

Vertriebsrecht – die Top-Themen 2010

Geschlossene Fonds und ihr Vertrieb sind immer stärker von neuen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung betroffen. 2009 hat nicht nur neue Problemfelder, sondern auch Klärendes für die Branche gebracht. Was bringt 2010? Text: Thomas Zacher

Die Turbulenzen auf den Finanzmärkten haben auch im Bereich der geschlossenen Fonds ihre Spuren hinterlassen. Auf Events der Branche und im Gespräch mit Marktteilnehmern ist trotzdem viel Zuversicht zu spüren, mit der den neuen Herausforderungen durch innovative Konzepte begegnet werden kann. Dies sollte auch für die juristischen Herausforderungen gelten. Trotz mancher „Stolperfallen“ in 2009 lässt das Jahr 2010 durchaus einiges Positives erwarten. Abseits der prominent diskutierten Provisionsoffenlegung und Regulierung ist es notwendig, sich in diesem Jahr mit weiteren Themen aus der Rechtsprechung zu beschäftigen, die den Vertrieb geschlossener Fonds prägen können.

Bedeutung des Prospekts

Auch in 2010 wird die Bedeutung des Emissionsprospektes für den Fondsvertrieb weiter steigen, wenn sich der Trend aus 2009 fortsetzt. Dabei legt der Bundesgerichtshof (BGH) ganz überwiegend vernünftige und praxisgerechte Maßstäbe an. Bereits in der Entscheidung vom 27. Oktober 2009 (Az.: XI ZR 338/08) führt er im Leitsatz aus, dass ein Fondsprospekt grundsätzlich auch optimistische Erwartungen und – naturgemäß – unsichere, aber nach den zum Zeitpunkt des Vertriebes erkennbaren Umständen vertretbare Prognosen enthalten dürfe.

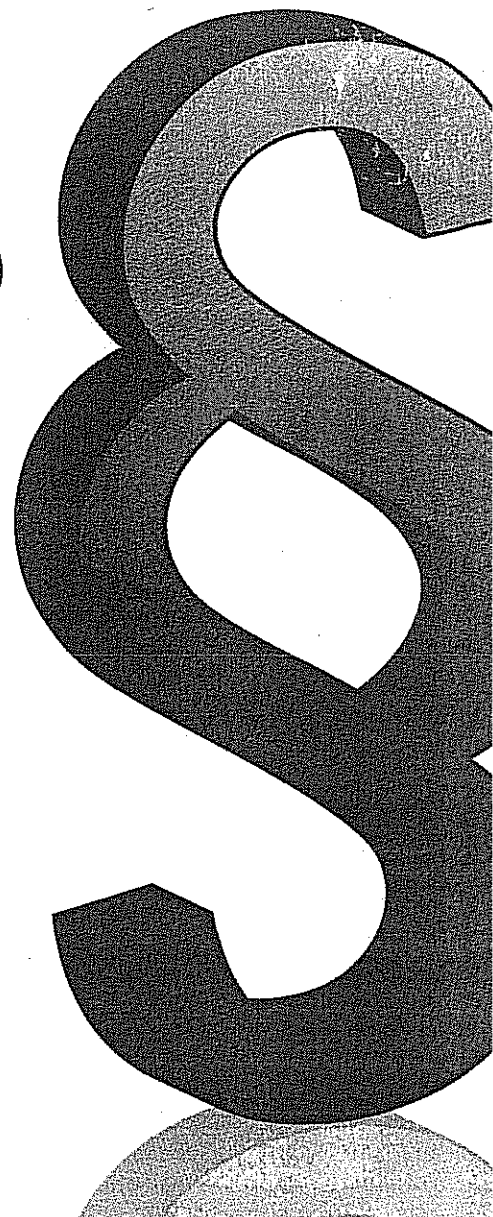
Wenn auf der Grundlage eines derartigen Prospektes beraten werde, liege auch kein Verstoß gegen die Pflicht zur Prüfung von Schlüssigkeit und innerer Plausibilität vor. Auch eine umfassende juristische Belehrung zu Haftungsfolgen muss weder der Prospekt noch der Vertrieb leisten, wie der BGH am Beispiel der Kommanditistenhaftung in einem Urteil vom 9. November 2009 (II ZR 16/09) ausgeführt hat. Weiter verfestigt wurde dabei auch die Rechtsprechung, dass ein Anlageinteressent bei rechtzeitiger Übergabe des Emissionsprospektes auch allein durch

