

Bank- und Kapitalmarktrecht

tungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB scheitert jedenfalls unter zeitlichen Gesichtspunkten.

Ein Haftungsausschluss kann nur dann Außenwirkung haben, wenn die Bekanntmachung unverzüglich nach dem Wechsel des Unternehmensträgers vorgenommen wird. Die Handelsregistereintragung und die Bekanntmachung müssen daher alsbald nach diesem Wechsel bewirkt werden (BGHZ 29, 1/4; BayObLG DB 1984, 1672; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120/1121). Das Risiko einer verzögerten Eintragung und Bekanntmachung trifft den neuen Unternehmensträger. Es kommt dabei weder auf dessen Verschulden noch auf ein solches des Registergerichts an (BayObLG DB 1984, 1672; OLG Hamm NJW-RR 1994, 1119/1121; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120/1121). Ist offensichtlich, dass wegen der langen Zeit zwischen dem Wechsel des Unternehmensträgers und der Eintragung und Bekanntmachung ein nach außen wirkender Haftungsausschluss nicht mehr herbeigeführt werden kann, so muss die Eintragung versagt werden (BayObLG DB 1984, 1672; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120/1121).

Im hier zu entscheidenden Fall ist der Zeitraum, in dem ein Haftungsausschluss durch Eintragung und Bekanntmachung mit Außenwirkung noch wirksam werden könnte, verstrichen. Seit der Aufnahme des Geschäftsbetriebs durch die anmeldende Gesellschaft am 27. 6. 2006 ist ein Zeitraum von über sieben Monaten verstrichen. Die ältere Rechtsprechung hatte die Wirkungen eines Haftungsausschlusses verneint, wenn zwischen dem Wechsel des Unternehmensträgers und der Eintragung sechs bis zehn Wochen verstrichen waren (RGZ 75, 139/140). Dieser Zeitraum wird heute gemeinhin als zu kurz angesehen. Eine solche Frist würde den Anmelder gegenüber einer ablehnenden Entscheidung des Registergerichts rechtlos stellen (vgl. OLG Hamm DB 1998, 2590/2591; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120/1121). Deshalb lässt es die geltende Rechtsprechung zu, eine Eintragung eines Haftungsausschlusses auch noch nach fünf Monaten seit Übergang des Unternehmensträgers bei vorliegender unverzüglicher Anmeldung vorzunehmen (OLG Hamm DB 1998, 2590/2591; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120/1121). Andererseits wird ein Zeitraum von acht Monaten (OLG Hamm NJW-RR 1994, 1119/1121) und ein Zeitraum von neun Monaten (vgl. BGH NJW 1984, 1186/1187) jedenfalls nicht mehr für ausreichend erachtet.

Versäumnisse der hier beteiligten Stellen, welche zu einer nicht hinnehmbaren Verzögerung des Eintragungsverfahrens geführt hätten und die bei der Beurteilung der noch als angemessen anzusehenden Frist zu berücksichtigen wären (vgl. OLG Hamm DB 1998, 2590/2591), sind nicht festzustellen. Insbesondere haben alle gerichtlichen Instanzen in einem Zeitraum entschieden, welcher nach dem üblichen Geschäftsablauf vertretbar ist. Der hier zu betrachtende Zeitraum liegt zwischen denjenigen, zu denen veröffentlichte Entscheidungen ersichtlich sind. Für die vom Senat zu treffende Entscheidung ist ferner zu berücksichtigen, dass der Eintragungsantrag noch nicht in jeder Hinsicht rechtlich ausgelöst ist, da das Registergericht des früheren Sitzes der anmeldenden Gesellschaft die Auffassung vertreten hat, wonach die Eintragung eines Haftungsausschlusses auch einer Anmeldung seitens des übernommenen Rechtsträgers bedarf (vgl. Keidel/Kafka/Willer Registerrecht 6. Aufl. Rn. 554). Diese Rechtsfrage hat das Beschwerdegericht, aus seiner Sicht folgerichtig, offen gelassen, müsste aber von dem Registergericht des neuen Sitzes geprüft werden. Auch wenn das Registergericht der Auffassung der anmeldenden Gesellschaft folgt, wonach eine kumulative Anmeldung hier nicht geboten ist, käme die Eintragung des Haftungsausschlusses erst nach einem Zeitraum von weit über sieben Monaten seit Geschäftsübernahme zum Tragen. Nach einem solchen

