



beck
rechtsanwälte

22. Windenergietage 2013

Der Bürgerwindpark:

Im Spannungsfeld zwischen einfacher Bürgerbeteiligung
und professionellem Investmentfonds

Markus Krieger

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Handels- u. Gesellschaftsrecht

www.becklaw.de



Inhalt

- A. Wahl der Rechtsform
- B. Prospektpflicht- und Haftung
- C. AIFM/KAGB

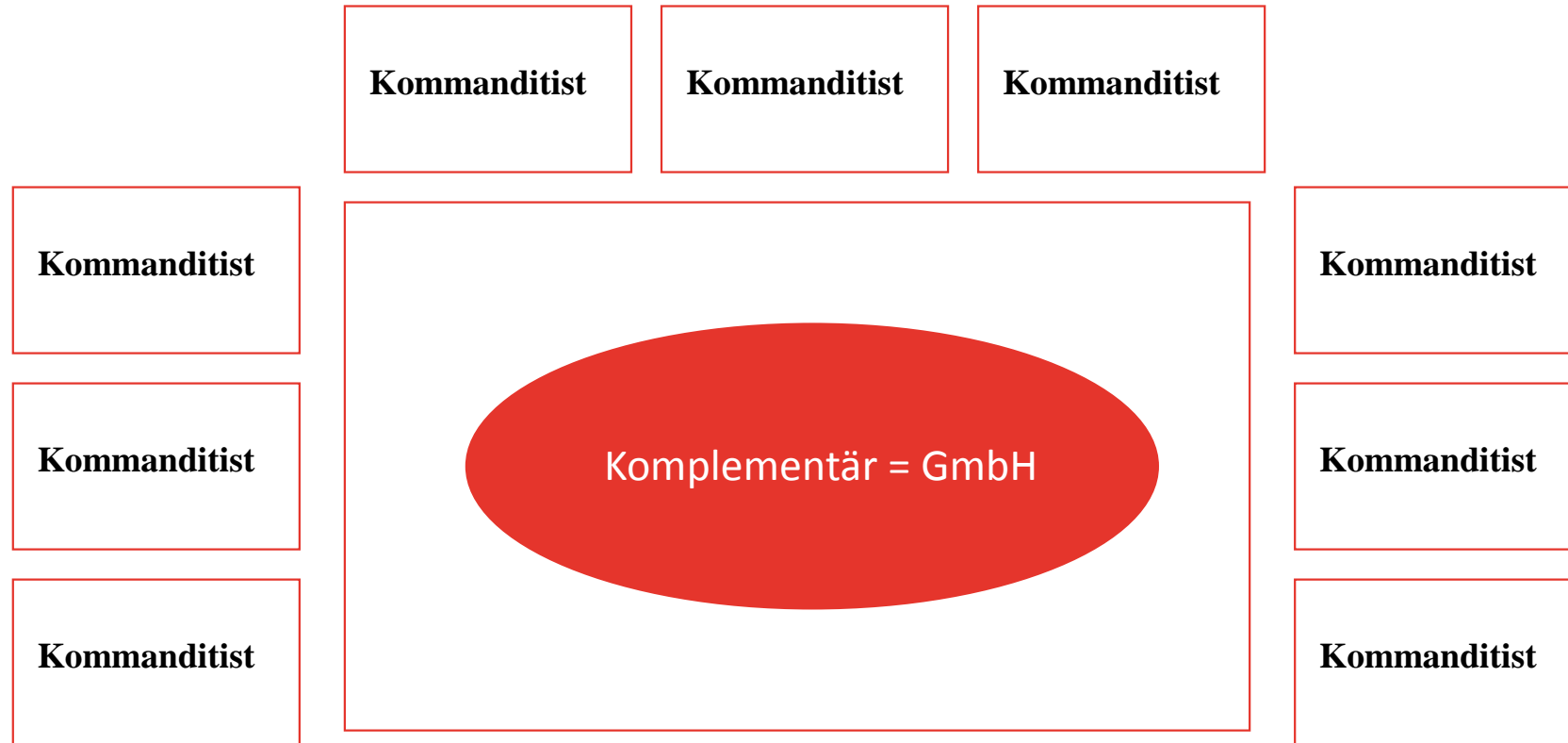


A. Kommanditgesellschaft - Gründungsaufwand

Zweck	Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes ausgerichtet ist, § 161 HGB.
Anzahl Organe	2 - Komplementär, Kommanditist (kann durch 1 Person gegründet werden – „Einheitsgesellschaft“).
Kapital	Kein Mindestkapital, Höhe wird durch Satzung geregelt
Gründungs- aufwand	<ol style="list-style-type: none">1. Gesellschafter beschließen Satzung2. Gesellschafter melden KG zur Eintragung zum Handelsregister an3. Falls GmbH & Co KG, muss auch GmbH gegründet und mit Kapital ausgestattet werden



