

## Strukturierte Finanzierungen News aus dem Bereich geschlossene Fondsgestaltungen



### **FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act)**

Am 08.02.2012 haben der Internal Revenue Service (IRS) und das US-Finanzministerium die Proposed Regulations zum FATCA veröffentlicht. Das 388 Seiten umfassende Papier liefert weitere Details zur Umsetzung der FATCA-Anforderungen und ändert teilweise Regelungen aus vorangegangenen Veröffentlichungen. Die Kernpunkte der Veröffentlichung betreffen die Erweiterung der Bestandsschutzregelung („Grandfathered Obligations“) für Altverbindlichkeiten sowie die Einführung von Übergangsregelungen für Konzernverbände („Expanded Affiliated Group“), für das Reporting sowie für die komplexe Thematik der „Passthru Payments“. Darüber hinaus sind Vereinfachungen hinsichtlich der Identifikation von US-Konten enthalten.

Im Zusammenhang mit den Proposed Regulations haben Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien und das Vereinigte Königreich sowie die USA eine gemeinsame Erklärung über eine zwischenstaatliche Vorgehensweise zur Verbesserung der Steuerehrlichkeit im grenzüberschreitenden Bereich und zur Umsetzung des FATCA veröffentlicht. Ziel ist es, durch bilaterale Vereinbarungen die FATCA-Regelungen in nationales Recht umzusetzen. Die genaue Ausgestaltung der zwischenstaatlichen Lösung bleibt abzuwarten.

### **Österreich: Stabilitätsgesetz 2012**

Das österreichische BMF hat am 17.02.2012 den Begutachtungsentwurf zum Stabilitätsgesetz 2012 versendet. In diesem Zusammenhang sind neben der neuen Immobilienertragsteuer (hierzu verweisen wir auf unsere Breaking Tax News 4/2012) insbesondere auch Änderungen bei der Umsatzsteuer geplant.

Die Option zur Steuerpflicht bei der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken soll Vermietern nur mehr zustehen, wenn der Mieter diesbezüglich zum vollen Vorsteuerabzug berechtigt ist. Dies betrifft insbesondere Vermietungen an Körperschaften öffentlichen Rechts, Banken und Versicherungen. Die Beschränkung soll grundsätzlich für alle Miet- und Pachtverhältnisse mit Laufzeitbeginn nach dem 31.03.2012 gelten. Der Vorsteuerberichtszeitraum im Zusammenhang mit Grundstücken soll von zehn Jahren auf 20 Jahre verlängert werden.

Die Begutachtungsfrist für den Gesetzentwurf endete am 27.02.2012. Die Beschlussfassung des Stabilitätsgesetzes 2012 im Parlament ist bereits für den 28.03.2012 geplant.



## Regulierung

### **Übergangsvorschriften nach § 32 VermAnlG**

Nach § 32 Abs. 1 VermAnlG gilt für Verkaufsprospekte, die vor dem 01.06.2012 bei der BaFin eingereicht werden, noch das alte Verkaufsprospektgesetz. Das neue Vermögensanlagengesetz kommt für Verkaufsprospekte zur Anwendung, die nach dem 31.05.2012 bei der BaFin eingereicht werden. Nach Ansicht der BaFin gilt dies auch für die Vorschriften zu Nachträgen und zur Erstellung des VIB. D.h. für Verkaufsprospekte, die vor dem 01.06.2012 eingereicht werden, gilt altes Nachtragsrecht und es ist kein VIB zu erstellen.

Die Übergangsvorschrift zur Rechnungslegung und Prüfung in § 32 Abs. 3 VermAnlG stellt demgegenüber nicht auf den Zeitpunkt der Prospekt einreichung, sondern darauf ab, ob die Vermögensanlage nach dem 01.06.2012 öffentlich angeboten wird. Für Alt-Emitenten, d.h. für Fonds, die noch nach altem Recht prospektiert wurden, bedeutet dies, dass sie die Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften des VermAnlG zukünftig zu beachten haben, falls die Platzierung über den 01.06.2012 andauert. Die Pflichten treffen dabei nur den Emittenten selbst. Bei Doppelstockmodellen bedeutet dies, dass Objektgesellschaften und Gesellschaften weiterer Ebenen nicht den Rechnungslegungs- und Prüfungspflichten unterliegen werden.

