



Der Markt für Kapitalanlagen - Von Wahl- und sonstigen Verspreche(r)n

Newsletter 10/2009

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

der Souverän hat entschieden und einen neuen Bundestag gewählt. In den letzten Wochen wurden die Führungsriege der Parteien nicht müde, für die Vorzüge ihrer jeweils beabsichtigten Politik zu werben und auf die Grundsätze in den Parteiprogrammen zu verweisen. Früher hörte man noch öfter den alten Kalauer von der Verlobung, die ein Versprechen sei und versprechen könne man sich oft. Wir wollen hoffen, dass sich die Damen und Herren Politiker noch lange Zeit an ihre Wahlversprechen erinnern und „die Richtlinien der Politik“ danach ausrichten. Ob die Talsohle der Wirtschaftskrise bereits tatsächlich durchschritten ist, wie jüngst der US-Finanzminister jedenfalls für sein unmittelbares Umfeld kundtat, muss hierzulande bezweifelt werden. Sowohl die Arbeitsmarktdaten als auch die Absatzzahlen von Finanz- und Versicherungsprodukten sprechen aktuell noch eine andere Sprache. Besonders gebeutelt sind die Anbieter geschlossener Fonds, wobei mancher inzwischen das derzeitige schwierigere Umfeld durchaus als neue Chance begreift. Getreu dem Motto, dass das Bessere dem Guten weichen muss, sind heutige Konzeptionen mit dem Stand vor 10 oder 20 Jahren kaum noch vergleichbar.

In unserer heutigen Newsletterausgabe stellen wir Ihnen wieder brandaktuelle Entscheidungen zu (Provisions-) Aufklärungspflichten unter anderem bei der Vermittlung geschlossener Fonds vor. Selbst wenn man der Entscheidung des OLG Dresden folgt, welches einen Rechtsirrtum des Anlageberaters anerkannte, weil er die Kick-Back-Entscheidung vom Dezember 2006 im Jahr 2001 nicht kennen musste, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass jedenfalls heute andere Maßstäbe anzulegen sind und die inzwischen fünf Kick-Back-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs als bekannt gelten müssen.

Für den Finanzvertrieb nicht minder wichtig ist die Antwort auf die Frage, ob das Telefon-Marketing inzwischen gegenüber Verbrauchern „tot“ ist oder welche Handlungsalternativen heute bestehen.

Bei uns erhalten Sie übrigens keine Wahlversprechen, sondern fundierte rechtliche Beratung und Unterstützung in allen Fragen des Kapitalanlagerechts. Sie wissen ja: wir sind gerne für Sie da!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Unsere Themen in der Übersicht

Rechtsprechungsspiegel

- Zur Aufklärungspflicht bei einer Kapitalanlage aus religiösen Gründen
- Zur Aufklärungspflicht des Immobilienverkäufers und in die Vermittlung eingeschalteten Beraters
- Aufklärungspflichten über Innenprovisionen bei der Vermittlung geschlossener Fonds - OLG Dresden bejaht Rechtsirrtum des Anlageberaters und verneint ein schuldhaftes Handeln
- Anforderungen an die Nachweistätigkeit eines Maklers zur Begründung seines Provisionsanspruchs
- Die rechtzeitige Einreichung eines Güteantrags hemmt die Verjährung eines Schadenersatzanspruches wegen fehlerhafter Anlageberatung
- Erfordernis der übersichtlichen Darstellung von sog. „Weichkosten“ im Prospekt eines geschlossenen Immobilienfonds
- Abrechnungsausschlussfrist für Nebenkosten auch bei Gewerberäumen
- Schönheitsreparaturen und kein Ende: BGH erklärt erneut eine Farbwahlklausel für unwirksam
- Gesamtschuldnerhaftung der Wohnungseigentümer für Abfallentsorgung/Straßenreinigung
- Rückbauverpflichtung des gewerblichen Mieters ist wirksam
- Zur Frage des Umfangs der von einem Versicherungsmakler im Jahr 2002 geschuldeten Beratung beim Wechsel des Privatkrankenversicherers
- Ernsthafte Zweifel des BFH an der Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbotes für Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer
- Zur Frage der Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 11 UStG für Umsätze eines Untervermittlers

Gesetzgebungsspiegel

- Befristete Änderung des Überschuldungsbegriffs in der Insolvenzordnung soll um drei Jahre verlängert werden
- Rückständige Wohngelder und beabsichtigte Zwangsversteigerung: Wohnungseigentümergeinschaft hat Anspruch auf Mitteilung des Verkehrswertes
- Bundesrat stimmt Erbrechtsreform zu

Literaturspiegel

- Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch
- Spezialfonds mit dem Anlagenschwerpunkt Immobilien in Deutschland und Luxemburg - Ein investimentrechtlicher und versicherungsaufsichtsrechtlicher Vergleich
- Ist das Telefonmarketing gegenüber Verbrauchern tot?

Kurz und bündig

- Verwahrlosungsprobleme oder: Vom „Messie“ und anderem Unwesen
- Rückabwicklung von Grundstückskaufverträgen
- BGH: Bank trägt Darlegungs- und Beweislast für fehlenden Vorsatz bei verschwiegenen Rückvergütungen
- Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) - Überblick und Handlungsbedarf
- Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung: Gesetzliche Neuregelung lässt viele Fragen offen
- Die Krux mit leerstehenden Vermietungsimmobilen - Praxishinweise für den Werbungskostenabzug
- Direktmarketing nach der Novelle des Bundesdatenschutzgesetzes: Grenzen erkennen, Spielräume optimal nutzen
- Haftung für die nichterfolgte Offenlegung von Kick-Back-Zahlungen
- Unterbrechung der Versorgungsleistungen durch den Vermieter - Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 06.05.2009 (XII ZR 137/07)
- Aufgepasst: Gewerbliche Infizierung bei Photovoltaikanlagen

Entscheidung des Monats

- Schadenersatzanspruch des Anlegers gegenüber Treuhandkommanditisten „schlägt“ dessen Freistellungsanspruch

In eigener Sache

Herr Rechtsanwalt Werner Klumpe ist Referent

- auf der Veranstaltung von FORUM „Vertriebsrecht 2009“ am 26./27.11.2009 in Frankfurt/Main. Er wird zum Thema „Rechtliche Grundlagen und aktuelle Entwicklungen beim Vertrieb von geschlossenen Fonds und Immobilieninvestitionen des sog. grauen/freien Kapitalmarktes“ referieren.

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Zur Aufklärungspflicht bei einer Kapitalanlage aus religiösen Gründen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.2009, I-17 U 181/07)

Das OLG Düsseldorf hatte sich mit einem sicherlich nicht alltäglichen Sachverhalt zu befassen. Ein Anleger hatte in einer Moschee in Duisburg an einen Bevollmächtigten einer in der Türkei ansässigen Aktiengesellschaft 40.500,00 DM in bar übergeben. Im Gegenzug erhielt er dafür Inhaberaktien. Diese konnten nur mit Zustimmungsbeschluss des Vorstandes veräußert werden. Die AG war wiederum an 24 anderen Gesellschaften beteiligt. Neben dem (bestrittenen) Vorwurf der Falschberatung und des Betreiben eines Schneeballsystems ging es auch um die Frage, ob es sich bei der Aktiengesellschaft nicht tatsächlich um eine Investmentgesellschaft handele, für die nach dem damals geltenden Auslandsinvestmentgesetz besondere Vorschriften zu beachten gewesen wären.

Das OLG Düsseldorf stellte fest, dass es zur Bejahung einer Anlage zur Risikostreuung gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 AuslInvMG a.F. ausreichte, wenn nicht das Vermögen der Gesellschaft selbst, sondern ein Vermögen, an dem die Gesellschaft beteiligt war, nach dem Grundsatz der Risikomischung in Wertpapieren, verbrieften Forderungen aus Gelddarlehen, Einlagen oder Grundstücken angelegt war. Eine Anlage nach dem Grundsatz der Risikomischung könne angenommen werden, wenn in eine Vielzahl

der genannten Vermögensgegenstände investiert werde und dies nach der objektiven Gestaltung gerade zum Zweck der Kapitalwertsicherung geschah.

Die Tatsache allein, dass die verschiedenen Vermögensgegenstände unterschiedliche Risiken trugen, reiche aber nicht aus. Vielmehr müsse der Geschäftszweck eines Unternehmens gerade auf die Anlage von Geldvermögen und nicht auf andere Zwecke gerichtet sein. Ein Verstoß gegen Vorschriften des Auslandsinvestmentgesetzes lag deshalb nicht vor.