Zeitraum muss aber davon ausgegangen werden, dass sich die an die tatsächliche Geschäftsübernahme anknüpfende Verkehrsauffassung, der neue Unternehmensträger trage auch die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers (vgl. BGHZ 29, 1/3), zwischenzeitlich verfestigt hat, und dieser Umstand von einer demnächst erfolgenden Bekanntmachung eines Haftungsausschlusses nicht mehr beseitigt werden kann. Die Eintragung muss deshalb versagt werden; sie ist rechtlich unzulässig geworden und darf nicht mehr vorgenommen werden (BayObLG DB 1984, 1672).

BANK- UND KAPITALMARKTRECHT

Bank muss bei Empfehlung von Fondsanteilen über Rückvergütungen aufklären

BGH, Urteil vom 19. 12. 2006 – XI ZR 56/05, BB 2007, 627 ff.

LEITSATZ:

Wenn eine Bank einen Kunden über Kapitalanlagen berät und Fondsanteile empfiehlt, bei denen sie verdeckte Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen und jährlichen Verwaltungsgebühren erhält, muss sie den Kunden über diese Rückvergütungen aufklären, damit der Kunde beurteilen kann, ob die Anlageempfehlung allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung erfolgt ist, oder im Interesse der Bank, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten.

§§ 276, 676 BGB; § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG

BB-KOMMENTAR

Patrick J. Elixmann, LL.M., Rechtsanwalt

I. Das Problem

Der Bundesgerichtshof hatte über Aufklärungspflichten einer Bank in Bezug auf Rückvergütungen (auch Kick-Backs, Retrozessionen o. ä. genannt) im Rahmen eines Investmentfondskaufs zu entscheiden. Die Bank hatte ihren Kunden nicht darüber aufgeklärt, dass sie Teile des von der Investmentgesellschaft dem Kunden in Rechnung gestellten Ausgabeaufschlags und der jährlichen Verwaltungsgebühr als indirekte Honorierung zurück vergütet bekam. Bislang war höchststrichterlich nicht abschließend entschieden, ob die Zahlung derartiger Rückvergütungen ein für den Kunden aufklärungsrelevanter Umstand ist.

II. Entscheidung des Gerichts

Jetzt hat der BGH die Frage zugunsten der Anleger geklärt. Die Bank hätte ihren Kunden vollständig und wahrheitsgemäß über umsatzabhängige Rückvergütungen aufzuklären müssen. Zweck der Aufklärung sei es, dem Kunden den durch die Rückvergütung begründeten Interessenkonflikt der Bank offen zu legen. Neben dem Grund und der Höhe der Rückvergütung müsse dem Kunden erkennbar sein, dass die Gefahr besteht, dass die Bank die Interessen ihres Kunden aus eigenem Umsatzinteresse vernachlässigt. Durch die Aufklärung soll der Kunde in die Lage versetzt werden, diese Gefahr selbst einzuschätzen.

III. Praxisfolgen

Nach diesem Urteil müssen Banken über die Gefahr möglicher Interessenkonflikte aufzuklären, wobei davon auszugehen ist, dass diese Aufklärungspflicht auch selbstständige Anlageberater trifft. Diese sind zwar keine Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 4 WpHG, so dass die in § 31 Abs. 1 WpHG nor-

mierte aufsichtsrechtliche Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten für sie nicht gilt. Darauf kommt es nach der Urteilsbegründung aber nicht an. Die Entscheidung erwähnt zwar diese aufsichtsrechtliche Verpflichtung. Der BGH entwickelt die genannte Aufklärungspflicht aber aus dem zwischen Kunden und Bank geschlossenen Beratungsvertrag, so dass die Rechtslage auf selbständige Anlageberater übertragbar ist.

