

(Dritt-)Haftung steuerlicher Berater bei notleidenden geschlossenen Fonds

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht, Köln*

I. Einführung

Steuerorientierte Kapitalanlagen schienen auf dem Rückzug zu sein. Bezweckten zunächst die Maßnahmen des Gesetzgebers wie § 2b EStG und sein Nachfolgerparagraf 15b EStG sowie die Regeln über die Mindestbesteuerung gemäß § 2 Abs. 3 EStG bzw. später § 10d EStG – auch – steuerorientierten Anlagenmodellen wie insbesondere Publikumpersonengesellschaften in Form der sog. geschlossenen Fonds den Wind aus den Segeln zu nehmen, haben zusätzlich verschiedene wirtschaftliche Begleiterscheinungen in den letzten Jahren das Anlegerinteresse für diese Beteiligungsformen merklich abkühlen lassen. Gründe waren z.B. die „alte“ Immobilienkrise (nicht nur) in den neuen Bundesländern mit dem Stichwort der sog. Schrottimmobilien, enttäuschte wirtschaftliche Erwartungen bei einer großen Anzahl der zunächst als zukunftsweisenden empfundenen Medienfonds im Hinblick auf die wirtschaftlichen Ergebnisse und die Tragfähigkeit des steuerlichen Konzepts.¹ Das Auf und Ab der allgemeinen weltweiten Immobilien- und Finanzkrise seit 2008 hat sein Übriges getan und z.B. auch viele Auslandsimmobilienfonds in Schieflage gebracht. So verwundert es nicht, daß das Platzierungsvolumen von geschlossenen Fonds von EUR 10,24 Milliarden in 2007 im Jahre 2008 um 18,75 % auf EUR 8,32 Milliarden zurückging² und im Jahre 2009 lediglich nur noch EUR 5,23 Milliarden betragen hat.³ Aktuell wird davon gesprochen, daß die von der konjunkturellen Entwicklung aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs mit den Frachtraten besonders abhängigen Schiffsfonds, insbesondere bei Inve-

stitutionen in Containerschiffe, demnächst auf breiter Front notleidend werden könnten.

Umgekehrt proportional zu dieser sich abschwächenden Entwicklung hat sich Anzahl und wirtschaftliches Ausmaß der Rechtsstreite entwickelt, welche Haftungsfragen im Verhältnis zwischen Anlegern und den auf Anbieterseite im weitesten Sinne beteiligten Personen beschäftigen. Nicht nur aus juristischen Gründen, wie etwa der relativ kurzen Verjährungsfrist für die Prospekthaftung der Emittenten im engeren Sinne⁴, sondern auch wegen oftmals schneller Erschöpfung des wirtschaftlichen Haftungspotentials der primär Verantwortlichen, werden zunehmend auch Beteiligte und Funktionsträger in Haftung genommen, welche allenfalls in zweiter oder dritter Reihe im Verhältnis zum Anleger stehen. Hierzu gehören immer öfter auch steuerliche Berater als Rechtsanwälte, Steuerberater und/oder Wirt-

* Zacher & Partner, Köln sowie Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach.

1 Insoweit spricht z.B. Wassermeyer DB 2010, S. 354 ff., von rund 150 Medienfonds mit mehr als 100.000 Anlegern und geschätzten Einlagebeträgen von mehr als EUR 15 Milliarden.

2 Vgl. Schoeller (Herausgeber), Jahrbuch Geschlossene Fonds 2008/2009, S. 31.

3 FAZ vom 04.02.2010, S. 21, unter Berufung auf den VGF.

4 Siehe hierzu jüngst BGH, Urteil vom 07.12.2009 – II ZR 15/08, zur Änderung der Mindestverjährungsfrist für die Prospekthaftung im engeren auf ein Jahr seit Inkrafttreten des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes.

schaftsprüfer, zumal aufgrund der Verbindung von steuerlichen und gesellschaftsrechtlichen wie kapitalmarktrechtlichen Fragen hier in besonderem Maße Berufsträger oder berufsübergreifende Sozietäten tätig waren und sind, welche eine umfassende Expertise gleichsam „aus einer Hand“ anbieten konnten.

