



Strukturierte Finanzierungen

Newsletter Sachwertinvestitionen
und Investmentvermögen

Der Newsletter aus dem Bereich Strukturierte Finanzierungen informiert in regelmäßigen Abständen über ausgewählte praxisrelevante Aspekte rund um Sachwertinvestitionen und Investmentvermögen. Er gibt einen Überblick über die

Regulierung betreffende Entwicklungen, die jüngste Rechtsprechung und wichtige Finanzverwaltungsanweisungen. Themenbezogene Aufsätze als Auszug aus der veröffentlichten Literatur runden den Überblick ab. [➤](#)

Verabschiedung IDW S 4

Der vom Investmentfachausschuss (IVFA) am 24.05.2016 verabschiedete IDW Standard: Grundsätze ordnungsmäßiger Begutachtung der gesetzlichen Verkaufsunterlagen von Alternativen Investmentfonds (IDW S 4) wurde vom Hauptfachausschuss (HFA) des IDW am 14.06.2016 billigend zur Kenntnis genommen. Der Standard hat im Vergleich zu dem Entwurf vom 31.08.2015 einige Änderungen erfahren. Insbesondere wurde der Anwendungsbereich des IDW S 4 auf Spezial-AIF erweitert, womit nunmehr auch die Informationsdokumente nach § 307 Abs. 1 und 2 KAGB erfasst sind. Umformuliert wurden die Angaben zum Adressaten des Gutachtens. Entsprechend Tz. 10 des IDW S 4 sind Adressaten des Gutachtens die Auftraggeber, welche zumindest mit den für die gesetzlichen Verkaufsunterlagen Verantwortlichen identisch sind, die den Wirtschaftsprüfer mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt haben. Verantwortliche sind dabei die KVG sowie evtl. weitere Initiatoren. Der Anleger ist entsprechend der Entwurfsfassung des IDW S 4 nicht Adressat des Gutachtens.

Während die bisherige Entwurfsfassung des IDW S 4 in Tz. 11 zwischen der sog. formalen und der materiellen Vollständigkeit unterschied, wird diese Differenzierung in der neu gefassten Tz. 12 des IDW S 4 nicht mehr getroffen. Entsprechend Tz. 12 hat der Wirtschaftsprüfer aufgrund des gesetzlich geregelten Vertriebszulassungsverfahrens von der Vollständigkeit der gesetzlichen Verkaufsunterlagen bzw. der Übereinstimmung mit den Mindestanforderungen nach dem KAGB auszugehen. Auftragsgemäß wird durch den Wirtschaftsprüfer die Vollständigkeit der gesetzlichen Verkaufsunterlagen nicht begutachtet, da diese bereits Gegenstand des Vertriebszulassungsverfahrens durch die BaFin ist. Im Vergleich zu der Entwurfsfassung unverändert blieb die sog. Berichtspflicht des Wirtschaftsprüfers, wonach dieser über Tatsachen und Umstände, die unzutreffend nicht in den Verkaufsunterlagen enthalten sind, zu berichten hat.

Im Zusammenhang mit der Auftragsannahme wurde Tz. 24, 7. Bullet-Point durch die Einfügung des Wortes „werblich“ dahingehend eingeschränkt, dass nicht mehr jeglicher Hinweis auf das Vorliegen des Gutachtens bzw. das Tätigwerden des Wirtschaftsprüfers unzulässig ist, sondern der Hinweis lediglich nicht „werblich“ sein darf.

Der vollständige Wortlaut des IDW Standard: Grundsätze ordnungsmäßiger Begutachtung der gesetzlichen Verkaufsunterlagen von Alternativen Investmentfonds (IDW S 4) wurde im Magazin „IDW Life“ in der Septemberausgabe 2016 (IDW Life, 09.2016, 813) abgedruckt. Ein kurzer schematischer Überblick über die Funktionsweise, Zusammenhänge und Zuständigkeiten des IDW S 4 wird in der 18. Ausgabe der WPg (18.2016, 1030) gegeben.

Regulierung

Veröffentlichung eines Entwurfs für das Zweite Finanzmarktnovellierungsgesetz (2. FiMaNoG)

Das Bundesministerium der Finanzen hat am 29.09.2016 einen Entwurf für das zweite FiMaNoG zur Konsultation gestellt ([Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte](#)). Mit dem Gesetz werden die überarbeitete Finanzmarkttrichtlinie (MiFID II) und die begleitende Verordnung (MiFIR) sowie zwei weitere EU-Verordnungen ([Verordnung zur Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften](#) und [Benchmarkverordnung](#)) in nationale Regelungen umgesetzt. Dabei werden im Wesentlichen das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) und die entsprechenden Verordnungen geändert (vgl. auch [Strukturierte Finanzierungen, Ausgaben 3/2016, 2/2016, 1/2016](#) und [5/2015](#)).

