

Liebe Leserinnen und Leser,

in unserer neuen Ausgabe von GK-law.de-Aktuell sind dies unsere Themen:

Gesetzgebung

AIFM-Umsetzungsgesetz: Finanzausschuss gibt grünes Licht für AIFM.

BaFin zum Investmentvermögen im KAGB: Die Aufsichtsbehörde erläutert den Schlüsselbegriff im KAGB-Entwurf.

Rechtsprechung

BGH: Beratungsgesellschaften müssen Zuverlässigkeit ihrer Berater prüfen. Bei Pflichtverstoß haftet der Vertrieb für kriminelle Eigengeschäfte seiner Handelsvertreter.

BGH zu Auskunftsrechten bei Personengesellschaft: Das Auskunftsrecht von Anlegern erstreckt sich auch auf als Treugeber beteiligte Gesellschafter.

OLG Hamm zu Sonderprüfung bei KG: Mangels gesetzlicher Grundlage ist eine Sonderprüfung nur dann zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.

OLG Rostock: Der Erwerb eigener Geschäftsanteile einer GmbH ist unzulässig, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein ausreichend freies Vermögen vorhanden ist.

Beratungspraxis

BaFin-Merkblatt: Eine Überarbeitung bringt Neues zum Tatbestand der Anlagevermittlung und in der Konsequenz zu sog. Tipp-Gebern.

Viel Spaß beim Lesen wünscht

Ihr Team von

GK-law.de – Aktuell

● Gesetzgebung	2
▪ Finanzausschuss gibt Beschlussempfehlung für AIFM-RL-Umsetzung	2
▪ BaFin nimmt Stellung zum Begriff des Investmentvermögens im KAGB-E	2
● Rechtsprechung	3
▪ BGH: Vertrieb muss Zuverlässigkeit seiner Berater prüfen	3
▪ BGH: Fondsgesellschaft muss auch über Daten mittelbarer Anleger Auskunft geben	4

- **OLG Hamm: Bestellung von Sonderprüfern in Publikums-KG unzulässig** 4
- **OLG Rostock: GmbH muss beim Kauf eigener Anteile über freies Vermögen verfügen** 5

• **Beratungspraxis** 6

- **BaFin hat Merkblatt zum Tatbestand der Anlagevermittlung überarbeitet** 6

• **Impressum, Adressänderung und Kündigung** 6

• **Gesetzgebung**

- **Finanzausschuss gibt Beschlussempfehlung für AIFM-RL-Umsetzung**

Die Abstimmung des Finanzausschusses des Bundestages über die Beschlussempfehlung des KAGB-Entwurfes, mit dem die europäische AIFM-Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt werden soll, fand letzte Woche unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Die Ergebnisse sollen aber noch im Laufe der 18. Kalenderwoche veröffentlicht werden. Für den 16. und 17. Mai 2013 ist eine zweite und dritte Lesung des Gesetzes im Deutschen Bundestag geplant. Am 7. Juni 2013 wird voraussichtlich im Bundesrat über den Gesetzesentwurf beraten.

Über den aktuellen Status des Umsetzungsprozesses auf europäischer und nationaler Ebene berichten wir in Kürze in einer neuen Ausgabe von inPuncto.

- **BaFin nimmt Stellung zum Begriff des Investmentvermögens im KAGB-E**

In einer neuen Konsultation (03/2013) legt die BaFin ausführlich dar, wie der Schlüsselbegriff des „Investmentvermögens“ aus § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB, zu definieren ist.

Laut der Begriffsbestimmung des KAGB-E ist Investmentvermögen jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist. Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen führt die BaFin u.a. folgendes aus:

- **Organismus:** unabhängig von einer bestimmten Rechtsform oder Rechtsstruktur des Investmentvermögens und von der Beteiligungsform des Anlegers (gesellschaftsrechtlich, mitgliedschaftlich oder schuldrechtlich).
- **Für gemeinsame Anlagen:** Vorliegen einer Gewinn- und einer Verlustbeteiligung der Anleger an der Wertentwicklung der Investmentgegenstände, wobei diese vertraglich begrenzt sein kann, und gleichzeitige erfolgsbezogene Ausgestaltung des Entgelts für die Kapitalüberlassung des.
- **Einsammlung von Kapital von einer Anzahl von Anlegern:** direkte oder indirekte Schritte, um bei mehr als einem Anleger Kapital zu beschaffen und um einen gemeinsamen Ertrag für die Anleger zu generieren oder die gewerbsmäßige Kommunikation zwischen dem Anlagevehikel und dem zukünftigen Anleger mit dem Ziel der Kapitalbeschaffung.
- **Festgelegte Anlagestrategie:** eine schriftlich genau festgelegte Strategie, die re-

gelt, wie das gemeinschaftliche Kapital verwaltet werden muss, damit es einen gemeinsamen Ertrag für die Anleger generiert. Gleichzeitig nennt die BaFin einige Merkmale, deren einzelnes oder kumulatives Vorliegen für eine Anlagestrategie spricht.

