

Der Markt für Kapitalanlagen - Doppelt genäht hält besser!

Newsletter 08/2008

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

„des Maklers Müh‘ ist oft umsonst“ heißt es bereits im Volksmund. Da im Regelfall Makler ihre Vergütung nur im Erfolgsfall erhalten, ist für sie entscheidend, dass das angedachte Geschäft zum Abschluss kommt. Vorkennntnis eines Kunden wird häufig als K.O.-Kriterium für den Vergütungsanspruch eines Immobilienmaklers genannt. Dabei kann er auch bei Vorkennntnis eine provisionspflichtige Leistung erbringen, wenn er nicht nur als Nachweismakler tätig ist, sondern die Vergütungspflicht auch für den Fall einer Vermittlungstätigkeit vereinbart ist.

Noch besser steht der Berater dar, der mit seinem Kunden eine stets vergütungspflichtige Honorarberatung vereinbaren kann. Der Berater erklärt sich dann regelmäßig bereit, eine ggf. vom Produktpartner gewährte Provision weiterzugeben oder von vornherein ein Produkt auszuwählen, welches ohne Abschlusskosten kalkuliert ist. Diese Netto-Produkte sind bislang noch selten anzutreffen, werden aber bei entsprechender Nachfrage sicherlich sprunghaft ansteigen. Für den Normalkunden ist das Angebot unterschiedlichster Anlage- und Beteiligungsmöglichkeiten alleine nicht zu überblicken. Der Kunde verlässt sich auf den

Rat des Fachmanns. Umgekehrt sollte es eine Selbstverständlichkeit sein, dass der Berater das passende Produkt anhand der Wünsche und Bedürfnisse des Kunden auswählt und nicht aus Gründen des eigenen Vorteils. Dass Provisionsversprechen eines Anbieters steuerbegünstigter Vermögensanlagen gegenüber einem Anlageberater sogar nichtig sein können, zeigt die Entscheidung des Kammergerichts, die wir im heutigen Rechtsprechungsteil besprechen. Bei uns mehrten sich auch Anfragen von Finanzdienstleistern, die zusätzlich zum Prospekt, zum Prospektgutachten und ggf. Analysen von Ratingagenturen eine juristische Stellungnahme zu den Grundlagenverträgen wünschen. Ein noch nicht alltägliches Vorgehen, aber nicht zuletzt als eigener Haftungsschutz nicht unklug. Der Couturier weiß eben: „Doppelt genäht hält besser“.

Gern unterstützen wir Sie dabei, eine „zweite Naht zu nähen“ oder ein Auffangnetz unter dem Drahtseil zu installieren, auf dem möglicherweise auch Sie sich ab und zu bewegen müssen.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Keine generelle Aufklärungspflicht einer finanzierenden Bank über die Risiken eines Erwerbermodells mit Mietpoolbeitritt
- Beratungspflichten im Hinblick auf die Finanzierung eines Bauvorhabens
- Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Provisionsversprechen eines Anbieters steuerbegünstigter Vermögensanlagen gegenüber einem Anlageberater nichtig sein kann
- Zehn Musterfeststellungsanträge auch bei Geltendmachung in einem Prozess
- Delisting: Kein Nachweis der Stellung als Aktionär im Spruchverfahren innerhalb der Anspruchsbegründungsfrist erforderlich
- Zur Frage des maßgeblichen Zeitpunktes für die Einordnung einer Wohnung in die Altersklasse eines Mietspiegels
- Zur Frage eines Verstoßes gegen das Äquivalenzprinzips bei vollständigem Ausschluss des Mietminderungsrechtes
- Zur Frage des Verjährungsbeginns bei Veräußerung der Mietsache und Geltendmachung eines Mieteranspruchs auf Ersatz von Aufwendungen
- Zur Frage der Anfechtbarkeit eines Gebots bei einer Grundstücksversteigerung wegen Fehlvorstellung über Bestehenbleiben der Rechte
- Erteilung des Buchauszugs ist Holschuld des Handelsvertreters
- Zur Legitimationswirkung eines Versicherungsscheins
- Kein Besteuerungsrecht Deutschlands für Einkünfte aus Beteiligung an einer nach US-amerikanischem Recht als Personengesellschaft behandelten Limited Liability Company

Gesetzgebungsspiegel

- Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung und Entbürokratisierung des Steuerverfahrens (Steuerbürokratieabbaugesetz)
- Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen verabschiedet

Literaturspiegel

- Die Anwendung der Zinsschranke bei vermögensverwaltenden und gewerblichen Personengesellschaften
- Hinweispflicht auf Straf- und Ermittlungsverfahren im Prospekt geschlossener Fonds
- Herausgabe von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaftsurkunden
- Verjährungsprobleme bei der Immobilienfinanzierung
- Rechnungslegungs- und Auskunftspflichten sowie die Stellung des Zwangsverwalters
- Bürgschaft - Aktuelle Tendenzen zum Verjährungsrisiko

Kurz und bündig

- Betriebseinnahmen der Versicherungsvermittler - Provisionseinnahmen, Auslagenersatz, Sachbezüge und Stornoreserve
- Gestaltungsmissbrauch bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung - Knapp daneben ist auch vorbei
- Passt Tele-Underwriting zum Selbstverständnis eines Versicherungsmaklers?
- Doppelt genäht hält besser - Warum der Nachweismakler immer auch Vermittlungsmakler sein sollte und umgekehrt
- BMF-Schreiben zur Anwendung der steuerlichen Zinsschranke und zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Kapitalgesellschaften
- Zur Einordnung eines kollektiven Anlagemodells als erlaubnispflichtiges Finanzkommissionsgeschäft
- Steuerfreiheit für die Untervermittlung von Gesellschaftsanteilen und Wertpapieren
- Vererben und Verschenken mit geschlossenen Immobilienfonds
- Die GmbH-Reform durch das MoMiG - Ein Überblick
- Private Equity - Publikumsfonds sind im branchenspezifischen Vergleich zu teuer
- Das MoMiG - Vom Regierungsentwurf zum Bundestagsbeschluss
- Der Vermittlerstatus bei der Zusammenarbeit mit Vertrieben, Maklern und Pools

- Kommunen als geeignete Gegenparteien im Handel mit Derivaten nach dem Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz
- Kreditverkäufe in der Praxis - Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze
- Die Verantwortlichkeit für existenzvernichtendes Unterlassen (zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 28.04.2008, II ZR 264-Gamma)
- Die Haftung des Kommanditisten bei Rückzahlung des Aufgeldes
- Fogging - Rechte und Pflichten der Mietparteien
- Gesetzentwurf zum Jahressteuergesetz 2009: Wichtige Änderungen im Bereich der Vermögensanlage
- Immobilieninvestitionen - Progressionsvorbehalt für EU-Immobilienfonds vor der Abschaffung

Zu guter letzt

- Eigenvorsorgereport eines Versicherers

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Keine generelle Aufklärungspflicht einer finanzierenden Bank über die Risiken eines Erwerbermodells mit Mietpoolbeitritt (BGH, Urt. v. 03.06.2008, XI ZR 131/07)

