

Sicherheiten und Finanzen: Steuerliche Aspekte und staatliche Förderinstrumente*

von Dr. iur. Klaus - R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar • Fachanwalt für Steuerrecht

Fachschrifttum

- Goldbeck/Uhde* Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, 1984
- Kaligin* Erhöhte Absetzungen bei Gebäuden in Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen (§ 7h EStG), in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (11/2014), Fach 1028
- Kersting* Staatliche Regelungswut verteuert das Bauen – Gesamtkosten für Mehrfamilienhäuser sind um 40 Prozent gestiegen, HANDELSBLATT vom 24./25./26.04.2015, Seite 30
- Köllner* Die Ferienwohnung im Steuerrecht, in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (07/2015), Fach 0307
- Loritz* (Immobilien-) Fonds – Überwinden der Identitätskrise durch Fokussierung unternehmerischer Ideen, in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 6/2010, Fach 0308
- Loritz.* Das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) und seine Wirkungen auf Immobilienunternehmen und -finanzprodukte, in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2014), Fach 5510
- Ronig* Steuerliche Vergünstigungen für Baudenkmale, in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 04/2009, Fach 1017
- Schmitz* Die Ferienwohnung im Steuerrecht, in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 10/2006, Fach 0307
- Wagner* Geschlossene Fonds nach dem KAGB, ZfBR 2015, 113

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: Europarecht; privates Baurecht;
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Finanzgerichtsprozesse (incl. BFH); Verfassungsrecht

Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr
Hinweis gemäß § 33 BDSG: personenbezogene Daten werden gespeichert / telefonische Auskünfte sind unverbindlich

Bankverbindungen

Rechtsanwalt
Wiesbadener Volksbank eG
BIC: WIBADE5W
IBAN: DE78 5109 0000 0000 2347 10

Notar
Wiesbadener Volksbank eG
BIC: WIBADE5W
IBAN: DE10 5109 0000 0000 2532 00

Inhaltsübersicht

| | | |
|-----|---|----|
| A. | Einleitung | 4 |
| B. | Steuerorientierte Immobilien-Kapitalanlagemodelle in der Zeit des grauen Kapitalmarktes | 4 |
| I. | Beispiele steuerorientierter Immobilien-Kapitalanlagen | 4 |
| 1. | Die Immobilienkapitalanlage als Steuersparmodell | 4 |
| a) | So war es | 6 |
| b) | Strukturveränderungen und Folgen für den Immobilien-Kapitalanlagemarkt | 6 |
| b1) | Mietkaufmodell (70iger Jahre) | 7 |
| b2) | Bauherrenmodell (1980 – 1984) | 8 |
| b3) | Bauträger-Modell (1985 -1999) | 11 |
| b4) | Geschlossene Immobilienfonds (1984 – 1999) | 14 |
| b5) | Zwischenergebnis | 16 |
| b6) | Nicht börsennotierte Immobilien AG | 16 |
| b7) | Börsennotierte Immobilien-AG | 17 |
| 2. | Die Immobilien-Kapitalanlage als gewolltes Instrument nach der Wiedervereinigung | 18 |
| II. | Umsetzung steuerorientierte Immobilien-Kapitalanlagemodelle | 18 |
| 1. | Haftungsrisiken | 19 |
| a) | Haftung aus in Anspruch genommenem Vertrauen (cic) | 19 |
| a1) | Freier Immobilien-Kapitalanlage-Markt | 19 |
| a2) | Wertpapierdienstleistungen | 19 |
| b) | Haftung aus Vertrag | 20 |
| b1) | Freier Immobilien-Kapitalanlage-Markt | 20 |
| b2) | Wertpapierdienstleistungen | 21 |
| c) | Prospekthaftung | 22 |
| c1) | Freier Immobilien-Kapitalanlage-Markt | 22 |
| c2) | Wertpapierdienstleistungen | 24 |
| d) | Deliktshaftung | 25 |
| d1) | Freier Immobilien-Kapitalanlage-Markt | 25 |
| d2) | Wertpapierdienstleistungen | 25 |
| e) | Zwischenergebnis | 25 |
| 2. | Haftungsvermeidung wurde zur strategischen Zukunftsfrage | 25 |
| a) | Überschaubarkeit und Haftungsminimierung | 26 |
| b) | Transparenz statt Haftungsausschluss | 28 |
| b1) | Produkt-Transparenz | 28 |
| b2) | Beteiligungs-Transparenz | 29 |
| b3) | Wirtschaftliche Plausibilität | 30 |
| b4) | Fazit | 31 |
| 3. | Streitvermeidung, alternative Streitbeilegung, schiedsrichterliche Streitentscheidung: eine Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit | 31 |
| a) | Streitvermeidung | 33 |
| b) | Streitbeilegung | 33 |

| | |
|--|----|
| c) Streitentscheidung | 34 |
| d) Fazit | 34 |
| 4. Offensive gegen Immobilien-Leerstand | 35 |
| 5. Ergebnis | 36 |
| C. Immobilien-Kapitalanlagemodelle in der Zeit des KAGB | 38 |
| I. AIFM-Richtlinie | 38 |
| II. KAGB | 39 |
| III. Steuerorientierung | 44 |
| 1. Steuerliche Behandlung der geschlossene Publikums-AIF (Invest KG) | 44 |
| 2. Steuersparmodelle | 44 |
| a) Grundsatz | 44 |
| b) Steuergünstige Gestaltungen beim Bauträgervertrag | 44 |
| b1) Rechtsbeziehung Bauträger zum Erwerber | 44 |
| b1.1) Grunderwerbsteuer | 44 |
| b1.2) Umsatzsteuer | 45 |
| b2) Rechtsbeziehung Bauträger zum GU | 45 |
| b2.1) Bis 30.09.2014 | 46 |
| b2.1.1) Bauerrichtung durch den Bauträger auf fremdem Grund und Boden | 46 |
| b2.1.2) Bauerrichtung durch den Bauträger auf eigenem Grund und Boden | 46 |
| b2.2) Ab 01.10.2014 | 47 |
| IV. Sicherheiten und Finanzen | 48 |
| 1. „Festgelegte Anlagestrategie“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB) | 48 |
| 2. Regulierung des Anlegerschutzes | 49 |
| D. Steuerrecht als Finanzierungsbaustein bei Immobilieninvestitionen | 50 |
| I. Die Ferienwohnung im Steuerrecht | 50 |
| 1. Einkünfte aus Gewerbebetrieb | 50 |
| 2. Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung | 51 |
| 3. Geschäftsveräußerung im Ganzen | 51 |
| II. Erhöhte AfA bei Gebäuden in Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen (§ 7h EStG) | 52 |
| 1. Steuerliche Anreize | 52 |
| 2. Zweifel an der Durchführbarkeit mittels steuerorientierter geschlossener Immobilienfonds | 53 |
| III. Denkmalschutzimmobilien | 53 |
| E. Folgen fehlender (steuerlicher) Investitionsanreize | 55 |
| I. im Wohnungsbau | 55 |
| II. Mietpreisbremse als staatliches Förderinstrument ? | 56 |
| F. Fazit | 57 |

- 4 -

A.

Einleitung

- 1 Von einem komplexen Bauvorhaben spricht man, wenn dieses durch die Summe von Einzelheiten geprägt wird, die ineinander greifen müssen. Zu diesen Einzelheiten gehören bei der Konzeption von Bauvorhaben auch, damit zusammenhängende steuerliche Aspekte zu beachten und zu hinterfragen, ob und inwieweit staatliche Förderinstrumente berücksichtigt werden können. Dies läßt sich umkehren: Werden steuerliche Aspekte nicht bereits in der Konzeption eines Bauvorhabens beachtet, können daraus finanzielle Belastungsrisiken werden. Und lassen sich staatliche Förderinstrumente nutzen, können diese Finanzierungsbausteine sein. Wie man damit bereits konzeptionell umgehen könnte, ist Gegenstand dieses Beitrages. Dabei wird nachfolgend unterschieden zwischen
- den steuerorientierten Immobilienkapitalanlagen aus der Zeit des grauen Kapitalmarktes und
 - den Möglichkeiten seit dem Inkrafttreten des KAGB.

B.

Steuerorientierte Immobilien-Kapitalanlagemodelle in der Zeit des grauen Kapitalmarktes

I.

Beispiele steuerorientierter Immobilien-Kapitalanlagen

- 2 Soweit es um Steuervorteile ging, wurde seitens des Initiators von Bauvorhaben daran gedacht, diese der angedachten Zielgruppe zu ermöglichen, wo sie wiederum Finanzierungsbausteine sein sollten. Beispiele mögen dies verdeutlichen.

1. Die Immobilienkapitalanlage als Steuersparmodell

- 3 Nach dem Krieg waren Wohn-, Büro- und Gewerbeimmobilien Mangelware. Bei einem ansteigenden Wohlstand i.V.m. steigender Kaufkraft stieg die Nachfrage nach solchen Immobilien schneller als das Angebot.¹⁾ Indem gleichzeitig immer größere Kreise der Bevölkerung in den Spitzensteuersatz hineinwuchsen, entstand die Idee, diese Personen (sog. Anleger) zu motivieren, in Immobilienmodelle zu investieren, wobei ihnen im Jahr der Zeichnung steuerliche Verluste

* Die Philipps Universität Marburg führt im Wintersemester 2014/15 einen neuen berufsbegleitenden Masters-Studiengang mit dem Namen „Baurecht und Baubegleitung – von der Projektentwicklung bis zur Streitbeilegung“ durch. Die Themen des hiesigen Scripts sind Teil dieses Studienganges und betreffen die Vorlesung am 07.10.2015

1) *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (6/2010), Fach 0308 Rdn. 3

zugerechnet wurden, die sie mit ihrem steuerpflichtigen Einkommen verrechnen konnten.²⁾ Dies ging mit dem Slogan einher, aus Steuerersparnissen könne man Vermögen bilden.³⁾ Die bekanntesten Immobilienkapitalanlagemodelle mit dieser Philosophie waren das Mietkauf-Modell und das Bauherren-Modell. Letzteres wurde Ende der 70iger Jahre bis Mitte der 80iger Jahre des vorigen Jahrhunderts auf folgende Weise „gefördert“:

- 4) *Grunderwerbsteuerlich* bestanden bis incl. 1982 Grunderwerbsteuergesetze der Länder, die bei Schaffung steuerbegünstigten Wohnraums Grunderwerbsteuerfreiheit ermöglichten.⁴⁾ *Umsatzsteuerlich* konnte gemäß § 4 Nr. 12a UStG 1980 bei der Schaffung von Wohnraum samt Wohnungsvermietung zur USt optiert werden, wobei die Bauherren ihre Wohneinheiten an einen gewerblichen Zwischenmieter vermieteten, dies mit der Folge, daß die bei der Bauerrichtung anfallende USt von den Anlegern als Vorsteuer geltend gemacht werden konnte.⁵⁾ Und *einkommensteuerlich* konnten neben verteilt abzugsfähigen Abschreibungen (AfA) auf Herstellungskosten sofort abzugsfähige Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG) geltend gemacht werden und zwar in dem Kalenderjahr, in dem sie geleistet wurden (§ 11 Abs. 2 Satz 1 EStG).
- 5) Als diese Steuersparmodelle aus Sicht des Fiskus nicht mehr gewollt waren, weil die damit einhergehenden Investitionen durch Kapitalanleger getätigt worden waren, steuerte man dem auf folgende Weise gegen: *Grunderwerbsteuerlich* wurden mit Wirkung ab 01.01.1983 die Grunderwerbsteuergesetze der Länder mit dort vorhandenen Grunderwerbsteuerbefreiungsmöglichkeiten abgeschafft und durch das GrEStG als Bundesgesetz ohne Befreiungsmöglichkeiten ersetzt. *Umsatzsteuerlich* vertraten ab 1984 die Finanzverwaltungen und alsdann der BFH – mit Rückwirkung - die Meinung, die Vermietung an einen gewerblichen Zwischenmieter sei Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) gewesen, so daß mit Rückwirkung der Vorsteuerabzug in Wegfall geriet. Und *einkommensteuerlich* qualifizierte der BFH durch seine Entscheidung vom 14.11.1989⁶⁾ einfach die Anleger vom steuerlichen Bauherren zum steuerlichen Erwerber um, um auf diese Weise die sofortige Abzugsfähigkeit der Werbungskosten – mit Rückwirkung - zu verneinen.⁷⁾ Das, was Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung jahrelang mitgetragen hatten, wurden auf rechtsstaatlich bedenkliche Weise weitgehend mit Rückwirkung zu Lasten der Anleger in das Gegenteil verkehrt mit erheblichen steuerbelastenden Folgen. Dies soll im einzelnen wie folgt verdeutlicht werden:

2) *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (6/2010), Fach 0308 Rdn. 6

3) *Fleischmann/Röschinger/Meyerhoff*, Steuern die Vermögen werden ?, 7. Aufl. 1983; *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (6/2010), Fach 0308 Rdn. 6 - 7

4) *Goldbeck/Uhde*, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, 1984, Rdn. 1779

5) *Goldbeck/Uhde*, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, 1984, Rdn. 1856 ff.

6) BFH 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299

7) *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. I, 2. Aufl. 1997, Rdn. 1747 ff.

a) So war es

- 6 Die Mindestbesteuerung aufgrund § 2 Abs. 3 EStG⁸⁾ sowie die steuerlichen Unsicherheiten bei/für Verlustzuweisungsmodelle erzeugende Regelung des § 2b EStG⁹⁾ einerseits, die Verlängerung der „Spekulationsfrist“ bei privaten Veräußerungsgeschäften von Immobilien auf 10 Jahre (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG) und weitere investitionsfeindliche Gesetzgebungsvorhaben i. S. Mieterschutz andererseits haben dazu geführt, daß herkömmliche steuerorientierte Immobilienkapitalanlagen keine Zukunft mehr hatten. Zugleich bewirkten diese Entwicklungen Strukturveränderungen am Immobilien-Kapitalanlagemarkt. Mangels steuerlicher Anreize ging das Investitionsvolumen in Wohnungsbau-Projekte erheblich zurück, indem private Investoren kaum noch zur Verfügung standen.

b) Strukturveränderungen und Folgen für den Immobilien-Kapitalanlagemarkt

- 7 Strukturveränderungen werden dann deutlich, wenn man sich für die Vergangenheit fragt, welches die Gründe unterschiedlicher Immobilien-Kapitalanlage-Modelle und deren jeweils nur befristetes Dasein waren. Dabei wird deutlich, daß anfangs steuerliche Restriktionen ursächlich waren. Seitens des Gesetzgebers, der Finanzverwaltung *und* der Finanzrechtsprechung mit Rückwirkung entzogene Steuervorteile führten naturgemäß dazu, daß die solchermaßen geschädigten Kapitalanleger nicht etwa ihr Recht vor der Finanzgerichtsbarkeit suchten, sondern ihre Schäden zivilrechtlich gegenüber die Anbieterseite geltend machten und für neue Investitionen nicht mehr zur Verfügung standen. Man kann dies auf einen kurzen Nenner bringen: Der Staat entzog Kapitalanlegern rückwirkend Steuervorteile und die Anbieterseite mußte deshalb Kapitalanlegern zivilrechtlich haften, weil die Zivilgerichtsbarkeit die vorgenannte historischen Zusammenhänge einfach ausblendete. Begünstigt wurde dies dadurch, daß zwischen den Investitionsentscheidungen und getätigten Investitionen durch Kapitalanleger und der Aberkennung von Steuervorteilen mit sich anschließender Einleitung zivilrechtlicher Haftungsprozesse zwischen 5 – 10 Jahre und mehr lagen und die Generation solche zivilrechtliche Haftungsprozesse betreibenden Anwälte i.d.R. weder die 5 – 10 Jahre zurückliegenden steuerlichen Ausgangspunkte historisch noch präsent hatten noch mangels steuerlicher Ausbildung nachvollziehen konnten

8) Dazu *Kirchhof*, EStG, 5. Aufl. 2005, § 2 Rdn. 82: „Durch das StEntlG 99/00/02 wurde durch die bis dahin uneingeschränkte Verlustverrechnung durch eine sog. „Mindestbesteuerung“ ersetzt. ... die überkomplizierte Regelung wurde ab 2004 durch eine Beschränkung des Verlustvortrags ersetzt.“

9) Zur Investitionsfeindlichkeit des § 2b EStG: Einer Information der Brancheninformationsdienstes kapitalmarkt intern vom 24.02.2000 zufolge in den Jahren 1995-1999 haben 500.000 Kapitalanleger etwa DM 200 Mrd. durch (nicht in) geschlossene Immobilienfonds investiert. Dazu zählten

1,1 Mio. neu errichtete Mietwohnungen in West- und Ostdeutschland,
300.000 sanierte Altbauwohnungen,

die Schaffung von Infrastruktur durch Investitionen in Einkaufszentren, Hotels, Leitungsnetze etc., die Bestellung von 300 Schiffen bei deutschen Werften für rd. DM 10 Mrd.

Dadurch seien, so kapitalmarkt intern, ca. 400.000 Arbeitsplätze gesichert worden, habe der Staat Steuermehreinnahmen in zweistelliger Milliardenhöhe erzielt und seien rd. DM 200 Mrd. Kapital dem inländischen Wirtschaftskreislauf erhalten worden. Dies alles werde durch § 2b EStG zunichte gemacht, was den Verlust von 176.000 Arbeitsplätze zur Folge haben werde. Durch den zu erwartenden Übergangserlass des BMF zu § 2b EStG werde dies noch schlimmer werden.

oder wollten. Ähnlich sieht es in der Haftungsrechtsprechung der Zivilgerichtsbarkeit aus, in welcher kaum je die um Jahre zurückliegende tatsächliche und steuerliche Ausgangssituation gewürdigt wird, sondern aus vergleichbaren Gründen wie bei zuvor beschriebenen Rechtsanwältinnen als irrelevant bezeichnet wurde/wird.

- 8 An die Stelle der Steuerorientierung früherer Immobilienkapitalanlagemodelle trat alsdann die Haftungsvermeidung bei Immobilien-Kapitalanlagen als strategische Zukunftsfrage. Dazu mußte man allerdings zunächst einmal erkennen, wie sich Haftung in der Vergangenheit entwickelt hatte, um daraus dann Erkenntnisse für die Zukunft ableiten zu können.

b1) Mietkaufmodell (70iger Jahre)

- 9 Das Mietkaufmodell der 70iger Jahre zielte darauf ab, die Immobilie als Kapitalanlage fungibel zu halten. Dies geschah in der Weise, daß der Kapitalanleger unter Nutzung von Steuervorteilen in die Errichtung einer Wohnimmobilie investierte, um sie alsdann je nach Wunsch nach Ablauf einer 5-jährigen Mietzeit an den Mieter oder einen anderen vom Anbieter zu beschaffenden Käufer zu verkaufen.¹⁰⁾ Der vorprogrammierte Wohnungsverkauf sollte mithin genau dann stattfinden, „wenn der ursprüngliche Kapitalanleger die steuerlich günstigen Verluste der Anfangsphase mitgenommen hatte.“¹¹⁾ Die Immobilie sollte mithin mobil gehalten werden und „Transportmittel“ für Steuervorteile sein. Eine Realisierung von Wertsteigerungen stand bei einem Wiederverkauf i.d.R. 5 Jahre nach Investition nicht an.
- 10 Das Mietkaufmodell schloss sich Anfang der 70iger Jahre an das in den 60iger Jahren auf dem Kapitalanlagemarkt vertriebene und dann zusammengebrochene „International Overseas Services“ (IOS) an, indem es das dort praktizierte Vertriebssystem sich nutzbar machte.¹²⁾ Der dadurch entstehende Immobilienkapitalanlagemarkt als Bestandteil eines sich entwickelnden „grauen“ bzw. „freien“ Kapitalanlagemarktes brachte demzufolge eine Vielzahl von Unternehmen hervor, die in unterschiedlichster Rechtsform Anlageberatung und Anlagevermittlung betrieben¹³⁾ und sich der Projektinitiierung annahmen.¹⁴⁾ Ein diesbezügliches Kapitalmarktrecht gab es seinerzeit nicht, so daß die Rechtsprechung begann, es aus der „Perspektive des geschädigten Anlegers und des diesbezüglichen präventiven und nachträglichen Anlegerschutzes“ zu substituieren.¹⁵⁾ Das kapitalmarktbezogene Vertriebsrecht des freien Kapitalmarktes entwickelte sich folglich ganz überwiegend in Form des Haftungsrechts zum Anlegerschutzrecht¹⁶⁾ ohne Kapitalmarktauf-

10) *Goldbeck/Uhde*, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, 1984, Rdn. 52; *Strohm* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 20 Rdn. 91

11) *Strohm* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 20 Rdn. 91

12) *Assmann* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 10 f.

13) *Assmann* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 11; *Hopt*, Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine gesetzliche Regelung des Anlegerschutzes? Gutachten G zum 51. Deutschen Juristentag 1976, G 27 ff; *Kohl/Kübler/Walz/Wüstrich* ZHR 138 (1974), 3 ff.

14) *Assmann* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 54

15) *Assmann* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 14

16) *Assmann* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 15;

sicht,¹⁷⁾ seinerzeit (noch) nicht ausgelöst durch fehlgeschlagene Steuervorteile, sondern aufgrund des sich immer mehr entwickelnden Immobilien-Kapitalanlagevertriebes und der mit Immobilien-Kapitalanlagen einhergehenden Notwendigkeit intensiverer Beratung. An die Stelle des individuellen Beratungsgesprächs traten Vermittler bzw. Berater mit Prospekten, wobei damals unklar blieb, ob Prospekte Informations- oder Werbemedien waren. Auch gab es bis Mitte der 70iger Jahre noch kein – erst am 01.04.1977 – in Kraft getretenes AGB-Gesetz, das ein gewisses Gegengewicht gegen einheitliche Vertragsabwicklungen und eine Kontrolle einseitiger Gestaltungsmacht darstellen sollte. Zu den kapitalanlagerechtlichen Entwicklungen der 70iger Jahre gehörten denn auch u.a.:

- 11
- Das richterrechtliche Konstrukt des konkludenten Anlageberatungs-/ Anlagevermittlungsvertrages;¹⁸⁾
 - die richterrechtlich begründete bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung;¹⁹⁾
 - Parallel Herausbildung eines Sonderrechts für Publikums-Personengesellschaften;²⁰⁾
 - Verstärkung des Minderheitenschutzrechts;²¹⁾
 - Transparenzpflicht; denn Informationsdefizite zwischen Anbieter- und Anlegerseite erzeugen Misstrauen in Anlageformen und führten dann zu Marktabwanderungen;²²⁾

b2) Bauherrenmodell (1980 – 1984)

- 12
- Nachdem Finanzrechtsprechung und Finanzverwaltung das Mietkaufmodell zwar über 10 Jahre lang mitgetragen hatten, dann aber ab Anfang der 80iger Jahre das steuerliche Konzept der Mietkaufmodelle mit Rückwirkung u.a. mit der Begründung aberkannten, es fehle wegen der Kurzfristigkeit des Immobilienengagements an einer Einkunftserzielungsabsicht,²³⁾ zielte das ab An-

17) *Assmann* in: *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 34; *Wagner* in: *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 1622 m.w.N.

18) Konkludenter Anlageberatungs-/Anlagevermittlungsvertrag: BGH 22.03.1979 – VII ZR 259/77, BGHZ 74, 103

19) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung: BGH 24.04.1978 – II ZR 172/76, BGHZ 71, 284; BGH 16.11.1978 – II ZR 94/77, BGHZ 72, 382

20) *Assmann* in: *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 60; *Wagner* in: *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 1 ff., 31 ff.

