



Der Markt für Kapitalanlagen - Verkehrte Welt(en)

Newsletter 03-04/2012

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

das Analyse- und Ratinghaus Scope berichtete vor kurzem, dass die geplante Laufzeit geschlossener Immobilienfonds mit Deutschland-Immobilien in den vergangenen fünf Jahren signifikant gesunken sei. Niemand wolle sich heutzutage mehr langfristig binden. Geschlossene Fonds seien „auf dem Weg zum Kurzläufer“. Kurze Zeit vorher wurde in den Medien vom endgültigen Aus und der Auflösung des KanAm-GrundinvestFonds informiert. Diesem offenen Immobilienfonds war es in der Zeit seiner vorübergehenden Schließung nicht gelungen, seine Liquiditätsquote so zu erhöhen, dass die nach Wiedereröffnung zu erwartenden Anlegerrückflüsse hätten bewerkstelligt werden können.

Geschlossene Fonds als Kurzläufer und offene Fonds, die geschlossen sind ... Man könnte meinen, man befände sich in „verkehrten Welten“. Die Schließung von gleich mehreren offenen Immobilienfonds macht allerdings deutlich, dass Immobilien, gleich ob als Beteiligung oder Einzelinvestment, eher etwas für den mittel- bis langfristigen Vermögensaufbau sind. Daran ändert der Wunsch von Anlegern nach kürzeren Laufzeiten nichts. Kündigungsregelungen in Gesellschaftsverträgen geschlossener Fonds sollten regelmäßig mit dem dick zu unterstreichenden Vorbehalt versehen werden, dass zum geplanten Zeitpunkt des Verkaufs der Assets möglichst günstige Veräußerungsbedingungen bestehen oder dass einkalkulierte Liquiditätsreserven meist nur dann auskömmlich erscheinen, wenn nur ein Bruchteil von Anlegern ihre Beteiligung kündigen, bevor eine Liquidation der Gesellschaft beschlossen wird. Ausnahmen bestätigen die Regel. Auch für den Vertrieb ist es viel angenehmer, mit positiven Meldungen zu seinen Kunden zu kommen als mit der Botschaft, dass sich die ursprüngliche Erwartung leider nicht realisieren ließ.

Damit nun der Vertrieb diesen Anforderungen künftig noch besser gerecht werden kann, brüten das zuständige Ministerium BMF und verschiedene Bundsratsausschüsse noch heftig über der neuen Finanzanlagenvermittlungsverordnung. Der Entwurf liegt seit 16.02.2012 vor und wird innerhalb der verschiedenen Ausschüsse diskutiert.

Was dagegen in deutschen Gerichtssälen erneut alles passiert ist und mit welchen Fragen zum Kapitalanlage- und Immobilienrecht sich das Schrifttum befasst, können Sie schon heute in der aktuellen Ausgabe unseres Newsletters lesen. Und noch mehr können Sie im persönlichen Kontakt mit uns erfragen. Sie wissen ja: Wir sind gerne für Sie da!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Unsere Themen in der Übersicht

Rechtsprechungsspiegel

- Ausnahme von der Prospektpflicht: Formale oder wirtschaftliche Betrachtungsweise?
- Zum Pflichtenkreis des Anlageberaters
- Anspruch auf entgangene Anlagezinsen ist eigenständige Schadensposition
- Kein Auskunftsanspruch bei zu verneinender Interessenkollision
- Zur Verlustausgleichspflicht einer Publikums-GbR nach Auflösung der Gesellschaft
- Abtretung einer Grundschuld: Zu den Voraussetzungen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer Notarurkunde an den Zessionar
- Anforderungen an die Darlegung des Mangels einer Mietwohnung dürfen nicht überzogen werden
- Zur Frage der Zulässigkeit einer Versorgungssperre nach gekündigtem Wohnraummietverhältnis
- WEG: Abrechnung der Heizkosten nach Verbrauch
- Zur Frage der Verantwortlichkeit einer Vertriebsorganisation für ein strafbares Verhalten ihres Handelsvertreters
- Zum Recht auf fristlose Kündigung eines Handelsvertretervertrages bei Verstoß gegen ein vertragliches Wettbewerbsverbot
- Zur Steuerpflicht von Zinsen aus Lebensversicherungen, die zur Absicherung von Immobiliendarlehen eingesetzt werden

Gesetzgebungsspiegel

- Bundesregierung beschließt neue Eigenkapitalregeln für Versicherungen
- Noch immer keine endgültige Klarheit: BMF und Bundsratsausschüsse diskutieren über Finanzanlagenvermittlungsverordnung

Kurz und bündig

- Verschuldensunabhängige Haftung bei fehlendem Prospekt trotz Abstimmung mit der BaFin?
- Grundstücks-GbR und Grunderwerbsteuer
- Die Abrechnung der Mietsicherheit
- Neue Gestaltungsspielräume bei Öffnungsklauseln in der Gemeinschaftsordnung
- Entwicklungstendenzen im Grundstücksrecht
- Zur kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen geschädigter Kapitalanleger mittels BGB-Gesellschaften
- Steueroptimierende Gestaltungen rund um die Immobilie
- Verfassungsmäßigkeit der BGH-Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der beratenden Bank über Rückvergütungen
- Die Entwicklung des Grundbuch- und Grundstücksrechts
- Aktuelle Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs
- Streitfrage: Sind theoretische Risiken aufklärungsbedürftig?
- Darlegungs- und Substantiierungslast im Mietnebenkostenprozess
- Haftung wegen unterbliebener ad-hoc-Mitteilung über Subprime-Anteil des Investments einer Bank
- Zur Prozessführungsbefugnis einer GbR aus sanierungswilligen Kommanditisten für Klage gegen sanierungsunwillige Kommanditisten

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Ausnahme von der Prospektpflicht: Formale oder wirtschaftliche Betrachtungsweise? (OLG München, Urt. v. 02.11.2011, 20 U 2289/11; gegen die Entscheidung wurde Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH eingelegt, dortiges Aktenzeichen: II ZR 268/11)

Sachverhalt

Eine Anlegerin beteiligte sich im April 2006 als Kommanditistin einer GmbH & Co. KG. An dieser beteiligten sich nicht mehr als 20 Anleger. Daneben gab es einen zweiten und einen dritten Fonds desselben Emittenten mit ebenfalls weniger als 20 Anlegern. Unternehmensgegenstand aller drei Fondsgesellschaften war die Beteiligung an einer Holdinggesellschaft. Diese beteiligte sich an der Zielgesellschaft. Die Fonds unterschieden sich in ihrem Anlageverhalten und ihrem Investment nicht voneinander. Die Zielgesellschaft wurde im Jahr 2008 insolvent. Die Kommanditistin nahm die Initiatorin, die auch Komplementärin war, sowie deren Geschäftsführer und Gründungskommanditist auf Rückzahlung der Einlage Zug um Zug gegen Rückübertragung des Fondsanteils in Anspruch.

Entscheidung

Das OLG München bejahte eine Haftung der Beklagten wegen fehlenden Prospektes. Das Gericht vertrat die Ansicht, die Haftungsadressaten könnten sich nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 2 Nr. 3 1. Alt. VerkProspG berufen. Nach dieser Bagatellgrenze bedarf es keines Prospektes, wenn nicht mehr als 20 Anteile von derselben Vermögensanlage öffentlich angeboten werden. Die Vorschrift stelle auf dieselbe Vermögensanlage ab. Hier sei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten, nicht eine rein formelle Betrachtungsweise. Für dasselbe Anlageobjekt könnten nicht mehrere Fondsgesellschaften aufgelegt werden, die jeweils nicht mehr als 20 Anteile begeben. Ansonsten würde der Schutzzweck der Prospektveröffentlichungspflicht umgangen werden. Das OLG München erachtete als unerheblich, dass sich die Fonds in unterschiedlichem Umfang an der Zielgesellschaft beteiligt hatten. Selbst eine - mündliche - Mitteilung der BaFin, dass keine Prospektpflicht bestünde, da auf die jeweilige Fondsgesellschaft und nicht das jeweilige Anlageobjekt abzustellen sei, konnte die Haftungsadressaten nicht entlasten. Obgleich ein Prospekt vorlag, bejahte das OLG München eine Haftung wegen fehlenden Prospektes, da der Prospekt nicht gestattet war. Daneben bejahte das Gericht auch eine vorvertragliche Haftung wegen falscher Prospektaussagen unter Verweis auf die Grundsätze der allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung.