- **Investition zum Nutzen der Anleger:** eine Investition, die nicht zum Nutzen des eigenen Unternehmens - also etwa keine Geldaufnahme zur Finanzierung der allgemeinen Geschäftstätigkeit oder zur Absicherung von Risiken - dient.
- **Kein operativ tätiges Unternehmen:** kein Unternehmen, das Anlagen im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebes ohne Auslagerung selbst betreibt oder Güter produziert oder Rohstoffe lagert, auch wenn zusätzlich zur operativen Tätigkeit noch Investitionen getätigt werden.

Das endgültige Auslegungsschreiben wurde von der BaFin für Juni avisiert.

Rechtsprechung

- **BGH: Vertrieb muss Zuverlässigkeit seiner Berater prüfen**

Laut einem BGH-Urteil ist eine Anlageberatungsgesellschaft verpflichtet, nur solche Handelsvertreter im Rahmen der Anlageberatung zu beschäftigen, von deren Zuverlässigkeit sie sich anhand eines polizeilichen Führungszeugnisses überzeugt hat. Im Falle des Pflichtverstößes haftet die Anlageberatungsgesellschaft auch für Schäden, die Anlegern von dem einschlägig wegen Betruges vorbestraften Handelsvertreter durch den Abschluss von kriminellen Eigengeschäften zugefügt werden.

In seiner Urteilsbegründung führte der BGH aus, Vermögens- und Anlageberater hätten gegenüber den (potenziellen) Anlegern aufgrund des Kompetenz- und Informationsgefälles eine Schlüsselposition inne, die in diesem für Vermögensstrafataten anfälligen Bereich ihre Zuverlässigkeit und Integrität in besonderem Maße erfordere. Neben der notwendigen Sachkunde müsse also auch die Zuverlässigkeit der mit der Anlageberatung betrauten Person vorliegen (§ 34d Abs. 1 Satz 1 WpHG). Von einer Unzuverlässigkeit sei bei Vorbestrafung wegen eines der in § 6 WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung genannten Delikte, wie z.B. Betrug, auszugehen.

In der Konsequenz ergebe sich für Beratungsgesellschaften, die Handelsvertreter mit der Anlageberatung und -vermittlung betrauen, die Pflicht - in den Grenzen der Zumutbarkeit - Erkundigungen zu einschlägigen Vorstrafen des Handelsvertreters einzuholen. Darunter falle die Aufforderung zur Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses.

Im Falle einer Eintragung oder bei Weigerung das polizeiliche Führungszeugnis vorzulegen, dürfe der Handelsvertreter grundsätzlich nicht im Rahmen der Anlagevermittlung und -beratung eingesetzt werden.

Haftungsumfang

Grundsätzlich müsse die Anlageberatungsgesellschaft damit rechnen, dass ein einschlägig Vorbestrafter, der unter ihrem organisatorischen Dach erneut die Gelegenheit erhalte, sein bisheriges kriminelles Verhalten fortzusetzen, dies nicht nur im Hinblick auf Vermittlungsgeschäfte für das Unternehmen, sondern – unter Ausnutzung des ihm

von dem Unternehmen mit Wirkung auf potenzielle Kunden eröffneten Einfluss- und Tätigkeitsbereichs – auch im Wege von betrügerischen Eigengeschäften tun werde.

Damit seien der Anlageberatungsgesellschaft, die die Zuverlässigkeit des Handelsvertreters nicht überprüft hat, oder trotz bekannter Unzuverlässigkeit beschäftigt hat, auch dessen betrügerische Eigengeschäfte zuzurechnen.

BGH, Urteil vom 14. März 2013 (Az. III ZR 296/11)

- **BGH: Fondsgesellschaft muss auch über Daten mittelbarer Anleger Auskunft geben**

Wer sich als Anleger unmittelbar an einer Publikumsgesellschaft beteiligt, hat einen Anspruch gegen die Gesellschaft und die geschäftsführende Gesellschafterin auf Mitteilung der Namen und Anschriften auch der mittelbar über einen Treuhänder beteiligten Anleger – jedenfalls dann, wenn diese aufgrund vertraglicher Bestimmungen, insbesondere einer Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag, eine Rechtsstellung erlangt haben, die derjenigen eines unmittelbaren Gesellschafters entspricht.