Um einen Schadenersatzanspruch aus § 831 BGB bejahen zu können, war der Vortrag des Anlegers nicht ausreichend und schlüssig. Erforderlich sei, um eine unerlaubte Handlung gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und/oder gem. § 826 BGB bejahen zu können, dass die handelnde Person gewusst oder zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass ihre Angaben unrichtig bzw. unzureichend waren oder ihre Erklärungen leichtfertig und in Verfolgung eigener Interessen in dem Bewusstsein einer möglichen Schädigung des Anlegers abgegeben hätte. Eine Vermutung für vorsätzliches Handeln könne auch bei professionellen Anlagenwerbern nicht aufgestellt werden. § 282 BGB a.F. ist auf die Haftung wegen unerlaubter Handlung nicht analog anwendbar.

Des Weiteren verneinte das Gericht die Verletzung einer Aufklärungspflicht, die

deshalb begründet gewesen sei, dass die vom Anleger erworbenen Inhaberaktien nicht börsennotiert waren und nur eingeschränkt handelbar waren. Er habe nicht die Geschäftsräume einer Bank oder eines Finanzdienstleistungsunternehmens aufgesucht und auch keine als Börsenmakler auftretende Person beauftragt, sondern einer Person in einer Moschee einen Barbetrag übergeben, den er glaubenskonform anlegen wollte. Er hatte sich also gerade kein an der Börse gehandeltes Produkt vorgestellt, denn ein solches eröffnet die Möglichkeit der Erzielung von Spekulationsgewinnen, was wiederum mit den religiösen Grundsätzen nicht zu vereinbaren war.

Weiß und will ein Anleger aber, dass die von ihm erworbenen Anteile nicht an einer Börse veräußert werden können, muss er auch nicht ungefragt darüber aufgeklärt werden, welche wirtschaftlichen Konsequenzen dies hat.

Schließlich stellte das Gericht noch fest, dass es bei einer Beteiligung, wie sie vom klagenden Anleger gewünscht war, keinen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, dass den Organen der Gesellschaft bewusst sei, dass die Einwerbung erheblicher Kapitalmittel nur möglich sei, weil die Anleger durch die Vermittler über die näheren Bedingungen ihrer Beteiligung im Unklaren gelassen werden. Genauso gut denkbar, dass religiös orientierte Anleger, die die türkische Wirtschaft unterstützen wollen, sich bewusst für eine Investition in ein ihnen bekanntes türkisches Unternehmen entscheiden, auch wenn sie wissen, dass künftige Renditen nicht garantiert werden und sie sich von ihrer Beteiligung nur

trennen können, wenn sich außerhalb der Börse ein Übernehmer findet.

§ § §

Zur Aufklärungspflicht des Immobilienverkäufers und in die Vermittlung eingeschalteten Beraters (BGH, Beschl. v. 25.06.2009, III ZR 243/08)

In einem einer Nichtzulassungsbeschwerde zugrunde liegenden Fall ging es um die Frage, ob ein Verkäufer einer Eigentumswohnung, der auch die Beratung des Kaufinteressenten übernommen hat, über die Notwendigkeit einer seriös kalkulierten Instandhaltungsrücklage aufzuklären hat. Unter Berufung auf schon früher ergangene Entscheidungen des 5. Zivilsenates (u.a. Urteil v. 14.01.2005, V ZR 260/03) führt der BGH aus, dass die Ermittlung des Eigenaufwands das Kernstück der Beratung eines Kaufinteressenten einer Immobilie bildet. Sie sollten Käufer von der Möglichkeit überzeugen, das Objekt mit seinen Mitteln erwerben und halten zu können. Dementsprechend ist es Sache des beratenden Verkäufers - für den Anlageberater kann nichts anderes gelten -, auch das Kostenrisiko beim Sondereigentum zu berücksichtigen. Die Aufnahme einer seriös kalkulierten Instandhaltungsrücklage zählt dazu. Dies gilt nicht etwa nur, wenn sich der Erwerber einem Mietpool anschließt. Der Anschluss an einen Mietpool ist nur ein Anwendungsfall, in dem die Aufklärungspflicht besteht. Wer diese Aufklärung schuldet und ihr nicht nachkommt, macht sich schadenersatzpflichtig.

§ § §

Aufklärungspflichten über Innenprovisionen bei der Vermittlung geschlossener Fonds - OLG Dresden bejaht Rechtsirrtum des Anlageberaters und verneint ein schuldhaftes Handeln (OLG Dresden, Urt. v. 24.07.2009, 8 U 1240/08; Revision ist zugelassen)

In diesem vom OLG Dresden entschiedenen Fall ging es um eine Beteiligung am Medienfonds CFB 140, der auch Gegenstand der Entscheidung des BGH vom 20.01.2009 war (Kick-Back-Urteil III). Da die Zeichnung schon im Jahr 2001 erfolgt war, verneinte das Gericht ein Verschulden, da vor Bekanntwerden des zweiten Kick-Back-Urteils vom 19.12.2006 eine Pflicht zur Aufklärung von Rückvergütungen und den Erhalt von Innenprovisionen beim Vertrieb geschlossener Fonds ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht angenommen wurde und sich die in Anspruch genommene Bank deshalb in einem Rechtsirrtum befand. Die Entscheidung des BGH vom 19.12.2000 (erstes Kick-Back-Urteil) ändere an diesem Umstand nichts, weil diese Entscheidung einen besonders gelagerten Fall betraf, in dem die depotführende Bank mit einem Vermögensverwalter eine Vereinbarung über die Zahlung von Rückvergütungen geschlossen und so für diesen den Anreiz geschaffen hatte, bei der Auswahl von Art und Umfang der für den Kunden abzuwickelnden Geschäfte nicht nur dessen Belange, sondern auch eigene Provisionsinteressen zu berücksichtigen. Die Pflichtenstellung eines Vermögensverwalters sei mit der eines Anlageberaters demzufolge nicht vergleichbar, denn von einem Vermögensverwalter, der im Regelfall vom Kunden besonders vergütet wird

und die jeweiligen Anlageentscheidungen ohne Hinzuziehung des Kunden selbstständig trifft, dürfte mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ohne weiteres ein Tätigwerden ausschließlich im Kundeninteresse erwartet werden.

Weiterhin konnte - so das Gericht - eine Bank im Jahr 2001 davon ausgehen, dass keine Offenbarungspflicht bestand, weil ein Kunde, der selbst kein Entgelt für die ihm erteilte Beratung entrichtet, ohne weiteres damit rechnen müsse, dass der von ihm in Anspruch genommene Berater nicht unentgeltlich tätig werde, sondern anderweitig eine Vergütung erhalte. Hier sei es das Naheliegendste, von einer Vergütung durch den Anbieter der empfohlenen Anlage auszugehen.

Da seit der Entscheidung vom 19.12.2006 in Schrifttum und Rechtsprechung umstritten ist, ob ein etwaiger Rechtsirrtum über das Bestehen einer Aufklärungspflicht als unverschuldet anzusehen ist und die Frage höchstrichterlich bislang nicht geklärt ist, wurde die Revision zugelassen. Im Umkehrschluss kann jedenfalls für Beratungen, die heutzutage stattfinden, geschlussfolgert werden, dass entsprechende Aufklärungspflichten bestehen.

Das OLG Dresden hatte im Hinweisbeschluss vom 29.12.2008 noch die Ansicht vertreten, in einem Fall wie dem vorliegenden sei keine Aufklärungspflicht gegeben. Im Sinne und Interesse der Rechtssicherheit schloss sich das OLG dann aber der inzwischen veröffentlichten gegenteiligen Ansicht des BGH an. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass es dann auch keinen Unterschied mehr

macht, ob die für den Vertrieb des Fondsanteils bezogene Vergütung als Innenprovision oder als Rückvergütung zu qualifizieren ist. Maßgebliches Kriterium ist allein die Frage, ob der dem Anlageinteressenten als unabhängig gegenüber tretende Berater auch von eigenen Provisionsinteressen geleitet werden könnte und der Kunde dies nicht erkennen kann.