Fazit

Das OLG München setzt mit dieser Entscheidung einen - vorläufigen - Schlussstrich unter die in der Literatur kontrovers diskutierten Ansichten, ob im Hinblick auf die Bagatellgrenze eine formale oder wirtschaftliche Betrachtungsweise möglich ist. Der Ausnahmetatbestand in § 8f Abs. 2 Nr. 3 VerkProspG (künftig: § 2 Nr. 3 lit. a) VermAnlG) ist wirtschaftlich auszulegen, nicht formal. Damit

scheidet die Möglichkeit aus, die Prospektspflicht dadurch zu umgehen, indem mehrere Kleinfonds mit identischem Investitionsvorhaben und unterschiedlicher Anlegerstruktur emittiert werden.

§ § §

Zum Pflichtenkreis des Anlageberaters (BGH, Urt. v. 01.12.2011, III ZR 56/11)

Sachverhalt

Zwei Anleger nehmen ihren Anlageberater auf Schadenersatz in Anspruch, nachdem sie auf dessen Empfehlung hin zwei Beteiligungen als atypisch stille Gesellschafter einer Aktiengesellschaft übernommen hatten. Sie warfen dem Anlageberater vor, keine genügende Plausibilitätsprüfung vorgenommen zu haben, die Risiken der Anlage verschwiegen oder verharmlost zu haben und eine Information über eine Gesetzesänderung (es ging um die 6. KWG-Novelle) sowie die damit für die atypisch stillen Beteiligungen verbundenen Risiken unterlassen zu haben.

Entscheidung

Zunächst nimmt der BGH einmal mehr zum unterschiedlichen Pflichtenkreis eines Anlageberaters im Vergleich zum Anlagevermittler Stellung. Ein Anlagevermittler schuldet dem Interessenten eine richtige und vollständige Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für dessen Anlageentschluss von besonderer Bedeutung sind. Ein Anlagevermittler muss das Anlagekonzept wenigstens auf Plausibilität, insbesondere wirtschaftliche Tragfähigkeit hin überprüfen. Vertriebt ein Vermittler die Anlage anhand eines Prospektes, muss er, um seiner Auskunftspflicht nachzukommen, im Rahmen der geschuldeten Plausibilitätsprüfung den Prospekt jedenfalls darauf überprüfen, ob er ein in sich schlüssiges Gesamtbild über das Beteiligungsobjekt gibt und die darin enthaltenen Informationen sachlich vollständig und richtig sind. Der dabei entstehende Aufwand darf einen Vermittler allerdings nicht übergebühr belasten. Er muss ihm zumutbar sein.

Der Anlageberater muss eine Anlage, die er empfehlen will, mit üblichem kritischem Sachverstand prüfen oder den Anlageinteressenten auf ein diesbezügliches Unterlassen hinweisen. Ein Berater, der sich in Bezug auf die von ihm angebotene Beteiligungsmöglichkeit als kompetent geriert, hat sich auch aktuelle Informationen über das Objekt, welches er empfehlen will, zu verschaffen. Dazu gehört die Auswertung vorhandener Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse.

Nach diesem Vorspann führte das Gericht aus, dass der in Anspruch genommene Berater bei Empfehlung der streitgegenständlichen Beteiligungen diesen Pflichtenkreis nicht verletzt hat. Jedenfalls konnten die Anleger keine Pflichtverletzungen substantiiert beweisen. Durch die 6. KWG-Novelle habe zwar die Gefahr bestanden, dass die Aufsichtsbehörde eine rätierliche Auszahlung eines späteren Auseinandersetzungsguthabens der Anleger als ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft ansehen könnte. Ein Emittent ist deshalb gehalten, die Anlageinteressenten darauf hinzuweisen, dass aufgrund einer Gesetzesänderung rechtliche Bedenken gegen die rätierliche Auszahlung eines

Auseinandersetzungsguthabens bestehen könnten. Eine entsprechende Aufklärungs- und Haftungspflicht eines Anlageberaters ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht ohne weiteres gegeben. Für den Anlageberater gelten zwar hohe Maßstäbe, allerdings nicht dieselben wie für die Anlagegesellschaft. Zu aufklärungspflichtigen Umständen eines Anlageberaters können auch Gesetzesänderungen gehören, sofern sie für die empfohlene Kapitalanlage erhebliche Auswirkungen haben können. Ein Anlageberater muss allerdings - anders als die Anlagegesellschaft - nicht ohne besondere Anhaltspunkte Rechtsfragen, die schwierig zu bewerten und ungeklärt sind und die sich infolge einer Gesetzesänderung ergeben können, nachgehen. Die Anleger konnten nicht nachweisen, dass ihr Berater über die mögliche Problematik der Gesetzesänderung schon aus der Wirtschaftspresse erfahren hätte oder jedenfalls hätte erfahren müssen. Da der Anlageberater im konkreten Fall zu entsprechenden Nachforschungen nicht verpflichtet war, konnten die Anleger auch nicht erwarten, dass der Anlageberater sie über die nicht erfolgte Überprüfung hätte informieren müssen.

Fazit

Der Pflichtenkreis eines Anlageberaters ist weitreichend und die Anforderungen werden immer weiter in die Höhe geschraubt. Der BGH stellt allerdings klar, dass ein Berater nicht gehalten ist, schwierige Rechtsfragen durch Einholung eines Rechtsgutachtens abzuklären. Dies würde den Bogen überspannen.

§ § §

Anspruch auf entgangene Anlagezinsen ist eigenständige Schadensposition (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 10.06.2011, 1 W 32/11)

Sachverhalt

Ein Anleger begehrte Schadenersatz in Gestalt der Rückabwicklung einer Reihe von Wertpapiertransaktionen wegen fehlerhafter Anlageberatung. Zusätzlich machte er einen Betrag von knapp 20.000,00 € als entgangenen Gewinn geltend. Der Schadenersatzanspruch wurde - rechtskräftig - abgewiesen. Bei der Streitwertfestsetzung berücksichtigte das erstinstanzliche Gericht den geltend gemachten Anspruch auf entgangenen Gewinn nicht als streitwerterhöhend. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beklagten, der der Ansicht ist, der Betrag der entgangenen Anlagezinsen müsse dem Streitwert hinzugerechnet werden.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt gab der Beschwerde des Beklagten statt und setzte den Streitwert höher fest. Ist auf dem Kapitalmarkt ein Anlageinteressent durch unrichtige Prospekte oder Verletzung von Anlageberatungs- oder Aufklärungspflichten bewogen worden, eine bestimmte Kapitalanlage zu tätigen, kann er - als eine denkbare Möglichkeit des Schadensausgleichs - verlangen, so gestellt zu

werden, wie er stehen würde, wenn er die Anlage nicht getätigt hätte. In diesem Fall sind dem Geschädigten seine Einlage und die Vorteile zu ersetzen, die er durch eine anderweitige Anlage hätte erzielen können. Die Forderung auf Rückzahlung des Anlagekapitals und die Forderung auf Ausgleich des anderweitig entgangenen Anlagezinses sind gleichwertige Berechnungsposten des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs.

Fazit

Der erste Zivilsenat des OLG Frankfurt sieht den geltend gemachten Anspruch auf entgangenen Gewinn streitwerterhöhend an. Diese Frage ist - auch innerhalb des OLG Frankfurt am Main - umstritten. Der 19. Zivilsenat des OLG Frankfurt am Main sieht den Zinsanspruch beispielsweise als unselbstständige Nebenforderung an. Dies lässt sich ebenfalls ohne weiteres rechtfertigen, denn der Zinsschaden steht in Abhängigkeit zum Bejahen oder Verneinen eines Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung von Beratungs- oder Aufklärungspflichten.

