



Der Markt für Kapitalanlagen - Wer hat am Ende die Nase vorn?

Newsletter 07/2010

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

wer hat am Ende die Nase vorn? Diese Frage stellen sich in diesen Tagen vermehrt die Fußballfans der Mannschaften, die in Südafrika den Traum vom WM-Titel noch nicht aufgeben mussten. Die Frage stellen sich aber auch zahlreiche Anleger von Falk-Fonds, die vom Insolvenzverwalter auf Rückzahlung empfangener Ausschüttungen in Anspruch genommen werden und angesichts unterschiedlicher OLG-Entscheidungen auf ein „letztes Wort“ des BGH warten. Während beispielsweise das OLG Karlsruhe einen Schadenersatzanspruch des Treugebers bejaht hat, weil die Treuhandkommanditistin Aufklärungspflichten verletzt habe und mit diesem Schadenersatzanspruch gegen den Freistellungsanspruch des Insolvenzverwalters aufgerechnet werden könne, verneinte das OLG Stuttgart eine solche Aufrechnungsmöglichkeit.

In unserem heutigen Rechtsprechungsspiegel teilen wir Ihnen mit, auf welche Gründe ein solches Aufrechnungsverbot gestützt wird. Im Rechtsprechungsteil geht es außerdem erneut um die nahezu endlos diskutierbare Frage, welche Aufklärungspflichten für Banken und freie Berater bei der Vermittlung von Kapitalanlagen bestehen, um Anforderungen an die Prospektdarstellung und einmal mehr um die Frage, inwieweit Steuervorteile bei der Bemessung des Schadenersatzanspruches des geschädigten Anlegers anzurechnen sind oder nicht.

Breiten Raum nehmen in dieser Newsletter-Ausgabe auch einige hochaktuelle Entscheidungen des BGH zum Wohn- und Gewerberaummietrecht ein.

Wer am Ende die Nase vorn hat, ist nicht nur eine Frage des Könnens und Wollens, sondern auch - jedenfalls was abzusetzende Produkte anbelangt - des Vertriebs. Die für Absatzmittler geltenden Rahmenbedingungen - allen voran durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und höchstrichterliche Entscheidungen - haben sich in den letzten Jahren äußerst dynamisch fortentwickelt. Diese Entwicklung wird in einem aktuellen Artikel zusammengefasst, auf den wir im heutigen Literaturspiegel verweisen. Und wenn wir Sie auf Ihrem Weg, die Nase vorn zu haben, unterstützen können, stehen wir Ihnen selbstverständlich auch in diesen fußballverrückten Tagen mit unserem Know-how aus jahrzehntelanger Tätigkeit im Recht der Kapitalanlagen zur Verfügung.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Rechtsprechungsspiegel

- Anlageberatung erfordert eine unmissverständliche Aufklärung über Sicherungsmechanismen eines Fonds und damit verbundene Risiken
- Auch OLG Frankfurt am Main bejaht Aufklärungspflicht der Bank im Hinblick auf erhaltene Provisionen bei der Vermittlung von Medienfonds
- Zur Aufklärungspflicht eines Anlagevermittlers, Anforderungen an die Prospektdarstellung und Frage des Vertrauens gegenüber Ratingagenturen
- Zum Schadenersatzanspruch wegen fehlerhafter Beratung bei Erwerb einer Filmfonds-Beteiligung und zur Frage, inwieweit Steuervorteile anzurechnen sind
- Totalverlustrisiko einer Fondsbeteiligung darf nicht verharmlost werden
- Freistellungsanspruch „schlägt“ Schadenersatzanspruch oder: „Wer hat am Ende die Nase vorn?“
- Nebenkostenabrechnungen im Gewerberaummietrecht
- Zu Notwendigkeiten wirksamer Einwendungen gegen Betriebskostenabrechnungen
- Verwendung von Mietspiegeln bei Mieterhöhungen
- Wohnungsmieter kann Schönheitsreparaturen in Eigenleistung durchführen
- Zur Frage der Möglichkeit der Änderung einer Teilinklusive-Miete-Abrede bei preisgebundenem Wohnraum mittels abweichender Betriebskostenabrechnung
- Anforderungen an eine konkludente Vereinbarung über die Wohnungsgröße
- Grundeigentumserwerb durch und Grundbucheintragung zugunsten einer GbR
- Fertighausanbieter darf vom Bauherrn auch formularvertraglich eine Bürgschaft fordern

Literaturspiegel

- Die Entwicklung des Handelsvertreter- und Vertragshändlerrechts seit 2005
- Die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs

Kurz und bündig

- Steuergestaltungen 2010 - Renovierung nach Immobilienerwerb
- Schuldvorwurf gegen beratende Bank wegen Empfehlung eines Medienfonds im Jahr 2003 ohne Hinweis auf Rückvergütung
- Gesellschaftsrechtliche Grenzen des Verbraucherschutzes: Die Anwendung der Haustürgeschäfte-Richtlinie und der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf den Beitritt zu einer Publikums-Personengesellschaft
- III. BGH-Zivilsenat schränkt Anwendbarkeit der Kick-Back-Rechtsprechung ein
- Aktuelle Rechtsprechung zu den Auswirkungen der Erweiterung der Hauptschuld auf die Bürgschaftsschuld
- Die steuerliche Behandlung von ausländischen Vermietungsverlusten

Entscheidung des Monats

- Treuhandkommanditist muss über ihm bekannte Sondervorteile zugunsten eines Vertriebsunternehmens, die im Prospekt nicht hinreichend dargestellt sind, aufklären

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Anlageberatung erfordert eine unmissverständliche Aufklärung über Sicherungsmechanismen eines Fonds und damit verbundene Risiken (OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.05.2010, 17 U 67/09, 17 U 88/09, 17 U 92/09 u.a.)

