

**Der Markt für Kapitalanlagen - Erst informieren, dann fliegen**

**Newsletter 05/2008**

Sehr verehrte Leserinnen, sehr geehrte Leser,

das **Angebot an internationalen Investitionsmöglichkeiten**, die in Deutschland angeboten werden, wächst ständig. Dies betrifft international investierende Kapitalanlagegesellschaften und Emissionshäuser, die geschlossene Beteiligungen anbieten, gleichermaßen. Auch die arabischen Länder sind in den Fokus von inzwischen zahlreichen Angeboten gerückt. Viele Unternehmen haben bereits Zweigniederlassungen in den **Vereinigten Arabischen Emiraten** gegründet oder haben vor, dies in Bälde zu tun.

Trapp, von Kindesbeinen an in der arabischen Welt zu Hause und Vizepräsident der deutsch-arabischen Gesellschaft, stellte vor kurzem in einem Interview heraus, wie wichtig es ist, sich mit der **arabischen Mentalität** zu befassen, bevor ein Unternehmen dorthin expandieren möchte. Es sei schon erstaunlich, wie häufig der Erfolg ausbleibe, weil sich deutsche Unternehmen im Vorfeld nur mit Zahlen, aber nicht mit den **regionalen Sitten und Gebräuchen** auseinandersetzen. „**Erst informieren, dann fliegen**“, lautet sein Rat.

Wer sich in einem bestimmten Umfeld oder mit einer bestimmten Materie nicht auskennt, ist gut beraten, sich entweder erst einmal schlau

zu machen oder sich erfahrener Köpfe zu bedienen. Anderenfalls bleibt es im Regelfall nicht aus, dass im wahrsten Sinne des Wortes „**Lehrgeld**“ bezahlt werden muss. Auch wer geeignete Investitionsmöglichkeiten sucht, sollte sich entweder selbst **schlau** machen oder die Hilfe von **Fachleuten** in Anspruch nehmen. Die vielen **gescheiterten Kapitalanlagen**, die häufig zum Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen geworden sind, sind kein Beleg dafür, dass der Grundsatz des sich erst Informierens ein falscher ist. Das Gegenteil trifft zu. Leider gibt es noch immer den einen oder anderen schlechter ausgebildeten informierten Konzeptionär oder Unternehmer.

Auch im Rahmen unseres heutigen Rechtsprechungsspiegels finden Sie wieder Entscheidungen, bei der es nicht so „rund“ gelaufen ist, wie dies prognostiziert und dem Anleger mitgeteilt worden ist.

Wir stehen Ihnen gerne zur Seite, damit Sie keinen **Absturz** erleiden. Sie können aber auch auf uns zählen, wenn Ihre Anlage bedauerlicherweise „abgestürzt“ ist oder der Absturz droht. Wir helfen Ihnen mit unserem Know-how aus inzwischen 30-jähriger Erfahrung im Kapitalanlagerecht.

Ihre Fachkanzlei im Kapitalanlage- und Immobilienbereich

### Rechtsprechungsspiegel

- Kapitalanleger-Musterverfahren gegen die Daimler Chrysler AG wegen unterlassener ad-hoc-Mitteilung von Insiderinformationen
- Aufklärungspflicht gegenüber einem Anleger, der eine „chancenorientierte“ Anlagestrategie verfolgen möchte
- Zur Frage, ob § 32 Abs. 1 Nr. 1 WpHG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist
- Außenhaftung eines Kommanditisten trotz Widerrufs seines Beitritts nach HWiG
- Verjährungsauslösende Kenntnis von Anlagebetrug erst nach Einsicht in die Ermittlungsakten
- Zur Frage der Rechtsfolge, wenn bei Windenergieanlagen eine standortbezogene Vorprüfung nicht durchgeführt worden ist
- Zur Frage, wann wegen Unzuverlässigkeit der Erwerb einer Beteiligung an einem Kreditinstitut untersagt werden kann
- Unzulässige Androhung einer Schufa-Meldung
- 1 %-Regelung schließt Betriebsausgabenabzug nicht aus

### Literaturspiegel

- Recht zur Verweigerung oder Pflicht zur Erteilung der Zustimmung bei der Übertragung von Anteilen an einer Publikums-KG?
- Private Kapitalanlagen vor und nach der Einführung der Abgeltungssteuer
- Die gelöschte Limited mit Restvermögen in Deutschland: Stehen Gläubiger und Gesellschafter im Regen?
- Mezzanines Kapital für den Mittelstand zur Verbesserung des Ratings
- Der BGH, die BaFin und der EuGH: Ad-hoc-Publizität bei einvernehmlichem vorzeitigem Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden Jürgen Schrempp
- Die sachenrechtlichen Rahmenbedingungen der Windkraftanlagen
- Das Agio des Kommanditisten
- Der Fall der „Göttinger-Gruppe“ - Insolvenzbedingte Risiken bei stillen Beteiligungen

### Kurz und bündig

- Die Ausschreibung von ÖPP-Projekten
- Einstweiliger Rechtsschutz gegen Fassung und Ausführung von Gesellschafterbeschlüssen - Entwicklung der Rechtsprechung und offene Fragen
- Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung
- Kreditverkäufe durch Banken
- Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Zinssatzwapgeschäften
- Die liechtensteinische Steuer-Affaire
- Übernahmen und Verschmelzungen unter Beteiligungen von REITs - Anforderungen des REIT-Gesetzes können Transaktionen entgegenstehen
- Honorarberatung - Pionier Großbritannien
- Zum Umfang des Vorsteuerabzugs bei Erwerb und erheblichem Umbau eines gemischt genutzten Gebäudes
- EuGH: Darlehensnehmer steht bis zu einem Monat nach vollständiger Leistungserbringung aus Darlehensvertrag ein Widerrufsrecht zu
- Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung durch fehlerhaften Prospekt oder Ad-hoc-Meldung („Comroad VII“)
- Darlehensbeziehung zwischen Bank und Anleger bei Darlehen an die Fonds-GbR - Anmerkungen zum Urteil des OLG Schleswig vom 24.05.2007, 5 U 38/06
- Grundsatzprobleme im Anlegerschutzprozess
- Die liechtensteinische Finanzaffäre - Steuer- und steuerstrafrechtliche Konsequenzen

### Die Entscheidung des Monats

- Die Securenta-Entscheidung des BGH - Zugleich eine Zusammenfassung von nahezu 30 Jahren Rechtsprechung zu Prospekthaftungsfragen

### Veranstaltungshinweis

Vom 28. bis 30. Mai 2008 findet der vom wmd-brokerchannel initiierte Vertriebsgipfel am Tegernsee statt. Rechtsanwalt Werner Klumpe und Rechtsanwalt Ulrich Nastold referieren zum Thema „Können Haftungsdächer halten, was sie versprechen?“

**RECHTSPRECHUNGSSPIEGEL**

**Kapitalanleger-Musterverfahren gegen die Daimler Chrysler AG wegen unterlassener ad-hoc-Mitteilung von Insiderinformationen** (BGH, Urt. v. 25.02.2008, II ZB 9/07)

1. Veröffentlichungspflichtige Insiderinformationen i.S. von § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG können auch zukunftsbezogene Umstände, wie Pläne, Vorhaben und Absichten einer Person sein, wenn die Tatsachen, auf die sie sich beziehen, sich zwar noch nicht endgültig manifestiert haben, jedoch i.S. des § 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG hinreichend präzise sind und ihre Verwirklichung hinreichend wahrscheinlich ist.
2. Das Tatbestandsmerkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit i.S. des § 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn eine „überwiegende“ Wahrscheinlichkeit - d.h. eine Eintrittswahrscheinlichkeit von über 50 % - besteht.
3. Der Tatrichter darf bisher streitige Tatsachen nur dann als zugestanden ansehen, wenn die betroffene Partei ihre Absicht, sie bestreiten zu wollen, unmissverständlich fallen gelassen hat. Im Zweifel hat das Gericht im Rahmen der ihm obliegenden Erörterungs- und Fragepflicht eine eindeutige Prozessklärung der betroffenen Partei herbeizuführen.

