

Ein Jahr Kick-Back- Rechtsprechung bei Graumarktprodukten

**Bund der Kapitalanleger
Vortrag in Siegburg
06.02.2010**

Hartmut Gödecke

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Steuerrecht

Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Abgrenzung der Pflichten

Vermittlung

richtige und
vollständige
Darstellung der
Kapitalanlage

Beratung

richtige und
vollständige
Darstellung der
Kapitalanlage

konkrete Situation und
Belange des Anlegers
eigene Bewertung der
angebotenen Anlage

Hinweis:
Unwesentlich für die Unterscheidung ist,
wer den Vermittlungsagenten für seine
Bemühung honoriert

Sieburg, 06. Februar 2010

Blatt 2

Wie kommt ein Beratungsvertrag über ein Anlageberatung zu stande?

- Geschäftsbesorgungsvertrag mit werk- oder dienstvertraglichem Charakter
- Entweder ausdrücklich oder konkludent, z. B. durch
 - Auskunft mit erheblicher Bedeutung für Anleger
 - Grundlage für Vermögensdisposition des Anlegers
 - Berater geriert sich sachkundig oder
 - Berater hat ein eigenes wirtschaftliches Interesse
- *Beispiele:*
 - Anleger will wg. Anlage eines Geldbetrages beraten werden
 - Wiederanlage eines freigewordenen Geldbetrages
 - Darstellung von persönlichen Berechnungsbeispielen
 - Ratschlag nach Kursverlusten wird nachgefragt

anlegergerechte und anlagegerechte Beratung **Kardinalpflichten der beratenden Bank**

kundenbezogen

- Anlageziele
- Wissensstand
- Risikobereitschaft
- Vorerfahrungen
- Kenntnisse

objektbezogen

- Risiken des Objektes
- Renditegrundlagen
- Markt bezogene Chancen / Entwicklungen
- Plausibilität des Angebots
- Verflechtungen etc.

▪ Negative Presse

Aufklärung über Kick Backs

Aufklärungserfordernis über die
Kick Back Gewährung aus dem
Grundsatz anlegergerechter
Aufklärung



Einkünfte, die von dritter
Seite bezogen werden,
müssen wegen des darin
enthaltenen
Interessenwiderstreits
eigennütziger
Anlageempfehlungen
dargestellt werden
(Gefährdung reicht aus)

Aufklärung über Kick Backs

Aufklärungserfordernis über die
Kick Back Gewährung aus dem
Grundsatz anlegergerechter
Aufklärung



Derartige Zuwendungen
von dritter Seite sind
ausdrücklich NICHT wegen
evtl. Auswirkungen auf die
WERTHALTIGKEIT des
Fondsvermögens offen zu
legen.

Vermittlung / Beratung - Folgen für Darstellung der Kick Backs in der Anlageberatung

VERMITTLUNG

- Werbendes Auftreten gegenüber dem Kunden
- mit für den Kunden erkennbarem Provisionsinteresse

Folge

Keine Pflicht zur Aufklärung von Kick Backs

BERATUNG

- Vollständige und richtige Aufklärung über alle relevanten Umstände
- anlegergerechte Beratung
- anlagegerechte Beratung

Folge

Pflicht zur Aufklärung von Kick Backs (= Interessenlage ist offen zu legen)

Kick-Back- Rechtsprechung im Wertpapierhandels- bereich

Bundesgerichtshof

Urteile vom 19. Dezember 2006

Az: XI ZR 56/06

Und vom

12. Mai 2009,

Az: XI ZR 586/07



- vollständige Aufklärung über
Dritt-Vergütungen
(z. B. Aktienfonds)
- wegen (potentieller)
Interessenkollision
- bei Wertpapier-
handelsunternehmen
(z.B. Banken)
- bei Verschweigen:
Schadensersatzpflicht
- Kausalität: Vermutung
aufklärungsrichtigen
Verhaltens

