

Der Markt für Kapitalanlagen - Vielfalt statt Einheitsbrei

Newsletter 12 / 2006

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

wenn die verantwortlichen Redakteure der Zeitschrift „Finanztest“ in einem aktuellen Artikel Angebote einiger Initiatoren auf ihre **Warnliste** setzen, weil sie als **Anlageobjekte zur privaten Altersvorsorge** nur bedingt geeignet seien, geschieht dies sicherlich vor dem Hintergrund und Wunsch, die hohen Ziele des Anleger- und Verbraucherschutzes damit umsetzen zu wollen. Und trotzdem birgt eine solche Vorgehensweise auch immer wieder die Gefahr, dass ein Produkt oder ein Produkthanbieter vorschnell in eine bestimmte Ecke gestellt werden. Den Finger rechtzeitig vor möglichen Scharlatanen zu erheben, ist ein hehres Ziel. Beteiligungsangebote, die solide konzipiert sind, aber nicht für jedermann geeignet, sollten hingegen nicht auf eine Warnliste gesetzt werden, nur weil sie **für bestimmte Anlegerkreise nicht geeignet** erscheinen.

Vor inzwischen weit über 10 Jahren hat der Bundesgerichtshof die entscheidenden Kriterien „**anlagegerechte Beratung**“ und „**anlegergerechte Beratung**“ herausgebildet. In aller Regel sind Anlageprodukte, die höhere Renditen in Aussicht stellen, auch mit einem höheren Risiko verbunden. Für einen Anleger, dem es um Werterhalt, Sicherheit und jederzeitige Verfügbarkeit geht, sind

Fondsbeteiligungen nicht der geeignete Investitionsgegenstand. Für einen aufgeklärten Anleger mit der Bereitschaft, etwas mehr zu wagen, um auch „etwas mehr herauszuholen“, können Fondsbeteiligungen aber durchaus in Betracht kommen. Man sollte also vorsichtig sein, allzu schnell eine Anlagekategorie in bestimmte Schubladen stecken zu wollen. Es ist vor allem auch die **Vielfalt der unterschiedlichen Investitionsmöglichkeiten**, die den Reiz des Marktes für Kapitalanlagen ausmachen. Galt vor einem Jahrzehnt beispielsweise noch die Kapital-Lebensversicherung als Hort der Sicherheit und als Altersvorsorgeinstrument par excellence oder als Instrument zur Ausfinanzierung von Pensionszusagen, haben heute fondsgebundene Produkte oder eine Kombination aus geschlossenen Beteiligungsmodellen und offenen Fonds dem einstigen (Fast-)Monopol den Rang abgelaufen.

Und dass gerade auch große Institutionen wie insbesondere Banken und Versicherungen dem Thema „**Kunden- und Verbraucherschutz**“ mehr Beachtung schenken müssen, zeigt einmal mehr der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2006, mit dem wir unseren heutigen

Rechtsprechungsspiegel einleiten. Es geht um das Spannungsfeld von **Offenbarungsinteresse** einer Versicherungsgesellschaft, die die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Berufsunfähigkeit zu prüfen hatte und dem **Recht des Versicherungsnehmers auf informationelle Selbstbestimmung**.

Des Weiteren berichten wir von Urteilen des BGH zur Möglichkeit der Schadenspauschalierung bei Kündigung eines Fertighausvertrages, von der Möglichkeit, dass bei Publikums-Personengesellschaften auch Dritte, die nicht zum Kreis der Gesellschafter zählen, mit Geschäftsführungsaufgaben betraut werden können und darüber, ob ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz auch dann besteht, wenn ein Verbraucher den Unternehmer oder Vermittler in seiner Privatwohnung aufsucht.

Von für die Branche erheblichem Interesse ist des Weiteren die Entscheidung des OLG Frankfurt zum Thema, wann bei unwirksamer Treuhändervollmacht vom Vorliegen einer

Duldungsvollmacht ausgegangen werden kann.

Diese und viele andere Aspekte sind bei der **Konzeption von Anlageprodukten** zu beachten. Wir beobachten nicht nur permanent den Markt für Kapitalanlagen und berichten Ihnen von interessanten Entscheidungen und Aufsätzen, sondern setzen diese Gesichtspunkte in unserer Alltagsarbeit um.

„Wir sind Ihre Rechtsabteilung!“, mit unserer Erfahrung, mit unserem Know-How und insbesondere unserem Wissen über die **Haftungsgefahren**. Wir freuen uns, Sie auch im Jahr 2007 auf Ihrem Weg begleiten zu können. Heute wünschen wir Ihnen erst einmal ein frohes Weihnachtsfest, besinnliche und fröhliche Stunden im Kreis derer, bei denen Sie sich wohlfühlen und einen guten Start in ein erfolgreiches neues Jahr.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Versicherungsvertragliche Obliegenheit zur Schweigepflichtentbindung und Recht der informationellen Selbstbestimmung
- Publikums-Personengesellschaften können auch Dritten, die nicht zum Kreis der Gesellschafter zählen, die Geschäftsführung übertragen
- Zur Frage der Wirksamkeit einer in einem Geschäftsbesorgungsvertrag enthaltenen Vollmacht zum Abschluss von Kreditverträgen
- Duldungsvollmacht bei unwirksamer Treuhändervollmacht?
- Schadenersatzansprüche des Käufers einer Eigentumswohnung bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum
- Zur Frage der Definition einer Privatwohnung im Sinne von § 1 Abs.1 Nr. 1 HWiG
- Zur Frage der Pfändung in eine offene Kreditlinie
- Titeltstellung für Zwangsverwaltung des Grundstücks einer BGB-Gesellschaft
- Arglist bei Gebäude-Feuchtigkeitsschäden
- Schadenspauschalierung bei Kündigung eines Fertighausvertrages
- Keine Nutzung eines Kellers/von Kellerräumen für Wohnzwecke
- Zur Frage der Substantiierungspflicht bei behauptetem Beratungsfehler
- Pflicht zur Anzeige aller offenkundig nicht belanglosen Gesundheitsbeeinträchtigungen
- Arglistiges Verschweigen von zur mehrwöchigen Arbeitsunfähigkeit führenden Rückenbeschwerden

Gesetzgebungsspiegel

- Referentenentwurf zum Schutz geistigen Eigentums

Literaturspiegel

- Zukunft der Schrott-Immobilienfälle und Schrott-Immobilienfälle in der Zukunft
- Schönheitsreparaturen - Tapetenwechsel inbegriffen?
- Beiträge zur Instandhaltungsrücklage nach dem WEG direkt abzugsfähig?
- Wucherähnliches Rechtsgeschäft und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit bei Grundstückskaufverträgen
- Der Lösungsanspruch eines nachrangigen Grundstücksgläubigers in der Insolvenz des Grundstückseigentümers
- Haftung für Inanspruchnahme von Vertrauen - Aktuelle Fragen zum neuen Verkaufsprospektgesetz
- Wege zur vereinfachten Berechnung des Handelsvertreterausgleichs (§ 89b HGB)

