

## **Zeitenwende für Anleger geschlossener Fonds: Bundesgerichtshof eröffnet endlich Regressmöglichkeiten gegen beratende Bank bei verschwiegenen kick-back**

Gerade noch rechtzeitig vor der großen Verjährungswelle für Schadensersatzansprüche der Anleger geschlossener Fonds aus den 90-iger Jahren (bis zum 31.12.2001) zum 31.12.2011 weitet der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zu verschwiegenen kick-back auf die Bankberatung zu Anteilen an geschlossene Fonds aus. Der Gedanke, welcher diesen Urteilen zugrunde liegt ist der, dass für den Kunden eine Gefährdungssituation durch einen Interessenskonflikt geschaffen wird, wenn der Berater Provisionszahlungen verschweigt, die er bei Vertragsabschluss mit dem Kunden von einem Dritten zu erwarten hat.

Nun wird sich der interessierte Laie denken, dass versteckte Interessenskonflikte selbstverständlich schädlich und damit anzeigepflichtig sind. Das natürliche Rechtsempfinden trägt nicht. Schon das Reichsgericht entschied im Jahre 1905 (!), dass ein Bankier seinen Treuepflichten gegenüber seinem Kunden nicht gerecht wird, wenn er einen Teil seiner Bonifikationen für das vermittelte Geschäft verschweigt. An dieser Stelle ist die Frage erlaubt, warum sich eine solche Selbstverständlichkeit bei geschlossenen Fonds erst nach jahrzehntelanger Rechtspraxis durchsetzt. Nunmehr, kurz bevor sämtliche Schadensersatzansprüche von Anlegern geschlossener Fonds aus den 90-ziger Jahren zum 31.12.2011 zu verjähren drohen, wird ein Licht am Ende des Tunnels sichtbar.

Eine Haftung der Bank auf Schadensersatz besteht, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

1. Zustandekommen einer Anlageberatung
2. Die Anlageberatung muss durch Mitarbeiter einer Bank erfolgt sein
3. Die Anlageberatung darf nicht vor 1990 liegen
4. Der Kunde wurde nicht über die Höhe der zu erwartenden kickbacks informiert

Herzuleiten sind diese Voraussetzungen aus nachstehenden Urteilen.

1. Urteil des LG München I vom 22.02.2010 Az.: 22 O 1797/09:

(...)

Nach §§ 675 Abs. 1, 666, 667 BGB und §§ 383, 384 Abs. 2 HGB treffen den Geschäftsbesorger bzw. den Kommissionär Auskunfts- und Herausgabepflichten hinsichtlich dessen, was er aus der Durchführung des Auftrags erlangt hat. Der Beratungsvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsverhältnis, so dass der Berater die hinter dem Rücken des Beratenen gezahlte Rückvergütung schon kraft Gesetzes zu offenbaren und herauszugeben hat. Höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser auftrags- bzw. kommissionsrechtlichen Auskunfts- und Herausgabepflicht gibt es seit langer Zeit (vgl. nur BGHZ 114, 87, 91; 146, 235, 239; BGH, Urteil vom 17. Oktober 1991 - III ZR 352/89; BGH WM 1992, 879, 880 f.). Ergänzend ist auf eine Entscheidung des Reichsgerichts hinzuweisen, wonach es Treu und Glauben widerspricht, wenn ein Bankier als Kommissionär seinem Kunden einen Teil einer Bonifikation verschweigt (RG JW 1905, 118).

(...)

2. Anlass hierfür war der Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 20.01.2009 XI ZR 510/07

(...)

Bei der Offenlegung von Rückvergütungen geht es um die Frage, ob eine Gefährdungssituation für den Kunden geschaffen wird. Deshalb ist es geboten, den Kunden über etwaige Rückvergütungen aufzuklären und zwar unabhängig von der Rückvergütungshöhe. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Berater Aktienfonds oder Medienfonds vertreibt. Der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt ist in beiden Fällen gleich.

(...)

3. In der Folgezeit wurde den Banken auch die Einwendung für Beratungsfälle ab 1990 abgeschnitten, sie habe nicht wissen können, dass sie die kickbacks ihren Kunden gegenüber angeben müssen in der Entscheidung des BGH XI ZR 308/09 vom 29.06.2010:

(...)

Der Senat hat aber bereits in den Jahren 1989 und 1990 in zwei Entscheidungen (Urteile vom 28. Februar 1989 - XI ZR 70/88, WM 1989, 1047, 1051 und vom 6. Februar 1990 - XI ZR 184/88, WM 1990, 462, 464) bei vermittelten Warentermingeschäften heimliche Kick-back-Vereinbarungen zwischen Anlagenvermittler und Broker missbilligt, den Vermittler zur Herausgabe der Rückvergütungen nach §§ 675, 667 BGB für verpflichtet gehalten und dem Berufungsgericht aufgegeben, Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zu prüfen. In der Literatur sind diese Entscheidungen zu Recht dahin verstanden worden, dass die Verheimlichung der Rückvergütung nicht nur in Bezug auf die bloße Herausgabepflicht eine Täuschung des Kunden darstellt, sondern auch deswegen, weil die Rückvergütungen die Tätigkeit des Vermittlers zuungunsten des Anlegers beeinflussen (vgl. Nassall, WuB IV A § 826 BGB 8.89 unter 3.; Wach, EWIR 1989, 765, 766). Aufgrund dessen war für eine Bank bereits ab diesem Zeitpunkt erkennbar, dass auch im Verhältnis zu ihren

Kunden bei der - allein in deren Interesse erfolgenden - Beratung über eine Kapitalanlage eine Aufklärungspflicht über solche Umstände besteht, die das Beratungsziel in Frage stellen und die Kundeninteressen gefährden.

