



**Der Markt für Kapitalanlagen - Advent, Advent, ein Lichtlein brennt ...**

**Newsletter 12/2009**

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

mit der Adventszeit sind die unterschiedlichsten Traditionen und Gebräuche verbunden. Für die Christenheit ist es die Vorbereitung auf das Weihnachtsfest. Die Kinder freuen sich über Adventskalender und nicht weniger typisch ist das Zubereiten von Weihnachtsgebäck oder dem Christstollen. Der Einzelhandel erhofft sich volle Geschäfte und auch für die Emittenten von Kapitalanlageprodukten sind die letzten vier Wochen des Jahres häufig die umsatzstärksten. Speziell für die Branche der geschlossenen Fonds war das Jahr 2009 von teils starken Einschnitten und Rückschlägen geprägt. Die Umsätze dürften am Ende bei rund der Hälfte des Vorjahres liegen. Die Gürtel müssen vielerorts enger geschnallt werden. Wagt man einen Blick in die Zukunft, dürfte es zu einer stärkeren Regulierung auch der geschlossenen Fondsbeteiligungen kommen. Es bleibt zu hoffen, dass dies mit Augenmaß geschieht.

Betrachtet man Gewinner und Verlierer innerhalb der verschiedenen Anlagefelder bei geschlossenen Fondsbeteiligungen, gehört die Anlageklasse Immobilien zum Gewinner des Jahres 2009. Unter dem Aspekt einer möglichen Inflation dürfte die Bedeutung auch in den nächsten Jahren eher noch steigen.

Einzelimmobilien stellen aufgrund eines hohen Kapitaleinsatzes und der Notwendigkeit einer professionellen Verwaltung für die meisten

Investoren keine Alternative gegenüber mittelbaren Beteiligungen dar. Es kann auch erwartet werden, dass sich die Anlageklassen „offener Immobilienfonds“ und „geschlossener Immobilienfonds“ angleichen werden. Dass auch bei offenen Fonds die tagtägliche Verfügbarkeit keineswegs gegeben ist, zeigen die neuerlichen Schließungen von DEGI International und AXA-ImmoSelect.

Wir wünschen Ihnen von hier aus, dass Sie trotz aller Hektik im Jahresendgeschäft auch die Zeit haben werden, um die Lichtlein am Adventskranz und Weihnachtsbaum genießen zu können. Damit weder Kranz noch Baum bei Ihnen Feuer fangen, stehen wir Ihnen mit kompetenter Unterstützung zur Verfügung, nicht nur in der Adventszeit, sondern Tag für Tag!

Wir wünschen Ihnen, unseren engagierten Lesern und natürlich auch Ihren Familien und Angehörigen schon heute ein schönes Weihnachtsfest.

Bei all denen, die uns mitgeteilt haben, wie wir die Lesequalität des Newsletters verbessern können, möchten wir uns ebenfalls noch einmal bedanken. Wir planen einige Neuerungen. Lassen Sie sich überraschen!

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

### Rechtsprechungsspiegel

- Haustürgeschäfte-Richtlinie auf den Beitritt zu einem GbR-Immobilienfonds nicht anwendbar
- Zur Frage der Wirksamkeit eines Hausverbotes, welches eine Wohnungseigentümersversammlung ausgesprochen hat
- Zu den Voraussetzungen für eine Mitwirkung einer finanzierenden Bank an Falschangaben des Emittenten und Gründungsgesellschafters
- Zur Frage der Kausalitätsvermutung bei mangelhafter Aufklärung über eine Innenprovision
- Zur Frage der Abgrenzung von rechtsberatender Tätigkeit zu bloßer Annex-Tätigkeit bei wirtschaftlicher Interessenwahrnehmung
- Prospekt, Prospektfehler und Beraterhaftung
- Erhebung von Schätz- oder Besichtigungsgebühren in Banken-AGB gegenüber Privatkunden unwirksam
- Kein Anspruch eines Mieters auf Mietschuldenfreiheitsbescheinigung
- Herausgabeanspruch der Untermiete nach Kündigung des Hauptmietverhältnisses
- Unwirksame Provisionsklausel in einem Handelsvertretervertrag
- Zur Frage eines Abtretungsverbotes und der Unpfändbarkeit von Altersrenten
- Heilung einer unwirksamen ALB-Regelung zum Rückkaufswert
- Zu den Voraussetzungen der steuerrechtlichen Qualifizierung als gewerblicher Grundstückshändler

### Gesetzgebungsspiegel

- Zur Reform der Erbschaftsteuerreform

### Literaturspiegel

- Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2007
- Die neue Sicherungsgrundschuld - Die Beschränkungen des Zugriffs der Banken beim Immobiliarkredit
- Geschäftliche Aktivitäten in der Wohnung
- Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen

### Kurz und bündig

- Ausgewählte Aspekte des neuen BMF-Schreibens zum Investment-Steuergesetz
- Probleme der Rechnungslegung von Real-Estate-Investment-Trusts (REITs)
- Mängelhaftung in der mietfreien Zeit
- Die Entwicklung des Bauträgerrechts sowie des Architekten- und Ingenieurrechts der Jahre 2008 und 2009
- Die private Unfallversicherung - Aktuelles aus Rechtsprechung, Praxis und VVG-Reform
- Die Vermietung an Wohngemeinschaften
- Umwandlung notleidender Darlehensforderungen in Eigenkapital unter Einsatz von Zweckgesellschaften
- Brüsseler Spitze gegen geschlossene Fonds
- Unternehmenstransaktionen und betriebliche Altersversorgung
- Besteuerung von Erträgen aus Lebensversicherungsverträgen - BMF-Schreiben vom 01.10.2009 -IVC1-2252/07/0001
- Die neuere OLG-Rechtsprechung zu Rückgriffsansprüchen gegen mittelbar beteiligte Kapitalanleger

### Entscheidung des Monats

- Hat der BGH den Rückwärtsgang eingelegt? Welche Konsequenzen sind aus dem Urteil vom 27.10.2009, XI ZR 337/08 zu ziehen?

**RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL**

**Haustürgeschäfte-Richtlinie auf den Beitritt zu einem GbR-Immobilienfonds nicht anwendbar** (EuGH GA, Schlussanträge vom 08.09.2009, -C-215/08)

Mit Beschluss vom 05.05.2008 hat der BGH dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: Einmal soll geklärt werden, ob auf den Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer GbR die Bestimmungen der Richtlinie 85/577 anwendbar sind. Des Weiteren stellte der BGH die Frage, ob die Bestimmungen der Richtlinie der deutschen Rechtsprechung entgegenstehen, wonach der Verbraucher aus einem geschlossenen Immobilienfonds nur mit Wirkung ex nunc austreten kann.

Die Generalanwältin Verica Trstenjak schlägt dem EuGH vor, die vom BGH vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Art. 1 I der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass er auf den Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer GbR nicht anwendbar ist.
2. Für den Fall, dass der Gerichtshof entscheidet, dass die Richtlinie 85/577 auf den Beitritt des Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds

in Form einer GbR anwendbar ist: Art. 5 II der Richtlinie 85/577 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen richterrechtlichen Regelung nicht entgegensteht, wonach ein Verbraucher im Fall des Austritts aus einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts einen auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Austritts (ex nunc) berechneten Anspruch gegen den Fonds auf sein Auseinandersetzungsguthaben erhält, was dazu führen kann, dass ihm beim Austritt ein niedrigerer Betrag als der von ihm in den Fonds eingebrachte erstattet wird oder aber dass er verpflichtet ist, einen Anteil am Verlust des Fonds zu tragen.

