

Der Markt für Kapitalanlagen –
Ich bin ein Steuergesetz - ich bin verfassungswidrig!

Newsletter 01 / 2008

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

wir hoffen, dass Sie gut in das Jahr 2008 gestartet sind. Auch in diesem Jahr wollen wir Sie regelmäßig über aktuelle Entwicklungen und Trends informieren und Sie mit wichtigen Hinweisen davor bewahren, in die **Haftungsfalle** zu geraten. Für den Gesetzgeber, der die Änderung der Pendlerpauschale zu verantworten hat, droht zwar keine persönliche Haftung, wohl aber der Ausfall bereits fest einkalkulierter Steuermilliarden. Der Bundesfinanzhof hat am 23.01.2008 entschieden, dass nach seiner Überzeugung die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte eindeutig **Werbungskosten** sind. Damit erteilte der BFH der Ansicht der Vertreter aus dem Finanzministerium eine eindeutige Abfuhr. Zwar muss abschließend das Bundesverfassungsgericht über die Frage der **Verfassungsmäßigkeit** befinden, doch ist die Tendenz klar vorgegeben. So undurchsichtig für die Stars oder Sternchen der derzeit wieder ausgestrahlten RTL-Reality-Show der australische Dschungel und die Abenteuer, die dort zu bestehen sind, sein mögen, so undurchsichtig ist häufig der deutsche **Steuerdschungel** für die Steuerzahler. Speziell für die Kapitalanlagebranche sind die Vorschriften der §§ 2b und 15b EStG weitere unrühmliche Beispiele.

Für Wirbel ganz anderer Art sorgte vor über einem Jahr der BGH mit seinem sog. „**Kick-**

Back-Urteil“. Auf den Tag genau ein Jahr später hatte nun wieder das OLG München als Instanzgericht über den Rechtsstreit befunden. Das Gericht hat die Klage abgewiesen, weil dem Bankmitarbeiter und der Bank kein vorsätzliches Handeln nachzuweisen waren. Ansprüche wegen fahrlässiger Verletzung von Pflichten aus dem Beratungsverhältnis waren aber **verjährt**. Für die Vergangenheit mögen die Betroffenen „aus dem Schneider“ sein. Zukünftig wird höchste Vorsicht geboten sein, zumal durch das **FRUG** zwischenzeitlich weitere gesetzliche Aufklärungspflichten eingeführt worden sind.

Näheres zu dieser und anderen interessanten und brisanten Entscheidungen finden Sie in unserem heutigen Rechtsprechungsspiegel. Und falls Sie weitergehende Fragen haben: Wir holen Sie gerne aus dem „Dschungel“ wieder ins sicherere Terrain.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

P.S.: Natürlich freuen wir uns auch in diesem Jahr über Ihre Anregungen sowie positive wie negative Kritik. Wir dürfen darauf hinweisen, dass wir für die Richtigkeit der mit diesem Newsletter übersandten Informationen keine Gewähr übernehmen können. Falls Sie eine verbindliche Rechtsauskunft zum einen oder anderen Thema wünschen, freuen wir uns auf Ihren Anruf.

Rechtsprechungsspiegel

- Zur Frage des Umfangs von Auskunftspflichten eines Anlagevermittlers und zum Pflichtenkreis bei Zuordnung eines Anlegers zu bestimmten Anlegertypen
- Zur Haftung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft für einen fehlerhaften Prospektprüfungsbericht
- Gerichtsstand bei fehlerhaften Kapitalmarktinformationen
- Aufklärungspflichtverletzung der kreditgebenden Bank bei schwerwiegendem Interessenkonflikt wegen Doppelfinanzierung
- Keine Haustürsituation bei Empfehlung einer Kapitalanlage durch den eigenen Steuerberater
- Prospekthaftung ja - Prospekthaftung nein ... - Unterschiedliche Entscheidungen des OLG München zur Richtigkeit der Fondsprospekte Cinerenta II KG und Cinerenta III KG
- Bei verschwiegener Kick-Back-Zahlung trägt der Anleger die Beweislast für ein vorsätzliches Handeln der Bank
- Die 10 % Wesentlichkeitsgrenze bei Flächenabweichungen gilt auch für Nebenkosten
- Aussonderungsbefugnis bezüglich Mieterkaution in der Vermieterinsolvenz nicht zwingend
- Zur Frage der Anfechtbarkeit eines Zuschlagsbeschlusses in der Zwangsversteigerung bei falscher Wohnflächenangabe
- Zur Frage der Belehrungspflicht eines Notars über umsatzsteuerrechtliche Folgen
- Zur Frage der Einkünfteerzielungsabsicht bei krassem Missverhältnis zwischen Einnahmen und Zinsaufwendungen
- Zur Frage des wirtschaftlichen Zusammenhangs von Mieteinnahmen und mit Mieteinnahmen getätigten Devisenoptionsgeschäften
- Zur Abgrenzung von Herstellungs- und Erhaltungsaufwand bei Baumaßnahmen an einem Gebäude, das mehrere Wirtschaftsgüter umfasst

Gesetzgebungsspiegel

- VVG-Info-Verordnung verkündet
- Reform des Erbschafts- und Bewertungsrechts vom Bundeskabinett beschlossen

Literaturspiegel

- Anmerkungen zur praktischen Umsetzbarkeit der neuen BFH-Rechtsprechung zu Finanzinnovationen
- Zur Grundbuchfähigkeit der GbR
- Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes
- Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts

Kurz und bündig

- Anrechnung von Steuervorteilen bei Rückabwicklung des mit einem Fondsbeitritt verbundenen Darlehens
- Keine Weiterung der Bürgenhaftung durch Verzicht des Hauptschuldners auf Verjährungseinrede
- Pflicht der einen Fondsbeitritt finanzierenden Bank zur Aufklärung über ihr bekannte arglistige Täuschung der Prospektverantwortlichen hinsichtlich versteckter Provisionen
- BGB-Gesellschaft: Bestimmbarkeit weiterer Beitragslasten bei „gespaltener Beitragspflicht“
- Nachschusspflicht für Kapitalanleger - Wechsel in der BGH-Rechtsprechung bei Beteiligungen in der Rechtsform der GbR und oHG
- Mehr Informationen für Versicherte: Der Ratgeber zum neuen Versicherungsvertragsrecht
- Haushaltsnahe Dienstleistung und kein Ende
- Transaktionsstrukturen bei Erwerb und Veräußerung von Seniorenimmobilien
- Die Entwicklung des Steuerrechts

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Zur Frage des Umfangs von Auskunftspflichten eines Anlagevermittlers und zum Pflichtenkreis bei Zuordnung eines Anlegers zu bestimmten Anlegertypen (BGH, Urt. v. 25.10.2007, III ZR 100/06)

Ein Ehepaar hatte eine Kapitallebensversicherung, in die bereits erhebliche Geldbeträge einbezahlt worden waren. Aufgrund der Empfehlung eines Anlagevermittlers wurde die Kapitallebensversicherung gekündigt. Der Rückkaufswert wurde in Investmentanteilen angelegt. Deren Kurs sank anschließend rapide. Die Einzelheiten des Beratungsgesprächs waren umstritten. jedoch hatte der klagende Anleger unter Beweisanzug vorgetragen, dass es ihm vor allem um eine sichere Anlage ging. Dass der Erwerb der Investmentanteile risikobehaftet gewesen sei, sei ihm und seiner Ehefrau verschwiegen worden.

Der BGH nimmt auf seine ständige Rechtsprechung Bezug. Eine Haftung aus einem ggf. stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrag sei in Betracht zu ziehen. Ein solcher Vertrag mit Haftungsfolgen kommt im Rahmen der Anlagevermittlung zumindest stillschweigend zustande, wenn der Interessent deutlich macht, dass er - auf eine bestimmte Anlageentscheidung bezogen - die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen will und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt. Der Umfang der Auskunftspflichten hängt dann vom Risikobewusstsein des

Anlegers ab sowie der Risikobehaftetheit des empfohlenen Produktes (Stichworte: anlegergerechte und anlagegerechte Beratung). Im Kaufauftrag hatte der Investor alle in Betracht kommenden Anlegertypen angekreuzt (sicherheitsorientiert, konservativ, gewinnorientiert, risikobewusst). Dieser Widerspruch war von den Instanzgerichten bislang noch nicht näher aufgeklärt worden. Der BGH führt in diesem Zusammenhang auch aus, dass der Vermittler nicht der Pflicht enthoben ist, die Angaben über den Anlegertyp mit dem bisherigen und in Aussicht genommenen Anlageverhalten des Kunden in Beziehung zu setzen und bei Widersprüchen eine Klärung herbeizuführen. Würde ein Kunde beispielsweise angeben, die Substanzerhaltung der Anlage stehe im Vordergrund und seine Ertragserwartungen gingen deutlich über das marktübliche Zinsniveau hinaus, spreche die kritiklose Übernahme solcher Anlegervorstellungen für eine unzulängliche Befragung des Anlegers und/oder für eine nur unzureichende Beschäftigung mit diesen Angaben im Verlauf des Beratungsgesprächs.

