



Der Markt für Kapitalanlagen - Wer soll das bezahlen? ...

Newsletter 06/2009

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

Opel ist - zumindest vorläufig - gerettet. Kostenpunkt für den Steuerzahler im Worst-Case-Fall 1,5 Mrd. Euro. HRE hat bereits über 100 Mrd. Euro an Finanzspritzen erhalten und braucht weitere Gelder. Arcandor klopft an die Kanzleramtstür und bittet um Sicherheiten von rund 650 Mio. Euro. Wo soll das enden, fragen sich viele, denn dies sind nur einige wenige Beispiele, bei denen nun der Steuerzahler für Unternehmensschieflogen eintreten soll. Gewiss sind die Ursachen meist vielfältiger Art und können nicht allein auf Managementfehler zurückgeführt werden und auch die Mitarbeiter der Unternehmen können für die aktuelle Situation nichts. Doch das Schlimme daran ist: Der Erfolg ist keineswegs garantiert und Wettbewerber der notleidenden Unternehmen, die es aus eigener Kraft schaffen, befürchten zu Recht erhebliche Verzerrungen.

60 Jahre ist es nun her, dass das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland erlassen wurde und vor ebenfalls 60 Jahren komponierte ein bekannter Kölner Unterhaltungskünstler und Schlagersänger - es war Jupp Schmitz - sein wohl bekanntestes Karnevalslied „Wer soll das bezahlen ...“. Es war eine Anspielung auf das durch Bomben zerstörte Köln und die gerade begonnene Währungsreform und die Frage scheint heute mehr denn je gerechtfertigt.

Damals waren es noch die Alliierten, die den politischen Tagesablauf bestimmten. Heute ist es in vielen Fällen nicht mehr der deutsche Gesetzgeber, der den gesetzlichen Rahmen vorgibt, sondern das Europäische Parlament und die Europäische Kommission. Diese hat Ende April 2009 einen Richtlinien-Entwurf für „Alternative Investmentfund-Manager“ vorgeschlagen. Damit soll ein umfassender regulatorischer Rahmen auf europäischer Ebene geschaffen werden, um eine effektive Aufsicht sicherzustellen. Von der Richtlinie wäre - wenn sie so umgesetzt wird, wie vorgestellt - auch das Management deutscher geschlossener KG-Fonds betroffen, deren verwaltetes Bestandsvermögen die Mindestgröße von 100 Mio. Euro übertrifft. Egal in welcher Form die Richtlinie weiter beraten und umgesetzt wird, werden die Initiatoren nicht umhin kommen, sich intensiv mit dem Entwurf und der weiteren Entwicklung zu befassen.

Nicht minder wichtig ist die Betrachtung aktuellerer Entscheidungen, beispielsweise zur Darlegungs- und Beweislast bei vorsätzlichem Verschweigen von Rückvergütungen oder zur Frage der Ursächlichkeit eines Prospektmangels für die Anlageentscheidung. Beide Entscheidungen stellen wir Ihnen in unserem Rechtsprechungsspiegel vor. Wie

umfangreich der (Aufklärungs-)Pflichtenkatalog eines Treuhandkommanditisten ist, zeigt eine weitere BGH-Entscheidung.

Für viele Marktteilnehmer ist der aktuelle Zeitpunkt ein idealer, um wieder an Immobilieninvestitionen zu denken und nicht wenige halten Wohnimmobilien für das passende Investment. Wer Wohnungen vermietet, braucht sich zwar vor der BGH-Rechtsprechung nicht abschrecken zu lassen, sollte sie aber kennen. Wir zeigen auf, in welchen Fällen eine Wohnflächenabweichung die fristlose Kündigung des Wohnungsmieters rechtfertigt und ob ein Mieter bei unwirksamer

Endrenovierungsklausel und durchgeführter Renovierung einen Kostenerstattungsanspruch hat.

Wir wünschen Ihnen wiederum viel Spaß bei der Lektüre und hoffentlich die eine oder andere Anregung. Wenn Sie darüber hinaus weitere Fragen haben, sind wir wie immer gerne für Sie da!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

Die Themen in der Übersicht

Rechtsprechungsspiegel

- Zur Frage der Ursächlichkeit eines Prospektmangels für die Anlageentscheidung
- Die Vermutung aufklärungspflichtigen Verhaltens gilt auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen - BGH entscheidet über Darlegungs- und Beweislast für vorsätzliches Verschweigen von Rückvergütungen
- Aufklärungspflichten einer Treuhandkommanditistin
- Nicht objektgerechte Anlageberatung bei Verwendung eines fehlerhaften Emissionsprospektes
- Alt-Kettenmietverträge sind rechtswirksam
- Zur Bedeutung einer Mietpreisabsprache „zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer“
- Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vermieter Versorgungsleistungen einstellen darf
- Zur Frage, in welchem Umfang Dachterrassenflächen bei der Wohnflächenberechnung einzubeziehen sind
- Zur Frage, ob ein Mieter bei unwirksamer Endrenovierungsklausel und durchgeführter Renovierung einen Kostenerstattungsanspruch hat
- Erhebliche Wohnflächenabweichung rechtfertigt fristlose Kündigung des Wohnungsmieters
- Zur Frage der Wirksamkeit eines selbstständigen Provisionsversprechens des Käufers bei Verflechtung zwischen Makler und Verkäufer
- Werbungskostenabzug für Darlehenszinsen zur Finanzierung der Beiträge für KLV, mit der ein Immobilienfinanzierungsdarlehen getilgt werden soll

Gesetzgebungsspiegel und Neues aus Brüssel

- Bundesregierung will Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht verbessern
- Die Europäische Kommission stellt Richtlinienentwurf für „Alternative Investmentfund Manager (AIFM)“ vor
- Bundestag beschließt modernes Patentrecht
- Bundestag verabschiedet ARUG

Literaturspiegel

- Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers - insbesondere in der Lebensversicherung
- Die „Schriftformfalle“ des § 550 BGB
- Hinweisbekanntmachungen - Neue Divergenz im Prospektrecht
- Haftung für den Verkauf von Zertifikaten - Der Fall Lehman Brothers

Kurz und bündig

- Nachher ist man immer schlauer - Verdeckte Fondsmechanismen und kriminelles Handeln Dritter als angebliche Vermittler- bzw. Beraterhaftung
- Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)
- Die Zulässigkeit einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG auch bei Gewinnausschluss zu Lasten der Komplementärin
- Aktuelle Entwicklungen im Architektenrecht
- Die Darlegungs- und Beweislast bei § 172 Abs. 1 BGB - Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 23.09.2008, XI ZR 262/07 (fehlgeschlagene Immobilieninvestition)
- Musterhafte Widerrufsbelehrung - Neuerungen und kein Ende
- Zur Hinweispflicht eines Anlageberaters über negative Berichterstattung der Wirtschaftspresse - Kommentar zum BGH-Urteil vom 05.03.2009 - III ZR 302/07

In eigener Sache

Herr Rechtsanwalt Werner Klumpe referiert am

- 10.06.2009 in Hamburg zum Thema „Offenlegung von Provisionen - Rechtslage - Lösungsmöglichkeiten“
- 23.06.2009 in München zum Thema „Prospektierung“
- 01.07.2009 in Berlin zum Thema „Rechtliche Rahmenbedingungen und Risiken für Fondsgeschäftsführer und Treuhänder - Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen - Durchführung von Gesellschafterversammlungen“.

RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL

Zur Frage der Ursächlichkeit eines Prospektmangels für die Anlageentscheidung (BGH, Ur. v. 02.03.2009, II ZR 266/07)

In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob eine unrichtige Prospektdarstellung - die Lage des Beteiligungsgrundstückes war falsch angegeben - für die Anlageentscheidung ursächlich war oder nicht. Anleger waren einem Immobilienfonds beigetreten. Der Fonds erwarb ein mit einem Wohngebäude bebautes Grundstück und in einer anderen Stadt ein weiteres mit einem Bürogebäude bebautes Grundstück, welches langfristig vermietet war. Eines der Grundstücke war im Prospekt zwar mit der richtigen Anschrift angegeben, seine Lage auf einer Planskizze aber falsch eingezeichnet. Wegen dieser unrichtigen Angabe und auch mit der Behauptung, der Wert für Grund und Boden des zweiten Grundstückes sei unzutreffend dargestellt, wurde die Rückabwicklung der Beteiligung gefordert. In Anspruch genommen wurde der Treuhandkommanditist, der auch einer der Gründungsgesellschafter des Fonds war und bei der Erstellung des Emissionsprospektes mitgewirkt hatte. Die Instanzgerichte hatten die Anlegerklage abgewiesen. Der BGH hat diese Entscheidungen allerdings aufgehoben und auf schon früher geäußerte Rechtsprechungsgrundsätze hingewiesen, nach denen bei einer unrichtigen oder unvollständigen Darstellung von für die Anlageentscheidung wesentlichen Umständen eine tatsächliche Vermutung dafür bestehe,

dass die mangelhafte Prospektdarstellung für die Anlageentscheidung ursächlich sei (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 79, 337, 346, BGH, Ur. v. 03.12.2007, II ZR 21/07 oder BGH, Ur. v. 21.03.2005, II ZR 149/03).

Durch eine unzutreffende oder unvollständige Information des Prospektes werde in das Recht des Anlegers eingegriffen, in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob der Anleger in das Projekt investieren wolle oder nicht.

Eine Ausnahme komme allenfalls bei von vornherein spekulativen Geschäften in Betracht, bei denen es nur um das Maß der Sicherheit geht.

Derjenige, der in Anspruch genommen wird, kann die tatsächliche Vermutung, dass eine fehlerhafte Prospektdarstellung für die Anlageentscheidung ursächlich war, widerlegen. Die Vermutung ist grundsätzlich erschüttert, wenn dem Anleger der Prospektmangel beim Beitritt bekannt ist. Hierüber war noch Beweis zu erheben. Deshalb verwies der BGH den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurück.

§ § §

Die Vermutung aufklärungspflichtigen Verhaltens gilt auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen - BGH entscheidet über Darlegungs- und Beweislast für vorsätzliches Verschweigen von Rückvergütungen (BGH, Ur. v. 12.05.2009, XI ZR 586/07)

Erneut hatte sich der BGH mit Rechtsfragen rund um das Thema „Kick-Backs“ zu befassen. Es handelte sich um die Fortsetzung des ersten Kick-Back-Urteils, durch das der BGH am 19.12.2006 das eine Klage abweisende Urteil des OLG München aufgehoben hatte. Damals hatte der BGH die Sache zur Klärung der Frage, ob die in Anspruch genommene Bank die erhaltenen Rückvergütungen vorsätzlich verschwiegen hatte, an das OLG München zurückverwiesen. Das OLG München hatte dies im Urteil vom 19.12.2007 (vgl. unseren Newsletter 1/08) verneint, weil der Anleger den Vorsatz der Bank nicht hinreichend dargelegt habe. Nunmehr hat der BGH dieses Urteil des OLG München vom 19.12.2007 erneut aufgehoben und die Sache an einen anderen Senat des OLG München zurückverwiesen. Entsprechend den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln müsse der Schuldner beweisen, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe. Im Rahmen des Entlastungsbeweises sei auch keine Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit möglich (Anm.: Eine vorliegende fahrlässige Beratungspflichtverletzung war nach § 37a WpHG verjährt).

Der BGH wies darauf hin, dass es im Übrigen auch unstreitig ist, dass die Bank ihre Anlageberater nicht angehalten hatte, die Kunden über Rückvergütungen aufzuklären. Möglicherweise befand sich die Bank in einem Rechtsirrtum. Wer sich aber darauf berufe, müsse einen solchen Irrtum auch darlegen und beweisen.

Wenn dann eine Aufklärungspflichtverletzung zu bejahen sei, gilt die Vermutungsregel, dass

sich ein Anleger aufklärungsrichtig verhalten hätte, also die Anlage nicht erworben hätte. In diesem Fall muss der Aufklärungspflichtige beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters, also auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen.

§ § §

Aufklärungspflichten einer Treuhandkommanditistin (BGH, Urte. v. 12.02.2009, III ZR 90/08)

In diesem Rechtsstreit - es ging um die Beteiligung an einem Filmfonds - war über die Frage der Pflichtverletzung einer Treuhandkommanditistin zu befinden, den Anleger bei Annahme seines Vertragsangebotes zum Abschluss eines Treuhandvertrages über die der Treuhandkommanditistin bekannte regelwidrige Auffälligkeiten zu informieren. Sie erschlossen sich nicht aus der Lektüre des Emissionsprospektes. Der Anleger hat einen Prospektmangel u.a. darin gesehen, dass er nicht über Provisionszahlungen in Höhe von 20 % für die Eigenkapitalvermittlung unterrichtet worden sei. Der BGH führt im Hinblick auf die einen Treuhandkommanditisten treffenden Pflichten folgendes aus:

Einen Treuhandkommanditisten, der in ein Kapitalanlageprojekt der hier in Rede stehenden Art eingebunden ist, trifft die Pflicht,

die künftigen Treugeber über alle wesentlichen Punkte aufzuklären, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung sind (ständige Rechtsprechung seit BGHZ 84, 141, 144 f.).

Ein Treuhandkommanditist hat den Anleger insbesondere über regelwidrige Auffälligkeiten zu informieren. Dies gilt auch in Fällen, in denen der Treuhandkommanditist mit den Anlegern nicht in einen persönlichen Kontakt tritt und sich die Funktion auf die einer bloßen Abwicklungs- und Beteiligungstreuhand bezieht.