**§ § §**

**Zur Frage der Wirksamkeit eines Hausverbotes, welches eine Wohnungseigentümerversammlung ausgesprochen hat** (BVerfG, Beschl. v. 06.10.2009, 2 BvR 693/09)

Die Verfassungsbeschwerde betrifft ein Hausverbot, welches eine Wohnungseigentümerversammlung gegen den Besucher einer Wohnungseigentümerin ausgesprochen hat. Beschwerdeführerin ist die Wohnungseigentümerin, die psychisch erkrankt ist. Dies geht mit Weinen, Schreien und Hilferufen einher. Mehrere der übrigen Wohnungseigentümer fühlen sich seit Jahren durch die Wohnungseigentümer und ihren Lebensgefährten in ihrer Nachtruhe gestört.

Dem Lebensgefährten war daraufhin durch einen Beschluss der Eigentümerversammlung ein Hausverbot erteilt worden.

Ein Eingriff in das Eigentumsrecht der Wohnungseigentümerin lag vor. Im nächsten Schritt war zu prüfen, ob ein rechtfertigender Grund für ein solches Hausverbot vorliegt. Das Bundesverfassungsgericht weist darauf hin, dass der Konflikt nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz fallbezogen zu lösen ist. Der Anspruch aus § 1004 BGB auf Unterlassung erstreckt sich nicht auf das Verbot eines bestimmten Verhaltens. Dem Störer muss grundsätzlich selbst überlassen bleiben, welche Mittel er einsetzt, um den Anspruch zu erfüllen. Im vorliegenden Fall war nicht einmal ersichtlich, ob die Wohnungseigentümer den Lebensgefährten der Beschwerdeführerin zur Einhaltung der nächtlichen Ruhe aufgefordert hatten. Erst wenn eine solche Aufforderung ohne Erfolg geblieben sei und keine anderen Maßnahmen Erfolg versprechen, könne ein Hausverbot nach verfassungsrechtlichen Maßstäben in Betracht kommen, wobei dann eine Beschränkung auf die nächtliche Ruhezeit naheläge.

### § § §

**Zu den Voraussetzungen für eine Mitwirkung einer finanzierenden Bank an Falschangaben des Emittenten und Gründungsgesellschafters** (BGH, Urt. v. 29.09.2009, XI ZR 179/07)

Verschiedene Anleger hatten sich an einem geschlossenen Immobilienfonds in Rechtsform

einer GbR beteiligt. Nach den Angaben im Emissionsprospekt sollten die Anleger nur quotaal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung haften. Ferner fand sich im Prospekt zur Haftung der Gesellschafter der Satz, dass zunächst das Grundstück insgesamt haftet, soweit Gläubiger durch Grundpfandrechte gesichert sind (Hervorhebung diesseits). Der Gründungsgesellschafter und Verantwortliche des Emissionshauses war bereits in einem gesonderten Verfahren zum Schadenersatz verurteilt worden. Nach den Feststellungen in diesem anderen Verfahren hatte er die Anleger darüber getäuscht, dass sie nicht lediglich subsidiär nach Verwertung des Fondsobjektes für die Rückzahlung der Objektfinanzierungsdarlehen haften, sondern unmittelbar persönlich. Durch den Gebrauch des Wortes „zunächst“ sei der falsche Schluss nahegelegt worden, dass im Falle von Zahlungsrückständen das persönliche Vermögen der Gesellschafter von Vollstreckungsmaßnahmen der Bank erst einmal nicht betroffen sei. Die Formulierung wecke beim Adressaten des Prospektes die Erwartung, dass das Risiko einer persönlichen Inanspruchnahme erst dann drohe, wenn die Gesellschaft als solche in Liquidation gerate und das Grundstück verwertet worden sei (also lediglich eine subsidiäre Haftung bestehe). Nach den Darlehensverträgen, für die die Kläger persönlich hafteten, war dies jedoch nicht der Fall.

Im vom BGH zu entscheidenden Fall ging es um die Frage, ob sich die finanzierende Bank den Anlegern gegenüber schadenersatzpflichtig gemacht hat.

Vertragliche Aufklärungspflichten der Bank wurden verneint. Der Finanzierungsvertrag zum Zwecke der Objektfinanzierung war zwischen einer externen Geschäftsführerin des Fonds geschlossen worden. Diese war nicht aufklärungsbedürftig. Die Anleger hatten aber auch vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die finanzierende Bank die subsidiäre Haftungsregelung erkannte, darauf hingewiesen habe, sie könne sie nicht akzeptieren und gleichwohl von einer Änderung bzw. Klarstellung abgesehen worden ist. Würden diese Umstände zutreffen, hätte die Bank an der Täuschung des Gründungsgesellschafters mitgewirkt. Dann hätte sie sich aber auch planmäßig und bewusst an der Täuschung der Anleger beteiligt und schadenersatzpflichtig gemacht. Sie durfte zwar darauf bestehen, dass die Gesellschafter unmittelbar persönlich hafteten. Sie durfte sich aber nicht an einer Täuschung der Anleger über den Umfang ihrer Haftung beteiligen. Die Sittenwidrigkeit einer Falschangabe, die erkennbar für die Entschließung der Anleger von Bedeutung ist, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie in Verfolgung eigener Interessen in dem Bewusstsein einer möglichen Schädigung der Anleger abgegeben wird.

Weil noch weitere Feststellungen zu treffen waren, hob der BGH das die Klage gegen die Bank abweisende Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurück.

§ § §

**Zur Frage der Kausalitätsvermutung bei mangelhafter Aufklärung über eine Innenprovision** (LG Potsdam, Urt. v. 29.07.2009, 8 O 427/08; gegen BGH, Urt. v. 12.05.2009, XI ZR 586/07)

In diesem vom Landgericht Potsdam entschiedenen Rechtsstreit hatte ein Bankkunde seiner Bank, die ihn im Zusammenhang mit dem Erwerb von Lehman-Zertifikaten beraten hatten, u.a. vorgeworfen, dass die Bank nicht über die ihr zugeflossenen Innenprovisionen aufgeklärt habe. Dies war strittig, konnte nach Ansicht des Gerichts aber letztendlich dahinstehen, denn das Gericht vertrat die Ansicht, dass die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens im Falle der mangelnden Aufklärung über eine Innenprovision nicht greife. Die Kausalitätsvermutung setze voraus, dass es für den anderen Teil vernünftigerweise nur eine bestimmte Möglichkeit der Reaktion auf die Aufklärung gibt und die Möglichkeit eines Entscheidungskonflikts ausscheidet. Im Fall der Offenlegung der Provisionen gebe es jedoch, sofern sie sich im üblichen Rahmen bewegen, für den Anleger mehrere, ernsthaft in Betracht kommende Möglichkeiten der Reaktion: Der Anleger kann die Anlage ablehnen, trotz der Provision erwerben oder versuchen, die Provision zu verhandeln. Da der Anleger nicht vorgetragen hatte, dass er bei gehöriger Aufklärung über die Innenprovision die Anlage abgelehnt hatte, sah das Gericht eine kausale Pflichtverletzung als nicht gegeben an. Soweit der Anleger einen Beratungsfehler des Weiteren darin sah, dass ihm das Lehman-Zertifikat trotz angeblicher Warnhinweise von Ratingagenturen und in der

Presse sowie einer schlechten wirtschaftlichen Lage der Emittentin und des Mutterhauses empfohlen worden sei, konnte das Gericht auch eine solche Verfehlung nicht erkennen. Aus den vom Anleger vorgelegten Unterlagen sei eine entsprechende und von der Bank ggf. zu beachtende negative Presse nicht ersichtlich. Da der Anleger den ihm zu erbringenden Beweis einer Pflichtverletzung nicht erbracht hatte, wurde seine Schadenersatzklage abgewiesen.

