

Der Markt für Kapitalanlagen –
„Wasch mich, aber mach mich nicht nass ...“

Newsletter 08 / 2006

Sehr verehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

jeder **Produktanbieter** weiß, wie wenig es ihm nützt, ein herausragendes Produkt entwickelt zu haben, wenn diese Information den potenziellen Kunden anschließend nicht erreicht. Dies ist in der **Kapitalanlagebranche** nicht anders als in jedem anderen Segment auch. Vertriebskraft ist die Mutter des Erfolges. Entsprechend werden die guten „**Vertriebler**“ auch umworben und auf ein neues Produkt eingeschworen sprich geschult. Was passiert nun aber, wenn das entwickelte Produkt doch fehlerhaft ist und der Vertrieb sein auf Produktschulungen erlangtes (unrichtiges oder unvollständiges) Wissen weiter gibt und ein Kunde dadurch einen **Vermögensnachteil** erleidet?

In § 278 des schon vor über hundert Jahren in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) heißt es, dass der Schuldner ein Verschulden der Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, im gleichen Umfang zu vertreten hat wie eigenes Verschulden (sog. **Erfüllungsgehilfenhaftung**). Man möchte meinen, damit sei alles einfach und klar geregelt, doch sieht die Praxis häufig freilich ganz anders aus. Allein drei Entscheidungen in

unserer heutigen Rechtsprechungsübersicht liegt eine Sachverhaltskonstellation zugrunde, wie sie eingangs beschreiben ist. Die Produkthanbieter oder (Allein-) Vertriebsbeauftragten, die den Vertrieb jeweils mittels Dritter steuerten, versuchten sich dennoch in jedem dieser Fälle ihrer Verantwortung zu entziehen. Sie wurden erst vom Gericht in ihre Schranken verwiesen.

Egal ob **Produktanbieter** oder ob **Spitze eines Strukturvertriebs**: beide haben in hohem Maß eine gesellschafts- und wirtschaftspolitische äußerst bedeutsame Aufgabe zu erfüllen. Angesichts der Notwendigkeit der **Eigenvorsorge** gilt dies heute mehr denn je. Kunden bringen Ihnen Vertrauen entgegen und erwarten eine **Aufklärung** über ein (Anlage-)Produkt, welches sie häufig nicht kennen. Über **Chancen** gleichermaßen wie über **Risiken**. Und damit der „Vertrieb“ dies beim Kunden entsprechend „herüber bringt“, wird er geschult und erhält heutzutage meist noch zusätzliche EDV-Unterstützung und Beratungs- oder Berechnungsprogramme. Sollte dann doch einmal etwas schief laufen, darf der Vertrieb nicht im Regen stehen. Wer hier nach dem Motto handelt „wasch mich, aber mach mich nicht nass...“ ist fehl am Platz. Und außerdem

können bei entsprechender Vorsicht regelmäßig von Anfang an die Weichen so gestellt werden, dass nichts passiert.

Wir sind seit über 25 Jahren darauf spezialisiert, Produktentwicklern, Vertrieben und Anlegern **bei ihren Fragen und Bedürfnissen zur Seite zu stehen**. Wir sind auch gerne für Sie da!

Besuchen Sie uns doch beispielsweise an unserem Messestand auf der großen Fachmesse für Finanzintermediäre, der **funds & finance 2006** in Köln. Sie findet am 12. und 13.09.2006 in den Kölner Messehallen statt. Gerne laden wir Sie ein und senden Ihnen bei Bedarf eine Eintrittskarte zu (nur solange der Vorrat reicht!).

Wir freuen uns auf Sie!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Unsere Themen in der Übersicht

Rechtsprechungsspiegel

- Beweislast für rechtzeitige Prospektübergabe und Verletzung der Schlechterfüllung eines Auskunftsvertrages liegt beim Anspruchsteller
- Zur Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer Publikums-KG sowie zu den Voraussetzungen einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Ausschlussbeschlusses
- Zur Frage, wann beim Grundstückskauf der Tatbestand des Wuchers vorliegt
- Zur Frage der Haftung eines Finanzdienstleisters für Falschberatung durch von ihm beauftragten Handelsvertreter
- Finanz- und Wirtschaftsberatungs AG haftet für Pflichtverletzungen ihrer Vermittler im Nebenberuf
- Zur Frage der Zurechnung von Aufklärungs-/Beratungspflichtverletzungen bei Zinsdifferenz- und Hebelgeschäften
- Anforderungen an Klauseln über Nachschusspflichten in Gesellschaftsverträgen von Publikums-Personengesellschaften
- Verjährungsbeginn bei fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wertpapieren
- Schlechterfüllung eines Vermögensverwaltungsvertrages und Verjährung von Ansprüchen
- Verjährung von Ansprüchen gegen Steuerberater als Treuhandkommanditistin einer Publikums-KG
- Fünfjähriger Kündigungsausschluss bei Staffelmiete führt nur beim Formularvertrag zur Gesamtnwirksamkeit der entsprechenden Mietvertragsklausel
- Mietverlängerungsoption per Fax
- Zum Provisionsanspruch des Nachweismaklers, der den Namen des Vermieters nicht bekannt gegeben hat
- Zum eingeschränkt unwiderruflichen Bezugsrecht des Arbeitnehmers bei einer Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung im Insolvenzfall
- Zur Schadensbemessung bei Verlust der Altersrückstellung
- Totalüberschussprognose bei fremdfinanziertem Erwerb einer auf Lebenszeit garantierten Grundrente und zugleich einer abänderbaren Überschussbeteiligung

Gesetzgebungsspiegel

- Änderung des Rechtsberatungsgesetzes soll auch Nicht-Anwälten die Erbringung von Rechtsberatungsleistungen ermöglichen
- Neues Genossenschaftsrecht in Kraft getreten
- Allgemeines Gleichstellungsgesetz in Kraft getreten
- Bundeskabinett: Ende der Verlustzuweisungsmodelle rückwirkend zum 01.01.2006 beschlossen

Literaturspiegel

- Die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) - Neuordnung der Wohlverhaltensregeln
- Haftungsrisiken aus dem Scheitern von Vertragsverhandlungen bei M&A-Transaktionen
- Nachzahlungsforderungen bei geschlossenen Immobilienfonds im Unterdeckungsmodell
- ÖPP: Ein neues Marktsegment für geschlossene Immobilienfonds?
- Die Trennung vom „missliebigen“ Personengesellschafter - Neue Ansätze in Sachen Ausschluss, Hinauskündigung und Kollektivaustritt?
- Squeeze-Out-Beschlüsse: Kein Erfordernis sachlicher Rechtfertigung und bloß eingeschränkte Rechtsmissbrauchskontrolle
- Schadensersatzanspruch des Immobilienanlegers wegen „institutionalisierten Zusammenwirkens“ von Bank und Verkäufer beim Vertrieb
- Der täuschungsbedingte Beitritt zur (Personen-)Gesellschaft und die Lehre vom fehlerhaften Verband - Vorrang von Schadensersatzansprüchen?