§ § §

Zur Haftung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft für einen fehlerhaften Prospektprüfungsbericht (BGH, Urt. v. 14.06.2007, III ZR 300/05)

Ein Anleger hatte sich an einem Filmfonds beteiligt. Die Fondsgesellschaft geriet in eine wirtschaftliche Schieflage. Es stellte sich heraus, dass an die Produktionsdienstleister überwiesene Gelder nicht zurückzuerlangen waren und Erlösausfallversicherungen für

aufgenommene Produktionen nicht abgeschlossen waren. Wegen behaupteter Prospektmängel begehrte der Anleger Zug um Zug gegen Abtretung seiner Beteiligung Rückzahlung des Beteiligungsbetrages. Er nahm u.a. die mit der Erstellung eines Prospektprüfungsberichtes beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Anspruch.

Der BGH wiederholt die Grundsätze der von der Rechtsprechung entwickelten Prospekthaftung und nimmt sodann zur Frage Stellung, wann eine Haftung wegen Verletzung eines Prospektprüfungsvertrages in Betracht kommt.

Der Prospekt über ein Beteiligungsangebot, der für einen Beitrittsinteressenten im Allgemeinen die einzige Unterrichtungsmöglichkeit darstellt, hat den Anleger über alle Umstände, die für seine Entscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig zu unterrichten.

Dazu gehört eine Aufklärung über Umstände, die den Vertragszweck vereiteln können. Ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, ist daher nicht allein anhand der wiedergegebenen Einzeltatsachen, sondern nach dem Gesamtbild zu beurteilen, welches der Prospekt von den Verhältnissen des Unternehmens/der Beteiligungsgesellschaft vermittelt. Dabei dürfen die Prospektverantwortlichen eine sorgfältige und eingehende Lektüre des Prospektes bei den Anlegern voraussetzen.

Im konkreten Fall hielt es der BGH für nicht ausgeschlossen, dass die Risikodarstellung nicht ausreichend war. Nach der Einzeldarstellung verschiedener Risiken, die an keiner Stelle einen Hinweis auf die Möglichkeit eines Totalverlustes enthält, würde zusammenfassend ein „worst-case-Szenario“ mit einer angeführten Restrisikobetrachtung entwickelt. Statt auch insoweit von einem Totalverlustrisiko zu sprechen, werde aber der Eindruck einer Begrenzung des Risikos vermittelt. Dies werde der tatsächlichen Gefahrenlage nicht hinreichend gerecht. Insoweit kommt auch eine Haftung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wegen einer Verletzung des Prospektprüfungsvertrages in Betracht. Diese wies im Prospektprüfungsgutachten an mehreren Stellen darauf hin, dass der Anleger eine unternehmerische Beteiligung eingehe, deren Risiko trotz der in dem Beteiligungsangebot angelegten Sicherungsinstrumente vor allem im Marktrisiko bestehe. Das Prospektprüfungsgutachten mache nicht hinreichend deutlich, dass ein Totalverlustrisiko bestünde, sondern bestätige den Eindruck, der Anleger gehe ein insgesamt nur begrenztes Risiko ein.

Auf die Verletzung des Prospektprüfungsvertrages kann sich auch der Anleger als vertragsfremder Dritter berufen, denn erst ist nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Schutzbereich des Prospektprüfungsvertrages einzubeziehen.

Gerichtsstand bei fehlerhaften Kapitalmarktinformationen (OLG München, Beschl. v. 16.05.2007, 31 AR 119/07)

§ 32b Abs. 1 Nr. 1 ZPO begründet eine Zuständigkeit ausschließlich am Sitz des Anbieters einer Vermögensanlage. Von dieser Vorschrift sind auch Kapitalanlagen erfasst, für die eine Prospektspflicht nicht besteht. Der Umstand, dass ein Beklagter zugleich wegen Verletzung eines Anlageberatungsvertrages in Anspruch genommen wird, ändert an der aus der Prospektverantwortlichkeit begründeten Zuständigkeit nichts. Das danach zuständige Gericht ist zur umfassenden Entscheidung des Rechtsstreits unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zuständig. Deshalb kann gegen die Initiatoren eines Anlageprojekts wegen einer fehlgeschlagenen Kapitalanlage am Sitz der Anlagegesellschaft Klage erhoben werden. Die Zuständigkeitskonzentration am Sitz des Anbieters gegen Prospektverantwortliche aufgrund fehlerhafter öffentlicher Kapitalmarktinformationen setzt auch nicht voraus, dass der Anbieter mit verklagt ist. Ist der Anbieter der Vermögensanlage bereits im Handelsregister gelöscht, so kann für die Bestimmung des konzentriert zuständigen Gerichts auf den letzten Sitz des Anbieters abgestellt werden.

Mit dieser Begründung bestimmte das OLG München, dass gegen einen Prospektverantwortlichen einer zwischenzeitlich im Handelsregister gelöschten Anlagegesellschaft Klage am letzten Sitz der Anlagegesellschaft erhoben werden konnte.

§ § §

Aufklärungspflichtverletzung der kreditgebenden Bank bei schwerwiegendem Interessenkonflikt wegen Doppelfinanzierung (OLG München, Ur. v. 10.07.2007, 5 U 5578/06 n.rkr.)

1. Eine Bank überschreitet ihre Rolle als Kreditgeberin bei einem kreditfinanzierten Erwerb einer Immobilie, deren Kaufgelegenheit sie zuvor von sich aus dem Käufer nachgewiesen hat und deren Verwertung im laufenden Zwangsversteigerungsverfahren im Wege des freihändigen Verkaufs von ihrer Zustimmung als Kreditgeberin des Verkäufers abhängt.
2. In diesem Fall haftet die Bank auch unter dem Gesichtspunkt eines schwerwiegenden Interessenkonflikts bei „Doppelfinanzierung“ dem neuen Kreditnehmer wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss, wenn sie über ein ihr vorliegendes Verkehrswertgutachten nicht aufklärt, obwohl der vom Gutachter ermittelte Wert der Immobilie nicht nur den von ihr selbst ermittelten Wert um rund 50 % unterschreitet, sondern auch erheblich unter dem von ihr festgesetzten Mindestverkaufspreis liegt.

§ § §

Keine Haustürsituation bei Empfehlung einer Kapitalanlage durch den eigenen Steuerberater (OLG Bamberg, Urt. v. 31.05.2007, 1 U 171/06 n.rkr., Revision beim BGH unter XI ZR 348/07)

Ein Ehepaar machte gegenüber der Bank Ansprüche aus einem mit der Bank abgeschlossenen Darlehensvertrag geltend. Das Ehepaar wollte eine erwartete hohe Steuerlast mindern und zeichnete eine Fondsbeteiligung, die von der beklagten Bank finanziert worden war. Der Steuerberater hatte das Ehepaar zu Hause aufgesucht und sie anlässlich eines zweiten Besuchs in der Wohnung die Beitrittserklärung unterschreiben lassen. Als Besonderheit kam bei diesem konkreten Fall hinzu, dass der Steuerberater auch steuerberatend für die Vertriebsgesellschaft tätig war, über die der Vertrieb des Fonds erfolgte.

Das OLG Bamberg verneinte eine Haustürsituation mit der Begründung, es gehöre zu den Aufgaben eines Steuerberaters, seinen Mandanten über eine zu erwartende hohe Steuerlast so rechtzeitig zu informieren, dass diesem eine eventuelle steuersparende Investitionstätigkeit noch möglich ist. Für das insoweit erforderliche Informations- und Beratungsgespräch sei der Steuerberater daher bereits aufgrund des zugrunde liegenden Steuerberatungsvertrages „bestellt“ im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG (jetzt: § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Deshalb sei ein Haustürgeschäft zu verneinen.