§ § §

**Aufklärungspflicht gegenüber einem Anleger, der eine „chancenorientierte“ Anlagestrategie verfolgen möchte** (BGH, Urt. v. 06.03.2008, III ZR 298/05)

In diesem vom BGH entschiedenen Fall geht es um eine Beteiligung an dem Filmfonds Vif 3. KG. Die Fondsgesellschaft geriet im Jahr 2000 im Zusammenhang mit der Insolvenz der Produktionsdienstleisterin in eine wirtschaftliche Schieflage. Wegen behaupteter Prospektmängel beehrte ein Anleger Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus der Beteiligung Rückzahlung seiner Einlage. Erhält die Tochtergesellschaft einer international tätigen Großbank, die von der Fondsgesellschaft mit der Beratung bei der Auswahl und Heranziehung potenzieller Vertragspartner, der Optimierung des gesamten Vertragswerks sowie der gesamten Koordination des Eigenkapitalvertriebs beauftragt war, des Weiteren von der Herausgeberin des Prospektes mit der Erstellung eines Prospektentwurfs und die schließlich als Einzahlungstreuhänderin für die Fondsgesellschaft die Gelder der Anleger entgegennahm als Hintermann und Mitinitiatorin für prospektverantwortlich. Eine deutsche Großbank, die die Beteiligung vermittelt hatte, will der Anleger wegen fehlerhafter Vermittlung der Beteiligung haftbar machen.

Soweit es um die Frage der Verantwortlichkeit der Tochtergesellschaft der Großbank als Hintermann geht, wiederholt der BGH seine zur Prospekthaftung entwickelten Haftungsgrundsätze. Ein Prospekt stelle für

einen Beitrittsinteressenten im Allgemeinen die einzige Unterrichtungsmöglichkeit dar. Deshalb muss ein solcher Prospekt den Anleger über alle Umstände, die für seine Entscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig unterrichten. Dazu gehört eine Aufklärung über Umstände, die den Vertragszweck vereiteln oder den vom Anleger verfolgten Zweck gefährden können.

Ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, ist nicht allein anhand der wiedergegebenen Einzeltatsachen zu beurteilen, sondern nach dem Gesamtbild, welches der Prospekt von den Verhältnissen des Unternehmens vermittelt.

Dabei dürfen die Prospektverantwortlichen allerdings eine sorgfältige und eingehende Lektüre des Prospektes bei den Anlegern voraussetzen.

Insoweit führt der BGH weiter aus, dass der unzutreffende Eindruck erweckt wird, ein Anleger gehe mit seiner Beteiligung nur ein begrenztes Risiko ein. Im Prospekt hieß es, dass ein „Sicherheitsnetz“ vorhanden sei, welches aus „präzise definierten Kriterien für das Tätigen einer Investition“ und „aus einem intelligenten Konzept von Versicherungen und aus einer breiten Risikostreuung“ bestehen soll. Die Vorinstanz hatte aus dem Wort „Konzept“ gefolgert, dass es sich „nur“ um ein Konzept handle. Erstens findet sich das Wort „nur“ nicht im Prospekt. Außerdem wird das Verständnis des hinreichend sorgfältigen und kritischen Anlegers durch diese Einschränkung nicht richtig erfasst. Der Gesamteindruck des

Prospektes sei deshalb fehlerhaft, weil das Restrisiko verharmlost wird und es der Prospekt an einem „worst-case-Szenario“ vermissen lässt. Nach der Rechtsprechung des BGH verjähren Prospekthaftungsansprüche im engeren Sinn - und um solche handelt es sich bei Prospektmängeln - bei einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung in analoger Anwendung der in den gesetzlich geregelten Fällen der Prospekthaftung bestimmten kurzen Verjährung. Verjährung tritt sechs Monate ab Kenntnis des Prospektmangels, spätestens jedoch in drei Jahren nach dem Beitritt ein. Eine Verjährung lag insoweit nicht vor. Der BGH führt des Weiteren aus, dass eine Haftung der Tochtergesellschaft der Großbank nach den Grundsätzen einer Haftung als Hintermann nicht ausgeschlossen werden kann. Nach der Rechtsprechung haften neben den Gründern, Initiatoren und Gestaltern der Gesellschaft, die das Management bilden oder beherrschen, als sog. Hintermänner ebenso alle Personen, die hinter der Gesellschaft stehen und auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkreten Modells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen.

Es kommt hierbei nicht darauf an, ob sie in dieser Einflussnahme nach außen in Erscheinung getreten sind oder nicht. Der „Leitungsgruppe“ einer Gesellschaft können alle Personen zugerechnet werden, denen ähnliche Schlüsselfunktionen zukommt wie Geschäftsführern, Mehrheitsgesellschaftern oder Generalbevollmächtigten. Ob eine Person eine solche Funktion einnimmt, muss jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls

festgestellt werden. Aufgrund der Masse der Aufgaben, die die Tochtergesellschaft übernommen hat, hält es der BGH für möglich, dass eine solche Schlüsselfunktion eingenommen worden ist. „Wenn auch jedes einzelne der genannten Elemente für sich gesehen nicht ausreicht, um den für die Verantwortlichkeit des Hintermanns erforderlichen bestimmenden Einfluss auf die Initiierung des Projektes zu belegen ..., liegt jedoch eine Verbindung mehrerer wesentlicher Tätigkeiten vor, die zunächst einmal auf eine erhebliche Einwirkung in tatsächlicher Hinsicht hinweist.“

Eine Garantenstellung der Tochtergesellschaft der Bank verneint der BGH hingegen. Der Umstand, dass die Konzeption von Beteiligungsangeboten zum Gegenstand des Unternehmens gehört, bedeutet für sich gesehen kein Maß allgemein anerkannter beruflicher Sachkunde, um allein hieraus eine Garantenstellung zu entwickeln, wie sie etwa für Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Gutachter und Sachverständige für ihren jeweiligen beruflichen Bereich anerkannt ist. Eine Prospektverantwortlichkeit kommt deshalb nur in Betracht, wenn eine Person in eigener Verantwortlichkeit wichtige Schlüsselfunktionen bei der Gestaltung des konkreten Projekts wahrgenommen hat.

Soweit es um die Haftung des Vertriebs geht, war die Klageabweisung in der Berufungsinstanz damit begründet worden, dass die Beteiligung anlagegerecht sei, weil der Prospekt fehlerfrei sei. Der BGH sieht den Prospekt aber gerade nicht als fehlerfrei an, so dass mit dem Hinweis, im Prospekt werde die

Anlage anlagegerecht beschrieben, nicht weiterzukommen war. Insoweit kommt es auf die Tatsache an, ob im Beratungsgespräch noch weitergehende Hinweise von Seiten des Beraters erfolgt waren.

Schließlich befasste sich der BGH mit der Frage, ob die empfohlene Anlage „anlegergerecht“ gewesen sei. Der Anleger hatte sich selbst als „chancenorientiert“ bezeichnet. Dieser Begriff war in dem Bankvordruck wie folgt definiert: „außergewöhnlich hohe Wertentwicklungschancen; sehr hohe Wertverluste sind jederzeit möglich; Aktien und Derivate bilden den Hauptanteil im Depot.“

Hierzu stellte das Gericht fest, dass auch ein Anleger mit grundlegenden Kenntnissen, der eine „chancenorientierte“ Anlagestrategie verfolgt, im Rahmen einer Anlageberatung erwarten darf, dass er über die Risiken einer ihm bislang nicht bekannten Anlageform zutreffend unterrichtet wird.

### § § §

**Zur Frage, ob § 32 Abs. 1 Nr. 1 WpHG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist** (BGH, Urt. v. 19.02.2008, XI ZR 170/07)

In dieser Entscheidung geht es um die Geltendmachung von Schadenersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung. Der Investor ließ sich vom Geschäftsführer einer GmbH beraten. Um ihm vom Geschäftsführer empfohlene Wertpapiere kaufen zu können, kündigte er seine beiden zur Altersvorsorge

dienenden Lebensversicherungsverträge auf und ließ die Rückkaufswerte direkt auf das Konto der Vermittlungs GmbH überweisen. Nur ein halbes Jahr später wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der AG eröffnet, deren Aktien der Investor gezeichnet hatte. Er nahm den Geschäftsführer persönlich in Anspruch. Landgericht und Oberlandesgericht hatten den Beklagten zur Leistung von Schadenersatz verurteilt. Der Beklagte habe gegen § 32 Abs. 2 Nr. 1 WpHG verstoßen, indem er dem Investor den Erwerb der Aktien der kurze Zeit später insolventen AG empfohlen habe. § 32 Abs. 1 Nr. 1 WpHG sei ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Die Frage, ob dem Investor auch zusätzlich unter dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung ein Anspruch auf Schadenersatz zustand, ließen die Instanzgerichte offen. Der BGH hingegen verneint einen Schutzgesetzcharakter der Vorschrift des § 32 Abs. 2 Nr. 1 WpHG. Ansonsten würde die strikte Beschränkung der Eigenhaftung eines Vertreters, die ein Grundsatz des bürgerlichen Rechtes ist, ausgehebelt. Würde jede fahrlässige Verletzung einer Beratungspflicht über § 823 Abs. 2 BGB zu einer Organhaftung oder Haftung eines Angestellten eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens führen, wären die Haftungsvoraussetzungen für den Vertreter und den Vertragspartner als Vertretenen identisch. Auch der nur leicht fahrlässig handelnde Angestellte eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens würde bei einer Pflichtverletzung gem. § 32 Abs. 2 Nr. 1 WpHG ohne weiteres stets neben dem Unternehmen als Gesamtschuldner haften. Es würde also eine eigene über die vorhandenen

zivilrechtlichen Haftungstatbestände hinausgehende schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlage geschaffen werden. Außerdem würde der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, die Haftung von Anlageberatern durch eine kurze Verjährung zu begrenzen, konterkariert. Organe und Angestellte eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens dürfen verjährungsrechtlich nicht schlechter gestellt werden als das Unternehmen selbst. Anderes gilt bei sittenwidrigem Verhalten und vorsätzlicher Schadenszufügung.