Kurz und bündig

- Steuergestaltungen 2006 - Lebensversicherungen
- Warnliste über zweifelhafte Geldanlage-Angebote
- Der Euro lockt internationale Anleger
- Zahl der Zwangsversteigerungen in Deutschland leicht rückläufig
- Beweislast des Anlegers für Nichterhalt eines Prospektes mit Risikohinweisen im Schadenersatzprozess gegen den Vermittler wegen unzureichender Risikoaufklärung
- Der deutsche Real Estate Investment Trust (REIT) als Anlageinstrument für den deutschen Immobilien- und Kapitalmarkt
- Aktuelle BGH-Rechtsprechung zum Bankrecht
- Informationsbeschaffung bei insolventer GmbH
- Lebensversicherung: Wie Versicherer den Spagat aus Kapitalgarantie und ansprechender Rendite meistern
- Pflegeheime: Seniorenimmobilien sind bei Investoren wieder gefragt
- Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts in den Jahren 2004 und 2005

Veranstaltungshinweis

- Funds & Finance am 12. und 13.09.2006 in Köln
- DKM am 24. bis 26.10.2006

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

**Beweislast für rechtzeitige
Prospektübergabe und Verletzung der
Schlechterfüllung eines Auskunfts-
vertrages liegt beim Anspruchsteller** (BGH,
Urt. v. 11.05.2006, III ZR 205/05)

Nimmt der Zeichner einer Vermögensanlage den Anlagevermittler auf Schadensersatz wegen unzureichender Risikoaufklärung in Anspruch, so trägt er für die Behauptung, vom Vermittler keinen (Risikohinweise enthaltenden) Anlageprospekt erhalten zu haben, die Beweislast. Der in Anspruch genommene Vermittler hatte dargelegt, den Anlegern einen umfassenden Anlageprospekt mit Hinweisen auf die Risiken des Anlagenfonds so rechtzeitig übergeben zu haben, dass diese den Prospekt hätten ausreichend prüfen können. Dieser Vortrag des Vermittlers war durch die Beweisaufnahme nicht widerlegt worden. Da die Beweislast für eine Pflichtverletzung beim Anspruchsteller liegt, führte ein sog. „non liquet“ dazu, dass nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen die Klage abzuweisen war.

Anm.: vgl. dazu auch die Kurzkommentierung von Wolters (siehe Rubrik „Kurz und Bündig“)

§ § §

**Zur Auslegung des Gesellschaftsvertrages
einer Publikums-KG sowie zu den
Voraussetzungen einer Klage auf
Feststellung der Nichtigkeit eines
Ausschlussbeschlusses** (BGH, Urt. v.
17.07.2006, II ZR 242/04)

Die vier Kläger sind an einer GmbH & Co. KG als Minderheitskommanditisten beteiligt. Diese entstand im Jahr 2001 formwechselnd von einer Aktiengesellschaft. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit des Ausschlusses der Kläger und weiterer Kommanditisten aus der Publikums-KG. Die Kläger hatten sich geweigert, der Komplementärgesellschaft eine unwiderrufliche Generalvollmacht zur Anmeldung von Handelsregistereintragungen zu erteilen.

Der BGH stellt fest, dass bei der Publikums-KG eine gesellschaftsvertragliche Regelung, nach der die Gesellschafter nach ihrer Wahl Handelsregisteranmeldungen zu unterzeichnen oder der Komplementärin eine nur aus wichtigem Grund widerrufbare General-Anmeldevollmacht zu erteilen haben, keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet. Zugleich ging es im zu entscheidenden Fall darum, ob Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung grundsätzlich zwischen den Gesellschaftern auszutragen sind oder mit der Kommanditgesellschaft selbst. Grundsätzlich sind solche Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern auszutragen. Es ist aber rechtlich möglich, abweichend hiervon im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, dass ein derartiger Prozess mit der Gesellschaft auszufechten ist. Liegt eine solche gesellschaftsvertragliche Regelung vor, ist für eine Austragung von Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Beschlüssen, die auf einer Gesellschafterversammlung getroffen wurden, kein Raum.

Sodann stellte der BGH noch fest, dass jeder Kommanditist nur gegen seine eigene Ausschließung aus der Gesellschaft klagen kann und für eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Ausschließung anderer Kommanditisten das Feststellungsinteresse fehlt.

§ § §

Zur Frage, wann beim Grundstückskauf der Tatbestand des Wuchers vorliegt (BGH, Urt. v. 23.06.2006, V ZR 147/05)

In diesem vom BGH zu entscheidenden Fall ging es um die Frage, ob ein Grundstückskaufvertrag wegen Wuchers nichtig ist, weil das Kaufobjekt (ein Schloss in Mecklenburg-Vorpommern) nur einen Wert von 118.000,00 DM hatte, der Kaufpreis dagegen mit 250.000,00 DM vereinbart worden war.

Nach § 138 Abs. 2 BGB kommt es für das Vorliegen des Wuchertatbestandes nicht nur auf das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung an, sondern die Ausbeutung einer Zwangslage, Unerfahrenheit, ein Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche des Käufers müssen hinzukommen.

Ein Mangel an Urteilsvermögen ist gegeben, wenn dem Betroffenen in erheblichem Maße die Fähigkeit fehlt, sich durch vernünftige Beweggründe leiten zu lassen. Dazu zählt insbesondere die Unfähigkeit, die für und die gegen ein konkretes Rechtsgeschäft sprechenden Gründe zu erkennen und die beiderseitigen Leistungen vor diesem

Hintergrund sachgerecht zu bewerten. Kein Fall von mangelndem Urteilsvermögen liegt hingegen vor, wenn die Vertragspartei nach ihren Fähigkeiten zwar in der Lage war, die Vor- und Nachteile des Rechtsgeschäfts sachgerecht zu bewerten, diese Fähigkeiten vor dem Vertragsabschluss aber nicht oder nur unzureichend eingesetzt hat. Der Wuchertatbestand soll weder vor einer unrichtigen Einschätzung der Wirtschaftlichkeit eines Rechtsgeschäfts noch vor enttäuschten Spekulationen schützen.

Die Faustregel, wonach die Überteuerung des Grundstückspreises um das Doppelte den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Verkäufers zulässt und damit der Kaufvertrag nach § 138 BGB nichtig ist, gilt insoweit nur eingeschränkt. Die Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Verkäufers kann durch besondere Umstände erschüttert werden. Dieser Frage war das Berufungsgericht nicht im erforderlichen Umfang nachgegangen. Der BGH hob deshalb das der Klage stattgebende Berufungsurteil auf und wies den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

§ § §

Zur Frage der Haftung eines Finanzdienstleisters für Falschberatung durch von ihm beauftragten Handelsvertreter (OLG Celle, Urt. v. 01.06.2006, 11 U 311/05)

Ein Finanzdienstleister, der im Wege des Strukturvertriebes Handelsvertreter für sich tätig werden lässt, hat grundsätzlich wegen positiver Vertragsverletzung eines durch den

Handelsvertreter zu ihm begründeten Beratungsvertrages selbst einzustehen. Für einen Anlageinteressenten spielt nämlich allein die vertragliche Bindung zu dem Großunternehmen mit Erfahrung, Markt- und Spezialkenntnissen und Renommee eine Bedeutung. Die Kenntnisse und Fähigkeiten des Handelsvertreters kann der Anlageinteressent regelmäßig nicht beurteilen. Dasselbe gilt für eine Anlagegesellschaft: Lässt diese im Wege des Strukturvertriebes Handelsvertreter für sich tätig werden, hat sie grundsätzlich wegen positiver Vertragsverletzung eines durch den Handelsvertreter zu ihr begründeten Beratungsvertrages selbst einzustehen.

Die Haftung eines anderen Handelsvertreters aus demselben Strukturvertrieb, der die Vermögensanalyse und Vermögensplanung am Computer erstellt hat, ansonsten aber im Hintergrund geblieben ist, kommt nur in Betracht, wenn ein Fall einer rechtsgeschäftlichen Vertretung vorliegt. An dieser fehlt es von vornherein, wenn noch nicht einmal ein Handeln in dessen Namen festgestellt werden kann.

Ein für den behaupteten Schaden kausales Beratungsverschulden fehlt im Regelfall, wenn der Handelsvertreter das Anlagemodell nicht vollständig zu erläutern vermag, der Anleger aber trotz der offen gebliebenen Fragen den Vertrag unterzeichnet und auch von seinem ihm eingeräumten Widerrufsrecht keinen Gebrauch macht, obwohl die erwartete nachträgliche Aufklärung unterbleibt.

