

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Hartmut Krause, LL.M., RA

Die Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes und ihre Auswirkungen auf M&A-Transaktionen mit ausländischen Investoren

1082

Dr. Martin Schirnbacher, RA

Musterhafte Widerrufsbelehrung – Neuerungen und kein Ende

1088

BGH: Zur Hinweispflicht eines Anlageberaters über negative Berichterstattung der Wirtschaftspresse

BB-Kommentar von Dr. Ferdinand Unzicker, RA

1094

// STEUERRECHT

Dr. Marcus Helios, RA/StB, und Dr. Christian Schmies, RA

Ausländische Investmentanteile i. S. d. § 2 Abs. 9 InvG

1100

Hans-Jürgen Kaiser-Blum und Anton-Rudolf Götzenberger, StB

Bei Schiffsbeteiligungen kommt es auf das Einzelinvestment an

1111

BFH: Steuerbefreiung der Grundstücksübertragung unter Ehegatten bei gemischter Nutzung des Hauses

BB-Kommentar von Florian Hölzerkopf, StB, und Daniel Bauer

1113

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Nina Kumm, LL.M.

Praxisfragen bei der Regelpublizität nach Inkrafttreten des TUG

1118

BVerfG: Ordnungsgeldverfahren in Altfällen (bis 2005) auch nach dem 31.12.2006 nicht verfassungswidrig

BB-Kommentar von Dr. Dietrich Grashoff, WP/StB/RA

1122

// ARBEITSRECHT

Dr. Tim Wissmann, LL.M., FAArbR, und Dr. David Schneider

Europa hat gesprochen: Betriebsübergang ohne Erhalt der organisatorischen Einheit!

1126

Christian Freiherr von Buddenbrock, RA, und Jörn Manhart, RA

Nachspielzeit für die Zillmerung?

1129

EuGH: Betriebsübergang bei Eingliederung des übertragenen Betriebsteils in die Organisationsstruktur des Erwerbers

BB-Kommentar von Dr. Michael Müntefering

1133

// BB-MAGAZIN

Dr. Marcus Geuenich, RA/StB

Entwurf eines Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetzes: Harte Bandagen bei der Bekämpfung der Steuerhinterziehung

M1

Dr. Carsten Reimann, LL.M., RA, und Dr. Dr. Christian H. Born, M.B.A.

TÜV-geprüfte Unternehmensjuristen (Teil 1)

M16

der III. Zivilsenat anschließt. Anzunehmen ist, dass künftig wohl auch der II. Zivilsenat der Linie der Entscheidung vom 7.10.2008 folgen wird (zweifelnd noch *Rotter*, BB 2008, 2648), auch wenn dort in einer früheren Entscheidung eine Hinweispflicht auf Veröffentlichungen in Brancheninformationsdiensten grundsätzlich für möglich gehalten wurde (Urt. vom 18.4.2005 – II ZR 197/04, unveröffentlicht). Davon abgesehen wurde die am 7.10.2008 durch den XI. Zivilsenat begonnene Rechtsprechung in einigen Punkten konkretisiert:

1. Der III. Zivilsenat unterscheidet ebenso wie der XI. Zivilsenat zwischen Nachforschungspflichten einerseits und Hinweispflichten des Anlageberaters andererseits. Zunächst ist also immer zu klären, ob das betreffende Publikationsorgan dem Anlageberater überhaupt hätte bekannt sein müssen (*Assmann*, ZIP 2002, 637, 643 ff.; von *Heymann/Edelmann*, in: *Assmann/Schütze*, Hdb. KapitalanlageR, 3. Aufl. 2007, § 4 Rn. 24). Insofern hält der BGH daran fest, dass der Anlageberater grundsätzlich selbst entscheiden kann, welche Medienauswahl er trifft, solange er nur über ausreichende Informationsquellen verfügt. Dem ist zuzustimmen. Weitergehende Lösungsansätze sind nicht praktikabel. Dem Anlageberater einen Gesamtüberblick über sämtliche Veröffentlichungen abzuverlangen, ist in der Praxis nicht umsetzbar (*Lang*, BKR 2008, 523, 525, anders *Nittel/Lembach*, in: *Assies/Beule/Heise/Strube*, Hdb. FA-BKR, Kap. 8 Rn. 44.; *Rotter*, BB 2008, 2648). Auf bestimmte Medien abzustellen, die dem Anlageberater „jedenfalls“ bekannt sein müssen, ist ebenfalls nicht zielführend, da es keine überzeugenden Kriterien gibt, bestimmte Publikationsorgane in ihrer Bedeutung voneinander abzugrenzen. Konsequenterweise müssten im Ergebnis dann doch „alle“ berücksichtigt werden (*Assmann*, ZIP 2002, 637, 644). Deshalb ist nicht nachvollziehbar, weshalb der BGH in der aktuellen Entscheidung vom 5.3.2009 daran festhält, dass ein Anlageberater über zeitnahe und gehäufte Berichte „in der *Börsenzeitung*, der *Financial Times Deutschland*, dem *Handelsblatt* und der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* unterrichtet“ sein müsse. Die Aufstellung eines solchen „Pflichtenkatalogs“ (*Lang*, BKR 2008, 523 f.) widerspricht dem Grundsatz, dass die Zusammenstellung des Informationsprogramms grundsätzlich im Ermessen des Anlageberaters steht. Überdies erscheint die Hervorhebung der vier genannten Print-Medien gegenüber anderen Publikationsorganen mit eigenem Wirtschaftsteil willkürlich. Das Postulat eines bestimmten Pflichtenkatalogs sollte daher in der künftigen Rechtsprechung ersatzlos entfallen.

