspflicht rechtsdogmatisch ab, gehen aber gleichwohl davon aus, dass vor dem Hintergrund eines immer weiter zunehmenden Verbraucherschutzgesichtspunktes die Rechtsprechung diesbezüglich strenger urteilen wird. Auch wenn das Kreditverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist, kann der Darlehensnehmer nicht erwarten, über tatsächliche Gegebenheiten auf dem Kapitalmarkt, die zu einer Änderung der Anlageentscheidung führen könnten, umfassend fortdauernd informiert wird. Eine solche Verpflichtung könne sich allenfalls im Einzelfall ergeben.

* * *

Die Entwicklung des privaten Bankrechts im Jahr 2004

Oechsler gibt im Heft 20 der Zeitschrift **NJW** vom 17.05.2005 einen Überblick über wichtige Entscheidungen zum privaten Bankrecht. Er stellt allein fest, dass der Streit um den Schutz der angeblich einige Hunderttausend geprellte deutsche Immobilieninvestoren betrifft, die Rechtsprechung des Jahres 2004 beherrscht hat (*Anm. der Schriftleitung: und noch längst nicht abgeschlossen ist*). Während der 11. Zivilsenat des BGH dem Grundsatz folgt, dass der Darlehensnehmer das Risiko der Kreditverwendung allein zu tragen hat, bemüht sich der 2. Zivilsenat um Anlegerschutz durch Ausweitung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Einwendungsdurchgriffs (heute § 359 BGB). Eine einem Anlagevermittler erteilte Vollmacht zur Abwicklung des Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells wird wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz durchweg als nichtig angesehen und kann nur aufgrund der hohen Messlatte einer Anscheinsvollmacht überwunden werden. Neben diesen Streitfällen, über die auch wir in fast jeder Ausgabe unseres Newsletter berichten, widmet Oechsler einen weiteren Überblick „den Kreditgeschäften im übrigen“ und der Frage der „Kreditsicherheiten“.

* * *

Einwendungsdurchgriff zugunsten des getäuschten Fondsanlegers gegenüber der Bank bei Mitwirkung des Fondsbetreibers am Abschluss des Kreditvertrages

Häublein kommentiert im Heft 9 der Zeitschrift **EWiR** die Entscheidung des BGH vom 31.01.2005 zur Frage, inwieweit ein Darlehensnehmer Einwendungen, die er gegenüber der Beteiligungsgesellschaft hat, der finanzierenden Bank entgegenhalten kann. Die klagende Bank machte Forderungen aus einem Verbraucherdarlehensvertrag geltend, der der Finanzierung des Beitritts zu einem Immobilienfonds diente. Die Tilgung sollte mit Hilfe einer Lebensversicherung endfällig erfolgen. Die Darlehensnehmer fochten unter Hinweis darauf, dass der Fondsinitiator rechtskräftig wegen Kapitalanlagebetrug verurteilt war, den Darlehensvertrag an, stellten der Bank die Fondsanteile zur Verfügung und lehnten weitere Zahlungen auf das Darlehen ab. Einige Zeit später kündigten sie ferner gegenüber der Fondsgesellschaft ihre Beteiligung. Der 2. Zivilsenat bleibt auch hier seiner Linie treu. Häublein befürwortet dies einerseits, hält aber die Differenzierungskriterien, die der 2. und der 11. Zivilsenat an den Tag legen, für durchaus angreifbar.

Folgen fehlender Beurkundung einer Baubeschreibung

Im Heft 9 der Zeitschrift **ZfIR** bespricht **Schmidt** das BGH-Urteil vom 10.02.2005 (vgl. unseren heutigen Rechtsprechungsspiegel). Schmidt stimmt der Entscheidung insoweit zu, als der BGH die Beurkundungspflichtigkeit der Baubeschreibung konstatiert und festgestellt hat, dass die Freistellungserklärung mit der Unwirksamkeit des Bauträgervertrages entfallen ist. Er kritisiert aber heftig die Ansicht, wonach im Verhältnis zwischen dem Erwerber und der den Bauträger finanzierenden Bank Bereicherungsrecht Anwendung findet und ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen die finanzierende Bank durchgesetzt werden kann. Auf die Bank werde Risiken verlagert, die ausschließlich in der Sphäre des Erwerbers liegen.

* * *

Neue Grundsätze zur Feststellung der Einkünfteerzielungsabsicht bei ausschließlich vermieteten und zur Vermietung bereitgehaltenen Ferienwohnungen

Credo stellt in seinem Beitrag in der Zeitschrift **Der Betrieb** vom 06.05.2005 die neue Rechtsprechung des BFH und die sich darauf für die Praxis ergebenden Konsequenzen dar. In seiner bisherigen Rechtsprechung ist der BFH davon ausgegangen, dass es für die Feststellung der Einkünfteerzielungsabsicht entscheidend darauf ankommt, ob der Steuerpflichtige die Ferienwohnung ausschließlich an wechselnde Feriengäste vermietet und in der übrigen Zeit hierfür bereitgehalten hat. Demgegenüber hatte die Zahl der Vermietungstage für die Unterstellung der Einkünfteerzielungsabsicht bei einer ausschließlich vermieteten Ferienwohnung bisher keine Bedeutung. Nach der nunmehr geänderten Rechtsprechung geht der BFH davon aus, dass der Frage nach der Zahl der Vermietungstage wesentliche Bedeutung zukommt. Je mehr die Vermietungszeit die ortübliche Vermietungszeit von Ferienwohnungen unterschreite, um so mehr gewinnt die Frage nach den Gründen des Leerstands an Bedeutung. Credo kommt zum Ergebnis, dass bei einer teilweise selbst genutzten und zur Selbstnutzung vorbehaltenen Ferienwohnung die Einkünfteerzielungsabsicht stets im Wege der Totalüberschussprognose zu prüfen ist. Bei einer ausschließlich vermieteten und in der übrigen Zeit hierfür dauernd bereitgehaltenen Ferienwohnung ist demgegenüber regelmäßig ohne weitere Prüfung von der Überschusserzielungsabsicht des Steuerpflichtigen auszugehen. Nur wenn die ortsübliche Vermietungszeit um mehr als 25 % unterschritten wird, ohne dass Vermietungshindernisse gegeben sind, bedarf es einer weitergehenden Feststellung der Überschusserzielungsabsicht anhand einer Totalüberschussprognose.