§ § §

Kein Auskunftsanspruch bei zu verneinender Interessenkollision (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 29.02.2012, 19 U 188/11)

Sachverhalt

Ein Anleger wickelte über seine Bank im Zeitraum von rund fünf Jahren 23 Wertpapiergeschäfte ab. Das Volumen betrug mehr als 600.000,00 €. Er begehrt nunmehr für jede einzelne Transaktion Auskunft über die von der Bank erhaltenen Provisionen (Zuführungs-, Bestands- und sonstige Provisionen, insbesondere sog. Rückvergütungen).

Entscheidung

Das Gericht wies die Klage ab. Zwar läge den Wertpapiertransaktionen jeweils ein Beratungsvertrag zugrunde. Dabei handele es sich um einen unentgeltlichen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter im Sinne der §§ 611, 675, 662 BGB. Allerdings richteten sich Inhalt und Umfang der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nach Treu und Glaube, der Verkehrssitte und den Umständen des Einzelfalls, sofern besondere Vereinbarungen fehlen. Inhalt und Grenzen der Informationspflicht beziehen sich dabei stets auf das konkrete Rechtsverhältnis. Auch der Auskunftsanspruch nach § 666 BGB ist kein Selbstzweck. Er orientiert sich u.a. am Maßstab der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit. In Fällen, in denen die Gefahr einer Interessenkollision und damit das Bestehen einer Aufklärungspflicht über erhaltene Zuwendungen zu verneinen ist, fehlt es auch an einem konkreten Auskunftsinteresse. Bei „Verkaufsfällen“ ohne kommissionsrechtlichen Bezug fehlt es an der Verpflichtung, über das eigene Gewinninteresse aufzuklären, weil dieses offenkundig ist. Es ist Sache des Anlegers, konkrete Anhaltspunkte dafür vorzutragen, dass es sich bei Erwerbsvorgängen um andere Rechtsverhältnisse als Kaufverträge im Sinne von Eigengeschäften handelt.

Mangels Aufklärungspflichtverletzung hatte sich die Bank im konkreten Fall nicht pflichtwidrig verhalten. Ein Anspruch aus § 667 BGB wurde deshalb verneint.

Fazit

Durch Urteil vom 25.06.2002 (XI ZR 239/01) hatte der BGH noch eine Vermutung dafür aufgestellt, dass es sich bei einem Wertpapiergeschäft im Regelfall um ein Kommissionsgeschäft handele. Ob der BGH heute noch an dieser Auffassung festhält, ist fraglich und wurde auch vom OLG Frankfurt in Zweifel gezogen, denn mit den Lehman-Entscheidungen vom 27.09.2011 hat der BGH eine Offenlegungspflicht einer Bank hinsichtlich erhaltener Zuwendungen oder Gewinne grundsätzlich verneint. Dabei ging er - ohne dies näher darzulegen - von Wertpapiertransaktionen in Form von Kaufgeschäften aus. Jedenfalls ein sehr erfahrener Anleger, der seine Bank nicht bezahlt, müsste davon ausgehen, dass eine Bank bei der Besorgung von Wertpapieren Provisionen vereinnahmt oder eine Gewinnmarge einkalkuliert hat. Mit der Auftragserteilung soll - jedenfalls der erfahrene Anleger - konkludent seine Einwilligung erteilen, dass eine die Order ausführende Bank auch bei einem Kommissionsgeschäft eine Provision einkalkulieren und behalten darf. Letzteres erscheint zweifelhaft, denn es geht nicht nur um das „Ob“ einer Provision, sondern auch deren Höhe. Die Ausführungen des OLG Frankfurt überzeugen deshalb nur im Hinblick auf Wertpapiergeschäfte im Sinne von Eigengeschäften („Verkaufsfälle“).

§ § §

Zur Verlustausgleichspflicht einer Publikums-GbR nach Auflösung der Gesellschaft (BGH, Urt. v. 15.11.2011, II ZR 272/09)

Sachverhalt

Ein Anleger trat im Jahr 1994 einem geschlossenen Immobilienfonds bei, der in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft gegründet wurde. Zweck des Fonds war es, eine Wohnanlage zu errichten und zu bewirtschaften. Der Gesellschaftsvertrag enthielt eine quotale Haftungsbeschränkung (Haftung der Höhe nach unbegrenzt, aber nur bezogen auf die Beteiligungsquote). Beschlussfassungen über die Änderung des Gesellschaftsvertrages oder die Auflösung der Gesellschaft bedurften einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit.

Die Gesellschafterversammlung des Fonds fasste im Jahr 2007 mit der erforderlichen Mehrheit den Beschluss, die gesellschaftseigene Immobilie zu veräußern und die Gesellschaft zu liquidieren. Ein Steuerberater und Wirtschaftsprüfer erstellte eine Liquidationseröffnungsbilanz. Die Gesellschafter beschlossen mit einfacher Mehrheit, die Liquidationseröffnungsbilanz als Schlussbilanz anzuerkennen. Der Liquidator wurde angewiesen, zum Ausgleich von Unterdeckungen erforderliche Nachschüsse bei den Gesellschaftern einzufordern.

Entscheidung

Der BGH bestätigte die Rechtmäßigkeit der auf § 735 BGB gestützten Nachschussforderung. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Verlustausgleichs ergebe sich kraft Gesetzes. Die quotale Beschränkung der Gesellschafterhaftung im Gesellschaftsvertrag betreffe das Außenverhältnis. Die Verlustausgleichshaftung betreffe hingegen die Haftung im Innenverhältnis. Bei der Innen- und Außenhaftung handele es sich um unterschiedliche Haftungsebenen. Diese sind in ihren Voraussetzungen und Folgen nicht vergleichbar. Etwas anderes ist nur dann anzunehmen, wenn die Haftung im Innen- und Außenverhältnis aufgrund einer eindeutigen Vereinbarung ausnahmsweise deckungsgleich ist. Der Beschluss, die Liquidationseröffnungsbilanz als Schlussbilanz anzuerkennen, war ebenfalls nicht unwirksam. Grundsätzlich gilt im Recht der BGB-Gesellschaft das Einstimmigkeitserfordernis. Dieses kann durch das Mehrheitsprinzip ersetzt werden. Verlangt der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft bürgerlichen Rechts für die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz als Grundlage der Verlustausgleichspflicht nach Auflösung der Gesellschaft keine qualifizierte Mehrheit, ist ein mit einfacher Mehrheit gefasster Beschluss von einer gesellschaftsvertraglichen Klausel gedeckt, nach der Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit zu fassen sind.

Fazit

Die im Stadium der Abwicklung einer BGB-Gesellschaft erstellte Auseinandersetzungsbilanz dient dazu, durch eine Gegenüberstellung des Aktivvermögens mit den Verbindlichkeiten der Gesellschaft festzustellen, ob und in welcher Höhe ein Überschuss verteilt werden kann oder von den Gesellschaftern Nachschüsse benötigt werden. Bei Verlustausgleichsansprüchen im Innenverhältnis handelt es sich um Forderungen der Gesellschaft, die das zur Begleichung der Verbindlichkeiten und Erstattung der Einlagen unzureichende Aktivvermögen ergänzen. Drinnen (in einer BGB-Gesellschaft) ist man in aller Regel schnell. Das Wiederherauskommen ist häufig mühseliger und kann manchmal auch eine größere finanzielle Belastung darstellen.

(Anmerkung: Um denselben Themenkomplex ging es auch im BGH-Urteil II ZR 266/09, ebenfalls vom 15.11.2011)

§ § §

Abtretung einer Grundschuld: Zu den Voraussetzungen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer Notarurkunde an den Zessionar (BGH, Beschl. v. 29.06.2011, VII ZB 89/10)

Sachverhalt

Zwei Käufer erwarben ein Grundstück und nahmen zur Begleichung des Kaufpreises ein Darlehen auf. Zugunsten der finanzierenden Bank wurde eine Briefgrundschuld im Grundbuch eingetragen. Zugleich unterwarfen sich die Käufer wegen aller Ansprüche der Darlehensgeberin der sofortigen

Zwangsvollstreckung in das Grundstück und ihr persönliches Vermögen. Die Darlehensgeberin trat einen erstrangigen Teilbetrag der Briefgrundschuld an eine Zessionarin ab. Diese beantragte beim zuständigen Notar eine Teilausfertigung der notariellen Urkunde zu ihren Gunsten zu fertigen, die Vollstreckungsklausel auf sie als Rechtsnachfolgerin umzuschreiben und ihr zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in dinglicher und persönlicher Hinsicht gegen die Käufer zu erteilen. Der Notar hat den Antrag abgelehnt.