Das WpHG wird an die geänderten Verhaltens- und Organisationspflichten aus der MiFID-II-Richtlinie angepasst. Der bisherige § 31 WpHG wird zu § 55 WpHG-Entwurf und teilweise neu gefasst. Während bisher in § 31 Abs. 1 Nr. 1 WpHG geregelt war, dass Wertpapierdienstleistungen „mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit“ im Interesse der Kunden erbracht werden müssen, sollen diese nunmehr „ehrlich, redlich und professionell“ im bestmöglichen Interesse der Kunden erbracht werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 WpHG-Entwurf).



§ 55 Abs. 2 WpHG-Entwurf enthält Regelungen zur Mitarbeitervergütung von Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die nicht mit der Pflicht des Unternehmens kollidieren darf, im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln. Insbesondere dürfen durch die Vergütung keine Anreize gesetzt werden, ein bestimmtes Finanzinstrument zu empfehlen, obwohl das Wertpapierdienstleistungsunternehmen dem Privatkunden ein anderes Finanzinstrument anbieten könnte, das seinen Bedürfnissen besser entspricht. Der bisherige Absatz 2 des § 31 WpHG wird zu Absatz 5 WpHG-Entwurf, wobei die Grundsätze, wonach Werbemitteilungen redlich, eindeutig und nicht irreführend sein müssen, bestehen bleiben.

In § 55 Abs. 11 WpHG-Entwurf wird die sog. Geeignetheitserklärung geregelt, die das bisherige Beratungsprotokoll ersetzt. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das Anlageberatung erbringt, muss dem Privatkunden auf einem dauerhaften Datenträger vor Ausführung des Geschäfts eine Erklärung über die Geeignetheit der Empfehlung zur Verfügung stellen. Darin muss die erbrachte Beratung genannt und erläutert werden, wie sie auf die Präferenzen, Anlageziele und sonstige Merkmale des Kunden abgestimmt wurde.

Die Konsultationsfrist für das Gesetzesvorhaben endet am 28.10.2016.

PRIIPs-Verordnung – Stand des Verfahrens

Das EU-Parlament hat am 14.09.2016 die von den ESAs erarbeitete und von der EU-Kommission am 30.06.2016 angenommene [Delegierte Verordnung zu PRIIPs](#) (Level-2-VO) abgelehnt und die EU-Kommission aufgefordert, ihr Vorschlagsrecht bzgl. einer Verschiebung der PRIIPs-VO auszuüben. Auch der Rat hat sich am 21.09.2016 für eine Verschiebung eingesetzt. Soweit es zu keiner Verschiebung kommt, wäre grds. ab 31.12.2016 ein PRIIPs-KID zur Verfügung zu stellen. Für Investmentvermögen, die wesentliche Anlegerinformationen erstellen (wAI), würde eine Übergangsvorschrift bis zum 31.12.2019 gelten. Sollte es zu keiner Verschiebung kommen, wären sog. „Altfonds“ ggf. verpflichtet, ab 01.01.2017 ein PRIIPs-KID zur Verfügung zu stellen. Der Sachwerteverband bsi hat eine Anfrage an die EU-Kommission gestellt mit der Bitte um Klarstellung, dass die Vermittlung von Altfonds-Beteiligungen am sog. „Zweitmarkt“ nicht als „Handel an Sekundärmärkten“ im Sinne der PRIIPs-VO zu verstehen ist. Eine Antwort steht bislang noch aus.

BaFin: Neue Formulare für Geschäftsleiter/Aufsichtsorgane

Die BaFin hat am 08.08.2016 aktualisierte Fragebögen veröffentlicht, mit denen Kapitalverwaltungsgesellschaften folgende Sachverhalte anzeigen müssen:

- [Angaben zur Zuverlässigkeit von Geschäftsleitern, Aufsichtsräten oder Beiräten](#)
- [Personelle Veränderungen des Aufsichtsrats oder des Beirats](#)
- [Personelle Veränderungen bei Geschäftsleitern](#)
- [Nebentätigkeiten von Geschäftsleitern, Aufsichtsräten oder Beiräten](#)

Vgl. hierzu auch Strukturierte Finanzierungen, Ausgabe [1/2016](#).

BaFin: Merkblatt zur Bereichsausnahme für die Vermittlung von Investmentvermögen und Vermögensanlagen

Ab dem 31.12.2016 sind die Beratung zu Vermögensanlagen und deren Vermittlung nur dann nicht erlaubnispflichtig, wenn diese erstmals öffentlich angeboten werden. Hintergrund ist das [Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz](#), das die Bereichsausnahme für Anbieter und Emittenten von Vermögensanlagen (§ 2 Absatz 6 Satz 1 Nr. 8 lit. e KWG) entsprechend geändert hat. Die BaFin hat das Merkblatt vom 16.04.2015 (vgl. [Strukturierte Finanzierungen Ausgabe 3/2015](#)) mit Datum 02.09.2016 geändert. Das [Merkblatt](#) enthält Hinweise und Klarstellungen zum Umfang der Bereichsausnahme für die Vermittlung von Investmentvermögen und Vermögensanlagen.

