

# Haftungsfalle Haftungsdach?

**DIE NEUE REGULIERUNG** des Vertriebs von Beteiligungen nach Paragraph 34f GewO hat den Haftungsdächern Auftrieb gegeben. Oft werden dabei aber die erheblichen Risiken für das Haftungsdach selbst übersehen. Aktuelle Urteile zeigen, dass viele Anbieter die eigene Haftung wie auch die der angeschlossenen Vermittler nicht richtig einschätzen.

Seit dem 1. Juni 2012 ist nun auch die Vermittlung von Fondsbeteiligungen stärker reguliert. Reichte hierfür bisher die Genehmigung nach Paragraph 34c der Gewerbeordnung aus, bedarf es jetzt einer speziellen Zulassung nach Paragraph 34f der GewO. Die Anforderungen hier sind nun deutlich höher, zunächst müssen neben der persönlichen Zuverlässigkeit unter anderem Sachkunde und eine entsprechende Vermögenshaftpflichtversicherung nachgewiesen werden. Aber auch im operativen Ablauf müssen erhöhte Anforderungen erfüllt und diese laufend nachgewiesen werden, was zu erheblichen administrativen Belastungen und auch Kosten führt. Die Ausgestaltung der „Alte-Hasen“-Regelung für die Erlangung der entsprechenden Erlaubnis führt zudem dazu, dass auch viele erfahrene Vertriebler um einen Neuantrag nicht herumkommen.

## Last Exit Haftungsdach?

Als Ausweg wird aktuell das Haftungsdach intensiv diskutiert und auch von vielen (neuen) Anbietern zur Verfügung gestellt. Schon seit Langem machte Paragraph 2 Absatz 10 Kreditwesengesetz (KWG) eine Ausnahme von den strengen Regelungen bei der Vermittlung von förmlichen Wertpapieren als Finanzinstrumenten im Sinne dieses Gesetzes. Der einzelne Vermittler war diesen Regelungen selbst nicht unterworfen, wenn er im Rahmen eines Haftungsdachs als sogenannter Tied-Agent (angebundener Vermittler) arbeitete. Diese explizit auf mehrstufige Vertriebsstrukturen zugeschnittene Sonderregelung setzt aufsichtsrechtlich voraus, dass ein Kreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen, welches selbst in vollem Umfang die strengen KWG-Voraussetzungen erfüllt, gegenüber der BaFin die Haftungsübernahme für den betreffenden Vermittler anzeigt.

Inzwischen kann in einem sogenannten Selbstschreibeverfahren das entsprechende Unternehmen „seine“ Tied-Agents selbst an- und abmelden, ohne dass eine Einzelfallprüfung durch die BaFin stattfindet. Die

Neuregulierung des Vertriebs von Beteiligungsangeboten außerhalb des Wertpapierbereichs definiert nun auch zum Beispiel geschlossene Fonds und ähnliche Beteiligungsmodelle als Finanzinstrumente im Sinne des KWG, lässt aber ebenfalls die Konstruktion eines Haftungsdachs mit Tied-Agent im Sinne des Paragraphen 2 Abs. 10 KWG zu. Wer als Tied-Agent angemeldet ist, muss dementsprechend selbst nicht die strengen Anforderungen des Paragraphen 34f GewO in vollem Umfang erfüllen.

So einfach so gut, scheint es. Paragraph 2 Absatz 10 KWG betrifft jedoch nur die Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Formalanforderungen. Zum Umfang der Haftung des Haftungsdachs gegenüber dem Kunden selbst enthält die Vorschrift keine Aussage. In der recht spärlichen Literatur und den Gesetzesmaterialien zu dieser Frage findet man allenfalls die Aussage, dass die Meldung nach Paragraph 2 Absatz 10 KWG eine entsprechende zivilrechtliche Haftungsübernahme voraussetzt, diese aber selbst nicht begründet. Demgemäß unterstellt der Gesetzgeber, dass Haftungsdach und Tied-Agent entsprechende Regelungen getroffen haben, ohne sie aber näher zu definieren. Da andererseits gegenüber dem Kunden die Stellung als Tied-Agent und die entsprechende Haftungsübernahme offenzulegen ist, erfährt auch dieser zwar von einem Haftungsverhältnis, ohne jedoch dessen Inhalt genau zu kennen.