### § § §

**Zur Frage der Abgrenzung von rechtsberatender Tätigkeit zu bloßer Annex-Tätigkeit bei wirtschaftlicher Interessenwahrnehmung** (BGH, Urt. v. 30.06.2009, XI ZR 291/08)

Eine Anlegerin hatte einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die über keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügte, einen Treuhandauftrag erteilt und diese bevollmächtigt, den mittelbaren Beitritt zur Fondsgesellschaft zu erklären und zur Finanzierung der Einlageverpflichtung ein Darlehen aufzunehmen. Die Anlegerin war der Ansicht, bei Abschluss des Darlehensvertrages und auch bei der Erklärung des Fondsbeitritts nicht wirksam vertreten worden zu sein. Treuhandvertrag und Vollmacht seien wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Die Anlegerin forderte von der Bank (die im Laufe des Rechtsstreits insolvent wurde) die Rückzahlung von Zins- und Tilgungsraten.

Der BGH verneinte einen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz. Da angesichts der rechtlichen Durchdringung nahezu aller Lebensbereiche eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft sei, sei für die Frage, ob eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne von Art. 1 § 1 RBerG vorliegt, nicht allein auf die rechtliche Form einer Tätigkeit, sondern auf ihren Kern und Schwerpunkt abzustellen. Es geht mit anderen Worten um die Frage, ob die Tätigkeit über wiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht.

Bezweckt eine Vollmacht oder der in einem Treuhandvertrag enthaltene Auftrag nicht den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichem Beratungsbedarf, sondern beschränkt sich auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und die Aufnahme eines Finanzierungsdarlehens, handelt es sich um die Wahrnehmung von im Wesentlichen wirtschaftlichen Belangen. Eine solche Vollmacht bzw. ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag verstoße nicht gegen Art. 1 § 1 RBerG.

Der BGH konnte dennoch noch nicht abschließend den Rechtsstreit entscheiden, da die Frage geklärt werden musste, ob der von der Anlegerin geschlossene Darlehensvertrag mit dem Fondsbeitritt ein verbundenes Geschäft bildet und mögliche unrichtige

Angaben im Fondsprospekt bzw. unrichtige Angaben des Vermittlers auf den Darlehensvertrag durchschlagen können. Für die Annahme eines verbundenen Geschäftes reicht es allerdings nicht aus, dass der abgeschlossene Darlehensvertrag der Finanzierung der Fondsbeteiligung gedient hat. § 9 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG fordert darüber hinaus, dass Beteiligungs- und Darlehensvertrag als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind.

### § § §

**Prospekt, Prospektfehler und Beraterhaftung** (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 27.05.2009, 23 U 212/07 nrkr., Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH unter II ZR 137/09)

Anleger eines geschlossenen Immobilienfonds nehmen die Gründungsgesellschafter des Fonds wegen Prospektfehlern sowie Falschberatung des die Beteiligungen vermittelnden Anlageberaters in Anspruch. Das Gericht bejahte zwei Prospektfehler. Einmal enthielt der Prospekt keine Angaben zur Werthaltigkeit von Garantien (eine übernommene Bürgschaft sicherte nicht nur Ansprüche aufgrund einer Mietgarantie ab, sondern auch andere Forderungen). Des Weiteren war nicht deutlich beschrieben, welche Mittel nicht in die geplanten Investitionen fließen würden (Weichkosten). Deshalb wurde ein Anspruch unter Prospekthaftungsgesichtspunkten bejaht. Eine Haftung für etwaige Beratungsfehler des Anlageberaters wurde hingegen verneint, da der Anlageberater grundsätzlich nicht als

Erfüllungsgehilfe der Prospektverantwortlichen Bank anzusehen sei.

### § § §

**Erhebung von Schätz- oder Besichtigungsgebühren in Banken-AGB gegenüber Privatkunden unwirksam** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.11.2009, I-6 U 17/09)

Eine Volksbank hatte bei der Vergabe eines Immobiliendarlehens von einem Privatkunden eine „Schätz-/Besichtigungsgebühr“ erhoben. Die Verbraucherzentrale hatte gegen die Verwendung dieser Klausel geklagt.

Das OLG Düsseldorf hat die landgerichtliche Entscheidung bestätigt und entschieden, dass eine solche in den Banken-AGBs enthaltene Klausel einen Kunden unangemessen benachteilige und daher unwirksam sei. Die Klausel verstoße gegen den Grundsatz, dass Entgelte nur für vertragliche Leistungen verlangt werden dürften. Die Prüfung der vom Kunden angebotenen Sicherheiten - hier also die Schätzung und Besichtigung eines Beleihungsobjektes - erfolge nur im Interesse der Bank. So sei eine Bank nicht verpflichtet, die Gründe für die Bewilligung eines Kredits offenzulegen. Außerdem verlange die Bank selbst dann Schätzgebühren, wenn ein Kunde an einer Wertermittlung offensichtlich kein Interesse habe. Im Ausgangfall, der der Klage der Verbraucherzentrale zugrunde lag, hatte das mit den Schätzgebühren belastete Ehepaar der Bank vor Vertragsabschluss ein Wertgutachten übersandt, welches im Rahmen einer Erbaueinandersetzung erstellt worden war.

### § § §

**Kein Anspruch eines Mieters auf Mietschuldenfreiheitsbescheinigung** (BGH, Urt. v. 30.09.2009, VIII ZR 238/08)

Ein Mieter hatte von seinem ehemaligen Vermieter eine Bescheinigung über Mietschuldenfreiheit verlangt, die über eine Quittung für die erhaltenen Mietzahlungen hinausgeht. Der BGH hat einen solchen Anspruch abgelehnt. Er bestehe auch nicht als mietvertragliche Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB. Eine Verpflichtung zur Auskunft über das Bestehen oder Nichtbestehen von Mietschulden würde voraussetzen, dass der Mieter über Art und Umfang seiner Mietverbindlichkeiten im Ungewissen ist. Hieran fehle es, weil der Mieter unter Zuhilfenahme eigener Zahlungsbelege sowie der von dem Vermieter gem. § 368 BGB geschuldeten Quittungen ohne weiteres feststellen kann, ob alle mietvertraglich geschuldeten Zahlungen geleistet sind. Damit ist ein Mieter auch in der Lage, die Erfüllung seiner aus dem Mietvertrag folgenden Zahlungsverpflichtungen gegenüber einem potenziellen neuen Vermieter zu belegen.

