

**Mandanteninformation November 2011**  
**Rechtsanwälte Zacher & Partner**

## I. Unternehmens- und Bankrecht

### **Absolute Verjährung von Schadensersatzansprüchen in sog. Altfällen zum Jahresende**

Der 31.12.2011 ist für Anlageberater und Kapitalanleger ein Datum, hinter das ein dickes Ausrufezeichen gemacht werden darf. Denn spätestens zum 31.12.2011 können bestimmte Schadensersatzansprüche gegen Anlageberater und auch gegen Banken verjähren. Hintergrund dieser sogenannten absoluten Verjährung ist eine Gesetzesreform aus dem Jahr 2002. Seinerzeit wurde die Frist, wie lange geschädigte Kapitalanleger ihre Schadensersatzansprüche einklagen können, von 30 auf maximal 10 Jahre verkürzt. Diese 10-Jahres-Frist läuft zum Jahresende ab. Allerdings sind von dieser absoluten Verjährung nur sogenannte Altfälle betroffen, d. h. es verjähren nur Ansprüche aus dem Erwerb einer Kapitalanlage, die vor dem Jahr 2002 erfolgte.

An der praktischen Bedeutsamkeit fehlt es aber nicht. So wurden in den 90er-Jahren eine Vielzahl von Kapitalanlagen vertrieben, aus denen durchaus noch heute Schadensersatzansprüche resultieren können. Hierunter fallen insbesondere geschlossene Unternehmensbeteiligungen. Anleger, die bis Ende 2001 beispielsweise einen geschlossenen Immobilienfonds erworben hatten, könnten daher möglicherweise noch bis Ende dieses Jahres Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Anlageberatung geltend machen.

Grundvoraussetzung ist zunächst, dass überhaupt eine Falschberatung vorlag. Denn ohne Falschberatung entsteht ein Schadensersatzanspruch natürlich gar nicht erst. Kommt eine Falschberatung in Betracht, wird allerdings zu prüfen sein, ob ein Schadensersatzanspruch nicht bereits jetzt verjährt ist. Denn der Gesetzgeber hat seinerzeit nicht bloß eine zehnjährige Maximalfrist eingeführt. Er hat zugleich eine kürzere dreijährige Verjährungsfrist bestimmt, die sogar den Regelfall bildet. Diese dreijährige Verjährungsfrist beginnt nicht automatisch mit dem Tag des Erwerbs der Anlage zu laufen. Vielmehr ist Voraussetzung, dass der Anleger, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 199 BGB) ausdrücklich vorschreibt, von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis hat oder ihm in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind. Konkret bedeutet dies, dass die dreijährige Frist zu laufen beginnt, wenn der Anleger die Beratungsfehler entdeckt hat oder er sie zumindest hätte entdecken müssen. Dies ist im Einzelfall nicht leicht zu bestimmen, denn die Rechtsprechung sieht vor, dass für jeden einzelnen Beratungsfehler auch eine gesonderte dreijährige Verjährungsfrist zu ermitteln ist. Erfährt der Anleger also beispielsweise aufgrund einer zunehmend schlechten wirtschaftlichen Entwicklung seiner Immobilienbeteiligung, dass er wohl doch keine sichere Rendite erzielen wird, so hat er einen Beratungsfehler entdeckt. Die dreijährige Frist für die Verjährung dieses einen Beratungsfehlers beginnt mit dem Schluss des Jahres der Entdeckung zu laufen. Diese Entdeckung bedeutet aber nicht, dass der Anleger von theoretisch denkbaren weiteren Beratungsfehlern wissen muss. Typische Risiken, wie das Totalverlustrisiko, die eingeschränkte Übertragbarkeit geschlossener Immobilienfonds oder das Risiko, erhaltene Ausschüttungen im Insolvenzfall zurückzahlen zu müssen, könnten unentdeckt geblieben sein. Dann beginnt insoweit auch keine Verjährungsfrist zu laufen.

**Praxistipp:** Für die Praxis bedeutet dies, dass aufgrund der komplizierten Verjährungsvorschriften im Einzelfall sehr genau geprüft werden muss, ob ein Schadensersatzanspruch besteht und noch nicht verjährt ist. Dem Anleger, dem z. B. erst aufgrund der im Jahr 2008 beginnenden Finanzkrise deutlich wurde, dass seine Kapitalanlage schlecht läuft und er falsch beraten worden war, droht gleichwohl die Verjährung seiner Ansprüche zum Jahresende 2011. Sicher ist auch, dass sämtliche Altfälle, also Beteiligungserwerbe vor 2002, spätestens zum Ende dieses Jahres verjähren werden.

Die absolute Verjährungsfrist zum Jahresende gilt nämlich auch dann, wenn der Anleger bis zu diesem Zeitpunkt „gutgläubig“ war und von keinerlei Beratungsfehlern wusste. Der Vertrieber kann sich deshalb darauf verlassen, dass vertragliche Schadensersatzansprüche in sog. Altfällen – wenn sie denn überhaupt bestehen sollten – mit Ablauf des Jahres 2011 nicht mehr durchsetzbar sind.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Kelm  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

## **2. Verbraucherschutzforum der BaFin –Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht- am 05.10.2011 in Bonn**

Verbraucherschutz wird als „Monstranz“ durch die Bank- und Kapitalmarktszene getragen. Motor sind das Verbraucherschutzministerium (Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz) und die Verbraucherverbände, die deutlichen Rückhalt finden im politischen Bereich: Jeder Wähler ist auch Verbraucher.

Die BaFin kann sich –vielleicht mit durchaus „gemischten Gefühlen“- diesem Trend nicht entziehen. Sie bot daher die o. g. Veranstaltung mit Themen rund um den Verbraucherschutz an. Da der BaFin vorgeworfen worden war, das erste Verbraucherschutzforum zu „bankenlastig“ gestaltet zu haben, stand bei dem zweiten Forum die Marktgegenseite im Vordergrund.

