

Der Markt für Kapitalanlagen - Neues zur gespaltenen Beitragspflicht bei Publikums-Personengesellschaften

Newsletter 04/2008

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

nicht jeder Publikumsfonds entwickelt sich konzeptionsgemäß. Gesellschafter sind in solchen Fällen nicht selten in einer Zwickmühle. Ohne neue Liquidität droht die Insolvenz. Ein Außenstehender ist in einer solchen schwierigen Situation nicht bereit, Kapital zuzuschießen. Also müssen die Gesellschafter herangezogen werden.

In jüngerer Zeit musste sich der BGH mehrfach mit Fällen beschäftigen, in denen es um die Frage geht, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter zu **Nachschüssen** verpflichtet werden kann.

Erforderlich ist, dass ein Gesellschafter seine Zustimmung eindeutig erteilt hat. Weiterhin ist erforderlich, dass es „**kein Fass ohne Boden**“ wird und der Gesellschafter erkennen kann, mit welchem Betrag er maximal belastet wird. Als fast schon kurios kann man insoweit den Fall bezeichnen, der für den BGH vor kurzem Anlass war, seine Grundsätze zur sog. **gespaltenen Beitragspflicht** noch einmal zusammenzufassen: Ein Gesellschafter war auf einer Versammlung persönlich anwesend und hatte sich zustimmend verpflichtet, einen Nachschuss zu leisten. Hinterher fühlte er sich an den von ihm mitgetragenen Beschluss nicht mehr gebunden. So geht es nicht, wie auch

das Gericht dem Gesellschafter unmissverständlich ins Stammbuch schrieb.

Genauso wenig dürfen Mehrheitsgesellschafter den **Minderheitenschutz** bei einer Publikums-Personengesellschaft auszuhöhlen versuchen. In den Kernbereich der geschützten Rechte eines Anlegers darf nicht eingegriffen werden.

Diese Fälle zeigen, wie wichtig es manchmal ist, auf die Barrikaden zu gehen und seine Rechte zu kennen. Wer hier passiv bleibt, läuft Gefahr, überrollt zu werden.

Verehrte Leserinnen, geehrte Leser: Wahren Sie Ihre Rechte, nehmen Sie aktiv an Versammlungen teil oder lassen Sie sich kompetent vertreten! Ob auf **Gesellschafterversammlungen, Eigentümerversammlungen, Hauptversammlungen** oder natürlich auch vor Erwerb einer Kapitalanlage und Immobilie: Wir sind der Partner an Ihrer Seite, wenn es um die Wahrung und Prüfung Ihrer Rechte geht. Fordern Sie uns, wir sind gerne für Sie da!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Nicht alle Finanzgeschäfte unterliegen der Bankenaufsicht
- Zur Frage der Nachschusspflicht eines GbR-Gesellschafters
- Zur Gesamtbetragsangabe bei dem als „Sicherheits-Kompakt-Rente“ bezeichneten Kapitalanlagemodell
- Verjährungsbeginn beim Schadenersatzanspruch wegen mehrerer Beratungsfehler
- Zur Frage der Haftung einer Bank wegen Beratungsverschuldens nach Abschluss eines Zinssatzswaps durch ein kommunales Unternehmen
- Minderheitenschutz bei Publikums-Personengesellschaften
- Der 31. Dezember und die Frage des rechtzeitigen Zugangs
- Kein Neubeginn der Abrechnungsfrist für die Betriebskostenabrechnung durch Anerkenntnis des Mieters
- Rauchen in einer Mietwohnung und Renovierungsbedarf
- Betriebskostenabrechnung nach Abflussprinzip ist zulässig
- Zur Frage der Kongruenz zwischen geschlossenem und beabsichtigtem Kaufvertrag trotz Abweichung vom Maklerangebot
- Auch nach OLG-Urteil sind Provisionskürzungen für Versicherungsvertreter der Allianz unwirksam
- Arglistige Täuschung durch Verschweigen früherer Alkoholabhängigkeit

Gesetzgebungsspiegel

- EU-Rat verabschiedet Verbraucherkreditlinie
- Gesetz zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren verabschiedet
- Gesetz zur Rechtsdurchsetzung im geistigen Eigentum verabschiedet

Literaturspiegel

- Beginn der Enthaltungsfrist bei Ausscheiden aus einer Personengesellschaft
- Verkauf notleidender Kredite - zivilrechtliche und strafrechtliche Fragestellungen
- Die obergerichtliche Rechtsprechung zum Mietrecht im Jahre 2007
- Kollektive Anlagemodelle als Finanzportfolioverwaltung
- Fannie Mae und Freddie Mac
- Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtlich gesicherter Darlehensforderungen

Kurz und bündig

- Neues zur gespaltenen Beitragspflicht der Personengesellschafter
- Konzeption und Vertrieb von Immobilien-Kapitalanlagen unter dem Blickwinkel der Liebhaberei und des § 15b EStG
- Der Dauerbrenner: Einkünfteerzielungsabsicht bei Vermietung und Verpachtung - was zu beachten ist!
- Kein Wegfall von Ansprüchen aus harter Patronatserklärung mit Insolvenz des Berechtigten („Tennislegende“)
- Aufklärungspflichtverletzung der finanzierenden Bank aufgrund eines widerleglich vermuteten Wissensvorsprungs
- Der Regierungsentwurf zur Erbschaftsteuerreform: Ausgewählte Zweifelsfragen bei Verwaltungsvermögen, Lohnsumme und der Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen
- Die Neustrukturierung des Finanzmarktrechts durch das Finanzmarktrichtlinienumsetzungsgesetz (FRUG)
- Steuerliche Folgen der Rückabwicklung eines Anteils erwerbs an Immobilienfonds

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Nicht alle Finanzgeschäfte unterliegen der Bankenaufsicht (BVerwG, Urt. v. 27.02.2008, 6 C 11/07)

Beim vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall gab eine AG gegen Zahlung bestimmter Beträge **Indexzertifikate** heraus. Sie verbrieften den Anspruch des Inhabers gegen den Emittenten auf Zahlung eines Geldbetrages. Die Höhe des Anspruchs hängt dabei vom Stand des zugrundeliegenden Index am Ende der Laufzeit ab. Das Geld der Inhaber der Zertifikate legte die Aktiengesellschaft im eigenen Namen und auf eigene Rechnung in **Finanzinstrumente** (Aktien, Aktienderivate, Währungsoptionen und Währungsfutures) an. Den Index ermittelte sie aus der Wertentwicklung dieser Anlagen. Die BaFin stufte dieses Geschäftsmodell als erlaubnispflichtiges Bankengeschäft ein und untersagte es wegen fehlender Erlaubnis. Hiergegen wandte sich die AG und hatte mit ihrer Klage Erfolg. Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, dass die AG zwar Finanzgeschäfte betreibt. Diese unterliegen aber nicht generell der Bankenaufsicht, sondern nur dann, wenn es sich hierbei um Bankgeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG handelt. Diese Voraussetzungen waren nicht erfüllt. Die Tätigkeit der AG stellte insbesondere kein **Finanzkommissionsgeschäft** im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG dar, da Inhalt der streitigen Tätigkeit nicht die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung ist.