Ein Anlageberater schuldet die Aufklärung über die Chancen und Risiken einer von ihm angebotenen Anlagemöglichkeit. Er kann seine Aufklärung auch dadurch erbringen, dass er dem Anlageinteressenten rechtzeitig richtige und vollständige Verkaufsunterlagen übergibt aus dem sämtliche Risiken ersichtlich und für den angesprochenen Anlegerkreis verständlich formuliert beschrieben sind. Der Anlageberater schuldet insoweit keine bloße Plausibilitätsprüfung, sondern die Durchsicht der Verkaufsunterlagen mit kritischem Sachverstand und deren sachkundige Bewertung. In mehreren Urteilen vom 07.05.2010 warf das OLG Karlsruhe einer von Anlegern in Anspruch genommenen Bank vor, gegen diese Grundsätze und die Pflicht zur unmissverständlichen Aufklärung über Risiken verstoßen zu haben. Des Weiteren habe die Bank auch nicht über den Interessenkonflikt informiert, in dem sie sich befand. Sie erhielt - laut Sachverhaltsschilderung ohne Wissen der vermittelten Anleger - Provisionen in Höhe von mindestens 8,25 %. Die Provisionen waren auch vom vermittelten Umsatz abhängig. Gerade darin sah das OLG Karlsruhe den aufklärungsbedürftigen Interessenkonflikt. Eine Bank müsse nicht nur darüber informieren, dass sie Ausgabeaufschläge erhält und an Verwaltungskosten partizipiert, sondern auch in welcher Höhe dies erfolgt. Diese Grundsätze galten auch schon im Jahr 2003. Darüber hinaus bejahte das OLG Karlsruhe eine Aufklärungspflichtverletzung, weil die Bank nicht vollständig und wahrheitsgemäß über die mit der Beteiligung verbundenen Risiken belehrt habe. Angesichts der plakativen Bezeichnung als „Garantiefonds“ einerseits und der nicht nur für einen Laien schwer verständlichen Erläuterung der Funktionsweise einer Schuldübernahme innerhalb einer komplizierten Fondskonzeption andererseits habe die Gefahr bestanden, dass Hinweise an anderer Stelle auch allgemein bestehende Verlustrisiken untergingen oder als gänzlich unwahrscheinlich missverstanden wurden. Ein Anlageberater müsse im Rahmen der Anlageberatung aber unmissverständlich über bestehende Risiken aufklären.

§ § §

Auch OLG Frankfurt am Main bejaht Aufklärungspflicht der Bank im Hinblick auf erhaltene Provisionen bei der Vermittlung von Medienfonds OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 20.10.2009, 14 U 98/08)

Weil eine Bank nicht offengelegt hatte, dass sie aus der Vermittlung eines Medienfonds Innenprovisionen erhielt, bejahte auch das OLG Frankfurt am Main eine Aufklärungspflichtverletzung und einen daraus folgenden Schadenersatzanspruch des Anlegers, dessen Fondsbeteiligung sich

nicht erwartungsgemäß entwickelt hatte. Zugleich verneinte das OLG Frankfurt einen unvermeidbaren Rechtsirrtum der Bank, auch wenn die Beteiligung bereits im Jahr 2001 vermittelt worden war. Insoweit sei die jüngere Rechtsprechung des BGH, beginnend insbesondere mit dem Kick-Back-Urteil vom 19.12.2006, auch nicht neu. Vielmehr habe der BGH eine frühere bereits bestehende Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht bei Rückvergütungsvereinbarungen fortentwickelt. Wegen der nach wie vor noch offenen und von verschiedenen Oberlandesgerichten unterschiedlich gesehenen Streitfrage, ob den Banken ein Verschulden anzulasten ist, wurde die Revision zugelassen.

§ § §

Zur Aufklärungspflicht eines Anlagevermittlers, Anforderungen an die Prospektdarstellung und Frage des Vertrauens gegenüber Ratingagenturen (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 24.03.2010, 13 U 110/09)

In seinem Urteil vom 24.03.2010 nimmt der 13. Zivilsenat des OLG Frankfurt fast schulmäßig zu Abgrenzungsfragen zwischen Anlageberatung und Anlagevermittlung, den jeweils damit verbundenen Auskunfts- und Informationspflichten sowie zur Frage Stellung, welche Anforderungen an eine Risikodarstellung eines Emissionsprospektes zu stellen sind. Schließlich geht das Gericht auch der Frage nach, inwieweit - möglicherweise zu positive - Bewertungen von Ratingagenturen gleichwohl entlastend wirken können.

Mehrere Anleger hatten sich im November 1999 und Dezember 2001 an Falk-Fonds beteiligt. Für die Beteiligungen hatte ein Vertriebspartner mittels an verschiedene Interessenten gerichteter Rundschreiben geworben. Die Anleger hatten sich anschließend an Fonds der Falkgruppe beteiligt und erhielten Teile des Agios vom Vermittler zurück.

Im ersten Schritt ging es um die Frage, ob - wie von den Anlegern vorgetragen - ein Beratungsverhältnis zustande gekommen ist oder lediglich ein Auskunftsvertrag. Der Vermittler hatte auch einen solchen verneint und vorgetragen, jedenfalls einem der Anleger sei es nur um in Aussicht gestellte Verlustzuweisungen gegangen. An darüber hinausgehenden Informationen habe er kein Interesse gehabt. Eine Beratung scheidet von vornherein aus, weil kein Anleger die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse dargelegt hätte.

Ein Anlageberatungsvertrag ist bekanntlich auf eine Beratung gerichtet. In diesem Fall wird eine anleger- und objektgerechte Beratung geschuldet, d.h. der Nachfragende erwartet eine auf seinen persönlichen Verhältnisse zugeschnittene Ratserteilung. Der Berater ist deshalb u.a. verpflichtet, das Anlageziel des zu Beratenden zu erfragen und sich ein Bild über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, das Anlageziel und hier insbesondere die Risikoklasse zu verschaffen. Da die Rundschreiben des Vermittlers lediglich einen werbenden und anpreisenden Charakter hatten, konnte

daraus kein Beratungsvertragsverhältnis abgeleitet werden. Allerdings ist auch der Anlagevermittler zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände verpflichtet, die für den Anlageentschluss des Interessenten von Bedeutung sind oder sein können. Geschuldet wird eine objektbezogene Informationspflicht. Dieser war der Vermittler durch rechtzeitige Übergabe der vollständigen und richtigen Emissionsprospekte nachgekommen. Das Gericht führte aus, dass die Emissionsprospekte in klarer und verständlicher Form Chancen und Risiken der Anlage darstellten.

Es war auch unstrittig, dass der Vermittler durch weitere mündliche oder schriftliche Erläuterungen kein anderes Bild gezeichnet hat, welches die Risikohinweise im Prospekt wieder entwertet hätten.

Sodann ging das Gericht noch auf die Frage nach dem Einfluss von Ratingagenturen bei der Bewertung derartiger Beteiligungsmodelle ein. Es müsse letztlich auch berücksichtigt werden, dass damals (d.h. also um die Jahrtausendwende) den Ratingagenturen ein sehr großes und möglicherweise auch aus heutiger Sicht nicht gerechtfertigtes Vertrauen entgegengebracht wurde. Auch die Presse hatte seinerzeit über Falk-Fonds äußerst positiv berichtet.

Da das OLG Frankfurt bereits den Tatbestand einer objektiven Pflichtverletzung des Vermittlers verneint hat, brauchte es auf weitere Streitfragen wie Anrechnung von Steuervorteilen, Verjährung oder Mitverschulden der Anleger nicht weiter einzugehen (das Landgericht Frankfurt hatte in erster Instanz eine Pflichtverletzung bejaht, zugleich aber ein Mitverschulden von 50 % angenommen).