In sehr kompetenter Form gehalten wurden Referate über die rechtlichen Grundlagen des Verbraucherschutzes im Rahmen der Rechtsaufsicht durch die BaFin, die Beschwerdebearbeitung und die neuen gesetzlichen Regelungen und deren Umsetzung für die Finanzdienstleistung „Anlageberatung“. Im Kontext der rechtlichen Grundlagen machte die BaFin überdeutlich: Aufgabe der Aufsicht ist kollektiver und nicht individueller Verbraucherschutz; letzterer ist Aufgabe der Verbraucherschutzverbände und der Gerichte. Angesichts dieser klaren gesetzlichen Normierung –BaFin als Missstandsaufsicht zur Gefahrenabwehr- ist es daher nicht erforderlich, dem Wunsch der Verbraucherverbände nachzukommen, den Verbraucherschutz ausdrücklich in den Aufgabenkatalog der BaFin zu schreiben.

Zu den Neuregelungen für die Anlageberatung wurde besonders ausführlich behandelt das (seinerzeit auf Initiative des Verbraucherschutzministeriums eingeführte) Beratungsprotokoll und das europarechtlich vorgegebene neue Produktinformationsblatt. *Zum Beratungsprotokoll hatte die BaFin bereits nach Einführung der Protokollpflicht (gilt seit 01.07.2011) Testumfragen bei Kreditinstituten aller Bankengruppen gemacht, die zu einem – aus der Sicht der Aufsicht- negativen Ergebnis geführt hatten. Wie die BaFin seinerzeit in einer ausführlichen Besprechung mit dem Zentralen Kreditausschuss deutlich machte, wies die Handhabung des Protokolls gravierende Mängel auf. Der zuständige Abteilungsleiter der BaFin signalisierte auf dem Verbraucherschutzforum, die Protokollpflicht sei immer noch nicht zufriedenstellend umgesetzt worden. Die BaFin arbeite daher an einem Bericht (offenbar eine Zusammenstellung der festgestellten Mängel) an das Bundesministerium der Finanzen, der dem Gesetzgeber wahrscheinlich Anlass zu neuen legislatorischen Maßnahmen geben werde. Interessanterweise sieht die Aufsicht das Protokoll als „Disziplinierungsinstrument“ nicht nur für den Berater, sondern auch für den Kunden und stellte klar: Der Kunde trifft die Anlageentscheidung, nicht der Berater.*

*Zu dem ebenfalls neu eingeführten Produktinformationsblatt für Finanzprodukte (das aus der Fülle von Informationen die für den Anleger relevanten Daten herausfiltern soll) und dem*

*Gegenstück für Fonds (KID- Key Investor Document) fehlt es der Aufsicht anscheinend noch an einem umfassenden Überblick, um sich insoweit äußern zu können.*

Der zweite Teil der Tagung behandelte ausführlich und rechtsvergleichend die außergerichtliche Streitschlichtung (Ombudsleute) im Finanzsektor. Auffallend war, dass hier alle Beteiligten –Financial Community, Verbraucherschützer und Aufsicht- im Konsens waren: Eine für den Verbraucher (dem der ordentliche Rechtsweg offen bleibt) nützliche Einrichtung.

Für ergänzende Fragen aus dem Mandantenkreis stehen wir gerne zur Verfügung. *Dies gilt insbesondere für Fragen zum Text oder der Handhabung des Beratungsprotokolls.* Unsere Sozietät wird bis zum Jahresende an zwei weiteren großen BaFin-Veranstaltungen teilnehmen zu den Themen „Novellierung des Vermögensanlagenrechts“ und „Aktuelle Entwicklungen bei den Transparenzpflichten und der Überwachung von Unternehmensabschlüssen“. Wir sind gern bereit, Fragen oder Kritik von Ihrer Seite in die Diskussion einzubringen.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Koehler

### **BGH festigt Kick-back-Rechtsprechung (Beschlüsse vom 19.07. und 24.08.2011 – Az. XI ZR 191/10)**

Schon im März hatte der BGH eine beklagte Bank, die wegen Nichtaufklärung über erhaltene Provisionen bei der Vermittlung von Medienfondsbeteiligungen auf Schadensersatz verklagt worden war, darauf hingewiesen, dass die eingelegte Revision keinen Erfolg verspreche. Die Bank hatte sich hiergegen nochmals umfassend zur Wehr gesetzt, was zu den weiteren Beschlüssen vom 19.07. und 24.08.2011 und im Ergebnis zu einer Niederlage der Bank führte.

Im Beschluss vom 19.07.2011 hat der Bundesgerichtshof zunächst seine eigene Rechtsprechung bestätigt, wonach eine anlageberatende Bank einen Anleger, dem sie eine Kapitalanlage empfiehlt, ungefragt über erhaltene Rückvergütungen aufzuklären hat. Der entscheidende Bankensenate hat diese Rechtsprechung selbst als „gefestigt“ bezeichnet. Zugleich hat er nochmals bekräftigt, dass sog. freie Anlageberater keine Pflicht trifft, ungefragt über Rückvergütungen aufzuklären. Die beklagte Bank könne diese Rechtsprechung aber nicht für sich in Anspruch nehmen, weil sich die Aufklärungspflicht von Banken und freien Anlageberatern unterscheiden.

Eine Bank muss nicht nur ungefragt über das Ob, sondern auch über die konkrete Höhe der Rückvergütungen aufklären. Hervorzuheben ist, dass das Gericht ausdrücklich festhält, dass auch derjenige Anleger, der nicht nach der Höhe der Provisionen gefragt hat, sich später auf die Aufklärungspflichtverletzung berufen dürfe. Auch wenn der Anleger weiß, dass seine Bank Provisionen erhält, kann daraus nicht automatisch auf das Einverständnis des Anlegers mit Rückvergütungen geschlossen werden. Dieser Rückschluss ist allerdings dann möglich, wenn der Anleger vergleichbare Produkte in Kenntnis der Höhe der Rückvergütungen erworben hatte. Für den Einzelfall wird daher durchaus entscheidend sein, ob ein Anleger solche konkrete Erfahrung hatte. Kennt der Anleger dagegen aus vorherigen Geschäften lediglich geringere Provisionszahlungen, z. B. bei klassischen Wertpapiergeschäften, und beteiligt er sich sodann erstmals an einem regelmäßig höher verprovisionierten geschlossenen Fonds, so wird er sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf die Aufklärungspflichtverletzung der Bank berufen dürfen.