Kurz und bündig

- Schufa-Onlineabfrage jetzt bundesweit
- Illegaler Kundenfang
- Keine Rückstellungsbildung für die Betreuung bereits abgeschlossener Lebensversicherungen
- Unwirksame starre Abgeltungsklauseln und ihre Folgen
- Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung a.F. - Beschluss des BFH vom 06.09.2006
- Umsatzsteuerbefreiung des Outsourcing bei Investmentfonds - Die Sicht des EuGH
- Die Entwicklung des Architekten- und Ingenieurrechts der Jahre 2005 und 2006
- Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REIT-Gesetz)
- Keine Pflicht des Vermieters zur Mietbescheinigung
- Ein Schuss Risiko
- Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten
- GmbH und Limited im Markt der Unternehmensrechtsträger

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Versicherungsvertragliche Obliegenheit zur Schweigepflichtentbindung und Recht der informationellen Selbstbestimmung

(BVerfG, Beschl. v. 23.10.2006, 1 BvR 2027/02)

Das Bundesverfassungsgericht hatte über die Frage zu befinden, inwieweit ein Versicherungsnehmer verpflichtet ist, einem Versicherer in umfassender Weise eine Ermächtigung zu erteilen, nach der der Versicherer bei der Schweigepflicht unterliegenden Ärzten, Krankenhäusern, Pflegeheimen usw. Auskünfte einzuholen berechtigt ist. Die Versicherungsnehmerin hatte einen Lebensversicherungsvertrag mit Berufsunfähigkeitszusatzversicherung abgeschlossen. Sie wurde dienstunfähig und verlangte Leistungen aus der Berufsunfähigkeitszusatzversicherung. Dabei lehnte sie ab, dem Versicherer gegenüber eine generelle Schweigepflichtentbindung abzugeben und bot stattdessen an, Einzelermächtigungen für jedes Auskunftersuchen zu erteilen. Der Versicherer lehnte daraufhin eine Eintrittspflicht ab, weil er auf dieser Grundlage den Versicherungsfall nicht feststellen könne.

Die Fachgerichte hatten dem Versicherer Recht gegeben. Das Bundesverfassungsgericht hob diese Entscheidungen auf und forderte eine erneute Überprüfung, weil noch nicht hinreichend festgestellt worden sei, dass dem Auskunfts-

und Überprüfungsinteresse des Versicherers auch in anderer Weise genügt werden kann.

Das Bundesverfassungsgericht betont hierbei, dass angesichts des gegenwärtigen Niveaus gesetzlich vorgesehener Leistungen im Falle der Berufsunfähigkeit die meisten Berufstätigen auf eigene Vorsorge angewiesen sind. Um ihren Lebensstandard zu sichern, müssen sie durch den Abschluss eines privaten Versicherungsvertrages entsprechend vorsorgen. Da die Vertragsbedingungen der Versicherer praktisch nicht verhandelbar sind und in einem solchen Vertragsverhältnis der Vertragspartner „Versicherer“ ein solches Gewicht habe, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken. Diese gegenläufigen Belange sind im Rahmen einer umfassenden Abwägung gegenüberzustellen. Dies ist auf Seiten des Versicherers das Offenbarungsinteresse. Für das Versicherungsunternehmen ist es von hoher Bedeutung, den Eintritt des Versicherungsfalles überprüfen zu können. Diesem Interesse genügt die Obliegenheit, bereits mit dem Leistungsantrag Angaben zum Versicherungsfall zu machen und zu belegen, nicht in jedem Fall. Ein Versicherer ist meist auf weitere Informationen angewiesen. Hierzu bedarf er auch Auskünfte von Personen oder Institutionen, die einer Schweigepflicht unterliegen.

Demgegenüber steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Versicherungsnehmers in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung. Weil sich ein Versicherungsnehmer mit der Schweigepflichtentbindung der Möglichkeit begibt, die Wahrung seiner Geheimhaltungsinteressen selbst zu kontrollieren, bedeutet dies einen erheblichen Eingriff, da unter Umständen auch sehr sensible Informationen erlangt werden können und wegen der teilweise sehr allgemein umschriebenen Personen und Stellen, denen Auskunft zu gewähren ist, auch Informationen an solche Stellen gelangen können, bei denen es nicht notwendig ist.

In diesem Spannungsfeld ist eine Lösung herbeizuführen. Angesichts der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kommt es nicht darauf an, dass bei Einzelermächtigungen Verzögerungen eintreten und der Aufwand für einen Versicherer wesentlich höher werden kann. Verfassungsrechtlich wäre es unbedenklich, den Versicherten die Kosten tragen zu lassen, die durch einen besonderen Aufwand bei der Bearbeitung seines Leistungsantrages entstehen. Es wird nun Aufgabe der handelnden Parteien, konkrete Lösungsansätze zu erarbeiten. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist sowohl für Versicherer als auch für die Versicherungsnehmer von besonderer Bedeutung, da zum Einen klargestellt worden ist, wie bedeutsam die von jeder Seite jeweils vorgetragenen Argumente sind und auf der

anderen Seite trotzdem die jeweiligen Schranken aufgezeigt worden sind.

§ § §

Publikums-Personengesellschaften können auch Dritten, die nicht zum Kreis der Gesellschafter zählen, die Geschäftsführung übertragen (BGH, Urt. v. 18.07.2006, XI ZR 143/05) (*vgl. hierzu auch die Leitsätze zur nachstehend abgedruckten Entscheidung*)

Die Gründungsgesellschafter einer GbR, die zum Betrieb eines Immobilienfonds gegründet wurde, übertrugen die Geschäftsführungsaufgaben an eine externe GmbH, die nicht Gesellschafterin wurde und die keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß. Die Geschäftsbesorgerin war an die Weisungen der geschäftsführenden Gesellschafter gebunden. Der Immobilienfonds, vertreten durch die Geschäftsbesorgerin, unterzeichnete zwei Realkreditverträge zur Finanzierung des Bauvorhabens. Ein Gesellschafter, der anschließend seinen Beitritt zur Fondsgesellschaft erklärte, begehrte nunmehr die Feststellung gegenüber der finanzierenden Bank, dass er aufgrund des Darlehensvertrages nicht verpflichtet sei. Der BGH bestätigte das die Feststellungsklage abweisende Berufungsurteil. Die GbR sei bei Abschluss des Darlehensvertrages wirksam durch die Geschäftsbesorgerin vertreten worden. Die dieser erteilte Vollmacht und der mit ihr geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag sind wirksam.