II. Erweiterung der „reinen“ Berufshaftung

1. Mandat gegenüber dem Emittenten

Der klassische „Anknüpfungspunkt“ einer möglichen Haftung für die berufliche Tätigkeit ist die Pflichtverletzung im Rahmen des Mandatsvertrages gegenüber dem Auftraggeber, vgl. § 280 BGB. Hiermit sind vielgestaltige Fragen der allgemeinen Berufshaftung, ggf. ergänzt durch die jeweiligen berufsrechtlichen Ausprägungen, verbunden. Von diesen allgemeinen Grundsätzen soll nachfolgend nur insoweit die Rede sein, als es spezielle Bezüge oder auch Abweichungen im Hinblick auf die Haftung gegenüber dem Anlagepublikum betrifft. Jedenfalls im Hinblick auf die unmittelbare Haftung gegenüber dem Auftraggeber sind diese Fragen auch weniger Gegenstand der in den letzten Jahren stark anschwellenden (fach-)öffentlichen Diskussion, da bisher jedenfalls meistens der Hauptschaden im rechtlichen Sinne nicht auf der Ebene des Auftraggebers, d.h. in der Regel des Emittenten, des Konzeptionärs oder der Fondsgesellschaft selbst, sondern auf der Ebene der Anleger eintritt. Die von dort regelmäßig begehrte „Rückabwicklung“, d.h. die wirtschaftliche Neutralisation der früher eingegangenen und jetzt als unvorteilhaft empfundenen Beteiligungsentscheidung, stellt „nur“ auf der Ebene der einzelnen Anleger einen potentiell ersatzfähigen Schaden dar. Für die regelmäßigen Auftraggeber entsprechender Konzeptions- oder umfassender Betreuungsmandate ist jedoch die Beteiligungsentscheidung der Anleger, selbst wenn sie auf fehlerhafter Entscheidungsgrundlage oder Unkenntnis von konzeptionellen Schwächen erfolgt wäre, als solcher kein ersatzfähiger Schaden. Hierbei können zwar im Regresswege auch durchaus „klassische“ Fragen der Verletzung von Pflichten aus dem unmittelbaren Mandatsverhältnis eine Rolle spielen, insbesondere auch bei erfolgreicher Inanspruchnahme der nach außen hin primär Verantwortlichen durch das Anlegerpublikum. Schließlich gibt es – gerade auch in Fällen erschöpfter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit – Fälle, in denen Anleger, sei es durch Pfändung aufgrund eines entsprechenden Titels gegenüber den primär Verantwortlichen im Bereich der Emission und des Vertriebes, oder aufgrund von entsprechenden vergleichswisen Einigungen unter Abtretung entsprechender vermeintlicher oder tatsächlicher Ansprüche, zum Teil als „ultima ratio“ zur wirtschaftlichen Befriedung ihrer Forderungen solche Ansprüche

aus dem unmittelbaren Mandatsverhältnis geltend gemacht haben. Insoweit muss es hier mit der allgemeinen Aussage sein Bewenden haben, dass der steuerliche Berater bei der exakten und möglichst eingegrenzten Beschreibung seines Auftragsumfanges, der Vereinbarung von Haftungsbegrenzungen, Haftungskonzentrationen und ergänzenden Regelungen wie Fragen der Verjährung – im berufsrechtlich zulässigen Rahmen – sowie schließlich natürlich auch bei der Durchführung seines Mandates ganz besondere Sorgfalt walten lassen sollte, um solchen dem unmittelbaren Mandatsverhältnis entspringenden Haftungsfolgen nach Möglichkeit vorzubeugen.

2. Mandat oder erweiterter Beratungsauftrag gegenüber dem Anleger

Eine solche Berufshaftung nach allgemeinen Regeln kann sich im Einzelfall auch in der umgekehrten Konstellation ergeben, wenn der Berater durch den potentiell beteiligungsinteressierten Anleger mandatiert wird. Auch in diesem spiegelverkehrten Fall sollte auf einen klar formulierten und abgegrenzten Prüfungsauftrag besonderer Wert gelegt werden und es nach Vertragsformulierung und gelebter Praxis eindeutig sein, daß keine umfassenden Aussagen zu dem konkreten Fonds, der Werthaltigkeit der Investitionsgegenstände etc. gemacht werden können oder gar eine – in der Regel berufsrechtswidrige – allgemeine Anlageberatung bzw. – Vermittlung betrieben wird, sondern ausschließlich eine fachliche Beurteilung etwa des steuerlichen Konzeptes aufgrund eines (regelmäßig durch den Prospekt und ggf. ein ergänzendes IDW-Gutachten) definierten Informationsstandes. Zwar soll im Zweifel zwar grundsätzlich eine Vermutung für eine lediglich fachbezogene Prüfung im Rahmen der berufsrechtlich gezogenen Grenzen seitens des entsprechenden Beraters sprechen⁵, jedoch neigen viele Instanzgerichte durchaus dazu, bei unklarer Eingrenzung der seinerzeitigen Tätigkeit auch eine umfassende Mitverantwortung des (steuerlichen) Beraters für die Anlageentscheidung selbst neben einem zusätzlich eingeschalteten Finanz- oder Anlageberater anzunehmen.⁶

III. Konzeptionelle Tätigkeiten für Initiatoren, Emittenten und Vertrieb

1. Grundsatz: Keine Haftung des Fachberaters

Der steuerliche Fachberater, insbesondere auch der Steueranwalt, wird häufig schon umfassend bei oft ineinander-

⁵ Vgl. z.B. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.05.2004 – 17 U 73/02; LG Flensburg, DStRE 2004, S. 235 ff.; *Gräfe/Lenzen/Schmer*, Steuerberaterhaftung, 3. Auflage, Rz. 325.

