

**Der Markt für Kapitalanlagen - Kundennutzen, aber keine Mogelpackung bitte!**

**Newsletter 12/2007**

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

die Zeit kurz vor dem Jahreswechsel ist traditionell die Zeit für Rückblicke und Ausblicke. Egal, welche Branche es ist, werden meist noch einmal wichtige Ereignisse zusammengefasst. Dort, wo es nicht so rund gelaufen ist, soll sich im neuen Jahr alles zum Guten verbessern. In der Kapitalanlagebranche heißen - wie fast jedes Jahr - die Stichworte „**mehr Transparenz, mehr Leistung, mehr Kundennutzen**“. Auch die Gerichte betrachten Beteiligungsangebote im Rückblick: Wusste der **Kunde**, auf was er sich einlässt? War das angebotene Produkt für ihn und seine Bedürfnisse geeignet? Oder war es vielleicht eine **Mogelpackung**?

Für reichlich Furore hatte vor kurzem ein neues BGH-Urteil gesorgt. Die Vorstände einer Beteiligungsgesellschaft waren als sog. **Hintermänner** wegen **Prospektmängeln** persönlich in Anspruch genommen worden. Sie verteidigten sich im Rechtsstreit damit, dass der Anleger den Prospekt bei Zeichnung gar nicht kannte. Die Vorinstanz hatte deshalb noch geurteilt, dass der Prospekt nicht ursächlich für den Anlageentschluss sein konnte. Dies sah der Bundesgerichtshof anders. Er hat darauf abgestellt, dass der

Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Anlagegesellschaft bestimmungsgemäß die Grundlage für die Unterrichtung der Anleger war. Dann aber wirken sich Prospektfehler genauso aus, als wäre der Prospekt vor Zeichnung der Beteiligung übergeben worden.

Der Kunde „Anleger“ kann und darf also von einem Prospekt **Klarheit, Vollständigkeit** und **Richtigkeit** erwarten, selbst wenn er ihn nicht gelesen hat. Mit Mogelpackungen sollten keine Geschäfte mehr gemacht werden. Auf diesem Weg wollen wir Sie auch im kommenden Jahr unterstützen.

Für heute möchten wir uns bei allen Lesern für Ihr Interesse und ganz besonders denjenigen, die uns positive wie negative Kritik zukommen ließen, für Ihr Mitwirken bedanken (natürlich freuen wir uns, dass die positive Kritik weit überwog). Wir wünschen Ihnen ein paar besinnliche Tage und einen guten Start in ein erfolgreiches 2008! Auch dann sind wir gerne wieder für Sie da!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

### Rechtsprechungsspiegel

- Prospekthaftung auch ohne Prospektübergabe möglich
- Anerkenntnisurteil in einem Schrott-Immobilienfall
- Enthaftung auch bei nicht eingetragenen Ausscheiden eines Gesellschafters möglich
- Aufklärungspflicht der kreditgebenden Bank bei Überschreiten der Kreditgeberrolle und schwerwiegendem Interessenkonflikt
- Globalzessionen grundsätzlich insolvenzfest
- Ankaufsrecht im Mietvertrag und Formerfordernis
- Wärmeversorgung und Wirtschaftlichkeitsgebot

### Gesetzgebungsspiegel

- Telekommunikationsüberwachung - Umstrittene Vorratsdatenspeicherung auch vom Bundesrat abgesegnet
- Verordnung über die vertraglich gebundenen Vermittler und das öffentliche Register nach § 2 Abs. 10 Satz 6 KWG verabschiedet
- Bundesjustizministerium will den Schutz von Kreditnehmern verbessern
- Rechtsdienstleistungsgesetz passiert Bundesrat

### Literaturspiegel

- Rückvergütungszahlungen von Investmentgesellschaften an Kreditinstitute
- Das Boarding-House-System
- Private Placement - Rettungsanker bei der Prospektspflicht?
- Es gibt den dritten Weg - Zusätzliches Vertragsmodell fürs VVG
- Zivil- und steuerrechtliche Folgen aus der Rückabwicklung von Grundstückskaufverträgen, Fondsbeteiligungen und Bauträgerverträgen

### Kurz und bündig

- Unkalkulierbare Einnahmen
- Schwarzgeld im Nachlass
- Kein (unmittelbarer) Schutz vor dem heimlichen Kontenabruf
- Die neuen Lohnsteuerrichtlinien 2008
- Heizkostenverordnung gilt auch bei Zweier-Eigentümergeinschaft
- Korruption am Bau - ein Schlaglicht auf Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr
- Der GmbH-Geschäftsführer in der Vor-Insolvenz - Höchst richterliche geklärt? - Masseerhaltung, Lohnsteuerhaftung und Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen
- Das neue Genossenschaftsrecht
- Praxistipps zur Zwangsverwaltung
- Hinweise der BaFin zur Anwendung der §§ 80 ff. VAG und § 34d GewO
- Verteidigungsmöglichkeiten des Mieters nach Eigenbedarfskündigungen
- Jahressteuergesetz 2008 - Änderungen im Einkommensteuerrecht

**RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL**

**Prospekthaftung auch ohne  
Prospektübergabe möglich** (BGH, Urt. v.  
03.12.2007, II ZR 21/06)

Der Emissionsprospekt ist die wichtigste und häufig sogar die einzige Informationsquelle, anhand derer sich ein Anleger über ein Beteiligungsangebot und dessen Chancen und Risiken informieren kann. Der Prospekt muss deshalb vollständig und richtig und für den Empfängerkreis, der angesprochen werden soll, verständlich formuliert und strukturiert sein. Was hat es aber für Auswirkungen, wenn ein Prospekt Mängel aufweist (z.B. angabepflichtige Risiken verschweigt), ein Anleger aber bei Zeichnung den Prospekt gar nicht kannte und sich trotzdem zur Beteiligung entschied?