Eine BGB-Gesellschaft, deren Geschäfte ein nicht zum Kreis der Gesellschafter zählender Dritter führt, entspräche zwar nicht dem gesetzlichen Regeltyp. Die Übertragung der Geschäftsführungsaufgaben auf einen solchen Dritten sei aber rechtlich zulässig und bei Publikums-Personengesellschaften allgemein üblich. Es läge insbesondere auch kein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft vor. Der Vertrag mit der Geschäftsbesorgerin ist auch nicht im Schwerpunkt auf die Besorgung von Rechtsangelegenheiten gerichtet, sondern auf die Wahrung wirtschaftlicher Belange. Das Rechtsberatungsgesetz ist nicht anwendbar, wenn es wie in einem solchen Fall in erster Linie um Tätigkeiten zur Realisierung des Gesellschaftszweckes und um die Verwaltung der Gesellschaft und ihres Vermögens geht. Im vorliegenden Fall kam noch ein weiterer Aspekt hinzu (der allerdings nicht gegeben sein muss): Einer der geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter der Fondsgesellschaft war gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH, die mit Geschäftsführungsaufgaben betraut war.

§ § §

Zur Frage der Wirksamkeit einer in einem Geschäftsbesorgungsvertrag enthaltenen Vollmacht zum Abschluss von Kreditverträgen (LG Berlin, Urt. v. 11.07.2006, 10a O 687/05)

1. Eine einem Mitgeschafter erteilte Vollmacht verstößt weder als isolierte Bevollmächtigung noch in Verbindung mit einem zugrunde liegenden

Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrag gegen das Rechtsberatungsgesetz, denn der Bevollmächtigte nimmt aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Sonderbeziehung zum Vollmachtsgeber keine unerlaubte Rechtsberatung vor.

2. Selbst wenn ein Kreditvertrag wegen unwirksamer Vertretung schwebend unwirksam sein sollte, liegt in einer vorzeitigen Ablösung des Kredites entweder eine Genehmigung des Vertrages durch den Darlehensnehmer oder die Geltendmachung einer vermeintlichen Genehmigungsverweigerung Jahre später als rechtsmissbräuchlich anzusehen.

§ § §

Duldungsvollmacht bei unwirksamer Treuhändervollmacht? (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 10.05.2006, 9 U 73/05 rkr.)

Anleger beabsichtigten den Erwerb einer Immobilie zu Steuersparzwecken und erteilten hierzu einer Treuhandgesellschaft eine umfassende notarielle Vollmacht. Die Treuhandgesellschaft erwarb die dingliche Mitberechtigung an einem Grundstück und schloss zur Finanzierung im Namen der Anleger einen Darlehensvertrag. Acht Jahre später widerriefen die Anleger den Darlehensvertrag und verlangten die Rückzahlung von bis dahin auf das Darlehen erbrachter Leistungen sowie die Feststellung,

dass der Bank aus dem Darlehensvertrag keine Ansprüche zustehen.

Das OLG Frankfurt stellte fest, dass dem Zustandekommen des Darlehensvertrages nicht entgegensteht, dass die Anleger der Bank gegenüber eine Verpflichtungserklärung nicht selbst abgegeben haben, sondern dabei von der Treuhandgesellschaft vertreten wurden. Die Vertretung war wirksam. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die der Treuhänderin erteilte Vollmacht wegen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam war. Die Wirksamkeit der Vertretung ergab sich in diesem Fall aus Rechtsscheinsgesichtspunkten.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht auch bei einem Verstoß des Bevollmächtigten gegen das Rechtsberatungsgesetz anwendbar. Eine Duldungsvollmacht ist anzunehmen, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt und der Geschäftsgegner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist.

Für die Annahme einer Duldungsvollmacht ist auch nicht wiederholtes Dulden erforderlich. Es reicht vielmehr bereits ein einmaliges Dulden aus. Derjenige, der duldet, dass ein anderer für ihn im Rechtsverkehr auftritt und ihn vertritt, muss auch nicht wissen, dass die von ihm rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht unwirksam ist. Bei der Duldungsvollmacht bedarf es weder des bewussten Willens zur

Erteilung einer Vollmacht noch auch nur eines entsprechenden Erklärungsbewusstseins. Die Duldungsvollmacht ist ein Fall des Vertrauensschutzes des Erklärungsempfängers, so dass es ausreicht, wenn dieser auf das Bestehen einer Vertretungsmacht vertraut hat und vertrauen durfte.

Soweit der Anleger noch Gegenansprüche in Form von Schadenersatzansprüchen aus Verschulden bei Vertragsabschluss behauptete, wurde auch dieser Einwand vom Tisch gewischt. Der Darlehensgeber ist grundsätzlich nicht gehalten, über Risiken aufzuklären, die aus der Verwendung des Kredites zum Erwerb einer Eigentumswohnung herrühren. Das Verwendungsrisiko trägt grundsätzlich der Anleger selbst, dem es obliegt, sich über die damit verbundenen speziellen Gefahren zu informieren und die Entscheidung hierüber eigenverantwortlich zu treffen. Insbesondere bei finanzierten Kapitalanlagen darf die finanzierende Bank regelmäßig davon ausgehen, dass der Kreditnehmer Konzeption und Wirtschaftlichkeit der geplanten Anlage, ggf. unter Einschaltung besonderer Fachberater, hinreichend geprüft hat. Dies gilt selbst bei geschäftlich unerfahrenen Anlegern. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen kann eine zusätzliche Aufklärungs- und Warnpflicht der Bank angenommen werden (Schaffung oder Begünstigung eines besonderen Gefährdungstatbestandes, Einbindung der Bank in die Planung, Durchführung oder den Vertrieb des Projektes, schwerwiegender Interessenkonflikt oder konkreter Wissensvorsprung, den eine Bank hat und

erkennen kann). (vgl. zu den Anforderungen an eine konkludente Genehmigung unwirksamer Vollmachten aber auch OLG Celle, Urt. v. 17.05.2006, 3 U 254/05; das OLG Celle fordert entweder ein Erklärungsbewusstsein oder die Notwendigkeit, dass ein Betroffener bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen und vermeiden kann, dass seine Äußerung nach Treu und Glaube und der Verkehrssitte als genehmigende Willenserklärung aufgefasst werden konnte)

§ § §

Schadenersatzansprüche des Käufers einer Eigentumswohnung bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum (BGH, Urt. v. 27.07.2006, VII ZR 276/05)