Ebenfalls bekräftigt hat der Bundesgerichtshof im Beschluss im 19.07.2011 seine Rechtsprechung zur Frage des Verschuldens. Er betont nochmals, dass sich eine anlageberatende Bank für die Zeit nach 1990 bezüglich ihrer Aufklärungspflicht über

Rückvergütungen nicht auf einen sog. unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen könne. Nach wie vor kann sich daher eine Haftung der beratenden Bank auch für lange zurückliegende Beratungsfälle ergeben.

Auch gegen diesen Beschluss hat sich die Bank nochmals zur Wehr gesetzt, was in dem weiteren Beschluss vom 24.08.2011 mündete. Allerdings hat der Bundesgerichtshof auch diesen weiteren Angriff abgewehrt. Zum einen hat er bestätigt, dass im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs zugunsten des Anlegers vermutet wird, dass er die streitgegenständliche Kapitalanlage nicht erworben hätte, wenn er von der Bank über Tatsache und Höhe der Rückvergütungen aufgeklärt worden wäre. Ferner trage die Bank auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine korrekte Beratung zu einem Entscheidungskonflikt beim Anleger geführt hätte, mit der Folge, dass dieser unter Umständen trotz Kenntnis der Rückvergütungen die streitgegenständliche Kapitalanlage erworben hätte.

Ferner bekräftigte er, dass ein rechtzeitig ausgehändigter Prospekt die Aufklärung über Rückvergütungen einzig dann herbeiführen könne, wenn dieser tatsächlich die exakte Höhe der Rückvergütungen und die beratende Bank als Empfängerin ausweist. In dieser Konstellation handelt es sich nämlich nicht um verheimlichte, sondern offengelegte Rückvergütungen.

**Fazit:** Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Bundesgerichtshof mit den hier besprochenen Beschlüssen die Pflicht aller beratender Banken, ungefragt über die Höhe der kassierten Rückvergütungen aufzuklären, weiter verfestigt hat. Da die Rechtsprechung sogar bis ins Jahr 1990 zurückgreifen kann, besteht nach wie vor akute Haftungsgefahr und es ist davon auszugehen, dass sich auch zukünftig bundesweit die Gerichte mit Rückabwicklungsklagen von Bankkunden befassen müssen.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Kelm  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

## **II. Steuerrecht**

### **Solidaritätszuschlag war bis zum Jahre 2007 nicht verfassungswidrig.**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat als höchstes deutsches Finanzgericht im Juli 2011 in zwei Urteilen entschieden, dass die Festsetzung des Solidaritätszuschlags zur Einkommen- und Körperschaftsteuer bis zum Jahre 2007 verfassungsgemäß war. Der BFH beschränkt sich in seinem Urteil auf die Zeit bis 2007, weil sich die beiden Klagen nur auf diesen Zeitraum bezogen. Zur Begründung führt der BFH aus, der sogen. Soli diene auch nach einer Laufzeit von 13 Jahren zur Deckung des besonderen Finanzbedarfs, die dem Bundes aus den Kosten der Wiederherstellung der Deutschen Einheit entstanden sind. Mit gut 12 Mio. Euro im Jahre 2007 habe der Soli im angemessenen Verhältnis zur Einkommen- und Körperschaftsteuer gestanden und sei für den Abbau der einigungsbedingten Schulden weiterhin notwendig gewesen. Die Richter mahnten zwar, dass der Soli nicht zu einem dauerhaften Instrument der Steuerumverteilung werden dürfe.

**Praxistipp:** Wann der Soli nicht mehr zum Abbau der einigungsbedingten Schulden notwendig – und somit verfassungswidrig – ist, ließen die Richter offen. Sie stellten jedoch klar, dass der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen gezwungen sein könnte, den Soli abzuschaffen, wenn sich die Verhältnisse „eindeutig und offensichtlich“ ändern. Es ist damit zu rechnen, dass der Soli auch künftig die deutschen Gerichte beschäftigen wird.

Wir werden Sie an dieser Stelle selbstverständlich über neue Urteile auf dem Laufenden halten.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RAin Stöcker  
Fachanwältin für Steuerrecht  
Fachanwältin für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

### **Zivilprozesskosten als außergewöhnliche Belastungen abziehbar**

Bei Berechnung des zu versteuernden Einkommens können außergewöhnliche Belastungen abgezogen werden. Das sind größere Aufwendungen, die dem Steuerpflichtigen zwangsläufig entstehen und die über die Kosten hinausgehen, die der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommens- und Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands entstehen. Die Rechtsprechung war bislang sehr restriktiv und hat die Kosten eines Zivilprozesses nur ausnahmsweise dann als außergewöhnliche Belastung für den Steuerpflichtigen anerkannt, wenn es sich um Rechtsstreite mit existentieller Bedeutung für den Steuerpflichtigen handelt.

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat seine bisherige Rechtsprechung nunmehr aufgegeben und im Mai 2011 entschieden, dass die Kosten eines Zivilprozesses unabhängig von seinem Gegenstand bei der Einkommensteuer als außergewöhnliche Belastungen berücksichtigt werden können. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Prozessführung hinreichend Aussicht auf Erfolg hatte und nicht mutwillig war. Dies ist nach Auffassung des BFH dann der Fall, wenn der Erfolg des Zivilprozesses mindestens ebenso wahrscheinlich wie sein Misserfolg ist. Die Zivilprozesskosten sind allerdings auch nur insoweit abziehbar, als sie notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht überschreiten. Darüber hinaus sind Leistungen aus einer Rechtsschutzversicherung im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen.