2. Ob die Anlageberatung durch eine Bank oder durch einen freien Anlageberater erfolgt, ist aus Sicht des III. Zivilsenats ohne Belang. Dies folgt daraus, dass in dem vorliegenden Fall, in dem es um einen freien Berater ging, ohne Einschränkung auf die Rechtsprechung verwiesen wird, die im Zusammenhang mit der Anlageberatung durch Banken ergangen war. Zuletzt wurde noch diskutiert, ob insoweit ein Differenzie-

rungsbedarf besteht (*Lang*, BKR 2008, 523, 525). Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen. Für die Praxis bedeutet dies, dass sämtliche Anlageberater, auch solche, die keine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG besitzen, die gleichen Nachforschungs- und Hinweispflichten treffen.

3. Selbst wenn der fragliche Artikel der *Wirtschaftswoche* dem Anlageberater bekannt gewesen wäre, verneinte der BGH eine Hinweispflicht. In dieser Fallgruppe, bei der der Anlageberater von einer Negativberichterstattung positive Kenntnis hat, wurde die am 7.10.2008 vom XI. Zivilsenat angestoßene Rechtsprechung maßvoll fortentwickelt. Künftig wird vorrangig darauf abzustellen sein, ob der betreffende Artikel eine zusätzliche Sachinformation über die Kapitalanlage enthält oder lediglich eine (negative) Bewertung. Im letzteren Falle scheidet eine Hinweispflicht grundsätzlich aus. Im Umkehrschluss ist eine Hinweispflicht zumindest zu erwägen, wenn der Negativbericht konkrete Informationen enthält, die dem Anleger in dem übrigen Informationsmaterial, insbesondere dem Prospekt, vorenthalten werden.

4. Eine Hinweispflicht auf negative Berichterstattung soll im Grundsatz entfallen, wenn dem Anleger ein fehlerfreier Prospekt übergeben wurde. In der Praxis ergeben sich daraus allerdings keine Hilfestellungen, da stets ein Restrisiko einkalkuliert werden muss, dass der anlässlich eines Beratungsgesprächs übergebene Prospekt unrichtig ist.

5. Erfreulich ist die Hervorhebung, dass eine Hinweispflicht auch dann entfällt, wenn die betreffende Negativberichterstattung sich zeitlich überholt hat. Der konkrete Fall wies die Besonderheit auf, dass der Bericht in der *Wirtschaftswoche* älter war als der Prospekt, was nahelegt, dass die Berichterstattung sich nicht unmittelbar auf die streitgegenständliche Kapitalanlage bezog, sondern auf ein inhaltsgleiches Vorgängerprodukt des selben Anbieters. Unbeschadet dessen ist dem Ansatz zuzustimmen, die Frage der Hinweispflicht (auch) an der Aktualität der Berichterstattung zu messen. Dies zeigt ein Blick auf die spezialgesetzliche Prospekthaftung der §§ 44 ff. BörsG bzw. des § 13 Abs. 1 Verk-ProsP. Danach bestehen im Falle eines unrichtigen Verkaufsprospekts nur bei solchen Erwerbsvorgängen Ansprüche, die innerhalb des 6-Monats-Zeitraums des § 44 Abs. 1 S. 1 BörsG erfolgten. Für nachfolgende Zeiträume geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Anlageentscheidung nicht mehr auf Grund des Prospekts getroffen wurde (*Assmann*, in: *Assmann/Schütze*, Hdb. KapitalanlageR, 3. Aufl. 2007, § 6 Rn. 229). Geht man aber davon aus, dass nicht einmal der Verkaufsprospekt in der Lage ist, länger als 6 Monate Einfluss auf die Anlageentscheidung auszuüben, so kann negativer Presseberichterstattung kaum ein längerer Aktualitätszeitraum zugebilligt werden. Es wäre nur konsequent, eine Hinweispflicht auf negative Presseberichte zu verneinen, wenn diese zum Zeitpunkt des Beratungsgesprächs älter als sechs Monate sind. Insofern bleibt die künftige Rechtsprechung abzuwarten.