§ § §

Zum Schadenersatzanspruch wegen fehlerhafter Beratung bei Erwerb einer Filmfonds-Beteiligung und zur Frage, inwieweit Steuervorteile anzurechnen sind (OLG Schleswig, Urt. v. 25.02.2010, 5 U 79/09)

1. Ein Anlagevermittlungs- und Auskunftsvertrag verpflichtet den Vermittler zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind. Erfolgt der Vertrieb anhand eines Prospektes, so ist der Anlagevermittler im Rahmen der geschuldeten Plausibilitätsprüfung verpflichtet, den Prospekt jedenfalls daraufhin zu überprüfen, ob er ein in sich schlüssiges Gesamtbild über das Anlageobjekt gibt und ob die darin enthaltenen Informationen, soweit mit zumutbarem Aufwand überprüfbar, sachlich vollständig und richtig sind. Fehlende Sachkunde muss der Anlagevermittler dem Vertragspartner offenlegen.
2. Hinsichtlich der Kausalität eines Prospektfehlers für die Anlageentscheidung des Zedenten genügt nicht das bloße Bestreiten des Anlagevermittlers. Insoweit kommt dem Anleger eine auf die Lebenserfahrung gegründete tatsächliche Vermutung zugute, dass er sich bei einer

deutlichen Aufdeckung des Risikos eines Totalverlustes gegen eine Beteiligung entschieden hätte. Der Schädiger kann dem Geschädigten grundsätzlich nicht nach § 254 BGB entgegenhalten, er habe auf die Auskunft nicht vertrauen dürfen.

3. Bei einer fehlerhaften Beratung haftet der Anlagevermittler gem. § 249 Abs. 1 BGB auf Ersatz des negativen Interesses, d.h. er hat den Anleger so zu stellen, als ob er die Anlageentscheidung nicht getroffen hätte.
4. Eine Anrechnung von Steuervorteilen kommt ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Ersatzberechtigte - auch unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung - außergewöhnliche Steuervorteile erzielt hat. Einkommensteuerrechtlich handelt es sich bei einer Filmfondsgesellschaft um eine gewerblich tätige Publikumsgesellschaft und damit um eine Mitunternehmerschaft i.S.v. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG. In der Folge stehen sämtliche Zu- und Abflüsse, die der Anleger im Rahmen seiner Beteiligung erfährt, im steuerlichen Nexus der Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit. Damit stellen auch zufließende Schadensersatzleistungen steuerpflichtige Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit dar, so dass grundsätzlich erzielte Steuervorteile ausgeglichen werden. Wenn aber nach § 15 EStG auch die Schadensersatzleistung zu versteuern ist, ist über die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden (§ 287 Abs. 1 ZPO).

§ § §

Totalverlustrisiko einer Fondsbeteiligung darf nicht verharmlost werden (OLG Naumburg, Urt. v. 09.02.2010, 6 U 147/09; nrkr.; die Nichtzulassungsbeschwerde ist beim BGH unter Az: XI ZR 63/10 anhängig)

Im vom OLG Naumburg entschiedenen Fall ging es wiederum um den geltend gemachten Schadenersatzanspruch eines Anlegers, der einen Medienfonds im Jahr 2003 ohne Hinweis auf Rückvergütungen gezeichnet hatte. Das OLG Naumburg bejaht einen Pflichtenverstoß wegen nicht erfolgter anlegergerechter Beratung und nicht Hinweises auf zurückgeflossene Rückvergütungen. Die Leitsätze des Gerichts lauten:

1. Beschreibt ein Anleger seine Anlagementalität als „ertragsorientiert“, ist eine Beratung, die sich auf die Beteiligung an einem Filmfonds richtet, im Hinblick auf dessen spezifische Risiken nicht anlegergerecht.
2. Ist ein im Prospekt vorhandener Hinweis auf das Risiko eines Totalverlustes eingebettet in Ausführungen, die ersichtlich den Gesamteindruck vermitteln sollen, dass der Anleger mit

seiner Beteiligung nur ein äußerst begrenztes Risiko eingeht, stellt dies keine hinreichend klare, sondern eine im Hinblick auf die spezifischen Risiken eines Filmfonds irreführende und verharmlosende Information über das Risiko eines Totalverlusts dar.

3. Eine Bank, die den Kunden im Rahmen der Beratung nicht auf an sie zurückgeflossene Rückvergütung (sog. Kick-Backs) hinweist, kann sich nicht auf einen vermeidbaren Rechtsirrtum berufen, denn sie musste bereits vor den Entscheidungen des BGH vom 19.12.2006, XI ZR 56/05, BGH vom 20.01.2009, XI ZR 510/07 und BGH vom 12.05.2009, XI ZR 586/07 mit einer entsprechenden Aufklärungspflicht rechnen.

§ § §

Freistellungsanspruch „schlägt“ Schadenersatzanspruch oder: „Wer hat am Ende die Nase vorn?“ (OLG Stuttgart, Urt. v. 18.03.2010, 14 U 50/09 rkr.)

In unserem Newsletter 10/2009 berichteten wir vom Urteil des OLG Karlsruhe vom 06.08.2009 (4 U 9/08). Es handelte sich um eine von Hunderten von Klagen, die der Insolvenzverwalter der Falk-Fonds gegenüber Anlegern bundesweit führt und in denen nicht durch Gewinne gedeckte Ausschüttungen zurückgefordert werden. Das OLG Karlsruhe hatte zwar einen Freistellungsanspruch aus abgetretenem Recht der Treuhandkommanditistin bejaht, die Klage des Insolvenzverwalters aber dennoch abgewiesen, weil der Anleger mit einem Schadenersatzanspruch, den er gegenüber dem Treuhandkommanditisten habe, aufrechnen könne.

Das OLG Stuttgart hingegen verneinte im Urteil vom 18.03.2010 die Aufrechnungsmöglichkeit. Gegen den Zahlungsanspruch des Insolvenzverwalters, in den sich der an diesen abgetretene Freistellungsanspruch umwandelt, könne der jeweilige Treugeber nicht mit Schadenersatzansprüchen aufrechnen, die ihm gegenüber der Treuhandkommanditistin ggf. zustehen. Einer solchen Aufrechnung stünde das Prinzip zwingenden Schutzes entgegen, welchen das haftende Kapital nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 Satz 1 HGB genießt. Durch die Einschaltung eines Treuhandkommanditisten sollen die Treugeber rechtlich nicht besser gestellt werden, als wenn sie eine unmittelbare Kommanditistenstellung innehätten. Das OLG Stuttgart verneint eine Aufrechnungsmöglichkeit, weil anderenfalls eine unzulässige Rückgewähr der Einlage stattfinden würde und das Prinzip zwingenden Schutzes, den das haftende Kapital genießt, leerlaufen würde (so auch OLG Nürnberg, WM 2009, 942, 946 und OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.11.2008, I-6 U 8/08).