21) *Assmann* in: *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 60

22) *Assmann* in: *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 63 und 72: Informationspflicht zur vollständigen und richtigen Aufklärung

23) Nach rd. 10 Jahren von der Finanzverwaltung mit getragener Konzeption wurde dem Mietkaufmodell Ende der 70iger Jahre die steuerliche Anerkennung wegen fehlender Einkunftserzielungsabsicht rückwirkend versagt: BVerfG 24.04.1990 - 2 BvR 177/90, StE 1990, 206; BFH 31.03.1987 - IX R 111/86, BStBl II 1987, 668; BFH 31.07.1987 - IX R 112/83, BStBl II 1987, 774; BFH 11.08.1987 - IX R 143/86, BFH/NV 1988, 292; BFH 25.10.1988 - IX R 28/88, BFH/NV 1989, 513; BFH 30.10.1990 - IX R 92/89, BFH/NV 1991, 390; BFH 15.09.1992 - IX R 15/91, BFH/NV 1994, 301; BFH 09.02.1993 - IX R 42/90, BStBl II 1993, 658; BMF 07.12.1979 - IV B 1-S 2253-76/79, BStBl I 1980, 3 (Mietkauf-Erlaß);

Hinzu kam mehr als 10 Jahren von der Finanzverwaltung mitgetragener umsatzsteuerlicher Konzeption die Versagung der Anerkennung des Vorsteuerabzuges wegen der gewerblichen Zwischenvermietung als Gestaltungsmaßbrauch: BFH 17.05.1984 - V R 118/82, BStBl II 1984, 678;

fang der 80iger Jahre konzipierte Bauherrenmodell in eine andere Richtung. Anders als beim Mietkaufmodell wurde beim Bauherrenmodell dem Immobilien-Kapitalanleger kein Käufer mehr für dessen Immobilienkapitalanlage angeboten, um sich nach Fertigstellung des steuerorientierten Immobilieninvestments davon wieder trennen zu können, es wurde vielmehr an die Stelle des kurzfristigen Wiederverkaufs das längerfristige Halten der Immobilie gesetzt. Die Immobilie wurde dadurch nicht mehr kurzfristiges „Transportmittel“ für Steuervorteile, sondern langfristiges „Transportmittel“ für Steuervorteile *und* Mietertrag (sog. „Rendite“), ohne aber auch hier die *Realisierung* von Wertsteigerungen im Auge gehabt zu haben. Der steuerliche Schock aufgrund des Mietkaufmodelles saß wohl zu tief, nämlich befürchten zu müssen, es könne als Indiz fehlender Überschusserzielungsabsicht gewertet werden, wenn man sich bereits zu Beginn der Investition schon Gedanken über den Ausstieg aus derselben machte.

- 13 Das Steuerrecht beförderte mehr als je zuvor kapitalmarktrechtliche Entwicklungen. Neben Grunderwerbsteuerfreiheit aufgrund der bis Ende 1982 geltenden GrESt-Gesetze der Länder und dem bei Bauherrenmodellen bis 03/1985 möglich gewesenem Vorsteuerabzug war ertragsteuerlich Ausgangspunkt folgender Satz in koordinierten OFD-Verfügungen vom 02.10.1978:²⁴⁾

„In der Regel können die Aufwendungen nicht ohne weiteres als Werbungskosten anerkannt werden, wenn sie 15-20% der Gesamtaufwendungen oder 100% des Eigenkapitaleinsatzes übersteigen.“

- 14 In Anbetracht des sich anschließenden Kataloges, welche Vergütungen für welche Leistungen steuerlich wie einzuordnen seien, war damit ein steuerlicher Inzertiv für im Zusammenhang mit der Bauerrichtung zu erbringende Leistungen geboren worden, soweit die Summe damit zusammenhängender Vergütungen besagte 15%-20% nicht überstiegen. Dieses verstetigte sich aufgrund des auf vergleichbarer Linie iudizierenden Urteiles des BFH vom 22.04.1980.²⁵⁾ Es entstand damit ein Markt für Finanzierungs- und Mietvertragsvermittlungen, Darlehens- und Mietzins- bzw. Vermietungsabsicherungen, Baubetreuern und Treuhändern etc..²⁶⁾ Dabei handelte es sich um keine Scheinleistungen, nur orientierten sich die von den Kapitalanlegern für diese von ihnen in Anspruch genommenen Leistungen zu zahlenden Vergütungen weniger an der Wert-Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung pro Vertrag, als vielmehr an der von der Finanzverwaltung zugelassenen steuerlichen Abzugsfähigkeit als Werbungskosten (deshalb seinerzeit auch „Werbungskostenverträge“ genannt).

- 15 Diese steuerliche Abzugsfähigkeit eigener Zahlungen für Inanspruchnahme vertraglich vereinbarter Leistungen ging einher mit steigenden steuerlichen Belastungen bestimmter Personengruppen und steigenden Zinsen, deren belastende Wirkung aufgrund steuerlicher Abzugsfähigkeit bei Investitionen in Immobilienkapitalanlagen sich minderte.²⁷⁾ In dem Maße wie diese Rahmenbedingungen Anfang der 80iger Jahre Anlass einer verstärkten Zuwendung von Kapitalanlegern zu Bauherrenmodellen war, was durch vorgenannte immer routinierter auftretende Anlageberater/Anlagevermittler befördert wurde, nahm allerdings auch die Vorsicht und Kritikfähigkeit investierender Kapitalanleger in die Wertäquivalenz vereinbarter, in Anspruch genommener und

24) Koordinierte OFD-Verfügungen 02.10.1978 BB 1978, 1448

25) BFH 22.04.1980 - VIII R 149/75, BStBl II 1980, 441

26) Laut *Bulwien* in: Tewes, Steuerlich anerkannte Bauherrenmodell, 11. Erg. Lief. 08/1983, Fach 3/7.7, Seite 1 hatte sich die Zahl der Anbieter solcher Leistungen von 50-100 Mitte der 70iger Jahre auf rund 1.000 vervielfacht

27) 1982 beliefen sich Zwischenfinanzierungszinsen (Bauzeitzinsen) auf immerhin bis zu 14% p.a., die steuerlich als Werbungskosten sofort abzugsfähig waren.

bezahlter sog. „Werbungskostenverträge“ ab, waren die Vergütungen dafür doch steuerlich sofort abzugsfähige Werbungskosten. Hätte die Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung nicht die Marke von 15%-20% anzuerkennender Werbungskosten genannt, sondern von vornherein die Größenordnung anzuerkennender Werbungskosten von sachlichen Gründen abhängig gemacht, hätte sich die Wertäquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei den sog. „Werbungskostenverträgen“ wegen deren Steuerorientierung nicht so verschoben wie seinerzeit geschehen.

- 16 Der seinerzeitigen sozial-liberalen Koalition war diese Entwicklung des Immobilien-Kapitalanlagemarktes jedoch ein Dorn im Auge. Und so wurde – politisch motiviert - Anfang der 80iger Jahre zweierlei dagegen in die Wege geleitet was fast 20 Jahre später heute erneut anzutreffen ist:
- 17 - Mit dem ab 01.01.1983 in Kraft getretenen § 2a EStG wurde die Verrechnung von Verlusten ausländischer Immobilien-Kapitalanlagen nur noch mit Einkünften aus denselben zugelassen und damit rückwirkend in unter anderen Vorzeichen getätigte Investitionsentscheidungen von Immobilien-Kapitalanleger zu deren Nachteil eingegriffen. Finanzrechtsprechung²⁸⁾ und sogar das BVerfG²⁹⁾ segneten dies ab. Es war politisch so gewollt.
- 18 - Ungeprüft, quasi „in’s Blaue“ hinein, behauptete seinerzeit die Politik, die Bauherrenmodellbranche baue am Bedarf vorbei; rd. 1 Mio. Wohnungen stünden leer. Dies wurde von der christlich –liberalen Bundesregierung in ihrem Bericht vom 31.08.1984 ungeprüft übernommen.³⁰⁾ In Anbetracht dieses politischen Willens ging die Finanzrechtsprechung flugs dazu über, Steuervorteile rückwirkend abzuerkennen wie dies vom Mietkaufmodell her bereits bekannt war: Dort wo Landesgesetze bis Ende 1982 noch GrEST-Freiheit ermöglicht hatte, aberkannte der BFH diese rückwirkend und setzte 7 % Grunderwerbsteuer auf den Gesamtaufwand fest. Dort wo bis 03/1985 gesetzlich noch Vorsteuerabzug möglich war, bezeichnete der BFH dies rückwirkend als Gestaltungsmissbrauch.³¹⁾
- 19 Der damalige Wohnungsleerstand war allerdings nicht generell sondern partiell vorhanden und so ist es auch heute.
- 20 Die Folge waren vielzählige Haftungsprozesse, weil Kapitalanleger meinten, die Branche habe sie mit Steuervorteilen getäuscht, obwohl es die Politik, der Staat, seine Finanzverwaltung sowie seine Finanzgerichtsbarkeit waren, die Jahre lang anerkannte Steuervorteile dann später mit Rückwirkung aberkannte. Mit diesen Haftungsprozessen einher ging, um davon abzulenken, eine

28) Der IV. Senat des BFH 18.12.1989 - IV B 37/89, BFH/NV 1990, 570 hatte bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des § 2a EStG noch verfassungsrechtliche Bedenken, die dann der I. Senat des BFH 17.10.1990 - I R 182/87, BStBl II 1991, 136 und 17.10.1990 - I R 177/87, BFH/NV 1992, 174; BFH 12.12.1990 - I R 127/88, BFH/NV 1992, 104; BFH 25.03.1991 - I R 175/87, n.V.; BFH 30.09.1992 - I R 88/91, n.V. beseitigte. Der IV. Senat des BFH 05.09.1991 - IV R 40/90, BStBl II 1992, 192; BFH 13.05.1993 - IV R 69/92, BFH/NV 1994, 100 und der IX. Senat des BFH 26.03.1991 - IX R 162/85, BStBl II 1991, 704; BFH 08.12.1992 - IX R 278/87, n.V. schlossen sich dem an..

29) BVerfG 27.03.1998 - 2 BvR 2058/92, n.V.; BVerfG 27.03.1998 - 2 BvR 220/92, n.V.; BVerfG 27.03.1998 - 2 BvR 1986/93, n.V.; BVerfG 17.04.1998 - 2 BvR 374/91, n.V., jeweils Nichtannahmebeschlüsse ohne jede Begründung

30) *Wagner* in: *Wagner/Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage*, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 21

31) Zur Darstellung dieser Entwicklung *Wagner* DStR 1996, 569 und 609

Kriminalisierung der Immobilien-Kapitalanlagebranche.³²⁾ Viele Anbieter wurden über diese Rechtsstreitigkeiten insolvent und die Branche mußte den daraus resultierenden Imageschaden tragen, an dem sie bis heute in der öffentlichen Meinung und in Haftungsprozessen zu tragen hat. Und auch die Zivilrechtsprechung verlor die historischen Ausgangspunkte aus den Augen und verschloss sich jedem darauf vorhandenen Hinweis.³³⁾

b3) Bauträger-Modell (1985 -1999)

- 21 Der politisch propagierte generelle (obwohl es „nur“ ein partieller war) Wohnungsleerstand führte dazu, daß in der Zeit von 1984-1986 die Anzahl der Baugenehmigungen und Fertigstellungen im Wohnungsbau rapide abnahmen.³⁴⁾ Dies wirkte sich auch auf die Immobilien-Kapitalanlagebranche negativ aus:
- 22 - Der Investitionsanreiz Steuervorteil war nicht nur durch die *künftige* gesetzlichen Änderungen für die Zukunft (Grunderwerbsteuerpflicht im GrEStG 1983 und kein Vorsteuerabzug beim Wohnbau mehr) sondern auch im Hinblick auf die zuvor angesprochene *rückwirkende* Aberkennung von Grunderwerbsteuerfreiheit und Vorsteuerabzug für die Vergangenheit nicht mehr gegeben. Noch verbliebene ertragsteuerliche Vorteile waren zudem unsicher geworden, da die Finanzverwaltung daran Gefallen fand, analog der Grunderwerbsteuerrechtsprechung des BFH über das Konstrukt des von ihr erfundenen Vertragsbündels ohne jede gesetzliche Grundlage den tatsächlichen Bauherrn zum steuerlichen Erwerber zu machen. Das steuerorientierte Bauherrenmodell war nicht mehr vermarktungsfähig.
- 23 - Die zuvor angesprochene Fülle von Haftungsprozessen und Insolvenzen ließ zwei Entwicklungen aufeinander treffen: Sowohl Kapitalanleger einerseits wie auch Anbieterseite andererseits gewichteten die Sicherheit höher als den Steuervorteil. Dies war die Geburtsstunde des auf der MaBV aufbauenden Bauträgermodells. An die Stelle des Steuervorteils als Investitionsanreiz trat mit der Zeit die Nutzenbetrachtung, zunächst in Form von vorgenannter Sicherheit und später auch Bequemlichkeit („Sorglos-Immobilie“³⁵⁾).

32) OLG Düsseldorf 26.08.1988 – 3 Ws 512/88, wistra 1989, 73 und *Wagner* wistra 1989, 321 m.w.N. gegen *Pütz* wistra 1989, 201. Erst jüngst entschied der BGH 10.11.1999 – 5 StR 221/99, NStZ 2000, 203, daß eine steuerrechtlich günstige Gestaltung nur deshalb, daß die Finanzverwaltung sie nicht anerkannt hat, deshalb nicht automatisch zur Steuerhinterziehung führt

33) Mit der historischen Ausgangssituation von Bauherren- und Erwerbermodellen – nachlesbar in *Goldbeck/Uhde*, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, 1984 und *Dornfeld, Klumpe, Quast* u.a. in: Handbuch der Bauherrengemeinschaften und Geschlossenen Immobilienfonds, 1. Aufl.; *Strohm* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 1. Aufl. 1990, § 20 – befaßte sich die zivilrechtliche Haftungsrechtsprechung nicht und führte abseits der historischen Ausgangssituation und damaliger gesetzlicher Regelungen ein zudem verfassungsrechtlich höchst fragwürdiges Eigenleben.

34) *Wagner* in: *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 20

35) So z.B. der Slogan der damaligen Firma Bast-Bau

24 Es wird in heutiger Zeit von noch darzustellenden Anwaltskreisen der Eindruck erweckt, die Kapitalanleger der 80iger Jahre seien gut verdienende Ärzte und Freiberufler gewesen, so daß daran Kapitalanlagemodelle der 90iger Jahre nicht gemessen werden könnten. Die Feststellungen *Bulwiens*³⁶⁾ aus dem Jahre 1983 (!) weisen auf ein gegenteiliges Ergebnis hin:

„Fast die Hälfte der Anleger betrachtet die Wohnung tatsächlich als Kapitalanlage, die er langfristig vermieten will und als Ersatz für das frühere „Rentenhaus“ betrachtet. Knapp ein Drittel der Anleger spielt mit dem Gedanken der Selbstnutzung in kürzerer oder späterer Zeit und nur etwa 20% der Anleger spekuliert mit einem kurzfristigen Verkaufserfolg und einer möglichst hohen Wertsteigerungsrate.

Interessant ist als weiteres, daß noch nicht einmal ein Viertel der Zeichner zu der immer wieder genannten Gruppe der Ärzte gehört.....

Das in dieser Untersuchung ermittelte Durchschnittseinkommen der befragten Anleger-Haushalte wurde mit netto DM 120.000 errechnet. Jedoch ist es falsch, anzunehmen, daß Anleger im Bauherrenmodell mehr als DM 100.000 (nach Steuern) verdienen, denn über ein Drittel der Befragten gab ein niedrigeres Einkommen an. *Wenn es in Zukunft gelingt, gerade diese Gruppe zu aktivieren, dürfte es möglich sein, erhebliches Privatkapital in den Wohnungsbau zu lenken. Dazu ist aber eine klare politische Stellungnahme erforderlich....*³⁷⁾

25 Diese Analyse *Bulwiens* aus dem Jahre 1983 war nicht in Vergessenheit geraten: Nach der Depression der Jahre 1984-1986 begann die Immobilien-Kapitalanlagebranche wieder Hoffnung zu schöpfen. Die Gebäude- und Wohnungszählung des Jahres 1987 hatte nämlich einen Wohnungsfehlbestand von rd. 1 Mio. Wohnungen statt des bisher politisch propagierten Wohnungsüberhangs von 1 Mio. Wohnungen ergeben.³⁸⁾ Damit war ein Bedarf nach Wohnungsimmobilien und damit nach diesbezüglichen Immobilien-Kapitalanlagen samt deren Vermietbarkeit offenkundig und die Branche konnte eine diesbezügliche Nachfrage samt Sicherheit (MaBV) und verbliebenen – geschmälernten - ertragsteuerlichen Steuervorteilen vermarkten. Die von *Bulwien* angesprochene Zielgruppe der Kapitalanleger wurde mithin im Anschluss an besagte Wohnungs- und Gebäudezählung 1987 über das Bauträgermodell angesprochen, Privatkapital in den Wohnungsbau zu lenken, in der Zeit von 1987-1989 zunächst nur in der damaligen Bundesrepublik Deutschland (Westdeutschland).

26 Mit der Wiedervereinigung änderte sich an diesen Vorgaben nichts, jedoch wurde einerseits ein neuer Nachfragemarkt für zu vermietenden Wohnraum ausgemacht, der andererseits durch die steuerlichen Investitionsanreize der Sondergebiets-AfA aufgrund des FördG sich staatlicherseits gerade an die Immobilien-Kapitalanlagebranche richtete.³⁹⁾ Und als man staatlicherseits der Öffentlichkeit glauben machte, es werde am Bedarf vorbei gebaut, setzte wiederum das gleiche Szenario ein, das aus Zeiten des auslaufenden Bauherrenmodells bekannt war: Kapitalanlegern wurde vorgeworfen, sie würden „legale Steuerschlupflöcher“ ausnutzen, was es zu beenden gelte, weswegen u.a. mit Wirkung ab 05.03.1999 § 2b EStG eingeführt wurde (§ 52 Abs. 4 EStG). Nach Angaben des Bundesbauministeriums sollten seit 1993 in den Neuen Bundesländern rd.

36) *Bulwien* in: Tewes, Steuerlich anerkannte Bauherrenmodell, 11. Erg. Lief. 08/1983, Fach 3/7.7, Seite 3 f.

37) Kursivsetzung durch den Autor

38) *Wagner* in: *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 27

39) *Wagner* NZG 1999, 229, 232

760.000 Wohnungen fertiggestellt worden sein; in manchen Städten sollten bis zu 30% an Wohnungen unbewohnt sein.⁴⁰⁾ Daß zu diesem behaupteten Wohnungsleerstand ganz maßgeblich auch Wanderungsbewegungen beigetragen haben, indem viele Menschen aus alten Wohnungen in neu gebaute Wohnungen und Häuser umgezogen sind, so daß sich Wohnungsleerstand in sanierungsbedürftigen oder nicht mehr sanierungsfähigen Altbauwohnungen gebildet hatte,⁴¹⁾ ging bei dieser Nachrichtenlage ebenso unter wie man, bezogen auf ganz Deutschland, nicht von einem generellen sondern allenfalls von einem partiellen Wohnungsleerstand sprechen konnte. Wiederum wie beim auslaufenden Bauherrenmodell, gingen in den Neuen Bundesländern die Baugenehmigungen für Geschoss-Wohnungsbau in 1998 um 44% zurück⁴²⁾ und die an sich erforderliche Altbausanierung sank in den Neuen Bundesländern in 1999 wegen der auslaufenden Sanierungs-Sonderabschreibung von DM 31,2 Mrd. auf DM 25 Mrd. ab.⁴³⁾

- 27) Wiederum – wie schon beim auslaufenden Bauherrenmodell Mitte der 80iger Jahre – stellte sich aber ab der zweiten Hälfte der 90iger Jahre partieller Wohnungsleerstand insbesondere in den Neuen Bundesländern und ein Einbruch bei den Wohnungsmieten in den Alten Bundesländern ein. Die Folge war, daß im Anschluss an ausgelaufene Mietgarantien Immobilienkapitalanleger dort ihre Annuitäten immer schwerer schultern konnten. Und – anders als nach dem Auslauf des Bauherrenmodells Mitte der 80iger Jahre – nahmen sich ab Ende der 90iger Jahre bestimmte Anwälte dieser Kapitalanleger an, um sie mit folgenden Thesen in für Anwälte honorarträchtige Prozesse zu treiben, die zudem von entsprechenden Prozessfinanzierungsgesellschaften finanziert wurden, welche sich die dafür erforderlichen Mittel teilweise über die Börse besorgten:
- 28) - Banken hätten angeblich seit rd. 15 Jahren an einem Betrugskonzept zu lasten von Kapitalanlegern durch Überfinanzierungen von Eigentumswohnungen mitgewirkt; Kapitalanlagevertriebe seien ihre Gehilfen gewesen.
- VerbKrG und HWiG sollen den einfachen verschuldensunabhängigen Ausstieg ermöglichen und
- wo dies scheiterte, wurden Schadensersatzansprüche gegen finanzierende Banken, Vertriebsgesellschaften und Anlagevermittler/Anlageberater aus angeblich vor 5-11 Jahre zurückliegender fehlerhafter Anlageberatungshaftung und gegen sonstige Personen zudem aus Prospekthaftung geltend gemacht.
- 29) Das Bauträgermodell hat daher seit 1987 bis zu besagtem 05.03.1999 folgende Entwicklungslinien vorzuweisen:
- Dem Sicherheitsbedürfnis von Immobilienkapitalanlegern wurde zwar durch die beim Bauträgermodell zwingende Einschlägigkeit der MaBV bezüglich der Baumaßnahmen Rechnung getragen. Aber wirtschaftliche Marktveränderungen und deren negative Auswirkungen auf

40) FAZ vom 23.02.2000, Seite 17

41) Handelsblatt vom 15.05.2000, Seite 7: Der dramatische Leerstand von Wohnungen in den Neuen Bundesländern sei nicht in erster Linie ein Problem der Plattenbauten, vielmehr sei der Leerstand in Altbauten viermal so hoch wie in Plattenbauten, so eine Expertenkommission unter Leitung des früheren Leipziger Oberbürgermeisters Lehmann-Grube, die im Auftrag des Bundesbauministers beraten solle, wie Leerstand bekämpft werden könne. Es handele sich um rd. 1 Mio. Altbauwohnungen.

42) FAZ vom 23.02.2000, Seite 19; FAZ vom 20.04.2000, Seite 55

43) FAZ vom 23.02.2000, Seite 19

Kapitalanleger, die von der MaBV nicht erfasst wurden, wurden 5-11 Jahre nach der Investitionsentscheidung von Kapitalanlegern von interessierten Anwaltskreisen zum Anlass für Haftungsprozesse genommen und mittels der Medien wurde von diesen eine erneute Kriminalisierung der Kapitalanlagebranche begonnen.

30 - Die Steuerorientierung zeichnet(e) sich durch eine gegenläufige Bewegungen aus: Einerseits wurde die Anerkennung von Werbungskosten durch das Urteil des BFH vom 14.11.1989⁴⁴⁾ und den Bauherrenenerlass des BMF vom 31.08.1990⁴⁵⁾ gemindert. Andererseits wurde staatlicherseits für die neuen Bundesländer der Steuervorteil als Investitionsanreiz aufgrund der Sondergebiets-AfA des FördG dominierend, ehe dann erneut besagte Kapitalanleger zu „Steuertrixern“ wegen Ausnutzung „legaler Steuerschlupflöcher“ moralisch herabgewürdigt wurden.

31 Es kommt nicht von ungefähr, daß dort der bundesweit gesehene partielle Wohnungsleerstand am größten war, wo auch die steuerliche Förderung am größten war. Und es wurde absehbar sein, daß zunächst die Finanzverwaltung und dann die Finanzrechtsprechung bei so viel Wohnungsleerstand auch bei Immobilien-Kapitalanlagen die Frage der Überschusserzielungsabsicht neu stellte, um erneut rückwirkend einmal gewährte Steuervorteile abzuerkennen. Das politische Szenario von den angeblichen „legalen“ Steuerschlupflöchern war die Vorlage für Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung, alsdann den 2. Schritt des § 42 AO zu gehen, dem sich alsdann erneut auch deshalb Haftungsprozesse anschlossen.