// Entscheidungsreporte

// GESELLSCHAFTSRECHT

Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Organpflichtverletzung

OLG München, Urteil vom 19.11.2008 – 7 U 2405/08

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2009-1096-1
unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Geben Vorstand und Aufsichtsrat keine Entsprechenserklärung nach § 161 AktG (Deutscher Corporate Governance Kodex) ab, so stellt dies einen schwerwiegenden, die Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses der Hauptversammlung begründenden Gesetzes- und Satzungsverstoß dar (vgl. auch Entscheidung des Senats vom 23.1.2008 – 7 U 3668/07 = BB 2008, 692).

2. Bei Ausschluss des Bezugsrechts im Fall von Wandel- und Optionsanleihen muss der Hauptversammlung ein Bericht über den Grund des Bezugsrechtsausschlusses vorgelegt werden. Dieser muss dem durchschnittlichen Aktionär hinreichend verständliche Ausführungen dazu enthalten,

in welchen konkreten Fällen und mit welchen Modalitäten und Auswirkungen ein Ausschluss in Frage kommen soll. Entspricht der Bericht diesen Anforderungen nicht, liegt ein die Anfechtbarkeit des hierzu gefassten Hauptversammlungsbeschlusses begründender Mangel vor.

3. Ein Vorstandsbericht zu einem Beherrschungsvertrag genügt insbesondere im Hinblick auf die sich aus dem Gewinn- und Beherrschungsvertrag unmittelbar und mittelbar ergebenden Zahlungspflichten des herrschenden Unternehmens den Anforderungen des § 293a Abs. 1 AktG nicht, wenn er keine ausreichenden Angaben zur wirtschaftlichen Lage und Bonität des herrschenden Unternehmens enthält. Insbesondere ist die Vorlage eines in englischer Sprache abgefassten Jahresabschlusses nicht ausreichend.

4. Die Anfechtung eines Beschlusses der Hauptversammlung über ein Delisting kann nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, dass den Aktionären bereits im Vorfeld der Entscheidung mitgeteilt hätte werden müssen, ob die Gesellschaft, die das mit dem Delisting verbundene Kaufangebot unterbreitet, wirtschaftlich zur Erfüllung in der Lage ist, da mit dem Delisting keine zwingende Entscheidung über die Veräußerung/den Verlust der Aktien der Minderheitsaktionäre verbunden ist.

ZUSAMMENFASSUNG

Die ordentliche Hauptversammlung einer börsennotierten Aktiengesellschaft hat Beschlüsse über die Entlastung des Vorstandes, die Entlastung eines Aufsichtsratsmitglieds, die Ermächtigung des Vorstands zur Ausgabe von Wandel- und Optionsschuldverschreibungen unter Ausschluss des Bezugsrechts, die Zustimmung zu einem Beherrschungsvertrag sowie über die Ermächtigung des Vorstands, den Widerruf der Börsenzulassung zu beantragen, gefasst.

Im Vorfeld der Hauptversammlung hatten Vorstand und Aufsichtsrat keine Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG abgegeben. In seinem Bericht über den Ausschluss des Rechts der Aktionäre auf Bezug von Wandel- und Optionsschuldverschreibungen hatte der Vorstand den Ausschluss recht knapp mit dem notwendigen Ausgleich von Spitzenbeträgen und der Schwierigkeit gerechtfertigt, die Inhaber bereits ausgegebener Wandel- und Optionsschuldverschreibungen anders vor Verwässerung zu schützen. Der Vorstandsbericht zum Beherrschungsvertrag nannte neben den Gründen und den Auswirkungen des Vertrages zwar die Identität und die Eigentümer des künftig herrschenden Unternehmens sowie die Höhe seiner Beteiligung, enthielt darüber hinaus jedoch keine Angaben über dessen wirtschaftliche Lage oder Bonität. Im Zusammenhang mit der Ermächtigung zum Widerruf der Börsenzulassung hatte der Vorstand ebenfalls einen Bericht an die Hauptversammlung erstattet, in dem er die Gründe für den Rückzug von der Börse, die Unternehmensbewertung und das Abfindungsangebot der Mehrheitsaktionärin erläuterte. Aussagen über die wirtschaftliche Lage oder die Bonität der Mehrheitsaktionärin waren darin jedoch nicht enthalten.