§ § §

Finanz- und Wirtschaftsberatungs AG haftet für Pflichtverletzungen ihrer Vermittler im Nebenberuf (OLG Stuttgart, Ur. v. 27.07.2006, 7 U 43/06)

Ein Finanz- und Wirtschaftsberatungsunternehmen haftet für Pflichtverletzungen eines für sie tätigen Vermittlers im Nebenberuf. Ob ein Vermittler nach außen den Anschein erweckt, im eigenen Namen aufzutreten oder als Vertreter des Finanz- und Wirtschaftsberatungsunternehmens ist nach der objektivierten Empfängersicht zu beurteilen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die zum Vertragsschluss (des Anlagevermittlungsvertrages) geführt haben. Ergibt sich aus einem Beratungsbericht, dass das Finanz- und Wirtschaftsberatungsunternehmen Vertragspartner ist, kommt allein diesem Umstand eine große Bedeutung zu. Auch Werbeflyern, Visitenkarten oder dem allgemeinen Auftreten von Außendienstmitarbeitern ist hierbei eine zusätzliche Indizwirkung beizumessen.

Verschweigen in einem solchen Fall Außendienstmitarbeiter wesentliche Informationen über eine Beteiligung und verletzt dadurch die Pflicht zu richtiger und vollständiger Information, ist diese Pflichtverletzung der Finanz- und Wirtschaftsberatungsgesellschaft zuzurechnen. Bei unzureichender Aufklärung wird vermutet, dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Anleger die Anlageentscheidung nicht in dieser Form getroffen hätte. Auch ein Mitverschulden des

Anlegers (Informationspflichtigen) kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ein Ratsuchender, der in einem persönlichen Gespräch informiert werden will, erwartet, dass er das Informationsmaterial erschöpfend erläutert bekommt, um sein Anlagerisiko weitgehend einschätzen zu können. Er darf insbesondere darauf vertrauen, dass sich in dem schriftlichen Vertragswerk keine Klauseln befinden, die in diametralem Gegensatz zu den Auskünften der Anlagevermittler stehen.

§ § §

Zur Frage der Zurechnung von Aufklärungs-/Beratungspflichtverletzungen bei Zinsdifferenz- und Hebelgeschäften (LG Augsburg, Urte. v. 29.06.2006, 10 O 1933/05)

Wer ein bestimmtes Finanzdienstleistungsprodukt entwickelt, vertreiben lässt und hierzu selbstständige Vermittler in Seminaren schult, haftet für Beratungsfehler der in den Vertrieb eingeschalteten Partner. Dies gilt vor allem dann, wenn sich ein Unternehmen selbstständiger Partner bedient und sich die Partner auf Materialien stützen, die vom Produkthanbieter zur Verfügung gestellt worden sind. Weitere Indizien für eine Zurechnung von Beratungsfehlern können die Verwendung von Formularen mit Firmenlogo des Produkthanbieters sein.

Wer zum Zwecke des Vertriebs Software entwickelt und zur Verfügung stellt, hat dafür Sorge zu tragen, dass diese ggf. ständig aktualisiert wird. Durch das Zurverfügungstellen problematischer

Unterlagen handelt es sich um eine Pflichtenverletzung desjenigen, der die Unterlagen zur Verfügung stellt.

§ § §

Anforderungen an Klauseln über Nachschusspflichten in Gesellschaftsverträgen von Publikums-Personengesellschaften (LG München I, Urte. v. 15.03.2006, 10 O 4236/05)

Gem. § 707 BGB besteht eine Nachschusspflicht der Gesellschafter über die vereinbarte Einlage hinaus regelmäßig nicht, wobei § 707 BGB allerdings dispositiv ist. In Gesellschaftsverträgen kann mithin eine anders lautende Vereinbarung getroffen werden. Es muss dabei auch nicht die Höhe der Beiträge ziffernmäßig fixiert sein. Ausreichend ist, dass Nachschusspflichten in objektiv bestimmbarer, der künftigen Entwicklungsmöglichkeit Rechnung tragender Weise ausgestaltet sind. Bei einer Publikumsgesellschaft hängt die Wirksamkeit der gesellschaftsvertraglichen Bestimmung davon ab, ob sie das Ausmaß und den Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung erkennen lässt und insoweit eindeutig ist. Hierfür ist die Angabe einer Obergrenze oder sonstiger Kriterien erforderlich, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen.

§ § §

Verjährungsbeginn bei fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wertpapieren (LG Düsseldorf, Urt. v. 08.02.2006, 11 O 376/05)

Gegenstand des Rechtsstreits war die Frage von Schadenersatzansprüchen eines Anlegers wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit einem Wertpapiererwerbsgeschäft. Die Anlegerin nahm die Bank in Anspruch, deren Mitarbeiter mehr als vier Jahre zuvor das Beratungsgespräch geführt hatte. Es ging insbesondere um die Frage, ob Schadenersatzansprüche verjährt sind und wann die Verjährungsfrist gem. § 37a WpHG beginnt. Das Gericht stellt fest, dass für den Beginn der 3-jährigen Verjährungsfrist der Zeitpunkt des Erwerbs der Wertpapiere durch den Bankkunden maßgeblich ist. Ein Anleger, der aufgrund einer fehlerhaften Bankempfehlung eine seinen Anlagezielen nicht entsprechende Kapitalanlage erworben hat, ist bereits durch den Vertragsschluss über den Erwerb der Wertpapiere geschädigt. Bereits der Vertragsschluss über den Erwerb einer nicht den Anlagezielen des Kunden entsprechenden Wertpapierkapitalanlage ist den konkreten Vermögensinteressen des Anlegers nicht angemessen und für ihn nachteilig.

Sind Ansprüche aus vertraglichen und vorvertraglichen Pflichtverletzungen verjährt, kommt auch ein Schadenersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 31 Abs. 2 WpHG nicht in Betracht. Die Verjährungsvorschrift des § 37a WpHG gilt auch für Ansprüche aus

Delikt wegen Verletzung der aus § 31 Abs. 2 WpHG folgenden Pflichten.

§ § §

Schlechterfüllung eines Vermögensverwaltungsvertrages und Verjährung von Ansprüchen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.03.2006, I-6 U 15/05)

Im zu entscheidenden Fall ging es um Ansprüche auf Schadenersatz wegen positiver Vertragsverletzung eines Vermögensverwaltungsvertrages. Das Gericht stellt hierzu fest, dass es sich dabei um einen Dienstvertrag in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrages handelt. Durch ihn wird der Verwalter zur Verwaltung des Vermögens eines Kunden in dessen Interesse verpflichtet. Selbst wenn in einem solchen Fall der durch den Vermögensverwaltungsvertrag eingeräumte Ermessensspielraum nicht durch die Vereinbarung konkreter Anlagerichtlinien eingeschränkt war, ist der Vertrag nicht grenzenlos. Sind keine besonderen Absprachen zur Auswahl der Kapitalanlagen getroffen, findet der Grundsatz Anwendung, dass eine professionelle Vermögensverwaltung vernünftigerweise nicht ausschließlich auf hoch riskante Geschäfte setzt, sondern auf eine angemessene Mischung mit konservativeren Anlageformen wie Aktien und festverzinslichen Wertpapieren Wert legt. Hat der Vermögensverwalter den ihm eingeräumten Ermessensspielraum überschritten und dadurch den Vermögensverwaltungsvertrag verletzt, hat sie den durch die Vertragsverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen. Zur

Schadensberechnung ist der pflichtwidrig handelnde Verwalter einem gedachten vertragsgemäß handelnden Verwalter gegenüberzustellen. Der Schaden besteht dann in der Differenz zwischen dem Wert des verwalteten Depots und dem des fiktiven. Auf den Vermögensverwaltungsvertrag findet § 37a WpHG keine Anwendung. Ein Schadenersatzanspruch wegen Schlechterfüllung des Vermögensverwaltungsvertrages beruht nicht auf einer Verletzung der Pflicht zur Information oder einer fehlerhaften Beratung, sondern auf vertragswidriger Verwaltung.

§ § §

Verjährung von Ansprüchen gegen Steuerberater als Treuhandkommanditisten einer Publikums-KG (BGH, Ur. v. 20.03.2006, II ZR 326/04)

Gegen einen Steuerberater als Treuhandkommanditisten einer Publikums-KG gerichtete Schadenersatzansprüche von Kapitalanlegern aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen unterlagen nicht der kurzen Verjährungsfrist gem. § 68 a.F. Steuerberatungsgesetz, sondern verjährten in 30 Jahren (Abgrenzung zum Senatsurteil BGH, Ur. v. 09.11.1992, II ZR 141/91).