Entscheidung

Der VII. Zivilsenat des BGH gab der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel sowohl in dinglicher als auch in persönlicher Hinsicht statt. Der Eintritt des Zessionars in die ursprüngliche Sicherungsvereinbarung und der entsprechende formgerechte Nachweis dieses Eintritts gegenüber dem Notar seien nicht erforderlich, um die Titelumschreibung nach § 727 Abs. 1 ZPO zu erreichen. Der Notar müsse dem Neu-Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung der Erklärung des Schuldners über die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch dann erteilen, wenn der Neu-Gläubiger den Beitritt zu der zwischen dem Alt-Gläubiger und dem Schuldner geschlossenen Sicherungsvereinbarung nicht nachweisen kann. Einzige Voraussetzung für die Umschreibung des Vollstreckungstitels sei der Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, dass die Grundschuld an den Neu-Gläubiger abgetreten wurde und Einwendungen, die im Klauselerteilungsverfahren relevant wären, nicht bestehen. Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Neu-Gläubiger sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann ein Schuldner nur mit der Klage nach § 768 ZPO geltend machen.

Fazit

Mit dieser Entscheidung weicht der VII. Zivilsenat des BGH von der Rechtsprechung des XI. Zivilsenates ab. Dieser hatte entschieden, dass die Zwangsvollstreckung durch den Erwerber einer Grundschuld nur dann zulässig sei, wenn er zuvor der ursprünglichen zwischen Zedent und Sicherungsgeber geschlossenen Sicherungsvereinbarung beigetreten sei. Dieser Eintritt in eine Sicherungsvereinbarung müsse in öffentlicher Form nachgewiesen werden. Mit dem Beschluss vom 29.06.2011 gilt wieder die alte Rechtslage, wonach im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens gem. § 727 Abs. 1 ZPO nicht zu prüfen ist, dass der Zessionar in die zwischen Sicherungsnehmer und Zedenten geschlossene Sicherungsvereinbarung eingetreten ist. Genügend ist, wenn der Zessionar die Abtretung ordnungsgemäß nachweist und die Unterwerfungserklärung des Schuldners in der Grundschuldbestellungsurkunde ihrem Wortlaut nach keinen Anhaltspunkt dafür bietet, dass die Unterwerfungserklärung von einer fortbestehenden treuhänderischen Bindung der Grundschuld abhängig sein soll.

Anforderungen an die Darlegung des Mangels einer Mietwohnung dürfen nicht überzogen werden (BGH, Urt. v. 29.02.2012, VIII ZR 155/11)

Sachverhalt

Der Eigentümer eines Mehrfamilienhauses vermietete einzelne Wohnungen im Haus auf unbestimmte Zeit an verschiedene Mieter. Einen Teil der Wohnungen vermietete der Eigentümer als Ferienwohnungen an Touristen. Mieter einer Wohnung, die auf unbestimmte Dauer angemietet war, minderten die Miete um 20 %, da es durch die Vermietung an Touristen zu erheblichen Belästigungen durch Lärm und Schmutz komme. Der Vermieter kündigte das Mietverhältnis wegen Mietrückstandes. Die Mieter zahlten die Miete unter Vorbehalt. Der Vermieter nahm die Mieter auf Räumung in Anspruch. Diese wiederum verlangten die Rückzahlung des unter Vorbehalt bezahlten Betrages. Außerdem verlangten sie die Feststellung, dass sie zur Mietminderung berechtigt seien.

Entscheidung

Nach § 536 BGB kann die Miete bei Sach- oder Rechtsmängeln gemindert werden, wenn ein Mangel vorhanden ist, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder einschränkt. Eine bloß unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht. Der BGH führte aus, dass eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs nicht allein darin begründet ist, dass der Vermieter Wohnungen an Feriengäste und Touristen vermietet. Die Mieter hatten allerdings eine Beschreibung vorgelegt, in der sie die Art der Beeinträchtigungen, die Tageszeiten, Zeitdauer und Frequenz aufgelistet hatten. Sie beschwerten sich über Partygeräusche, Musik, Lärm durch Putzkolonnen auf dem Flur und Schmutz im Treppenhaus. Diesen Vortrag sah der BGH als ausreichend an.

Weil das Berufungsgericht die - strittigen - Beeinträchtigungen nicht festgestellt hatte, wurde das der Räumungsklage stattgebende Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen, damit die Feststellungen nachgeholt werden können.

Fazit

Bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen durch Lärm oder Schmutz muss nicht zwingend ein Protokoll vorgelegt werden, in dem auch zum Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung Stellung genommen wird. Es genügt eine grundsätzliche Beschreibung (Art, Tageszeit/Tageszeiten, Zeitdauer, Häufigkeit).

Zur Frage der Zulässigkeit einer Versorgungssperre nach gekündigtem Wohnraummietverhältnis (LG Koblenz, Beschl. v. 24.05.2011, 6 S 8/11)

Sachverhalt

Vermieter und Mieter streiten sich darüber, ob der Vermieter berechtigt war, „wegen beabsichtigter Umbaumaßnahmen“ die Versorgung einer Wohnung u.a. auch mit Heizenergie einzustellen, nachdem der Vermieter das Mietverhältnis gekündigt hatte, die Wirksamkeit der Kündigung aber streitig war. In einem Brief des Anwalts des Vermieters an den Anwalt des Mieters hieß es u.a. „Anscheinend versteht Ihr Mandant nur diese Sprache“. Mit diesem Schreiben wurde die beabsichtigte Einstellung der Versorgung angekündigt.

Entscheidung

Mit der - wirksamen - Beendigung endet die Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung gem. § 535 Abs. 1 BGB. Allerdings können nach Treu und Glauben einzelne Verpflichtungen des Vermieters noch nach der Vertragsbeendigung bestehen. Dazu kann die Pflicht zur Erbringung von Versorgungsleistungen gehören. Solche nachvertraglichen Pflichten können sich im Einzelfall aus der Eigenart des beendeten Mietvertrages oder den besonderen Belangen des Mieters ergeben.

Eine solche aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Pflicht darf für den Vermieter aber auch nicht zu einer unzumutbaren Belastung werden. Jedenfalls wenn ein Mieter nach wie vor die Mietzahlungen einschl. vereinbarter Nebenkostenvorauszahlungen erbringt, droht dem Vermieter kein unzumutbarer wirtschaftlicher Nachteil. Ein etwaiger drohender Schaden wegen Verzögerung von Umbauarbeiten berechtigt nicht die Einstellung von Versorgungsleistungen. Auch aus der Formulierung „Anscheinend versteht Ihr Mandant nur diese Sprache“ werde deutlich, dass die Versorgungssperre als Druckmittel zum baldigen Auszug missbraucht werden sollte. Der Mieter kann deshalb auch im Wege einer einstweiligen Verfügung die Wiederherstellung der Versorgung fordern.

Fazit

Das Gericht musste sich nicht mit einem Sachverhalt auseinandersetzen, bei dem das Mietverhältnis wegen Nichtzahlung der Miete und Betriebskosten gekündigt wurde. Im konkreten Fall deutete vieles darauf hin, dass es dem Vermieter um die Ausübung von Druck ging, weil er eine schnelle Räumung der Wohnung wollte, um mit geplanten Umbauarbeiten beginnen zu können. Ob das Pendel bei Mietschulden tatsächlich zugunsten des Vermieters ausschlägt, ist beim Wohnraummietverhältnis zweifelhaft. Bei Gewerberaummietverhältnissen ist schon wiederholt entschieden worden, dass der Vermieter die Versorgungsleitungen abklemmen kann. Er macht sich allerdings schadenersatzpflichtig, wenn sich eine Kündigung als unwirksam herausstellen sollte. Bei einem Wohnraummietverhältnis hat der BGH sogar bei Vorliegen eines rechtskräftigen Räumungstitels mit Räumungsfrist entschieden, dass der Vermieter nach § 242 BGB zur Fortsetzung von Versorgungsleistungen verpflichtet sein kann. Wenn eine Versorgungssperre bei

Wohnraummietverhältnissen überhaupt in Betracht zu ziehen ist, müssen die Gründe für den Vermieter ganz erheblich sein.

