



**PHALANX**

**Kurzmitteilung vom 27. Januar 2013**

### **POC Proven Oil Canada: Zielscheibe Vertrieb**

Sehr geehrte Damen und Herren Phalanx-Partner,

mehrfach sind wir nun gebeten worden, angesichts der Spannungen zwischen der WirtschaftsWoche und dem Emissionshaus POC GmbH aus Berlin auf die Befürchtungen der Vertriebe einzugehen. Und um dies gleich vorweg zu nehmen: Wir wollen die Positionen im Konflikt und den Konflikt selbst nicht bewerten. Hier sprechen sämtliche Beiträge und Informationen für sich. Am Ende soll Wahrheit stehen, so oder so – und darum bemühen sich beide Parteien<sup>1</sup>.

Unsere Sorge gilt vielmehr dem Umstand, dass, je größer dieser Disput wird, die Vertriebe und deren Versicherer immer mehr zu Prügelknaben werden. Denn bereits der Ausgangsartikel in der WirtschaftsWoche, also einem vielbeachteten Organ der Wirtschaftspresse, wurde mit dem Beitrag „Vertrieb haftbar machen“ verbunden, welcher ein Interview mit einem Rechtsanwalt einer „Anlegerschutz-Kanzlei“ bedeutete.

Darin wiederum wird zunächst thematisiert, dass möglicherweise Vertragspartner der Emittentin (wie genau und wen genau auch immer) getäuscht haben könnten, dass möglicherweise den Ausschüttungen keine realen Gewinne gegenüber stehen und was dies in rechtlicher Hinsicht wohl grundsätzlich bedeuten könnte. Am Ende jedoch, wie auch in der Überschrift des Beitrags, ist es die Haftung des Vertriebs, die den größten Erfolg verspreche. Der entscheidende Aspekt soll dabei die Zahlungsfähigkeit sein: „*Er [der Berater] solle möglichst volle Taschen haben, unter einem größeren Haftungsdach organisiert sein oder idealerweise über eine Versicherung verfügen. Dann bestehen oft realistische Möglichkeiten, zumindest einen Teil des Geldes wieder zu bekommen.*“ Beratungsfehler kämen in der Realität häufig vor und erschienen dem zitierten Rechtsanwalt „im Fall Proven Oil“ sogar „recht wahrscheinlich“.

---

<sup>1</sup> Zur Vertiefung: Auf den Beitrag „Schmierige Geschäfte mit kanadischem Öl“ in der WirtschaftsWoche vom 07. Januar 2013 folgte eine Reaktion bzw. Stellungnahme des Emissionshauses POC GmbH. Auf diese wiederum folgte am 19. Januar 2013 in der WirtschaftsWoche der Beitrag „Die abenteuerlichen Argumente der Ölbarone“. Aktuell berichtet nun k-mi in der Ausgabe 4/2013 vom 25. Januar 2013 über weitere Aspekte („POC: Zu erfolgreich, um wahr zu sein?“). Sie finden diese Dokumente bzw. Links in unserem Forum.



Mit anderen Worten könne also die mögliche, aus der Kapitalanlage resultierende Gefahr (z.B. der Täuschung, der Nachhaftung oder des Verlusts) am besten beim Vertrieb und deren Versicherungen aufgefangen werden.

Für einen Anleger mag das auf den ersten Blick einleuchtend klingen. Was bei genauerem Hinsehen allerdings fehlt, ist eine juristische Begründung für die angebliche Haftung des Vertriebs. Sie fehlt, weil es in dem Beitrag nur um das wirtschaftliche Regresspotenzial geht und weil man damit die meisten Anleger zur Geltendmachung von (vermeintlichen) Haftungsansprüchen über einen Rechtsanwalt motivieren kann, sofern sich ein Schaden überhaupt bereits ergeben hat oder eines Tages vielleicht ergibt. Schließlich hat den Anleger vordergründig auch bei Beginn der Beteiligung nie etwas anderes als die Wirtschaftlichkeit interessiert. Außerdem fehlt die juristische Begründung, weil sie sich aus dem angeblichen Täuschungskontext allein auch nicht ergeben könnte. Und sie fehlt, weil die Angabe zur Haftung der Vertriebe zu allgemein ist („in der Realität häufig“, „im Falle Proven Oil recht wahrscheinlich“). Solche Aussagen sind qualitativ vergleichbar mit „Frauen bauen in der Realität häufig Autounfälle“ oder „Krebsärzte, die Produkte von X-Pharma verordnen, sind recht wahrscheinlich geschmiert“.