1. Der Erwerber von Wohnungseigentum ist berechtigt, seine individuellen Ansprüche aus dem Vertrag mit dem Bauträger selbstständig zu verfolgen, solange durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Bauträgers nicht beeinträchtigt sind. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass ein Erwerber seinen Erfüllungsanspruch selbstständig und ohne Beteiligung der Wohnungseigentümergeinschaft durchsetzen kann. Seine Befugnis wird grundsätzlich nicht davon berührt, dass sich der Nachbesserungsanspruch auf das gemeinschaftliche Eigentum bezieht, dessen Instandsetzung nach den Vorschriften des WEG zu der den Wohnungseigentümern obliegenden Verwaltung gehört.
2. Schützenswerte Interessen des Veräußerers von Wohnungseigentum sind regelmäßig nicht beeinträchtigt, wenn einzelne Wohnungseigentümer Mängelbeseitigung fordern, während andere auf Vorschuss klagen, jedoch noch bereit sind, die Mängelbeseitigung hinzunehmen. Der Veräußerer kann der Forderung auf Zahlung eines Vorschusses mit einer Mängelbeseitigung nämlich jederzeit den Boden entziehen.
3. Der Veräußerer (Bauträger) muss es darüber hinaus hinnehmen, dass diejenigen Erwerber, die eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt haben, den großen Schadenersatzanspruch geltend machen und damit auch berechtigt sind, den Vertrag mit der Rückgabe der Wohnung abzuwickeln. Insbesondere kann der Veräußerer nicht geltend machen, eine Rücknahme der Wohnung würde ihn deshalb unangemessen benachteiligen, weil er hinsichtlich der ausscheidenden Eigentümer das Risiko der Verringerung des Marktwertes, die Nebenkosten für die Rückabwicklung und den Aufwand für die Akquisition neuer Erwerber tragen müsste. Diese Nachteile sind allein daraus abzuleiten, dass er den Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

4. Ein Bauträger kann die Rückabwicklungsmöglichkeit nicht formularvertraglich auf Fälle beschränken, in denen ein Mangel von ihm grob fahrlässig oder vorsätzlich verschuldet ist. Diese weitgehende Abweichung von der gesetzlichen Regelung, nach der die Wandlung sogar ohne Verschulden des Veräußerers möglich ist, führt zu einer ganz erheblichen Benachteiligung des Erwerbers. Eine solche Regelung ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren (im vom BGH zu entscheidenden Fall lag ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB vor, vgl. heute § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB).

§ § §

Zur Frage der Definition einer Privatwohnung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG (BGH, Urt. v. 13.06.2006, XI ZR 432/04)

Eine Haustürsituation ist dann nicht gegeben, wenn ein Kunde die Privatwohnung seines Vertragspartners zu Vertragsverhandlungen aufsucht. Dann befindet er sich grundsätzlich in keiner anderen Situation als beim Besuch eines Geschäftslokals.

Ein Verbraucher ist aber auch dann durch mündliche Verhandlung im Bereich einer Privatwohnung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG zum Vertragsschluss bestellt worden,

wenn er die Privatwohnung des Unternehmers bzw. Vermittlers nicht zu Vertragsverhandlungen aufgesucht hat, sondern aus privatem Anlass. Dann befindet sich ein Kunde in einer ähnlichen psychologischen Zwangslage wie bei einem nicht erwarteten Besuch in seiner eigenen Wohnung.

§ § §

Zur Frage der Pfändung in eine offene Kreditlinie (OLG Saarbrücken, Urt. v. 20.07.2006, 8 U 330/05-98)

Ein Steuerschuldner unterhielt ein Girokonto, welches zum Zeitpunkt der Pfändung im Soll stand, wobei eine nach der Behauptung der Klägerin offene Kreditlinie noch nicht ausgeschöpft war. Nach erfolgter Pfändung waren sowohl Abbuchungen als auch Kontengutschriften erfolgt. Die Hausbank des Steuerschuldners wurde in Höhe der Abbuchungen in Anspruch genommen, die nach erfolgter Pfändung noch erfolgt waren.

Das OLG Saarbrücken verweist auf die BGH-Rechtsprechung, nach der Ansprüche des Bankkunden gegen das Kreditinstitut aus einem vereinbarten Dispositionskredit (offene Kreditlinie) grundsätzlich pfändbar sind, wenn und soweit der Kunde den Kredit in Anspruch nimmt. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Bank zur Kreditgewährung verpflichtet ist und dem Kontoinhaber das Kapital zur freien Verfügung überlässt.

Die bloße Duldung einer Kontoüberziehung gibt hingegen ebenso wenig einen pfändbaren

Anspruch auf Kredit wie die zweckgebundene Einräumung eines Dispositionskredites. Da im vorliegenden Fall nicht feststand, dass dem Bankkunden eine Kreditlinie zur Verfügung stand, hatte die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung des Betrages erworben, in dessen Höhe nach erfolgter Pfändung noch Abbuchungen erfolgt waren.

§ § §

Titelzustellung für Zwangsverwaltung des Grundstücks einer BGB-Gesellschaft (BGH, Beschl. v. 06.04.2006, V ZB 158/05)

Nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung u.a. nur beginnen, wenn der Vollstreckungstitel dem Schuldner bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Die Zustellung ist wirksam, wenn sie fehlerfrei nach §§ 166 ff. ZPO erfolgt ist. Im vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Frage, wem bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Titel zuzustellen ist. Die Gläubigerin hatte den Vollstreckungstitel an einen der Gesellschafter der BGB-Gesellschaft zugestellt (laut Zustellungsurkunde „als Geschäftsführer der BGB“).

Der BGH verwies auf seine seit einigen Jahren vertretene Rechtsansicht, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechtsfähigkeit besitze, sofern durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet werden. In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig. Zur Entgegennahme der Zustellung ist der gesetzliche Vertreter der BGB-Gesellschaft berufen. Gesetzliche

Vertreter sind entweder alle Gesellschafter, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorsieht. Im vorliegenden Fall war festgestellt worden, dass einer der Gesellschafter geschäftsführender Gesellschafter der BGB-Gesellschaft war.

§ § §

Arglist bei Gebäude-Feuchtigkeitsschäden (OLG Koblenz, Urt. v.09.02.2006, 5 U 1111/05)

Eine Arglist-Haftung wegen der Täuschung durch Verschweigen offenbarungspflichtiger Mängel setzt voraus, dass dem Verkäufer Fehler bekannt waren oder er sie zumindest für möglich hielt und er billigend in Kauf nahm, dass dem Käufer diese Fehler nicht bekannt waren und er bei deren Offenlegung den Kaufvertrag oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.

Das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst damit nicht nur ein Verhalten des Veräußerers, welches von betrügerischer Absicht getragen ist. Auch Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines „für Möglichhaltens“ und „Inkaufnehmens“ reduziert sind, können das Tatbestandsmerkmal erfassen.

Mängel, die sich in einer Durchfeuchtung der Kellermauern äußern und in der fehlenden Kellerabdichtung gegen das Erdreich liegen, sind nicht ohne weiteres erkennbar. Sie sind erheblich.

