

**Vermittler aufgepasst! Informationspflichten aufgrund der  
Versicherungsvermittlungsverordnung**

**Newsletter 09/2007**

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

auch Vermittler leben vom **Empfehlungsgeschäft** und ein zufriedener Kunde ist der beste Empfehlungsgeber. Wer freut sich deshalb nicht über eine Anfrage eines bis dahin nicht bekannten Absenders. Dennoch ist **Vorsicht** geboten, jedenfalls wenn nicht ganz klar ist, von dem die Anfrage stammt. So erhielt ein **Versicherungsvermittler** vor kurzem per E-Mail die Bitte, ein Versicherungsangebot zur Deckung eines bestimmten Bedarfs vorzubereiten und zu übermitteln. Der Vermittler dachte sich nichts Böses und übermittelte postwendend ein passendes Angebot. Kurze Zeit später erhielt er eine **Abmahnung** wegen Verletzung der **Informationspflichten** nach § 11 Versicherungsvermittlungsverordnung. Danach hat ein Vermittler dem Versicherungsnehmer beim ersten Geschäftskontakt u.a. mitzuteilen, ob er als Versicherungsmakler, als Mehrfachagent, Ausschließlichkeitsvermittler oder Versicherungsberater tätig wird. Der Vermittler in unserem Beispielsfall versäumte diese Pflicht beim auf die Schnelle erstellten Angebot. Man kann zwar sagen, dass er hier schon bewusst in eine Falle gelockt worden ist. Trotzdem ist Ärger vorprogrammiert, wenn die neuen Vorschriften nicht beachtet werden.

Kleine Ursache, aber große Wirkung. Diese Aussage gilt für viele Bereiche der Kapitalanlagebranche. Bei einer fehlerhaften **Widerrufsbelehrung** kann unter Umständen noch nach Jahren die Rückabwicklung gefordert werden. Nach § 5a VVG kann auch ein Versicherungsnehmer den Versicherungsvertrag widerrufen, solange ihm nicht der Versicherungsschein und die Verbraucherinformationen sowie Versicherungsbedingungen ausgehändigt wurden und er auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wurde. Bislang erlosch das **Recht zum Widerspruch** ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie. Das neue VVG enthält diese Einschränkung nicht mehr. Es dürfte nicht lange dauern, bis die ersten Kunden versuchen werden, diese Gesetzesänderung auszunützen.

Und wo nicht der Gesetzgeber für Neuerungen sorgt, sind die Gerichte nicht untätig und verkünden **neue hochbrisante Entscheidungen**, beispielsweise im **Wohnraummietrecht**. So hat der BGH vor wenigen Tagen entschieden, dass in einem Formularmietvertrag auch eine isolierte Endrenovierungsklausel unwirksam ist. Näheres dazu können Sie in unserem heutigen

Rechtsprechungsspiegel lesen. Dort finden Sie auch Antworten auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer **Publikums-Personengesellschaft** nachträglich eine **Nachschusspflicht** eingeführt werden kann oder wann die **Nachweisleistung** eines Maklers endet.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre. Sollte ein Thema dabei sein, zu dem Sie nähere Informationen wünschen: Wir sind gerne für Sie da!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

### Rechtsprechungsspiegel

- Aufklärungs- und Beratungspflicht eines Mittelverwendungskontrolleurs
- Auskunftspflicht und Informationspflichten bei fremdnütziger Treuhand
- Zur Frage des Verjährungsbeginns von Rückforderungsansprüchen aus finanziertem Immobilienfondsbeitritt
- Zur Frage der Haftung einer Bank bei der Finanzierung des Erwerbs einer Steuersparimmobilie
- Keine nachträgliche Einführung einer Nachschusspflicht durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter
- Zur Frage der Irreführung durch eine Werbung für eine Kapitalanlage
- Zur Frage der Fälligkeit der Bauträgervergütung bei einer nach MaBV nichtigen Zahlungsvereinbarung
- Auch bei verspäteter Modernisierungsmittelteilung kann die Miete erhöht werden
- Nahwärme und Fernwärme sind zwei Paar Schuhe
- BGH kippt weit verbreitete Endrenovierungsklausel
- Wann entsteht eine Verkaufsgelegenheit neu? Zur Frage, wann eine Nachweisleistung eines Maklers endet
- Kürzung der Pendlerpauschale zweifelhaft
- Architekt bei bauunternehmerähnlicher Tätigkeit Gewerbetreibender

### Gesetzgebungsspiegel

- Bundesrat billigt neues Versicherungsvertragsrecht
- Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes

### Literaturspiegel

- Institutionelles Zusammenwirken zwischen Bank und Vermittler/Verkäufer bei finanzierten Immobilienanlagen - Konkretisierung der Aufklärungspflicht
- Besteuerung von Finanzprodukten vor und nach der Abgeltungssteuer: Investmentfonds
- Vorfälligkeitsentschädigung bei Festzinsdarlehen - „Dauerbrenner“ zwischen Darlehensnehmer und Kreditinstitut
- Asset backed Securities (ABS) - Grundlagen und neuere Entwicklungen
- Schuldner-, Bieter- und Ersteherzahlungen im Versteigerungsverfahren
- Existenzvernichtungshaftung nach Gesellschaftsdeliktsrecht

### Kurz und bündig

- Haftungsfalle „Berechnungsbeispiel“
- Auch für die „Private Limited Company“ geltend die Registervorschriften
- Wirksame Ehegattenbürgschaft trotz finanzieller Überforderung
- Praxistipps zur Zwangsverwaltung
- Streitthema „Shoppingcenter“
- Zur Behandlung von Steuervorteilen bei Rückabwicklung eines Darlehensvertrages
- Gesetz zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung - Anmerkungen zum Regierungsentwurf
- Ein Jahr Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

### Veranstaltungshinweis

Besuchen Sie uns auf der DKM in Dortmund vom 23. bis 25.10.2007

## RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

### **Aufklärungs- und Beratungspflicht eines Mittelverwendungskontrolleurs (BGH, Urt. v. 22.03.2007, III ZR 98/06)**

In dieser Entscheidung ging es um den Schadenersatzanspruch eines Anlegers, der sich an einem Filmfonds beteiligte. Die Beteiligung erfolgte über einen Treuhandkommanditisten. Der Treuhandkommanditist hatte auch die Aufgaben und Funktionen eines Mittelverwendungskontrolleurs. Es ging um die Frage, ob der Mittelverwendungskontrolleur vor Beitritt verpflichtet war, den Anleger über seine Tätigkeit und über die Reichweite und Risiken des Mittelverwendungskontrollvertrages näher aufzuklären. Das Gericht stellte fest, dass ein Mittelverwendungskontrolleur allein aufgrund seiner Funktion ohne besonderen Anlass keinen Grund habe, die Seriosität eines über einen Broker ausgewählten Versicherers zu überprüfen. Beide waren von der Anlagegesellschaft ausgewählt und verpflichtet worden. Die vorvertraglichen Aufklärungs- und Hinweispflichten sind beeinflusst und begrenzt durch das Aufklärungsbedürfnis des Anlageinteressenten. Ein Aufklärungsbedürfnis besteht typischerweise nicht in Bezug auf den Inhalt der abzuschließenden Verträge, wenn und soweit ein durchschnittlicher Anlageinteressent die aktuelle oder zukünftige Vertragslage anhand der ihm mit dem Anlageprospekt vorgelegten Vertragstexte hinreichend deutlich erfassen kann. Von dem durchschnittlichen Anleger muss erwartet