Zur Frage der Nachschusspflicht eines GbR-Geschafters (BGH, Hinweisbeschluss v. 03.12.2007, II ZR 36/07)

Nachdem in den letzten Jahren mehr und mehr **Publikums-Personengesellschaften**, die in der Rechtsform der GbR konzipiert sind, in wirtschaftliche Schieflage geraten sind, wurden Geschafter häufig zu **Nachschüssen** aufgefordert, damit die Gesellschaften überleben können. Wiederholt musste sich der BGH mit dem Thema befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen Nachschusspflichten begründet werden können. Im Hinweisbeschluss vom 03.12.2007 nimmt der BGH darauf Bezug und verweist auf die gesetzliche Regelung und die Grundsätze, die von der Rechtsprechung im Hinblick auf Nachschusspflichten aufgestellt wurden.

Nach § 707 BGB besteht vor Auflösung der Gesellschaft eine Nachschusspflicht über die vereinbarte Einlage hinaus grundsätzlich nicht. § 707 BGB ist jedoch u.a. dann nicht berührt, wenn sich die Geschafter zum einen eine betragsmäßig festgelegte Einlage, zum anderen laufende Beiträge versprochen haben (sog. **gespaltene Beitragspflicht**). Sollen über die eigentliche Beitragsschuld hinausgehende Beitragspflichten begründet werden, muss dies aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig hervorgehen, damit die **mitgliedschaftlichen Grundrechte** jedes Geschafter gewahrt werden (der nicht ohne seine Zustimmung mit zusätzlichen Beitragspflichten belastet werden soll).

Zudem muss auch im Falle einer aufgespaltenen Beitragspflicht die Höhe der laufenden Beiträge in objektiv bestimmbarer Weise ausgestaltet sein.

Wer auf einer Gesellschafterversammlung persönlich anwesend ist und dort einem einstimmig von allen Gesellschaftern gefassten Beschluss über die Gesamthöhe der zu leistenden (zusätzlichen) Beitragszahlungen zugestimmt hat, ist daran gebunden. Nach diesem eindeutigen Hinweis des Gerichts erledigte sich das Revisionsverfahren durch Revisionsrücknahme.

§ § §

Zur Gesamtbetragsangabe bei dem als „Sicherheits-Kompakt-Rente“ bezeichneten Kapitalanlagemodell (BGH, Ur. v. 19.02.2008, XI ZR 23/07)

Vor allem in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts wurde viel für ein **kreditfinanziertes Rentenmodell** geworben. Es sah die Aufnahme von zwei langfristigen Darlehen vor, die jeweils als Einmalzahlung in eine Versorgungsrentenversicherung und in eine Tilgungsversicherung flossen. Aus der **Rentenversicherung** erhält der Versicherungsnehmer eine jährliche Rentenzahlung. Die **Tilgungsversicherung** (Kapitallebensversicherung) dient der Tilgung der aufgenommenen Darlehen. Der BGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die Darlehensverträge eine Gesamtbetragsangabe gem. **Verbraucherkreditgesetz** enthalten mussten (was nicht der Fall war).

Der BGH hat die die Klage abweisende Entscheidung des Berufungsgerichtes

bestätigt. **Eine Pflicht zur Gesamtbetragsangabe bestehe nicht.** Die Kreditverträge sehen keine Tilgung in Teilbeträgen vor, sondern in einem Betrag bei Endfälligkeit, wobei das Kapital der Tilgungsversicherung zur Tilgung Verwendung finden soll.

Die vorgefundene Fallkonstellation sei auch nicht mit Fällen vergleichbar, bei denen ein Festkredit mit einem Bausparvertrag, einer Lebensversicherung oder einem sonstigen Ansparvertrag derart verbunden sind, dass die Tilgung des Kredites für die Laufzeit des Darlehens ausgesetzt wird und dafür parallel Zahlungen auf einen der genannten Ansparverträge geleistet werden. Weder der Tilgungsversicherung noch der Steueransparversicherung noch einer abzuschließenden Risiko-Lebensversicherung komme die **Funktion eines Tilgungersatzes** zu. Hinsichtlich der Tilgungsversicherung ist eine Angabe des Gesamtbetrages nicht erforderlich, weil die Tilgungsversicherung nicht durch mehrfach zu zahlende Prämien, sondern durch eine Einmalzahlung angespart worden ist. Als Tilgungersatz kommen aber nur mehrere Zahlungen in Betracht, die aus der Sicht des Verbrauchers wirtschaftlich gesehen Tilgungsleistungen gleich stehen.

Auch die Zinsen für das Darlehen, welches in die Tilgungsversicherung geflossen ist, sind nicht als Tilgungszahlungen auf die Darlehen anzusehen. Diese Zinsen stellen das Entgelt für die Nutzung des Kapitals dar und dienen nicht der Tilgung des Darlehens. Der geschuldete Darlehensvertrag bleibt trotz der Zinszahlungen unverändert.

Ebenso wenig sollte die Steueransparversicherung zur Tilgung des Darlehens verwendet werden, sondern zur Tilgung etwaiger Steueransprüche des Staates, die bei Fälligkeit der Tilgungslebensversicherung möglicherweise anfielen.

Und schließlich stellte auch die Risiko-Lebensversicherung keine Tilgungsversicherung dar, weil sie nicht der planmäßigen Tilgung des Kredits dient, sondern dass Todesfallrisiko des Kreditnehmers absichern soll. Der Anspruch des Klägers, der eine Neuberechnung der von ihm geleisteten Zinsen forderte, wurde aus diesen Gründen abgewiesen.

§ § §

Verjährungsbeginn beim Schadenersatzanspruch wegen mehrerer Beratungsfehler
(BGH, Ur. v. 09.11.2007, V ZR 25/07)

1. Lässt sich ein Schadenersatzanspruch auf **mehrere Beratungsfehler** stützen, beginnt die kenntnisabhängige **Verjährungsfrist** für jeden Beratungsfehler **gesondert zu laufen**.
2. Ein Verkäufer, der den Käufer über die Möglichkeit berät, eine Eigentumswohnung mit Fremdmitteln zu erwerben, muss darüber aufklären, dass er die Zinsen für das von dem Käufer aufzunehmende Darlehen subventioniert, wenn sich die Zinssubvention nicht auf die gesamte Laufzeit des Darlehens erstreckt.