Die gegenteilige Auffassung des OLG Karlsruhe sei abzulehnen, da sie bei Publikums-Gesellschaften grundsätzlich die planmäßige Zwischenschaltung vermögensloser Treuhandkommanditisten ermöglichen würde, wodurch das Gebot der Kapitalerhaltung unterlaufen werden könnte.

Der Insolvenzverwalter hat gegen das Urteil des OLG Karlsruhe Revision eingelegt (BGH, Az: II ZR 216/09).

Demnächst wird also der BGH darüber zu befinden haben, wer am Ende „die Nase vorne“ haben wird, der Insolvenzverwalter oder der Anleger, und ob der Schadenersatzanspruch den Freistellungsanspruch „schlägt“ oder umgekehrt.

§ § §

Nebenkostenabrechnungen im Gewerberaummietrecht (BGH, Urt. v. 27.01.2010, XI ZR 22/07)

In dieser Entscheidung befasste sich der Bundesgerichtshof mit gleich mehreren Problempunkten im Zusammenhang mit Betriebskosten bei Gewerberaummietverhältnissen, im Gewerberaummietrecht geltenden Abrechnungsfristen und Anforderungen an Vertragsabsprachen betreffend die Änderung von Umlage- und Verteilungsschlüsseln.

Die Nebenkostenabrechnungen waren seit Vertragsbeginn im Jahr 1993 von wechselnden Hausverwaltungsgesellschaften erstellt worden. Sie enthielten für die Jahre 1993 bis 2001 keine Kosten für Allgemeinstrom, Heizungswartung, Schädlingsbekämpfung und Verwalter. Die Umlagefähigkeit auch dieser Nebenkosten war im Mietvertrag vereinbart. Im September 2004 gingen der Mieterin - das Mietverhältnis endete sieben Monate vorher - die Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2002, 2003 und anteilig für 2004 zu. Kosten für Allgemeinstrom, Wartung der Heizung, Schädlingsbekämpfung und Verwaltervergütung waren auf die Mieterin umgelegt. Diese berief sich auf eine Verfristung der Abrechnung betreffend das Jahr 2002, auf Verwirkung und darauf, dass durch die jahrelange Nichtabrechnung der genannten Einzelpositionen diese nicht mehr geschuldet seien.

Der BGH bejahte einen Anspruch des Vermieters. Die streitigen Nebenkostenpositionen waren mietvertraglich auf den Mieter umgelegt. Auch das Verwalterhonorar ist bei der Geschäftsraummiere umlagefähig. Die Abrechnungsfrist, innerhalb derer auch ein Gewerberaumvermieter Nebenkostenvorauszahlungen abzurechnen hat, ist keine Ausschlussfrist. Die Bestimmung des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der für die Wohnraummiere den Ausschluss von Betriebskostennachforderungen anordnet, die der Vermieter später als 12 Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraums verlangt, ist auf die Geschäftsraummiere nicht analog anwendbar. Voraussetzung für eine Analogie ist, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, so dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen. Im Gewerberaummietrecht fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.

Auch ist durch die jahrelange Nichtabrechnung bestimmter Nebenkostenpositionen keine Vertragsänderung bezüglich deren Umlagefähigkeit erfolgt. Allein aus einem Untätigbleiben kann nicht geschlussfolgert werden, dass der Vertragspartner endgültig auf Ansprüche für die Zukunft verzichten will. Schließlich wurde auch der Gesichtspunkt der Verwirkung verneint. Der Rechtsgedanke der Verwirkung ist auch im Miet- und Pachtrecht gültig. Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und sich der Verpflichtete darauf eingerichtet hat. Weitere Voraussetzung ist, dass sich der Verpflichtete nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch künftig nicht geltend machen werde. Dies ist jeweils eine Tatsachenfrage. Hier war sie vom Tatrichter verneint worden.

Die Entscheidung bringt bezüglich der bislang kontrovers diskutierten Frage, ob auch im Gewerberaummietrecht die Abrechnungsfrist eine Ausschlussfrist ist, Klarheit.

§ § §

Zu Notwendigkeiten wirksamer Einwendungen gegen Betriebskostenabrechnungen (BGH, Urt. v. 12.05.2010, VIII ZR 185/09)

Nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB muss ein Mieter eine Einwendung, die er gegenüber einer Betriebskostenabrechnung für ein bestimmtes Jahr erheben will, dem Vermieter innerhalb von 12 Monaten ab Zugang der Betriebskostenabrechnung mitteilen. Im vom BGH entschiedenen Fall hatte ein Mieter gegenüber den Betriebskostenabrechnungen zweier Vorjahre jeweils fristgerecht eingewandt, dass er die anteilige Erstattung der Grundsteuer nicht schulde, da diese nicht auf ihn umgelegt sei. Für das Streitjahr 2005 unterblieb eine Einwendung innerhalb der gesetzlichen Frist. Der Mieter machte geltend, eine erneute Beanstandung der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2005 hinsichtlich der anteilig umgelegten Grundsteuer sei deshalb entbehrlich, weil er gegenüber früheren Betriebskostenabrechnungen jeweils fristgerecht die Einwendung erhoben habe. Der BGH sah dies anders. Die Beanstandung einer früheren Betriebskostenabrechnung macht eine neue Beanstandung grundsätzlich dann nicht entbehrlich, wenn es sich der Sache nach um die gleiche Einwendung handelt. Ziel des Gesetzes ist es, durch Fristablauf Klarheit über die Ansprüche aus der Betriebskostenabrechnung für ein bestimmtes Jahr zu erlangen. Das angestrebte Ziel der Rechtssicherheit durch Fristablauf würde verfehlt, wenn aufgrund der Beanstandung einer früheren Abrechnung nicht mehr zu verlangen wäre, dass eine spätere Abrechnung fristgerecht erneut beanstandet wird.

§ § §

Verwendung von Mietspiegeln bei Mieterhöhungen (BGH, Urt. v. 16.06.2010, VIII ZR 99/09)

Ein Mieterhöhungsverlangen ist einem Mieter in Textform zu erklären und diesem gegenüber zu begründen. Zur Begründung kann insbesondere auf einen Mietspiegel, eine Auskunft aus einer Mietdatenbank oder ein begründetes Sachverständigengutachten Bezug genommen werden. Ferner können mindestens drei vergleichbare Wohnungen benannt werden, für die vergleichbare Mietentgelte zu zahlen sind.