⁶ So etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.11.2008 – I-15 U 85/07.

greifenden wirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Fragen der Konzeption des Fonds, der begleitenden Investitions- und Funktionsträgerverträge, im Rahmen des inzwischen zwingenden Prospektgestattungsverfahrens gegenüber der BaFin und/oder der Kommunikation mit anderen Beteiligten, z.B. im Rahmen einer Prüfung nach dem IDW-S4, aber auch Rating-Agenturen, gegenüber Vertrieben oder sogar bei sog. „Road-Shows“ unter Beteiligung potentiellen Anlegerpublikums miteinbezogen. Zunächst gilt dabei der im Prinzip in Rechtsprechung und Literatur im wesentlichen langjährig unstrittige Grundsatz, daß selbst bei umfassenden Konzeptions- und Beratungsmandanten der entsprechende Berufsträger nicht als Prospektverantwortlicher haftet, wenn er seine Rolle als beauftragter Fachberater nicht überschritten hat.⁷ Dabei wird in jüngster Zeit darauf hingewiesen, daß mit Einführung der gesetzlich normierten Prospekthaftung bei geschlossenen Fonds durch den Verweis des § 13 Abs. 1 Verkaufsprospektgesetz auf die §§ 44 ff. Börsengesetz für eine allgemeine „Expertenhaftung“ erst recht eine gesetzliche Grundlage fehle.

2. Ausnahme: Der „bekennende“ Fachberater

Auf drei Ausnahmen, die in der Praxis diese Grundregel doch deutlich einschränken können, ist allerdings hinzuweisen. Zunächst galt schon seit jeher auf der Grundlage der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung, daß der „bekennende“ Berufsträger, welcher im Prospekt oder sonst im Rahmen der Emission offen hervortritt und dabei einen Vertrauenstatbestand setzt, hierdurch auch eine persönliche (Prospekt-)Haftung begründet.⁸ Ob diese auf einem konkret zurechenbaren Vertrauenstatbestand begründete Haftung nunmehr durch die gesetzlich normierte Prospekthaftung eingeschränkt oder gar ausgeschlossen ist, wird unterschiedlich beurteilt. Für die Praxis sollte man bis auf weiteres davon ausgehen, daß (auch) diese Haftungsbegründung weiterhin Bestand hat. Entsprechend ihrem Anknüpfungspunkt des zurechenbar gesetzten Vertrauenstatbestandes gilt sie aber nur insoweit, als sie auf die Reichweite des konkret gesetzten Vertrauenstatbestandes beschränkt ist. Wer etwa unter Nennung seiner Person und der Inanspruchnahme seiner fachlichen Reputation das steuerliche Konzept einer Fondsgestaltung im Prospekt positiv bewertet oder gar bewirbt, haftet auch nur dann, wenn sich später gerade insoweit ein (Aufklärungs-)Mangel realisiert. Entgegen der allgemeinen Prospekthaftung im engeren Sinne können also hier Haftungseinschränkungen je nach dem konkreten Inhalt des gesetzten Vertrauenstatbestandes, des Schutzzwecks der Norm und aus Kausalitätserwägung eingreifen, welche die Rechtsprechung und die ihr überwiegend folgende Literatur u.a. unter Verweis auf die sog. Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens ansonsten ablehnen.

Darüber hinaus kann im Einzelfall auch eine lediglich so allgemeine und unverbindliche Aussage vorliegen, daß hierauf schlechthin kein Vertrauen eines Anlegers gestützt werden kann, wie das OLG Karlsruhe jüngst im Falle des ehemaligen Verteidigungsministers Prof. Dr. Rupert Scholz entschieden hat.⁹ Bei solchen Einschränkungen wird aber ein unsicheres Terrain mit großen Wertungsspielräumen des Tatrichters beschritten, bei denen eine sichere Prognose der Grenzen der Haftung oft nicht möglich erscheint. Der steuerliche Berater sollte sich hierauf nicht verlassen, zumal er ja – wenn er nach außen hervortritt – im Regelfall gerade auch wegen seiner fachlichen Qualifikationen dem Anlegerpublikum benannt wird. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß selbst im Falle eines ohne Namensnennung erfolgten Hinweises auf ein positives IDW-S4-Gutachten der Bundesgerichtshof entschieden hat, zur Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens könne auch die Identifizierbarkeit auf entsprechende Nachfrage ausreichen.¹⁰

3. Ausnahme: Sog. „Hintermänner“

Die zweite Ausnahme bilden die sog. „Hintermänner“. Es geht hierbei um Personen, die – ohne als Emittenten bzw. Prospektveranlasser nach Außen hervortreten – tatsächlich als (Mit-)Urheber des Prospektes anzusehen sind bzw. die Einfluß auf die Konzeption des Beteiligungsangebots aus eigenem geschäftlichen Interesse genommen haben. Auch hier gilt zwar der oben angesprochene Grundsatz, daß auch eine umfassende fachliche Beratung – sei sie auch interdisziplinär – alleine eine derartige Stellung nicht vermitteln kann. Der BGH hat jedoch auch herausgestellt, daß aus der Kumulation mehrerer für sich genommen nicht hinreichender Mitwirkungsbeiträge insgesamt eine Haftung als Prospektveranlasser entstehen kann.¹¹ Bedenkt man, daß in manchen Konstellationen davon gesprochen wird, daß der Initiator allenfalls eine Geschäftsidee, gewisse Branchenkontakte und den Zugang zu vertriebsstarken Kooperationspartnern mitbringt, wohingegen die Berater bzw. das Beratungsunternehmen zusammen mit teilweise zur Vermeidung der gewerblichen Infizierung ausgegliederten Unternehmen

7 Vgl. etwa aktuell *Lüdicke/Arndt-Kind*, *Geschlossene Fonds*, 5. Auflage, S. 142 m.w.N.; im Überblick zur älteren Rechtsprechung und Literatur *Zacher/Stöcker*, *DStR* 2004, S. 1494, 1496, auch mit Hinweisen zu Grenzfällen aus der Rechtsprechung.