§ § §

Fünfjähriger Kündigungsausschluss bei Staffelmiete führt nur beim Formularvertrag zur Gesamtnichtigkeit der entsprechenden Mietvertragsklausel (BGH, Ur. v. 14.06.2006, VIII ZR 257/04)

In einem im Jahr 2002 abgeschlossenen Wohnungsmietvertrag war individualvertraglich

geregelt, dass der Mietvertrag für die Dauer von 60 Monaten fest abgeschlossen ist und sich dann jeweils um 12 Monate verlängern soll, falls das Mietverhältnis nicht gekündigt wird. Zugleich war eine Staffelmiete vereinbart. Der Mieter kündigte Ende 2002 mit einer Frist von drei Monaten. Der BGH hatte zu entscheiden, ob die Kündigung trotz der Laufzeitvereinbarung wirksam ist.

Auch nach der Mietrechtsreform des Jahres 2001 können Vermieter und Mieter bekanntlich die ordentliche Kündigung auch in einem Formularmietvertrag für einen Zeitraum von bis zu vier Jahren ausschließen. Wird ein solcher Kündigungsausschluss mit einer Staffelmietvereinbarung verbunden, so ist § 557a Abs. 3 BGB zu beachten. Danach kann das Kündigungsrecht des Mieters höchstens vier Jahre seit Abschluss der Staffelmietvereinbarung ausgeschlossen werden. Da im vorliegenden Fall eine Staffelmietvereinbarung auf die Dauer von 60 Monaten abgeschlossen wurde, stellte sich die Rechtsfrage, ob die Ausschlussvereinbarung mit dem gesetzlich zulässigen Inhalt aufrecht erhalten bleibt. Bei einer entsprechenden Klausel im Formularmietvertrag hatte der BGH schon entschieden, dass die Überschreitung des 4-Jahreszeitraums die Gesamtnichtigkeit der Klausel zur Folge hat (vgl. Ur. v. 25.01.2006, VIII ZR 3/05 und Newsletter 4/2006). Für die Auslegung von Individualvereinbarungen gilt dieser Grundsatz jedoch nicht. Der Kündigungsverzicht des Mieters ist deshalb nur insoweit unwirksam, als eine Dauer mehr als vier Jahre beträgt. Der BGH betont, dass dieses Ergebnis auch in Einklang mit seiner Rechtsprechung zur

Herabsetzung individuell vereinbarter überlanger Vertragslaufzeiten in vergleichbaren Fällen steht (beispielsweise Bierlieferungsverträge oder zeitlich unbegrenzte Wettbewerbsbeschränkungen).

§ § §

Mietverlängerungsoption per Fax (OLG Köln, Urt. v. 29.11.2005, 22 U 105/05)

Die Verlängerungsoption für einen Mietvertrag, der für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen wurde, bedarf der Schriftform. Die Übermittlung dieser Option per Fax genügt dem Schriftformerfordernis nicht.

§ § §

Zum Provisionsanspruch des Nachweismaklers, der den Namen des Vermieters nicht bekannt gegeben hat (BGH, Urt. v. 06.07.2006, II ZR 379/04)

Der BGH hatte die Frage zu entscheiden, ob bei längerem Zeitabstand zwischen Maklertätigkeit und Abschluss des Mietvertrages der Provisionsanspruch auch dann bestehen bleibt, wenn zwischenzeitlich ein zweiter Makler Tätigkeiten für den Kunden erbracht hat und daraufhin ein Mietvertrag abgeschlossen wurde. Ein Makler hatte einem Kunden im November 2000 Büroflächen nachgewiesen. Erst 19 Monate später war der Mietvertrag abgeschlossen worden. Zwischenzeitlich war für den Maklerkunden ein zweiter Makler tätig geworden und hatte eine Besichtigung durchgeführt. Der Erstmakler hatte den betreffenden Vermieter nicht offenbart.

Das Berufungsgericht (OLG München) hatte dem Erstmakler den Provisionsanspruch zugesprochen, weil sich bei einem Zeitablauf von 1 ½ Jahren der Schluss darauf, dass die Tätigkeit des Maklers mit ursächlich für den Vertragsschluss sei, von selbst ergebe. Der BGH sieht dies anders und problematisiert insbesondere das Erfordernis der Ursächlichkeit bzw. Mitursächlichkeit für den Vertragsschluss. Wenn der Makler die Gelegenheit zum Vertragsabschluss nachgewiesen hat und seiner Nachweistätigkeit der Vertragsschluss in angemessenem Zeitabstand nachfolgt, ergibt sich daraus der Schluss auf den Ursachenzusammenhang zwischen beiden von selbst. Als ein „angemessener Zeitabstand“ sind in der Rechtsprechung des BGH vier Monate, ca. drei bis fünf Monate und „mehr als ein halbes Jahr“ angesehen worden. Der BGH führt aus, dass jedenfalls dann, wenn ein Jahr oder mehr vergangen ist, die Ursächlichkeit der Maklertätigkeit nicht mehr ohne weiteres vermutet werden kann. Bei einem Zeitablauf von einem Jahr und mehr ist vielmehr der Makler dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass sein Nachweis noch mit ursächlich für den Abschluss des Mietvertrages ist. Insoweit bedurfte es noch weiterer Aufklärung in tatsächlicher Hinsicht. Deshalb hatte der BGH das einen Provisionsanspruch zubilligende Berufungsurteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen.

§ § §

Zum eingeschränkt unwiderruflichen Bezugsrecht des Arbeitnehmers bei einer Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung im Insolvenzfall (BGH, Urt. v. 03.05.2006, IV ZR 134/05)

Bei einer Lebensversicherung gehört auch der Rückkaufswert nach Kündigung oder sonstiger Beendigung des Versicherungsverhältnisses zu den vertraglich versprochenen Leistungen, denn das Recht auf den Rückkaufswert ist nur eine andere Erscheinungsform des Rechts auf die Versicherungssumme. Maßgeblich für den Inhalt des Bezugsrechtes ist, welche konkrete Ausgestaltung es in den zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer vereinbarten Bedingungen erfahren hat. Der Versicherungsvertrag ist langfristig angelegt und dient bei einer Direktversicherung der Altersvorsorge des Arbeitnehmers. Diesem ist daher daran gelegen, sich schon im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung vor künftigen negativen Entwicklungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen seines Arbeitgebers zu schützen. Nur durch einen frühzeitig gesicherten Anspruch auf die Versicherungsleistungen kann auch schon vor Eintritt der Unverfallbarkeitsvoraussetzungen nach dem Gesetz über die betriebliche Altersvorsorge die angestrebte Altersversorgung insolvenzfest gemacht werden. Ein Vorbehalt, der einen Widerruf des Bezugsrechtes bei Insolvenz des Arbeitgebers zuließe, würde das mit dem Abschluss der Direktversicherung angestrebte Ziel einer betrieblichen Altersversorgung unterlaufen. Die Interessen eines redlichen Arbeitgebers rechtfertigen es nicht, im Falle seiner Insolvenz dem versicherten Arbeitnehmer sein

Bezugsrecht allein deshalb zu entziehen, um die Zugriffsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger erweitern zu können. Das Bezugsrecht ist in einem solchen Falle insolvenzfest.