A. Kommanditgesellschaft – Struktur „GmbH & Co. KG“



Kommanditist = Kapital- und Satzungsgeber (von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen)

Komplementär = Vertretung nach außen, unbeschränkte, persönliche Haftung

Aber: Haftung auf Stammkapital der Komplementär-GmbH beschränkt



A. Kommanditgesellschaft – Betriebsaufwand, Beitritt, Austritt

Betriebsaufwand

1. In der Regel einmal jährlich Gesellschafterversammlung
2. Einmal jährlich Jahresabschluss/Bilanz
3. (Hoffentlich) Gewinnausschüttung;

Beitritt, Austritt

1. Gesellschafterbeschluss mit satzungsgemäßer Mehrheit über Beitritt/Austritt
2. Beitretende Kommanditisten zahlen Kapitalanteil ein, austretende Kommanditisten erhalten (grundsätzlich) Kapitalanteil zurück (z.B. nach 10 Jahren) oder einen Veräußerungserlös
3. Anmeldung zum Handelsregister
> kann durch Zwischenschaltung eines Treuhänders + Handelsregistervollmachten vereinfacht werden

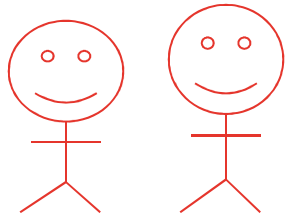


A. Genossenschaft - Gründungsaufwand

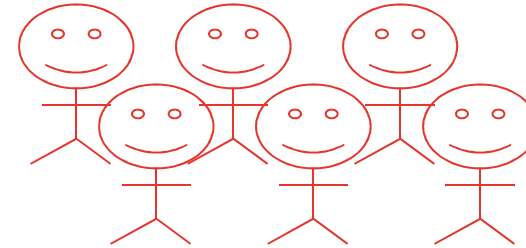
Zweck	Gesellschaft [...], deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder [...] zu fördern, § 1 Abs. 1 GenG.
Anzahl Organe	3 - Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung (bei unter 20 Mitgliedern kann auf Aufsichtsrat verzichtet werden)
Kapital, Einlage	Kein Mindestkapital, keine Mindesteinlage - kann aber in Satzung geregelt werden
Gründungs- aufwand	<ol style="list-style-type: none">1. General(gründungs)versammlung (mind. 3 Mitglieder) beschließt Satzung und wählt Aufsichtsrat sowie Vorstand2. Gründungsprüfung durch Prüfungsverband3. Vorstand meldet Genossenschaft zur Eintragung in das Genossenschaftsregister an.
Haftung	Nur das Vermögen der Genossenschaft haftet <u>Achtung:</u> Nachschusspflicht der Mitglieder ausschließen.



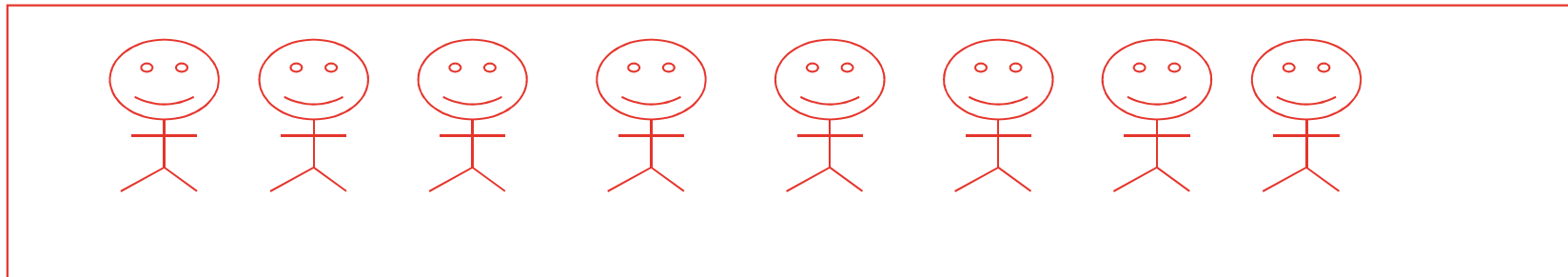
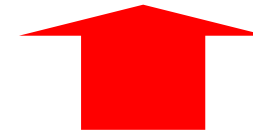
A. Genossenschaft - Struktur



Mindestens zwei
Vorstände vertreten die
Genossenschaft nach
außen.