8 Ständige Rechtsprechung seit BGH, Urteil vom 21.10.1983 – II ZR 27/83, *WM* 1984, S. 19, 20; aus der Literatur vgl. stellvertretend *Assmann/Schütze*, *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, 3. Auflage 2007, § 6, Rz. 155.

9 OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.04.2010 – 6 U 155/07.

10 Vgl. BGHZ 111, S. 314, 320 sowie BGH, Urteil vom 08.06.2004 – X ZR 283/02 und vom 14.07.2007, III ZR 185/05 und III ZR 125/06.

11 Vgl. z.B. BGH-Urteil vom 06.03.2008 – III ZR 298/05, ZIP 2008, S. 838, 840.

„den Rest“ besorgt, dürfte es auch trotz der berufsrechtlichen Restriktionen nicht in allen Fällen ganz ausgeschlossen sein, daß jedenfalls haftungsrechtlich der Rubikon zwischen reiner Beraterrolle und eine verdeckten Mitverantwortung überschritten wurde. Natürlich bestehen hier in der Praxis auch Nachweisschwierigkeiten auf Anlegerseite. In einigen der bekannt gewordenen spektakulären Fälle konnten aber auch die diesbezüglichen Insider-Informationen offensichtlich durch die auf Seiten der Anleger tätigen Anwälte beschafft oder aufgrund staatsanwaltlicher Ermittlungen – manchmal als Nebenprodukt – aufgedeckt werden.

4. Ausnahme: Deliktische Haftung bei qualifizierten Pflichtverstößen

Schließlich ist auch die deliktische Haftung gem. §§ 823 II i.V.m. einem Schutzgesetz (826 BGB), zu nennen, welche eine objektiv besonders qualifizierte „sittenwidrige“ Pflichtverletzung und subjektiv vorsätzliches Handeln in Kenntnis der qualifizierten Umstände voraussetzt. Hier scheint sich im Bereich der Haftung bei geschlossenen Fonds eine gewisse Tendenz abzuzeichnen, im Fall von als unbillig empfundenen Haftungslücken bzw. Beweisschwierigkeiten die Anforderungen an die Tatbestandsmerkmale der Schutzgesetzverletzung bzw. der Sittenwidrigkeit und des Vorsatzes nicht ganz so streng zu handhaben, wie dies im übrigen bei Anwendung dieser zivilrechtlichen Ausnahmehaftungsnorm der Fall ist. Auch bei Berufsträgern ist diese Norm zwischenzeitlich schon durchaus als Haftungsgrundlage herangezogen worden. Dies meistens in Fällen, bei denen das sog. *Judiz* zwar durchaus Sympathien für das Ergebnis der bejahten Haftung begründen konnte, die Begründung bei unbefangener Subsumtion der Tatbestandsmerkmale aber jedenfalls nicht ohne weiteres der hergebrachten Auslegung entsprach.¹²

IV. Operative fachliche Betreuung des Fonds

1. Grundsatz: Verantwortlichkeit nur im Innenverhältnis

Auch insoweit gilt grundsätzlich, daß einer Haftungsverantwortung zunächst nur gegenüber dem Auftraggeber besteht und die Frage einer Pflichtverletzung insbesondere dadurch determiniert wird, welche Pflichten im Rahmen des Mandatsvertrages übernommen worden sind und welche Umstände dem steuerlichen Berater zur Kenntnis gebracht wurden. Wird eine steuerliche Gestaltung später durch die Finanzverwaltung nicht der Konzeption entsprechend anerkannt, kann dies vielfältige Gründe haben. Diese können von einem Meinungsumschwung der Finanzverwaltung bei nicht eindeutig geklärteter Rechtslage und Fehlen einer verbindlichen