Über diese Frage hatte vor wenigen Tagen der Bundesgerichtshof zu befinden. Er hob eine die Klage abweisende Entscheidung des Saarländischen Oberlandesgerichts auf (Urt. v. 15.12.2005, Az 8 U 330/04). Das Saarländische Oberlandesgericht hatte geurteilt, dass der Prospekt nicht ursächlich für den Anlageentschluss sein konnte, da dieser nicht vorgelegen habe. Dies sah der Bundesgerichtshof anders. Er hat darauf abgestellt, dass der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Anlagegesellschaft bestimmungsgemäß die Grundlage für die Unterrichtung der Anleger war. Dann aber wirken sich Prospektfehler genauso aus, als wäre der Prospekt vor Zeichnung der Beteiligung übergeben worden.

Allerdings muss sich der Anleger grundsätzlich die Steuervorteile anrechnen lassen, die er während der Beteiligung erzielt hat. Das hatte bereits der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Frühjahr im Fall der Rückabwicklung eines Fondsfinanzierungsdarlehens entschieden und seine bislang anders lautende Rechtsprechung geändert (Urt. v. 24.04.2007, Az XI ZR 17/06; vgl. unseren Newsletter 06/2007).

Die neue BGH-Entscheidung erging gegenüber den sog. „Hintermännern“ der Beteiligungsgesellschaft, nämlich den damaligen Vorstandsmitgliedern. Natürlich besteht daneben auch eine Haftung des Anlageberaters oder -vermittlers aus einem - im Zweifel stillschweigend zustande gekommenen - Beratungsvertrag, wenn der Vermittler seinem Kunden nicht die mit der Anlage verbundenen Risiken erläutert und prüft, ob die Anlage zum Profil des Kunden passt.

Der BGH konnte die Sache nicht abschließend entscheiden, weil die Vorinstanz - von seinem Standpunkt aus konsequent - Verjährungsfragen nicht geprüft hatte und die Höhe der anzurechnenden Steuervorteile nicht ermittelt hatte.

**§ § §**

**Anerkenntnisurteil in einem Schrott-Immobilienfall** (OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.11.2007, 17 U 85/07)

Acht Monate, nachdem der BGH ein Grundsatz-Urteil zur Haftung von Banken, die in institutioneller Weise mit Vermittlern zusammenarbeiten, bestätigt hat (vgl. das Urteil vom 20.03.2007, XI ZR 414/04 und unseren Newsletter 04/2007), hatte sich das OLG Karlsruhe erneut mit dem - in der heutigen Terminologie häufig als „Schrott-Immobilienfall“ bezeichnet - Verfahren zu befassen. Eine Anlegerin hatte 1997 eine Eigentumswohnung als Anlageobjekt gekauft und zur Finanzierung ein Grundschuldvorausdarlehen aufgenommen, welches durch zwei mit der Beklagten Bausparkasse abgeschlossenen Bausparverträgen getilgt werden sollte. Aufgrund der Darlehensbedingungen der Bausparkasse war die Anlegerin gezwungen, einem sog. Mietpool beizutreten. Dieser war für die Verwaltung der Wohnungen zuständig. Die Klägerin hatte vorgetragen, dass das Mietpoolkonzept von Beginn an überhöhte Ausschüttungen vorgesehen habe.

Die Beklagte Bausparkasse erkannte die Forderungen der Anlegerin an. Sie wurde zur Zahlung eines Betrages von 12.000,00 € verurteilt und muss die Anlegerin von allen Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag freistellen, ein Angebot der finanzierenden Bank auf Rückabtretung der zur Sicherheit abgetretenen Ansprüche aus den Bausparverträgen herbeiführen jeweils Zug um Zug gegen kostenneutraler Abgabe sämtlicher Erklärungen, die zur Übertragung des

Wohnungseigentums erforderlich sind. Ferner ist die Bausparkasse verpflichtet, der Anlegerin sämtliche in der Zwischenzeit und künftig noch entstehenden Schäden zu ersetzen, die im Zusammenhang mit dem Kauf der Immobilie stehen.

Trotz dieses aus Anlegersicht erfreulichen Urteils wird es deshalb auch künftig nicht einfacher, das erforderliche institutionalisierte Zusammenwirken zwischen finanzierender Bank und Vermittlern nachweisen zu können sowie darüber hinausgehend die arglistige Täuschung des Anlegers durch den Vermittler.

