

NEWSLETTER

AKTUELLE FONDSINFORMATIONEN

Januar 2012

- › **Rechtsprechung zu Prospekt-, Vermittler- und Beraterhaftung**
- › **Neue europäische und nationale Regulierungen**
- › **Steuerrechtliche Neuigkeiten**

I. Rechtsprechung zu Prospekt-, Vermittler- und Beraterhaftung

1. Verjährung bei Kapitalanlageschäden – eine Vielzahl von Anlegeransprüchen sind zum Ende des Jahres 2011 verjährt

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierungsreform die bis zum 31.12.2001 geltende Regelungsverjährungsfrist von 30 Jahren auf drei Jahre verkürzt. Diese Frist beginnt grundsätzlich mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, und der Gläubiger von dem den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobelässigkeit hätte erlangen müssen. Diese Drei-Jahresfrist gilt auch für Schadensersatzansprüche bei Kapitalanlageschäden oder in Fällen von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen.

Neben der dreijährigen Regelverjährung kennt das deutsche Recht auch die kenntnisunabhängige Höchstfrist von 10 Jahren gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr.1 und Satz 2 BGB. Hat ein Anleger vor Ablauf des Jahres 2001, also vor Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierungsreform, eine Kapitalanlage erworben, so ist mit Ablauf des 31.12.2011 Verjährung eingetreten, soweit keine verjährungshemmenden Maßnahmen vor dem 31.12.2011 eingeleitet wurden. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Anleger später, etwa im Jahre 2013, noch von Prospekt- oder Beratungsfehlern Kenntnis erlangt.

2. Zur Abgrenzung grob fahrlässiger Unkenntnis bei Anlageberatungsfällen

Die dreijährige Regelverjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, und der Anleger von der Person des Schuldners und den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis hätte erlangen müssen. Somit wird die grob fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichgestellt.

Grob fahrlässige Unkenntnis ist in der Regel dann anzunehmen, wenn ein objektiv schwerwiegender und subjektiv unentschuldbarer Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten besteht. Ein solcher Verstoß liegt demnach vor, wenn der Gläubiger bzw. der Anleger ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt und nicht das beachtet hat, was im konkreten Fall jedem hätte einleuchten müssen. Die den Anspruch begründenden Umstände müssen sich ihm förmlich aufgedrängt haben. Der Anleger hat seine Augen letztendlich vor ihnen verschlossen. Dabei obliegt es dem Anleger

nicht, jederzeit Nachforschungen zu betreiben; das Unterlassen solcher muss – je nach Lage des Falls – als geradezu unverständlich erscheinen.

Der Bundesgerichtshof hatte sich jüngst (BGH, Urteil vom 27.09.2011 – VI ZR 135/10) mit der Frage zu beschäftigen, ob aus der fehlenden Lektüre des Prospektes eine grob fahrlässige Unkenntnis zu folgern ist: Die Klägerin hatte im Jahr 2003 eine Kapitalanlage erworben. Der Anlageberater hat ihr dabei unrealistische Planzahlen genannt, welche tatsächlich auch nicht erreicht werden konnten. Es blieb offen, ob die Klägerin den Prospekt überhaupt nicht oder nur teilweise (aber ohne die relevanten Seiten) gelesen hatte.

Der Bundesgerichtshof stellte zunächst klar, dass im Regelfall die Aushändigung eines Prospekts im Einzelfall ausreicht, um den Beratungs- und Auskunftspflichten eines Vermittlers/Beraters Genüge zu tun. Ferner läge es zweifellos im besonderen Interesse des Anlegers diesen Prospekt eingehend durchzulesen.

Weiter führte der BGH allerdings aus, dass der Anleger den Ausführungen des Anlagevermittlers/-beraters besonderes Gewicht beimesse. Vertraue daher der Anleger auf den Rat und die Angaben „seines“ Beraters oder Vermittlers und habe er deshalb davon abgesehen, den Anlageprospekt durchzusehen und auszuwerten, so könne darin im Allgemeinen kein im Subjektivem wie Objektivem grobes Verschulden gegen sich selbst gesehen werden. Aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses sei die unterlassene Kontrolle durch Lektüre des Verkaufsprospektes nicht schlechthin unverständlich oder unentschuldigbar.

Der BGH argumentiert auch mit Zweckerwägungen: Zweck des Prospektes sei vorrangig die Information des Anlageinteressenten im Zusammenhang mit der eigenen Anlageentscheidung. Die Möglichkeit, die Richtigkeit der Angaben, die im Rahmen des mündlichen Beratungs- oder Vermittlungsgesprächs gemacht worden sind, zu überprüfen, umfasst dieser Zweck nicht.

3. Jeder Beratungsfehler ist gesondert zu prüfen und verjährt eigenständig

Der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 22.09.2011 – III ZR 186/10) hat entschieden, dass die Verjährung für jede Pflichtverletzung bei mehreren Beratungsfehlern jeweils gesondert zu prüfen ist.

Der Anleger beteiligte sich im August 2003 an einer GmbH & Co. KG. Der Emissionsprospekt wurde ihm einige Tage nach Abgabe seiner Beitrittserklärung übergeben.

Ihm war während der Beratungsgespräche zugesichert worden, dass er bis ins Jahr 2019 eine Ausschüttung von 108 EUR monatlich erhalten werde.

Außerdem sei diese Anlage eine Art finanzieller Selbstläufer, wobei die Kreditkosten vollständig über die Ausschüttungen und die Steuervorteile abgedeckt werden könnten. Die Ausschüttungen wurden bereits im Dezember 2005 auf monatlich 48,67 EUR reduziert. Der Anleger klagte zunächst gegen zwei Beteiligte im Sommer 2008, im Jahr 2009 erweiterte er die Klage auf zwei weitere Beteiligte. Bezüglich der Letzteren wies das OLG die Klagen ab, da die Schadensersatzansprüche jedenfalls verjährt seien.

Der BGH folgte dem nicht und stellte nochmals hinsichtlich des Vorwurfs der groben Fahrlässigkeit heraus, dass der Anleger auf die Angaben des Beraters vertrauen könne, ohne dazu verpflichtet zu sein, den Emissionsprospekt zu lesen. Dies gelte sogar dann, wenn dem Anleger hinsichtlich seines Beitrittes ein Widerrufsrecht zustehe und der Prospekt ihm innerhalb dieser Widerrufsfrist zugehe. Der BGH vermerkt weiterhin, dass auch wenn der Anleger nach zwei Jahren erkannt hatte, dass die ursprüngliche Zusicherung, „er werde bis 2019 eine Ausschüttung von 108 EUR monatlich erhalten“, falsch war, keine Verpflichtung besteht, den Prospekt zu lesen, um die Richtigkeit der Angaben des Beraters zu kontrollieren.