Gleichwohl ist eine juristische Begründung die notwendige Voraussetzung für die anwaltliche Empfehlung „Vertrieb haftbar machen“<sup>2</sup>, gleichsam für den wirtschaftlichen Erfolg des Anlegers. Allerdings: Ist die Empfehlung durch die bisherige POC-Diskussion überhaupt gerechtfertigt?

### **1. Haftung des Beraters wegen möglicher Täuschung durch Vertragspartner und/oder Geschäftsführer einer Fondsgesellschaft**

Ein Geschäftsführer einer Fondsgesellschaft ist den Kommanditisten bzw. Anlegern gegenüber sicherlich vermögensfürsorgepflichtig, woraus sich theoretisch einige juristische Probleme ergeben können<sup>3</sup>. Und auch Vertragspartner einer Fondsgesellschaft können die Fondsgesellschaft grund-

---

<sup>2</sup> Dass dies, wie hier ebenfalls von einem Phalanx-Partner angefragt, eine unzulässige mittelbare Mandatswerbung bedeute, sehen wir im Ergebnis allerdings (noch) nicht so. Zwar meinen wir, dass der Aufruf „Vertrieb haftbar machen“ juristisch nicht gerechtfertigt ist, allerdings wird mit diesem Interview nicht direkt um ein konkretes Einzelmandat geworben, vgl. § 43b BRAO.

<sup>3</sup> So kommt regelmäßig neben betrügerischen Handlungen, Bilanzdelikten oder ggf. einer Beteiligung an einem Kapitalanlagebetrug vornehmlich die Untreue in Betracht.



sätzlich betügen bzw. täuschen und dadurch das Gesellschaftsvermögen schädigen. Bei solchen (nachgewiesenen) Verstößen käme auch eine entsprechende, darauf aufbauende zivilrechtliche Haftung der Delinquenten in Betracht, sofern diese dem deutschen Recht unterfielen und hier verklagt werden könnten.

Anlageberater oder Anlagevermittler würden hingegen nicht für solche Verstöße haften, nicht einmal wenn sie hier vorlägen. Denn Anlageberater haben mit Vorgängen auf Fondsebene und dahinter nichts zu tun. Die meisten solcher Verstöße finden auch nach Abschluss der Beratung statt, entziehen sich also persönlich, sachlich und zeitlich der Einflussnahme durch den Berater oder Vermittler. Insoweit ist kein Raum für eine darauf aufbauende, schuldhafte Haftung des Vertriebs. Denn der Vertrieb schuldet „nur“ eine korrekte Aufklärung bzw. Beratung des Anlageinteressenten, nicht jedoch ein Agieren auf Fondsebene oder gar dahinter. Sofern eine daran anknüpfende Pflichtverletzung des Vertriebs also nicht von vornherein unschlüssig wäre, stünde dem jeweiligen Beklagten sicherlich ein guter Weg offen, sein angebliches Verschulden zu widerlegen, womit eine Haftung am Ende entfiel<sup>4</sup>.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Berater oder Vermittler von rechtswidrigen Vorgängen bereits bei der Beratung des Interessenten gewusst hat oder ggf. hätte gewusst haben müssen, so dass er die entsprechende Aufklärung des Interessenten pflichtwidrig unterließ. Dies berührt zwar den Bereich der eigenverantwortlichen Nachforschungspflicht des Beraters, die aber auch nicht grenzenlos ist. Vielmehr gilt, dass der vertriebsgeschulte Berater, wenn die von ihm geschuldete Lektüre der einschlägigen Wirtschaftspresse keinen Anlass gibt, an der Seriosität einer Kapitalanlage oder der Beteiligten zu zweifeln, grundsätzlich keine weiteren Nachforschungen und die Aufklärung über das Unterlassen schuldet<sup>5</sup>.

## 2. Haftung des Beraters wegen möglicher Nachhaftung des Anlegers

In der Rechtsprechung ist freilich geklärt, dass eine mögliche Nachhaftung durchaus ein Umstand ist, über welchen der Anleger als wichtiges Merkmal der jeweiligen Kapitalanlage aufzuklären ist. Allerdings führt der Aspekt, dass eine Nachhaftung sich bei einem Kapitalanlagenmodell theoretisch

<sup>4</sup> Infolge der sog. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens existiert im Ergebnis hinsichtlich der Kausalität bzw. des Verschuldens eine Beweislastumkehr. Während eine Pflichtverletzung normalerweise auch ein Verschulden des Vermittlers bzw. Berater indiziert, muss er sich in diesem Punkt als unverschuldet beweisen, vgl. BGH XI ZR 191/10 (Urteil vom 19. Juli 2011), Rdnr. 7; BGH II ZR 266/07 (Urteil vom 2. März 2009); BGH XI ZR 178/03 (Urteil vom 13. Juli 2004). Den vorherigen Pflichtverstoß wiederum muss grundsätzlich zunächst der Kläger darlegen und beweisen.