werden, dass er die ihm vorgelegten Verträge oder Vertragsentwürfe durchliest und sich mit ihrem Inhalt vertraut macht. Deshalb gibt es im Regelfall keine Verpflichtung der sich in Vertragsverhandlungen befindlichen Partei, der Gegenseite den Inhalt und Sinn eines vorgeschlagenen und für einen verständigen Leser ohne weiteres verständlichen Vertragstext zu erläutern.

### **§ § §**

### **Auskunfts- und Informationspflichten bei fremdnütziger Treuhand (LG Frankfurt am Main, Urt. v. 17.07.2007, 2-21 O 162/07)**

Die Parteien stritten sich darüber, ob eine Treuhandgesellschaft, die fiduziarisch Gesellschaftsanteile von Treugebern an einer Publikumsgesellschaft hält, einem Treugeber gegenüber zur Auskunft über Namen und Anschriften der übrigen Gesellschafter verpflichtet ist. Das Landgericht Frankfurt bejaht diese Frage. Aufgrund des Geschäftsbesorgungsverhältnisses ist die Treuhandgesellschaft einem Treugeber nach § 666 BGB zur Information verpflichtet. Der Treugeber bleibt bei fremdnütziger Treuhand Herr des Geschehens. Der Treuhänder betreibt dieses lediglich für den Treugeber. Die Informationspflicht umfasst neben der Benachrichtigungspflicht über den Stand des Geschäfts auch eine Rechenschaftspflicht und eine Auskunftspflicht. Letztere besteht nur auf Verlangen. Der Auskunftsanspruch wird dabei zum einen durch die Erforderlichkeit und zum anderen durch die Zumutbarkeit begrenzt. Hierbei ist zwischen der offenen und der

verdeckten Treuhand zu unterscheiden. Bei einer verdeckten Treuhand ist der Treuhänder grundsätzlich den Mitgesellschaftern gegenüber zur Vertraulichkeit verpflichtet. Bei einer offenen Treuhand ist eine Begrenzung lediglich bei fehlender Erforderlichkeit und bei Unzumutbarkeit wegen des mit der Auskunft einhergehenden Aufwands für den Treuhänder anzunehmen. Wenn insoweit lediglich eine Gesellschafterliste auszudrucken und per Post zu versenden ist, stellt dies ein Minimum an Aufwand dar. Auch datenschutzrechtliche Gründe spielen keine Rolle, jedenfalls dann nicht, wenn in den Vertragsbedingungen einer Publikumsgesellschaft keine Regelung enthalten ist, aus der sich ein Anspruch der Mitgesellschafter ergibt, gegenüber den anderen Mitgesellschaftern anonym bleiben zu dürfen. Die Mitgesellschafter, der Daten vom Treuhänder preisgegeben sind, sind aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht heraus dem auskunftsverlangenden Gesellschafter gegenüber verpflichtet, die Weitergabe der Daten zu dulden. Dies gilt insbesondere, wenn ein Gesellschafter eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einberufen möchte und hierzu ein bestimmter Prozentsatz der Gesamtstimmanteile erforderlich ist.

### § § §

**Zur Frage des Verjährungsbeginns von Rückforderungsansprüchen aus finanziertem Immobilienfondsbeitritt** (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 22.05.2007, 9 U 51/06 n.rkr.; Revision ist anhängig beim BGH zum Az: XI ZR 341/07)

1. Die für den Beginn der Verjährung nach § 199 Abs. 1 BGB erforderliche Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände hat der Gläubiger regelmäßig schon dann, wenn er die Tatsachen kennt, die die Voraussetzungen einer Anspruchsgrundlage ausmachen.
2. Rückforderungsansprüche von Anlegern aus dem kreditfinanzierten Erwerb von Immobilien oder Immobilienfondsanteilen beruhen indessen auf einer so unübersichtlichen und verwickelten Rechtslage, dass der Lauf der Verjährungsfrist hierfür erst mit einer Beratung über die rechtliche Bedeutung dieser Tatsachen in Gang gesetzt wird.
3. Für Rückforderungsansprüche, die auf die Formunwirksamkeit eines Darlehensvertrages gestützt werden, gilt dieser einschränkende Grundsatz zum Verjährungsbeginn nicht. Soweit kein verbundenes Geschäft zwischen Darlehensvertrag und Fondsbeteiligung vorliegt, weil es an dem für die Vermutung für ein verbundenes Geschäft erforderlichen Zusammenwirken von Fondsgesellschaft und Bank fehlt, kann der Anleger gegenüber der Bank auch keinen Schadenersatzanspruch geltend machen und mit dieser Begründung die Rückzahlung eines gewährten Darlehens verweigern. Selbst im Falle der Unwirksamkeit

eines Darlehensvertrages wird die Formunwirksamkeit durch den Empfang des Darlehens geheilt.

4. Sowohl nach § 3 Abs. 1 HWiG als auch nach § 607 BGB gilt ein Darlehen als empfangen, wenn der Kreditgeber es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat.

### § § §

**Zur Frage der Haftung einer Bank bei der Finanzierung des Erwerbs einer Steuersparimmobilie** (OLG Nürnberg, Urt. v. 29.12.2006, 12 U 104/05)

Die Parteien stritten sich um die Frage, ob der beklagten Bank Ansprüche aus einem Darlehensvertrag zustehen, der zur Finanzierung eines Immobilienerwerbs abgeschlossen worden ist. Die Anleger warfen der finanzierenden Bank Pflichtverletzungen vor. Sie habe gewusst, dass der finanzierte Kaufpreis sittenwidrig überhöht war. Die Bank bestritt sowohl eine Überhöhung des finanzierten Kaufpreises als auch ein institutionalisiertes Zusammenwirken mit dem Bauträger und der Vermittlerfirma. Das OLG Nürnberg sah dies anders. Es bestanden ständige Geschäftsbeziehungen mit dem Verkäufer der Immobilie und der mit dem Vertrieb der Immobilien beauftragten Gesellschaft. Die Vertriebskoordinatorin verfügte über Selbstauskunftsformulare der finanzierenden Bank und verwendete diese unbeanstandet. Hinzu kamen noch weitere Umstände, die auf eine permanente Geschäftsbeziehung schließen ließen. Das

Gericht berief sich auf die jüngere Rechtsprechung des BGH, nach der die Kenntnis der finanzierenden Bank von einer arglistigen Täuschung widerleglich vermutet wird, wenn Verkäufer oder Fondsiniiatoren oder die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsiniiators oder Vermittlers nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Erkenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen. Ausgehend vom Mietspiegel 2001 war die kalkulatorisch in einem Berechnungsbeispiel angesetzte Miete um knapp 48 % überhöht. Es hätte mithin der Bank obliegen, die so begründete widerlegliche Vermutung zu entkräften.