## Rechtsprechung

### **Wirtschaftsrecht**

#### **Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die BGH-Rechtsprechung zu Rückvergütungen und Innenprovisionen**

*BVerfG-Beschluss v. 08.12.2011 1 BvR 2514/11 (BKR 2012, 23; DB 2012, 341; NJW 2012, 443)*

Die Verfassungsbeschwerde betrifft eine zivilrechtliche Auseinandersetzung über die Haftung einer Bank aus Anlageberatung wegen geltend gemachter Aufklärungspflichtver-

letzungen im Zusammenhang mit sog. Rückvergütungen aus den Jahren 2003 und 2004. Die Beschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, da ihr keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukomme.

Das BVerfG sieht keine unzulässige Ungleichbehandlung in der vom BGH vorgenommenen Differenzierung der Fallgruppe verdeckter Rückvergütungen gegenüber Innenprovisionen. Die Ungleichbehandlung sei sachlich gerechtfertigt, da die Aufklärungspflichten unterschiedlichen Zwecken dienen. Die vom BGH statuierte Aufklärungspflicht über Rückvergütungen unabhängig von deren Höhe bezwecke, einer Fehlvorstellung des Anlegers über die Neutralität der Beratungsleistung zu begegnen. Die zur Rechtslage vor dem 01.07.2005 vertretene Auffassung des BGH, im Prospekt eines Fonds seien Angaben zu Innenprovisionen erst bei Überschreiten einer Schwelle von 15% des Beteiligungskapitals geschuldet, verfolge demgegenüber den – abweichenden – Zweck, Fehlvorstellungen des Anlegers über die Werthaltigkeit und Rentabilität der Anlage zu begegnen.

Ebenso wenig bedenklich sei die Ungleichbehandlung der Anlageberatung durch Banken gegenüber jener durch freie, nicht an eine Bank gebundene Anlageberater, die vom Kunden selbst keine Provisionen erhalten. Insofern bestünden bei den Kunden typischerweise unterschiedliche Erwartungshaltungen.

#### **Kommanditbeteiligung mit Ausschüttungsgarantie als Einlagengeschäft**

*OLG Schleswig-Holstein, Urteil v. 21.12.2011 9 U 57/11*

Das OLG Schleswig-Holstein hat entschieden, dass ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 KWG auch dann vorliegt, wenn neben einer Kommanditbeteiligung parallel eine unbedingte Ausschüttungsgarantie vereinbart und bei den Anlegern nicht der Eindruck einer unternehmerischen Beteiligung an der Wertentwicklung der Kommanditbeteiligung, sondern der Eindruck einer verlustsicheren Geldanlage mit Mindestrendite erweckt wird.

#### **Prospekthaftung bei fehlender Gestattung des Verkaufsprospektes durch die BaFin**

*OLG München, Urteil v. 02.11.2011 20 U 2289/11*

Das OLG München hat entschieden, dass die Haftung bei fehlendem Prospekt nach § 13a VerkProspG auch dann greift, wenn es zwar einen Prospekt gibt, aber dessen Veröffentlichung gesetzeswidrig nicht gemäß § 8i Abs. 2 VerkProspG von der BaFin gestattet wurde. Die Haftung sei verschuldensunabhängig.



Die Ausnahme von der Prospektspflicht bei nicht mehr als 20 angebotenen Anteilen „derselben Vermögensanlage“ gemäß § 8f Abs. 2 Nr. 3 VerkProspG ist nach Ansicht des OLG nicht anwendbar, wenn insgesamt mehr als 20 Anteile an verschiedenen geschlossenen Fonds angeboten werden, es jedoch bei wirtschaftlicher Betrachtung um dieselbe Anlage geht (zur Urteilsbesprechung vgl. auch weiter unten).

Gegen diese Entscheidung wurde Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) zum BGH (Az.: II ZR 268/11) eingelegt.