Im vom BGH nunmehr entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob ein Vermieter sein Erhöhungsverlangen nur auf einen sog. qualifizierten Mietspiegel stützen kann und ob ein solcher für die eigene Stadt erstellt sein muss. Der eine Mieterhöhung fordernde Vermieter hatte das Erhöhungsverlangen auf einen einfachen Mietspiegel einer Nachbarstadt gestützt.

Der Vermieter hatte damit argumentiert, dass für „seine“ Stadt kein Mietspiegel erstellt worden ist und die Nachbarstadt im Hinblick auf das Mietniveau vergleichbar sei. Ein vom Amtsgericht eingeholtes Sachverständigengutachten hatte dies bestätigt.

Es wirkte sich auch nicht negativ aus, dass für die Nachbarstadt nur ein einfacher Mietspiegel erstellt worden war. Zwar komme einem einfachen Mietspiegel nicht die dem qualifizierten Mietspiegel vorbehaltene gesetzliche Vermutungswirkung dahingehend zu, dass die im Mietspiegel genannten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben. Der einfache Mietspiegel stelle aber dennoch ein Indiz für diese Annahme dar. Dies gelte auch dann, wenn der einfache Mietspiegel nicht von der Gemeinde, sondern gemeinsam von Interessenvertretern der Mieter und Vermieter erstellt worden ist.

Ob diese Indizwirkung im Einzelfall zum Nachweis der Ortsüblichkeit der verlangten Miete ausreicht, hängt davon ab, welche Einwendungen ein Mieter gegen den Erkenntniswert des Mietspiegels erhebt. Trägt er beispielsweise substantiiert vor, den Erstellern des Mietspiegels habe es an der erforderlichen Sachkunde gefehlt oder sie hätten sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen oder sich auf unzureichendes Datenmaterial gestützt, muss das Gericht einem solchen Einwand nachgehen. Bleiben anschließend Zweifel an der Verlässlichkeit des Mietspiegels, so ist dessen Indizwirkung erschüttert. In diesem Fall muss ein Vermieter einen (zusätzlichen) Beweis für seine Behauptung antreten, die von ihm verlangte Miete liege innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete. Im vom BGH entschiedenen Fall war dies nicht erforderlich. Die Revision des Mieters gegen die der Mieterhöhungsklage stattgebenden Entscheidungen des Amts- und Landgerichts wurde zurückgewiesen.

Wohnungsmieter kann Schönheitsreparaturen in Eigenleistung durchführen (BGH, Urt. v. 09.06.2010, VIII ZR 294/09)

Rechtsfragen zum Thema Schönheitsreparaturen scheinen kein Ende nehmen zu wollen, wobei gleichwohl ab und an die Frage erlaubt sein muss, wieso mancher Rechtsstreit durch den Instanzenzug „getrieben“ wird, obgleich mit dem Ergebnis gerechnet werden konnte. Das Urteil des VIII. Zivilsenates zu einer Formulklausel im Mietvertrag über Schönheitsreparaturen zählt zu diesen Fällen. Der Mietvertrag regelte, dass der Mieter verpflichtet ist, die Schönheitsreparaturen in der Wohnung ausführen zu lassen. Der BGH wertete diese Klausel als eine solche, die jedenfalls auch dahin verstanden werden kann, dass der Mieter unter Ausschluss der Möglichkeit einer Selbstvornahme die Arbeiten durch einen Fachhandwerker ausführen lassen muss. In dieser Auslegung hält die Formulklausel der Inhaltskontrolle nicht stand. Einem Mieter kann - auch formularvertraglich - die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen auferlegt werden. Sie müssen fachgerecht erbracht werden. Fachgerecht heißt eine Ausführung in mittlerer Art und Güte. Dies setzt nicht zwingend die Beauftragung einer Fachfirma voraus. Dem Mieter darf die Möglichkeit einer Vornahme der Schönheitsreparaturen in Eigenleistung - ggf. durch Hinzuziehung von Verwandten und Bekannten - nicht genommen werden.

§ § §

Zur Frage der Möglichkeit der Änderung einer Teilinklusive-Miete-Abrede bei preisgebundenem Wohnraum mittels abweichender Betriebskostenabrechnung (BGH, Urt. v. 14.04.2010, VIII ZR 120/09)

1. Sieht der Mietvertrag über eine preisgebundene Wohnung nur die Umlage einzelner Betriebskosten vor (Teilinklusive-Miete), kann der Vermieter durch einseitige Erklärung - für die Zukunft - die Umlage weiterer Betriebskosten im Sinne des § 27 Zweite Berechnungsverordnung erreichen, indem er dem Mieter diese nach Art und Höhe bekannt gibt; dies kann auch dadurch geschehen, dass er dem Mieter eine - formell ordnungsgemäße - Betriebskostenabrechnung erteilt, die derartige Betriebskosten umfasst.
2. Aus einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung kann ein Mieter ersehen, welche Betriebskosten der Vermieter nunmehr geltend macht und mit welchen Kosten er insoweit für die Zukunft rechnen muss.

§ § §

Anforderungen an eine konkludente Vereinbarung über die Wohnungsgröße (BGH, Urt. v. 23.06.2010, VIII ZR 256/09)

Der BGH hat schon vor geraumer Zeit entschieden, dass eine Wohnflächenunterschreitung um mehr als 10 % zu einer Mietminderung gem. § 536 BGB führt (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt das Urteil vom 10.03.2010, VIII ZR 144/09 sowie unseren Newsletter 04/2010). In seinem jüngsten Urteil hat das Gericht klargestellt, dass eine Mietminderung bei Wohnflächenunterschreitung auch dann in Betracht kommt, wenn der Mietvertrag keine Wohnfläche nennt, sich aber aus Umständen im Vorfeld der Unterzeichnung des Mietvertrages entnehmen lässt, dass die Vertragsparteien von einer bestimmten Wohnungsgröße ausgehen. Im entschiedenen Fall war die Wohnung von einer Immobilienmaklerin unter Benennung einer Wohnfläche von ca. 76 m² annonciert worden. Anlässlich der Wohnungsbesichtigung wurde der Mietinteressentin eine Grundrisskizze nebst detaillierter Wohnflächenberechnung übergeben, in der die Gesamtgröße der Wohnung mit 76,45 m² ausgewiesen wurde. Aus diesen beiden Umständen schlussfolgerte der BGH, dass sich die Parteien bei Abschluss des Vertrages bezüglich der Wohnfläche konkludent auf eine Wohnungsgröße von 76 m² geeinigt haben. Die Mieterin forderte die Rückzahlung überzahlter Miete, weil die Wohnung nach ihren Angaben lediglich eine Wohnfläche von knapp über 53 m² habe. Weil noch Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht zu treffen waren, wies der BGH die Sache an das Landgericht Mannheim zurück.