**Praxistipp:** Im Zweifelsfall muss der Steuerpflichtige nachweisen, dass der Prozess hinreichende Aussichten auf Erfolg hatte. Hier wird ggfls. eine Stellungnahme des Rechtsanwalts weiterhelfen, der den Zivilprozess geführt hat. Die Kosten eines Strafverteidigers sind demgegenüber, wie das Finanzgericht Münster jüngst entschieden hat (FG Münster, Urteil vom 19.08.2011 – 14 K 2610/10E), nicht zwingend als außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen. Allerdings hat das FG Münster die Revision zugelassen, so dass abzuwarten bleibt, ob und wie der BFH bezüglich der Kosten eines Strafprozesses entscheidet. Die weitere Praxis wird klären müssen, wann Zivilprozesskosten „notwendig“ sind. Hier dürfte es insbesondere um die Frage gehen, ob Rechtsanwaltskosten, die auf einer Honorarvereinbarung beruhen, notwendig sind, wenn sie die gesetzlichen Kosten überschreiten. Schließlich mindern die Zivilprozesskosten die Steuern nur dann, wenn durch sie die Selbstbeteiligung für außergewöhnliche Belastungen überschritten wird, die sich nach dem Jahreseinkommen richtet.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RAin Stöcker  
Fachanwältin für Steuerrecht  
Fachanwältin für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

### **Weiterhin „freundliche“ Tendenz zum Betriebsausgabenabzug bei „gemischten Aufwendungen“**

Wir hatten bereits in früheren Mandantenrundschriften darüber berichtet, dass der Bundesfinanzhof seine früher sehr restriktive Haltung zu gemischten Aufwendungen gelockert hat. Es handelt sich dabei um Aufwendungen, die sowohl die berufliche Tätigkeit als auch die private Lebensführung betreffen. Früher wurde von den Finanzgerichten und erst recht der Finanzverwaltung die Auffassung vertreten, dass bei einer mehr als nicht völlig

untergeordneten privaten Mitveranlassung die gesamten Aufwendungen nicht abziehbar wären. Die neuere Tendenz der Rechtsprechung ist die, bei gemischten Aufwendungen auch bei erheblicher privater Mitveranlassung eine Aufteilung zuzulassen. Dies führt z.B. bei kombinierten Geschäftsreisen mit privatem Anteil dazu, dass allgemein angefallene Kosten wie Flugkosten oder Hotelkosten nicht mehr völlig vom Abzug ausgeschlossen sind, sondern ggf. anteilig dem geschäftlichen bzw. privaten Teil der Reise zuzuordnen sind.

Diese Grundsätze sind auch auf betriebliche Veranstaltungen anzuwenden, bei denen auch private Gäste eingeladen werden. In einer Verwaltungsanweisung des Finanzministeriums Schleswig-Holstein (VI-311 S 2742-121) wird ausgeführt, dass bei Veranstaltungen im betrieblichen Bereich auch bei „privaten“ Gästen die Aufwendungen in der Regel insgesamt abzugsfähig sein können, wenn die private Mitveranlassung untergeordnet ist. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn der auf die privaten Gäste entfallende Anteil weniger als 10 % beträgt.

Allerdings ist weiterhin wichtig, darauf zu achten, dass bei Veranstaltungen aus rein persönlichen Anlass ein Betriebsausgabenabzug generell nicht in Betracht kommt, auch wenn überwiegend Gäste aus dem betrieblichen Bereich wie Mitarbeiter oder Geschäftsfreunde an der Feier teilnehmen. Ist der primäre Anlass also z.B. ein Geburtstag, eine Hochzeit oder auch ein Trauerfall, besteht die oben angesprochene Aufteilungsmöglichkeit nicht und ein Betriebsausgabenabzug ist generell ausgeschlossen. Trägt die Gesellschaft trotzdem die Kosten, ist der Betriebsausgabenabzug zu versagen bzw. bei einer Kapitalgesellschaft (GmbH oder AG) von einer verdeckten Gewinnausschüttung auszugehen.

**Praxistipp:** Bei Betriebsprüfungen kommt es immer wieder vor, dass Betriebsprüfer nach Kosten für Reisen oder besondere Veranstaltungen suchen, die im engen zeitlichen Zusammenhang mit persönlich signifikanten Daten von Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern stehen (Geburtstage, Hochzeitstage etc., z.B. auch von Ehegatten). Um Diskussionen von vornherein zu vermeiden, sollte man bei Betriebsveranstaltungen auf einen hinreichenden zeitlichen Abstand achten oder – wenn die zeitliche Nähe aus sachlichen Gründen nicht zu vermeiden ist – gerade dann besonders genau dokumentieren, dass kein Zusammenhang mit dem „privaten Datum“ besteht. Bei Veranstaltungen für Mitarbeiter ist außerdem zu berücksichtigen, dass eine ausschließlich betriebliche Veranlassung auch dann vorliegen kann, wenn eine besondere betriebliche Belastung vorausgegangen war. Dies z.B. dann, wenn für eine Arbeitsgruppe innerhalb eines Unternehmens nach einem besonders arbeitsintensivem Projekt mit entsprechenden Überstunden das Abendessen vom Unternehmen übernommen wird. In derartigen Fällen fällt auch für die Arbeitnehmer kein lohnsteuerpflichtiger Vorteil an. Auch eine Anrechnung der Kosten auf die Freigrenze für Betriebsveranstaltungen von 110,00 € im Jahr muss dann nicht vorgenommen werden.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Prof. Dr. Zacher  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

### **Aufwendungen für ein Erststudium als Werbungskosten**

Der Bundesgerichtshof (BFH) hat im Juli 2011 in zwei Urteilen entschieden, dass die angefallenen Aufwendungen für eine Erstausbildung bzw. ein Erststudium in voller Höhe als vorweggenommene Werbungskosten für die spätere Berufstätigkeit steuerlich berücksichtigt werden müssen. Der durch die Kosten entstehende Verlustvortrag wird mit dem späteren Einkommen verrechnet. Bislang konnten Aufwendungen für das Erststudium in der Steuerklärung demgegenüber nur in Höhe von bis zu 4.000 Euro als Sonderausgaben

geltend gemacht werden. Da die meisten der Betroffenen aber über kein oder nur über geringes Einkommen aus eigener Arbeit verfügten, hatte diese Regelung bislang nur wenig finanzielle Auswirkungen.