Dies ist deshalb für das Haftungsdach risikoreich, weil der normale Anleger meist von einer möglichst umfangreichen Haftung ausgehen darf und ihm detaillierte Feinheiten zu den verschiedenen Erlaubnisarten, der Differenzierung zwischen verschiedenen Finanzdienstleistungen und verschiedenen Produkten et cetera nicht bewusst sind und auch nicht bewusst sein müssen. Viele Haftungsdächer – und anscheinend auch deren Vermögensschadenhaftpflichtversicherer – scheinen allerdings umgekehrt davon auszugehen, dass eine Haftung nur insoweit bestehen kann, als sich der jeweils angebundene Agent im Hinblick

auf die angebotene Art seiner Dienstleistung und die betreffenden Produkte genau an das hält, was intern vereinbart und gegenüber der BaFin angezeigt worden ist.

## Was deckt die VSH wirklich ab?

Dass dies ein Zirkelschluss ist, zeigt der Grundgedanke, dass natürlich eine zivilrechtliche Haftung in der Praxis immer nur dann entstehen kann, wenn dem Tied-Agent bei seinem „Dienst am Kunden“ Pflichtwidrigkeiten vorzuwerfen sind. Macht er alles richtig, wird weder das Haftungsdach noch dessen Vermögensschadenhaftpflichtversicherung eingreifen müssen.

Manches Haftungsdach wird dabei noch die Vorstellung haben, dass für die zivilrechtlich relativ schnell eintretenden fahrlässigen Pflichtverletzungen im Bereich der Beratungs-/Vermittlungstätigkeit eine entsprechende Haftung besteht, die über die eigene Vermögensschadenhaftpflichtversicherung abgedeckt und deshalb kalkulierbar ist. Auch dies ist ein Irrtum. Zwei aktuelle Urteile belegen dies. Mit Urteil vom 3. Mai 2012 hat das Oberlandesgericht (OLG) Köln (Az.: 24 U 164/11) einen Fall entschieden, bei dem der Tied-Agent „aus dem Ruder gelaufen“ war.

Dieser hatte nicht nur den Bereich der Anlagevermittlung verlassen, sondern tatsächlich eine eigene Vermögensverwaltung für den Kunden installiert. Er kaufte und verkaufte nach eigenem Gutdünken Anlagen. Diese Tätigkeit kann jedoch unter einem Haftungsdach grundsätzlich nicht abgewickelt werden. Hinzu kam, dass der entsprechende Finanzdienstleister jahrelang die entsprechenden Quartalsabrechnungen gefälscht hatte, um dem Kunden statt der tatsächlichen Verluste vermeintliche Gewinne vorzuspiegeln. Damit wurde der Kunde auch zur Anlage weiterer Beträge veranlasst. Schließlich kam noch die zeitliche Komponente hinzu, da zwischenzeitlich das Haftungsdach den entsprechenden Tied-Agent bei der BaFin „abgemeldet“ hatte, obwohl er noch weiterhin gegenüber dem Kunden tätig wurde.



Thomas Zacher warnt davor, die Risiken für Haftungsdach und Tied-Agent zu unterschätzen.

Allerdings hatte anfänglich der betrügerische Tied-Agent dem Kunden die als solche zutreffende Standardbelehrung über seine Tätigkeit im Rahmen eines Haftungsdachs übergeben. Trotzdem konnten wir in diesem für den Kunden geführten Verfahren nicht nur das verlorene Kapital, sondern auch sämtliche Gebühren erfolgreich als Schadensersatz gegenüber dem Haftungsdach geltend machen. Denn das OLG Köln judizierte im Prinzip wie die Vorinstanz, dass es nicht auf die aufsichtsrechtlichen Regelungen ankomme, nach denen eine solche Tätigkeit niemals unter einem Haftungsdach hätte ausgeübt werden dürfen.