§ § §

Grundeigentumserwerb durch und Grundbucheintragung zugunsten einer GbR (OLG Saarbrücken, Beschl. v. 26.02.2010, 5 W 371/09-134)

Das OLG Saarbrücken hatte sich mit der Frage zu befassen, welche Voraussetzungen zu erfüllen sind und Nachweise zu erbringen sind, damit eine GbR als Eigentümerin eines erworbenen Grundstücks im Grundbuch eingetragen wird. Die GbR hatte in notarieller Urkunde den Grundbesitz erworben. Im Kaufvertrag waren die GbR und deren Gesellschafter benannt. Das Grundbuchamt forderte die Vorlage des Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO sowie eidesstattliche Versicherungen sämtlicher Gesellschafter, dass sich seit Vertragsschluss keine Änderungen des Gesellschafterbestandes ergeben hätten.

Die GbR wandte sich gegen die Zwischenverfügung und bekam Recht. Zur von der GbR beantragten Eigentumsumschreibung waren die geforderten Nachweise nicht erforderlich. Vielmehr ist es ausreichend, dass eine GbR als solche sowie deren Gesellschafter im notariell beurkundeten Erwerbsvertrag benannt sind, um als neue Eigentümerin im Grundbuch eingetragen zu werden. Es ist nicht erforderlich, dass die notarielle Kaufvertragsurkunde die Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrages enthält. Dies gilt jedenfalls dann, wenn keine konkrete Veranlassung besteht,

an der Richtigkeit der Erklärung, die in dem notariellen Kaufvertrag abgegeben wurde, zu zweifeln. Der notarielle Kaufvertrag ist eine öffentliche Urkunde und als Nachweis im Sinne des § 29 GBO genügend.

§ § §

Fertighausanbieter darf vom Bauherrn auch formularvertraglich eine Bürgschaft fordern (BGH, Ur. v. 27.05.2010, VII ZR 165/09)

Der BGH hatte sich mit einer Klausel in den AGB's eines Fertighausanbieters zu befassen. Den privaten Bauherren des Fertighausanbieters wurden verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines Kreditinstituts in Höhe der geschuldeten Gesamtvergütung vorzulegen, die sämtliche aus dem Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn abzusichern hat.

Ein Verbraucherschutzverein hatte auf Unterlassung der Verwendung dieser Klausel geklagt. Ohne Erfolg. Der BGH sah in der Klausel keine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn. Dieser werde zwar mit den Bürgschaftskosten in Form der Avalprovision belastet. Der Fertighausanbieter habe aber ein zumindest gleichwertiges Interesse auf Absicherung seiner Forderung. Dieses ergebe sich aus dessen Vorleistungspflicht in Verbindung mit der Tatsache, dass es keine gesetzlichen Regelungen gebe, die sein Sicherheitsbedürfnis ausreichend erfüllten. Außerdem falle die Kostenbelastung für den Bauherrn im Rahmen der üblichen Finanzierungskosten nicht entscheidend ins Gewicht, wohingegen die abzusichernden Risiken für den Fertighausanbieter nicht unwesentlich sind.

LITERATURSPIEGEL

Die Entwicklung des Handelsvertreter- und Vertragshändlerrechts seit 2005

Nicht nur der Produktabsatz selbst entwickelt sich äußerst dynamisch, sondern auch die für Absatzmittler geltenden Rahmenbedingungen, insbesondere gemeinschaftsrechtliche Entwicklungen und höchst richterliche Entscheidungen. **Kindler** und **Menges** geben in Heft 20/2010 der Zeitschrift **Der Betrieb** einen Überblick über die Entwicklung des Handelsvertreter- und Vertragshändlerrechtes seit dem Jahr 2005. Nachdem der EuGH mit Urteil vom 26.03.2009 eine nationale Regelung für richtlinienwidrig erklärt hat, wonach der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters von vorne herein durch seine Provisionsverluste infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses begrenzt würden, hat der deutsche Gesetzgeber umgehend § 89b Abs. 1 HGB neu gefasst. Seit 05.08.2009 müssen

lediglich zwei Voraussetzungen für das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs gegeben sein. Der Unternehmer muss durch neu geworbene Kunden oder durch Intensivierung von Altkunden-Kontakten auch nach Vertragsbeendigung erhebliche Vorteile ziehen (erste Voraussetzung) und die Zahlung eines Ausgleichs muss unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entsprechen (zweite Voraussetzung). Die Provisionsverluste des Handelsvertreters sind nicht mehr als selbstständiger Prüfungsschritt zu berücksichtigen, sondern spielen lediglich im Rahmen der Billigkeitsbetrachtung eine Rolle. Künftig kann ein Ausgleich ggf. höher sein als nach früherem Recht. Besprochen werden sodann Themen wie gerichtliche Zuständigkeit, Abgrenzung vom selbstständigen Handelsvertreter zum „arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter, mehrstufige Handelsvertreterverhältnisse, Provisionsansprüche, das Leistungsbestimmungsrecht zur Höhe der Provision, nachvertragliche Provisionsansprüche und der Wegfall des Provisionsanspruchs im Falle der Nichterfüllung des vermittelten Geschäfts“. Behandelt werden sodann Ansprüche auf Provisionsabrechnung, auf Erteilung eines Buchauszuges, Abwicklungsfragen bei Beendigung von Handelsvertreterverträgen, Entscheidungen über Voraussetzungen eines Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB und speziell für Versicherungsvertreter die Frage, zu welchen Anteilen eine als Folgeprovision bezeichnete Vergütung Verwaltungs- und Vermittlungsprovisionen betrifft. Verwaltungsprovisionen sind bekanntlich im Rahmen eines Ausgleichsanspruchs nicht zu berücksichtigen, so dass eine entsprechende Abgrenzung von erheblichem Gewicht sein kann.

* * *

Die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs

Nicht selten ist bei geschlossenen Fondsbeteiligungen konzeptgemäß ein Mittelverwendungskontrolleur vorgesehen. Dessen Aufgaben können unterschiedlich ausgestaltet sein. Je nach Vertragsgestaltung erschöpfen sie sich in einer rein formalen Prüfung, können aber auch eine weitreichende Überwachung des Zahlungsverkehrs durch den Mittelverwendungskontrolleur notwendig machen.

