

inPuncto.

Kapitalmarkt. Vertrieb. Recht.



TOP-Thema

Kick-back-Urteil des BGH

Nur Etappensieg
für freie Vermittler

Seite 4

Wertpapiere

EU-Pass für Wertpapiere
auf dem Prüfstand

Seite 3

Neues Anlegerstärkungsgesetz

Die Änderungen für Berater und
Vermittler von Vermögensanlagen

Seite 6

Eigenmittelanforderungen

Die geltenden Maßgaben für
Finanzdienstleistungsinstitute

Seite 8

Das informative Mandantenmagazin von



GK-law.de
Gündel & Katzorke Rechtsanwälts GmbH

Liebe Leserinnen und Leser,



inPuncto 02/2010 informiert Sie über grundlegende Änderungen betreffend den Vertrieb von Vermögensanlagen.

Unser **TOP-Thema** im Bereich Geschlossene Fonds ist das Kick-back-Urteil des BGH zu Gunsten freier Vermittler, das sich angesichts des kürzlich veröffentlichten Diskussionsentwurfes zum Anlegerstärkungsgesetz bald als

Pyrrhus-Sieg herausstellen könnte, wenn die geplanten Änderungen tatsächlich Gesetz werden.

In der Rubrik Wertpapiere erläutern wir Ihnen die Vorteile der Globalurkunde im Hinblick auf Handelbarkeit und Kosten der Emission. Daneben zeigen wir für Emittenten, die ihr Angebot grenzüberschreitend in der Europäischen Union

anbieten möchten, wesentliche Mängel der Wertpapierprospektgesetz-Regelungen zum EU-Pass auf.

Aus unserer Beratungspraxis berichten wir über die seit Inkraft-treten des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht geltenden Eigenmittelanforderungen bei Finanzdienstleistungsinstituten und Maßnahmen zur Sicherung einer angemessenen Liquiditätsausstattung.

Last but not least informieren wir Sie natürlich über aktuelle Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Rubrik Recht & Steuern.

Wir wünschen Ihnen eine informative Lektüre.

Ihre **Christina Gündel**
Rechtsanwältin und PR-Referentin
GK-law.de

Vorteile der Girosammelverwahrung von Globalurkunden

Emittenten sollten schon im Rahmen der Strukturierung auf die Art der Verbriefung ihrer Beteiligungen achten. Dies ist wesentlich für die Fungibilität und die bei der Ausgabe der Beteiligungen entstehenden Kosten.

Eine Globalurkunde ist die Verbriefung aller Anteile einer Emission und deren Hinterlegung bei einem Zentralverwahrer (Clearstream Banking AG). Das vereinfacht die Depotverwaltung und ermöglicht einen „stückelosen“ Effektenverkehr, weil keine physischen Urkunden mehr erforderlich sind. Der Wertpapiercharakter beispielsweise einer Aktie reduziert sich auf das buchmäßig vorhandene Mit-eigentum des Aktionärs an der Globalurkunde.

Vorteile

- **Druckkosten entfallen:** Bei der Globalurkunde kann auf den Druck von Einzelurkunden verzichtet werden. Im Vergleich: Bei der Ausgabe von börsenfähigen Einzel- oder Sammelurkunden entstehen – abhängig vom

Volumen der Tranche – Druckkosten zwischen 90.000 EUR und 150.000 EUR.

- **Keine Versendung, Versicherung und Kontrolle** von Urkunden bei Käufen und Verkäufen
- **Kein Verlustrisiko** der Wertpapierurkunden, das bei Inhaberpapieren besonders hoch ist
- **Günstige Depotgebühren:** bei einigen Direktbanken sogar kostenfrei.

Nachteile

- **Keine Tafelgeschäfte:** Anders als bei der Ausgabe von effektiven Einzel-/Sammelurkunden sind bei Girosammelverwahrten Wertpapieren keine anonymen Wertpapiergeschäfte möglich.
- **Einmalige Ausgabekosten:** Für die erstmalige Überführung der Wertpapiere in die Girosammelverwahrung entstehen pro Anleger einmalige Kosten von ca. Euro 15,-.