Mit dieser Begründung wird allerdings der Aufgabenbereich und damit der

Pflichtenumfang des Steuerberaters evident ausgedehnt. Im Regelfall hat der Steuerberater nicht ungefragt über eine Kapitalanlage zu beraten. Wird sein Rat begehrt, hat er als Steuerberater über die Arten und die Möglichkeiten der zu erzielenden Verlustzuweisungen und über deren Vor- und Nachteile sowie Risiken in steuerlicher Hinsicht aufzuklären. Ob der Steuerberater einen weitergehenden Auftrag hatte, wurde vom OLG Bamberg nicht festgestellt, sondern unterstellt. Das Gericht hätte konkret ermitteln müssen, ob der Steuerberater tatsächlich als steuerlicher Berater tätig war oder sein Handeln nicht eher seiner Tätigkeit für die Fondsvertriebsgesellschaft zuzurechnen war.

§ § §

Prospekthaftung ja - Prospekthaftung nein ... - Unterschiedliche Entscheidungen des OLG München zur Richtigkeit der Fondsprospekte Cinerenta II KG und Cinerenta III KG (OLG München, Urt. v. 04.10.2007, 23 U 4858/06 und Urt. v. 18.07.2007, 20 U 2052/07)

Am 04.10.2007 (Az: 23 U 4858/06) wies der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München eine Klage von Cinerenta-Anlegern ab, die sich an der Cinerenta II KG beteiligt hatten. Fünf Kläger hatten die Komplementär-GmbH, deren Geschäftsführer, die Treuhandkommanditistin, die Hauptvertriebsgesellschaft sowie den geschäftsführenden Alleingesellschafter der Haupt-Vertriebsgesellschaft in Anspruch genommen. Einer der Kläger nahm des Weiteren seine frühere Steuerberaterin in

Anspruch. Der Senat setzte sich sehr ausführlich mit dem Beteiligungsprospekt auseinander und kam zum Ergebnis, dass dieser nicht fehlerhaft sei.

Ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, sei nicht allein anhand der wiedergegebenen Einzel Tatsachen, sondern nach dem Gesamtbild zu beurteilen, welches der Prospekt von den Verhältnissen des Unternehmens vermittelt. Dabei dürfen die Prospektverantwortlichen allerdings eine sorgfältige und eingehende Lektüre des Prospektes bei den Anlegern voraussetzen. Das Gericht erläuterte dann im Einzelnen, warum seines Erachtens die verschiedenen Risiken der Beteiligung ausreichend dargelegt seien.

Der weiterhin erhobene Vorwurf, dass von der Hauptvertriebsgesellschaft verdeckte Innenprovisionen kassiert worden seien, die im Widerspruch zu den prospektierten Weichkosten stünden, sei nicht schlüssig belegt. Es sei klägerseits nicht behauptet worden, dass die Hauptvertriebsgesellschaft 20 % (anstelle der ausgewiesenen 7 % zzgl. Agio) des Gesamtzeichnungskapitals als Provision erhalten habe. Der Sachvortrag sei vielmehr dahin zu verstehen, die Hauptvertriebsgesellschaft habe 20 % auf das von ihr geworbene Kapital kassiert. Hier sei rechnerisch durchaus denkbar, dass die Hauptvertriebsgesellschaft eine höhere Provision vereinnahmt hat, andere Vermittler dagegen weniger als 7 % erhalten haben würden, so dass die ausgewiesenen Vertriebskosten insgesamt nicht über dem prospektierten Ansatz gelegen hätten.

Aus diesen und weiteren im Einzelnen ausgeführten Gründen hat das OLG München einen Prospektfehler verneint. Eine von der Komplementärin der Fondsgesellschaft im Januar 1999 abgegebene Zusatzklärung sei für den Beitrittsentschluss nicht kausal gewesen, denn die Anleger hätten sich alle bereits im Januar 1998 am Filmfonds beteiligt. Deshalb bestünden insoweit auch keine Ansprüche aus c.i.c.

Nur wenige Monate zuvor (Urt. v. 18.07.2007, Az: 20 U 2052/07) hatte der 20. Zivilsenat des OLG München noch gegenteilig entschieden (allerdings nicht zur Cinerenta II KG, sondern zur Cinerenta III KG).

Beide Senate (sowohl der 23. als auch der 22. Zivilsenat) stellten in ihrer Begründung auf die BGH-Entscheidung vom 14.06.2007 - III ZR 125/06 - ab. Die Folgerungen daraus werden unterschiedlich gezogen. Der BGH hatte entschieden, dass ein Emissionsprospekt unrichtig im Sinne von § 264a Abs. 1 StGB sei, wenn er die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Totalverlustes des Anlagekapitals verharmlost, indem er für den durchschnittlichen Anleger den unzutreffenden Eindruck erweckt, auch im Extrem- bzw. Ausnahmefall (worst-case-Szenario) - z.B. beim Zusammentreffen mehrerer Risiken - sei lediglich ein geringerer Anteil des Anlagekapitals gefährdet. Dadurch würde der Eindruck erweckt, ein Totalverlustrisiko realisiere sich nur begrenzt. Wenn ein solches worst-case-Szenario nicht rigoros offenbart werde, würde die Gefahr eines Totalverlustes

in irreführender und verharmlosender Weise dargestellt werden.

Ein solches worst-case-Szenario vermisste der 20. Zivilsenat im Beteiligungsprospekt der Cinerenta III KG. Hier spielte eine Rolle, dass dem Geschäftsführer der Prospektherausgeberin bereits 1999 bei Herausgabe des Prospektes bewusst gewesen sein soll, dass eine Rückversicherung über einen eingeschalteten englischen Versicherungsbroker nur bei einer weniger „namhaften“ Versicherungsgesellschaft platziert werden konnte. Hieraus resultiere ein hohes Verlustrisiko, da die vermeintliche Sicherheit fast ausschließlich auf der Tatsache von Rückversicherungen basiert habe. Dieses Problem sei im Prospekt der Cinerenta III KG verharmlost dargestellt worden.

Der 20. Zivilsenat hatte sich mit dem Thema „Extrem- bzw. Ausnahmefall (worst-case-Szenario)“ - soweit erkennbar - nicht näher auseinandergesetzt. Beide Urteile der OLG-Senate sind nicht rechtskräftig, so dass sich der BGH in Bälde erneut mit Fragen der Prospekthaftung und des Kapitalanlagebetruges auseinandersetzen muss. In der Praxis ist der Grat, auf dem die Prospektverantwortlichen und Entscheidungsträger agieren, häufig ein sehr schmaler. Es kann jedenfalls problematisch sein, in einem Prospekt das Thema „Totalverlustrisiko“ zu kurz und damit zu verharmlosend darzustellen. Im Zweifel lieber ein Hinweis mehr als einer zu wenig.

§ § §

Bei verschwiegener Kick-Back-Zahlung trägt der Anleger die Beweislast für ein vorsätzliches Handeln der Bank (OLG München, Urt. v. 19.12.2007, 7 U 3009/04)

Auf den Tag genau ein Jahr nach dem sog. „Kick-Back-Urteil“ des BGH hat nun wieder das Instanzgericht, an welches der Rechtsstreit zurückverwiesen worden war, entschieden. Das OLG München hat erneut die Klage abgewiesen, weil dem Bankmitarbeiter und der Bank kein vorsätzliches Handeln nachzuweisen war. Ansprüche wegen fahrlässiger Verletzung von Pflichten aus dem Beratungsverhältnis waren verjährt. Das Gericht wies sowohl den Einwand ab, einer Berufung auf eingetretene Verjährung stünden die Vorschriften von Treu und Glauben entgegen als auch die Konstruktion einer Sekundärverjährung analog den Grundsätzen, wie sie zur Haftung von Rechtsanwälten und Steuerberatern entwickelt worden sind. Vorsatz sei zu verneinen, weil es der Berater noch nicht einmal als möglich erkannt hatte, dass er Aufklärungspflichten verletzen würde. Selbst für einen Spezialisten im Wertpapierhandel war das Gebot, über Rückvergütungen aufzuklären, nicht ohne weiteres erkennbar. Diese rechtliche Anforderung stelle keine grundlegende, unschwer aus allgemeinen sittlichen Grundsätzen oder geschäftlichen Gepflogenheiten ableitbare Rechtspflicht dar und wäre auch nicht im allgemeinen Bewusstsein der in diesem Bereich Tätigen verankert.