Soweit der Mittelverwendungskontrolleur nicht zugleich als Treuhandkommanditist agiert, tritt er regelmäßig in keinen unmittelbaren Kontakt mit den Anlegern. **Koch** geht in seinem Beitrag in Heft 23/2010 der Zeitschrift **WM** der Frage nach, wie weit die Verantwortlichkeit des Mittelverwendungskontrolleurs reicht und wie weit enttäuschte Anleger unmittelbar Ansprüche auch gegen den Mittelverwendungskontrolleur geltend machen können.

Koch unterzieht dabei insbesondere die Entscheidungen des BGH vom 19.11.2009 einer kritischen Analyse. Er kritisiert, dass der BGH der Frage, ob eine Schadenersatzhaftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB gegeben sein kann, gar nicht nachgeht. Der angreifbaren Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bedürfte es in diesem Falle nicht. Am Ende

seines Beitrages wendet sich Koch den Möglichkeiten zu, Haftungen durch entsprechende Klauseln beschränken zu können. In erster Linie sollte dies durch eine klare Eingrenzung der Aufgaben geschehen. Darüber hinaus sei es dem Mittelverwendungskontrolleur aber auch möglich, gegenüber den Anlegern eine Haftungsbeschränkung durchzusetzen. Diese muss hinreichend klar formuliert sein und den Anforderungen des § 309 Nr. 7b BGB genügen.

KURZ UND BÜNDIG

Steuergestaltungen 2010 - Renovierung nach Immobilienerwerb

Ob die Kosten für Baumaßnahmen als Herstellungskosten oder als Erhaltungsaufwand deklariert werden, bedeutet für den Vermieter von Immobilien große Unterschiede. In einem „Steuern spezial“ (Beilage zum steuertip Nr. 22/10) geht markt-intern auf die Unterschiede ein. Die Abgrenzung ist alles andere als einfach, insbesondere wenn Arbeiten im Anschluss an den Erwerb eines Gebäudes erfolgen. In diesen Fällen ist zusätzlich die Sonderregelung für sog. anschaffungsnahe Aufwendungen zu beachten. Eine 8-Punkte-Checkliste hilft bei Abgrenzungsfragen. Des Weiteren gelten nach wie vor die Grundsätze des BMF-Schreibens aus dem Jahr 2003 (Az: IVC3-S2211-94/03).

* * *

Schuldvorwurf gegen beratende Bank wegen Empfehlung eines Medienfonds im Jahr 2003 ohne Hinweis auf Rückvergütung

Hat ein Anlageberater am Vermittlungserfolg Eigeninteressen, besteht eine Pflicht zur Offenlegung des Interessenkonflikts. Noch nicht höchst richterlich geklärt ist die Behandlung von Altfällen aus der Zeit vor Veröffentlichung der BGH-Urteile vom 19.12.2006 und 20.01.2009. Das OLG Stuttgart verneint im Urteil vom 06.10.2009 (6 U 126/09) einen unvermeidbaren Verbotsirrtum. In seiner Besprechung des Urteils in Heft 11/2010 der Zeitschrift EWiR folgt Reiner der Argumentationskette des OLG Stuttgart und rechnet damit, dass auch der BGH früher oder später die Divergenzen zwischen verschiedenen OLG's zur Frage der Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums im Sinne des OLG Stuttgart auflösen wird. Es bestehe kein Anlass für eine zeitliche Differenzierung. In dem Maße, wie der Berater den (unzutreffenden) Eindruck der Unvoreingenommenheit selbst erzeugt, werde er ihn auch selbst ausräumen müssen. Reiner fordert ferner, dass auf eine begrenzte Auswahl der Anlagen bei der Provisionsberatung hingewiesen werden muss.

* * *

Gesellschaftsrechtliche Grenzen des Verbraucherschutzes: Die Anwendung der Haustürgeschäfte-Richtlinie und der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf den Beitritt zu einer Publikums-Personengesellschaft

In ihrem Aufsatz in Heft 16/2010 der Zeitschrift **NZG** besprechen **Kindler** und **Libbertz** das Urteil des EuGH zur Frage der Rückabwicklung des Beitritts zu einer Publikums-Personengesellschaft (EuGH, Urt. v. 15.04.2010, C-215/08 „E. Friz GmbH“; vgl. zu diesem Urteil auch unseren Newsletter 05/2010). Kindler/Libbertz beleuchten vor allem die innerstaatlichen Rechtsfolgen des Widerrufs, die aus der Gesamtschau mehrerer Urteile abzuleiten sind. Herangezogen werden insoweit auch die EuGH-Urteile in Sachen „Heininger“, „Schulte“ und „Crailsheimer Volksbank“. Die Autoren halten das jüngste Urteil jedenfalls im Hinblick auf dessen Begründung für nicht überzeugend und sehen einen Wertungswiderspruch im Verhältnis zur Arglistanfechtung. Wäre ein Anleger arglistig getäuscht worden, hätte er seine Beitrittserklärung nach mehr als elf Jahren nicht mehr anfechten können. Die Bindung des arglistig getäuschten nach Ablauf einer derart langen Zeit erscheint aus Gründen des Rechtsfriedens hinnehmbar. Deshalb sei es unverständlich, dass ein Verbraucher nach § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB zeitlich unbegrenzt seine Beitrittserklärung widerrufen könne.

Kindler und Libbertz sehen eine Auflösung des Widerspruchs, wenn durch die kommende Verbraucherrechte-Richtlinie das Widerrufsrecht zeitlich begrenzt wird, wie dies nach Art. 13 des Richtlinienentwurfs geplant ist.

* * *

III. BGH-Zivilsenat schränkt Anwendbarkeit der Kick-Back-Rechtsprechung ein

Geist bespricht in Heft 22/2010 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** das Kick-Back-Urteil des III. Zivilsenates vom 15.04.2010 (III ZR 196/09). Der III. Zivilsenat hielt einen freien Finanzdienstleister nicht für verpflichtet, den Anleger über die Höhe der ihm zufließenden Vertriebsprovision aufzuklären, da sich deren Höhe aus dem Prospekt ergab. Geist befürwortet diese Grundsätze und plädiert dafür, diese auch auf die Anlageberatung durch den Bankenvertrieb zu übertragen, denn auch ein Bankkunde könne nicht davon ausgehen, dass die Bank als ein am Wirtschaftsleben teilnehmendes Institut ihre Beratungsleistungen kostenlos erbringe. Die bisherigen konträren Entscheidungen brächten jedenfalls noch keine Rechtssicherheit.