§ § §

Zur Schadensbemessung bei Verlust der Altersrückstellung (BGH, Urt. v. 11.05.2006, III ZR 228/05)

Der Verlust der Altersrückstellung beim Wechsel des privaten Krankenversicherers ist für sich allein kein vom Versicherungsmakler in Fällen fehlerhafter Beratung zu ersetzender Schaden. Der Versicherungsnehmer und Maklerkunde ist vielmehr darauf verwiesen, eine etwaige Prämien Differenz als konkreten Vermögensschaden geltend zu machen. Hierbei ist grundsätzlich von der Differenzhypothese auszugehen, wonach die infolge des Haftungs begründenden Ereignisses eingetretene Vermögenslage mit derjenigen zu vergleichen ist, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Ein Schaden ist gegeben, wenn das jetzige Vermögen insgesamt geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde. Eine vom Krankenversicherer gebildete Altersrückstellung ist nicht als individueller Vermögensgegenstand zu werten. Deren Verlust stellt deshalb keinen zurechenbaren Vermögensnachteil dar. Die Altersrückstellung bei der Krankenversicherung beruht auf dem Gedanken, dass die von den Versicherungsnehmern zu zahlenden Risikobeiträge mit zunehmendem Alter wegen erhöhter Krankheitsanfälligkeit an sich

kontinuierlich steigen müssten. Um das abzumildern, werden die Prämien in den ersten Jahren höher als der aktuelle Risikobeitrag kalkuliert. Der Überschuss wird bilanziell in eine Altersrückstellung eingestellt. Ein Versicherungsnehmer, der auf Anraten seines Maklers die Krankenversicherung wechselt, ohne vom Makler auf den Verlust der Altersrückstellung hingewiesen zu werden, muss eine etwaige Differenz zwischen den von ihm jetzt gezahlten Prämien und den an seinen alten Versicherer sonst zu leistenden Beiträgen als konkreten Vermögensverlust geltend machen.

§ § §

Totalüberschussprognose bei fremdfinanziertem Erwerb einer auf Lebenszeit garantierten Grundrente und zugleich einer abänderbaren Überschussbeteiligung (BFH, Urt. v. 20.06.2006, X R 3/06)

Bei dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob ein Steuerpflichtiger hinsichtlich seiner Einkünfte aus der Rentenversicherung gegen fremdfinanzierten Einmalbetrag die Absicht verfolgt hat, einen Totalüberschuss der steuerbaren und steuerpflichtigen Renteneinnahmen über die voraussichtlichen Werbungskosten zu erzielen. Dabei ist bei der Überschussprognose bezüglich der Einkünfte aus einer Rentenanlage die mutmaßliche Gesamtdauer der Vermögensnutzung und die nach der maßgeblichen Sterbetafel zu bemessende mutmaßliche Lebensdauer des Bezugsberechtigten zu berücksichtigen. Das BMF und die herrschende Meinung in der

Literatur befürworten die Besteuerung der gesamten Rente mit ihrem Ertragsanteil. Um einen Ungleichbehandlung der Versicherungsprodukte deutscher Anbieter zu vermeiden und um ein einheitlich zu beurteilendes Rentenrecht wirtschaftlich nicht aufzusplitten, folgt der BFH dieser Auffassung. Er brauchte aber nicht abschließend zu entscheiden, ob die streitigen Renteneinnahmen insgesamt den sonstigen Einkünften im Sinne von § 22 Nr. 1 EStG zuzuordnen sind, weil hier bei allen in Betracht kommenden Varianten die Einkünfteerzielungsabsicht fehlte. Wegen der fehlenden Absicht zur Erzielung eines Totalüberschusses wurde deshalb die Berücksichtigung des Werbungskostenüberschusses zu Recht abgelehnt.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

Änderung des Rechtsberatungsgesetzes soll auch Nicht-Anwälten die Erbringung von Rechtsberatungsleistungen ermöglichen

Die Bundesregierung hat am 23.08.2006 den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts beschlossen. Mit der grundlegenden Reform soll das geltende Rechtsberatungsgesetz, welches aus dem Jahr 1935 stammt, vollständig aufgehoben werden. An die Stelle des Gesetzes soll das neue Rechts-Dienstleistungsgesetz treten. Der Kernbereich der rechtlichen Beratung und Vertretung soll weiterhin allein Rechtsanwälten

vorbehalten bleiben. Rechtsdienstleistungen, die lediglich Nebenleistungen darstellen, sollen aber auch qualifizierten Dritten möglich sein. Darüber hinaus soll künftig die unentgeltliche Rechtsberatung möglich sein, beispielsweise sollen Vereine ihre Mitglieder rechtlich beraten dürfen. Das Rechtsdienstleistungsgesetz gilt nur für den außergerichtlichen Bereich.

* * *

Neues Genossenschaftsrecht in Kraft getreten

Genossenschaften waren und sind ein wichtiger Faktor für die wirtschaftliche Entwicklung Deutschlands. Daneben sind Genossenschaften auch ein bedeutender Arbeitgeber in der Vergangenheit waren sie in eher traditionellen Geschäftsfeldern zu finden. Zunehmend greifen auch neue Branchen auf diese Rechtsform zurück und gründen Genossenschaften mit innovativen Geschäftsideen (z.B. Handwerker-genossenschaften).

Die Gesetzesreform soll Anreize für Neugründungen bieten und Erleichterungen für bestehende kleinere und Kleinstgenossenschaften schaffen. Künftig können bereits drei Personen eine Genossenschaft begründen (bislang sieben). Kleinere Genossenschaften bieten sich beispielsweise in der Produktion und im Einkauf an.

* * *

Allgemeines Gleichstellungsgesetz in Kraft getreten

Am 18.08.2006 ist - nach heftigen Diskussionen und langem Hin und Her - das Allgemeine Gleichstellungsgesetz (AGG) in Kraft getreten. Das Gesetz ist Bestandteil des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung. Der Schwerpunkt der Richtlinien liegt im Bereich von Beschäftigung und Beruf. Die Bestimmungen betreffen aber auch das Zivilrecht, insbesondere Verträge mit Lieferanten, Dienstleistern oder Vermietern.

Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen sollen daran mitwirken, Benachteiligungen zu verhindern oder zu beseitigen. Im Bereich des Privatrechts wurde der Anwendungsbereich des Gesetzes auf sog. Massengeschäfte wie beispielsweise Verträge mit Hotels, Gaststätten, Kaufhäusern und privatrechtliche Versicherungen beschränkt. Massengeschäfte sind solche Geschäfte, bei denen das Ansehen der Person keine oder nur eine nachrangige Rolle spielt. Im Hinblick auf die Vermietung von Wohnraum ist ausdrücklich bestimmt, dass die Vermietung in der Regel kein Massengeschäft ist, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet. Der typische private Vermieter von Wohnraum fällt in aller Regel nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes.

Wer gegen das gesetzliche Diskriminierungsverbot verstößt, hat den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Die im Arbeits- und allgemeinen Zivilrecht

geregelt Rechte sind weithin Individualansprüche. Der Benachteiligte entscheidet selbst darüber, ob und inwieweit er seine Rechte verfolgt. Im Interesse der Rechtssicherheit soll er etwaige Ansprüche innerhalb von zwei Monaten seit Kenntnis von der Diskriminierung geltend machen müssen.

* * *

Bundeskabinett: Ende der Verlustzuweisungsmodelle rückwirkend zum 01.01.2006 beschlossen

Am 22.08.2006 beschloss das Bundeskabinett die geplante Änderung des § 20 Abs. 1 Satz 7 EStG. Die eingeschränkte Verlustberücksichtigung bei Steuerstundungsgestaltung soll nun für alle Einkünfte aus Kapitalvermögen gelten. Außerdem soll das Gesetz rückwirkend zum 01.01.2006 in Kraft treten. Dadurch wäre den im ersten Halbjahr 2006 stark vertriebenen Steuerstundungsfonds nachträglich die Kalkulationsgrundlage für ihre Anfangsverluste, die teilweise bei mehr als 250 % lagen, entzogen. Viele Verfassungsrechtler haben bereits Bedenken gegen die geplante Rückwirkung geäußert.