<sup>5</sup> Vgl. BGH III 14/10 (Urteil vom 16. September 2010).

einmal unter bestimmten Voraussetzungen ergeben könnte, für sich allein noch nicht zu einer Haftung des Anlageberaters oder Vermittlers. Gleichwohl wird der bloße theoretische Umstand (genauso wie z.B. der Umstand der persönlichen Haftung als Gesellschafter eines GbR-Fonds oder der schlichte Umstand der Verlustbeteiligung oder des Totalverlustrisikos) gerne benutzt, um trotz mangelnder rechtlich notwendiger Zwischenbedingungen eine Haftung des Vertriebs zu suggerieren.

Richtig ist jedoch, dass die Nachhaftung bzw. „Nachschusspflicht“ nur dann ein Problem für den Vertrieb darstellt, wenn dieser zunächst einmal eine entsprechende Aufklärungspflichtverletzung tatsächlich begangen hat, d.h. er den Anlageinteressenten nicht über den Umstand der möglichen Nachhaftung (sofern im jeweiligen Modell tatsächlich gegeben) aufklärt und er die Verschuldensvermutung nicht widerlegen kann. Dies ist einzig und allein eine Frage des jeweiligen Einzelfalls. Hier zählen keine allgemeinen stochastischen Erwägungen.

Sofern im Zusammenhang mit POC-Beteiligungen die Aufklärung der Anlageinteressenten jeweils mittels des (rechtzeitig übergebenen und zur Kenntnis genommenen) Verkaufsprospekts erfolgte, so ergibt sich z.B. für die Prospekte zu den Beteiligungen an der POC Growth 4 GmbH & Co. KG und der POC Oikos GmbH & Co. KG, dass das Risiko der Nachhaftung sowohl im Risikokapitel, als auch jeweils in § 11.2 des Gesellschaftsvertrages erläutert bzw. geregelt ist.

Insoweit wäre es hinsichtlich der Nachhaftung bei Proven Oil nicht „recht wahrscheinlich“, sondern recht unwahrscheinlich, dass sich hieraus eine Vertriebshaftung ergäbe, wenn man auf den normalen Verlauf der Beteiligungsvermittlung unter Einbeziehung des Verkaufsprospekts abstellt und sich schon zu Allgemeinplätzen hinreißen lassen will.

Hinzu kommt die gerne übersehene Frage, ob ein Anleger tatsächlich über Vertragsinhalte aufgeklärt werden muss (hier die Regelung des § 11.2 der Gesellschaftsverträge). Denn der jeweilige Gesellschaftsvertrag ist dasjenige Werk, aus welchem der Anleger auch seine Rechte ableitet (z.B. gesellschaftlich und steuerlich), so dass es widersinnig wäre zu behaupten, man hätte vom Vertragsinhalt nichts gewusst. Eine Aufklärungsverpflichtung über selbstgewählte, unterzeichnete und beanspruchte Vertragsinhalte ist bereits dogmatisch schwerlich einzusehen (anders als bei tatsächlichen, nicht im Gesellschaftsvertrag erkennbaren Risiken).



### 3. Achtung: Negativpresse!

Besonders perfide an der derzeitigen Diskussion ist, dass ein wichtiges Organ der Wirtschaftspresse involviert ist, was den aktuellen Vertrieb von POC-Beteiligungen allein aufgrund des Vorhandenseins der Diskussion einschränkt und damit Umsatzeinbußen bedeuten dürfte. Denn ein Anlageberater, der sich in Bezug auf eine bestimmte Anlageentscheidung als kompetent geriert, hat sich aktuelle Informationen über das Anlageobjekt zu verschaffen, das er empfehlen will. Dazu gehört auch die Auswertung vorhandener Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse<sup>6</sup>. Anerkannt ist, dass bei einer privaten Anleihe über zeitnahe (nicht erst nach einer Woche, sondern eher alle drei Tage) und gehäufte negative Berichte in der Börsenzeitung, der Financial Times Deutschland, dem Handelsblatt und der Frankfurter Allgemeinen Zeitung unterrichtet werden muss<sup>7</sup>. Zwar muss ein Anlageberater nicht sämtliche Publikationsorgane vorhalten, sondern darf selbst entscheiden, welche Auswahl er trifft, solange er nur über ausreichende Informationsquellen verfügt<sup>8</sup>.