Ein Anlageberater, der vorsätzlich eine anleger- und objektwidrige Empfehlung abgibt und die Schädigung des um Rat fragenden Anlegers zumindest billigend in Kauf nimmt, ist dem Anleger wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zum Schadenersatz verpflichtet. Weil insoweit noch Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht zu treffen waren, hob das Gericht die den Schadenersatz zusprechende Entscheidung des Berufungsgerichts auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück.

### § § §

**Außenhaftung eines Kommanditisten trotz Widerrufs seines Beitritts nach HWiG** (KG Berlin, Urt. v. 08.11.2007, 23 U 19/07; n.rkr., Revision beim BGH unter Az. II ZR 269/07)

Der Widerruf eines Beitritts zu einer Kommanditgesellschaft hat auf die Haftung des Kommanditisten gegenüber außenstehenden Gläubigern keinen Einfluss.

Auch wenn nach wirksamem Widerruf die Rechtsbeziehungen des Gesellschafters zur Gesellschaft nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft abzuwickeln ist (z.B. BGH, Urt. v. 10.04.2006, II ZR 218/04) und infolge dessen die Gesellschaft nach wirksamem Widerruf keinen isolierten Anspruch auf Einzahlung von Einlagen mehr hat, bleiben gesetzliche Haftungstatbestände, die nicht auf einer Willenserklärung beruhen, von dem Widerruf unberührt. Ein Kommanditist kann gegenüber Gesellschaftsgläubigern insoweit auch keine Schadenersatzansprüche, die ihm möglicherweise gegen die Gesellschaft zustehen, geltend machen (§ 161 Abs. 2 i.V.m. § 129 Abs. 1 HGB).

### § § §

**Verjährungsauslösende Kenntnis von Anlagebetrug erst nach Einsicht in die Ermittlungsakten** (OLG Nürnberg, Urt. v. 30.01.2007, 1 U 2691/05)

Bei einem komplexen Betrugssachverhalt (hier: Anlagebetrug unter Nutzung eines Firmengeflechts) ist es dem Geschädigten nicht zuzumuten, gestützt auf „erste Erkenntnisse der Staatsanwaltschaft“ oder die Kenntnis der Existenz von Haftbefehlen eine Schadensersatz- oder Feststellungsklage zu erheben. Die für den Beginn der Verjährungsfrist (hier: nach § 852 I a.F. BGB) erforderliche Kenntnis von Schaden und Schädiger liegt in einem solchen Fall erst bei Kenntnis des wesentlichen Untersuchungsergebnisses - etwa durch Akteneinsicht in die Ermittlungsakten - vor.

### § § §

**Zur Frage der Rechtsfolge, wenn bei Windenergieanlagen eine standortbezogene Vorprüfung nicht durchgeführt worden ist** (BVerwG, Beschl. v. 21.01.2008, 4 B 35.07)

1. Unterbleibt eine rechtlich gebotene Umweltverträglichkeitsprüfung, folgt allein aus diesem Umstand nicht, dass der Zweck der gesetzlichen Regelung nicht erreicht wird und eine Abwägungsentscheidung rechtswidrig ist. Der Mangel ist nur unter der Voraussetzung erheblich, dass er auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen ist.
2. Jedenfalls für Projekte, für die das Genehmigungsverfahren vor Ablauf der Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2003/35/EG eingeleitet wurde, gebietet auch das Gemeinschaftsrecht nicht, eine Baugenehmigung wegen des Unterlassens einer rechtlich gebotenen standortbezogenen Vorprüfung aufzuheben, wenn es keine konkreten Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Behörde eine andere Entscheidung getroffen hätte, wenn eine förmliche standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls für das Projekt durchgeführt worden wäre.

### § § §

**Zur Frage, wann wegen Unzuverlässigkeit der Erwerb einer Beteiligung an einem Kreditinstitut untersagt werden kann** (VG Frankfurt am Main, Urt. v. 21.02.2008, 1 E 5580/06)

Im vom Verwaltungsgericht Frankfurt am Main entschiedenen Rechtsstreit ging es um eine Untersagungsverfügung der BaFin, mit dem der Erwerb von Kapitalanteilen an einem Kreditinstitut untersagt worden ist. Zur Begründung verwies die BaFin auf die Gefahr der Unzuverlässigkeit der Beteiligungswilligen. Das Gericht führte folgendes aus:

Die Unzuverlässigkeit eines Erwerbsinteressenten ist anzunehmen, wenn ein Verhalten gezeigt wird, welches das Vertrauen nicht rechtfertigt, dass der Erwerber mit den aus der Gesellschafterposition resultierenden Einflussnahmemöglichkeiten verantwortungsbewusst umgeht.

Eine Unzuverlässigkeit kann sich aus Tatsachen ergeben, die in der Vergangenheit eingetreten sind. Dann hat die Behörde zu beurteilen, ob diese Tatsachen auf eine Unzuverlässigkeit in der Zukunft schließen lassen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Finanzsektor in der Volkswirtschaft einer besonderen Vertrauensempfindlichkeit ausgesetzt ist. Dies gilt insbesondere für Kreditinstitute, die überwiegend mit fremden Mitteln arbeiten.

Zu den Tatsachen, die auf eine Unzuverlässigkeit schließen lassen können, gehören u.a. einschlägige Vorstrafen etwa eines Gesellschafters, eine mangelnde

wirtschaftliche Plausibilität der Investition oder auch eine nicht nachvollziehbare Beschaffung von Geldern.

Ist die Herkunft von Finanzmitteln, mit denen Anteile an einem Kreditinstitut erworben werden sollen, in keiner Weise nachvollziehbar, rechtfertigt dies die Untersagung des Erwerbs. Im konkreten Fall konnte nicht plausibel erklärt werden, wie sich das Kapital einer (zwischengeschalteten) Aktiengesellschaft von 100.000 Schweizer Franken auf 61.600.000 Schweizer Franken erhöht hat.

### § § §

**Unzulässige Androhung einer Schufameldung** (AG Plön, Urt. v. 10.12.2007, 2 C 650/07 rkr.)

Ein Telekommunikationsdiensteanbieter drohte nach Kündigung eines Vertrages und Bestreiten daraus resultierender Forderungen durch einen Kunden an, einen gegen diesen gerichteten negativen Schufa-Eintrag zu veranlassen. Auch ein Eintrag im sog. Fraud Prevention Pool sollte veranlasst werden (*Anm.: Der Fraud Prevention Pool ist eine interne und nicht öffentliche Liste von Telekommunikationsdiensteanbietern in Deutschland. Sie listet Kunden auf, bei denen Zahlungsunregelmäßigkeiten festgestellt worden sind. Kunden, die auf dieser Liste stehen, haben es schwerer, neue Verträge mit Telekommunikationsdiensteanbietern abzuschließen.*).

Das Amtsgericht Plön bejahte einen Unterlassungsanspruch des Kunden hinsichtlich der angedrohten Meldungen. Eine



solche Meldung stelle einen schweren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dar. Sie ist geeignet, den Betroffenen erheblich zu schädigen und ihn in seiner Kreditwürdigkeit zu beeinträchtigen. Aufgrund einer vorzunehmenden Interessenabwägung dürfen entsprechende Meldungen nur bei vertragswidrigem Verhalten eines Schuldners erfolgen. Eine Meldung hat zu unterbleiben, wenn ein Anspruchsgegner eine Zahlungspflicht mit ernst zu nehmenden Argumenten bestreitet. Solange über das Bestehen der Zahlungspflicht nicht entschieden ist, ist die Meldung deshalb unzulässig. Dem Betroffenen steht ein Unterlassungsanspruch zu.