BaFin: FAQ zur Anlage von Eigenmitteln

Die BaFin hat am 28.06.2016 ein Dokument mit [Fragen und Antworten im Zusammenhang mit der Anlage von Eigenmitteln gemäß § 25 Abs. 7 KAGB](#) veröffentlicht. Gemäß § 25 Abs. 7 KAGB ist eine Kapitalanlagegesellschaft verpflichtet, Eigenmittel entweder in liquiden Mitteln zu halten oder in Vermögensgegenstände zu investieren, die kurzfristig unmittelbar in Bankguthaben umgewandelt werden können und keine spekulativen Positionen enthalten.

Die BaFin beschäftigt sich u.a. mit dem Begriff der „liquiden Mittel“ und führt aus, dass dazu der Kassenbestand und täglich fällige Forderungen an Kreditinstitute gehören. Andere Forderungen an Kreditinstitute, insbesondere Termin- und Festgelder, sind liquide Mittel, wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft sie kurzfristig kündigen kann. Kurzfristigkeit ist gegeben, wenn eine Kündigungsfrist bis zu drei Monaten vereinbart ist. Im Hinblick auf die Frage, ob eine Kapitalverwaltungsgesellschaft ihre Eigenmittel in Sachwerte investieren kann, weist die BaFin darauf hin, dass Investitionen in diese in der Regel nicht mit § 25 Abs. 7 KAGB vereinbar sein werden. Für die Anlage der mindestens vorzuhaltenden Eigenmittel seien Sachwerte grundsätzlich nicht geeignet.

Der Fragen-Antworten-Katalog wird fortlaufend aktualisiert (zuletzt am 31.08.2016 im Hinblick auf die Frage, wann in einem Vermögensgegenstand „spekulative Positionen“ enthalten sind) und ggf. um weitere Fragen ergänzt.

BaFin: Änderung FAQs „Eligible Assets“ und „Vertrieb und Erwerb von Investmentvermögen nach dem KAGB“

Die BaFin hat ihre FAQs [„Eligible Assets“](#) und [„Vertrieb und Erwerb von Investmentvermögen nach dem KAGB“](#) überarbeitet. U.a. hat die BaFin ihre Auffassung zu der Frage, wann ein Investmentvermögen aufgelegt oder angebotsreif ist, geändert. War bislang hierfür eine Firmierung unter einem bestimmten Namen ausreichend, stellt nach der neuen Verwaltungspraxis die Firmierung unter einem bestimmten Namen nur noch eine widerlegbare Regelvermutung dafür dar, dass das Investmentvermögen aufgelegt oder angebotsreif ist. Außerdem wurde die Verwaltungspraxis im Hinblick auf den Erwerb von weiteren Fondsanteilen durch bestehende Anleger an die Ansicht der ESMA angepasst. Der Erwerb von weiteren Fondsanteilen durch bestehende Anleger soll nunmehr keinen Vertrieb darstellen.



BaFin: Informationsblatt zur elektronischen Hinterlegung von Prospekten

Die BaFin hat mit Stand 01.05.2016 ein [Informationsblatt zum Fachverfahren](#) bzgl. der Einreichung von Prospekten (WpPG/VermAnlG) veröffentlicht. Das VermAnlG enthält keine Vorschrift, die die Einreichung auf elektronischem Weg vorschreibt. Die elektronische Einreichung von Dokumenten nach WpPG und VermAnlG ist allerdings grds. fristauslösend. Die BaFin stellt für die elektronische Einreichung das Fachverfahren „Prospekte (WpPG/VermAnlG)“ im Portal Melde- und Veröffentlichungsplattform (MVP-Portal) zur Verfügung. Das Informationsblatt enthält detaillierte Ausführungen zu verfahrenstechnischen Fragen, u.a. zur Registrierung und Anmeldung zum Verfahren, zu Formularen sowie zur Beschaffenheit der Meldedateien.

Delegierte Verordnung zur MiFIR

Die Europäische Kommission hat am 18.05.2016 die [Delegierte Verordnung zur neuen MiFIR](#) erlassen. Die Verordnung umfasst u.a. Regelungen zur Marktliquidität und zur Vor- und Nachhandelsstransparenz von Handelsplätzen. Ferner finden sich Regelungen zur Produkt- und Marktüberwachung.

ESMA: FAQs zu Anlegerschutzthemen

Die ESMA hat mit Datum 10.10.2016 einen [Fragen- und Antwortenkatalog](#) zu Anlegerschutzthemen im Zusammenhang mit MiFID II und MiFIR veröffentlicht. Der Katalog enthält u.a. Fragen und Antworten zu den Themen Zuwendungen (Inducements), Best Execution, Aufzeichnungspflichten und unabhängige Beratung. Es ist davon auszugehen, dass die FAQs fortlaufend aktualisiert werden.