§ § §

Anforderungen an die Nachweistätigkeit eines Maklers zur Begründung seines Provisionsanspruchs (BGH, Ur. v. 04.06.2009, III ZR 82/08)

Die mit Immobiliengeschäften befassten Parteien stritten um das Gerechtfertigtsein eines Maklerprovisionsanspruchs. Der Makler sollte als Alleinbeauftragter vier Eigentumswohnungen mit PKW-Stellplätzen vermitteln oder einen Käufer nachweisen. Hierfür war eine Verkäuferprovision in Höhe von 3,48 % des Kaufpreises vereinbart. Der Alleinauftrag wurde gekündigt. Danach kam es zu weiteren Gesprächen zwischen Makler und Verkäufer. Deren Inhalt ist streitig. Der Makler behauptet, er habe die Wohnungen weiterhin anbieten dürfen und er sollte im Erfolgsfall auch die vereinbarte Provision erhalten. Zweieinhalb Monate nach Beendigung des Alleinauftrages schloss der Verkäufer mit einem Käufer einen notariellen Kaufvertrag über eine Wohnung. Der Makler führte aus, dass sich der Käufer aufgrund eines von ihm geschalteten Zeitungsinsertes gemeldet habe, er mit dem Käufer verschiedene Telefonate geführt habe und den Verkäufer

mehrfach hierüber unterrichtet habe. Der BGH verneinte eine Vermittlungstätigkeit, hielt aber eine Nachweistätigkeit für möglich. Im Hinblick auf die Frage, ob ein Makler eine provisionsauslösende Tätigkeit erbracht hat, stellte er folgendes fest:

„Eine Vermittlungsleistung des Maklers liegt nur dann vor, wenn er auf den potenziellen Vertragspartner mit dem Ziel des Vertragsabschlusses einwirkt. Vermittlungstätigkeit ist dabei die bewusste finale Herbeiführung der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners des zukünftigen Hauptvertrags. Der Vermittlungsmakler soll seine Provision durch Verhandeln mit beiden Seiten und durch Einwirken auf den potenziellen Vertragsgegner des Auftraggebers, das die Abschlussbereitschaft herbeiführt, verdienen. Die Übersendung eines Exposé dient grundsätzlich nur der Information im Vorfeld von Verhandlungen und hat noch keinen unmittelbaren Einfluss auf die Willensentscheidung eines potenziellen Käufers.

Ein „Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages“ ist hingegen erbracht, wenn aufgrund einer Mitteilung des Maklers an seinen Kunden und Auftraggeber dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen mit einem potenziellen Vertragspartner über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten. Unverzichtbare, aber auch ausreichende Voraussetzung für einen Nachweis ist deshalb, dass der Makler dem Kunden einen Interessenten benennt und damit auf eine konkrete Vertragsgelegenheit hinweist.

Dabei reicht es bei dieser Konstellation grundsätzlich aus, wenn der mögliche Käufer generell am Erwerb einer Immobilie interessiert ist, die dem angebotenen Objekt ähnlich ist. Für einen Nachweis ist es gerade nicht erforderlich, dass dem Auftraggeber des Maklers eine Person benannt wird, die bereits zum Kauf der jeweiligen Immobilie fest entschlossen ist. Eine andere Beurteilung hätte zur Folge, dass ein vom Verkäufer beauftragter Makler kaum in der Lage wäre, einen tauglichen Nachweis zu liefern. Denn im Unterschied zur umgekehrten Konstellation - Nachweis einer verkaufsbereiten Person gegenüber einem Kaufinteressenten - ist der Kaufinteressent, der einem Grundstücks- oder Wohnungseigentümer namhaft gemacht wird, typischerweise noch „auf der Suche“ und deshalb im Hinblick auf ein konkretes Objekt regelmäßig noch unentschlossen.“

§ § §

Die rechtzeitige Einreichung eines Güteantrags hemmt die Verjährung eines Schadenersatzanspruches wegen fehlerhafter Anlageberatung (BGH, Urt. v. 22.09.2009, XI ZR 230/08)

In diesem vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit der Beteiligung an einem Immobilienfonds. In Anspruch genommen wurde die vermittelnde Bank. Gegen diese beantragten die Kläger am 31.12.2004 bei der öffentlichen Rechtsauskunft- und Vergleichsstelle der

Freien und Hansestadt Hamburg die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens. Der Antrag wurde der Bank erst 13 Monate später bekannt gegeben. Nach Einstellung des Schlichtungsverfahrens haben die Kläger Klage erhoben. Die Vorinstanzen hatte die Klage wegen Verjährung abgewiesen.

Der XI. Zivilsenat hob das Berufungsurteil auf. Durch die Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrages sei die Verjährung rechtzeitig gehemmt worden. Auch wenn die Bekanntgabe des Antrags gegenüber der Bank erst über 13 Monate später veranlasst worden ist, sei dies noch als „demnächst“ im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 4 2. Hs. BGB anzusehen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Bekanntgabe „demnächst“ veranlasst worden ist, kann auf die Grundsätze der gleichgelagerten Fragestellung im Rahmen der Zustellung nach § 167 ZPO zurückgegriffen werden. Es kommt nicht auf eine rein zeitliche Betrachtungsweise an. Soweit Verzögerungen durch die Arbeitsweise des Gerichts oder wie hier des Geschäftsbetriebes der Gütestelle bedingt sind, könne dies den Parteien nicht zum Nachteil gereichen. Diese Verzögerungen können von ihnen nicht beeinflusst werden. Da über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadenersatzanspruches vom BGH nicht abschließend geurteilt werden konnte, wurde das Urteil aufgehoben und die Sache zur Aufklärung der erforderlichen Feststellungen zurückverwiesen.

§ § §

Erfordernis der übersichtlichen Darstellung von sog. „Weichkosten“ im Prospekt eines geschlossenen Immobilienfonds (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 13.05.2009, 23 U 64/07)

Leitsatz des Gerichts:

Ein Prospekt, der für den Kauf von Anteilen eines geschlossenen Immobilienfonds wirbt, muss eine klare und übersichtliche Darstellung der sog. „weichen Kosten“ enthalten. Beschränkt sich der Prospekt darauf, die Kosten in Gruppen darzustellen und enthält er in mehreren Gruppen sowohl nicht näher ausgewiesene und bezifferte Vermittlungs- als auch Garantiekosten, ist er zumindest dann, wenn die Gesamtkosten hoch sind und sich auf verschiedene Bauprojekte verteilen, intransparent und damit unzureichend.

§ § §

Abrechnungsausschlussfrist für Nebenkosten auch bei Gewerberäumen (LG Darmstadt, Urt. v. 12.12.2008, 6 S 182/08)

Vor dem Landgericht Darmstadt stritten Vermieter und Mieter eines Gewerberaummietverhältnisses um die Nachzahlung von Betriebskosten, die dem Mieter erst nach Ablauf eines Jahres zuging. Auch wenn § 578 Abs. 2 BGB nicht ausdrücklich auf § 556 Abs. 3 BGB verweist (Ausschlussfrist für Betriebskostenabrechnungen im Wohnraummietrecht), bejaht das Landgericht Darmstadt die Ausschlussfrist für die Abrechnung von Betriebskosten auch bei einem Gewerberaummietverhältnis. Der

Gewerberaummieter sei nicht weniger schutzwürdig als der Wohnraummietter. Auch wenn eine Grundsatzentscheidung des BGH aussteht - die zugelassene Revision ist nicht eingelegt worden - ist Vermietern von Gewerberäumen zu raten, vor Ablauf der Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 BGB die Betriebskosten abzurechnen.

§ § §

Schönheitsreparaturen und kein Ende: BGH erklärt erneut eine Farbwahlklausel für unwirksam (BGH, Urt. v. 23.09.2009, VIII ZR 344/08)

An Klauseln in Formularmietverträgen, die einen Mieter zur Durchführung der laufenden Schönheitsreparaturen oder zu einer Renovierung bei Auszug verpflichten, stellt der BGH seit vielen Jahren strenge Anforderungen. Jetzt hatte er erneut über eine Klausel zu befinden, in der es hieß, dass die Schönheitsreparaturen insbesondere den Anstrich und das Lackieren der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen sowie sämtliche Holzteile, Versorgungsleitungen und Heizkörper umfassen. Dann folgt die Formulierung, dass zu den Schönheitsreparaturen auch „das Weißen der Decken und Oberwände sowie der wischfeste Anstrich bzw. das Tapezieren der Wände“ gehören.

Nach Beendigung des Mietverhältnisses forderte der Vermieter Schadenersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen. Der BGH hat die Klage abgewiesen und die maßgebliche Klausel für unwirksam erklärt.

