

Der Markt für Kapitalanlagen - Alle Jahre wieder ...

Newsletter 01/2009

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

es ist vielerorts Tradition, in den letzten Tagen vor dem Jahreswechsel das abgelaufene Jahr Revue passieren zu lassen und einen Blick nach vorne zu wagen. Dem wollen wir uns gerne anschließen und Rück- sowie Ausblick miteinander verbinden.

Das Jahr startete mit vor allem für die Versicherungswirtschaft gravierenden Veränderungen. Der „Verkaufsvorgang“ ist seither in aller Regel schriftlich zu dokumentieren. Gewiss werden sich in nicht allzu ferner Zukunft die ersten Gerichte mit der Frage befassen müssen, ob Information und Beratung bedarfsgerecht waren. Kurz vor dem neuen VVG wurde die MiFID in deutsches Recht umgesetzt. Schwintowski resümierte vor kurzem, dass die Initiatoren geschlossener Fonds und die Emittenten der Investmentfonds darauf anstoßen könnten, dass es ihnen gut geht und sie nicht unter die MiFID fallen. Er sieht die hoch ambitionierte Idee des Haftungsdaches als Flop. Wir wagen hingegen die These, dass diejenigen, die die ganzheitliche Beratung vor allem auch vermögender Privatkunden im Blickfeld haben, um die Kooperation mit einem Haftungsdach auf Dauer nicht herumkommen werden, soweit sie nicht selbst über eine Erlaubnis nach dem KWG verfügen. Dies gilt unabhängig von einer

gar nicht so unwahrscheinlichen Entwicklung, dass in Zukunft auch Investmentfonds und Anteile geschlossener Fonds den KWG-Vorschriften unterstellt werden könnten.

Die Rechtsprechung brachte uns im laufenden Jahr wiederum einige brisante Entscheidungen zur Beraterhaftung und zum Anleger- bzw. Verbraucherschutz. Es bedarf nicht einmal eines Blickes in die Glaskugel, wenn wir festhalten, dass im Bereich des Anlegerschutzes bereits vieles erreicht ist, aber dennoch kein Grund besteht, sich auf dem Erreichten auszuruhen. Die Forderungen nach größerer Verständlichkeit und Transparenz werden auch all die anderen Anlagesegmente erreichen, die in den letzten Jahren noch nicht unmittelbar im Fokus standen.

Ohne Vertrieb läuft nichts. Auch dies ist keine neue Erkenntnis, aber bewahrheitet sich von Jahr zu Jahr aufs Neue. Die Bedeutung des sog. freien Vertriebs hat im Jahr 2008 erneut weiter zugelegt. Viele der freien Finanzdienstleister sind in Maklerpools, Vertriebsorganisationen oder ähnlichen Strukturen zusammengeschlossen. Für diese Strukturen ist eine aktuelle Entscheidung des Bundesfinanzhofs zur Umsatzsteuerthematik

von grundsätzlicher Bedeutung. Wir besprechen das Urteil in unserer „Entscheidung des Monats“.

Jetzt möchten wir aber erst einmal Ihnen, unseren treuen und geschätzten Lesern, Mandanten, Freunden und Bekannten für Ihr Vertrauen danken. Wir wünschen Ihnen und Ihren Familien ein paar ruhigere Tage. Für das

Jahr 2009 wünschen wir Ihnen Glück, Gesundheit und Erfolg! Wir sind auch im neuen Jahr jederzeit gerne mit Rat und Tat an Ihrer Seite.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Eintritt der subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns bei zweifelhafter Rechtslage erst mit deren Klärung
- Zur Mithaftung von Anlegern einer Immobilienfonds-GbR für Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschaft
- Einlagenrückgewähr, Kommanditistenhaftung und guter Glaube
- Zur Frage der Verjährung des Befreiungsanspruchs eines Treuhänders einer Publikums-KG gegenüber dem Treugeber
- Zum außerordentlichen Informationsrecht des Kommanditisten eines Filmfonds
- Abschlussprüfer haftet grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber Dritten
- Keine Anzeige- und Untersuchungspflicht des Mieters wegen verborgener Mängel
- Kein Anspruch des Vermieters auf schriftliche Zustimmung zur Mieterhöhung
- Keine auf Dauer ausgerichtete Vermietung bei Vermietertätigkeit eines geschlossenen Immobilienfonds auf die Dauer von (nur) 20 Jahren
- Zur Frage der Einkünfteerzielungsabsicht bei einer nach Selbstnutzung leerstehenden Wohnung

Literaturspiegel

- Ausschüttungen in Verlustjahren bei geschlossenen Fonds
- Informationspflichten gegenüber Versicherten bei Gruppenversicherungsverträgen - Ein weißer Fleck auf der Landkarte des VVG?
- Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht

Kurz und bündig

- Verbilligter Erwerb von Fondsanteilen durch Mitarbeiter
- Bisher widersprüchliche Entscheidungen in Lehman-Fällen
- Im Namen des Volkes: Die steuerlichen Immobilienurteile eines Jahres - Ein Überblick über die letzten 12 Monate
- Zum Sonderkündigungsrecht der Versicherungsnehmer bei Mehrjahresverträgen ab dem 01.01.2009
- Investments in Real Estate - Anklageklassen im derzeitigen Marktumfeld
- „Gesetzliche Buchwertklausel im Genossenschaftsrecht“
- Mieterhöhungsverlangen bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel

Entscheidung des Monats

- Zur Frage der Umsatzsteuerpflicht/Umsatzsteuerbefreiung beim Vertrieb von Finanzdienstleistungen und Versicherungen

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Eintritt der subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns bei zweifelhafter Rechtslage erst mit deren Klärung (BGH, Urt. v. 23.09.2208, XI ZR 262/07)