ESMA: Leitlinien zur Product Governance

Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ESMA hat am 06.10.2016 einen [Entwurf für Leitlinien](#) zur Konsultation gestellt, die die Anforderungen an die Entwicklung und Vertriebssteuerung von Finanzinstrumenten (Product Governance) konkretisieren sollen. Wesentlich sind dabei Vorgaben zum Zielmarkt, den die Unternehmen künftig zu bestimmen haben. Stellungnahmen nimmt die ESMA bis zum 05.01.2017 entgegen.

ESMA: Veröffentlichung von Level-2-Vorschlägen zu ELTIFs

Die ESMA hat am 08.06.2016 ihren [Abschlussbericht zu den Regulativen Technischen Standards \(RTS\) im Level-2-Verfahren zu ELTIF](#) (European Long-term Investment Funds) veröffentlicht. Die ESMA schlägt der Europäischen Kommission einen Verordnungstext vor, der u.a. die Punkte Laufzeit, Bewertung und Vorgaben für den Vertrieb an Kleinanleger weiter konkretisiert. Angaben zum Ausweis von Kosten erfolgen vorerst nicht.

ESMA: Aktualisierung des Fragenkatalogs zur Anwendung der AIFM-Richtlinie

Die ESMA hat ihre „[Questions and Answers](#)“ zur Anwendung der AIFM-Richtlinie mehrfach überarbeitet (zuletzt am 06.10.2016). Aktualisierungen finden sich u.a. auf Seite 8 (Fragen 4 und 5 unter „Section II: Notifications of AIFs“) und auf Seite 29 (Frage 3 unter „Section IX: Calculation of the total value of assets under management“ sowie Frage 3 unter „Section X: Additional own funds“) des Dokuments. Dabei äußert sich die ESMA zu der Problematik, inwiefern „committed capital“ zu den „assets under management“ hinzugerechnet werden kann.

Überarbeitung Muster-Anlagebedingungen durch den bsi

Der bsi hat eine Aktualisierung der Muster-Anlagebedingungen für die geschlossene Investmentkommanditgesellschaft mit der BaFin abgestimmt. Die überarbeitete Fassung (Stand: 18.07.2016) ist auf den [Seiten der BaFin](#) und auf der Homepage des bsi zum Download abrufbar. Die Aktualisierung berücksichtigt Gesetzesänderungen aufgrund des OGAW-V-Umsetzungsgesetzes (u.a. neue Bemessungsgrundlage in den §§ 261 ff. KAGB und die in § 261 Abs. 1 Nr. 8 KAGB neu aufgenommene Regelung zur Vergabe von Gelddarlehen). Darüber hinaus wurden neuere Verwaltungsanordnungen der BaFin berücksichtigt, wie z.B. die [BaFin-Vorgaben für die Laufzeitbefristung und -verlängerung bei geschlossenen Publikums-AIF](#) sowie die Verknüpfung mit den [Kriterien zur Vermeidung von Blind-Pool-Konstruktionen](#).

Rechtsprechung

Wirtschaftsrecht

Außerordentliches Informationsrecht des Kommanditisten umfasst auch Auskünfte über die Geschäftsführung des Komplementärs allgemein

BGH, Beschluss vom 14.06.2016 II ZB 10/15

Der BGH hat sich in dem Urteil mit dem Verhältnis des allgemeinen Informationsrechts nach § 166 Abs. 1 HGB zu dem Sonderinformationsrecht nach § 166 Abs. 3 HGB beschäftigt. Im zugrunde liegenden Fall bestanden mehrere Publikumskommanditgesellschaften, die von den gleichen Initiatoren gegründet worden waren, den gleichen Geschäftsführer hatten und alle im gleichen Geschäftsbereich tätig waren. Gegenstand waren Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen sowie die Veräußerung des dadurch gewonnenen Stroms. Die Antragsgegnerin begehrt von der Komplementärin Informationen zu den Gründen der bislang nicht erfolgten Umsetzung des Geschäftsgegenstandes der Kommanditgesellschaften.

Der BGH stellt klar, dass dem in § 166 Abs. 3 HGB geregelten außerordentlichen Informationsrecht eine eigenständige Stellung zukommt. Dieses sei – anders als das Informationsrecht nach § 166 Abs. 1 HGB – nicht auf Auskünfte beschränkt, die der Prüfung des Jahresabschlusses dienen oder zum Verständnis des Jahresabschlusses erforderlich sind. Vielmehr erweitere § 166 Abs. 3 HGB das Informationsrecht des Kommanditisten bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch auf Auskünfte über die Geschäftsführung des Komplementärs allgemein und die damit im Zusammenhang stehenden Unterlagen der Gesellschaft. Er betont allerdings auch, dass das Informationsrecht nach § 166 Abs. 3 HGB – im Gegensatz zum einfachen Informationsrecht nach § 166 Abs. 1 HGB – nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes geltend gemacht werden könne.