inPuncto

Rubrik	Themenübersicht	Seite
Wertpapiere	Vorteile der Girosammelverwahrung von Globalurkunden	3
	EU-Pass für Wertpapiere auf dem Prüfstand	3
Geschlossene Fonds	TOP-Thema: Kick-back-Urteil des BGH: Nur Etappensieg für freie Vermittler	4
	Neues Anlegerstärkungsgesetz: Die Änderungen für Berater und Vermittler von Vermögensanlagen	6
Beratungspraxis	Eigenmittelanforderungen bei Finanzdienstleistungsinstituten	8
Recht & Steuern	BGH: Prospekthaftung bei ausbleibender staatlicher Förderung	10
	OLG München: Ausbleiben des Platzierungserfolgs kann zu Haftung führen	10
	BaFin untersagt Ankauf von Lebensversicherungen	10
	Neue Widerrufsbelehrung ab 11.06.2010	10
Publikationen	Publikationen: Interviews/Fachbeiträge/Fachbücher	11

EU-Pass für Wertpapiere auf dem Prüfstand: Regelungen zur Notifizierung von Wertpapierprospekten werfen Fragen auf

Bei der Revision der EU-Prospektrichtlinie (EU-ProspRL) und deren Umsetzung ins Wertpapierprospektgesetz (WpPG) werden auch rechtliche Unsicherheiten hinsichtlich des EU-Passes offenbar. Das betrifft zum einen das Angebot von Wertpapieren im EU-Ausland mit einem inländisch genehmigten Prospekt (sog. Notifizierung) als auch die Frage, ob ein Auslandsemittent seinen Prospekt bei der BaFin genehmigen lassen und die Wertpapiere in Deutschland anbieten kann.

Grenzüberschreitende Geltung des Prospekts nur bei Umsetzung in nationales Recht

§ 17 Abs. 1 WpPG betrifft die europaweite Geltung von Prospekten, die von der BaFin gebilligt wurden. Tatsächlich kann der deutsche Gesetzgeber jedoch diese grenzüberschreitende Geltung der Prospekte gar nicht rechtlich verbindlich anordnen. Vielmehr sind zunächst die jeweiligen nationalen, dem § 17 Abs. 3 WpPG entsprechenden Vorschriften maßgeblich. Das bedeutet, es herrscht grund-

sätzlich erst einmal Unsicherheit, ob die ausländische Aufsichtsbehörde die Notifizierung annimmt oder nicht.

Herkunftsstaatsprinzip nicht ausdrücklich im WpPG verankert

Nach der EU-ProspRL gilt für die Zuständigkeit bzgl. Prospektbilligung und Aufsichtsmaßnahmen das Herkunftsstaatsprinzip. Im Wortlaut des WpPG (weder § 13 noch § 17) gibt es jedoch keine Beschränkung der BaFin-Zuständigkeit auf Wertpapieranbieter/Emittenten, deren Herkunftsstaat die Bundesrepublik Deutschland ist. Dies ergibt sich lediglich aus einer richtlinienkonformen Auslegung des WpPG.

Die Folge: Dem Wortlaut der Vorschriften entsprechend, können auch Anbieter und Zulassungsantragsteller, deren Herkunftsstaat nicht Deutschland ist, einen Billigungsantrag nach § 13 WpPG stellen. Dies ist vor allem für das Angebot von Emittenten aus Nicht-EU-Staaten (z.B. Schweiz) von Interesse. Daraus folgt, dass für das Angebot von sog. Nichtdividendenwerten (z.B. Anleihen) unter bestimmten Voraussetzungen auch die BaFin den Prospekt von Auslandsemittenten billigen kann.

Kick-back-Urteil des BGH: Nur Etappensieg für freie Vermittler

Lange war es umstritten: Müssen Vermittler von Vermögensanlagen ungefragt Anleger über (Innen-) Provisionen aufklären? Am 15. April 2010 hat der Bundesgerichtshof (BGH Az.: III ZR 196/09) nun zu Gunsten der bankenunabhängigen Anlageberater entschieden. Wesentliche Voraussetzung ist allerdings, dass die betreffenden Finanzdienstleister nicht den Verpflichtungen des § 31d Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) unterliegen.

Angesichts dessen, dass der jüngst veröffentlichte Diskussionsentwurf des Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes (Anlegerstärkungsgesetz) vorsieht, Vermögensanlagen künftig als Finanzinstrumente i. S. des Kreditwesengesetzes (KWG) und des WpHG einzustufen, ist die Befreiung von der Aufklärungspflicht wohl nicht von Dauer.