#### **Gründungsgesellschafter müssen auf einschlägige Vorstrafen einer mit der Gestaltung des Anlagemodells betrauten Person hinweisen**

*Kammergericht, Urteil v. 06.09.2011 19 U 68/11 (WM 2012, 127)*

Die Gründungsgesellschafter einer Publikumskommanditgesellschaft haben nach Ansicht des Kammergerichts beitretende Anleger über Vorstrafen einer Person (u.a. wegen Betrugs) zu unterrichten, die auf das Geschäftsgebaren und die Gestaltung des Anlagemodells entscheidenden Einfluss ausübt, sofern es sich dabei um zahlreiche, zumindest zum Teil einschlägige Straftaten handelt. Denn daraus ließen sich Rückschlüsse auf die persönliche Unzuverlässigkeit dieser Person ziehen.

#### **Einkommensteuer**

##### **Passiver Rechnungsabgrenzungsposten bei Beratungsleistungen**

*FG Köln, Urteil v. 19.10.2011 10 K 2381/10 – rechtskräftig (EFG 2012, 105)*

Das FG Köln hat entschieden, dass ein Berater, der für die Vermittlung von Leasingverträgen ein bei Abschluss des einzelnen Leasingvertrags fälliges Honorar erhält, dann einen passiven RAP bilden muss, wenn er während

der Grundmietzeit verpflichtet ist, ohne zusätzliches Entgelt weitere Beratungsleistungen zu erbringen.

Dabei weist das FG darauf hin, dass es der Bildung eines passiven RAP nicht entgegensteht, wenn unklar ist, welchen Umfang die zu erbringenden Beratungsleistungen in den einzelnen Jahren haben.

#### **Verfassungsmäßigkeit der Zinsschrankenregelung ernstlich zweifelhaft**

*FG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 13.10.2011 12 V 12089/11*

Das FG Berlin-Brandenburg hat in seinem Beschluss ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Zinsschrankenregelung der §§ 4h EStG, 8a KStG geäußert. Diese beschränke die steuerliche Abziehbarkeit des Zinsaufwands und sei ein Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip (a.A. FG München, Beschlüsse v. 01.07.2010 1 V 272/09 und v. 01.06.2011 7 V 822/11).

Das FG Berlin-Brandenburg hat die Beschwerde zum BFH zugelassen.

#### **Begriff der nahestehenden Person i.S.d. § 32d Abs. 2 EStG**

*Niedersächsisches FG, Urteil v. 06.07.2011 4 K 322/10 – Rev. eingelegt (Az. des BFH: VIII R 31/11) (EFG 2012, 242)*

Der gesonderte Steuertarif nach § 32d Abs. 1 EStG (Abgeltungssteuer) gilt nicht für Erträge aus Kapitalüberlassungen an Kapitalgesellschaften, wenn sie einer einem wesentlich beteiligten Anteilseigner nahestehenden Person zufließen. Das Niedersächsische FG hatte sich vorliegend mit der Frage zu beschäftigen, nach welchen Kriterien das Vorliegen eines solchen Näheverhältnisses bestimmt werden kann.

Das FG weist ausdrücklich darauf hin, dass der Begriff der nahestehenden Person nicht – wie in der Literatur zum Teil vertreten wird – in Anlehnung an die Begriffsbildung des § 1 Abs. 2 AStG bestimmt werden kann, sondern im Hinblick auf den Gesetzeszweck ermittelt werden müsse. Entscheidend für das Vorliegen eines Näheverhältnisses sei daher die Aufhebung oder Einschränkung des zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer üblicherweise bestehenden Interessengegensatzes.



### ***Ermittlung des GewSt-Messbetrags für Zwecke des § 35 EStG bei Tonnagebesteuerung***

*Niedersächsisches FG, Urteil v. 24.05.2011 12 K 160/10 – Rev. eingelegt (Az. des BFH: IV R 27/11) (EFG 2012, 245)*

Bei Mitunternehmerschaften gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG ist der Betrag des GewSt-Messbetrags, die tatsächlich zu zahlende GewSt und der auf die einzelnen Mitunternehmer entfallende Anteil gesondert und einheitlich festzustellen. Dieser Bescheid ist Grundlagenbescheid für die Ermittlung der Steuerermäßigung nach § 35 Abs. 1 EStG.