Weiter führt der BGH aus, dass selbst, wenn sich der Anleger wegen der Entdeckung eines Beratungsfehlers zu einer Prospektlektüre veranlasst sieht, sich diese nur eben auf die den gegenständlichen Pflichtverstoß beinhaltenden Passagen erstreckt hätte; der Anleger sei gerade nicht verpflichtet, vorsorglich den Prospekt nach weiteren Fehlern zu durchsuchen.

Beim Geltendmachen mehrerer Pflichtverletzungen ist jede Pflichtverletzung gesondert zu prüfen. Zwar ist der Eintritt eines Schadens bei Verletzung einer Aufklärungs- oder Beratungspflicht grundsätzlich schon zum Zeitpunkt des Anlageerwerbs anzunehmen, da der Widerspruch zwischen den konkreten Anlagezielen und Vermögensinteressen und der nicht entsprechenden Kapitalanlage für sich genommen einen Schaden darstellt, und nicht erst, wenn der Schaden spürbar werde. Für den Fall, dass bezüglich einer Pflichtverletzung Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vorliegen, folgt aber daraus nicht, dass die Verjährung auch für die übrigen Pflichtverletzungen einheitlich beginnt. Auch bezüglich diesen ist für den Beginn der Verjährung jeweils separat darauf abzustellen, zu welchem Zeitpunkt der Anleger von den Schadensersatz auslösenden Umständen Kenntnis erlangte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

4. Zum aufklärungspflichtigen Wissensvorsprung bei finanzierenden Banken

Der BGH (BGH, Urteil vom 05.07.2011 – XI ZR 306/10) hatte zum aufklärungspflichtigen Wissensvorsprung bei Banken Stellung zu nehmen.

Klagende Anleger erwarben zwecks Steuerersparnis ein Hotelapartment im Jahre 1991. Ihnen wurde auf Anfrage ein Verkaufsprospekt übersandt, in dem ein Berechnungsbeispiel bezüglich der zu erwartenden Mieteinnahmen aufgelistet war. Tatsächlich blieben die Mieteinnahmen hinter der Prognose deutlich zurück. Im Namen des Anlegers (Darlehensnehmers) schloss ein Treuhänder, der über keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügte, mit der beklagten Bank zur Zwischenfinanzierung des Erwerbs einen Darlehensvertrag ab.

Es konnte festgestellt werden, dass die Anleger im Hinblick auf die Angaben im Verkaufsprospekt zu den erzielbaren Mieterträgen arglistig getäuscht wurden, weil die überhöht angesetzten Werte „ins Blaue hinein“ gemacht wurden. Darüber hinaus konnte nachgewiesen werden, dass der beklagten Bank die in dem Prospekt aufgenommenen Beispielsrechnungen (Prognosen) positiv bekannt waren. Der Kreditabteilungsleiter hatte an Vertriebsbesprechungen zum Fondsvertrieb teilgenommen und somit auch Kenntnis über den Prospektinhalt.

Der BGH stellt zunächst klar, dass eine kreditgebende Bank – die nicht unmittelbar an der Vermittlung der Fondsanteile mitgewirkt hat – bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen dann zur Risikoaufklärung gegenüber ihrem Darlehensnehmer verpflichtet ist, wenn sie in Bezug auf die Risiken des zu finanzierenden Vorhabens über einen gewissen Wissensvorsprung verfügt und diesen Vorsprung auch erkennen kann. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Bank positive Kenntnis über eine arglistige Täuschung des Anlegers (d.h. ihrem Darlehensnehmer) von dem jeweiligen Geschäftspartner habe.

Als problematisch erwies sich, dass sowohl der Treuhänder, der die Kläger vertreten hatte, als auch die Bank Kenntnis von der arglistigen Täuschung über die Mieteinnahmen besaßen, also grundsätzlich kein Wissensvorsprung der Bank vorlag. Grundsätzlich seien im Vertretungsfall für die Beurteilung der Aufklärungspflichten einer Bank die Kenntnis und die Erfahrung des Bevollmächtigten, d.h. Treuhänders ausschlaggebend. Daher sei auch entscheidend, ob gegenüber dem Bevollmächtigten ein Informationsgefälle besteht, das die Bank durch eine entsprechende Aufklärung auszugleichen hat. Der BGH hat das Handeln der Bank jedoch als

treuwidrig eingestuft, wenn sie sich beim Anleger auf die Zurechnung des Wissens des Treuhänders (Vertreterwissen) beruft, obwohl sie damit rechnen musste, dass der Treuhänder sein Wissen dem arglistig getäuschten Anleger vorenthalten wird. Im Übrigen verhalte sie sich auch treuwidrig, wenn sie sich auf die Zurechnung des Wissens des Treuhänders berufe und gleichzeitig von den Anlegern ausdrücklich deren Einverständnis mit dem Darlehensvertrag und der Kontoeröffnung verlange. Dadurch bestand der konkrete Wissensvorsprung direkt gegenüber den klagenden Anlegern (Darlehensnehmern) und war somit aufklärungspflichtig.

Als Folgeproblem ergab sich die Frage, ob im Rahmen der Verjährung das Wissen des Treuhänders den Klägern derart zuzurechnen ist, dass die Frist aufgrund der Zurechnung des Vertreterwissens zu laufen beginnt. In diesem Fall war das Wissen ausnahmsweise nicht zurechenbar, da sich der Treuhandvertrag wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz als nichtig erwies. Aus dem Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes folge, dass die Rechtssuchenden vor unsachgemäßer Erledigung ihrer Aufgaben geschützt werden sollten. Sofern jemand ohne entsprechende Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz eine unzulässige Rechtsbesorgung vornehme, seien der Geschäftsbesorgungsvertrag und die auf seinen Grundlagen erteilte Vollmacht nichtig.

5. Zur Aufklärungspflicht einer Bank über Vertriebsprovisionen bei Einräumung einer Unterbeteiligung

Unter den Begriff Vertriebsprovisionen fasst der BGH Rückvergütungen (sog. „Kick-Backs“) und Innenprovisionen zusammen:

(1) *Rückvergütungen* (Kick Backs) sind verdeckte - in der Regel umsatzabhängige - Zahlungen der Fondsgesellschaft an den Vertrieb, die aus dem im Prospekt ausgewiesenen Ausgabeaufschlag oder Kosten für Eigenkapitalvermittlung, die der Anleger an die Fondsgesellschaft zahlt, herrühren und quasi „hinter dem Rücken“ des Anlegers geschehen, so dass dieser das besondere Interesse des Vertriebs an der Anlagenempfehlung nicht erkennen kann. Im Rahmen der Anlageberatung ist über Rückvergütungen regelmäßig aufzuklären (außer bei freien Anlageberatern – siehe hierzu unten). Wird eine Bank tätig, so ist in der Regel ein Fall der Anlageberatung gegeben und es besteht aufgrund der übrigen Geschäftsbeziehungen der Bank zum Anleger die Pflicht über Vermittlungsprovisionen, die die Bank erhält, aufzuklären. Die allgemeinen Angaben, die ein Prospekt regelmäßig hierzu nur enthält, sind nicht ausreichend.

