



Neues vom Markt für Kapitalanlagen -
Von löchrigen Taschen und gestopften Löchern

Newsletter 07 / 2006

Sehr verehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

schon wiederholt haben wir an dieser Stelle auf den traurigen Umstand hingewiesen, dass es in der heutigen Zeit an **Verlässlichkeit** mangelt und hierunter insbesondere auch die Finanzdienstleistungsbranche zu leiden hat.

Eigentlich - so konnte man denken - war das Hin und Her bei der Einführung des **§ 15b EStG** und vor allem die hitzig geführte Debatte über den möglichen Zeitpunkt seines Inkrafttretens im letzten Jahr kaum noch zu überbieten. Das Hickhack um die - möglicherweise bis Anfang 2006 - rückwirkende Änderung des § 15b EStG und seiner **Erstreckung auf Einkünfte aus Kapitalvermögen** lehrt hier leider etwas anderes. Eine Sondermeldung folgte der anderen; entschieden ist zwar noch nichts. Mit dem „worst case“ muss aber gerechnet werden.

Das Beispiel zeigt wieder einmal deutlich, dass in diesen Tagen allzu oft - dafür in ganz großem Stil - nur Flickschusterei betrieben wird und dass die verantwortlichen Stellen darüber, was dies für den **Investitionsstandort Deutschland** für Auswirkungen haben wird, nicht oder nicht genügend nachzudenken scheinen.

Wenn man mit ansehen muss, wie viel Energie in die Reform der Reform der deutschen Rechtschreibung gesteckt wird, verwundert es nicht, dass - oder muss(ß) es heiß(ss)en dass - für die notwendigen großen Reformen des Steuer- und Finanzdienstleistungsrechts zu wenig Zeit und Kapazität übrig beliebt. Kein Wunder also, wenn die **Umsetzung der EU-Richtlinien** erst dann erfolgt, wenn Brüssel mit Bußgeldern und sonstigen Sanktionen droht.

Löcher zu stopfen ist sicherlich sinnvoll, aber bitte im Straß(ss)enbau und nicht immer auf Kosten derer, die es beim Kunden im Regelfall ohnehin nicht leicht haben, weil sie notwendigerweise über sämtliche Umstände aufzuklären haben, die „für die Anlageentscheidung von Bedeutung sind oder sein können“ und es fürwahr nicht immer einfach ist, bei all dem Hickhack noch den Überblick zu behalten.

Beim Vertrieb von fremdfinanzierten Schuldverschreibungen gehört die **Aufklärung** darüber, dass hier rückwirkend (!) die gesetzliche Grundlage entzogen werden kann, für den Vermittler und Berater jedenfalls zwingend dazu.

Welche Anforderungen beim Vertrieb von Kapitalanlageprodukten bestehen, erfahren Sie heute wieder bei der Lektüre einiger neuer und interessanter Entscheidungen zur Prospekthaftung und zu den Anforderungen an Inhalte von Beratungsgesprächen. Wenn es um weitere Fragen geht, was alles von Ihnen zu beachten ist und was notwendig ist, um den „Durchblick“ zu wahren, sind wir stets gerne für Sie da.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Voraussetzungen der persönlichen Haftung eines GmbH-Geschäftsführers nach den Grundsätzen der Prospekthaftung
- Zur Berechnung des Schadenersatzanspruchs bei einer gescheiterten Immobilienkapitalanlage, wenn der Anleger tatsächlich Steuern gespart hat
- Die Tätigkeit als Treuhandgesellschafter ist keine Rechtsbesorgung im Sinne des Art. 1 § 1 Rechtsberatungsgesetz
- Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung bei der Vermittlung atypisch stiller Beteiligungen (Frankonia Sachwert AG)
- Haftung bei Widerspruch zwischen Beratungsgespräch und Prospektinhalt
- Voraussetzungen des gesetzlichen Vorkaufsrechtes für einen Wohnraummieter
- Zur Frage, wer die Betriebskosten leerstehender Wohnungen zu tragen hat
- Irrtum einer Versicherung ist auch nach drei Jahren nicht verjährt

Literaturspiegel

- Die Limited als Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung? Deliktsrechtliche Gegenargumente
- Die drei Fassungen des BMF-Schreibens vom 16.12.2003 und offene Fragen bei der Besteuerung von Private Equity-Fonds
- Ende der Rechtsprechungsdivergenz? - Entwicklung der jüngsten BGH-Judikatur zur Rückabwicklung von „Schrottimmobiliën“-Geschäften
- Steuerliche Änderungen durch das Haushaltsbegleitgesetz 2006, das Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse und das Steueränderungsgesetz 2007
- Trennungsprinzip und Täuschungsabwehr - die neue Linie des Bundesgerichtshofs gegenüber dem finanzierten Immobilienfondsanteilserwerb
- Bundesgerichtshof bestätigt Rechtsprechung zum Haustürwiderruf bei finanzierten Immobilienkäufen

Kurz und bündig

- Infektionsgefahr bei Immobilienhandelsfonds
- Vorfälligkeitsentschädigung
- Müssen Kreditinstitute von der Globalzession Abschied nehmen?
- BMF-Schreiben zur Anwendung der 1 %-Regelung auf Fahrzeuge, die zu mehr als 50 % betrieblich genutzt werden
- Verbilligte Vermietung an Angehörige
- Neuerungen im Versicherungsvertragsrecht
- Zum verfassungsrechtlichen Gebot eines in angemessenem Verhältnis zu den gezahlten Versicherungsprämien stehenden Rückkaufswerts - Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 15.02.2006
- Zur Frage der persönlichen Haftung des Directors einer Limited bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht
- Haftung des Rechtsschutzversicherers für vertragswidrige Verweigerung einer Deckungszusage

Veranstaltungshinweis

- Funds & Finance am 12. und 13.09.2006 in Köln

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Voraussetzungen der persönlichen Haftung eines GmbH-Geschäftsführers nach den Grundsätzen der Prospekthaftung (LG Potsdam, Urte. v. 16.06.2006, 10 O 594/05, n.rkr.)