**Praxistipp:** Zwar ist noch unklar, welche Kosten konkret als vorweggenommene Werbungskosten anerkannt werden. Bei Studiengebühren dürfte dies z.B. unproblematisch der Fall sein, bei Mietkosten dürfte es hingegen Diskussionen mit der Finanzverwaltung geben. Es lohnt sich aber dennoch, bereits während des Erststudiums Studienbescheinigung mit Semestergebührenbeleg und vorsorglich auch weitere Belege wie Buchquittungen, Mietvertrag usw. aufzuheben. So das Erststudium bereits abgeschlossen ist und ein Beruf ausgeübt wird, der mit diesem Studium zusammenhängt, können die Aufwendungen für das Studium in allen noch offenen Fällen nachgemeldet werden. Wer noch keine Steuererklärung abgegeben hat, kann dies für mindestens vier Jahre nachholen, so dass bis zum 31. Dezember 2011 noch die Erklärung für 2007 abgegeben werden kann. Eltern, die ihren Kindern ein Studium finanzieren, können diese Kosten jedoch nicht absetzen, da der Gesetzgeber hierfür Kindergeld und Kinderfreibetrag vorgesehen und darin die Aufwendungen der Eltern schon eingepreist sind. Neuerdings können Eltern aber immerhin die Krankenkassebeiträge ihrer Kinder steuermindernd veranlagen – sofern sie sie nachweislich auch selbst zahlen.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

**RAin Stöcker**  
**Fachanwältin für Steuerrecht**  
**Fachanwältin für Bank- und**  
**Kapitalmarktrecht**

### **Beiträge für eine Lebensversicherung können Betriebsausgaben sein**

Im Allgemeinen können Beitragszahlungen bei Lebensversicherungen inzwischen nur noch in sehr begrenztem Umfang als Sonderausgaben steuerlich geltend gemacht werden. Bei Verträgen, die ab 2005 abgeschlossen worden sind, gilt dies nur noch für bestimmte Rentenversicherungen. Dies betrifft die sog. Basisrentenversicherungen, welche umgangssprachlich auch „Rürup-Rente“ genannt werden. Hier darf allerdings nur eine monatliche Rente (ohne Kapitalwahlrecht) vorgesehen werden, welche nicht vor Vollendung des 60. Lebensjahres einsetzen darf. Diese und weitere Restriktionen führen dazu, dass derartige Lebensversicherungen als Instrument zur Kapitalanlage gerade wenig geeignet sind, soweit man nicht auf eine persönlich besonders hohe Lebenserwartung spekuliert.

Daneben können – auch andere – Lebensversicherungen ausnahmsweise dem Betriebsvermögen zugeordnet werden, so dass die Beiträge hierzu Betriebsausgaben darstellen. Zum einen gilt dies für Rückdeckungsversicherungen für die Finanzierung von betrieblichen Pensionszusagen. In einem weiteren nun vom Bundesfinanzhof entschiedenen Fall (Urteil vom 03.03.2011, IV R 45/08) wurde jetzt der Betriebsausgabenabzug für eine von einer Personengesellschaft abgeschlossenen Lebensversicherung für einen Gesellschafter bejaht.

Die Versicherungssumme sollte hier dazu dienen, Geld für die Tilgung eines betrieblichen Kredits anzusparen. Dabei war auch entscheidungserheblich, dass die Personengesellschaft Versicherungsnehmerin und zugleich Begünstigte der Lebensversicherung war.

Hieran zeigt sich, dass die Möglichkeit der Zuordnung einer Lebensversicherung zum Betriebsvermögen stets von der konkreten Gestaltung im Einzelfall abhängt, die man ggf. im Vorhinein sorgfältig überlegen sollte. Auch muss berücksichtigt werden, dass dann die laufenden Prämien zwar Betriebsausgaben sind, andererseits jedoch der anteilige und im Zeitablauf wachsende Anspruch gegenüber der Versicherung in der Bilanz zu aktivieren ist.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Prof. Dr. Zacher  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

### III. Immobilienrecht

Der Bundesgerichtshof war in den letzten Monaten mit den verschiedensten Problemen aus dem Wohnraummietrecht und dem Wohnungseigentumsrecht beschäftigt. Aus der Flut der Entscheidungen stellen wir exemplarisch einige Urteile vor.

#### **Vertragswidrige Abrechnung von Betriebskosten bei der Wohnraummiete**

Mit Urteil vom 18.05.2011 – VIII ZR 240/10 – hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Abrechnung von Betriebskosten, die im Mietvertrag nicht benannt sind oder für die eine Betriebskostenpauschale vereinbart worden war, nicht zur **Unwirksamkeit** der Betriebskostenabrechnung aus **formellen Gründen** führt.

Im vorliegenden Fall hatte der Vermieter die sonstigen Betriebskosten für Abwasser und Kaltwasser anhand von Vorauszahlungen des Mieters abgerechnet, obwohl laut Mietvertrag eine Pauschale geschuldet war. Außerdem hatte der Vermieter bei der Abrechnung Betriebskostenvorauszahlungen berücksichtigt, die weder den geleisteten Vorauszahlungen noch den vereinbarten Pauschalen entsprachen.

Der Bundesgerichtshof hält diese Mängel der Abrechnung für rein **inhaltliche Fehler**, die **nicht zur Unwirksamkeit** der Abrechnung aus materiellen Gründen führen. Dem Vermieter ist eine Nachbesserung auch nach Ablauf der Ausschlussfrist von einem Jahr möglich. Der Bundesgerichtshof begründet dies damit, dass es für den Mieter ein Leichtes sein, anhand des Mietvertrags und anhand seiner Kontobelege zu überprüfen, welche Betriebskostenumlage vereinbart war und welche Zahlungen er monatlich tatsächlich geleistet hatte.