**§ § §**

**Enthftung auch bei nicht eingetragem Ausscheiden eines Gesellschafters möglich** (BGH, Urt. v. 24.09.2007, II ZR 284/05)

In diesem Verfahren hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, ob die Enthftungsfrist nach § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB (= 5 Jahre nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft) nur dann beginnt, wenn das Ausscheiden in das Handelsregister eingetragen ist (§ 160 Abs. 1 Satz 2 HGB) oder auch dadurch beginnt, dass ein Gläubiger positive Kenntnis vom Ausscheiden des Gesellschafters erlangt. Das Gericht zog eine Parallele zur Situation bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Hier entspreche es der ganz herrschenden Ansicht, dass die 5-Jahresfrist mit der positiven Kenntnis des jeweiligen Gläubigers von dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft beginnt. Diese Ansicht gelte auch für die oHG. Sinn des § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB sei es

allein, den Gesellschafter einer oHG von der Notwendigkeit zu entheben, alle Gläubiger einzeln in Kenntnis zu setzen. Stattdessen soll es für den Fristbeginn ausreichen, dass die Gläubiger von dem Ausscheiden durch die Einsichtnahme in das Handelsregister und die dortige Eintragung Kenntnis erlangen können. Ein Gläubiger, der positive Kenntnis vom Ausscheiden hat und anschließend volle fünf Jahre Zeit hat, seine Ansprüche gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter durchzusetzen, kann sich auf eine fehlende Eintragung des Ausscheidens nicht berufen.

Es spiele deshalb keine Rolle, dass das Ausscheiden im Handelsregister nicht vermerkt war. Das besondere am vorliegenden Sachverhalt war zusätzlich, dass auch die oHG ihrerseits nicht im Register eingetragen war. Für die Praxis ist es gleichwohl empfehlenswert, das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Eintragung beim Handelsregister anzumelden. Wenn der Gesellschafter oder die Gesellschaft nicht eingetragen ist, muss die Eintragung nachgeholt werden, damit anschließend das Ausscheiden eingetragen werden kann.

### § § §

**Aufklärungspflicht der kreditgebenden Bank bei Überschreiten der Kreditgeberrolle und schwerwiegendem Interessenkonflikt** (OLG München, Urte. v. 10.07.2007, 5 U 5578/06 n.rkr.)

1. Eine Bank überschreitet ihre Rolle als Kreditgeberin bei einem kreditfinanzierten Erwerb einer

Immobilie, deren Kaufgelegenheit sie zuvor von sich aus dem Käufer nachgewiesen hat und deren Verwertung im laufenden Zwangsversteigerungsverfahren im Wege des freihändigen Verkaufs von ihrer Zustimmung als Kreditgeberin des Verkäufers abhängt.

2. In diesem Fall haftet die Bank auch unter dem Gesichtspunkt eines schwerwiegenden Interessenkonflikts bei „Doppelfinanzierung“ dem neuen Kreditnehmer wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss, wenn sie über ein ihr vorliegendes Verkehrswertgutachten nicht aufklärt, obwohl der vom Gutachter ermittelte Wert der Immobilie nicht nur den von ihr selbst ermittelten und dem Käufer mitgeteilten Wert um rund 100 % unterschreitet, sondern auch erheblich unter dem von ihr festgesetzten Mindestverkaufspreis liegt.

### § § §

**Globalzessionen grundsätzlich insolvenzfest** (BGH, Urte. v. 29.11.2007, IX ZR 30/07)

In einer vor allem von Banken mit Spannung erwarteten Entscheidung ging es um die Frage, ob eine Globalzession insolvenzfest ist oder nicht. Bei der Globalzession tritt ein Unternehmen alle seine künftigen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen zur Sicherheit an den Kreditgeber ab. Manche Gerichte hatten dies für den Zeitraum der letzten drei

Monate vor dem Insolvenzantrag für unzulässig erachtet (z.B. OLG Karlsruhe, Urt. v. 08.04.2005, Az 14 U 200/03). Die Folgen wären für die Sicherungsnehmer in aller Regel fatal, denn dann hätten in diesem Zeitraum eingegangene Zahlungen zur Darlehenstilgung angefochten werden können und hätte an den Insolvenzverwalter zurück überwiesen werden müssen. Das höchste deutsche Zivilgericht bewertete nun die Globalzession als insolvenzfest. Von vielen Banken aber auch anderen Sicherungsnehmern wurde diese Entscheidung mit Erleichterung zur Kenntnis genommen. Wäre sie anders ausgefallen, wäre eine Kreditvergabe in vielen Fällen nicht mehr oder nur noch mit „Angstzuschlägen“ erfolgt.

### § § §

**Ankaufsrecht im Mietvertrag und Formerfordernis** (OLG Stuttgart, Urt. v. 14.05.2007, 5 U 19/07)

In einem Gewerbemietvertrag, der auf 20 Jahre abgeschlossen wurde, wurde zugunsten des Mieters das Recht vereinbart, zum Vertragsende das gemietete Objekt zu einem schon festgelegten Restwert zu übernehmen. Eine notarielle Beurkundung erfolgte nicht. Kurze Zeit später bat der Vermieter, das Ankaufsrecht notariell beurkunden zu lassen. Mehrere Jahre wurde über dieses Thema weiter verhandelt. Danach schiefen die Bemühungen um eine Beurkundung ein. Der Vermieter nimmt den Mieter auf rückständige Miete in Anspruch. Der Mieter beruft sich u.a. auf die Formnichtigkeit des Vertrages. Das OLG Stuttgart gibt dem Mieter Recht. Der

Vertrag sei formnichtig. Das Ankaufsrecht hätte der notariellen Beurkundung bedurft. Fehlt es daran, führt dies gem. § 139 BGB zur Nichtigkeit auch des Mietvertrages, wenn dieser ohne das Ankaufsrecht nicht oder nicht unter diesen Konditionen abgeschlossen worden wäre. Selbst nach 10-jähriger Vertragsdauer ist die Berufung auf die Formnichtigkeit nicht treuwidrig, wenn die Parteien alsbald nach Vertragsschluss die Nichtigkeit erkenne und jahrelang über eine Beurkundung des Vertrages verhandeln, zu der es letztlich doch nicht gekommen ist.