Die Frage, wann Gründungsgesellschafter, Prospektverantwortliche oder die sog. Hintermänner einer Anlagegesellschaft persönlich in Anspruch genommen werden, beschäftigt die Rechtsprechung seit nahezu drei Jahrzehnten. Seit den grundlegenden Entscheidungen Ende der 70er Jahre wurde vom BGH mehr und mehr ein zuletzt sehr engmaschiges Haftungsnetz gewoben. Nach Inkrafttreten des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes setzte die Frage ein, ob sich durch diese gesetzlichen Bestimmungen etwas an der Haftung der Hintermänner oder der persönlichen Haftung des Geschäftsführers einer Beteiligungsgesellschaft geändert hat. Das Landgericht Potsdam greift in seiner Entscheidung vom 16.06.2006 die altbekannten Grundsätze auf. Nach diesen haften den Gesellschaftern einer Anlagenkommanditgesellschaft die Personen wegen falscher oder unvollständiger Prospektangaben auf Schadenersatz, die für die Geschicke der Gesellschaft und damit für die Herausgabe des Prospektes verantwortlich sind. Auch das ist nicht neu: Ein Prospekt hat den Beteiligungsinteressenten ein zutreffendes Bild von dem Anlageobjekt zu vermitteln. Dazu gehört, dass sämtliche Umstände, die für die Anlageentscheidung von Bedeutung sind oder sein können, richtig und vollständig dargestellt

werden. Das Landgericht Potsdam stellt insoweit fest, dass der frühere Berliner Senator Walter Rasch zum verantwortlichen Personenkreis gehörte. Er hatte sich als Geschäftsführer einer Beteiligungsgesellschaft zur Verfügung gestellt. Er gehörte damit zum Kreis der Initiatoren, Gründer und Gestalter der Gesellschaft bzw. zu den Personen, die das Management bilden oder beherrschen und besonderen Einfluss in der Gesellschaft ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen. Auf eine kapitalmäßige Beteiligung kommt es nicht maßgeblich an, genauso wenig darauf, dass die Geschäftsführung auch zugleich von der Prospektvergabe profitieren muss.

Nachdem das Gericht festgestellt hat, dass der beklagte Ex-Senator zum Kreis der Haftungsadressaten gehört, bejaht es auch die Fehlerhaftigkeit des Prospektes. Insbesondere bemängelt das Landgericht Potsdam die enge Verflechtung der Beteiligungsgesellschaft mit der sog. Göttinger Gruppe. Bei dieser hätten Hunderttausende Anleger ihr Geld verloren. Des Weiteren beanstandet das Gericht, dass im Prospekt häufig davon die Rede ist, Anlegergeld solle u.a. in einen Vertrieb investiert werden, der ausschließlich exklusive Mitarbeiter anbindet. Tatsächlich wurden aber nach den Feststellungen des Gerichts nur sog. „Mehrfachagenten“ geworben, die grundsätzlich auch Konkurrenzprodukte vertreiben können. Schließlich hatte das Gericht noch verschiedene Berechnungen im Emissionsprospekt als nicht nachvollziehbar und widersprüchlich kritisiert. Die Kausalität zwischen dem unrichtigen Prospekt und der Anlageentscheidung eines Geschädigten wird grundsätzlich ebenso vermutet wie das

Verschulden des jeweils Verpflichteten. Die Klage des geschädigten Anlegers hatte deshalb Erfolg.

§ § §

Zur Berechnung des Schadenersatzanspruchs bei einer gescheiterten Immobilienkapitalanlage, wenn der Anleger tatsächlich Steuern gespart hat (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.03.2006, I-6 U 84/05)

Der klagende Anleger und die in Anspruch genommene Bank streiten sich um die Tragweite eines Anlageberatungsvertrages, des Weiteren darüber, ob sich ein Anlageberater darauf berufen kann, er habe dem Kunden einen umfassenden Beteiligungsprospekt übergeben, um Verjährungs- und Verwirkungsfragen und um die Frage, ob auf einen Schadenersatzanspruch Steuervorteile anzurechnen sind oder nicht. Das OLG Düsseldorf stellt auf inzwischen altbekannte Grundsätze ab. Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden heran, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden bzw. zu beraten, so kommt hierdurch ggf. stillschweigend ein Beratungsvertrag zustande. Eine Aufklärungsbedürftigkeit käme allenfalls dann nicht in Betracht, wenn dem Anleger die Chancen und Risiken der Beteiligung, die ihm angeboten wird, bereits hinreichend geläufig waren. Es bleibt auch ohne Einfluss auf die Aufklärungsbedürftigkeit, wenn dem Anleger bei der Entscheidungsfindung ein Steuerberater beistand, denn mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon

auszugehen, dass die Aufgabenstellung des Steuerberaters entsprechend seiner beruflichen Stellung nur die steuerrechtliche Plausibilität der zu treffenden Anlageentscheidung abdeckt.