§ § §

WEG: Abrechnung der Heizkosten nach Verbrauch (BGH, Urt. v. 17.02.2012, V ZR 251/10)

Sachverhalt

Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft hatte bei den Heiz- und Warmwasserkosten nicht die tatsächlich angefallenen Verbrauchskosten in die Jahresabrechnung eingestellt, sondern die im Abrechnungsjahr an den Versorgungsbetrieb geleisteten Abschlagszahlungen. Hiergegen wehren sich zwei Wohnungseigentümer, die eine Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten nach tatsächlichem Verbrauch fordern.

Entscheidung

Die sich gegen die Jahresabrechnung richtende Klage der beiden Wohnungseigentümer hatte nur teilweise Erfolg. Im Hinblick auf die Gesamtabrechnung war es korrekt, alle im Abrechnungszeitraum geleisteten Zahlungen aufzunehmen, die im Zusammenhang mit der Anschaffung von Brennstoffen stehen. Nur dann entspricht die Gesamtabrechnung einer ordnungsgemäßen Verwaltung. Anderes gilt bei den Einzelabrechnungen. Hier sind die Bestimmungen der Heizkostenverordnung zu beachten. Diese schreibt eine verbrauchsabhängige Verteilung der Heiz- und Warmwasserkosten vor. Daher sind für die Verteilung in den Einzelabrechnungen die Kosten maßgeblich, die für den tatsächlichen Verbrauch getätigt wurden. Gesamtabrechnung und Einzelabrechnungen weichen deshalb voneinander ab. Die Abweichung muss ein Verwalter in der Abrechnung verständlich erläutern.

Im vom BGH zu entscheidenden Fall wurde der Verwalter verpflichtet, die Einzelabrechnungen neu zu erstellen.

Fazit

Die meisten WEG-Verwalter stehen in diesen Wochen inmitten der Erstellung der Jahresabrechnungen. Für sie ist das Urteil ähnlich bedeutsam wie das Urteil des BGH vom 04.12.2009 (V ZR 44/09), in dem es um die Darstellung der Entwicklung der Instandhaltungsrücklage ging. Das neue Urteil steht zugleich im Einklang mit der ebenfalls erst vor kurzem ergangenen Entscheidung des BGH, bei dem es um die Frage ging, ob ein Vermieter gegenüber dem Mieter Heizkosten nach dem sog. Abflussprinzip berechnen darf. Der BGH hat die Zulässigkeit einer solchen Abrechnung im Anwendungsbereich der Heizkostenverordnung ebenfalls verneint.

§ § §

Zur Frage der Verantwortlichkeit einer Vertriebsorganisation für ein strafbares Verhalten ihres Handelsvertreters (BGH, Urt. v. 15.03.2012, III ZR 148/11)

Sachverhalt

Ein Anleger erwarb auf Empfehlung eines Handelsvertreters eines großen deutschen Strukturvertriebs Anteile an Aktienfonds. Er leistete längere Zeit monatliche Zahlungen zum Erwerb von Aktienfondsanteilen. Schon im Kontoeröffnungsantrag hatte der Anleger die Fondsverwaltungsgesellschaft ermächtigt, sowohl dem Handelsvertreter als auch dessen Prinzipal Anlegerdaten zu übermitteln.

Drei Jahre nach Kontoeröffnung hatte der Handelsvertreter die Fondsanlage aufgelöst. Dabei hatte er die Unterschrift des Anlegers gefälscht und den Verkaufswert auf sein Privatkonto überweisen lassen. Die Ehefrau des Anlegers nimmt aus abgetretenem Recht die Vertriebsorganisation auf Schadenersatz in Anspruch.

Entscheidung

Der BGH bejahte einen Schadenersatzanspruch aus der Verletzung von Pflichten eines Schuldverhältnisses. Dieses ist dadurch zustande gekommen, dass der Handelsvertreter das Einverständnis des Anlegers einholte, ihm und seiner Vertriebsorganisation den Zugriff auf Daten zu ermöglichen, die das Anlagekonto zwischen dem Anleger und der Fondsverwaltungsgesellschaft betreffen. Die Datenweitergabe diente dem Zwecke der Beratung. Die Beratung erfolgte mit Wissen und Wollen der Vertriebsorganisation. Die Vertriebsorganisation stattete den Handelsvertreter sogar mit Formularen aus, die eine Auflösung von Vermögensanlagen ermöglichten. Sie hat deshalb für Pflichtverletzungen ihres Erfüllungsgehilfen wie für eigene Pflichtverletzungen einzustehen.

Fazit

Im Volksmund heißt es, dass man niemandem hinters Gesicht schauen kann. Der Anleger kann dies im Hinblick auf seinen ihn beratenden Finanzdienstleister genauso wenig wie die Vertriebsorganisation, für den ein Finanzdienstleister tätig ist. Dennoch ist es recht und billig, die Vertriebsorganisation für ein schuldhaftes Verhalten eines von ihr eingesetzten Handelsvertreters eintreten zu lassen. Sie ist insoweit „näher dran“. Nicht selten sind es die klangvollen Namen der großen Vertriebsorganisationen, die die Türen zum Anleger erst öffnen. Die Vertriebsorganisationen handeln - wenn etwas schief läuft - meist nach dem Motto „wasch mich, aber mach mich nicht nass“. Der BGH hat dieser Einstellung eindeutig eine Absage erteilt.

Zum Recht auf fristlose Kündigung eines Handelsvertretervertrages bei Verstoß gegen ein vertragliches Wettbewerbsverbot (BGH, Urt. v. 10.11.2010, VIII ZR 327/09)

Sachverhalt

Ein Versicherungsvermittler vermittelte über mehrere Jahrzehnte Versicherungen für eine Versicherungsgesellschaft. Zuerst war er als Angestellter in der Agentur seines Vaters tätig. Seit 1984 war er als selbstständiger Handelsvertreter für die Versicherungsgesellschaft unterwegs. Im Handelsvertretervertrag war ein Wettbewerbsverbot vertraglich vereinbart. Im Jahr 2006 erfuhr die Versicherungsgesellschaft, dass der Handelsvertreter rund 10 Kfz-Versicherungsverträge, die die Versicherungsgesellschaft, für die der Handelsvertreter „exklusiv“ tätig war, gekündigt hatte, bei einer anderen Versicherungsgesellschaft „untergebracht“ hatte. Daraufhin erklärte die Versicherungsgesellschaft die fristlose Kündigung des Agenturvertrages. Ein halbes Jahr später nahm der Handelsvertreter einen selbstständigen Agenturbetrieb für eine andere Versicherung auf. Wegen dieser Tätigkeit sprach der Prinzipal erneut die fristlose Kündigung des seit 1984 bestehenden Handelsvertretervertrages aus. Der Handelsvertreter beehrte die Feststellung, dass durch die beiden fristlosen Kündigungen das seit 1984 bestehende Handelsvertreterverhältnis nicht beendet worden ist.

Entscheidung

Der BGH bestätigte die Entscheidung des Berufungsgerichts, wonach der Handelsvertretervertrag durch keine der ausgesprochenen fristlosen Kündigungen beendet worden ist. Der Handelsvertreter habe zwar zweimal gegen das vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot verstoßen, indem er die Kfz-Versicherungsverträge bei einer anderen Versicherungsgesellschaft „untergebracht“ habe und einen zweiten Agenturvertrag mit einer anderen Versicherungsgesellschaft begründet habe. Die Wettbewerbsverstöße stellen sich bei wertender Betrachtung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen jedoch als so geringfügig dar, dass sie einen grundlegenden Vertrauensverlust und ein damit einhergehendes fristloses Kündigungsrecht ohne vorherige Abmahnung nicht begründet haben. Was die zweite fristlose Kündigung anbelangte, kam noch der Aspekt hinzu, dass die fristlose Kündigung erst fünf Monate nach Kenntnis von der Übernahme des zweiten Agenturverhältnisses ausgesprochen wurde.