### § § §

**Wärmeversorgung und Wirtschaftlichkeitsgebot** (BGH, Urt. v. 28.11.2007, VIII ZR 243/06)

Ein Vermieter - gleich ob Gewerbe- oder Wohnräume vermietet werden - muss das Gebot der Wirtschaftlichkeit beachten. Danach ist ein Vermieter verpflichtet, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der von dem Mieter zu tragenden Kosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis zu achten. Bei diesem Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen des Mieters handelt es sich um eine vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, die das Bestehen eines Mietverhältnisses voraussetzt.

Im vor kurzem vom BGH zu entscheidenden Fall klagte der Vermieter gegenüber seinen Wohnungsmietern Nachforderungen aus Heizungs- und Warmwasserkosten ein. Die Beklagten hatten den Mietvertrag abgeschlossen, nachdem der Vermieter die

Wärmeversorgung bereits einem Wärmecontracting-Unternehmen übertragen hatte. Nach § 6 des Mietvertrages waren Mieter verpflichtet, die anteiligen Kosten einer eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme zu tragen.

Die Parteien stritten sich darum, ob mit der Beauftragung des im Vergleich zu anderen Anbietern teuren Wärmecontracting-Unternehmens gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen wurde.

Dies wurde vom BGH verneint, weil zum Zeitpunkt des Abschlusses des Wärmeversorgungsvertrages das Mietverhältnis noch nicht bestand. Ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot konnte auch nicht damit begründet werden, dass der Vermieter nicht zu einem günstigeren Anbieter gewechselt hatte, denn ein solcher Wechsel war ihm aufgrund der langfristigen Vertragsbindung für die Abrechnungszeiträume, um die es im Rechtsstreit ging, nicht möglich. Anders wäre die Entscheidung wahrscheinlich ausgefallen, wenn der Vermieter bei bestehendem Mietvertrag die Entscheidung trifft, eine „preiswertere“ Art und Weise der Wärmeversorgung (z.B. durch eine Zentralheizungsanlage) auf eine externe Wärmeversorgung, die mit höheren Kosten verbunden ist, umzustellen. (Vgl. auch die BGH-Entscheidung vom 06.04.2005, Newsletter 8/2005).

---

---

## GESETZGEBUNGSSPIEGEL

### **Telekommunikationsüberwachung - Umstrittene Vorratsdatenspeicherung auch vom Bundesrat abgesegnet**

Nach dem Bundestag stimmte auch der Bundesrat für die Neuregelung des Telekommunikationsüberwachungsgesetzes. Erlaubt ist die Speicherung von Telefon- und Internetverbindungen für sechs Monate. Aller Voraussicht nach wird sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes befassen müssen.

\* \* \*

### **Verordnung über die vertraglich gebundenen Vermittler und das öffentliche Register nach § 2 Abs. 10 Satz 6 KWG verabschiedet**

Im Bundesgesetzblatt wurde die KWG-Vermittlerverordnung vom 04.12.2007 (BGBl. I 2007, S. 2785) veröffentlicht. Die Verordnung dient der weiteren Umsetzung unter anderem der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente. Das haftende Unternehmen hat zu bestätigen, dass der vertraglich gebundene Vermittler fachlich geeignet und zuverlässig ist. Insbesondere ist auch der Tag des Beginns der Tätigkeit des vertraglich gebundenen Vermittlers für das haftende Unternehmen anzuzeigen. Das haftende Unternehmen trägt die Verantwortung für die Vollständigkeit, die Richtigkeit und die Aktualität der Register, welches von der BaFin geführt wird, veröffentlichten Daten. Das Unternehmen hat diese Daten auf

Vollständigkeit und Richtigkeit laufend zu überprüfen.

\* \* \*

### **Bundesjustizministerium will den Schutz von Kreditnehmern verbessern**

In den letzten Jahren ist vermehrt festzustellen, dass Banken Kreditforderungen an Finanzinvestoren verkaufen. Die Veräußerung von Forderungen aus Krediten ist international üblich und zum Zwecke einer günstigen Refinanzierung auch durchaus sinnvoll. Derjenige, der seinen Bankkredit ordnungsgemäß bedient, muss aber vor bösen Überraschungen sicher sein. Deshalb plant das BMJ eine Pflicht zur Anzeige der Abtretung der Darlehensforderung bzw. des Wechsels des Darlehensgebers sowie weitere Maßnahmen wie insbesondere die Verbesserung des Kündigungsschutzes bei Grundstücksdarlehen und einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch bei unberechtigter Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren Urkunde. Die Vorschläge des BMJ sollen in das Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (sog. Risikobegrenzungsgesetz) aufgenommen werden. Das Gesetz wird derzeit im deutschen Bundestag beraten.