Zutreffende Information über die sog. Weichkosten eines geschlossenen Immobilienfonds im Verkaufsprospekt

BGH, Urteil vom 21.06.2016 II ZR 331/14

Der BGH hat entschieden, dass ein Verkaufsprospekt einen Anlageinteressenten auch dann zutreffend über die sogenannten Weichkosten einer Investition (= Anteil der Kosten, die nicht in das Fondsgrundstück fließen) informieren kann, wenn nicht explizit der prozentuale Anteil der Weichkosten an der Anlagesumme des potenziellen Anlegers genannt wird. Vielmehr werde die Darstellung des prozentualen Anteils der Weichkosten an den Gesamtinvestitionskosten als ausreichend erachtet, die sich im zugrunde liegenden Fall neben einem Eigenkapitalanteil zu einem Großteil aus Fremdkapital



pital zusammensetzten. Dies gelte jedoch nur, sofern der Anlageinteressent den im Prospekt angegebenen Anteil dieser Kosten an den Gesamtkosten mittels eines einfachen Rechenschritts in den Anteil an der Anlagesumme umrechnen kann.

Haftung einer Bank wegen Prospektfehlers bei einem in ihr Anlageprogramm aufgenommenen Publikumsfonds

OLG München, Endurteil vom 27.09.2016 5 U 129/16

Wenn der Prospekt eines zum Zweck der finanziellen Beteiligung an der Errichtung und dem anschließenden Betrieb eines Riesenrades mit integrierten Gewerbeflächen aufgelegten Publikumsfonds den Eindruck erweckt, die prospektierte Planung werde jedenfalls nahezu 1:1 umgesetzt, so müsse dies eine Bank, die den Fonds in ihr Anlageprogramm aufgenommen hat, bei der von ihr geschuldeten Prüfung mit banküblichem kritischem Sachverstand hinterfragen. Andernfalls ist dem Kunden nach Auffassung des OLG München vor Zeichnung mitzuteilen, dass die an sich gebotene Prüfung der Beteiligung unterblieben ist.

Wie das OLG München ausführt, hätte die Bank die streitgegenständliche Projektbeteiligung einer eigenen Prüfung unterziehen müssen. Denn der Kläger als von der Beklagten beratener Kunde durfte und musste davon ausgehen, dass die Beklagte als seine ihn beratende Bank, der er sich anvertraute, die von ihr in ihr Anlageprogramm aufgenommenen Kapitalanlagen selbst als „gut“ befunden hat. Sie war daher verpflichtet, die hier empfohlene Beteiligung mit banküblichem kritischem Sachverstand zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.2008, XI ZR 89/07 Rn. 12).

Bei der von ihr als beratender Bank geschuldeten Prüfung des Prospekts hätte die Beklagte feststellen müssen, dass der Risikofaktor Flächenänderung durch Auflagen bzw. Genehmigungsmodifikationen bei der Bauausführung nicht hinreichend prospektiert war.

Haftung einer Treuhandgesellschaft für den Zeichnungsschaden bei mangelhafter Aufklärung

OLG München, Urteil vom 03.08.2016 20 U 1675/16

Das OLG München hat sich im Rahmen der Schadensersatzklage eines Anlegers mit den Aufklärungspflichten einer Treuhandkommanditistin im Zusammenhang mit dem Beitritt von Anlegern zu einer Fondsgesellschaft beschäftigt. Der Kläger hatte sich mittels eines Treuhandvertrags mittelbar als Kommanditist mit einer Einlage von 20.000,- Euro zzgl. Agio an einem Medienfonds in der Rechtsform der GmbH & Co. KG beteiligt. Er zahlte 10.000,- Euro an die Fondsgesellschaft und stellte über den restlichen Betrag konzeptionsgemäß eine Inhaberschuldverschreibung aus.

Das OLG stellte fest, dass die Verkaufsunterlagen nicht hinreichend über das Risiko informieren, dass die Inhaberschuldverschreibungen eventuell nicht vollständig aus den anteiligen Ausschüt-

tungsbeträgen bezahlt werden können. Für diese fehlerhaften bzw. widersprüchlichen Angaben in den Verkaufsunterlagen hafte die Treuhänderin ungeachtet einer eigenen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an der Fondsgesellschaft schon als Vertragspartnerin des Treuhandvertrags. Sie könne sich auch nicht auf Regelungen des Treuhandvertrages berufen, wonach sie das Beteiligungsangebot bzw. den Verkaufsprospekt nicht geprüft habe und namentlich Anlageberatung nicht zu ihren vertraglichen Pflichten zähle. Derartige Freizeichnungsklauseln seien wegen der grundlegenden Bedeutung der Aufklärungspflicht für den Schutz der Anleger nach § 307 BGB nichtig, sofern wie vorliegend die Verkaufsunterlagen widersprüchlich sind und die Treuhänderin nicht ausschließlich Anlageinteressen verfolge, sondern für ihre Tätigkeit eine Vergütung erhalte.