Fazit

Geringfügige Vertragsverletzungen können nicht immer einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung des Handelsvertretervertragsverhältnisses sein. Im Handelsvertreterrecht ist die Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung auf schwerwiegende Vertragsverletzungen in besonderer Weise geboten, weil das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes wegen schuldhafter Pflichtverletzung des Handelsvertreters den Verlust des Ausgleichsanspruchs zur Folge hat. Die Beurteilung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der regulären Kündigungsfrist unzumutbar ist und aus diesem

Grund eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Diese Beurteilung obliegt dem Tatrichter.

§ § §

Zur Steuerpflicht von Zinsen aus Lebensversicherungen, die zur Absicherung von Immobiliendarlehen eingesetzt werden (BFH, Urt. v. 12.10.2011, VIII R 30/09)

Sachverhalt

Der Steuerpflichtige erwarb im Jahr 1992 mit seiner Ehefrau eine Eigentumswohnung zu Vermietungszwecken. Die Anschaffungskosten wurden finanziert. Im Jahr 2002 erfolgte eine Umfinanzierung. Das damals noch in Höhe von 124.000,00 € valutierende Darlehen wurde durch zwei Darlehen einer Bausparkasse abgelöst. Das erste Darlehen über 60.000,00 € wurde als Annuitätendarlehen eingedeckt. Ein weiteres Darlehen über 84.000,00 € sah keine Tilgung vor. Von diesem Darlehen wurden 64.000,00 € zur Ablösung des ursprünglichen Darlehens eingesetzt. Die restlichen 20.000,00 € wurden zur Sofort-Einzahlung auf einen Bausparvertrag über 84.000,00 € verwendet. Dieser sollte in den Folgejahren weiter aufgefüllt werden. Zur Absicherung des zweiten Darlehens über 84.000,00 € verpfändeten die Wohnungseigentümer Ansprüche aus zwei Lebensversicherungsverträgen an die Bausparkasse. Das Finanzamt nahm eine (steuer-)schädliche Verwendung an, weil ein Teil des durch die Lebensversicherungen gesicherten Darlehens der Finanzierung eines Bausparguthabens und damit einer langfristigen Forderung diene und erließ entsprechende Bescheide.

Entscheidung

Der Bundesfinanzhof bejahte die Rechtmäßigkeit der Bescheide des Finanzamtes, durch welches das Finanzamt die Steuerpflicht der Zinsen aus den Sparanteilen der Lebensversicherungen feststellte. Die Lebensversicherungen haben zur Sicherung eines Darlehens gedient, dessen Zinsen Werbungskosten sind, das aber nicht unmittelbar und ausschließlich der Finanzierung von Anschaffungs- und Herstellungskosten eines Wirtschaftsguts gedient hat, das keine Forderung ist. Schädlich war, dass ein Darlehensteilbetrag zur Begründung einer Forderung gegen die Bausparkasse verwendet worden ist. Schädlich war auch, dass das Umschuldungsdarlehen das Ursprungsdarlehen überstieg. Die Auszahlung des Darlehens in eine steuerschädlichen und einen steuerunschädlichen Teil kam ebenfalls nicht in Betracht. Daher war eine steuerschädliche Verwendung gegeben.

Fazit

Soweit es sich bei Lebensversicherungen weder um Direktversicherungen handelt noch Ansprüche aus Lebensversicherungsverträgen der Besicherung eines betrieblich veranlassten Darlehens dienen, kann die Steuerpflicht nur entfallen, wenn die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Satz 2 a EStG erfüllt

sind. Das setzt voraus, dass das Darlehen unmittelbar und ausschließlich der Finanzierung von Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsgutes dient, welches dauernd zur Erzielung von Einkünften bestimmt ist. Es darf keine Forderung sein und die ganz oder zum Teil zur Tilgung oder Sicherung verwendeten Ansprüche aus Versicherungsverträgen dürfen die mit dem Darlehen finanzierten Anschaffungs- oder Herstellungskosten nicht übersteigen.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

Bundesregierung beschließt neue Eigenkapitalregeln für Versicherungen

Das Bundeskabinett hat am 15.02.2012 den Entwurf des 10. Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) beschlossen. Mit diesem Gesetz soll die Richtlinie der Europäischen Union über die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit in deutsches Recht umgesetzt werden. Das Projekt ist gemeinhin unter den Namen „Solvabilität II“ oder „Solvency II“ bekannt.

Die EU-Richtlinie ist bis zum 31.10.2012 in deutsches Recht umzusetzen. Mit „Solvency II“ wird eine sog. 3-Säulen-Strategie verfolgt. Im Rahmen der ersten Säule geht es um die Eigenkapitalanforderungen von Versicherungsunternehmen. In der zweiten Säule wird festgelegt, wie die Unternehmen künftig von der BaFin und der Europäischen Versicherungsaufsichtsbehörde beaufsichtigt werden und wie sie ihre innere Organisation und Kontrolle gestalten müssen.

Bei der dritten Säule geht es um Themen wie Marktdisziplin, Transparenz, Veröffentlichungspflichten und Meldewesen gegenüber der Aufsichtsbehörde.

* * *

Noch immer keine endgültige Klarheit: BMF und Bundesratsausschüsse diskutieren über Finanzanlagenvermittlungsverordnung

Die Bundesratsausschüsse für Wirtschaft (federführend), für Agrarpolitik und Verbraucherschutz sowie der Finanzausschuss haben sich am 16.03.2012 mit dem am 16.02.2012 veröffentlichten Entwurf der Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) befasst. Grundlage dieser Verordnung ist der neu in die Gewerbeordnung eingefügte § 34f. Er erweitert die Anforderungen an gewerbliche Vermittler von Finanzanlagen. Eingeführt werden Sachkundenachweis, Zwang zur Berufshaftpflichtversicherung, Registrierungspflicht sowie neue Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten. In den §§ 12 bis 18 FinVermV sollen fünf neue Informationspflichten

eingeführt und eine schon heute bestehende Informationspflicht erweitert werden. Neben der Pflicht zu den sog. Statusangaben des Finanzdienstleisters geht es über die Informationspflicht in Bezug auf Risiken, Kosten und Nebenkosten der Finanzanlage. Zuwendungen müssen offengelegt werden. Der Finanzanlagenvermittler wird verpflichtet, ein Informationsblatt auszuhändigen. Schließlich muss ein Beratungsprotokoll angefertigt und dem Anleger ausgehändigt werden. § 4 Abs. 1 FinVermV-Entwurf enthält einen abschließenden Katalog von öffentlich-rechtlichen bzw. staatlich anerkannten Abschlüssen, die der Sachkundeprüfung gleichgestellt sind. Teils müssen zusätzlich noch ein- oder dreijährige einschlägige Berufserfahrungen nachgewiesen werden.

KURZ UND BÜNDIG

Verschuldensunabhängige Haftung bei fehlendem Prospekt trotz Abstimmung mit der BaFin?

Das OLG München hat vor kurzem entschieden, dass bei der Frage, ob von einem Angebot einer Vermögensanlage nicht mehr als 20 Anteile zur Verfügung stehen, eine wirtschaftliche Sichtweise geboten ist, keine rein formale. **Bongertz** bespricht in seinem Beitrag in Heft 8/2012 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** diese Entscheidung. Er nimmt kritisch zu ihr Stellung, insbesondere was die Frage einer verschuldensunabhängigen Haftung angeht. Eine Haftung wegen fehlenden Prospektes nach § 13a VerkProspG sei dann abzulehnen, wenn ein Schriftstück veröffentlicht worden sei, welches den Anforderungen des Verkaufsprospektgesetzes an den Inhalt von Verkaufsprospekten genügt und lediglich die Veröffentlichung des Prospektes nicht von der BaFin gestattet worden sei. Der Schutzzweck von § 13a VerkProspG verlange keine verschuldensunabhängige Haftung. Außerdem sei die Schaffung eines Gefährdungshaftungstatbestandes, der vor Vermögensschäden schützt, ein Novum im deutschen Recht.