Grundlage für das Auskunftsrecht sei das personengesellschaftliche Mitgliedschaftsrecht, und zwar nicht nur, was (im Falle einer GmbH & Co. KG) die direkt eingetragenen Mitkommanditisten betreffe, sondern auch die nur als Treugeber beteiligten Gesellschafter. Der Anspruch stehe auch dem Anleger zu, der selbst nur treuhänderisch beteiligt ist.

Im Rahmen eines Personengesellschaftsvertrages bestehe grundsätzlich das Recht, seinen Vertragspartner zu kennen. Dabei dürfe eine Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Beteiligung nicht stattfinden. Entsprechende Vertragsbestimmungen im Treuhandvertrag seien unwirksam. Einem Auskunftsanspruch stünde auch die abstrakte Möglichkeit der Datennutzung durch Anlegeranwälte nicht entgegen – sie verschlechtere die Rechtsstellung des Anlegers nicht, so die Bundesrichter.

Begrenzt wird das Auskunftsbegehren lediglich durch das Verbot unzulässiger Rechtsausübung gemäß § 242 BGB und das Schikaneverbot des § 226 BGB. Eine bewiesene konkrete Missbrauchsgefahr falle unter das Schikaneverbot.

BGH, Urteile vom 05.02.2013 – Az. II ZR 134/11; 136/11 (OLG München).

- **OLG Hamm: Bestellung von Sonderprüfern in Publikums-KG unzulässig**

Die Regelung der Bestellung von Sonderprüfern, § 142 AktG, findet laut eines rechtskräftigen Urteils des Oberlandesgerichtes Hamm keine analoge Anwendung auf Publikumsgesellschaften in der Rechtsform einer KG. Ein entsprechender Beschluss der Gesellschafterversammlung ist unwirksam, wenn er nicht mit der für eine Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlichen Mehrheit gefasst wurde.

§ 142 AktG sei, so das Gericht, darauf gerichtet, die Kapitalgrundlage zugunsten der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zu erhalten, indem er die Aufklärung der tatsächlichen Grundlagen von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen ihre Gründer und Verwaltungsmitglieder zum Ziel habe. Eine Analogie sei jedoch zulässig, soweit dies zur Auf-

rechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft oder zum Schutz der Kapitalanleger geboten sei.

Eine vergleichbare Interessenlage sei zu verneinen. Die Sonderprüfung sei im Aktienrecht notwendig, weil Aktionäre kein Recht darauf hätten, die Unterlagen der Gesellschaft einzusehen. Kommanditisten der KG hätten jedoch die Befugnis, die Richtigkeit des Jahresabschlusses zu prüfen und zu diesem Zweck die Bücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen (§ 166 Absatz 1 HGB).

Folglich müsse es in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage eine Regelung im Gesellschaftsvertrag über die Durchführung einer Sonderprüfung geben. Fehlt es hieran und beschließt die Gesellschafterversammlung dennoch eine Durchführung, so lasse sich dieser Beschluss zwar als Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrages auslegen, jedoch bedürfe er dafür der vorgesehenen qualifizierten Mehrheit.

OLG Hamm, Urteil vom 3. Dezember 2012 – Az. I-8 U 20/12 (LG Dortmund)

- **OLG Rostock: GmbH muss beim Kauf eigener Anteile über freies Vermögen verfügen**

Für die Frage, ob eine GmbH ausreichend freies Vermögen im Sinne des § 33 Abs. 2 GmbHG hat, ist der Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts (Kaufvertrages) maßgeblich. Dies gilt auch bei einer vereinbarten Ratenzahlung.

Im vorliegenden Fall setzte sich eine GmbH gegen die Einleitung einer Zwangsvollstreckung zur Wehr, nachdem sie vom Kläger eigene Geschäftsanteile erworben hatte. Für den Kauf war Ratenzahlung vereinbart worden. Die GmbH verfügte für die Kaufpreiszahlung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht über ausreichend freies Vermögen, das das Stammkapital überstiegen hätte.

Das Oberlandesgericht Rostock bestätigte das Urteil der Vorinstanz, wonach der Vertrag über den Kauf der Geschäftsanteile nichtig und die Zwangsvollstreckung unzulässig sei. Es komme beim Vorhandensein ausreichend freien Vermögens nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Auszahlung an, sondern auf den Zeitpunkt der Begründung der Zahlungsverpflichtung. Habe nach diesem Maßstab nicht genug ungebundenes Kapital vorgelegen, so sei der Vertrag nichtig (§ 33 Abs. 2 Satz 3 GmbH G).

Offen gelassen wurde die Frage, wie sich eine eventuelle Verbesserung der finanziellen Situation der Gesellschaft zu den Terminen niederschlägt, an denen die einzelnen Raten fällig werden. Die Revision ist beim Bundesgerichtshof anhängig (Az. VIII ZR 45/13).