LITERATURSPIEGEL

Die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) - Neuordnung der Wohlverhaltensregeln

Spätestens seit Einsetzen der Diskussion darüber, ob durch die neue Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) das Auflegen und der Vertrieb von Beteiligungen an geschlossenen Fonds eine nach dem KWG erlaubnispflichtige Tätigkeit wird oder nicht, ist die MiFID näher bekannt geworden. Sie wird den Rechtsrahmen für Wertpapierdienstleistungen und dabei insbesondere die Rechtsbeziehungen von Banken zum Kunden neu gestalten. Seyfried gibt in Heft 29/2006 der Zeitschrift **WM** einen Überblick über erwartete Regelungen im Rahmen der sog. Wohlverhaltensregeln (Conduct of Business Rules). Die MiFID nimmt eine Kategorisierung von Neukunden in drei verschiedenen Kategorien vor: Kleinanleger (Retail Clients), professionelle Kunden (Professional Clients) und geeignete Gegenparteien (Eligible Counterparties). Dieser Kategorisierung liegt die Erwägung zugrunde, dass je nach Kundengruppe eine abgestufte Anwendbarkeit der Wohlverhaltensregeln angemessen erscheint. Seyfried beschreibt, wann ein Kunde welcher Kategorie zuzuordnen ist und berichtet im zweiten Teil seines Aufsatzes über die Informationspflichten und deren Umfang. Der erforderliche Inhalt der Kundeninformation wird in Art. 19 Abs. 3 MiFID beschrieben. Dem Kunden sind in verständlicher Form angemessene Informationen in vier Bereichen zur Verfügung zu stellen: Über die

Wertpapierfirma und ihre Dienstleistungen, über Finanzinstrumente und vorgeschlagene Anlagestrategien, über Kosten und Nebenkosten und über Ausführungsplätze. Was die Art und Weise der Informationserteilung anbelangt, kann diese mittels eines vereinfachten Verkaufsprospektes erfüllt werden, wobei zusätzlich die allgemeinen Anforderungen in Bezug auf die Art und Weise der Kundeninformation durch Wertpapierfirmen zu beachten ist. Marketingmaterialien müssten mit jeder anderen Information der Wertpapierfirma über das betreffende Finanzinstrument konsistent sein.

Abschließend geht Seyfried noch auf die drei verschiedenen Arten von Finanzdienstleistungen, die es nach den Vorgaben der MiFID gibt, ein: 1. Anlageberatung/Vermögensverwaltung, 2. Dienstleistungen im Rahmen einer Nichtberatungssituation sowie 3. Dienstleistungen im Rahmen einer „execution-only“-Situation.

* * *

Haftungsrisiken aus dem Scheitern von Vertragsverhandlungen bei M&A-Transaktionen

M&A- sowie Private-Equity-Transaktionen gehen im Regelfall recht aufwendige Vorbereitungen voraus. Due-Diligence-Prüfungen, kartellrechtliche Vorprüfungen, Vorbereitungen für die Strukturierung einer Transaktion oder Kosten für die Erstellung aussagefähiger Vertragsunterlagen sind

Beispiele dafür. Scheitert dann ein angestrebter Vertragsabschluss, stellt sich regelmäßig die Frage, ob Schadenersatzansprüche einer Partei bestehen. **Geyhalter, Zirngibel** und **Strehle** untersuchen in Heft 35/2006 der Zeitschrift **DStR** diese Frage. Sie kommen zum Ergebnis, dass im Rahmen von Unternehmenstransaktionen der Abbruch von Vertragsverhandlungen nur dann zum Ersatz des positiven Interesses führen kann, wenn bereits ein bindender Vorvertrag zwischen den Parteien besteht. Dies dürfte nur in seltenen Ausnahmefällen der Fall sein. Aus der Vereinbarung eines bloßen Letter of Intent (LoI) resultiert dagegen kein Haftungsrisiko bezüglich des Erfüllungsschadens. Ein Vertrauensschaden kann aufgrund einer Aufwendungsersatzvereinbarung erstattungsfähig sein. Im Regelfall scheidet ein Anspruch auf der Ebene der Haftungs begründung, da die Komplexität der Transaktionen dem Anspruchsgegner eine Vielzahl von möglichen und plausiblen Abbruchgründen bietet.

* * *

Nachzahlungsforderungen bei geschlossenen Immobilienfonds im Unterdeckungsmodell

Seit Jahren nimmt die Rechtsprechung im Hinblick auf Haftungs- und Schadenersatzansprüche bei gescheiterten Immobilienkapitalanlagen breiten Raum ein. Hierbei dominieren in erster Linie Aspekte der Finanzierung des Fondsbeitritts. **Barta** und **Geiseler-Bonse** widmen sich in Heft 7/2006

der Zeitschrift **BKR** der ebenso bedeutsamen Frage, inwieweit eine Fondsgesellschaft Nachschüsse fordern kann, um die Liquidität sicherzustellen (vgl. hierzu auch die Entscheidung des LG München vom 15.03.2006 in unserem heutigen Rechtsprechungsspiegel).

Die Autoren verweisen auf verschiedene Entscheidungen des BGH, wonach die Wirksamkeit der Nachzahlungsforderung an den Anforderungen des § 707 BGB zu messen ist. Danach ist eine nachträgliche Beitragserhöhung nur bei Einstimmigkeit möglich. Aufgrund des disponiblen Charakters der Norm sind durch den Gesellschaftsvertrag eröffnete nachträgliche Nachzahlungsverpflichtungen auch bei Mehrheitsentscheidungen wirksam, wenn diese ausdrücklich in eine Mehrheitsklausel einbezogen sind und für die mögliche Beitragserhöhung eine Obergrenze oder sonstige Kriterien angegeben werden, die das Erhöhungsrisiko im Sinne eines Schutzes des Minderheitsgesellschafters eingrenzen.

Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, erachten die Autoren eine Beitragsvereinbarung für wirksam, die sich an der quotalen Beteiligung am Gesamtaufwand der Gesellschaft orientiert. Liegt ein Unterdeckungsmodell vor und leistet der Gesellschafter zunächst nur einen Teil des von ihm in seiner Beitrittserklärung der Gesellschaft zugesagten Eigenkapitals, hat der Gesellschafter entsprechend seinem in der Beitrittserklärung festgelegten quotalen Anteil Nachzahlungen zu leisten, wenn der Fremdkapitalanteil nicht durch die Einnahmen

der Gesellschaft in Eigenkapital übergeführt werden kann.

Entscheidend hierbei dürfte aber sein, dass dem Anleger vor Beitritt in für ihn erkennbarer und verständlicher Weise vor Augen geführt wird, bis zu welchem Betrag er ggf. zusätzlich in Anspruch genommen werden kann.

* * *

ÖPP: Ein neues Marktsegment für geschlossene Immobilienfonds?

In Anbetracht leerer öffentlicher Kassen dürfte künftig dem Public Private Partnership (PPP) bzw. der öffentlichen privaten Partnerschaft ein größerer Stellenwert als bisher eingeräumt werden. **Wagner** geht in Heft 7/2006 der Zeitschrift **BKR** der Frage nach, ob geschlossene Fonds geeignet sind, mit PPP in Verbindung gebracht zu werden. Wagner ist diesbezüglich sehr skeptisch und vertritt die These, dass die Kombination von PPP und geschlossenen Fonds bisher auf keinen gesicherten Grundlagen aufbauen kann. Es bestünden erhebliche tatsächliche und rechtliche Unsicherheiten. So setzten PPP-Projekte für einen Projektpartner der öffentlichen Hand voraus, dass dieser über entsprechendes Know-how verfüge, um ein Projekt umsetzen zu können und dass er eine entsprechende Finanzkraft mitbringt. Geschlossene Fonds müssten ähnlich wie Blind-Pools konzipiert werden und erst wenn ein solcher Blind-Pool finanzierungsmäßig geschlossen sei, könne er sich entsprechendes Know-how einkaufen und sich dann an einem Teilnahmewettbewerb

beteiligen können. Ob der Fonds bei ggf. notwendiger europaweiter Ausschreibung zum Zuge käme, sei auch keineswegs sicher. Überall diese Umstände müsse in den Beteiligungsprospekten aufgeklärt werden.

* * *

Die Trennung vom „missliebigen“ Personengeschafter - Neue Ansätze in Sachen Ausschluss, Hinauskündigung und Kollektivaustritt?