Wie das niedersächsische FG ausführt, darf auf den Gewinn i.S.d. § 5a EStG § 35 EStG nicht angewandt werden. Indes sei geklärt, dass sich § 5a Abs. 5 S. 2 EStG nicht auf Sondervergütungen i. S. von § 5a Abs. 4a S. 3 EStG bezieht. Der von der Tarifvergünstigung ausgenommene Betrag sei lediglich die Tonnagegewinnpauschale nach § 5a Abs. 1 EStG.

Das FG ist der Auffassung, dass bei Ermittlung des GewSt-Messbetrags für Zwecke der Steuerermäßigung gemäß § 35 EStG das sog. Meistbegünstigungsprinzip auch beim Zusammentreffen der Tonnagegewinnpauschale gemäß § 5a Abs. 1 EStG i.V.m. § 5a Abs. 5 S. 2 EStG und den begünstigten Sondervergütungen gemäß § 5a Abs. 4a Satz 3 EStG gilt.

Das Niedersächsische FG hat diesbezüglich entschieden, dass der Freibetrag gemäß § 11 Abs. 1 GewStG zunächst von dem nicht begünstigten Teilbetrag und erst dann von dem begünstigten Teilbetrag abzuziehen ist, so dass der nach § 35 EStG begünstigte GewSt-Messbetrag höher ist.

### **Umsatzsteuer**

#### ***Vorsteuerberichtigung bei Verkauf eines unvermieteten Grundstücks***

*Thüringer FG, Urteil v. 09.12.2010 2 K 156/07 – rechtskräftig (DStRE 2012, 178)*

Die Übertragung eines vermieteten Grundstücks erfüllt nach Ansicht des BFH in der Regel den Tatbestand einer Geschäftsveräußerung i.S.d. § 1a Abs. 1a UStG. Fehlt es demgegenüber an einer bestehenden Vermietung oder Verpachtung, liegt kein „Geschäftsbetrieb“ und folglich keine Geschäftsveräußerung i.S.d. § 1 Abs. 1a UStG vor. Die Übertragung eines nicht vermieteten Grundstücks führe grundsätzlich nicht zu einer Übertragung eines Unternehmens, mit dem eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann.

Diesen in der Rechtsprechung des BFH entwickelten Grundsätzen folgt das Thüringer FG, was im Streitfall dazu führte, dass wegen der nicht vorhandenen Mietverträge eine Geschäftsveräußerung i. S. des § 1 Abs. 1a UStG ausscheidet. Das FG setzte sich in der Urteilsbegründung ausführlich mit Argumenten auseinander, die gegen dieses Ergebnis sprechen und weist insbesondere auf die umstrittene Problematik einer Geschäftsveräußerung im Ganzen im Zusammenhang mit teilweise vermieteten Grundstücken hin. In diesem Zusammenhang habe der BFH ausdrücklich offengelassen, ob eine Geschäftsveräußerung auch dann anzunehmen sein kann, wenn im Verhältnis zur Gesamtgröße nur unwesentliche Flächen vermietet werden, wobei ebenfalls offen geblieben ist, was unwesentliche Flächen sein sollen und wo der Unterschied dazu liegt, dass sämtliche Flächen nicht vermietet, aber für die Vermietung bestimmt sind.

### **Erbschaftsteuer**

#### ***Anrechnung nachträglich entstandener ausländischer Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer nach § 21 Abs. 1 ErbStG***

*FG Köln, Urteil v. 29.06.2011 9 K 2690/09 – rechtskräftig (EFG 2012, 152)*

Die Entscheidung beschäftigt sich mit der bislang höchstrichterlich noch nicht geklärten Frage, ob eine Anrechnung ausländischer Erbschaftsteuer entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift des § 21 Abs. 1 S. 4 ErbStG nur dann in Betracht kommt, wenn die deutsche nach der ausländischen Erbschaftsteuer entsteht, oder ob die Vorschrift im Wege der Rechtsfortbildung dahingehend erweitert werden kann, dass eine Anrechnung auch im umgekehrten Fall zu erfolgen hat.