Deshalb bestehe ein Schadenersatzanspruch wegen unterlassener Schönheitsreparaturen nicht. Das Gericht hat seine Rechtsprechung fortgeführt, nach der eine Klausel, welche den Mieter verpflichtet, die Schönheitsreparaturen in „neutralen, hellen, deckenden Farben und Tapeten auszuführen“, wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam ist, soweit diese Klausel nicht auf den Zustand der Wohnung im Zeitpunkt der Rückgabe beschränkt ist. Wenn eine solche Farbwahlklausel nicht nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe beschränkt sei, benachteilige sie den Mieter regelmäßig deshalb unangemessen, weil ein Mieter dann auch während des Mietverhältnisses zu einer Wandgestaltung in einer ihm vorgegebenen Farbwahl verpflichtet sei und dadurch in der Gestaltung seines persönlichen Lebensbereiches eingeschränkt sei. Hierfür bestehe kein anerkanntes Interesse des Vermieters. Im konkreten Fall wurde auch noch darüber diskutiert, ob der Begriff „Weißen“ nicht lediglich ein Synonym für Streichen sei. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Landgericht Berlin) führt der BGH aus, dass die Klausel jedenfalls auch so verstanden werden kann, dass ein Anstrich in weißer Farbe zu erfolgen habe. Lasse eine Klausel auch diese Auslegung zu, so ist sie gem. § 305c Abs. 2 BGB in dieser dem Mieter günstigsten, weil zur Unwirksamkeit der Klausel führenden Auslegung zugrunde zu legen.

§ § §

Gesamtschuldnerhaftung der Wohnungseigentümer für Abfallentsorgung/ Straßenreinigung (BGH, Urt. v. 18.06.2009, VII ZR 196/08)

Eine Anstalt des Öffentlichen Rechtes, die die Abfallentsorgung und Straßenreinigung betreibt, verlangte von einem Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft und als Gesamtschuldner mit den anderen Wohnungseigentümern Entgelte für Straßenreinigung und Abfallentsorgung. In der maßgeblichen Satzung heißt es, dass mehrere Personen gesamtschuldnerisch haften, wenn sie für ein Grundstück entgeltpflichtig sind. Der BGH stellte klar, dass die §§ 10 Abs. 6 und Abs. 8 WEG einer durch Landesgesetz angeordneten gesamtschuldnerischen persönlichen Haftung der Wohnungseigentümer nicht entgegenstehen, wenn diese in ihrer Eigenschaft als Miteigentümer des Grundstücks für die Entgelte für Abfallentsorgung und Straßenreinigung in Anspruch genommen werden. Sind persönliche Verbindlichkeiten durch Gesetz begründet worden, greift die quotale Haftung gem. § 10 Abs. 8 WEG nicht, denn diese Vorschrift knüpft an die Verbindlichkeiten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer an, die während der Zugehörigkeit eines Wohnungseigentümers zur Gemeinschaft entstanden oder während dieses Zeitraums fällig geworden sind. Ist im Landesrecht eine Gesamtschuld der Wohnungseigentümer in ihrer Eigenschaft als Miteigentümer des Grundstücks gesetzlich vorgesehen, greift die Haftungsbegrenzung daher nicht.

§ § §

Rückbauverpflichtung des gewerblichen Mieters ist wirksam (OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.04.2009, I-24 U 56/08)

Vermieter und gewerblicher Mieter stritten darüber, ob der Vermieter vom Mieter Schadenersatz fordern konnte, weil er im Mietgegenstand Einbauten zurückgelassen hat und diese nicht beseitigt hat.

Das OLG Düsseldorf stellt klar, dass die im Mietvertrag enthaltene Klausel „Ein- und Ausbauten sind zu entfernen, wenn durch sie eine weitere Vermietung erschwert sein sollte“ rechtlich unbedenklich ist. Sie regle nichts, was nicht jeder Mieter kraft Gesetzes gem. § 546 Abs. 1 BGB schuldet. Ein Mieter hat nach Beendigung des Mietvertrages seine Sachen zu entfernen.

Die Mietvertragsklausel begünstige den Mieter im Vergleich zur gesetzlichen Regelung insofern, als ein Rückbau nicht unbedingt zu erfolgen hat, sondern nur dann, wenn der Nachfolgemietler dieses wünscht.

Die Rückbaupflicht ist grundsätzlich erst mit Ablauf des Beendigungszeitpunktes des Mietverhältnisses fällig. Grundsätzlich kann auch erst dann der Verzugsfall eintreten und eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt werden. Einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedarf es allerdings dann nicht, wenn der Mieter schon im Vorfeld nachhaltig und ernsthaft auf ein Rückbauverlangen des Vermieters ablehnend reagiert hat. Dann ist keine Frist zur Herstellung des Rückbaus in Natur mehr zu

setzen, sondern kann sogleich Schadenersatz in Geld gefordert werden.

§ § §

Zur Frage des Umfangs der von einem Versicherungsmakler im Jahr 2002 geschuldeten Beratung beim Wechsel des Privatkrankenversicherers (BGH, Beschl. v. 27.05.2009, III ZR 231/08)

Der Versicherungsmakler, der sich einem privat krankenversicherten Kunden gegenüber verpflichtet hatte, die Zweckmäßigkeit seines Versicherungsschutzes und die Prämiengestaltung zu überprüfen, war im Jahr 2002 noch nicht gehalten, bei seiner Prüfung eine etwaige künftige Rechtsänderung zu berücksichtigen, durch die Altersrückstellungen beim Wechsel des Krankenversicherungsunternehmens übertragbar wurden.

Im Rahmen auch einer umfassenden Betreuungs- und Beratungspflicht muss ein Versicherungsmakler nur diejenigen Gesichtspunkte in die Abwägung einbeziehen, die zum Zeitpunkt der Beratung bekannt waren oder mit denen zumindest gerechnet werden konnte. Auf nicht vorhersehbare Änderungen der Rechtslage kann eine Beratung schon rein faktisch keine Rücksicht nehmen. Im Jahr 2002 entsprach es ganz überwiegender Auffassung, dass die Übertragbarkeit der Altersrückstellung sowohl rechtlich als auch praktisch ausgeschlossen sei.

§ § §

Ernsthafte Zweifel des BFH an der Verfassungsmäßigkeit des Abzugsverbotes für Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer (BFH, Beschl. v. 25.08.2009, VI B 69/09)

In diesem vom Bundesfinanzhof entschiedenen Fall ging es zwar „nur“ um einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung. Dennoch dürften die Hinweise richtungsweisend sein, denn der BFH hat in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Niedersächsisches Finanzgericht) ausgeführt, dass ernstliche Zweifel bestehen, ob das ab Veranlagungszeitraum 2007 geltende Abzugsverbot betreffend Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer verfassungsgemäß ist. Seither sind solche Aufwendungen nur dann abzugsfähig, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung bildet.

Das Finanzgericht hatte dem Antrag auf AdV stattgegeben und die Beschwerde zum BFH zugelassen. In der Beschwerde trug das Finanzamt vor, selbst bei Vorliegen ernstlicher Zweifel käme eine Aussetzung der Vollziehung nicht in Betracht, weil dann das öffentliche Interesse an einer geordneten Haushaltsführung höher zu bewerten wäre als das Interesse der Steuerpflichtigen an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.

Der BFH folgte der Begründung des Finanzgerichts. Richtig sei zwar, dass in einem Fall wie dem vorliegenden eine Interessenabwägung zwischen der einer AdV entgegenstehenden konkreten Gefährdung der öffentlichen Haushaltsführung und den für eine

AdV sprechenden individuellen Interessen des Steuerpflichtigen geboten sei. Im Streitfall sei das Finanzgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Größenordnung des vorläufigen Steuerausfalls der mit der Neuregelung verbundenen Steuermehreinnahmen nicht geeignet ist, das öffentliche Interesse als vorrangig zu beurteilen. Letztlich werden durch die Gewährung der AdV Risiken für die öffentliche Hauswirtschaft, die mit der Verplanung bzw. Verausgabung möglicherweise verfassungswidriger Steuern verbunden sind, geradezu vermieden. Die Beschwerde des Finanzamtes wurde deshalb zurückgewiesen.