BGH-Urteil

Der Urteilsbegründung zufolge sind bankmäßig nicht gebundene, freie Anlageberater grundsätzlich nicht verpflichtet, die erhaltenen Provisionen von sich aus offenzulegen. Diese Befreiung hat jedoch drei wesentliche Einschränkungen:

- Die Berater dürfen vom Kunden/Anleger selbst keine Provision erhalten,
- in Verkaufsunterlagen müssen Agio, Verwaltungsgebühren oder die Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung offen ausgewiesen sein und
- der Finanzdienstleister darf nicht den Verpflichtungen des § 31d WpHG unterliegen.

Zur Begründung heißt es, die Interessenlage des freien Beraters sei für den Kunden eindeutig erkennbar. Es müsse ihm von vornherein klar sein, dass der Berater (anders als eine Bank) nicht darauf aus ist, sich aus einer langfristigen Beziehung zum Kunden zu finanzieren, sondern aus den erhaltenen Provisionen. Der latent vorhandene Interessen-



konflikt, der durch das Provisionsinteresse des Beraters bestünde, sei dem Kunden damit auch ohne Offenlegung bekannt. Zudem habe der Kunde auf Grund dieser Kenntnis die Möglichkeit, den Berater gezielt nach der Höhe der erhaltenen Provisionen zu fragen und so den Umfang des Verkaufsinteresses abzuschätzen.

Auch der gesonderte Ausweis des Agios, der Verwaltungskosten oder der Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung führe dem Kunden klar vor Augen, dass der Finanzdienstleister seine Vergütung von der Anlagegesellschaft erhalte.



Problem: Anlegerstärkungsgesetz

Die mit der Entscheidung des BGH aufgestellten Voraussetzungen könnten sich als Boomerang erweisen. Denn in dem zwischenzeitlich vorlegten Entwurf des Anlegerstärkungsgesetzes ist vorgesehen, auch Kapitalanlagen (z.B. KG-Beteiligungen), die der Prospektpflicht des Verkaufsprospektgesetzes unterliegen, künftig als Finanzinstrumente i.S. des KWG und des WpHG einzustufen.

- Dem Gesetzentwurf entsprechend wären bei der Vermittlung von prospektpflichtigen Vermögensanlagen die Vorgaben des § 31d WpHG zu beachten.
- Vermittlungserfordernis demnach: Erlaubnis nach dem KWG oder vertragliche Bindung unter der Haftung eines Finanzdienstleistungsinstitutes.
- Selbst wenn keine bankmäßige Bindung vorliegt, wären noch die Bestimmungen des § 31d WpHG zu beachten und deshalb die Höhe der Provisionen unaufgefordert offen zu legen.

Rechtsfolge: Provisionsherausgabe oder Rückabwicklung

Unterbleibt die Aufklärung, kann der Anleger gezahlte aber nicht offen gelegte Provisionen von seinem Berater herausverlangen oder Schadensersatz geltend machen.

- **Provisionsherausgabepflicht:** Diese wird mit den zivilrechtlichen Regeln zum Auftragsverhältnis begründet, die den Geschäftsführer (hier also den Anlageberater) verpflichten, alles bei der Erfüllung des Auftrages (also der Beratungsleistung) Erlangte an den Geschäftsherrn (Kunden) herauszugeben – also auch die erhaltenen Provisionen.
- **Rückabwicklung:** Wesentlich brisanter ist die zweite Alternative des Anlegers - Rückabwicklung seiner Anlage. Die Nicht-Offenlegung von Innenprovisionen dient dann als willkommene Begründung, um aus einer fehlgeschlagenen Kapitalanlage auszusteigen. Besonders schmerzlich für die Beraterbranche: Die Rückabwicklung ist eine Form des Schadenersatzes. Für sie gilt deshalb immer dann eine Verjährungsfrist von 30 Jahren, wenn die Kick-backs vorsätzlich verschwiegen wurden.

Entwicklung der Rechtsprechung im Überblick

Über die Frage, ob und in welchen Fällen Kapitalanlagevermittler gegenüber Anlegern unaufgefordert die Höhe ihrer Provisionen offen legen müssen, wurde im Rahmen von Anlegerschutzprozessen lange gestritten. Streitpunkt sind dabei die Zahlungen, die der Vermittler von der Anlagegesellschaft dafür erhält, dass er Vertragsabschlüsse herbeiführt, also Anleger wirbt. Diese Provisionen werden bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise vom Anleger selbst bezahlt; sei es durch ein Agio, durch Verwaltungsgebühren oder aus dem gezeichneten Kapital selbst – in den meisten Fällen wird der Anleger darüber jedoch nicht vom Vermittler gesondert aufgeklärt.