Ob das mit der Aufklärungspflicht verbundene Ziel erreicht wird, ist allerdings fraglich. Die Aufklärungspflicht schützt den Kunden nur dann, wenn dieser das Konfliktrisiko – wie vom Gericht intendiert – tatsächlich einschätzen kann. In der Praxis dürfte es einem Laien allerdings mangels eines Beurteilungsmaßstabs kaum möglich sein, die Höhe der Rückvergütung und die hieraus resultierenden Interessenkonflikte zu beurteilen. Ob die Anlegerempfehlung anlegergerecht erfolgt ist, wird ein Kunde auch bei entsprechender Sensibilisierung für Interessenkonflikte nur selten durchdringend beurteilen können. Nach ständiger Rechtsprechung bedarf der Kunde im Regelfall aufgrund der Informationsasymmetrie zwischen ihm und der Bank eines besonderen Schutzes (BGH, BB 2004, 515, 516; OLG Jena, WM 2005, 1946 ff.). Da die Bank ihre Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Kunden auch im Fall von Interessenkonflikten erfüllen muss, wird der Kunde auf die Empfehlung seines Beraters weiterhin vertrauen dürfen. Ein Mitverschulden des Kunden im Sinne des § 254 BGB mit der Begründung, auf den offen gelegten Interessenkonflikt nicht richtig reagiert zu haben, wird daher im Regelfall ausgeschlossen sein.

Da Interessenkonflikte durch eine Aufklärung nicht grundsätzlich vermieden werden können, wird die Rechtsansicht vertreten, dass die Bank bereits nach geltendem Recht auf die Zahlung von Rückvergütungen ganz verzichten müsse (so beispielsweise *Koller*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 4. Aufl., Rn. 83; *Sethe*, in: Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 898 ff.; vgl. auch BGH, BB 2004, 2038, 2041). Aufsichtsrechtlich sei ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG verpflichtet, den für die Vermeidung eines Interessenkonflikts wirksamsten Weg zu gehen. Sofern die Rückvergütung an den Kunden nicht ausgezahlt wird, ist einem Verbot aus diesem Grund zuzustimmen, denn nur hierdurch ließe sich der für den Kunden nachteilige Interessenkonflikt der Bank bereits im Ansatz vermeiden. Auch aus wirtschaftspolitischer Sicht ist ein Verbot zu befürworten. Indirekte Vergütungen verschleiern den wahren Preis der Leistung, so dass der Wettbewerb im Finanzsektor gestört wird.

Im Hinblick auf Anlegerschutzprozesse hat der BGH den Banken in seiner Entscheidungsbegründung bereits Verteidigungsmöglichkeiten aufgezeigt. Den Banken kommt zunächst die kurze Verjährung nach § 37a WpHG zugute. Danach verjähren Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten bei Wertpapierdienstleistungen drei Jahre nach dem Wertpapierkauf unabhängig von einer Kenntnis des Anlegers von der Pflichtverletzung oder dem Schaden. Sollte die Bank vorsätzlich gehandelt haben, gilt § 37a WpHG nach ständiger Rechtsprechung zwar nicht, sondern die Regelverjährung. Ein Rechtsirrtum des Beraters in Bezug auf seine Aufklärungspflicht soll aber auch in diesem Fall eine Haftung ausschließen können.