Aufsichtsrat kontrolliert den Vorstand und
wählt den Vorstand



Generalversammlung bzw. Vertreterversammlung ist das oberste Willensbildungsorgan der Genossenschaft. Abstimmung erfolgt „nach Köpfen“ und nicht nach Anteilen (bei KG idR 1 Stimme je 1 € Kapitalanteil).



A. Genossenschaft – Betriebsaufwand, Beitritt, Austritt

Betriebsaufwand

1. Regelmäßig: Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen
2. Jährlich: Vertreterversammlungen
3. IdR alle 5 Jahre: Wahl der Vertreter
4. Einmal jährlich Jahresabschluss/Bilanz
5. Bei „kleinen“ Genossenschaften alle 2 Jahre Prüfung durch Prüfungsverband
6. Relativ hoher Verwaltungsaufwand für Pflege Mitgliederbestand (z.T. Verzinsung der Guthaben)

Beitritt, Austritt

Beitritt: Beitrittserklärung durch Mitglied und Annahme/Zustimmung durch Vorstand – Mitglied „kauft“ Anteile

Austritt: Kündigung – Geschäftsguthaben wird ausgezahlt (ggf. zzgl. Gewinnanteile, abzgl. Verlustanteile)
Ausschluss möglich (Gründe in Satzung regeln)



A. Pro und Contra

KG:

- Pro:
- Geringer Gründungsaufwand
 - einfache Struktur
 - geringer Aufwand im „Alltag“
 - gute Zugriffsmöglichkeiten auf Gewinne
 - gute Kontrollmöglichkeiten durch Initiatoren/Veranlasser
 - steuerlich für die Anleger vorteilhaft im Vergleich zur eG
- Contra:
- Prospektpflicht inkl. Haftungsrisiko für Initiatoren
 - größerer Aufwand bei Ein- und Austritt von Kommanditisten

Genossenschaft:

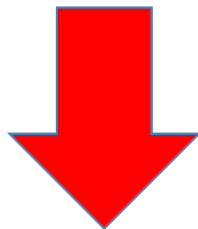
- Pro:
- sehr demokratische Struktur (Abstimmung nach „Köpfen“)
 - einfache Bei- und Austrittsmöglichkeiten
 - Keine Prospektpflicht (dennoch Gefahr der Prospekthaftung)
- Contra:
- aufwendige Organisationsstruktur
 - geringe Einflussmöglichkeiten der Initiatoren und großen Investoren auf Führung der Genossenschaft, bzw. deren Wahl
 - Einkünfte aus Kapitalvermögen unterliegen Abgeltungssteuer



B. Prospektpflicht und -Haftung

Rechtsgrundlagen der Prospektpflicht- und Haftung

- Verpflichtung nach Verkprosg bis zum 30.05.2012
 - Verpflichtung nach VermAnlG seit dem 01.06.2012 (§§ 6, 20 VermAnlG)
 - Verpflichtung nach KAGB seit dem 22.07.2013 (§§ 268, 306 KAGB)
 - Verpflichtung nach BGB (§§ 280, 311 Abs. 2, 3 iVm § 241 Abs. 2 BGB)
- Keine unrichtigen oder unvollständigen Prospektangaben, sonst:



Haftung (wenn Schäden entstanden sind)



B. Prospektpflicht und -Haftung

„unrichtig und unvollständig“

Ein Prospekt, der zwar alle Pflichtangaben enthält, aber dem Publikum kein zutreffendes Bild über den Emittenten und seine Beteiligung vermittelt, ist kein ordnungsgemäßer Zulassungsprospekt.



Unvollständig

Unvollständig ist ein Prospekt, wenn Angaben fehlen, die für einen Anlageentschluss von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können.