§ § §

Zur Frage der Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 11 UStG für Umsätze eines Untervermittlers (BFH, Urt. v. 28.05.2009, V R 7/08)

Im Streitfall hatte ein Versicherungsvermittler als Untervermittler einem Versicherungsmakler gegen Unterprovision Kunden benannt, die anschließend Versicherungen abgeschlossen haben. Streitig war die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 11 Umsatzsteuergesetz 1999 (UStG). Die vom Versicherungsmakler erhaltenen Unterprovisionen beließ der Untervermittler steuerfrei. Die Finanzverwaltung vertrat die Auffassung, der Untervermittler habe steuerpflichtige Umsätze erbracht. Der Untervermittler habe lediglich einen Ausschnitt aus der im Gesetz beschriebenen Tätigkeit erbracht. Zur Bestimmung der wesentlichen Aspekte einer Versicherungsvermittlungstätigkeit sei die Richtlinie 77/92/EWG heranzuziehen. Für die

Annahme einer Versicherungsvermittlungstätigkeit gehörten die Herstellung einer Verbindung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer, die Vorbereitung des Abschlusses der Versicherungsverträge und ggf. die Mitwirkung bei der Verwaltung und Erfüllung von Versicherungsverträgen. Diese Tätigkeiten eines Versicherungsvertreeters seien abzugrenzen zur Tätigkeit eines Gelegenheitsvermittlers, der für Rechnung eines Versicherungsvertreeters handele und mit der Durchführung von einführenden Arbeiten, der Vorlage der Versicherungsverträge oder der Einziehung von Prämien beauftragt sei ohne dass er dadurch Verpflichtungen gegenüber der Öffentlichkeit übernehme. Der BFH bejahte die Steuerfreiheit. Diese setze voraus, dass die Leistungen des Unternehmers die spezifischen und wesentlichen Funktionen einer Versicherungsvermittlung erfüllen. Diese seien die am Abschluss der Versicherung interessierten Personen zusammenzuführen. Dies sei auch dann der Fall, wenn ein Unternehmer einem Versicherungsmakler am Abschluss eines Versicherungsvertrages potenziell interessierte Personen nachweist und hierfür eine sog. Zuführungsprovision erhält. Nach dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität sind Wirtschaftsteilnehmer befugt, ein solches Organisationsmodell zu wählen, dass ihren wirtschaftlichen Bedürfnissen am ehesten entspricht, ohne Gefahr zu laufen, eine Steuerbefreiung zu verlieren. Dazu gehört auch die Befugnis, die Dienstleistungen eines Versicherungsvertreeters in verschiedene Dienstleistungen aufzuteilen. Für die erforderliche Verbindung zwischen dem Versicherungsvermittler und den

Vertragsparteien genügt nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, der sich der BFH angeschlossen hat, dass der Versicherungsvertreter zu dem Versicherungsunternehmen eine mittelbare Verbindung über einen anderen Steuerpflichtigen unterhält, der selbst in unmittelbarer Verbindung zu einer dieser Parteien steht.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

Befristete Änderung des Überschuldungsbegriffs in der Insolvenzordnung soll um drei Jahre verlängert werden

Die Bundesregierung wird einen Gesetzentwurf zur erneuten Änderung des Insolvenzrechts einbringen. Der Vorschlag sieht vor, eine ursprünglich bis 31.12.2010 befristete Änderung des Überschuldungsbegriffs in der Insolvenzordnung um drei Jahre zu verlängern. Damit führt auch nach dem 01.01.2011 eine bilanzielle Überschuldung nicht zur Insolvenz, wenn eine positive Fortführungsprognose besteht. Ein Unternehmen muss trotz rechnerischer Überschuldung auch dann keinen Insolvenzantrag stellen, wenn es mittelfristig seine laufenden Zahlungen voraussichtlich leisten kann. Es kommt darauf an, ob die sog. Fortführungsprognose positiv ausfällt und damit die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens über den gesamten Prognosezeitraum gewährleistet ist.

* * *

**Rückständige Wohngelder und
beabsichtigte Zwangsversteigerung:
Wohnungseigentümergeinschaft hat
Anspruch auf Mitteilung des
Verkehrswertes**

Um wegen rückständiger Hausgeldforderungen die Zwangsversteigerung betreiben zu können, hat der Gesetzgeber die Mindesthöhe des Verzugsbetrages gem. § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG auf einen Betrag festgelegt, der 3 v.H. des Einheitswertes des Wohnungseigentums überschreiten muss, wobei sich der Wohnungseigentümer auch länger als drei Monate in Verzug befinden muss. Damit die Zwangsversteigerung betrieben werden kann, muss die Wohnungseigentümergeinschaft Kenntnis vom Einheitswert haben. Die Finanzämter beriefen sich nicht selten auf das Steuergeheimnis gem. § 30 Abs. 4 AO. Durch Art. 8 und 9 des Gesetzes zur Reform des Kontopfändungsschutzes vom 07.07.2009 (BGBl. I S. 1707, 1711) hat der Gesetzgeber § 10 Abs. 3 Satz 1 ZVG und § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG ergänzt. Die Bestimmung des § 30 AO über das Steuergeheimnis steht einer Bekanntgabe des Einheitswertes an die Wohnungseigentümergeinschaft nicht entgegen. Die neuen Bestimmungen sind am 08.07.2009 in Kraft getreten.

* * *

Bundesrat stimmt Erbrechtsreform zu

Der Bundesrat hat am 18.09.2009 der Erbrechtsreform zugestimmt. Damit kann die Neuregelung am 01.01.2010 in Kraft treten. Die wichtigsten Punkte der Reform betreffend

die Modernisierung der Pflichtteilsentziehungsgründe, eine maßvolle Erweiterung der Stundungsgründe, eine gleitende Ausschlussfrist für den Pflichtteilsergänzungsanspruch und eine bessere Honorierung von Pflegeleistungen beim Erbausgleich.

Ein wesentliches Anliegen der Reform ist die Stärkung der Testierfreiheit des Erblassers. Schenkungen des Erblassers werden zwar weiterhin für einen Zeitraum von 10 Jahren nach erfolgter Schenkung beim Pflichtteilsergänzungsanspruch berücksichtigt, allerdings graduell abnehmend. Bisher bleiben Schenkungen unberücksichtigt, wenn seit der Schenkung 10 Jahre verstrichen sind. Nunmehr verringert sich der Anspruch auf Ergänzung Jahr für Jahr um 1/10 des Schenkungsbetrages.

Auch außerhalb des Pflichtteilsrechts wird das Erbrecht vereinfacht und modernisiert. Pflegeleistungen, die einer der Erben erbringt, werden künftig bei der Erbauseinandersetzung berücksichtigt. Bislang gibt es erbrechtliche Ausgleichsansprüche nur für einen Abkömmling, der unter Verzicht auf eigenes berufliches Einkommen den Erblasser über längere Zeit gepflegt hat. Künftig soll der Anspruch unabhängig davon sein, ob für die Pflegeleistungen auf ein eigenes berufliches Einkommen verzichtet wurde. Des Weiteren wird die Verjährung familien- und erbrechtlicher Ansprüche an die Regelverjährung von drei Jahren angepasst. Nur in wenigen Ausnahmefällen bleibt die lange Verjährung von 30 Jahren erhalten.

LITERATURSPIEGEL

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch

Der BGH hat Ende 2008 in einer Grundsatzentscheidung die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) anerkannt. Am 18.06.2009 hat der Bundestag das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren beschlossen. Das Gesetz bekennt sich zur Eintragung der GbR als solcher im Grundbuch. **Steffek** stellt in seinem Beitrag in Heft 31/2009 der **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)** das Grundbuchverfahren und den Erwerb von Immobiliarsachenrechten unter Beteiligung einer GbR auf der Grundlage des neuen rechtlichen Rahmens vor. Schwerpunkte bilden der Eintragungsinhalt (Eintragung der Gesellschafter, Bezeichnung der Gesellschafter, ergänzende Eintragung von Gesellschaftsname und Sitz, Innengesellschaft bzw. nicht rechtsfähige GbR), Nachweise im Grundbuchverfahren (insbesondere durch öffentlich beglaubigte Urkunden), dem gutgläubigen Erwerb von Liegenschaftsrechten, dem Vertrauen in die Vertretungsmacht der Gesellschafter und Gestaltungsmöglichkeiten in der grundbuchlichen Praxis.

Ändern sich nach Eintragung der GbR im Grundbuch Umstände mit Relevanz für den Grundbuchinhalt, ist zukünftig zu unterscheiden: Ist eine GbR als Eigentümerin

im Grundbuch eingetragen, erstreckt § 82 Satz 3 GBO den Grundbuchberichtigungszwang auf den Fall, dass die Eintragung eines Gesellschafters gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO unrichtig geworden ist. Die Norm erfasst Änderungen im Gesellschafterbestand außerhalb des Grundbuchs. Hier greift der Voreintragungsgrundsatz gem. § 39 GBO.