Das als Berufungsinstanz zuständige OLG München bestätigte das in der Vorinstanz ausgesprochene Verdikt der Nichtigkeit zu den vier ersten Tagesordnungspunkten, teilte aber nicht die Auffassung des Landgerichts über die Anfechtbarkeit der Ermächtigung zu einem Delisting aufgrund fehlender Berichterstattung über die Bonität der Mehrheitsaktionärin. Das Urteil ist rechtskräftig.

PRAXISFOLGEN

1. Die Diskussion über die Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen aufgrund gänzlich fehlender oder unrichtiger Entsprechenserklärungen scheint sich zu beruhigen. Nachdem die Instanzgerichte bislang uneinheitlich ent-

schieden haben und die Literatur mehrheitlich eine Anfechtbarkeit bejahte, hat sich jüngst auch der BGH zu einer Teilfrage geäußert: In seinem Urteil vom 16.2.2009 – II ZR 185/07 (BB 2009, 796) hat der BGH entschieden, dass Entlastungsbeschlüsse anfechtbar sind, soweit die Entsprechenserklärung in einem nicht unwesentlichen Punkt – dort betreffend Berichterstattung des Aufsichtsrats über Interessenkonflikte – von vornherein nicht der tatsächlichen Praxis der Gesellschaft entsprochen hat oder im Fall einer unterjährigen Verhaltensänderung nicht umgehend berichtigt worden ist. Man könnte nun fragen, ob eine Anfechtbarkeit erst recht vorliegen soll, wenn erst gar keine Entsprechenserklärung abgegeben wurde, oder aber nur eine unrichtige Entscheidungsgrundlage irreführend sein kann und daher eine Anfechtbarkeit begründen soll. Hier bezieht das OLG München eindeutig Position zugunsten der Anfechtbarkeit bei gänzlich fehlender Entsprechenserklärung. Für die Praxis scheidet daher eine Strategie, die Anfechtungsrisiken dadurch minimieren will, dass erst gar keine Erklärung abgegeben wird, jedenfalls aus. Vielmehr wird erhebliche Sorgfalt auf eine korrekte und im Zweifel weite Formulierung der Nichtentsprechung sowie eine sofortige Berichtigung der Erklärung bei Verhaltensänderungen verwendet werden müssen.

2. Auch die Rechtfertigung eines Bezugsrechtsausschlusses im Zusammenhang mit der Ermächtigung zur Ausgabe von Wandel- und Optionsschuldverschreibungen ist in der Vergangenheit kein einfaches Terrain gewesen. Unbestritten ist heute, dass die Grundsätze der Siemens/Nold-Entscheidung des BGH (Urt. vom 23.6.1997 – II ZR 132/93 = BB 1997, 1755), welche die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital reduziert haben, auch bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsschuldverschreibungen zur Anwendung kommen. Danach muss die Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bei abstrakter Beurteilung (nur noch) „im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft“ liegen. Dass die Flexibilität zur kurzfristigen Wahrnehmung günstiger Kapitalmarktsituationen ohne Verzögerungen durch die Bezugsfrist oder auch technische Erwägungen wie der Ausgleich von Spitzenbeträgen und die Aufrechterhaltung der Verhältnisse bestehender Aktiegattungen zueinander im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegen, ist anerkannt. Ob auch das Interesse der Gesellschaft, Inhaber von Wandlungs- und Optionsrechten dadurch vor Verwässerung zu schützen, dass ihnen der „Bezug“ neu ausgegebener Wandel- und Optionsschuldverschreibungen ermöglicht wird, auch ausreicht, wurde in der Literatur bislang uneinheitlich beurteilt (vgl. *Groß*, in: Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 2. Aufl., § 51 Rn. 52 a. E. m. w. Nachw.). Obwohl hier eine gewisse Skepsis des Gerichts anklingt, beantwortet das OLG München diese materiellrechtliche Frage letztlich nicht. Vielmehr zieht es sich auf den formellen Mangel zurück, der vorgelegte Bericht biete jedenfalls keine dem durchschnittlichen Aktionär hinreichend verständliche Entscheidungsgrundlage und begründe schon deshalb die Anfechtbarkeit des Ermächtigungsbeschlusses. Eine materiellrechtliche Beurteilung dieser Frage durch die höchstrichterliche Rechtsprechung steht weiterhin aus.