Offenlegungspflicht für Banken

- **Dezember 2000:** Der BGH entschied, dass Vermögensverwalter ihren Kunden gegenüber ungefragt offen legen müssen, ob und in welcher Höhe sie Vermittlungsprovisionen vom Anbieter von Finanzinstrumenten (z.B. Investmentfonds, Wertpapiere) erhalten. Nur so könne der Kunde in die Lage versetzt werden, einzuschätzen, welches wirtschaftliche Interesse der Vermögensverwalter an einem Vertragsschluss hat und welches Ausmaß der damit verbundene Interessenkonflikt hat.
- **Januar 2009:** Die Offenlegungspflicht gilt nicht nur für die Wertpapiervermittlung, sondern auch für wertpapierrechtlich nicht regulierte Produkte, etwa für KG-Beteiligungen. Denn der Kunde kann erwarten, dass der Bankberater provisionsunabhängig ist, weil der Kunde bereits Konto- und Depotgebühren zahlt.
- **Mai 2009:** Der BGH entschied, dass Vorsatz im Rahmen des sogenannten Organisationsverschuldens grundsätzlich anzunehmen sei, die jeweilige beklagte Bank also zu beweisen habe, dass kein Vorsatz vorliege. Da dieser Beweis vor Gericht äußerst selten erbracht werden kann, ist die Verjährungsfrist von 30 Jahren für Fälle von verschwiegenen Innenprovisionen der Regelfall. Damit ist klar, dass sich die Nicht-Offenlegung von Kick-backs als Klagegrund unzufriedenen Anlegern quasi aufdrängt – spezialisierte Anlegerschutz-Anwälte weisen in der Öffentlichkeit nur allzu gern darauf hin.

Uneinigkeit der Instanzgerichte über Behandlung freier Vermittler

- **November 2009 bis März 2010:** Weitgehend ungeklärt war jedoch bis zur Entscheidung des BGH, ob o.g. Rechtsprechung auch auf nicht bankmäßig gebundene, freie Anlageberater übertragbar ist. So hatte etwa das Oberlandesgericht Stuttgart noch im Februar entschieden, auch freie Vermittler seien von der Offenlegungspflicht erfasst, auch das Landgericht München I verfolgte diese Linie. Das Oberlandesgericht Celle hingegen verneinte eine Ausdehnung der Kick-back-Rechtsprechung auf freie Vermittler.

Neues Anlegerstärkungsgesetz: Die Änderungen für Berater und Vermittler von Vermögensanlagen



Anfang Mai hat das Bundesministerium der Finanzen seinen Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes (Anlegerstärkungsgesetz) vorgelegt. Beabsichtigt ist die Anwendbarkeit des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) auf Vermögensanlagen und deren Einstufung als Finanzinstrumente i. S. des Kreditwesengesetzes (KWG). Wesentliche Änderungen für das Angebot und insbesondere den Vertrieb sind die Folge.

Änderungen für den Vertrieb

1. Vermögensanlagen als Finanzinstrument i.S. des KWG

- **Prospektpflichtige Angebote nach VerkProspG:** Maßgeblich für die Finanzinstrument-Eigenschaft soll dabei das Bestehen der Prospektspflicht nach dem Verkaufsprospektgesetz (VerkProspG) sein. Folglich wären nicht prospektpflichtige Angebote (z.B. an Institutionelle Anleger mit einer Mindestzeichnung von Euro 200.000,-) von den Änderungen wohl nicht betroffen.
- **KWG-Erlaubnis:** Jeder Vermittler oder Berater, der in das Angebot oder den Vertrieb von prospektpflichtigen Vermögensanlagen eingebunden ist, benötigt künftig entweder eine eigene Erlaubnis nach § 32 KWG, die er bis sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes beantragen kann oder er muss seine Tätigkeit als vertraglich gebundener Vermittler unter der Haftung eines Finanzdienstleistungsinstitutes fortsetzen.