§ § §

Zur Frage der Haftung einer Bank wegen Beratungsverschuldens nach Abschluss eines Zinssatzswaps durch ein kommunales Unternehmen (LG Magdeburg, Ur. v. 21.01.2008, 9 O 1989/06)

1. Die beratende Bank hat den Kunden durch ausreichende Informationen lediglich in die Lage zu versetzen, eine eigenverantwortliche Anlageentscheidung zu treffen. Der beratenden Bank kann nicht abverlangt werden, ihrem Kunden die Anlageentscheidung selbst abzunehmen.
2. Ein am Wirtschaftsleben teilnehmendes Unternehmen, das Investitionen in nicht unbeträchtlichem Umfang tätigt und täglich mit Krediten in erheblichem Ausmaß arbeitet, kann als ein mit Finanzgeschäften generell erfahrener Kunde betrachtet werden.
3. Eine Beratung ist nicht deshalb pflichtwidrig, weil die Bank die Chancen eines Geschäfts stärker betont hat als dessen Risiken, denn es liegt in der Natur der Sache, dass auch die Bank an einem Geschäftsabschluss interessiert ist.

§ § §

Minderheitenschutz bei Publikums-Personengesellschaften (OLG Nürnberg, Urt. v. 06.02.2008, 12 U 2035/07)

Das OLG Nürnberg musste sich in einer viel beachteten Entscheidung mit der Frage befassen, inwieweit **Minderheitenschutz** von Gesellschaftern einer Publikums-Personengesellschaft durch neue Mehrheitsbeschlüsse ausgehöhlt werden können. Ein Mehrheitsgesellschafter wollte einen Passus aus dem Gesellschaftsvertrag ändern, nachdem für bestimmte Beschlüsse des Fonds nicht 75 %, sondern eine Mehrheit von 90 % oder gar Einstimmigkeit erforderlich sind, wenn 75 % oder 90 % der Gesellschaftsanteile auf fünf oder weniger Personen vereint sind. Das Gericht gab den sich gegen eine Änderung zur Wehr setzenden (Minderheits-)Gesellschaftern Recht. Hier würde in den **Kernbereich der geschützten Rechte eines Anlegers** eingegriffen. Dies ist nicht gerechtfertigt. Die Alltagsgeschäfte des Fonds könnten schließlich mit einfacher Mehrheit weiter erledigt werden.

§ § §

Der 31. Dezember und die Frage des rechtzeitigen Zugangs (BGH, Urt. v. 05.12.2007, XII ZR 148/05)

Die Parteien des Rechtsstreits stritten über die Frage, ob eine Erklärung auf Verlängerung des bestehenden Mietvertrages **rechtzeitig zugegangen** ist oder nicht. Die Mieterin hatte ihr Optionsrecht auf Verlängerung des Mietvertrages mit Schreiben vom 31.12.2003 ausgeübt. Dieses Schriftstück hat ein Bote am

Silvestertag um 15:50 Uhr in den Briefkasten der den Vermieter vertretenden Verwaltungsgesellschaft eingeworfen. Dies war zu spät. Wird ein Schriftstück erst am 31.12. nachmittags in den Briefkasten eines Bürobetriebes geworfen, in dem branchenüblich Silvesternachmittag - auch wenn dieser Tag auf einen Werktag fällt - nicht mehr gearbeitet wird, so geht es erst am nächsten Werktag zu. Damit war die Erklärung über die Ausübung des Optionsrechts nicht rechtzeitig zugegangen. Der auf Räumung und Herausgabe des Mietgegenstandes gerichteten Vermieterklage wurde stattgegeben.

Dieser Frage kommt weit über den entschiedenen Fall hinaus Bedeutung zu, beispielsweise im Hinblick auf die 12-Monatsfrist für Betriebskostenabrechnungen (viele Wirtschaftsjahre sind Kalenderjahre!).

§ § §

Kein Neubeginn der Abrechnungsfrist für die Betriebskostenabrechnung durch Anerkenntnis des Mieters (BGH, Urt. v. 09.04.2008, VIII ZR 84/07)

Der BGH hatte über die Frage zu befinden, ob der Vermieter Betriebskosten nachfordern kann, wenn er dem Mieter zwar vor Ablauf der gesetzlichen Abrechnungsfrist (12-Monatsfrist gem. § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB) keine **formell ordnungsmäßige Abrechnung** erteilt hat, der Mieter aber zuvor erklärt hat, er werde die Nachforderung begleichen. Die Betriebskostenabrechnung, um die es im Streitfall ging, war formell nicht

ordnungsgemäß. Erst 15 Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraums wurde eine **Korrekturabrechnung** vorgelegt. Dies war zu spät. Selbst wenn ein Mieter dem Hausverwalter noch vor Ablauf der **12-Monatsfrist** den Ausgleich der Nachforderung zugesagt haben sollte, hat die Ausschlussfrist damit nicht neu begonnen. Die für das Verjährungsrecht geltende Vorschrift, wonach die Verjährung erneut beginnt, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch vor Ablauf der Verjährungsfrist anerkennt, findet auf die **Ausschlussfrist** für die Betriebskostenabrechnung keine entsprechende Anwendung. Der Zweck der Ausschlussfrist besteht darin, für **Rechtssicherheit** und **Rechtsklarheit** zu sorgen. Dieser Zweck steht einem Neubeginn der Verjährungsfrist entgegen.

§ § §

Rauchen in einer Mietwohnung und Renovierungsbedarf (BGH, Urt. v. 05.03.2008, VIII ZR 37/07)

Beim der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um die Themen „Kautionsrückzahlung, Schadenersatz und Rauchen in einer Mietwohnung“. Die Mieter hatten geraucht. Sie hatten keine **Schönheitsreparaturen** durchgeführt und forderten Rückzahlung der von ihnen geleisteten Mietsicherheit. Der Vermieter erklärte die Aufrechnung und weigerte sich, die Kautionsrückzahlung zurückzuzahlen. Der BGH knüpfte an das Senatsurteil vom 28.06.2006, VIII ZR 124/05 (vgl. unseren Newsletter 06/2006). **Rauchen** in einer Mietwohnung geht über den

vertragsgemäßen Gebrauch hinaus und begründet eine **Schadenersatzpflicht** des Mieters, wenn dadurch Verschlechterungen der Wohnung verursacht werden, die sich nicht mehr durch Schönheitsreparaturen im Sinne des § 28 Abs. 4 Satz 3 der Zweiten Berechnungsverordnung beseitigen lassen, sondern darüber hinausgehende **Instandsetzungsarbeiten** erfordern. Das gilt unabhängig davon, ob ein Renovierungsbedarf bereits vorzeitig entsteht.

Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat ein Mieter nach § 538 BGB nicht zu vertreten. Eine Erweiterung der bisherigen Rechtsprechung ist die klare Aussage, dass auch „exzessives Rauchen“ in der Wohnung vom vertragsgemäßen Mietgebrauch gedeckt ist. Lassen sich Rauchspuren durch Schönheitsreparaturen beseitigen, hat es der Vermieter in der Hand, die Schönheitsreparaturen durch eine wirksame Klausel (flexible Fristenregelung!) auf den Mieter abzuwälzen. Wenn es an einer wirksamen Vereinbarung zur Abwälzung der Renovierungspflichten fehlt, bleibt es bei der Instandhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine unwirksame Klausel geht zu Lasten des Verwenders. Dies war im vorliegenden Fall der Vermieter, der aus diesen Gründen zur Rückzahlung der Kautionsrückzahlung verpflichtet worden ist.

§ § §

Betriebskostenabrechnung nach Abflussprinzip ist zulässig (BGH, Urt. v. 20.02.2008, VIII ZR 49/07)

Wie die jährlich abzurechnenden **Betriebskosten** dem jeweiligen **Abrechnungszeitraum** zuzuordnen sind, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beurteilt. Teils wird allein das **Leistungsprinzip** für zulässig erachtet (auch Zeitabgrenzungs- oder Verbrauchsprinzip genannt). Nach diesem Prinzip sind diejenigen Betriebskosten abzurechnen, die für den jeweiligen Abrechnungszeitraum angefallen sind. Demgegenüber wird auch eine Abrechnung nach dem sog. **Abflussprinzip** für zulässig gehalten (auch „Abrechnung nach Rechnungen“ oder „Ausgabenabrechnung“ genannt). Nach diesem Prinzip kann der Vermieter alle Kosten, mit denen er selbst im Abrechnungszeitraum belastet wird, in die Abrechnung einstellen. Teils wird auch eine vermittelnde Auffassung vertreten, nach der nach dem Abflussprinzip jedenfalls dann abgerechnet werden kann, wenn eine Mehrbelastung des Mieters ausgeschlossen ist.

Der BGH stellt in der Entscheidung vom 20.02.2008 fest, dass die gesetzliche Regelung des § 556 Abs. 3 Satz 1, 2 und 3 BGB einer Betriebskostenabrechnung nach dem Abflussprinzip nicht entgegensteht. Danach ist die jährlich vorzunehmende Abrechnung dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des 12. Monats nach Ende des Abrechnungszeitraumes mitzuteilen. Die **Abrechnungsfrist** von 12 Monaten und der angeordnete Ausschluss von

Nachforderungen, wenn diese Frist fruchtlos verstrichen ist, sollen eine **zeitnahe Abrechnung** gewährleisten. Der Mieter soll in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein Guthaben verfügen können oder Gewissheit erlangen, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung rechnen muss. **Auch das Abflussprinzip ermöglicht grundsätzlich eine sachgerechte Umlage der Betriebskosten.** Es wird auf die Kosten abgestellt, mit denen der Vermieter im Abrechnungszeitraum vom Leistungsträger jeweils tatsächlich belastet wird. Die Betriebskostenabrechnung vereinfacht sich dadurch für bestimmte Betriebskostenarten für den Vermieter unter Umständen erheblich. Dies gilt insbesondere bei unterjährigen Turnusrechnungen, die ein Versorger erteilt. Gewisse Ungenauigkeiten, die sich durch eine konkrete Messung des Gesamtverbrauchs zum Ende des Abrechnungszeitraums des Vermieters vermeiden ließen, sind insoweit hinzunehmen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Mietverhältnis der Parteien durchgängig sowohl im Verbrauchs- als auch im Abrechnungszeitraum bestand. Allenfalls bei einem Mieterwechsel kann sich nach Treu und Glaube in besonders gelagerten Fällen etwas anderes ergeben.

§ § §

Zur Frage der Kongruenz zwischen geschlossenem und beabsichtigtem Kaufvertrag trotz Abweichung vom Maklerangebot (BGH, Urt. v. 13.12.2007, III ZR 163/07)

1. Die nur vorübergehende Aufgabe der Absicht des Kunden eines **Nachweismaklers**, das angebotene Objekt zu erwerben, führt, sofern der Vertragsschluss dem Nachweis in angemessenem Abstand folgt, nur ausnahmsweise zur Unterbrechung des **notwendigen Ursachenzusammenhangs** zwischen der Maklerleistung und dem Erfolgseintritt. Ein Zeitraum von vier Monaten hält sich im unteren Bereich des Rahmens, innerhalb dessen ein angemessener Zeitabstand zwischen dem Maklernachweis und dem Abschluss des Hauptvertrages liegt.

2. Ein Provisionsanspruch entsteht allerdings dann nicht, wenn der Makler seinem Auftraggeber eine Möglichkeit zum Erwerb eines Objektes nachweist, sich diese Gelegenheit aber zerschlägt, weil der Eigentümer die **Verkaufsabsicht endgültig aufgegeben hat** oder sich für einen anderen Interessenten entschieden hat und wenn es später trotzdem unter veränderten Umständen zum Vertragsschluss kommt. **Die erforderliche Kongruenz** zwischen dem geschlossenen und dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Hauptvertrag kann aber auch dann bestehen, wenn der Maklerkunde an einem Grundstück - anders als in dem Maklerangebot vorgesehen - kein Alleineigentum, sondern lediglich ein hälftiges Miteigentum verbunden mit

Teil- und Wohnungseigentum erwirbt, während sein Bruder und dessen Ehefrau die andere Hälfte kaufen und sich wechselseitige Vorkaufsrechte einräumen. Auch ein **Preisnachlass von ca. 15 % ist nicht so erheblich**, als dass durch ihn die notwendige Kongruenz des abgeschlossenen Vertrages mit der nachgewiesenen Gelegenheit in Frage gestellt wäre.