* * *

Parallel strukturierte Private Equity Fonds

In diesem Beitrag, der ebenfalls in der Zeitschrift **Der Betrieb** vom 06.05.2005 zu finden ist, behandeln **Fegna**, **von Goldacker** und **Mayta** wichtige steuerliche und praktische Fragestellungen im Zusammenhang mit parallel strukturierten Private Equity Fonds. Es werden die unterschiedlichen Konsequenzen dargestellt, die sich daraus ergeben, ob der Fonds als gewerblich oder vermögensverwaltend

eingestuft wird. Ausgegangen wird von der Parallelstruktur eines Fonds, bei der das Investment bruchteilig auf mehrere Fondsgesellschaften, die meist nationalen Vorgaben folgen, verteilt wird. Einen breiten Raum nimmt das BFH-Urteil vom 06.10.2004 (Az.: IX R 53/01) ein. Im Zuge einer Rechtsprechungsänderung hatte der BFH die Abfärbewirkung durch unmittelbare Beteiligung einer vermögensverwaltenden Obergesellschaft an einer gewerblich tätigen Untergesellschaft unabhängig von der Beteiligungsquote verneint.

Auszug aus unserer Zeitschriftenliste, die wie für den Newsletter auswerten:

Baurecht
BB Betriebs-Berater
BKR Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bundesgesetzblatt Teil I
Cash
DB Der Betrieb
Der Platow Brief
DFI-GERLACH-REPORT
Direkter Anlegerschutz
DM / EURO
DStR Deutsches Steuerrecht
Finanztest
Finanzwelt
IBR Immobilien- & Baurecht
kmi kapital-markt intern
MDR Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW Neue Juristische Wochenschrift
NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
Recht und Schaden
steuertip
VersR Versicherungsrecht
versicherungstip
WM Wertpapier-Mitteilungen Teil IV
Wistra Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Recht
WuM Wohnungswirtschaft & Mietrecht
ZfIR Zeitschrift für Immobilienrecht
ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

SONSTIGES

Die Zeitschrift **Finanztest** berichtet in ihrer Juni-Ausgabe 2005 vom neuen Sicherungsfonds, den die deutschen Lebensversicherer aufbauen sollen, damit Kunden abgesichert sind, deren Versicherungsgesellschaft in eine Schieflage gerät. Ein 100 %-iger Schutz von Ansprüchen wird dadurch aber nicht erreicht.

* * *

In derselben Ausgabe berichtet **Finanztest** über die Möglichkeit, insbesondere Angehörige für den Fall des eigenen Todes durch eine Restschuldversicherung vor mit der Immobilienfinanzierung im Zusammenhang stehenden hohen Schulden abzusichern. Finanztest vergleicht die Angebote von 30 Restschuldversicherern.

* * *

Niermann und **Risthaus** veröffentlichen in der Beilage 2/2005 der Zeitschrift **Der Betrieb** zwei wichtige Verwaltungsanweisungen zu den steuerlichen Änderungen bei der privaten Altersvorsorge sowie der betrieblichen Altersversorgung durch das Alterseinkünftegesetz (BMF-Schreiben vom 17.11.2004 und vom 24.02.2005). Anmerkungen und Beispiele er-

leichtern „die Durchdringung“ dieser nicht immer ganz einfachen Materie.

* * *

Im Heft 17 der Zeitschrift **Der Betrieb** vom 29.04.2005 findet sich ein „Kapitalanlage-Spezial“. Auf wenigen Seiten werden verschiedene Beteiligungsmöglichkeiten vorgestellt. Die Zweitmarktbörse als Möglichkeit des Kaufs gebrauchter Fondsanteile wird ebenso kurz erwähnt wie Grundzüge einer professionellen Depotanalyse, die Möglichkeit, Kapital profitabel in einer Ferienwohnung zu investieren oder die Auflage von so genannten Private-Label-Fonds. Ein weiterer Kurzbericht widmet sich dem so genannten Mezzanine-Kapital als Anlageform (Mezzanine als Nachrangkapital/Eigenkapitalsurogat zur Erhöhung der Eigenkapitalquote).

Dieser Newsletter wird herausgegeben von:

Rechtsanwaltskanzlei Klumpe, Schroeder & Partner GbR
Luxemburger Str. 282e
D- 50937 Köln

Schriftleitung: RA Ulrich A. Nastold

Tel: +49 / 221 - 94 20 94 0
Fax: +49 / 221 - 94 20 94 25
eMail: info@kanzlei-klumpe.de
Web: http://www.kanzlei-klumpe.de

Realisierung: **.schoenke - eMedia Consulting** | info@schoenke.net | www.schoenke.net