den Prospekt hinreichend aufgeklärt werden kann. Dabei hat im Zweifelsfall der Anleger darzulegen und zu beweisen, dass ihm der Prospekt nicht beziehungsweise nicht rechtzeitig übergeben wurde (BGH, Urteil vom 19. November 2009 – III ZR 169/08). Umgekehrt gilt aber auch, dass allein die unterlassene Übergabe eines Prospektes bereits einen Beratungsfehler darstellen kann, welcher auch durch eine noch so intensive mündliche Aufklärung nicht wettgemacht werden kann (vergleiche beispielsweise Landgericht Rottweil, Urteil vom 7. Mai 2009 – Az.: 3 O 345/08). Ein inhaltlich qualifizierter Prospekt, der rechtzeitig übergeben und nicht durch mündliche anderweitige Aussagen wieder entwertet wurde, ist daher mehr denn je der haftungsrechtlich zentrale Baustein im Vertrieb von geschlossenen Fonds.

Ein schlechter Emissionsprospekt kehrt diese Regel in das Gegenteil um, weil der Nachweis einer mündlichen Richtigstellung unzureichender Risikoinformationen im Prospekt in der Praxis kaum gelingen wird (vergleiche BGH, Beschluss vom 17. September 2009 – Az.: XI ZR 264/08) und selbst bei unrichtigen „technischen Daten“ eine Vermutung für die Ursächlichkeit in Bezug auf eine Beteiligungsentcheidung des Anlegers besteht (so BGH, Urteil vom 2. März 2009 – Az.: II ZR 266/07).

Außenhaftung der Anleger

Bei den meisten geschlossenen Fonds sind die Anleger rechtlich nicht unmittelbar, sondern über einen Treuhandgesellschaftler beziehungsweise Treuhandkommanditisten an der Gesellschaft beteiligt, obwohl sie wirtschaftlich und steuerlich weitgehend wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt werden. Die Unsicherheit über ihre Außenhaftung gegenüber Gläubigern des Fonds hat der BGH ausgeräumt, indem er insoweit der rechtlichen Betrachtungsweise den Vorzug gegeben hat (Urteile vom 11.



November 2008 und 21. April 2009 – Az.: XI ZR 468/07, beziehungsweise 184/08): Eine Haftung im Außenverhältnis sei „rechtlich nicht haltbar“.

Befürchtungen darüber, dass – bei einer anderweitigen Entscheidung des BGH – wiederum flächendeckend Prospekt- und Aufklärungsmängel hinsichtlich eines solchen Haftungsrisikos bei geschlossenen Fonds in Rede gestanden hätten, haben sich also nicht erfüllt. Allerdings ist für die Praxis darauf hinzuweisen, dass nach den vertraglichen Regelungen von Gesellschafts- und Treuhandvertrag in aller Regel ein Freistellungsanspruch des Treuhandgesellschaftlers gegenüber den Anlegern besteht und zugleich die im Innenverhältnis bestehenden Einlage- oder Rückzahlungsansprüche gegenüber den Anlegern von Treuhandgesellschaftler an die Fondsgesellschaft abgetreten werden.

Soweit solche Ansprüche noch oder (nach Ausschüttungen) wieder bestehen, kann sie im Notfall auch ein Gläubiger der Fondsgesellschaft, welcher keine Befriedigung erhält, pfänden. Ein mittelbares Haftungsrisiko besteht also auch für Anleger als „Treugeber-“ Ge-

sellschafter durchaus, worauf aber qualifizierte Fondsprospekte in aller Regel hinweisen.