### § § §

**1 %-Regelung schließt Betriebsausgabenabzug nicht aus** (FG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.10.2007, 6 K 1463/04B rkr.)

Ein Steuerpflichtiger nutzte ein betriebliches Fahrzeug für private Zwecke und ermittelte die steuerpflichtige private Kfz-Nutzung nach der 1 %-Regelung. Die Kosten des betrieblichen Fahrzeugs, d.h. insbesondere Leasingraten und sonstige laufende Kosten mit Ausnahme der Kosten der Garagenmiete, wurden vom Unternehmen getragen. Der Steuerpflichtige mietete für das Firmenfahrzeug eine Garage privat an und machte die Garagenmiete als Betriebsausgaben geltend. Das Finanzgericht Berlin-Brandenburg gab ihm Recht. Die Inanspruchnahme der 1 %-Regelung hindere den Gesellschafter einer Personengesellschaft nicht daran, die für das Dienstfahrzeug selbst getragenen Kosten als Betriebsausgaben geltend zu machen.

## LITERATURSPIEGEL

### **Recht zur Verweigerung oder Pflicht zur Erteilung der Zustimmung bei der Übertragung von Anteilen an einer Publikums-KG?**

Viele Gesellschaftsverträge von Publikums-Personengesellschaften und damit korrespondierend bei mittelbarer treuhänderischer Beteiligung die entsprechenden Treuhandverträge sehen vor, dass die Übertragung von Anteilen an der Publikums-Personengesellschaft einer vorherigen Zustimmung bedarf. Wird die Übertragung des Kommanditanteils bzw. der Treugeberposition aus dem Treuhandvertrag unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt, wird die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Zustimmung üblicherweise einem Mitgesellschafter zugewiesen. Teilweise wird das Recht, die Zustimmung zu verweigern, von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig gemacht. **Weisner** und **Lindemann** gehen in ihrem Beitrag in Heft 17/2008 der Zeitschrift **ZIP** der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung zur Übertragung einer Fondsbeteiligung erteilt werden muss oder versagt werden kann. Sie unterscheiden Fallkonstellationen, bei denen die Zustimmungsvorbehalte nicht näher konkretisiert sind bzw. keine Versagungsgründe genannt sind und Zustimmungsvorbehalte, die die Versagung der Zustimmung an einen wichtigen Grund knüpfen. Bei der ersten Alternative dürfe die Zustimmung nur verweigert werden, wenn die Entscheidung unter Berücksichtigung der

widerstreitenden Interessen erforderlich und verhältnismäßig ist. Ferner sei der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Dies folge aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, die für den Treuhandkommanditisten analog gilt. Sofern die Versagung der Zustimmung davon abhängig gemacht wird, dass ein wichtiger Grund vorliegt, steht dem Zustimmungsberechtigten kein Ermessensspielraum zu. Als wichtiger Grund kommen nur solche Umstände und Interessen in Betracht, die den Bereich abstrakter, theoretisch denkbarer Gefahren so deutlich überschritten haben, dass dem Veräußerer die Suche nach einem neuen Käufer zumutbar ist. Es handelt sich um eine gebundene Entscheidung, die in vollem Umfang der richterlichen Kontrolle unterliegt.

\* \* \*

### **Private Kapitalanlagen vor und nach der Einführung der Abgeltungssteuer**

Ab 01.01.2009 sollen private Kapitaleinkünfte „an der Quelle“ besteuert werden. Mit der Abgeltungssteuer sind für Privatanleger Einkommensteuer, Solidaritätszuschlag und evtl. Kirchensteuer grundsätzlich abgegolten. Der Satz der Abgeltungssteuer beträgt 25 %. Inklusive Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer beträgt er 26,38 % bzw. 28 %. **Spengel** und **Ernst** stellen in ihrem Beitrag in Heft 17/2008 der Zeitschrift **DStR** die relevanten Änderungen durch die Unternehmenssteuerreform 2008 vor. In einem nächsten Schritt erfolgt eine quantitative

Steuerbelastungsanalyse für verschiedene Anlageformen (Aktien, Zertifikate, Fonds, Anleihen im Privatvermögen und Aktien sowie Anleihen im Betriebsvermögen). Im letzten Schritt geben die Autoren Handlungsempfehlungen: Zinserträge sollten in die Zeit ab 2009 verlagert werden, um einer höheren progressiven Einkommensteuer zu entgehen und von der Abgeltungssteuer zu profitieren. Aufgrund des Bestandsschutzes der Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne aus Kapitalanlagen, die bis zum 31.12.2008 angeschafft und außerhalb der 1-jährigen Haltefrist veräußert werden, ist unter steuerlichen Gesichtspunkten ein Erwerb innerhalb des Übergangszeitraums (d.h. bis 31.12.2008) für die untersuchten Kapitalanlagen vorteilhafter als nach Einführung der Abgeltungssteuer im Jahr 2009. Dies gilt nicht für Zertifikate, bei denen der Bestandsschutz bereits am 15.03.2007 ausgelaufen ist.

Durch die Abgeltungssteuer werden normale Spareinlagen attraktiver, sofern der persönliche Steuersatz über 25 % (zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) liegt. Dagegen verlieren Aktien und andere Anteile an Kapitalgesellschaften an Attraktivität, weil das Halbeinkünfteverfahren entfällt und auch Veräußerungsgewinne der Abgeltungssteuer unterliegen.

Untersucht wird auch, inwieweit sich die Verlagerung von Kapitalanlagen in das Betriebsvermögen auswirkt. Für vermögende Privatpersonen, die auch in Immobilienvermögen investieren, bietet sich

darüber hinaus ein kreditfinanzierter Erwerb von Mietobjekten an.

\* \* \*

### **Die gelöschte Limited mit Restvermögen in Deutschland: Stehen Gläubiger und Gesellschafter im Regen?**

In der Folge der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit ist die Zahl der englischen Limiteds in Deutschland in den letzten Jahren sprunghaft angestiegen. Allerdings ist die „Halbwertszeit“ dieser Gesellschaften häufig gering. Eine beträchtliche Anzahl ist wieder aus dem Register of Companies gelöscht worden, etwa weil die Directors ihre Publizitätspflichten verletzt haben. **Krömker** und **Otte** gehen in ihrem Beitrag in Heft 19/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** der Frage nach, wie Gläubiger ihre Ansprüche gegen eine solche gelöschte Limited mit Restvermögen in Deutschland geltend machen können und ob Gesellschafter das in Deutschland belegene Restvermögen der gelöschten Gesellschaft retten können. In Betracht kommen eine Wiedereintragung nach dem Companies-Act 2006 im Register of Companies oder die Bestellung eines Nachtragsliquidators bei dem deutschen Gericht, in dessen Zuständigkeitsbereich das Hauptvermögen der Gesellschaft belegen ist.

\* \* \*

### **Mezzanines Kapital für den Mittelstand zur Verbesserung des Ratings**

Deutsche mittelständische Unternehmen haben nicht selten im internationalen Vergleich recht niedrige Eigenkapitalquoten. Folge der niedrigen Eigenkapitalquoten sind unterdurchschnittliche Ratings und Probleme, Bankkredite zu erhalten oder jedenfalls Bankkredite zu guten Konditionen zu erhalten. Vor diesem Hintergrund haben sich in den letzten Jahren verschiedene Finanzierungsformen herausgebildet, die sich als Alternativen zum klassischen Bankkredit bewährt haben. Eine dieser Alternativen ist das sog. Mezzanine Kapital in Form standardisierter Genussscheinprogramme. **Schmeisser** und **Clausen** stellen in ihrem Beitrag in Heft 14/2008 der Zeitschrift **DStR** die Finanzierungsform „Mezzanines Kapital“ vor. Kernfrage des Beitrages ist, ob durch den Einsatz Mezzanines Kapitals in Form von standardisiertem Genussscheinkapital eine Ratingverbesserung zu erreichen ist, ohne dass sich dies negativ auf den finanziellen Erfolg des Unternehmens auswirkt.