### § § §

**Keine nachträgliche Einführung einer Nachschusspflicht durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter** (BGH, Versäumnisurteil v. 21.05.2007, II ZR 96/06)

Die Parteien stritten sich in diesem Verfahren darum, ob ein Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft zur Zahlung von Nachschüssen verpflichtet war und ob er Beträge, die er bereits bezahlt hatte, zurückfordern kann.

Der Gesellschaftsvertrag des im Jahr 1998 in Rechtsform einer GbR gegründeten Fondsgesellschaft enthielt keine Bestimmungen über Nachschusszahlungen der Gesellschafter. Er enthielt allerdings die

Regelung, dass eine Änderung des Gesellschaftsvertrages mit ¾-Mehrheit möglich ist. Die Gesellschafterversammlung der Fondsgesellschaft fasste mit ¾-Mehrheit den Beschluss, eine Nachschussregelung einzuführen und eine Sonderumlage zu erheben. Der verklagte Gesellschafter weigerte sich, den anteilig auf ihn entfallenden Betrag zu entrichten.

Der BGH verweist zunächst auf seine jüngere Rechtsprechung und führt insoweit aus, dass nachträgliche Beitragspflichten mit einer jeden einzelnen Gesellschafter bindenden Wirkung nur mit Zustimmung der Betroffenen eingeführt können. Dies gilt nicht nur für eine Beschlussfassung im Einzelfall, sondern ebenso für die spätere Einführung einer gesellschaftsvertraglichen Nachschussklausel.

Eine allgemeine Mehrheitsklausel enthält keine den Anforderungen des § 707 BGB entsprechende antizipierte Zustimmung. Es fehlt bereits am Erfordernis, dass Ausmaß und Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung erkennbar sein müssen (Festlegung einer Obergrenze oder Festlegung sonstiger Kriterien, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen). Eine ohne Rechtsgrund bereits geleistete Nachschusszahlung unterliegt deshalb grundsätzlich der Rückforderung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB). Wenn der Leistende allerdings gewusst hat, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet, ist die Rückforderung ausgeschlossen. Die Leitlinie seiner Rechtsprechung wurde vom BGH in folgendem Grundsatz festgehalten:

*„Eine schlichte Mehrheitsklausel in dem Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft ist keine Legitimationsgrundlage für eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, durch die eine Nachschusspflicht eingeführt werden soll. Vielmehr bedarf es zur Bindung des Betroffenen seiner Zustimmung zu dieser nachträglichen Vermehrung seiner Beitragspflichten.“*

### § § §

**Zur Frage der Irreführung durch eine Werbung für eine Kapitalanlage** (LG Hamburg, Ur. v. 27.04.2007)

Eine Werbung für eine Kunstanleihe ist irreführend, wenn sie dem Anleger mit der Aussage „BaFin genehmigt erste deutsche Kunstanleihe“ vortäuscht, dass die beworbene Kunstanleihe von der BaFin genehmigt worden sei, wohingegen die BaFin tatsächlich nur den Verkaufsprospekt für diese Anleihe genehmigt hat. Die von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise sind im Allgemeinen nicht hinreichend über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Kapitalanlageangebote unterrichtet, dass sie durchweg wissen, dass die BaFin keine Kapitalanlageprodukte, sondern nur die Verkaufsprospekte genehmigt.

### § § §

**Zur Frage der Fälligkeit der Bauträgervergütung bei einer nach MaBV nichtigen Zahlungsvereinbarung (BGH, Urt. v. 22.03.2007, VII ZR 268/05)**

1. Verträge über den Bau von Immobilien fallen in den Anwendungsbereich von § 312 BGB (können also ein Haustürgeschäft darstellen; derartige Haustürsituationen kommen im Bauvertragsrecht u.a. beim Vertrieb von Fertighäusern, aber auch bei Sanierungs- und Instandhaltungsarbeiten vor). § 312 BGB setzt voraus, dass die Haustürsituation für die Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers zumindest mit ursächlich geworden ist.
2. Steht schon vor der Beurkundung des Grundstückserwerbsvertrages fest, dass das Grundstück durch den Grundstücksveräußerer bebaut werden sollte, bilden Grundstückserwerbsvertrag und Bauvertrag eine rechtliche Einheit, so dass sie insgesamt beurkundungsbedürftig sind. Ein Formmangel wird durch die Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch gem. § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB ex nunc geheilt.
3. An die Stelle einer nach § 3 Abs. 2, § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB nichtigen Zahlungsvereinbarung tritt als Ersatzregelung weder der Zahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV

noch § 632a BGB. Es gilt vielmehr § 641 Abs. 1 BGB.

4. Leistet der Erwerber vor Fälligkeit der Werklohnforderung Zahlungen, durch deren Entgegennahme der Unternehmer gegen das Verbot des § 3 MaBV verstößt, so steht dem bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch des Erwerbers § 813 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht entgegen. Da das Verbotsgesetz gerade die Entgegennahme von Zahlungen auf eine betagte Forderung verbietet, solange die Fälligkeitsvoraussetzungen noch nicht vorliegen, würde ansonsten der vom Verbotsgesetz bezweckte Schutz des Erwerbers ausgeschaltet.
5. Die Regelung des § 813 Abs. 2 BGB kann jedoch nur insoweit zurücktreten, als dies im Hinblick auf Sinn und Zweck des genannten Verbotsgesetzes gerechtfertigt ist. Die Vorschrift greift nicht, soweit es des Rückforderungsanspruchs nicht bedarf, weil der von der Makler- und Bauträgerverordnung bezweckte Schutz des Erwerbers im Einzelfall bereits verwirklicht ist.