Inhaltlich muss eine vom Anlageberater zu leistende Aufklärung dem Anleger eine vernünftige Grundlage für eine sachgerechte Entscheidung bieten (Vermittlung eines zutreffenden Bildes von Chancen und Risiken). In einer solchen Situation erwartet ein Anleger auch mehr als Material zur eigenen Durchsicht. „Will der Ratsuchende im persönlichen Gespräch informiert werden, würde ein Abstellen auf einen ihm bei dieser Gelegenheit überreichten umfangreichen Prospekt auf die Verpflichtung des Ratsuchenden hinauslaufen, die Qualität des persönlichen Gesprächs anhand des Prospektes zu überprüfen. Sinn und Zweck des persönlichen Informationsgesprächs würden damit ad absurdum geführt.“

Bei unzureichender Aufklärung wird vermutet, dass sich ein Anleger bei ordnungsgemäßer Aufklärung an dem Beteiligungsobjekt nicht beteiligt hätte. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, grundsätzlich dafür beweispflichtig, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn sich der Berater pflichtgemäß verhalten hätte. Erlangt ein Anleger allerdings einen Vorteil (beispielsweise ersparte Steuern), sind diese im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.

§ § §

Die Tätigkeit als Treuhandgesellschafter ist keine Rechtsbesorgung im Sinne des Art. 1 § 1 Rechtsberatungsgesetz (BGH, Urt. v. 08.05.2006, II ZR 123/05)

Anleger beteiligten sich mittelbar über eine Treuhandkommanditistin an einer GmbH & Co. KG. Die Anlagepflicht sollte ratierlich erbracht werden. Die Anleger begehrt Rückzahlung ihrer Einlagen u.a. mit der Begründung, dass der Treuhandkommanditist unerlaubte Rechtsberatung betreibt und der Vertrag aus diesem Grunde nichtig sei. Der BGH bestätigte die Entscheidung des Berufungsgerichts, welches schon geurteilt hatte, dass ein im Rahmen eines Kapitalanlagemodells geschlossener Treuhandvertrag von dem Erlaubniserfordernis des Rechtsberatungsgesetzes erfasst werden kann, wenn der Treuhänder nicht nur die wirtschaftlichen Belange des Anlegers wahrzunehmen hat, sondern dessen Rechte zu verwirklichen oder dessen Rechtsverhältnisse zu gestalten hat. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Treuhänder im Namen des Anlegers die erforderlichen Verträge abzuschließen hat. Wenn jedoch ein Treuhandkommanditist lediglich die Aufgabe hat, im eigenen Namen für den Anleger jeweils einen in dem Treuhandvertrag festgelegten Kommanditanteil zu erwerben und zu halten, ist dies die Wahrnehmung nur wirtschaftlicher Belange. Verträge, durch welche der Anleger selbst verpflichtet wurde, insbesondere ein Finanzierungsvertrag, wurden durch den Treuhandkommanditisten nicht abgeschlossen. Auch konnte der Anleger nach den Regelungen des Treuhandvertrages in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag das

Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung selbst ausüben.

§ § §

Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung bei der Vermittlung atypisch stiller Beteiligungen (Frankonia Sachwert AG) (LG Berlin, Urt. v. 10.04.2006, 5 O 145/05)

1. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Anleger die Unterschiedlichkeiten der Begrifflichkeiten „Emissionsprospekt einerseits und Produktinformation andererseits“ kennt.
2. Letztlich würde auch eine Übergabe eines langen Prospektes eine Beratung nicht ersetzen. Entscheidend ist, ob der Kunde in die Lage versetzt wird, das Anlagerisiko richtig zu beurteilen.
3. Über das Risiko einer Nachschusspflicht muss ein Berater ebenso aufklären, wie über das Risiko eines Totalverlustes.
4. Ein Beratungsunternehmen kann sich nicht darauf beschränken, Handlungen seiner Erfüllungsgehilfen mit Nichtwissen zu bestreiten. Es kann erwartet werden, dass sich das Beratungsunternehmen bei Mitarbeitern seiner Unternehmensgruppe informiert.

5. Eine Haftung des Geschäftsführers des Beratungsunternehmens ist dann gegeben, wenn er als deren maßgebender Gesellschafter riskante Geschäfte mit nicht aufgeklärten Kunden nicht verhindert. Außerdem ergibt sich aus der Stellung als (fast-)Alleingesellschafter ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse, welches ebenfalls eine Haftung zu begründen vermag.

§ § §

Haftung bei Widerspruch zwischen Beratungsgespräch und Prospektinhalt (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.06.2006, 7 U 225/05)

Bei der Vermittlung und Beratung eines Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds muss nach ständiger Rechtsprechung einem Anleger für seine Beitrittsentscheidung ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden. Er muss über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig aufgeklärt werden. Das danach empfohlene Anlageobjekt hat diesen Kriterien Rechnung zu tragen.

Es muss sich auf diejenigen Eigenschaften und Risiken beziehen, die für die Anlageentscheidung des Kunden wesentliche Bedeutung haben oder haben können.

Die Fehler der Anlageberatung und die Verfehlung des Beratungsziels muss der Anleger beweisen. Statt einer mündlichen Aufklärung kann auch ein übergebener Prospekt über die Kapitalanlage allein als Mittel der Aufklärung genügen. Allerdings darf sich der Inhalt des Beratungsgesprächs nicht in Widerspruch zum Prospektinhalt setzen und muss den Kunden jedenfalls in groben Zügen über die im Prospekt geschilderten Risiken informieren. Ein Prospekt kann nicht Mängel oder Verharmlosungen des Anlagegesprächs ausgleichen, insbesondere dann nicht, wenn kein Hinweis darauf erfolgt, dass die Einzelheiten der Anlagen auch hinsichtlich ihrer Risiken im Prospekt nachzulesen seien.