\* \* \*

### **Der BGH, die BaFin und der EuGH: Ad-hoc-Publizität bei einvernehmlichem vorzeitigen Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden Jürgen Schrempf**

Das OLG Stuttgart hatte im Jahr 2007 eine erste Entscheidung gefällt, die im Rahmen eines Musterverfahrens nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) getroffen wurde. Dem

Musterverfahren vor dem OLG Stuttgart sind 57 Ausgangsverfahren vorgelagert, in denen rund 100 Kläger von Daimler Chrysler Schadenersatz wegen verspäteter Ad-hoc-Publizität verlangen. Entsprechend wurde die BGH-Entscheidung, die am 25.02.2008 (Az: II ZB 9/07) erging, mit Spannung erwartet. Der BGH hob die Entscheidung des OLG Stuttgart wegen eines Verfahrensfehlers auf und verwies das Verfahren zurück. In der Sache gab das höchste deutsche Zivilgericht dem OLG aber weitgehend Recht.

Der BGH anerkannte, dass einerseits das Ausscheiden eines Vorstandsvorsitzenden Kursrelevanz besitzt und andererseits auch der geäußerte Plan eines Vorstandsmitglieds, aus seinem Amt auszuscheiden, eine veröffentlichungspflichtige Insiderinformation darstellt, wenn das Ausscheiden nur hinreichend wahrscheinlich ist. Im Falle des früheren Vorstandsvorsitzenden Schrempf hat der BGH die hinreichende Wahrscheinlichkeit verneint, sofern der Zeitpunkt Mai und Juni 2005 betroffen war (der entsprechende Aufsichtsratsbeschluss erging am 28.07.2005). Aus einer ex-ante-Sicht sei noch offen gewesen, ob der Aufsichtsrat die vom Aufsichtsratsvorsitzenden vorgeschlagene Lösung auch billigen würde. **Möllers** setzt sich in seinem Beitrag in Heft 9/2008 der Zeitschrift **NZG** kritisch mit der BGH-Entscheidung auseinander. Er kritisiert, dass sich der BGH weder mit dem Emittentenleitfaden und dem Bußgeldbescheid der BaFin noch in ausreichendem Maß mit europarechtlichen Fragen auseinandergesetzt habe. Außerdem fehle eine Auseinandersetzung mit der Literatur. Vor allem das europäische Recht

prägen im Vergleich zum Gesellschaftsrecht das deutsche Kapitalmarktrecht noch deutlich stärker. Möglicherweise wird sich auch noch der EuGH mit der Klärung der Rechtsfrage befassen müssen.

\* \* \*

### **Die sachenrechtlichen Rahmenbedingungen der Windkraftanlagen**

Trotz der Expansion von Windkraftanlagen sind die Eigentumsverhältnisse an ihnen und damit die Beleihungsgrundlagen noch immer nicht abschließend geklärt. Dies gilt sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht. Die Frage hat insbesondere für die Finanzierung solcher Anlagen elementare Bedeutung. **Derleder** und **Sommer** gehen in ihrem Aufsatz in Heft 9/2008 der Zeitschrift **ZfIR** der bisher geführten Diskussion nach. Schon vor über 100 Jahren ist eine erste Grundsatzentscheidung zur Zuordnung von Maschinen vom Reichsgericht gefällt worden. Unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Druckmaschinen, die in ein Fabrikgebäude eingebaut worden waren, wurden damals als nicht wesentliche Bestandteile des Grundstückseigentums und des Fabrikgebäudes angesehen. Sie waren damit als sondereigentumsfähige und auch gesondert beleihbare Mobilien qualifiziert worden. Soweit sich bislang Gerichte mit der sachenrechtlichen Zuordnung von Windanlagen befassen mussten, haben sie diese als Scheinbestandteile qualifiziert. Die Autoren setzen sich - nicht unbedingt im Ergebnis, sondern vor allem wegen der Begründungsdefizite - kritisch mit den

Entscheidungen des Landgerichts Flensburg und des OLG Schleswig auseinander, gehen sodann auf die bisherigen Lösungsvorschläge in der Literatur ein (Begründung eines Erbbaurechts, Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten des Betreibers, Lösung über einen Mietvertrag, Lösung über eine restriktive Anwendung des § 94 BGB). Sie entwickeln sodann eine gegenüber den Gläubigergruppen differenzierte Lösung.

Der Beitrag ist für all diejenigen von großem Interesse, die sich mit der Konzeption von Windkraftanlagen und deren Erstellung und/oder Finanzierung befassen.

\* \* \*

### **Das Agio des Kommanditisten**

Jedenfalls bei Publikums-Personengesellschaften, die in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft konzipiert sind, ist es gängige Praxis, dass die Kommanditisten neben der gesellschaftsvertraglich vereinbarten und im Handelsregister ausgewiesenen Hafteinlage noch einen weiteren Geldbetrag als Agio (oder Aufgeld) an die Kommanditgesellschaft zu leisten haben. Wird - aus welchen Gründen auch immer - das Agio zurückerstattet, gehen die Beteiligten davon aus, dass die Rückgewähr keine haftungsrechtlichen Folgen nach sich zieht. Schließlich bleibt das auf die im Handelsregister festgeschriebene Hafteinlage eingezahlte Kapital formal unberührt. Deshalb ist weit verbreitete Ansicht, dass die Rückzahlung des Agios nicht zum

Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung führt.

**Bayer** und **Lieder** untersuchen in ihrem Aufsatz in Heft 18/2008 der Zeitschrift **ZIP** die zu dieser Thematik ergangene Rechtsprechung, beginnend mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1982 bis hin zu einer recht aktuellen Entscheidung des LG Mannheim vom 18.03.2008. Nach dieser jüngeren Rechtsprechung soll eine Rückzahlung des Agios immer dann haftungsbegründend wirken, wenn und soweit dadurch der Kapitalanteil des Kommanditisten unter den Betrag seiner Haftsumme sinkt oder schon zuvor diesen Wert nicht mehr erreicht hat. Bayer und Lieder widersprechen der neueren Rechtsprechung und halten die Rückgewähr des Agios nur dann für haftungsrelevant, wenn das gezahlte Aufgeld einer besonderen Zweckbindung unterlag. Die Praxis wird freilich von der gegenteiligen BGH-Rechtsprechung auszugehen haben.

\* \* \*

### **Der Fall der „Göttinger-Gruppe“ - Insolvenzbedingte Risiken bei stillen Beteiligungen**

Gegen das Mutterunternehmen der sog. Göttinger-Gruppe, die Firma Securenta AG, wurde im Sommer letzten Jahres das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Unternehmen der Göttinger-Gruppe beschäftigten sich ausweislich der Prospekte und Gesellschaftsverträge mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Verwertung von Immobilien, Wertpapieren und

Unternehmensbeteiligungen. Das für die Erfüllung des Unternehmenszwecks erforderliche Kapital wurde durch zahlreiche Kleinanleger aufgebracht, die sich als stille Gesellschafter an den einzelnen Unternehmungen beteiligten. Die stillen Gesellschafter waren an Gewinn und Verlust beteiligt. Regelmäßig war mit ihnen auch eine Nachschusspflicht bis zur Höhe ihrer Entnahmen vereinbart.

**Rohlfing, Wegener** und **Oettler** gehen in ihrem Aufsatz in Heft 19/2008 der Zeitschrift **ZIP** verschiedenen rechtlichen Fragen nach, die die stillen Gesellschafter treffen können, die durch das Debakel eigentlich schon genug „gebeutelt“ sind. Ein Aspekt ist die Frage, ob der einzelne Anleger - trotz entgegenstehender etwaiger vergleichsweiser Regelung - zur Zahlung der noch offenen Einlage verpflichtet sein könnte. Auch eine über die geleistete Einlage hinausgehende Nachschusspflicht steht zur Diskussion. Ein weiterer Teilaspekt betrifft die Frage, ob gewährte steuerliche Vorteile rückgefordert werden können.

Der Komplex „Göttinger-Gruppe“ ist trotz der Insolvenz der dazugehörenden Gesellschaften noch lange nicht erledigt. Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass die Gewinne und auch Verluste aus den Beteiligungen steuerlich anzuerkennen sind und Ansprüche gegen stille Gesellschafter zwar nicht von vornherein ausgeschlossen sind, die Hürden zu ihrer (weiteren) Inanspruchnahme indessen hoch sind.