Der BGH sieht deshalb auch die Treuhandkommanditistin für verpflichtet an, den Anleger darüber zu informieren, dass die mit dem Vertrieb der Beteiligung befasste Vertriebs-GmbH hierfür eine Provision von 20 % beanspruchte und erhalten sollte. Im Prospekt war die Vergütung für die Eigenkapitalbeschaffung mit 7 % ausgewiesen. Den Verträgen zur Durchführung der Investition war des Weiteren zu entnehmen, dass die Komplementärin, die sich zur Vermittlung des Zeichnungskapitals verpflichtet hatte, hierfür das Agio von 5 % erhalten sollte. Damit durfte für die Vermittlung des Eigenkapitals insgesamt eine Vergütung von 12 % verwendet werden. Aus internen Unterlagen ergab sich, dass die Treuhandkommanditistin wusste, dass die Vertriebs-GmbH eine Vergütung von insgesamt 20 % erhalten sollte. Der BGH führte weiter aus, dass es einem Anleger, der einem Medienfonds beiträgt, angesichts der höheren Risiken darauf ankommt, dass die Kosten für den Vertrieb nicht zu hoch

ausfallen, weil diese insoweit von vornherein verloren sind, als sie nicht für die Produktion von Filmen zur Verfügung stehen. Außerdem muss der Einsatz von Weichkosten für die damit verbundenen Aufgaben gesichert sein. Dieses Argument spielt eine Rolle, weil im Rechtsstreit behauptet wurde, die Vertriebsgesellschaft, die 20 % Provision beanspruchte, habe ja nur einen Teil der Anleger geworben. Insgesamt sei die für die Eigenkapitalvermittlung vorgesehene Vergütung nicht überschritten worden, will die anderen Vertriebe entsprechend weniger bekommen hätten. Ferner wies der BGH darauf hin, dass über die Honorierung der Vertriebs-GmbH, die die 20 % beanspruchte, Sondervereinbarungen getroffen worden waren. Der geschäftsführende Gesellschafter der Vertriebs-GmbH war auch Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Deshalb musste auch unter dem Gesichtspunkt, dass über wesentliche kapitalmäßige und personelle Verflechtungen aufzuklären ist, auf die Sonderabsprache hingewiesen werden müssen.

§ § §

Nicht objektgerechte Anlageberatung bei Verwendung eines fehlerhaften Emissionsprospektes (BGH, Beschl. v. 09.04.2009, III ZR 89/08)

In dem diesem BGH-Beschluss zugrundeliegenden Sachverhalt ging es einmal mehr um die Frage, ob eine in den Produktabsatz eines Filmfonds eingeschaltete Bank für einen Prospektfehler einzustehen hat oder nicht. Der BGH bejahte eine

Pflichtverletzung, weil die unter Verwendung eines fehlerhaften Emissionsprospektes durchgeführte Anlageberatung nicht objektgerecht im Sinne der Rechtsprechung des BGH sei. Im konkreten Fall hätte der beratenden Bank bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auffallen müssen, dass die Risikohinweise im Prospekt Anlass zu Zweifeln boten und dass der Prospekt bei einer Gesamtschau hinsichtlich des Risikos eines Totalverlustes einen unrichtigen Eindruck vermittelte. Gewiss könne von einem Anlageinteressenten eine sorgfältige und eingehende Lektüre des Prospektes vorausgesetzt werden. Abgestellt werden könne auch auf einen hinreichend sorgfältigen und kritischen Prospektleser. Von einer beratenden Bank wird aber mehr als nur die Lektüre des Prospektes gefordert, die einem Anlageinteressenten abverlangt wird. Eine Bank, die dem Anleger zu verstehen gibt, sie habe den Fonds geprüft und mit der Beteiligungsgesellschaft oder ihrer Komplementärin schon länger zusammengearbeitet, muss den der Beratung zugrundegelegten Prospekt in seinen zentralen Aussagen prüfen. Dann hätte sie im konkreten Fall bemerken müssen, dass eine besonders werbewirksame und daher als Verkaufsargument ins Auge springende Restrisikobetrachtung in Wirklichkeit die tatsächliche Risikosituation beschönigte.

Wenn eine beratende Bank diese von ihr im Rahmen einer Anlageberatung erwartete Aufgabe nicht übernehmen will, muss sie dies dem Anleger offenlegen. Gleiches gilt, wenn sie es ihrerseits nicht für erforderlich hält, weil der Emittent in der mit der Bank

abgeschlossenen Vertriebsvereinbarung von etwaigen Prospekthaftungsansprüchen freigestellt hat.

Sodann wiederholt der BGH den schon länger bestehenden Grundsatz, dass eine Kausalität zwischen Prospektfehler und Anlageentscheidung vermutet wird. Es ist dann Sache des in Anspruch Genommenen, die für die Kausalität sprechende Vermutung zu widerlegen. Der Wunsch nach einer steueroptimierten Anlage erschüttert die Kausalitätsvermutung - wenn nicht weitere Umstände hinzutreten - nicht. Unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung sind Steuervorteile nur dann zu berücksichtigen, wenn außergewöhnliche Steuervorteile erzielt worden sind.

§ § §

Alt-Kettenmietverträge sind rechtswirksam
(LG Berlin, Urteil vom 04.11.2008, 65 S 223/07)

Vermieter und Mieter schlossen im Jahr 1959 einen Wohnungsmietvertrag, der eine automatische Verlängerung des Mietverhältnisses um ein weiteres Jahr vorsah, wenn das Mietverhältnis nicht zum 31.12. eines jeden Jahres gekündigt wird. Der Mieter kündigte unterjährig mit gesetzlicher Kündigungsfrist zum 31.08.2006. Der Vermieter forderte für den Zeitraum September bis Dezember 2006 die Miete sowie Heiz- und Nebenkostenvorauszahlungen.

Das Landgericht Berlin gab dem Vermieter Recht. Die vom Mieter ausgesprochene

Kündigung sei nicht vor Ablauf der Befristung (im konkreten Fall 31.12.2006) wirksam geworden. Aus der maßgeblichen Bestimmung des Alt-Mietvertrages ergebe sich, dass das Mietverhältnis nicht zu jedem beliebigen Termin gekündigt werden könne, sondern nur zum Stichtag 31.12. eines jeden Jahres unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist.

Das Urteil des Landgerichts Berlin liegt auf der Linie wie die BGH-Rechtsprechung. Auch der BGH hat mit Beschluss vom 27.05.2008 (Az: VIII ZR 249/07) bestätigt, dass derartige Klauseln in Kettenmietverträgen, die vor dem 01.09.2001 vereinbart wurden, weiterhin wirksam sind. Seit dem 01.09.2001 sind solche Vereinbarungen nur noch unter den Voraussetzungen des § 549 Abs. 2 Satz 3 BGB möglich.