**§ § §****Herausgabeanspruch der Untermiete nach Kündigung des Hauptmietverhältnisses** (BGH, Urt. v. 12.08.2009, XII ZR 76/08)

In der Praxis sind Fallkonstellationen nicht selten, in denen ein gewerblicher Zwischenmieter Flächen anmietet und anschließend versucht, diese zu einem höheren Mietzins weiterzuvermieten. Die Differenz ist manchmal beachtlich. Im vom

BGH entschiedenen Fall hatte ein Unternehmen ein gewerbliches Objekt für 1.000,00 € angemietet und für etwa 7.000,00 € monatlich weitervermietet. Nachdem das Hauptmietverhältnis gekündigt war, forderte der Insolvenzverwalter der insolventen Vermieterin vom Zwischenmieter die Herausgabe des Untermietzinses. Der BGH wies darauf hin, dass ab Beendigung des Mietverhältnisses der Zwischenmieter nicht mehr berechtigt sei, zu eigenen Gunsten Nutzungen aus der Mietsache zu ziehen. Mit Geltendmachung des Herausgabeanspruchs kann der Vermieter auch die Überlassung der aus der Mietsache gezogenen Nutzungen fordern (§§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB). Dabei kommt es nicht darauf an, welchen objektiven Mietwert die überlassene Sache hat. Auch über den objektiven Mietwert hinausgehende Erlöse sind damit abzuführen. Anders ist die Situation, wenn das Hauptmietverhältnis noch Bestand hat. Dann besteht kein Herausgabeanspruch auf die Erträge, weil es an einem Herausgabeanspruch hinsichtlich der Mietsache mangelt. Der Zwischenmieter ist zur Nutzung berechtigt.

**§ § §****Unwirksame Provisionsklausel in einem Handelsvertretervertrag** (BGH, Urt. v. 21.10.2009, VIII ZR 286/07)

In diesem vom BGH entschiedenen Rechtsfall ging es um die Klage eines Unterhandelsvertreters, der Provisionen forderte, die die Zeit nach Beendigung des Handelsvertretervertrages betrafen. Beklagte



war eine Handelsvertreterin, die für zwei Telekommunikationsunternehmen tätig war. Im Handelsvertretervertrag mit dem Untervertreter war formularvertraglich vereinbart, dass ein Anspruch auf Provision mit der Beendigung des (Unter-)Vertragsverhältnisses endet. Diese formularmäßige Provisionsausschlussklausel hielt einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand. Nach § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB hat der Handelsvertreter - und wegen § 84 Abs. 3 HGB auch dessen Untervertreter - Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind oder mit Dritten geschlossen werden, die er als Kunden für Geschäfte der gleichen Art geworben hat. Der Provisionsanspruch entsteht dabei aufschiebend bedingt bereits mit dem Abschluss des vermittelten Vertrages zwischen dem Unternehmer und dem Kunden. In diesem Zeitpunkt ist die Provisionsforderung nach Grund und Berechnungsfuß festgelegt (vorbehaltlich des § 87b Abs. 2 Satz 1 HGB). Eine anschließende Beendigung des Vertretervertrages beeinträchtigt diese Forderung nicht mehr.

Die Vorschrift des § 87b Abs. 3 HGB trifft keine Bestimmung für die Dauer einer Provisionszahlungspflicht, sondern legt nur - in Ergänzung zu den in Abs. 1 und 2 aufgeführten Berechnungsfaktoren - die Berechnungsweise für Provisionen bei Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsverträgen fest. Aus § 87b Abs. 3 Satz 2 HGB lässt sich keine zeitliche Begrenzung des Provisionsanspruchs eines

ausgeschiedenen Unterhandelsvertreters ableiten, der ein entsprechendes Dauerschuldverhältnis vermittelt hat.

Die Revision hatte die Wirksamkeit der Vertragsklausel auch noch darauf gestützt, dass „vergleichbare“ Provisionsausschlussklauseln gegenüber Versicherungsvertretern seit Jahrzehnten unbeanstandet Verwendung fänden. Der BGH wies darauf hin, dass er sich mit tatsächlich vergleichbaren Klauseln in Versicherungsvermittlerverträgen noch nicht befassen musste. In Verträgen, über deren Wirksamkeit zu befinden war, erfasste der Provisionsausschluss nicht sämtliche Ansprüche zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses. Ausdrücklich ausgenommen waren „noch fällig werdende Abschlussprovisionen aus eingereichten, aber noch nicht dokumentierten Anträgen“. Für eine geltungserhaltende Reduktion war ebenfalls kein Raum, so dass die in Form einer Stufenklage geltend gemachten Ansprüche des Unterhandelsvertreters zugesprochen wurden.

### § § §

**Zur Frage eines Abtretungsverbotes und der Unpfändbarkeit von Altersrenten** (BGH, Beschl. v. 27.08.2009, VII ZB 89/08)

Ein Gläubiger pfändete die Ansprüche der Schuldnerin aus einem Lebensversicherungsvertrag, aus dem diese seit 2003 eine Altersrente erhielt. Die Schuldnerin berief sich auf Unpfändbarkeit der Rentenansprüche gem. § 851c ZPO. Der BGH

stellte jedoch fest, dass nach § 400 BGB eine Forderung nicht abgetreten werden kann, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Dass eine Forderung nicht der Pfändung unterworfen ist, ist Voraussetzung für die fehlende Vergütungsbefugnis des Gläubigers. Ein Abtretungsverbot, das Voraussetzung für eine Unpfändbarkeit von Altersrenten ist, liegt nicht vor, wenn nach dem Versicherungsvertrag eine Abtretung erst mit der schriftlichen Anzeige durch den Berechtigten wirksam wird. Insoweit wird von der grundsätzlichen Abtretbarkeit und Verpfändbarkeit ausgegangen. Aus dem Rentenversicherungsvertrag ergab sich mithin keine Beschränkung der Abtretungs- und Verpfändungsbefugnis, so dass die Pfändung des Gläubigers wirksam war.

### § § §

**Heilung einer unwirksamen ALB-Regelung zum Rückkaufswert** (OLG Stuttgart, Urt. v. 27.09.2007, 7 U 64/07; veröffentlicht in R+S 11/2009, S. 474)

1. Der zur Unwirksamkeit führende Transparenzmangel von AVB zum Rückkaufswert bei vorzeitiger Vertragsbeendigung wird durch eine individuelle Aufklärung des VN geheilt, wenn diese einen Versicherungsverlauf vor oder bei Vertragsschluss erhält, dem die Rückkaufswerte für sämtliche Versicherungsjahre zu entnehmen sind. Das durch die beanstandeten Klauseln nebst dem dem Versicherungsschein beigefügte

Garantiewert entstandene Informationsdefizit über die wirtschaftlichen Nachteile bei vorzeitiger Vertragsbeendigung wird durch diesen Versicherungsverlauf ausgeglichen, der deutlich macht, dass in den ersten vier Versicherungsjahren nahezu kein Rückkaufswert zu erwarten ist.

2. Die Vereinbarung einer Verrechnung der Abschlusskosten mit den Beiträgen bei Beginn der Vertragslaufzeit benachteiligt den VN nicht unangemessen im Sinne des § 307 BGB und ist deshalb nicht unwirksam, weil diese Regelung nicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in unangemessener Weise abweicht.