## KURZ UND BÜNDIG

### Die Ausschreibung von ÖPP-Projekten

Möchte ein öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag vergeben, dessen Wert bestimmte Schwellenwerte erreicht oder überschreitet, ist er im Regelfall zur Ausschreibung verpflichtet. Fehler im Vergabeverfahren können für die öffentliche Hand oft weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen. **Burbulla** weist in Heft 13/2008 der Zeitschrift **NJW** auf einen für NJW-Abonnenten kostenlos abrufbaren Aufsatz hin. Dieser geht den mit einer Ausschreibungspflicht verbundenen Fragen systematisch nach und behandelt Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer solchen Ausschreibung.

\* \* \*

### Einstweiliger Rechtsschutz gegen Fassung und Ausführung von Gesellschafterbeschlüssen - Entwicklung der Rechtsprechung und offene Fragen

Anlässlich einer Gesellschafter- oder Hauptversammlung werden zwischen Gesellschaftern bzw. Aktionären und der Unternehmensführung nicht selten Interessenkonflikte ausgetragen. Manchmal besteht sogar das Interesse, bereits im Vorfeld einer streitigen Gesellschafterversammlung Rechtsschutz zu erlangen. In diesem Zusammenhang werden Möglichkeiten vorbeugenden Rechtsschutzes durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung diskutiert. **Buchta** geht in seinem Beitrag in

Heft 17/2008 der Zeitschrift **Der Betrieb** der Frage nach. In Ausnahmefällen kann die Abhaltung einer Gesellschafter- oder Hauptversammlung mittels einstweiliger Verfügung untersagt werden.

\* \* \*

### **Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung**

In der sog. „Trihotel-Entscheidung“ hat der BGH das Konzept zur Bestandsvernichtungs- oder gleichbedeutend Existenzvernichtungshaftung weiterentwickelt und zugleich das Konzept der Durchgriffshaftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aufgegeben. Anstelle der Durchgriffshaftung soll eine aus § 826 BGB hergeleitete, an die missbräuchliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens anknüpfende Haftung des Gesellschafters im Verhältnis zu der Gesellschaft treten. **Gehrlein** stellt in Heft 17/2008 der **WM** das neue Haftungsmodell des BGH vor, welches er begrüßt. Auch **Hönn** verweist im selben Heft der **WM** auf die positive Resonanz, die die Entscheidung erfahren hat, stellt jedoch die Frage, ob sich der BGH mit seinem „richterrechtlichen Gestaltungsakt“ noch auf der Grundlage geltenden Rechts und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung bewegt oder er nicht bereits in die Rolle eines Ersatzgesetzgebers geschlüpft ist. Hönn kritisiert hierbei insbesondere, dass der BGH die Binnenhaftung auf § 826 BGB stützt. Vorzugswürdig sei eine Unterbilanzhaftung des Gesellschafters für schuldhafte Verstöße aus

einer aus den §§ 30 ff. GmbHG folgenden gläubigerbezogenen Nebenpflicht.

\* \* \*

### **Kreditverkäufe durch Banken**

Seit Monaten wird über die Frage, wann Banken berechtigt sind, Forderungen aus Kreditverträgen zu veräußern, heftig diskutiert. Auch der markt-intern-Verlag widmet sich in einem **immobilien-intern** Spezial (Beilage Nr. 10/08) diesem Thema. **Grote** differenziert zwischen den Fallvarianten „notleidende und nicht notleidende Kredite“, weist auf Risiken für den Kreditnehmer im Falle der Kreditveräußerung hin und fasst die Ergebnisse in einer Checkliste zusammen.

\* \* \*

### **Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Zinssatzwapgeschäften**

Im Newsletter 4/2008 fassten wir die Grundsätze des Urteils des Landgerichts Magdeburg zu Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Zinssatzwapgeschäften zusammen. In Heft 4/2008 der Zeitschrift **BKR** setzen sich **Knappe** und **Bausch** in selbstständigen Urteilsanmerkungen mit der Entscheidung auseinander. Beide ziehen das Fazit, dass die Entscheidung des Landgerichts Magdeburg in Einklang mit der Rechtsprechung insbesondere des BGH steht. Unter konsequenter Anwendung der Grundsätze zur anleger- und objektgerechten Beratung sei die Klage abgewiesen worden. Selbst wenn die

Entscheidung im Hinblick auf die konkreten Umstände der Beratung einzelfallbezogen erging, ist sie doch insoweit verallgemeinerungsfähig, als das Gericht zu einigen wesentlichen Aspekten der Anlageberatung klar Stellung bezieht. Die Bank hat den Kunden über alle wesentlichen Geschäftsinformationen und insbesondere über die mit einer Anlage verbundenen Risiken aufzuklären. Sie schuldet aber nicht die bestmögliche Beratung, insbesondere wenn ein Kunde geschäftserfahren ist und selbst in der Lage ist, die erteilten Informationen einer sorgfältigen und verantwortungsbewussten Abwägung zu unterziehen.

\* \* \*

#### **Die liechtensteinische Steuer-Affaire**

In einer Beilage zum **steuertip** „Kapitalanlagen International“ (Beilage zu steuertip 18/08) stellen **Millinger** und **Lieder** gesetzliche Grundlagen zum Thema Selbstanzeige, Verjährung und Verwertungsverbot dar. Zugleich weisen sie darauf hin, dass nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) klarge stellt worden ist, dass die Feststellung strafrechtlicher Schuld ausschließlich durch das zuständige Strafgericht erfolgen darf, wohingegen Finanzämter und Finanzgerichte wie selbstverständlich davon ausgingen, auch ohne entsprechendes Strafurteil strafrechtliche Schuld feststellungen treffen zu können.

\* \* \*

#### **Übernahmen und Verschmelzungen unter Beteiligung von REITs - Anforderungen des REIT-Gesetzes können Transaktionen entgegenstehen**

**Tuttlies** geht in Heft 3/2008 der Zeitschrift **Real Estate Magazin** der Frage nach, inwieweit die Übernahme einer REIT-AG unter Anwendung des Übernahmegesetzes von Immobiliengesellschaften möglich ist. Nach Ansicht von Tuttlies ist die Verschmelzung eines Vor-REITs in einen REIT ein gangbarer Weg, um auch ohne Börsenzulassung bzw. Erlangung des REIT-Status‘ durch den Vor-REIT selbst die Exit Tax zu erhalten.

\* \* \*

#### **Honorarberatung - Pionier Großbritannien**

Unter dieser Überschrift berichtet **Meinhardt** in Heft 5/2008 des Anlagemagazins **Cash** über die Führungsrolle, die Großbritannien im Bereich der Honorarberatung heutzutage einnimmt. Die honorarbasierete Erbringung von Finanzdienstleistungen habe sich in den EU-Mitgliedsstaaten in den letzten Jahren in unterschiedlicher Intensität entwickelt. Für den Vermittler bietet die Honorarberatung die Möglichkeit, durch nachweisbare Neutralität nicht nur das Image zu verbessern, sondern ein Beratungs- und Serviceangebot zu entwickeln, bei dem die Ehrlichkeit des Produktes und dessen Chancen und Risiken im Vordergrund steht. Für den Vermittler bietet die Honorarberatung den weiteren Vorteil, dass er auch einen Vergütungsanspruch erhält, wenn der Kunde keinen Vertrag abschließt.

\* \* \*



### **Zum Umfang des Vorsteuerabzugs bei Erwerb und erheblichem Umbau eines gemischt genutzten Gebäudes**

(Anmerkungen zum BFH-Urteil vom 22.11.2007, V R 43/06)

**Wagner** bespricht in Heft 19/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** das jüngste BFH-Urteil zum Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gebäuden. Der BFH bestätigt die schon früher aufgestellten Grundsätze. Danach gilt für Aufwendungen auf ein gemischt genutztes Gebäudes folgendes:

In einem ersten Schritt ist zu entscheiden, ob es sich bei den Umbaumaßnahmen um Erhaltungsaufwand oder anschaffungsnahen Aufwand zur Gebäudeanschaffung oder um Aufwendungen für die Herstellung eines neuen Gebäudes handelt.

Liegen insoweit Anschaffungs- oder Herstellungsaufwendungen für das Gebäude selbst vor, kommt nur eine Aufteilung der gesamten Vorsteuerbeträge nach einem sachgerechten Aufteilungsmaßstab in Betracht.

Soweit allerdings Erhaltungsaufwendungen vorliegen, kann sich der Umfang der abziehbaren Vorsteuerbeträge danach richten, für welchen Nutzungsbereich des gemischt genutzten Gebäudes die Aufwendungen vorgenommen werden.