§ § §

Zur Bedeutung einer Mietpreisabsprache „zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer“ (BGH, Ur. v. 21.01.2009, XII ZR 79/07)

1. Ist der Vermieter nicht zur Umsatzsteueroption berechtigt, so geht die Mietpreisabsprache „zzgl. der jeweils gültigen Mehrwertsteuer“ ins Leere, da es keine „gültige Mehrwertsteuer“ für nicht steuerpflichtige Vermietungsumsätze gibt und die Parteien nach dem Gesetz steuerfreie Umsätze auch nicht durch Vereinbarung steuerpflichtig machen können.

2. Der Mieter kann aber gleichwohl zur Entrichtung des Mehrwertsteuerbetrages verpflichtet sein, wenn die Vertragsauslegung ergibt, dass er bei Vertragsabschluss dazu bereit war, den vom Vermieter verlangten Gesamtpreis zu zahlen, und zwar unabhängig von der eigenen Vorsteuerabzugsberechtigung und den steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Vermieters.

§ § §

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vermieter Versorgungsleistungen einstellen darf (BGH, Ur. v. 06.05.2009, XII ZR 137/07)

Der BGH hat geurteilt, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Vermieter von Gewerberäumen nach Beendigung des Mietverhältnisses Versorgungsleistungen einstellen darf. Mit dieser Entscheidung hat er auch zahlreiche Experten überrascht, die in der Einstellung von Versorgungsleistungen eine besitzrechtlich verbotene Eigenmacht gesehen hatten.

Im Ausgangsfall hatte der Vermieter bereits wiederholt das Mietverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt, nachdem der Mieter Nebenkostenvorauszahlungen eingestellt hatte und auch die Zahlung der Grundmiete über Monate schuldig geblieben war. Im Zeitpunkt der letzten ausgesprochenen Kündigung (August 2007) bestand ein Mietrückstand von acht Monaten. Der Vermieter drohte dem

Mieter mehrfach an, die Versorgung der Mieträume mit Heizenergie zu unterbrechen. Dagegen hatte der Mieter eine vorbeugende Unterlassungsklage erhoben, die in zweiter Instanz abgewiesen wurde. Der BGH hat die Revision des Mieters zurückgewiesen.

Durch das Abstellen von Versorgungsleistungen nach beendetem Mietverhältnis werde nicht in den Besitz als solchen eingegriffen. Der Besitz verschaffe keinen Anspruch auf eine bestimmte Nutzung der Sache, sondern nur Abwehransprüche gegen Eingriffe von außen. Wenn lediglich Leistungen eingestellt würden, liege ein solcher Eingriff nicht vor. Die Sachlage sei vielmehr vergleichbar mit der Einstellung der Leistungen durch Versorgungsunternehmen, wenn der Mieter die Leistungen unmittelbar von diesen beziehe. Die Versorgungssperre durch Energieversorger werde nach überwiegender Ansicht zu Recht nicht als Besitzverletzung angesehen.

Jedenfalls wenn der Vermieter für die Belieferung mit Versorgungsleistungen kein Entgelt erhalte und ihm deshalb durch die weitere Belieferung ein Schaden drohe, sei eine Einstellung im Gewerberaummietverhältnis gerechtfertigt.

Ein Vermieter trägt allerdings das Risiko, dass sich eine ausgesprochene Kündigung als nicht gerechtfertigt erweist. In diesem Fall würde er sich schadenersatzpflichtig machen.

§ § §

Zur Frage, in welchem Umfang Dachterrassenflächen bei der Wohnflächenberechnung einzubeziehen sind (BGH, Urt. v. 22.04.2009, VIII ZR 86/08)

Nach der Rechtsprechung des BGH stellt eine Abweichung der tatsächlich vorhandenen von der vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % einen erheblichen Mangel der Mietsache dar. Sie berechtigt zu einer entsprechenden Mietminderung. Dabei ist der Begriff „Wohnfläche“ im Wohnraummietrecht auch bei freifinanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen. Seit 01.01.2004 gilt die Wohnflächenverordnung (davor galten die §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung).

Die Parteien können dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beimessen. Sie können auch einen anderen Berechnungsmodus vereinbaren. Schließlich können sich auch aus der „Ortsüblichkeit“ Besonderheiten ergeben.

Im Hinblick auf Dachterrassen gibt es unterschiedliche Anrechnungsquoten. Nach der DIN 286 ist eine starre Anrechnung zu ¼ vorgesehen. § 44 Abs. 2 Zweite Berechnungsverordnung lässt eine Anrechnung bis zur Hälfte zu. Nach § 4 Nr. 4 Wohnflächenverordnung sind Dachterrassenflächen höchstens zur Hälfte, in der Regel aber mit ¼ anzurechnen.

Die Bestimmung überlässt es grundsätzlich dem Bauherrn, die für ihn unter dem Gesichtspunkt der Wohnungsbauförderung

günstigste Anrechnungsquote bis zur Hälfte zu wählen.

Der Mieter des Ausgangsverfahrens nahm den Standpunkt ein, dass die Flächen seiner beiden Dachterrassen mit Grundflächen von 25,20 m² und von 20 m² nur zu jeweils ¼ anzurechnen seien. Der BGH hob die zugunsten des Mieters ergangene Entscheidung auf. Das Berufungsgericht muss nun überprüfen, ob die Anrechnung zu ¼ der ortsüblichen Verkehrssitte entspricht.

§ § §

Zur Frage, ob ein Mieter bei unwirksamer Endrenovierungsklausel und durchgeführter Renovierung einen Kostenerstattungsanspruch hat (BGH, Urteil v. 27.05.2009, VIII ZR 302/07)

Auf die Klage eines Mieters, der Schönheitsreparaturen bei Mietvertragsende in seiner Wohnung durchgeführt hat, obgleich die Endrenovierungsklausel unwirksam war, hat der BGH aktuell entschieden, dass ein Erstattungsanspruch des Mieters wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Vermieters in Betracht kommt. Die Endrenovierung sei aufgrund der unwirksamen Klausel ohne Rechtsgrund erbracht worden.

Schwierig ist es dann allerdings, die Höhe eines solchen Ersatzanspruches zu bemessen. Der Mieter forderte 9,00 €/m² Wand- und Deckenfläche und berief sich auf einen Schadenersatzanspruch und einen Aufwendungsersatzanspruch aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Diese

Anspruchsgrundlagen verneinte der BGH, weil dem Vermieter im konkreten Fall kein Verschuldensvorwurf wegen der Verwendung unwirksamer Klauseln gemacht werden konnte. Der Mieter, der aufgrund vermeintlicher Verpflichtung Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, führe auch kein Geschäft des Vermieters aus, sondern werde im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig.