Einkommensteuer

Swapkosten als nachträgliche Beteiligungsaufwendungen

BFH, Urteil vom 07.06.2016 VIII R 32/13

Im zugrunde liegenden Fall stritten die Beteiligten über den Abzug von Aufwendungen aus einer Zinssatzswapvereinbarung als nachträgliche Beteiligungsaufwendungen. Der Kläger hatte 2001 einen Geschäftsanteil von rund 3% an einer GmbH erworben und zur Finanzierung des Kaufpreises in Höhe von 628.122,- Euro ein variables Geldmarktdarlehen in gleicher Höhe aufgenommen. Gleichzeitig schloss er mit der Bank eine Vereinbarung über einen Zinssatzswap zur Steuerung von Zinsänderungsrisiken ab. Laufzeit und Bezugsbeträge des Zinssatzswaps waren auf das Darlehen abgestimmt. Bereits im April 2002 veräußerte der Kläger den Geschäftsanteil zum selben Kaufpreis zurück. Noch am selben Tag erwarb er erneut einen Geschäftsanteil in Höhe von ca. 3% an der GmbH zu einem Kaufpreis von nunmehr 489.000,- Euro. Das ursprüngliche Darlehen tilgte er und nahm zur Finanzierung des zweiten Anteilerwerbs ein neues variabel verzinstes Geldmarktdarlehen in Höhe des neuen Kaufpreises auf. Die Vereinbarung über den Zinssatzswap bestand unverändert fort. Als der Kläger den Anteil im November 2002 erneut mit Wirkung zum Tag seines Erwerbs veräußerte, blieb er auch nach Tilgung des zweiten Darlehens an die Zinssatzswapvereinbarung bis zum Ende der Vertragslaufzeit gebunden.

Anders als die Vorinstanz lehnt der BFH die Berücksichtigung der in den Streitjahren 2002 bis 2005 geleisteten Swapzahlungen als nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen ab. Der BFH stellt insoweit klar, dass ein Veranlassungszusammenhang zwischen nachträglichen Finanzierungsaufwendungen und früheren Beteiligungserträgen nach Veräußerung der Beteiligung durchaus erhalten bleiben könne. Allerdings seien die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Dies führt im entschiedenen Fall dazu, dass ein solcher Zusammenhang aufgrund der besonderen vertraglichen Ausgestaltung der Vereinbarungen bei der Rückveräußerung fehlt: Der Kläger hatte jeweils rückwirkend auf den Stichtag des Erwerbs im Innenverhältnis auf seine Gewinnbezugsrechte verzichtet. Er sei daher im Ergebnis so zu stellen, als hätte er bezogen auf die gesamte Haltedauer nicht die Absicht gehabt, Beteiligungserträge zu erzielen. Ein ggf. ursprünglich vorhandener wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Swapaufwendungen und den Ausschüttungen sei damit für die Streitjahre entfallen.

Gewerbsteuer

Negative Hinzurechnung der Verlustübernahme eines stillen Gesellschafters

BFH, Urteil vom 28.01.2016 IR 15/15

Streitig war vorliegend die Nichtberücksichtigung von sog. negativen Hinzurechnungen nach § 8 Nr. 1 GewStG in Bezug auf Verlustanteile eines typisch stillen Gesellschafters.

Der BFH urteilte diesbezüglich, dass das FG – entgegen der Meinung des Finanzamts – zu Recht entschieden habe, dass im Fall einer Verlustbeteiligung eines stillen Gesellschafters die Betragsgrenze für die Hinzurechnung (§ 8 Nr. 1 GewStG 2002 i.d.F. des UntStRefG 2008) von 100.000,- Euro nicht spiegelbildlich anzuwenden sei. Auch negative Hinzurechnungsbeträge von ./. 1 bis ./. 100.000 Euro seien folglich berücksichtigungsfähig.



Sog. erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG bei Beteiligung einer Grundstücks-GmbH an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft mit Grundbesitz – kein gewerblicher Grundstückshandel einer Grundstücks-GmbH allein wegen satzungsmäßig verankerter Befugnis zu Grundstücksveräußerung

FG München, Urteil vom 29.02.2016 7 K 1109/14

Streitig war, ob bei lediglich zwei Grundstücksveräußerungen – und somit bei Unterschreiten der Drei-Objekte-Grenze – trotzdem ein gewerblicher Grundstückshandel gegeben und daher die Inanspruchnahme der erweiterten Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG ausgeschlossen sein kann, wenn zum Gegenstand des Unternehmens laut Satzung auch die Veräußerung von Grundbesitz gehört.

Das FG München hat vorliegend entschieden, dass der Klägerin zu Unrecht die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG versagt wurde. Die Voraussetzungen eines gewerblichen Grundstückshandels seien nicht gegeben. Das Finanzamt hätte nicht berücksichtigt, dass die in der Satzung vorgesehene Veräußerungsbefugnis nur den zuvor erworbenen und verwalteten Grundbesitz betreffe und daher ein Geschäft im Rahmen der Vermögensverwaltung darstelle.