§ § §



**Auch bei verspäteter Modernisierungsmitteilung kann die Miete erhöht werden**  
(BGH, Urt. v. 19.09.2007, VIII ZR 6/07)

Die Parteien stritten sich darüber, ob eine Mieterhöhung nach den §§ 559 ff. BGB ausgeschlossen ist, wenn die Mitteilung des Vermieters über die beabsichtigte Modernisierungsmaßnahme dem Mieter später als drei Monate vor Beginn der Maßnahme zugegangen ist und der Mieter der Maßnahme widersprochen hat. Der BGH hat - unter Aufhebung der anders lautenden Entscheidung des Landgerichts München - entschieden, dass eine verspätete Mitteilung die Modernisierungsmietanpassung nicht ausschließt. Dies ergebe schon ein Vergleich mit den Rechtsfolgen, die eintreten, wenn der Vermieter die gesetzlich vorgeschriebene Mitteilung gänzlich unterlässt. Für diesen Fall ordnet das Gesetz nicht den Ausschluss des Mieterhöhungsrechtes an, sondern lediglich eine Verschiebung des Beginns der Mieterhöhung um sechs Monate. Deshalb kann eine erfolgte, wenn auch verspätete Modernisierungsmitteilung keine für den Vermieter nachteiligere Rechtsfolge auslösen.

**§ § §**

**Nahwärme und Fernwärme sind zwei Paar Schuhe** (BGH, Urt. v. 20.06.2007, VIII ZR 244/06)

Im Mietvertrag hatten Vermieter und Mieter vereinbart, dass der Vermieter berechtigt ist, die Kosten einer Versorgung mit Fernwärme oder Fernwarmwasser auf den Mieter umzulegen. Tatsächlich erfolgte die

Versorgung des Hauses aber nicht mit Fernwärme, sondern mit Nahwärme. Deshalb wies das Gericht einen Anspruch des Vermieters auf Nachzahlung aus einer Heizkostenabrechnung ab. Die Parteien hätten die Versorgung mit Nahwärme nicht vertraglich geregelt. Die vertraglich genannte Möglichkeit eines Fernwärmebezugs mit Kostentragung durch den Mieter erfasst die Versorgung mit Nahwärme nicht.

**§ § §**

**BGH kippt weit verbreitete Endrenovierungsklausel** (BGH, Urt. v. 12.09.2007, VIII ZR 316/06)

Nachdem der BGH in den letzten Jahren bereits Grundsatzentscheidungen zu sog. starren Fristenplänen in Mietverträgen gefällt hat, des Weiteren die Kombination zwischen der Verpflichtung zu laufenden Schönheitsreparaturen und einer Endrenovierungspflicht gekippt hat, hatte er sich beim Sachverhalt, der dem Urteil vom 12.09.2007 zugrunde liegt, mit der Frage zu befassen, ob eine formularvertragliche Endrenovierungsverpflichtungsklausel im Mietvertrag, die den Mieter zur Endrenovierung bei Auszug verpflichtet, wirksam oder unwirksam ist. Im Mietvertrag hieß es hierzu, dass die Wohnung in einem einwandfrei renoviertem Zustand übergeben wird und bei Auszug fachgerecht renoviert zurückzugeben ist. Der BGH stellt in diesem Zusammenhang die Frage, wie ein durchschnittlicher Mieter die Klausel versteht. Die durchschnittliche Sichtweise sei die, dass die Wohnung bei Auszug in jedem Fall frisch renoviert sein muss

oder jedenfalls seit der letzten Renovierung keine Abnutzungsspuren aufweisen darf. Diese uneingeschränkte Endrenovierungspflicht benachteiligt als Formularbestimmung einen Mieter unangemessen. Dies gilt selbst dann, wenn den Mieter während der Dauer des Mietverhältnisses keine Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen trifft. Damit hat der BGH eine weitere in der Vergangenheit weit verbreitete Klausel für unwirksam erachtet. Individualvertraglich dürfte etwas anderes vereinbart werden können. Allerdings sind die Anforderungen, die an ein „Aushandeln“ gestellt werden, recht hoch. Der Vermieter muss nachweislich bereit sein, die fraglichen Regelungspunkte zur Diskussion und Disposition zu stellen. Bei Alltagsgeschäften wie der Vermietung von Wohnraum wird es hierzu in aller Regel nicht kommen. Um so größeres Augenmerk ist bei künftigen Vertragsabschlüssen darauf zu legen, den aktuellen Anforderungen der BGH-Rechtsprechung gerecht zu werden.

### § § §

**Wann entsteht eine Verkaufsgelegenheit neu? Zur Frage, wann eine Nachweiseistung eines Maklers endet** (BGH, Urt. v. 23.11.2006, III ZR 52/06)

In diesem vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Frage, wann die Nachweiseistung eines Maklers endet oder durch andere Ereignisse unterbrochen wird. Ein Makler hatte eine Gesellschaft als Kaufinteressenten gewonnen und dem Verkäufer die Verkaufsmöglichkeit mitgeteilt. Der Makler sollte verkäuferseits eine Erfolgsprovision

erhalten. Das Grundstück wurde an einen Dritten verkauft, der sich allerdings vertraglich ein einseitiges, befristetes Rücktrittsrecht vorbehalten hatte. Er trat zurück und informierte den ursprünglich vom Makler nachgewiesenen Kaufinteressenten. Dieser bot sich gegenüber dem Verkäufer an, den Kaufvertrag zu übernehmen. Es kam zum Abschluss eines Kaufvertrages, an dessen Zustandekommen der Makler nicht beteiligt war. Nach Abschluss des Kaufvertrages verlangte der Makler vom Verkäufer seine Provision. Der BGH gestand dem Makler eine Provision zu. Nach § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB ist derjenige, der für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Maklerlohn verspricht, zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt. Dem Nachweismakler obliegt der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages. Damit ist eine Mitteilung des Maklers an seinen Kunden gemeint, durch die dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den vom Kunden angestrebten Hauptvertrag (im konkreten Fall: Grundstückskaufvertrag) einzutreten. Ein Provisionsanspruch entsteht dann nicht, wenn der Makler eine tatsächlich bestehende Möglichkeit zum Erwerb eines Objektes nachweist und sich diese Gelegenheit aber zerschlägt, weil der Eigentümer die Verkaufsabsicht endgültig aufgegeben oder sich für einen anderen Interessenten entschieden hat, diese Verkaufsgelegenheit dann aber später unter veränderten Umständen neu entsteht und nunmehr von dem Kunden ohne Hinweis des

Maklers genutzt wird. Nach Abschluss eines notariellen Kaufvertrages mit einem anderen Interessenten kann im Allgemeinen von einer weiter bestehenden Verkaufsbereitschaft des Eigentümers nicht mehr gesprochen werden. Anders liegt der Fall, wenn der Kaufvertrag mit einem zeitlich befristeten, im Übrigen aber vorbehaltlosen Rücktrittsrecht vereinbart ist. Bei einer solchen Konstellation bleibt der Kaufvertrag so lange in der Schwebe, wie das Rücktrittsrecht noch ausgeübt werden kann. Bis dahin ist das Objekt noch nicht endgültig vom Markt und der Verkäufer immer noch latent verkaufsbereit. Speziell wenn es um die Frage einer Maklernachweistätigkeit geht, kommt es entscheidend auf die Umstände des jeweiligen Falles an. Der BGH konnte die Angelegenheit trotzdem nicht abschließend entscheiden, da zwischen den Parteien streitig war, ob überhaupt ein Maklervertrag zustande gekommen war.