Wagner stellt fest, dass das Urteil aus Investorensicht erfreulich ist. Insbesondere die Differenzierung zwischen der Herstellung eines Gebäudes und der Herstellung einzelner

Bestandteile eröffne einen erheblichen Gestaltungsspielraum.

\* \* \*

**EuGH: Darlehensnehmer steht bis zu einem Monat nach vollständiger Leistungserbringung aus Darlehensvertrag ein Widerrufsrecht zu** (zum EuGH-Urteil vom 10.04.2008, Rs. C-412/06; Annelore Hamilton gegen Volksbank Filder eG)

Seit Jahren bemühen sich deutsche Gerichte und Anwälte darum, deutsche Rechtsnormen zugunsten des Verbrauchers unter Berufung auf das EG-Recht in einer Art und Weise auszulegen oder umzudeuten, dass die Rechtsstellung des Verbrauchers gestärkt oder verbessert wird. Der 6. Zivilsenat des OLG Stuttgart hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, wann bei einem nicht grundpfandrechtlich abgesicherten Darlehen von vollständiger Leistungserbringung beim Verbundgeschäft gesprochen werden kann. Insbesondere ging es darum, ob ein schon seit Jahren nicht mehr vorhandener Darlehensvertrag widerrufen werden kann, weil die damit finanzierte Fondsbeteiligung noch nicht beendet war. Der EuGH wies darauf hin, dass ein Verbraucher nur so lange von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen kann, wie das Darlehensverhältnis und unmittelbar aus dem Darlehensvertrag resultierende Verpflichtungen fortbestehen. Ist das Darlehensverhältnis beendet und/oder vollständig erfüllt, kommt ein Widerruf des Darlehensvertrages nicht mehr in Betracht. Insofern sei die deutsche Regelung, die dem Verbraucher nach vollständiger Erledigung des

Darlehensvertrages noch einen Monat Zeit zum Widerruf einräumt, günstiger als das europäische Recht. **Edelmann** bespricht in Heft 19/2008 der Zeitschrift **Betriebs-Berater** die Entscheidung und stellt fest, dass es keinen „grenzenlosen Verbraucherschutz“ gibt. In diesem Sinne hofft Edelmann sogar, dass neben dem EuGH auch deutsche Gerichte erkennen, dass selbst im nationalen Recht der Verbraucherschutz nicht grenzenlos ist.

\* \* \*

#### **Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung durch fehlerhaften Prospekt oder Ad-hoc-Meldung („Comroad VII“)**

**Leuschner** bespricht in Heft 9/2008 der Zeitschrift **EWiR** das BGH-Urteil vom 07.01.2008 (II ZR 68/06). In dieser Entscheidung geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Fall bewusst unrichtiger Kapitalmarktinformationen ein Schadenersatzanspruch des Anlegers aus § 826 BGB besteht. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob es genügt, dass die Falschangabe (im konkreten Fall waren es erfundene Umsätze) den Börsengang überhaupt erst ermöglicht hat und hiernach die Grundlage für sämtliche in der Folge auf dem Sekundärmarkt erlittenen Verluste bilden kann. Der BGH hat in der Entscheidung klargestellt, dass entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes der zuvor beschriebene Kausalzusammenhang nicht ausreicht, um eine Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) zu begründen. Leuschner begrüßt das Ergebnis, nicht jedoch den Weg dorthin. Im vom BGH entschiedenen Fall konnte ein

Schadenersatzanspruch verneint werden, weil es am Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Fehlinformationen und dem dem Kläger (Anleger) entstandenen Verlust fehlt.

\* \* \*

#### **Darlehensbeziehung zwischen Bank und Anleger bei Darlehen an die Fonds-GbR - Anmerkungen zum Urteil des OLG Schleswig vom 24.05.2007, 5 U 38/06**

**Medicus** bespricht in Heft 9/2008 der Zeitschrift **EWiR** das Urteil des OLG Schleswig. Ein Anleger hatte von der finanzierenden Bank die Rückabwicklung seiner Fondsbeteiligung nach einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und nach einem Widerruf gem. Haustürwiderrufsgesetz begehrt. Allerdings hatte die Bank die Finanzierung nicht dem Anleger gewährt, sondern der Fondsgesellschaft. Insofern verneinte das OLG Schleswig eine unmittelbare Darlehensbeziehung zwischen Bank und Anleger. selbst wenn Darlehen aus Auszahlungsbeiträgen von Lebensversicherungsverträgen der Anleger getilgt werden sollen, ändert sich am Ergebnis nichts, denn diese Abrede kann als Vereinbarung der Tilgung durch einen Dritten verstanden werden. Folglich kommt eine Rückabwicklung zwischen Anleger und finanzierender Bank nicht in Betracht.

Medicus weist darauf hin, dass dieses Ergebnis eine Folge der für die Vermögensanlage gewählten ungewöhnlichen Konstruktion sei. Deren Auswirkungen sind dem Anleger auch hinreichend deutlich

gemacht worden, insbesondere durch den Hinweis auf die Haftung des Klägers für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (und nicht etwa für einen dem Anleger persönlich gewährten Kredit). Der Anleger wird sich an die GbR halten müssen. Dieser gegenüber hat er seine Leistungen erbracht.

\* \* \*

### **Grundsatzprobleme im Anlegerschutzprozess**

Rechts- und Tatsachenfragen rund um die Rückabwicklung von Einlagen in Publikumsfonds im Immobilien- oder Medienbereich beschäftigen seit vielen Jahren Zivilgerichte in der gesamten Bundesrepublik. Viele dieser Verfahren sind an den Gerichtsstandorten München und Berlin anhängig. **Stackmann**, selbst Vorsitzender Richter einer Kammer am Landgericht München, die sich mit solchen Rückabwicklungsfällen befasst, befasst sich in seinem Beitrag in Heft 19/2008 der Zeitschrift **NJW** mit Grundsatzproblemen im Anlegerschutzprozess (Einzelklagen oder subjektive Klagehäufung, Pilotverfahren, Zuständigkeitswirrwarr, Verfahrensweise der Berufungsgerichte und Strategien zur Betonung der Grundsatzbedeutung).

\* \* \*

### **Die liechtensteinische Finanzaffäre - Steuer- und steuerstrafrechtliche Konsequenzen**

Die liechtensteinische Finanz- oder Steueraffäre erhitzt seit Monaten die Gemüter. Der Bundesnachrichtendienst hatte von einem Informanten Bankdaten einer liechtensteinischen Bank erworben. Der ehemalige Bankangestellte hatte diese Daten während seiner Tätigkeit kopiert und an den BND für ein paar Millionen Euro verkauft. **Göres** und **Kleinert** durchleuchten in ihrem Beitrag in Heft 19/2008 der Zeitschrift **NJW** die Affäre in steuer- und steuerstrafrechtlicher Hinsicht und geben Handlungsempfehlungen.

\* \* \*

### **Konzeption und Vertrieb von Immobilien-Kapitalanlagen unter dem Blickwinkel der Liebhaberei und des § 15b EStG**

In einem **immobilien-intern Spezial** (Beilage zur Ausgabe Nr. 11/08) setzt sich **Kaligin** erneut mit der Verlustverrechnungsbeschränkungsvorschrift des § 15b EStG auseinander, des Weiteren mit Merkmalen der neuen Liebhaberei-Rechtsprechung, der Frage, wann eine modellhafte Gestaltung vorliegt und wie Immobilienfonds im Bereich der Denkmalsanierung steuerrechtlich zu bewerten sind.



## Die Entscheidung des Monats

### **Die Securenta-Entscheidung des BGH - Zugleich eine Zusammenfassung von nahezu 30 Jahren Rechtsprechung zu Prospekthaftungsfragen**

Bereits in unserem Newsletter 12/2007 informierten wir Sie über das BGH-Urteil vom 03.12.2007 in Sachen Securenta. Dieses war damals druckfrisch und lag noch nicht in vollem Wortlaut vor. Da es über den entschiedenen Einzelfall hinaus einen lesenswerten Überblick über Rechtsprechungsgrundsätze zur Prospekthaftung der letzten Jahrzehnte gibt, fassen wir die wichtigsten Aussagen der Entscheidung noch einmal zusammen:

**Über das Risiko, dass eine Anlagegesellschaft aufgrund von Altverträgen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten kann, ist ein Anleger vor seinem Beitritt aufzuklären** (BGH, Urt. v. 03.12.2007, II ZR 21/06)

Die Securenta AG - mittlerweile insolvent - warb über viele Jahre Anlagekapital durch Begründung stiller Beteiligungsverhältnisse ein. Das Einwerben erfolgte mittels unterschiedlicher Emissionsprospekte. In einem der Prospekte wurde erwähnt, dass sich einzelne Unternehmenssegmente der Securenta AG an einem Bankhaus (Bankhaus Partin) beteiligt haben. Nicht erwähnt war, dass einzelne Vorstandsmitglieder der Securenta AG zugleich Aktionäre des Bankhauses waren, dass die Securenta-Bank AG auf das andere Bankhaus verschmolzen

worden ist und dass die Securenta AG mit dem Bankhaus einen Verlustübernahmevertrag geschlossen hat. Ebenso wenig wird erwähnt, dass sich die Securenta AG in früheren Verträgen mit stillen Gesellschaftern verpflichtet hatte, das jeweilige Auseinandersetzungsguthaben in Form einer Rente auszuzahlen und dass ihr diese Rentenzahlung mit Bescheid des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 22.10.1999 untersagt worden ist.