(2) *Innenprovisionen* stellen dagegen nicht offen ausgewiesene Abflüsse aus dem Vermögen eines Fonds an den Vertrieb dar. Über sie muss aus Sicht des Anlegers nur unter bestimmten Umständen aufgeklärt werden, wenn sie die Werthaltigkeit der Anlage erheblich beeinflussen und eine Fehlvorstellung hierüber beim Anleger auslösen können.

Der BGH hat entschieden (BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 277/09), dass eine Bank vor Abschluss eines Unterbeteiligungsvertrages zu Anlagezwecken nur unter besonderen Voraussetzungen verpflichtet ist, den Anlegern über die Zahlung von Vertriebsprovisionen aufzuklären, welche die Bank an einen zugleich für die Anleger tätigen Anlagevermittler leistet. Die beklagte Bank hatte sich mit einem Anteil von etwa 8,5 Mio. EUR an einer Fondsgesellschaft beteiligt. Über einen Vermittler, zu dem sie in Geschäftsbeziehungen stand, schloss sie mit verschiedenen Anlegern Unterbeteiligungen, wobei der Vermittler von der Bank für seine Tätigkeit Provisionen erhielt. Da die Anleger von der Bank hierüber nicht aufgeklärt wurden, zogen sie vor Gericht. Der BGH sah in dem Verschweigen der Vertriebsprovision keine Aufklärungspflichtverletzung und verwies zu weiteren Feststellungen die Sache zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurück.

Der BGH stellte zunächst fest, dass es sich bei einem Verschweigen von gezahlten Provisionen nicht um einen Aufklärungsmangel hinsichtlich der für die Anlageentscheidung wesentlichen Umstände handelt. Zwar bestehe selbst bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, die Pflicht, den anderen Teilnehmer über solche Umstände aufzuklären, die dem von ihm verfolgten Vertragszweck vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung seien, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte. Die Zahlung von Provisionen an einen auch für den anderen Teil tätigen Vermittler eines Geschäftes erfüllen dabei nicht die Voraussetzungen an eine vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung. Nur bei einer erheblichen Gefährdung der Anlegerinteressen, wenn z.B. der Provisionsempfänger ein Vermögensverwalter sei, dessen Hauptleistungspflicht die Wahrnehmung der Interessen des Anlegers darstelle, oder eine Person eine mit dem Vermögensverwalter vergleichbare Stellung innehabe, aber über eigene Erwerbsinteressen verfüge, wie z.B. bei Zahlung von Verwaltungsvergütungen oder bei Übernahme von Depotgebühren durch die Bank, komme eine Aufklärungspflichtverletzung in Betracht.

Diesbezüglich mangelte es dem BGH an ausreichend getroffenen Feststellungen. Es ist auch offen geblieben, ob nur eine Vermittlung oder sogar eine Beratung stattfand.

Der BGH stellte aber klar, dass es jedenfalls auch dann keine Verpflichtung zur Offenbarung geflossener Provisionen gäbe, wenn ein nicht bankmäßig gebundener, freier Anlagenberater außerhalb von § 31d des Wertpapierhandelsgesetzes für einen Kunden tätig werde, dieser ihm aber keine Provision zahle, sondern offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung im Prospekt ausgewiesen würden, aus denen ihrerseits die Vertriebsprovisionen aufgebracht würden. Es liege auf der Hand, dass ein freier Anlageberater/-vermittler, dem der Anleger keinerlei Entgelt oder Provision zahle, regelmäßig Vertriebsprovisionen von der kapitalsuchenden Fondsgesellschaft erhalte.

6. Haftung von Gründungsgesellschaftern bei Mängeln im Verkaufsprospekt

Der achte Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm hat sich in mehreren Urteilen (OLG Hamm, Urteile v. 07.11.2011, I – 8 U 51/11, I – 8 U 55/11, I – 8 U 71/11 und I – 8 U 72/11) mit der Frage befasst, ob Gründungsgesellschafter, die den Anlegern auch als künftige Vertragspartner entgegen getreten sind, diesen auf Schadensersatz wegen Mängeln im Verkaufsprospekt haften.

Die Anleger beteiligten sich an der „Dubai 1000 Hotel-Fondsgesellschaft“, die in Dubai ein Grundstück erwerben, darauf ein Hotel mit 1000 Betten errichten und dieses vermieten wollte. Über eine Ausschachtung der Baugrube und der Erstellung einer Fundamentsplatte kam das Projekt nicht weiter hinaus.

Die klagenden Anleger nahmen die Gründungsgesellschafter und die Fondsgesellschaft selbst in Haftung, wobei sie nur gegenüber den Gründungsgesellschaftern erfolgreich waren. Das OLG stellte in dem Verkaufsprospekt u.a. folgende zwei Mängel fest: Zum einen lagen falsche Informationen über die baurechtliche Zulässigkeit bzw. einer vorhandenen, entsprechenden Baugenehmigung vor. Zwar wurde in dem Prospekt darauf hingewiesen, dass eine Baugenehmigung grds. an das Grundstück gebunden sei und dass dieses nur mit Erteilung einer Baugenehmigung veräußert werden könne. Es läge aber bereits entsprechend der rechtlichen Voraussetzungen in Dubai eine Baugenehmigung vor. Später stellte sich heraus, dass noch weitere Sondergenehmigungen eingeholt werden mussten. Zum anderen wurden in einem Prospektnachtrag unvollständige Angaben zur Mittelverwendungskontrolle getroffen. Es bestanden berechtigte Zweifel über die Unabhängigkeit der Rechtsanwältin, die die Mittelverwendungskontrolle ausüben sollte, da zwischen der Rechtsanwältin und dem Geschäftsführer des Fonds

eine „persönliche Bindung“ vorlag. Über diese Verflechtung hatte der Prospekt nicht aufgeklärt.

Der Senat sah eine Haftung der Gründungsgesellschafter aus uneigentlicher Prospekthaftung (dh. im weiteren Sinne) als gegeben an. Den Gründungsgesellschaftern obliege die Verpflichtung zur sachlich richtigen und vollständigen Aufklärung über das mit einem Gesellschaftseintritt verbundene Risiko. Dies folge daraus, dass der Gründungsgesellschafter dem Interessenten für eine Kapitalanlage als künftiger Vertragspartner entgegen trete und damit persönliches Vertrauen in Anspruch nehme. Dabei hafte er auch für das Verschulden von hinzugezogenen Verhandlungsgehilfen. Der Schadensersatzanspruch umfasste neben der Rückzahlung der Einlage nebst Agio auch den entgangenen Gewinn.

Gegenüber der Fondsgesellschaft scheiterten die Kläger. Im Ergebnis stehen dem mit dem Schadensersatzanspruch verfolgten Zielen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft entgegen. Ebenfalls sei nicht ersichtlich, dass die Fondsgesellschaft den Anlegern gegenüber persönliches Vertrauen in Anspruch genommen habe. Auch an dem Vertrag über den Beitritt der Anleger – da sich bei dem Beitrittsvertrag um einen Vertrag zwischen den Gesellschaftern handelt - war Fondsgesellschaft selbst nicht beteiligt.