In diesem vom BGH entschiedenen Fall lag die Klage zweier Anleger zugrunde, die die Beklagte Sparkasse auf Rückabwicklung eines Darlehensvertrages in Anspruch nahmen. Dieses Darlehen wurde zur Finanzierung einer Immobilienfondsbeteiligung in Anspruch genommen. Am 31.01.1998 hatten die Anleger eine Sondertilgung geleistet und das Darlehen in Höhe seiner Restvalutierung getilgt. Sie forderten die Sondertilgung zurück. Die Sparkasse wandte u.a. Verjährung ein. Der BGH verwies auf seine Rechtsprechung zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns. Ein Gläubiger, der einen Bereicherungsanspruch verfolgt, hat Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen, wenn er von der Leistung und dem Fehlen des Rechtsgrundes weiß. Abzustellen ist hier auf die Tatsachen, aus denen das Fehlen des Rechtsgrundes folgt. In der Regel ist nicht erforderlich, dass der Anspruchsberechtigte aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Nur im Einzelfall - nämlich bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage - kann Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn hinausschieben.

Die Feststellung, ob und wann ein Gläubiger Kenntnis von bestimmten Umständen hatte oder ob seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhte, unterliegt als Ergebnis

tatrichterlicher Würdigung nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Die Prüfung ist darauf beschränkt, ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist. Außerdem ist zu überprüfen, ob bei der Beurteilung des Grades der Fahrlässigkeit wesentliche Umstände außer Betracht gelassen wurden.

Ganz kurz geht der BGH ergänzend auf das Thema ein, ob die Sparkasse die Sondertilgung ohne Rechtsgrund erlangt hat. Der Darlehensvertrag war unwirksam, weil die Anleger die Treuhänderin, die den Vertrag namens der Anleger geschlossen hatten nicht wirksam bevollmächtigt war. Die erteilte Vollmacht war wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht lagen nicht vor. Der BGH weist in seinem Leitsatz darauf hin, dass der Gläubiger des Bereicherungsanspruchs die tatsächlichen Voraussetzungen des Fehlens der Vertretungsmacht, ggf. auch des Fehlens einer Rechtscheinvollmacht, darzulegen und zu beweisen hat.

Die erlangten Steuervorteile minderten den Rückzahlungsanspruch nicht. Anders als die Rückabwicklung eines nach dem Haustürwiderrufsgesetz widerrufenen Darlehensvertrages führt die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages wegen Verstoßes der Treuhändervollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht zu einer Rückabwicklung der kreditfinanzierten Fondsbeteiligung. Da die Anleger zumindest

nach den Grundsätzen über den fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft Gesellschafter der Fonds-GbR sind und bei Erfüllung ihres Rückzahlungsanspruchs bleiben, sind ihnen die aus dieser Kapitalanlage resultierenden Vorteile, d.h. Fondsausschüttungen und Steuervorteile zu belassen.

§ § §

Zur Mithaftung von Anlegern einer Immobilienfonds-GbR für Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschaft (OLG Celle, Urt. v. 01.10.2008, 9 U 10/08)

Anleger beteiligten sich an einem Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR. Sie übernahmen - anteilig - die Haftung für ein der Fondsgesellschaft gewährtes Darlehen. Später beriefen sie sich auf die Unwirksamkeit des Beitritts, der durch einen Treuhänder erklärt worden war, den die Anleger bevollmächtigt hatten. Das OLG Celle bejahte die Haftung. Da die Anleger Beteiligungsrechte aktiv u.a. durch Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen und Abstimmungen wahrgenommen hatten, seien jedenfalls die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden. Eine Beendigung der Gesellschaft konnte allenfalls mit Wirkung für die Zukunft durch den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung erfolgen. Eine fristlose Kündigung muss aber innerhalb einer angemessenen Zeit, nachdem der zur Kündigung Berechtigte Kenntnis vom Kündigungsgrund erlangt hat, ausgesprochen werden. Im vorliegenden Fall war diese Frist verstrichen. Es bestand eine rechtswirksame Darlehensverpflichtung der Gesellschaft

gegenüber der Bank, so dass die Anleger infolge der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag verpflichtet waren, den auf sie entfallenden Anteil an Zins- und Tilgungsleistungen zu tragen.

§ § §

Einlagenrückgewähr, Kommanditistenhaftung und guter Glaube (OLG Nürnberg, Urt. v. 03.03.2008, 8 U 1374/07, nrkr., Revision anhängig beim BGH unter Az: II ZR 88/08)

Ein Kommanditist hatte seine Einlagen vollständig erbracht. In der Folgezeit hat er Ausschüttungen erhalten. Ein Darlehensnehmer der KG nahm den Kommanditisten in Höhe der erhaltenen Ausschüttungen auf Darlehensrückzahlung in Anspruch. Sowohl das LG Amberg als auch das OLG Nürnberg haben ein Wiederaufleben der Haftung verneint. Nach § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB lebe die Haftung auf, wenn der erbrachte Kapitalanteil durch Verluste unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert wird. Als Verluste gelten auch bilanzielle Herabminderungen der Einlage durch Sonderabschreibungen, obwohl derartige Abschreibungen keine echten Vermögensverluste darstellen. Das Gericht berief sich jedoch auf den Ausnahmetatbestand des § 172 Abs. 5 HGB. Dieser gelte auch für den Fall des § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB. Danach lebe die Kommanditistenhaftung dann nicht wieder auf, wenn die Bilanz in gutem Glauben errichtet worden ist und der Kommanditist den Gewinn in gutem Glauben bezogen hat (sog.