Ändern sich demgegenüber Umstände, welche nicht den Wechsel eines eingetragenen Gesellschafters betreffen, hat das Grundbuchamt die Angaben im Grundbuch von Amts wegen richtig zu stellen. Dies gilt beispielsweise bei Änderung des Namens eines Gesellschafters etwa durch Heirat oder die Änderung des angegebenen Namens bzw. Sitzes der Gesellschaft. Der Antrag eines Beteiligten hat in diesen Fällen nur die Qualität einer Anregung. Es gilt der Freibeweis. §§ 22, 29 GBO finden keine Anwendung. Die Innengesellschaft bzw. nicht rechtsfähige GbR wird auf hergebrachte Weise gem. § 47 Abs. 1 2. Alt. GBO im Grundbuch bezeichnet.

* * *

Spezialfonds mit dem Anlageschwerpunkt Immobilien in Deutschland und Luxemburg - Ein investmentrechtlicher und versicherungsaufsichtsrechtlicher Vergleich

Sowohl in Luxemburg als auch in Deutschland wurden in kurzem zeitlichem Abstand die rechtlichen Grundlagen im Bereich der Spezialfonds novelliert. In der Gesetzesbegründung des im Dezember 2007 in Kraft getretenen

Investmentänderungsgesetzes heißt es, dass es Ziel des Gesetzes sei, mit einem modernen und leistungsfähigen Regulierungs- und Aufsichtsrahmen die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Fondsbranche zu steigern, die Innovationstätigkeit zu fördern und der Abwanderung von Fondsvermögen an andere Standorten entgegenzuwirken. In einem Fortsetzungsaufsatz beleuchtet **Thömmes** zwei Konkurrenzprodukte aus Deutschland und Luxemburg. Im ersten Teil in Heft 15/2009 der Zeitschrift **ZfIR** geht es um die investmentrechtlichen Vorgaben (Anlegerkreis, Rechtsform und Kapitalisierung, erwerbbarer Vermögensgegenstände, Finanzierung, Anteilsrücknahme, Aufsicht und Erlaubnispflicht, Veröffentlichungs- und Berichtspflichten). In Teil 2, abgedruckt in Heft 16/2009 der Zeitschrift **ZfIR** werden die versicherungsaufsichtsrechtlichen Zugangsvoraussetzungen für Investitionen in den deutschen Immobilien-Spezialfonds sowie den Immobilien-SIF untersucht. Der luxemburgische Immobilien-SIF erweise sich nach wie vor in allen wesentlichen Punkten als flexibler. Es sei deshalb nicht verwunderlich, dass die Finanzierungsquoten in Deutschland hinter denen des Immobilien-SIF zurückblieben. Lediglich die Anforderungen an die Kapitalausstattung sind bei einem deutschen Immobilien-Spezialfonds weniger streng im Vergleich zum Immobilien-SIF.

* * *

Ist das Telefonmarketing gegenüber Verbrauchern tot?

Seit 04.08.2009 ist Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern nur noch zulässig, wenn diese zuvor ausdrücklich in den Telefonanruf eingewilligt haben. Auch die Rufnummer darf nicht mehr unterdrückt werden. Bei Nichtbeachtung drohen dem anrufenden Unternehmen Geldbußen, die von der Bundesnetzagentur verhängt werden. **Von Wallenberg** zeigt in ihrem Beitrag in Heft 34/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater**, wie Unternehmen ihr Telefonmarketing zukünftig gestalten können, um den gesetzlichen Anforderungen, aber auch der gesteigerten Sensibilität der Verbraucher gegenüber Werbeanrufen Rechnung zu tragen. Selbst wenn Kundendaten aus dem Altbestand vorhanden sind, aber keine ausdrückliche Einwilligung vorliegt, die den Anforderungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG n.F. genügt, ist jeder Anruf zu Werbezwecken unzulässig. Höchst richterlich noch nicht geklärt ist, inwieweit telefonische Umfragen eines Meinungsforschungsinstituts unlauter im Sinne der UWG-Norm sind, wenn die angerufenen in den Telefonanruf nicht ausdrücklich eingewilligt haben. Verschiedene OLG's (Köln, München, Stuttgart) halten es für ausreichend, dass mit der Umfrage mittelbar der Absatz eines Produktes gefördert werden soll. Solche Anrufe wären gleichsam unzulässig, auch wenn beispielsweise ein erster Anruf ausschließlich zu Zwecken der Marktforschung genutzt wird, dabei aber die Einwilligung des Verbrauchers für einen zweiten Anruf, der dann Werbezwecken dienen soll, eingeholt wird. Die von Adresshändlern angebotenen

Telefonnummern von Verbrauchern sind zukünftig nur noch verwendbar, wenn eine ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers für den vom Unternehmer getätigten Anruf, der Werbezwecken dienen soll, vorliegt. Generaleinwilligungen für Telefonanrufe von allen Unternehmen für jedes Produkt bzw. jede Dienstleistung gibt es nicht. Unternehmen, die Adressen kaufen, ist zu empfehlen, mit den Adressverkäufern schriftlich eine Haftungsfreistellung für die dem werbenden Unternehmen entstehenden Schäden zu treffen.

erstrecken, auch ein einzelner Wohnungseigentümer oder die Wohnungseigentümergeinschaft einschreiten. Zivilrechtlich sind zwar Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche gegeben, wobei aber Voraussetzung eines Schadenersatzanspruchs ein Verschulden ist. An einem solchen kann es mangeln, wenn die Verwahrlosung krankheitsbedingt ist. Allein die öffentlich-rechtliche Inanspruchnahme eines Zustandsstörers durch eine zuständige Behörde begründet einen Rückgriffsanspruch nicht und ersetzt auch nicht das nach § 280 Abs. 2 BGB erforderliche Verschulden.

* * *

KURZ UND BÜNDIG

Verwahrlosungsprobleme oder: Vom „Messie“ und anderem Unwesen

Selbst Fernsehkanäle haben sich in verschiedenen „Soap“-Sendungen des Problems angenommen: Wohnungsnutzer verwahrlosen oder verfallen einem Müllsammelwahn. Das Phänomen „Messie“ tritt sowohl bei Eigentümern als auch bei Mietern auf. Die soziale Herkunft spielt ebenfalls keine Rolle. **Drasdo** beschreibt in Heft 16/2009 der Zeitschrift **NJW-Spezial** die daraus resultierenden rechtlichen Probleme. Die Situation ist ebenso privat- wie öffentlich-rechtlich zu beurteilen. Liegt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor, kann die Behörde gegen den Verursacher als Handlungsstörer, aber auch gegen den Eigentümer als Zustandsstörer einschreiten. Bei Wohnungseigentum kann bei Störungen, die sich auf das Gemeinschaftseigentum

Rückabwicklung von Grundstückskaufverträgen

Die Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages strahlt oft über das Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer auf zahlreiche weitere Beteiligte aus (z.B. Notar, Finanzamt, Makler, finanzierende Bank, Mieter und Versicherer und viele andere mehr). **Bomhard** und **Voßwinkel** beleuchten in ihrem Beitrag in Heft 15/2009 der **Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR)** die Fragestellungen, die sich aus der Rückabwicklung von Grundstückskaufverträgen ergeben können. Oftmals sind die Rechtsfolgen einer Rückabwicklung gar nicht oder nicht ausreichend geregelt. Im Falle des Rücktritts wandelt sich das Schuldverhältnis in ein Rückabwicklungs-Schuldverhältnis um. Die gegenseitig erlangten Leistungen und Nutzungen sind zurückzugewähren. Zweck der

Vertragsgestaltung muss es sein, zum Schutz des Verkäufers eine Löschung dinglicher Belastungen des Grundbesitzes sicherzustellen (Vormerkung, Grundschulden) und zum Schutz des Käufers von diesem erbrachte Leistungen (Kaufpreis, Anzahlungen, Planungsleistungen) Zug um Zug gegen Aufgabe seiner Grundbuchpositionen vergütet zu erhalten. Hat eine der Parteien den Kaufvertrag aufgrund Vermittlung eines Maklers abgeschlossen, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen der Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag auf den Anspruch des Maklers auf Vergütung hat. Sofern im Maklervertrag nichts anderes vereinbart worden ist, bleibt der Lohnanspruch des Maklers grundsätzlich auch erhalten, wenn der abgeschlossene Vertrag durch Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes entfällt. Anders beurteilt die Rechtsprechung Fälle der Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts. Hier kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.