7. Zur Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Klagen gegen amerikanische Ratingagenturen

Wollen deutsche Anleger eine in einem Drittland liegende Ratingagentur vor deutschen Gerichten verklagen, müssen grundsätzlich sämtliche Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sein. Als problematisch entpuppt sich dabei die Frage nach der örtlichen und internationalen Zuständigkeit.

Das Oberlandesgericht Frankfurt (OLG Frankfurt, Urteil v. 28.11.2011 – 21 U 23/11) hält es für die Begründung der nationalen und internationalen Zuständigkeit für ausreichend, wenn die Ratingagentur über Vermögen in Deutschland verfüge und ein hinreichender Inlandsbezug gegeben sei.

Ein Anleger hatte im März 2008 Zertifikate von Lehman-Brothers erworben. Dabei führt er aus, er habe seine Kaufentscheidung wesentlich auf die Einschätzung einer Ratingagentur gestützt, deren Sitz in New York liegt, die über keine Niederlassung in Deutschland verfügt. Er verklagte diese auf Zahlung von 30.000 EUR Zug um Zug gegen Rückübertragung der erworbenen Zertifikate vor dem Landgericht Frankfurt.

Dieses hatte seine örtliche und internationale Zuständigkeit verneint und die Klage als unzulässig abgewiesen.

Das OLG Frankfurt stellte fest, dass die Ratingagentur über ein in Deutschland gelegenes Vermögen verfüge, da sie mit deutschen Gesellschaften in Frankfurt Abonnementverträge abgeschlossen habe. Ausreichend für das Vorliegen eines Inlandsbezuges sei es, wenn der gewöhnliche Aufenthalt und Wohnsitz des Klägers in Deutschland vorliege und die deutsche Staatsbürgerschaft gegeben sei. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

Bezüglich der Frage, ob Ratingagenturen für angreifbare Wertungen zur Verantwortung gezogen werden können, hat sich das Gericht nicht geäußert. In der Literatur wird als mögliche Haftungsgrundlage neben deliktischen Ansprüchen auch das von der deutschen Rechtsprechung entwickelte Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter erörtert. Dieses ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen einen Rechtsschutz auch bei Vermögensschäden im Zusammenhang mit Wertentscheidungen von Gutachtern. Es wird dabei die Parallele zur Rechtsprechung des BGHs zur Haftung bei sachverständigen Dienstleistern gezogen. Vereinfacht dargestellt können Personen, die über eine besondere vom Staat anerkannte Sachkenntnis (z.B. Gutachter, Sachverständige) verfügen, haften, wenn diese in ihrer Eigenschaft ein mangelhaftes Gutachten erstellen. Insoweit kann sich die Haftung des Gutachters/Sachverständigen auch auf Dritte ausdehnen, die erkennbar vom Schutzbereich des Auftrages erfasst werden. Die Verantwortung sei bei Ratingagenturen insoweit gleich gelagert.

Sofern über diesen Weg in Zukunft „gewandert“ werden soll, so bleibt dennoch unbeantwortet, welche Maßstäbe zur Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen bei Ratingagenturen herangezogen werden können und ob bzw. welche Anleger in den geschützten Personenkreis mit einbezogen sind.

8. Haftung eines Politikers bei werbenden Aussagen – Prospekt ist alles was zur Vertriebsunterstützung verwendet wird

Lassen sich Prominente für die Werbung einspannen, können sie im Ausnahmefall in Haftung genommen werden. Dies gilt laut BGH (BGH, Urteil vom 17.11.2011 – III ZR 103/10) auch dann, wenn es sich um Äußerungen handelt, die nicht direkt im eigentlichen Verkaufsprospekt, sondern im Rahmen einer Produktinformation, eines Interviews oder Zeitungsartikels gemacht werden.

Der beklagte Professor, ein ehemaliger Bundesminister und mittlerweile emeritierter Inhaber eines rechtswissenschaftlichen Lehrstuhls, fungierte als Beiratsvorsitzender einer Aktiengesellschaft, der Muttergesellschaft eines Fondsiniciators. Neben dem Verkaufsprospekt nutzte der Fondsiniciator als zusätzliche Werbemittel eine 80-seitige Produktinformation, einen Sonderdruck einer Finanzzeitschrift und einen darstellenden Zeitungsartikel. In diesen war der beklagte Professor unter Angabe seiner früheren Positionen gezeigt. Er machte Aussagen wie: „Mich hat die Beachtung aller denkbaren Anlegerschutzregelungen, die das Fondskonzept auszeichnet, beeindruckt.“ Oder: „Erst nach einer genauen Prüfung der Strukturen und der Personen habe ich meine persönliche Mitwirkung und Unterstützung zugesagt“. Später scheiterte das Fondskonzept.

Der BGH führte aus, dass bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des Prospektes, die Produktinformation und die Sonderdrucke einen einheitlichen Verkaufsprospekt im Rechtssinne darstellen würden. Der Vertrieb mache sich die darin enthaltenen Ausführungen zueigen. Es komme dabei nicht darauf an, ob die Schriftstücke körperlich mit dem eigentlichen Verkaufsprospekt verbunden gewesen, redaktionell von Dritten verfasst worden seien oder die Prospektinformation den Hinweis enthalten habe, dass diese nicht den Verkaufsprospekt darstelle.

Nach der Produkthaftung im engeren Sinn haften neben den Herausgebern des Prospekts die Gründer, Initiatoren, Gestalter des Fonds, soweit sie das Management bilden oder beherrschen. Weiterhin haften die sogenannten Hintermänner, also die Personen, die besonderen Einfluss auf die Gestaltung und Initiierung des Fonds ausüben. Dies sei bei einem Beiratsvorsitzenden, der im Wesentlichen nur beratend fungiere, grundsätzlich nicht der Fall. Aber auch berufsmäßige Sachkenner (z.B. Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer), die eine Garantenstellung einnehmen, unterliegen der Prospekthaftung im engeren Sinne, sofern sie durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken am Prospekt einen besonderen, zusätzlichen Vertrauenstatbestand schaffen und in diesem Zusammenhang Erklärungen abgeben. Aufgrund des beruflichen Hintergrunds und der Fachkunde käme dem beklagten Professor – so der BGH – die Stellung eines Prospektverantwortlichen zu. Zwar sei er nicht in der Eigenschaft als Sachkenner tätig gewesen, jedoch habe er durch seine veröffentlichten Äußerungen in mindestens gleicher Weise wie ein Sachkenner das durch seinen Werdegang und Beruf begründete Vertrauen in seine Integrität, Objektivität und Fachkompetenz in Anspruch genommen und eingesetzt, um die Investitionsentscheidung potentieller Anleger zu beeinflussen.