„doppelter guter Glaube“). § 172 Abs. 5 HGB war im vorliegenden Fall aber nicht direkt anwendbar, da die Bilanzen nicht unrichtig waren. Das Gericht argumentiert wie folgt: Wenn der Kommanditist geschützt sein soll, wenn eine falsche Bilanz in gutem Glauben errichtet worden ist, müsse dies erst recht gelten, wenn eine richtige Bilanz erstellt worden ist. Also muss der doppelte gute Glaube vorliegen. Angesichts des Vorliegens einer richtigen Bilanz ist keine Bösgläubigkeit bei Errichtung der Bilanz gegeben. Der Kommanditist hatte nach Ansicht des Gerichts auch die ausgeschütteten Gewinne in gutem Glauben bezogen. Von einem „einfachen Kommanditisten“, der sich an einer Verlustzuweisungsgesellschaft beteilige, könne nicht erwartet werden, keine Kenntnis davon zu haben, dass er mit einem Wiederaufleben seiner Haftung bei teilweise auch konzeptbedingten Verlustzuweisungen rechnen müsse. Ob dieser vom Gericht praktizierte „Anlegerschutz“ beim BGH standhält, muss abgewartet werden.

§ § §

Zur Frage der Verjährung des Befreiungsanspruchs eines Treuhänders einer Publikums-KG gegenüber dem Treugeber (LG Duisburg, Urt. v. 23.09.2008, 5 S 114/07 nrkr.)

1. Die Verjährung der sich aus Ausschüttungen einer Publikums-KG, die zu einer Haftung der Treuhänderin gem. § 172 IV 2 HGB geführt haben, ergebenden Freistellungsansprüche der Treuhänderin gegenüber dem

Treugeber beginnt mit der Fälligkeit dieser Ansprüche entsprechend der Treuhandvereinbarung.

Freistellungsansprüche der Treuhänderin werden mit jeder Ausschüttung fällig, die ein Aufleben der Außenhaftung der Treuhänderin begründen. Zu diesen Zeitpunkten beginnt auch die Verjährung der Freistellungsansprüche.

2. Die Freistellungsansprüche folgen nicht aus der Gesellschafterstellung und einer daraus folgenden Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, sondern aus einem privatrechtlichen Vertrag zwischen einem Gesellschafter und einem Dritten. Für eine Analogie, wonach die Freistellungsansprüche analog § 159 I HGB in fünf Jahren ab Auflösung der Gesellschaft verjähren, ist dabei kein Raum.

§ § §

Zum außerordentlichen Informationsrecht des Kommanditisten eines Filmfonds (OLG München, Beschl. v. 05.09.2008, 31 Wx 63/07)

§ 166 HGB gewährt einem Kommanditisten Kontrollrechte. Dieser ist berechtigt, den Jahresabschluss in Kopie zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Nach § 166 Abs. 3 HGB kann das Gericht auf Antrag eines Kommanditisten neben der Mitteilung einer Bilanz oder eines Jahresabschlusses auch die Vorlage der Bücher oder sonstiger

Geschäftsunterlagen sowie die Erteilung von Auskünften anordnen, wenn wichtige Gründe vorliegen. Im vorliegenden Fall hatte der Anleger einer Publikums-Personengesellschaft die Einsichtnahme gem. § 166 Abs. 1 HGB begehrt. Dies lehnte die Publikums-KG (ein Medienfonds) ab. Der Anleger verfolgte seinen Anspruch auf dem Rechtsweg. Das Gericht gab seinem Begehren statt. Es bejahte sowohl das Vorliegen eines wichtigen Grundes, weil der Anleger konkrete Verdachtsmomente vortrug, die Geschäftsführung habe nicht ordentlich gearbeitet als auch die Notwendigkeit der Auskunfts- und Akteneinsichtsgewährung. Das außerordentliche Informationsrecht wird auch nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass die Gesellschaft eine Publikums-KG mit einer Vielzahl von Kapitalanlegern ist, die ebenfalls entsprechende Auskünfte fordern könnten. Ob eine andere Entscheidung geboten ist, wenn es durch massenhafte Inanspruchnahme des Rechtes auf Einsichtnahme tatsächlich zu schwerwiegenden Störungen des Geschäftsbetriebes kommt, musste vom Gericht nicht berücksichtigt werden, da diese Situation im konkreten Fall nicht vorlag.

§ § §

Abschlussprüfer haftet grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber Dritten (BGH, Beschl. v. 30.10.2008, III ZR 307/07)

In der Rechtsprechung ist bereits seit längerem geklärt, unter welchen näheren Voraussetzungen die Haftung eines Wirtschaftsprüfers, der von der Gesellschaft

mit der Pflichtprüfung betraut ist, Dritten gegenüber in Betracht kommt. Grundsätzlich haftet ein Abschlussprüfer für Fehler nur der Gesellschaft und ggf. einem geschädigten verbundenen Unternehmen gegenüber. Für Schäden von Anteilseignern und sonstigen Gläubigern der Gesellschaft ist der Abschlussprüfer in aller Regel nicht verantwortlich. Nur wenn vom Abschlussprüfer auch im Drittinteresse eine besondere Leistung erwartet wird und dies mit dem Abschlussprüfer vereinbart ist oder für ihn zweifelsfrei erkennbar ist, können Dritte in den Schutzbereich des Prüfungsauftrages einbezogen werden. In aller Regel will ein Wirtschaftsprüfer nicht gegen eine Vielzahl ihm nicht bekannter Kunden für die Seriosität des geprüften Unternehmens eintreten. Soweit es um eine deliktische Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers gehen kann, setzt § 826 BGB die Sittenwidrigkeit im Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem voraus.