### § § §

#### **Kürzung der Pendlerpauschale zweifelhaft** (BFH, Beschl. v. 23.08.2007, VI B 42/07)

Seit dem 01.01.2007 können die ersten 20 Kilometer Wegstrecke zwischen Wohnung und Arbeitsstätte nicht mehr als Werbungskosten geltend gemacht werden. Die sog. Pendlerpauschale wird erst ab dem 21. Kilometer anerkannt. Schon kurz nach Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung wurden verfassungsrechtliche Bedenken laut und das Niedersächsische Finanzgericht sowie das Finanzgericht des Saarlandes haben die neue Vorschrift des § 9 Abs. 2 EStG als verfassungswidrig angesehen. Im Rechtsstreit,

der vom BFH entschieden wurde, ging es um den Antrag eines Fernpendlers, ihm auf seiner Lohnsteuerkarte den alten Freibetrag einzutragen (also ohne die Kürzung der ersten 20 Kilometer). Das Finanzamt hatte dies abgelehnt. Der Einspruch des Antragstellers war ebenso erfolglos wie sein Antrag, ihm im Wege der Aussetzung der Vollziehung (AdV) den beantragten Freibetrag vorläufig in voller Höhe einzutragen.

Das Finanzgericht gab hingegen dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung statt und ließ die Beschwerde zu. Das Finanzamt wies Zweifel an der Neuregelung der Vorschrift zurück und verwies darauf, dass das öffentliche Interesse an einer geordneten Haushaltsführung im Übrigen auch höher zu bewerten wäre als das Interesse an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Im Beschluss des BFH heißt es demgegenüber, dass das Finanzgericht zutreffend von ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit ausgegangen sei. Der Senat verwies auf die unterschiedlichen Finanzgerichtsentscheidungen und vor allem auf die in der Literatur vorgebrachten Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit. Da im Schrifttum beachtliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung erhoben wurden, einander widersprechende Entscheidungen der Finanzgerichte vorliegen und die Streitfrage höchstrichterlicher Klärung bedarf, sind bereits deshalb das Vorliegen von verfassungsrechtlichen Zweifeln als Voraussetzung der Aussetzung der Vollziehung zu bejahen. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz trete auch nicht hinter das öffentliche Interesse an einer geordneten

öffentlichen Haushaltswirtschaft zurück. Im Falle von ernstlichen Zweifeln hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit ist - so das Gericht - nach langjähriger Rechtsprechung wegen des Geltungsanspruches jedes verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzes zusätzlich ein besonderes berechtigtes Interesse an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes als erforderlich angesehen worden. Im Streitfall stünde ein überwiegendes öffentliches Interesse nicht entgegen. Nach bisherigem Verständnis sind die Kosten der Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte beruflich veranlasst und zur Erwerbssicherung unvermeidlich („Wenn der Erwerbende sich nicht zu seiner Arbeitsstelle begibt, so verdient er auch nichts.“). Im Übrigen werden durch die Gewährung der AdV Risiken für die öffentliche Haushaltswirtschaft, die mit der Verplanung bzw. Verausgabung möglicherweise verfassungswidriger Steuern verbunden sind, gerade vermieden.

Das Bundesverfassungsgericht wird - voraussichtlich Ende des Jahres - über diese Frage eine Entscheidung fällen.

### § § §

**Architekt bei bauunternehmerähnlicher Tätigkeit Gewerbetreibender** (BFH, Urt. v. 18.10.2006, XI R 10/06)

1. Ein Ingenieur, der schlüsselfertige Gebäude errichten lässt, erzielt gewerbliche und nicht freiberufliche Einkünfte.

2. Schuldet der Ingenieur seinem Auftraggeber die schlüsselfertige Erstellung des Gebäudes, sind seine Einkünfte auch insoweit gewerblich, als er Ingenieur- oder Architektenleistungen erbringt. Eine Aufteilung in eine gewerbliche und freiberufliche Tätigkeit erfolgt in einem solchen Fall nicht.

---

---

## GESETZGEBUNGSSPIEGEL

### **Bundesrat billigt neues Versicherungsvertragsrecht**

Nachdem das neue VVG am 21.09.2007 auch vom Bundesrat gebilligt worden ist, kann es am 01.01.2008 in Kraft treten. Ziel des neuen VVG ist die Verbesserung des Verbraucherschutzes (was auch bereits durch das neue Vermittlerrecht umgesetzt wurde), Änderungen der Gesetzeslage im Hinblick auf vorvertragliche Anzeigepflichten, die Einführung eines Direktanspruchs in der Pflichtversicherung, die Aufgabe des Alles-oder-Nichts-Prinzips, die Einführung eines einheitlichen Widerrufsrechtes, die Abschaffung des Prinzips der „Unteilbarkeit der Prämie“ und der Wegfall der Klagefrist.

Besonders gravierend sind die Änderungen im Bereich der Lebensversicherung. Der Anspruch des Versicherungsnehmers auf Überschussbeteiligung wird im Gesetz als Regelfall verankert und die Abschlusskosten der Lebensversicherung sind künftig auf die ersten fünf Vertragsjahre zu verteilen, damit

bei Auflösung in den ersten fünf Jahren ein gewisser Mindestrückkaufswert vorhanden ist.

In einer VVG-Informationsverordnung sollen Einzelheiten über die Offenlegung der Abschluss- und Vertriebskosten geregelt werden. Experten befürchten eine noch größere Ausweitung der Papierflut und eine zu starke Fixierung auf die Abschlusskosten statt auf die Qualität und nachhaltige Geeignetheit zur Bedarfsbefriedigung eines Produktes.

\* \* \*

### **Gesetz zur Reform des Kontopfändungs-schutzes**

Die Bundesregierung hat am 05.09.2007 einen Gesetzentwurf zur Reform des Kontopfändungsschutzes beschlossen. Der Regierungsentwurf sieht erstmalig die Einführung eines sog. Pfändungsschutzkontos („P-Konto“) vor. Auf diesem Konto soll ein Schuldner für sein Guthaben einen automatischen Sockel-Pfändungsschutz in Höhe von 985,15 € pro Monat erhalten. Dieser Basisbetrag wird für jeweils einen Kalendermonat gewährt, wobei es anders als nach geltendem Recht auf den Zeitpunkt des Eingangs der Einkünfte nicht mehr ankommt. Wird ein Freibetrag in einem Monat nicht ausgeschöpft, wird der Rest auf den folgenden Monat übertragen. Außerdem soll es für einen Pfändungsschutz künftig nicht mehr darauf ankommen, aus welchen Einkünften das Guthaben herrührt. Dadurch würde künftig die Pflicht entfallen, die Art der Einkünfte gegenüber Banken und Gerichten nachzuweisen.