§ § §

Auch nach OLG-Urteil sind Provisionskürzungen für Versicherungsvertreter der Allianz unwirksam (OLG München, Ur. v. 06.02.2008, 7 U 3993/07)

Das OLG München musste sich als Berufungsgericht mit der Frage auseinandersetzen, inwieweit der Versicherungskonzern Allianz berechtigt war, Provisionen seiner Versicherungsvertreter zu kürzen (vgl. zum erstinstanzlichen Urteil unseren Newsletter 7/2007). Ursprünglich war vom Versicherungskonzern im Kfz-Bereich nur ein Standardtarif angeboten worden. Im Jahr 2005 wurde ein zusätzlicher Tarif (sog. Kompakttarif) eingeführt. Er wies günstigere Prämien bei geringerem Leistungsumfang auf. Die Allianz, die den klagenden Versicherungsvertretern für den alten Kfz-Tarif 10 % Provision zahlte, kürzte die Provision für den zusätzlichen Kompakttarif auf 6 %. Die Versicherung hatte sich dabei auf eine Änderungsklausel in ihren Allgemeinen Provisionsbestimmungen berufen. Nachdem schon das Landgericht München den

Versicherungsvertretern Recht gegeben hatte, hielt nunmehr auch der OLG-Senat die einseitige Reduzierung der Provision für unwirksam. Es handele sich zwar um einen **neuen Tarif**, jedoch nicht um eine **neue Versicherungsart**. Die im Vermittlervertrag vereinbarte Änderungsklausel halte einer Prüfung anhand der Regelungen über AGB's nicht stand. Das Gericht stützte sich auf die Vorschrift des § 308 Nr. 4 BGB. Danach ist in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** insbesondere eine Regelung unwirksam, die einen **einseitigen Änderungsvorbehalt** vorsieht, ohne dass auf die Interessen des Vertragspartners in **zumutbarer Weise Rücksicht** genommen worden ist.

§ § §

Arglistige Täuschung durch Verschweigen früherer Alkoholabhängigkeit (OLG Hamm, Urt. v. 17.08.2007, 20 U 26/07)

Verschweigt ein Versicherungsnehmer bei Antragstellung eine frühere **Alkoholabhängigkeit**, die auch zu stationären Behandlungen führte, ist dies **arglistig**. Das Verschweigen von schweren Erkrankungen oder erkennbar chronischen Erkrankungen sowie längerer Krankenhausaufenthalte sprechen indiziell für eine Absicht des Versicherungsnehmers, durch Abgabe einer falschen Erklärung auf den Willen des Versicherers einzuwirken. Wer so handelt, billigt, dass der Versicherer seinen Antrag bei Kenntnis des wahren Sachverhalts gar nicht oder nur zu anderen Konditionen annehmen werde.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

EU-Rat verabschiedet Verbraucherkreditlinie

Der Rat der Europäischen Union für Verkehr, Telekommunikation und Energie hat am 07.04.2008 die neue Verbraucherkredit-Richtlinie verabschiedet. Ihr Ziel ist es, den Verbraucherschutz europaweit durch mehr Transparenz zu verbessern. Die neue Richtlinie enthält abschließende Vorgaben für die Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten. Künftig werden auch Überziehungskredite und sog. Renovierungskredite in die Richtlinie einbezogen, um den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Kreditformen nicht zu verzerren (anders als Kredite, die durch Grundpfandrechte gesichert sind oder zum Kauf von Grundstücken oder Gebäuden dienen).

Wesentlicher Inhalt der Richtlinie ist folgender:

- Ein Kreditgeber, der mit einem Zinssatz wirbt, muss ergänzende Angaben zu den Kreditbedingungen hinzufügen.
- Bevor der Verbraucher einen Kreditvertrag schließt, muss er die wesentlichen Informationen zum Kredit in einem Formular erhalten (EU-weit einheitlich).
- Ein Recht des Verbrauchers, den Kreditvertrag innerhalb von 14 Tagen zu widerrufen, gab es bislang nur in Deutschland und einigen anderen Mitgliedsstaaten. Das Widerrufsrecht gilt künftig europaweit.

- Die Richtlinie begrenzt die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung, die der Kreditgeber im Falle der vorzeitigen Rückzahlung verlangen kann.
- Die Richtlinie enthält Vorgaben für die einheitliche Berechnung des effektiven Jahreszinses.

Die Richtlinie bedarf zu ihrem Inkrafttreten noch der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union. Danach ist sie innerhalb von zwei Jahren in das innerstaatliche Rechte der Mitgliedsstaaten umzusetzen.

* * *

Gesetz zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren verabschiedet

Der Deutsche Bundestag hat am 25.04.2008 ein Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren beschlossen. Rechtsanwalt und Mandant können künftig eine erfolgsabhängige Vergütung im Einzelfall vereinbaren, wenn der Rechtsuchende ohne diese Möglichkeit davon absehen würde, den Rechtsweg zu beschreiten. Ein solcher Fall kann etwa vorliegen, wenn eine Partei einen wertvollen aber unsicheren Wiedergutmachungsanspruch geltend machen will und die Anwaltskosten hierfür nicht aufbringen kann. Auch eine hohe, streitige Schmerzensgeldforderung kann für einen Geschädigten unter Umständen wirtschaftlich nur durchsetzbar sein, wenn der Geschädigte im Verlustfall nicht zusätzlich zu den Gerichtskosten und gegnerischen

Anwaltskosten die eigenen Anwaltskosten zu tragen hat.

Das neue Recht soll den Vertragsparteien ermöglichen, mit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars auf der Grundlage individueller und subjektiver Nutzen-Risiko-Erwägungen den Umständen der konkreten Rechtsangelegenheit Rechnung zu tragen. Die Zulassung, die eine Ausnahme bleiben soll, wird mit einer Reihe von Aufklärungs- und Hinweispflichten zum Schutz der Rechtsuchenden verknüpft. Das Gesetz bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates und soll am 01.07.2008 in Kraft treten.

* * *

Gesetz zur Rechtsdurchsetzung im geistigen Eigentum verabschiedet

Am 11.04.2008 hat der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Umsetzung der EU-Durchsetzungs-Richtlinie verabschiedet. Das Gesetz soll den Kampf gegen Produktpiraterie erleichtern und damit das geistige Eigentum stärken. Novelliert werden eine Reihe von Gesetzen, die dem Schutz des geistigen Eigentums dienen: Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Markengesetz, Halbleiterschutzgesetz, Urheberrechtsgesetz, Geschmacksmustergesetz, Sortenschutzgesetz. Sie alle werden weitgehend wortgleich geändert.

Ferner passt das Gesetz das deutsche Recht an die neue EG-Grenzbeschlagnahme-Verordnung an. Diese Verordnung sieht ein vereinfachtes Verfahren zur Vernichtung von Piraterieware nach Beschlagnahme durch den

Zoll vor. Darüber hinaus enthält das Gesetz eine Anpassung an eine EG-Verordnung zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel und schließt hinsichtlich der unberechtigten Verwendung von geografischen Herkunftsangaben eine Strafbarkeitslücke.