Vom Erlaubniserfordernis betroffen sind vor allem:

- **Finanzkommissionsgeschäft**
 - » betrifft vor allem Treuhänder und den Zweitmarkt für KG-Anteile
- **Emissionsgeschäft**
 - » betrifft vor allem Anbieter und Platzierungsgaranten für alle Arten von Vermögensanlagen
- **Anlagevermittlung**
 - » betrifft Vermittler
- **Anlageberatung**
 - » betrifft vor allem Vermittler und Berater
- **Platzierungsgeschäft**
 - » betrifft vor allem Anbieter und Platzierungsgaranten für alle Arten von Vermögensanlagen
- **Abschlussvermittlung**
 - » betrifft vor allem Vermittler und unter Umständen auch Treuhänder
- **Finanzportfolioverwaltung**
 - » betrifft vor allem Vermögensverwalter

Ausnahmen von der Erlaubnispflicht

Ausnahmen von der Erlaubnispflicht sollen vor allem für Treuhänder und Platzierungsgaranten gelten; diese Tätigkeiten stellen kein erlaubnispflichtiges Finanzkommissions- oder Emissionsgeschäft dar. Dagegen sieht der Entwurf im Rahmen der erlaubnispflichtigen Finanzdienstleistungen keine Ausnahmen für Anlageberater und Anlage- und Abschlussvermittler vor. Für sie würden die bisher bereits gesetzlich verankerten Ausnahmen eingreifen. Hierzu zählt insbesondere die Tätigkeit als sog. vertraglich gebundener Vermittler (Stichwort – Haftungsdach) bei der Anlageberatung, Anlage- und Abschlussvermittlung sowie beim Platzierungsgeschäft.

Übergangsfristen

Die Erlaubnispflicht gilt ab Inkrafttreten der gesetzlichen Änderungen, wobei die Erlaubnis zunächst als erteilt gilt, wenn innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten ein Erlaubnis Antrag gestellt wird.



Anwendbarkeit des WpHG auf Vermögensanlagen

- **Registrierungspflicht für Vermittler:** Aufgrund der Anwendbarkeit des WpHG auf Vermögensanlagen soll künftig jeder (einzelne) Berater und Vermittler einer Registrierungspflicht unterliegen. Es gibt also keine grundsätzlichen Unterschiede mehr zum Vertrieb von Wertpapieren.
- **Sachkunde-Erfordernis:** Auch werden qualitative Anforderungen (Sachkunde) an die Vertriebsmitarbeiter gestellt, die in einer eigenen Verordnung (WpHG-Mitarbeiteranzeige-Verordnung) geregelt werden sollen.

Informations- und Dokumentationspflicht nach dem WpHG

Die bisher insbesondere beim Vertrieb von Wertpapieren geltenden Beratungs- und Dokumentationspflichten betreffen nun auch den Vertrieb von Vermögensanlagen. Von den 16 neuen Pflichten sind überwiegend auch Vermittler von Vermögensanlagen betroffen. Hier ein Überblick:

- Zur-Verfügung-Stellung eines leicht verständlichen Informationsblattes (Produktblatt);
- durch Vertriebsvorgaben (Umsatz, Volumen und Ertrag) darf das Kundeninteresse nicht beeinträchtigt werden;
- mit der Anlageberatung dürfen nur sachkundige, zuverlässige und in geordneten Vermögensverhältnissen lebende Mitarbeiter betraut werden;
- die mit der Anlageberatung betrauten Mitarbeiter müssen der BaFin mitgeteilt werden.

Änderungen im Prospektrecht

Prospektprüfung

- **Frist:** Eine der praxisrelevanten Änderungen im Prospektrecht ist, dass die Frist zur Gestattung der Veröffentlichung des Prospekts künftig auch dann verlängert werden kann, wenn der Prospekt unvollständig ist. Die Aufforderung hierzu ist innerhalb von zehn Tagen ab Eingang des Verkaufsprospektes bei der BaFin dem Anbieter zu übermitteln.

- **Prüfungsumfang:** Der Prospekt soll künftig nicht nur auf Vollständigkeit, sondern auch auf Kohärenz (Widerspruchsfreiheit) und Verständlichkeit geprüft werden.

Erhöhte Anforderungen an den Prospektinhalt

- Aussagen zu Umfang und Ergebnis von IDW-S4 Gutachten;
- Herausgehobene Darstellung der Kosten, die mit dem Erwerb der Vermögensanlagen verbunden sind;
- Herausgehobene Darstellung der Gesamthöhe der Provisionen, insbesondere der Vermittlungsprovisionen;
- Angaben zum Planungsstand und dem Realisierungsgrad der Anlageobjekte (bisher nur Realisierungsgrad);
- Aufnahme von Pflichtangaben in Bezug auf Vorstrafen in Vermögensdelikten;
- Zwingende Aufnahme von Treuhand- und Mittelverwendungskontrollverträgen;
- Datum einer etwaigen Zwischenübersicht muss zwingend auf das Datum der Aufstellung des Verkaufsprospektes lauten (was zu erheblichen Zeitproblemen führen kann).