Darüber hinaus muss der Prospekt dem Anlageinteressenten so rechtzeitig vor dem Vertragsabschluss überlassen worden sein, dass er seinen Inhalt noch zur Kenntnis nehmen konnte.

§ § §

Voraussetzungen des gesetzlichen Vorkaufsrechtes für einen Wohnraummieter (BGH, Urt. v. 29.03.2006, VIII ZR 250/05)

Mit Wirkung zum 01.09.1993 war in die Mietrechtsbestimmungen des BGB eine Vorschrift eingefügt worden, die allen Mietern - auch im freien Wohnungsbau - in Umwandlungsfällen ein gesetzliches Vorkaufsrecht einräumte. Nach dem Gesetzeswortlaut waren nur die Verkaufsfälle ausgeschlossen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes am 01.09.1993 erfolgt waren. Der

BGH hatte nun erneut über die Frage zu befinden, welchen Zweck diese gesetzliche Regelung verfolgt (heutzutage § 577 BGB n.F.). Der BGH stellt fest, dass die Vorschrift dem Mieter ein Vorkaufsrecht einräumt, wenn nach Abschluss des Mietvertrages und Überlassung der Wohnung an den Mieter Wohnungseigentum an dieser Wohnung begründet wird und die Eigentumswohnung sodann an einen Dritten verkauft wird. Das Gesetz gehe also von der zeitlichen Reihenfolge „Mietvertrag und Überlassung - Umwandlung - Verkauf“ aus. Seit Inkrafttreten dieser gesetzlichen Regelung herrscht Streit darüber, ob das Vorkaufsrecht bei jedem Weiterverkauf der Wohnung besteht oder nur für den ersten Verkaufsfall nach Erlass dieser Vorschrift. Sinn und Zweck dieser neuen Regelung ist Mieterschutz. Ein Mieter soll nicht Gefahr laufen, nach der Umwandlung bei einem späteren Verkauf der Wohnung verdrängt zu werden. Diese Gefahr ist nach einer Umwandlung besonders groß, nach einem Ersterwerb aber nicht größer als in anderen Fällen auch. Veräußert deshalb ein Ersterwerber die Eigentumswohnung weiter, so unterscheidet sich dieser Verkauf nicht vom Verkauf eines anderen Wirtschaftsgutes. Das gesetzliche Vorkaufsrecht steht dem Mieter einer umgewandelten Eigentumswohnung deshalb nur für den ersten Verkaufsfall nach der Umwandlung zu.

§ § §

Zur Frage, wer die Betriebskosten leerstehender Wohnungen zu tragen hat (BGH, Urt. v. 31.05.2006, VIII ZR 159/05)

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Vermieter hatte im Mietvertrag mit dem Mieter keinen Umlageschlüssel angegeben. Er rechnete in der Vergangenheit die Betriebskosten nach dem Anteil der Fläche der Mietwohnung an der Gesamtwohnfläche ab. Das Haus verfügte über 35 Wohnungen mit einer Gesamtwohnfläche von knapp 1.750 m². Der Vermieter verlangte vom Mieter die Zustimmung zu einer Änderung des Umlageschlüssels, weil er einen zunehmenden Wohnungsleerstand zu beklagen hatte. Er wollte die Nebenkosten für leerstehende Wohnungen auf die verbleibenden Mieter abwälzen.

Der BGH bestätigte die Entscheidung der Berufungsinstanz und wies die Klage ab. Die Parteien hätten durch die jahrelang einvernehmlich praktizierte Art und Weise der Abrechnung stillschweigend vereinbart, dass die Betriebskosten mit Ausnahme der Kosten für Heizung und Warmwasser nach dem Anteil der Fläche der Mietwohnung an der Gesamtwohnfläche umzulegen sind. Gegen eine derartige Vereinbarung bestehen keine Bedenken. Sie entspricht sogar dem gesetzlichen Abrechnungsmaßstab.

Will ein Vermieter den vereinbarten Verteilungsschlüssel für die Umlegung der Betriebskosten ändern, so ist dies - von einer gesetzlichen Ausnahmeregelung abgesehen - nur im Wege einer Vertragsänderung zulässig. Hierfür bedarf es der Zustimmung des Mieters.

Ob und inwieweit ein Mieter einem Änderungsbegehren zustimmen muss, ist bislang heftig umstritten. Da der Vermieter aber das Vermietungsrisiko und damit auch das Leerstandsrisiko selbst zu tragen hat, kann ein Vermieter die auf leerstehende Wohnungen entfallenden Betriebskosten grundsätzlich nicht auf die Mieter abwälzen, wenn die Betriebskosten nach dem Verhältnis der Fläche der Mietwohnung zur Gesamtwohnfläche umzulegen sind. Dies gilt nicht nur für verbrauchsunabhängige Betriebskosten, sondern auch für verbrauchsabhängige. Allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Störung der Geschäftsgrundlage kann ein Anspruch des Vermieters in Einzelfällen gegeben sein. Bei einem Leerstand geringen Umfangs oder kurzer Dauer ist dies aber nicht der Fall.