Auskunft – wobei der steuerliche Berater aber auf solche Aspekte ggf. hinzuweisen hat –, über vom Management des Fonds nicht offenbarte Nebenabreden und zusätzliche „Gestaltungen“ bis hin zu einer schlicht nicht konzeptionsgemäß bzw. gesetzeskonform gehandhabten Umsetzung in der Praxis reichen. Gerade auch im zuletzt genannten Bereich bestehen zwar entsprechende Hinweis- und Warnpflichten des Beraters, wenn er solche Risiken bei der operativen Begleitung erkennt. Auch hier sollte ihn aber in der Regel gegenüber seinem Mandanten und Auftraggeber zunächst ein möglichst konkret hinsichtlich der Pflichten und Aufgabenverteilung formulierter Mandatsvertrag schützen. Werden seitens des verantwortlichen Managements vertragliche Regelungen oder Empfehlungen nicht befolgt, kann dies im Verhältnis zum unmittelbaren Auftraggeber, welcher sich auch bei wirtschaftlicher Betroffenheit des Anlegerpublikums im Ergebnis das Verhalten seiner Geschäftsführung gem. § 254 Abs. 1, 31 analog BGB zurechnen lassen muß, ggf. schon die objektive Pflichtverletzung entfallen lassen, mindestens aber zu einem erheblichen Mitverschulden und entsprechender Haftungseinschränkung führen.¹³ Spätere Fehler bei der späteren operativen Umsetzung, welche sich für die Fondsgesellschaft bzw. ihre Anlegergesellschaften steuerlich oder ansonsten nachteilig auswirken, können im übrigen im Regelfall nicht kausal für die Beteiligungsentscheidung der Anleger gewesen sein. Auch hier wird in der Regel das Haftungspotential zumindest eingegrenzt, da – selbst wenn man ganz oder teilweise eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Beraters bejaht – nicht die gesamte Rückabwicklung der Beteiligung in Rede steht, sondern lediglich ein nach den allgemeinen Regeln konkret zu definierender kausal begründeter Schaden. Dieser wird im Regelfall – relativ – deutlich niedriger sein.

2. Ausnahme: Erkennbarkeit von Umsetzungsschwierigkeiten schon während der Emission

Eine Ausnahme mag dann bestehen, wenn von vornherein oder jedenfalls während der Emissionsphase des Fonds erkennbar wird, daß – sei es aufgrund eines Meinungsumschwungs in der Finanzverwaltung, aufgrund wirtschaftlicher Zwänge, der im Bereich des Investitionsgegenstandes herrschenden Usancen der Praxis oder auch aufgrund mangelnden Willens oder Könnens – das Management die notwendigen Schritte zur Sicher-

¹² Deutlich mahndend insoweit BVerfG, NJW 2008, S. 1726, 1727 gegen eine allzu ausufernde „Billigkeitsrechtsprechung“.

¹³ Zur Abwägung der Verursachungsbeiträge selbst bei vom als Jahresabschlussprüfer tätigen Wirtschaftsprüfer nicht aufgedeckten „schwarzen“ Konten der Geschäftsführung im Sinne einer Haftungsreduktion vgl. jüngst BGH-Urteil vom 10.12.2009 – VII ZR 42/08, BB 2010, S. 159 ff.

stellung zur steuerlichen und rechtlichen Umsetzung des Konzepts nicht einhält bzw. einhalten kann. Auch hier gilt allerdings zunächst, daß der Berater primär seinem Mandanten gegenüber zur Aufklärung und Warnung verpflichtet ist und diese notwendigenfalls schon im eigenen Interesse deutlich und schriftlich formulieren sollte. Weitergehende Maßnahmen kann und darf er auch mit Blick auf die berufsrechtlich geforderte Verschwiegenheit bis zur Grenze der Mitwirkung etwa an einer Steuerhinterziehung nicht ergreifen; auch eine Pflicht zur Mandatsniederlegung oder gar Unterrichtung Dritter besteht jedenfalls bis zu dieser Grenze zunächst nicht. Zu den von der Rechtsprechung postulierten Ausnahmen komme ich nachfolgend.

3. Problem des Geschädigten

Darüber hinaus stellt sich auch das Problem des Geschädigten im besonderen Maße bei geschlossenen Fonds, welche einkommensteuerlich regelmäßig transparent sind. Weder die Einwerbung des Kapitals durch die Anleger – sei es auch trotz unrichtiger Risikoaufklärung – noch negative ertragsteuerliche Konsequenzen auf Anlegerebene stellen für die Fondsgesellschaft selbst als solche einen Schaden dar. Damit scheint es – auch – von der Steuerart abzuhängen, ob (wie etwa bei der Umsatzsteuer oder der Gewerbesteuer) – bei der Fondsgesellschaft als regelmäßigem Auftraggeber überhaupt ein Schaden entsteht. Das Oberlandesgericht Köln hat allerdings in einem Urteil vom 13. 11. 2008¹⁴ einen Vertrag über die laufende Steuerberatung zwischen einer Publikumskommanditgesellschaft und deren Steuerberater als einen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten der Anlegerkommanditisten angesehen und diese für berechtigt gehalten, im Zusammenhang mit Deklarationsfehlern bei den jährlichen Erklärungen zur gesonderten einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen vom steuerlichen Berater der Gesellschaft bei ihnen angefallene Nachzahlungszinsen und weitere vorgerichtliche Kosten erstattet zu erhalten. Das Gericht hatte in der Urteilsbegründung durchaus die Unterscheidung ggf. auch die Interessenverschiedenheit zwischen der KG selbst und den insoweit nur reflexartig betroffenen Anlegergesellschaftern gesehen, aber gleichwohl die Schutzwirkung des Steuerberatervertrages auch unmittelbar auf die wirtschaftlichen Interessen der Anlegergesellschaft erstreckt.