§ § §

Schadenspauschalierung bei Kündigung eines Fertighausvertrages (BGH, Urt. v. 27.04.2006, VII ZR 175/05)

Die Klausel in einem Vertrag über die Errichtung eines Fertighauses (erfolgt eine Kündigung gleich aus welchem Grund, ohne dass sie vom Unternehmer zu vertreten ist, hat der Unternehmer das Recht, eine pauschale Vergütung bzw. einen pauschalisierten Schadensersatz in Höhe von 10 % des zur Zeit der Kündigung vereinbarten Gesamtpreises zu verlangen, sofern nicht der Bauherr oder der Unternehmer im Einzelfall andere Nachweise erbringen) ist nicht wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners unwirksam, wenn der Unternehmer nicht daneben noch weitere Ansprüche geltend macht.

Eine Pauschale von 10 % weicht bei derartigen Verträgen nicht wesentlich von den geschätzten Kosten für bereits geleistete vertragsbezogene Personal- und Sachkosten (z.B. für die Planung des Hauses) und dem kalkulierten Gewinn ab und ist daher auch in dieser Höhe nicht zu beanstanden.

§ § §**Keine Nutzung eines Kellers/von Kellerräumen für Wohnzwecke** (OLG Schleswig, Beschl. v. 17.05.2006, 2 W 198/05)

Sind bestimmte Räume bei der Bezeichnung eines Sondereigentums in der Teilungserklärung und im Aufteilungsplan als Keller bezeichnet, stellt dies eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter

dar. Die so bezeichneten Räumen dürfen nur als Lager- oder Abstellraum oder nur in einer sonstigen Weise genutzt werden, die nicht mehr stört oder beeinträchtigt, als ein solcher Lager- oder Abstellraum. Eine Nutzung dieser Kellerräume für Wohnzwecke ist ausgeschlossen.

§ § §**Zur Frage der Substantiierungspflicht bei behauptetem Beratungsfehler** (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.06.2006, 7 U 225/05 nrkr.; die Nichtzulassungsbeschwerde ist beim BGH unter dem Az. III ZR 183/06 anhängig)

Es ist Sache der Klagepartei, Fehler der Anlageberatung darzutun und zu beweisen. Eine Klagepartei kommt dieser Anforderung im Regelfall nicht schon durch die nicht näher ausgeführte Behauptung nach, Anlagezweck sei Alterssicherung oder dadurch, dass die Klagepartei pauschal behauptet, nicht auf Risiken der Beteiligung hingewiesen worden zu sein. Erforderlich ist ein konkreter Vortrag zu Wissensstand, Risikobereitschaft und Anlageziel.

Ein dem Anlageinteressenten statt einer mündlichen Aufklärung übergebener Prospekt über die Kapitalanlagen kann als Mittel der Aufklärung genügen, sofern der Prospekt so rechtzeitig vor dem Vertragschluss überlassen wurde, dass sein Inhalt vor der Anlageentscheidung zur Kenntnis genommen werden konnte.

Die 1-wöchige Frist zum Widerruf des Beteiligungsangebotes bleibt für die

Beurteilung der Frage, ob der Kunde die Möglichkeit hatte, rechtzeitig Kenntnis vom Inhalt zu nehmen, außer Betracht, denn diese Frist dient anderen Zwecken.

§ § §

Pflicht zur Anzeige aller offenkundig nicht belanglosen

Gesundheitsbeeinträchtigungen (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 14.06.2006, 7 U 81/05)

Auf die Gesundheitsfragen im Versicherungsantrag sind nicht nur Krankheiten oder Beschwerden von erheblichem Gewicht anzugeben, sondern auch solche Beeinträchtigungen, die sich nicht bereits als Gesundheitsschaden oder Krankheit darstellen, sondern nur als Störungen oder Beschwerden zu bezeichnen sind. Eine Wertung wird dem Befragten nicht abverlangt. Verschweigt ein Versicherungsnehmer bei seinem Antrag auf Gewährung von Versicherungsschutz, dass kontrollbedürftige neurologische Befunde vorhanden sind, so verletzt er seine vorvertragliche Anzeigepflicht. Der Versicherer konnte zu Recht sowohl den Rücktritt als auch die Anfechtung des Versicherungsvertrages erklären.

§ § §

Arglistiges Verschweigen von zur mehrwöchigen Arbeitsunfähigkeit führenden Rückenbeschwerden (KG Berlin, Beschl. v. 20.06.2006, 6 U 46/06)

Ein arglistiges Verschweigen von Rückenschmerzen bei Abschluss einer Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung liegt auch bei nach Behauptung des Versicherungsnehmers üblichen und leichten und vom Vermittler für nicht erheblich gehaltenen Beschwerden vor, wenn der Versicherungsnehmer bei der Ausfüllung des Versicherungsantrages wegen der Beschwerden bereits mehrere Wochen krankgeschrieben war und im Antragsformular auch nach bloßen Störungen und Beschwerden oder allgemein nach Behandlungen, Beratungen und Untersuchungen gefragt wurde.

Arglistig handelt dabei ein Versicherungsnehmer, der mit wissentlich falschen Angaben von Tatsachen bzw. dem Verschweigen offenbarungspflichtiger Umstände auf die Entschließung des Versicherers, seinen Versicherungsantrag anzunehmen, Einfluss nehmen will und sich bewusst ist, dass der Versicherer möglicherweise seinen Antrag nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen annehmen werde, wenn er wahrheitsgemäße Angaben macht. Ein moralisches Unwerturteil muss damit nicht verbunden sein.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL**Referentenentwurf zum Schutz geistigen Eigentums**

Das Bundesjustizministerium hat am 17.11.2006 einen Referentenentwurf vorgestellt, der in Umsetzung der EU-Durchsetzungsrichtlinie den Schutz des geistigen Eigentums verbessern soll. Vor allem die Produktpiraterie soll besser bekämpft werden können. Auskunftsrechte der Rechtsinhaber werden gestärkt, die künftig unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen Dritte geltend gemacht werden können. Zum Schutze der Verbraucher vor hohen Abmahngebühren werden die erstattungsfähigen Anwaltsgebühren bei Abmahnungen wegen unerheblicher Rechtsverletzungen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 50,00 € begrenzt. Darüber hinaus wird die Vernichtung beschlagnahmter Piraterieware an den Außengrenzen der EU erleichtert.

LITERATURSPIEGEL**Zukunft der Schrott-Immobilienfälle und Schrott-Immobilienfälle in der Zukunft**

Jungmann befasst sich in Heft 47/2006 der **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM)** wieder mit dem aktuellen Stand der BGH-Rechtsprechung zu den sog. „Schrott-Immobilien“. Er analysiert den Stand der Rechtsprechung und die Grundsätze, wann Immobilienanlagegeschäfte rückabgewickelt werden können. Jungmann plädiert dafür, dass für den kreditfinanzierten Beitritt zu einem Immobilienfonds weitestgehend dieselben Regeln wie für den kreditfinanzierten Immobilienerwerb gelten sollen. Im Ergebnis wird für eine großzügigere Auslegung des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB auch in Fällen des realkreditfinanzierten Erwerbs von Wohnungseigentum plädiert.