---

---

## LITERATURSPIEGEL

### **Institutionelles Zusammenwirken zwischen Bank und Vermittler/Verkäufer bei finanzierten Immobilienanlagen - Konkretisierung der Aufklärungspflicht**

In den BGH-Entscheidungen vom 24.04.2006 und 16.05.2006 befasste sich der BGH vor allem mit dem Aspekt einer Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprungs seitens der finanzierenden Bank und im Falle von Verletzungen der Aufklärungspflicht daraus ggf. resultierenden Schadenersatzverpflichtungen. **Lang** analysiert in seinem Beitrag in Heft 37/2007 der **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht** die jüngere BGH-Rechtsprechung. Er widmet sich dem Begriff des institutionalisierten Zusammenwirkens als zentraler Voraussetzung für die Beweiserleichterung ebenso wie dem weiteren Merkmal, dass die Initiative zur Darlehensaufnahme mit Wissen und Wollen der Bank vom Verkäufer oder Vermittler ausgeht. Der Darlehenskunde muss ferner durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. unrichtige oder unvollständige Angaben des Fondsprospektes über das Anlageobjekt arglistig getäuscht worden sein. Mit dem Rückgriff auf die Fallgruppe des Wissensvorsprungs greift der BGH auf eine der vier klassischen Fallgruppen zurück, bei deren Vorliegen auch schon die ältere Rechtsprechung ausnahmsweise Aufklärungspflichten der Banken im Kreditgeschäft bejaht hat. Neben dem Wissensvorsprung ging es um Fälle, in denen

die den Erwerber finanzierende Bank gleichzeitig in den Vertrieb eingeschaltet war und/oder zugleich an der Gesamtfinanzierung des Bauträgers oder des Fonds beteiligt war, wenn sich der Darlehensnehmer einem organisierten Finanzierungsverbund gegenüber sieht und die darlehensgewährende Bank Einfluss auf das zu finanzierende Objekt nehmen kann (Fälle der Überschreitung der Rolle als Kreditgeber und Fälle möglicher Interessenkollision).

Insgesamt darf allerdings nicht vergessen werden, dass die Weiterentwicklung der BGH-Rechtsprechung nach wie vor lediglich auf eng begrenzte Sachverhaltskonstellationen Anwendung findet. Es handelt sich um Fälle, bei denen seitens von Verkäufern, Vermittlern, Fondsinitiatoren oder Gründungsgesellschaftern falsche Angaben getätigt wurden, die entweder vorsätzlich oder zumindest ins Blaue hinein erfolgt sind. Die Fallgruppe des Wissensvorsprungs setzt positive Kenntnis über die speziellen Risiken voraus. Die neuere Rechtsprechung zeigt jedoch, dass an die Anforderungen dieses Wissensvorsprungs keine unüberwindlichen Hürden gestellt werden. Eine Haftung könne sich durchaus „aus der Gesamtschau aller Indizien“ ergeben. Unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten - so das Fazit von Lange - sind die Ergebnisse der neueren Rechtsprechung nicht zu beanstanden.

\* \* \*

### **Besteuerung von Finanzprodukten vor und nach der Abgeltungssteuer: Investmentfonds**

Durch das Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 kommt es infolge der in diesem Gesetzespaket enthaltenen Einführung einer Abgeltungssteuer zu erheblichen Neuerungen bei der Besteuerung von Finanzprodukten. **Luckner** befasst sich in seinem Aufsatz in Heft 9/2007 des **Beraterbriefs Erben und Vermögen** mit der künftigen Besteuerung der Investmentfonds. Dabei werden u.a. Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt, die sich aus den aktuellen Gesetzesänderungen ergeben. Auch nach Einführung der Abgeltungssteuer soll an dem Transparenzprinzip der Fondsbesteuerung festgehalten werden. Mit der neu eingeführten fristenunabhängigen Veräußerungsgewinnbesteuerung bei der Direktanlage gehen aber gravierende Änderungen bei der Fondsbesteuerung einher. Das bisherige Fondsprivileg (Möglichkeit der steuerfreien Ausschüttung von vom Sondervermögen erzielter Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren unabhängig von der Behaltefrist) entfällt. Eine Ausnahme von der Veräußerungsgewinnbesteuerung bilden die Veräußerungen von Wertpapieren, die der Fonds bereits zum 31.12.2008 im Vermögensbestand gehalten hat und Termingeschäfte, die vor dem 01.01.2009 abgeschlossen wurden. Mit der Investition in einen thesaurierenden Fonds, der vor dem 01.01.2009 erworben wird, kann somit eine Gewinnbesteuerung vermieden werden, da es in einem solchen Fall bei der derzeitigen steuerlichen Regelung verbleibt. Auch

Dachfonds können einen Ausweg darstellen. Werden Dachfonds vor dem 01.01.2009 erworben, bleibt bei einem späteren Verkauf der Gewinn ebenfalls steuerfrei. Selbst bei einem Erwerb nach dem 31.12.2008 wird bei Umschichtungen auf der Ebene des Dachfonds keine Steuer ausgelöst. Allerdings ist insoweit strittig, ob die Wertpapiereigenschaft von Dachfondsanteilen umstritten ist.

\* \* \*

### **Vorfälligkeitsentschädigung bei Festzinsdarlehen - „Dauerbrenner“ zwischen Darlehensnehmer und Kreditinstitut**

Im Jahr 2002 hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung § 490 Abs. 2 BGB eingeführt. Damit wurde erstmals die Vorfälligkeitsentschädigung gesetzlich geregelt. Dennoch gibt es bei der vorzeitigen und damit außerplanmäßigen Rückzahlung von Festzinsdarlehen immer wieder Diskussionen zwischen den beteiligten Vertragsparteien (Darlehensnehmer und Kreditinstitut). Mit diesem Problemkreis setzt sich **Schelske** in seinem Beitrag in Heft 9/2007 des **Beraterbriefs Erben und Vermögen** auseinander. Der Gesetzgeber regelt in § 490 Abs. 2 BGB den Ausnahmefall einer Kündigung von Festzinsdarlehen. Zum Ausgleich für das eingeräumte Kündigungsrecht muss der Darlehensnehmer dem Kreditinstitut den Nachteil aus der vorzeitigen Vertragsbeendigung ersetzen. Die Berechnungsmodalitäten sind sehr diffizil. Schelske geht auf die markantesten Eckpunkte

ein: Abrechnungsstichtag, Differenzzinssatz, ersparte Risiko- und Verwaltungskosten, Abzinsung, Sondertilgungsrechte, Bearbeitungsentgelt und Berechnung bei Aufhebungsvereinbarungen.