Noch immer sind zahlreiche Gerichte bis hin zum BGH mit der Aufbereitung der sog. Schrottimmobilienfälle befasst. Beliebte Haftungsadressaten sind die Banken, weil Ansprüche gegen Initiatoren entweder verjährt sind oder Ansprüche gegen Initiatoren und Vertrieb deshalb nicht mehr möglich sein, weil diese häufig als Kapitalgesellschaften tätig waren und heute nicht mehr existieren. Mit Urteil vom 29.04.2008 (XI ZR 221/07, vgl. unseren Newsletter 6/2008) hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, wann eine kreditgebende Bank unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines Wissensvorsprungs zur Aufklärung verpflichtet ist. Eine Haftung ist stets dann zu bejahen, wenn Pflichten verletzt wurden und sich die finanzierende Bank die Pflichtverletzung zurechnen lassen muss, beispielsweise bei institutionalisiertem Zusammenwirken mit dem Verkäufer oder dem Vertrieb. Im Urteil vom 03.06.2008 ging es um die Frage, ob die ein Bauherren- oder Erwerbermodell finanzierende Bank über das mit einem Mietpoolbeitritt verbundene Risiko aufzuklären hat, wenn die Bank den Beitritt zum Mietpool zur Voraussetzung der Darlehensauszahlung gemacht hat. Dies wird vom BGH verneint. Nur unter ganz besonderen Voraussetzungen sei die Bank zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft verpflichtet. Regelmäßig dürfe die Bank davon

ausgehen, dass die Kunden entweder über die notwendige Kenntnisse oder Erfahrungen verfügen oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient haben. Aufklärungs- und Hinweispflichten bezüglich des finanzierten Geschäfts können sich daher nur aus den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls ergeben. Soweit ein Anleger bereits in der Beitrittsvereinbarung, die sein Beitritt zum Mietpool regelt, über die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Mietpoolbeteiligung aufgeklärt wird, ist eine finanzierende Bank nicht zur nochmaligen oder weitergehenden Aufklärung verpflichtet. Durch die Konstruktion des Mietpools werde auch dem Umstand Rechnung getragen, dass Anleger, die eine Eigentumswohnung an einem weit entfernten Ort erwerben, in aller Regel weder den Willen noch die Möglichkeit haben, sich selbst um die Verwaltung der Wohnung zu kümmern. Eine finanzierende Bank, die die Auszahlung der Darlehensvaluta von dem Beitritt ihres Kunden zu einem Mietpool abhängig macht, überschreitet ihre Rolle als bloße Kreditgeberin nicht. Vielmehr trägt die Forderung nach Beitritt des Darlehensnehmers zu einem Mietpool dem banküblichen Bestreben des finanzierenden Kreditinstituts nach einer genügenden Absicherung des Kreditengagements Rechnung.

Im Übrigen kann die Rechtsfolge einer etwaigen Verletzung einer Aufklärungspflicht über die allgemeinen Folgen eines Mietpoolbeitritts lediglich ein Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten oder Mindereinnahmen sein, die sich durch die Mietpoolbeteiligung ergeben, nicht hingegen ein Anspruch auf Rückabwicklung sämtlicher Verträge.

Schließlich könne sich aus einer lediglich zu bankinternen Zwecken erfolgten Beleihungswertermittlung grundsätzlich auch keine Pflichtverletzung der Bank gegenüber dem Kreditnehmer ergeben. Kreditinstitute prüfen und ermitteln den Wert der ihnen gestellten Sicherheiten grundsätzlich nur im eigenen Interesse sowie im Interesse der Sicherheit des Bankensystems, nicht aber im Kundeninteresse. Wenn allerdings die Bank den Beitritt in Kenntnis einer bereits bestehenden Überschuldung des konkreten Mietpools oder in Kenntnis des Umstandes verlangt, dass dem konkreten Mietpool Darlehen gewährt wurden, für die der Anleger als Poolmitglied mithaften muss, begründen diese Umstände einen Aufklärungstatbestand. Gleiches gilt, wenn die finanzierende Bank den Beitritt verlangt, obwohl sie weiß, dass die Ausschüttungen des Pools konstant überhöht sind. Diese Voraussetzungen waren im konkreten Fall aber nicht festgestellt worden. Der BGH hob das der Klage des Anlegers stattgebende Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur weiteren Sachaufklärung zurück.

§ § §

Beratungspflichten im Hinblick auf die Finanzierung eines Bauvorhabens (OLG Bamberg, Urt. v. 31.01.2008, 1 U 184/06, rkr.)

Berät die Bank einen Kunden im Zusammenhang mit der Finanzierung eines Bauvorhabens, ist sie aufgrund des Beratungsvertrages verpflichtet, den Kunden über alle Risiken des empfohlenen Finanzierungsmodells aufzuklären. Dies umfasst auch die Gefahr einer Unterdeckung,

falls eine Tilgung über eine Lebensversicherung als Finanzierungsmodell gewählt wird.

Die Beraterpflichten ergeben sich jeweils aus dem konkreten Anlass und dem Inhalt der Anfrage. Sie gehen grundsätzlich dahin, die Auskunft richtig, vollständig und gewissenhaft zu erteilen. Wird von einem Berater die Möglichkeit einer Finanzierung mittels Festkredites in Kombination mit einer Lebensversicherung vorgestellt, ist über das Risiko einer Senkung von Überschussanteilen aufzuklären oder diesem Risiko anderweitig Rechnung zu tragen, etwa mit der Empfehlung, einer den Darlehensbetrag ausreichend übersteigenden Gesamtversicherungsleistung.

§ § §

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Provisionsversprechen eines Anbieters steuerbegünstigter Vermögensanlagen gegenüber einem Anlageberater nichtig sein kann (KG, Urt. v. 03.03.2008, 20 U 46/06)

Ein Anleger hatte sich auf Empfehlung eines Anlageberaters, der für ihn seit längerem tätig war, an einem Bauherrenmodell beteiligt. Der Anlageberater verschwieg die nicht unerheblichen Vermittlungsprovisionen, die ihm vom Objektanbieter vertraglich zugesagt waren, die aber unterhalb von 15 % der Investitionssumme lagen (vom Anleger mit 12 % der Bauinvestition angegeben). Zuletzt forderte der Anleger die Rückzahlung dieser Provision an die Gesellschaft, an der er sich mit dem Ziel der Begründung von Wohnungs-

/Teileigentum beteiligt hatte. Das Kammergericht verneinte Ansprüche nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn wie auch Ansprüche aus der Prospekthaftung im weiteren Sinn. Es bejahte aber einen Anspruch wegen Nichtigkeit des Provisionsversprechens nach § 138 BGB. Es sei bedenklich, wenn Unternehmen, die steuerbegünstigte Vermögensanlagen anbieten, Anlageberatern eine Provision für den Fall versprechen, dass sie ihre Klienten zu einem Vertragsschluss mit diesem Unternehmen veranlassen. Es läge in der Natur der Sache, dass Anlageberater mit ihren Klienten die Frage erörtern, in welcher Weise diese ihr Vermögen am besten anlegen können. Der in diesen Fällen abgeschlossene Beratungsvertrag verpflichte den Anlageberater zu richtiger und vollständiger Information über die tatsächlichen Umstände, die für den Kaufentschluss des Interessenten von wesentlicher Bedeutung sind. Der Klient habe einen Anspruch darauf, dass sein Berater Fragen hinsichtlich des Anlageobjekts mit völliger Objektivität beantworte, sich also ausschließlich vom Interesse des Klienten leiten und sich nicht durch unsachliche Gesichtspunkte, insbesondere nicht durch zu erwartende persönliche Vermögensvorteile beeinflussen lässt. Durch eine Provisionsvereinbarung gerate der Anlageberater in die Gefahr, seinen Klienten nicht mehr unvoreingenommen zu beraten. Die Annahme einer Nichtigkeit des Provisionsversprechens nach § 138 BGB setze aber voraus, dass der Versprechende weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Anlageberater die Provisionsvereinbarung seinem Mandanten

verschweigen will. An den Nachweis der subjektiven Voraussetzungen dürften keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Das Kammergericht verglich die Situation des Anlageberaters mit derjenigen eines Steuerberaters, der seinem Mandanten eine steuerbegünstigte Vermögensanlage empfiehlt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtigkeit eines Provisionsversprechens gegenüber einem Steuerberater sei deshalb entsprechend anwendbar.

§ § §

Zehn Musterfeststellungsanträge auch bei Geltendmachung in einem Prozess (BGH, Beschl. v. 21.04.2008, II ZB 6/07)

1. Ein Musterverfahren ist nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KapMuG einzuleiten, wenn bis zum Ablauf der dort genannten Frist zehn gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge gestellt worden sind. Diese Anträge müssen nicht in zehn getrennten Prozessen gestellt worden sein. Es reicht vielmehr aus, wenn zehn einfache Streitgenossen jeweils einen auf die Durchführung des Musterverfahrens gerichteten Antrag gestellt haben. Die Möglichkeit einer Zurückweisung dieser Anträge wegen Prozessverschleppung nach § 1 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 KapMuG bleibt unberührt.
2. In das Klageregister ist gem. § 2 Abs. 1 KapMuG jeder einzelne Musterfeststellungsantrag einzutragen,

auch wenn mehrere Streitgenossen jeweils gleichlautende Anträge gestellt haben.