* * *

Schönheitsreparaturen - Tapetenwechsel inbegriffen ?

In den letzten beiden Jahren hat der Bundesgerichtshof wiederholt zu den Voraussetzungen Stellung genommen, unter denen der Vermieter von einem Mieter die Durchführung der Schönheitsreparaturen fordern kann. So genannte starre Fristenregelungen führen zur Unwirksamkeit der Reparaturklausel. **Harsch** geht in seinem Beitrag in Heft 12/2006 der Zeitschrift **Wohnungswirtschaft & Mietrecht** der Frage nach, ob ein Mieter, der nur wenige Jahre eine Wohnung angemietet hat, trotz flexibler Fristenregelung verpflichtet ist, Tapeten zu

wechseln, wenn beispielsweise Raufasertapeten schon wiederholt überstrichen worden sind, so dass ein nochmaliger Anstrich nicht mehr möglich ist. Harsch setzt sich kritisch mit der „Tapetenentscheidung“ des BGH vom 05.04.2006 auseinander. Der BGH hat das Tapezieren als selbstverständlichen Teil der Renovierungsarbeiten angesehen. Harsch plädiert für eine andere Lösung: Der Vermieter sei verpflichtet, die alten Tapeten zu entfernen und die neuen Tapeten für den mieterseits geschuldeten Neuanstrich aufzuziehen. Der Tapetenersatz sei nur im Wege einer einzelvertraglichen Abrede zulässig. In Anbetracht der für eine einzelvertragliche Abrede geltenden strengen Voraussetzungen käme diesem Fall aber kaum praktische Bedeutung zu.

* * *

Beiträge zur Instandhaltungsrücklage nach dem WEG direkt abzugsfähig?

Wer Wohnungseigentum besitzt, hat nach dem WEG Wohngeld zu zahlen. Bestandteil des Wohngeldes ist regelmäßig der Beitrag zur Instandhaltungsrücklage. Es ist umstritten, wie dieser Betrag steuerlich zu handhaben ist, wobei nach bisheriger üblicher Praxis die Beiträge zum Zeitpunkt des Abflusses nicht als Werbungskosten geltend gemacht werden können, sondern erst dann, wenn die Rücklage verbraucht wird. **Sauren** hält in Heft 48/2006 der Zeitschrift **DStR** diese Auffassung für überholt. Mit der BGH-Entscheidung vom 02.06.2005 (Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft) sei durch die Zivilrecht-

sprechung ein rechtsfähiges Gebilde geschaffen worden. Dieses habe eine verselbstständigte Finanzverfassung. Die Rücklage ist ein wesentlicher Bestandteil. Da die Rücklage wesentlicher Teil des Verwaltungsvermögens ist, sei eine Zuordnung zum Vermögen des Steuerpflichtigen nicht mehr möglich. Damit sind auch die Beiträge zur Rücklage als Werbungskosten schon bei der Zahlung an den rechtsfähigen Verband „Wohnungseigentümergeinschaft“ zu gewähren. **Sauren** hofft, dass auch der BFH diese Kehrtwendung bald vollziehen wird. Dies wäre letztendlich auch ein Beitrag zur Vereinfachung des Steuerrechts.

* * *

Wucherähnliches Rechtsgeschäft und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit bei Grundstückskaufverträgen

Der BGH hatte vor kurzem zur Frage Stellung genommen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit ein Rechtsgeschäft den Wuchertatbestand nach § 138 BGB erfüllt (BGH-Urteil vom 23.06.2006, V ZR 147/05, vgl. unseren Newsletter 08/06). **Kulke** bespricht in Heft 22/2006 der Zeitschrift **ZfIR** diese Entscheidung. Er fasst dabei zusammen, welche Voraussetzungen bei einem wucherähnlichen Rechtsgeschäft gegeben sein müssen (objektiver Tatbestand des auffälligen Missverhältnisses und subjektiver Tatbestand des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts). Des Weiteren können weitere relevante Umstände für das Vorhandensein oder die Widerlegung einer verwerflichen Gesinnung hinzuzuziehen sein (Faktor Zeit, Person des Käufers und ein evtl.

gleichwertiger Wissensstand der beteiligten Parteien). Kulke plädiert für eine Abgrenzung der Sittenwidrigkeitskontrolle von anderen Möglichkeiten der Korrektur von Verträgen. In Betracht käme in Vertragslösungsrecht der anderen Partei über das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo (c.i.c.). Fälle der Kaufreue und tatsächlich unlautere Verhaltensweisen müssten klar voneinander abgegrenzt werden.

* * *

Der Lösungsanspruch eines nachrangigen Grundstücksgläubigers in der Insolvenz des Grundstückseigentümers

Sind an einem Grundstück mehrere Grundpfandrechte bestellt, treten sie in Konkurrenz zueinander. Dieses Konkurrenzproblem löst § 879 Abs. 1 BGB dergestalt, dass zwischen den einzelnen Grundpfandrechten ein Rangverhältnis besteht und sich der Rang der verschiedenen Rechte nach der Reihenfolge ihrer Eintragung richtet. Die Rangfolge gewinnt immer dann eine entscheidende Bedeutung, wenn das Grundstück zwangsversteigert wird. **Rein** widmet sich in seinem Aufsatz in Heft 48/2006 der Zeitschrift **NJW** dem Thema, wann nachrangige Grundschuldgläubiger einen Anspruch darauf haben, im Rang aufzurücken. Es geht hierbei insbesondere um die Frage, ob der gesetzliche Lösungsanspruch gem. § 1179a BGB dem nachrangigen Grundschuldgläubiger auch im Falle der Insolvenz des vorrangigen Grundstückseigentümers zusteht. Der BGH hatte entschieden, dass der gesetzliche

Lösungsanspruch des nachrangigen Grundschuldgläubigers nicht insolvenzfest ist, wenn die vorrangige Sicherungsgrundschuld zwar zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr valuiert ist, das Eigentum an dem Grundstück und die Grundschuld jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht zusammengefallen sind. Rein zieht für die Praxis die Schlussfolgerung, dass ein nachrangiger Grundschuldgläubiger nur dann eine insolvenzfeste Rechtsposition erwerben kann, wenn er sich den Anspruch auf Rückabtretung der Grundschuld abtreten lässt und diesen Anspruch mit einer Vormerkung nach § 883 BGB sichern lässt. Dann würden die Grundbuchämter aber erneut mit Eintragungsanträgen konfrontiert werden, was durch die 1977 eingeführte Reform gerade verhindert werden sollte. Gleichwohl muss aus Vorsichtsgründen dieser Weg beschränkt werden, solange der BGH seine Rechtsprechung nicht ändert.