Das FG Köln hat diesbezüglich entschieden, dass eine Anrechnung grundsätzlich möglich ist, solange der Grundsatz zeitnaher Steuerentstehung in Gestalt des Fünfjahreszeitraums gewahrt bleibt. Darüber hinaus trete ein aus mehreren Teilelementen bestehendes rückwirkendes Ereignis i.S.d. § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO – hier die Zahlung einer ausländischen Steuer – erst mit Verwirklichung des letzten Teilelements ein.

Das FinMin. Baden-Württemberg hat sich der Entscheidung des FG Köln in einem Erlass vom 22.12.2011 3-S383.1/5 (DStR 2012, 136) angeschlossen.

#### **Grunderwerbsteuer** **Unzulässige Doppelbelastung aus Grunderwerb- und Umsatzsteuer für Empfänger von Bauerrichtungsleistungen**

*Niedersächsisches FG, Urteil v. 26.08.2011 7 K 192/09 7 K 193/09 (BB 2012, 477)*

Das Niedersächsische FG hat entschieden, dass ein Bauerrichtungsvertrag, der im Zusammenhang mit dem Erwerb eines unbebauten Grundstücks abgeschlossen wird und der für den Bauherrn eine Umsatzsteuerbelastung auslöst, regelmäßig nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt. Das Niedersächsische FG lehnt die Rechtsprechung des II. Senats des BFH zum einheitlichen Vertragswerk ab und sieht darin eine verfassungswidrige und gemeinschaftsrechtswidrige Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer.

Wie das Niedersächsische FG ausführt, folgt es insofern der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Umsatzsteueresenate des BFH, nach der noch auszuführende Bauleistungen in der Regel nicht mit Lieferungen von unbebauten Grundstücken zu einheitlichen Leistungsgewegen zusammengefasst werden. Dagegen lehnt das Niedersächsische FG die anderslautende, steuerverschärfende Rechtsprechung des für die Grunderwerb-

steuer zuständigen Senats des BFH ab, da diese Rechtsprechung zum „einheitlichen“ Vertragswerk seines Erachtens gegen das Grunderwerbsteuergesetz, gegen die Einheit der Steuerrechtsordnung, gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot und gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt.

Die Revision zum BFH wurde zugelassen mit der Anregung, die Rechtssache dem Großen Senat des BFH zur Sicherung einer einheitlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung vorzulegen.

#### **Finanzverwaltungsanweisungen**

##### **Einkommensteuer**

##### **Verlustzuweisung bei vermögensverwaltenden Gesellschaften**

*OFD Frankfurt/M., Rundverfügung v. 10.11.2011 – S 2253 A – St 213 (DB 2011, 145)*

Die Vertreter der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder haben die Frage erörtert, ob einem Steuerpflichtigen, der einer vermögensverwaltenden Gesellschaft nach dem Jahr ihres Entstehens beiträgt, über seinen Gesellschaftsanteil hinaus ein Anteil an den Einkünften zugewiesen werden kann (sog. Vorabzurechnung von Verlusten).

Sie sind der Auffassung, dass die von der Rechtsprechung für gewerbliche Personengesellschaften grundsätzlich mögliche abweichende Verlustverteilung – insbesondere im Hinblick auf die begriffliche Annäherung von Werbungskosten und Betriebsausgaben (Veranlassungsprinzip) – bei vermögensverwaltenden Gesellschaften entsprechend angewendet werden kann. Dabei träten an die Stelle der bei gewerblich tätigen Personengesellschaften für die steuerliche Anerkennung einer derartigen Gewinn- und Verlustverteilungsabrede geforderten betrieblichen Veranlassung grundstücksbezogene, wirtschaftlich vernünftige Gründe (vgl. R 21.6 S. 1 und 2 EStR). Diese lägen im Fall der vermögensverwaltenden Gesellschaft vor, wenn bzw. weil es im Interesse der Altgesellschafter und damit auch im Interesse der vermögensverwaltenden Gesellschaft liegt, dass die Altgesellschafter auf Verlustzuweisungen zugunsten neuer Gesellschafter verzichten, um hierdurch einen Anreiz für den Beitritt neuer Gesellschafter und damit einen Anreiz zur Zuführung neuen Kapitals zu schaffen. Eine von den Gesellschaftsanteilen abweichende Verteilung der Einkünfte soll jedoch auf Geschäftsvorfälle (Einnahmen/Ausgaben) beschränkt sein, die nach dem Eintritt des betreffenden Gesellschafters verwirklicht werden und setzt eine entsprechende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag zu Beginn des Kalenderjahres voraus.