§ § §

Irrtum einer Versicherung ist auch nach drei Jahren nicht verjährt (AG Frankfurt, Urteil v. 24.02.2006, 32 C 3356/05-48)

Eine Versicherung kann auch noch nach mehreren Jahren eine versehentlich zu hohe Schadensregulierungszahlung zurückverlangen. Im der Entscheidung des Amtsgerichts Frankfurt zugrunde liegenden Fall hatte ein Kunde seiner Hausratversicherung einen Glasschaden in Höhe von 325,00 € zur Regulierung angezeigt. Aufgrund einer falschen Computerangabe bekam er einen Betrag von 3.258,00 € überwiesen. Die Versicherung entdeckte den Irrtum erst bei einer Revision nach drei Jahren. Der Kunde weigerte sich, den Betrag

zurückzuzahlen. Er habe den Irrtum seinerzeit nicht bemerkt und das Geld zwischenzeitlich ausgegeben. Dem hielt das Gericht entgegen, dass es der Lebenserfahrung entspreche, die eigenen Kontoauszüge regelmäßig zu prüfen. Außerdem läge eine erhebliche Differenz zwischen dem Schaden und der Auszahlung. Insoweit konnte sich der Versicherungsnehmer nicht auf den langen zeitlichen Zwischenraum berufen.

LITERATURSPIEGEL

Die Limited als Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung? Deliktsrechtliche Gegenargumente

Schon mehrfach haben wir in unserem Newsletter über die riesige Gründungswelle berichtet, die die Limited seit einiger Zeit in Deutschland erlebt. Allein im Zeitraum Anfang 2004 bis Mitte 2005 sind nach Presseberichten etwa 20.000 englische Limiteds errichtet worden. Da diese als Gesellschaft nur beschränkt haftet und gleichzeitig kein Mindestkapital erforderlich ist, ergeben sich für den Fall des wirtschaftlichen Scheiterns massive Auswirkungen für die Gläubiger. **Fröhlich** und **Strasser** gehen in Ihrem Beitrag in Heft 25-26/2006 der Zeitschrift **ZIP** der Frage nach, inwieweit mit den bestehenden Instrumenten des Deliktsrechts unser Rechtssystem in Missbrauchsfällen einzuschreiten vermag, um den gewünschten Gläubigerschutz sicherstellen zu können. Die Haftung der Limited selbst wegen einer Rechtsgutsverletzung ist dabei unstrittig. Hier

geht es nicht um die Frage der Niederlassungsfreiheit, sondern um den allgemeinen Grundsatz, dass grundsätzlich jede juristische oder natürliche Person für ihr deliktisches Verhalten zur Verantwortung zu ziehen ist. Die Autoren plädieren dafür, dass bedingt vorsätzliche und Gläubiger schädigendes Verhalten, insbesondere im Bereich der Vertragsanbahnung, welches unterhalb der Schwelle des Strafrechts liegt, anhand von Indizien ermittelt werden könne. Die Anforderungen an das Vorliegen von Eventualvorsatz seien dabei nicht besonders hoch, weil sich aus der Art und Weise, wie sich das sittenwidrige Verhalten kundtut, häufig folgern lasse, dass der Schädiger vorsätzlich gehandelt habe. Deshalb könne über den Weg des § 826 BGB ein direkter Schadenersatzanspruch gegen die Verantwortlichen der Limited (im Regelfall der director) gegeben sein.

* * *

Die drei Fassungen des BMF-Schreibens vom 16.12.2003 und offene Fragen bei der Besteuerung von Private Equity-Fonds

Eigentlich sollte das BMF-Schreiben vom 16.12.2003 Klarheit in die Frage der einkommensteuerlichen Behandlung von Venture Capital- und Privat Equity-Fonds bringen und dabei auch die Grenze zwischen den Einkunftsarten „private Vermögensverwaltung“ und „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“ ziehen. **Friederichs** und **Köhler** weisen in ihrem Beitrag in Heft 26 der Zeitschrift **Der Betrieb** aber darauf hin, dass nach wie vor große Rechtsunsicherheit besteht. Inzwischen lägen drei Fassungen des

BMF-Schreibens vom 16.12.2003 vor. Betroffen seien insbesondere Bezieher von sog. Carried Interests. Dies ist der erhöhte Gewinnanteil von Initiatoren und Führungspersonen der Private Equity- oder Venture Capital-Fonds. Die Autoren plädieren dafür, dass der „ministerielle Erlasswirrwarr“ bald möglichst durch eine Klarstellung ersetzt wird, die allein in allgemeinen Besteuerungsgrundsätzen gerecht wird und eine „Neidsteuer“ für gewerblich tätige, gewerblich infizierte oder gewerblich geprägte Fonds vermeidet.

* * *

Ende der Rechtsprechungsdivergenz? - Entwicklung der jüngsten BGH-Judikatur zur Rückabwicklung von „Schrottimmobilien“-Geschäften

Am 25.04.2006 verkündete der 11. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs vier Urteile, die ausweislich der Pressemitteilung vom selben Tag als „Einigung“ der unterschiedlichen Sichtweisen des 2. und 11. Zivilsenates angekündigt worden war. **Fischer** setzt sich in seinem Besprechungsaufsatz in Heft 26/2006 der Zeitschrift **Der Betrieb** mit den tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen dieser Urteile auseinander. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob und inwieweit die bisherige Rechtsprechungsdivergenz beseitigt werden konnte. Fischer sieht neun verschiedene Problemkomplexe, auf die er im Einzelnen eingeht und deren Konsequenzen er darstellt. Die Problemkomplexe beschreibt er wie folgt:

Haustürwiderrufsrecht gem. § 1 Abs. 1 HWiG, Voraussetzungen des Verbundgeschäfts im

Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG, Bedeutung der Widerrufsbelehrung gem. § 2 HWiG, notarielle Beurkundung des Immobilienfondsbeitritts im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG, Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft und Rückabwicklung, Formmangelhaftigkeit der Darlehensverträge, Nichtigkeit der Treuhändervollmachten, Problemkomplex Anlegertäuschung und schließlich die Frage der Zurechnung der Haustürsituation. Insoweit hat auch der 11. Zivilsenat seine bisherige Rechtsprechung korrigiert und stellt lediglich auf das objektive Vorliegen einer Haustürsituation ab. Dennoch bleiben, so Fischer, ganz erhebliche Fragen nach wie vor offen. Auch künftig sei mit weiteren Korrekturen der bisherigen Verbundrechtsprechung zu rechnen.