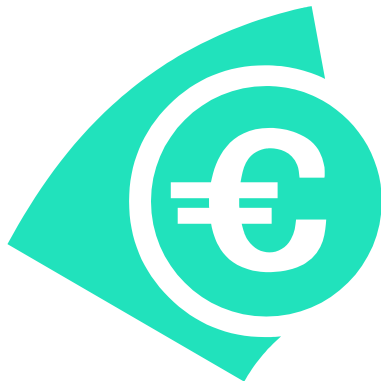
Siegburg, 06. Februar 2010

Blatt 8

Kick-Back- Rechtsprechung außerhalb des Wertpapierhandels- bereichs

Bundesgerichtshof

Beschluss vom 20. Januar 2009,
Az: XI ZR 510/07



- bei Beratung durch Banken
- vollständige Aufklärung über Dritt-Vergütungen
- bei Nichtbankenprodukten
- wegen (potentieller) Interessenkollision

Siegburg, 06. Februar 2010

Blatt 9

Kick-Back- Rechtsprechung außerhalb des Wertpapierhandels- bereichs

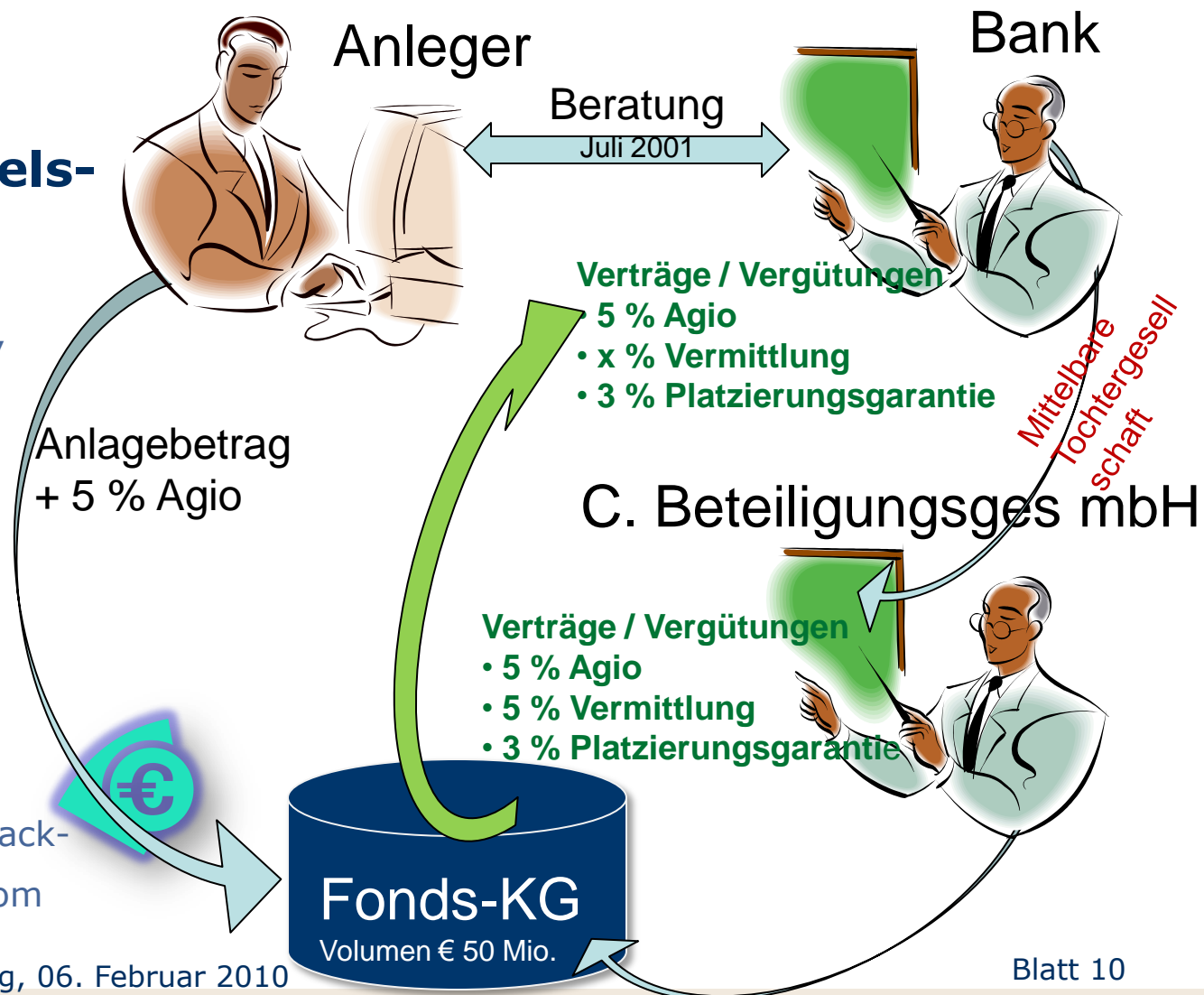
OLG Karlsruhe

Urteil vom 03. März 2009,

Az: 17 U 371/08

Umsetzung der BGH-Kick-Back-
Rechtsprechung des BGH vom
Januar 2009

Siegburg, 06. Februar 2010

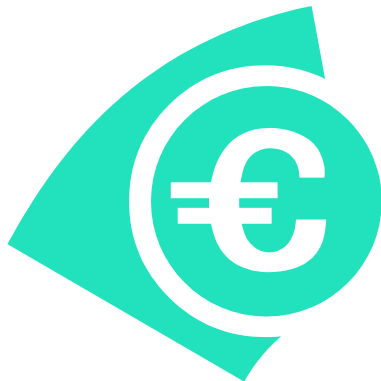


Kick-Back- Rechtsprechung außerhalb des Wertpapierhandels- bereichs

OLG Celle