9. Kein Schadensersatzanspruch bei Erwerb von Lehman Zertifikaten

In zwei Entscheidungen (BGH, Urteile vom 27.09.2011 – XI ZR 182/10 und XI ZR 178/10) hatte sich der BGH mit den Folgen der Insolvenz der Lehman-Brothers zu befassen. Interessant waren dabei folgende Fragestellungen:

- › Ist im Fall Lehman-Brothers ein spezieller Risikohinweis über den möglichen Ausfall des Emittenten erforderlich, oder ist der allgemeine Hinweis auf das Emittentenrisiko ausreichend?
- › Ist bei Kapitalanlagen, die nicht dem Einlagensicherungssystem unterliegen, auf das Fehlen eines solchen Absicherungssystems hinzuweisen?
- › Ist beim Verkauf von Wertpapieren, die aus dem Eigenbestand der Bank stammen – entsprechend den Rechtsprechungsgrundsätzen zu Kick-Back-Zahlungen – auf den aus dem Verkauf resultierenden Gewinn (die Gewinnmarge) hinzuweisen?

Die Kläger hatten über eine Bank Zertifikate eines Tochterunternehmens von Lehman-Brothers, welche zudem als Garant für die Anleihen bei der Tochtergesellschaft fungierte, erworben. Die Bank hatte zuvor die Zertifikate von der Emittentin zu einem unter dem Nennwert liegenden Preis erworben, diese in den eigenen Bestand übernommen und später die Zertifikate an Anleger veräußert. Nach der Insolvenz von Lehman-Brothers kam es zum Schadenersatzprozess. Die Kläger verlangten, gestützt auf den Vorwurf mehrerer Beratungsfehler, von der beklagten Bank die Rückzahlung der angelegten Beträge Zug um Zug gegen Rückübertragung der Lehman-Zertifikate.

Der beratenden Bank waren keine Beratungsfehler nachzuweisen. Wie der BGH feststellte, ist die Bank ihrer Verpflichtung zu einer anleger- und anlagegerechten Beratung nachgekommen. Für eine vollständige und richtige Beratung spielen dabei vor allem der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel des Kunden, aber auch allgemeine Risiken und die Entwicklung des Kapitalmarktes sowie spezielle Risiken eine große Rolle. Bezüglich des Anlageobjektes habe die Beratung sich auch auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Über diese Umstände habe die Bank den Kunden vollständig richtig, sorgfältig, zeitnah und verständlich zu unterrichten. Allerdings stellt der BGH klar, dass eine Empfehlung und Bewertung über das Anlageobjekt lediglich ex ante betrachtet werden kann. Wenn

also zum Zeitpunkt der Beratung noch keine konkreten Anhaltspunkte für eine Insolvenz gegeben sind, ist dies nicht vorwerfbar. Ein Risikohinweis auf das allgemein bestehende Emittentenrisiko ist ausreichend.

Allerdings muss die beratende Bank die Zertifikate mit banküblichem, kritischem Sachverstand überprüft haben. Gleiches gilt hinsichtlich der Bonität der Emittentin bzw. der Garantin, da diese für die Beurteilung eines Zertifikats von maßgeblicher Bedeutung sind. Zum Zeitpunkt des Beratungsgesprächs Ende September 2007 seien solche Umstände für eine konkrete Insolvenz aber nicht gegeben gewesen, so dass Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Emittenten oder der Garantin nicht hätten aufkommen müssen.

Auch über das so genannte „allgemeine Emittentenrisiko“, d.h. dass die Rückzahlung in genereller Abhängigkeit von der Bonität des Emittenten steht, wurde im Beratungsgespräch aufgeklärt. Gerade bei Indexzertifikaten werde anders als beispielsweise bei Investmentfonds nach dem Investmentgesetz kein vom sonstigen Vermögen des Emittenten getrenntes Sondervermögen gebildet, d.h. der Anleger trägt neben dem Marktrisiko auch das Bonitätsrisiko des Emittenten. Der BGH führt weiter aus, dass der durchschnittliche Anleger in der Regel sich eines solchen Doppelrisikos nicht bewusst sei und deshalb einer Aufklärung durch die Bank bedürfe; die aber im vorliegenden Fall erfolgte.

Es lag auch kein Beratungsfehler hinsichtlich des fehlenden Hinweises auf das Nichteingreifen von Einlagensicherungssystemen vor. Einer solchen Aufklärung käme keine eigenständige Bedeutung mehr zu, da der Anleger bereits zuvor über das von ihm zu tragende Insolvenzrisiko des Emittenten aufgeklärt worden sei. Damit wisse der Anleger um die Möglichkeit eines Totalverlustes, so dass er sich nicht gleichzeitig auf das Eingreifen einer Einlagensicherung verlassen könne.

Auch bestand keine Pflicht der Bank zur Aufklärung über die Gewinnmarge der von ihr an die Anleger verkauften Zertifikate. Eine Bank, die eigene Anlageprodukte vertreibt, sei nicht verpflichtet, darüber aufzuklären, ob und in welcher Höhe sie mit diesen Produkten Gewinne erziele. Der Fall unterscheide sich von den Fällen der Anlagevermittlung gegen offenlegungspflichtige Vertriebsprovisionen (Rückvergütungen). Der Kunde müsse damit rechnen, dass die Bank bei Eigengeschäften eigene Gewinninteressen verfolge. Jedenfalls stelle die Gewinnmarge beim Eigengeschäft weder eine Innenprovision noch eine aufklärungspflichtige Rückvergütung (Kick Back) dar.

II. Neue europäische und nationale Regulierungen

1. Bundesrat billigt Vermögensanlagegesetz

Der Bundesrat hat am 25.11.2011 das „Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagerechts“ gebilligt, so dass es am 12.12.2011 im Bundesgesetzblatt verkündet werden konnte. Es tritt in seinen wesentlichen Teilen zum 01.06.2012 in Kraft.

Das Gesetz enthält Regulierungen für den sogenannten „grauen Kapitalmarkt“. Das bislang geltende Recht, das im Wesentlichen die Prospektpflicht und den Prospektinhalt regelte, wird umfassend neu gefasst: Das Verkaufsprospektgesetz wird aufgehoben; an seine Stelle tritt das Vermögensanlagegesetz (VermAnIG). Die Verkaufsprospektverordnung, welche die Mindestangaben, die in einem Prospekt zu machen sind, regelt, bleibt bestehen, wird aber inhaltlich erweitert. Zukünftig sind im Prospekt u.a. zusätzliche Angaben zu den Kosten des Anlegers, zu Vermittlungsprovisionen oder zu den Gründungsgesellschaftern des Fonds zu machen.

Neu ist die Schaffung eines Vermögensanlageinformationsblattes, das auf drei DIN - A4- Seiten insbesondere über Anlagestrategie, Anlageobjekte, Risiken und Aussichten für Kapitalrückzahlungen sowie über Kosten und Provisionen informieren soll. Weiter werden für Prospektfehler spezielle Haftungsregeln geschaffen.