* * *

Grundstücks-GbR und Grunderwerbsteuer

Anders als die Zivilrechtsprechung, die die Rechts- und Grundbuchfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erst in den letzten Jahren anerkannt hat, hat das Grunderwerbsteuerrecht die Personengesellschaft schon seit jeher als von ihren Mitgliedern zu unterscheidende Einheit mit eigener Rechtszuständigkeit angesehen. Grundstücksübertragungen zwischen einer Personengesellschaft und ihren Gesellschaftern unterliegen der Grunderwerbsteuer, wobei die §§ 5 bis 7 GrEStG Steuervergünstigungen vorsehen. **Potsch** widmet sich in seinem Aufsatz in Heft 5/2012 der Zeitschrift **NZG** der Frage, inwieweit beim Erwerb eines GbR-Anteils und bei Auseinandersetzung einer GbR Grunderwerbsteuer ausgelöst wird, wenn mit dem Anteil untrennbar eine besondere

Berechtigung an einem Grundstück verbunden ist. Zugleich setzt sich Potsch kritisch mit einem jüngeren BFH-Urteil auseinander (Urteil vom 23.11.2011, II R 64/09). Der BFH hatte entschieden, dass die Übertragung eines Anteils an einer Grundstücks-GbR, der mit einer besonderen Berechtigung an einer der GbR gehörenden Wohnungseinheit verbunden sein soll, der Grunderwerbsteuer jedenfalls dann nicht unterliegt, wenn die auf Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einer bestimmten Wohnungseinheit gerichteten Vereinbarungen mangels notarieller Beurkundung nichtig sind. Die Anwendung von § 42 AO setze eine zivilrechtlich wirksame Gestaltung voraus. Diese läge - so der BFH - bei privatschriftlichen Vereinbarungen über Grundstücksgeschäfte nicht vor. Potsch hingegen stellt auf die Grundsätze zur fehlerhaften Gesellschaft ab. Die fehlerhafte Gesellschaft werde nicht nur Kraft Rechtsschein als wirksam behandelt. Sie ist trotz fehlerhafter Vertragsgrundlage aus Gründen des Bestandsschutzes grundsätzlich wirksam und nur mit Wirkung für die Zukunft vernichtbar.

* * *

Die Abrechnung der Mietsicherheit

In Mietverträgen wird meistens die Leistung einer Mietsicherheit, die der Mieter zu stellen hat, vereinbart. Am Ende der Mietzeit muss abgerechnet werden. Wann und unter welchen Umständen die Abrechnung zu erfolgen hat, ist häufig nicht geregelt. **Drasdo** fasst in seinem Beitrag in Heft 4/2012 der Zeitschrift **NJW-Spezial** Voraussetzungen zur Abrechnungspflicht, dem Inhalt einer Abrechnung, der Abrechnungsfrist und der Verjährung des Abrechnungsanspruchs zusammen.

* * *

Neue Gestaltungsspielräume bei Öffnungsklauseln in der Gemeinschaftsordnung

Unter einer „Öffnungsklausel“ ist die Befugnis einer Wohnungseigentümergeinschaft zu sehen, durch Mehrheitsbeschluss bestimmte Regelungen einer Gemeinschaftsordnung für die Zukunft abzuändern. Die Öffnungsklausel ist mithin als Beschlusskompetenz im Sinne des § 23 Abs. 1 WEG zu verstehen. **Bonifacio** setzt sich in seinem Beitrag in Heft 1/2012 der Zeitschrift „**Der Miet-Rechts-Berater**“ mit der Rechtsprechung des BGH zu Öffnungsklauseln auseinander. Es sei begrüßenswert, dass der BGH die Mehrheitsmacht stärkt. Beschlossene Änderungen hätten fast immer einen bestimmten sachlichen Anlass. Als Schutz gegen Willkürentscheidungen böte sich an, qualifizierte Mehrheiten vorzuschreiben.

* * *

Entwicklungstendenzen im Grundstücksrecht

Veränderungen machen auch vor dem eigentlich recht statischen Grundstücksrecht und Grundstücksverkehrsrecht nicht halt. **Bühringer** zeigt in seinem Beitrag in Heft 1/2012 der **Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR)** Entwicklungstendenzen auf. Breiten Raum nimmt die Entwicklung des Grundstücksrechts der GbR ein. Die GbR hat Rechts-, Partei- und Grundbuchfähigkeit erlangt. Stark umstritten ist die Frage, inwieweit gesellschafterrelevante Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch eingetragen werden können. Das OLG München hat dies im Jahr 2011 verneint. Bühringer geht sodann darauf ein, welche Voraussetzungen bei Zwangseintragungen für und gegen eine GbR zu schaffen sind. In weiteren Kapiteln geht es um die Löschung von Rechtspositionen, Bestandteilzuschreibungen, Fragen des Wohnungseigentums und die Frage, wann ein berechtigtes Interesse zur Grundbucheinsicht besteht.

* * *

Zur kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen geschädigter Kapitalanleger mittels BGB-Gesellschaften

Der BGH hat am 12.04.2011 (II ZR 197/09) über die Zulässigkeit der Gründung einer GbR zur gerichtlichen Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen geschädigter Kapitalanleger entschieden. Der BGH vertritt die Ansicht, dass die Verfolgung von Ansprüchen mehrerer mittels einer eigens gegründeten GbR wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist. **Mann** bespricht in Heft 50/2011 der Zeitschrift **ZIP** diese Entscheidung, zeigt dabei Zulässigkeit und Grenzen nach dem Rechtsberatungsgesetz bzw. nunmehr Rechtsdienstleistungsgesetz auf und erörtert schließlich die Voraussetzungen, unter denen Rechtsverfolgungsgesellschaften nach seiner Ansicht als Instrument zur Bündelung und Durchsetzung von Schadenersatzforderungen geschädigter Kapitalanleger nutzbar gemacht werden können.

* * *

Steuroptimierende Gestaltungen rund um die Immobilie

Immobilien sind gerade in der derzeitigen Phase wieder beliebte Investitionsobjekte. **Iser** gibt in einem **Steuern Spezial** (Beilage Nr. 06/2012 zu **immobilien intern**) Tipps für steuroptimierende Gestaltungen rund um die Immobilie. Er gliedert die Möglichkeiten in verschiedene Abschnitte (Anschaffungs- bzw. Herstellungsphase, laufende Vermietung bzw. Nutzung der Immobilie und Verkaufsphase). Bei der Anschaffung oder Herstellung prüft Iser, inwieweit eine Finanzierung mittels Disagio Vorteile bietet. Des Weiteren geht er auf die Thematik der anschaffungsnahen Herstellungskosten ein. Bei der laufenden Vermietung und Nutzung ist im Auge zu behalten, dass

Immobilien möglichst als Privatvermögen eingestuft werden. Des Weiteren geht Iser auf die gesetzlichen Verteilungsmöglichkeiten von Erhaltungsaufwendungen ein. Bei wesentlichen Ertragsminderungen kommt ein Grundsteuererlass in Betracht.

* * *

Verfassungsmäßigkeit der BGH-Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der beratenden Bank über Rückvergütungen

Hoffmann-Theinert bespricht in Heft 4/2012 der Zeitschrift **EWiR** den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 08.12.2011 zur Kick-Back-Thematik. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Verfassungsbeschwerde bekanntlich nicht zur Entscheidung angenommen. Im Grundsatzurteil des BGH vom 19.12.2006 läge keine Änderung der Rechtsprechung in Bezug auf Aufklärungspflichten über Rückvergütungen vor. Hoffmann-Theinert übt Kritik an der BGH-Rechtsprechung, der den freien Anlageberater anders als die Bank behandelt. Dass das Bundesverfassungsgericht diese Argumentation bedenkenlos aufgreife, sei erstaunlich. Das Bundesverfassungsgericht sehe seine Aufgabe aber nicht darin, Inhalt und Umfang von Aufklärungspflichten der Banken zu bestimmen.