§ § §

Keine Anzeige- und Untersuchungspflicht des Mieters wegen verborgener Mängel (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.06.2008, 24 U 193/07)

Das Dach eines Supermarktes stürzte in einem Teilbereich ein. Der Dacheinsturz war jedenfalls auch durch die Überlastung des Flachdachs hervorgerufen worden. Der Vermieter verklagte die Mieterin (Betreiberin des Supermarktes) auf Zahlung der für die Abtragung des eingestürzten Gebäudeteils verursachten Kosten und Feststellung der

Schadenersatzpflicht infolge unterlassener Mängelanzeige. Das OLG Düsseldorf verneinte einen solchen Anspruch. Ein Mieter darf sich darauf verlassen, dass die Mietsache funktionstüchtig ist. Auf verborgene Mängel hat vielmehr der Vermieter im Zuge gelegentlicher Überprüfungen der Mietsache zu achten. Der Mieter war nicht zur Instandhaltung des Daches verpflichtet. Deshalb musste er es auch nicht kontrollieren. Erschwerend kam im konkreten Fall noch hinzu, dass der Vermieter schon ein $\frac{3}{4}$ Jahr vor dem Einsturz von einer von ihm beauftragten Fachfirma erfahren hatte, dass die Dachrinnen und Gullys dringend gereinigt werden müssten und die Dachfläche stark verschmutzt sei.

§ § §

Kein Anspruch des Vermieters auf schriftliche Zustimmung zur Mieterhöhung (AG Schöneberg, Urt. v. 21.05.2008, 6 C 158/08)

Ein Vermieter begehrte die Erhöhung der monatlichen Kaltmiete. Der Mieter zahlte die höhere Miete, erteilte jedoch keine schriftliche Zustimmung. Das Amtsgericht Schöneberg entschied, dass ein Mieter nicht verpflichtet sei, seine Zustimmung schriftlich zu erteilen. Die Zustimmungserklärung könne in jeder beliebigen Form abgegeben werden, also sowohl mündlich, schriftlich, telefonisch, per Telefax, per E-Mail oder aber auch konkludent durch mehrmalige vorbehaltlose Zahlung. Zahlt ein Mieter also die erhöhte Miete, liegt darin eine konkludente Zustimmung. Ein Anspruch auf schriftliche Zustimmung besteht danach nicht mehr.

§ § §

Keine auf Dauer ausgerichtete Vermietung bei Vermietertätigkeit eines geschlossenen Immobilienfonds auf die Dauer von (nur) 20 Jahren (BFH, Beschl. v. 02.07.2008, IX B 46/08)

In dieser Entscheidung befasst sich der BFH mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem geschlossenen Immobilienfonds die Einkünfteerzielungsabsicht zu bejahen oder zu verneinen ist. Nach dem Konzept des Immobilienfonds sollte sich die Vermietungstätigkeit nur auf einen Zeitraum von 20 Jahren erstrecken. Der Immobilienfonds hatte sich verpflichtet, der Verkäuferin den von dieser erworbenen Grundbesitz nach Ablauf von 20 Jahren zum Verkehrswert zum Verkauf anzubieten. Aufgrund dieser zeitlichen Begrenzung haben Finanzverwaltung und Finanzgerichte die Annahme einer auf Dauer ausgerichteten Vermietung und damit einer Einkünfteerzielungsabsicht abgelehnt.

Der BFH führt seine bisherige Rechtsprechung konsequent fort, wonach eine Einkünfteerzielungsabsicht sowohl auf der Ebene der Fondsgesellschaft als auch auf der Ebene des Gesellschafters vorliegen muss. Auf der Ebene der Gesellschaft lag die Absicht zwar vor, beim Anleger hingegen nicht. Auf seiner Ebene standen prognostizierten Werbungskosten von insgesamt 87 % der Beteiligungshöhe nur prognostizierte Einkünfte von 62 % der Beteiligungshöhe gegenüber. Zugleich stellt der BFH klar, dass es für die Frage der Einkünfteerzielungsabsicht nicht eines von vornherein geschaffenen Finanzierungskonzeptes bedarf, welches zu

einem Werbungskostenüberschuss führen müsse. Wenn ein Steuerpflichtiger beispielsweise auf die Verlustsituation reagiert und nachträglich ein Sondertilgungsrecht oder eine Zinsanpassung vereinbaren kann, kann die Einkünfteerzielungsabsicht ggf. ebenfalls bejaht werden. Umgekehrt kann die Einkünfteerzielungsabsicht aufgrund von nachträglich auftretenden objektiven Umständen wieder entfallen.

Ab einem Prognosezeitraum von 30 Jahren nimmt die Finanzverwaltung eine dauerhafte Vermietung an. All diese Voraussetzungen lagen im Ausgangsfall nicht vor, so dass die Absicht, durch die Fondsbeteiligung auf Dauer einen Totalüberschuss zu erzielen, verneint wurde.

§ § §

Zur Frage der Einkünfteerzielungsabsicht bei einer nach Selbstnutzung leerstehenden Wohnung (BFH, Urt. v. 28.10.2008, IX R 1/07)

In dieser Entscheidung ging es um die Frage der Berechtigung, Aufwendungen für eine Eigentumswohnung als Werbungskosten geltend zu machen. Der Steuerpflichtige hatte 1992 eine 162 m² große Eigentumswohnung erworben. Diese hatte er bis 1995 selbst bewohnt. Von Januar 1996 bis Februar 2001 stand die Wohnung leer. Danach erfolgte die Vermietung der Wohnung zu einer monatlichen Kaltmiete von 1.700,00 DM.

Der Steuerpflichtige begehrte für die Zeit des Leerstandes, dass er Schuldzinsen, AfA,

Erhaltungsaufwand und sonstige Kosten, die während der Zeit des Leerstandes angefallen waren, als vorab entstandene Werbungskosten geltend machen zu können. Der BFH folgte der Rechtsansicht von Finanzverwaltung und Finanzgericht und verneinte die Berechtigung zum Werbungskostenabzug während der Leerstandszeit.