§ § §

Delisting: Kein Nachweis der Stellung als Aktionär im Spruchverfahren innerhalb der Anspruchsbegründungsfrist erforderlich (BGH, Beschl. v. 25.06.2008, II ZB 39/07)

Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft hatte beschlossen, bei der Zulassungsstelle der Börse den Widerruf der Zulassung der Aktien zum Handel am amtlichen Markt zu beantragen (sog.: Delisting). Nach Zustandekommen des Delisting-Beschlusses hatte der Hauptaktionär angeboten, die anderen Aktionäre zu einem bestimmten Preis abzufinden. In einem sog. Spruchverfahren wollten Aktionäre die Überprüfung der Angemessenheit des gebotenen Preises bei regulärem Delisting überprüfen lassen. Es ging um die Frage, ob im Spruchverfahren der Antragsteller seine Stellung als Aktionär innerhalb der Anspruchsbegründungsfrist nur darlegen oder auch nachweisen muss. Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von § 3 SpruchG führte der BGH aus, dass sich der Wille des Gesetzgebers, einen Nachweis der Aktionärsstellung innerhalb der Antragsfrist zu verlangen, den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen lässt. Es reiche aus, dass ein Aktionär im Rahmen der Antragsbegründung seine Antragsberechtigung darstellt. Das Erfordernis eines Nachweises der Aktionärsstellung würde den Zugang zu den Gerichten erschweren. Da die Antragsteller

innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist Depot- oder Bestandsbescheinigungen vorgelegt hatten, aus denen sich jeweils bezogen auf den Zeitpunkt des Antragseingangs ergibt, dass sie Aktionäre waren, waren ihre Anträge zulässig.

(Vgl. zu Delisting und zur Statthaftigkeit eines Spruchverfahrens auch den Beschluss des OLG München vom 21.05.2008, 31 Wx 62/07; in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall war die Börsenzulassung zum amtlichen Markt widerrufen worden. Die Aktien der AG waren aber weiterhin im Segment M:Access der Börse München gehandelt worden. Das OLG München entschied, dass damit die Verkehrsfähigkeit gewährleistet sei und ein Spruchverfahren nicht statthaft ist. Mit dem Wechsel in den Freiverkehr gehe im Allgemeinen keine wesentliche Veränderung der Art und Weise der Preisfeststellung einher. Im konkreten Fall war außerdem mit dem Delisting keine maßgebliche Verringerung der Liquidität der betroffenen Aktien verbunden.)

§ § §

Zur Frage des maßgeblichen Zeitpunktes für die Einordnung einer Wohnung in die Altersklasse eines Mietspiegels (LG Berlin, Urt. v. 05.11.2007, 62 S 205/07)

1. Ordnet der Vermieter die Wohnung in ein falsches Mietspiegelfeld ein und kann der Mieter dies nicht erkennen, so ist das auf einen Mietspiegel gestützte Mieterhöhungsverlangen formell unwirksam.

2. Für die Einordnung eines Gebäudes in die Altersklasse eines Mietspiegels ist der Zeitpunkt der Bauerrichtung und nicht der Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit maßgeblich.

§ § §

Zur Frage eines Verstoßes gegen des Äquivalenzprinzips bei vollständigem Ausschluss des Mietminderungsrechtes (BGH, Ur. v. 12.03.2008, XII ZR 147/05)

Eine vom Vermieter verwendete formularmäßige Klausel, wonach der Mieter von Gewerberaum gegenüber den Ansprüchen des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses kein Minderungsrecht wegen Mängeln der Mietsache geltend machen kann, es sei denn, der Vermieter hat die Mängel vorsätzlich oder grob fahrlässig zu vertreten, ist im Zweifel dahin auszulegen, dass sie die Minderung wegen sonstiger Mängel vollständig ausschließt. Dem Mieter verbleibt dann auch nicht die Möglichkeit der Rückforderung der Miete aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB). Eine solche Klausel benachteiligt den Mieter unangemessen und ist deswegen unwirksam.

(Anm.: Um ein solches Ergebnis zu vermeiden, sollte in eine AGB-Klausel unbedingt mit aufgenommen werden, dass ein Rückforderungsanspruch des Mieters nach § 812 BGB unberührt bleibt. Ein Mieter sollte in diesen Fällen nur unter Vorbehalt bezahlen, die Zahlung sofort zurückfordern und notfalls einklagen.)

§ § §

Zur Frage des Verjährungsbeginns bei Veräußerung der Mietsache und Geltendmachung eines Mieteranspruchs auf Ersatz von Aufwendungen (BGH, Ur. v. 28.05.2008, VIII ZR 133/07)

In diesem vom BGH entschiedenen Fall verlangten Mieter von ihrem ehemaligen Vermieter die Kosten für verschiedene Aufwendungen. Die Vermieter haben die Einrede der Verjährung erhoben, weil das Mietverhältnis durch den Verkauf des Objektes und die zwischenzeitliche Grundbuchumschreibung vor über sechs Monaten vor Klageerhebung beendet worden sei. Nach Ansicht des BGH sind die Mieteransprüche nicht verjährt. Anders als bei den Ansprüchen des Vermieters ist die Frist für Ansprüche des Mieters erst ab der rechtlichen Beendigung des Mietvertrages zu berechnen. Ein Mieter müsse deshalb von der Grundbuchumschreibung, die zur Beendigung des Mietverhältnisses führt, auch Kenntnis haben. Die Information nur über den Kaufvertrag sei nicht ausreichend, weil dessen Durchführung aus unterschiedlichen Gründen scheitern kann.

§ § §

Zur Frage der Anfechtbarkeit eines Gebots bei einer Grundstücksversteigerung wegen Fehlvorstellung über Bestehenbleiben der Rechte (BGH, Beschl. v. 05.06.2008, V ZB 150/07)

Ein Bieter hatte im Zwangsversteigerungstermin eines Grundstücks das höchste Gebot abgegeben. Im Anschluss daran teilte er mit, ihm sei bei der Gebotsabgabe das Bestehenbleiben von Rechten nicht bekannt gewesen. Deshalb fechte er seine Erklärung nach § 119 Abs. 1 BGB an. Der BGH verneinte ein Anfechtungsrecht, weil weder die Voraussetzungen eines Inhalts- noch eines Erklärungsirrtums vorlagen. Unterläuft dem Bieter bei der Willensbildung ein Fehler bei der Berechnung seines Gebots, handele es sich um einen Motivirrtum, der von keinem der gesetzlich vorgesehenen Anfechtungsgründe erfasst wird. In diesem Zusammenhang nahm der BGH zugleich noch einmal zu den möglichen Anfechtungsgrundlagen und deren Voraussetzungen Stellung:

Nach § 119 Abs. 1 BGB kann derjenige, der bei der Abgabe seiner Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war (Inhaltsirrtum) oder der eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte (Erklärungsirrtum) die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Anliegend überreiche ich Ihnen zur Kenntnisnahme und Vervollständigung Ihrer Unterlagen der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben hätte.

Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn schon der äußere Tatbestand nicht dem Willen des Erklärenden entspricht. Ein solcher Irrtum schied hier aus, weil der Bieter im Versteigerungstermin ein Gebot abgeben wollte.

Bei einem Inhaltsirrtum entspricht zwar der äußere Tatbestand dem Willen des Erklärenden, dieser irrt sich jedoch über die Bedeutung oder die Tragweite seiner Erklärung. Nicht nach § 119 Abs. 1 BGB anfechtbar sind Willenserklärungen, die auf einem Motivirrtum oder auf einer Fehlvorstellung über die Rechtsfolgen beruhen, insbesondere wenn sich diese nicht aus dem Inhalt der Erklärung ergeben, sondern kraft Gesetzes eintreten. Bleiben Rechte am versteigerten Grundstück bestehen, ist diese Rechtsfolge nicht mehr Teil eines Gebotes, sondern eine mittelbare Rechtsfolge der von allen Bietern zu berücksichtigenden Bedingungen der Versteigerung.