* * *

Die Entwicklung des Grundbuch- und Grundstücksrechts

Böttcher berichtet in Heft 12/2012 der Zeitschrift **NJW** über die Entwicklung des Grundbuch- und Grundstücksrechts im Jahr 2011. Dabei nimmt die GbR, die im Immobilienverkehr tätig ist, breiten Raum ein. So geht es um Fragen des Erwerbs einer Immobilie durch eine GbR, um Fragen des Gesellschafterwechsels (Ausscheiden, Anteilsübertragung, Zulässigkeit von Grundbuchberichtigungen). Weitere Themen sind die Abtretung von Sicherungsgrundschulden, der Eigentümergebrauch, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, das Recht zur Grundbucheinsicht oder auch gerichtliche Genehmigungen zu Grundstücksverfügungen. Im letzten Kapitel des Beitrages geht es um Immobilienschenkungen an Minderjährige.

* * *

Aktuelle Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs

Wiechers, Vorsitzender Richter des XI. Zivilsenats des BGH, berichtet in Heft 11/2012 der **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM)** über die Rechtsprechung des von ihm geleiteten Senats im Jahr 2011. So vielfältig wie die vom Senat zu bearbeitenden Fälle waren auch Lob oder Kritik an der

jeweils ergangenen Rechtsprechung, die von „Bankenschreck“ bis zum Bemerken „Schlag ins Gesicht der Anleger“ reichten. Als „Bankenschreck“ wurde der Zivilsenat bezeichnet, nachdem er durch Urteil vom 22.03.2011 die Deutsche Bank zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe von rund 140.000,00 € verurteilt hatte. Heftige Kritik gab es hingegen, nachdem der XI. Zivilsenat die Klagen zweier Anleger, die Lehman-Brothers-Zertifikate erworben hatten, abgewiesen hatte. Des Weiteren ging es um den „Dauerbrenner“ Kick-Backs und Rückvergütungen. Quelle von Rückvergütungen sind nicht nur „Ausgabeaufschläge und Verwaltungsvergütungen“. Diese Positionen stehen nur beispielhaft. Maßgebend für die Aufklärungspflicht der beratenden Bank ist, dass sie als Empfängerin der „Rückvergütung“ ungenannt bleibt. Die Fehlvorstellung beim Anleger entsteht unabhängig davon, aus welcher offen angegebenen Quelle die Rückvergütung an die beratende Bank fließt. Der Anleger erkennt deshalb das besondere Interesse der Bank, gerade diese Beteiligung zu empfehlen, nicht. Der offenbarungspflichtige Umstand ist der Interessenkonflikt, in dem sich eine beratende Bank befindet.

* * *

Streitfrage: Sind theoretische Risiken aufklärungsbedürftig?

Dieser Frage widmet sich **Mertens** in seinem Kurzbeitrag in Heft 4/2012 der Zeitschrift **Das Investment**. Es ging bei der Fragestellung um einen Anleger, dem sein Berater Anteile an offenen Immobilienfonds vermittelt hatte. Im Zuge der Finanzkrise wurden bei zwei Fonds die Rücknahmen ausgesetzt. Ein Fonds wurde aufgelöst. Mertens erwähnt u.a. eine Entscheidung des Landgerichts Bonn vom 18.01.2012 (2 O 204/11). Das Landgericht Bonn hatte die Frage verneint, weil über rein theoretische Risiken ein Berater nicht aufklären müsse. Die Entscheidung ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

* * *

Darlegungs- und Substantiierungslast im Mietnebenkostenprozess

Für den forensisch tätigen Juristen ist es eine Selbstverständlichkeit: Derjenige, der eine Forderung geltend macht, muss die anspruchsbegründenden Umstände vortragen. Derjenige, der sich mit Gegenargumenten wehrt, muss die diesbezüglich erforderlichen Tatsachen vorbringen. Wie weit reicht nun aber diese Darlegungs- und Substantiierungslast? **Schmidt** wendet sich in seinem Beitrag in Heft 3/2012 der Zeitschrift **Wohnungswirtschaft & Mietrecht** der Frage zu, wie substantiiert der Sachvortrag im Mietnebenkostenprozess sein muss. Er behandelt die Themen „Klage des Vermieters auf Nebenkostenvorauszahlungen“, „Klage des Vermieters auf Nebenkostennachzahlung“ und „Klage des Mieters auf Nebenkostenrückzahlung“. In einem weiteren Abschnitt wendet er sich Einzelfällen zu

wie z.B. Belegeinsichtsrechte, Fristen, Ableseprotokolle, Umlegungsfähigkeit und schließlich auch dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz.

* * *

Haftung wegen unterbliebener ad-hoc-Mitteilung über Subprime-Anteil des Investments einer Bank

Seibt bespricht in Heft 5/2012 der Zeitschrift **EWiR** das BGH-Urteil vom 13.12.2011 in Sachen „Insider-Informationen und IKB“. Ein Anleger klagte auf Schadenersatz, nachdem er vier Tage vor Schließung der Handelslinien der IKB IKB-Aktien erworben hatte. Sechs Tage vor dem Aktienkauf (10 Tage vor Schließung der Handelslinien) hatte der IKB-Vorstandsvorsitzende zur Marktberuhigung eine Presseerklärung abgegeben, in der ein Sachverhalt unrichtig dargestellt wurde.

Der BGH bejahte einen Schadenersatzanspruch aus § 37b Abs. 1 WpHG wegen unterlassener Veröffentlichung einer (richtigen) ad-hoc-Mitteilung. Die Höhe des Subprime-Anteils an den IKB-Investments sei eine offenlegungspflichtige Insider-Information gewesen. Die Pressemitteilung spiegle den wahren Sachverhalt nicht zutreffend wieder.

Seibt hält die vom BGH aufgestellten Grundsätze für zutreffend und systemgerecht. Auch dass der BGH die Nachweisanforderungen der Anleger an die haftungsbegründende Kausalität hoch ansetzt, sei zum Schutz des Emittenten und zur Aufrechterhaltung der Attraktivität des deutschen Kapitalmarkts gerechtfertigt. Eine Beweiserleichterung nach dem Grundsatz „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ kommt in diesem Fall nicht zum Tragen.

* * *

Zur Prozessführungsbefugnis einer GbR aus sanierungswilligen Kommanditisten für Klage gegen sanierungsunwillige Kommanditisten

Schmitz-DuMont bespricht in Heft 5/2012 der Zeitschrift **EWiR** das BGH-Urteil vom 12.04.2011 (II ZR 197/09). Ein geschlossener Immobilienfonds in Form einer Publikums-KG war in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Von drei der ca. 200 Kommanditisten des Fonds wurde eine GbR gegründet. Die der GbR beitretenden Gesellschafter ermächtigten die GbR ihre jeweiligen Ausgleichsansprüche gegenüber sanierungsunwilligen Gesellschaftern in gewillkürter Prozessstandschaft im eigenen Namen einzuziehen. Der BGH bejahte eine geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten. Die Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen sei deshalb nichtig. Schmitz-DuMont stimmt dieser Auffassung zu. Klärgesellschaften seien nur in ganz engen Grenzen erlaubt. Die Wertung des BGH decke sich mit

den Erwägungen des Gesetzgebers bei Einführung des KapMuG. Der Gesetzgeber wollte gerade nicht den Weg der Bündelung von Individualansprüchen mit Einziehungsermächtigung in Klagegesellschaften wählen, sondern die Entscheidung bestimmter Fragen in Form eines Musterentscheidungs. Nur reine Gefälligkeits- oder Gelegenheitsgesellschaften können ausnahmsweise zur Besorgung fremder Rechtsgeschäfte befugt sein, ohne eine Erlaubnis nach dem (früher Rechtsberatungs-, heute Rechtsdienstleistungs-)Gesetz zu besitzen.

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.deWeb: www.rechtsanwaelte-klumpe.deNähere Angaben erhalten Sie hier: www.rechtsanwaelte-klumpe.de/html/ct_impresum.php

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