LITERATURSPIEGEL

Beginn der Enthaltungsfrist bei Ausscheiden aus einer Personengesellschaft

Scheidet ein Gesellschafter aus einer Personengesellschaft aus, hat er großes Interesse daran, künftig nicht mehr oder nicht mehr als vom Gesetz vorgeschrieben für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch genommen werden zu können. Bei der oHG beginnt im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft die 5-jährige Enthaltungsfrist des § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden in das Handelsregister eingetragen wird. Diese Regelung gilt sowohl für Komplementäre als auch für die Kommanditisten einer KG. Für die BGB-Gesellschaften gelten die HGB-Vorschriften über die Begrenzung der Nachhaftung sinngemäß. Der BGH hatte im Fall, bei dem eine Eintragung im Handelsregister unterblieben war, entschieden, dass die Enthaltungsfrist auch dann beginnt, wenn die Eintragung in das Handelsregister unterblieb, ein Gläubiger aber durch andere Art und

Weise Kenntnis vom Ausscheiden des Gesellschafters bekam. Dies ist auch wichtig, wenn eine Gesellschaft, die in Wirklichkeit eine oHG ist, im Rechtsverkehr als GbR auftritt und aus diesem Grund im Handelsregister gar nicht eingetragen ist.

Wertenbruch bespricht in Heft 6/2008 der Zeitschrift **NZG** die BGH-Entscheidung vom 24.09.2007 (Az: II ZR 284/05). Er geht hierbei auch auf Fragen der Schein-GbR, Ansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters auf Handelsregistereintragung bzw. Information des Gläubigers und auf Beweislastfragen ein.

* * *

Verkauf notleidender Kredite - zivilrechtliche und strafrechtliche Fragestellungen

Die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Banken und Sparkassen Kredite verkaufen können, erhitzte vor allem Ende des letzten Jahres und Anfang diesen Jahres die Gemüter. Vor allem der Verkauf notleidender Kredite war Gegenstand einer sowohl rechtlichen als auch politischen Diskussion. Schnell ertönte der Ruf nach dem Gesetzgeber. So legte das BMJ am 11.12.2007 und 23.01.2008 Vorschläge zum besseren Schutz von Kreditnehmern bei einem Verkauf ihrer Kredite vor. **Domke** und **Sperlich** gehen in ihrem Beitrag in Heft 8/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** auf zivil- und strafrechtliche Fragestellungen beim Verkauf notleidender Kredite ein. Im Bereich des Zivilrechts geht es um die Zulässigkeit des Kreditverkaufes, die Bildung von Fallgruppen sowie den zulässigen Umfang der

Informationsweitergabe. Ferner wird untersucht, inwieweit der Kreditkäufer auch aus übertragenen Sicherungsgrundschulden gegen den Kreditnehmer bzw. Sicherungsgeber vorgehen kann und welche Abwehrrechte ein Sicherungsgeber hat. In strafrechtlicher Hinsicht wird die mögliche Strafbarkeit nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB untersucht sowie die mögliche Nichtigkeit des Übertragungsgeschäftes nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB i.V.m. § 134 BGB. Nach Ansicht der Autoren kommt es darauf an, ob der Sicherungsfall (Verwertungsreife) eingetreten ist. Nur dann und wenn die notleidenden Kredite wirksam gekündigt worden sind, sollte ein Verkauf erfolgen. Auch wenn Vorstandsmitglieder öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute aufgrund des öffentlichen Auftrages dieser Einrichtungen als Amtsträger gem. § 203 Abs. 2 StGB anzusehen sind, ist die Geheimnisoffenbarung im Rahmen eines Verkaufs notleidender Kredite gerechtfertigt und damit befugt im Sinne des StGB, wenn der Geheimnisträger (= Kreditnehmer bzw. Sicherungsgeber) hierzu vertraglich eingewilligt hat oder wenn der Kreditgeber den Kredit nebst Sicherheiten nach Eintritt des Sicherungsfalles zur Wahrung eigener Interessen an einen Dritten veräußert.

Die obergerichtliche Rechtsprechung zum Mietrecht im Jahre 2007

Die jährlichen Überblicke über neue Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Mietrecht, die **Lützenkirchen** gibt, haben inzwischen schon Tradition. In zwei ausführlichen Beiträgen (Teil 1 in Heft 3/2008

der Zeitschrift „**Wohnungswirtschaft & Mietrecht**“, Teil 2 in Heft 4/2008) lässt Lützenkirchen wieder wichtige Entscheidungen revuepassieren und gibt zugleich einen Ausblick darauf, was zukünftig erwartet werden kann.

Teil 1 beginnt mit Fragen zum Mietvertragsabschluss, Fragen des Vermieterwechsels, leitet dann über zu den Themenbereichen Mietzeit, Mietgebrauch, Modernisierung und Schönheitsreparaturen und zieht den Bogen bis hin zu Fragen von Gewährleistungsansprüchen und Mieterhöhungsmöglichkeiten.

Im Teil 2 geht es um die Themenkomplexe Betriebskosten, Heizkosten, Kautionsrückgabe der Mietsache, Vermieterpfandrecht, Verjährungsthemen, Zwangsverwaltung und Insolvenz. Soweit es auf Unterschiede zwischen Wohnungs- und Gewerberaummietrecht ankommt, werden auch die Besonderheiten herausgearbeitet und aufgezeigt, auf was zu achten ist.

Kollektive Anlagemodelle als Finanzportfolioverwaltung

In den letzten Jahren hat die BaFin in einer Vielzahl von Einzelfällen die Einstellung des Geschäftsbetriebes und die Abwicklung verschiedener kollektiver Anlagemodelle angeordnet und dies auf § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG gestützt. **Eßer**, Mitarbeiter der BaFin, stellt in Heft 15/2008 der Zeitschrift **Wertpapiermitteilungen** die unterschiedlichen Arten solcher kollektiver Anlagemodelle vor und geht der Frage nach, ob deren Tätigkeit

auch den Tatbestand der Finanzportfolioverwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG erfüllt. Eßer unterscheidet das KG-Modell (die KG investiert die Einlagen ihrer Gesellschafter im eigenen Namen und auf eigenes Risiko in Finanzinstrumente) und das schuldrechtliche Modell (bei diesem Modell nimmt der Anbieter des Anlagemodells Gelder von Anlegern gegen die Emission von Inhaberschuldverschreibungen, Namensschuldverschreibungen oder Genussscheinen entgegen; diese Anlegergelder werden wiederum im eigenen Namen in Finanzinstrumente investiert). Beiden Anlagemodellen ist gemeinsam, dass aus den gesammelten Anlegergeldern ein Portfolio gebildet wird.