* * *

BGH: Bank trägt Darlegungs- und Beweislast für fehlenden Vorsatz bei verschwiegenen Rückvergütungen

Edelmann setzt sich in einem Kurzkomentar in Heft 33/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** kritisch mit dem BGH-Urteil vom 12.05.2009 (XI ZR 586/07, vgl. unseren Newsletter 06/2009) auseinander. Er hält die Beweislastverteilung, die der BGH postuliert, für verfehlt. Der BGH hatte dem Berufungsgericht, an welches das Verfahren zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen

wurde, mit auf den Weg gegeben, dass die Vermutung aufklärungspflichtigen Verhaltens grundsätzlich auch bei fehlender Aufklärung über Rückvergütungen gelte. Die Bank müsse deshalb beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte. Die nahezu einhellige Meinung in Literatur und bisheriger Rechtsprechung stünden auf dem Standpunkt, die Grundsätze über die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens greifen dann nicht ein, wenn die gezahlte Provision der Höhe nach branchenüblich war und einen gewissen Schwellenwert nicht überschritt. Für die Praxis zieht Edelmann dann aber das Fazit, dass sich diese darauf einstellen müsse, dass die Rückvergütungsproblematik auf sämtliche vermittelten oder verkauften Kapitalanlageprodukte übertragen wird. Dies gelte unabhängig davon, ob eine Anlageberatung oder Anlagevermittlung vorliegt sowie unabhängig davon, ob es sich um ein Festpreisgeschäft zwischen zwei Parteien handelt oder um ein sonst wie gestaltetes Geschäft. Dementsprechend müssen dann bei all diesen Geschäften, will man den sichersten Weg wählen, Rückvergütungen, Gewinnmargen und/oder ähnliche Entgeltzahlungen offengelegt werden, bei denen der Verdacht besteht, dass sie beim Berater oder Vermittler zu Interessenkonflikten führen können.

* * *

Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) - Überblick und Handlungsbedarf

Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung betrifft in erster Linie verschiedene Aspekte der Vorstandsvergütung und richtet sich an den Aufsichtsrat. **Bosse** gibt in seinem Beitrag in Heft 32/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** einen Überblick über die wesentlichen Änderungen und zeigt den Handlungsbedarf für die Praxis auf. Im Ergebnis wird die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern verschärft. Leider fehlt es aber auch künftig an klaren gesetzlichen Vorgaben. Entscheidungen des Aufsichtsrates müssen noch stärker dokumentiert und sollten nach Ansicht des Autors auch durch externe Beratung begleitet werden. Bosse rechnet damit, dass sich bei größeren Gesellschaften die Einholung eines Gutachtens als Standard etablieren wird, bevor wesentliche Vergütungsentscheidungen getroffen werden. Dies verlangsamt die Abläufe und erhöht die Kosten.

Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung: Gesetzliche Neuregelung lässt viele Fragen offen

Auch **Olbrich** und **Kassing** befassen sich in Heft 32/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** mit dem neuen Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung. In ihrem Beitrag geht es um die neu geschaffene Pflicht, einen Selbstbehalt in D&O-Versicherungen zu vereinbaren. Ihr Beitrag beleuchtet diese

Vorschrift, die sich sinngemäß auch in Ziffer 3.8 des Neuentwurfs des Corporate Governance-Codex vom 18.06.2009 findet. Für die Vorstandsmitglieder stellt sich künftig die Frage, ob sie ihren Selbstbehalt durch eine gesonderte Police versichern können. Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung stehen dem nicht entgegen. Einzelne Versicherer entwickeln bereits entsprechende Produkte.

Die Krux mit leerstehenden Vermietungsimmobilien - Praxishinweise für den Werbungskostenabzug

Wer Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt, kann die dabei entstehenden Werbungskosten steuermindernd berücksichtigen. Voraussetzung ist aber, dass der Steuerpflichtige eine Einkunftserzielungsabsicht nachweisen kann. Die Beweislast hierfür liegt bei ihm. Problematisch kann die Berechtigung zum Werbungskostenabzug werden, wenn zur Vermietung bestimmte Immobilien über einen längeren Zeitraum leer stehen. **Iser** gibt in einem *Steuern spezial* (Beilage Nr. 18/09 der Zeitschrift **immobilien intern**) Praxishinweise. Die Beweisführung im Hinblick darauf, dass es der Steuerpflichtige mit der Vermietungsabsicht ernst meint, erfolgt in der Regel durch Indizien (Abschluss eines Maklervertrages, Beauftragung der Wohnungsverwaltung mit der Mietersuche, Schaltung von Zeitungsinseraten, Einstellung des Wohnungsangebotes im Internet usw.).

Iser geht auch auf den Spezialfall des Leerstandes wegen Renovierungsabsichten ein.

* * *

Direktmarketing nach der Novelle des Bundesdatenschutzgesetzes: Grenzen erkennen, Spielräume optimal nutzen

Das novellierte Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist am 01.09.2009 in Kraft getreten. Danach wird die Nutzung von Kundendaten für Werbezwecke grundsätzlich nur noch mit Einwilligung des Betroffenen möglich sein. Wer sich dem Gesetz zuwider verhält, riskiert Bußgelder und Abmahnungen. **Plath** und **Frey** erläutern in ihrem Beitrag in Heft 34/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** die novellierten Regelungen und geben praktische Hinweise, welche Anforderungen auf die betroffenen Unternehmen zukommen. Dargestellt werden die Möglichkeiten der Nutzung von Kundendaten ohne Einwilligung wie auch das wirksame Einholen einer Einwilligungserklärung.

* * *

Haftung für die nichterfolgte Offenlegung von Kick-Back-Zahlungen

Im Jahr 2000 hatte der BGH erstmals eine Grundsatzentscheidung zu Kick-Back-Zahlungen getroffen. Vermehrt sind solche Zahlungen und die damit verbundenen Aufklärungspflichten aber mit der sog. zweiten Kick-Back-Entscheidung vom 19.12.2006 ins Blickfeld gerückt. **Witte** und **Hillebrand** stellen

in ihrem Beitrag in Heft 34/2009 der Zeitschrift **DStR** die Entwicklung der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht über Kick-Back-Zahlungen von den ersten Entscheidungen bis zum heutigen Stand dar. Auch wenn die Autoren die Ausweitung der Haftung für die nicht erfolgte Offenlegung kritisch bewerten, wird nicht damit zu rechnen sein, dass der BGH den eingeschlagenen Pfad wieder verlassen wird.

* * *

Unterbrechung der Versorgungsleistungen durch den Vermieter - Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 06.05.2009 (XII ZR 137/07)

Bis Ende der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts gehörte es zur allgemeinen Rechtsauffassung, dass die Einstellung von Versorgungsleistungen durch den Vermieter wegen Zahlungsverzugs des Mieters unzulässig sei. Hierin liege eine Besitzstörung nach § 858 Abs. 1 BGB. Diese Störung löse den auf Beseitigung und Unterlassung gerichteten Besitzschutz nach § 862 BGB aus. Mit dem Urteil des 12. Senats hat er BGH zu dieser seit einer Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahr 1998 umstrittenen Frage Position bezogen. Danach stellt die Unterbrechung der Versorgungsleistungen keine Besitzstörung dar, da die zur Nutzung des Mietgegenstandes erforderliche Lieferung von Heizenergie nicht Bestandteil des Besitzes und damit nicht Gegenstand des Besitzschutzes sei. **Mummenhoff** setzt sich in ihrem Beitrag in Heft 8/2009 der Zeitschrift **Wohnungswirtschaft und Mietrecht** mit den

maßgeblichen Tatbestandsmerkmalen auseinander und befasst sich mit der Frage, ob die vom BGH für das Gewerbemietverhältnis aufgestellten Kriterien auch beim beendeten Wohnungsmietverhältnis gelten. Jedenfalls vor Anhängigkeit eines Räumungsrechtsstreites komme eine Unterbrechung der Versorgungsleistungen für den Vermieter von Wohnraum nicht in Betracht. Angesichts der Sozialbindung und weil dem Erhalt der Wohnung ein hoher Stellenwert eingeräumt wird, muss der Wohnungsvermieter damit rechnen, bei Kappen von Versorgungsleistungen eine verbotene Besitzstörung zu begehen.