V. Erweiterte Haftungstatbestände der jüngsten Rechtsprechung

1. Tendenz zur Ausweitung der Haftung...

Aus den bereits eingangs angesprochenen rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen scheint die Rechtspre-

chung in den letzten Jahren ein besonderes Bedürfnis zu sehen, auch die im steuerlichen Bereich tätigen Berater stärker mit in Haftungsverpflichtungen miteinzu-beziehen. Rechtstechnisch wird dies zum einen durch die Identifikation und bisweilen auch Fiktion weiterer (drittbezogener) Pflichten bzw. zum anderen durch die Hervorhebung von von der fachlichen Beratung abzugrenzenden weiteren Verantwortungskreisen forciert, oft auch durch eine Kombination beider Aspekte. Dabei ist einzuräumen, daß diese Tendenz sicher auch durch den vielfach in der Praxis festzustellenden „umfassenden Betreuungsansatz“ gefördert wird, nach dem regelmäßig größere Kanzleien selbst oder durch ihr Netzwerk Steuerberatung, rechtliche Konzeption, Prospektprüfung, Mittelverwendungskontrolle, die Funktion des Treuhandkommanditisten, Jahresabschlussprüfung und manchmal noch mehr an Dienstleistungen erbringen bzw. beistellen. Es dürfte deshalb auch nicht nur Zufall sein, daß in vielen der besonders fachöffentlich gewordenen Fälle die Rechtsprechung Haftungstatbestände gegenüber bekannten größeren Beratungsgesellschaften bzw. namhaften Berufsträgern bejaht hat.

2. ...insbesondere bei Treuhandtätigkeiten

a) Ein Ansatzpunkt hierfür ist die treuhänderische Übernahme der Gesellschafterstellung für die Anleger, welche in ihrer Basisausprägung als reiner Beteiligungstreuhänder eigentlich eine eher formale und aus Abwicklungsgründen gebotene Funktion ist, zumal – gerade auch um die steuerliche Zurechnung bei den Anlegern nicht zu gefährden – materiell die Stellung des Treuhänders regelmäßig recht „schwach“ ausgestaltet ist. Dementsprechend wurde auch traditionell – wenn auch abhängig von den Umständen des Einzelfalles – der Treuhandkommanditist nicht per se zum Kreis der Prospektverantwortlichen gezählt, soweit er nicht aus besonderen Vertrauenstatbeständen wie etwa der oben angesprochenen Expertenhaftung oder der Eigenschaft als tatsächlich einflußreicher „Hintermann“ – über diese Funktion hinausging. Obwohl die Rechtsprechung des weiteren auch grundsätzlich eine (Mit-)Verantwortlichkeit einfacher Gesellschafter für Prospektaussagen und die Erfüllung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten gegenüber dem Anlegerpublikum ablehnt, hat sie dann jedoch zunächst in der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Treuhandkommanditisten einen Anknüpfungspunkt für besondere Aufklärungspflichten nicht nur gegenüber den bereits vertraglich mit dem Treuhänder verbundenen Treugebern, sondern im Sinne einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht auch gegenüber potentiellen weiteren Anleger-Treugebern gesehen.

¹⁴ DB 2009, S. 278 ff.