Gegen die Nichtzulassung der Revision wurde Nichtzulassungsbeschwerde eingereicht

(BGH-Aktenzeichen: XI ZR 586/07). Für die Vergangenheit mag die Bank „aus dem Schneider“ sein. Zukünftig wird dies nicht mehr weiterhelfen, da die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zu beachten sein werden und durch das FRUG ohnehin zwischenzeitlich gesetzliche Aufklärungspflichten eingeführt worden sind.

§ § §

Die 10 % Wesentlichkeitsgrenze bei Flächenabweichungen gilt auch für Nebenkosten (BGH, Urt. v. 31.10.2007, VIII ZR 261/06)

In den letzten Jahren hatte der BGH wiederholt zur Maßgeblichkeit von Flächenabweichungen bei bestehenden Mietverhältnissen Stellung zu nehmen. Im Jahr 2004 ging es um Fragen der Mietminderung, im Jahr 2007 um solche der Mieterhöhung. Das Gericht hatte jeweils konstatiert, dass es auf eine Differenz zwischen der vereinbarten und der tatsächlichen Fläche nicht ankomme, wenn die Abweichung unerheblich ist. Die Unerheblichkeitsgrenze wird bei 10 % gesehen. Jetzt hat das Gericht entschieden, dass für die Abrechnung der Betriebskosten nichts anderes gilt. Konkret stritten die Parteien darum, ob ein Balkon mit $\frac{1}{4}$ der Fläche oder - wie vom Vermieter praktiziert - mit der hälftigen Fläche angerechnet werden kann. Die Differenz lag unter der 10 %-Quote. Der BGH sah auch keinen Abrechnungsmangel darin, dass die nicht beheizte Teilfläche des Balkons bei der Abrechnung mit berücksichtigt wurde. Die Einbeziehung nicht beheizter Teilflächen in die der Umlegung zugrunde gelegte Wohnfläche

verstoße nicht gegen die Vorschriften der Heizkostenverordnung.

Des Weiteren nahm der BGH erneut zur Frage Stellung, wann eine Abrechnung formell ordnungsgemäß ist. Eine formell ordnungsgemäße Abrechnung setze als Mindestangaben folgendes voraus:

- eine Zusammenstellung der Gesamtkosten
- die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel
- die Berechnung des Anteils des Mieters
- die Berücksichtigung der vom Mieter geleisteten Vorauszahlungen und deren Abzug bei der Berechnung.

Die Gesamtkosten sind auch dann vollständig anzugeben, wenn einzelne Kostenanteile nicht umlagefähig sind. Insoweit genügt es nicht, nur die schon bereinigten Kosten anzugeben.

Eine erst nach Ablauf der Jahresfrist erteilte formell ordnungsgemäße Abrechnung steht der Geltendmachung von Nachforderungen entgegen (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB). Um Nachforderungen in diesem Sinne handelt es sich aber begrifflich nur, wenn der Mieter nach Ablauf der 12-monatigen Abrechnungsfrist einen Betrag verlangt, der eine bereits erteilte Abrechnung oder die Summe der Vorauszahlungen des Mieters übersteigt. Nebenkosten bis zum Betrag der geschuldeten Vorauszahlungen kann der Vermieter auch aufgrund einer nach Ablauf der Abrechnungsfrist erteilten Abrechnung geltend machen.

§ § §

Aussonderungsbefugnis bezüglich Mieterkaution in der Vermieterinsolvenz nicht zwingend (BGH, Urt. v. 20.12.2007, IX ZR 132/06)

§ 551 Abs. 3 Satz 3 BGB fordert, dass ein Vermieter eine vom Mieter geleistete Barkaution getrennt von seinem sonstigen Vermögen anlegt. Ist ein Vermieter dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, ist der Auszahlungsanspruch des Mieters im Hinblick auf die geleistete Mietkaution nur eine einfache Insolvenzforderung. Es gelten die allgemeinen insolvenzrechtlichen Grundsätze, nach denen eine Aussonderungsbefugnis bezüglich eines Kontoguthabens nur dann entstehen kann, wenn es sich um ein ausschließlich zur Aufnahme von Fremdgeldern bestimmtes Konto handelt.

Der BGH nahm zugleich zur Frage Stellung, wie der Mieter durchsetzen kann, dass der Vermieter die ihm obliegende Verpflichtung zur gesonderten Anlage der Kaution erfüllt. So kann er beispielsweise vom Vermieter den Nachweis verlangen, dass die Kaution auch entsprechend den gesetzlichen Vorgaben auf einem Treuhandkonto angelegt wurde. Solange der Vermieter der Anlageverpflichtung nicht nachkommt und den Nachweis nicht erbringt, sei der Mieter grundsätzlich befugt, geschuldete Mietzahlungen bis zur Höhe des Kautionsbetrages zurückzubehalten.

§ § §

Zur Frage der Anfechtbarkeit eines Zuschlagsbeschlusses in der Zwangsversteigerung bei falscher Wohnflächenangabe (BGH, Beschl. v. 18.10.2007, V ZB 44/07)

Bei diesem vom BGH entschiedenen Streitfall ging es um die Frage, ob der Ersteher in der Zwangsversteigerung den Zuschlagsbeschluss anfechten kann, wenn das Sachverständigengutachten zur Ermittlung des Verkehrswertes eine falsche Wohnfläche des ersteigerten Objektes angegeben hat und der Ersteherer sich bei Abgabe des Gebotes deshalb in einem Irrtum befand. In einem vom Vollstreckungsgericht eingeholten Sachverständigengutachten war die nutzbare Wohnfläche eines Gebäudes mit 1.420 m² angegeben. Der Verkehrswert war vom Sachverständigen auf 122.000,00 € festgesetzt worden. Der Beschwerdeführer blieb mit einem Gebot von 131.000,00 € Meistbietender. Später stellte sich heraus, dass das Gebäude nur eine Wohnfläche von 710 m² hat. Deshalb focht der Ersteher den Zuschlagsbeschluss wegen Irrtums an. Der BGH stellt zunächst fest, dass grundsätzlich eine Anfechtung des Ersthers wegen Irrtums möglich ist. Im hier zu entscheidenden Fall sei aber die Anfechtung wegen § 56 Satz 3 ZVG ausgeschlossen. Diese Vorschrift schließt Ansprüche des Ersthers wegen Sachmängeln aus. Die Regelungen über die kaufvertragliche Mängelhaftung sind demnach bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken unanwendbar. Dieser gesetzliche Gewährleistungsausschluss darf nicht durch eine Irrtumsanfechtung unterlaufen werden. Besteht eine Flächenabweichung, liegt darin

ein Sachmangel, der bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb Ansprüche des Käufers begründet. Da solche Ansprüche bei einem Erwerb in der Zwangsversteigerung nicht bestehen (§ 56 Satz 3 ZVG), scheidet eine Irrtumsanfechtung in diesem Fall aus.

Eine Irrtumsanfechtung wegen anderer Umstände ist gleichwohl nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Des Weiteren kommt ein Schadenersatzanspruch gegen den Sachverständigen wegen der falschen Angaben zur Wohnfläche im Gutachten in Betracht.

§ § §

Zur Frage der Belehrungspflicht eines Notars über umsatzsteuerrechtliche Folgen (BGH, Urt. v. 20.09.2007, III ZR 33/07)

1. Der Notar ist regelmäßig nicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG aufgrund seiner Pflicht zur Rechtsbelehrung oder seiner allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO gehalten, auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinzuweisen. Ihn trifft hinsichtlich des Entstehens einer Umsatzsteuerpflicht keine allgemeine Belehrungspflicht.
2. Korrigiert ein Notar einen Teilaspekt einer ihm von den Urkundsbeteiligten vorgegebenen steuerlichen Gestaltung des Geschäfts, so beschränkt sich seine Prüfungs- und Belehrungspflicht regelmäßig auf diesen Teilaspekt.