*(Anm.: Auch Grziwotz weist in seinem Editorial in Heft 49/2007 der Zeitschrift NJW darauf hin, dass das moderne Kreditsicherungssystem durch Grundschulden und abstrakte Schuldversprechen sowie die treuhänderische Abwicklung von Grundstückskaufverträgen*

*unter Ablösung bestehender Darlehen durch unmittelbare Zahlung an die Bank oder Sparkasse auf der Seriosität der deutschen Kreditinstitute beruht. Dieselbe Solidität bieten Kreditabwicklungs-GmbHs, auf die Not leidende Kredite ausgelagert werden, nicht mehr. Er regt die Diskussion darüber an, ob die Hypothek oder zumindest die nicht abtretbare Grundschuld nicht doch ein besseres Sicherungsmittel ist.)*

\* \* \*

### **Rechtsdienstleistungsgesetz passiert Bundesrat**

Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 09.11.2007 das neue Rechtsdienstleistungsgesetz passieren lassen. Das Gesetz kann somit wie geplant am 01.07.2008 in Kraft treten. Das Rechtsdienstleistungsgesetz soll das Rechtsberatungsgesetz ablösen. Ziel ist es, auch durch Nicht-Anwälte bestimmte Rechtsdienstleistungen zuzulassen. Beispielsweise sollen Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen angeboten werden. Zulässig ist auch die Rechtsdienstleistung, die nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht, so wie die rechtliche Beratung von Vereinsmitgliedern durch den Verein. Das Rechtsdienstleistungsgesetz regelt allerdings nur die außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen. Die Vertretung in gerichtlichen Verfahren soll durch Ergänzungen der einzelnen Verfahrensordnungen geregelt werden.

---

---

## LITERATURSPIEGEL

### **Rückvergütungszahlungen von Investmentgesellschaften an Kreditinstitute**

Ob Rückvergütungszahlungen von einer Investmentgesellschaft an ein Kreditinstitut zulässig sind, bemisst sich seit dem 01.11.2007 nach § 31d Abs. 1 Satz 1 WpHG. **Schumacher** nimmt in Heft 11/2007 der **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** (BKR) zu Voraussetzungen und Normzweck des § 31d WpHG Stellung. Der Kunde eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens soll davor geschützt werden, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen aufgrund von Zuwendungen von Dritten für diese voreingenommen ist. Hinreichende, aber auch notwendige Bedingung für eine solche Voreingenommenheit ist, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Drittzuwendung als Leistung des Dritten auffasst. Stellt sich eine Zuwendung für das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hingegen als Leistung des Kunden dar, wird dadurch kein Anreiz geschaffen, sich aufgrund der Zuwendung auf die Seite eines Dritten zu schlagen. Für **Schumacher** kommt es entscheidend darauf an, ob dem Kunden bewusst ist, dass der Dritte beauftragt wird, eine eigene (ihm, dem Kunden) obliegende Verpflichtung zu erfüllen. Dies sei nicht der Fall, wenn der Kunde eine Investmentgesellschaft beauftragt, eine Rückvergütung an das vermittelte Kreditinstitut zu bezahlen. Nur wenn es darum ginge, dass eine Verbindlichkeit des Kunden erfüllt wird und der Dritte sozusagen als Zahlstelle fungiere, ist diese Fallkonstellation vom

Anwendungsbereich des § 31d Abs. 1 Satz 1 WpHG auszunehmen. Ein Kundenauftrag im Sinne des § 31d Abs. 1 Satz 2 WpHG liege jedoch nicht vor, wenn der Kunde eines Kreditinstituts, der Investmentfondsanteile erwerben will, die Investmentgesellschaft „beauftragt“, Rückvergütungszahlungen an das Kreditinstitut zu leisten. § 31d Abs. 1 Satz 1 WpHG bleibt auf diese Fälle anwendbar.

\* \* \*

### **Das Boarding-House-System**

Auch wenn die Rechtslage von Boarding-House-Systemen derzeit in vielerlei Hinsicht juristisch noch nicht näher geklärt werden musste, sind Rechtsstreitigkeiten äußerst selten. Das Boarding-House soll eine Alternative zum Hotelaufenthalt darstellen und zeichnet sich im Vergleich hierzu durch die regelhaft längere Verweildauer des Nutzers oder Gastes aus. **Drasdo** stellt in Heft 14/2007 der Zeitschrift **NJW-Spezial** das Boarding-House-System in seinen Grundzügen vor. Er geht hierbei auf Fragen des Baurechts, WEG-Aspekte, Anspruchsgrundlagen und schließlich auf Fragen ein, die bei der Vermittlung der Unterbringungsleistungen auftreten können.