- b) Nachdem auf der Grundlage dieser eher gesellschaftsrechtlich geprägten Argumentation dann vielfach die besondere Rolle als Gründungskommanditist als haftungsschädlich angesehen und entsprechend vermieden wurde, wurde das gesellschaftsrechtliche geprägte Begründungselement in der Rechtsprechung mehr und mehr durch eine rein schuldrechtliche geprägte Argumentation ersetzt, welche den Treuhandkommanditisten inzwischen für verpflichtet hält, alle ihm bekannten oder erkennbaren regelwidrigen Umstände gegenüber dem Anleger als seinem – zukünftigen – Vertragspartner zu offenbaren, welche für dessen Beteiligungsentscheidung von Bedeutung sein könnten¹⁵ und über die er nicht – für den Treuhandkommanditisten erkennbar – schon in anderer Weise etwa durch den Emissionsprospekt, zutreffend aufgeklärt worden ist. Obwohl damit formal eine Trennung zwischen Prospektverantwortlichkeit und speziellen vertragsbezogenen Aufklärungspflichten gewahrt bleibt, führt dies doch im Ergebnis dazu, daß der Treuhandkommanditist nach der neuesten Rechtsprechung de facto den Emissionsprospekt und alle weiteren vom Emittenten gegenüber dem Anlegerpublikum verwendeten Informationsquellen dahin gehend zu überprüfen hat, ob diese – noch – die ursprünglich vorhandenen oder nachträglich (während der Emissionsphase) eingetretenen Risiken richtig und vollständig wiedergeben.¹⁶ Dabei soll der Treuhandkommanditist auch verpflichtet sein auf eine entsprechende Prospektergänzung bzw. Prospektänderung hinzuwirken. Obwohl die Rechtsprechung durchaus das Problem erkennt, daß der Treuhandkommanditist – gerade wenn er nicht Prospektverantwortlicher im eigentlichen Sinne ist – nicht immer rechtlich und tatsächlich dazu in der Lage ist, eine entsprechende Forderung auch gegen den Willen der anderen Beteiligten umzusetzen, hält sie ihn gleichwohl in derartigen Fällen für verpflichtet, daß Anlagepublikum anderweitig – notfalls über die allgemeine Presse – zu informieren bzw. seine Tätigkeit einzustellen.¹⁷ Die praktische Umsetzung derartiger Anforderungen der Rechtsprechung ist bisher noch ungeklärt. Entsprechendes gilt für den dann naheliegenden Fall einer gleichsam spiegelverkehrten Haftungssituation, wenn z.B. ein eher zur Vorsicht neigender Treuhandkommanditist zu Unrecht einen schon aufklärungspflichtigen Umstand annähme, der Emittent – tatsächlich zu Recht – eine Prospektergänzung o.ä. ablehnte und daraufhin der Treuhänder die Öffentlichkeit informieren und/oder seine weitere Treuhandtätigkeit einstellen und ggf. sogar die Rückabwicklung bereits eingegangener Treuhandverhältnisse versuchen würde.
- c) Unklar ist in diesem Bereich auch noch, wie konkret die Kenntnis von den potentiell aufklärungspflichtigen Umständen sein muß, aus denen sich eine der vorstehend skizzierten Verpflichtungen ableitet. Reicht ein Verdacht aus, oder muß es sich um sicheres Wissen handeln? Schließlich ist fraglich, ob ein Treuhandkommanditist insoweit zur ständigen eigenen Nachforschung über möglicherweise ihm bisher unbekannt gebliebene regelwidrige Umstände verpflichtet ist – was im Extremfall zu einer kaum mehr handhabbaren ständigen Überwachungspflicht nicht nur des Initiators und des Managements der Fondsgesellschaft, sondern auch des gesamten Marktumfeldes, der Entwicklung der Investitionsgegenstände etc. führen würde –, oder ob er sich mit einer eher passiven Rolle begnügen kann, ohne freilich vor sich ihm aufdrängenden Umständen „die Augen zu verschließen“. Besondere Brisanz hat dies wiederum dann, wenn der Treuhandkommanditist zugleich z.B. als Steuerberatungsgesellschaft die steuerliche Betreuung der Gesellschaft wahrnimmt oder jedenfalls entsprechende Verflechtungen mit weiteren Funktionsträgern insbesondere aus dem Bereich der Wirtschafts-, Steuer- und Rechtsberatung bestehen und hieraus Kenntnisse erwachsen (könnten).
- d) Die Ab- bzw. Eingrenzung der Aufklärungspflichten gegenüber dem Anlegerpublikum im Verhältnis zur Prospekthaftung im engeren Sinne, welche der BGH als solche ausdrücklich nicht annimmt (und welche im Übrigen regelmäßig auch der kurzen Verjährung unterliegt), scheint bisher nicht hinreichend und konsistent zu Ende gedacht. Auch das Spannungsverhältnis zu beruflichen Verschwiegenheitspflichten wie auch der allgemeinen – regelmäßig auch gesellschaftsvertraglich akzentuierten – Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, wenn man mit dem BGH sogar (notfalls) eine Information der Fachöffentlichkeit fordert, muß als noch ungeklärt bezeichnet werden, wenn auch auf der Grundlage der bekannt gewordenen Sachverhalte der Entscheidungen das jeweils gefundene Ergebnis verständlich erscheint.

15 Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 14.01.2002 – II ZR 40/00, NJW 2002, S. 1711 ff. aus jüngerer Zeit etwa BGH, Urteil vom 08.10.2009 III ZR 207/2002 m.w.N. zur weiteren Rechtsprechung des BGH.

16 So i.E. BGH, Urteil vom 08.10.2009 – III ZR 207/2002.

17 Vgl. BGH, Urteil vom 19.11.2009 – III ZR 109/08 für den Fall eines Mittelverwendungskontrolleure m. Anm. Pöschke, der zutreffend auf die Vergleichbarkeit der Anforderungen hinweist.

3. ...und bei Mittelverwendungskontrolle

Entsprechendes gilt auch für die Übernahme der Mittelverwendungskontrolle. Auch insoweit besteht nach der Rechtsprechung nicht nur eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Durchführung, sondern auch eine präventive Warnpflicht gegenüber dem – im einzelnen noch ggf. unbekanntem – Anlegerpublikum, wenn der (designierte) Mittelverwendungskontrolleur erkennt, daß er seine Rolle aufgrund anfänglich oder nachträglich eingetretener Umstände nicht so ausfüllen kann, wie es dem Anlagekonzept entspräche.¹⁸ Konkret wurden Anlegeransprüche gegenüber einem Wirtschaftsprüfer zugesprochen, der im übrigen auch ein Prospektprüfungsgutachten erstellt hatte. Der BGH lehnte ausdrücklich eine allgemeine Haftung wegen Prospekthaftung im engeren Sinne ab, da der beklagte Wirtschaftsprüfer trotz seiner Mehrfachfunktion weder offiziell Gestalter des Anlagemodells war noch als Hintermann eine faktische Schlüsselfunktion inne gehabt habe. Auch eine Haftung aus konkret in Anspruch genommenem Vertrauen,¹⁹ schied aus, da jedenfalls keine auf die Gestaltung des Anlagekonzeptes bezogene Mitwirkung oder Kontrolle durch den Wirtschaftsprüfer im Prospekt dargestellt wurde. Auch eine Haftung aufgrund des Prospektprüfungsberichts schied letztendlich aus, da die Kläger diesen nicht vor ihrer Anlageentscheidung zur Kenntnis genommen hatten.