* * *

Haftung für Inanspruchnahme von Vertrauen - Aktuelle Fragen zum neuen Verkaufsprospektgesetz

Zum 01.07.2005 ist ein Teil des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes in Kraft getreten, der die Prospektpflicht am sog. grauen Kapitalmarkt regelt. § 8f Verkaufsprospektgesetz regelt eine Prospektpflicht für diesen Bereich, §§ 13 und 13a Verkaufsprospektgesetz die Haftung für fehlende und fehlerhafte Prospekte. **Benecke** befasst sich in ihrem Beitrag in Heft 48/2006 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** mit neuen

Fragen, die das Verkaufsprospektgesetz aufgeworfen hat. Benecke zieht das Fazit, dass die staatlichen Vorgaben mehr der Transparenz und Rechtssicherheit im Handelsverkehr dienen sollen und weniger dem Schutz des einzelnen Anlegers. Auch die Menge der Prospektverantwortlichen sei eingeschränkt worden, indem ein Heranziehen der beruflichen Sachkenner nur noch dann möglich ist, wenn sie die Verantwortung für die Angaben ausdrücklich übernehmen. Problematisch sind des Weiteren die Rechtsfolgen der neuen Bestimmungen, da eine Regelung, die das Börsengesetz für Aktiengesellschaften trifft, auf das Personengesellschaftsrecht übertragen wurde, ohne dessen besondere Grundsätze zu beachten. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtspraxis, insbesondere also die Gerichtsbarkeit, diesen im Grunde genommen Rückschritt gegenüber der umfassenderen richterrechtlich geprägten Vertrauenshaftung akzeptieren wird.

Wege zur vereinfachten Berechnung des Handelsvertreterausgleichs (§ 89b HGB)

Prozesse um den den Handelsvertreter gewährten Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB sind aufwändig. Über viele Einzelpositionen kann gestritten werden. Umfangreiche Beweiserhebungen sind die Folge und auch die sog. Grundsätze in der Versicherungswirtschaft, die hier für eine Erleichterung sorgen sollen, stellen sich im Alltag dann doch nicht als große richtungsweisende Erleichterung dar. **Emde** erarbeitet in seinem Aufsatz in Heft 34/2006

der Zeitschrift **Versicherungsrecht** eine Ausgleichsstreitigkeiten vereinfachende Formel zur Ausgleichsberechnung, die auch im Bereich der analogen Anwendung des § 89b HGB wie etwa dem Vertragshändlerwesen und beim Franchisenehmer Anwendung finden kann. Er plädiert dafür, dass Ausgangspunkt der Berechnung die bei typischem Geschäftsverlauf in den letzten 12 Monaten angefallenen Provisionen für alle Geschäfte sind einschl. etwa von Bezirks- sowie Verwaltungsprovisionen. Ein Abzug eines verwaltenden Anteils von der Gesamtprovision sollte nur dann möglich sein, wenn wirksam eine Separierung werbender und verwaltender Provisionsanteile vorgenommen werden kann. Der Handelsvertreter muss dann die Werbung von Neukunden oder die Erweiterung bestehender Altkundenbeziehungen darlegen und beweisen. Nur mit solchen Kunden erzielte Provisionen sind ausgleichsrelevant. Anschließend sind die Mehrfach- oder Stammkundenquote zu ermitteln (ggf. im Wege einer Schätzung), eine Vorteils- und Verlustprognose anzustellen, eine Fluktuations- oder Abwanderungsquote zu ermitteln, ggf. - in Ausnahmefällen - auch ein Billigkeitsabschlag vorgenommen werden und eine Höchstbetragsberechnung erfolgen.

Der von Emde vorgelegte Lösungsansatz hört sich zwar zunächst auch kompliziert an, bietet aber einigen Charme. Alles, was der Vereinfachung dient, sollte deshalb im allseitigen Interesse weiterentwickelt werden.

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

Schufa-Onlineabfrage jetzt bundesweit

Finanztest berichtet in Heft 12/2006 davon, dass jetzt bundesweit Personen, die bei der Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung (**Schufa**) gespeichert sind, ihre Daten online unter www.meineschufa.de kontrollieren können. Der Zugang kostet im Quartal 7,60 €, für das ganze Jahr 15,20 €.

* * *

Illegaler Kundenfang

Unter dieser Überschrift berichtet die Verbraucherzeitschrift **Finanztest** in ihrer Ausgabe 12/2006 von Firmen, die auf **verbotene Telefonwerbung** setzen (sog. „Kaltanruf“ oder „cold calling“). Die Verkaufserfolge sind so groß, dass die handelnden Unternehmen auch Geldstrafen in Kauf nehmen.

* * *

Keine Rückstellungsbildung für die Betreuung bereits abgeschlossener Lebensversicherungen

BMF-Schreiben vom 28.11.2006, IVB2-S2137-73/06, verwirft Urteil des Bundesfinanzhofes als Einzelfallscheidung. Per Rundschreiben an die obersten Finanzbehörden der Länder hat das Bundesfinanzministerium am 28.11.2006 ein altes Urteil des Bundesfinanzhofs zugunsten von Versicherungsvermittlern als Einzelfallentscheidung verworfen. Der BFH

hatte am 28.07.2004 (Az: XI R 63/03) entschieden, dass ein **Versicherungsvertreter** seine Gewinne aus Provisionseinnahmen für Lebensversicherungsabschlüsse mit **Rückstellungen** für eine weitere Vertragsbetreuung schmälern darf. Das Bundesfinanzministerium sieht dafür keinen Grund, weil die Bildung einer Rückstellung eine gewisse Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten voraussetze, die den Steuerpflichtigen aus wirtschaftlicher Sicht wesentlich belaste. Auf die **Nachbetreuung** von laufenden Lebensversicherungsverträgen treffe dies jedoch nicht zu. Das BMF-Schreiben ist auf der Webseite des Bundesfinanzministeriums (www.bundesfinanzministerium.de) abrufbar (wobei es aber außer der vorstehend schon mitgeteilten Begründung keine weiteren lesenswerten Ausführungen enthält).