3. Im Zusammenhang mit einer Zustimmung der Hauptversammlung zu einem Unternehmensvertrag verlangt § 293a Abs. 1 AktG einen ausführlichen schriftlichen Bericht des Vorstands der beherrschten Gesellschaft. Ob zu den berichtspflichtigen Umständen auch Informationen darüber gehören, ob das herrschende Unternehmen seinen Verpflichtungen insbesondere im Hinblick auf Ausgleichs- und Abfindungsansprüche wird nachkommen können, wurde in der Literatur bislang nur vereinzelt angenommen (so *Langenbacher*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 293a Rn. 12). Dieser Ansicht schließt sich das OLG München nun an und stellt weitergehend klar, dass die nach § 293f Abs. 1 Nr. 2 AktG auszulegenden Jahresabschlüsse des herrschenden Unternehmens die Anforderungen an den Bericht nicht ein-

schränken, dieser vielmehr unabhängig von der Auslegung zu erstatten ist und Berichtsmängel zur Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses berechtigen. In der Praxis enthielten Vorstandsberichte regelmäßig keine Angaben zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder Bonität des herrschenden Unternehmens. Die weite Auslegung der Berichtspflicht durch das OLG München wird künftig bei der Vorbereitung der HV-Dokumentation zu Beschlussgegenständen, die Ansprüche der Aktionäre und entsprechende Berichtspflichten auslösen, zu beachten sein. Dagegen wird diese Rechtsprechung keinen Einfluss auf diejenigen Verfahren haben, in denen die Erfüllung der Aktionärsansprüche anderweitig, etwa durch eine Bankbestätigung beim Squeeze out, gesichert ist.

4. Einen ganz ähnlichen Hintergrund hat auf den ersten Blick die Anfechtung der Ermächtigung zum Delisting. Der Rückzug vom regulierten Markt der Börse erfordert ebenfalls ein Kaufangebot der Gesellschaft oder – in der Praxis häufiger – des Mehrheitsaktionärs an die außenstehenden Aktionäre. Auch hier ist ein Interesse dieser außenstehenden Aktionäre an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners im Grundsatz einsichtig. Das OLG München entscheidet hier jedoch anders als bei der Zustimmung zu einem Unternehmensvertrag. Eine fehlende Berichterstattung über die wirtschaftliche Lage oder Bonität dessen, der das Kaufangebot unterbreitet, soll keine Anfechtung des Ermächtigungsbeschlusses rechtfertigen. Ob das aufgeführte Argument, mit dem Delisting sei keine zwingende Entscheidung über die Veräußerung/den Verlust der Aktien der Minderheitsaktionäre verbunden und es bedürfe noch einer weiteren Desinvestitionsentscheidung des Aktionärs, eine abweichende Behandlung im Vergleich zur Situation der außenstehenden Aktionäre bei Unternehmensverträgen wirklich rechtfertigt, mag dahinstehen. Im Ergebnis hält sich das OLG hier lediglich an die Vorgaben des BGH im Macrotron-Urteil (BGH, Urt. vom 25.11.2002 – II ZR 133/01, BB 2003, 806) um. Dort hat der BGH festgestellt, dass der Rückzug von der Börse keine Strukturmaßnahme ist, keiner sachlichen Rechtfertigung bedarf und in der Folge auch gar kein Vorstandsbericht erstattet werden muss. Nun könnte theoretisch für Informationen über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Mehrheitsaktionärs anderes gelten als für die sachliche Rechtfertigung des Delisting. Insofern entlastet die pauschale Absage des Macrotron-Urteils an jegliche Berichtspflichten bei Ermächtigungen zum Delisting heute tatsächlich die Hauptversammlungsdocumentation; sie würde aufgrund der zwischenzeitlich aufgetretenen Fragen heute aber vielleicht differenzierter ausfallen.