Ein Bieter sollte sich deshalb vor Abgabe eines Gebotes gut informieren, ob und wenn ja welche Rechte im Falle des Zuschlags bestehenbleiben. Ansonsten kann es teuer werden.

§ § §

Erteilung des Buchauszugs ist Holschuld des Handelsvertreters (OLG Düsseldorf, Ur. v. 25.03.2008, I-16 W 77/07)

Ein Handelsvertreter verlangte nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses

wegen der anfallenden Abrechnung von seinem Auftraggeber die Erteilung eines Buchauszugs. Hierauf hat er gem. § 87c Abs. 2 HGB einen Anspruch. Der Handelsvertreter ging davon aus, dass die Übersendung der Unterlagen per Post erfolgen würde. Schließlich hatte er auch seine Provisionsabrechnungen in der Vergangenheit stets per Post erhalten.

Hierzu ist das Unternehmen - so das OLG Düsseldorf - jedoch nicht verpflichtet. Anders als bei Provisionsabrechnungen, bei denen es sich um eine Schickschuld des Unternehmers handelt, ist die Erteilung des Buchauszugs rechtlich eine Holschuld des Handelsvertreters. Er muss sich also den gewünschten Buchauszug nunmehr selbst abholen.

§ § §

Zur Legitimationswirkung eines Versicherungsscheins (OLG Bremen, Urte. v. 19.02.2008, 3 U 45/07)

Die einem Lebensversicherungsvertrag zugrunde liegende, an § 11 Abs. 1 Satz 1 ALB 86 angelehnte Klausel: „*Die Gesellschaft kann den Inhaber des Versicherungsscheins als Verfügungs-, insbesondere empfangsberechtigt ansehen*“ berechtigt den Inhaber des Versicherungsscheins auch zur Kündigung des Versicherungsvertrages zur Erlangung des Rückkaufswerts.

Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, die unmittelbar darauf gerichtet sind, auf ein bestehendes Recht einzuwirken, es zu verändern, zu übertragen oder aufzuheben.

Nach dem insoweit maßgeblichen rechtlichen Verständnis des Verfügungsbegriffs erfasst die vorstehend zitierte Klausel das aktive Einwirken auf Rechte, die den Versicherungsvertrag betreffen. Wird unter Vorlage des Originals des Versicherungsscheins gekündigt und Zahlung des Rückkaufswertes auf ein bestimmtes Konto gefordert und leistet der Versicherer anschließend die Zahlung auf dieses Konto, ist er von seiner Zahlungspflicht frei geworden.

§ § §

Kein Besteuerungsrecht Deutschlands für Einkünfte aus Beteiligung an einer nach US-amerikanischem Recht als Personengesellschaft behandelten Limited Liability Company (FG Baden-Württemberg, Urte. v. 17.03.2008, 4 K 59/06; Revision eingelegt zum Az: BFH, I R 34/08)

Einkünfte, die eine in den USA als Personengesellschaft behandelte Limited Liability Company erzielt, unterliegen auch dann nicht der deutschen Einkommensteuer, wenn die Limited Liability Company als Kapitalgesellschaft angesehen wird. In beiden Fällen seien die durch die Beteiligung bezogenen Einkünfte des Steuerpflichtigen, soweit dieser im Inland ansässig ist, von der Bemessungsgrundlage der deutschen Einkommensteuer auszunehmen. Dies ergebe sich aus Art. 7 Abs. 1, Art. 23 Abs. 2 Satz 1 a) Satz 1 Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-USA.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung und Entbürokratisierung des Steuerverfahrens (Steuerbürokratieabbaugesetz)

Am 23.07.2008 hat die Bundesregierung das vorgenannte Gesetzgebungsverfahren auf den Weg gebracht. Im Vordergrund steht die stärkere Nutzung elektronischer Möglichkeiten im Besteuerungsverfahren. Beispielsweise sollen Steuererklärungen elektronisch abgegeben werden können. In die elektronische Übermittlungspflicht einbezogen werden auch Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen. Dies gilt für alle Gewinneinkunftsarten und auch, wenn freiwillig Bücher geführt werden und Abschlüsse erstellt werden. Der Mindestumfang der zu übermittelnden Bilanzen sowie der Gewinn- und Verlustrechnungen wird durch Rechtsverordnung noch festgelegt. Weitere Änderungen betreffen die Einkommensteuerdurchführungsverordnung und das Fünfte Vermögensbildungsgesetz, Änderungen des Körperschaftsteuergesetzes, Änderungen des Gewerbesteuergesetzes, des Umsatzsteuergesetzes und der Abgabenordnung.

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen verabschiedet

Seit inzwischen 10 Jahren besteht die gesetzliche Möglichkeit, geleistete Arbeitszeit

in einem besonderen Wertguthaben anzusammeln und zu einem späteren Zeitpunkt zur kurz-, mittel- oder sogar längerfristigen Freistellung von der Arbeit einzusetzen. Erst zum Zeitpunkt der Auszahlung sind auch die Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Seither haben sich Modelle zur flexiblen Gestaltung der Arbeitszeit außerhalb der klassischen kurzfristigen Ausgleichsmöglichkeiten wie Gleitzeit- oder Kurzzeitkonten erheblich entwickelt. Nicht selten finden sich auch tarifliche Regelungen. Allerdings wird die vom Gesetzgeber betonte Insolvenzschutzverpflichtung häufig nicht hinreichend beachtet. In der Vergangenheit sind bisweilen umfängliche Wertguthaben von Beschäftigten im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers zu bloßen der (im Regelfall wertlosen) Insolvenzforderungen geworden. Eine Reform des Gesetzes zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen wurde notwendig. Am 13.08.2008 hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf verabschiedet. Kritik ließ nicht lange auf sich warten. Beispielsweise fehle es an einer grundlegenden Definition des Begriffs „Wertguthaben“. Hierunter werde einerseits das „verdiente Arbeitsentgeltguthaben“ verstanden; andererseits werde derselbe Begriff aber als Bezeichnung für die Kapitalanlage verwendet. Auch die zahlreichen Forderungen nach einem umfassenden Bestandsschutz für bestehende Modelle seien im Gesetzesentwurf nicht umgesetzt. Lediglich für die Einrichtung des erforderlichen Insolvenzschutzes will der Gesetzgeber eine sechsmonatige Frist gewähren.

LITERATURSPIEGEL

Die Anwendung der Zinsschranke bei vermögensverwaltenden und gewerblichen Personengesellschaften

Im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 2008 hat der Gesetzgeber den Betriebsausgabenabzug für Zinsaufwendungen durch die sog. Zinsschranke beschränkt. Beschränkt werden dadurch Zinsaufwendungen eines Betriebs bei Einkünften aus §§ 13, 15 oder 18 EStG. Bei allen anderen Einkunftsarten wird kein Gewinn, sondern gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG ein Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten ermittelt. Maßgeblich für die Überschussermittlung sind die §§ 8 bis 9a EStG. Die Vorschriften zur Zinsschranke enthalten eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und unklarer Bezüge. **Kröner** und **Bolik** gehen in ihrem Beitrag in Heft 28/2008 der Zeitschrift **DStR** aktuellen Fragen der Anwendung der Zinsschranke bei vermögensverwaltenden und gewerblichen Personengesellschaften nach. Am Ende des Beitrags fassen sie die Ergebnisse in tabellarischer Übersicht zusammen.