3. Den Notar trifft keine allgemeine Belehrungspflicht, wer eine in Folge des beurkundeten Rechtsgeschäfts anfallende Umsatzsteuer zu tragen hat oder dafür haftet, soweit nicht besondere Umstände eine Belehrung erfordern. Ein Hinweis auf die Haftung nach § 75 AO ist jedoch erforderlich, wenn in einem Unternehmenskaufvertrag die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB gem. § 25 Abs. 2 HGB ausgeschlossen wird.

§ § §

Zur Frage der Einkünfteerzielungsabsicht bei krassem Missverhältnis zwischen Einnahmen und Zinsaufwendungen (BFH, Urt. v. 10.05.2007, IX R 7/07)

Im Rahmen der Einkunftsart „Vermietung und Verpachtung“ ist die Einkünfteerzielungsabsicht bei einer langfristigen Vermietung ausnahmsweise zu prüfen, wenn der Steuerpflichtige die Anschaffungskosten oder Herstellungskosten des Vermietungsobjektes sowie anfallende Schuldzinsen fremdfinanziert und somit Zinsen auflaufen lässt, ohne dass durch ein Finanzierungskonzept von vornherein deren Kompensation durch spätere positive Ergebnisse vorgesehen ist (Abgrenzung zu BFH-Urteil vom 19.04.2005, IX R 15704).

§ § §

Zur Frage des wirtschaftlichen Zusammenhangs von Mieteinnahmen und mit Mieteinnahmen getätigten Devisenoptionsgeschäften (BFH, Urt. v. 18.09.2007, IX R 42/05)

Ein Immobilienmakler hatte über 40 Objekte vermietet und Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Mit den aus der Vermietung erzielten Überschüssen unternahm er Devisenoptionsgeschäfte. Diese führten zu erheblichen Verlusten. Die Optionsverluste machte der Makler bei seinen Einkünften aus VuV als Werbungskosten geltend und begründete dies damit, dass er bei Erzielung entsprechender Gewinne weitere Vermietungsobjekte angeschafft hätte und im Übrigen mit Gewinnen auch Objektkosten abdecken wollte, die mit der Vermietung im Zusammenhang stünden.

Der BFH sah dies anders. Allein der Entschluss, Erlöse aus dem Optionsgeschäft für Vermietungen zu verwenden, begründe noch keinen wirtschaftlichen Zusammenhang. Ohnehin entscheide erst der wirtschaftliche Erfolg der Optionsgeschäfte darüber, ob überhaupt Mittel zur Reinvestition in das zur Vermietung genutzte Vermögen zur Verfügung stünden. Das jeweilige Optionsgeschäft tritt deshalb als eigenständige Erwerbsquelle zwischen die Vermietertätigkeit und die geltend gemachten Verluste.

Wer seine Mieteinnahmen also nur dazu verwendet, Optionsgeschäfte durchzuführen, kann daraus entstehende Verluste auch dann nicht als Werbungskosten bei seinen VuV-Einkünften geltend machen, wenn der

Steuerpflichtige beabsichtigt, die angelegten Beträge wiederum zur Erzielung von Einkünften aus VuV zu verwenden.

§ § §

Zur Abgrenzung von Herstellungs- und Erhaltungsaufwand bei Baumaßnahmen an einem Gebäude, das mehrere Wirtschaftsgüter umfasst (BFH, Urt. v. 25.09.2007, IX R 28/07)

Im der Entscheidung zugrunde liegenden Fall ging es um die Frage, ob Aufwendungen für ein Zweifamilienhaus, welches teils zu Wohnzwecken vermietet war, teils zum Betrieb einer psychotherapeutischen Praxis, Herstellungsaufwand (nachträgliche Herstellungskosten) oder Erhaltungsaufwand (sofort abzugsfähige Werbungskosten) darstellten. Das Finanzgericht hatte die über die Schadensbeseitigung hinausgehenden Baumaßnahmen als nicht so wesentlich eingestuft, dass sie zu einer Wesensänderung des Mietobjektes geführt hätten. Der BFH wies auf folgendes hin:

Aufwendungen, die durch die Absicht veranlasst sind, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen, sind dann nicht als Werbungskosten sofort abziehbar, wenn es sich um Herstellungskosten handelt. Welche Aufwendungen zu den Herstellungskosten zählen, bestimmt sich auch für die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 255 Abs. 2 HGB. Danach sind Herstellungskosten die Aufwendungen, die durch den Verbrauch von Gütern und die Inanspruchnahme von Diensten für die Herstellung eines

Vermögensgegenstandes (Wirtschaftsguts), seine Erweiterung oder für eine über seinen ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung entstehen.

Bei der Prüfung, ob eine Baumaßnahme zu Herstellungsaufwand führt, darf nicht auf das gesamte Gebäude abgestellt werden, sondern muss auf den entsprechenden Gebäudeteil abgestellt werden, wenn das Gebäude in unterschiedlicher Weise genutzt wird und deshalb mehrere Wirtschaftsgüter umfasst. Wird ein Gebäude - wie es beim zu entscheidenden Sachverhalt der Fall war - teils fremdbetrieblich und teils zu Wohnzwecken durch Vermietung genutzt, sind die einzelnen Gebäudeteile gesondert zu behandeln, weil diese in verschiedenen Nutzungs- und Funktionszusammenhängen stehen. Es hätte untersucht werden müssen, ob der von der Praxis genutzte Gebäudeteil erweitert oder gegenüber seinem ursprünglichen Zustand wesentlich verbessert wurde. Eine wesentliche Verbesserung ist gegeben, wenn der Gebrauchswert/das Nutzungspotenzial des Wirtschaftsguts durch die Baumaßnahmen gehoben wird. Dabei kommt es weniger auf Kernbereiche der Ausstattung an als vielmehr darauf, ob bauliche Veränderungen vor dem Hintergrund der betrieblichen Zielsetzung zu einer höherwertigeren Nutzbarkeit des Vermögensgegenstandes führen.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

VVG-Info-Verordnung verkündet

Nun ist es amtlich: Spätestens ab 01.07.2008 müssen Lebens- und Krankenversicherer in Deutschland beim Absatz ihrer Versicherungsprodukte die Abschlusskosten in Euro und Cent angeben. Dies ergibt sich aus der neuen VVG-Informationspflichten-Verordnung (Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen). Auch wenn das Bundesverfassungsgericht im Februar 2006 eine weitergehende Kostentransparenz gefordert hatte (Beschl. v. 15.02.2006, 1 BvR 1317/96), geht die jetzige Rechtsverordnung über die Vorgaben des Verfassungsgerichtes wie auch Vorgaben maßgeblichen der EU-Richtlinien hinaus.

§ 2 der VVG-Info-Verordnung bestimmt, welche speziellen Informationspflichten bei der Lebensversicherung, der Berufsunfähigkeitsversicherung und der Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr bestehen. Das Versicherungsunternehmen muss künftig die Höhe der in die Prämie einkalkulierten Kosten angeben, bevor der Versicherungskunde eine Erklärung abgibt. Dabei sind die Abschlusskosten als einheitlicher Gesamtbetrag anzugeben und sind die übrigen Kosten als Anteil der Jahresprämie unter Angabe der jeweiligen Laufzeit auszuweisen. Der Versicherungskunde soll erfahren, welchen Betrag er effektiv als in den Prämien enthaltenen Kostenanteil an den Versicherer zahlen muss, wenn er den angebotenen

Vertrag abschließt. Prozentuale Angaben oder Berechnungsgrundlagen sind unzureichend.

Der Verordnungsgeber begründet dies durch Verweise auf andere Vorschriften und Gerichtsentscheidungen zur Verbesserung der Transparenz bei Finanzdienstleistungen. So sieht das am 01.11.2007 in Kraft getretene Umsetzungsgesetz zur Europäischen Finanzmarktrichtlinie ebenfalls vor, dass Provisionen in jedem Fall separat anzugeben sind (vgl. § 31 WpHG). Außerdem wird ausdrücklich auf die BGH-Entscheidung vom 19.12.2006 (XI ZR 56/05) Bezug genommen (vgl. zu diesem sog. „Kick-Back-Urteil“ auch die Fondsbriefausgabe Nr. 36 vom 23.03.2007).