Der Wert der rechtsgrundlos erbrachten Leistung bemisst sich deshalb nach dem Betrag der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung für die ausgeführten Renovierungsarbeiten. Dabei muss berücksichtigt werden, dass Mieter bei Ausführung von Schönheitsreparaturen regelmäßig von der im Mietvertrag eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, die Arbeiten in Eigenleistung zu erbringen oder sie durch Freunde, Verwandte oder Bekannte erledigen lassen. Insoweit ist der Wert der erbrachten Leistung durch das Gericht zu schätzen (Was ist der Einsatz an freier Zeit wert? Was kostet das notwendige Material?).

§ § §

Erhebliche Wohnflächenabweichung rechtfertigt fristlose Kündigung des Wohnungsmieters (BGH, Urteil v. 29.04.2009, VIII ZR 142/08)

Der BGH hatte schon vor einigen Jahren entschieden, dass er bei Abweichungen von mehr als 10 % zwischen vereinbarter und tatsächlicher Mietfläche von einer erheblichen Abweichung ausgeht. Für den Mieter bedeutet

eine Abweichung der angemieteten Fläche von mehr als 10 % nach unten regelmäßig einen Anspruch auf Anpassung von Miete und Nebenkostenzahlungen. Im jetzt vom BGH entschiedenen Fall gestand der BGH einem Mieter auch das Recht zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses zu. Im konkreten Fall war die Mietfläche um mehr als 22 % kleiner als die vereinbarte Wohnfläche. Der BGH sah in dieser Abweichung einen erheblichen Mangel, der zur Folge habe, dass dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt wurde. Dies rechtfertige eine fristlose Kündigung, wobei der Mieter grundsätzlich nicht darlegen müsse, warum ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung könne allerdings aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles verwirkt sein. Dies komme dann in Betracht, wenn der Mieter bei Mietbeginn oder danach erkenne, dass die tatsächliche Wohnfläche die im Mietvertrag angegebene um mehr als 10 % unterschreite, ohne dies zeitnah zum Anlass für eine fristlose Kündigung zu nehmen.

§ § §

Zur Frage der Wirksamkeit eines selbstständigen Provisionsversprechens des Käufers bei Verflechtung zwischen Makler und Verkäufer (BGH, Urt. v. 20.11.2008, III ZR 60/08)

Die in einem zwischen Unternehmern geschlossenen Grundstückskaufvertrag enthaltene Klausel, in der sich der Käufer verpflichtet, die seitens des Verkäufers einem

Dritten aufgrund eines selbstständigen Provisionsversprechens geschuldete Vergütung zu zahlen, ist wirksam, auch wenn Verkäufer und Makler gesellschaftsrechtlich verflochten sind, wenn die Verflechtung dem Käufer bekannt ist. Der Käufer hatte eingewandt, durch die im Grundstückskaufvertrag enthaltene Klausel werde er unangemessen benachteiligt. Es werde von dem wesentlichen Grundgedanken eines Maklervertrages abgewichen. Der BGH wies auf seine Rechtsprechung hin, dass eine erfolgsunabhängige Provision, die in AGB's vereinbart wird, grundsätzlich unwirksam ist. Darum gehe es jedoch nicht. Zur Beurteilung stehe nicht eine Klausel in einem abgeschlossenen Maklervertrag, sondern um eine solche im zwischen Käufer und Verkäufer abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag. In den Fällen der (grundsätzlich) provisionshindernden Verflechtung zwischen Makler und Verkäufer kann gleichwohl eine Provision vereinbart werden und zwar auch innerhalb des vermittelten Hauptvertrages als Vertrag zugunsten Dritter. Dies kommt in Betracht, wenn dem Versprechenden (hier also dem Käufer) die tatsächlichen Umstände bekannt sind, die einer echten Maklerleistung entgegenstehen. Im konkreten Fall sprachen die Umstände dafür, dass es sich um einen verschleierte Teil des Kaufpreises handelte, der an den Makler zu zahlen war. Der Käufer verpflichtete sich nicht zur Zahlung einer Provision für ihm gegenüber geleistete Maklerdienste, sondern übernahm die Erfüllung des dem Makler gegenüber dem Verkäufer zustehenden Provisionsanspruchs.

§ § §

Werbungskostenabzug für Darlehenszinsen zur Finanzierung der Beiträge für KLV, mit der ein Immobilienfinanzingsdarlehen getilgt werden soll (BFH, Urt. v. 25.02.2009, IX R 62/07)

Der BFH hat den Werbungskostenabzug von Zinsen für ein Darlehen zugelassen, welches zur Finanzierung der Beiträge für eine Kapital-Lebensversicherung diente. Diese Versicherung war wiederum Bestandteil eines einheitlichen Gesamtkonzeptes zur Finanzierung der Anschaffungskosten von Mietgrundstücken. Die Ansprüche aus den Lebensversicherungen waren an die die Ankaufsfinanzierung finanzierenden Kreditinstitute abgetreten. Die Versicherungsprämien wiederum finanzierte der Kläger durch verzinsliche Darlehen. Um diese Aufwendungen ging es im Streitfall.

Das Finanzgericht hatte den Werbungskostenabzug verneint, da die Schuldzinsen auch der Absicherung des Todesfallrisikos dienten. Der BFH urteilte anders: Die Schuldzinsen dienten der Finanzierung der Tilgung der Anschaffungskosten. Deshalb seien sie in gleicher Weise zu beurteilen wie Schuldzinsen für ein Anschaffungsdarlehen. Entscheide sich ein Steuerpflichtiger anstelle einer Langfristfinanzierung allein durch ein Darlehen für eine kürzere Laufzeit der Finanzierung unter Einsatz von Kapital-Lebensversicherungen, würde seine Finanzierungsfreiheit in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt, wenn der wegen der kürzeren Finanzierungszeit höhere

Finanzierungsaufwand nicht realitätsgerecht berücksichtigt werden würde.

GESETZGEBUNGSSPIEGEL

und Neues aus Brüssel

Bundesregierung will Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht verbessern

Vor dem Hintergrund der aktuellen Finanzmarktkrise will die Bundesregierung die vorhandenen Eingriffsinstrumente der Finanzmarktaufsicht überprüfen und verbessern. Zu diesem Zweck hat das BMF den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht in die parlamentarischen Beratungen eingebracht.

Die bisherigen Vorschläge beschränken sich auf Änderungen des Kreditwesen- und des Versicherungsaufsichtsgesetzes, um parallel laufenden Regulierungsmaßnahmen auf europäischer Ebene nicht vorzugreifen.

Der BaFin soll die Möglichkeit eröffnet werden, eine Erhöhung der Eigenmittelanforderungen in Abhängigkeit von Geschäftsrisiken von Kreditinstituten und im Hinblick auf die Liquiditätsausstattung von Finanzdienstleistern verlangen zu können.