(...)

4. Die Verpflichtung zur Angabe der kick-back besteht im Rahmen eines Anlageberatungsvertrages unabhängig von der Höhe. Auch die häufig in diesem Zusammenhang zitierte 15% Grenze hat für den Bereich der Anlageberatung keinerlei Relevanz. Der BGH insoweit klarstellend:

(...)

Das Berufungsgericht hat sich jedoch mit keinem Wort mit diesem Vortrag befasst, sondern unter Berufung auf das Urteil des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22. März 2007 (III ZR 218/06, WM 2007, 873, 874 Tz. 9) lediglich in einem Satz ausgeführt, zu einer Aufklärung über die Innenprovision sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, weil die Provision weniger als 15% ausgemacht habe. Behandelt hat das Berufungsgericht damit lediglich die Informationspflicht aus einem Anlagevermittlungs- und Auskunftsvertrag. Zwischen den Parteien ist aber, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat und beide Parteien übereinstimmend vorgetragen haben, nicht lediglich ein Anlagevermittlungs- und Auskunftsvertrag, sondern ein Beratungsvertrag zustande gekommen, der zu einer Aufklärung über Rückvergütungen entsprechend den Grundsätzen des Senatsurteils vom 19. Dezember 2006 (BGHZ 170, 226, 234 f. Tz. 23) verpflichtet.

(...)

5. Flankierend zu nennen in diesem Zusammenhang sind zwei Urteile der Gerichte in Heidelberg

Zum einen ist eine summenmäßige Angabe des kick-back erforderlich und zum anderen besteht ein Auskunftsanspruch gegen die beratende Bank zur Frage des Erhaltes von kick-backs.

LG Heidelberg 3 O 98/08 vom 31.07.2008 zur Verpflichtung für die Angabe der Höhe der kick-backs:

(...)

Der Bundesgerichtshof hat jedoch ausgeführt, dass die Aufklärungspflicht hierdurch nicht entfalle, sondern der Anleger weiterhin, was die Größenordnung der Rückvergütungen angehe, aufklärungsbedürftig bleibe. Daraus lässt sich entnehmen, dass eine grobe Einordnung mit der Angabe, dass eine Rückvergütung bis zu einem bestimmten Prozentsatz oder im Umfang des überwiegenden Teils der Gebühren möglich sei, nicht genügt, um der Pflicht zur Aufklärung über die Höhe der Rückvergütungen nachzukommen. Aus Sinn und Zweck dieser Aufklärungspflicht ergibt sich auch, dass bestimmte Beträge in Euro anzugeben sind, weil der Anleger ansonsten nicht hinreichend beurteilen kann, welche Anreizwirkung von den Rückvergütungen für den Depotverwalter möglicherweise ausgeht.

(...)

(...)

Auch sind dem zwischen den Parteien geschlossene Anlageberatungsvertrag umfassende Geschäftsbesorgungselemente inne, mit der Folge, dass § 666 BGB anwendbar ist. Dem Anlageberater wird durch den Vertrag die Macht eingeräumt, im Geschäftsbereich des Ratsuchenden zu dessen Gunsten oder zu dessen Lasten eine Informationslage zu schaffen, mithin den auf eine Investitionsentscheidung gerichteten Willensbildungsprozess des Anlageinteressenten zu beeinflussen und selbigen zu einem Ergebnis zu führen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes muss die Bank einen Kunden über Rückvergütungen/ Provisionen aufklären, die ihr aus den Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsgebühren zufließen (BGH NJW 2007, 1876; BGH NJW 2009, 1416; BGH NJW 2009, 2298). Die Aufklärung ist geboten, da die beratende Bank sich in einem Interessenkonflikt befindet und der Beratene erst bei Angabe der Höhe der Provision erkennen kann, dass die Bank ein wirtschaftliches Eigeninteresse an Zeichnungsabschlüssen haben könnte und möglicherweise bestimmte Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen/Provisionen zu erhalten. Nur durch die Offenlegung der Rückvergütungen/Provisionen der Sache und der Höhe nach ist sichergestellt, dass der Kunde das Umsatzinteresse der Bank selbstverantwortlich einschätzen kann. Die Pflicht zur Offenlegung ergibt sich also nicht allein aus den Anlagegeschäften selbst, sondern auch schon aus dem Anlageberatungsvertrag.

(...)