Der Gesetzgeber ermöglicht im Interesse des Schutzes des einzelnen Gesellschafters eine Veränderung des Gesellschafterkreises einer Personengesellschaft durch bloßen Mehrheitsbeschluss grundsätzlich nicht. Die zwangsweise Entfernung eines einzelnen Gesellschafters ist nach dem gesetzlichen Regelungsmodell nur auf dem Sonderweg der Ausschließung möglich. Das Leitbild des historischen Gesetzgebers war dabei das Vorhandensein eines überschaubaren Gesellschafterkreises, bei dem sich die Gesellschafter untereinander kennen und zueinander besonderes Vertrauen haben. Sollte dieses Vertrauen nicht mehr vorhanden sein, hatte der Gesetzgeber die Vorstellung vor Augen, die Gesellschaft aufzulösen und zu liquidieren, damit sich die Gesellschafter anschließend wieder neu orientieren könnten. **Kilian** gibt in Heft 33/2006 der Zeitschrift **Wertpapier-Mitteilungen** einen Überblick über die verschiedenen Wege, wie sich heutzutage eine Personengesellschaft von einem „missliebigen“ Gesellschafter trennen kann. Nach gegenwärtigem Stand von Rechtsprechung und Lehre ist die Vereinbarung von Hinauskündigungsklauseln

kaufmännisch aber weiterhin mit Risiken behaftet. Eine alternative Lösung, die nicht an den „störenden“ Gesellschafter als solchen anknüpft, kann nur sein, dass sämtliche Gesellschafter, die nicht länger mit dem fraglichen Mitgesellschafter assoziiert bleiben möchten, kollektiv ihre Mitgliedschaft in der Gesellschaft mit der Intention kündigen, den bisherigen Gesellschaftszweck in einer neu zu gründenden Gesellschaft zu verwirklichen. Der Aufwand hierbei ist freilich immens.

* * *

Squeeze-Out-Beschlüsse: Kein Erfordernis sachlicher Rechtfertigung und bloß eingeschränkte Rechtsmissbrauchskontrolle

Rechtsfragen des Squeeze-Out beschäftigen zunehmend deutsche Gerichte. Nach ganz herrschender Auffassung bedarf der Squeeze-Out-Beschluss keiner sachlichen Rechtfertigung. **Kort** untersucht in Heft 33/2006 der Zeitschrift **ZIP**, welche Auswirkungen diese grundsätzliche Feststellung auf den Umfang der Rechtsmissbrauchs- und Treuepflichtkontrolle von Squeeze-Out-Beschlüssen hat. Ein Rechtsmissbrauch des Squeeze-Out kommt nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen in Betracht. Mit § 327a AktG hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit des Ausschlusses von Minderheitsgesellschaftern in typisierender Weise geregelt. Damit besteht ein allenfalls sehr schmaler Bereich für eine zusätzliche Missbrauchskontrolle.

* * *

Schadensersatzanspruch des Immobilienanlegers wegen „institutionalisierten Zusammenwirkens“ von Bank und Verkäufer beim Vertrieb

Nach den jüngsten Entscheidungen des 11. Zivilsenats steht dem Verbraucher ein Schadensersatzanspruch gegen die eine Immobilienbeteiligung/Immobilienanlage finanzierende Bank aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht nur dann zu, wenn Darlehensgeber und Immobilienverkäufer institutionalisiert zusammengewirkt haben und der Verbraucher durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsiniiatoren bzw. des Fondsprospektes über das Anlageobjekt arglistig getäuscht wurde. In diesem Fall wird die Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung widerleglich vermutet. **Oechsler** bespricht in Heft 34/2006 der Zeitschrift **NJW** die jüngere Entwicklung der BGH-Rechtsprechung, die systematische Parallelen zum Einwendungsdurchgriff zeige. Sie verschärfe zugleich die Anforderungen an den Verbundtatbestand im Vergleich zu § 9 Abs. 3 Verbraucherkreditgesetz. Damit und mit der Beschränkung des Ersatzanspruchs auf die Fälle der Arglist bleibt der 11. Zivilsenat hinter den Grundsätzen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (Stichwort: „Schulte-Badenia“) zurück. Oechsler kommt zum Ergebnis, dass eine gemeinschaftsrechtskonforme und praktikable Beschränkung der Verantwortlichkeit des Darlehensgebers nur durch eine einschränkende Auslegung des § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB zu begründen ist. Auch die Instanzgerichte prüfen seit einiger Zeit

zunehmend kritischer, ob sich bei einem in einer Haustürsituation angebahnten Geschäft tatsächlich eine besondere Überrumpelungsgefahr verwirklicht hat. Dies wurde etwa für den Fall verneint, dass zwischen der Kontaktaufnahme in der Haustürsituation und dem Vertragsschluss ein Zeitraum von 5 ½ Wochen lag (vgl. z.B. OLG Hamm, WM 2005, 2378, 2380). Übt ein Anleger ein gleichzeitig gegebenes Widerrufsrecht trotz ordentlicher Belehrung nicht aus, soll dies den Anschein erschüttern, dass die Haustürsituation für das Anlagegeschäft kausal war.

* * *

Der täuschungsbedingte Beitritt zur (Personen-)Gesellschaft und die Lehre vom fehlerhaften Verband - Vorrang von Schadensersatzansprüchen?

Der Bundesgerichtshof will neuerdings Schadensersatzansprüche, die auf die Rückzahlung geleisteter Einlagen gerichtet sind, auch im Anwendungsbereich der Lehre vom fehlerhaften Verband zulassen, die den arglistig getäuschten Gesellschafter auf einen Abfindungsanspruch verweist. Entgegen dieser Ansicht vertritt **Schäfer** in Heft 4/2006 der Zeitschrift **ZHR** die These, dass keine der vorgetragenen Begründungen den postulierten Vorrang von Schadensersatzansprüchen trägt. Es sei vielmehr daran festzuhalten, dass auch der arglistig getäuschte Anleger nur mit Wirkung für die Zukunft und nur gegen Abfindung aus der Gesellschaft ausscheiden kann. Andererseits spreche aber nichts dafür, diese Grundsätze auf die stille Beteiligung zu erstrecken.

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

Steuergestaltungen 2006 – Lebensversicherungen

Unter dieser Überschrift gibt der **steuertip** in Heft 30/06 einen Überblick über die Rechtslage bei **Kapital-Lebensversicherungen**, die bis Ende 2004 abgeschlossen wurden und seit 2005 abgeschlossen werden. Die Redaktion analysiert das BMF-Schreiben (Az: IV C 1-S2252-343/05) und macht mittels einer **Checkliste** auf **lohnenswerte Gestaltungsmöglichkeiten** aufmerksam.

* * *

Warnliste über zweifelhafte Geldanlage-Angebote

Stiftung Warentest-online informiert mittels einer **Warnliste**, welche Geldanlageangebote, Initiatoren, Anbieter, Vermittlerfirmen und andere Beteiligte innerhalb der letzten zwei Jahre negativ in Erscheinung getreten sind. Die Liste soll Schutz vor zweifelhaften Angeboten bieten. Sie ist allerdings nur kostenpflichtig abzurufen. **Der Abruf kostet der 2,50 €**. Näheres erfahren Sie unter folgendem Link www.stiftung-warentest.de/online/geldanlage_banken/infodok

* * *

Der Euro lockt internationale Anleger

Die FAZ berichtet in der Ausgabe vom 18.08.2006 von einer Studie der Immobilienberatung Jones Lang Lasalle (JLL). Allein im ersten Halbjahr 2006 seien **20 Mrd.**

Euro in deutsche Gewerbeimmobilien geflossen. 82 % davon entfielen auf ausländische Investoren. Auf der Verkäuferseite seien insbesondere die offenen Immobilienfonds aufgetreten, die seit dem zweiten Quartal 2005 mehr als 100 deutsche Immobilien für 3,1 Mrd. Euro verkauft hätten. **Europas Immobilienmärkte erwarten** für das Jahr 2006 bis zu **200 Mrd. Euro Investitionskapital**. Insbesondere die Märkte in Großbritannien, Frankreich und Deutschland lockten internationale Immobilieninvestoren.