Hinweispflicht auf Straf- und Ermittlungsverfahren im Prospekt geschlossener Fonds

Hat sich eine Beteiligung an einem geschlossenen Fonds nicht wie erwartet entwickelt, erheben enttäuschte Anleger nicht selten den Vorwurf der Falschberatung oder

des Vorliegens von Prospekthaftungsansprüchen. Manche Anleger initiieren auch strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen das Führungspersonal des prospektverantwortlichen Initiators. **Stumpf**, **Lamberti** und **Schmidt** beschäftigen sich in ihrem Beitrag in Heft 31/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Verkaufsprospekt geschlossener Fonds auf gegen den Geschäftsführer des Initiators geführte Straf- und Ermittlungsverfahren hingewiesen werden muss. Aus der Rechtsprechung sind nur vereinzelt Fälle bekannt, bei denen es um diese Problematik geht. So hatte das OLG München einen Fall zu entscheiden, in dem gegen die Initiatoren eines geschlossenen Fonds ein Strafverfahren wegen Kapitalanlagebetrugs durchgeführt worden war. Dieses Strafverfahren bezog sich auf eine andere als die Fondsgesellschaft, an der der enttäuschte Anleger beteiligt war. Die Tatsache, dass gegen die Initiatoren ein Ermittlungsverfahren geführt worden war, ist nach Ansicht des OLG München prospektpflichtig (OLG München, Urt. v. 18.12.2006, 21 U 4148/06). In zwei weiteren Entscheidungen - einmal des OLG Braunschweig und einmal des OLG Düsseldorf - geht es um Aufklärungspflichten bzw. den Vorwurf der Verletzung von Aufklärungspflichten eines Anlagevermittlers. Das OLG Braunschweig hatte eine Pflicht des Anlagevermittlers bejaht, über vom Präsidenten des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen erhobene Vorwürfe zu informieren. Das OLG Düsseldorf hat demgegenüber eine Pflicht zur Aufklärung über ein laufendes Ermittlungsverfahren gegen ein

Vorstandsmitglied der Anlagegesellschaft verneint (wobei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens keine Anklage erhoben worden war). Für das OLG Düsseldorf ist dies damit zu begründen, dass die Annahme einer entsprechenden Aufklärungspflicht für die Anlagegesellschaft bedeuten würde, ihr eigenes Produkt schlecht zu machen und sich trotz Unschuldsvermutung selbst zu schädigen.

Die Autoren nehmen den Standpunkt ein, dass über ein laufendes Ermittlungsverfahren oder ein nach §§ 170 Abs. 2, 153 StPO eingestelltes Ermittlungsverfahren nicht zu informieren ist. Dasselbe gälte, wenn ein Initiator angeklagt, aber freigesprochen worden sei. Soweit allerdings gegen das Führungspersonal des Initiators eine Sanktion verhängt wurde (sei es durch Urteil oder Strafbefehl, aber auch in Form der Kompensationsleistung gem. § 153a StPO) bestehe eine Hinweispflicht.

Herausgabe von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaftsurkunden

Eine Vielzahl von Klauseln in Bauverträgen, die Sicherheiten für Vertragserfüllungsansprüche und Mängelansprüche betreffen, sind nicht ausgehandelt, sondern vorformuliert. Wegen des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion entsprechender Regelungen sind nicht wenige dieser Klauseln unwirksam, weil sie den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. Insoweit ist es nicht sehr

verwunderlich, dass Streitigkeiten wegen der Herausgabe von Bürgschaftsurkunden zunehmen. **Trapp** und **Werner** gehen in ihrem Beitrag in Heft 8/2008 der Zeitschrift **Baurecht** der Frage nach, wann sich für den die Sicherheit leistenden Auftragnehmer eine Prüfung lohnt, zur Verfügung gestellte Sicherheiten, insbesondere Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaftsurkunden, zurückzufordern. Für die Rückbesicherung des Bürgen sind in der Regel erhebliche Finanzmittel gebunden. Im ersten Teil wenden sich die Autoren den materiell-rechtlichen Voraussetzungen zu (Anspruchsgrundlagen, Anspruchsinhaber, Entstehen und Fälligkeit, Ausschluss des Eintritts des Sicherungsfalls, Erfüllung des gesicherten Hauptanspruchs, fehlende Durchsetzbarkeit des Anspruchs gegen den Bürgen - insbesondere Verjährung der Bürgschaftsschuld). Im zweiten Teil geht es um prozessuale Besonderheiten.

Verjährungsprobleme bei der Immobilienfinanzierung

Immobilienfinanzierungen sind ein Dauerthema in der Juristerei. Es geht um Fallgruppen wie Nichtabnahme- bzw. Vorfälligkeitsentschädigungen, die Verbriefung und Abtretung sog. non-performing-loans, um die Frage, wann Verbundgeschäfte vorliegen und schließlich auch häufig um verjährungsrechtliche Fragestellungen. Diese können sich bei Immobilienfinanzierungen aus dem Zusammenspiel von darlehensvertraglichen Ansprüchen und Sicherungsmitteln ergeben. Was passiert

beispielsweise mit den Sicherungsmitteln, wenn die gesicherte Darlehensrückzahlungsforderung verjährt? **Deter, Burianski und Möllenhoff** gehen in ihrem Aufsatz in Heft 7/2008 der Zeitschrift **BKR** Verjährungsproblemen bei Hypothek, Grundschuld, Schuldversprechen und Sicherungsabtretung nach. Eine Zusammenfassung mit Ausblick auf Refinanzierungssituationen rundet den Beitrag ab. Kauft beispielsweise eine Gesellschaft Darlehensrückzahlungsansprüche auf und emittiert zur Finanzierung des Kaufpreises Wertpapiere (sog. asset-backed-securities), die sie an Investoren verkauft, so kann die Verjährung von Darlehensrückzahlungsansprüchen zu Ausfällen der Verwertungsgesellschaft und damit einer Wertminderung des Wertpapiers und folglich zu finanziellen Einbußen der Investoren führen. Wenn die veräußerten Darlehensforderungen aber durch Grundschulden oder Hypotheken besichert sind (sog. mortgage-backed-securities), kommen den Investoren bei Verjährung der Darlehensrückzahlungsansprüche die §§ 216, 902 Abs. 1 Satz 1 BGB zugute.

Rechnungslegungs- und Auskunftspflichten sowie die Stellung des Zwangsverwalters

Der Zwangsverwalter wird vom Gericht bestellt und untersteht allein dessen Aufsicht. Er ist allen Beteiligten gegenüber verantwortlich, aber nur den eigentlichen Parteien gegenüber abrechnungspflichtig. Inwieweit das Gericht zur

Überwachung verpflichtet ist, wie und ob der Zwangsverwalter den Abrechnungs- und Auskunftspflichten nachzukommen und nicht zuletzt wie er sich gegenüber Dritten zu verhalten hat, stellt **Schmidtberger** in seinem Aufsatz in Heft 15/2008 der **Zeitschrift für Immobilienrecht** (ZfIR) dar. Schmidtberger zieht das Fazit, dass sich die Vollstreckungsgerichte ihrer Verantwortung bewusst sein müssen und ihre Kontrollpflichten maßvoll, aber konsequent umsetzen müssen. Insbesondere zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen aus Amtspflichtverletzung müssen Zwangsverwalter vom Vollstreckungsgericht nicht nur sorgfältig ausgewählt werden, sondern auch fortlaufend überwacht werden. Gegebenenfalls muss das Gericht auch die Auslistung androhen, Zwangsgelder verhängen und die Auslistung auch umsetzen, wenn trotz (Ab-)Mahnung keine Besserung eintritt.

Bürgschaft - Aktuelle Tendenzen zum Verjährungsrisiko

Bis zum Jahr 2002 betrug die regelmäßige Verjährungsfrist 30 Jahre (§ 195 BGB a.F.). Nachdem im Jahr 2002 die regelmäßige Verjährungsfrist auf nur noch drei Jahre verkürzt wurde (§ 195 BGB n.F.), stellt sich in der Praxis mehr und mehr die Frage, wann ein Anspruch zu verjähren beginnt. Für den Beginn der Regelverjährung ist darauf abzustellen, wann ein Anspruch entstanden ist. Im Hinblick auf die Frage des Verjährungsbeginns bei einer Bürgschaft

stehen sich zwei Meinungen gegenüber: Nach der einen soll der Anspruch aus der Bürgschaft bereits mit Fälligkeit der Hauptforderung entstehen, nach der anderen setzt die Entstehung der Bürgschaftsschuld die Inanspruchnahme des Bürgen voraus. Ende Januar hat sich der BGH mit seinem Urteil vom 29.01.2008, XI ZR 160/07, erstmals nach der Schuldrechtsreform zum Verjährungsbeginn bei Bürgschaftsforderungen geäußert und eine Grundsatzentscheidung getroffen. **Keilmann** geht in ihrem Beitrag in Heft 15/2008 der Zeitschrift **MDR** auch auf die BGH-Entscheidung ein, verweist auf divergierende Rechtsprechungen der Instanzgerichte und weist auf die Folgen des BGH-Urteils vom 29.01.2008 für die anwaltliche Praxis - beispielsweise im Rahmen einer sog. Due Diligence-Prüfung - hin. Da der BGH die Möglichkeit anerkannt habe, dass sich die Parteien auf einen bestimmten Fälligkeitszeitpunkt verständigen, können die Parteien beispielsweise sowohl verjährungsverlängernde als auch verkürzende Vereinbarungen treffen.