**Praxistipp:** Jedem Vermieter ist weiterhin zu raten, die Betriebskostenabrechnung frühzeitig vor dem Ablauf der einjährigen Ausschlussfrist fertig zu stellen und dem Mieter nachweisbar zukommen zu lassen. Häufig wird der Mieter etwaige Fehler zeitnah rügen, so dass dem Vermieter Gelegenheit bleibt, diese Fehler vor Fristablauf nachzubessern. Zwar können – wie beschrieben – inhaltliche Fehler auch noch nach Fristablauf nachgebessert werden. Ein etwaiger Nachzahlungsbetrag des Mieters darf sich durch diese Nachbesserung allerdings nicht erhöhen, so dass der Vermieter unter Umständen die volle berechnete Nachzahlung nicht durchsetzen kann.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Jäger  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

#### **Anforderungen an eine Modernisierungsankündigung nach § 554 Abs. 3 BGB**

Zugunsten des Vermieters hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 28.09.2011 – VIII ZR 242/10 – die **Voraussetzungen** für eine **Modernisierungsankündigung** präzisiert. Dem

Urteil lag ein Fall zu Grunde, in welchem die Vermieter einer Wohnung beabsichtigten einen Balkon am Hause anzubringen. Hierbei handelt es sich um eine anerkannte Modernisierungsmaßnahme zur Verbesserung der Wohnverhältnisse des Objektes. Die Vermieter hatten die geplanten Arbeiten dem Mieter **stichwortartig** angekündigt. Hiergegen wandte sich der Mieter und verneinte seine Duldungspflicht, da ihm nicht im Einzelnen angekündigt worden war, welche Arbeiten mit welchen Auswirkungen auf die Mietwohnung geplant sein. Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass es für eine Modernisierungsankündigung ausreicht, wenn diese dem Mieter eine **zureichende Kenntnis** darüber vermittelt, in welcher Weise die Wohnung durch die Modernisierung verändert wird und wie sich dies auf den zukünftigen Mietgebrauch und die zu zahlende Miete auswirkt.

**Praxistipp:** Die Voraussetzungen für eine Modernisierungsankündigung sind in § 554 BGB klar formuliert. Da der Vermieter von dem Mieter die Duldung der angekündigten Maßnahme verlangt, muss der Mieter aus der Ankündigung erkennen können, mit welchen Arbeiten und Folgen er rechnen muss. Die Ankündigung sollte deshalb auch nach der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes so umfassend wie möglich sein. Eine fachkundige Hilfestellung ist in jedem Fall zu raten, da eine zeitliche Verzögerung der geplanten Maßnahmen für den Vermieter in der Regel ärgerlich und mit unnötigen Kosten verbunden ist. Der Bundesgerichtshof hat aber übermäßigen Anforderungen der Instanzgerichte an eine Modernisierungsankündigung einen Riegel vorgeschoben.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Jäger  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarkrecht  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

### Heizkörper und dazugehörige Leistungen als Sondereigentum

Mit Urteil vom 08.07.2011 – V ZR 176/10 – hat sich der Bundesgericht mit einer seit langem streitigen Problematik befasst. Er hat festgestellt, dass die **Heizkörper und die Anschlussleitungen** durch eine **Teilungserklärung** oder eine nachträgliche Vereinbarung der Wohnungseigentümer dem **Sondereigentum** zugeordnet werden können. Die Heizkörper und die Anschlussleitungen würden nur dem jeweiligen Wohnungseigentümer dienen und seien nicht zwangsläufig Bestandteil der zentralen Heizungsanlage mit der Folge, dass sie allein als Gemeinschaftseigentum betrachtet werden können. Etwas anderes gilt für die Heizzentrale und die Steigleitungen zu den Wohnungsanschlüssen, die weiterhin ausschließlich dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen sind. Wenn aber die Heizkörper und die Anschlussleitungen nach der Teilungserklärung dem Sondereigentum zugeordnet sind, dann können die Wohnungseigentümergeinschaft nicht wirksam über deren Sanierung beschließen. Ein solcher Beschluss ist mangels der **Beschlusskompetenz** der Wohnungseigentümer sogar nichtig und nicht nur anfechtbar.

**Praxistipp:** Bei Beschlüssen über die Reparatur oder den Austausch einer Heizungsanlage sind die Vorgaben der Teilungserklärung genau zu prüfen. Denkbar ist, dass die Teilungserklärung für derartige Beschlüsse eine Öffnungsklausel vorsieht, welche die Beschlusskompetenz der Gemeinschaft zur Folge hat.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Jäger  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarkrecht  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

## **Separate Kündigung eines Garagenmietvertrags gegenüber einem Wohnungsmieter**

Ganz aktuell musste sich der Bundesgerichtshof mit der Frage befassen, unter welchen Voraussetzungen eine **Garage Bestandteil eines Wohnungsmietvertrags** ist und was dies für die Kündigung des Garagenmietvertrags bedeutet (Urteil vom 12.10.2011 – VIII ZR 251/10).

Im dem streitigen Fall war die Garage in dem schriftlichen Wohnungsmietvertrag nicht aufgeführt. Die **Anmietung der Garage** war **mündlich** vereinbart worden. Die Garage befand sich auf einem **Nachbargrundstück**. Die Erwerber des Nachbargrundstücks kündigten allein den Mietvertrag über die Garage. Hiergegen wandte sich der Wohnungsmieter.

Der Bundesgerichtshof hat darauf abgestellt, dass ein Garagenmietvertrag (auch mündlich) und eine Wohnungsmietvertrag nach dem Willen der Parteien in der **Regel** dann eine **Einheit** bilden, wenn sich die Wohnung und die Garage auf demselben Grundstück befinden. Ist diese nicht der Fall, dann sprächen die Umstände dafür, dass es sich um zwei selbständige Verträge handelt, die der Vermieter separat kündigen kann. D. h. im Fall der Garage ohne einen Kündigungsgrund.