### § § §

**Zu den Voraussetzungen der steuerrechtlichen Qualifizierung als gewerblicher Grundstückshändler** (BFH, Urt. v. 18.08.2009, X R 25/06)

Meist wehren sich Steuerpflichtige dagegen, wenn Objektveräußerungen die Finanzverwaltung dazu veranlassen, den Steuerpflichtigen als gewerblichen Grundstückshändler einzustufen. Im vom BFH am 18.08.2009 entschiedenen Fall war es genau umgekehrt: Der Steuerpflichtige beantragte mit Hinweis auf einen geplanten gewerblichen Grundstückshandel und hieraus zu erwartender Verluste die Eintragung eines Freibetrages auf seiner Lohnsteuerkarte. Die

zwei Wohnungen, die er im Veranlagungsjahr erworben hatte, seien die ersten Wohnungen, die er von Zeit zu Zeit kaufen und dann nach Möglichkeit kurzfristig wieder weiterveräußern wollte. Das Finanzamt hatte die Eintragung eines Freibetrages abgelehnt. Der BFH folgte - im Gegensatz zum Finanzgericht Hamburg - der Auffassung der Finanzverwaltung. Ein gewerblicher Grundstückshandel ist nicht allein deshalb anzunehmen, weil der Steuerpflichtige seine Tätigkeit selbst so beurteilt. Entscheidend ist vielmehr, ob sich aus objektiven Kriterien ergibt, dass sich der Steuerpflichtige wie ein Händler verhält. Dazu gehört, dass ein Steuerpflichtiger innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs mehr als drei Objekte im Sinne der 3-Objekt-Grenze kauft und verkauft oder wenn zumindest nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zweifelsfrei von vornherein eine unbedingte Veräußerungsabsicht des Steuerpflichtigen bestanden hat. In Zweifelsfällen ist maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie gewerblich geprägt sein, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist. Im konkreten Fall hatte sich der Steuerpflichtige nicht unmittelbar nach dem Kauf der beiden Eigentumswohnungen um deren Verkauf - sei es durch einen Makler oder sei es durch eigene Aktivitäten - bemüht. Erst nach der Klageerhebung hatte er einen Makler förmlich mit dem Nachweis von Verkaufsmöglichkeiten beauftragt. Die Wohnungen waren des Weiteren nicht kurzfristig fremdfinanziert und auch die Äußerungen gegenüber dem Bankberater, Freunden und anderen Personen, denen er von seiner Tätigkeit als

gewerblicher Grundstückshändler berichtete, führten nicht dazu, dass die Tätigkeit des Steuerpflichtigen steuerrechtlich auch tatsächlich als Gewerbebetrieb zu qualifizieren ist.

---

---

## GESETZGEBUNGSSPIEGEL

### Zur Reform der Erbschaftsteuerreform

Am 09.11.2009 wurde von den Fraktionen der CDU/CSU und FDP der Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) in den Bundestag eingebracht (BT-Drucksache 17/15 vom 09.11.2009). Das Erbschaftsteuergesetz soll geändert werden. Betroffen sind im Wesentlichen zwei Bereiche: Die Verschonungsregeln des § 13a ErbStG und die Steuersätze der Steuerklasse II.

Im unternehmerischen Bereich der Regelverschonung (85 % Befreiung) sieht die Vorlage eine Kürzung der Lohnsummenfrist von 7 auf 5 Jahre vor. Im Falle des Optionsmodells (100 % Befreiung) soll die Lohnsummenfrist von bisher 10 auf 7 Jahre reduziert werden.

Des Weiteren soll die Steuerbelastung für Geschwister und Geschwisterkinder durch einen neuen Steuertarif gesenkt werden. Es soll die gesamte Steuerklasse II geändert werden. Begünstigt sind auch Eltern im Falle der Schenkung, die Schwiegerkinder, Schwiegereltern und geschiedene Ehegatten.

---

---

## LITERATURSPIEGEL

### Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2007

Das im BGB verankerte Maklerrecht ist in nur wenigen gesetzlichen Bestimmungen geregelt (§§ 652 bis 656 BGB). Seit jeher werden maklerrechtliche Grundsätze durch die Rechtsprechung präzisiert und konkretisiert. **Fischer** gibt in Heft 44/2009 der Zeitschrift **NJW** einen Überblick über die Entwicklung des Maklerrechts seit 2007. Es geht um Fragen des Zustandekommens des Maklervertrages (grundsätzlich ist es Sache des Maklers, Unklarheiten aus dem Wege zu schaffen, was in der Regel nur durch ein ausdrückliches Provisionsverlangen hinreichend verlässlich geschehen kann), sodann um die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs (Nachweiseleistung bzw. Vermittlungsleistung), die Provisionshöhe und die Frage von Pflichtverletzungen bis hin zur Verwirkung des Maklerlohnanspruchs. In gesonderten Abschnitten geht es um die Tätigkeit des Versicherungsmaklers und der Ehe- und Partnerschaftsvermittlung. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal gilt nach weit verbreiteter Ansicht seit langem, dass der Maklerkunde spätestens bei Abschluss des Hauptvertrages Kenntnis von der Maklertätigkeit gehabt haben muss. Der BGH hat mit Urteil vom 04.06.2009 bestätigt, dass ein ordnungsgemäßer Nachweis die Unterrichtung des Maklerkunden über die entfaltete Maklertätigkeit erfordert. Der Erwerb eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung begründet mangels Hauptvertrags regelmäßig keine Provisionspflicht. Umstände, die einen wirksamen Abschluss des Hauptvertrages

verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen, schließen eine Provisionspflicht aus. Ist aber der Vertrag wirksam zustande gekommen, schadet ein nachträgliches Unwirksamwerden ohne rückwirkende Kraft grundsätzlich nicht. Der Provisionsanspruch des Maklers setzt weiter voraus, dass seine erbrachte Maklerleistung für den erfolgten Abschluss des Hauptvertrages ursächlich war, wobei Mitursächlichkeit bereits ausreicht. Ist ein Makler an der Vertragsgegnerin des vermittelten oder nachgewiesenen Geschäfts wesentlich beteiligt oder beherrscht die Vertragsgegnerin, liegt ein Fall der echten Verflechtung vor. Dann fehlt es regelmäßig am Zusammenwirken dreier Personen, was für die Bejahung einer Maklertätigkeit aber eine elementare Voraussetzung ist. In den Fällen der provisionshindernden Verflechtung zwischen Makler und Verkäufer kann gleichwohl eine Provision vereinbart werden und zwar als Vertrag zugunsten Dritter. Fischer zieht das Fazit, dass die Rechtsprechung die bisherigen systematischen Grundlagen im Wesentlichen bestätigt hat. Ob die für den Provisionsanspruch erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, hängt in erster Linie von den Umständen des Einzelfalls ab. Deren Gewichtung und Würdigung obliegt dem Tatrichter und nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfbarkeit durch den BGH.

\* \* \*

**Die neue Sicherungsgrundschuld - Die Beschränkungen des Zugriffs der Banken beim Immobiliarkredit**

Mit dem Risikobegrenzungs-gesetz versuchte der Gesetzgeber im Jahr 2008, den Schutz von Immobilienkäufern, „Häuslebauern“ und Mittelständlern als Kreditschuldern zu stärken. Zuvor hatte die Vertragspraxis der Banken die darlehensvertragliche Rückzahlungsforderung durch ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB überformt. Die gesicherte Forderung wurde vom Darlehensanspruch gelöst und in eine abstrakte Verbindlichkeit überführt. **Derleder** untersucht in seinem Aufsatz in Heft 47/2009 der Zeitschrift **ZIP** die Auswirkungen der geänderten gesetzlichen Bestimmungen auf die Vertragspraxis der Banken. Die Auswirkungen sind erheblich. Beispielsweise ist aufgrund des durch § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB zwingenden Erfordernisses einer Kündigung mit 6-monatiger Frist die bisher übliche materiell-rechtliche Abrede über die sofortige Fälligkeit der Grundschuld ebenso wie diejenige über den Verzicht auf den Nachweis der Kündigung unwirksam. Der Notar kann die einfache Vollstreckungsklausel für die Sicherungsgrundschuld bei Vertragsabschluss nur für die periodisch fälligen Zinsen und eine bereits fällige Nebenleistung erteilen. Hinsichtlich des Grundschuldkapitals kann er nur nach Prüfung des Zugangs der Kündigung die qualifizierte Vollstreckungsklausel erteilen, wobei er gleichzeitig mit dieser Prüfung den kalendermäßigen Vollstreckungsbeginn nach Ablauf der 6-Monatsfrist bestimmen kann.