32 Während das Bauherrenmodell *zivilrechtlich* das Richterrecht der Haftung aufgrund konkludenten Anlageberatungs- und –vermittlungsvertrages und wegen Prospekthaftung vertiefte, stand beim Bauträgermodell neben diesen Anspruchsgrundlagen die MaBV sowie VerbrKrG und HWiG im Vordergrund. Und *steuerrechtlich* wurden verbliebene Werbungskostenabzüge des Bauherrenmodells richterrechtlich abgebaut und nach der zum Zwecke des Wiederaufbaues Ost gewährten Sondergebiets-AfA (FördG) Steuersparmodellen mittels Mindestbesteuerung (§ 2 Abs. 3 EStG) und § 2b EStG samt den dazu ergehenden, Unsicherheit verbreitenden, Erlassen der Finanzverwaltung für die Zukunft ein endgültiges Ende bereitet.⁴⁶⁾

b4) Geschlossene Immobilienfonds (1984 – 1999)

33 Parallel zum vorgenannten Bauträgermodell gewann ab Mitte der 80iger Jahre der geschlossene Immobilienfonds einen eigenständigen Stellenwert. Während die vorgenannten Immobilien-Kapitalanlagemodelle Kapitalanleger ansprachen, die die Immobilie zum Anfassen präferierten, wandte sich der geschlossene Immobilienfonds an die Kapitalanleger, die zu niedrigeren finanziellen Einsätzen eine Immobilienbeteiligung wünschten, als sie für eine Einzelimmobilie notwendig war/ist. Dies ging einher mit der Entscheidung des Großen Senates des BFH vom 25.06.1984⁴⁷⁾, der zur Personenhandels-gesellschaft entschieden hatte, daß das Erstreben eines Totalgewinnes (=Gewinnerzielungsabsicht) Grundvoraussetzung sei, um steuerliche Liebhaberei

44) BFH 14.11.1989 - IX R 197/84, BStBl II 1990, 299

45) BMF 31.08.1990 – IV B 3 – S 2253 a – 49/90, BStBl. I 1990, 366

46) FAZ vom 20.04.2000, Seite 55: „Politiker verunsichern den Wohnungsmarkt. Steuerrecht und Mietnovelle / Geschosswohnungsbau auf Talfahrt“

47) BFH 25.06.1984 - GrS 4/82, BStBl II 1984, 751

zu vermeiden, womit zugleich das Ende steuerlicher Abschreibungsgesellschaften gekommen war.⁴⁸⁾

34 Als Alternative zum Bauträgermodell wurde von 1985 bis ca. 1990 der sog Ansparfonds angeboten. Zielgruppe waren Kapitalanleger, die neben der staatliche Rente sich mittels einer i.d.R. 12-jährigen Ansparzeit eine zusätzliche sachwertgesicherte und damit möglichst krisen- und konjunkturunabhängige weitere Rente sichern wollten.⁴⁹⁾ Die Steuervorteile waren schmaler geworden, das Vertrauen in die Beständigkeit von Steuervorteilen noch geringer geworden, so daß sich die Immobilienkapitalanlage-Branche neuen Zielen zuwandte: Dem Thema Sicherheit durch Eigentumsbildung beim Bauträgermodell bzw. durch Zusatzrente bei geschlossenen Immobilienfonds.

35 Geschlossene Immobilien-Fonds investierten

- in Wohnungsimmobilien und dort oft in der Form des Hamburger-Modells,⁵⁰⁾
- in Wohnungs- und Gewerbeimmobilien der neuen Bundesländer als Anzahlungs-/Konservierungs-Fonds,⁵¹⁾
- in Immobilien mit betreutem Wohnen in Form sogenannter Senioren-Fonds,⁵²⁾
- in Gewerbeimmobilien mittels sog. Immobilien-Leasingfonds.⁵³⁾

36 Und kaum daß sich der Staat bis Ende der 80iger Jahre erfolgreich bemüht hatte, den Steueranreiz als Vertriebsanreiz steuerorientierter Immobilienkapitalanlagen immer kleiner und immer unsicherer werden zu lassen, ging er im Zuge der Wiedervereinigung im Hinblick auf die Sondergebiets-AfA des FördG wie beim Bauherrenmodell einen entgegengesetzten Weg: Mit enormen Steuervorteilen (50 %) lockte er gerade Kapitalanleger und die Immobilienkapitalanlage-Branche zu erheblichen Investitionen, um ab dem Zeitpunkt, zu dem diese Investitionen griffen, dieselben Kapitalanleger moralisch als Personen zu verurteilen, die in unseriöser Weise „legale Steuerschlupflöcher“ ausnutzten.⁵⁴⁾ Dieser Entwicklung wurde staatlicherseits für die Zukunft nicht nur durch das Auslaufen der Förderung (FördG) sondern auch durch die Mindestbesteuerung gemäß § 2 Abs. 3 EStG und durch § 2b EStG Anfang 1999 ein Ende bereitet.⁵⁵⁾

48) *Wagner* in: Loritz/Wagner, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 2, 1995, Rdn. 32; *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 22 Rdn. 66 ff.

49) *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 22 Rdn. 90 ff.

50) *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 22 Rdn. 127

51) *Wagner* NZG 1999, 229

52) *Loritz* in: Wagner/Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 2381 – 2495, insbes. Rdn. 2448 – 2486; *Wagner* NZG 1999, 229

53) *Wagner* NZG 1999, 229, 230

54) Dazu *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, 1. Erg. März 1999, § 22 30 – 31

55) Zur Insolvenz der Bassmann Bau AG wegen § 2b EStG (und einem diesem Unternehmen damit weggebrochener Markt steuerorientierter Kapitalanlagen), die bis Ende 1999 ein Fonds-Volumen von DM 3,4 Mrd. bei 60 geschlossenen Immobilienfonds platzierte, kapital-markt intern 11/2000, Seite 1; ferner Insolvenz der Thomae & Partner AG wegen § 2b EStG kapital-markt intern 14/2000, Seite 3

b5) Zwischenergebnis

37 Folgende Phänomene kennzeichnen diese zuvor aufgezeigte Entwicklung:

- Staatlicherseits Aberkennung einmal anerkannter Steuervorteile für die Vergangenheit und Zukunft, nachdem besagte Anleger die gewünschten Investitionen getätigt hatten.
- Partieller Wohnungsleerstand dort, wo die gesetzlichen steuerlichen Investitionsanreize am nachhaltigsten waren.
- Versuchter Schadensausgleich für Kapitalanleger mittels zivilrechtlicher Haftungsrechtsprechung.
- Kriminalisierung der Kapitalanlagebranche.

38 Gesetzliche Steuervorteile als Investitionsanreiz für Immobilieninvestitionen haben sich in der Vergangenheit immer wieder als trügerisch erwiesen, indem nach getätigten Investitionen Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung immer wieder dazu übergingen, mit Rückwirkung diese Steuervorteile abzuerkennen, ohne daß das BVerfG in diesem Zusammenhang jemals eingeschritten wäre.

b6) Nicht börsennotierte Immobilien AG

39 Aus diesen Gründen wurde in der Immobilien-Kapitalanlagebranche schon sehr früh darüber nachgedacht, die Immobilien-Kapitalanlage nicht als Anlageobjekt, sondern als Medium für andere Formen, etwa der Freizeitindustrie, zu nutzen. Mit der nicht börsenorientierten Aktie schaffte man einerseits eine fungible Beteiligung, die für jedermann erschwinglich war und die man andererseits wegen des aktienrechtlichen Einlagerückgewährverbotes (§ 57 Abs. 1 AktG) weder kündigen konnte noch einlagemäßig zurückzahlen durfte.

40 Diesbezüglich erweckte seit den 80iger Jahren das Aktien (HAPIMAG) – Modell einer Beteiligung an einer Aktiengesellschaft schweizer Rechts Aufmerksamkeit. Beabsichtigt war dabei nicht, Kapitalanleger an Immobilien zu beteiligen, sondern ihnen eine flexible *Nutzungsform* von Ferienimmobilien zu ermöglichen.⁵⁶⁾ Etwa zur gleichen Zeit wurde in Deutschland ein ähnliches Angebot vertrieben: Die Wander-Aktie. Dabei handelte es sich um die Möglichkeit, sich als Kapitalanleger mittels sog. „Ferien-Aktien“ an den *Erträgen* von Ferien-Immobilien zu beteiligen.⁵⁷⁾ In beiden Fällen stand weder eine Immobilienbeteiligung noch eine Steuerorientierung der Kapitalanlage im Vordergrund. Ersteres Modell gibt es heute noch, letzteres scheiterte bereits vor geraumer Zeit.

41 Hier zeichneten sich Haftungsprobleme ab, soweit damit geworben wurde, der Kapitalanleger nehme als Aktionär an den Wertsteigerungen der AG teil, ohne ihn darüber aufzuklären, daß ein Ausstieg aus der AG für ihn wegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht möglich war und ein Sekundärmarkt für den Verkauf nicht börsennotierter Aktien unter Realisierung solcher Wertsteigerun-

56) *Hildenbrand* in: Hildenbrand/Kappus/Mäsch, Time-Sharing und Teilzeit-Wohnrechtgesetz, 1997, Rdn. 82; *Tonner*, Das Recht des Time-sharing an Ferienimmobilien, 1997, Rdn. 184 f.

57) *Wagner* in: Loritz/Wagner, Handbuch der steuerorientierten Immobilienkapitalanlage, Bd. 2, 1995, Rdn. 1102 ff.

gen nicht vorhanden war. So soll es Modellkonfigurationen gegeben haben, wonach eine unterkapitalisierte und nicht an der Börse notierte AG Kapital von Kapitalanlegern mittels Genussscheinen⁵⁸⁾ akquirierte, um sich selbst das Recht vorzubehalten, nach einer bestimmten Zeit die Genussscheine in Aktien zu optieren. Was zunächst positiv aussah, konnte sich für Kapitalanleger als Falle entwickeln, wenn sie ihren Rückzahlungsanspruch bei Beendigung des Genussscheines gegen eine nicht börsennotierte Aktie eintauschten, bei der es wegen des Einlagerückgewährverbotes keinen Rückzahlungsanspruch gegen die AG gab und Kapitalanleger auf einer zwar rechtlich fungiblen, tatsächlich aber kaum verkäuflichen Aktie sitzen blieb.

- 42 Dem Kapitalanlagevertrieb nicht börsennotierter Aktien bzw. seitens der AG ausübbarer Wandelrechte von Genussscheinen in Aktien einer Immobilien-AG haben daher auch diesbezügliche Aufklärungspflichten gegenüber Kapitalanlegern begründet. Nicht anders war die Situation bei nicht börsennotierten Immobilien-AGs, wenn in Aussicht gestellt wurde, sich an der Börse zulassen zu wollen. waren dafür keine konkreten Anhaltspunkte gegeben und war dies nur ein in Aussicht stellen von Fungibilität, seitens des Kapitalanlegers später über die Börse wieder aussteigen zu können, so konnte auch dies haftungsrelevant werden. Kapitalanlageberater/-vermittler hafteten folglich nicht nur bei fehlendem Hinweis auf wirtschaftliche Plausibilität,⁵⁹⁾ sondern auch dann, wenn sie auf vorgenannte Besonderheiten nicht börsennotierter Immobilien-AGs nicht hinwiesen.
- 43 Gleichwohl wurde verstärkt über die Immobilien-AG diskutiert,⁶⁰⁾ weil die Publikums-Personengesellschaft in Anbetracht kaum noch umsetzbarer Steuervorteile zu viele Probleme aufwarf.⁶¹⁾

b7) Börsennotierte Immobilien-AG

- 44 Je mehr Steuervorteile als Investitionsanreiz in den Hintergrund traten, je mehr sogar steuerliche Gegebenheiten bei Immobilienkapitalanlagen gegenüber anderen Kapitalanlagen Nachteile aufwiesen wie etwa eine 10-jährige Spekulationsfrist bei Immobilien (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG) gegenüber einer 1-jährigen Spekulationsfrist bei Wertpapieren (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG), um so mehr trat die Fungibilität der Kapitalanlage in den Vordergrund. Mit der börsennotierten Immobilien-Aktie stand dabei nicht so sehr die Teilhabe an Wertsteigerung deren Immobilien im Vordergrund, sondern die Chance, mittels Ausstiegs durch Verkauf der Aktien an Kursgewinnen partizipieren zu können, was nach einem Jahr sogar steuerfrei möglich war.
- 45
- Jederzeitige Fungibilität aufgrund Handelbarkeit der Aktie,
 - Partizipation an Kursgewinnen (während Kursverluste ausgesessen werden können),
 - steuerfreie Gewinnrealisation bereits nach 1 Jahr,
 - Steuerung der eigenen Investitionshöhe,

58) Zur Immobilien-AG mit Genussscheinen allgemein siehe *Loritz* DStR 2000, 77

59) BGH 13.01.2000 – III ZR 62/99, WM 2000, 426

60) *Loritz* NZG 1999, 853

61) *Loritz* NZG 1999, 853, 854 f.

- überschaubare Nebenkosten,
- keine komplizierten und oftmals unzuverlässige Erlasse der Finanzverwaltung beachten zu müssen

etc. waren Vorteile einer börsennotierten Immobilien-AG. Dieser Attraktivität standen jedoch andere Gefahren gegenüber, die Kapitalanleger gerne übersahen, weswegen sich auch hier ein Haftungssystem bei fehlerhaften Wertpapierdienstleistungen entwickelte. Gleichwohl: Wenn Kapitalanlagebedarf vorhanden war und Kapitalanleger sowohl bei Kapitalanlagen des freien wie auch des geregelten Kapitalmarktes Risiken ausgesetzt waren, dann wählten sie im Zweifel die attraktivere Beteiligungsform.

- 46 Für die Kapitalanleger gab folglich nicht in erster Linie die Risikobetrachtung den Ausschlag, sondern ein Vorteilhaftigkeitsvergleich. Gleichwohl wurde bei immer ausdifferenzierteren Haftungssystemen für die *Anbieterseite* die Frage gestellt, welche Haftungsfragen im Vergleich zu emittierten Immobilien-Kapitalanlagen des freien Kapitalanlagemarktes mit einem Wechsel zur börsennotierten Immobilien-AG verbunden sein können.

2. Die Immobilien-Kapitalanlage als gewolltes Instrument nach der Wiedervereinigung

- 47 Kaum daß die Wiedervereinigung erfolgt war, war plötzlich 1991 das vorgenannte Steuersparmodell politisch wieder gewollt und wurde durch das FördG sogar mit einer Sonderabschreibung bis zu 50 % für Neubauten in den neuen Bundesländern, Berlin incl. West-Berlin sowie für Altbau-sanierungen ausgestattet.⁶²⁾ An die Stelle von Bauherrenmodellen traten geschlossene Immobilienfonds, an denen sich Anleger unmittelbar oder mittelbar beteiligten, um an den steuerlichen Vorteilen, die besagte geschlossene Fonds generierten, zu partizipieren, welche Werbungskostenabzug und Sonder-AfA waren.

- 48 Diese Art der Steuersparmodelle lief mit dem Ende des FördG Ende 1998 aus.

II.

Umsetzung steuerorientierte Immobilien-Kapitalanlagemodelle

- 49 Vorgenannte steuerorientierte Immobilien-Kapitalanlagemodelle fanden eine weite Verbreitung, weil die Ansprache an interessierte Kapitalanleger nicht über Makler sondern über Kapitalanlagervertriebe erfolgte. Diese traten als sog. Anlagevermittler oder als Anlageberater auf und vermittelten Beteiligungen und/oder damit zusammenhängende Finanzierungen.

- 50 Anleger beteiligten sich mit einem überschaubaren Eigenkapitaleinsatz, den sie wirtschaftlich durch die Steuerersparnisse kompensierten. Bei Bauherren- und Mietkaufmodellen wurden für bzw. durch sie ferner Fremdfinanzierungen aufgenommen, während bei geschlossenen Immobilienfonds die Fremdfinanzierung durch die Fonds aufgenommen wurden (sog. Außenfinanzie-

62) *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (6/2010), Fach 0308 Rdn. 9

rung) oder durch die sich beteiligenden Anleger per sog. Anteilsfinanzierung (sog. Innenfinanzierung).

- 51 Indem Anlegern seinerzeit Steuervorteile „verkauft“ wurden, traten Aufklärungen der Anleger über Chancen und Risiken des entsprechenden Anlagemodells in den Hintergrund. Dies hatte zur Folge, daß mit dem Auslaufen der Steuervorteile Fragen der Information, Aufklärung und Sicherheit ein größerer Stellenwert zukam.

1. Haftungsrisiken

a) Haftung aus in Anspruch genommenem Vertrauen (cic)

a1) Freier Immobilien-Kapitalanlage-Markt

- 52 Normalerweise trifft die Haftung für ein dem Vermittler etwa anzulastendes Verhandlungsschulden aus *cic* grundsätzlich über § 278 BGB die vertretenen Verkäufer und nicht die Vertriebsgesellschaft bzw. den Anlagevermittler selbst als deren Vertreter. Eine Haftung von Vertriebsgesellschaften bzw. Anlageberatern/-vermittlern selbst aus *cic* für die Verletzung *vorvertraglicher* Pflichten kommt nur dann in Betracht, wenn ihnen persönlich von Kapitalanlegern besonderes Vertrauen entgegengebracht worden ist *oder* wenn sie am Abschluss des Geschäfts ein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse gehabt haben.⁶³⁾ Dies setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine so enge Beziehung zum Vertragsgegenstand voraus, daß der Verhandlende gleichsam in eigener Sache tätig wird, mithin als wirtschaftlicher Herr des Geschäfts anzusehen ist.⁶⁴⁾ Ob dafür die Höhe von Provisionszahlungen bedeutsam sein können, ist in der Rechtsprechung des BGH nicht eindeutig auszumachen.⁶⁵⁾ Dies alles gilt für Geschäftsführer⁶⁶⁾ und Angestellte einer Vertriebsgesellschaft⁶⁷⁾ oder mit dieser zusammenarbeitende selbständige Handelsvertreter gleichermaßen.⁶⁸⁾

a2) Wertpapierdienstleistungen

- 53 Vergleichbares gilt für Vermittler nicht börsennotierter Aktien, wenn eine Vermittlung/Beratung nicht im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses sondern in einer auf einen einmaligen Kontakt abzielenden Vermittlung stattfindet.⁶⁹⁾ wobei besonderes Vertrauen auch durch Aushändigung einer Broschüre und durch die Selbstanpreisung, Spezialist für die emittierten Kapitalanlagen zu sein, hervorgerufen werden kann. Nicht ausreichend ist dann, über die Risiken aufzuklären, die mit „normalen“ Aktien verbunden sind, vielmehr muß über die besonderen Risiken aufgeklärt

63) BGH 30.10.1987 - V ZR 144/86, BB 1988, 163

64) BGH 17.06.1991 - II ZR 171/90, WM 1991, 1730 unter 2 a, jeweils m.w.Nachw.

65) Nach BGH 22.03.1979 - VII ZR 259/77, BGHZ 74, 103 ist die Höhe der Provision ein relevantes Merkmal, nach BGH 29.01.1992 - VIII ZR 80/91, WM 1992, 699 dagegen eher nicht

66) BGH 03.10.1989 - XI ZR 157/88, BB 1989, 2210

67) BGH 04.07.1983 - II ZR 220/82, BGHZ 88, 67

68) BGH 14.11.1983 - II ZR 184/82, WM 1984, 127

69) *Arendts*, Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, 1998, Seite 14; *Schäfer/Müller*, Haftung für fehlerhafte Wertpapierdienstleistungen, 2. Aufl. 1999, Rdn. 18

werden, die mit den vertriebenen Aktien zusammenhängen,⁷⁰⁾ wenn etwa eine Verkäuflichkeit solcher Aktien nicht sichergestellt ist, weil kein effektiver breiter Markt vorhanden ist. Als Rechtsfolge sind bei Einschlägigkeit von *cic* dann alle Verluste zu ersetzen, die durch den Kauf der entsprechenden Wertpapiere unter Berücksichtigung der Frage eines realisierbaren Restwertes solcher Papiere entstanden sind⁷¹⁾

b) Haftung aus Vertrag

b1) Freier Immobilien-Kapitalanlage-Markt

- 54 Ist zwischen dem Kapitalanleger und dem Anlageberater/-vermittler *ausdrücklich* ein Anlageberatungs-/vermittlungsvertrag abgeschlossen worden, so dient dieser nicht dazu, dem Kapitalanleger das Anlagerisiko abzunehmen,⁷²⁾ wohl aber dazu, ihm das Anlagerisiko zu verdeutlichen. Also sind dem Kapitalanleger alle dafür erforderlichen Informationen zu geben, ggf. zu verschaffen und wo nicht möglich, ihn darüber aufzuklären, welche Informationen nicht gegeben bzw. verschafft werden konnten.
- 55 Ist dagegen kein ausdrücklicher Anlageberatungs-/vermittlungsvertrag geschlossen worden, so wird in aller Regel ein konkludent bzw. stillschweigend abgeschlossener Anlageberatungs-/vermittlungsvertrag vorliegen. Ziel des richterrechtlichen Gebildes eines solchen stillschweigend abgeschlossenen Anlageberatungs- und Anlagevermittlungsvertrages ist, den *Vermittler* bzw. *Berater* selbst - also nicht die Vertriebsgesellschaft, mit der er zusammenarbeitet - bei unrichtigen oder unvollständigen Auskünften dann eintreten zu lassen,⁷³⁾ wenn sie für den Kapitalanleger als Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung sind und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse oder Maßnahmen macht.⁷⁴⁾ Dabei ist es gleichgültig, ob ein solcher Vertrag auch auf die Vermittlung der Kapitalanlage erstreckt werden kann.⁷⁵⁾ Hinzu kommen mußten in der früheren Rechtsprechung des BGH zu diesem Indiz⁷⁶⁾ weitere Umstände wie wirtschaftliches Interesse des Erklärungsempfängers am Geschäftsabschluß⁷⁷⁾, persönliches Engagement in Form der Zusicherung als Art Garantieübernahme⁷⁸⁾, das Versprechen eigener Nachprüfung der Angaben des Geschäftspartners des Auskunftsempfängers⁷⁹⁾ sowie eine bereits bestehende Vertragsbeziehung zwischen Auskunftgeber und Auskunftsempfänger.⁸⁰⁾ Diese vom III. Zivil-

70) Darauf scheint lt. FAZ vom 29.04.2000, Seite 18 die Gevaert-Holding N.V. bei ihrer Klage gegen die Deutsche Bank abzustellen, die diese u.a. deshalb i.S. Ph. Holzmann AG erhoben hat, weil die Vertreter der Deutschen Bank über dort vorhandenen Risiken nicht aufgeklärt habe.

71) BGH 22.01.1991 - XI ZR 151/89, BB 1991, 929

72) *Von Heymann* in: Assmann/Schütz, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 5 Rdn. 103

73) BGH 25.11.1981 - IVa ZR 286/80, WM 1982, 90

65) BGH 22.03.1979 - VII ZR 259/77, BGHZ 74, 103; BGH 25.09.1985 - IVa ZR 237/83, WM 1985, 1520

75) BGH 25.11.1981 - IVa ZR 286/80, WM 1982, 90

76) BGH 13.02.1992 - III ZR 28/90, WM 1992, 1031, 1034 f.

77) BGH 05.07.1962 - VII ZR 199/60, WM 1962, 1110, 1111; BGH 13.02.1992 - III ZR 28/90, WM 1992, 1031, 1034 f.

78) BGH 13.06.1962 - VIII ZR 235/61, NJW 1962, 1500; BGH 13.02.1992 - III ZR 28/90, WM 1992, 1031, 1034 f.

79) BGH 07.01.1965 - VII ZR 28/63, VersR 1965, 66; BGH 13.02.1992 - III ZR 28/90, WM 1992, 1031, 1034 f.

80) BGH 14.11.1968 - VII ZR 51/67, WM 1969, 36, 37; BGH 13.02.1992 - III ZR 28/90, WM 1992, 1031, 1034 f.

senat⁸¹⁾ in Erinnerung gerufenen zusätzlichen Merkmale unterschiedlicher Senate des BGH wurden inzwischen für stillschweigend abgeschlossene Anlageberatungs- und Anlagevermittlungsverträge zu Gunsten von Kapitalanlegern in der jüngeren Rechtsprechung des BGH nicht mehr gefordert.⁸²⁾

b2) Wertpapierdienstleistungen

- 56 Bei Wertpapieren ist zwischen Anlageberatung,⁸³⁾ Anlagevermittlung und Vermögensverwaltung⁸⁴⁾ zu unterscheiden.
- 57 Zu dem Begriff der „Wertpapierdienstleistungen“ zählen alle in § 2 Abs. 3 WpHG aufgeführten Leistungen, wozu auch die Anlagevermittlung von Wertpapieren gehört (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG), wenn diese Aktien an einem Markt gehandelt werden können (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG). Die damit zusammenhängende Beratung ist eine Wertpapiernebenleistung (§ 2 Abs. 3a Nr. 3 WpHG).⁸⁵⁾ Mithin muß man wie folgt differenzieren:
- 58 - Unternehmen, die bei dem Vertrieb z.B. von *an einem Markt handelbaren Aktien* (§ 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 1 KWG) entweder Finanzdienstleistungen für andere gewerblich erbringen oder einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, sind Finanzdienstleistungsinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1a KWG. Für solche Finanzdienstleistungsinstitute gilt das WpHG (§ 2 Abs. 4 WpHG), so daß diese bzw. die von ihnen eingeschalteten Anlageberater/-vermittler die Verhaltensregeln der §§ 31 ff. WpHG⁸⁶⁾ zu beachten haben,⁸⁷⁾ deren Einhaltung vom Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel überwacht wird (§§ 35 ff. WpHG).