* * *

Aktuelle Rechtsprechung zu den Auswirkungen der Erweiterung der Hauptschuld auf die Bürgschaftsschuld

§ 767 BGB definiert den Umfang der Bürgschaftsschuld und bestimmt deren dauernde Akzessorietät zur Hauptverbindlichkeit. **Wittmann** beschreibt in seinem Beitrag in Heft 9/2010 der Zeitschrift **MDR**, welche verschiedenen Fallgruppen die Rechtsprechung entwickelt hat, bei denen eine Erweiterung oder inhaltliche Veränderung der Hauptschuld zugleich Auswirkungen auf die Bürgschaftsschuld haben. Zugleich werden die Grenzen einer möglichen Veränderung der Bürgschaftsschuld aufgezeigt. Beispielsweise kann ein Anerkenntnis des Schuldners im Rahmen eines Prozessvergleichs die gesicherte Forderung gegenüber dem Bürgen nicht ändern. Ebenso wenig muss sich ein Bürge ein erfüllungshalber gegebenes abstraktes Schuldversprechen nachträglich gegen sich gelten lassen. Auch nachteilige Folgen einer Stundung braucht der Bürge nicht hinzunehmen.

* * *

Die steuerliche Behandlung von ausländischen Vermietungsverlusten

Wer als Steuerpflichtiger in Deutschland seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist in Deutschland steuerpflichtig. Dies gilt grundsätzlich auch für Einkünfte aus der Vermietung von Auslandsimmobilien. In einem Steuern Spezial (Beilage zum **steuertip 19/2010**) gibt **Iser** einen Überblick über deutsche und europäische Rechtsprechung, die die steuerliche Behandlung von ausländischen Vermietungsverlusten teils unterschiedlich würdigt. Durch das Jahressteuergesetz 2009 wandelte der Gesetzgeber die maßgebliche Norm des Einkommensteuergesetzes dergestalt ab, dass nur noch Vermietungsverluste aus Drittstaaten (außerhalb der EU bzw. dem EWR) nicht berücksichtigt werden.

ENTSCHEIDUNG DES MONATS

Treuhandkommanditist muss über ihm bekannte Sondervorteile zugunsten eines Vertriebsunternehmens, die im Prospekt nicht hinreichend dargestellt sind, aufklären (BGH, Urt. v. 22.04.2010, III ZR 318/08)

Wer als Treuhandkommanditist treuhänderisch die Rechte der mittelbar beteiligten Anleger zu wahren hat und ebenfalls deren Pflichten gegenüber der Beteiligungsgesellschaft zu erfüllen hat, ist regelmäßig nicht selbst prospektverantwortlich. Dennoch bestehen auch für den Treuhandkommanditisten selbstverständlich Obhuts-, Sorgfalts- und auch Aufklärungspflichten. Im vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Frage, inwieweit eine Treuhandkommanditistin eines

Filmfonds Anleger über die ihr bekannte wesentliche Einbindung eines großen Vertriebsunternehmens bei der Einwerbung von Anlegergeldern zu unterrichten hat, dessen Hauptgesellschafter zugleich Mehrheitsgesellschafter der Komplementärin der Beteiligungsgesellschaft war.

Die Treuhandkommanditistin wurde im Prospekt als Gründungsgesellschafterin bezeichnet. Sie hatte allerdings ihre Stellung als Kommanditistin durch Abtretung des Geschäftsanteils eines anderen Gründungsgesellschafters erworben. Dieser andere Gründungsgesellschafter war Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin der Fondsgesellschaft. Zugunsten der Komplementärin waren als Vergütung für pauschale Werbungskosten 8 % des Gesamtaufwandes vorgesehen. Die Komplementärin leitete diese Vergütung an den Hauptvertriebspartner weiter. Dieser vereinnahmte sie zusätzlich zu prospektgemäß vorgesehenen 12 % (7 % für die Eigenkapitalvermittlung „von innen“ und 5 % Agio „von außen“). Das Hauptvertriebsunternehmen erhielt also insgesamt eine Vergütung von 20 %.

Die Treuhandkommanditistin wusste dies aufgrund eigener Berechnungen im Rahmen der Mittelfreigabe. Sie kannte auch die Verflechtungen zwischen dem Hauptvertriebsunternehmen und der Komplementärin. Der BGH verwies insoweit darauf, dass auf die Verflechtung in einer Publikation des „Direkter Anlegerschutz“ hingewiesen worden sei und der Treuhandkommanditistin diese Publikation unwidersprochen bekannt war.

Jedenfalls bei einer solchen Sachverhaltskonstellation wie der soeben geschilderten hätte die Treuhandkommanditistin ihre Treugeber über die ihr bekannten Umstände gesondert aufklären müssen. Für den Vertrieb einer Kapitalanlage macht es einen wesentlichen Unterschied, ob hierfür „nur“ 12 % des Eigenkapitals aufgebracht werden müssen oder 20 %. Der Prospekthinweis, dass der Komplementärin Sondervorteile gewährt werden - die dies dann an das Hauptvertriebsunternehmen weitergeleitet hatte - war nicht genügend.

Zugunsten des Anlegers greift auch bei dieser Konstellation wiederum die Kausalitätsvermutung. Sie sichert das Recht des Anlegers, in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob er in ein bestimmtes Projekt investieren will oder nicht. Es obliegt insoweit dem Aufklärungspflichtigen, die Vermutung zu widerlegen und darzulegen, dass der einzelne Anleger den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte, sich also auch dann an der Gesellschaft beteiligt hätte, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre.

Interessant und von großer praktischer Bedeutung sind sodann die weiteren Ausführungen des BGH zur Frage der Begründetheit des Antrags, dass die Treuhandkommanditistin dem Anleger den Steuerschaden zu ersetzen hätte, der diesem durch eine etwaige nachträgliche Aberkennung von Verlustzuweisungen entstehe.

Der BGH sieht in diesem Antrag das Begehren auf Feststellung, über die notwendige Versteuerung der Ersatzleistung hinaus nicht auch noch die Verlustzuweisung zu verlieren. Dabei gilt folgendes:

Die begehrte Rückabwicklung führe zwar nicht zu einem Schadenersatzanspruch auf Ersatz der Steuervorteile, denn es gehe insoweit darum, so gestellt zu werden, als hätte sich der Anleger nicht beteiligt. Insoweit besteht kein Erfüllungsanspruch auf den Eintritt von Folgen, die sich aus der Beteiligung selbst ergeben. Bei einer Aberkennung von Verlustzuweisungen und einer damit einhergehenden steuerlichen Nachforderung kommt aber wegen der hierauf zu entrichtenden Zinsen ein Schadenersatzanspruch in Betracht, auf den die Vorteile aus der über Jahre währenden Anerkennung von Verlustzuweisungen anzurechnen wären.

Weil noch Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht zu treffen waren, verwies der BGH die Angelegenheit an das OLG München als Berufungsgericht zurück.

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: www.rechtsanwaelte-klumpe.de/html/ct_impresum.php

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