Urteil vom 11. Juni 2009,

Az: 11 U 140/08



Anwendung der kick-back Rechtsprechung auf Nichtbanken

- Kunde kann erkennen, dass Vergütung von dritter Seite erfolgt, wenn er selbst nichts für die Beratung zahlt
- wirtschaftliches Eigeninteresse des Beraters ist für den Kunden erkennbar
- deshalb ist Kick-back Rechtsprechung bei Nichtbanken nicht anwendbar

HINWEIS:

OLG München und Frankfurt/M. sehen die Rechtslage anders:

Kick-Back-Rechtsprechung gilt auch für
Nichtbankenvertriebe

Siegburg, 06. Februar 2010

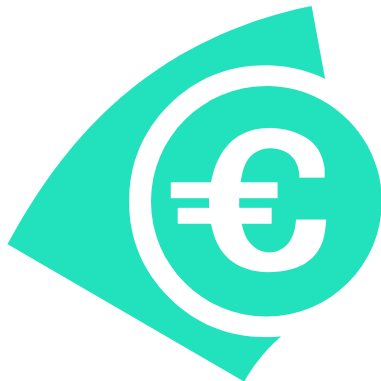
Blatt 11

Kick-Back- Rechtsprechung außerhalb des Wertpapierhandels- bereichs

OLG Dresden

Urteil vom 24. Juli 2009,

Az: 8 U 1240/07



Kein Verschulden der Bank, da keine fahrlässige Kenntnis von derartiger Aufklärungspflicht