Nachschusspflichten im Einzelfall

Im Regelfall werden im Gesellschaftsvertrag von geschlossenen Fonds nach Erfüllung der anfänglich zu leistenden Einlage Nachschusspflichten oder Rückzahlungsverpflichtungen im Hinblick auf zwischenzeitliche Ausschüttungen ausdrücklich ausgeschlossen. Obwohl auch der BGH in ständiger Rechtsprechung Nachschusspflichten nur in sehr beschränktem Umfang zulässt, hat er in einem Urteil vom 19. Oktober 2009 (Az.: II ZR 240/08) eine Ausnahme zugelassen, wenn die Treuepflicht die Zustimmung zu einem Nachschuss zum Zweck der Sanierung des Fonds gebiete und den übrigen zustimmenden Gesellschaftern die Fortführung der Gesellschaft mit den ablehnenden Anlegern unzumutbar sein. Die Besonderheit des entschiedenen Falles lag aber darin, dass die Sanierung mittels des Nachschusses sicher zu erwarten war und den mangels Nachschuss aus der Gesellschaft ausgeschlossenen Anlegern ein Abfindungsguthaben zustand, was in jedem Fall höher war als dasjenige, das sie bei der ansonsten notwendigen Gesamtauflösung der Gesellschaft erhalten hätten.

In die Kategorie der Sonderfälle gehört wohl auch der Fall des Oberlandesgerichts Hamburg in seinem Urteil vom 19. Juni 2009 (Az.: XI U 210/06), in dem eine Ausgleichspflicht der Gesellschafter im Innenverhältnis angenommen wurde, wenn einzelne Gesellschafter wegen ihrer Außenhaftung von Gläubigern in Anspruch genommen waren, aber nach dem Innenverhältnis eine entsprechende Verpflichtung eigentlich nicht (mehr) bestand. Trotzdem zeigt sich, dass in bestimmten Konstellationen ein Restrisiko von Zahlungspflichten auch über die vereinbarte Einlage hinaus bestehen kann, auf das Prospekte gegebenenfalls hinweisen sollten.

„Dauerbrenner“ Verjährung

Aus dem bunten Strauß von Zweifelsfragen zur haftungsrechtlichen Verjährung insbesondere von Altfällen ragte zuletzt noch die Frage der Einzel- oder Gesamtbetrachtung im Hinblick auf den Kenntnisstand des Anlegers heraus. Nachdem seit 2002 der Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist erst mit dem Ende des Jahres einsetzt, an dem der Anleger die tatsächlichen Umstände seines Anspruchs erkennt oder grob fahrlässig nicht erkennt, hatte der BGH

in 2007 (Urteil vom 9. November 2007 – Az.: V ZR 25/05) entschieden, dass verjährungsrechtlich jeder Einzelaspekt getrennt zu betrachten sei.

Dies hat in der Praxis unter anderem zu einer enormen Ausdehnung des Streitstoffs in Haftungsfällen geführt, da oftmals auch eher fernliegende Aufklärungsmängel behauptet werden, wenn die Umstände des Kernvorwurfs wie zum Beispiel die Sicherheit der Ausschüttungen oder die (mangelnde) Wertstabilität für den Anleger schon frühzeitig erkennbar waren. Zahlreiche Land- und Oberlandesgerichte haben diese Rechtsprechung in verdeckter oder offener Opposition nur eingeschränkt angewandt, um zum Beispiel nicht im Extremfall über denselben Haftungsfall mehrfach mit jeweils anderer Begründung verhandeln zu müssen. Im Urteil vom 19. November 2009 (Az.: III ZR 169/08) hat der BGH seine nachgeordneten Gerichte nochmals auf seine Leitlinie der verjährungsrechtlichen Einzelanknüpfung eingeschworen, dabei aber Bedenken aus der Praxis durchaus Rechnung getragen.

Der BGH betont dort zwar, dass im Hinblick auf den Verjährungsbeginn jeder behauptete Aufklärungsmangel eigene und im Einzelfall unterschiedliche Verjährungsfristen in Gang setzen könne; zugleich weist er aber bei seiner Zurückverweisung an das Oberlandesgericht darauf hin, dass man anhand des Emissionsprospektes näher prüfen müsse, ob ein Aufklärungsmangel nicht schon wegen der dortigen Aufklärung über den jeweils angeführten Punkt ausgeschlossen sei.