Unrichtig

Tatsachenangaben als dem Beweise zugängliche Angaben sind unrichtig, wenn sie nachweislich unwahr sind.

Ob ein Prospekt *unrichtig* oder *unvollständig* ist, ist dabei grundsätzlich nach dem Gesamtbild zu beurteilen, welches dieser von den Verhältnissen des Unternehmens bzw. der Anlage vermittelt wird (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1982, II ZR 175/81, NJW 1982, 2823, 2824).



B. Prospektpflicht und -Haftung

Wer haftet?

Ist der ...[...] Prospekt richtig und rechtzeitig an den Anleger übergeben worden, haften weder die Prospektverantwortlichen noch der Berater. Ist der Prospekt unrichtig, haften alle Beteiligten [...] (OLG München, Beschluss vom 24.05.2011 - 19 U 690/11, BKR 2011, 526)

Haftungsadressaten: Initiatoren, Management der Gesellschaft, Berater, Vermittler, Gründungsgesellschafter (haftet auch für Fehler durch Vertrieb)

Im „engeren“ Sinn: Direkt Verantwortliche (z.B. Initiatoren, Sachkenner)

Im „weiteren“ Sinn: Berater, Vermittler (auch Gründungsgesellschafter)

Maßgeblich hierfür ist die Erwägung, dass den Gründungsgesellschafter aufgrund seiner (gesellschafts-)vertraglichen Beziehung zu dem beitretenden Anleger (Mitkommanditist) die Verpflichtung trifft, diesen über alle *tatsächlichen und wesentlichen Gesichtspunkte des Anlagemodells aufzuklären*.



B. Prospektpflicht und -Haftung

Haftung Gründungskommanditist- Beispiel aus der Praxis

OLG Celle, Az. 9 U 29/09

Das Oberlandesgericht hat festgestellt, dass bei einer Windparkbeteiligung ein Prospektfehler vorliegt, indem die an den Aufstellorten der Windkraftanlagen **zu erwartende Windgeschwindigkeit im Prospekt falsch wiedergegeben wurde.**

Der Mittelwert unterschiedlicher Windgutachten wurde zu hoch und die Unsicherheiten der Prognose zu positiv berechnet.

Damit waren die **Ertragschancen geschönt** und die **Risiken verharmlost** dargestellt worden.

Folge: Volle Haftung der Gründungskommanditisten gegenüber allen beigetretenen Kommanditisten.



B. Prospektpflicht und -Haftung


Ausnahmen für Genossenschaften, § 2 Nr. 1 VermAnlG und § 2 Nr. 4 b) KAGB

Grds. keine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Verkaufsprospekts und Vermögensanlagen-Informationsblatt (VIB).

Aber:

Wenn trotzdem ein Prospekt oder Informationsbroschüre erstellt wird (siehe OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 23.02.2010 – 5 U 17/09) müssen diese **richtig** und **vollständig** sein (*BGH, Urteil vom 23.04.2012 – II ZR 75/10 (KG) BGH, Urteil vom 14.05.2012 - II ZR 69/12 (OLG München)*).

Sonst wird gehaftet. Die Anleger (Genossen) sind dann so zu stellen, als hätten sie den Beitritt nicht erklärt.

 Keine vollständige Rückabwicklung – sog. Faktische Gesellschaft , also Beendigung für die Zukunft (siehe OLG Hamm, Urteil v. 03.02.2009 – 27 U 121/08)



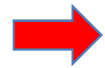
Ausgangssituation

- ➔ Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwaltung alternativer Investmentfonds (AIFM-Richtlinie)
- ➔ Umgesetzt durch AIFM-Umsetzungsgesetz mit Schaffung des Kapitalanlagegesetzbuches (KAGB), Inkrafttreten am 22. Juli 2013
- ➔ Auslegungsschreiben der BaFin zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des „Investmentvermögens“ vom 14. Juni 2013
 - ➔ Bis heute die einzige nationale Auslegungshilfe (Kommentierungen zur Richtlinie sind vorhanden)



C. AIFM/KAGB

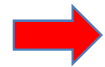
Mögliche Folgen für AIF's



Erlaubnispflicht, § 20 KAGB

> Kosten Erlaubnisverfahren: Rund 50.000 €

> Vorlage umfangreicher Unterlagen und Erbringung zahlreicher Nachweise über Kapital, Abdeckung Berufshaftungsrisiken, Eignung Geschäftsleiter, Vergütungspolitik, Anlagestrategie u.v.m.