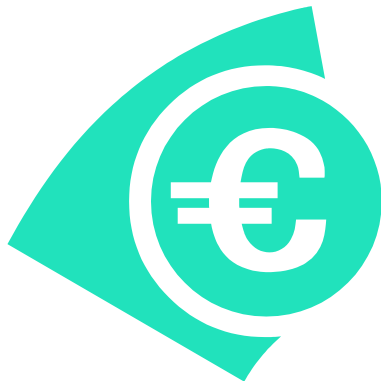
- Kein eindeutiger Hinweis auf Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung vor BGH Jan. 09
- jur. Literatur nur Einzelmeinungen
- bei Nichtbankenprodukten, da nur lt. § 31 I Nr. 2 WpHG bei Wertpapieren; insoweit kein Verstoß gegen Gesetzeslage
- wegen Interessenkollision
- Anleger könne nicht von vollkommen kostenfreier Beratung bei Banken ausgehen

Kick-Back- Rechtsprechung außerhalb des Wertpapierhandels- bereichs

OLG Stuttgart

Urteil vom 06. Oktober 2009,

Az: 6 U 126/09



kein Rechtsirrtum der
Banken beim Verschulden (Anlage 2003)

Bank hat fahrlässig nicht über Kick-Backs aufgeklärt

- keine Rechtsprechung vorhanden, die Verschweigen von Kick-Backs billigt
- Verbot drittseitiger Vergütungen bei Beratungen sei tragendes Prinzip des Zivilrechts; andernfalls müsse aufgeklärt werden
- in juristischer Literatur Forderung zur Aufklärung der Kick-Backs mindestens seit 2002 zu erkennen
- Bank kann sich nicht auf angeblich weit verbreitete Geschäftspraxis zum Verschweigen berufen
- Anwendung des Prinzips „sicherster Weg“ in Zweifelsfällen der Aufklärung

Siegburg, 06. Februar 2010

Blatt 13

Aufklärungspflichten des Anlageberaters

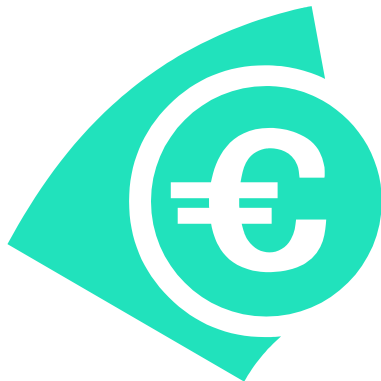
LG München Urteil vom 31.03.2009 Az 28 O 10274/08

.... Zitat nach Schirp/Mosgo (BKR 2002, 354 (369))

Weiterreichende Pflichten des Anlageberaters ... Beim Anlageberater stellt sich vorab die Frage, ob er überhaupt eine interne Provision entgegennehmen darf. Wie bereits dargestellt ist der Anlageberater unabhängiger und individueller Berater seines Kunden. Er steht eindeutig im Lager des Anlegers und ist zum Handeln allein und ausschließlich in dessen Interesse verpflichtet. Von der Produktseite hat er sich unabhängig zu halten. Dieses Selbstverständnis und dieser Pflichtenkreis stehen der Entgegennahme einer internen Provision dann entgegen, wenn die Tätigkeit des Anlageberaters vom Kunden vergütet wird. Wird dagegen von dem Kunden keine Vergütung für die Leistungen des Anlageberaters entrichtet, so muss der Kunde zwar grundsätzlich davon ausgehen, dass sein Anlageberater von der Anbieterseite bezahlt wird. Diese Vorgehensweise ist rechtlich zulässig und in der Praxis weit verbreitet. Allerdings muss der Anlageberater auch in diesem Falle den Kunden wahrheitsgemäß darüber aufklären, in welcher Höhe und aus welchen Quellen er Provisionen erhält. ..

Kick-Back- Rechtsprechung

Fazit



- Bei fehlgeschlagenen Anlageprodukten, die von Bankberatern empfohlen werden, bietet der derzeitige Stand der Kick-back Rechtsprechung in vielen Fällen dem Anleger einen Schadensersatzanspruch
- Das Verbot dritseitiger Vergütungen bei der Beratung von Nichtbankenprodukten durch Nichtbanken wird weitgehend angewendet, bedarf allerdings noch der endgültigen Bestätigung durch den BGH