Wer im eigenen Namen für fremde Rechnung Finanzinstrumente anschafft oder veräußert, bedarf der Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG. Wer hingegen in eigenem Namen für eigene Rechnung in Finanzinstrumente investiert, bedarf dieser Erlaubnis nicht. Die jüngste Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bewertet die kollektiven Anlagemodelle nicht als Finanzkommissionsgeschäfte. Eßer kritisiert diese jüngste Praxis und nimmt des Weiteren den Standpunkt ein, dass diese Anlagemodelle zumindest als Finanzportfolioverwaltung zu qualifizieren sind und aus diesem Grund der Erlaubnis gem. § 32 Abs. 1 KWG bedürften. Eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts steht noch aus. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesverwaltungsgericht dem Rechtsstandpunkt der BaFin eine Abfuhr erteilt.

* * *

Fannie Mae und Freddie Mac

In den USA erfährt der Markt für Hypothekarkredite eine indirekte Förderung durch zwei staatlich geförderte Finanzmarktinstitutionen: Fannie Mae (Federal National Mortgage Association) und Freddie Mac (Federal Home Loan Mortgage Corporation). Sie kaufen in großem Stil Hypothekenforderungen an. Die Refinanzierung dieser Kreditkäufe erfolgt durch Anleihen am Kapitalmarkt. Fannie und Freddie nehmen die Kreditrisiken aber nur zum Teil auf die eigene Bilanz. Der größere Teil der angekauften Kredite wird von ihnen in der Form sog. „Mortgage Backed Securities (MBS)“ verbrieft und damit an den Kapitalmarkt weitergereicht. **Kofner** stellt in seinem Beitrag in Heft 4/2008 der Zeitschrift **Wohnungswirtschaft & Mietrecht** diesen speziellen Markt für Hypothekarkredite in den USA vor. Er kritisiert die Intransparenz sowohl vom Geschäftsmodell als solchem als auch von dessen Zielsystem. So ist unklar, ob Fannie und Freddie in erster Linie der öffentlichen Hand oder ihren Aktionären gegenüber rechenschaftspflichtig sind. Es ist unklar, ob die Steigerung des Shareholder-Value oder politische Ziele ihr Handeln leiten. Auch ist unklar, ob der Staat im Notfall für ihre Emissionen einspringen wird. Die inzwischen erreichte ungeheure Größe widerspricht dem Grundgedanken der Risikostreuung. Eine Privatisierung dieser beiden Finanzmarkt-Kolosse müsste daher auf eine Zerschlagung hinauslaufen. Kofner zieht folgendes Fazit: „Fannie und Freddie gleichen zwei Vulkanen, von denen man nur weiß, dass sie ausbrechen werden, aber nicht wann.“

Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtl. gesicherter Darlehens- forderungen

Mit seiner Entscheidung vom 27.02.2007 (Az.: XI ZR 195/05, vgl. zu dieser Entscheidung unseren Newsletter 3/2007) hat der BGH die in der Praxis übliche Form der Veräußerung vom im Regelfall notleidender Kredite durch Kreditinstitute gebilligt. Weder Bankgeheimnis noch Bundesdatenschutzgesetz hindern die wirksame Abtretung von Darlehensforderungen. **Schwintowski** und **Schantz** kritisieren die BGH-Entscheidung und zeigen Probleme auf, die sich bei der getrennten Abtretung von Sicherungsgrundschulden und Forderungen ergeben. Sie vertreten die Ansicht, dass Forderungen aus einem Darlehensvertrag von einem Kreditinstitut nicht wirksam an ein Unternehmen abgetreten werden können, welches keine Bank ist. Hierin läge eine Inhaltsänderung nach § 399 Alt. 1 BGB. Gleiches gelte für die Abtretung einer Grundschuld durch die Bank.

Entgegen der Ansicht des BGH folgern die Autoren ein Abtretungsverbot aus dem Bankgeheimnis. Werden Kreditportfolios veräußert, die neben notleidenden auch intakte Kreditforderungen enthalten, ist die Gutgläubigkeit des Erwerbers einer Grundschuld zweifelhaft. Ihm können aber nach § 826 BGB auch bestehende Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegengehalten werden.

KURZ UND BÜNDIG

Neues zur gespaltenen Beitragspflicht der Personengesellschafter

In jüngerer Zeit musste sich der BGH mehrfach mit Fällen beschäftigen, in denen bei Personengesellschaften die Kapitaldecke aus den ursprünglich geleisteten Einlagen der Gesellschafter nicht mehr ausreicht und Gesellschafter deshalb zu Nachschusszahlungen aufgefordert werden. Grundsätzlich besteht eine derartige Nachschusspflicht vor Auflösung der Gesellschaft nicht, es sei denn, der in Anspruch genommene Gesellschafter hat seine Zustimmung hierzu eindeutig erteilt. Ohne diese Zustimmung kann er auch nicht durch eine qualifizierte Mehrheitsentscheidung der übrigen Gesellschafter zu Nachschusszahlungen verpflichtet werden (wobei die Regelung des § 707 BGB dispositiv ist). **Frings** bespricht den Themenkomplex in seinem Beitrag in Heft 6/2008 der Zeitschrift **NZG**. Er weist auf die enormen praktischen Folgen insbesondere für Gesellschafter von Publikumsgesellschaften hin. Letztlich müssen zur Beantwortung der Frage, ob Nachschusspflichten bestehen, nicht nur der Inhalt des Gesellschaftsvertrages, sondern im gleichen Maße auch der Inhalt der Beitrittserklärung, Anlagen zum Gesellschaftsvertrag und/oder Beteiligungsprospekt daraufhin untersucht werden, ob Nachschusspflichten begründet und ziffernmäßig beschränkt worden sind.

* * *

Konzeption und Vertrieb von Immobilien-Kapitalanlagen unter dem Blickwinkel der Liebhaberei und des § 15b EStG

In einem **kmi-Spezial** (Beilage zu Nr. 15/08) befasst sich **Kaligin** mit der Vorschrift des § 15b EStG und den Versuchen der Finanzverwaltung, mittels dieser Vorschrift oder der Berufung auf den Tatbestand der Liebhaberei auch Denkmalschutzobjekte zu torpedieren oder Investitionen in Immobilien in Sanierungsgebieten. Kaligin nennt noch einmal die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Steuerstundungsmodells und Hürden, die bei Einzelinvestitionen zu überwinden sind. Für die Modellhaftigkeit ist die Bereitstellung eines Bündels von Haupt-, Zusatz und Nebenleistungen typisch. Dadurch soll das Risiko des Anlegers minimiert und der Steuerspareffekt gesichert werden. Kaligin führt aus, dass die Vereinbarung über Gegenleistungen unschädlich ist, wenn dafür kein Entgelt erhoben wird. Hier dürfte Vorsicht angeraten sein, denn keine Dienstleistung kann unentgeltlich angeboten werden. Vielmehr wird die Finanzverwaltung in einem solchen Fall argumentieren, dass die Dienstleistungsgebühren in den Immobilienpreis einkalkuliert sind. Unschädlich sind aber Dienstleistungen, welche für die Bewirtschaftung und Verwaltung eines Objektes zwangsläufig anfallen, beispielsweise das Angebot einer Hausverwaltung oder Sondereigentumsverwaltung.