Die Vollstreckungsgegenklage eines Schuldners ist bereits dann zulässig, wenn der Grundschuldgläubiger das Grundschuldkapital

kündigt, ohne dass die gesicherte Forderung fällig und Verwertungsreife eingetreten ist. Will der Grundschuldgläubiger nur wegen der dinglichen Zinsen aufgrund der insoweit möglichen sofortigen Fälligkeit und Vollstreckbarkeit vorgehen, tritt die Verwertungsreife analog § 1234 BGB erst nach entsprechender Androhung ein.

\* \* \*

### **Geschäftliche Aktivitäten in der Wohnung**

Mit Urteil vom 14.07.2009 (VIII ZR 165/08, vgl. unseren Newsletter 08-09/2009) hat der BGH Grundsätze für die berufliche Mitbenutzung einer Mietwohnung aufgestellt. Der BGH hat einen Weg gewählt, der im Einzelfall billige Ergebnisse ermöglicht, aber auch zu Schwierigkeiten bei der Vermietung von Eigentumswohnungen führen kann. **Schmid** befasst sich in seinem Beitrag in Heft 22/2009 der Zeitschrift **MDR** mit den Vorgaben des BGH aus miet- und wohnungseigentumsrechtlicher Sicht. Er weist noch einmal darauf hin, dass die Voraussetzungen, unter denen in der Wohnung berufliche Tätigkeiten ausgeübt werden können, eng sind. Mietvertragliche Regelungen seien zu empfehlen. Es ist nun Aufgabe der Rechtsprechung zum Wohnungseigentumsrecht, das Fehlen einer „nicht ganz unerheblichen Beeinträchtigung“ im Sinne des § 14 Nr. 1 WEG mit dem nicht „ins Gewicht fallenden Nachteil“ im Sinne der BGH-Rechtsprechung in Einklang zu bringen. Hier dürften in der Praxis auch die tatsächlichen Schwierigkeiten auftreten: Wann fällt ein Kundenverkehr ins Gewicht? Wie ist dies

festzustellen und nachzuweisen? Was passiert, wenn sich der Kundenverkehr intensiviert?

Schmid betont, dass auf den vom BGH erwähnten Einzelfall abgestellt werden muss, insbesondere auf die Störung von Mitbewohnern und die Inanspruchnahme des Aufzugs.

\* \* \*

### **Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen**

Der Ausgleichsanspruch eines Handelsvertreters ist häufig Anlass für hitzige und vehement geführte Rechtsstreitigkeiten. Die seit dem Jahr 1993 bestehende alte Fassung des § 89b Abs. 1 HGB forderte kumulativ drei Voraussetzungen, damit ein Ausgleichsanspruch entstehen konnte. Nach der seit 05.08.2009 geltenden Neufassung des § 89b Abs. 1 HGB steht nunmehr dem Handelsvertreter der Ausgleich zu, wenn und soweit

1. *der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit Neukunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat und*
2. *die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.*

**Thume** stellt in Heft 47/2009 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** die Neufassung des § 89b Abs. 1 HGB vor. Er beschreibt deren Reichweite und Folgen einschl. der prozessualen Pflichten. Die bisher landläufig vertretene Auffassung, dass der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters die Höhe der Provisionsverluste nicht übersteigen könnte, ist infolge der Rechtsänderung Geschichte geworden. Auch in den Bereichen des Vertragshändler- und Franchiserechtes wird die Gesetzesänderung Auswirkungen haben, die heute aber noch nicht in all ihren Verästelungen absehbar sind.

---

---

## **KURZ UND BÜNDIG**

### **Ausgewählte Aspekte des neuen BMF-Schreibens zum Investment-Steuergesetz**

Das BMF hat mit Schreiben vom 18.08.2009 sein Schreiben aus dem Jahr 2005 zu Zweifels- und Auslegungsfragen zum Investment-Steuergesetz (InvStG) aktualisiert (IV C 1-S-1980-1/08/10019, BStBl. I 2009, 931). Die Neufassung beinhaltet zum einen Anpassungen an die zwischenzeitlich mehrfach geänderte Gesetzeslage sowie diesbezügliche Klarstellungen, zum anderen aber auch einige neue Auffassungen zu einzelnen Vorschriften des InvStG. **Sradj, Schmitt** und **Krause** geben in ihrem Beitrag in Heft 45/2009 der Zeitschrift **DStR** einen Überblick über relevante Neu- und Übergangsregelungen.

\* \* \*

## Probleme der Rechnungslegung von Real-Estate-Investment-Trusts (REITs)

Real-Estate-Investment-Trusts sind steuertransparente Immobilien-Aktiengesellschaften. Ihre Rechtsgrundlage in Deutschland findet sich im REIT-Gesetz (REITG). Der Erfolg deutscher REITs ist bislang sehr bescheiden. Gründe sind einmal die strengen Strukturanforderungen, die zur Steuerbefreiung erfüllt werden müssen; zum anderen bringt die hohe Ausschüttungsverpflichtung die Innenfinanzierungskraft der Unternehmen in Gefahr. Das REITG regelt auch die Rechnungslegung des REIT. **Amort** zeigt in seinem Beitrag in Heft 21/2009 der **Zeitschrift für Immobilienrecht** Grundlagen der Rechnungslegung von REITs auf. Er weist darauf hin, dass die verschiedenen Rechnungslegungsvorschriften in Kontinental-Europa und im anglo-amerikanischen Rechtskreis in einem Spannungsfeld stehen. Das Anschaffungskostenprinzip steht der Zeitwertbilanzierung gegenüber. Da § 12 REITG auf IAS 40 verweist, müssen vom REIT als Finanzinvestition gehaltene Immobilien bereits im Jahresabschluss zum Fair-Value bewertet werden. Wird das Anschaffungskostenmodell für die Folgebewertung gewählt, muss trotzdem der Fair-Value im Anhang angegeben werden. Ein Zeitwert ist allerdings nur schwer ermittelbar, wenn Vermögenswerte nicht auf aktiven Märkten gehandelt werden. Es bestehen noch weitere Schwierigkeiten und Herausforderungen, auf die Amort in seinem Aufsatz eingeht.

\*\*\*

## Mängelhaftung in der mietfreien Zeit

Angebot und Nachfrage bestimmen den Preis und davorgeschaltet auch die Grundsatzfrage, ob überhaupt ein Vertrag abgeschlossen werden kann. Wenn Mietflächen leer stehen oder wenn es darum geht, attraktive Mieter zum Vertragsabschluss zu bewegen, wird nicht selten mit einer mietfreien Zeit geworben. Welche rechtlichen Konsequenzen hat es dann aber, wenn während der mietfreien Zeit ein Mangel auftaucht. Mit dieser Frage setzen sich **Jenn** und **Euling** in ihrem Beitrag in Heft 13/2009 der Zeitschrift **ZfIR** auseinander. Grundsätzlich stehen dem Mieter die mietrechtlichen Mängelrechte wie Minderung und Schadenersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen auch in dieser Zeitspanne uneingeschränkt zur Verfügung.