Steuerliche Änderungen durch das Haushaltsbegleitgesetz 2006, das Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse und das Steueränderungsgesetz 2007

Der Bundesrat hat am 16.06.2006 dem Haushaltsbegleitgesetz 2006 und am 07.07.2006 dem Ersten Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse sowie dem Steueränderungsgesetz 2007 zugestimmt. **Tausch** und **Plenker** stellen in Heft 29/2006 der Zeitschrift **Der Betrieb** die sich durch diese Gesetze ergebenden Änderungen im Bereich des Steuer- und Sozialversicherungsrechtes dar. So wird beispielsweise der Betrag von 1.250,00 € bei Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer gestrichen; weitere Änderungen betreffen die Entfernungspauschale (künftig können erst ab

dem 21. Entfernungskilometer Aufwendungen wie Werbungskosten abgezogen werden), der Sparerfreibetrag wird sich reduzieren und der Spitzensteuersatz erhöhen (sog. „Reichensteuer“).

Anhand von Beispielen werden die Auswirkungen auch in Euro und Cent dargestellt.

Trennungsprinzip und Täuschungsabwehr - die neue Linie des Bundesgerichtshofs gegenüber dem finanzierten Immobilienfondsanteilerwerb

Es war abzusehen, dass auch nach den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Themenkomplex „Schrottimmobilien“ die Diskussion weitergehen wird. **Derleder** bespricht in Heft 14/2006 der Zeitschrift **ZfIR** die vier Entscheidungen. Derleder prägt für eine dieser Entscheidungen den Begriff „Anti-Verbundentscheidung“, weil die kreditfinanzierte, grundpfandrechtlich abgesicherte Immobilienfondsbeteiligung für den Regelfall aus dem Anwendungsbereich des verbundenen Geschäfts herausgenommen wurde.

Erweitert wurde der Schutz von Anlegern bei Täuschungen durch Vermittler (wenngleich hierbei der Schutz vor Täuschungen von Initiatoren wieder eingeschränkt worden ist). Die dritte Grundsatzentscheidung behandelt die Rückabwicklung verbundener Fondsfinanzierungen bei Formmängeln des Darlehens und Widerruf nach dem Haustürwiderrufsgesetz.

Derleder beschreibt noch einmal die einzelnen Stationen der Judikatur, die in den Entscheidungen vom 25.04.2006 mündeten. Der Bankrechtssenat (11. Senat des Bundesgerichtshofes) hatte die sog. Trennungstheorie zuvor in sehr strikter Form praktiziert. Dieser Trennungsgrundsatz (Trennung zwischen Darlehen und Beteiligung oder Immobilie) war für die traditionelle Immobilienfinanzierung entwickelt worden, bei der die kreditgebende Bank nicht in das Verwendungsrisiko des Darlehensnehmers verstrickt werden sollte. Zu einem Einwendungsdurchgriff konnte es kommen, wenn entweder eine Grundpfandrechtliche Kreditsicherung nicht erfolgt ist oder wenn das Grundpfandrecht nicht zu den üblichen Bedingungen gewährt worden ist. Voraussetzung all dieser Entscheidungen war, dass wirksame Geschäfte geschlossen worden sind. Da es weithin nur aufgrund umfassender Vollmachten der Anleger zu den Darlehensverträgen gekommen war, stellte sich auch immer wieder die Frage, ob nicht Vollmachtenmängel zur Rechtsunwirksamkeit führten. Derleder bespricht die Rechtsgrundsätze zu den §§ 171 ff. BGB und zur Ausweitung des Anwendungsbereichs dieser Normen, wenn Vollmachtenurkunden im Original oder in notarieller Ausfertigung vorlagen. Der BGH hat aber den Anwendungsbereich der Rechtsscheinvollmacht erheblich ausgeweitet, indem er auch ein berechtigtes Vertrauen in Durchschriften von Vollmachten als schützenswert erachtet. Hier kritisiert Derleder die „klare und eindeutige“ Überschreitung der Grenzen vertretbarer Rechtsanwendung. Alles in allem wird von Derleder bemängelt, dass

dem verbundenen Geschäft und dem Einwendungsdurchgriff beim finanzierten Fondsanteilserwerb mit nicht überzeugender erweiternder Auslegung der bisherige Anwendungsbereich überwiegend genommen wird. Vollmacht- und Formmängel würden bis über die Grenze des Vertretbaren hinaus geheilt werden. Der neu gewährte Schutz vor Täuschungen von Vermittlern, die zugleich Fondsanteile und Darlehen vertrieben haben, stelle nur eine Rückkehr zu den Grundsätzen der Haftung für Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB dar, die überfällig war.

* * *

Bundesgerichtshof bestätigt Rechtsprechung zum Haustürwiderruf bei finanzierten Immobilienkäufen

Sauer setzt sich in Heft 30/2006 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** mit dem Urteil des BGH vom 16.05.2006 auseinander. Der BGH hatte seine langjährige Rechtsprechung zum Haustürwiderruf bestätigt und lehnte - bestärkt durch den EuGH in der Rechtssache Schulte - einen Einwendungsdurchgriff ab. Sauer prognostiziert, dass es nach dieser Entscheidung künftig wieder vermehrt um die Haftung der finanzierenden Institute wegen Verletzung eigener Aufklärungspflichten gehen wird. Um Verbraucher besser vor Risiken aus Kapitalanlagemodellen schützen zu können, dürfte es künftig Erleichterungen bei der Beweisführung geben. Anknüpfungspunkt soll hier die Fallgruppe des konkreten Wissensvorsprungs sein.