Umsatzsteuer

Vorsteuerabzug – Umsätze aus gemischt genutzten Gegenständen und Dienstleistungen

EuGH, Urteil vom 09.06.2016 [C-332/14](#)

Der BFH hat dem EuGH u.a. die Frage vorgelegt, ob bei gemischt genutzten Gebäuden die Vorsteuern auf Eingangsleistungen (wie bspw. Baumaterial, Handwerkerleistungen usw.), die die Anschaffung oder Herstellung des Gebäudes betreffen, zunächst den Ausgangsumsätzen (Vermietungsumsätzen) zugeordnet werden müssen und lediglich die danach verbleibenden Vorsteuern nach einem weniger präzisen Flächen- oder Umsatzschlüssel aufzuteilen sind und ob dies entsprechend auch für Vorsteuern aus laufenden Kosten gilt. Ferner wollte der BFH wissen, ob eine gesetzliche Neuregelung der Aufteilungsmethode für den Vorsteuerabzug eine Änderung der für den ursprünglichen Vorsteuerabzug maßgebenden Verhältnisse bewirken kann.

Der EuGH urteilte, dass bei der Anschaffung oder Herstellung von gemischt genutzten Gebäuden die Anschaffungs- und Herstellungskosten nicht zwingend einzeln den jeweiligen Ausgangsumsätzen zugeordnet werden müssen, wenn diese Zuordnung zu komplex und praktisch kaum durchführbar ist. In diesen Fällen soll die Vorsteuer nach einem Schlüssel aufgeteilt werden. Dabei finde regelmäßig der Umsatzschlüssel Anwendung, es sei denn ein anderer, wie bspw. der Flächenschlüssel, ist präziser/wirtschaftlich sinnvoller.

Weiterhin stellte der EuGH klar, dass, sofern die Methode der Vorsteueraufteilung gewechselt wird, zwingend eine vorher abgezogene Vorsteuer berichtigt werden muss. Die Grundsätze der Rechts-

sicherheit und des Vertrauensschutzes würden nicht dadurch verletzt, dass eine Änderung der Vorsteueraufteilungsmethode zu einer Änderung im Hinblick auf den Umfang des Vorsteuerabzugs führt.

Grunderwerbsteuer

Grunderwerbsteuer bei Abtretung des Anspruchs auf Übertragung eines Gesellschaftsanteils

BFH, Urteil vom 12.05.2016 II R 26/14

Eine Bank (A) hielt 100% an einer AG, die wiederum an immobilienhaltenden Kapitalgesellschaften beteiligt war. A verkaufte ihre Anteile an der AG an eine weitere Bank (B). B stand dabei das Recht zu, vor dem Vollzug des Vertrags eine Gesellschaft seiner Unternehmensgruppe als Käuferin zu benennen. B benannte C als Käuferin und A übertrug seine Anteile unmittelbar an C.

Das Finanzamt erließ gegenüber B einen Grunderwerbsteuerbescheid gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG. Gegenüber C erließ das Finanzamt ebenfalls einen Grunderwerbsteuerbescheid gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG, wobei es A als Veräußerer bezeichnete. Das vorinstanzliche FG lehnte die Klage mit der Begründung ab, dass steuerbare Erwerbsvorgänge vorliegen, auch wenn die Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG anwendbar sei. Die fälschliche Bezeichnung von A als Veräußerer des zweiten Vorgangs stelle einen Begründungsmangel, nicht aber einen Bestimmtheitsmangel nach § 119 Abs. 1 AO dar.

Die Revision der Klägerin C ist begründet. Der BFH vertritt die Meinung, dass das FG den vom Finanzamt festgestellten Erwerbsvorgang nicht durch einen anderen Erwerbsvorgang ersetzen durfte. Ferner unterliege der zweite Vorgang (Übertragung der Anteile von A auf C) nicht der Grunderwerbsteuer. § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG erfasst nach seinem Wortlaut nur die Begründung eines Anspruchs auf Übertragung von mindestens 95% der Anteile an einer Gesellschaft, nicht aber die Abtretung eines bereits bestehenden Übertragungsanspruchs oder die Begründung der Verpflichtung dazu. Ferner kann das FG einen Feststellungsbescheid nur betragsmäßig ändern, eine Änderung hinsichtlich der Person des Steuerschuldners, der Steuerart, des Veranlagungszeitraums oder des Steuergegenstands ist hingegen nicht möglich (§ 100 Abs. 2 S. 1 FGO).