Von Seiten des Bundesrates wurden bereits grundsätzliche Bedenken geäußert, weil es sich bei dem Gesetzentwurf um einen nationalen Alleingang handele, der den Finanzmarkt kaum stabilisieren könne. Des

Weiteren seien die aufsichtsrechtlichen Spielräume der BaFin zu unbestimmt. Im Hinblick auf Kreditinstitute sei zwischen systemrelevanten Instituten und nicht systemrelevanten Instituten zu differenzieren. Als letztere werden Sparkassen und Volksbanken angesehen. Hier dürften die Verschärfungen keine Anwendung finden, denn die Bankenaufsicht sei bereits jetzt ausreichend gewährleistet.

* * *

Die Europäische Kommission stellt Richtlinienentwurf für „Alternative Investmentfund Manager (AIFM)“ vor

Die Europäische Kommission hat am 29.04.2009 einen Richtlinienentwurf für „Alternative Investmentfund Manager“ vorgeschlagen. Damit soll ein umfassender regulatorischer Rahmen auf europäischer Ebene geschaffen werden, um eine effektive Aufsicht sicherzustellen. Dies betont jedenfalls der zuständige EU-Kommissar. Weiteres Ziel ist die Erhöhung der Transparenz gegenüber den Anlegern und der Aufsicht im Hinblick auf die Aktivitäten der Manager und der von ihnen verwalteten Fonds.

Der Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs erfasst sämtliche Fonds, die nicht unter die sog. UCITS-Richtlinie fallen (UCITS = undertakings of collective investment in transferable securities). Die Rechtsform ist unerheblich. Damit wäre auch das Management deutscher geschlossener KG-Fonds betroffen, sofern das von ihnen verwaltete Bestandsvermögen die geforderte

Mindestgröße von 100 Mio. Euro übertrifft. Kurz nach Bekanntwerden der Richtlinie wurde erste Kritik aus den Reihen der Anbieter geschlossener Fonds laut. Wenn es Ziel sein soll, die Fondsmanager einer neuen Aufsicht zu unterstellen, die aktiv mit Anlagen handeln und hierbei riskante Techniken wie Leerverkäufe oder ähnliches anwenden und wenn deshalb gefordert wird, dass eingesammelte Gelder bei einer Depotbank auf einem Sonderkonto zu verwahren sind, ein Risikomanagement durchzuführen ist und ein Liquiditätsmanagement einzuführen ist, passt dies nicht auf geschlossene Fonds, deren Management sich auf die Asset-Bewirtschaftung und die Fondsverwaltung beschränkt. Egal in welcher Form die Richtlinie weiterberaten und umgesetzt wird, werden die Initiatoren nicht umhin kommen, sich intensiv mit dem Entwurf und der weiteren Entwicklung zu befassen.

* * *

Bundestag beschließt modernes Patentrecht

Der Deutsche Bundestag hat in seiner Sitzung vom 28.05.2009 den Gesetzentwurf zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts beschlossen. Kernstück des Gesetzentwurfs sind Verbesserungen beim sog. Nichtigkeitsverfahren. Hierbei wird gerichtlich überprüft, ob ein Patent zu Recht erteilt wurde.

Auch das Verfahren bei Arbeitnehmererfindungen wird vereinfacht. Zielsetzung ist es, die Zuordnung der im

Arbeitsverhältnis entstandenen Erfindung zum Arbeitgeber sicherzustellen und dem Arbeitnehmer eine angemessene Vergütung zu gewähren.

* * *

Bundestag verabschiedet ARUG

Der Bundestag hat am 29.05.2009 das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie (ARUG) verabschiedet. Aktionäre sollen künftig besser informiert werden. Sie können auch leichter ihr Stimmrecht ausüben. Zusammen mit einer Vereinfachung des Vollmachtsstimmrechtes (z.B. durch die Ermöglichung der elektronischen Briefwahl oder einer Online-Teilnahme an einer Hauptversammlung) der Banken will das Gesetz die Präsenz von Aktionären in der Hauptversammlung erhöhen. Zugleich wird den sog. „räuberischen Aktionären“ das Recht zur Blockade wichtiger Entscheidungen erschwert.

LITERATURSPIEGEL

Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers - insbesondere in der Lebensversicherung

Mit dem neuen VVG wurden die Anforderungen des Versicherers an Information und Beratung der Versicherungsnehmer gegenüber der bis dahin geltenden Gesetzeslage erweitert. Gemäß § 7 Abs. 1 VVG hat der Versicherer dem

Versicherungsnehmer rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung bestimmte Informationen mitzuteilen. Diskutiert wird seither, wie das Kriterium der Rechtzeitigkeit zu verstehen ist, ob die Möglichkeit des Informationsverzichts mit EU-Recht vereinbar ist und ob die VVGInfoVO von der Ermächtigungsgrundlage des § 7 Abs. 2 VVG gedeckt ist. **Brömmelmeyer** widmet sich in seinem Beitrag in Heft 13/2009 der Zeitschrift **Versicherungsrecht** diesen und weiteren Fragestellungen. Einen Schwerpunkt des Beitrags bilden die Informationspflichten in der Lebensversicherung. Dort geht es um Kostentransparenz, Überschussbeteiligung, Rückkaufwertberechnungen und Möglichkeiten der Beitragsfreistellung und Beitragsherabsetzung.

* * *

Die „Schriftformfalle“ des § 550 BGB

Gemäß § 550 BGB bedürfen Mietverträge, soweit sie länger als ein Jahr gelten sollen, der Schriftform. Bei Nichtbeachtung des Formerfordernisses gilt der Mietvertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen und kann ordentlich gekündigt werden. **Bittner** befasst sich seinem Beitrag in Heft 5/2009 der Zeitschrift **Der Miet-Rechts-Berater** mit den rechtlichen Voraussetzungen und Auswirkungen dieses Schriftformerfordernisses. Behandelt werden der Anwendungsbereich der Norm, die Voraussetzungen der gesetzlichen Schriftform, das Problem der verspäteten Annahme des Vertragsangebotes und schließlich die Rechtsfolgen des Formverstößes. Trotz der

inzwischen etwas aufgelockerten BGH-Rechtsprechung sollte bei der Einbindung von Anlagen kein Risiko eingegangen werden. Sämtliche Anlagen sollten unterzeichnet und mit einem inhaltlichen Verweis auf die Haupturkunde versehen werden. Idealerweise sollte auch die Haupturkunde einen Verweis auf die betreffenden Anlagen enthalten. Sogenannte Vorsorge- oder Nachholungsklauseln hält Bittner für bedenklich, auch wenn diese Rechtsfrage vom BGH bislang noch nicht entschieden worden ist.