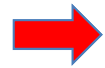


Registrierungs- und Berichtspflicht, § 44 KAGB



Risikomischung, § 262 KAGB

> in 3 Sachwerte investieren



Fremdkapital- und Belastungsbeschränkung, § 263 KAGB

> Fremdkapital max. 60 % des Wertes der (geschlossenen) AIF

> Belastung (z.B. gegenüber Banken) max. 60 % des Verkehrswertes der Vermögensgegenstände des AIF



Genehmigung der Anlagebedingungen, § 267 KAGB



C. AIFM/KAGB

Einfallstor ins KAGB

Investmentvermögen gem. § 1 Abs. 1 KAGB

- Jeder Organismus
- für gemeinsame Anlagen
- Kapital einsammeln
- Von einer Anzahl von Anlegern
- Festgelegte Anlagestrategie
- Investition zum Nutzen dieser Anleger
- kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors



C. AIFM/KAGB

Organismus

Vehikel, in dem das externe von den Investoren eingesammelte Kapital „gepoolt“ wird.

Rechtlich oder wirtschaftlich verselbständigt gepooltes Vermögen

- ➔ Keine Unterscheidung nach Rechtsform
- ➔ Keine Unterscheidung nach Art der Beteiligung

Für gemeinsame Anlagen

Gemeinschaftliche Rendite, die daraus resultiert, dass gemeinschaftliche Risiken durch Kaufen, Halten und Verkaufen von Vermögensgegenständen eingegangen wird.

- ➔ Gewinn- UND Verlustbeteiligung der Anleger



C. AIFM/KAGB

Kapital einsammeln

Wenn ein Organismus oder eine Person oder Unternehmen auf Rechnung des Organismus direkte oder indirekte Schritte unternimmt, um gewerblich bei einem oder mehreren Anlegern Kapital zu beschaffen, um es gemäß einer festen Anlagestrategie anzulegen.

Von einer Anzahl von Anlegern

Wenn die Anlagebedingungen, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag die Anzahl möglicher Anleger nicht auf einen begrenzen.

Festgelegte Anlagestrategie

Wenn der Organismus im Rahmen einer Strategie festlegt, wie das gemeinschaftliche Kapital verwaltet werden muss, damit es einen gemeinsamen Return für die Anleger generiert.



Anlage in bestimmte Art von Assets oder bestimmte Regionen



C. AIFM/KAGB

Investition zum Nutzen dieser Anleger

Eingesammelte Kapital darf nicht zum Nutzen des eigenen Unternehmens investiert werden.

Kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors

Als „operativ tätig“ werden Unternehmen angesehen, wenn diese

→ Immobilien entwickeln oder errichten, Güter und Handelswaren produzieren, kaufen und/oder verkaufen

Unschädlich ist es, wenn sie sich im Rahmen ihrer operativen Tätigkeit fremder Dienstleister bedienen, solange die unternehmerischen Entscheidungen im laufenden Geschäftsbetrieb bei dem Unternehmen selbst liegen.

Laut BaFin auch: → Betreiben einer Anlage (z.B. Windenergieanlage)



C. AIFM/KAGB

Maßgebliche Kriterien zwecks Umgehung

Für gemeinsame Anlagen

Laut BaFin müssen Anleger am Gewinn UND Verlust des Organismus beteiligt sein. Eines von beidem reicht nicht, um unter das KAGB zu fallen.

- ➔ Konstruktionen, bei denen die Anleger nur am Gewinn beteiligt werden (Darlehens- oder Genusscheinskonstruktionen), fällt die Gesellschaft nicht unter das KAGB.