Finanzverwaltungsanweisungen

Einkommensteuer

Einbringung eines Wirtschaftsguts in eine Personengesellschaft gegen Gutschrift auf dem sog. Kapitalkonto II, Anwendung der BFH-Urteile v. 29.07.2015 – IV R 15/14 und v. 04.02.2016 – IV R 46/12

BMF, Schreiben vom 26.07.2016 – IV C 6 – S 2178/09/10001, DOK 2016/0695791

Mit diesem Schreiben schließt sich das BMF der Ansicht des BFH an, dass Einbringungen in Personengesellschaften gegen Buchung auf einem Gesellschafterkonto nur dann entgeltliche Vorgänge sind und nur dann zur Gewährung von Gesellschafterrechten führen, wenn ein Kapitalkonto angesprochen wird, nach dem sich die maßgeblichen Gesellschafterrechte, insbesondere das Gewinnbezugsrecht, richten (und das sei in der Regel das Kapitalkonto I). Danach ist die Buchung auf dem Kapitalkonto II als Einlage und nicht als Gewährung von Gesellschaftsrechten zu behandeln. Die diesbezüglichen Textziffern des BMF-Schreiben vom 11.07.2011 IV C 6 – S 2178/09/10001 und vom 11.11.2011 IV C 2 – S 1978 – b/08/10001 sind insoweit überholt. Es besteht eine Übergangsfrist für Übertragungen und Einbringungen bis zum 31.12.2016.

Aufsätze

Begrenzt § 218 BGB das „ewige Widerrufsrecht“ des Darlehensnehmers?

Oliver Seggewiß/Angebot Weber (BKR 2016, 286)

Der Aufsatz beschäftigt sich mit der Frage, ob § 218 BGB auch beim Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen gilt. Wird der Verbraucher beim Darlehensvertrag nicht oder nur fehlerhaft über



sein Widerrufsrecht belehrt, sehe das BGB derzeit keine Höchstfrist für die Erklärung des Widerrufs vor. Bislang bestehe keine gesicherte Rechtslage, ob das sog. „ewige Widerrufsrecht“ des Darlehensnehmers dennoch zeitlichen Grenzen unterliegt. In Rechtsprechung und Schrifttum werde derzeit hauptsächlich eine Verwirkung in Betracht gezogen, ohne dass über deren Voraussetzungen Einigkeit bestünde.

Der Beitrag zeigt auf, dass der Widerruf unabhängig von einer Verwirkung auch nach § 218 BGB unwirksam werden könne. Bei bis zum 12.06.2014 geschlossenen Verträgen sei er wegen § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. direkt anwendbar. Bei später geschlossenen Verträgen sei eine analoge Anwendung geboten. Europarecht stehe seiner Anwendung nicht entgegen. Auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften verbleibe ein erheblicher Anwendungsbereich sowohl bei Immobiliendarlehen als auch bei Konsumkrediten.

Ihre Ansprechpartner

Dr. Claudia Pischetsrieder

Director/Strukturierte Finanzierungen

Tel: +49 89 29036 8424

cpischetsrieder@deloitte.de

Simone Siller

Senior Manager/Strukturierte Finanzierungen

Tel: +49 89 29036 8845

ssiller@deloitte.de

Hinweis

Bitte schicken Sie eine E-Mail an sf@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.

Deloitte.

Die Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft („Deloitte“) als verantwortliche Stelle i.S.d. BDSG und, soweit gesetzlich zulässig, die mit ihr verbundenen Unternehmen und ihre Rechtsberatungspraxis (Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH) 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 widersprechen, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Deloitte bezieht sich auf Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), eine „private company limited by guarantee“ (Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht), ihr Netzwerk von Mitgliedsunternehmen und ihre verbundenen Unternehmen. DTTL und jedes ihrer Mitgliedsunternehmen sind rechtlich selbstständig und unabhängig. DTTL (auch „Deloitte Global“ genannt) erbringt selbst keine Leistungen gegenüber Mandanten. Eine detailliertere Beschreibung von DTTL und ihren Mitgliedsunternehmen finden Sie auf www.deloitte.com/de/UeberUns.

Deloitte erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Risk Advisory, Steuerberatung, Financial Advisory und Consulting für Unternehmen und Institutionen aus allen Wirtschaftszweigen; Rechtsberatung wird in Deutschland von Deloitte Legal erbracht. Mit einem weltweiten Netzwerk von Mitgliedsgesellschaften in mehr als 150 Ländern verbindet Deloitte herausragende Kompetenz mit erstklassigen Leistungen und unterstützt Kunden bei der Lösung ihrer komplexen unternehmerischen Herausforderungen. Making an impact that matters – für mehr als 244.000 Mitarbeiter von Deloitte ist dies gemeinsames Leitbild und individueller Anspruch zugleich.

Diese Veröffentlichung enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden und ist nicht dazu bestimmt, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen zu sein. Weder die Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft noch Deloitte Touche Tohmatsu Limited, noch ihre Mitgliedsunternehmen oder deren verbundene Unternehmen (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Veröffentlichung professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die irgendetwem im Vertrauen auf diese Veröffentlichung erlitten hat.