81) BGH 13.02.1992 – III ZR 28/90, WM 1992, 1031, 1034 f.

82) BGH 03.12.1992 - III ZR 90/91, BGHR BGB § 676 Anlagevermittler 3; BGH 13.05.1993 - III ZR 25/92, WM 1993, 380

Auf Ansprüche wegen Verletzung des stillschweigend abgeschlossenen Anlageberatungs- und Anlagevermittlungsvertrages finden die vom II. Senat des BGH zur Prospekthaftung aufgestellten einschränkenden Verjährungsgrundsätze *keine* Anwendung: BGH 27.06.1984 – IVa ZR 231/82, NJW 1984, 2524. Zu den Fragen, ob ein Ausstieg aus notleidenden geschlossenen Immobilienfonds über die Anspruchsgrundlage der Schlechterfüllung des konkludenten Anlageberatungs- und Anlagevermittlungsvertrages möglich ist, siehe *Wagner NZG 2000*, 169, 174 f. und 178 f. m.w.N.

83) *Arendts*, Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, 1998, Seite 12 f.

84) *Balzer WM 2000*, 441; *Schäfer/Müller*, Haftung für fehlerhafte Wertpapierdienstleistungen, 2. Aufl. 1999, Rdn. 15; *Schäfer* in: *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 28

85) Zur Beweislastverteilung im Falle der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Wertpapierdienstleistungen *Lang WM 2000*, 450

86) *Arendts*, Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, 1998, Seite 3 f.: Die §§ 31 – 37 WpHG stellen die nationalstaatliche Umsetzung von Art. 11 der EG-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie dar, so daß bei Unklarheiten die §§ 31 ff. WpHG richtlinienkonform auszulegen sind.

87) *Schäfer/Müller*, Haftung für fehlerhafte Wertpapierdienstleistungen, 2. Aufl. 1999, Rdn. 11

59 - Solche Unternehmen dagegen, die Immobilienaktien vermitteln, welche nicht an einem Markt handelbar sind (z.B. nicht börsennotierte Immobilien-AG), sind keine Finanzdienstleistungsinstitute i.S.d. KWG und unterfallen damit nicht dem WpHG. Für diese Unternehmen und deren eingeschaltete Anlageberater/-vermittler gelten die von der Rechtsprechung entwickelten Haftungsgrundsätze.⁸⁸⁾

60 Diese Differenzierung beschreibt aber noch nicht, *wann* ausdrücklich oder stillschweigend bzw. konkludent ein Anlageberatungs- und Vermittlungsvertrag zustande kommt. Hier gilt nach der Rechtsprechung des BGH vergleichbares wie oben ausgeführt.⁸⁹⁾

„Eine Bank hat bei der Anlageberatung den - gegebenenfalls zu erfragenden - Wissensstand des Kunden über Anlagegeschäfte der vorgesehenen Art und dessen Risikobereitschaft zu berücksichtigen ("anlegergerechte" Beratung); das von ihr danach empfohlene Anlageobjekt muß diesen Kriterien Rechnung tragen ("objektgerechte" Beratung).“⁹⁰⁾

61 Kein konkludenter Abschluss eines Beratungsvertrages ist jedoch gegeben, wenn ein Kapitalanleger aufgrund Empfehlungen Dritter gezielt Aufträge zur Vermittlung bzw. zum Kauf von Wertpapieren erteilt und dadurch zu erkennen gibt, daß er keine Beratung wünscht.⁹¹⁾

c) Prospekthaftung

c1) Freier Immobilien-Kapitalanlage-Markt

62 Der BGH ist in seiner Rechtsprechung der Prospekthaftung im freien Kapitalanlagemarkt von der Prospektinformation als Mittel vorvertraglicher Aufklärungspflicht und nicht vom Prospekt als Werbemedium ausgegangen.⁹²⁾

63 Eine Prospekthaftung im *engeren* Sinne ist bei *typischer Weise* gewährtem Vertrauen gegeben. Ziel dieser richterrechtlichen Rechtsfortbildung war, die Personen in die Haftung vorvertraglichen Verschuldens einzubeziehen, die Einfluss haben bzw. Mitverantwortung tragen und deshalb fehlerhafte Prospektaussagen hätten vermeiden können.⁹³⁾ So hat der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH in einer sehr frühen Entscheidung als Ziel der Prospekthaftung das

„Interesse eines rechtlich gebotenen Kapitalanlegerschutzes auf eine wahrheitsgemäße und vollständige Aufklärung des Rechtsverkehrs über das Risiko möglicher Anlagen“

88) *Schäfer/Müller*, Haftung für fehlerhafte Wertpapierdienstleistungen, 2. Aufl. 1999, Rdn. 11

89) BGH 04.03.1987 - IVa ZR 122/85, BGHZ 100, 117; BGH 06.07.1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126; BGH 28.01.1997 - XI ZR 22/96, BB 1997, 855; *Arendts*, Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, 1998, Seite 12 f.

90) BGH 06.07.1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126 (sog. Bond-Urteil); *Arendts*, Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, 1998, Seite 1 f.; *Balzer WM* 2000, 441

91) BGH 12.03.1996 - XI ZR 232/95, BB 1996, 1353

92) *Schäfer/Müller*, Haftung für fehlerhafte Wertpapierdienstleistungen, 2. Aufl. 1999, Rdn. 21

93) *Thode* in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, N Rz. 10

beschrieben, weshalb darauf hingewirkt werden müsse,

„daß zu diesem Zweck für unzutreffende oder irreführende Prospektangaben nicht nur die unmittelbar am Vertragsschluß Beteiligten oder diejenigen, die einen auf ihre Person bezogenen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen haben, haftbar gemacht werden müssen, sondern auch die Unternehmen und Personen, die zu der für die Herausgabe des Prospektes verantwortlichen eigentlichen Leitungsgruppe oder sonst zu den maßgeblichen Hintermännern des Anlageunternehmens gehören.“⁹⁴⁾

64 Der BGH hat in der Prospekthaftung eine neben persönlichem Vertrauen bestehende Vertrauenshaftung gesehen, die aufgrund eines aus einer Garantenstellung (z.B. „kraft Amtes oder aufgrund Berufes oder aufgrund einer besonderen Fachkunde“⁹⁵⁾ oder allgemein anerkannten und hervorgehobenen wirtschaftlichen Stellung⁹⁶⁾) herrührenden Vertrauens begründet sein kann.⁹⁷⁾

65 Von einer Prospekthaftung im *weiteren* Sinne ist dagegen dann die Rede, wenn Prospekte in Verhandlungen Eingang gefunden haben.⁹⁸⁾

„Dazu gehören aber auch diejenigen, die einen aus ihrer Person hergeleiteten zusätzlichen Vertrauenstatbestand geschaffen haben. Das kann gerade auf die Personen und Unternehmen zutreffen, die solche Beteiligungen vertreiben oder vermitteln, nämlich dann, wenn sie als in dieser Branche vielfältig erfahren und damit sachkundig auftreten, den Eindruck besonderer persönlicher Zuverlässigkeit erwecken und so für ihre Verhandlungspartner eine zusätzliche, wenn nicht gar die ausschlaggebende Gewähr für die Richtigkeit der in dem Werbeprospekt oder anderweit über die Kapitalanlage gemachten Angaben bieten (vgl. dazu auch Nirk, Festschrift für Fritz Hauss, 1978, S 267, 283).

94) BGH 06.10.1980 – II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 341. Dazu zählt der BGH u.a. auch „Initiatoren, Gestalter und Gründer der Gesellschaft, die das Management bilden oder beherrschen und die Personen, die hinter der Anlagegesellschaft stehen und besonderen Einfluss in der Gesellschaft ausüben und Mitverantwortung tragen“ (aaO, Seite 342)

95) BGH 22.05.1980 – II ZR 209/79, BGHZ 77, 172

96) BGH 22.03.1982 – II ZR 114/81, BGHZ 83, 222, 224; BGH 21.05.1984 – II ZR 83/84, NJW 1984, 2523; BGH 31.05.1990 – VII ZR 340/88, BGHZ 111, 314; BGH 31.05.1990 – VII ZR 341/88, WM 1990, 1658; BGH 25.10.1990 – VII ZR 284/88, WM 1991, 13

97) BGH 24.04.1978 – II ZR 172/76, BGHZ 71, 284, 288; BGH 06.10.1980 – II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 340; BGH 22.03.1982 – II ZR 114/81, BGHZ 83, 222, 224; BGH 04.02.1985 – II ZR 229/84, EWiR 1985, 191; BGH 26.09.1991 – VII ZR 376/89, BGHZ 115, 214 („Hamburger Modell“); BGH 02.12.1991 – II ZR 141/90, WM 1992, 143; BGH 10.10.1994 – II ZR 95/93, WM 1994, 2192

Zur Gesamtbildbetrachtung BGH 12.07.1982 – II ZR 175/81, NJW 1982, 2823

Keine Prospekthaftung eines Kreditinstitutes neben Initiatoren und Prospektherausgeber, „das mit der Zielrichtung der wirtschaftlichen Rentabilität des Erwerbermodells und der möglichst weitgehenden Absicherung seines Kreditengagements konzeptionelle und vertragliche Änderungen des Anlagemodells durchsetzt“ (JURIS-Orientierungssatz zu) BGH 31.03.1992 – XI ZR 70/91, WM 1992, 901. Zur Prospekthaftung einer Bank, die sich im Prospekt nicht nur als Vertragspartner einer Finanzierung, sondern auch als Referenz benennen läßt, weil sie nicht die Richtigkeit der Prospektangaben und die Bonität der Initiatoren in banküblicher Weise überprüft hat und die Kreditinteressenten nicht über bestehende Bedenken aufgeklärt hat: BGH 16.06.1992 – XI ZR 166/91, WM 1992, 1269

Zur Prospekthaftung im einzelnen *Thode* in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, N und *Weimann*, Prospekthaftung, 1998, jeweils m.w.N.

98) *Weimann*, Prospekthaftung, 1998, Rdn. 44

c) Einen solchen zusätzlichen Vertrauenstatbestand hat die Beklagte als Vertriebsfirma hier geschaffen,...⁹⁹⁾

66 Es sind folglich ähnliche Kriterien wie bei der *cic* gegeben, nur daß hier zusätzlich dieses Wecken eines besonderen Vertrauens dazu dient, den Eindruck der Richtigkeit des Prospektes zu erwecken.

67 Und auch für den freien Kapitalanlagemarkt hat der BGH auf das Gesamtbild des Prospektes abgestellt, das der Prospekt dem Anleger

„unter Berücksichtigung der von ihm zu fordernden sorgfältigen und eingehenden Lektüre vermittelt.“¹⁰⁰⁾

68 Gemessen daran muß ein Prospekt folgende Anforderungen erfüllen:

- Er muß darauf hinweisen, daß Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds mangels eines entsprechenden Marktes nur eingeschränkt veräußerbar sind.¹⁰¹⁾
- Der Prospekt weist offen ein Agio oder Kosten der Eigenkapitalbeschaffung aus.¹⁰²⁾

c2) Wertpapierdienstleistungen

69 Mit der Rechtsprechung des BGH gelten vorgenannte Grundsätze auch für den Vertrieb von nicht börsennotierten Aktien.¹⁰³⁾

70 Die Prospekthaftung börsennotierter (Immobilien-) AGs ist in § 45 BörsG spezialgesetzlich geregelt gewesen, so daß in Anbetracht dessen die vorgenannte Prospekthaftungsrechtsprechung des BGH in diesen Fällen nicht zugriff.¹⁰⁴⁾ Der BGH hat diesbezüglich bereits in einer frühen Entscheidung iudiziert:

„Für die Frage, ob ein Emissionsprospekt unrichtig oder unvollständig ist, kommt es nicht allein auf die darin wiedergegebenen Einzeltatsachen, sondern wesentlich auch darauf an, welches Gesamtbild er durch seine Aussagen von den Verhältnissen und der Vermögens-, Ertrags- und Liquiditätslage des Unternehmens, dessen Papiere zum Kauf angeboten werden, dem interessierten Publikum vermittelt.“¹⁰⁵⁾

99) BGH 22.03.1979 – VII ZR 259/77, BGHZ 74, 103

100) BGH 24.04.2014 – III ZR 389/12, NZG 2014, 904 Rdn. 12 u.H.a. BGH 28.02.2008 – III ZR 149/07, BeckRS 2008, 04773 Rdn. 8; BGH 20.06.2013 – III ZR 293/12, BeckRS 2013, 11561 Rdn. 12

101) BGH 24.04.2014 – III ZR 389/12, NZG 2014, 904 Rdn. 14 u.H.a. BGH 20.06.2013 – III ZR 293/12, BeckRS 2013, 11561 Rdn. 7

102) BGH 24.04.2014 – III ZR 389/12, NZG 2014, 904 Rdn. 17 f.

103) BGH 05.07.1993 - II ZR 194/92, BGHZ 123, 106; OLG Frankfurt 17.03.1988 - 16 U 21/87, WM 1988, 1161 (6-monatige Verjährungsfrist ab Kenntnis des Prospektmangels)

104) OLG Frankfurt 17.12.1996 - 5 U 178/95, BB 1997, 333

105) BGH 12.07.1982 - II ZR 175/81, BB 1982, 1626; so auch OLG Düsseldorf 05.04.1984 - 6 U 239/82, WM 1984, 586; OLG Frankfurt 01.02.1994 - 5 U 213/92, BB 1994, 737. Darauf scheint lt. FAZ vom 29.04.2000, Seite 18 die Gevaert-Holding N.V. bei ihrer Klage gegen die Deutsche Bank abzustellen, die diese u.a. deshalb i.S. Ph. Holzmann AG auch auf der Rechtsgrundlage der Prospekthaftung gem. § 45 BörsG erhoben haben soll

d) Deliktshaftung

d1) Freier Immobilien-Kapitalanlage-Markt

- 71 § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263, 266, 264a¹⁰⁶⁾ StGB bzw. § 826 BGB¹⁰⁷⁾ können je nach Einschlägigkeit ihrer Voraussetzungen deliktsrechtliche Haftungstatbestände ausfüllen. Die 3-jährige Verjährungsfrist beginnt in diesen Fällen in dem Moment zu laufen, wenn die dem Geschädigten bekannten Umstände ihn in die Lage versetzen, eine Schadensersatzklage zu begründen.¹⁰⁸⁾

d2) Wertpapierdienstleistungen

- 72 Vorgenanntes gilt bei nicht börsennotierten (Immobilien-) AGs und deren Aktienvertrieb entsprechend.
- 73 Ob die §§ 31 ff. WpHG bei börsennotierten (Immobilien-) AGs ebenfalls Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sind, ist höchststrichterlich noch nicht entschieden, wird aber im Schrifttum überwiegend bejaht.¹⁰⁹⁾

e) Zwischenergebnis

- 74 Die Haftungsvoraussetzungen bei Immobilien-Kapitalanlagen des freien Kapitalmarktes, bei Immobilien-Aktien nicht börsennotierter Immobilien-AGs und börsennotierter Immobilien-AGs sind vergleichbar, so daß der Wechsel des Angebotssegments keine Haftungsvorteile zu bringen schien. Allerdings waren (neue) Maßstäbe zu beachten:
- 75 - Aus dem Bereich des freien Kapitalanlagemarktes die sich aus dem Entwurf der IdW-Richtlinien ergebenden Prospekt-Vorgaben und
- 76 - Aus dem Bereich der börsennotierten Immobilien-AGs die sich aus den §§ 31 ff. WpHG sich ergebenden Verhaltensregeln für ordnungsgemäße Anlageberatung/-vermittlung.

2. Haftungsvermeidung wurde zur strategischen Zukunftsfrage

- 77 Läßt man aus haftungsrechtlicher Sicht die Historie der steuerorientierten Kapitalanlage, also des freien Kapitalmarktes, Revue passieren und wird die strategische Grundentscheidung überdacht, ob man als Anbieter von Immobilien-Kapitalanlagen in diesem Marktsegment verbleiben wollte oder in das Marktsegment (nicht) börsennotierter Immobilien-AGs wechseln sollte, dann war seinerzeit der künftige Umgang mit dem Thema Haftung nicht in erster Linie eine solches des Marktsegments. Statt dessen ließ sich über folgende Haftungsvermeidungsstrategien nachdenken, die zugleich imagefördernd als Marketingstrategie eingesetzt werden konnten.

106) BGH 21.10.1991 - II ZR 204/90, BGHZ 116, 7

107) *Arendts*, Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, 1998, Seite 14

108) BGH 06.02.1990 - VI ZR 75/89, BB 1990, 2147; OLG Nürnberg 23.10.1980 - 8 U 137/79, ZIP 1980, 1112

109) Nachweise bei *Schäfer/Müller*, Haftung für fehlerhafte Finanzdienstleistungen, 2. Aufl. 1998, Rdn. 33 FN 59; siehe auch *Arendts*, Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, 1998, Seite 15

a) Überschaubarkeit und Haftungsminimierung

- 78 Kapitalanleger, die sich für Aktienbeteiligungen börsennotierter Immobilien-AGs entschieden, suchten die Beteiligung an beständigen Wertanlagen mit der Fungibilität und nachfrageorientierten Kursentwicklung einer Aktie zu kombinieren.
- 79 Kapitalanleger an geschlossenen Immobilienfonds oder Einzelimmobilien suchten dagegen die Teilhabe an *realisierbaren* Wertsteigerungen von Immobilien mit ansprechenden Renditen aufgrund realistischer Mietzinsen – nicht subventionierter Mietgarantien - kombinieren zu wollen. Da für Fondsanteile geschlossener Immobilienfonds kein transparenter Zweitmarkt vorhanden war, auf dem solche Anteile gehandelt wurden, war die Realisierung von Wertsteigerungen von Immobilien von wachsendem Interesse.
- 80 Steuerlich hatten aber geschlossene Immobilienfonds und Einzeleigentum gegenüber (börsennotierten) Immobilien-AGs einen dreifachen *Nachteil*:
- Die steuerliche Gewerblichkeit nach der 3-Objekte-Theorie,¹¹⁰⁾ während sich dieses Problem beim An- und Verkauf von börsennotierten Aktien kaum stellte.¹¹¹⁾
- 81 - Die Probleme um die Überschusserzielungsabsicht i.V.m. § 2b EStG – wobei der Erlass des BMF keine Sicherheit schaffte, da er viele Fragen offen ließ und die Finanzgerichtsbarkeit daran nicht gebunden war -, während beim An- und Verkauf fremdfinanzierter Aktien die Überschusserzielungsabsicht nur dann verneint wird, wenn die Schuldzinsen die voraussichtliche Rendite („Verhältnis Bruttodividende einschließlich Körperschaftsteuerguthaben zum Aktienkaufpreis) der Aktie deutlich überstiegen.¹¹²⁾
- 82 - 10 Jahre Spekulationsfrist bei Immobilien bzw. Immobilienbeteiligungen in geschlossenen Immobilienfonds gegenüber 1 Jahre Spekulationsfrist bei (börsennotierten) Aktienbeteiligungen sprachen eine deutliche Sprache.
- 83 Ging man folglich davon aus, daß die Haftungssysteme in etwa vergleichbar waren, dann wurde die Zukunft der Immobilienkapitalanlage in börsennotierten Immobilien-AGs deshalb vorteilhafter als die Beteiligung in geschlossenen Immobilienfonds und Einzeleigentum, weil börsennotierte Immobilien-AGs
- nicht über die steuerlichen Nachteile der zuvor geschilderten Art verfügten,
 - über einen Börsenmarkt handelbar waren
 - und Kursgewinne erlaubten, ohne im Falle von Kursverlusten diese (sofort) realisieren zu müssen.

110) BFH 18.05.1999 - I R 118/97, BStBl. II 2000, 28

111) BFH 29.10.1998 - XI R 80/97, BStBl II 1999, 448

112) BFH 31.08.1999 – VIII R 23/98, BFH/NV 2000, 420; gemäß Schmidt/Seeger, EStG, 18. Aufl. 1999, § 2b EStG gehören zu den Gesellschaften i.S.d. § 2b EStG Personengesellschaften des Handelsrechts sowie die GmbH & Co. KG und die GmbH & Still bzw. AG & Still, nicht aber die fremdfinanzierte Beteiligung an einer AG

- 84 Die nicht börsennotierte Immobilien-AG vermieden zwar auch die vorgenannten steuerlichen Nachteile, litten aber an zwei erheblichen Nachteilen, über die Kapitalanleger aufgeklärt werden mußten:
- Es gab keinen der Börse vergleichbaren Markt, an dem solche Aktien gehandelt werden könnten, so daß der Kapitalanleger sich auch nicht durch Verkauf solcher Aktien unter Realisierung von Wert- statt Kurssteigerungen wieder trennen konnten;
- 85 - Eine Kündigung der eigenen Aktienbeteiligung, um seine Einlage zurück zu erhalten, war wegen des Einlagerückgewährverbotes des § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht möglich, so daß eine solche Aktienbeteiligung die von Kapitalanlegern erbrachten Einlagen unwiederbringlich band, ohne sie jemals wieder zurück zu erhalten.
- 86 Auf diese Unterschiede hatten Emissionäre von Immobilienkapitalanlagen in Prospekten und Vermittlungs- bzw. Beratungsgesprächen hinzuweisen, da diese Unterschiede für die Anlageentscheidung von Kapitalanlegern wesentlich sein konnten. Diese Unterschiede waren mithin nicht nur für die Strategie von *Anbietern* von Immobilienkapitalanlagen bedeutsam, sondern auch für die haftungsvermeidenden Offenbarungspflichten des Kapitalanlagevertriebes, um dem jeweiligen angesprochenen Kapitalanleger nicht nur Transparenz über die konkret angebotene Immobilienkapitalanlage zu verschaffen, sondern auch über die unterschiedlichen Segmente von Immobilienkapitalanlagen mit ihren strukturellen Unterschieden. Angebotene Immobilienkapitalanlagen mußten folglich für Kapitalanleger
- *konkret transparent* werden und
 - in ihrer *segmentellen* Unterschiedlichkeit *überschaubar* werden,
- um dem Kapitalanleger eine Entscheidung zu ermöglichen. Geschah dies kumulativ nicht, so konnte darin eine Schlechterfüllung des konkludenten oder ausdrücklichen Anlageberatungs- bzw. -vermittlungsvertrages liegen.
- 87 Es wird mithin deutlich, daß die strategische Zukunftsfrage des Anbieters von Immobilienkapitalanlagen, sich für das eine oder andere Angebotssegment entschieden zu haben, in Anbetracht der aufgezeigten Unterschiede gegenüber dem Kapitalanleger auch zur haftungsvermeidenden Informations- und Aufklärungspflicht führte, warum gerade das ausgewählte Segment und nicht ein anderes gewählt wurde und welche Folgen sich daraus für den Kapitalanleger ergeben. Die Informations- und Aufklärungspflicht der Anbieterseite mußte sich mithin nicht nur auf die konkret angebotene Immobilienkapitalanlage erstrecken, damit der Kapitalanleger sich entscheiden konnte, ob er sich für oder gegen diese Kapitalanlage entscheidet. Vielmehr war ihm auch ein Überblick (*Überschaubarkeit*) zu verschaffen, worin sich Immobilienkapitalanlagen als Einzel Eigentum, Geschlossene Immobilienfonds in ihren unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltungen, Offene Immobilienfonds, börsennotierte Immobilien-AG und nicht börsennotierte Immobilien-AG grundsätzlich unterschieden (strukturelle Vorteils- und Nachteilsbetrachtung) und warum sich der Anbieter einer konkreten Immobilienkapitalanlage für die eine Emissionsform und nicht für eine andere entschieden hatte.