\*\*\*

## Die Entwicklung des Baurägerrechts sowie des Architekten- und Ingenieurrechts der Jahre 2008 und 2009

**Weber**, **Kesselring** und **Hennig** befassen sich in ihrem Bericht in Heft 46/2009 der Zeitschrift **NJW** mit der Weiterentwicklung des Baurägerrechts sowie des Architekten- und Ingenieurrechts. Sie fassen wesentliche Entscheidungen der Obergerichte und des BGH insbesondere zum Vertrags-, Haftungs- und Vergütungsrecht zusammen. Am Ende des Berichts fassen sie die Neuregelungen der neuen HOAI kurz zusammen, die am 18.08.2009 in Kraft getreten ist. Der Anwendungsbereich der HOAI wird sich zukünftig auf Auftragnehmer mit Sitz im Inland

beschränken, womit den europarechtlichen Bedenken gegen die bisherige Regelung Rechnung getragen werden soll. Neu ist auch die Anknüpfung der Honorare für sämtliche Leistungen nur noch an die Kostenberechnung. Spätere Kostenermittlungen haben anders als nach der bisherigen Fassung für die Honorarermittlung dann keine Bedeutung mehr.

\* \* \*

### **Die private Unfallversicherung - Aktuelles aus Rechtsprechung, Praxis und VVG-Reform**

**Marlow** und **Tschersich** geben in Heft 11/2009 der Zeitschrift **Recht und Schaden** einen Überblick über die zur privaten Unfallversicherung im Zeitraum April 2007 bis März 2009 veröffentlichten Entscheidungen. In diesem Zeitraum ist das VVG 2008 in Kraft getreten. Dadurch wurden auch die Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen (AUB) dem neuen Gesetz angepasst. Deshalb gehen die Autoren auch auf die hierdurch eingetretenen Neuerungen in der privaten Unfallversicherung ein, insbesondere soweit sie einen Bezug zu der besprochenen aktuellen Rechtsprechung haben. Behandelt werden - jeweils mit Untertiteln - der Versicherungsfall, Risikoausschlüsse, die Invaliditätsleistung, verschiedene bestehende Obliegenheiten, die Leistungserklärung, Verjährungsfragen und Prozessuales.

\* \* \*

### **Die Vermietung an Wohngemeinschaften**

Nicht nur unter Studenten, sondern auch in anderen Bevölkerungskreisen rückt die Bildung von Wohngemeinschaften mehr und mehr in den Blickpunkt. In welcher Rechtsform Wohngemeinschaften gebildet werden und dem Vermieter gegenüber treten, hängt vom Einzelfall ab. Eine Möglichkeit ist, dass die Mieter eine GbR bilden, mit der der Vermieter den Vertrag abschließt. Der Vermieter kann aber auch mit jedem einzelnen Mieter einen eigenen Vertrag abschließen. Genauso sind Untervermietungsmodelle denkbar. **Drasdo** gibt in Heft 22/2009 der Zeitschrift **NJW Spezial** einen Überblick. Im Hinblick auf die tatsächlichen Unterschiede dürften in aller Regel pauschale Lösungen ausscheiden.

\* \* \*

### **Umwandlung notleidender Darlehensforderungen in Eigenkapital unter Einsatz von Zweckgesellschaften**

Die praktische Durchführung von Debt-to-Equity-Swaps wird in Deutschland derzeit aufgrund unzureichender gesetzlicher Rahmenbedingungen massiv beschränkt. Die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital ist zumeist nur im Wege einer Kapitalherabsetzung mit anschließender Sachkapitalerhöhung möglich. **Niehaus** geht in seinem Beitrag in Heft 12/2009 der Zeitschrift **M&A** den rechtlichen und tatsächlichen Fragen nach, die bei der Umwandlung notleidender Darlehensforderungen in Eigenkapital zu beachten sind. Die Beseitigung einer drohenden Unterbilanz verschafft den



Unternehmen den nötigen Freiraum, um ggf. weitere notwendige Schritte zur Abwendung der wirtschaftlich kritischen Phase durchführen zu können. Niehaus plädiert dafür, dass dieses Instrumentarium der Unternehmenssanierung einem noch größeren Kreis potenzieller Investoren zugänglich gemacht werden sollte und der Gesetzgeber aufgefordert sei, die Durchführung eines Debt-to-Equity-Swaps zu erleichtern.

\* \* \*

### **Brüsseler Spitze gegen geschlossene Fonds**

Die EU will mit der Richtlinie für alternative Investmentfondsmanager (AIFM, vgl. hierzu unseren Newsletter 06/2009) mehr Transparenz für Anleger schaffen. Fondsmanager sollen effektiver kontrolliert werden. Die vorgesehenen Regelungen passen für geschlossene Fondsbeteiligungen nur bedingt. Mit diesem Thema befasst sich **Lepold** in seinem Kurzbeitrag in Heft 12/2009 der Zeitschrift **Das Investment**.

\* \* \*

### **Unternehmenstransaktion und betriebliche Altersversorgung**

Im Rahmen von Unternehmenstransaktionen haben Verpflichtungen der betrieblichen Altersversorgung des Unternehmens, dessen Erwerb zur Debatte steht, erheblichen Einfluss auf die Höhe des Kaufpreises sowie unter Umständen auch auf die Art der Transaktion. **Seel** befasst sich in seinem Aufsatz in Heft

22/2009 der Zeitschrift **MDR** mit den rechtlichen Grundlagen und typischen Fragestellungen rund um Versorgungsansprüche bei Transaktionen und Umstrukturierungen.

\* \* \*

### **Besteuerung von Erträgen aus Lebensversicherungsverträgen - BMF-Schreiben vom 01.10.2009 - IVC1-2252/07/0001**

Mit dem Alterseinkünftegesetz vom 05.07.2004 wurde die Steuerfreiheit der Kapitalerträge aus Lebensversicherungsverträgen abgeschafft. Das BMF hat mit Schreiben vom 01.10.2009 die Anforderungen an Lebensversicherungsverträge neu definiert, soweit es um den Genuss bestimmter steuerlicher Privilegien geht. Das BMF hat des Weiteren darauf hingewiesen, dass der Bestand eines Versicherungsvertrages von der versicherten Person abhängt, so dass ein Wechsel der versicherten Person zumindest steuerlich mit einer Beendigung des bisherigen und dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichzusetzen ist. **Groverts** stellt in Heft 46/2009 der Zeitschrift **Der Betrieb** das neue BMF-Schreiben vor.

\* \* \*

### **Die neuere OLG-Rechtsprechung zu Rückgriffsansprüchen gegen mittelbar beteiligte Kapitalanleger**

Seit einiger Zeit mehren sich Entscheidungen von Oberlandesgerichten, die eine

Inanspruchnahme von mittelbar beteiligten Anlegern durch Gläubiger geschlossener Fonds bejahen, wenn beispielsweise Treuhandgesellschaftler Rückgriffsansprüche gegen mittelbar Beteiligte an solche Gläubiger abgetreten haben. Eine unmittelbare Haftung wird - der BGH-Rechtsprechung folgend - verneint. **Wagner** setzt sich in Heft 31/2009 der Zeitschrift **NZG** mit der neueren OLG-Rechtsprechung und deren Beurteilung im Schrifttum auseinander. Aufgrund der dort vorzufindenden Uneinheitlichkeit bringt er den Wunsch zum Ausdruck, dass der BGH möglichst rasch zur Klärung von Zweifelsfragen Gelegenheit haben wird.