Es ist zu prognostizieren, dass bislang nicht geklärte Streitfragen im Hinblick auf den Vorsatz und einem etwaigen Rechtsirrtum in den Mittelpunkt des Interesses rücken werden. Sollte der einzelnen Anlageberater nicht die notwendigen Kenntnisse über die konkreten Rückvergütungen haben, wird sich die Bank wohl dann nicht auf fehlenden Vorsatz berufen können, wenn das notwendige Wissen an einer anderen Stelle in der Bank vorhanden war. Die Tatsache, dass Rückvergütungen gezahlt werden, ergibt sich für den Berater wegen der diesbezüglichen Prospektierungspflicht nach § 41 Abs. 5 InvG bereits aus dem Fondsprospekt. Auf-

sichtsrechtlich ist die Bank zudem verpflichtet, die interne Organisation so zu gestalten, dass sie die ihr auferlegten Pflichten einhalten kann (§ 33 Abs. 1 WpHG). Sollte der einzelne Mitarbeiter nicht die notwendige Kenntnis von den Rückvergütungen haben, so wird ihm daher das Wissen der Bank zugerechnet werden können (vgl. BGH, BB 2000, 2592f.; BGH, BB 1996, 924, 925 f.). Aus Wertungsgesichtspunkten sollte dies auch für die Kenntnis bezüglich der Aufklärungspflicht gelten. Die Bank sollte nicht von einem Haftungsausschluss profitieren, wenn sie ihren Kundenberater nicht über ihre Aufklärungspflichten instruiert. Die bankrechtliche Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen ergab sich bereits eindeutig aus der von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht veröffentlichten Richtlinie gemäß § 35 Abs. 6 WpHG zur Konkretisierung der Pflichten aus den §§ 31, 32 WpHG (dort unter B 1.2). Da unterstellt werden kann, dass die in dieser Richtlinie konkretisierten Informationspflichten den Rechtsabteilungen der Banken bekannt waren, ist ein Verbotsirrtum regelmäßig auszuschließen.

Eine rechtlich restriktive Einschätzung von Rückvergütungen wird unterstützt durch die bevorstehende Gesetzesreform zur Umsetzung der europarechtlichen Richtlinie MiFID (Markets in Financial Instruments Directive, vgl. hierzu *Duve/Keller*, BB 2006, 2425, 2477, 2537; *Spindler/Kasten*, WM 2006, 1749 ff., 1797 ff.). Rückvergütungen unterliegen nach dem Entwurf eines neu zu schaffenden § 31d WpHG ausdrücklich einem weitgehendem Verbot. Ausnahmen hiervon bestehen lediglich für Fälle, in denen ein Interessenkonflikt von vornehmlich nicht erkennbar ist oder sich der Kunde mit der Zahlung von Rückvergütungen ausdrücklich einverstanden erklärt hat. Eine Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben wird zum 1. 11. 2007 erwartet.

PATRICK J. ELIXMANN, LL.M.



Jahrgang 1976. Studium in Bielefeld und Bonn, Magisterstudiengang im Wirtschafts- und Steuerrecht, seit 2006 Rechtsanwalt in der auf Bank- und Kapitalanlagerecht spezialisierten Kanzlei Göddecke in Siegburg. Schwerpunkte: Anlageberatung, Vermögensverwaltung.

STEUERLICHE PRAXIS

Steuerberaterhaftung: Steuerrechtliche Beurteilung des Verkaufs aller KG-Anteile nach einem „Tranchenmodell“

BGH, Urteil vom 8. 2. 2007 – IX ZR 188/05

LEITSÄTZE:

1. Nach dem Gebot des sichersten Weges kann der Steuerberater gehalten sein, die Einholung einer Auskunft des Finanzamtes zu empfehlen, wenn die Rechtslage nach Ausschöpfung der eigenen Erkenntnismöglichkeiten ungeklärt ist und die Beratung eine einschneidende, dauerhafte, später praktisch nicht mehr korrigierbare rechtliche Gestaltung betrifft.

2. Zur einkommensteuerrechtlichen Beurteilung des Verkaufs sämtlicher Anteile an einer Kommanditgesellschaft nach einem „Tranchenmodell“.

§ 675 Abs. 1 BGB; § 16 EStG