Abschaffung der kurzen Verjährungsfrist: Die Regelungen zur Sonderverjährung von Prospekthaftungsansprüchen werden ersatzlos gestrichen. Folglich sollen künftig die allgemeinen zivilrechtlichen Verjährungsfristen gelten: drei Jahre ab Kenntnis bzw. zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs.

Übergangsfristen: Die Änderungen im Prospektrecht sehen keine Übergangsregelungen vor. Folglich sind ab Inkrafttreten des Gesetzes die neuen Prospektanforderungen zu berücksichtigen. Der Bestand der bis dahin genehmigten Veröffentlichung von Verkaufsprospekten wird nicht berührt.

Eigenmittelanforderungen bei Finanzdienstleistungsinstituten

Institute müssen künftig mit höheren Eigenmittelanforderungen rechnen. Denn seit In-Kraft-treten des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht am 1. August 2009 kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) höhere Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen festlegen, einen Kapitalaufschlag ansetzen und ein Kredit- und Gewinnausschüttungsverbot schon dann aussprechen, wenn eine unzureichende Eigenmittel- oder Liquiditätsausstattung droht. Außerdem kann sie in Krisenzeiten ein Zahlungsverbot zulasten konzerninterner Gläubiger verhängen.



Fallkonstellationen erhöhter Eigenmittelanforderungen nach § 10 Abs. 1b KWG n.F. :

- wenn ein Institut Risiken eingeht, die von der Solvabilitätsverordnung nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt sind,
- wenn die Risikotragfähigkeit (§ 25a Abs. 1 Satz 3 KWG) eines Instituts nicht gewährleistet ist,
- um den Aufbau eines zusätzlichen Eigenmittelpuffers für Perioden wirtschaftlichen Abschwungs sicherzustellen oder
- um einer besonderen Geschäftssituation des Instituts, etwa bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit, Rechnung zu tragen.

Kapitalaufschlag bei Fehlen ordnungsgemäßer Geschäftsorganisation

Fehlt im Finanzdienstleistungsunternehmen eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, so ist die BaFin nach § 45b KWG n.F. berechtigt, die Eigenkapitalkennziffer heraufzusetzen (Kapitalaufschlag), sofern keine mildereren Mittel zur Verbesserung der Situation möglich sind. Kann das Unternehmen das entsprechende Kapital nicht zuführen, muss es seine Risikopositionen reduzieren, um die Eigenkapitalanforderungen einzuhalten.

Maßnahmen zur Sicherung einer angemessenen Liquiditätsausstattung

Neue Meldepflichten sollen der BaFin zusätzliche Informationen über eingegangene Risiken des Unternehmens vermitteln.

Meldepflichten im Überblick

- **Berichtspflicht:** Künftig muss jährlich die modifizierte Eigenkapitalquote (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 16 KWG) auf der Grundlage des festgestellten Jahresabschlusses berichtet werden.
- **Ad-hoc-Mitteilung:** Wenn sich die modifizierte Eigenkapitalquote um mindestens fünf Prozent verändert hat, ist das Finanzdienstleistungsinstitut verpflichtet eine Ad-hoc-Meldung abzugeben. Basis der Feststellung: Das HGB aufgrund von Monatsausweisen oder der Bilanzstatistik (vgl. BaFin-Rundschreiben 3/2010 (BA)).
- **Höhere Liquiditätsausstattung:** Um eine angemessene Liquiditätsausstattung nachhaltig zu gewährleisten, kann die BaFin nach § 11 Abs. 2 KWG n.F. eine höhere Liquiditätsausstattung verlangen.