* * *

Der Dauerbrenner: Einkünfteerzielungsabsicht bei Vermietung und Verpachtung - was zu beachten ist!

Das Vorhandensein der Einkünfteerzielungsabsicht ist maßgeblich dafür, ob oder inwieweit Aufwendungen steuermindernde Berücksichtigung finden können. Im Bereich der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist die „auf Dauer angelegte Vermietungstätigkeit“ zentrales Tatbestandsmerkmal. Einzelheiten hat die Finanzverwaltung in einer 15-seitigen Anweisung zusammengefasst (Az: IV C3-S2253-91/04). **Iser** fasst in einem **immobilien-intern Spezial** (Beilage Nr. 09/08) die wichtigsten Punkte des Erlasses sowie weitere aktuelle Aspekte zusammen. Im ersten Teil geht es um das Merkmal der auf Dauer angelegten Vermietung, den 5-Jahreszeitraum, die verbilligte Überlassung von Mietobjekten insbesondere an Angehörige, um Fragen des Leerstandes, Besonderheiten bei Ferienwohnungen und unbebauten Grundstücken sowie um Fragen, wenn Personengesellschafter als Vermieter auftreten. Im zweiten Teil des Beitrages wird das Merkmal der „Überschussprognose“ ausführlich erläutert. Außerdem geht es darum, welche Eigentümlichkeiten bei besonders hochwertig ausgestatteten Objekten zu beachten sind.

* * *

Kein Wegfall von Ansprüchen aus harter Patronatserklärung mit Insolvenz des Berechtigten („Tennislegende“)

Höpfner bespricht in Heft 5/2008 der Zeitschrift **EWiR** das Urteil des OLG München vom 31.10.2007, 19 U 1887/04. Es geht um Rechtsfragen aus einer harten Patronatserklärung, die Boris Becker, der an der Sportgate AG beteiligt war, abgegeben hatte. Das Gericht stellt ausdrücklich fest, dass die Ansprüche aus der harten Patronatserklärung nicht durch die Insolvenz der Schuldnerin entfallen seien. Sinn der verpflichtenden Patronatserklärung sei es gerade gewesen, eine Liquidation der Gesellschaft zu vermeiden und ihr Fortbestehen zu sichern. Die Auslegung, dass eine solche Verpflichtung in der Krise nicht bestehe, sei deshalb „geradezu absurd“.

Höpfner weist darauf hin, dass das Urteil auf der Linie der BGH-Rechtsprechung liegen dürfte, auch wenn sich der BGH konkret noch nicht abschließend äußern musste. Er begrüßt die Entscheidung des OLG München. Der Patron einer harten Patronatserklärung übernehme aufgrund des Erklärungsinhalts regelmäßig das Risiko, Verluste der Gesellschaft auszugleichen und die Gesellschaft mit der notwendigen Liquidität auszustatten. Eine Haftungsfreistellung des Patrons für den Fall der Insolvenz verbietet sich deshalb.

* * *

Aufklärungspflichtverletzung der finanzierenden Bank aufgrund eines widerleglich vermuteten Wissensvorsprungs

In Heft 11/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** fasst **Schneider** die Grundsätze des BGH-Urteils vom 06.11.2007, XI ZR 322/03 (vgl. unseren Newsletter 2/2008) zusammen. Nach Ansicht von Schneider enthält die Entscheidung einen gewissen Widerspruch, weil sie einerseits die mögliche Schadenersatzhaftung der Bank an die widerlegliche Vermutung eines Wissensvorsprungs anknüpft, andererseits aber der Bank den Beweis abfordert, dass der Anleger die Immobilie auch bei gehöriger Aufklärung durch die Bank erworben hätte. Der Bank könne eine Aufklärung des Anlegers nur insoweit zugemutet werden, wie sie einen Wissensvorsprung tatsächlich besitzt oder ihn sich ohne weiteres hätte verschaffen können (beispielsweise durch offensichtlich unrichtige Prospektangaben des Vermittlers oder Initiators). Schneider empfiehlt den Banken, im Neugeschäft eine sorgfältig zu dokumentierende Plausibilitätsprüfung der Prospektangaben des Vermittlers oder Initiators durchzuführen.

* * *

Der Regierungsentwurf zur Erbschaftsteuerreform: Ausgewählte Zweifelsfragen bei Verwaltungsvermögen, Lohnsumme und der Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen

In Heft 11/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** beleuchten **Schulz, Althof** und **Markl** Zweifelsfragen und systematische Widersprüche bei einzelnen Regelungen des Entwurfs zur Erbschaftsteuerreform. Sie zeigen mögliche Lösungswege auf.

* * *

Die Neustrukturierung des Finanzmarktrechts durch das Finanzmarktrichtlinienumsetzungsgesetz (FRUG)

Mit Inkrafttreten des Finanzmarktrichtlinienumsetzungsgesetzes zum 01.11.2007 müssen sich Banken und Wertpapierdienstleister auf teils erhebliche Änderungen einstellen. Ausgehend von Kundenklassen und den verschiedenen Wertpapierdienstleistungen müssen Informations- und Wohlverhaltenspflichten beachtet werden.

Durch die Einbeziehung neuer, z.B. spezieller derivativer Produkte, wurden die wertpapierrechtlichen Pflichten ausgedehnt und der Finanzinstrumentebegriff ausgeweitet. In Heft 12/2008 der Zeitschrift **NJW** geben **Holzborn** und **Israel** einen Überblick über die Änderungen, die in der Praxis erhebliche Anstrengungen erfordern.

* * *

Steuerliche Folgen der Rückabwicklung eines Anteilserwerbs an Immobilienfonds

Der BGH hat im Rahmen der Rückabwicklung eines verbundenen Geschäfts zum Erwerb eines Immobilienfondsanteils vor kurzem entschieden, dass sich der geschädigte Anleger die Steuervorteile, die bei ihm verbleiben, auf seinen Schadenersatzanspruch anrechnen lassen muss (BGH, Urt. v. 24.04.2007, XI ZR 17/06, vgl. unseren Newsletter 6/07). **Janssen** setzt sich in seinem Beitrag in Heft 10/2008 der Zeitschrift **NJW** kritisch mit dem Urteil auseinander. Aus Gründen des materiellen Steuerrechts überzeuge die Begründung des BGH nicht, da vormalig steuerermäßigende Werbungskosten, die später zurückfließen, sich im Rückflusszeitpunkt steuererhöhend auswirken.

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