88 Dies hatte Folgen für die Schulung des Kapitalanlagevertriebes, die sich nicht mehr nur noch auf das konkrete Immobilienkapitalanlage-Angebot zu erstrecken hatte, sondern vorgenannte Fragen mit einbeziehen mußte.

b) Transparenz statt Haftungsausschluss

89 Der BGH verdeutlichte, daß Haftungsfreistellungen in AGB der Anbieterseite die Kapitalanleger unangemessen benachteiligen und daher gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam seien.¹¹³⁾ Gemäß § 24a Nr. 3 AGBG (heute § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB) seien zudem

„bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 9 .. auch die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.“

90 Wenn folglich Haftungsausschluss durch die Anbieterseite kein probates Mittel der Risikominimierung war, empfahl es sich, im Gegenteil Risikominimierung durch Transparenz zu betreiben. Dies nicht nur in der Weise, daß man Kapitalanleger mit von ihnen nicht mehr verdaulichen Informationen überschüttete, sondern indem man sie in ein Gesamtsystem einband, welches auch Kapitalanleger verpflichtete, gegebene Informationen ggf. durch eigene Berater gegenzuprüfen.

91 Dieses Gesamtkonzept mußte die zuvor angesprochenen „begleitenden Umstände“ mit berücksichtigen. Dabei mußte man unterscheiden zwischen

- Produkt-Transparenz,
- Beteiligungs-Transparenz und
- Wirtschaftlichkeits-Transparenz.

b1) Produkt-Transparenz

92 Produkt-Transparenz konnte unter Einbeziehung des Internet hergestellt werden. Dort konnten/können alle erforderlichen Informationen zum Kapitalanlage-Produkt von der Anbieterseite eingestellt werden, um einen Überblick über Angebote und deren Vergleichbarkeit zu anderen Angeboten herzustellen. Bei Immobilien-Kapitalanlagen war es zudem möglich, im Internet die jeweiligen Immobilien in ihrer Umgebung auch optisch zu präsentieren und deren wirtschaftliche Eckdaten zu beschreiben und möglicherweise auch mündlich erläutert darzustellen sowie jederzeit zeitnah zu aktualisieren. Anbietende Gesellschaften konnten ohne größeren Aufwand ihr Image sowie ihren Bekanntheitsgrad erhöhen und Kompetenz zeigen.¹¹⁴⁾ Dies war nicht nur für den Kapitalanlage-Vertrieb eine Unterstützung, sondern half zudem vermeiden, daß von einzelnen Anlagevermittlern bzw. Anlageberatern unabhingestimmte Zusagen gegenüber Kapitalanlegern getätigt wurden, zu denen sie von keiner Seite ermächtigt waren.

113) BGH 13.01.2000 – III ZR 62/99, BB 2000, 429, 430

114) FAZ vom 04.02.2000, Seite 53

b2) Beteiligungs-Transparenz

- 93 „Ohne Vertrauen nützen Informationen wenig,
aber durch Informationen läßt sich Vertrauen schaffen.“

Dabei mußte es sich um nachvollziehbare und verständliche Informationen handeln, die auch solche über die Leistungsfähigkeit, Kompetenz und Seriosität der Vertragspartner der Kapitalanleger mit einschloss. Informationen dienten dabei einerseits der Entscheidungsfindung des Kapitalanlegers und andererseits der Schadensverhinderung auch auf Anbieterseite. Diesbezüglich wurde diesseits bereits vor Jahren folgender Vorschlag unterbreitet:

- 94 - Der Prospekt sollte, für den Kapitalanleger erkennbar, unterteilt werden in Werbemedium,¹¹⁵⁾ Dokumentationsteil,¹¹⁶⁾ Aufklärungsteil,¹¹⁷⁾ und die Beschreibung der Geschäftsgrundlage¹¹⁸⁾ (*Prospektgestaltung*).¹¹⁹⁾

- 95 - Der Anbieter von Immobilienkapitalanlagen oder der Prospektherausgeber sollte den Prospekt durch einen Wirtschaftsprüfer nach den Kriterien des IdW¹²⁰⁾ gutachterlich prüfen lassen (*Prospektprüfungsgutachten*).¹²¹⁾ Da aber Wirtschaftsprüfer nur die tatsächlichen bzw. wirtschaftlichen Gegebenheiten prüfen,¹²²⁾ nicht jedoch ein Rechtsgutachten fertigen, könnte es sich empfehlen, das Immobilienkapitalanlage-Angebot durch einen Rechtsanwalt mittels eines *Rechtsgutachtens* zusätzlich überprüfen zu lassen.¹²³⁾ Diese Gutachten hätte dienen können

∅ der eigenen Absicherung der Initiatoren,

∅ der Absicherung des Vertriebes,

∅ der Absicherung der Kapitalanleger und deren Berater,

∅ der Information von Notaren bei beurkundungsbedürftigen Verträgen.¹²⁴⁾

Solche Rechtsgutachten haben sich nicht durchgesetzt.

115) Wagner WM 1998, 694, 700: dürfen nicht irreführend sein

116) Wagner WM 1998, 694, 700: muß wahr und vollständig sein

117) Muß zusätzlich verständlich sein

118) Wagner WM 1998, 694, 700: Wird zudem zum Bestandteil eines Beratungs-/Auskunftsvertrages mit dem Vermittler bzw. der Vertriebsgesellschaft

119) Wagner DSrR 1997, 583; ders. WM 1998, 694, 700

120) Derzeit liegt ein neuer Entwurf dieser Kriterien „Grundsätze ordnungsmäßiger Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen“ vor (<http://www.idw.de>)

121) Wagner DSrR 1997, 583, 584; ders. WM 1998, 694, 700

122) Zum Ablauf einer solchen Prospektprüfung Wagner DSrR 1997, 583, 584 ff.

123) Wagner DSrR 1997, 583, 584; ders. WM 1998, 694, 700

124) Wagner WM 1998, 694, 700

- 96 - Kapitalanlegern werden neben dem Prospekt vorgenannte Unterlagen ausgehändigt, damit der Kapitalanleger diese von seinem eigenen Berater prüfen lassen kann. Unterläßt er dies, muß er diese Säumnis im Haftungsfall sich als relevantes Mitverschulden (§ 254 BGB) entgegenhalten lassen.¹²⁵⁾
- 97 Neben die zuvor angesprochene Überschaubarkeit der Einordnung des Angebotes in ein Marktsegment mit Darstellung der Gründe durch die Anbieterseite trat hier die Transparenz bezüglich des eigentlich angebotenen Produktes für den Kapitalanleger, seine Berater und ggf. den Notar, was sich später auch bei eventuellen Haftungsprozessen erleichternd auswirkte. Hinderlich war allerdings, daß (angeblich) Wirtschaftsprüfer für solche Prospektprüfungsgutachten nicht durchgehend auf Versicherungsschutz sollten zugreifen können und Prospektprüfer nach der Rechtsprechung des BGH für Fehler im Gutachten gemäß den Grundsätzen der Prospekthaftung sollten einstehen müssen.¹²⁶⁾
- 98 Die Behauptung, der neue IdW-Standard sei ein Quantensprung im Anlegerschutz und in der Prospektierung,¹²⁷⁾ war mithin so nicht zutreffend: Es handelte sich dabei lediglich um *einen* Baustein im dargestellten Gesamtsystem.

b3) Wirtschaftliche Plausibilität

- 99 Kapitalanlagevermittler bzw. auch die Institutionen, die den Kapitalanlagevertrieb organisieren, sind verpflichtet, das von ihnen angebotene Kapitalanlagekonzept, „bezüglich dessen sie Auskunft erteilen sollen, (wenigstens) auf Plausibilität, insbesondere auf wirtschaftliche Tragfähigkeit hin, zu prüfen. Sonst können sie keine sachgerechten Auskünfte erteilen. Fehlende Sachkunde muß der Anlagevermittler offenlegen. Der Beklagte war der Plausibilitätsprüfung – und sich daran anschließender Ermittlungen – nur dann enthoben, wenn er bei pflichtgemäßer Prüfung der ihm vorliegenden Informationen davon ausgehen durfte, bereits auf dieser Grundlage zuverlässig Auskunft zur Wirtschaftlichkeit und Sicherheit der Kapitalanlage bei der erteilen zu können...“¹²⁸⁾
- 100 Der BGH differenziert mithin:
- Keine eigene Plausibilitätsprüfung – mit ggf. eigener Recherchepflicht - der Anlagevermittlers (auch bezüglich wirtschaftlicher Tragfähigkeit), wenn *er* (der Anlagevermittler) davon ausgehen darf, daß sich dies bereits aus dem Kapitalanleger bereits „vorliegenden Informationen“ (z.B. Prospekt) ergibt.
- 101 - Eigene Plausibilitätsprüfung – mit ggf. eigener Recherchepflicht - der Anlagevermittlers (auch bezüglich wirtschaftlicher Tragfähigkeit), wenn dem Kapitalanleger solche Informationen nicht bereits vorliegen hat.

125) *Wagner* WM 1998, 694, 700

126) BGH 31.05.1990 – VII ZR 340/88, BGHZ 111, 314, 320 f.; *Thode* in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, N Rdn. 45; *Assmann* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlage-rechts, 2. Aufl. 1997, § 7 Rdn. 79; dazu *Wagner* WM 1998, 694, 700

127) Heinz Gerlach Direkter Anlegerschutz vom 08.03.2000, Seite 1

128) BGH 13.01.2000 – III ZR 62/99, BB 2000, 429, 430

102 Das zuvor dargestellte Gesamtkonzept ist folglich aus zwei Gründen rechtlich erforderlich: Zum einen, um dem in § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB (= § 24a Nr. 3 AGBG a.F.) beschriebenen Erfordernis der begleitenden Umstände gerecht zu werden, an denen die vertraglichen Regelungen *rechtlich* zu messen waren/sind. Zum anderen, um der *wirtschaftlichen* Tragweitenbelehrung im Rahmen der Plausibilitätsprüfung gerecht zu werden.

b4) Fazit

103 Es war folglich eine strategische Zukunftsfrage, Transparenz in verständlicher Form mittels eines Gesamtsystems so herzustellen, daß Kapitalanleger einbezogen und nicht nur angesprochen wurden. Mittels des Prospektes wurde letztlich die Geschäftsgrundlage beschrieben, die individuelle Aufklärung jedoch mußte im Rahmen der (konkludenten) Anlageberatungs-/ -vermittlungsvertrages geleistet werden. Vertrieb wurde, wenn man mit einem solchen Gesamtsystem werben wollte und dadurch eigene Haftung minimieren wollte, nicht mehr durch Motivation bei Ausblendung von Wissen verfolgt, sondern nur durch anspruchsvolle Beratung bzw. Information, die auch gehalten war, zu verdeutlichen und zu dokumentieren, was man nicht erklären konnte.¹²⁹⁾ Denn Anlageberatung sollte Kapitalanleger keine Garantie für den wirtschaftlichen Erfolg der Immobilien-Kapitalanlage geben, sondern Transparenz für eine eigene Entscheidungsgrundlage.

3. Streitvermeidung, alternative Streitbeilegung, schiedsrichterliche Streitentscheidung: eine Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit

104 Während in den 80iger Jahren Kapitalanleger, wenn sie geschädigt worden waren, sich Anwälte zur Durchsetzung ihrer Interessen suchten, stellte man seit etwa 1998 fest, daß gewisse Rechtsanwälte alles und jeden öffentlich zu kriminalisieren suchten,¹³⁰⁾ um mittels von ihnen initiiierter Interessengemeinschaften nach amerikanischem Muster Mandate und Mandanten zu akquirieren. Die Rufschädigung des anderen wurde zum Akquisitionsinstrument.¹³¹⁾ Zu diesem Zweck wurden bis zu 18 Jahre und mehr nach dem Beitritt von Kapitalanlegern Prozesse gegen Banken und Kapitalanlagevertriebe initiiert, unterstützt durch sog. Prozessfinanzierer, die sich von vermeintlich existentiell geschädigten Kapitalanlegern für den Fall des Obsiegens oder eines Vergleiches

129) BGH 13.05.1993 – III ZR 25/92, BB 1993, 1317; BGH 13.01.2000 – III ZR 62/99, BB 2000, 429: „..... oder verfügt der Anlagevermittler mangels Einholung entsprechender Informationen insoweit nur über unzureichende Kenntnisse, so muß er dies dem anderen Teil zumindest offenlegen“

130) *Fuellmich/Rieger*, Treuhandmodelle als Quelle für Massenschäden in Milliardenhöhe, ZIP 1999, 427; *dies*. Die Haftung der Banken für massenhaft fehlerhafte Treuhandmodellfinanzierungen, ZIP 1999, 465; dagegen *Horn/Balzer* WM 2000, 333. Ferner *Gallandi*, Die Aufklärungspflicht bei Innenprovisionen, WM 2000, 279; dagegen zuvor schon *Wagner* WM 1998, 694, 697 f.

131) *Wagner* ZNotP 2000, 98 zu „Mitternachtsnotare“

bis zu 50% des eingeklagten Betrages auszahlen ließen,¹³²⁾ was die Frage aufwarf, was sich bei dieser Konstellation an der vermeintlichen Existenznot solcher Kapitalanleger ändern sollte. Man hatte inzwischen den Eindruck gewonnen, daß besagte Anwälte und Prozeßfinanzierer darin ein gemeinsames Geschäft sahen, das zudem zu deren Gunsten und imageschädigend für die Kapitalanlagebranche in den Medien vermarktet wurde. Die Ursache für diese Entwicklung war u.a. darin zu sehen, daß sich in der Vergangenheit auch Personen mit geringerem Einkommen für Immobilienkapitalanlagen interessierten und nach Auslaufen der Mietgarantien *und* einem inzwischen nachlassenden Marktmietzins Unterdeckungen bei der Bedienung der Annuitäten bewältigt werden mußten.¹³³⁾

105 Ähnliche Entwicklungen waren aber auch bei Kapitalanlegern mit geringerem Einkommen nicht ausgeschlossen, die sich mittels aufgenommener Fremdfinanzierungen an (börsennotierten) Immobilien-AGs beteiligten (sog. „Kleinsparer am Aktienmarkt“¹³⁴⁾). Denn mußten dort – aus welchen Gründen auch immer - Kursverluste realisiert werden, so daß Belastungen aufgrund der aufgenommenen Fremdfinanzierungen bestehen blieben, waren auch dort für die Anbieterseite imageschädigende Prozesse bezüglich der Frage nicht ausgeschlossen oder zu erwarten, ob und inwieweit gebotene Beratung sachgerecht durchgeführt wurde.

106 Dies führt zu der Frage, ob nicht auch hier strategische und instrumentelle Möglichkeiten bestanden, in anderer Weise als durch staatliche Gerichte mit den Themen

- Streitvermeidung,
- Streitbeilegung und
- Streitentscheidung

umzugehen.

132) Zur massiven Kritik an der Finanzierungsmethode der FORIS AG siehe Studie der Rechtsanwaltskammer Stuttgart durch *Ströbele* BRAK-Mitt. 1998, 263. Gegenüber dem Verfasser dieses Beitrages hat die FORIS AG eine einstweilige Verfügung erwirkt, weil dieser in einem von ihm erstellten Gutachten aus der Veröffentlichung von *Ströbele* zutreffend zitierte, das Zitierte aber angeblich nicht zutreffend gewesen sei. LG Frankfurt (Urteil vom 09.09.1999 – 1-03 O 275/99) und OLG Frankfurt (Urteil vom 13.01.2000 – 16 U 179/99) haben diese einstweilige Verfügung bestätigt, ohne sich mit einem Wort mit Art. 12 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 GG sowie BVerfG 26.06.1996 - 1 BvR 1398/94, NJW 1996, 3267 befaßt zu haben, wonach zudem gegen Rechtsanwälte in Ausübung ihrer Anwaltlichen Tätigkeit nicht auf Unterlassung vorgegangen werden kann. Dieser Vorgang ist derzeit beim Hessischen Staatsgerichtshof (P.St 1499) anhängig. Derweil werden die Auseinandersetzungen zwischen der FORIS AG (BRAK-Mitt. 1999, 203) und *Ströbele* (BRAK-Mitt. 1999, 205) publizistisch fortgesetzt

133) Daß solche Unterdeckungen auch auf Konzeptionsfehlern und unrealistischen Prospektversprechen beruhen können beschreibt *Wagner* NZG 1998, 289 und *ders.* in: Schmider/Wagner, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), Fach 0301, Rdn. 21 ff.

134) Handelsblatt vom 19.04.2000, Seite 38

a) Streitvermeidung

- 107 Eine solche war/ist möglich, indem bezüglich des avisierten Engagements von Kapitalanlegern Information durch Aufklärung¹³⁵⁾ ersetzt und dies dokumentiert wird. Der Begriff der Aufklärung beinhaltet inhaltlich über den der Information hinaus auch das Streben, verständlich zu machen, worüber informiert wird. Folglich liegt bei der „Aufklärung“ die Pflicht des Verständlichmachens bei dem, der zur Aufklärung verpflichtet ist,¹³⁶⁾ während bei „Information“ es Sache des Informationsempfängers ist, sich selbst um Verständnis über das ihm im Wege der Information gelieferte zu kümmern. Umfangreiche Prospekte und Vertragsmuster sowie seitenweise Chancen- und Risikobeschreibungen in Prospekten liefern so gesehen nur Informationen, nicht aber Aufklärung, wenn dem Kapitalanleger nicht noch transparent gemacht wird, was letztlich die wesentlichen Punkte für ihn sind bzw. sein könnten.¹³⁷⁾
- 108 Die damit verbundene „Belohnung“ der Anbieterseite in Form der Beweislastumkehr zu Lasten des Kapitalanlegers setzt aber voraus, daß
- eine auf die individuelle Situation des Kapitalanlegers zugeschnittene Information ihm gegenüber vorgenommen wird *und*
 - dies auch nachvollziehbar dokumentiert wird.
- 109 Wie diese Aufklärung und Dokumentation erfolgen sollte (z.B. vom Anlageberater und Kapitalanleger gemeinsam zu unterzeichnendes Protokoll über Art, Umfang und Inhalt der Aufklärung oder auf andere Weise), ist innerhalb der Kapitalanlagebranche zu diskutieren. Je schwächer Aufklärung und Dokumentation ausgebildet sind, um so größer die Risiken, später in Haftungsstreitigkeiten verwickelt zu werden.

b) Streitbeilegung

- 110 In Verträgen kann vorgesehen werden, daß jeder Klageerhebung zwingend eine außergerichtliche Streitbeilegung vorausgehen hat.¹³⁸⁾ Einer Klage, ohne eine solche Vereinbarung beachtet zu haben, würde die Klagbarkeit des Anspruches fehlen.¹³⁹⁾ Zu den *Instrumenten* einer außergerichtlichen Streitbeilegung können Beratung, Schlichtung, Verhandlung, Mediation, Vergleich etc. gehören. Und als *Institutionen* bieten sich auf das jeweilige Streitsegment spezialisierte und eigens dafür eingerichtete Institutionen, ja sogar von Amts wegen unabhängige und unparteiliche

135) Zur Aufklärung bei Immobilienkapitalanlagen *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl.1997, § 23 Rdn. 132. Zur Aufklärung bei Anlageberatung durch Banken *Vortmann*, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 6. Aufl. 1999, *Nobbe* in: Horn/Schimansky, Bankrecht 1998, 1998, Seite 235 ff. und *Schoch* BB 2000, 163. Zur Aufklärung bei Vermögensverwaltung *Balzer* WM 2000, 441

136) a.A. *Balzer* WM 2000, 441, der unter Aufklärung nur das Weitergeben von Informationen, unabhängig von einem Verständlichmachen, versteht, während er das Bewerten, Schlußfolgern, Raten oder Abraten er der „Beratung“ zuordnet.

137) *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl.1997, § 23 Rdn. 132

138) Zur Zulässigkeit solcher Prozeßverträge BGH 10.10.1989 - VI ZR 78/89, BGHZ 109, 19, 22; BGH 26.10.1994 - IV ZR 310/93, NJW-RR 1995, 290, 291

139) *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 89*

Notare¹⁴⁰⁾ und Anwälte an, letztere jedoch mit der Maßgabe, unparteiisch und nicht parteiisch tätig zu sein.

111 Hinzu gekommen ist seit geraumer Zeit die sog. Gerichtsmediation. Bestimmte Landgerichte sind dazu übergegangen, Richter bzw. Richterinnen zu Gerichtsmediatoren zu bestimmen. Gehen umfangreichere Klagen bei Gericht ein, so gibt die Kammer den Vorgang zunächst an an eine(n) Gerichtsmediator(in) ab, damit dort versucht werden kann, mit deren Hilfe seitens der Parteien zu einer Einigung zu gelangen. Besagte(r) Gerichtsmediator(in) gehört nicht der Kammer an, der der Rechtsstreit nach Eingang der Klage zugeordnet wurde. Nach ursprünglicher Skepsis habe ich als anwaltlicher Parteivertreter mit dieser Institution gute Erfahrungen gemacht. Gelingt ein Vergleich mit Hilfe des Gerichtsmediators, gut. Und gelingt ein Vergleich nicht, gelangt der Vorgang wieder an die Kammer zurück, die an den Gerichtsmediator abgegeben hatte.

112 ABER es gilt Besonderheiten zu beachten: Ist es z.B. bei einem Bauträgervertrag zu einem Gerichtsverfahren gekommen und ist entsprechend dem zuvor Ausgeführten nach Eingang der Klage dem Gerichtsmediator zugewiesen worden, so sind der Freiheit einer Vergleichsvereinbarung Grenzen gesetzt. Denn all das, was in einer Vergleichsvereinbarung geregelt wird, darf wegen §§ 12 MaBV, 134 BGB nicht zum Nachteil des Erwerbers von den Regelungen der MaBV abweichen.

c) Streitentscheidung

113 Imageschädigend sind ferner öffentlichkeitswirksame und lange dauernde Rechtsstreitigkeiten vor staatlichen Gerichten. So war/ist zu überlegen, ob nicht an deren Stelle als Alternative, wo trotz vorgenannter Streitvermeidungs- bzw. Streitbeilegungsversuche es doch zum Rechtsstreit kommen sollte, unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit eine private Schiedsgerichtsbarkeit treten könnte. Dies können vereinbarte institutionelle Kollegial-Schiedsgerichte sein wie z.B. der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof des Deutschen Notarvereins¹⁴¹⁾ oder Ein-Personen-Schiedsgerichte als Ad-hoc-Schiedsgerichte wie etwa von der Bundesnotarkammer vorgeschlagene und mit jeweils nur einem Notar besetzte Schiedsgerichte.¹⁴²⁾

114 Aber auch diese Möglichkeiten haben sich für den freien Kapitalanlagemarkt nicht durchgesetzt.

d) Fazit

115 Streit muß vermieden, bewältigt oder entschieden werden. Wie vorgenannte Beispiele zeigen, kann die Anbieterseite sich dieses Themas aktiv annehmen. Dies festigt Vertrauen, vermeidet Imageschäden und verhindert zudem ausufernde Kosten. Die Anbieterseite des freien Kapitalanlagemarktes ist dieserhalb nicht aktiv geworden.

140) Dazu *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 89* ff.; *ders.* ZNotP 2000, 18 ff.; siehe auch notarielle Güteordnung DNotZ 2000, 1 ff.