OLG Rostock, Teilurteil vom 30. Januar 2013 – Az. 1 U 75/11 (LG Rostock)

• **Beratungspraxis**

▪ **BaFin hat Merkblatt zum Tatbestand der Anlagevermittlung überarbeitet**

Im Rahmen der Überarbeitung des Merkblattes wurden u.a. die Anforderungen an die erlaubnispflichtige Vermittlungstätigkeit teilweise überarbeitet. Demnach ist zunächst derjenige erlaubnispflichtig als Anlagevermittler tätig, der die Willenserklärung des Anlegers (also die Zeichnungserklärung) als Bote weiterleitet. Dabei ist unerheblich, ob die Weiterleitung physisch oder elektronisch erfolgt. Ebenso betreibt derjenige die erlaubnispflichtige Vermittlung, der ein EDV-System zur Verfügung stellt, durch das die auf den Erwerb/die Veräußerung von Finanzinstrumenten gerichtete Willenserklärung des Anlegers an potenzielle Vertragspartner weitergeleitet werden. Alternativ zu einer solchen Botentätigkeit ist auch derjenige Vermittler, der auf den Anleger bewusst und final einwirkt, um dessen Abschlussbereitschaft herbeizuführen.

Auch wurden die beispielhaften Ausführungen zu den erlaubnispflichtigen Tipp-Gebern ersatzlos gestrichen. Im Ergebnis kommt es daher nunmehr nur noch darauf an, ob der Tippgeber, die Zeichnungsunterlagen in „die Hand“ bekommt und wissentlich weiterleitet oder ob der Tippgeber den Anleger zum Vertragsschluss bewegt. Demnach ist es wieder möglich, mit erlaubnisfreien Tippgebern zu operieren, soweit diese nicht in den konkreten Erwerbsvorgang eingebunden werden.

• **Impressum, Adressänderung und Kündigung**

(c) 2013

Gündel & Katzorke
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Theaterplatz 9
D-37073 Göttingen
Tel. +49 (0) 551-789 669 0
Fax +49 (0) 551-789 669 200

E-Mail: info@gk-law.de

Internet: www.gk-law.de

Geschäftsführung: Dr. Matthias Gündel, Björn Katzorke
Sitz: Göttingen
Registergericht: Amtsgericht Göttingen HRB 200165

Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: DE250 434 519

Verantwortlich i.S.d. § 7 Nds. PresseG: Dr. Matthias Gündel, Björn Katzorke

Zuständige Kammern: Die in Deutschland zugelassene Gündel & Katzorke Rechtsanwalts-gesellschaft mbH unterliegt der Aufsicht der Rechtsanwaltskammer Braunschweig, Bruchtorwall 12, 38100 Braunschweig (<http://www.rak-braunschweig.de/>), E-Mail: [info\(at\)rak-braunschweig.de](mailto:info(at)rak-braunschweig.de).

Berufsrechtliche Regelungen der Rechtsanwälte: Berufsbezeichnung: Rechtsanwalt (Bundesrepublik Deutschland) Informationen zu den für Rechtsanwälte geltenden Re-

gelungen finden Sie auf der Internetseite der Bundesrechtsanwaltskammer unter www.brak.de/seiten/06php.

Alle Rechte vorbehalten.

Das Newsletter-Abonnement ist für Sie völlig kostenlos und unverbindlich.

Alle redaktionellen Informationen in diesem Newsletter sind sorgfältig recherchiert. Dennoch kann keine Haftung für die Richtigkeit der gemachten Angaben übernommen werden. Weiterhin ist der Herausgeber nicht für die Inhalte fremder Seiten verantwortlich, die über einen Link erreicht werden. Auch für unverlangt eingesandte Manuskripte kann keine Haftung übernommen werden.

Dieser Newsletter ist Freeware und darf - unverändert, ohne Kürzungen und inklusive dieses Impressums - weitergegeben und dupliziert werden. Das Zitieren, auch auszugsweise, ist nur unter der Quellenangabe www.gk-law.de erlaubt.

Wir wissen das Vertrauen, das unsere Leser/innen in uns setzen, zu schätzen. Deshalb behandeln wir alle Daten, die Sie uns anvertrauen, mit äußerster Sorgfalt. Mehr dazu lesen Sie auf unserer Homepage.

Für Fragen, Anregungen und Kritik wenden Sie sich bitte an die Redaktion dieses Newsletters unter der E-Mail-Adresse:

info@gk-law.de

Falls Sie sich wieder abmelden möchten, Ihre E-Mail-Adresse ummelden möchten oder Sie unwissentlich von einem Dritten angemeldet worden sind, schicken Sie eine E-Mail an:

info@gk-law.de