**Praxistipp:** Auf den ersten Blick ist die Entscheidung vermietetfreundlich. Die Differenzierung nach der Lage der Garage auf dem Nachbargrundstück zeigt allerdings, dass in der Regel weiterhin von einem einheitlichen Wohnungs- und Garagenmietvertrag ausgegangen werden muss, wenn – so zumeist – die Garage auf demselben Grundstück wie die Wohnung liegt. Um dies zu vermeiden, muss der Vermieter mit dem Garagenmieter eine ausdrückliche und nachweisbare Vereinbarung treffen (möglichst schriftlich), wonach die Garage unabhängig von der Wohnung angemietet wird und gekündigt werden kann. Bei getrennten Grundstücken muss dagegen der Mieter darauf achten, dass die Garage ausdrücklich in den Wohnungsmietvertrag mit aufgenommen wird, um eine separate Kündigung des Garagenmietvertrags zu vermeiden.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RA Jäger  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarkrecht  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

## **IV. Familien- und Erbrecht**

### **Rechtsprechungsänderung des BFH zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von Kosten des Scheidungsverfahrens**

(BFH, Urteil vom 12. Mai 2011 - VI R 42/10)

Zivilprozesskosten und damit auch die Kosten des Scheidungsverfahrens konnten schon bisher unter bestimmten Voraussetzungen als außergewöhnliche Belastungen steuerlich abzugsfähig sein. Bisher beschränkte sich dies jedoch auf die Rechtsanwaltskosten des reinen Ehescheidungsverfahrens, welche bei der Einkommensteuererklärung als außergewöhnliche Belastung in Abzug gebracht werden konnte.

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit der vorgenannten Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung geändert. Nach der neuen Rechtsprechung können die Prozesskosten dann als außergewöhnliche Belastung sowohl vom Kläger wie Beklagtem abzugsfähig sein,

wenn sie unabhängig vom Gegenstand des Prozesses aus rechtlichen Gründen zwangsläufig erwachsen.

Unausweichlich sind derartige Aufwendungen nach dem Urteil des BFH jedoch nur, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung **hinreichende Aussicht auf Erfolg** bietet **und nicht mutwillig** erscheint. Die Zivilprozesskosten sind jedoch nur insoweit abziehbar, als sie notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht überschreiten. Leistungen aus einer Rechtsschutzversicherung sind im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen.

Dies führt im **Scheidungsverfahren** für eine **günstigere** Rechtslage, denn bisher konnten bei den Rechtsanwaltskosten nur die Kosten für die eigentliche Ehescheidung als außergewöhnliche Belastung im Rahmen der Einkommensteuererklärung abgezogen werden.

Bereits für Folgesachen wurden die Kosten von der Finanzverwaltung nicht anerkannt. Da aber beispielsweise gerade das Unterhaltsverfahren dazu dient, dem Unterhaltsgläubiger Einkünfte zu verschaffen, dürften nach dieser Entscheidung, die Kosten - soweit sie nicht vom Unterhaltsschuldner zu tragen sind - als außergewöhnliche Belastung im Veranlagungszeitraum der Zahlung zukünftig berücksichtigt werden.

Inwiefern die Kosten einer Vermögensauseinandersetzung (Zugewinnausgleich) nach der neuen Rechtsprechung des BGH abzugsfähig sind, bleibt abzuwarten, doch spricht Einiges dafür, diese Kosten dann als unausweichlich und damit abzugsfähig anzusehen, wenn eine anderweitige Regelung versucht, jedoch nicht gelungen ist. Auf jeden Fall sollte man versuchen, die entsprechenden Kosten bei der Einkommensteuererklärung als außergewöhnliche Belastung in Abzug zu bringen.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

**RAin Fink-Plücker**  
Fachanwältin für Familienrecht  
Fachanwältin für Erbrecht

### **Müssen Alleinerziehende Vollzeit arbeiten?**

(BGH, Urteil vom 15. Juni 2011 - XII ZR 94/09 -)

Seit der Änderung des Unterhaltsrechts zum 01.01.2008 gibt es heftige Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur, wann der ein minderjähriges Kind betreuende Elternteil halb- bzw. sogar ganztags arbeiten muss.

Das so genannte Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein oder wesentlich auf das Alter des Kindes abstellte, etwa bis zum 8. und zum 12. Lebensjahr, welches bis zur Gesetzesänderung für den betreuenden Elternteil erhebliche Rechtssicherheit brachte, wird nach der Rechtsprechung des BGH den neuen gesetzlichen Anforderungen nicht mehr gerecht.

Der BGH hat festgestellt, dass dies auch dann gilt, wenn die Altersphasen des Kindes nur als Rahmen benutzt werden, innerhalb dessen die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden, die Begründung der Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils aber nicht auf individuelle Einzelumstände gestützt ist. In der vorgenannten Entscheidung hat das Gericht den betreuenden Elternteil zu einer Ganztagsstätigkeit verpflichtet, weil das Kind betreut und älter als 3 Jahre war. Nur bei „durchgreifenden individuellen Einzelumständen“ könne es eine Ausnahme geben.

Im entschiedenen Fall arbeitete die Mutter halbtags und hatte von ihrem geschiedenen Ehemann zusätzlich Unterhalt von 440,00 € monatlich für ihre Tochter erhalten, die in die 3.

Klasse ging. Aufgrund des geänderten Scheidungsrechts klagte der geschiedene Ehemann. Sowohl das Amtsgericht als auch das Oberlandesgericht Düsseldorf lehnten die Klage ab, und zwar mit der Begründung, es würde zu einer nicht zu verlangenden Mehrbelastung der Frau führen, wenn sie sowohl ganztags arbeiten als auch das Kind versorgen müsse, hieß es in den Entscheidungen des Amts- und Oberlandesgerichts.

Der Familiensenat des BGH hat diese Urteile nun aufgehoben und den Fall an das OLG Düsseldorf zurückverwiesen, welches aufklären muss, warum das Kind am Nachmittag von der Mutter persönlich betreut wird, auch müsse begründet werden, warum eine Vollzeitberufstätigkeit zu einer „überobligatorischen Belastung“ der Mutter führen könnte. Der BGH beanstandete, dass dies nicht pauschal festgestellt, sondern nur auf der Grundlage der individuellen Verhältnisse begründet werden könne.

Die Mutter muss nun beweisen, warum ihr keine Vollzeittätigkeit zugemutet werden kann, denn der BGH hat weiter festgestellt, dass sie für diese Umstände die Beweislast trägt.