\* \* \*

### **Private Placement - Rettungsanker bei der Prospektpflicht?**

Bei der Emission von Gesellschaftsanteilen geht der Emittent das Risiko der Prospekthaftung ein. Für das öffentliche Angebot von Gesellschaftsanteilen existieren

zahlreiche gesetzliche Regelungen wie beispielsweise das Wertpapierverkaufsprospektgesetz und das Wertpapierprospektgesetz. Neben den öffentlich angebotenen Beteiligungen kommt als Alternative das Private Placement als Mittel zur Kapitalbeschaffung in Betracht. **Bühning** und **Linnemannstöns** erläutern in ihrem Beitrag in Heft 48/2007 der Zeitschrift **DB Der Betrieb**, was das Private Placement ausmacht. Es stellt das Gegenstück zum öffentlichen Angebot dar. Für die Abgrenzung ist maßgeblich auf den Adressatenkreis des Angebots abzustellen. Nach Ansicht der Autoren befreit das Private Placement zwar nicht von allen Prospekthaftungssorgen, führt aber zu einer erleichterten Prospektspflicht und stellt eine vom Gesetzgeber erlaubte, flexiblere Möglichkeit der Kapitalbeschaffung dar. Im Prospekt sind weniger detaillierte Angaben zu machen als nach dem Verkaufsprospektgesetz. Mindestangaben für die richtige und vollständige Information des Anlegers sind aber auch hier erforderlich. Der Prospekt einer im Wege des Private Placements vertriebenen Vermögensanlage muss des Weiteren nicht die seit dem 01.07.2005 gesetzlich vorgeschriebene Prospektgestaltung durch die BaFin erfolgreich durchlaufen.

\* \* \*

### **Es gibt den dritten Weg - Zusätzliches Vertragsmodell fürs VVG**

Durch das neue Versicherungsvertragsgesetz wird das Policenmodell abgeschafft, was viele bedauern, weil es sich in der Praxis durchaus

bewährt hat. Die meisten Versicherungen, die bisher das Policenmodell bevorzugten, haben zwischenzeitlich die Vorbereitungen für das Antragsmodell oder das sog. Invitatio-Modell getroffen (viele bieten auch beide Wege nebeneinander an). **Baumann** untersucht in der Ausgabe 23/2007 der Zeitschrift **Versicherungswirtschaft**, ob es einen dritten Weg geben kann. Baumann bezeichnet diesen dritten Weg als „Modell der bedingten Antragserklärung“. Dies will er dadurch erreichen, dass die Bindung des Antragstellers an einen schon abgeschlossenen Vertrag ausgeschlossen ist, weil die Bindungswirkung vom Eintreten bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Als eine solche Voraussetzung wird die Übermittlung der Vertragsbestimmungen einschl. der AVB sowie der in der Informationsverordnung bestimmten Informationen postuliert. Die Bindungswirkung entstände dann erst, wenn die Bedingungen eintreten, dann jedoch automatisch. Es bleibt abzuwarten, ob sich ein solches bislang noch nicht bekanntes Modell durchsetzen kann. Dies hängt vor allem auch davon ab, ob es für den Vertrieb wirklich vertriebsfreundlicher, d.h. kundenorientierter, sein würde.

\* \* \*

### **Zivil- und steuerrechtliche Folgen aus der Rückabwicklung von Grundstückskaufverträgen, Fondsbeteiligungen und Bauträgerverträgen**

Schon vor bald 30 Jahren stellte der BGH den Grundsatz auf, dass Steuervorteile, die ein geschädigter Kommanditist vor dem Zusammenbruch der

Abschreibungsgesellschaft durch Verlustzuweisungen erlangt hat, bei der Schadensberechnung außer Betracht zu bleiben haben (Urteil vom 22.03.1979, VII ZR 259/77). Seither schlägt das Pendel der Anrechenbarkeit mal in die eine und mal in die andere Richtung aus. Das BGH-Urteil vom 06.02.2006 (Az: II ZR 329/04, vgl. auch unseren Newsletter 05/2006) stellt für die Frage, ob der Anleger sich auf seinen Schadensersatzanspruch aus Prospekthaftung steuerliche Vorteile anrechnen lassen muss, auf die Prüfung im Einzelfall ab. Es kommt darauf an, wie sich die Vermögenslage des Geschädigten bei Abstandnahme von der Beteiligung entwickelt hätte. **Weber-Grellet** behandelt in seinem Beitrag in Heft 5072007 der Zeitschrift **Der Betrieb** die im Schnittpunkt von Zivil- und Steuerrecht stehende Frage der Anrechenbarkeit von Steuervorteilen bei der Rückabwicklung von Grundstückskaufverträgen, aber auch von Fondsbeteiligungen und Bauträgerverträgen. Grundsätzlich muss sich der Geschädigte Steuervorteile anrechnen lassen. Eine Anrechnung kommt nicht in Betracht, wenn der Steuervorteil entfällt, weil die Schadenersatzleistung ihrerseits zu versteuern ist. Eine Anrechnung entfällt auch dann, wenn der Geschädigte eine andere steuerbegünstigte Anlage getätigt hätte oder wenn der Steuervorteil dem Geschädigten persönlich zugute kommen soll. Angesichts der Schwierigkeiten der konkreten Einkommensteuerberechnung plädiert Weber-Grellet dafür, die Vorteilsberechnung pauschal vorzunehmen (im Wege der Schätzung gem. § 287 ZPO).

---

---

## KURZ UND BÜNDIG

### Unkalkulierbare Einnahmen

Formfehler führen dazu, dass viele Mietverträge vorzeitig kündbar sind, was wiederum für eine langfristig ausgelegte Kalkulation ein hohes Risiko bedeuten kann. **Krüger** nennt in seinem Beitrag in Heft 12/2007 der Zeitschrift **Immobilien-Manager** wichtige Gefahrenquellen wie Einheitlichkeit der Dokumente, Vertretungsberechtigung bei Unterschriften oder Vereinbarung bestimmter Annahmefristen. Mündliche Absprachen oder Vereinbarungen durch Brief- und Gegenzeichnung sollten tabu sein, soweit es um wesentliche Inhalte eines Mietvertrages geht.