Dr. Edgar Matyschok, RA und Partner bei v. Boetticher Hasse Lohmann, Frankfurt

// BANK-/HAFTUNGSRECHT

Reichweite prospektbezogener Plausibilitätsprüfung bei „spezialisierte“ Anlagevermittlung

BGH, Urteil vom 5.3.2009 – III ZR 17/08

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2009-1098-1 unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ

Zur Pflicht eines auf den Vertrieb von Beteiligungen an Windkraftanlagen spezialisierten Anlagevermittlers, den Emissionsprospekt auf Plausibilität zu überprüfen.

LEITSATZ (DER KOMMENTATOREN)

Bei prospektgestützter Anlagevermittlung hat der Vermittler den Prospekt in den Grenzen persönlicher Zumutbarkeit auf Plausibilität und wirtschaftliche Schlüssigkeit des Anlagekonzepts zu prüfen. Der Prüfungsumfang wird durch das beim Anleger erweckte Vertrauen in die Kenntnis des Anlagevermittlers bestimmt. Werbung mit Spezialkenntnissen birgt die Gefahr einer Ausweitung der geschuldeten Plausibilitätsprüfung.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Kläger beteiligte sich an einem in Windkraftanlagen investierten geschlossenen Fonds. Die Fondsgesellschaft ist infolge ausbleibender Erträge insolvent. Der auf Schadensersatz verklagte Anlagevermittler bezeichnete sich in Werbebroschüren und auf einer dem Kläger überlassenen Visitenkarte als Vermittler von u. a. „Beteiligungen an Windparks“. Eine Plausibilitätsprüfung des Prospektes unterließ der Beklagte, ohne den Kläger auf diesen Umstand hinzuweisen.

Der BGH hob das auf diesen Punkt gestützte der Klage stattgebende Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück. Eine Haftung des Vermittlers aufgrund unterlassener Plausibilitätsprüfung bzw. unterbliebener Aufklärung des Anlegers hierüber kommt nach Ansicht des BGH nur in Betracht, wenn eine vom Vermittler hypothetisch vorgenommene Plausibilitätsprüfung Mängel des Prospektes hätte aufdecken können. Andernfalls ist der Schutzzweck der Prüfungs- bzw. Offenbarungspflicht des Anlagevermittlers nicht betroffen. Voraussetzung ist mithin ein vom Anleger zu beweisender Prospektfehler sowie dessen Erkennbarkeit bei (hypothetischer) Plausibilitätsprüfung. Unterlässt der Vermittler eine solche Prüfung, ist er für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens beweispflichtig.

Übertriebene Anforderungen sind nach richtiger Ansicht des BGH an die Schlüssigkeitsprüfung regelmäßig nicht zu stellen. Erweckt der Vermittler aber zurechenbar das Vertrauen des Anlegers in ein Expertenwissen, hält ihn der BGH hieran fest und fordert eine über eine allgemeine wirtschaftliche Schlüssigkeitsprüfung hinausgehende Prospektprüfung, v. a. den Abgleich mit verfügbarem Sekundärmaterial (hier: einem „Windgutachten“). Die Schlüssigkeit des Sekundärmaterials muss der Vermittler laut BGH aber nicht prüfen, soweit dies ein entsprechendes Studium voraussetzt. Gegen Ausnahme: Der Vermittler wirbt mit entsprechender Ausbildung.

PRAXISFOLGEN

Die Aussagen des BGH zu Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Plausibilitätsprüfung sind bekannt. Anerkannt ist auch, dass Anlagevermittler unabhängig von einem beim Anleger ausgelösten Vertrauen die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Anlagekonzeptes mit „allgemeinen wirtschaftlichen Kenntnissen“ zu prüfen haben. Neu und bedenklich weit sind die Kriterien zu Inhalt und Umfang der Plausibilitätsprüfung bei zurechenbar ausgelöstem Vertrauen des Anlegers in Spezialkenntnisse des Vermittlers. So ist bereits die Schwelle, ab der ein schutzwürdiges Vertrauen des Anlegers in Spezialkenntnisse entstehen können soll (Visitenkarte!), erstaunlich niedrig. Erhebliche Rechtsunsicherheit birgt auch die dem Tatrichter auferlegte Entscheidung über die erforderliche Prüfungstiefe bei Sekundärmaterial, insbesondere technischen Gutachten. Letzterer soll entscheiden, ob diese Prüfung im Einzelfall ein (naturwissenschaftliches) Studium erfordert. Es ist abzusehen, dass diese Frage den BGH erneut beschäftigen wird.

Dr. Till Brocker, RA, und **Stefanie Geist**, LL.M., RAin, Lindemann Schwenicke & Partner, Berlin