Wer Aufwendungen für seine zunächst selbst bewohnte, anschließend leerstehende und noch nicht vermietete Wohnung als vorab entstandene Werbungskosten geltend macht, müsse seinen endgültigen Entschluss, diese Wohnung zu vermieten, durch ernsthafte und nachhaltige Vermietungsbemühungen belegen. Die Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit der Vermietungsbemühungen sind die erforderlichen Beweisanzeichen (Belege) für die Einkünfteerzielungsabsicht. Diese Beweisanzeichen festzustellen und zu würdigen, obliegt in erster Linie der Tatsacheninstanz. Wer auch erwägt, anstelle der Vermietung die Wohnung zu veräußern, hat sich noch nicht endgültig zur Einkünfteerzielung entschieden. Die Einkünfteerzielungsabsicht ist eine innere Tatsache, die wie alle sich in der Vorstellung von Menschen abspielenden Vorgänge nur anhand äußerlicher Merkmale beurteilt werden kann. Aus objektiven Umständen muss auf das Vorliegen oder Fehlen der Absicht geschlossen werden.

LITERATURSPIEGEL

Ausschüttungen in Verlustjahren bei geschlossenen Fonds

Wer in einen geschlossenen Fonds investiert, erwartet in aller Regel eine Rendite auf das eingesetzte Kapital bzw. mit anderen Worten eine Ausschüttung. Das Ausschüttungsversprechen wird im Regelfall so formuliert, dass die Ausschüttung mit einem bestimmten Prozentsatz auf das tatsächlich einbezahlte Kapital anfallen soll. **Loritz** erörtert in seinem Beitrag in Heft 23/2008 der Zeitschrift **NZG** die mit Ausschüttungen verbundenen gesellschafts-, haftungs- und steuerrechtlichen Fragen. Loritz weist darauf hin, dass im Prospekt unmissverständlich darauf hinzuweisen ist, wenn Ausschüttungen unabhängig von handelsrechtlichen Gewinnen vorgenommen werden. Es darf nicht der Eindruck erweckt werden, dass es sich um erwirtschaftete Gewinne handle. Im Gesellschaftsvertrag ist ferner zu regeln, welche Auswirkungen derartige Ausschüttungen bzw. Gutschriften auf spätere Gewinn- und Verlustverteilungen haben sollen. Im Regelfall sind keine Änderungen im Hinblick auf die Beteiligungsquote gewollt. Von großer Bedeutung ist die Frage des Wiederauflebens der Haftung gegenüber Gläubigern und auch der Gesellschaft selbst (Anspruch auf Wiederauffüllung der Haftsumme, falls durch Ausschüttungen der Stand des Kapitalkontos unter den Betrag der Haftsumme sinkt).

Des Weiteren plädiert Loritz dafür, auch aus steuerlichen Gründen bezüglich der Ausschüttungen in Verlustjahren klare

Aussagen zu treffen. Dadurch werde der Gefahr vorgebeugt, dass die Finanzämter die Rechtsprechung zu Scheinrenditen anwenden (vgl. dazu auch unseren Rechtsprechungsspiegel in der Newsletterausgabe 12/2008).

* * *

Informationspflichten gegenüber Versicherten bei Gruppenversicherungsverträgen - Ein weißer Fleck auf der Landkarte des VVG?

Durch die am 01.01.2008 in Kraft getretene VVG-Reform wurden in § 7 VVG n.F. erstmals vertragliche Informationspflichten des Versicherers gegenüber den Versicherungsnehmern eingeführt. Für Gruppenversicherungsverträge ist dabei keine besondere Regelung geschaffen worden. Diesem Umstand widmet sich **Franz** in seinem Beitrag in Heft 34/2008 der Zeitschrift **Versicherungsrecht**. Franz differenziert zunächst zwischen den Fallgruppen der echten und der unechten Gruppenversicherung. Beim echten Gruppenversicherungsvertrag werden die Gruppenmitglieder automatisch oder durch Anmeldung in den Vertrag einbezogen. Beim unechten Gruppenversicherungsvertrag wird der Versicherte selbst Versicherungsnehmer. Franz kommt zum Ergebnis, dass bei Gruppenversicherungsverträgen der Versicherer seinen vertraglichen Informationspflichten genügt, wenn er den Versicherungsnehmer - regelmäßig die Gruppenspitze - entsprechend der gesetzlichen Vorgabe informiert. Eine Information jedes einzelnen Versicherten sei

nicht erforderlich, selbst wenn letztere wie beispielsweise bei der arbeitnehmerfinanzierten Altersversorgung oder der Restschuldversicherung wirtschaftlich für die Versicherungsbeiträge aufkommen müssen.

Eine erforderliche Aufklärung erfolge im Vertragsverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherten. Entsprechend müsse auch für die Beratungspflichten gem. § 6 VVG 2008 gelten.

* * *

Konkurrenzschutz im gewerblichen Mietrecht

Gewerbliche Mieter sind stets auf eine möglichst gute Absicherung ihres Standortes bedacht. Dieses Bedürfnis umfasst auch den Wunsch nach einem Wettbewerbsschutz/Konkurrenzschutz im Mietobjekt und in der unmittelbaren Nachbarschaft. **Bittner** beschäftigt sich in seinem Beitrag in Heft 21/2008 der Zeitschrift **MDR** mit den rechtlichen Voraussetzungen eines mietvertraglichen Konkurrenzschutzes. Er nennt Gestaltungsmöglichkeiten und daraus resultierende Ansprüche der Vertragsparteien. Der vertragsimmanente Konkurrenzschutz erstreckt sich nicht auf bei Vertragsschluss schon bestehende Konkurrenzlagen. Problematisch sind auch Tätigkeitserweiterungen des Mieters. Hier kann es durchaus zu Problemen wegen anderen Mietern gegenüber erteilten Zusagen kommen. Duldet der Vermieter eine vertragswidrige Ausweitung und berührt diese die

geschäftlichen Belange anderer Mieter, können diese den Vermieter auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Neben Unterlassungsansprüchen kommen Erfüllungsansprüche, Zurückbehaltungsrechte, Kündigungsrechte, Schadenersatzansprüche und auch Minderungsansprüche in Betracht. Gegen einen Mietkonkurrenten kommen unter Umständen wettbewerbsrechtliche und deliktische Ansprüche in Betracht.