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

AIZ - Das Immobilienmagazin
Baurecht
BB Betriebs-Berater
BKR Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bundesgesetzblatt Teil I
Cash
DB Der Betrieb
Der Fonds, das Know-how-Magazin zur Kapitalanlage
DER FONDSBRIEF
Der Immobilienbrief
Der Platow Brief
Direkter Anlegerschutz
DStR Deutsches Steuerrecht
EURO / FINANZEN
Finanztest
Finanzwelt
Fondszeitung
IBR Immobilien- & Baurecht
Immobilienwirtschaft
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

KURZ UND BÜNDIG**Infektionsgefahr bei Immobilienhandelsfonds**

kmi nimmt in Heft 25/2006 zur Frage Stellung, inwieweit Beteiligungen an gewerblichen Immobilienfonds auch auf die Ebene des Gesellschafters durchschlagen, wenn dieser private Immobilienveräußerungen durchführt (**Infektionsgefahr der Gewerblichkeit bei Überschreitung bestimmter Beteiligungsgrenzen**).

Hierbei sind insbesondere die Vorgaben des BMF-Schreibens vom 26.03.2004 (Az: IV A 6-S2240-46/04) zu beachten.

* * *

Vorfälligkeitsentschädigung

Es kommt immer wieder vor, dass sich ein Eigentümer von seiner Immobilie trennen muss, ohne dass zum selben Zeitpunkt der Darlehensvertrag ausläuft. Kreditgeber fordern in diesen Fällen **Vorfälligkeitsentschädigungen**. Grote nennt in einem **immobilien-intern Spezial** (Beilage zu Nr. 14/06) die Grundlagen, nach denen Banken Vorfälligkeitsentschädigungen berechnen müssen. Es geht um Themen wie Abzinsung, Aktiv-/Aktivmethode, Aktiv-/Passivmethode, Anrechnung von Vorteilen und insgesamt dem Erfordernis, dass der Kreditgeber seine Berechnung transparent zu gestalten hat. In komplizierten Fällen wird ohne Hinzuziehung eines Fachmanns die **Richtigkeit einer Berechnung** für den Normalbürger nicht nachzuvollziehen sein.

* * *

Müssen Kreditinstitute von der Globalzession Abschied nehmen?

Die Frage der Anfechtung von Verrechnungen, die Banken auf debitorisch geführten Schuldnerkonten vornehmen, beschäftigt die Gerichte immer wieder. Unabhängig davon, ob es sich bei der Verrechnung um eine sog. **kongruente** oder **inkongruente Deckung** handelt, scheidet eine Anfechtung aus, wenn die Forderungen, auf die die verrechneten Zahlungen erfolgten, anfechtungsfest vom Kreditinstitut erworben wurden. Kreditinstitute sichern sich häufig mittels einer **Globalzession** ab. Die Globalzession erfolgt im Regelfall weit außerhalb des anfechtungsrelevanten 3-Monatszeitraums der §§ 130 f. InsO. **Lange** und **Reimann** gehen in Heft 6/2006 der Zeitschrift BKR der Frage nach, wann bei einer Globalzession die Forderung tatsächlich erworben ist. Es geht um die Frage der **hinreichenden Bestimmtheit**. Das OLG Karlsruhe hatte entschieden, dass ein Anspruch auf Abtretung erst dann hinreichend bestimmt ist, wenn die Forderung im Zuge eines Veräußerungsgeschäftes tatsächlich entstanden ist. Lange und Reimann lehnen diese Ansicht ab, die nur dann gerechtfertigt sei, wenn der Sicherungsnehmer bei Erwerb der Sicherheiten die wirtschaftlichen Verhältnisse kennt bzw. mit dem Vorsatz handelt, seine Gläubiger zu benachteiligen.

BMF-Schreiben zur Anwendung der 1 %-Regelung auf Fahrzeuge, die zu mehr als 50 % betrieblich genutzt werden

Zum Jahresbeginn wurde § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG geändert. Aufgrund dieser Änderung ist die pauschale Ermittlungsmethode für die private Kraftfahrzeugnutzung (**1 %-Regelung**) nur noch anwendbar, wenn das Fahrzeug zu mehr als 50 % betrieblich genutzt wird. Das BMF nimmt im Schreiben vom 07.07.2006 (Az: IV B 2-S2177-44/06) zur Frage Stellung, wie der **Nachweis der betrieblichen Nutzung** erfolgen kann. Dies kann **in jeder geeigneten Form** erfolgen (auch Eintragungen in Terminkalendern, Abrechnung gefahrener Kilometer gegenüber den Auftraggebern, Reisekostenaufstellungen sowie andere Abrechnungsunterlagen; ein Fahrtenbuch ist nicht zwingend vorgeschrieben). Bei manchen Berufsgruppen, bei denen feststeht, dass sie das Fahrzeug zur Ausübung ihres Berufs benötigen, gilt eine Vermutung. Hat der Steuerpflichtige den betrieblichen Nutzungsumfang des Kfz einmal dargelegt, so ist grundsätzlich auch für die folgenden Veranlagungszeiträume von dem nachgewiesenen Nutzungsumfang auszugehen.