Nach § 3 der VVG-Info-VO ist auch ein Krankenversicherungsunternehmen künftig verpflichtet, die Abschluss-, Vertriebs- und sonstige Kosten in Euro und Cent anzugeben.

Für eine verbesserte Information der Verbraucher soll des Weiteren ein Produktinformationsblatt sorgen, das ab 01.07.2008 für alle Neuverträge verbindlich vorgeschrieben wird. Dem Versicherungskunden müssen die wichtigsten Informationen zu dem von ihm in Aussicht genommenen Vertrag in gesondert hervorgehobener Form mitgeteilt werden. Das Produktinformationsblatt soll knapp und vor allem verständlich formuliert sein.

Des Weiteren enthält die VVG-Info-VO zahlreiche weitere Informationspflichten, die seit langem geltendes Recht sind. Beispielsweise gelten die in der Vergangenheit

speziell für Fernabsatzverträge anwendbaren Informationspflichten (§§ 48a ff. VVG a.F.) künftig für alle Versicherungsverträge.

Die reine Betrachtung der Abschluss- und sonstigen Kosten ist nur eine Seite der Medaille. Es droht die Gefahr, dass künftig mehr über die Kostenstruktur debattiert werden wird als über das Produkt, dessen inhaltliche Ausgestaltung und hier insbesondere die abgesicherten Leistungen nebst damit verbundenem Kundennutzen. Diese Seite der Medaille darf auch künftig auf keinen Fall vernachlässigt werden.

* * *

Reform des Erbschafts- und Bewertungsrechts vom Bundeskabinett beschlossen

Am 11.12.2007 hat das Bundeskabinett das Gesetz zur Reformierung des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts vorgelegt. Der Gesetzesentwurf soll das Erbschaftsteuerrecht mit den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in Einklang bringen. Das Gericht hat mit seiner Entscheidung vom 07.11.2006 dem Gesetzgeber aufgegeben, die Erbschaftsteuer neu zu regeln. Die unterschiedliche Bewertung von Immobilien-, Betriebs- und Kapitalvermögen im Erbfall sei verfassungswidrig.

Die Besteuerung soll sich künftig für alle Vermögen am sog. gemeinen Wert orientieren. Das ist der Preis, der bei einem Verkauf zu erzielen wäre. Bei Immobilien spricht man vom

Verkehrswert. Die neue Bewertung von Grundstücken und Betriebsvermögen wird in der Regel höher ausfallen als bisher. Für enge Angehörige (Ehegatten, Kinder und Enkel) soll es höhere Freibeträge geben. Eingetragene Lebenspartner haben künftig den gleichen Freibetrag wie Ehegatten (bleiben aber in Steuerklasse III).

Der Freibetrag für Ehegatten und eingetragene Lebenspartner wird auf 500.000,00 € erhöht (von bisher 307.000,00 €).

Der Freibetrag für Kinder wird von 205.000,00 € auf 400.000,00 € erhöht.

Der Freibetrag für Enkel wird von 51.200,00 € auf 200.000,00 € erhöht.

Ehegatten und Lebenspartner erhalten außerdem noch einen Versorgungsfreibetrag.

Die Tarifsätze in den drei Steuerklassen, die es nach wie vor geben wird, werden teils kräftig erhöht. In der Steuerklasse I bleibt es bei den geltenden Tarifsätzen. Für die Steuerklassen II und III wird ein zweistufiger Tarif von 30 oder 50 % eingeführt.

Unternehmen, bei denen die Arbeitsplätze im Zuge des Betriebsübergangs weitestgehend gesichert werden, sollen von der Erbschaftsteuer entlastet werden. 85 % des Betriebsvermögens sollen steuerlich begünstigt werden. 15 % werden immer der Besteuerung unterworfen. Voraussetzung für die Begünstigung ist, dass der Betrieb über 15 Jahre weitergeführt werden muss und die Arbeitsplätze im Wesentlichen erhalten

bleiben. Außerdem darf die Lohnsumme in den 10 Jahren nach der Übertragung in keinem Jahr niedriger sein als 70 % der durchschnittlichen Lohnsumme 5 Jahre vor der Übertragung.

LITERATURSPIEGEL

Anmerkungen zur praktischen Umsetzbarkeit der neuen BFH-Rechtsprechung zu Finanzinnovationen

Im Jahr 2006 ergingen verschiedenen BFH-Urteile im Zusammenhang mit der Besteuerung von Finanzinstrumenten. Ihnen gemeinsam ist eine deutlich von der bisherigen Besteuerungspraxis abweichende Auslegung der gesetzlichen Vorschriften. Aufgrund teleologischer Reduktion hat der BFH den Begriff der Finanzinnovationen wesentlich enger als die bisherige herrschende Meinung ausgelegt. **Schmitt** und **Krause** setzen sich in ihrem Aufsatz in Heft 3/2008 der Zeitschrift **DStR** mit der BFH-Rechtsprechung und deren Umsetzbarkeit in der Praxis auseinander. Bei der Besteuerung von im Privatvermögen gehaltenen Finanzinnovationen sind drei Ebenen zu berücksichtigen: Auf der ersten Ebene ist zu fragen, wie die Besteuerung einer Finanzinnovation nach dem gegenwärtigen Gesetz und unter Berücksichtigung der aktuellen BFH-Urteile erfolgt.

Die zweite Ebene betrifft die Finanzverwaltung und Banken, die insbesondere über die Ausstellung von Jahresbescheinigungen nach

§ 24c EStG eine Umsetzung im Massenverfahren gewährleisten.

In der dritten Stufe müssen die Erkenntnisse „richtig“ in der Einkommensteuererklärung übernommen werden. Schmitt und Krause setzen beim Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1991 an. Sie kritisieren die jüngere Rechtsprechung, weil sie den mit der Einführung von § 24c EStG vom Gesetzgeber beabsichtigten Zielen zuwider läuft. Ein für alle Seiten akzeptierbarer Ausweg könnte ein Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung sein. Nach dem Fazit der Autoren scheint sich die Finanzverwaltung der Umsetzungsprobleme im Massenverfahren bewusst zu sein und nimmt eine weniger harte Haltung als der BFH ein. In Anbetracht des schon feststehenden Übergangs zur Abgeltungssteuer und der damit folgenden grundsätzlichen Neuordnung der Besteuerung der Kapitaleinkünfte sollte hier auch kein großer Aufwand betrieben werden, der ansonsten zu erbitterten Grabenkämpfen führen könnte.

* * *

Zur Grundbuchfähigkeit der GbR

In seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2001 hat der Bundesgerichtshof der nach außen im Rechtsverkehr auftretenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Außen-GbR) Rechtsfähigkeit zugesprochen (BGH, Beschl. v. 18.02.2002, II ZR 331/00). Mit diesem Urteil löste sich der BGH von der jahrzehntelangen vorherrschenden

traditionellen Lehre. Nach dieser Lehre wurde die Rechtsfähigkeit der GbR abgelehnt. Der BGH geht konsequent weiter davon aus, dass eine GbR selbst Eigentümer eines Grundstücks sein kann. Deshalb spricht auf den ersten Blick nichts dagegen, die GbR unter ihrem eigenen Namen als Eigentümerin im Grundbuch einzutragen. Die Grundbuchfähigkeit der GbR ist aber nach wie vor heftig umstritten. **Behrens** geht in seinem Aufsatz in Heft 1/2008 der **Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR)** der Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR nach. Der Autor hält das bislang praktizierte Vorgehen, anstelle der GbR die Namen der Gesellschafter einzutragen, für unpraktikabel. Es entspreche auch nicht der materiellen Rechtslage. Anhand der Voraussetzungen für eine Grundbucheintragung legt er dar, dass die GbR-Gesellschafter ihre Vertretungsbefugnis trotz fehlender Registerpublizität der GbR durch Vorlage eines öffentlich beglaubigten Gesellschaftsvertrages nachweisen können. Der Vorlage des Gesellschaftsvertrages komme dieselbe Wirkung zu wie der Vorlage einer Vollmachtsurkunde, so dass für die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter die Vermutung des § 172 Abs. 2 BGB Anwendung findet. Somit spreche nichts dagegen, die GbR selbst unter ihrem eigenen Namen in das Grundbuch einzutragen. Gerade bei größeren Gesellschaften, insbesondere Publikums-Personengesellschaften in der Rechtsform der GbR, ist die Eintragung der GbR im Grundbuch die einzige praktikable Vorgehensweise.