#### **Umsatzsteuer**

##### ***Übertragung von Gesellschaftsanteilen als Geschäftsveräußerung im Ganzen***

*BMF v. 03.01.2012 IV D 2 – S 7100-b/11/10001 (WpG 3/2012, 163)*

Das BMF bezieht sich auf ein Urteil des BFH v. 27.01.2011 (V R 38/09), in dem sich der BFH zum Vorliegen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen geäußert hat. Laut BMF wird bei der Veräußerung eines bloßen Gesellschaftsanteils kein hinreichendes Ganzes übertragen, das dem Erwerber allein die Fortsetzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten unternehmerischen Tätigkeit ermöglicht. Auf die Höhe der Beteiligung kommt es dabei nicht an. Erst wenn der Erwerber in Rechtsverhältnisse eintritt, durch die das Halten der Beteiligung beim Veräußerer als unternehmerisch veranlasst anzusehen war, wird ein zur Fortführung eines Geschäftsbetriebs hinreichendes Ganzes übertragen.

#### **Erbschaftsteuer**

##### ***Verwaltungsvermögen bei Beteiligungen an einer vermögensverwaltenden, nicht gewerblich geprägten Gesellschaft***

*LfSt Bayern, Verfügung v. 24.11.2011 S 38 12b.1.1-3 St 34*

Befindet sich am Bewertungsstichtag eine Beteiligung an einer vermögensverwaltenden, nicht gewerblich geprägten Personengesellschaft im Vermögen des übertragenden Betriebs bzw. der Gesellschaft, sind entsprechend dieser Verfügung die anteiligen Wirtschaftsgüter der vermögensverwaltenden Gesellschaft im Rahmen der Durchführung des Verwaltungsvermögensstests gemäß § 13b Abs. 2 S. 4 ErbStG beim übertragenden Betrieb bzw. der Gesellschaft zu berücksichtigen.

#### **Aufsätze**

##### ***Die Ausweitung der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung durch das „Rupert Scholz“-Urteil des BGH***

*(Lars Klöhn, WM 2012, 97)*

##### ***Prospektbegriff und Prospektverantwortlichkeit – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.11.2011 III ZR 103/10***

*(Truls Hebrant, DB 2012, 273)*

Beide Autoren setzen sich in ihren Aufsätzen ausführlich mit dem Urteil des BGH zur Prospektverantwortung eines früheren Spitzenpolitikers aufgrund seiner (werbenden) Aussagen im Rahmen eines Zeitungsinterviews auseinander (BGH-Urteil v. 17.11.2011 III ZR103/10; vgl. Strukturierte Finanzierungen 1/2012).

Klöhn stimmt der Entscheidung, welche die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung sowohl in personeller (Prospektverantwortung) als auch in sachlicher Hinsicht (Prospektbegriff) in erheblichem Umfang erweitert, in vollem Umfang zu und nimmt eine dogmatische Würdigung vor. Darüber hinaus beleuchtet er einige Folgefragen der neuen Rechtsprechung zum Prospektbegriff und zur Prospektverantwortlichkeit von Werbeträgern.