Die Entscheidung war für den Bundesgerichtshof Anlass, noch einmal diverse Fragen zur Prospekthaftung und dem Kreis der Haftungsadressaten in lesenswerter dogmatischer Form zusammenzufassen:

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs der gesetzlich geregelten Prospekthaftung muss ein im sog. grauen Kapitalmarkt herausgegebener Emissionsprospekt nach den von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätzen der Prospekthaftung dem Anlageinteressenten ein **zutreffendes Bild** von der angebotenen Kapitalbeteiligung vermitteln.

Dazu gehört, dass **sämtliche Umstände, die für die Anlageentscheidung von Bedeutung sind oder sein können, richtig und vollständig dargestellt werden.**

**Ändern** sich diese **Umstände** nach der Herausgabe des Prospekts, haben die Verantwortlichen davon durch **Prospektberichtigung** oder durch entsprechende Hinweise bei Abschluss des Vertrages Mitteilung zu machen.

Werden der Prospekt und die ggf. ergänzend zu erteilenden Hinweise diesen Anforderungen nicht gerecht, hat der auf dieser Grundlage geworbene Anleger, wenn er sich bei Kenntnis der ihm verschwiegenen Umstände nicht beteiligt hätte, gegen den **schuldhaft handelnden Prospektverantwortlichen einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen** Zug um Zug gegen Abtretung seiner Beteiligung.

Diese vorgenannten Grundsätze hat der BGH bereits Anfang der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts aufgestellt und in den Folgejahrzehnten immer weiter entwickelt.

Beispielsweise ist über **kapitalmäßige** und **personelle Verflechtungen** zwischen dem Unternehmen, an dem sich der Anlageinteressent beteiligen soll, und einem Unternehmen, in dessen Hand das durchzuführende Vorhaben ganz oder teilweise gelegt wird, aufzuklären (vgl. BGH, Ur. v. 06.10.1980, II ZR 60/80).

Gleiches gilt bei einer **Verflechtung** des Anlageunternehmens mit einem Kreditinstitut, das an der **Finanzierung von Beteiligungen** mitwirkt (BGH, Ur. v. 03.12.2007, II ZR 21/06).

Nach den oben genannten Grundsätzen hätten Anleger auch auf die bankrechtlichen Bedenken gegen die in zahlreichen Anlageverträgen der Securenta AG vereinbarte rätierliche Auszahlung der Auseinandersetzungsguthaben (sog. „Secu-Rente“) hingewiesen werden müssen.

Ebenso zwingend hätte über den **Verlustübernahmevertrag** hingewiesen werden müssen. Dabei ist unerheblich, ob mit einer Inanspruchnahme aus dem Verlustübernahmevertrag konkret zu rechnen war. **Schon die abstrakte Gefahr, in eine unkalkulierbare Haftung zu geraten, stellt einen erheblichen Risikofaktor dar.** Dieser unterscheidet sich qualitativ von dem Risiko hochspekulativer Beteiligungen, auf die in dem Emissionsprospekt hingewiesen worden ist. Anders als bei hochspekulativen Beteiligungen droht aufgrund eines Verlustübernahmevertrages nicht nur der Verlust des zur Sicherheit eingesetzten Vermögens, sondern eine darüber hinausgehende unbegrenzte Zahlungspflicht.

**Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH entspricht es der Lebenserfahrung, dass ein Prospektfehler für die Anlageentscheidung ursächlich geworden ist** (BGH, Ur. v. 14.07.2003, II ZR 202/02; BGH, Ur. v. 01.03.2004, II ZR 88/02; BGH, Ur. v. 19.07.2004, II ZR 354/02; BGH, Ur. v. 21.03.2005, II ZR 149/03; für die gesetzliche Prospekthaftung nach § 44 BörsG i.V.m. §§ 13, 8 f, g VerkProspG n.F. gilt eine Beweislastumkehr nach § 45 Abs. 2 Nr. 1 BörsG). Diese Vermutung kann allerdings widerlegt werden. Davon ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn der Prospekt bei dem konkreten Vertragsschluss keine Verwendung gefunden hat.

**Auch wenn ein Prospekt bei Zeichnung der Anlage dem Anleger nicht bekannt war, kann ein fehlerhafter Prospekt für die Anlageentscheidung ursächlich geworden**

**sein.** Dies gilt beispielsweise dann, wenn mit der Anwerbung von stillen Gesellschaftern **Vermittlungsgesellschaften** beauftragt wurden und diese auf der Grundlage des jeweils gültigen Emissionsprospektes **geschult** worden sind. Die Vertriebsmitarbeiter waren insofern von vornherein darauf festgelegt, die Anlage nur mit den Informationen aus dem Emissionsprospekt zu vertreiben und konnten die Anleger auf Risiken, die in dem Prospekt nicht erwähnt waren, nicht hinweisen. Dieser Fall wird auch von dem Anwendungsbereich der Prospekthaftung im engeren Sinn erfasst. **Dafür reicht es aus, dass der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von den Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage verwendet wird** (vgl. BGH, Urt. v. 14.07.2003, II ZR 202/02).

Nicht selten enthalten Prospekte und vertragliche Vereinbarungen Haftungsbeschränkungen. Auch im konkreten Fall sollte die Prospekthaftung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt werden. Hierzu führte der BGH aus, dass sich die Prospektverantwortlichen darauf nicht berufen könnten, weil der Prospekt dem Anleger nicht ausgehändigt worden ist. Im Übrigen wäre eine solche Beschränkung gem. § 9 AGBG auch unwirksam. Selbst wenn im Anwendungsbereich des Verkaufsprospektgesetzes die Prospektverantwortlichen nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften, ist dies kein Anlass, für Altfälle von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.

**Bei einem Prospektmangel ist im Regelfall von einem Verschulden der dafür verantwortlichen Personen auszugehen.**

Eine nähere Prüfung des Verschuldens ist nur dann geboten, wenn Umstände vorgetragen werden, die das Verschulden ausschließen können.

Schließlich geht der BGH im Rahmen dieser Entscheidung vom 03.12.2007 auch auf die Aspekte „**Anrechnung von Steuervorteilen**“, Verjährung und Verjährungsunterbrechung ein. Nach der ständigen Rechtsprechung sind auf den Schadenersatzanspruch im Wege des Vorteilsausgleichs die aufgrund der Anlage erzielten dauerhaften Steuervorteile anzurechnen, sofern die Ersatzleistung nicht ihrerseits zu versteuern ist. Ansprüche aus allgemeiner Prospekthaftung **verjähren** nach der ständigen Rechtsprechung in **sechs Monaten** ab dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter von dem Prospektfehler Kenntnis erlangt, **spätestens drei Jahre** nach Abschluss des Gesellschafts- oder Beitrittsvertrages.

Das BGH-Urteil kann allen, die sich noch einmal einen Überblick über die Rechtsprechungsgrundsätze, die in den letzten knapp 30 Jahre entwickelt worden sind, verschaffen wollen, zur Lektüre empfohlen werden.

Gerne möchten wir wissen, wie Ihnen unser Newsletter gefällt, und freuen uns daher über Ihre Anregungen und Kritik:

---

**Redaktion Newsletter**

Rechtsanwalt Ulrich A. Nastold

**Rechtsanwaltskanzlei Klumpe, Schroeder & Partner GbR**

Luxemburger Str. 282e

D- 50937 Köln

Tel: +49 / 221 - 94 20 94 0

Fax: +49 / 221 - 94 20 94 25

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

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

Nähere Angaben erhalten Sie hier im [Impressum](#)

---

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