* * *

Hinweisbekanntmachungen - Neue Divergenz im Prospektrecht

Seit dem 25.12.2008 ist für Emittenten von Wertpapieren die Verpflichtung entfallen, sog. Hinweisbekanntmachungen über die Veröffentlichung von Prospekten und Nachträgen in überregionalen Börsenpflichtblättern zu schalten. Für die Anbieter von Vermögensanlagen besteht diese Verpflichtung fort. Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 VerkProspG ist im Falle der Bereithaltung des Verkaufsprospekts einer Vermögensanlage im Sinne des § 8f Abs. 1 VerkProspG bei einer zuvor vom Anbieter benannten Zahlstelle eine Bekanntmachung in einem überregionalen Börsenpflichtblatt über diesen Umstand zu tätigen. Dies gilt auch für evtl. Nachträge zum Prospekt (vgl. § 11 Satz 1 VerkProspG).

Jäger und **Maas** thematisieren in ihrem Beitrag in Heft 17/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** den Zweck der

Hinweisbekanntmachungen und die aktuell geschaffene Divergenz in den formalen Veröffentlichungspflichten. Die Autoren werfen die Frage auf, ob der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung die Vermögensanlagen „vergessen“ hat. Es sei jedenfalls nicht nachvollziehbar, warum Vermögensanlagen im Sinne des Verkaufsprospektgesetzes einer stärkeren Regulierung unterliegen sollen. Im Vergleich zu Wertpapieren stelle sich die Frage, wann der Gesetzgeber auch die Anbieter von Vermögensanlagen von der Verpflichtung der Hinweisbekanntmachung befreit. Die Verpflichtung sei sowohl kostspielig als auch von fraglichem Nutzwert.

* * *

Haftung für den Verkauf von Zertifikaten - Der Fall Lehman Brothers

Der Fall Lehman Brothers ist zwar nur einer von vielen Fällen, in denen Anleger, die ihr Geld in Zertifikaten anlegten, enorme Verluste bis hin zum Totalverlust erlitten haben. Lehman ist jedoch ein besonders spektakulärer Fall, denn Lehman galt bis zum Zeitpunkt der Insolvenzanmeldung am 15.09.2008 als eine der renommiertesten Investmentbanken weltweit. In den letzten Monaten ließen zahlreiche Anleger schon prüfen, inwieweit Klagen mit dem Vorwurf der Falschberatung Aussicht auf Erfolg hätten. **Witte** und **Mehrbrey** zeigen in ihrem Beitrag in Heft 16/2009 der Zeitschrift **ZIP** auf, welche wesentlichen materiell-rechtlichen Fragen bei derartigen Schadenersatzansprüchen zu beachten sind. Zentraler Ansatzpunkt für die Geltendmachung eines Ersatzanspruches ist

der Vorwurf der positiven Vertragsverletzung (pVV) des Beratungsvertrages gem. § 280 Abs. 1, § 675 Abs. 1 BGB wegen Verstoßes gegen Aufklärungs- und Beratungspflichten. Die Autoren gehen auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale ein (Pflichtverletzung der beratenden Bank, Beachtung der Grundsätze der anleger- und anlagegerechten Beratung, Pflichtverletzung durch unterlassene oder nicht hinreichende Hinweise auf das Emittentenrisiko, Pflichtverletzung durch unterlassene oder fehlerhafte Informationen nach Zertifikatserwerb, Pflichtverletzung wegen nicht erfolgter Offenlegung von Rückvergütungen und zur Darlegungs- und Beweislast für die Pflichtverletzung). Sodann geht es um die Frage des Vertretenmüssens, des Schadens, des Mitverschuldens und um Verjährungsfragen. Die Autoren warnen davor, dass die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen ein Selbstläufer sei. Sie halten dies genau umgekehrt für einen sehr steinigen Weg und kritisieren, dass die mediale Darstellung der Rechtslage die realistischen Chancen gerichtlicher Anspruchsdurchsetzung nicht immer zutreffend widerspiegelt.

KURZ UND BÜNDIG

Nachher ist man immer schlauer - Verdeckte Fondsmechanismen und kriminelles Handeln Dritter als angebliche Vermittler- bzw. Beraterhaftung

Anlagevermittler und erst Recht Anlageberater sind ihren Kunden gegenüber, denen sie eine

Beteiligungsmöglichkeit offerieren, aufklärungspflichtig. Der Vermittler muss ein zutreffendes Bild über die angebotene Anlage abgeben und der Berater schuldet darüber hinaus die sachkundige Bewertung unter Berücksichtigung des Anlagehorizontes und der Erwartungshaltung des Kunden. Entwickelt sich eine Beteiligung anders als erwartet, ist es oft nur ein kurzer Schritt, den Vermittler oder Berater an den Pranger stellen zu wollen. **Duncker** und **Hofstätter** widmen sich in einem **kmi-Spezial** (Beilage zu Heft Nr. 18/09) der Tatsache, dass man hinterher zwar immer schlauer ist, der entscheidende Gesichtspunkt aber der ist, was man zum Zeitpunkt der Empfehlung wissen konnte. Anhand von Beispielfällen aus der Praxis und unter Hinzuziehung der Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte werden die entscheidenden Voraussetzungen aufgezeigt, die für eine Haftungsbejahung erfüllt sein müssen. Eine Haftung der Vermittler und Berater für das kriminelle Verhalten Dritter besteht grundsätzlich nicht.

* * *

Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)

Im Rahmen der Modernisierung des GmbH-Rechts wurde im vergangenen Jahr mit der „Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ eine Sonderform der GmbH geschaffen. Sie soll durch einen Verzicht auf ein (nennenswertes) Mindeststammkapital zum einen den Unternehmensgründern entgegenkommen. Sie soll auf der anderen Seite eine Alternative zur

englischen „Limited“ darstellen. **Weber** stellt in seinem Beitrag in Heft 17/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** die dogmatische Struktur der gesetzlichen Regelung dieser GmbH-Variante im Überblick dar. Sodann werden die Zusammenhänge zwischen GmbH und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) verdeutlicht. Der Autor zieht das Fazit, dass die neu eingeführte Gesellschaft eine zügig und kostengünstig zu gründende und einfach zu handhabende Gesellschaft ist, die ihren Gesellschaftern die Vorteile der Haftungsbeschränkung gewährt. In nur einem einzigen Paragraphen (§ 5a GmbHG) ist die Unternehmergesellschaft zusammengefasst und soll auch für weniger geschäftserfahrene Kleinunternehmer und Existenzgründer gut steuerbar sein. Anfang April 2009 gab es bereits über 7.000 derartiger Unternehmergesellschaften in Deutschland.