Ausdehnung der Maßnahmen bei mangelnder Eigenmittel-/Liquiditätsausstattung

<p>1</p> <p>Waren bisher (nach § 45 KWG a. F.) Maßnahmen wie das Kredit- und Gewinnausschüttungsverbot erst nach Unterschreitung der aufsichtsrechtlichen Kennziffern möglich, so kann die BaFin nun schon dann handeln, wenn eine solche Unterschreitung droht.</p>	<p>Untersagt oder beschränkt werden kann:</p> <p>die Auszahlung jeglicher Art von Erträgen auf Eigenmittelinstrumente, wenn diese nicht vollständig durch einen erwirtschafteten Jahresüberschuss abgedeckt sind. Dies gilt auch für bilanzielle Maßnahmen zur Kompensation eines Jahresfehlbetrags oder zum Ausweis eines Bilanzgewinns zulasten der Rücklagen.</p>	<p>Ausnahme:</p> <p>Auszahlungen von Erträgen auf längerfristige nachrangige Verbindlichkeiten, denn diese Eigenkapitalinstrumente müssen nach den gesetzlichen Vorgaben nicht am Verlust teilnehmen, sondern nur im Falle der Insolvenz oder der Liquidation des Instituts nachrangig zurückgezahlt werden.</p>
<p>2</p> <p>Nichtigkeit von Beschlüssen und Verträgen:</p> <p>Beschlüsse über die Gewinnausschüttung sind insoweit nichtig und aus Verträgen über Eigenmittelinstrumente können keine Rechte abgeleitet werden, soweit sie den Anordnungen der BaFin widersprechen (§ 45 Abs. 4 Satz 3 und 4 KWG).</p>	<p>Anordnung ohne Androhung mit Fristsetzung:</p> <p>Sämtliche in § 45 KWG genannten Anordnungen sind, auch ohne eine vorherige Androhung mit Fristsetzung zulässig, um ein schnelles Eingreifen zu ermöglichen, wenn es zur Verhinderung einer kurzfristig zu erwartenden Verschlechterung der Eigenmittelausstattung oder der Liquidität erforderlich ist.</p>	<p>Zahlungen an konzernangehörige Unternehmen:</p> <p>In Krisensituationen kann die BaFin Zahlungen an konzernangehörige Unternehmen (sog. „ring fencing“) untersagen oder beschränken, wenn diese Geschäfte für das Institut (§ 46 KWG) nachteilig sind. Angeordnet werden kann auch, dass Zahlungen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind. Konzernangehörige Unternehmen sind nicht nur Unternehmen einer Instituts- oder Finanzholdinggruppe im Sinne von § 10a KWG, sondern entsprechend dem Konzern-Begriff nach HGB zu verstehen.</p>
<p>3</p>	<p>4</p>	<p>5</p>
<p>6</p>	<p>7</p>	<p>8</p>

BGH

BGH: Prospekthaftung bei ausbleibender staatlicher Förderung

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat erneut zu den Voraussetzungen der Prospekthaftung Stellung genommen: Stellt der Prospekt eine staatliche Förderung der Anlage als gesichert dar und erfolgt im Nachhinein eine solche Förderung nicht, so führt dies zur Haftung der Prospektverantwortlichen (BGH: II ZR 215/08). Der BGH gab damit den Klagen mehrerer Anleger statt. Die staatliche Förderung sei ursächlich für ihre Anlageentscheidung gewesen und die Anleger hätten vernünftig gehandelt, wenn sie bei Kenntnis von der rechtlichen Ungewissheit der staatlichen Förderung nicht in die Immobilienfonds investiert hätten.

OLG München

Ausbleiben des Platzierungserfolgs kann zu Haftung führen

Das Oberlandesgericht (OLG) München hat in seinem Urteil vom 31.03.2010 entschieden: Wenn der Vorstandsvorsitzende einer Fondsgesellschaft in einem Informationsschreiben die Kapitalanlage trotz erheblicher Verlustrisiken als konservativ darstellt und nicht darauf hinweist, dass vom angestrebten Platzierungsvolumen nur ein geringer Teil eingeworben wurde, so haftet er gegenüber den Anlegern wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung.

Ein Anleger hatte gegen den Vorstandsvorsitzenden einer Beteiligungsgesellschaft auf Schadensersatz geklagt, weil dieser in einem Informationsschreiben das Anlagekonzept so dargestellt hatte, als Sorge es für die höchstmögliche Sicherheit des eingesetzten Kapitals. Dass die Kapitaleinwerbung nur etwa 7% des angestrebten Niveaus betrug, verschwieg das Schreiben. Das OLG München verurteilte den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden zu Schadensersatz. Begründung: Er habe den Kläger über die tatsächlichen Verhältnisse des Anlagemodells in sittenwidriger Weise falsch informiert und dabei auch vorsätzlich gehandelt.

BaFin

BaFin untersagt Ankauf von Lebensversicherungen

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat einem Unternehmen den Ankauf von Lebensversicherungen untersagt, da es sich um unerlaubtes Betreiben des Einlagengeschäfts handelte. Die Aufsichtsbehörde hat die Abwicklung der unerlaubt betriebenen Geschäfte angeordnet.

Das Geschäftsmodell des Unternehmens sah vor, dass ein Rechtsanwalt als Treuhänder die Lebensversicherungen der Kunden beendete und den dem Anleger zustehenden Zahlungsanspruch geltend machte. Er nahm den Geldbetrag für den Anleger in Empfang und leitete ihn teilweise oder vollständig an das Unternehmen weiter, das eine unbedingte Auszahlung in doppelter Höhe nach Ablauf von zehn Jahren versprach.