##### ***Verschuldensunabhängige Haftung bei fehlendem Prospekt trotz Abstimmung mit der BaFin?***

*(Bastian Bongertz, BB 2012, 470)*

##### ***Keine Umgehung der Prospektspflicht für geschlossenen Fonds durch künstliche Aufteilung in mehrere Klein-Fonds***

*(Konrad Rusch, GWG 2011, 574)*

Wie Bongertz zum Sachverhalt des Urteils des OLG Münchens v. 02.11.2011 20 U 2289/11 (vgl. dazu weiter oben) ausführt, hatten die Beklagten vor Prospektveröffentlichung durch ihren rechtlichen Berater zuvor bei der BaFin angefragt, ob dieser Fonds ohne Gestattung der Veröffentlichung des Prospekts angeboten werden dürfe und hierauf eine positive (allerdings nur mündliche) Antwort erhalten. Die Beklagten hätten daher keine Veranlassung gesehen, dennoch eine Gestattung des Prospekts herbeizuführen.

Die Rechtsauffassung des OLG führt nach Ansicht des Autors zu dem bedenklichen Ergebnis, dass Initiatoren und Anbieter gegenüber ihren Anlegern trotz Einholung umfassenden Rechtsrats und Abstimmung mit der BaFin allein schon deswegen nach § 13a VerkProspG haften können, weil die BaFin einen Prospekt entgegen der späteren Auffassung eines Gerichts für nicht gestattungsbedürftig ansah. Bongertz erachtet das Urteil hinsichtlich seiner Ausführungen zur Prospekthaftung für nicht haltbar.



Rusch erörtert in seiner Urteilsanmerkung die verschuldensunabhängige Haftung im Zusammenhang mit § 13a VerkProspG, bei der ein Kausalitätsnachweis zwischen Gesetzesverletzung und Beteiligung an dem Fonds entbehrlich sei. Beides sei in der Literatur mit beachtlichen Argumenten umstritten. Ebenso umstritten sei die vom OLG ohne Begründung bejahte Frage, ob die Prospektveröffentlichung ohne BaFin-Gestattung gemäß Wortlaut und Sinn und Zweck tatbestandlich die Haftung gemäß § 13a VerkProspG auslösen kann. Das OLG gehe auf diese Diskussionen mit keinem Wort ein.

#### ***Beratung und Beratungshaftung von Banken im Lichte der Pilotentscheidungen zu Lehman-Zertifikaten***

*(Stephan Bausch, NJW 2012, 354)*

Mit seinen Urteilen v. 27.09.2011 hat der XI. Zivilsenat des BGH die Revisionen von Anlegern, die in sogenannte Lehman-Zertifikate investiert hatten und die nach der Insolvenz der Investmentbank Lehman Brothers weitestgehend wertlos geworden waren, zurückgewiesen.

Wie der Autor ausführt, steht im Mittelpunkt dieser beiden Verfahren die Frage, ob beratende Banken ihre Kunden über das mit der Anlage verbundene allgemeine Emittentenrisiko und darüber hinaus über ein speziell Lehman Brothers betreffendes konkretes Insolvenzrisiko hätten aufklären müssen. Weiterer zentraler Diskussionspunkt war die Frage der Offenlegung eigener Ertragsinteressen der beratenden Bank. Eine Pflicht zur Aufklärung über ein konkretes Emittentenrisiko und eigene Ertragsinteressen hat der XI. Zivilsenat in beiden Verfahren verneint. Demgegenüber müsse eine beratende Bank grundsätzlich über das allgemeine Emittentenrisiko aufklären. Der Autor analysiert diese beiden Piloturteile und untersucht, inwieweit sie auf die noch rechtshängigen Lehman-Fälle und andere Beratungshaftungsfälle übertragbar sind.

#### ***Rechtsfolgen, Gestaltungsmöglichkeiten und prozessuales Vorgehen bei Mietflächenabweichungen***

*(Nico R. Skusa, NJW 2012, 184)*

Die Miete einer Immobilie orientiert sich – neben anderen Faktoren wie Lage, Zustand und Ausstattung – vor allem an der Fläche des vertragsgegenständlichen Objekts. Der Autor führt aus, dass nicht zuletzt das stets steigende Mietniveau zu einer zunehmenden Anzahl rechtlicher Auseinandersetzungen zwischen Mietern und Vermietern wegen etwaiger Flächenabweichungen führt.