* * *

Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes

Langheid beschreibt in einem Fortsetzungsaufsatz die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, welches zum 01.01.2008 in Kraft getreten ist. In Teil 1, abgedruckt in Heft 51/2007 der Zeitschrift **NJW**, geht es um die wichtigsten Änderungen im allgemeinen Teil des neuen VVG sowie den Schlussvorschriften. Erläutert werden die neuen Beratungs- und Dokumentationspflichten, Voraussetzungen des Vertragsabschlusses und Widerrufs, vorvertragliche Anzeigepflichten, Aufgabe des Alles-oder-Nichts-Prinzips. Ferner wird die Aufgabe des Prinzips der Unteilbarkeit der Prämie dargestellt. Hatte der Versicherer bisher bei vorzeitiger Beendigung des Versicherungsvertrages beispielsweise durch Rücktritt oder Kündigung einen Anspruch auf die Prämie bis zum Ende der Versicherungsperiode, knüpft das neue Recht den Prämienzahlungsanspruch an die Dauer des gewährten Versicherungsschutzes an. Weitere Themen, die Langheid aus Platzgründen nur in einem ersten Überblick darstellen kann, sind Fragen der vorläufigen Deckung, die Versicherung für fremde Rechnung und die laufende Versicherung.

Im Anschluss an die Ausführungen zu den allgemeinen Vorschriften des neuen VVG stellt Langheid in Heft 52/2007 der Zeitschrift **NJW** die allgemeinen Vorschriften für die Schadensversicherung vor. Es schließen sich die allgemeinen Vorschriften für die Sachversicherung an, gefolgt von den spartenspezifischen Vorschriften.

* * *

Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts

Weber stellt in Heft 51/2007 der Zeitschrift **NJW** die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2007 dar. Die Darstellung beschränkt sich auf Kernbereiche und wesentliche Entwicklungslinien. Besonderen Stellenwert hat hierbei das Finanzmarkttrichtlinie-Umsetzungsgesetz, welches im Wesentlichen zum 01.11.2007 in Kraft getreten ist. Es transformiert die zweite EU-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie in nationales Recht und verändert ferner tief greifend das Marktorganisationsrecht. So enthält das FRUG in seinem Art. 2 ein komplett neu gefasstes Börsengesetz, welches am 01.11.2007 das alte Börsengesetz abgelöst hat. Der amtliche Handel als Börsensegment wurde abgeschafft. Künftig existiert anstelle des geregelten und des amtlichen Marktes als gesetzlicher Markt nur noch der regulierte Markt. Im Ergebnis wird dies zu einem stärkeren Wettbewerb der Ausführungsplätze und Handelsplattformen führen. Neben den geregelten Märkten (in Deutschland der regulierte Markt der Börsen) sind hier die multilateralen Handelssysteme und die OTC-Ausführung zu erwähnen.

Das FRUG hat neben dem Katalog der Finanzinstrumente auch den Katalog erlaubnispflichtiger Finanzdienstleistungen erweitert und zwar um die Anlageberatung, Eigengeschäfte und das Betreiben multilateraler Handelssysteme. Damit einhergehen entsprechende Aufgabenerweiterungen der Marktaufsicht durch die BaFin. Zulassungsfrei ist nach wie vor die Beratung und Vermittlung von

Fondsanteilen, die weiterhin nur der Aufsicht nach der Gewerbeordnung unterliegt.

Durch das am 01.01.2007 in Kraft getretene Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) hat sich das Recht der Unternehmenspublizität in Deutschland stark verändert. Mit dem EHUG wurden zum einen elektronische Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister eingeführt, zum anderen Veröffentlichungen von Rechnungslegungsinformationen im elektronischen Bundesanzeiger und ein zentrales Unternehmensregister eingeführt. Dieses konzentriert, für jedermann frei verfügbar und leicht abrufbar, Unternehmensdaten, die bislang an verschiedenen Stellen veröffentlicht wurden, in einer Datenbank. Bis zum 31.12.2007 mussten die beim elektronischen Bundesanzeiger einzureichenden Abschlüsse für das Geschäftsjahr 2006 spätestens vorliegen.

Das am 20.01.2007 in Kraft getretene Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz brachte vor allem tief greifende Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes mit sich. Ferner geht Weber auf neue gesetzliche Bestimmungen zum Übernahmerecht ein sowie zum Gesellschafts-, Umwandlungs- und Bilanzrecht. Soweit in den Segmenten, die Weber vorstellt, neuere Judikatur ergangen ist, stellt Weber auch die Rechtsprechung kurz vor, beispielsweise die Aufklärungspflicht über eine eingeschränkte Handelbarkeit von Anteilen an einer Immobilien-KG, die BGH-Entscheidung zu Rückvergütungen oder zu

den Nachschusspflichten von Gesellschaftern bei Personengesellschaften.

KURZ UND BÜNDIG

Anrechnung von Steuervorteilen bei Rückabwicklung des mit einem Fondsbeitritt verbundenen Darlehens

Allmendinger bespricht in Heft 1/2008 der Entscheidungssammlung **EWiR** die BGH-Entscheidung vom 24.04.2007 (XI ZR 17/06, vgl. hierzu auf unseren Newsletter 06/2007). Der BGH hatte Gelegenheit, sich mit der in der Praxis fast regelmäßig zu stellenden Frage zu befassen, ob und wenn ja wie die im Zusammenhang mit dem Erwerb von **Immobilienfondsanteilen** beim Anleger entstandenen **Steuervorteile** bei der **Rückabwicklung** zu berücksichtigen sind. Der BGH ist der Auffassung, dass es im Ergebnis nicht der Billigkeit entsprechen könne, dass der Anleger nach Rückabwicklung des Geschäfts im Ergebnis besser stünde als ohne. Deshalb seien die Steuervorteile in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens der **Vorteilsausgleichung** anzurechnen. Allmendinger stellt fest, dass die Entscheidung keineswegs widerspruchsfrei ist. Einerseits entspricht es der Billigkeit, dass sich ein Anleger durch Rückabwicklung keine Vorteile verschafft, die er ohne die gezeichnete Beteiligung nicht gehabt hätte. Andererseits stellt sich die Frage, warum die Bank davon profitieren soll, wenn sie wegen Anrechnung von **Steuervorteilen** weniger zurückzugewähren hat, als sie vom

Verbraucher empfangen hat. Allmendinger plädiert dafür, dass im Ergebnis die Steuervorteile dort zu transferieren seien, wo sie fehlen, nämlich beim Staat. Diese Gerechtigkeitslücke könne nicht mit Mitteln des Zivilrechts, sondern mit Mitteln des Steuerrechts geschlossen werden.

* * *

Keine Weiterung der Bürgenhaftung durch Verzicht des Hauptschuldners auf Verjährungseinrede

Tiedtke bespricht in Heft 1/2008 der Zeitschrift **EWiR** die BGH-Entscheidung vom 18.09.2007 (XI ZR 447/06). Eine Bank hatte einem Gesamtvollstreckungsverwalter einen Kredit gewährt. Das Land Thüringen hatte in Höhe von 80 % der Kreditsumme eine Ausfallbürgschaft übernommen. Der Gesamtvollstreckungsverwalter hatte gegenüber der Bank erklärt, er verzichte auf die **Einrede der Verjährung**, sofern diese noch nicht eingetreten sei. Im Rechtsstreit hatte das beklagte Land Thüringen u.a. die Einrede der Verjährung erhoben. Der BGH entschied, dass sich der Bürge auch dann nach § 768 Abs. 1 BGB auf die Verjährung der Hauptschuld berufen kann, wenn der Hauptschuldner vor Eintritt der Verjährung die Hauptschuld **anerkennt**. Nach Sinn und Zweck des **Verbots der Fremddisposition** sei es dem Bürgen gegenüber unwirksam, wenn der Hauptschuldner durch sein Handeln eine neue oder längere Verjährungsfrist eröffne oder er die Hauptschuld anerkennt. Die Entscheidung führt für die Praxis dazu, dass der Gläubiger regelmäßig gezwungen sein wird, seine

Forderung gegen den Hauptschuldner gerichtlich geltend zu machen. Die Hemmung der Verjährung, die dann eintritt (vgl. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), muss der Bürge hinnehmen.