Die Zulässigkeit einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG auch bei Gewinnausschluss zu Lasten der Komplementärin

Nur wenige Monate nach Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurde bereits von der nunmehr möglichen Rechtsform der UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG in der Praxis Gebrauch gemacht. Derzeit herrscht noch Unsicherheit darüber, ob die für die GmbH & Co. KG verwendeten gesellschaftsvertraglichen Regelungen auf die UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG direkt

übertragen werden können. **Kock, Vater** und **Mraz** widmen sich in Heft 17/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** dieser Frage und untersuchen insbesondere die sich anschließende Frage nach dem Gewinn im Sinne von § 5a Abs. 3 GmbHG. Nach Ansicht der Autoren kann im KG-Vertrag eine Gewinnbeteiligung der Komplementärin ausgeschlossen werden. § 5a Abs. 3 GmbHG stehe dem nicht entgegen, denn die von der KG an die UG (haftungsbeschränkt) zu zahlende Pauschale stelle einen Gewinn im Sinne der Rechtsvorschrift dar. Darüber hinaus müsse der Zweck des Unternehmens der „Mini-GmbH“ ebenso wie bei der GmbH nicht auf Erwerb gerichtet sein.

Aktuelle Entwicklungen im Architektenrecht

In Heft 10/2009 der Zeitschrift **MDR** stellt **Schmeel** aktuelle Entscheidungen im Bereich des Architektenrechts vor. Schwerpunkte des Beitrages sind das Zustandekommen und die Beendigung des Architektenvertrages, die HOAI sowie Haftungsfragen. Im Bereich der Haftung geht es u.a. darum, dass eine vom Architekten einzuholende Baugenehmigung bestandssicher sein muss, um die Frage, wer das Planungsrisiko trägt, die Pflicht zur Überprüfung der Massen von Angeboten und um Planungsfehler bei der Ausführungsplanung. Ist ein Architekt nur beauftragt, als Bausachverständiger die rechtsgeschäftliche Abnahme des Gemeinschafts- und des Sondereigentums vorzubereiten, so schuldet der Architekt nur eine Sichtprüfung und ohne spezielle

Mängelrügen keine Substanzeingriffe und Bauteilöffnungen (beispielsweise, um Dämmungen und Abdichtungen überprüfen zu können).

* * *

Die Darlegungs- und Beweislast bei § 172 Abs. 1 BGB - Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 23.09.2008, XI ZR 262/07 (fehlgeschlagene Immobilieninvestition)

Zahlreiche Anleger, die sog. Schrott-Immobilien erworben haben, versuchen, die finanzierende Bank „mit ins Boot“ zu nehmen und berufen sich darauf, bei Abschluss des Finanzierungsvertrages nicht wirksam bevollmächtigt gewesen zu sein. Banken berufen sich in diesen Fällen regelmäßig auf eine Rechtsscheinhaftung nach § 172 Abs. 1 BGB. Die Rechtsscheinhaftung setzt voraus, dass der Bank bei Abschluss des Darlehensvertrages eine Urschrift oder notarielle Ausfertigung der Vollmacht vorgelegen hat. Auf Darlegungs- und Beweislastregeln, die in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen, geht **Stöhr** in seinem Beitrag in Heft 10/2009 der Zeitschrift **MDR** ein. Stöhr kritisiert die neuere Rechtsprechung des BGH, aufgrund derer der Anleger darlegen und beweisen muss, dass der Bank im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine Vollmachtsausfertigung vorlag.

* * *

Musterhafte Widerrufsbelehrung - Neuerungen und kein Ende

Bei vielen Geschäften, die ein Unternehmer mit einem Verbraucher schließt und die außerhalb des Ladengeschäfts zustande kommen, ist dem Verbraucher ein Widerrufsrecht einzuräumen. Der Gesetzgeber hat eine Musterbelehrung geschaffen und in § 14 Abs. 1 BGB-InfoV festgeschrieben, dass die Belehrung über das Widerrufsrecht den Anforderungen nach § 355 Abs. 2 BGB und den diesen ergänzenden Vorschriften des BGB genügt. Diese Privilegierung hat offenbar zu einem sprunghaften Anstieg der Verwendung der Musterbelehrung in der Praxis geführt. **Schirmbacher** befasst sich in seinem Beitrag in Heft 21/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** mit den geplanten Änderungen des Verbraucherwiderrufsrechtes, insbesondere mit den Neuerungen der Muster-Widerrufsbelehrung.

* * *

Zur Hinweispflicht eines Anlageberaters über negative Berichterstattung der Wirtschaftspresse - Kommentar zum BGH-Urteil vom 05.03.2009 - III ZR 302/07

Unzicker bespricht in Heft 21/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** die jüngste BGH-Entscheidung zur Hinweispflicht eines Anlageberaters über negative Berichterstattung der Wirtschaftspresse. Vom Grundsatz begrüßt er die Entscheidung, wenngleich er das Postulat, dass ein Anlageberater über zeitnahe und gehäufte Berichte in der Börsen-Zeitung, der Financial Times Deutschland, dem Handelsblatt und der

FAZ unterrichtet sein müsse, für willkürlich erachtet. Dies widerspreche dem Grundsatz, dass die Zusammenstellung des Informationsprogrammes grundsätzlich im Ermessen des Anlageberaters steht. Unzicker weist darauf hin, dass es nach dieser Entscheidung auch ohne Belang ist, ob die Anlageberatung durch eine Bank oder durch einen freien Anlageberater erfolgt. Für die Praxis bedeutet dies, dass sämtliche Anlageberater - auch solche, die keine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG besitzen - die gleichen Nachforschungs- und Hinweispflichten treffen. Des Weiteren bemisst sich die Frage der Hinweispflicht auch an der Aktualität der Berichterstattung (wurde beispielsweise schon vor längerer Zeit ein Vorgängerprodukt desselben Emittenten negativ bewertet, muss darauf bei einem Nachfolgeprodukt mit anderem Investitionsgegenstand nicht hingewiesen werden).

Zu weit reicht jedoch die Forderung, eine Hinweispflicht auf negative Presseberichte generell zu verneinen, wenn diese zum Zeitpunkt des Beratungsgesprächs älter als sechs Monate sind. Unabhängig vom Alter eines Berichtes kommt es auf die Gesamtschau und die Beachtung des Grundsatzes an, dass sich ein Anlageberater aktuelle Informationen über das Anlageobjekt verschafft, welches er empfehlen will.

IN EIGENER SACHE

Wir informieren Sie nicht nur im Rahmen dieses Newsletters über aktuelle Entwicklungen und Trends, sondern auch auf Seminarveranstaltungen. Herr Rechtsanwalt Werner Klumpe referiert am **10.06.2009** in Hamburg zum von Ratingwissen in Verbindung mit Fonds & Co. veranstalteten Seminar zum Thema **„Offenlegung von Provisionen - Rechtslage - Lösungsmöglichkeiten“**.

Am **23.06.2009** geht es - ebenfalls vom Veranstalter Ratingwissen in Kooperation mit Fonds & Co. - in München um das Thema **„Prospektierung“** und am **01.07.2009** in Berlin um (Veranstalter dieses Seminars ist die Berliner Immobilienrunde) das Thema **„Rechtliche Rahmenbedingungen und Risiken für Fondsgeschäftsführer und Treuhänder - Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen - Durchführung von Gesellschafterversammlungen“**.

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