\* \* \*

### Schwarzgeld im Nachlass

Es kommt immer wieder vor, dass ein Erblasser dem Finanzamt bislang verschwiegenes Vermögen hatte, welches nach seinem Tode auftaucht. Der Erbe steht dann sowohl einkommensteuerrechtlich als auch erbschaftsteuerlich vor der Frage, wie er sich zu verhalten hat. Ein solcher Fund ist sowohl für den Erben wie auch für dessen Berater heikel, drohen doch nicht unerhebliche Sanktionen. Rät beispielsweise der Steuerberater dem Steuerpflichtigen nicht zur Anzeige, droht ihm der Vorwurf der Beihilfe oder Anstiftung zur Steuerhinterziehung. **Szczesny** und **Wälzholz** gehen in ihrem Beitrag in Heft 12/2007 des **BeraterBriefs Erben und Vermögen** dieser Frage nach. Der Erbe muss bei Kenntnis des Vermögens nicht

nur die alten Steuererklärungen des Erben berichtigen (§ 153 AO), sondern muss dies vor allem in angemessener Frist tun. Dasselbe Risiko trifft den Testamentsvollstrecker. Strittig ist, ob nachträglich festgesetzte Steuerschulden bei Festsetzung der Erbschaftsteuer abzugsfähig sind. Finanzgerichte haben mehrfach die Abzugsfähigkeit verneint. Die Finanzverwaltung folgt aber der restriktiven Auffassung nicht und hält selbst hinterzogene Steuern für abzugsfähig, wenn sie tatsächlich festgesetzt werden (ein seltenes Beispiel dafür, dass die Finanzverwaltung gegenüber dem Steuerpflichtigen ein größeres Entgegenkommen zeigt).

\* \* \*

#### **Kein (unmittelbarer) Schutz vor dem heimlichen Kontenabruf**

Das Finanzgericht Düsseldorf hatte durch ein Urteil vom 25.04.2007 (Az: 7 K 4756/06) darüber zu befinden, ob gegen einen heimlich durchgeführten Kontenabruf im Nachhinein Rechtsmittel möglich sind. Das Gericht hat dies verneint. **Heidenreich** bespricht in Heft 12/2007 des **BeraterBriefs Erben und Vermögen** diese Entscheidung und zieht das Fazit, dass dem Kontenabrufverfahren wohl noch ein recht langes Leben beschieden sein wird und vorbeugende Rechtsmittel faktisch kaum möglich sind. Insofern sei Steuerpflichtigen zu empfehlen, rechtzeitig über eine strafbefreiende Selbstanzeige nachzudenken.

\* \* \*

#### **Die neuen Lohnsteuerrichtlinien 2008**

In einem **Steuern Spezial** (Beilage zur Ausgabe steuertip Nr. 49/07) stellt die Redaktion des steuertip die neuen Lohnsteuerrichtlinien 2008 vor. Der Schwerpunkt liegt hierbei beim Reisekostenrecht. Es geht um die 3-Monatsfrist, die 30-Kilometergrenze, Übernachtungskosten bei Inlands- und Auslandsreisen sowie die Kürzung von Verpflegungskosten bei einer Gesamthotelrechnung.

\* \* \*

#### **Heizkostenverordnung gilt auch bei Zweier-Eigentümergeinschaft**

Dies hat das OLG München im Beschluss vom 11.09.2007 (Az: 32 Wx 118/07) entschieden. Im Zweifamilienhaus, welches der Eigentümer selbst bewohnt, findet die Heizkostenverordnung keine Anwendung. Eine aus nur zwei Einheiten bestehende Wohnungseigentümergeinschaft ist aber kein „Zweifamilienhaus“.

\* \* \*

#### **Korruption am Bau - ein Schlaglicht auf Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr**

Die Baubranche gilt als besonders anfällig für Bestechungs- und Schmiergeldzahlungen. Hierbei sind verschiedene Konstellationen denkbar, die strafrechtlich als Bestechung, Betrug oder Untreue einzustufen sind. **Kienle**

und **Kappel** zeigen in Heft 49/2007 der Zeitschrift **NJW** exemplarisch einige Schmiergeldkonstellationen auf. Sie untersuchen sie in rechtlicher Hinsicht und gehen hierbei auf die geplante Neufassung des § 299 StGB ein. Diese Norm regelt die Strafbarkeit der Angestellten-Bestechung.

\* \* \*

### **Der GmbH-Geschäftsführer in der Vor-Insolvenz - Höchst richterlich geklärt? - Masseerhaltung, Lohnsteuerhaftung und Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen**

Der Geschäftsführer einer finanziell angeschlagenen GmbH hat es nicht leicht. Er steht im Pflichtendreieck Pflicht zur Masseerhaltung, Haftung für abzuführende Lohnsteuer und Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen. **Heeg** stellt in seinem Beitrag in Heft 48/2007 der Zeitschrift **DStR** die jüngste Rechtsprechung dar und versucht, auf der derzeitigen Rechts- und Gesetzeslage Handlungsempfehlungen für das „richtige“ Geschäftsführerverhalten zu geben. Den fiskalischen Pflichten in Bezug auf Lohnsteuer und Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung gebührt außerhalb der 3-Wochenfrist vor Insolvenzantragstellung der Vorrang. Die Frage, ob diese 3-Wochenfrist als starr anzusehen ist, blieb aber auch unter Zugrundelegung der jüngsten höchstgerichtlichen Entscheidung offen.