* * *

Pflicht der einen Fondsbeitritt finanzierenden Bank zur Aufklärung über ihr bekannte arglistige Täuschung der Prospektverantwortlichen hinsichtlich versteckter Provisionen

Rösler bespricht in Heft 1/2008 der Zeitschrift **EWiR** das BGH-Urteil vom 10.07.2007 (XI ZR 243/05). Der BGH hatte geurteilt, dass eine **Bank**, die einen **Fondserwerb finanziert**, unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines **Wissensvorsprungs** von sich aus zur Aufklärung über eine nicht im Prospekt ausgewiesene Provision verpflichtet ist, wenn die versteckte Provision mit ursächlich dafür ist, dass der Erwerbspreis knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Fondsanteile. Dann müsse die Bank von einer **sittenwidrigen Übervorteilung** des Käufers durch den Verkäufer ausgehen. Eine Aufklärungspflicht besteht unabhängig davon aber dann, wenn die Bank positive Kenntnis davon hat, dass der Anleger von den Prospektverantwortlichen über die Werthaltigkeit des Fondsanteils arglistig getäuscht wird, indem aus seiner Einlage über die im Prospekt ausgewiesenen Vertriebskosten hinaus weitere Provisionen gezahlt werden. Ist dem Vertrieb bekannt, dass die ausgewiesene **Innenprovision** im Prospekt nicht korrekt ist, wird der Bank, die in die Finanzierung von Fondsbeteiligungen

involviert ist, schnell vorgeworfen werden können, dass auch sie Kenntnis von den überhöhten Innenprovisionen hatte.

* * *

BGB-Gesellschaft: Bestimmbarkeit weiterer Beitragslasten bei „gespaltener Beitragspflicht“

Goette, selbst vorsitzender Richter am BGH, bespricht in Heft 3/2008 der Zeitschrift **DStR** das BGH-Urteil vom 05.11.2007 (II ZR 230/06, vgl. unseren Newsletter 11/07). Der BGH hat seine Rechtsprechung wiederholt, dass bei **gespaltener Beitragspflicht** das mitgliedschaftliche Grundrecht jedes Gesellschafters dadurch zu wahren ist, dass über die eigentliche Beitragsschuld hinausgehende Beitragspflichten von vornherein zumindest in objektiv bestimmbarer Weise ausgestaltet sein müssen. Dies muss nicht zwingend im Gesellschaftsvertrag geregelt sein, sondern kann sich auch aus anderen Unterlagen, beispielsweise der Beitrittserklärung ergeben. Goette weist darauf hin, dass § 707 BGB - anders als die Urteilsbegründung vielleicht zum Ausdruck bringt - **keine dispositive Bestimmung** ist. Vielmehr ist die konkret erteilte Zustimmung eines Gesellschafters zu Nachschüssen erforderlich. Diese kann auch antizipiert erteilt werden. Ansonsten hat es der Gesellschafter in der Hand, ad hoc einer **nachträglichen Beitragserhöhung** zuzustimmen.

* * *

Nachschusspflicht für Kapitalanleger - Wechsel in der BGH-Rechtsprechung bei Beteiligungen in der Rechtsform der GbR und oHG

Auch **Gallandi** setzt sich in einem kmi-Spezial (Beilage zu Heft 03/08) sehr kritisch mit dem BGH-Urteil vom 05.11.2007, II ZR 230/06, vgl. unseren Newsletter 11/07) auseinander. Es geht um die Anforderungen an die **Bestimmtheit** bzw. **Bestimmbarkeit einer Obergrenze**. Der BGH schieße über das Ziel hinaus und verkenne, dass es nicht um eine quotale Haftung für die Höhe des Ursprungsdarlehens ginge, sprich die Tilgung, sondern um die quotale Haftung an der Annuität und ggf. auch Schadenersatzansprüchen. Eine solche Obergrenze oder ein solcher Hinweis sei im vom BGH entschiedenen Fall jedoch nicht gebildet worden/enthalten.

* * *

Mehr Informationen für Versicherte: Der Ratgeber zum neuen Versicherungsvertragsrecht

Das Bundesministerium der Justiz hat eine neue Broschüre zum **neuen Versicherungsvertragsrecht** herausgegeben. Sie gibt Auskunft darüber, welche Rechte Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer gegenüber den Versicherern zustehen und welche Pflichten sie zu beachten haben. Die Broschüre kann kostenlos unter www.bmj.de/das-vvg heruntergeladen oder bei der Pressestelle des BMJ bestellt werden.

* * *

Haushaltsnahe Dienstleistung und kein Ende

Das BMF hat ein neues Anwendungsschreiben zu § 35a EStG veröffentlicht (Schreiben vom 26.10.2007, Geschäftszeichen: IVC4-S2296-b/07/0003).

Dadurch sollen neue Grundlagen für die Bewertung **haushaltsnaher Dienstleistungen** durch die Finanzverwaltung geschaffen werden. **Löhlein** setzt sich in Heft 12/2007-1/2008 des Immobilienmagazins **AIZ** kritisch mit den Lösungsansätzen auseinander. Er ist der Ansicht, dass das Schreiben für die Lösung der praktischen Probleme mit dem Nachweis und der Darstellung der abzugsfähigen Kosten nicht zu gebrauchen ist. So schaffe das Schreiben zum Thema „Winterdienst“ mit der Neueinordnung unnötigen Streit. Nach Ansicht des BMF ist nur der Anteil der Reinigungsleistung abzugsfähig, der auf privatem Gelände erfolgt. Die Reinigung öffentlichen Geländes sei auch dann nicht begünstigt, wenn eine konkrete Verpflichtung besteht. Auch technische Prüfdienste seien keine Dienstleistung, sondern Gutachtertätigkeit und daher sei auch die **Hausverwaltungsleistung nicht abzugsfähig**. Immobilienverwalter werden Prüfsachverständigenleistungen und Sachverständigenleistungen gleichgestellt. Kritik äußert Löhlein ferner an dem Muster für eine Bescheinigung, wie sie dem BMF-Schreiben beigelegt ist. Damit gebe ein Verwalter oder Vermieter nicht nur eine Wissenserklärung über die Höhe, Art und Zuordnung der entstandenen Kosten ab, sondern würde zudem über die steuerliche

Abzugsfähigkeit der Kosten entscheiden und damit Haftungsrisiken auslösen. Vermieter und Verwalter sollten daher lediglich eine aufgegliederte Darstellung der Kosten vornehmen.

* * *

Transaktionsstrukturen bei Erwerb und Veräußerung von Seniorenimmobilien

Theusinger und **Thomas** beschäftigen sich in Heft 1/2008 der **Zeitschrift für Immobilienrecht** (ZfIR) mit den grundsätzlichen Transaktionsstrukturen bei der Veräußerung oder dem Erwerb eines Heimes und der zu dessen Betrieb erforderlichen **Seniorenimmobilie**. Wesentliche Erfolgsfaktoren sehen die Autoren in der Sicherstellung einer hohen Pflegequalität und der klaren Kommunikation mit den Beteiligten. Behandelt werden Transaktionen im Wege des **Share-Deals** und des **Asset-Deals**. Ferner gehen die Autoren den rechtlichen und wirtschaftlichen Fragestellungen nach, wenn nur die Immobilie alleiniger Gegenstand der Transaktion ist oder nur die Betreibergesellschaft oder beides. Des Weiteren behandelt der Beitrag Sonderthemen wie Mietergemeinschaften, Garantien und Wettbewerbsverbote.

* * *

Die Entwicklung des Steuerrechts

Plewka und **Klümpen-Neusel** stellen in Heft 50/2007 der Zeitschrift **NJW** eine Auswahl der im dritten Quartal 2007 veröffentlichten Entscheidungen der **Finanzgerichtsbarkeit** sowie wichtige **Erlasse der Finanzverwaltung** vor. Behandelt werden Fragen der Bewertung von Einlagen, die Frage des Betriebsausgabenabzugs bei Diebstahl eines betrieblichen PKW, die Zurechnung einer **verdeckten Gewinnausschüttung**, die steuerbare Vermögensübertragung und anderes mehr.

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 erhalten Sie hier im [Impressum](#)

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