---

---

## ENTSCHEIDUNG DES MONATS

**Hat der BGH den Rückwärtsgang eingelegt? Welche Konsequenzen sind aus dem Urteil vom 27.10.2009, XI ZR 337/08 zu ziehen?**

Am 27.10.2009 hat der Bundesgerichtshof ein Urteil gefällt, welches in Kreisen von Anlegerschützern schnell zu einem Aufschrei geführt hat und zur Frage, ob der BGH die von ihm in den letzten Jahren geprägte Haftungsrechtsprechung nun wieder aufweichen können. Im konkret entschiedenen Fall ging es um die Beteiligung eines Anlegers an einem geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der KG. Der Anleger erwarb eine Kommanditbeteiligung in Höhe von 600.000,00 DM. Gesellschaftszweck war die Errichtung und Vermietung zweier Geschäftshäuser in Berlin. Die

Fremdkapitalquote lag bei gut 50 %, wobei sich aus der Sachverhaltsdarstellung nicht konkret ergibt, ob sich die 50 % auf die Gesamtkostenverteilung beziehen oder auf den reinen Kaufpreis der Immobilien.

Das OLG Frankfurt am Main hatte in dem vom BGH nunmehr aufgehobenen Urteil einen „gravierenden Prospektmangel“ darin gesehen, dass die Prognoserechnung und die Erfolgsprognose auch aus damaliger Sicht kaufmännisch nicht vertretbar gewesen seien. Im Herbst 1994 sei der Markt für Gewerbeimmobilien in Berlin von einer „besonderen Dynamik“ geprägt gewesen. Ein Mietausfallwagnis in Höhe von - nur - 2 % sei deshalb zu optimistisch kalkuliert. Außerdem seien die Anleger nicht auf das Risiko eines Totalverlustes hingewiesen worden.

Der BGH wiederholt in den Entscheidungsgründen den Pflichtenkreis eines Anlageberaters, der nicht nur eine zutreffende, vollständige und verständliche Mitteilung von Tatsachen schuldet, sondern darüber hinaus auch eine fachmännische Bewertung, um eine dem Anleger und der Anlage gerecht werdende Empfehlung abgeben zu können. Bevor eine Bank eine Anlage empfiehlt, müsse sie diese mit banküblichem kritischen Sachverstand prüfen. Diese Prüfungspflicht gelte aber nicht nur für den Bankberater, sondern auch für einen unabhängigen Anlageberater (vgl. BGH, Urt. v. 05.03.2009, III ZR 302/07).

Selbst unter Zugrundelegung dieses strengen Maßstabes verneinte der BGH das Vorliegen von Prospektfehlern. Jeder Prospekt, der eine

zukünftige Entwicklung beschreibe, basiere auf Prognosen über die voraussichtliche künftige Entwicklung des Anlageobjektes. Der Prospektherausgeber übernehme jedoch grundsätzlich keine Gewähr dafür, dass die von ihm prognostizierte Entwicklung tatsächlich eintritt. Das Risiko, dass sich eine aufgrund anleger- und objektgerechter Beratung getroffene Anlageentscheidung im Nachhinein als falsch erweist, trage der Anleger.

Das OLG Frankfurt am Main habe somit den Bogen überspannt, indem es forderte, dass eine Prognose nicht nur vertretbar sein müsse, sondern weitergehend eine realistische, kaufmännischen Erfahrungen entsprechende vorsichtige Kalkulation enthalten müsse.

Auch hätte über die generelle Unsicherheit über die zukünftige Entwicklung im konkreten Fall nicht aufgeklärt werden müssen. Dass eine zum Zeitpunkt ihrer Erstellung vertretbare Prognose immer mit dem Risiko einer abweichenden negativen Entwicklung behaftet sei und sich die Entwicklung der Rentabilität einer Kapitalanlage nicht mit Sicherheit voraussagen lasse, gehöre zum Allgemeinwissen und bedürfe keiner besonderen Aufklärung. Entscheidend sei, dass die eine bestimmte Erwartung stützenden Tatsachen sorgfältig ermittelt sind und die darauf gestützte Prognose der künftigen Entwicklung aus damaliger Sicht vertretbar ist.

Im Punkt des Totalausfallrisikos vertrat der BGH ebenfalls eine vom OLG Frankfurt abweichende Meinung: Aus der Fremdkapitalquote eines Immobilienfonds

ergebe sich grundsätzlich kein strukturelles Risiko, über welches der Anleger gesondert aufzuklären sei. Anders als dies bei einem Filmfonds sein könnte, bei dem der Misserfolg der Produktion unmittelbar einen entsprechenden Verlust des eingebrachten Kapitals nach sich ziehen dürfte, stehe bei einem Immobilienfonds selbst bei unzureichendem Mietertrag den Verbindlichkeiten der Gesellschaft zunächst der Sachwert der Immobilie gegenüber. Zu einem Totalverlust des Anlagebetrages könne es also erst dann kommen, wenn die Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft den Wert der Immobilie vollständig aufzehren. Etwas anderes könne sich ergeben, wenn weitere, dem Anleger unbekannt, risikoerhöhende Umstände hinzutreten, etwa ein überteuerter Erwerb der Immobilie, der Einsatz von Eigenkapital für investitionsfremde Zwecke oder der Verfall der betreffenden Immobilienpreise.

Die Frage, die sich nun für die Zukunft stellt, ist die, ob der BGH, der in den letzten zwei Jahrzehnten ein immer dichteres Haftungsnetz gesponnen hat, nunmehr die eingeschlagene Linie jedenfalls zum Teil wieder verlässt und die Anforderungen zurückschraubt. Dies ist nicht zu erwarten. Bereits im zweiten Leitsatz stellt der BGH auf den individuellen Beratungsbedarf des Anlegers ab, der sich nach dessen Wissensstand, seiner Risikobereitschaft und dem von ihm verfolgten Anlageziel bestimmt. Der Kläger des vorliegenden Rechtsstreits war mit immerhin 600.000,00 DM beteiligt, was für eine vorhandene größere Erfahrung und einen entsprechenden Wissensstand spricht.

Vermutlich wäre die Entscheidung anders ausgefallen, wenn es sich um einen unerfahrenen Anleger mit geringeren Einkünften und mit einer bescheidenen Beteiligungssumme gehandelt hätte. Die explizite Verneinung einer Hinweispflicht auf ein mögliches Totalverlustrisiko überrascht allerdings. Auch bei einer Fremdkapitalquote von (nur) 50 % ist das Risiko eines Totalausfalls nicht so unwahrscheinlich, wie der BGH offensichtlich in diesem Fall gemeint hat. Emittenten und Beratern kann nur geraten werden, auch über ein solches Risiko in heutiger Zeit ausreichend und verständlich zu informieren.

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](mailto:info@rechtsanwaelte-klumpe.de)

Web: [www.rechtsanwaelte-klumpe.de](http://www.rechtsanwaelte-klumpe.de)

Nähere Angaben erhalten Sie hier: [www.kanzlei-klumpe.de/html/ct\\_impresum.php](http://www.kanzlei-klumpe.de/html/ct_impresum.php)

---

Realisierung: **.schoenke - eMedia Consulting** | [info@schoenke.net](mailto:info@schoenke.net) | [www.schoenke.net](http://www.schoenke.net)