* * *

Zahl der Zwangsversteigerungen in Deutschland leicht rückläufig

Im ersten Halbjahr 2006 ist die Zahl der **Zwangsversteigerungen leicht gesunken**. Nach Angaben der Argetra GmbH in Ratingen gab es im ersten Halbjahr 2006 47.667 Termine in ganz Deutschland. Dies waren 1,6 % weniger als im Vergleichszeitraum des Vorjahres. Die **Summe der Verkehrswerte** lag nach den Angaben von Argetra bei **9,6 Mrd. Euro**.

* * *

Beweislast des Anlegers für Nichterhalt eines Prospektes mit Risikohinweisen im Schadensersatzprozess gegen den Vermittler wegen unzureichender Risikoaufklärung

Wolters bespricht in Heft 16/2006 der Zeitschrift EWIR das BGH-Urteil vom 11.05.2006, Az: III ZR 205/05 (vgl. den

heutigen Rechtsprechungsspiegel). Das Urteil führt zu einer deutlichen Entlastung für Anlagevermittler und **Finanzierungsbanken bei Verbundgeschäften, die auf Schadensersatz** wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten hinsichtlich des vermittelten oder finanzierten Geschäfts in Anspruch genommen werden. Wolters kritisiert, dass die Informationsverschaffung keine bloße Verhaltens- oder Schutzpflicht des Vermittlers ist, sondern die von ihm geschuldete Leistung. Der Grundsatz, dass der Schuldner die Erfüllung zu beweisen hat, ist nach der Meinung von Wolters und entgegen der Ansicht des BGH in der genannten Entscheidung anwendbar. Wenn der Vermittler behauptet, seine Aufklärungspflicht dadurch erfüllt zu haben, dass er den Prospekt übergeben hat, wäre es nur folgerichtig, ihm auch die Beweislast für die behauptete Erfüllungshandlung aufzuerlegen.

* * *

Der deutsche Real Estate Investment Trust (REIT) als Anlageinstrument für den deutschen Immobilien- und Kapitalmarkt

Immobilien als Anlagekategorie (Asset-Klasse) haben **in Deutschland** immer noch eine im Vergleich zu anderen Ländern **geringe Bedeutung**. Die Bundesregierung hat Anfang August 2006 einen Referentenentwurf für REITs vorgelegt. **Schacht** und **Gänsler** diskutieren in Heft 34/2006 der Zeitschrift DStR die Vorschläge. Der Schwerpunkt liegt auf den steuerlichen Aspekten und der Bedeutung der **REIT-Einführung für den deutschen Kapitalmarkt**. Die Autoren plädieren für einen

schnellen Abschluss der Diskussion, insbesondere in Bezug auf die steuerliche Ausgestaltung. Ansonsten würden Immobilien zunehmend in ausländische REITs ausgelagert, die weniger reguliert sind. Diese Gelder gingen dem deutschen Kapitalmarkt verloren.

* * *

Aktuelle BGH-Rechtsprechung zum Bankrecht

Fellner gibt in Heft 16/2006 der Zeitschrift MDR einen Überblick über die jüngere Rechtsprechung des 11. Zivilsenates des BGH. Dieser ist für das **Bankrecht** zuständig. Fellner unterteilt seinen Überblick in „**bankenfreundliche**“ und „**kundenfreundliche**“ **Entscheidungen**. Zu ersteren zählt er die jüngeren Entscheidungen zur Treuhandvollmacht und Rechtscheinvollmacht sowie zu Haustürgeschäften, Realkrediten und zur Bewertung eines Anlageobjektes. Kundenfreundlich waren die Entscheidungen zum **Verbundgeschäft**. Hier bildet Fellner die Kategorien „Verbraucherkredit und verbundenes Geschäft“, „widerrufener Verbraucherkredit und verbundenes Geschäft“ sowie „getäuschter Anleger und verbundenes Geschäft“. Außerdem bespricht Fellner die jüngere Entscheidung zur widerleglichen Vermutung für das Vorliegen eines **konkreten Wissensvorsprungs** der finanzierenden Bank (vgl. BGH-Urteil vom 16.05.2006, XI ZR 6/04, unser Newsletter 05/2006).

* * *

Informationsbeschaffung bei insolventer GmbH

Gerät eine **GmbH in Vermögensverfall**, stellt sich auch stets die Frage, ob Geschäftsführer, Gesellschafter oder andere Dritte für die GmbH-Schulden aufkommen müssen. Im Regelfall ist die Informationsbeschaffung recht schwierig. **Bruns** gibt in Heft 16/2006 der Zeitschrift MDR einen Überblick über mögliche **Informationsquellen** und rechtliche Möglichkeiten.

* * *

Lebensversicherung: Wie Versicherer den Spagat aus Kapitalgarantie und ansprechender Rendite meistern

Wer fürs Alter vorsorgt, will keine Verluste erleiden. Sichere Investments werfen jedoch nicht genügend Rendite ab, um die Vorsorgelücke zu schließen. Versicherer versuchen, mit neuen Produkten diese Gegensätze zu verbinden. Die Zeitschrift **DER FONDS** berichtet in ihrer September-Ausgabe 2006 von **neuen Trends bei den Lebensversicherern** (Hybrid-Produkte, Höchststandsgarantie, Guaranteed Minimum Living Benefits).

* * *

Pflegeheime: Seniorenimmobilien sind bei Investoren wieder gefragt

Die Zeitschrift **DER FONDS** berichtet in der September-Ausgabe 2006 über die heutige Situation auf dem Markt von

Pflegeimmobilien in Deutschland. Bis 2050 soll sich die Zahl der Pflegebedürftigen nahezu verdoppeln, vorausgesetzt, die Menschen werden trotz längerer Lebensdauer im Schnitt im gleichen Alter pflegebedürftig wie zur Zeit. Seit einiger Zeit ist wieder stärkeres Interesse von Produktanbietern an dieser **Spezialimmobiliensparte** festzustellen.

* * *

Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts in den Jahren 2004 und 2005

Jennißen berichtet in Heft 30/2006 der Zeitschrift NJW über die in den Jahren 2004 und 2005 zum **Wohnungseigentumsrecht** ergangene **Rechtsprechung**. Dabei hatte die Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft sicherlich die größte Bedeutung. Der Autor gibt zugleich einen Ausblick auf die große WEG-Reform, die nunmehr „auf der Zielgeraden“ angekommen sei. Das Wohnungseigentumsverfahren soll in diesem Zusammenhang aus dem FGG in die ZPO überführt werden. Das gesamte WEG-Recht soll außerdem moderner und flexibler werden.

VERANSTALTUNGSHINWEIS

Besuchen Sie uns auf der Messe „**Funds & Finance**“ in den Kölner Messehallen am 12. und 13.09.2006.

Mit über 200 Ausstellern aus den Bereichen offener, geschlossener und alternativer Fonds und weiteren relevanten Marktteilnehmern der Finanzbranche gehört die Funds & Finance schon im zweiten Jahr ihres Bestehens zu den großen Finanzmessen in Deutschland. Sie finden uns am Stand **K 23**.

Auch auf der diesjährigen **DKM**, die vom 24. bis 26.10.2006 in Dortmund stattfindet, sind wir wieder mit einem Messestand vertreten. **Wir freuen uns auf Ihr Kommen!**

Gerne möchten wir wissen, wie Ihnen unser Newsletter gefällt, und freuen uns daher über Ihre Anregungen und Kritik:

Redaktion Newsletter

Rechtsanwalt Ulrich A. Nastold

Rechtsanwaltskanzlei Klumpe, Schroeder & Partner GbR

Luxemburger Str. 282e

D- 50937 Köln

Tel: +49 / 221 - 94 20 94 0

Fax: +49 / 221 - 94 20 94 25

eMail: info@rechtsanwaelte-klumpe.de

Web: www.rechtsanwaelte-klumpe.de

Nähere Angaben nach § 6 TDG und § 27a UstG erhalten Sie hier im [Impressum](#)

Realisierung: [.schoenke - eMedia Consulting](#) | info@schoenke.net | www.schoenke.net