Dies zeigt, dass der Vortrag im Unterhaltsverfahren sehr individuell und detailliert zu gestalten ist, wenn eine Chance bestehen soll, Betreuungsunterhalt auch über das 3. Lebensjahr des Kindes hinaus durchzusetzen.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RAin Fink-Plücker  
Fachanwältin für Familienrecht  
Fachanwältin für Erbrecht

### **Pflichtteilsstrafklausel - Ein beliebtes aber nicht „ungefährliches“ Instrument der Nachlassgestaltung**

Häufig errichten Eheleute ein gemeinschaftliches Testament u. a. mit folgender Bestimmung:

*Sollten die Kinder nach dem Tod des Erstversterbenden Pflichtteilsansprüche geltend machen, so sollen sie nach dem Tod des Letztversterbenden von uns gleichfalls nur pflichtteilsberechtigt sein.*

Mit dieser Klausel wollen die Eheleute den Nachlass für den zuletzt versterbenden Ehegatten möglichst weitgehend sichern - bedenken aber häufig nicht, dass es, u.a. aus steuerlichen Gründen zum Zwecke der Ausnutzung der Freibeträge sowohl im Interesse der Kinder, aber auch im Sinne des überlebenden Ehegatten sein kann, dass Pflichtteilsansprüche geltend gemacht werden. Dies ist jedoch angesichts einer Pflichtteilsstrafklausel nicht mehr ohne die dort angeordnete Konsequenz möglich, dass also das Kind, welches einen Pflichtteilsanspruch geltend macht, auch nach dem Tod des Letztversterbenden nur pflichtteilsberechtigt ist.

Es sollte daher bei der Gestaltung hierauf geachtet und dem Letztversterbenden die Option offengehalten werden, eine Änderung vorzunehmen.

Auf jeden Fall sollte vor der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs die Folge hiervon im Einzelnen bedacht werden, denn das OLG Düsseldorf hat nun mit Entscheidung vom 18.07.2011 (I-3 Wx 124/11) entschieden, dass bereits ein **ernsthaftes Verlangen des Pflichtteilsberechtigten** gegenüber dem Erben ausreicht, um die Klausel auszulösen. In dem entschiedenen Fall teilte die Tochter mit Anwaltsschreiben der Ehefrau des Erblassers mit, ihr stehe ein Pflichtteils- und ggf. ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zu, forderte ein Nachlassverzeichnis sowie die Einholung eines Verkehrswertgutachtens über den Grundbesitz. Dadurch werde bereits die Pflichtteilsstrafklausel ausgelöst, denn hierfür reiche das bewusste Geltendmachen des Pflichtteils in Kenntnis der Klausel völlig aus. Eine erfolgreiche, womöglich gerichtliche Durchsetzung oder Ausschlagung eines etwaigen Nacherbes sei hierfür nicht erforderlich. Die durch die Tochter veranlassten

Anwaltsschreiben seien von einer gewissen Ernsthaftigkeit und Intensität gekennzeichnet, was ausreiche.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass sowohl bei der Anordnung einer Pflichtteilsstrafklausel über deren genaue Formulierung und erst recht über die Geltendmachung des Pflichtteils in einem solchen Fall nachgedacht werden muss.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RAin Fink-Plücker  
Fachanwältin für Familienrecht  
Fachanwältin für Erbrecht

### **Ersatz des Erbscheins durch notariell beurkundetes Testament?**

(OLG Frankfurt, Urteil vom 10.06.2011 - 19 U 13/11)

Ein ewiges Ärgernis ist es, wenn nach dem Tod eines nahen Angehörigen zu den sonstigen Schwierigkeiten auch noch diejenigen mit der **Bank** hinzukommen, die trotz Vorliegens eines notariellen Testaments die Vorlage eines **Erbscheins** verlangen, der ansonsten gar nicht nötig wäre.

Dieses Verlangen beruht vielfach auf Regelungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, doch ist äußerst fraglich, ob die Kreditinstitute die Vorlage eines Erbscheins tatsächlich verlangen können, wenn ein Erbvertrag oder ein notarielles Testament vorliegt.

Das OLG Frankfurt hat nun in seinem Urteil vom 10.06.2011 festgestellt, dass ein Kreditinstitut seiner Pflicht, im Erbfall ihres Kunden die erbrechtliche Verfügungsberechtigung zu prüfen, vollkommen genügt, wenn ihr ein notariell beurkundetes Testament des Erblassers vorgelegt wird. Dies soll selbst dann gelten, wenn das Testament auf einen Erbvertrag Bezug nimmt, der eine abweichende Erbeinsetzung vorsieht, die Unwirksamkeit der testamentarischen Verfügung wegen dieser Abweichung jedoch erst im Wege einer Vertragsauslegung erkennbar wird. Dies gelte insbesondere dann, wenn sowohl der Erbvertrag als auch das Testament vom selben Notar beurkundet worden ist und das Kreditinstitut auf dessen Prüfung der Wirksamkeit der testamentarischen Verfügung vertraut.

Das OLG Frankfurt betont, dass der Umfang der dem Kreditinstitut obliegenden Pflicht, die zum Beleg der Erbberechtigung vorgelegten Urkunden zu überprüfen, sich nach dem Umständen des Einzelfalls richtet und eine umfängliche rechtliche Prüfpflicht, die im Wege der Vertragsauslegung eine Bestimmung des Willens der Parteien des Erbvertrages sowie den des Regelungsumfanges der hierzu in Relation stehenden Änderungsvorbehalte enthalten müsste, für die Bank grundsätzlich nicht bestehe. Dies gelte bereits deshalb, weil für diese Auslegung ggf. weitere Erkundigen erforderlich wären und eine solche Prüfungspflicht im Tagesgeschäft der Banken grundsätzlich nicht verlangt werden könne.

Fazit ist, dass man sich mit dem Verlangen der Banken nach einem Erbschein dann nicht so schnell abfinden sollte, wenn ein notariell beurkundetes Testament oder ein Erbvertrag vorliegt und ein Erbschein ansonsten (für etwaige andere Geschäfte) nicht unbedingt beantragt werden muss. Auf diese Weise können erhebliche Kosten gespart werden.

Ihr Ansprechpartner bei weiterem Informationsbedarf:

RAin Fink-Plücker  
Fachanwältin für Familienrecht  
Fachanwältin für Erbrecht