Trotzdem bejahte der BGH eine Aufklärungspflicht, weil der Wirtschaftsprüfer nicht offengelegt hatte, daß über einen längeren Zeitpunkt hinweg das Sonderkonto, auf dem die Einlagen der Anlegergesellschaften eingezahlt wurden, nicht wie vorgesehen ausschließlich mit seiner Zustimmung Verfügungen der Geschäftsführung unterworfen war. Vielmehr konnte das Management auch alleine über dieses Konto verfügen, was erst nach einiger Zeit geändert wurde und wohl nicht eindeutig der Grund für die tatsächlich später eingetretene wirtschaftliche Schieflage des Fonds war. Obwohl der BGH eine Begrenzung des Schadenersatzanspruchs gegenüber dem Anleger unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm in Betracht zog, begrenzte er Schadenersatzansprüche nicht auf ein etwaig durch vertragswidrige Abverfügungen von dem fraglichen Konto entstandenen Schaden, sondern hat im Ergebnis wegen der wesentlichen Kontrollfunktion den ersatzfähigen Schaden der Anleger in der Beteiligungsentscheidung an sich gesehen. Auch insoweit hielt er den Mittelverwendungskontrolleur für verpflichtet, den Vertrieb und notfalls die Fachpresse zu informieren, obwohl der beklagte Wirtschaftsprüfer (anders als ein typischer Treuhandkommanditist) selbst weder ein unmittelbares Vertragsverhältnis zu den Anleger-Gesellschaftern hatte noch über deren Adressen verfügte. Die vertragliche Regelung, die den entsprechenden

Mittelkontrollvertrag als Vertrag zu Gunsten Dritter ausgestaltete, reichte dem BGH auch im Hinblick auf eine unbestimmte Vielzahl künftiger (potentieller) Vertragspartner zur Begründung einer Aufklärungspflicht aus.

VI. Fazit

Geschlossene Fonds sind mitunternehmerische Beteiligungen, die regelmäßig auch entsprechende Risiken für die Anleger mit sich bringen. Im Falle später eintretender wirtschaftlicher Probleme gilt dies allerdings auch für den steuerlichen Berater. Er kann sich dann nicht nur Fragen im Hinblick auf die Qualität seiner originär fachbezogenen Berufsausübung ausgesetzt sehen, welche nach Art und Umfang durch das Mandatsverhältnis definiert werden. Vielmehr muß er gewärtigen, daß auf verschiedenen Wegen nicht nur eine unmittelbare Verantwortlichkeit gegenüber den Anlegern als Nicht-Mandanten dem Grunde nach statuiert wird, sondern auch die Pflichtenkreise und Aufklärungsobliegenheiten – insbesondere bei der Übernahme weiterer Funktionen – eine starke Ausweitung durch die Rechtsprechung erfahren. Hier scheint noch einiges im Fluss; auch die Frage der Pflichtenkollisionen ist noch nicht eindeutig geklärt, zumal die bisher bekannt gewordenen Fälle sicher jeweils besondere Sachverhaltskonstellationen enthielten. Gerade auch der Steueranwalt, welcher aufgrund seiner umfassenden Beratungskompetenz bei geschlossenen Fonds oft besonders intensiv in die Konzeption und operative Umsetzung einbezogen wird, sollte jedoch stets berücksichtigen, daß bei einer enttäuschenden Performance des Fonds auch seine Verantwortlichkeit gegenüber den Anlegern auf dem Prüfstand steht und zum Teil mit eher ergebnisorientierten als dogmatisch gesicherten Begründungselementen bejaht wird.

18 BGH, Urteil vom 19.11.2009 – III ZR 109/08, DB 2010, S. 219 ff. unter Bezugnahme auf das frühere Urteil vom 01.12.1994 – III ZR 93/1993, NJW 1995, S. 1025, 1026.

19 Vgl. oben II. 2.

Meldungen ◀◀

Liechtenstein

Das Fürstliche Obergericht hat nach einer enttäuschenden mündlichen Verhandlung, in der die Richter bestenfalls desinteressiert wirkten, die Klage von Elmar S. gegen die Fiduco AG, ehemals LGT Treuhand AG, abgewiesen. Nachdem dieser in erster Instanz noch etwa die Hälfte seines Anspruchs zugesprochen bekam, wurde nun – wohl mit dem Argument fehlender Ersatzfähigkeit des unbestritten eingetretenen Schadens – die Klage abgewiesen. Der Fürstliche Oberste Gerichtshof hat diese Kernfrage nun zu entscheiden.