* * *

Unwirksame starre Abgeltungsklauseln und ihre Folgen

Der BGH hat nicht nur die **starren Fristenregelungen** in Mietverträgen für unwirksam erklärt, sondern auch starre Abgeltungsklauseln. Nach Ansicht des BGH bringen die starren Fristen für den Mieter einen zusätzlichen, nicht durch ein geringeres Entgelt zu kompensierenden Nachteil mit sich. **Klimke** und **Lehmann-Richter** gehen in Heft 12/2006 der Zeitschrift **Wohnungswirtschaft & Mietrecht** einer Reihe von Folgefragen nach. Sind Abgeltungs- und Reparaturpflichten teilbar? Infiziert eine starre **Abgeltungsklausel** eine (ansonsten

wirksame) **Schönheitsreparaturklausel**? Bestehen Ersatzansprüche des Mieters, wenn er die in einer starren Abgeltungsklausel vorgesehene Quote an den Vermieter gezahlt hat bzw. zur Abwendung der Abgeltungspflicht selbst renoviert hat? Die Autoren plädieren sowohl für eine „Infektion“ als auch für **Bereicherungsansprüche** auf Erstattung rechtsgrundloser Abgeltungszahlungen oder einer selbst durchgeführten Renovierung (wobei unterschiedliche Verjährungsfristen zu beachten sind!).

* * *

Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung a.F. - Beschluss des BFH vom 06.09.2006

Acht Jahre nach Einführung der **Mindestbesteuerung** a.F. hat der BFH die Regelungen im Einkommensteuergesetz wegen mangelhafter Bestimmtheit als **verfassungswidrig** beurteilt (vgl. unseren Newsletter 11/06). **Kohlhaas** kommentiert in Heft 50/2006 der Zeitschrift **DStR** den BFH-Beschluss. Der Autor weist darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht bisher noch nie ein Steuergesetz wegen mangelhafter Bestimmtheit als verfassungswidrig beurteilt hat. Bei der Regelung für die Mindestbesteuerung a.F. könnte dies erstmals geschehen.

* * *

Umsatzsteuerbefreiung des Outsourcing bei Investmentfonds - Die Sicht des EuGH

Finanzdienstleister stecken in einem Dilemma: Einerseits ist es betriebswirtschaftlich vorteilhaft, bestimmte Produktionsprozesse aufzubrechen und Externe mit einzelnen Teilaufgaben zu beauftragen, weil sie in diesem Bereich ein besonderes Fachwissen haben oder sich durch Konzentration Effektivitätsvorteile ergeben. Andererseits neigt die Finanzverwaltung in Deutschland dazu, solche **Outsourcing-Prozesse** durch die Erhebung von **Umsatzsteuern** zu belegen. **Bacmeister** stellt in seinem Beitrag in Heft 22/2006 der Zeitschrift **Internationales Steuerrecht** die Sicht des EuGH dar.

* * *

Die Entwicklung des Architekten- und Ingenieurrechts der Jahre 2005 und 2006

Kesselring und **Hennig** befassen sich in ihrem Aufsatz in Heft 48/2006 der Zeitschrift **NJW** mit der Entwicklung des **Architekten- und Ingenieurrechts** in den Jahren 2005 und 2006. Referiert wird über Entscheidungen aus dem Bereich des allgemeinen Vertragsrechts (beispielsweise zu Besonderheiten bei Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern oder zu den Abgrenzungsproblemen zwischen vergütungspflichtigem Auftrag einerseits und reinen Akquisitionsleistungen des Architekten andererseits). Auch Haftungsfragen (beispielsweise zu Fragen des Baugrundes, zur Haftung im Kostenbereich oder zur Haftung wegen mangelnder Objektüberwachung) nahmen im Berichtszeitraum breiten Raum ein. Im Abschnitt Honorarrecht geht es um Fragen

des Anwendungsbereiches der **HOAI**, um allgemeine und besondere Honorarfragen und um einen Ausblick auf das Honorarrecht als Folge europarechtlicher Gesichtspunkte.

* * *

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REIT-Gesetz)

Van Kann, Just und **Krämer** besprechen in Heft 47/2006 der Zeitschrift **DStR** den am 02.11.2006 verabschiedeten Regierungsentwurf zur Schaffung von **REITs** in Deutschland. Die Autoren geben einen kurzen Überblick darüber, was ein REIT überhaupt ist, stellen dessen gesellschaftsrechtliche und kapitalmarktrechtliche Besonderheiten vor, gehen auf das Thema der Besteuerung der deutschen REIT-Gesellschaften ein und ziehen das Fazit, dass der **Regierungsentwurf** insgesamt gelungen sei und den Erwartungen der Marktteilnehmer entspreche, ausgenommen aber der **Ausschluss von Bestands-Mietwohnimmobilien**. Hierin liegt eine auffällige Abweichung zu internationalen REIT-Standards.

* * *

Keine Pflicht des Vermieters zur Mietbescheinigung

Finanztest berichtet in der Ausgabe 1/2007 von einer Entscheidung des Amtsgerichts Schöneberg. Danach müssen Vermieter Ex-Mieter nicht bescheinigen, dass sie die Miete immer ordentlich bezahlt haben. Dies gelte selbst in Berlin, wo der Nachweis oft verlangt wird.

Ein Schuss Risiko

Ebenfalls in Heft 1/2007 berichtet die Zeitschrift **Finanztest** über das Produkt „**fondsgebundene Rentenversicherungen**“. Den höheren Renditechancen stehen auch höhere Risiken gegenüber, da die Höhe der Rente in erster Linie davon abhängt, wie gut die Fonds wirtschaften. Finanztest empfiehlt, dass auf eine breite Auswahl an Aktien- und Rentenfonds geachtet werden sollte.

* * *

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten

Unter Federführung des Landes Nordrhein-Westfalen hat die länderoffene Arbeitsgruppe zum Thema „**Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten**“ gemeinsam mit der Bundesarbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten“ einen **Leitfaden** erstellt. Dreh- und Angelpunkt bei allen Entscheidungen für oder gegen die Durchführung einer Investition mit Bezug zur öffentlichen Hand mittels einer PPP-Struktur ist die Frage der Wirtschaftlichkeit. In Heft 23/24-2006 der Zeitschrift **ZfIR** ist der von der Arbeitsgruppe erstellte Leitfaden abgedruckt.

* * *

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

GmbH und Limited im Markt der Unternehmensrechtsträger

Spätestens seit der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ vom September 2003 besteht unabhängig vom realen Verwaltungssitz europaweit die **Freiheit der Rechtsformwahl**. Die englische Limited gilt seither als die wettbewerbsfähigste Alternative zur GmbH. **Niemeier** untersucht in Heft 49/2006 der Zeitschrift ZIP diesen Markt und stellt dabei fest, dass die GmbH-Gründungen wie generell Betriebsgründungen insgesamt zurückgegangen sind und im Jahr 2005 (nur) noch 62.411 GmbH neu errichtet worden sind. Die Limited dagegen erreichte 2005 gut 10.000 Registrierungen in Großbritannien und einen Marktanteil von fast 15 % am deutschen Markt der Kapitalgesellschaften. Die Wettbewerbslage - so Niemeier - erfordere weder eine Radikalanpassung der **GmbH** an die **Limited** noch eine neue haftungsbeschränkte inländische Rechtsform mit zweifelhaften Stimulationseffekten, dafür aber ähnlich früh sterblichen Gründungen.