\* \* \*

### **Das neue Genossenschaftsrecht**

Durch das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderungen des Genossenschaftsrechts vom August 2006 wurde auch das deutsche Genossenschaftsrecht umfassend reformiert. Ziel der Reform ist es u.a., die sinkende Bedeutung der Rechtsform „Genossenschaft“ wieder zu steigern. **Hirte** erläutert in seinem Aufsatz in Heft 48/2007 der Zeitschrift **DStR** das neue Genossenschaftsrecht. Im Teil I geht er auf die Grundlagen, Gründungsvorschriften, Organisationsverfassung, Mitgliedschaft und die Finanzverfassung ein. Weitere Themen sind Satzungs- und Strukturveränderungen, Auflösung und Liquidation und die Frage, ob und inwieweit eine Genossenschaft Mitglied eines Unternehmensverbundes sein darf.

\* \* \*

### **Praxistipps zur Zwangsverwaltung**

**Boksteen** gibt in einem **immobilien-intern Spezial** (Beilage Nr. 26/07) Praxistipps zur Zwangsverwaltung. Im aktuellen Beitrag befasst er sich im Wesentlichen mit der Haftungssituation während der Zwangsverwaltung für Hausgelder und den Aufgaben und Pflichten des Zwangsverwalters. Es ist Aufgabe des Zwangsverwalters, sämtliche Miet- und Pachtansprüche geltend zu machen. Dies gilt auch für die Geltendmachung von Miet- und Pachterhöhungen sowie das Eintreiben rückständiger Mieten und Betriebskosten. Der Zwangsverwalter ist aber auch zur entsprechenden Abrechnung von

Betriebskosten verpflichtet. Es liegt im ureigenen Interesse von ihm bzw. dem hinter ihm stehenden Gläubiger, rückständige Betriebskostenabrechnungen zu erstellen, weil der Mieter ansonsten ein Zurückbehaltungsrecht an den Vorauszahlungsbeträgen geltend machen kann. Schließlich hat der Verwalter auch das Recht und die Pflicht, eine beschlagnahmte Immobilie instand zu halten.

\* \* \*

### **Hinweise der BaFin zur Anwendung der §§ 80 ff. VAG und § 34d GewO**

Zur Konkretisierung der Überwachungsaufgaben, die Versicherungsunternehmen gegenüber den Vermittlern zu erfüllen haben, hat die BaFin ein Rundschreiben erlassen (Geschäftszeichen: VA37-O1000-2007/287 vom 23.11.2007). Die BaFin weist darauf hin, dass die Zusammenarbeit mit freien Vermittlern zwar häufig von entscheidender Bedeutung für den wirtschaftlichen Erfolg ist, damit aber auch Risiken für die Unternehmen verbunden sind und deshalb der Steuerung und Kontrolle dieser Risiken im Rahmen des Risikomanagements hohe Bedeutung zukommt. Das Rundschreiben differenziert danach, ob mit gebundenen Vermittlern zusammengearbeitet wird, mit Versicherungsvermittlungs- und Strukturvertriebsgesellschaften, mit nebenberuflich tätigen Vermittlern, mit produktakzessorischen Vermittlern sowie mit Maklern und Mehrfachagenten.

\* \* \*

### **Verteidigungsmöglichkeiten des Mieters nach Eigenbedarfskündigungen**

Der in der Praxis wichtigste ordentliche Kündigungsgrund, auf den auch die meisten ordentlichen Kündigungen gestützt werden, ist die Kündigung wegen Eigenbedarfs des Vermieters. **Schumacher** erörtert in seinem Beitrag in Heft 12/2007 der Zeitschrift **Wohnungswirtschaft & Mietrecht** Verteidigungsstrategien für einen betroffenen Mieter. Behandelt werden neben gesetzlichen und vertraglichen Ausschlussgründen Fallgruppen der Unwirksamkeit (in Fällen der Nichtverwendung oder Nichtanbietung einer freien Alternativwohnung, bei weit überhöhtem Wohnbedarf, bei selbst herbeigeführtem Eigenbedarf, bei Wegfall des Eigenbedarfs nach Ausspruch der Kündigung und bei vorgetäushtem Eigenbedarf). Weiterhin werden die formellen Voraussetzungen einer Eigenbedarfskündigung erläutert und wird auf die Wichtigkeit der Widerspruchserklärung des Vermieters gem. § 545 BGB hingewiesen.

\* \* \*

### **Jahressteuergesetz 2008 - Änderungen im Einkommensteuerrecht**

**Knebel, Spahn und Plenker** stellen in Heft 50/2007 der Zeitschrift **Der Betrieb** die einkommensteuerlichen Neuregelungen vor, die großteils bereits im Jahr 2008 zu beachten sind (teils erst ab 2009, wie beispielsweise die Abgeltungssteuer). Gleichzeitig werden die Neuregelungen erläutert.

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)