KURZ UND BÜNDIG

Verbilligter Erwerb von Fondsanteilen durch Mitarbeiter

Investmentanteile werden in aller Regel mit einem Ausgabeaufschlag angeboten. Dieser ist Bestandteil des Ausgabepreises. Ausgabepreis abzüglich Ausgabeaufschlag ist dann in der Regel der Rücknahmepreis. Erwerben Mitarbeiter Fondsanteile, können diese die Fondsanteile meist ohne Ausgabeaufschlag erwerben, d.h. rabattiert. **Passow-Utech** geht in ihrem Beitrag in Heft 49/2008 der Zeitschrift **DStR** der Frage der steuerlichen Behandlung von solchen Rabatten nach. Je nach Fallgestaltung kann ein lohnsteuerpflichtiger geldwerter Vorteil vorliegen oder nicht. Es lohnt sich also, auf die Unterschiede und Feinheiten zu achten, um die Lohnversteuerung des gewährten Vorteils zu vermeiden.

* * *

Bisher widersprüchliche Entscheidungen in Lehman-Fällen

Die Insolvenz der US-Investmentbank Lehman Brothers und der deutschen Tochter liegen erst wenige Wochen zurück. Zwei Gerichte haben sich aber bereits mit geltend gemachten Schadenersatzforderungen auseinandergesetzt. Das Landgericht Frankfurt wies die Klage gegen die Frankfurter Sparkasse wegen unzureichender Beratung beim Verkauf eines Lehman-Zertifikates ab. Das Amtsgericht Leipzig verurteilte hingegen die Citybank wegen Falschberatung. Man wird in jedem Einzelfall konkret die Umstände überprüfen müssen, um zur Frage der anlage- und anlegergerechten Beratung Stellung nehmen zu können.

* * *

Im Namen des Volkes: Die steuerlichen Immobilienurteile eines Jahres - Ein Überblick über die letzten 12 Monate

In einer Beilage zur **immobilien intern**-Ausgabe 26/08 gibt **Iser** einen Überblick über interessante und für die Praxis wichtige Steuerurteile rund um die Immobilie. Iser weist auf Entscheidungen zu folgenden wichtigen Bereichen hin: Einkunftserzielungsabsicht bei unbebauten Grundstücken, Abziehbarkeit von Werbungskosten auch bei Abkürzung eines Vertragsweges, Vorfälligkeitsentschädigung in Verkaufsfällen, Einkunftserzielungsabsicht bei geschlossenen Immobilienfonds, Verhaltensregeln des Vermieters im Fall von Leerständen, Anschaffungsvorgänge bei Einbringung von Grundstücken, Umsatzsteuer

auf Zusatzleistungen eines Bauträgers, die Frage der Begrenzung der Eigenheimzulage auf das Inland und schließlich Verhaltensmuster bei Betriebsprüfungen, wenn es um die Frage geht, ob eine Immobilie selbstgenutzt oder vermietet werden soll.

* * *

Zum Sonderkündigungsrecht der Versicherungsnehmer bei Mehrjahresverträgen ab dem 01.01.2009

Auf Altverträge (Verträge, die vor dem 01.01.2008 abgeschlossen wurden) findet das neue VVG ab 01.01.2009 Anwendung. Nach dem neuen VVG können Versicherungsverträge, die für die Dauer von mehr als drei Jahren geschlossen worden sind, zum Schluss des dritten oder jedes darauffolgenden Jahres unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten gekündigt werden. **Simon** geht in einer Ausgabe „Spezial Recht“ - Beilagen zum **versicherungstip** Nr. 50/08 und Nr. 51/08 - auf dieses Sonderkündigungsrecht ein. Er widmet sich insbesondere der Frage, wann das Sonderkündigungsrecht erstmals ausgeübt werden darf und zu welchem Zeitpunkt es ausgeübt werden kann.

* * *

Investments in Real Estate - Anlageklassen im derzeitigen Marktumfeld

Seit der Einführung des Deutschen Real Estate Investment Trust (G-REIT) im Frühjahr 2007 verfügt Deutschland über verschiedene

Möglichkeiten, sich an Immobilienanlagen indirekt zu beteiligen. Neben dem Erwerb von Aktien an einer Immobilien AG über die Beteiligung an einem G.REIT über die Beteiligung an einem offenen Publikums-Fonds, einem Spezialfonds bis hin zur Beteiligung an geschlossenen Fonds, stehen diverse Wege offen. Jedem Weg sind eigene rechtliche und steuerrechtliche Merkmale immanent. Darauf geht **Volckens** in seinem Kurzbeitrag in Heft 1/2009 des Magazins **Institutional Investment Real Estate Magazin** ein.

* * *

„Gesetzliche Buchwertklausel im Genossenschaftsrecht“

Der BGH hatte vor kurzem entschieden, dass die Grundlage für die Nachschusspflicht eines ausgeschiedenen Genossenschaftsmitglieds die Handelsbilanz ist. **Schulze-Osterloh** weist in seinem Urteilscommentar in Heft 50/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** darauf hin, dass eine andere Auffassung die Genossenschaft dazu zwingen würde, in jedem Fall des Ausscheidens eines Mitglieds eine Bilanz unter Auflösung der stillen Reserven aufzustellen. Die gesetzliche Regelung hat daher die Funktion einer im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Buchwertklausel, die im Interesse des Fortbestands der Gesellschaft auch sonst im Gesellschaftsrecht - vorbehaltlich abweichender ergänzender Vertragsauslegung - zulässig ist.