141) Dazu ZNotP Beilage 1/2000

142) Dazu DNotZ 6/2000 und *Wagner* 6/2000

4. Offensive gegen Immobilien-Leerstand

- 116 Insbesondere bei Einzelimmobilien als Kapitalanlagen war – wie oben schon berichtet - der Leerstand ein immer neuer Anlass für Vertrauensverluste, Imageschäden und Haftungsprozesse. Die Immobilienkapitalanlage-Branche hätte folglich überdenken können, ob es nicht ein überlegenswerter Ansatz hätte sein können, sich *gemeinsam* dieses Themas anzunehmen. Dies wäre ein weiteres strategisches Ziel gewesen, Problempunkte zu minimieren und damit zur Imageförderung der Branche tätig zu werden. Aber es geschah nichts.
- 117 *Brestel*¹⁴³⁾ berichtete Mitte der 90iger Jahre darüber, daß bei Immobilienkapitalanlagen deutscher Kapitalanleger in der Schweiz viele dieser Kapitalanleger in die Krise gerieten, als mit Wirkung ab 1983 der deutsche Gesetzgeber § 2a EStG einführte und damit diese Kapitalanleger ihre steuerlichen Auslandsverluste aus Vermietung und Verpachtung nicht mehr mit ihren inländischen Einkünften verrechnen konnten. Schweizer Banken hatten seinerzeit ein notleidendes Kreditengagement bei diesen Immobilienkapitalanlagen von nicht weniger als 4 Mrd. Schweizer Franken zu beklagen. Aus Sicht der Banken und Kapitalanleger war mithin eine vergleichbare Kredit-Situation vorhanden wie es später bei Kapitalanlegern in Deutschland der Fall war, die ihre Kredite nicht mehr bedienen konnten, wenn Mietzinsausfall durch Leerstand gegeben war. Der damalige Verlust der steuerlichen Verrechnungsmöglichkeit traf die damaligen Kapitalanleger ähnlich schmerzlich wie späterer Mietzinsverlust durch Leerstand.
- 118 Schweizer Banken sollen Mitte der 90iger Jahre nach Auslaufen der notleidend gewordenen Kredite daraufhin erwogen haben, solche Ferienimmobilien in eine AG zu überführen, um nach kräftigen Abschreibungen von 30-40% Immobilienzertifikate bzw. Aktien auszugeben (sog. Aktienfonds).¹⁴⁴⁾ Denkt man diesen Gedanken bei wegen Leerstandes notleidend gewordenen Immobilienkapitalanlagen z.B. im Einzeleigentum einmal fort, so hätten Banken und Anbieter von solchen Immobilienkapitalanlagen sich des imageschädigenden Leerstandsproblems in einer gemeinsamen Aktion wie folgt annehmen können:
- 119 - Es hätte nach vorgenanntem Vorbild gemeinsam eine Immobilien-AG gegründet werden können, die mit der Zeit an der Börse einzuführen gewesen wäre, um über die Börse deren Aktien zu begeben. Die Einzelheiten wären zu diskutieren gewesen. Jedenfalls wäre diese AG mit einem professionellen Management auszustatten gewesen, dessen Aufgabe es gewe-

143) *Brestel*, FAZ vom 12.04.1996, Seite 41, wiedergegeben in *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 77

144) *Brestel*, FAZ vom 12.04.1996, Seite 41

sen wäre, nicht nur zu entscheiden, nach welchen Kriterien Leerstandsimmobilien übernommen werden, sondern auch den Leerstand professionell zu beseitigen.¹⁴⁵⁾

- 120 - Statt dessen hätte überdacht werden können, ob nicht Anbieter von Immobilienkapitalanlagen eine von ihnen gemeinsam finanzierte Gesellschaft gründen, die sich professionell der Leerstandsthematik als Managementaufgabe annehmen könnte, ohne solche Immobilien zu übernehmen.
- 121 - Anbieter des Immobilien-Kapitalanlagemarktes hätten bei Leerstand von Wohnimmobilien Kapitalanlegern, die sich von solchen Wohnungen trennen wollten, dadurch behilflich sein können, daß solche Immobilien mittels einer *gemeinsam* im Internet einzurichtenden elektronischen Wohnungsbörse bzw. über ein *gemeinsames* Call Center zwecks Erreichung interessierter Eigennutzer angeboten werden.
- 122 Wie auch immer: Da man sich dieses Themas nicht annahm und ganz oder teilweise Vermietung und Mietzinsen durch Mietgarantien ersetzte, war mit Auslaufen der Mietgarantien Leerstand oder Mietzinsunterdeckung vorprogrammiert. Abgesehen davon, daß es sich bei solchen Fällen um aufklärungsbedürftige Subventionsmodelle handelte, die auch steuerlich bedenklich waren, empfahl es sich dort, wo jedenfalls unvorhergesehener Leerstand eintritt, durch die Anbieterseite davon belasteten Kapitalanlegern eine professionelle Hilfestellung zu geben. Dem war jedoch nicht so.

5. Ergebnis

- 123 Der Wechsel von Anbietern von Immobilienkapitalanlagen vom freien in den geregelten Immobilien-Kapitalanlagemarkt zeitigte bezüglich der Haftungssysteme keine solchen grundlegenden Unterschiede, daß diese die Entscheidung für einen Segmentwechsel entscheiden sollten. Aber Haftungsvermeidung war als strategische Zukunftsaufgabe anzugehen, weil mit Haftung verbundene Imageverluste, Risiken und Kosten entscheidende Wettbewerbsnachteile mit sich brachten. Haftungsvermeidung konnte in folgenden Bereichen angegangen werden:
- 124 (1) Verständlichmachen des Kapitalanlageangebotes durch individuelle Aufklärung statt durch typisierte Information. Dazu gehörte auch, dem Kapitalanleger eine Überschaubarkeit der Immobilienkapitalanlagesegmente zu liefern, worin das jeweilige Angebot mit seinen Vor- und Nachteilen einzuordnen war. Dies war *auch* ein Schulungsproblem des Kapitalanlage-

145) Z.B. Neue Mieterpotentiale erschließen. Oder es werden (z.B. nach Umbaumaßnahmen) leerstehenden Eigentumswohnungen statt an Kapitalanleger an Eigennutzer verkauft. Solchen Eigennutzern könnte ein sog. Entsparmodell vorgeschlagen werden, wovon die FAZ vom 20. April 2000, Seite 55 bezüglich eines von der Dresdner Bauspar AG geplanten Modells berichtet: Das im Eigenheim gebundene Kapital wird über laufende Rentenzahlungen an den Eigentümer dadurch aufgelöst, daß eine von einer Bank eingesetzte Immobilien-Treuhandgesellschaft bei Eintritt des Ruhestandes des Eigentümers eines Eigenheimes den Vorsorgewert in Höhe des Marktwertes des Eigenheims (abzgl. eines Sicherheitsabschlages) finanziert. In Höhe dieses Vorsorgewertes zahlt sie eine Einmalprämie auf eine für den Eigentümer abgeschlossene Lebensversicherung, die dafür dem Eigentümer aus der Einmalprämie eine lebenslange Rente garantiert. Nach dem Ableben des Eigentümers wird das Eigenheim durch eine Immobilien-Treuhandgesellschaft verwertet und der Kredit zurückgeführt. Das Eigenheim wird folglich weder vererbt noch zu Lebzeiten des Eigentümers durch diesen verkauft. Die eigene Immobilie wird auf diese Weise zugleich zur eigenen Altersversorgung eingesetzt.

vertriebes, so daß über zentrale Schulungseinrichtungen hätte nachgedacht werden müssen, die dafür die Voraussetzungen schaffen helfen. Dies war nur bedingt der Fall.

- 125 (2) An die Stelle von Haftungsausschluss konnte Leistungseingrenzung durch Leistungsbeschreibung treten. In jedem Fall mußte eine Transparenz gewährleistet werden, die wegen § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB (= § 24a Nr. 3 AGBG a.F.) auch die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände beschreiben mußte. Zur Transparenz gehörten u.a. Produkt-, Beteiligungs- und Wirtschaftlichkeits-Transparenz.
- 126 (3) Haftungsminimierung konnte auch dadurch betrieben werden, daß Instrumente und Institutionen für die Themen Streitvermeidung, Streitbeilegung und Streitentscheidung unter Ausschluss staatlicher Gerichtsbarkeit vorgesehen werden. Dies wäre imagefördernd und kostensparend gewesen. Davon wurde jedoch kaum Gebrauch gemacht.
- 127 (4) Und schließlich wäre es imagefördernd und haftungsminimierend gewesen, seitens der Immobilien-Kapitalanlagebranche oder einzelner Anbieter Instrumente vorzusehen, die Immobilienleerstand beheben halfen, denn eine Leerstandsimmobilie ist zwar eine Immobilie, jedoch keine Immobilien-Kapitalanlage. Aber auch hier war die Immobilien-Kapitalanlage-Branche kaum aktiv.
- 128 Und indem die Immobilien-Kapitalanlage-Branche von dem zuvor Ausgeführten kaum Gebrauch machte, war die Folge:
- Mit dem Ende steuerorientierter Immobilien-Kapitalanlagemodelle traten an deren Stelle Immobilien-Kapitalanlagemodelle, die i.S. Sicherheit, Rendite, Wertsteigerung und Wiederveräußerlichkeit nicht den Erwartungen der Kapitalanleger entsprachen.
 - Ein schlechtes Image war die Folge, ohne daß die Immobilien-Kapitalanlage-Branche dem gegen steuerte.
 - Beförderung sog. Anlegerschutzanwälte, die bei notleidenden Immobilienengagements tausende Rechtsstreitigkeiten in die Wege leiteten und darin – ob mit oder ohne Finanzierungsgesellschaften – eine willkommene Einnahmequelle sahen.
 - Der Gesetzgeber reagierte in der Weise, daß er durch gesetzliche Überregulierungen mit dem KAGB den vormals freien Kapitalanlagemarkt zu einem weiteren regulierten Markt machte und die Anbieterseite ausdünnete.

C.

Immobilien-Kapitalanlagemodelle in der Zeit des KAGB

I.

AIFM-Richtlinie

- 129 Die Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds 2011/61/EU vom 08.06.2011 (AIFM)¹⁴⁶⁾ ist am 21.07.2011 in Kraft getreten.¹⁴⁷⁾ Geregelt wird die Verwaltung und der Vertrieb alternativer Investmentfonds durch Manager in der EU.¹⁴⁸⁾ Die RiL mußte binnen 2 Jahren (also bis 22.07.2013) in nationales Recht umgesetzt werden.¹⁴⁹⁾
- 130 Die AIFM-RiL (= alternative investment funds managers) zielt darauf, gemeinsame Maßnahmen für die Zulassung und Aufsicht für AIFM, also für *Manager* alternativer Investmentfonds, festzulegen.¹⁵⁰⁾ Dies deshalb, damit im Hinblick auf von solchen Managern ausgehenden Risiken betr. Anleger und Märkte ein kohärentes Vorgehen gewährleistet ist (Erwägungsgrund 2 AIFM-RiL). Und zu diesem Zweck legt die AIFM-RiL Anforderungen dafür fest wie AIFM die unter ihrer Verwaltung stehenden AIF zu verwalten haben (Erwägungsgrund 14 AIFM-RiL).¹⁵¹⁾
- 131 Die alternative investment funds (AIF) können offene oder geschlossene Fonds sein, wobei weder die Rechtsform eine Rolle spielt noch die Frage, ob diese börsennotiert sind oder nicht (Erwägungsgrund 6 AIFM-RiL). Die AIFM-RiL enthält keine Regelung für AIF,¹⁵²⁾ sondern für deren Verwalter,¹⁵³⁾ so daß Regelungen für die Fonds selbst auf nationaler Ebene zu erfolgen haben (Erwägungsgrund 10 Satz 1 AIFM-RiL).¹⁵⁴⁾
- 132 Geschlossene AIFs sind Publikums GmbH & Co. KGs, die von Anlegern Kapital einsammeln, um nach einer festgelegten Anlagestrategie dieses Kapital zum Nutzen dieser Anleger zu investieren. Nicht dazu gehören operativ tätige Unternehmen „außerhalb des Finanzsektors“ (§ 1 Abs. 1 KAGB), z.B. wenn ein geschlossener Immobilienfonds ein Hotel oder Krankenhaus betreibt.¹⁵⁵⁾ Auch Genussrechte und Namensschuldverschreibungen fallen nicht unter das KAGB und werden vom VermAnlG erfaßt.¹⁵⁶⁾

146) ABl 2011, 174/1. Dazu *Emde/Dreibus* BKR 2013, 89; *Zetsche/Preiner* WM 2013, 2101

147) *Jesch/Geyer* BKR 2012, 359; *Hartrott/Goller* BB 2013, 1603

148) *Möllers/Seidenschwann* in: Möllers/Kloyer (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, Rdn. 1

149) *Kramer/Recknagel* DB 2011, 2077; *Bußalb/Unzicker* BKR 2012, 309; *Emde/Dreibus* BKR 2013, 89; *Hartrott / Goller* BB 2013, 1603

150) *Kramer/Recknagel* DB 2011, 2077; *Spindler/Tancredi* WM 2011, 1393, 1395

151) *Loritz.*, Das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) und seine Wirkungen auf Immobilienunternehmen und -finanzprodukte, in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2014), Fach 5510, Rdn. 11 - 12

152) *Spindler/Tancredi* WM 2011, 1393, 1396; *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1155

153) *Bußalb/Unzicker* BKR 2012, 309, 310

154) *Hartrott/Goller* BB 2013, 1603, 1607; *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1155

155) *Zetsche/Preiner* WM 2013, 2101, 2110, streitig, ob dazu auch Projektentwicklung gehört (so BaFin)

156) *Möllers/Seidenschwann* in: Möllers/Kloyer (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, Rdn. 2

II.

KAGB

- 133 Die Bundesregierung hatte am 20.12.2012 mit einem Gesetzentwurf zur Umsetzung der RiL 2011/61/EU eine Umsetzung der AIFM-RiL in Deutsches Recht beschlossen (sog. AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG).¹⁵⁷⁾ Kern ist ein Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) vom 04.07.2013,¹⁵⁸⁾ mit welchem das gesamte Investmentrecht geregelt werden soll,¹⁵⁹⁾ auch Private-Equity-Fonds¹⁶⁰⁾ sowie Informations- und Prospektspflichten. Dieses KAGB ist in Umsetzung der AIFM-RiL ab 22.07.2013 Gesetz geworden.¹⁶¹⁾ Zugleich ist das Investmentgesetz (InvG) außer Kraft getreten, zu dem die BaFin diverse Auslegungsschreiben betreffend das eigene Rechtsverständnis veröffentlichte.¹⁶²⁾ Das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) soll hier insoweit angesprochen werden, als es sich als Regelwerk mit geschlossenen Fonds in der Rechtsform der Investmentkommanditgesellschaft (InvestKG) befaßt (§§ 1 Abs. 5, 149 ff. KAGB),¹⁶³⁾ um der Frage nachzugehen, ob und inwieweit sich auch hiermit steuerorientierte Immobilien-Kapitalanlagen konzipieren lassen.
- 134 Nicht unter das KAGB fallen bei geschlossenen Investment-KGs Genussscheine¹⁶⁴⁾ und Nachrangdarlehen, wohl aber stille Beteiligungen, wenn Anleger an Gewinn und Verlust dessen beteiligt sind, worin die InvestKG investiert.¹⁶⁵⁾ Vermögenswerte, die nicht unter das KAGB fallen, fallen unter das VermAnlG.¹⁶⁶⁾

157) Dazu *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154; *van Kann/Redeker/Keiluweit* DStR 2013, 1483; *Koch* WM 2014, 433; *Loritz*, Das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) und seine Wirkungen auf Immobilienunternehmen und -finanzprodukte, in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2014), Fach 5510, Rdn. 9

158) BGBl. I 2013, 1981

159) *Emde/Dreibus* BKR 2013, 89; *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154. Zuvor zum Gesetzentwurf des BMF *Wallach* BB 2012, Heft 35, Seite I

160) *Koch* WM 2014, 433

161) *Loritz/Uffmann* WM 2013, 2193; *Burgard/Heimann* WM 2014, 820; *Möllers/Seidenschwann* in: Möllers/Kloyer (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, 2013, Rdn. 1; *Voigt* in: Möllers/Kloyer (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, 2013, Rdn. 129

162) BaFin Auslegungsschreiben vom 14.06.2013 – WA 41 – Wp 2137 – 2013/0001; Schreiben vom 04.07.2013; Schreiben vom 10.07.2013; Schreiben vom 16.07.2013; Schreiben vom 18.07.2013; Fragenkatalog vom 22.07.2013; Schreiben vom 07.10.2013

163) Siehe auch *Servatius* ZfIR 2014, 134, 135; *Hübner* WM 2014, 106, 109 f.; *Voigt* in: Möllers/Kloyer (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, 2013, Rdn. 169

164) Hier ist die Zulassung nach § 34f Nr. 3 GewO erforderlich.

165) *Poelzig/Volmer* DNotZ 2014, 483, 484

166) *Möllers/Seidenschwann* in: Möllers/Kloyer (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, Rdn. 2

- 135 Über die AIFM-RiL hinausgehend, die nur Regelungen für Verwalter enthält, enthält das KAGB auch Regelungen für AIFs selbst (§ 1 KAGB).¹⁶⁷⁾ Nach dem KAGB zugelassen sind nur offene und geschlossene Investmentkommanditgesellschaften (sog. InvestKGs), während andere Rechtsformen (GbR oder OHG oder stille Beteiligungen) nicht zugelassen sind.¹⁶⁸⁾ Dies folgt aus dem numerus clausus der in § 139 KAGB zugelassenen Rechtsformen. Verstöße dagegen können Strafbarkeitsfolgen haben¹⁶⁹⁾ und würde z.B. ein GbR-Fonds aufgelegt und vertrieben werden, wäre die Rechtsfolge die des § 726 BGB, da eine rechtmäßige Verwirklichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wäre.¹⁷⁰⁾ *Loritz/Uffmann*¹⁷¹⁾ sind der Frage nachgegangen, ob das Reglungsanliegen der AIFM-RiL und des KAGB umfassend sei oder ob Investmentformen außerhalb des KAGB nach wie vor möglich seien. Sie kommen zu dem Ergebnis, daß das KAGB risikoreiche Investitionen zulassen, die sich nicht unter § 1 Abs. 1 KAGB subsumieren ließen. So werden z.B. Immobilienunternehmer wie Bauträger mit Investitionen in Wohn- und Gewerbegebäude für Investoren oder Eigennutzer nicht erfaßt.¹⁷²⁾
- 136 In welche Segmente geschlossene InvestKGs außer in Immobilien noch investieren dürfen, ist § 261 KAGB zu entnehmen.¹⁷³⁾ Dazu zählen Film- oder Lebensversicherungsfonds nicht.¹⁷⁴⁾ Geschlossene Dachfonds, die sich bezüglich des Investments an § 261 KAGB orientieren, sind zulässig. Für Private-Equity-Fonds, die sich an nicht börsenorientierten Unternehmen beteiligen, gelten in den §§ 287 – 292 KAGB besondere gesetzliche Regelungen.¹⁷⁵⁾
- 137 An offenen InvestKGs können sich nur professionelle und semiprofessionelle Anleger beteiligen (§§ 125 Abs. 2 Satz 2, 150 Abs. 2 KAGB), während „normale“ Anleger sich an geschlossenen InvestKGs beteiligen können (§§ 149 ff. KAGB).

167) *Loritz.*, Das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) und seine Wirkungen auf Immobilienunternehmen und -finanzprodukte, in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2014), Fach 5510, Rdn. 1; *Voigt* in: *Möllers/Kloyer* (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, 2013, Rdn. 138 f.; zum Auslegungsschreiben der BaFin vom 14.06.2013 siehe BaFin WA 41-WP 2137-2013/0001 - *Bußalb/Unzicker* BKR 2012, 309, 310 f.; kritisch *Loritz/Uffmann* WM 2013, 2193

168) *Servatius* ZfIR 2014, 134, 135; *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1042; *Zetsche* AG 2013, 613. - Sich mit den Finanzprodukten befassend, die nicht vom KAGB erfaßt sind, siehe *Loritz/Uffmann* WM 2013, 2193. Dazu gehören u.a.

- Investitionen ohne eine festgelegte Anlagestrategie (Umkehrschluss zu § 1 Abs. 1 KAGB).

- Anlegergelder dürfen nicht durch ein außerhalb des Finanzsektors operativ tätiges Unternehmen eingesetzt werden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB).

169) *Servatius* ZfIR 2014, 134, 135

170) *Servatius* ZfIR 2014, 134, 136

171) *Loritz/Uffmann* WM 2013, 2193

172) *Loritz.*, Das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) und seine Wirkungen auf Immobilienunternehmen und -finanzprodukte, in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2014), Fach 5510, Rdn. 2

173) *Koch* WM 2014, 433, 435

174) *Servatius* ZfIR 2014, 134, 136

175) *Koch* WM 2014, 433, 435 f.

- 138 Geschlossene AiF sind solche, die keine offenen AIF sind (§ 1 Abs. 5 KAGB). Davon erfaßt sein können auch Personengesellschaften in der Rechtsform der Investmentkommanditgesellschaft (§ 139 KAGB),¹⁷⁶⁾ wobei die Mitgliedschaft gesellschaftsrechtlicher oder schuldrechtlicher Art sein kann¹⁷⁷⁾ und damit direkte wie auch mittelbare Beteiligungen erfaßt.¹⁷⁸⁾ Es fallen allerdings nur solche geschlossenen Fonds unter den Anwendungsbereich des KAGB, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 KAGB erfüllen. Nach Meinung der BaFin fallen mithin solche geschlossenen Immobilienfonds nicht unter das KAGB, die nur operativ tätig sind¹⁷⁹⁾ bzw. Projektentwicklung betreiben,¹⁸⁰⁾ während der Erwerb, die Vermietung, die Verpachtung, die Verwaltung sowie der Verkauf von Immobilien keine operative Tätigkeit sein soll, so daß hier das KAGB einschlägig sein soll.¹⁸¹⁾
- 139 Ist der geschlossene AIF eine GmbH & Co. KG,¹⁸²⁾ so kann der Komplementär der AIFM sein, wenn keine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft bestellt wurde und der Komplementär als Organ der GmbH & Co. KG tätig wird (§ 18 Abs. 1 KAGB).¹⁸³⁾ Wird folglich keine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft bestellt, ist ein interner AIF, der durch sein Organ verwaltet wird, mit dem AIFM identisch.¹⁸⁴⁾ Erforderlich ist dann jedoch, daß er die effektiven Verwaltungsaufgaben übernimmt, wozu mindestens die Portfolioverwaltung oder das Risikomanagement gehört (§ 17 Abs. 1 KAGB).¹⁸⁵⁾ Soweit die GmbH & Co. KG eine externe AIF- Kapitalverwaltungsgesellschaft bestellt (§ 154 Abs. 1 KAGB), wird künftig dogmatisch das Verhältnis der externe AIF- Kapitalverwaltungsgesellschaft zum personengesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Selbstorganschaft zu klären sein.¹⁸⁶⁾

176) *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1158: Daher sollen andere rechtliche Gestaltungen unzulässig sein. – Das Gesetz gibt jedoch keine Anhaltspunkte, daß mittelbare Beteiligungen durch Anleger-GbRs nicht zulässig sein sollen.

177) *Hartrott/Goller* BB 2013, 1603

178) *Hartrott/Goller* BB 2013, 1603, 1605

179) *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1156: z.B. die Immobilien nur betreiben (Hotels oder Pflegeeinrichtungen)

180) *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1156: z.B. Konzeption, Ankauf, Entwicklung der Immobilie und anschließender Verkauf der selbst entwickelten Immobilie

181) *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1156

182) Nach *Möllers/Seidenschwann* in: *Möllers/Kloyer* (Hrsg.), *Das neue Kapitalanlagegesetzbuch*, Rdn. 6 soll diese Rechtsform nicht mehr möglich sein. Dagegen spricht aber bereits der Wortlaut des § 18 Abs. 1 KAGB.