Mit dem neuen VermAnIG erhält die BaFin zusätzliche Prüfungs- und Kontrollkompetenzen hinsichtlich der Kohärenz und Verständlichkeit des Prospektinhalts. Des Weiteren ist die Prospekthaftung bei geschlossenen Fonds nun eigenständig im VermAnIG geregelt, wobei sie stark an die bisherige Regelung im VerkProspG angelehnt ist. Hinsichtlich der Verjährung ist aber nun die dreijährige Regelverjährungsfrist des BGB anzuwenden.

Neu ist auch, dass die Anteile an geschlossenen Fonds künftig als Finanzinstrumente im Sinne des KWG und WpHG angesehen werden; dadurch verschärfen sich die Regelungen für den Vertrieb, insbesondere muss neben der Verpflichtung zu einer anlegergerechten Beratung und der Offenlegung von Provisionen auch ein Beratungsprotokoll geführt werden, welches dem Anleger zur Verfügung zu stellen ist.

Für Vermittler und Berater ergeben sich noch weitere, wesentliche Neuerungen: sie haben einen Nachweis über eine Berufshaftpflichtversicherung und über die eigene Sachkunde zu erbringen. Die Vermittler müssen zudem in ein Register bei den

Industrie- und Handelskammern aufgenommen werden. Den Gewerbeämtern obliegt hierüber die Zuständigkeit als Aufsichtsbehörde.

2. ESMA Abschlussbericht hinsichtlich der AIFM-RL

Am 16.11.2011 hat die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde („ESMA“) ihren Abschlussbericht veröffentlicht. Diesem vorausgegangen waren das Inkrafttreten der Richtlinie zur Regulierung von Managern alternativer Investmentfonds („AIFM-RI“) am 21.07.2011 und der Auftrag der EU an die ESMA, Vorschläge zu den Durchführungsbestimmungen (Level II – Maßnahmen) bzgl. der AIFM-RL zu schaffen. Bereits am 13.07. 2011 hatte die ESMA ein Konsultationspapier veröffentlicht, in dem sie folgende Themen als die maßgeblichen Umsetzungsbereiche ansah:

- › Allgemeine Vorschriften, Zulassung und operative Anforderungen
- › Verwahrstellen
- › Transparenz und Hebelfinanzierung
- › Aufsicht und Drittstaatenregelungen (per Nachtrag am 23.08.2011).

Die AIFM-RL enthält Vorschriften über die Zulassung, laufende Tätigkeit und Transparenz der Verwaltung von AIF. Die Verwalter („AIFM“) müssen künftig durch die Behörde des jeweiligen Herkunftsmitgliedstaates zugelassen werden. Außerdem haben sie einen Nachweis über eine Berufshaftpflichtversicherung oder über zusätzliche Eigenmittel zu erbringen. Für sämtliche im Jahr zusammengefassten Schadensfälle beträgt die Mindestversicherungssumme grundsätzlich 1% des Betrages, der den Wert des Portfolios des AIFM in Höhe von 250 Millionen übersteigt, mindestens 2,5 Millionen Euro und maximal 25 Millionen Euro. Hinsichtlich der in bar verfügbaren Eigenmittel wird auf 0,01 % des Portfoliowertes des verwalteten AIFM („quantitative Methode“) abgestellt. Der Betrag kann im Rahmen einer „qualitativen Methode“ erhöht werden, sofern die Aufsichtsbehörde die Risiken höher einschätzt.

Darüber hinaus werden Anforderungen an das Risikomanagement gestellt (Due Diligence, Identifizierung von potenziellen Risiken etc.). Verwahrstellen sind zu benennen; diese sollen u.a. die Geldflüsse überwachen, aber auch sonst umfassende Kontrollaufgaben ausüben. Weiter gibt die Richtlinie Bestimmungen zum Mindestkapital vor, über das der AIFM nachweisbar verfügen muss: Der Mindestbetrag beträgt 300.000 Euro (bzw. 125.000 Euro bei einem externen Verwalter) und erhöht

sich in Abhängigkeit vom Wert des verwalteten Portfolios. Das Kapital beträgt maximal aber 10 Millionen Euro.

Da die Umsetzungsfrist dieser Richtlinie in nationale Vorschriften der Mitgliedstaaten zwei Jahre beträgt, ist mit dem Inkrafttreten deutscher Umsetzungsgesetze bis Mitte 2013 zu rechnen. Bezüglich weiterer Informationen zur AIFM-RL können wir Ihnen weitere von Rupert Klar verfasste Informationen bei Bedarf gerne zur Verfügung stellen.

Auch hinsichtlich **Risikokapitalfonds (Venture Capital)** wird reguliert: die Europäische Kommission hat am 07.12.2011 einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Risikokapitalfonds veröffentlicht. Es wird die Festlegung eines einheitlichen Rahmens für die europäische Risikokapitalbranche verfolgt. Wer unter der Bezeichnung „Europäischer Risikokapitalfonds“ firmieren will, muss Anforderungen an das Portfolio, die Anlage-techniken und die Unternehmen, die als Zielgruppe in Frage kommen sollen, einhalten. Einheitliche Registrierungsanforderungen und ein Europäischer Pass sollen für die Verwalter gleiche Ausgangsbedingungen schaffen. Im Ergebnis werden damit die Überlegungen zu AIFM auch auf den Bereich der Venture Capital Fonds erweitert.

3. Neufassung des BaFin-Rundschreibens zur Anlage gebundenen Vermögens

Am 15.04.2011 veröffentlichte die BaFin das Rundschreiben 4/2011 zur Anlage des gebundenen Vermögens für Versicherungsunternehmen, das das bisher geltende Rundschreiben 15/2005 ersetzt. Es trat zum 01.06.2011 in Kraft und ergänzt die bisherige Verwaltungspraxis zur Anlage des gebundenen Vermögens und fasst die Verwaltungsgrundsätze im Hinblick auf die aktuelle Rechtslage zusammen.

Versicherungsunternehmen bezwecken mit Vermögensanlagen, die dauernde Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge sicherzustellen. Dabei sollte die Anlage so erfolgen, dass möglichst große Sicherheit und Rentabilität bei jederzeitiger Liquidität des Versicherungsunternehmens unter Wahrung angemessener Mischung und Streuung erreicht wird, § 54 Abs. 1 VAG. Neben der Vorschrift des § 54 VAG werden die Anlagegrundsätze für Versicherungen in der Anlageverordnung (AnIV) konkretisiert. Vor dem Hintergrund der Finanzkrise wurde im Jahre 2011 die AnIV in wesentlichen Teilen überarbeitet.

Dabei werden vor allem die Anforderungen an die Einordnung in die Anlagenformen konkretisiert, was Auswirkungen auf die Anlagepolitik der Versicherungsunternehmen haben wird. Neu ist u.a. auch die Öffnung der Immobilienanlageform für Gesellschaften mit mehr als drei Grundstücken. Gerne stellen wir Ihnen eine Übersicht über die Anlagekategorien nach § 54 VAG zur Verfügung.