Auch komme es nicht darauf an, ob das Haftungsdach von dem betrügerischen Vorgehen des Tied-Agent gewusst habe, denn aus der Sicht des Anlegers habe sich dieser jedenfalls nicht soweit von dem Leitbild der Finanzdienstleistung entfernt, dass ein Zurechnungszusammenhang nicht mehr bestehe. Dies gelte auch in zeitlicher Hinsicht, denn der betroffene Anleger habe von der späteren Abmeldung bei der BaFin nichts gewusst und diese auch aus der ursprünglich überreichten Haftungsübernahmeerklärung nicht mehr erkennen können. In der Tendenz ähnlich hat der BGH mit Urteil vom 15. März 2012 (Az.: III ZR

184/11) geurteilt. Dort ging es zusammengefasst um den Fall einer Vertriebsorganisation, bei der der Vermittler wiederum in strafbarer Weise nach der ursprünglichen Vermittlung den Verkaufserlös der entsprechenden Anlage später durch Fälschung von Unterschriften auf sein eigenes Konto „umgeleitet“ hatte. Auch wenn dieser Fall nicht unmittelbar ein Haftungsdach betraf, ging es doch auch hier um die entscheidende Frage, inwieweit die übergeordnete Vertriebsorganisation für ein Verschulden ihres Untervermittlers einzustehen hatte.

## Aufsichtsrecht bildet keine Grenze

Laut BGH sei, da im Bestandteil des beklagten Unternehmens das Wort „Vermögensberatung“ auftauche, aus der Sicht des Kunden auch später noch der Verantwortungsbereich der übergeordneten Vertriebsorganisation berührt worden. Die Manipulation bei der späteren Auszahlung sei zwar eine eigene strafbare Handlung des Vermittlers. Auch sie gehöre aber noch im weitesten Sinne zum Kontext der Finanzdienstleistung, weshalb die zivilrechtliche Haftung bejaht wurde.

Diese Urteile überraschen nicht. Schon im bisherigen Anwendungsbereich von Paragraph 2 Absatz 10 KWG wurde immer

deutlich gemacht, dass die zivilrechtliche Haftung keineswegs an den Grenzen des aufsichtsrechtlich Zulässigen endet. Deshalb verwundert es aktuell umso mehr, dass manche neuen Anbieter von Haftungsdächern diese Problematik offensichtlich nicht wahrnehmen oder mit ihr relativ sorglos umgehen. Mit entsprechenden Vertragsgestaltungen lässt sich hier durchaus eine klare Transparenz auch gegenüber dem Kunden und ein fairer Ausgleich schaffen. Eindeutige Regelungen sind dabei auch im Verhältnis zum Vermögensschadenhaftpflichtversicherer nötig. Denn auch hier gilt keineswegs automatisch die Formel, dass das, was der Tied-Agent gegebenenfalls an der Kundenfront „verbockt“, regelmäßig von der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung abgedeckt ist.

Die genannten Fälle zeigen ganz offensichtlich Bereiche auf, in denen ein Vermögensschadenhaftpflichtversicherer nach den üblichen Bedingungen im Verhältnis zum Haftungsdach leistungsfrei würde. Aber auch bei weniger krassen Fällen ist es wichtig, die Versicherungsbedingungen genau zu kennen beziehungsweise im Vorfeld einvernehmlich eine klare Definition des versicherten Risikos vorzunehmen. So kann auch ohne Vorsatz leicht einmal die Grenze zwischen der als Tied-Agent zulässigen Vermittlung zur unzulässigen tatsächlichen Vermögensverwaltung überschritten werden. Darüber hinaus sind die neuen gesetzlichen Regelungen unglücklich formuliert, da sie den Regelungsbezug der Beteiligungen in drei Kategorien unterteilen, die in sich nicht stimmig sind.

Neben Investmentfonds werden KG-Beteiligungen gegenüber sonstigen Beteiligungen abgegrenzt. So fällt beispielsweise ein geschlossener Immobilienfonds nur aufgrund der Rechtsform mal in die eine, mal die andere Kategorie.

Viele der bekannten Versicherungsbedingungen hierzu sehen aber nur den Versicherungsschutz für bestimmte Segmente vor. Auch hier kann es im Nachhinein ein böses Erwachen geben, wenn durch den Tied-Agent ein Produkt vermittelt wurde, das vom Versicherer allein aufgrund der rechtlichen Konstruktion in eine nichtversicherte Kategorie eingeordnet wird, obwohl der Investitionsgegenstand durchaus nicht „exotisch“ ist. ■

Autor Professor Dr. jur. **Thomas Zacher** ist Partner der Kanzlei Zacher & Partner Rechtsanwälte, Professor an der FHDW in Bergisch Gladbach.