\* \* \*

### **Asset backed Securities (ABS) - Grundlagen und neuere Entwicklungen**

Asset backed Securities zählen zu den börsenfähigen Wertpapieren. Ihre Bedeutung ist in den letzten Jahren für Kreditinstitute, Unternehmen und sonstige Teilnehmer am Kapitalmarkt gestiegen. Ihnen liegt die Methode zugrunde, Risiken von Forderungen und allgemein von Vermögenswerten in einem Wertpapier über eine Zweckgesellschaft zu verbriefen und damit handelbar zu machen. Dadurch werden die den Vermögenswert immanenten Risiken gestreut. **Zeising** erläutert in seinem Aufsatz in Heft 8/2007 der **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** Grundstruktur und Bedeutung dieser Wertpapierart. Werden ABS öffentlich angeboten, muss der Anbieter zuvor einen Wertpapierprospekt erstellen und veröffentlichen. Der Prospekt wird auf Antrag des Anbieters von der BaFin geprüft und gebilligt. Die Prüfung erstreckt sich jedoch lediglich auf Vollständigkeit, Verständlichkeit und innere Widerspruchsfreiheit (Kohärenz). Zeising erwartet, dass ABS zunehmend für die öffentliche Hand bei der Finanzierung von Großprojekten im Rahmen von Public Private Partnerships interessante werden. Er rechnet damit, dass aufgrund der flexiblen Einsatzmöglichkeiten

Verbriefungstransaktionen weiter zunehmen werden und ABS als Refinanzierungsmöglichkeit weitere Marktanteile gewinnen werden.

\* \* \*

### **Schuldner-, Bieter- und Ersteherzahlungen im Versteigerungsverfahren**

Durch das Zweite Justizmodernisierungsgesetz wurden Barzahlungen im Zwangsversteigerungsverfahren abgeschafft. Dies betrifft die Zahlungen durch den Schuldner zur Verhinderung der Zwangsversteigerung, die Sicherheitsleistung der Bieter und die Bezahlung des Meist-Bargebotes durch den Ersteher. **Böttcher** erörtert in seinem Beitrag in Heft 17-18/2007 der **Zeitschrift für Immobilienrecht** die Neuregelungen. Es geht um Fragen, wann ein befriedigungsberechtigter Dritter Zahlungen zur Vermeidung der Zwangsversteigerung leisten kann, um die heute nur noch möglichen Arten der Sicherheitsleistung durch die Bieter, den Zeitpunkt der Sicherheitsleistung und Fälle, bei denen ein Gläubiger erhöhte Sicherheitsleistungen bei Geboten des Vollstreckungsschuldners nach §§ 68 Abs. 2 und 3 ZVG fordert. Böttcher weist schließlich auf ein offensichtliches redaktionelles Versehen des Gesetzgebers hin. § 69 Abs. 3 Satz 2 ZVG a.F. bestimmte noch, dass die Übergabe des Bargeldes für die Sicherheitsleistung an das Versteigerungsgericht die Wirkung einer Hinterlegung hatte. Verzichtete der Bieter in einem solchen Fall auf die Rücknahme, wurde

er insoweit von der Verzinsungspflicht befreit. Diese Bestimmung wurde in den neuen § 69 Abs. 4 ZVG nicht übernommen. In analoger Anwendung des § 49 Abs. 4 ZVG soll aber davon ausgegangen werden, dass die durch eine Überweisung auf ein Konto der Gerichtskasse bewirkte Sicherheitsleistung von der Verpflichtung zur Verzinsung des Meist-Bargebotes befreit.

\* \* \*

### **Existenzvernichtungshaftung nach Gesellschaftsdeliktsrecht**

In einem Grundsatzurteil vom 16.07.2007 (II ZR 3/04) hat der BGH entschieden, dass die sog. Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs ausschließlich auf § 826 BGB zu stützen ist. **Paefgen** untersucht in seinem Beitrag in Heft 35/2007 der Zeitschrift **Der Betrieb** das neue gesellschaftsdeliktsrechtliche Haftungsmodell des BGH. Dieser sieht die deliktsrechtliche Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft für die Schädigung von deren Vermögen und die damit verbundene Beeinträchtigung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger an. Was den objektiven Haftungstatbestand betrifft, lassen sich die in der früheren Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff entwickelten Grundsätze auf das neue deliktsrechtliche Haftungskonzept relativ problemlos übertragen. Paefgen begrüßt des Weiteren die Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf vorsätzliches Handeln. Das Erfordernis des Eventualvorsatzes bewirke einen sachgerechten Ausgleich zwischen den



Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter. Paefgen geht in seinem Beitrag schließlich auch auf die Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf die europarechtliche Beurteilung des Gläubigerschutzes bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland ein.

*Anm.: Mit derselben Thematik befasst sich auch **Weller** in seinem Beitrag in Heft 36/2007 der **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)**. Er geht noch stärker auf den Begriff des Schadens und seines Umfangs ein und weist darauf hin, dass der Insolvenzverwalter künftig stärker in die Verantwortung genommen wird. Das neue Haftungskonzept erweitere allerdings auch dessen Handlungsspielräume, weil der Anspruch aus Existenzvernichtungshaftung der GmbH und nicht den Gesellschaftsgläubigern zugewiesen sei.*

*Vgl. zur Thematik des Weiteren den Aufsatz von **Vetter** in Heft 37/2007 der Zeitschrift **Betriebs-Berater**.*

---

---

## KURZ UND BÜNDIG

### Haftungsfalle „Berechnungsbeispiel“

Das OLG Karlsruhe (Urt. v. 02.08.2007, Az: 11 U 1/04) hatte einen **Anlageberater** zu **Schadenersatz** verurteilt, weil er ein **irreführendes Berechnungsbeispiel** erstellt hatte, um eine Immobilieninvestition schmackhaft zu machen. Die Berechnungen wurden nur für das erste Jahr nach dem Erwerb der Immobilie durchgeführt. Deshalb war nicht berücksichtigt worden, dass auch die **Steuervorteile** kontinuierlich sinken, weil sich die steuerlichen Abschreibungen reduzieren. Damit wurde aber der Zuschussbedarf bei gleich bleibenden Belastungen für Zinsen und Tilgung höher. Das Gericht stellte deshalb fest, dass ein Berater, der die Rentabilität des Erwerbs unter Einbeziehung von Steuervorteilen darstellt, zutreffend über die sinkenden Steuerersparnisse und deren Auswirkungen informieren müsse. Des Weiteren hätte der Berater in seinem Berechnungsbeispiel **nicht unkommentiert** die von einem Unternehmen des Bauträgers **garantierte Miete berücksichtigen** dürfen, sondern hätte darauf hinweisen müssen, dass die Miete, die erheblich über der ortsüblichen Miete lag, nur bei Zahlungsfähigkeit und Bestand des Mietgaranten gewährleistet sei.