* * *

Mieterhöhungsverlangen bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel

Mit Urteil vom 09.07.2008 (Az: VIII ZR 181/07, vgl. hierzu unseren Newsletter 7/08) hat der BGH entschieden, dass der Vermieter keine Zustimmung zu einer Mieterhöhung in Form eines Zuschlags zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen kann, wenn die mietvertraglich vereinbarte Schönheitsreparaturklausel unwirksam ist. **Timme** und **Hülk** erläutern in Heft 22/2008 der Zeitschrift **MDR** diese Entscheidung und begrüßen sie vor allem aus sich des AGB-Rechts. Würde man dem Vermieter bei unwirksamer Klausel einen Mietzuschlag zugestehen, wäre das ein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Dieser Grundsatz prägt insbesondere das AGB-Recht. Das Fazit der Autoren lautet dann auch, künftig noch stärker auf Klauselwirksamkeit zu achten. Die praktische Umsetzung dieser Empfehlung ist gleichwohl eine schwierige, denn kein Vermieter weiß heute, ob auch bei flexiblen Fristenregelungen die vorgesehenen Renovierungszyklen mit heutigen oder künftigen Überlegungen der Rechtsprechung in Einklang stehen oder nicht. Wo immer dies möglich ist, sollte deshalb individualvertraglich ausgehandelten Lösungen der Vorzug gegeben werden.

Entscheidung des Monats:**Zur Frage der Umsatzsteuerpflicht/
Umsatzsteuerbefreiung beim Vertrieb von
Finanzdienstleistungen und
Versicherungen** (BFH, Urt. v. 30.10.2008, V R
44/07)

Mit Urteil vom 30.10.2008 hat der BFH zu den Umsatzsteuerbefreiungen beim Vertrieb von Finanzdienstleistungen und von Versicherungen Stellung genommen. Die Entscheidung birgt einigen Sprengstoff, grenzt sie sich doch von wesentlichen Grundsätzen eines BMF-Schreibens ab, was erst wenige Wochen vorher veröffentlicht worden ist (BMF-Schreiben vom 09.10.2008, IVB9-S7167/08/10001).

In diesem Schreiben führte das BMF zur Frage der umsatzsteuerlichen Behandlung der Umsätze aus der Tätigkeit als Bausparkassenvertreter, Versicherungsvertreter oder Versicherungsmakler aus, dass auch die Betreuung, Überwachung oder Schulung von nachgeordneten selbstständigen Vermittlern zur berufstypischen Tätigkeit der vorgenannten Berufsgruppen gehören könne. Dies setze voraus, dass der Unternehmer, der die Leistungen der Betreuung, Überwachung oder Schulung übernimmt, durch Prüfung eines jeden Vertragsangebotes mittelbar auf eine der Vertragsparteien einwirken kann. Dabei ist auf die Möglichkeit abzustellen, eine solche Prüfung im Einzelfall durchzuführen. Laut BMF-Schreiben soll es genügen, bei Verwendung von Standardverträgen und standardisierten Vorgängen durch die

einmalige Prüfung und Genehmigung der Standardverträge und standardisierten Vorgänge mittelbar auf eine der Vertragsparteien einwirken zu können. Dies wurde vom BFH nunmehr für den Vertrieb von Anteilen an Gesellschaften und anderen Vereinigungen verneint, da das Umsatzsteuergesetz keine allgemeine Steuerbefreiung für Leistungen beim Vertrieb von Gesellschaftsanteile enthalte. Es liege auch kein nach dem Umsatzsteuergesetz steuerfreie Vermittlung vor, da sich diese auf einzelne Geschäftsabschlüsse beziehen müsse.

Um was ging es nun konkret: Ein Handelsvertreter war von einem Unternehmen beauftragt, Fondsanteile einer anderen Gesellschaft zu vermitteln. Dem Handelsvertreter waren Vertriebspartner zugeordnet, die er regelmäßig zu besuchen und auf der Grundlage der Produktinformationen fortlaufend über die Entwicklung der Fondsprodukte zu unterrichten hatte. Die Provision des Handelsvertreters bestimmte sich nach der Höhe der vom jeweiligen Anleger gezeichneten Fondsbeteiligung. Voraussetzungen und Fälligkeit des Provisionsanspruches ergaben sich aus den Provisionsbedingungen des Emissionshauses. Aufgrund einer Umsatzsteuer-Sonderprüfung verneinte die Finanzverwaltung das Vorliegen steuerfreier Vermittlungsleistungen. Eine steuerfreie Vermittlungsleistung setze voraus, dass der Vermittler zumindest einen Beitrag am Zustandekommen eines Vertrages über den Erwerb von Geschäftsanteilen leiste. Einen solchen Beitrag leiste nicht, wer mit dem

eigentlichen Vermittlungsgeschäft nichts zu tun hat, sondern im Wesentlichen seinem Auftraggeber Abschlussvermittler zuführt, diese schult und im Rahmen deren Tätigkeit betreue und unterstütze.