III. Steuerrechtliche Neuigkeiten

1. Private Equity Fonds sind gewerblich?

Bislang ist man bei Private Equity Fonds, die in der Rechtsform einer Personengesellschaft (Limited Partnership oder KG) konstruiert waren, regelmäßig davon ausgegangen, dass deren Tätigkeit als Vermögensverwaltung einzustufen ist. Folglich waren daraus vermittelte Einkünfte im Regel nur als Zins und Dividendeneinkünfte steuerpflichtig, während die planmäßig im Vordergrund stehenden Veräußerungsgewinne nach der alten Rechtslage steuerfrei vereinnahmt werden konnten. Mit der Einführung der Abgeltungssteuer werden nunmehr, sofern der Anleger im Inland ansässig ist, auch Veräußerungsgewinne der Abgeltungssteuer unterworfen; für ausländische Anleger bleibt es bei der Steuerfreistellung. Grundlage für die Einordnung von Private Equity Fonds als vermögensverwaltend ist der sogenannte Private-Equity-Erlass (BMF-Schreiben vom 16.12.2003). Die steuerliche Einordnung aus Sicht der Finanzverwaltung hat für viele Private Equity Strukturen (bis zur Einführung der Abgeltungssteuer) bei grenzüberschreitenden Investitionen den Vorteil gehabt, dass sowohl in Deutschland als auch in anderen Ländern (z. B. Großbritannien) im Grundsatz eine völlige Steuerfreistellung von Veräußerungsgewinnen möglich war. Diese „doppelte Steuerfreistellung“ galt natürlich nur für ausländische Investoren, die in Deutschland über vermögensverwaltende Private Equity Fonds investierten. Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte nunmehr erstmals Gelegenheit zu den seitens der Finanzverwaltung aufgestellten Abgrenzungskriterien zwischen Vermögensverwaltung und Gewerblichkeit Stellung zu nehmen (BFH, Urteil vom 24.08.2011 – I R 46/10). Das Urteil ist nicht nur in seinen Ausführungen, sondern auch hinsichtlich seiner weitreichenden Wirkung einschneidend und zugleich überraschend. Obwohl sowohl nach den Kriterien der Finanzverwaltung als auch nach der Beurteilung des BFH der konkrete Fall eindeutig als gewerblicher Fonds (Einkünfte aus Gewerbebetrieb) einzustufen war und nach Auffassung des BFH keine Veranlassung vorlag, sich umfassend mit den Kriterien des Private-Equity-Erlasses auseinanderzusetzen, enthält das Urteil weitreichende Ausführungen zu den Abgrenzungskriterien. Hierbei lässt der BFH systematische Rechtsgrundsätze

vermissen und lässt im Ergebnis anklingen, dass die Finanzverwaltung im Private-Equity-Erlass hinsichtlich der Einordnung als Vermögensverwaltung viel zu großzügig ist. Eine Einstufung als Gewerbebetrieb führt im Normalfall zur generellen Versteuerung von Veräußerungsgewinnen, wobei sich insbesondere für ausländische Investoren Nachteile ergäben.

Typischerweise sollen nach Auffassung der Finanzverwaltung Private Equity Fonds dann nicht als gewerblich, sondern als vermögensverwaltend gelten, wenn sie die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- › Finanzierung ausschließlich mit Eigenkapital (kein Fremdkapital auf Fondsebene),
- › Keine umfangreiche Organisation zur Verwaltung des Fondsvermögens erforderlich,
- › Der Fonds darf sich nicht unter Einsatz von beruflich qualifizierten und spezialisierten Managern eines Marktes bedienen,
- › Kein Tätigwerden für fremde Rechnung, sondern nur für eigene Rechnung (keine Fremdverwaltung),
- › Kein Anbieten von Beteiligungen an Zielunternehmen gegenüber der breiten Öffentlichkeit,
- › Mindestens mittelfristige Haltedauer für die Beteiligungen an den Zielunternehmen von 3 bis 5 Jahren,
- › Keine Reinvestition von Veräußerungserlösen, sondern Vollausschüttung an die Investoren,
- › Keine aktive Beteiligung am Management der Zielunternehmen und keine aktive Einflussnahme auf Zielunternehmen (nur Ausübung der Gesellschafterrechte).

Der BFH stellt bei seiner Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Gewerblichkeit auf das typische Berufsbild eines Händlers, insbesondere eines gewerblichen Wertpapierhändlers ab, wobei nicht das einzelne Merkmal entscheidungserheblich ist, sondern das Gesamtbild im jeweiligen Einzelfall. Entspricht das Geschäftsmodell mehr dem eines Händlers ist von Gewerblichkeit auszugehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass – zumindest nach Auffassung des BFH – Private Equity Fonds nach ihrem typischen Geschäftsmodell des sogenannten Management und Leveraged Buyout in erster Linie darauf abzielen, durch

Umschichtung von Vermögen und der Verwertung von Vermögenssubstanz (ganz nach dem Motto „buy to sell“) hohe Renditen (Veräußerungsgewinne) zu erzielen. Ausgehend von dieser Grundvorstellung sieht der BFH eine enge Parallelität zu Flugzeugleasingmodellen. Diese wurden durch die Rechtsprechung abschließend als gewerblich eingestuft, da Vermietung und Veräußerung bei derartigen Leasingmodellen als Einheit zu beurteilen ist. Erst durch die Veräußerung wird insgesamt ein Gewinn erzielt. Bei einer Gesamtbetrachtung stellt diese Form des Leasing eine gewerbliche Tätigkeit dar.

Von Interesse sind auch die weitergehenden Ausführungen zum Vorliegen einer Betriebsstätte. Auch wenn ein Unternehmen nicht selbst über Räumlichkeiten in einem anderen Land verfügt, so kann gleichwohl eine feste Geschäftseinrichtung vorliegen. So kann im Einzelfall aufgrund der Zurechnung von Räumen und Personal Dritter, z.B. eingeschalteter Dienstleister (Manager) eine Betriebsstätte des beauftragenden Unternehmens vorliegen.

Das Urteil des BFH lässt im Ergebnis befürchten, dass eine Vielzahl von Private Equity Strukturen als gewerblich einzustufen wären. Gleichwohl ist die Finanzverwaltung nicht gezwungen die Kriterien des Private-Equity-Erlasses gänzlich in Frage zu stellen oder auch nur den Erlass zu ändern. Eine Reaktion der Finanzverwaltung ist bislang nicht erfolgt. Für zukünftige Gestaltungen, aber auch im Rahmen der Beratung bereits aktiver Private Equity Fonds sind jedoch die „eher beiläufigen“ Ausführungen des BFH von besonderem Interesse und zu berücksichtigen.