\* \* \*

### Auch für die „Private Limited Company“ gelten die Registervorschriften

Dies hat das OLG Celle mit Beschluss vom 01.12.2006 (9 W 91/06) klargestellt. Die **Prüfungskompetenz** des **Registergerichts**

erstreckt sich auf die Frage, ob die Tätigkeit einer Limited im Inland genehmigungspflichtig ist. Der **Unternehmensgegenstand** muss hinreichend individualisiert angegeben werden und soweit die alleinige Vertretungsberechtigung eines „Director“ angemeldet wird, muss mit aufgeführt werden, ob dieser nur zur Zeit **alleinvertretungsberechtigt** sein soll, weil kein anderer Geschäftsführer bestellt ist, oder ob die Vertretungsberechtigung aufgrund eines besonderen Gesellschafterbeschlusses bestehen soll.

\* \* \*

### **Wirksame Ehegattenbürgschaft trotz finanzieller Überforderung**

Der Bundesgerichtshof hat in seiner ständigen Rechtsprechung betont, dass eine Bürgschaft, die jemand für einen Geschäftsbetrieb eines Angehörigen übernimmt, dann sittenwidrig und damit unwirksam ist, wenn der **Bürge** mangels Einkommens und Vermögens mit der Rückführung des verbürgten Betrages **völlig überfordert** ist. Diese Grundsätze zur Wirksamkeit **ruinöser Bürgschaften** naher Angehöriger sind jedoch dann nicht anwendbar, wenn der Bürge Mitgesellschafter der GmbH ist, die einen Kredit nachsucht. Ist der Angehörige - wie im vom OLG Celle zu entscheidenden Fall (Beschl. v. 01.03.2007, 3 W 29/07) - zu 50 % an der Gesellschaft beteiligt, kann daher weder seine krasse finanzielle Überforderung noch seine emotionale Verbundenheit mit einem die Gesellschaft beherrschenden Dritten die

Vermutung der **Sittenwidrigkeit** nach § 138 BGB begründen.

\* \* \*

### **Praxistipps zur Zwangsverwaltung**

Neben der **Zwangsversteigerung** und der **Zwangshypothek** ist die **Zwangsverwaltung** eine weitere Art der Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Der Gläubiger erhofft sich Befriedigung aus den Erträgen des Objektes. **Boksteen** gibt in einem **immobilien-intern Spezial** (Beilage zu Heft 20/07) einen Überblick über das Zwangsverwaltungsverfahren, die Aufgaben des Zwangsverwalters und geht hierbei auch auf die Besonderheiten der Zwangsverwaltung von Wohnungseigentum ein.

\* \* \*

### **Streitthema „Shoppingcenter“**

Der Bau und Ausbau großer **Einzelhandelsbetriebe** gehört zu den konfliktträchtigsten Fragen der Stadtentwicklung. **Menche** gibt in Heft 9/2007 der Zeitschrift **Immobilienwirtschaft** einen Überblick über Entscheidungen der Obergerichtsverwaltung. Nach zwei jüngeren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts ist inzwischen die **Schwelle zur Großflächigkeit** eines Einzelhandelsbetriebs auf ca. 800 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche angehoben.

\* \* \*

## Zur Behandlung von Steuervorteilen bei Rückabwicklung eines Darlehensvertrages

Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 24.04.2007 (Az. XI ZR 17/06) entschieden, dass bei der Rückabwicklung eines **Fondsfinanzierungsdarlehens** und der finanzierten **Fondsbeteiligung** nach § 3 HWiG Steuervorteile des Darlehensnehmers anzurechnen sind und zu einer Minderung des von der Bank an den Darlehensnehmer zurückzugewährenden Betrages führen. Dies entspreche der Billigkeit. Im **Schadenersatz** gelte auch insoweit der Gedanke der Vorteilsanrechnung. **Wolters** setzt sich in seiner Urteilsanmerkung in Heft 8/2007 der **Zeitschrift Bank- und Kapitalmarktrecht** kritisch mit dieser neuen BGH-Rechtsprechung auseinander. Er geht auf Altfälle (bis 30.09.2000) und Neufälle (Abschluss des Darlehensvertrages ab dem 01.10.2000) ein. Wolters begründet seine Kritik vor allem damit, dass das Bereicherungsrecht nicht auf Gründen der Billigkeit beruht. Deswegen sei es verfehlt, im **Bereicherungsrecht** eine Ergebniskorrektur unter Billigkeitsgesichtspunkten oder analoger Anwendung schadenersatzrechtlicher Vorteilsausgleichung vorzunehmen. Dies habe der Zweite Zivilsenat des BGH in gefestigter Rechtsprechung stets abgelehnt. Gleichwohl kann davon ausgegangen werden, dass die jüngste BGH-Rechtsprechung künftig von den Instanzgerichten beachtet werden wird.

\* \* \*

## Gesetz zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung - Anmerkungen zum Regierungsentwurf

**Höfer** stellt in Heft 35/2007 der Zeitschrift **Der Betrieb** den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Förderung der **betrieblichen Altersversorgung** vor. Zugleich gibt er Anregungen für eine systematische Umsetzung. Er begrüßt, dass das früheste **Alter für die Aufwandsverrechnung** von 28 auf 27 vorverlegt werden soll, plädiert allerdings dafür, überhaupt kein Mindestalter für die steuerliche Anerkennung des Versorgungsaufwandes zu verlangen.

\* \* \*

## Ein Jahr Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Schon im August diesen Jahres ist das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz** (AGG) ein Jahr alt geworden. **Schiefer, Ettwig** und **Worzalla** fassen in Heft 36/2007 der Zeitschrift **Der Betrieb** die Erfahrungen von einem Jahr zusammen. „Wer Schlimmes befürchtet hat, sieht sich bestätigt.“, so das Fazit der Autoren. **Der zutiefst verunsicherte Rechtsanwender** erhalte bislang kaum Antworten und auch nach einem Jahr Sorge das Gesetz für erhebliche Verunsicherung. Bis zu weiterführenden Entscheidungen des BAG oder des EuGH muss die Praxis mit erheblichen Rechtsunsicherheiten leben.

---

---

**VERANSTALTUNGSHINWEIS**

Sie finden uns auch in diesem Jahr wieder vom **23. bis 25.10.2007** auf der **DKM**, der internationalen Fachmesse für die Finanz- und Versicherungswirtschaft. **Vereinbaren** Sie doch am besten im Vorfeld einen **Termin**, damit wir ausreichend Zeit für Sie und Ihre Fragen haben!

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](mailto:info@rechtsanwaelte-klumpe.de)

Web: [www.rechtsanwaelte-klumpe.de](http://www.rechtsanwaelte-klumpe.de)

Nähere Angaben erhalten Sie hier im [Impressum](#)

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