Keine Anonymität der Mit Anleger

Im Falle rechtlicher Auseinandersetzungen gilt oft der Gedanke „Einigkeit macht stark“ auch bei geschlossenen Fonds. Sei es im Hinblick auf anstehende Gesellschafterbeschlüsse oder auch zur Information über denkbare Ansprüche und ihre Erfolgsaussichten besteht seitens der Gesellschafter häufig das Bedürfnis, Namen und Anschriften der Mit Anleger zu erfahren.

Der BGH hat hierzu in seinem Urteil vom 21. September 2009 (Az.: II ZR 264/08) entschieden, dass ein solcher Anspruch grundsätzlich besteht und auch eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag kein Recht auf Anonymität begründen kann. Erkennbar liegt auch hier der Gedanke zugrunde, ein missbräuchliches Verhalten der Fondsgesellschaft oder ihres Managements nach dem Grundsatz „teile und herrsche“ zu verhindern. Ob es nicht doch für den Anleger selbst gera-

de bei der bewussten Einschaltung eines Treuhandgesellschafters ein schützenswertes Interesse an der vertraulichen Behandlung seiner Vermögenssphäre – welches ansonsten zum Beispiel auch durch das Steuergeheimnis anerkannt wird – geben kann, sei an dieser Stelle dahingestellt. Die Praxis wird zunächst diese Leitlinien anzuwenden haben, auch wenn gesellschaftsvertraglich etwas anderes vereinbart ist.

Umsatzsteuerproblematik

Auch der steuerliche „Dauerbrenner“ (nicht nur) im Vertrieb von Fondsbeiträgen – nämlich die Umsatzsteuerpflicht insbesondere bei mehreren am Vertrieb Beteiligten – hat in 2009 eine weitere Konsolidierung erfahren. Nachdem nicht zuletzt aufgrund von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes die deutschen Finanzgerichte und schließlich auch die Finanzverwaltung allein eine mehrstufige Vertriebsorganisation nicht mehr als K.o.-Kriterium für die Umsatzsteuerfreiheit angesehen hatten, hat sich in den letzten Jahren die Diskussion immer mehr in Richtung des konkreten Inhalts der Tätigkeit verlagert.

Am 28. Mai 2009 hat sich der Bundesfinanzhof BFH (Az.: V R 7/08) dabei zu einem Fall aus dem Versicherungsvertrieb geäußert, dessen Grundsätze aber auch für den Vertrieb geschlossener Fonds gelten. Zuführungsprovisionen sind damit von der Umsatzsteuer befreit, wenn der „Zuführer“ am Vertragsabschluss interessierte Personen erst ausfindig macht und – über den Hauptvermittler – mit dem Produktgeber zusammenbringt. Daraus folgt, dass eine umsatzsteuerbefreite Vermittlungsprovision keineswegs voraussetzt, dass der entsprechende (Unter-)Vermittler alle Schritte auf dem Weg zu einem erfolgreichen Abschluss selbst (mit-)begleitet, wenn er – so der BFH – „im Wesen eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens ... lediglich einen Teil der gesamten die Vermittlung betreffenden Arbeit geleistet“ hat.

Dies sind praxisgerechte Leitlinien. Trotzdem sollten sie nicht zur Sorglosigkeit gegenüber dem Thema verleiten, da zum Beispiel nach wie vor reine Backoffice-, Schulungs- oder Führungsaufgaben (so zuletzt Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 11. Dezember 2008 – Az.: 5 K 330/07) nicht umsatzsteuerbefreit sind.

Professor Dr. jur. **Thomas Zacher** ist Partner der Kanzlei Zacher & Partner Rechtsanwälte, Professor an der FHDW in Bergisch Gladbach und Vorstandsmitglied im Rechtsforum Finanzdienstleistung e.V.