Verbilligte Vermietung an Angehörige

Zahlreiche Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter belegen es: Vermieten ist nicht immer eine Freude. Deshalb ist mancher Vermieter froh, wenn er eine freie Wohnung an einen Angehörigen vermieten kann. In einem „**Steuern Spezial**“ (Beilage zu Heft 29/06 des

steuertip) wird erläutert, worauf es bei der **verbilligten Vermietung an Angehörige** ankommt. Manche Vermieter sind bereit, Angehörigen bei der Mietzinsbemessung entgegenzukommen. Die zulässige Verbilligung, früher bis zu 50 % anerkannt, heute unproblematisch bis 25 %, erhöht den ausgewiesenen Vermietungsverlust. Der „**steuertip**“ stellt die 3 Stufen der Mietermäßigung dar (bis 25 %, zwischen 25 % und 44 % und mehr als 44 %) und macht deutlich, worauf die Finanzverwaltung besonders achtet.

* * *

Neuerungen im Versicherungsvertragsrecht

Schwintowski nimmt in Heft 5/2006 der Zeitschrift ZRP zu geplanten Neuerungen und **Änderungen im Versicherungsvertragsrecht** Stellung. Er weist darauf hin, welche Probleme mit einigen Neuerungen verbunden sind, beispielsweise mit der Möglichkeit auf einen Beratungsverzicht. Schwintowski kritisiert im Bereich der Lebensversicherungen insbesondere auch den Vorschlag, dass im Regelfall alle zwei Jahre **stille Reserven** zugunsten der Versicherten zu realisieren sein sollten. Dieses extrem starre Konzept stranguliere die Versicherer bei ihrer Anlagepolitik. Speziell im Bereich der Krankenversicherung müsse auch noch an Regelungen gearbeitet werden, damit der Wechsel zwischen privaten Versicherungen leichter möglich ist. Ein Wechsel scheitert heute im Regelfall daran, dass die individuellen **Altersrückstellungen** nicht mit übertragen werden.

* * *

Zum verfassungsrechtlichen Gebot eines in angemessenem Verhältnis zu den gezahlten Versicherungsprämien stehenden Rückkaufswerts - Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 15.02.2006

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 15.02.2006 die Verfassungsbeschwerde eines Versicherungsnehmers nicht zur Entscheidung angenommen, in der es um die Rechtmäßigkeit der **Abschlusskostenklausel** in vor 1995 abgeschlossenen Verträgen ging. **Grote** analysiert in Heft 21/2006 der Zeitschrift Versicherungsrecht diese Entscheidung. Er nimmt den Standpunkt ein, dass weder die BGH-Urteile vom 12.10.2005 noch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes auf den sog. Altbestand Anwendung finden können (Altbestand = vor dem 31.12.1994 abgeschlossene Verträge). Grote zitiert zur Untermauerung seines Standpunktes die Gesetzesbegründung zu § 173 VVG a.F. aus dem Jahr 1907. Was nun für den Altbestand gelte, gelte auch für die ab 01.01.2002 neu abgeschlossenen Versicherungsverträge, weil diesen grundsätzlich andere **Allgemeine Versicherungsbedingungen** zugrunde lägen.

* * *

Zur Frage der persönlichen Haftung des Directors einer Limited bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht

Schilling bespricht in Heft 14/2006 der Zeitschrift EWIR das Urteil des Landgerichts Kiel vom 20.04.2006 (10 S 44/05). Das Gericht

hatte über die **persönliche Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters einer englischen Limited** mit Verwaltungssitz in Deutschland zu entscheiden. Dieser ging zu einem Zeitpunkt, in dem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft für ihn nicht mehr zu übersehen war, weitere Verbindlichkeiten im Namen der Gesellschaft ein.

Schilling begrüßt das Urteil, durch welches der Geschäftsführer persönlich zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt worden ist. Es mache für den Fall **betrügerischen Handelns** keinen Unterschied zwischen einer englischen Limited und einer deutschen GmbH. Der Director hafte zum einen nach den Regeln der deutschen **Insolvenzverschleppungshaftung**. Des Weiteren hafte er wegen Eingehungsbetruges gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, da er in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Limited neue Verbindlichkeiten eingegangen war.

* * *

Haftung des Rechtsschutzversicherers für vertragswidrige Verweigerung einer Deckungszusage

Armbrüster kommentiert in Heft 14/2006 der Zeitschrift EWiR das Urteil des BGH vom 15.03.2006 zur Frage der **Haftung eines Rechtsschutzversicherers**. Dieser kann aus **positiver Vertragsverletzung** grundsätzlich auch für den Schaden haften, den der Versicherungsnehmer dadurch erleidet, dass er infolge einer vertragswidrigen Verweigerung der Deckungszusage einen beabsichtigten Rechtsstreit nicht führen kann. Das Neue an dieser Entscheidung, die die bisherige Rechtsprechung konsequent fortführe, seien die strengen Regeln zur Haftung nach § 661a BGB. Ein solcher Anspruch - im konkreten Fall ging es um eine Gewinnmitteilung über einen Gewinn von rund 128.000,00 €- entstehe bereits mit Mitteilung über den gewonnenen Preis. Einer Mitwirkungshandlung des Verbrauchers bedürfe es auch dann nicht, wenn die Gewinnauskehrung in der Mitteilung davon abhängig gemacht wird.

VERANSTALTUNGSHINWEIS

Die Kanzlei Klumpe, Schroeder + Partner GbR ist auch in diesem Jahr Partner der Messe Funds & Finance. Sie findet am 12. und 13. September 2006 in den Kölner Messehallen statt. Wir sind mit einem Stand vertreten und freuen uns auf Ihr Kommen.

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@rechtsanwaelte-klumpe.de
Web: <http://www.rechtsanwaelte-klumpe.de>

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