183) *Escher*, *Die Regulierung der geschlossenen Fonds im Kapitalanlagegesetzbuch*, in: *Bankenregulierung, Insolvenzrecht, Kapitalanlagegesetzbuch, Honorarberatung, Bankrechtstag 2013*, Bd. 352014, Seite 123, 137

184) *Zetsche/Preiner* WM 2013, 2101, 2102

185) *van Kann/Redeker/Keiluweit* DSfR 2013, 1483

186) *Escher*, *Die Regulierung der geschlossenen Fonds im Kapitalanlagegesetzbuch*, in: *Bankenregulierung, Insolvenzrecht, Kapitalanlagegesetzbuch, Honorarberatung, Bankrechtstag 2013*, Bd. 352014, Seite 123, 142 - 145

- 140 Betreffend geschlossenem Investmentvermögen ist wie folgt zu differenzieren:
- Inländische geschlossene Publikums-AIF (§§ 261 ff. KAGB),¹⁸⁷⁾
 - inländische geschlossene Spezial-AIF (§§ 285 ff. KAGB).¹⁸⁸⁾
- 141 In § 261 Abs. 1 KAGB werden in einem abschließenden Katalog die zulässigen Vermögensgegenstände aufgelistet, in die Publikums-AIF investieren dürfen; vergleichbares ist bei inländischen geschlossenen Spezial-AIF nicht der Fall, indem dort lediglich darauf zu achten ist, daß bei den Investments der Verkehrswert ermittelt werden kann (§ 285 KAGB). Bei Investments der Publikums-AIF ist jeweils die Bewertung externer Bewerter erforderlich (§ 261 Abs. 5 KAGB).¹⁸⁹⁾ Dem schließt sich gemäß § 272 Abs. 1 KAGB eine obligatorische kontinuierliche Folgebewertung an.¹⁹⁰⁾
- 142 Der geschlossene Publikums-AIF muß bei seinen Investments ferner den Grundsatz der Risikomischung beachten (§ 262 Abs. 1 Satz 1 KAGB), weshalb 1-Objekt-Fonds grundsätzlich unzulässig sind¹⁹¹⁾ und wobei die Risikomischung spätestens 18 Monate nach Vertriebsbeginn vorhanden sein muß (§ 262 Abs. 1 Satz 2 KAGB). Abweichend von diesem Grundsatz kann seitens des Publikums-AIF vom Grundsatz der Risikomischung abgesehen werden, wenn u.a. sich nur Privatanleger beteiligen, die mindestens EUR 20.000,-- investieren (§ 262 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2. a) KAGB).¹⁹²⁾ Investitionsgegenstand geschlossener Publikums-AIFs sind vornehmlich Sachwerte, Unternehmensbeteiligungen und Anteile an geschlossenen Spezial-AIFs (§§ 1 Abs. 6 Satz 1, 261 Abs. 1 und 2, 262 KAGB).
- 143 Publikums-AIF dürfen Kredite nur in Höhe von 60 % des Wertes des geschlossenen Publikums-AIF aufnehmen¹⁹³⁾ und dies auch nur zu marktüblichen Anlagebedingungen (§ 263 Abs. 1 KAGB).¹⁹⁴⁾ Unklar ist, was die Bemessungsgrundlage ist: 60 % des ermittelten Wertes der geschlossenen InvestKG oder z.B. bei einer Immobiliengesellschaft 60 % der erworbenen Immobilie 1?¹⁹⁵⁾
- 144 In den §§ 149 ff. KAGB sind allgemeine Regelungen für InvestKGs enthalten, die sich am Personengesellschaftsrecht der OHG und KG orientieren. Dazu gehören Einzelheiten zum Gesellschaftsvertrag und zusätzlich dazu zu erstellende Anlagebedingungen (§ 151 KAGB).

187) Dazu *Burgard/Heimann* WM 2014, 821 zu B. II. 2. c)

188) *Burgard/Heimann* WM 2014, 821 zu B. II. 2. e)

189) *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1164 f. ; *Servatius ZfIR* 2014, 134, 136 f.

190) *Servatius ZfIR* 2014, 134, 137

191) *Burgard/Heimann* WM 2014, 821 zu B. II. 2. c)

192) *Servatius ZfIR* 2014, 134, 137; *Hübner* WM 2014, 106, 110. - Nach *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1165 gibt es Überlegungen, ob sich interessierte Anleger auch mit weniger als EUR 20.000,-- beteiligen können, sofern Mitglied einer Anteils-GbR sind, die ihrerseits sich mit mehr als EUR 20.000,-- beteiligt.

193) *Burgard/Heimann* WM 2014, 821 zu B. II. 2. c)

194) *van Kann/Redeker/Keiluweit* DStR 2013, 1483, 1485; *Servatius ZfIR* 2014, 134, 138; *Hübner* WM 2014, 106, 114. Zu den Unklarheiten im Zusammenhang mit § 263 KAGB siehe *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1165 f.

195) *Hübner* WM 2014, 106, 114 f.

- 145 Anleger dürfen sich an geschlossenen Investment-KGs unmittelbar als Kommanditisten bzw. mittelbar über einen Treuhandkommanditisten beteiligen (§ 152 Abs. 1 KAGB). Von einer Beteiligung von Anlegern als still Beteiligte an der Invest-KG ist im KAGB nicht die Rede.
- 146 Was die Übergangszeit betrifft, hat die BaFin für geschlossene Fonds, die vor dem 22.07.2013 aufgelegt wurden (sog. Altfonds), aber bis zu diesem Datum nicht geschlossen wurden, Übergangsregelungen vorgesehen.¹⁹⁶⁾ Altfonds, die nach dem 22.07.2013 keine zusätzlichen Anlagen mehr tätigen, sollen nicht dem KAGB unterliegen, dies selbst dann nicht, wenn sie über den 21.07.2013 hinaus noch zur Zeichnung offen sind. Dies entspricht dem § 353 KAGB.¹⁹⁷⁾
- 147 Spezial-AIF sind nur einem bestimmten Personenkreis vorbehalten, nämlich professionellen (z.B. Banken und Versicherungen, Pensionsfonds und Wertpapierfirmen gem.§ 1 Abs. 19 Nr. 32 KAGB) und semi-professionellen Anlegern (§ 1 Abs. 6 Satz 1 KAGB). Inländische geschlossene Spezial-AIF unterliegen kaum Beschränkungen wie auch bei diesen ohne Rücksicht auf die Grundsätze der Risikomischung Investments in alle Vermögenswerte und als 1-Objekt-Fonds zulässig sind.¹⁹⁸⁾ Die Anlagebedingungen betr. Spezial-AIF müssen der BaFin vorgelegt werden (Anzeigeverfahren gem. § 321 KAGB), solche Fonds bedürfen jedoch keiner Genehmigung der BaFin (§ 273 KAGB). Der Grundsatz der Risikomischung gilt bei diesen nicht.¹⁹⁹⁾
- 148 Für Private-Equity-Fonds gelten Besonderheiten: Werden mehr als 50 % der Stimmrechte des nicht börsenorientierten Unternehmens erlangt (§ 288 Abs. 1 KAGB), so sind die §§ 287 – 292 KAGB anzuwenden. Bei weniger als 50 % der Stimmrechte sind die §§ 287 – 292 KAGB nicht anzuwenden, es besteht aber eine Mitteilungspflicht an die BaFin (§ 289 Abs. 1 KAGB).²⁰⁰⁾
- 149 Das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) ist ein Gesetz von großer Regelungsdichte. Ob dies zu einer Perfektionierung des Anlegerschutzes führen wird,²⁰¹⁾ wenn nur noch wenige Spezialisten jedoch nicht mehr der Anleger selbst all dies verstehen, wird abzuwarten bleiben.²⁰²⁾ Nicht ungehört bleiben sollte der rechtsstaatliche Einwand, das KAGB dürfe nicht einfach es der BaFin als staatlicher Behörde überlassen, das Gesetz auszulegen bzw. im Wege der Rechtsfortbildung weiter zu entwickeln.²⁰³⁾
- 150 Das Interesse von Anlegern – oder sollte man besser sagen deren Vertrauen – in vorgenannte Entwicklungen ist (noch) gering. Nach einer Scope-Prognose wurde für 2013 ein Rückgang des platzierten Eigenkapitals um etwa 30 % bis 40 % gegenüber dem Vorjahr erwartet.²⁰⁴⁾

196) Scope Ratings vom 28.06.2013

197) Zu den Unklarheiten im Zusammenhang mit § 353 KAGB siehe *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1166 f.

198) *Burgard/Heimann* WM 2014, 821 zu B. II. 2. e)

199) *van Kann/Redeker/Keiluweit* DStR 2013, 1483, 1486

200) *Koch* WM 2014, 433, 436 f.

201) *Emde/Dreibus* BKR 2013, 89, 102

202) Ähnlich *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1167

203) *Hübner* WM 2014, 106, 115

204) Scope-Analysemitteilung vom 23.09.2013

- 151 Nicht dem KAGB unterfallen u.a. operativ tätige Unternehmen außerhalb des Finanzsektors (Gegenteilsschluss zu § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB) und Holdinggesellschaften (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 KAGB).²⁰⁵⁾

III.

Steuerorientierung

1. Steuerliche Behandlung der geschlossene Publikums-AIF (Invest KG)

- 152 Mit dem Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes vom 18.12.2013 (InvStG) – in Kraft getreten am 24.12.2013 - wurden diverse steuerrechtliche Regelungen an das KAGB angepaßt. Für geschlossene Publikums-AIF in der Rechtsform der Invest KG (§ 18 Satz 1 InvStG) bedeutet dies:

- 153 Deren Einkünfte sind nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 AO gesondert und einheitlich festzustellen und von den Anlegern nach allgemeinen steuerrechtlichen Regelungen zu versteuern (§18 Satz 2 und 3 InvStG).

2. Steuersparmodelle

a) Grundsatz

- 154 Derzeit gibt es keine Steuersparmodelle, die unter der Ägide des KAGB mittels geschlossenen Investment-KGs verwirklicht würden..

b) Steuergünstige Gestaltungen beim Bauträgervertrag

- 155 Bei Bauträgerverträgen können steuergünstige Gestaltungen wie folgt vorgesehen werden:

b1) Rechtsbeziehung Bauträger zum Erwerber

b1.1) Grunderwerbsteuer

- 156 Der Bauträgervertrag setzt sich zusammen aus der Verschaffung der neu zu errichtenden bzw. zu sanierenden Immobilie auf einem zu übertragenden Grundstück durch den. Insoweit handelt es sich um eine einheitliche Leistung des Bauträgers, die gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG Grunderwerbsteuerpflichtig ist. Bemessungsgrundlage ist die vereinbarte Vergütung als Gegenleistung (§ 9 GrEStG).

205) *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2014), Fach 5510, Rdn. 42 f.

b1.2) Umsatzsteuer

157 Gemäß § 4 Nr. 9a UStG sind alle die Umsätze, die unter das GrEStG fallen, umsatzsteuerfrei. Mit der Rechtsprechung des BFH²⁰⁶⁾ kann eine einheitliche Leistung des Bauträgers gegeben sein

- bei der Veräußerung eines bereits bebauten Grundstücks,
- bei der Veräußerung eines noch zu bebauenden Grundstückes in einem Vertrag,
- bei Veräußerung eines noch zu bebauenden Grundstückes in zwei Verträgen (Grundstückskaufvertrag + Vertrag über die Bauerrichtung),
- bei einem Vertrag über die Hauptleistung und einem weiteren Vertrag über Nebenleistungen.

158 Dabei ist unerheblich, ob die Eigentumsübertragung vor oder nach der Bauleistung erfolgt, wenn es sich jeweils um die Leistung desselben Unternehmers handelt.²⁰⁷⁾

159 § 4 Nr. 9a UStG hat allerdings für den Bauträger zur Folge, daß er über keinen Vorsteuerabzug verfügt.²⁰⁸⁾

160 Auf diese Steuerbefreiung des § 4 Nr. 9a UStG kann unter den Voraussetzungen des § 9 UStG der Bauträger verzichten; dann mit der Folge des Vorsteuerabzuges. Man nennt dies die Option zur USt. Diese ist gemäß § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG im beurkundeten Bauträgervertrag zu erklären. Die OFD Frankfurt²⁰⁹⁾ schlägt dafür folgende Formulierung vor:

„Der Verkäufer erklärt, dass er für die Lieferung des Grundstücks auf die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 9a UStG verzichtet. Die Lieferung des Grundstücks umfaßt umsatzsteuerrechtlich auch die Leistungen zur Bebauung des Grundstücks im Rahmen des zwischen Verkäufer und Käufer geschlossenen Generalunternehmensvertrags. Der Verzicht auf die Steuerbefreiung erstreckt sich daher auch auf die im Rahmen des Generalunternehmens erbrachten Bauleistungen.“

b2) Rechtsbeziehung Bauträger zum GU

161 Soweit ein GU oder Subunternehmer Werklieferungen²¹⁰⁾ gegenüber dem Bauträger erbringt, unterliegen diese und sonstige Leistungen, die der Herstellung von Bauwerken dienen, mit Ausnahme von Planungs- und Überwachungsleistungen der USt (§ 13b Abs. 2 Nr. 4 UStG).

206) BFH 19.03.2009 – V R 50/07, DStR 2009, 1364 = BStBl. II 2010, 78

207) OFD Frankfurt, Vfg. v. 24.03.2014 – S 7162 A-8-St 16, DStR 2014, 1722 zu Ziff. 2.1

208) OFD Frankfurt, Vfg. v. 24.03.2014 – S 7162 A-8-St 16, DStR 2014, 1722 zu Ziff. 1.2.1 letzter Satz

209) OFD Frankfurt, Vfg. v. 24.03.2014 – S 7162 A-8-St 16, DStR 2014, 1722 zu Ziff. 2.3

210) Dazu ausführlich BFH 22.08.2013 – V R 37/10, BStBl. II 2014, 128 Rdn. 33 ff.

b2.1) Bis 30.09.2014

b2.1.1) Bauerrichtung durch den Bauträger auf fremdem Grund und Boden

- 162 Steuerschuldner ist der Bauträger als Leistungsempfänger (§ 13b Abs. 5 Satz 2 UStG a.F.), der z.B. mittels Werklieferung ein Wohnhaus errichtet, das er alsdann dem Besteller/Erwerber übergibt;²¹¹⁾ dies gilt dann, wenn der Bauträger die Immobilie auf einem Grundstück errichtet, das ihm nicht zu Eigentum gehört.²¹²⁾ ABER Die umsatzsteuerliche Steuerschuldnerschaft des Bauträgers – statt des GU bzw. des Subunternehmers – setzt weiter voraus, daß der Bauträger selbst ein Unternehmer ist, der selbst ebenfalls Werkleistungen erbringt (§ 13b Abs. 5 Satz 2 UStG a.F.).²¹³⁾ Diese Werkleistungen des Bauträgers selbst müssen nicht nachhaltig sein.
- 163 Der BFH²¹⁴⁾ geht von einer Auslegung aus, wonach
„es für den Übergang der Steuerschuldnerschaft darauf ankommt, ob der Leistungsempfänger die an ihn erbrachte bauwerksbezogene Werklieferung oder sonstige Leistung selbst zur Erbringung einer derartigen Leistung verwendet.“
- 164 Und diese umsatzsteuerliche Steuerschuldnerschaft des Bauträgers ist nicht disponibel.²¹⁵⁾

b2.1.2) Bauerrichtung durch den Bauträger auf eigenem Grund und Boden

- 165 ABER errichtet ein Bauträger die Immobilie auf eigenem Grund und Boden, dann erbringt der Bauträger nach Abschluss eines Bauträgervertrages über die bereits errichtete Immobilie gegenüber dem Besteller/Erwerber umsatzsteuerlich keine Werkleistung, weil mit der Errichtung auf eigenem Grund und Boden keine fremden Gegenstände be- oder verarbeitet werden.²¹⁶⁾ In diesem Fall des Bauens auf eigenem Grundstück liefert der Bauträger die fertige Immobilie alsdann an den Besteller/Erwerber.²¹⁷⁾ Also kommt für diesen Fall, wenn der Bauträger einen GU eingeschaltet hatte, eine Verlagerung der umsatzsteuerlichen Steuerschuldnerschaft auf den Bauträger nicht in Betracht, so daß der GU bzw. Subunternehmer die auf den Umsatz entfallende USt an das FA zu leisten haben.²¹⁸⁾

211) BFH 22.08.2013 – V R 37/10, BStBl. II 2014, 128 Rdn. 36 - 37

212) BFH 22.08.2013 – V R 37/10, BStBl. II 2014, 128 Rdn. 37

213) BFH 22.08.2013 – V R 37/10, BStBl. II 2014, 128 Rdn. 45 f.

214) BFH 22.08.2013 – V R 37/10, BStBl. II 2014, 128 Rdn. 50

215) BFH 22.08.2013 – V R 37/10, BStBl. II 2014, 128 Rdn. 55

216) BFH 22.08.2013 – V R 37/10, BStBl. II 2014, 128; BFH 05.02.2014 – V B 2/14, BFH/NV 2014, 738; *Lipross* UR 2014, 717,720

217) *Sterzinger* SteuK 2014, 375

218) *Sterzinger* SteuK 2014, 375

b2.2) Ab 01.10.2014

- 166 Durch Art. 7 Nr. 9 des Gesetzes vom 25.07.2014²¹⁹⁾ wurde mit Wirkung ab 01.08.2014 § 27 Abs. 19 UStG eingefügt. Dieser befaßt sich mit der umsatzsteuerlichen Steuerschuldnerschaft des Bauträgers für die Zeit ab 01.10.2014 und auch mit der Situation, daß vor 01.10.2014 GU und Bauträger (= Leistungsempfänger) irrtümlich davon ausgegangen waren, daß der Bauträger umsatzsteuerlicher Steuerschuldner war, wenn dies unrichtig war.²²⁰⁾ Hierzu hat das BMF in seinem Schreiben vom 31.07.2014²²¹⁾ sich zu Altfällen bis 14.02.2014, zu Übergangsfällen im Zeitraum vom 15.02.2014 – 30.09.2014 und zu Neufällen am 01.10.2014 geäußert.²²²⁾
- 167 Als Folge der BFH-Entscheidung vom 22.08.2013 ist es zu einer Neufassung des § 13b Abs. 5 Satz 2 UStG gekommen, dies mit Wirkung ab 01.10.2014, die folgenden Wortlaut hat:
- „In den in Abs. 2 Nr. 4 Satz 1 genannten Fällen schuldet der Leistungsempfänger die Steuer unabhängig davon, ob er sie für eine von ihm erbrachte Leistung im Sinne des Absatzes 2 Nummer 4 Satz 1 verwendet, wenn er ein Unternehmer ist, der nachhaltig entsprechende Leistungen erbringt; davon ist auszugehen, wenn ihm das zuständige Finanzamt eine im Zeitpunkt der Ausführung des Umsatzes gültige auf längstens drei Jahre befristete Bescheinigung, die nur mit Wirkung für die Zukunft widerrufen oder zurückgenommen werden kannerteilt hat, dass er ein Unternehmer ist, der entsprechende Leistungen erbringt.“
- 168 Die Folge davon ist, daß einerseits die BFH-Entscheidung vom 22.08.2013²²³⁾ hinfällig ist und andererseits der Bauträger als Leistungsempfänger nur dann Steuerschuldner sein kann, wenn er die gesetzlich vorgesehene Bescheinigung seines FA vorweisen kann.²²⁴⁾ Das BMF hat bereits mit Schreiben vom 26.08.2014 das Muster einer solchen Bescheinigung veröffentlicht.²²⁵⁾ Diese Bescheinigung kann seitens des FA auf Antrag oder von Amts wegen ausgestellt werden, so daß mit Ausstellung dieser Bescheinigung der Bauträger und nicht der von ihm hinzugezogene GU bzw. Subunternehmer Steuerschuldner ist,²²⁶⁾ was i.S. Steuerschuldnerschaft zur Rechtssicherheit beiträgt.

219) BGBl. I 2014, 1266

220) Dazu im einzelnen *Langer DStR* 2014, 1897, 1900 f.; *Fleckenstein-Weiland BB* 2014, 2391

221) IV A 3 – S 0354/14/10001 und IV D 3 – S 7279/11/10002, *DStR* 2014, 1604

222) Dazu *Sterzinger SteuK* 2014, 375

223) BFH 22.08.2013 – V R 37/10, *BStBl II* 2014, 128

224) Dazu im einzelnen *Langer DStR* 2014, 1897, 1900 f.; *Fleckenstein-Weiland BB* 2014, 2391, 2392 f.

225) BMF 26.08.2014 – IV D 3 – S 7279/10/10004, *DStR* 2014, 1774

226) *Langer DStR* 2014, 1897, 1900

IV.

Sicherheiten und Finanzen

169 Folglich finden derzeit nur noch solche Immobilienkapitalanlagemodelle Anklang, die gegenüber Anlegern die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit des Investments samt Chancen – auch vor dem Hintergrund beschriebener Risiken – verdeutlichen können.²²⁷⁾ Fragen der Sicherheit wird ein steigender Stellenwert eingeräumt.

1. „Festgelegte Anlagestrategie“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB)

170 *Loritz*²²⁸⁾ hat in einer bemerkenswerten Analyse u.a. der Entwicklung geschlossener Immobilienfonds festgestellt, daß es außerordentlich schwer gewesen sei, dort die unternehmerische Idee analysieren und bewerten zu können. In Zeiten steuerorientierter Immobilienkapitalanlagen sei es eben leichter gewesen, nur Steuervorteile zu vertreiben²²⁹⁾ und in jüngerer Zeit, in der es keine steuerorientierten Immobilienkapitalanlagen mehr gebe, erschöpften sich Prospekte darin, alles nur vor dem Hintergrund in Prospekt und Anlageberatung darzustellen, daß Prospektherausgeber, Initiatoren und Vertriebe nicht hafteten; das verfolgte unternehmerische Konzept mit welchen Chancen, Risiken und Zielen jedoch so gut wie nicht beschrieben worden. Deshalb ist es eine begrüßenswerte gesetzliche Neuerung, daß gesetzlich zwingend eine Anlagestrategie festgelegt werden muß, die zugleich den erzielbaren Nutzen der Anleger erkennen lassen muß (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB).²³⁰⁾

171 Mit dieser Vorgabe kommt man nicht umhin, anzugeben, in welchem betragsmäßigen und prozentualen Verhältnis

- Aufwendungen für die Immobilie und weiche Kosten sich verhalten und
- in welchem Verhältnis der Verkehrswert der Immobilie anzusetzen sein wird, ermittelt nach welcher Bewertungsmethode gem. der Immo-WertV, dies in prozentuale Relation des Fondsvolumens gesetzt,
- um alsdann zu verdeutlichen, welche Rendite verwirklicht werden kann und welcher Verkehrswert nach wie viel Jahren angestrebt wird, wenn es um Fragen der Immobilienveräußerung bei welcher Restvaluta der aufgenommenen Immobilienfinanzierung geht.

172 Zielt die Anlagestrategie (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB) auf eine dauerhafte hohe Rendite oder auf hohe Veräußerungsgewinn nach überschaubaren ... Jahren, dies alles mit welcher Wahrscheinlichkeit ? Und wird über die Dauer der Beteiligung erwirtschafteter Gewinn ausgeschüttet oder nur Liquidität ? Welche unternehmerische Idee soll mithin welcher Anlagestrategie zugrunde

227) *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (6/2010), Fach 0308 Rdn. 21 f.

228) *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (6/2010), Fach 0308 Rdn. 23 f.

229) *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (6/2010), Fach 0308 Rdn. 9 f.

230) *Poelzig/Volmer* DNotZ 2014, 483, 485

liegen ? Wenn folglich *Loritz*²³¹⁾ im Jahre 2010 meinte, Unternehmen ohne eine eigenständige tragfähige unternehmerische Idee hätten im Bereich geschlossener Immobilienfonds kaum Zukunftschancen, so hat der Gesetzgeber dies inzwischen aufgenommen, indem die Anlagestrategie und damit auch die damit verbundene unternehmerische Idee gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB zu Beginn zwingend festgelegt werden müssen.

2. Regulierung des Anlegerschutzes

173 Oben wurde beschrieben, wie man den Anlegerschutz hätte verbessern können.²³²⁾ Diese Vorschläge wurden nicht aufgegriffen, sondern andere Wege gewählt:

- Einerseits wurde der sog. freie – d.h. unregulierte – Kapitalmarkt abgeschafft und durch das KAGB vom 04.07.2013²³³⁾ ersetzt, worin u.a. auch die gesamte Informations- und Prospektpflichten geregelt wurden.
- Andererseits wurde durch die EU am 15.04.2014 eine Verordnung über Basisinformationen für Anleger (Packaged Retail Investment Products - PRIIPs) verabschiedet,²³⁴⁾ die am in Kraft getreten ist.