2. Steuerbefreiung von berufsständischen Versorgungseinrichtungen auch für gewerbliche Einkünfte

Berufsständische Versorgungseinrichtungen (Versorgungskassen) sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 8 KStG von der Körperschaftssteuer und nach § 3 Nr. 11 GewStG auch von der Gewebesteuer befreit. Bis zur Entscheidung des BFH (BFH, Urteil vom 09.02.2011 - I R 47/09) war jedoch zweifelhaft, ob dies auch für gewerbliche Einkünfte, insbesondere Beteiligungserträge aus gewerblichen Personengesellschaften (z.B. gewerbliche Immobilienfonds oder Infrastrukturfonds) gilt. Mit der Entscheidung wird klargestellt, dass die persönliche Steuerfreistellung insgesamt und umfassend ist, also ohne nach Tätigkeiten zu differenzieren besteht. Eine Steuerbefreiung wäre nach Sinn und Zweck nur insoweit ausgeschlossen, als die Versorgungseinrichtung Erträge aus Tätigkeiten außerhalb ihrer öffentlichen Aufgaben erzielen würde. Die rentierliche

Anlage von Vermögen ist aber unzweifelhaft wesentlicher Bestandteil der Aufgaben einer Versorgungseinrichtung.

Noch nicht geklärt ist und zu hoffen wäre, dass diese Grundsätze auch auf steuerbefreite Pensionskassen übertragen werden könnten (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG). Diese zielen auf den gleichen Zweck ab und unterliegen grundsätzlich ebenfalls den Anforderungen des VAG. Jedoch enthält § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG – anders als bei Versorgungskassen – zusätzliche Anforderungen an die Verwendung des Kas­senvermögens und den daraus resultierenden Einkünften. Gewerbliche Beteiligungen sind nach bisheriger BFH-Rechtsprechung bei Pensionskassen schädlich (BFH, Urteil vom 17.10.1979, BStBl. II 1980, 225).

3. Vermögensverwaltung liegt auch bei einer Beteiligung an einer gewerblich geprägten Personengesellschaft vor - kein Verlust der Gemeinnützigkeit

Mit Urteil vom 25.05.2011 hat der BFH (BFH, Urteil vom 25.05.2011 - I R 95/10) entschieden, dass die Beteiligung einer gemeinnützigen und damit steuerbefreiten Stiftung an einer vermögensverwaltenden, aber gewerblich geprägten Personengesellschaft (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG), keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb begründet. Damit sind die Erträge aus der Beteiligung für die gemeinnützige Stiftung steuerfrei; sie genießen die Steuerbefreiung nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG. Diese Rechtsprechung gilt auch für andere gemeinnützige Organisationen wie z.B. Parteien oder gemeinnützige Vereine.

Die Steuerbefreiung greift weiterhin nicht, wenn demgegenüber die Personengesellschaft originär gewerblich tätig ist; insoweit liegt ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vor. Aufgrund dieser Rechtsprechung bieten sich neue Kapitalanlagen und Beteiligungsmöglichkeiten für gemeinnützige Organisationen.

4. Steuerliche Änderungen durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz

In der letzten Fondsinformation von Rupert Klar ging es um die aufsichtsrechtlichen Neuerungen aufgrund des OGAW-IV-Umsetzungsgesetzes, das offene Investmentfonds betrifft. Im Wesentlichen behandelte die Fondsinformation die Einführung von Master-Feeder-Strukturen, die grenzüberschreitende Fondsverschmelzung, die Einführung eines Europäischen Passes für Verwaltungsgesell-

schaften sowie die Einführung eines auf zwei Seiten begrenzten Anlegerinformationsblattes anstelle des vereinfachten Verkaufsprospektes.

Das OGAV-IV-Umsetzungsgesetz hat auch Änderungen des Investmentsteuerrechts zur Folge. Der Schwerpunkt der Regelungen betrifft eine Reihe von Fragen des Kapitalertragssteuerabzuges und der Anrechnung von (ausländischen) Quellensteuern. Zwischenzeitlich hat ein umfassender Abstimmungsprozess zwischen der Finanzverwaltung und den einschlägigen Branchenverbänden stattgefunden. Um mehr Rechtssicherheit für die Investmentgesellschaften zu schaffen, hat die Finanzverwaltung die Ergebnisse sowie weitere Anwendungsfragen im Rahmen von BMF-Schreiben, insbesondere in Form von eines Fragen-Antwort-Kataloges veröffentlicht (siehe im Einzelnen die Verlautbarungen des BMF vom 07.12.2011, vom 14.11.2011, vom 26.10.2011, vom 21.10.2011, vom 08.11.2011, vom 23.11.2011, vom 19.12.2011 und vom 29.12.2011).

IV. Schlussbemerkung

Die Fondsbranche sieht sich einem starken Veränderungsprozess ausgesetzt. Neben dem zunehmenden Umfang einschlägiger Rechtsprechung zu den Fragen der Prospekt-, Vermittler- und Beraterhaftung, schießt der deutsche Gesetzgeber mit seinem Regulierungseifer auch noch über den Ziel-, vor allem aber über den Zeitplan der AIFM-Richtlinie hinaus. Es steht schon bereits heute fest, dass die Neuerungen des Vermögensanlagegesetzes aufgrund der anstehenden Umsetzung der AIFM-Richtlinie nur eine kurze Halbwertszeit aufweisen werden.

Liebe Leserinnen und Leser, wir wünschen Ihnen auch auf diesem Wege alles Gute für das Jahr 2012.

Hinweise zum HEUSSEN Beratungsteam

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf.

Ihre Ansprechpartner:



Rupert Klar
Steuerberater, Wirtschaftsprüfer*

Fachbereich: Steuern
Schwerpunkt: Steuerliche Gestaltungsberatung, Konzeption von offenen und geschlossenen Fonds, Prospektierung, M&A
rupert.klar@heussen-law.de



Dr. Christof Schmidt
Rechtsanwalt

Fachbereich: Corporate
Schwerpunkt: Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Konzeption und Beratung von Fonds
christof.schmidt@heussen-law.de



Dr. Georg Anders
Rechtsanwalt

Fachbereich: Corporate
Schwerpunkt: Gesellschafts- und Handelsrecht, Erneuerbare Energien
georg.anders@heussen-law.de



Martin Wolfstetter
Rechtsanwalt

Fachbereich: Corporate
Schwerpunkt: Strukturierung und Finanzierung von Fonds-, Immobilien- und Projektgesellschaften, Transaktionen, Prospektierung
martin.wolfstetter@heussen-law.de



Dr. Johannes Weidener, LL.M
Rechtsanwalt

Fachbereich: Corporate
Schwerpunkt: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, M&A, Bankaufsichtsrecht und Investmentrecht
johannes.weidener@heussen-law.de

* Die Wirtschaftsprüfertätigkeit wird nicht in der HEUSSEN Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, sondern in einer eigenen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, der KBK GmbH, Steuerberatungsgesellschaft, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ausgeübt.

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524
Geschäftsführung: RA Christoph Hamm

Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts: Rupert Klar

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.

www.heussen-law.de