Der Handelsvertreter wandte ein, für die Auswahl, Schulung und Unterstützung keine Vergütung erhalten zu haben. Provisionen habe er nur erhalten, wenn der Letztvermittler tatsächlich Abschlüsse an das Emissionshaus weitergeleitet habe und das Emissionshaus die Abschlüsse angenommen habe. Die Vertriebskette sei arbeitsteilig organisiert. Auch wenn die Untervermittler dem Emissionshaus Endkunden vermittelt hätten, habe er direkt am Abschluss mitgewirkt. Dies entspreche dem Wesen arbeitsanteilig organisierter Vertriebsketten. Jeder leiste einen eigenen Beitrag. Mit den übrigen Beiträgen in der Vertriebskette führten dann alle Beiträge zum Abschluss des vermittelten Geschäfts. Im Übrigen sei er auch unmittelbar „an der Front“ am Absatz beim Endkunden beteiligt gewesen, da er Vermittler insbesondere bei Erstvermittlungen zum Endkunden begleitet und Veranstaltungen für Endkunden durchgeführt habe.

Der BFH erinnerte zunächst an die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) zum Begriff der „Vermittlung“. Die steuerfreie Vermittlung setze nach dem EuGH-Urteil Ludwig nicht voraus, dass zwischen dem Vermittler und einer der Parteien des zu vermittelnden Vertrages ein Vertragsverhältnis bestehe. Daher könnten auch Untervermittler, die bei der Vermittlung von Krediten ohne

unmittelbare Beauftragung durch eine der beiden Parteien des abzuschließenden Kreditvertrages tätig werden, steuerfreie Vermittlungsleistungen erbringen. Von daher war es noch unschädlich, dass das Emissionshaus nicht den Handelsvertreter unmittelbar beauftragt hatte, sondern der Handelsvertreter Vertragspartner einer Vertriebsgesellschaft war, die ihrerseits exklusiv vom Emissionshaus beauftragt worden war. Die Steuerfreiheit beschränke sich aber auf die Vermittlung der in den Richtlinien des EWG-Vertrages bezeichneten Finanzdienstleistungen. Die Vermittlung (Vermittlungsleistung) setze voraus, dass der Vermittler das Erforderliche tut, damit zwei Parteien einen Vertrag über das jeweilige Finanzprodukt abschließen. Die Vermittlung könne in einer Nachweis-, einer Kontaktaufnahme- oder in einer Verhandlungstätigkeit bestehen. Die Mittlertätigkeit müsse sich auf ein einzelnes Geschäft beziehen. Auch wenn die Vermittlung in verschiedene einzelne Dienstleistungen zerfalle, kann jede einzelne Teilleistung steuerfrei sein. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich bei der einzelnen Leistung um ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes handelt, welches die spezifischen und wesentlichen Funktionen der Vermittlung erfüllt. Holt ein Untervermittler verbindliche Vertragsangebote einzelner Interessenten ein und übermittelt diese an den Hauptvermittler, der sie dann nach eigener Kontrolle an den Produktpartner weiterleitet, könnte Steuerfreiheit zu bejahen sein. Leistungen, die keinen spezifischen und wesentlichen Bezug zu einzelnen Vermittlungsgeschäften aufweisen, sondern nur dazu dienen, einen

anderen Unternehmer, der Vermittlungsleistungen erbringe, zu unterstützen, bestehe nicht.

Der BFH stellte maßgeblich darauf ab, dass die Anwerbung, Schulung und Fortbildung sowie die Betreuung, Unterstützung, Überwachung, Koordination und Organisation der Regionaldirektoren und Abschlussvertreter das wesentliche und prägende Element der Tätigkeit des Handelsvertreters darstellten, die Teilnahme bei Kundenveranstaltungen und an Verkaufsgesprächen mit Kunden aber gerade nicht. Dies resultiere auch aus der Zahl der betreuten Untervertreter, die zunächst bei ca. 70 gelegen habe und innerhalb von zwei Jahren auf ca. 700 angestiegen sei. Der Schwerpunkt der Tätigkeit des Handelsvertreters habe deshalb weder darin bestanden, dem Verkäufer der Kapitalanlagen Gelegenheit zum Abschluss von Verträgen nachzuweisen noch mit Interessenten Kontakt aufzunehmen oder Verhandlungen zu führen. Schließlich setzte sich der BFH noch mit dem eingangs erwähnten BMF-Schreiben auseinander.

Das Gericht stellte klar, dass Leistungen auch beim Vertrieb von Versicherungen nur steuerfrei sind, wenn ein Bezug zu einzelnen Geschäftsabschlüssen vorliege. Leistungen, die sich darauf beschränkten, nachgeordnete Versicherungsvertreter zu betreuen, zu schulen und zu überwachen, seien daher entgegen der bisherigen Verwaltungspraxis umsatzsteuerpflichtig.

Das Urteil birgt mithin gewaltiges Sprengstoffpotenzial für die zahlreichen Vertriebs- und Vermittlungsgesellschaften, die ihre Leistungen arbeitsteilig erbringen. Fonds- und Versicherungsvertrieb sind gleichermaßen betroffen. Alle Betroffenen sollten schnellstens ihre Kooperations- und Vermittlungsverträge unter Berücksichtigung der Ausführungen im BFH-Urteil überprüfen, ggf. ändern und vor allem auch die tatsächliche praktische Handhabung entsprechend den Urteilsgründen handhaben, wenn die Umsatzsteuerfreiheit eine Rolle spielt.

Gerne möchten wir wissen, wie Ihnen unser Newsletter gefällt, und freuen uns daher über Ihre Anregungen und Kritik:

Redaktion Newsletter

Rechtsanwalt Ulrich A. Nastold

Rechtsanwaltskanzlei Klumpe, Schroeder & Partner GbR

Luxemburger Str. 282e

D- 50937 Köln

Tel: +49 / 221 - 94 20 94 0

Fax: +49 / 221 - 94 20 94 25

eMail: info@rechtsanwaelte-klumpe.de

Web: www.rechtsanwaelte-klumpe.de

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

Realisierung: **.schoenke - eMedia Consulting** | info@schoenke.net | www.schoenke.net