* * *

Aufgepasst: Gewerbliche Infizierung bei Photovoltaikanlagen

Das Betreiben einer Photovoltaikanlage ist den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnen. Dies kann unangenehme Folgen haben, wenn eine PV-Anlage auf einem Gebäude betrieben wird, welches im Eigentum von mehreren Personen steht. Darauf weist **immobilien-intern** in der Ausgabe 19/2009 hin. Ursache ist die in § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG verankerte „Abfärberegelung“. Danach ist grundsätzlich die gesamte Tätigkeit einer Personengesellschaft in vollem Umfang gewerblich, auch wenn die Gesellschaft nur teilweise gewerbliche Einkünfte erzielt. Die Abfärberegelung greift aber nur bei Erzielung gewerblicher Einkünfte durch Mitunternehmenschaften. Anders ist die Beurteilung bei Erbengemeinschaften, ehelichen Gütergemeinschaften und reinen

Bruchteilsgemeinschaften.

Vermögensverwaltenden

Mitunternehmenschaften rät immobilien-intern, noch eine weitere, personenidentische Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu gründen. Diese wird Mieter der Dachfläche, auf der die PV-Anlage betrieben wird. Die Einkünfte aus dem Betrieb der PV-Anlage auf dem angemieteten Dach sind dann gewerblich, tangieren aber die vermögensverwaltenden Einkünfte der ursprünglichen Mitunternehmenschaft nicht.

ENTSCHEIDUNG DES MONATS

Schadenersatzanspruch des Anlegers gegenüber Treuhandkommanditisten „schlägt“ dessen Freistellungsanspruch

Anmerkungen zum Urteil des OLG Karlsruhe vom 06.08.2009, 4 U 9/08

Das Urteil des OLG Karlsruhe betrifft einen von mehreren Hunderten Rechtsstreitigkeiten, die die Insolvenzverwalter der sog. Falk-Fonds gegenüber Anlegern bundesweit führen. Mehrere andere Oberlandesgerichte (z.B. OLG Dresden, Urte. v. 14.02.2008, 1 U 1477/07, oder OLG Bamberg, Urte. v. 07.01.2008, 4 U 84/07, OLG Celle, Urte. v. 21.01.2009, 9 U 105/08 m. kritischer Stellungnahme von Corzelius in: EWiR Heft 17/2009, S. 543 f.) fällten mittlerweile Urteile zugunsten des jeweiligen Insolvenzverwalters. Das OLG Karlsruhe entschied nun zugunsten eines Anlegers. Die vom Gericht zusammengefassten Gesichtspunkte haben weit über diesen

entschiedenen Einzelfall hinaus Bedeutung und zeigen zugleich in einer lesenswerten Zusammenfassung die Haftungsträchtigkeit der Tätigkeit eines Treuhandkommanditisten auf.

Der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Falk-Fonds 68 KG nahm einen treuhänderisch beteiligten Anleger auf Rückzahlung von Ausschüttungen in Anspruch, die der Anleger in der Zeit von 1999 bis 2004 erhalten hatte. Zur Begründung verwies er darauf, dass es sich bei den Ausschüttungen um Rückzahlungen von Teilen der Einlage im Sinne von § 172 Abs. 4 HGB handele und nach seiner Ansicht ein Treugeber, dessen Rechtsstellung mit der eines unmittelbar beteiligten Kommanditisten nahezu identisch ist, auch unmittelbar in Anspruch genommen werden könne. Zumindest hafte der Treugeber aber mittelbar aus abgetretenem Recht. Im Treuhandvertrag hatte er den Treuhänder von der Haftungsinanspruchnahme freigestellt und diesen Freistellungsanspruch hatte der Treuhänder an den Insolvenzverwalter abgetreten.

Anleger einer Kommanditgesellschaft haften bekanntlich für die Gesellschaftsschulden maximal in Höhe ihrer Hafteinlagen. Wenn diese Einlagen erbracht sind und Ausschüttungen bezahlt wurden, die nicht durch Gewinne erwirtschaftet wurden, können Kommanditisten aber bis zur Höhe des Differenzbetrages zwischen Einlageschuld und Ausschüttung wieder in Anspruch genommen werden. Dies gilt nach § 172 Abs. 5 HGB nur dann nicht, wenn die Bilanz einen Gewinn

ausweist, obwohl bei richtiger Bilanzierung kein Gewinn entstanden ist und sowohl der Kommanditist als auch die Person, die die Bilanz errichtet haben, gutgläubig von der Richtigkeit der Bilanz ausgehen. Hierzu stellt das OLG Karlsruhe fest, dass sich diese Regelung nur auf einen guten Glauben des Kommanditisten bezieht, so dass somit nur der gute Glaube der Treuhandkommanditistin schutzwürdig wäre. Diese war aber informiert.

Die erhobene Einrede der Verjährung war ebenso wenig stichhaltig. Somit lagen die Voraussetzungen für eine Pflicht zur Rückzahlung erhaltener Ausschüttungen vor. Diese hatte der Treuhandkommanditist erhalten und an den Anleger weitergeleitet. Dies führt dennoch nicht zu einer unmittelbaren Haftung eines Treugebers, selbst wenn dieser – wie im Ausgangsfall - die Stellung eines „quasi-Geschafters“ erhält. Der Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift ist hier eindeutig. Aber auf Grund des Freistellungsanspruchs, der auch wirksam an den Insolvenzverwalter abgetreten werden konnte, war eine mittelbare Haftung des Anlegers zu bejahen.

Und dennoch fiel das Urteil zugunsten des Anlegers aus, weil das Gericht einen Schadenersatzanspruch des Anlegers gegenüber dem Treuhandkommanditisten bejahte. Mit diesem Schadenersatzanspruch konnte der Anleger aufrechnen.

Konzeptionsmäßig sollte der Falk-Fonds erhebliche Anlaufverluste erwirtschaften. Bereits im ersten Bewirtschaftungsjahr ergab sich laut Prognoserechnung ein Anlaufverlust

in Höhe von knapp 43 % des eingezahlten Kommanditkapitals. Es stand von vornherein fest, dass die Anleger erst nach etwa 10 Jahren die Möglichkeit erhalten würden, echte Erträge aus ihrer Anlage zu erzielen und dies auch nur dann, wenn sich der Fonds entsprechend den in der Prognose zugrunde gelegten Parametern entwickeln würde.

Ein Anleger, der bekanntlich über alle Umstände aufzuklären ist, die für seinen Anlageentschluss von Bedeutung sind oder sein können, wäre deshalb zwingend darüber aufzuklären gewesen, dass es sich bei den Ausschüttungen für die ersten 10 Jahre nur um rückzahlbare Vorschüsse im Vertrauen auf mögliche spätere langfristige Erträge des Fonds handelt. Über diesen Charakter der Ausschüttungen hätte auch die Treuhandkommanditistin aufklären müssen. Der Treuhandkommanditist einer Publikums-KG hat die Interessen der Anleger sachverständig wahrzunehmen und alles Erforderliche zu tun, um deren Beteiligung und ihren wirtschaftlichen Wert zu erhalten und zu mehren und demgemäß alles zu unterlassen, was die Interessen gefährden könnte. Der Treuhandkommanditist ist deshalb verpflichtet, sich Kenntnis über die rechtlichen und wirtschaftlichen - insbesondere finanziellen - Grundlagen der Gesellschaft zu verschaffen, um seine Treuhänderpflichten erfüllen zu können. Insoweit ist es ausreichend, wenn das Problem der Einlagenrückgewähr aus dem Beteiligungsprospekt ersichtlich gewesen wäre. Dies war allerdings hier nicht der Fall. Das Gericht stellte gerade das Gegenteil fest, dass nämlich der Beteiligungsprospekt das

Problem verschleierte. Ob beabsichtigt oder unbeabsichtigt, konnte dahinstehen.

Die sehr ausführlich begründete Entscheidung ist sicherlich ein Hoffnungsschimmer für zahlreiche Anleger, deren Verfahren noch laufen. Sie zeigt einerseits auf, wie wichtig es sowohl von Kläger- als auch von Beklagtenseite ist, die entscheidenden Gesichtspunkte herauszuarbeiten und unter Beweis zu stellen. Die Entscheidung zeigt des Weiteren, dass die rechtzeitige und vollständige Aufklärung eines Anlegers Not tut. Ob Vertrieb oder Treuhandkommanditistin, beide stehen in Fällen der vorliegenden Art an vorderster Front.

IN EIGENER SACHE

Rechtsanwalt Werner Klumpe wird auf der Veranstaltung von FORUM „Vertriebsrecht 2009“ zum Thema „Rechtliche Grundlagen und aktuelle Entwicklungen beim Vertrieb von geschlossenen Fonds und Immobilieninvestitionen des sog. grauen/freien Kapitalmarktes“ am 26.11.2009 in Frankfurt/Main referieren.

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.kanzlei-klumpe.de/html/ct_impresum.php

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