KURZ UND BÜNDIG

Betriebseinnahmen der Versicherungsvermittler - Provisionseinnahmen, Auslagenersatz, Sachbezüge und Stornoreserve

Zu den Betriebseinnahmen eines Versicherungsvermittlers gehören nicht nur die erwirtschafteten Provisionen für die Versicherungsvermittlung oder Versicherungsbetreuung. Grundsätzlich sind sämtliche Einnahmen und sonstigen Vorteile als Betriebseinnahme zu erfassen, wenn diese durch den Betrieb veranlasst sind. Auch Sachbezüge in Form von Incentive-Reisen können dazugehören. **Iser** gibt in einem Steuern Spezial (Beilage zu Nr. 30/08 der Zeitschrift **versicherungstip**) einen Überblick über die zwingend anzusetzenden Betriebseinnahmen und deren Behandlung. Er geht hierbei insbesondere auch auf die Thematik der steuerlichen Behandlung der Stornoreserven ein. Dieser Einwertung kommt enorme praktische Bedeutung zu, denn es müssen ja ggf. Gelder bereits versteuert werden, über die man noch nicht verfügen kann. Der Versteuerung der Stornoreserve kann sich jedoch nur der Einnahme-Überschuss-Rechner entziehen, soweit er über die Stornoreserve noch nicht verfügen kann. Der bilanzierende Vermittler hingegen muss sie versteuern, obwohl der liquiditätstechnische Zufluss noch nicht stattgefunden hat.

* * *

Gestaltungsmisbrauch bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung - Knapp daneben ist auch vorbei

In Zeiten, in denen die Erbschafts- und Schenkungsteuerreform in aller Munde ist und in denen in den nächsten Jahren teils große (Immobilien-)Vermögen zu übertragen sind, steht die Frage nach einem steueroptimalen Vermögensübergang auf die nächste Generation weit oben. **Iser** widmet sich in einem Steuern-Spezial (Beilage Nr. 16/08 der Zeitschrift **immobilien intern**) den Gestaltungsmöglichkeiten. Ausgehend vom Grundsatz der Gestaltungsfreiheit wendet sich Iser zunächst der steueroptimalen Übertragung bei gemischten Schenkungen zu, im zweiten Fall der Fallgruppe der Vermietungen nach Immobilienübertragungen unter Angehörigen.

In Teil 2 des Beitrags (Beilage zu Heft Nr. 17/08) behandelt Iser die Fallgruppe des Gestaltungsmisbrauchs bei wechselseitigen Zahlungsverpflichtungen, den Fall von Überkreuz-Vermietungen und Mietverträge mit Angehörigen und Unterhaltsberechtigten.

Passt Tele-Underwriting zum Selbstverständnis eines Versicherungsmaklers?

Tele-Underwriting bedeutet, dass die risikorelevanten Fragen aus einem Versicherungsantrag von einem geschulten Interviewer in einem Telefongespräch gestellt werden. In Großbritannien wird Tele-Underwriting seit einigen Jahren u.a. als Ersatz für den obligatorischen Hausarztbericht

eingesetzt, sofern bestimmte Versicherungssummen überschritten werden. In Deutschland wird Tele-Underwriting seit einiger Zeit von Canada Life und Delta Lloyd angeboten. **Schwarzmaier** beleuchtet in einer Ausgabe „Spezial Vertrieb“ (Beilage zu Nr. 31/08 des Informationsdienstes **versicherungstip**) diese Entwicklung aus dem Blickwinkel eines Versicherungsmaklers. Zum einen bezweifelt Schwarzmaier, ob ein Versicherungsnehmer einem ihm Unbekannten die Fragen so wahrheitsgemäß beantwortet, wie er dies seiner Vertrauensperson gegenüber tun würde. Zum anderen hält es Schwarzmaier mit dem Maklerstatus für nicht vereinbar, wenn der Makler einen wichtigen Teil der Beratung, nämlich die Erfassung der Gesundheitsangaben, aus der Hand gibt und damit zugleich ein mögliches Einwirken bei der Entscheidungsfindung des Versicherers, ob eine Annahme erfolgt oder ggf. Leistungen ausgeschlossen oder Risikozuschläge erhoben werden. Schwarzmaier stellt eine Checkliste und ein in drei Teilschritte unterteiltes Interview vor, durch das erreicht werden kann, dass der Kunde die relevanten Fragen vollständig und richtig beantwortet.

versicherungstip weist zu Recht darauf hin, dass sich möglichst alle Vermittler von Lebens- und Krankenversicherungen frühzeitig mit den Vor- und Nachteilen des Tele-Underwriting befassen sollten. Bislang ist das Modell ein freiwilliges, d.h. Vermittler können selbst entscheiden, ob die Fragen durch den Interviewer abgefragt werden oder vom Vermittler direkt. Diese freiwillige Basis - so die vt-Redaktion - sollte auch so erhalten bleiben.

Doppelt genährt hält besser - Warum der Nachweismakler immer auch Vermittlungsmakler sein sollte und umgekehrt

Lehner stellt in Heft 07-08/2008 des Immobilienmagazins **AIZ** die Vorteile einer Vermittlungstätigkeit eines involvierten Maklers vor. Vermittlungstätigkeit ist die bewusste finale Herbeiführung der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners des zukünftigen Hauptvertrages. Ganz wichtig ist dabei, dass der Makler nicht etwa auf seinen eigenen Kunden eingewirkt hat, sondern auf den potenziellen Vertragspartner seines eigenen Kunden (als Verkäufermakler also auf den Käufer und als Käufermakler auf den Verkäufer). Der Vorteil der Vermittlungstätigkeit liegt darin, dass der Makler auch dann eine provisionspflichtige Leistung erbringen kann, wenn der Kaufinteressent das Objekt bereits kennt. Selbst wenn ihm sogar der Verkäufer persönlich bekannt ist, kann der Makler gleichwohl eine provisionsauslösende Vermittlungstätigkeit erbringen, wenn die weiterhin erforderlichen Voraussetzungen (insbesondere auch eine Vereinbarung mit seinem Auftraggeber) vorliegen.

BMF-Schreiben zur Anwendung der steuerlichen Zinsschranke und zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Kapitalgesellschaften

Mit Schreiben vom 04.07.2008 (Az: IVC7-S2742-a/07/10001) hat das BMF seine

Auffassung zur Anwendung der Regelungen zur Zinsschranke und zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorgestellt. **Köhler** und **Hahne** analysieren in ihrem Beitrag in Heft 32/2008 der Zeitschrift **DStR** das Schreiben und kritisieren dabei in einer ganzen Reihe von Problempunkten steuerverschärfende Anweisungen an die Verwaltung, denen nach Auffassung der Autoren die gesetzliche Grundlage fehlt.