174 In letzterer VO, die in allen Mitgliedsländern unmittelbare Wirkung hat, wurde das Thema Anlegerschutz wie folgt angegangen:

175 In sog. Basisinformationsblättern, die von der Seitenzahl nicht beschränkt sein müssen, müssen seitens Anbietern von Anlageprodukten Anleger über die wesentlichen Anlagebedingungen und Risiken in verständlicher Form kurz gefaßt unterrichtet werden. *Loritz*²³⁵⁾ hat dazu folgende Vorschläge unterbreitet, wie ein solches Basisinformationsblatt inhaltlich formuliert und äußerlich beschaffen sein müßte:

- Das Basisinformationsblatt muß „präzise, redlich und klar sein“ und darf „nicht irreführend“ sein (Art. 6 Abs. 1 EU-VO). Es soll leicht verständlich und leserlich sein.
- Inhaltlich sind Zielinvestments zu beschreiben. Dazu können ferner gehören Eckpunkte der „festgelegte Anlagestrategie“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB).
- Zu beschreiben ist ferner die Relation von Fremdkapital zum vorgesehenen Eigenkapital.
- Laufzeit des Anlageprodukts (als Bestand der Investment KG) sowie die Dauer bis zum ersten Exit eines Anlegers.
- Im Rahmen einer Prognose Aussagen zur Wertentwicklung und Entwicklungschancen der Rendite.

231) *Loritz* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (6/2010), Fach 0308 Rdn. 79

232) S.o. Rdn. 77 - 103

233) BGBl. I 2013, 1981

234) Dazu *Loritz* WM 2014, 1513

235) *Loritz* WM 2014, 1513, 1514 f., 1517 f.

- Aussagen zur Geldverlustrisiken der Anleger (Art. 8 Abs. 2 (c) EU-VO).
- Aussagen zu Kostenpositionen.

176 Anhaltspunkte für die Gestaltung von Basisinformationsblättern können ferner der gegenwärtigen Praxis i.V.m. dem Rundschreiben der BaFin vom 26.09.2013 zu § 31a Abs. 3 WpHG entnommen werden.²³⁶⁾

D.

Steuerrecht als Finanzierungsbaustein bei Immobilieninvestitionen

I.

Die Ferienwohnung im Steuerrecht

177 In 2013 verzeichnete das Statistische Bundesamt mehr als 30 Mio. Übernachtungen in Ferienwohnungen.²³⁷⁾ Je nachdem, welcher Nutzung zu errichtende Ferienwohnungen zugeführt werden, hatte dies nachfolgende steuerliche Konsequenzen.

1. Einkünfte aus Gewerbebetrieb

178 Derjenige, der z.B. Ferienwohnungen baute, um sie anschließend zu verkaufen, übte steuerlich eine gewerbliche Tätigkeit aus (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. EStG). Der Veräußerungsgewinn war steuerpflichtig (§ 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG).

179 Und derjenige, der Ferienwohnungen erwarb, um sie quasi hotelmäßig zu nutzen,²³⁸⁾ übte steuerlich ebenfalls eine gewerbliche Tätigkeit aus. Einkünfte aus einer gewerblichen Vermietung der Ferienwohnung unterlagen der Gewerbesteuer (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG).²³⁹⁾

236) *Loritz* WM 2014, 1513, 1514 f., 1519

237) *Köllner* in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (07/2006), Fach 0307 Rdn. 1

238) Dazu *Schmitz* in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (10/2006), Fach 0307 Rdn. 92 ff.

239) *Köllner* in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (07/2006), Fach 0307 Rdn. 74 ff.. Bei natürlichen Personen sowie Personengesellschaften besteht ein Freibetrag von EUR 24.500,-- (§ 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GewStG).

Bei juristischen Personen und nicht rechtsfähigen Vereinen besteht ein Freibetrag von EUR 5.000,-- (§ 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GewStG).

2. Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung

- 180 Derjenige jedoch, der eine Ferienwohnung erwarb, um sie zu vermieten, übte steuerlich eine vermögensverwaltende Tätigkeit aus und erzielte Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6., 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. EStG). Die Einkünfte waren der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG). Eine Einkunftserzielungsabsicht des Steuerpflichtigen wurde vermutet, wenn ausschließlich und dauerhaft an wechselnde Feriengäste vermietet wurde.²⁴⁰⁾ Der Erwerber einer Ferienwohnung, die er vermietete, konnte folgende Vorteile anstreben, wenn er keine chronische Verlustvermietung betrieb und nicht steuerlich gewerblicher Grundstückshändler war:²⁴¹⁾
- 181 - Absetzung für Abnutzung (AfA) gem. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7. Satz 1 EStG in Höhe von 2 % p.a. als lineare AfA für Gebäude, die nach dem 31.12.1924 fertiggestellt wurden bzw. für vor dem 01.01.1995 errichteten bzw. angeschafften Gebäudes an Stelle der linearen AfA die degressive AfA gem. § 7 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EStG.²⁴²⁾
- Dies auch für Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten für bewegliche Wirtschaftsgüter, sofern sie ohne USt wenn im Jahr der Anschaffung ohne USt EUR 410,- übersteigen.
- 182 - Werbungskostenabzug der Finanzierungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG),
- 183 - Die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten für bewegliche Wirtschaftsgüter²⁴³⁾ können im Jahr der Anschaffung in voller Höhe als Werbungskosten abgezogen werden, wenn sie ohne USt EUR 410,- nicht übersteigen (sog. geringwertige Wirtschaftsgüter gem. §9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 Satz 2; § 6 Abs. 2 Satz 1 EStG).
- 184 - Erlangung eines einkommensteuerfreien Veräußerungsgewinns, wenn die Veräußerung nach Ablauf einer Haltefrist von 10 Jahren erfolgt (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG).²⁴⁴⁾

3. Geschäftsveräußerung im Ganzen

- 185 Wurde die Ferienwohnung vor dem Zeitpunkt ihrer Veräußerung an wechselnde Feriengäste vermietet, wird dann (leerstehend) verkauft, bleibt aber zur Vermietung an wechselnde Feriengäste auch nach dem Verkauf bestimmt, so handelt es sich um eine Geschäftsveräußerung im ganzen, was einen umsatzsteuerlich unbeachtlichen Vorgang zum Gegenstand hat (§ 1 Abs. 1a UStG).²⁴⁵⁾

240) BFH 05.11.2002 – IX R 18/02, BStBl. II 2003, 914

241) Zur 3-Objekt-Theorie BFH 10.12.2001 – GrS 1/98, BStBl. II 2002, 291

242) In den ersten 8 Jahren jeweils 5 %, in den nächsten 6 Jahren 2,5 % und in den restlichen 36 Jahren jeweils 1,25 %. Dazu *Köllner* in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (07/2006), Fach 0307 Rdn. 62 - 64

243) Möbel, Vorhänge, Teppiche u.ä.

244) *Glenk* in: *Blümich*, EStG, (08/2012), § 23 Rdn. 161

245) BFH 05.06.2014 – V R 10/13, BFH/NV 2014, 1600 f.; dazu *Ellerbrock/Pelzer/Wolter* BB 2015, 1180

- 186 Wird dagegen eine Ferienimmobilie (leerstehend) veräußert, wobei der Erwerber nach Kauf diese nicht an wechselnde Feriengäste zu vermieten beabsichtigt, sondern sie selbst zu nutzen gedenkt, so liegt keine Geschäftsveräußerung im ganzen vor; der Kaufvorgang ist dann gemäß § 4 Nr. 9 a UStG nicht umsatzsteuerbar.

II.

Erhöhte AfA bei Gebäuden in Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen (§ 7h EStG)

- 187 Unter diesem Titel hat *Kaligin*²⁴⁶⁾ iüngst einen sehr lesenswerten Beitrag veröffentlicht und auf folgendes hingewiesen:

1. Steuerliche Anreize

- 188 § 7h EStG i.d.F. des HBegl. 2004 vom 29.12.2013 sieht erhöhte steuerliche Abschreibungsmöglichkeiten vor, wenn in förmlich festgelegten Sanierungsgebieten oder städtebaulichen Entwicklungsbereichen Gebäude, Gebäudeteile, Eigentumswohnungen und im Teileigentum befindliche Räume errichtet werden. Mit diesen Steuervergünstigungen²⁴⁷⁾ sollen steuerliche Anreize für Investoren geschaffen werden, in vorgenannte Segmente zu investieren. Es geht bei § 7 h Abs. 1 Satz 1 EStG um Baumaßnahmen an einem bestehenden oder an einem neu herzustellenden Gebäude, die erstmals nach dem 31.12.2003 begonnen wurden.²⁴⁸⁾ Für jede der Baumaßnahmen muß der Steuerpflichtige, der die erhöhte AfA gem. § 7h EStG in Anspruch nehmen möchte, durch Bescheinigung der zuständigen Behörde nachweisen, daß die Voraussetzungen des § 7h Abs. 1 EStG gegeben sind (§ 7h Abs. 2 EStG).²⁴⁹⁾ Folglich muß alleine die Gemeinde dem Rechtsgrunde nach prüfen, ob die Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen i.S.d. § 177 BauGB durchgeführt wurden und im Bescheid eindeutig erkennen lassen, ob das Gebäude als ganzes oder nur die Wohnung(en) Gegenstand geförderter Baumaßnahmen sind.²⁵⁰⁾ Der Bescheid der Gemeinde ist mithin Anspruchsvoraussetzung für die Begünstigung gem. § 7 h EStG und ein für das Finanzamt bindender Grundlagenbescheid i.S.d. §§ 171 Abs. 10, 175 Abs. 1 Nr. 1 AO dem Rechtsgrunde nach.²⁵¹⁾ Bezüglich der Höhe der begünstigten Herstellungsaufwendungen besteht für das Finanzamt keine Bindungswirkung, da solches in § 7 h EStG gesetzlich nicht ge-

246) *Kaligin* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 11/2014, Fach 1028

247) Für einen Begünstigungszeitraum von 12 Jahren können 8 Jahre lang jeweils 9 % AfA und sodann 4 Jahre lang jeweils 7 % AfA in Anspruch genommen werden.

248) BFH 22.10.2014 – X R 15/13, DStR 2015, 279 Rdn. 15

249) BFH 22.10.2014 – X R 15/13, DStR 2015, 279 Rdn. 16; *Kaligin* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 11/2014, Fach 1028 Rdn. 71 ff.

250) BFH 22.10.2014 – X R 15/13, DStR 2015, 279 Rdn. 26 - 28

251) BFH 22.10.2014 – X R 15/13, DStR 2015, 279 Rdn. 16 – 17, 20

regelt ist.²⁵²⁾ Mithin hat das Finanzamt bezüglich der Höhe der geltend gemachten begünstigten Aufwendungen eine eigenständige Prüfungspflicht.²⁵³⁾

189 Die AfA-Berechtigung betrifft natürliche oder juristische Personen und bei Personengesellschaften deren Gesellschafter.²⁵⁴⁾

2. Zweifel an der Durchführbarkeit mittels steuerorientierter geschlossener Immobilienfonds

190 ABER im letzteren Fall kommen geschlossene Immobilienfonds als diejenigen, die Baumaßnahmen durchführen sollen, nur dann in Frage, wenn sie zugleich die Voraussetzungen des KAGB erfüllen wie diesseits an anderer Stelle beschrieben.²⁵⁵⁾ Denkbar wären dann allenfalls noch Publikums-InvestKGs mit mehr als 1 Objekt als steuerorientierte Auftraggeber vorgenannter Maßnahmen, woran sich Anleger steuerorientiert beteiligen könnten.²⁵⁶⁾

III.

Denkmalschutzimmobilien

191 Es handelt sich um die letzte verbliebene Möglichkeit der Investition in Immobilien, die für Kapitalanleger mit einer nennenswerten Steuerersparnis verbunden sind.

192 Da Denkmalschutz und Denkmalpflege in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fallen, gibt es kein Bundesgesetz i.S. Denkmalschutz. Da die Pflicht zur Erhaltung von denkmalgeschützten Immobilien kostenintensiv ist, werden zwecks Erhöhung der Akzeptanz Steuervorteile in Form erhöhter AfA sowie der steuerlichen Sonderbehandlung von Erhaltungsaufwendungen gewährt.²⁵⁷⁾ Dazu gehören, wobei hier einschränkend Baumaßnahmen angesprochen werden, die nach dem 31.12.2003 erfolgt sind:²⁵⁸⁾ Voraussetzungen und Folgen für besagte Steuervorteile gemäß § 7 i EStG sind:

193 (1) Das Gebäude oder der Gebäudeteil muß nach landesrechtlichen Regelungen als Baudenkmal unter Schutz gestellt sein und

194 (2) im Inland belegen sein.

252) BFH 22.10.2014 – X R 15/13, DStR 2015, 279 Rdn. 21 - 22

253) BFH 22.10.2014 – X R 15/13, DStR 2015, 279 Rdn. 22 - 23

254) *Kaligin* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 11/2014, Fach 1028 Rdn. 6

255) *Wagner* ZfBR 2015, 113

256) Die in *Wagner* ZfBR 2015, 113 beschriebenen Gegebenheiten bleiben leider bei *Kaligin* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 11/2014, Fach 1028 Rdn. 47 ff. ebenso unerwähnt, wie die Auswirkungen des KAGB auf steuerorientierte Fonds-Modelle.

257) *Ronig* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 04/2009, Fach 1017 Rdn. 6

258) Für Baumaßnahmen, die vor dem 01.01.2004 begonnen wurden, siehe *Ronig* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 04/2009, Fach 1017 Rdn. 8 und 10 und 12

- 195 (3) Die Baumaßnahme muß nach Art und Umfang
- (3.1) zur Erhaltung des Gebäudes /Gebäudeteils als Baudenkmal oder zu seiner sinnvollen Nutzung erforderlich sein oder
- (3.2) betreffend ein Gebäude als Bestandteil einer geschützten Gebäudegruppe / Gesamtanlage erforderlich sein, um dadurch das schützenswerte Erscheinungsbild der Gebäudegruppe / Gesamtanlage zu erhalten.
- 196 (4) Die Arbeiten müssen mit der Bescheinigungsbehörde abgestimmt sein.
- 197 (5) Die vorgenannten Voraussetzungen müssen durch die zuständige Denkmalschutzbehörde und eine von dieser ausgestellten Denkmalschutzbescheinigung nachgewiesen werden.
- 198 (6) Die bescheinigten Aufwendungen müssen zu den Anschaffungs-/Herstellungskosten des § 7 i Abs. 1 Satz 5 EStG gehören und
- 199 (7) können bei einer Einkunftsart berücksichtigt werden.
- 200 Die Gebäude, welche die gesetzlichen Voraussetzungen des Denkmalsbegriffs erfüllen, werden als Baudenkmal in eine Denkmalliste eingetragen. In einzelnen Bundesländern wirkt diese Eintragung konstitutiv,²⁵⁹⁾ in anderen nur deklaratorisch.²⁶⁰⁾
- 201 Sind vorgenannte Voraussetzungen gegeben, kann folgende erhöhte AfA in Anspruch genommen werden:
- Im Jahr der Herstellung und in den folgenden 7 Jahren können jeweils bis zu 9 % der Herstellungskosten und
 - in den folgenden 4 Jahren jeweils bis zu 7 % der Herstellungskosten
- für Baumaßnahmen vom eigenen steuerpflichtigen Einkommen abgesetzt werden (§ 7 i Abs. 1 Satz 1 EStG).
- 202 Vor diesem Hintergrund gibt es auch Sanierungsmodelle mit Denkmalschutzobjekten. Bei diesen wird der Gesamtaufwand für Zwecke des § 7 i EStG wie folgt aufgeteilt:²⁶¹⁾
- Grund und Boden.
 - Altbausubstanz des Gebäudes.
 - Begünstigte Baumaßnahmen gem. § 7 i EStG.

259) *Ronig* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 04/2009, Fach 1017 Rdn. 41: Berlin, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein – Der Denkmalschutz gilt vorläufig bis zur Eintragung in der Denkmalliste.

260) *Ronig* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 04/2009, Fach 1017 Rdn. 42: Bayern, Hessen, Niedersachsen und Saarland – Die Denkmalschutzbestimmungen gelten seit dem Inkrafttreten des Gesetzes sofort.

261) *Ronig* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), 04/2009, Fach 1017 Rdn. 262 ff.

- Übrige Baumaßnahmen.
- Sofort abziehbare Werbungskosten.

E.

Folgen fehlender (steuerlicher) Investitionsanreize

I.

.... im Wohnungsbau

203 Während früher²⁶²⁾ der Staat mittels gewährter Steuervorteile Anreize für Investitionen in den Wohnungsbau anbot, was durch die steuerorientierte Kapitalanlage z.B. bei Mietkaufmodellen, Bauherrenmodellen, Altbausanierung und geschlossene Immobilien-Fonds (hier insbesondere in den neuen Bundesländern) umfänglich für Investitionen auch in den Wohnungsbau genutzt wurde, hat der Staat mit der Beendigung dieser steuerlichen Anreize eine Fehlentwicklung eingeleitet. Der Staat wurde zum Kostentreiber im Geschosswohnungsbau. Immer neue Gesetze bzw. Gesetzesänderungen, Verordnungen, Auflagen, Steuern und sich ändernde Materialanforderungen haben den Wohnungsbau enorm verteuert, während gleichzeitig die Nachfrage nach Wohnungen immer weiter anstieg.

„So gebe der Gesetzgeber per Ordnungsrecht vor, was und wie geplant werden müsse, bei Energieeffizienz, Barrierefreiheit, Brand- und Schallschutz, Schnee-, Sturm- und Erdbebensicherheit. Die Energieeinsparverordnung (EnEV) sei seit 2000 viermal novelliert worden; die nächste Novellierungsrunde komme 2016“.²⁶³⁾

204 Hinzu kommen laut Presse der Kostenanstieg bei Bauland nebst Auflagen der Kommunen und die ständige Erhöhung der Grunderwerbsteuer.²⁶⁴⁾ Der Presse zufolge sind derzeit kapp 400.000 Wohnungen zu wenig gebaut worden und die Kosten um den Neubau von Mehrfamilienhäusern seien im Vergleich zu 2000 um rd. 40 % gestiegen, während die reinen Baupreise um rd. 27 % gestiegen seien.²⁶⁵⁾ Letztlich sei es folglich der Staat, der die Mieten in die Höhe treibe, denn die ständige Neufassung und Verschärfung von Normen verteuere den Geschosswohnungsbau bei dann steigenden Mieten.²⁶⁶⁾ Der Ruf nach mehr Wohnungen bei fehlenden Investitionsanreizen und steigenden Belastungen wird mithin ungehört verhallen. Über folgende zu avisierende Maßnahmen wird derzeit diskutiert:²⁶⁷⁾

262) S.o. Rdn. 9 - 38

263) *Kersting*, HANDELSBLATT vom 24./25./26.04.2015, Seite 30

264) *Kersting*, HANDELSBLATT vom 24./25./26.04.2015, Seite 30

265) *Kersting*, HANDELSBLATT vom 24./25./26.04.2015, Seite 30; FAZ vom 24.04.2015, Seite 17

266) FAZ vom 24.04.2015, Seite 17

267) FAZ vom 24.04.2015, Seite 17

- 56 -

- Das Wohnen für Haushalte mit mittleren und niedrigen Einkommen müsse erschwinglicher gemacht werden.
- Die AfA solle von 2% auf 4% erhöht werden und eine Sonder-AfA für den sozialen Wohnungsbau zugelassen werden.
- Für soziales Wohnen könnten für Ballungsgebiete und Wachstumsregionen Förderprogramme aufgelegt werden.
- Die Grunderwerbsteuer sollte nicht ständig erhöht werden.
- Kommunen müßten mehr günstiges Bauland zur Verfügung stellen und die Auflagenflut stoppen, damit Investoren ermutigt würden, bezahlbaren Wohnraum zu schaffen.
- Der Regulierungsdschungel sei in Investitionshemmnis.

II.

Mietpreisbremse als staatliches Förderinstrument ?

- 205 Ab dem 01.06.2015 soll aufgrund gesetzlicher Neuregelungen²⁶⁸⁾ in angespannten Märkten, die von den Bundesländern jeweils festzulegen sind, die Miete nur noch maximal 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegen dürfen. Um damit in diesen angespannten Märkten den Mietwohnungsbau nicht zu beeinträchtigen, soll diese Mietpreisbremse jedoch bei erstmals nach dem 01.10.2015 bezogenen Neubauten nicht gelten, ebenso nicht bei umfassenden Wohnungsbaumodernisierungen. Investoren sollen mithin bei Ihren Investitionen in den Wohnungsneubau bzw. in Wohnungsbau-Sanierungen nicht abgeschreckt werden, ein (mittelbares) Förderinstrument ist dies jedoch nicht.
- 206 Hinzu kommt, daß eine von der Baubranche „Wohnungswirtschaft und Deutscher Mieterbund (DMB)“ in Auftrag gegebene Studie zu dem Ergebnis gekommen ist, daß für Investoren Neubauten nur mit einer Kaltmiete von EUR 10,- pro qm refinanzierbar seien, Durchschnittsverdiener aber nur eine Kaltmiete von EUR 7 - 8,- pro qm aufbringen könnten.
- 207 Die Mietpreisbremse ist folglich alles andere als ein staatliches Förderinstrument, um den Wohnungsbau anzukurbeln. Es ist daher erfolglos, seitens der Bundesbauministerin Hendricks nur zu appellieren, es müßten mehr Wohnungen gebaut werden.²⁶⁹⁾

268) Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG), BGBl. I 2015, 610

269) *Kersting/Stehle* Handelsblatt vom 23.07.2015, Seite 1

F.

Fazit

208 Ausgehend von dem Thema des hiesigen Beitrages

Sicherheiten und Finanzen: Steuerliche Aspekte und staatliche Förderinstrumente

läßt sich aufgrund der hier dargelegten Historie folgendes sagen:

- 209 - In der Vergangenheit staatlicherseits ermöglichte steuerliche Aspekte in Form von staatlichen Förderinstrumenten waren Investitionsanreize, die von Anlegern in weitem Umfang aufgegriffen wurden, was insbesondere dem Wohnungsbau zu Gute kam.
- 210 - Der Staat selbst war es jedoch, der auf verfassungsrechtlich höchst fragwürdige Weise die steuerliche Aspekte in Form von staatlichen Förderinstrumenten mit Rückwirkung wieder entzog, nachdem die Investitionen getätigt waren. Die Anleger blieben auf ihren aufgenommenen Finanzierungen sitzen.
- 211 - Steuerorientierte Immobilieninvestitionen wurden durch dieses fragwürdige Verhalten von Finanzämtern und Finanzgerichten rückwirkend zum Risikofaktor für Anleger, die zudem dauerhaft mit Finanzierungen belastet blieben, die sie für ihre Investitionen ausgenommen hatten.
- 212 - Das vormals steuerorientierte Immobilien-Investment wurde zum unsicheren Investment, das man staatlicherseits dadurch zu ersetzen suchte, durch zahlreiche Regulierungen (z.B. KAGB) den Anschein eines sicheren Immobilieninvestments zu erzeugen.
- 213 Vor diesem Hintergrund ist die Mitte 2015 veröffentlichte Wohnungsbauentwicklung²⁷⁰⁾ zu sehen: Das Bundesbauministerium äußerte sich dahingehend, bis 2020 müßten pro Jahr rund 270.000 Wohnungen fertiggestellt werden, um dem wachsenden Bedarf in Metropolen und Universitätsstädten gerecht zu werden. Die Gewerkschaft IG Bau spricht gar von 300.000 jährlich. Die Wirklichkeit sieht jedoch anders aus, verzeichnete doch 2014 nur 245.300 fertiggestellte Wohnungen.²⁷¹⁾
- 214 Daß der Zuwachs an gebauten Wohnungen in 2014 gegenüber 2013 14,2 % mehr als in 2013 war, wird auf die niedrigeren Zinsen zurückgeführt. Würden die Zinsen wieder steigen – so der Eigentümerverband Haus & Grund –, dann würden wieder die immer stärkere Regulierung bei Bauvorschriften ihre hemmende Wirkung entfalten.²⁷²⁾ Ohne Investitionsanreiz (steuerlicher Art oder etwa niedrige Zinsen) werden Immobilieninvestitionen nicht in den Wohnungsbau gehen sondern allenfalls in den Gewerbebau.

270) FAZ 19.06.2015, Seite 19

271) FAZ 19.06.2015, Seite 19: im Jahre 2009 waren es nur 160.000 Wohnungen.

272) FAZ 19.06.2015, Seite 19