Widerrufsbelehrung

Neue Widerrufsbelehrung ab 11.06.2010

Am 11.06.2010 tritt das „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht“ in Kraft. Bisher gültige Widerrufsbelehrungen werden dann rechtswidrig und müssen an die neue Rechtslage angepasst werden. Andernfalls drohen nicht nur kostspielige Abmahnungen, sondern die Beteiligung ist von Anfang an schwebend unwirksam und kann jederzeit durch Widerruf der Zeichnungserklärung beendet werden.

Publikationen: Interviews/Fachbeiträge/Fachbücher

Auszug Interviews

vdi-nachrichten.com vom 17.11.2009
Interview mit Björn Katzorke zum Thema
»Finanzierung mit Recht auf Genuss«

Handelsblatt.com vom 02.07.2009
Interview mit RA Björn Katzorke zum Thema
»Alternative zur Hausbank«

Creditreform, Ausgabe 7/2009
Interview mit RA Björn Katzorke zum Thema
»Die Nachfrage ist ungebrochen«

**Cash. Das Kapitalanlage-Magazin
Ausgabe März 2009**
Interview mit RA Dr. Matthias Gundel zum Thema
»Private Equity: Gesund gestützt«

Handelsblatt.com vom 13.01.2009
Interview mit RA Björn Katzorke zum Thema
»Jahresabschluss: Mit internationaler Bilanz zum Kredit«

Risiko Manager vom 29. August 2008
Interview mit RA Dr. Matthias Gundel zum Thema
»Geldwäschegesetz gilt auch für Geschlossene Fonds«

Börse Online vom 03. Juli 2008
Interview mit RA Dr. Matthias Gundel zum Thema
»Schwarze Schafe machen weiter«

AssCompact vom April 2008
Interview mit RA Dr. Matthias Gundel zum Thema
»Abgeltungssteuer und Private-Equity-Fonds«

Auszug Fachbücher

Umwandlungsrecht – Kompakt-Kommentar
unter Mitwirkung von RA Dr. Matthias Gundel
Schäffer-Poeschel Verlag
1. Auflage 2009, 1007 Seiten

Auszug Fachbeiträge

Was bringt das Anlegerstärkungsgesetz?
RA Dr. Matthias Gundel
in: finanzwelt 3/2010

Anleiheemissionen – Nutzen, Strukturierung, Emissionsprozess und Kosten
RA Dr. Matthias Gundel und RAin Christina Gundel
in: Anleihen Finder Newsletter Nr. 3/10

BGH-Urteil zu Kick-backs
RA Dr. Matthias Gundel
in: finanzwelt online Mai 2010

Regulierung ja – aber wie? Geschlossene Fonds in Zeiten der Finanzmarktkrise
RA Dr. Matthias Gundel und RAin Christina Gundel
in: GoingPublic Magazin 1/2010

Kritische Bestandsaufnahme - Das neue Prospektrecht im Praxistest
RA Dr. Matthias Gundel und RAin Christina Gundel
in: VentureCapital Magazin 11/ 2009, S. 24-25

Stärkung der Anlegerrechte durch neues Schuldverschreibungsrecht
RA Dr. Matthias Gundel und RAin Christina Gundel
in: SteuerConsultant 9/09

Quo vadis Abgeltungssteuer? - Was sie Anlegern und Unternehmen wirklich bringt
RA Björn Katzorke und RAin Christina Gundel
in: Unternehmer Edition „Steuern & Recht 2009“
Ausgabe 1/2009

GmbH-Reform 2008 (MoMiG)
RA Dr. Matthias Gundel, RA Björn Katzorke
HDS-Verlag
1. Auflage 2008, 136 Seiten



GK-law.de

Gündel & Katzorke Rechtsanwälts GmbH

Impressum:

Herausgeber

**Gündel & Katzorke
Rechtsanwalts GmbH**

Theaterplatz 9
37073 Göttingen

Tel.: +49 551 443-43

Fax: +49 551 443-30

E-Mail: info@gk-law.de

Internet: www.gk-law.de

Geschäftsführung:

**Dr. Matthias Gündel
Björn Katzorke**

Konzeption & Redaktion

Christina Gündel

Design

K1 Werbeagentur

Wilhelm-Weber-Straße 33

37073 Göttingen