Zur Einordnung eines kollektiven Anlagemodells als erlaubnispflichtiges Finanzkommissionsgeschäft

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 27.02.2008 (Az: 6 C 11.07) bestätigt, dass eine Untersagungsverfügung der BaFin, die sich gegen ein bestimmtes Anlagemodell richtete, mit dem KWG nicht in Einklang zu bringen ist. Eine Gesellschaft hatte zwei Portfolios aus bestimmten Finanzinstrumenten begründet, deren Wertentwicklung über Indizes abgebildet wurde. Interessierten Anlegern war der Erwerb von auf diesen Indizes bezogenen Schuldverschreibungen angeboten worden. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts stellt das Geschäftsmodell der Klägerin kein Finanzkommissionsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG dar. Die Klägerin schaffe im eigenen Namen Finanzinstrumente an und veräußere diese für eigene Rechnung. Ein Handel für „fremde Rechnung“ war also nicht gegeben. **Von Livonius** und **Bernau** besprechen in Heft 14/2008 der Zeitschrift

EWiR diese Entscheidung und pflichten dem Bundesverwaltungsgericht bei.

* * *

Steuerfreiheit für die Untervermittlung von Gesellschaftsanteilen und Wertpapieren

Im Jahr 2003 sorgte ein Urteil des BFH für Aufregung, wonach eine nach § 4 Nr. 8 a UStG steuerfreie Vermittlung von Krediten nur dann vorliegt, wenn die Vermittlungsleistung an eine Partei des Kreditvertrages erbracht und von dieser als eigenständige Mittlertätigkeit vergütet wird. Untervermittler von Finanzdienstleistern, die innerhalb eines mehrstufigen Vertriebssystems involviert sind, erfüllen diese Voraussetzungen in der Regel nicht. Dadurch würden sich für den Untervermittler als Leistenden und damit als Schuldner der Umsatzsteuer die Kosten beachtlich erhöhen. Für Vermittlungsleistungen außerhalb der Kreditvermittlung stellten Erlasse des BMF klar, dass die Umsatzsteuerfreiheit weiterhin nach der bisherigen Rechtspraxis zu gewähren ist. Im Jahr 2007 hatte der EuGH Gelegenheit, den für das deutsche Umsatzsteuerrecht maßgeblichen Begriff der „Vermittlung von Krediten“ mit Blick auf Untervermittler auszulegen. Der EuGH bestätigte zunächst seine Rechtsprechung, dass eine Vermittlungstätigkeit eine Dienstleistung ist, die u.a. darin bestehen kann, einer Vertragspartei die Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen, mit der anderen Partei Kontakt aufzunehmen oder im Namen und für Rechnung des Kunden über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen zu

verhandeln. Zweck der Tätigkeit ist es dabei, das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne dass der Vermittler ein Eigeninteresse an seinem Inhalt hat. Entgegen der Auffassung des BGH nahm der EuGH den Standpunkt ein, dass die Anerkennung einer umsatzsteuerbefreiten Vermittlungsleistung nicht vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Erbringer der Vermittlungsleistung und einer der Parteien des Kreditvertrages abhängt. Notwendig aber auch ausreichend sei, dass die jeweilige Dienstleistung die spezifischen und wesentlichen Funktionen einer Vermittlungsleistung erfüllt. Dieser Ansicht hat sich der BFH im Urteil vom 20.12.2007 (Az: V R 62/06) angeschlossen (vgl. dazu unseren Newsletter 2/08). **Kahlert** bespricht in Heft 14/2008 der Zeitschrift **EWiR** die BFH-Entscheidung, mit der der BFH seine bisherige Rechtsprechung aufgibt. Im konkreten Fall hat der BFH die Umsatzsteuerfreiheit gleichwohl verneint, weil die Tätigkeit des Vermittlers auf Basis der Rechtsprechung des EuGH nicht als Vermittlungstätigkeiten zu beurteilen waren. Das neue BFH-Urteil ist aber dennoch ein positives Signal für Vermittler, die Kredite und Anteile an Gesellschaften innerhalb eines mehrstufig aufgebauten Vertriebssystems vermitteln und dabei kein unmittelbares Vertragsverhältnis mit einer der Parteien des vermittelnden Vertrages begründet haben.

* * *

Vererben und Verschenken mit geschlossenen Immobilienfonds

Das Bundesverfassungsgericht hat das derzeitige Erbschaftsteuerrecht für verfassungswidrig erklärt und dem Gesetzgeber einer Übergangsfrist bis zum 31.12.2008 gewährt, um die Verfassungsverstöße zu beheben. Durch die bevorstehende Erbschaftsteuerreform wird sich für Erb- oder Schenkungsfälle von Beteiligungen an geschlossenen Fonds einiges ändern. **Von Glasenapp** und **Ahlers** stellen in ihrem kurzen Beitrag in der **Fondszeitung** 13/2008 die derzeitige und künftig zu erwartende Rechtslage vor und regen an, im Einzelfall zu klären, inwieweit eine Anteilsübertragung noch unter der bisherigen Gesetzeslage sinnvoll sein könnte.

* * *

Die GmbH-Reform durch das MoMiG - Ein Überblick

Am 26.06.2008 hat der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) verabschiedet. Vorbehaltlich der Zustimmung des Bundesrates wird das Gesetz voraussichtlich im Spätherbst 2008 in Kraft treten. **Oppenhoff** gibt in Heft 31/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** einen Überblick über die wesentlichen Neuerungen und stellt die Unterschiede zwischen der bisherigen Rechtslage und dem Gesetzesentwurf in einer Synopse dar.

* * *

Private Equity - Publikumsfonds sind im branchenspezifischen Vergleich zu teuer

Die Initiatoren und ihre Partner von Private Equity-Fonds werden sich ranhalten müssen, wenn für die Privatanleger am Ende eine vernünftige Rendite übrig bleiben soll, so lautet das Fazit einer Untersuchung von Private Equity-Fonds in der Ausgabe 15/2008 der **Fondszeitung**. Da bei Dachfonds Vergütungen in verschiedenen Stufen (Kostenstrukturen) anfallen, sollten die Kostenstrukturen auf der jeweiligen Stufe geringer sein. Sämtliche Kosten und Gebühren werden in aller Regel in den Gesellschafts- und Dienstleistungsverträgen im Detail dargelegt. Ergänzt wird der Beitrag durch eine Übersicht von in den Jahren 2004 bis 2008 aufgelegten Private Equity-Fonds.

* * *

Das MoMiG - Vom Regierungsentwurf zum Bundestagsbeschluss

Der Bundestag hat am 26.06.2008 das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) angenommen. **Fliegner** stellt in Heft 31/2008 der Zeitschrift **Der Betrieb** die wesentlichen Veränderungen der nun vom Bundestag beschlossenen Fassungen gegenüber derjenigen des Regierungsentwurfs vor. Ein Musterprotokoll ist dem GmbH-Gesetz als Anlage beigefügt. Es kann sowohl für die klassische GmbH als auch für die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) verwendet werden. In ihm sind

Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste in einem Dokument zusammengefasst. Bei Verwendung des Musterprotokolls tritt eine kostenrechtliche Privilegierung ein. Das Mindest-Stammkapital der GmbH bleibt bei 25.000,00 €. Künftig ist eine neue Unternehmensform möglich, nämlich die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt). Unter dieser Bezeichnung kann eine GmbH mit einem Stammkapital ab 1,00 € gegründet werden. Führt die Unternehmergeellschaft eine Kapitalerhöhung durch und erreicht sie auf diesem Weg das Mindest-Stammkapital einer GmbH in Höhe von 25.000,00 €, kann sie in eine „GmbH“ umfirmieren, muss dies jedoch nicht tun. Das Gesetz bedarf noch der Zustimmung des Bundesrates und wird nach den Ankündigungen des BMJ noch im Jahr 2008 in Kraft treten.

* * *

Der Vermittlerstatus bei der Zusammenarbeit mit Vertrieben, Maklern und Pools

Das im Jahr 2007 in Kraft getretene Versicherungsvermittlergesetz und das neue VVG enthalten gesetzliche Definitionen der Begriffe „**Versicherungsmakler**“ und „**Versicherungsvertreter**“ (Oberbegriff: **Versicherungsvermittler**), befassen sich aber nur unzulänglich mit Statusfragen dieser Vermittler, wenn sie für einen anderen Versicherungsmakler, eine Vertriebsorganisation (z.B. strukturiert aufgebauter Vertrieb) oder einen Maklerpool

tätig sind. Teils wurde sogar die Frage aufgeworfen, ob es das Gesetz zulässt, dass ein Versicherungsmakler als Untervermittler eines anderen Maklers tätig sein darf, denn in § 59 Abs. 2 VVG 2008 ist ausschließlich das Untervermittlerverhältnis des Versicherungsververtreters geregelt.