Kein operativ tätiges Unternehmen

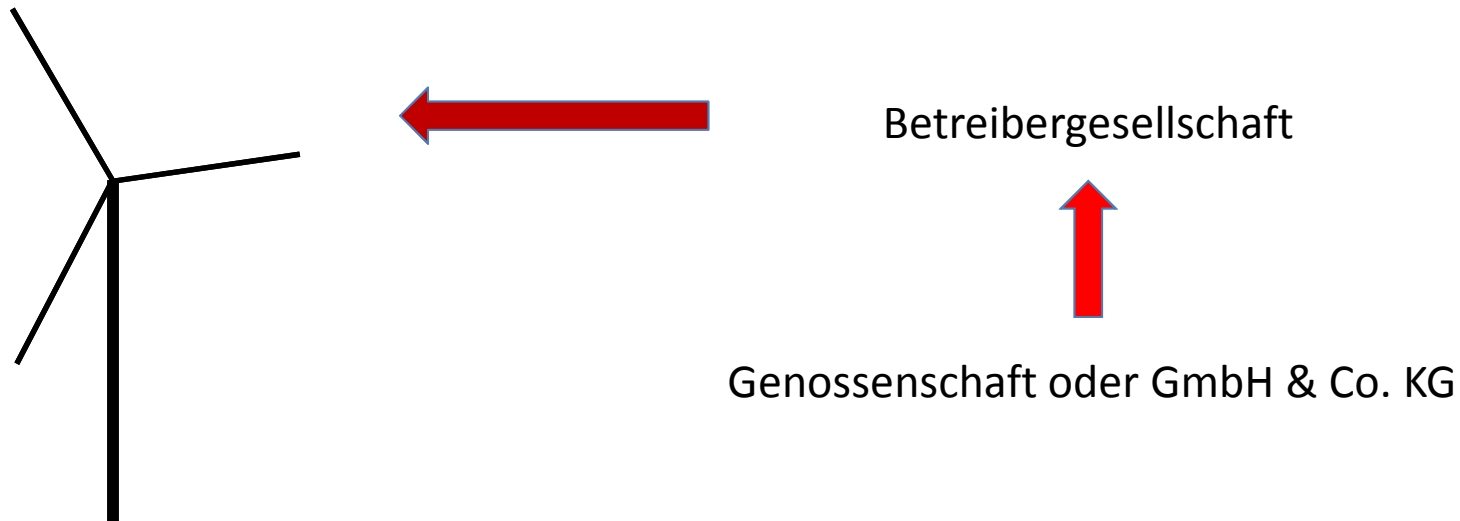
Laut mündlicher Aussage der BaFin reicht es bereits aus, wenn die Gesellschaft Strom produziert, um als solches zu gelten und nicht unter das KAGB zu fallen.

Dennoch wichtig: Bei Vereinbarungen mit z.B: Betriebsführern streng auf die vertragliche Ausgestaltung achten, damit nicht der Anschein entsteht, die unternehmerische Entscheidungsgewalt sei ausgelagert.



C. AIFM/KAGB

Problem: Beteiligung der Gesellschaft an der Betreibergesellschaft.



Laut mündl. Aussage der BaFin reicht bloße Minderheitsbeteiligung aus, um als operativ tätiges Unternehmen zu gelten. Dies sieht der Gen. Verband anders.

Achtung: Es spricht viel dafür, dass Minderheitsbeteiligung nicht ausreicht, da dann kein nennenswerter Einfluss gegenüber Betreibergesellschaft besteht. Zudem werden Entscheidungen im täglichen Geschäftsbetrieb vom Komplementär oder Vorstand der Betreibergesellschaft getroffen, an denen idR keine Beteiligung besteht.



Ausnahmen und Übergangsregelungen

1. Genossenschaften weitgehend vom KAGB ausgenommen, § 2 Abs. 4 b) Nr. 1 KAGB
→ Allerdings: Registrierungspflicht besteht, § 44 KAGB
2. Übergangsregelung des § 353 Abs. 1 KAGB
→ Keine Erlaubnis oder Registrierung erforderlich, wenn AIF schon vor 22. Juli 2013 verwaltet wurde und nach dem 21. Juli 2013 keine zusätzlichen Anlagen getätigt wurden

Straf- und Bußgeldvorschriften

§ 339 Abs. 1 Nr. 1 KAGB: Freiheitsstrafe bis 3 Jahre, wenn Kapitalverwaltungsgesellschaft ohne Erlaubnis betrieben wird

§ 340 Abs. 5 KAGB: Bußgeld bis zu 100.000 €



Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.





beck
rechtsanwälte

Ihre Ansprechpartner



Markus Krieger
mkr@becklaw.de



Thilo Wind
tw@becklaw.de

Ericusspitze 4
20457 Hamburg
T +49 (0) 40 30 10 07 0

Kurfürstendamm 186
10707 Berlin
T +49 (0) 30 88 71 95 20

www.becklaw.de