Die vorige Aufzählung der Presseorgane ist nicht abschließend. Wir hegen daher keinen Zweifel daran, dass ein sorgfältiger Anlageberater es vor Gericht schwerlich erklären könnte, dass er den (künftigen) Anlageinteressenten über Berichterstattung der WirtschaftWoche nicht informierte. Dieses Problem verstärkt sich noch, je intensiver die Diskussion geführt wird. Der Vertrieb sieht sich also dem Dilemma ausgesetzt, dass er aus der Berichterstattung zwar keine Beweise für Fehlverhalten oder Nachschusspflichten ableiten kann, den Anlageinteressenten aber dennoch informieren muss. Dies kann er faktisch nur tun, indem er die Kritik und die Stellungnahmen dazu in einem Informationspaket aufbereitet und dem Interessenten überlässt. Nur, wer wird dann noch zeichnen?

Die Verantwortung und Verantwortlichkeit, welche wichtige Informationsorgane der Wirtschaftspresse durch diesen Mechanismus trifft (Negativpresse bedeutet unmittelbare Vertriebshindernisse im Lichte der BGH-Rechtsprechung), wird noch Gegenstand anderweitiger Betrachtungen sein. Fraglich ist nur, ob die durch den Mechanismus bedingten erhöhten Anforderungen an journalistische Arbeit sich dabei gut oder schlecht für das jeweilige Produkt auswirken (es wird wohl im Ergebnis von der journalistischen Gründlichkeit und Belastbarkeit abhängen).

---

<sup>6</sup> BGH III ZR 302/08 (Urteil vom 5. November 2009, Rdnr. 16).

<sup>7</sup> BGH III ZR 302/07 (Urteil vom 5. März 2009).

<sup>8</sup> BGH III ZR 302/08 (Urteil vom 5. November 2009, Rdnr. 16).



#### 4. Fazit

Auf der Basis der derzeitigen Diskussion ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine konkrete Haftung des Vertriebs.

Eine Vertriebshaftung lässt sich weder per se mit allgemeinen Erwägungen plausibilisieren, noch bislang mit der Thematisierung einer möglichen Täuschung durch die Vertragspartner der POC-Fondsgesellschaft oder auf Fondsebene, noch mit dem Risiko einer Nachhaftung allein, noch mit der Erwägung, dass es sich schon jeweils um einen zahlungsfähigen Vertrieb handeln soll, der bestenfalls versichert ist. All dies ersetzt nicht die in jedem Einzelfall erforderliche Feststellung eines konkreten Pflichtverstoßes, wofür die Darlegungs- und Beweislast beim jeweiligen Kläger liegt.

Zur Stolperfalle für den Vertrieb kann es indes werden, bei aktuellen Beratungen die Negativpresse gegenüber dem Interessenten zu ignorieren.

Was nun folgen wird – allein schon durch die Prominenz der geführten POC-Diskussion – ist das vermehrte Auftreten bestimmter weiterer Verbraucherschützeranwälte, womit meist stereotype Vorwürfe einhergehen: Mangelnde Plausibilität, mangelnde Aufklärung über das Totalverlustrisiko, Kick-back, Verflechtungen. Allerdings begegnen diese Vorhalte denselben oder ähnlichen Hürden, bevor sie konkret zu einer Haftung führen können<sup>9</sup>. Nur wird dies den Anlegern bzw. potenziellen Mandanten von Anlegerschützern im ersten Schritt selten gesagt.

gez. Daniel Blazek

BEMT Rechtsanwälte

Markdorf, Bielefeld

---

<sup>9</sup> Auch hinsichtlich einer Aufklärung über das Totalverlustrisiko taugen Allgemeinplätze ebenfalls nicht. Vielmehr hängen Inhalt und Umfang der Hinweispflicht zum Risiko eines Totalausfalls z.B. bei Empfehlung eines Immobilienfonds nicht schematisch von einer bestimmten Fremdkapitalquote des Fonds, sondern vielmehr von dessen konkreten Risiken und dem individuellen Beratungsbedarf des Anlegers ab, der sich nach dessen Wissensstand, seiner Risikobereitschaft und dem von ihm verfolgten Anlageziel bestimmt; BGH XI ZR 337/08 (Urteil vom 27. Oktober 2009).