Mit Statusfragen von Unter- und Zwischenvermittlern befasst sich **Goerz** in seinem Kurzbeitrag im **Expertenreport** Ausgabe 3/2008.

* * *

Kommunen als geeignete Gegenparteien im Handel mit Derivaten nach dem Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz

Wiederholt mussten sich in jüngerer Zeit Gerichte mit Klagen von Kommunen befassen, die Banken gegenüber die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten geltend gemacht haben, weil die Kommunen mit Derivaten gehandelt haben und dabei Vermögensverluste erlitten haben (vgl. z.B. die Entscheidungen LG Magdeburg vom 21.01.2008, Newsletter 04/2008, und LG Würzburg vom 31.03.2008, Newsletter 06/2008). Derivate sind eine Möglichkeit, um Zins- und Währungsrisiken zu begegnen. Die Grenze zwischen sinnvollem Finanzmanagement und riskanter Spekulation ist jedoch fließend. **Bracht** befasst sich in seinem Beitrag in Heft 30/2008 der Zeitschrift **WM Wertpapier-Mitteilungen** mit der Thematik unter Berücksichtigung der Vorschriften des neuen Wertpapierhandelsgesetzes (Notwendigkeit

der Kundenklassifikation, erforderliche Informationspflichten, allgemeine Beratungspflichten).

* * *

Kreditverkäufe in der Praxis - Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze

Der Verkauf notleidender Darlehensforderungen wird nach wie vor kontrovers diskutiert. **Bredow** und **Vogel** fassen in ihrem Beitrag in Heft 7/2008 der Zeitschrift **BKR** die Diskussionen zusammen und stellen die aktuellen Reformansätze vor. Missbrauchsfälle können nur bei Abtretung ordnungsgemäß bedienter Kredite im Wege der Einzelabtretung und dort nur im Zusammenhang mit der unberechtigten Verwertung einer gemeinsam mit der Forderung abgetretenen Grundschuld auftreten. Da in der Praxis Portfolio-Transaktionen regelmäßig im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durchgeführt werden, würde - so die Autoren - ein zwar latent vorhandenes, aber im Ergebnis doch eher abstraktes Problem diskutiert werden. Deshalb seien auch Eingriffe in die Vertragsfreiheit, die das Kreditgeschäft der Banken weiter bürokratisieren und verteuern würden, der falsche Ansatz.

* * *

Die Verantwortlichkeit für existenzvernichtendes Unterlassen (zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 28.04.2008, II ZR 264-Gamma)

Am 28.04.2008 hat der BGH über die Klage eines Insolvenzverwalters einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft entschieden. Beklagt waren die drei Gesellschafter der Gesellschaft. Ihnen wurde nicht etwa vorgeworfen, pflichtwidrig in das Vermögen ihrer GmbH eingegriffen zu haben oder der Gesellschaft Geschäftschancen entrissen zu haben oder sonst durch ihr Verhalten den Zusammenbruch der Gesellschaft verursacht zu haben. Der Vorwurf lautete „existenzvernichtendes Unterlassen“. Die Verantwortlichkeit der Gesellschafter sollte darin liegen, die übliche Absicherung der Liquidität der Gesellschaft unterlassen zu haben. **Waclawik** bespricht das Urteil in Heft 31/2008 der Zeitschrift **DStR**. Das Urteil gibt der Existenzvernichtungshaftungs-Rechtsprechung des BGH eine Kontur und setzt ihre Grenzen. Eine Existenzvernichtungshaftung wegen unzureichender Kapitalaufbringung gibt es im Regelfall nicht. Offen bleibt, ob es eine Haftung für existenzvernichtendes Unterlassen überhaupt nicht gibt, oder ob in Ausnahmefällen die Unterkapitalisierungshaftung über die Hintertür des § 826 BGB wieder eingeführt werden kann.

* * *

Die Haftung des Kommanditisten bei Rückzahlung des Aufgeldes

In seinem Urteil vom 05.05.2008 (II ZR 105/07, vgl. dazu unseren Newsletter 06/2008) hat der BGH geurteilt, dass ein Kommanditist gegenüber den Gläubigern der KG nach § 172 Abs. 4 HGB haftet, sofern er sich ein gezahltes Aufgeld zurückzahlen lässt, obwohl sein Kapitalanteil bereits unterhalb der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme liegt oder durch die Entnahme/Ausschüttung unter diesen Betrag fällt. **Böttcher** und **Kautzsch** besprechen in ihrem Beitrag in Heft 15/2008 der Zeitschrift **NZG** das Urteil und zeigen seine praktischen Folgen auf.

Fogging - Rechte und Pflichten der Mietparteien

Unter dem Fogging-Phänomen versteht man schwarze, schmierige Beläge, die sich innerhalb weniger Wochen auf Wand und Deckenflächen in einem oder mehreren Räumen der Wohnung ablagern. **Tank** und **Rauh** geben in ihrem Beitrag in Heft 8/2008 der Zeitschrift **Miet-Rechtsberater** einen Überblick über die Rechte der Parteien. Besprochen wird dabei auch das BGH-Urteil vom 28.05.2008 (VIII ZR 271/07). Es geht um Fragen von Mietminderung, Mängelbeseitigung, Darlegungs- und Beweislast, Fragen eines möglichen Gewährleistungsausschlusses, Minderungsquoten, Schadenersatzansprüchen und dem Recht zur außerordentlichen Kündigung.

Gesetzentwurf zum Jahressteuergesetz 2009: Wichtige Änderungen im Bereich der Vermögensanlage

Am 18.06.2008 hat das Bundeskabinett den Gesetzentwurf eines Jahressteuergesetzes 2009 beschlossen. **Haisch** und **Danz** stellen in ihrem Beitrag in Heft 7/2008 des **BeraterBriefs Erben und Vermögen** die für die Vermögensanlage geplanten bedeutsamen Neuregelungen dar. Die für den Bereich der Einkommensteuer gravierendste Regelung liegt in der Einführung der Abgeltungsteuer. Die Auswirkungen auf bestimmte Fondstypen (Zertifikatefonds und Dachfonds) werden ebenso beschrieben wie geplante Änderungen bei ausländischen Familienstiftungen. Eine Änderung des REIT-Gesetzes bleibt bislang ausgeklammert, obwohl eine Änderung des REIT-Gesetzes zur Abmilderung von Doppelbelastungen ratsam erscheint.

Immobilieninvestitionen - Progressionsvorbehalt für EU-Immobilienfonds vor der Abschaffung

Kohl berichtet in Heft 16/2008 der **Fondszeitung**, dass im Regierungsentwurf zum Jahressteuergesetz 2009 die Abschaffung des Progressionsvorbehalts für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen vorgesehen ist. Die Regelung soll auf Mitgliedsstaaten der EU bzw. des EWR-Abkommens beschränkt werden. Nach dem DBA mit dem Belegenheitsstaat müssen diese Einkünfte in Deutschland steuerfrei gestellt sein.

ZU GUTER LETZT

Eigenvorsorgereport eines Versicherers

Als Vorsorge und Invaliditätsschutz sind für die meisten Themen von elementarer Bedeutung. Um den eigenen Vorsorgebedarf ermitteln zu können, bietet beispielsweise der Versicherer AXA ein Hilfsprogramm an. Durch den sog. Eigenvorsorgereport (abrufbar unter www.eigenvorsorge-report.de) kann sich ein Interessent einen ersten Überblick über seine aktuelle Versorgungssituation in den Bereichen Altersvorsorge und Invaliditätsschutz verschaffen. Klar, dass das Vorhalten eines solchen Hilfsprogramms nicht ohne Hintergedanken geschieht. Viele wissen auch um die Notwendigkeit, dass objektiv Nachholbedarf besteht. Dennoch wird das Thema im Alltag nur allzu gern verdrängt.

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