Der Aufsatz legt dar, wie eine Flächenabweichung zu ermitteln ist, zu welchen rechtlichen Konsequenzen sie führt, welche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen und welche prozessualen Schritte geboten sind, um Rechtssicherheit herbeizuführen.

#### ***Steuersatzänderungen in der MwSt im EU-Ausland***

*(Ronny Langer, IWB 1/2012, 5)*

Der Autor gibt einen Überblick über aktuelle Steuersatzerhöhungen im Bereich der MwSt in einigen Mitgliedstaaten der EU.

# Ihr Ansprechpartner

## Ihre Redaktion

Dr. Claudia Pischetsrieder, Tel: +49 (0)89 29036 8424, [cpischetsrieder@deloitte.de](mailto:cpischetsrieder@deloitte.de)

## Hinweis

Bitte schicken Sie eine E-Mail an [cpischetsrieder@deloitte.de](mailto:cpischetsrieder@deloitte.de), wenn Sie Fragen zum Inhalt haben, wenn dieser Newsletter an andere oder weitere Adressen geschickt werden soll oder Sie ihn nicht mehr erhalten wollen.

**Für weitere Informationen besuchen Sie unsere Webseite auf [www.deloitte.com/de](http://www.deloitte.com/de)**

Die Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als verantwortliche Stelle i.S.d. BDSG und, soweit gesetzlich zulässig, die mit ihr verbundenen Unternehmen nutzen Ihre Daten im Rahmen individueller Vertragsbeziehungen sowie für eigene Marketingzwecke. Sie können der Verwendung Ihrer Daten für Marketingzwecke jederzeit durch entsprechende Mitteilung an Deloitte, Business Development, Kurfürstendamm 23, 10719 Berlin, oder [kontakt@deloitte.de](mailto:kontakt@deloitte.de) widersprechen, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Diese Veröffentlichung enthält ausschließlich allgemeine Informationen und weder die Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft noch Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), noch eines der Mitgliedsunternehmen von DTTL oder eines der Tochterunternehmen der vorgenannten Gesellschaften (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Veröffentlichung professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Unternehmensberatung, Finanzen, Investitionen, Recht, Steuern oder in sonstigen Gebieten.

Diese Veröffentlichung stellt keinen Ersatz für entsprechende professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen dar und sollte auch nicht als Grundlage für Entscheidungen oder Handlung dienen, die Ihre Finanzen oder Ihre geschäftlichen Aktivitäten beeinflussen könnten. Bevor Sie eine Entscheidung treffen oder Handlung vornehmen, die Auswirkungen auf Ihre Finanzen oder Ihre geschäftlichen Aktivitäten haben könnte, sollten Sie einen qualifizierten Berater aufsuchen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die irgendjemand im Vertrauen auf diese Veröffentlichung erlitten hat.

Deloitte erbringt Dienstleistungen aus den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Consulting und Corporate Finance für Unternehmen und Institutionen aus allen Wirtschaftszweigen. Mit einem weltweiten Netzwerk von Mitgliedsgesellschaften in mehr als 150 Ländern verbindet Deloitte herausragende Kompetenz mit erstklassigen Leistungen und steht Kunden so bei der Bewältigung ihrer komplexen unternehmerischen Herausforderungen zur Seite. „To be the Standard of Excellence“ – für rund 182.000 Mitarbeiter von Deloitte ist dies gemeinsame Vision und individueller Anspruch zugleich.

Deloitte bezieht sich auf Deloitte Touche Tohmatsu Limited, eine „private company limited by guarantee“ (Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht), und/oder ihr Netzwerk von Mitgliedsunternehmen. Jedes dieser Mitgliedsunternehmen ist rechtlich selbstständig und unabhängig. Eine detaillierte Beschreibung der rechtlichen Struktur von Deloitte Touche Tohmatsu Limited und ihrer Mitgliedsunternehmen finden Sie auf [www.deloitte.com/de/UeberUns](http://www.deloitte.com/de/UeberUns).

© 2012 Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Stand 02/2012