

# *Wie haften Banken bei Anlageberatung?*

Eine Information der KANZLEI GÖDDECKE über Grundzüge bei Beratung durch Bankberater bei dem Erwerb von Kapitalanlagen und unter besonderer Berücksichtigung der jüngeren Kick-Back-Rechtsprechung bei Banken- und Nichtbankenprodukten aus dem Jahre 2009.

Vortrag vor Steuerberatern am 23. November 2009, 19.00 Uhr, Siegburg, Hotel Kaiserhof

[www.kapital-rechtinfo.de](http://www.kapital-rechtinfo.de)

## **Einführendes zur Haftung am Kapitalmarkt**

Die Haftung am Kapitalmarkt ist so vielschichtig, wie die Einbindung der am Finanzmarkt handelnden Vermittlungsakteure und deren Stellung in dem an den Anleger gerichteten Informationsgefüge; zu ihnen zählen nicht nur die Banken, sondern u. a. auch

- Börseninformationsdienste
- Kapitalmarktaufsicht
- Emittenten von Kapitalanlageprodukten
- Vermögensverwalter
- Vermittler von Anlageprodukten
- Berater von Anlageprodukten

In diesem Vortragskript soll es lediglich um die Beratung von Bankmitarbeitern in der Anlageberatung gehen<sup>1</sup>.

Möglich ist auch die Haftung der Bank in folgenden Fällen:

- Überschreiten der Rolle als Kreditgeber
- Schwerwiegender Interessenkonflikt
- Schaffung eines Gefährdungstatbestandes
- Konkreter Wissensvorsprung
- Zurechnung des Verhaltens Dritter
- Wissenszurechnung

---

<sup>1</sup> Soweit in diesem Skript Rechtsprechung wiedergegeben wird, werden Verkürzungen in der Sachverhaltsdarstellung und den Rechtsausführungen der besseren Verständlichkeit halber in Kauf genommen.

### *Abgrenzung von Beratung und Vermittlung sowie execution only als auch Vermögensverwaltung*

Steht der **Vermittler** dem Anlagewilligen als Verkäufer einer Kapitalanlage gegenüber, ergibt sich eine Situation, bei der der Investor davon ausgehen könne, dass der Vermittler an dem Verkaufserlös wirtschaftlich partizipieren werde und wonach er nur erwarten könne, dass er über das Produkt werbend informiert werde<sup>2</sup>.

Bei der **Beratung** kann der Anleger berechtigterweise erwarten, anleger- und anlage(objekt-)gerecht richtig und vollständig über alle für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände aufgeklärt zu werden. Es wird eine individuelle Betrachtung in Hinblick auf die Anlageziele des Kunden geschuldet. Banken haben bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen besondere, allerdings nicht kundenschützende Normen, wie z. B. § 31 WpHG zu beachten<sup>3</sup>.

Die Unterscheidung zwischen Vermittler und Berater ist in der Praxis oftmals nicht leicht zu treffen und wird in den Instanzgerichten leider nicht einheitlich gehandhabt<sup>4</sup>.

Man kann das Verhältnis zwischen Vermittler und Berater in einer Art Stufenverhältnis sehen: Während der Vermittler die richtige und vollständige Darstellung der Kapitalanlage schuldet, muss der Berater noch darüber hinaus auf die konkrete Situation des Anlegers eingehen und dessen Belange beachten sowie eine Bewertung der angebotenen Anlagemöglichkeit vornehmen.

Im Bereich des **execution only** schuldet die Bank lediglich die unverzügliche Ausführung eines Kaufs oder Verkaufs von Anlageprodukten.

Die Ansprüche von geschädigten Bankkunden im Bereich der **Vermögensverwaltung** richtet sich in erster Linie nach den vereinbarten Anlagerichtlinien. Wird gegen diese Prinzipien der Vermögensallokation verstoßen, so haftet der Vermögensverwalter. Diese Anlagerichtlinien sind ihrerseits Ausfluss der Anlageziele des Kunden. Mehr noch als bei der Anlageberatung müssen Verwalter die Kundenziele erforschen. Im Gegensatz zur Beratung ist nicht der Kunde Entscheidungsträger der Anlage, sondern der Verwalter persönlich – und zwar im Regelfall ohne vorherige Rücksprache mit dem Kunden.

---

<sup>2</sup> Nur soweit eine im Prospekt nicht ausgewiesene Provisionsbelastung von mindestens 15 % die Werthaltigkeit des Fondsvermögens belastet, besteht eine Aufklärungspflicht des Vermittlers und demzufolge naturgemäß auch für den Berater; auf eine Teilhabe des Vermittlers an einer derartigen Provisionsbelastung kommt es demzufolge nicht an.

<sup>3</sup> § 31 Allgemeine Verhaltensregeln

(1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist verpflichtet,

1. Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit **im Interesse seiner Kunden** (*Hervorhebung redaktionell*) zu erbringen,

2. sich um die **Vermeidung von Interessenkonflikten** zu bemühen und vor Durchführung von Geschäften für Kunden, diesen **die allgemeine Art und Herkunft der Interessenkonflikte eindeutig darzulegen**, soweit die organisatorischen Vorkehrungen nach § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 nicht ausreichen, um nach vernünftigem Ermessen das Risiko der Beeinträchtigung von Kundeninteressen zu vermeiden.

(2) ...

(3) Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind verpflichtet, Kunden rechtzeitig und in verständlicher Form Informationen zur Verfügung zu stellen, die angemessen sind, damit die Kunden nach vernünftigem Ermessen die Art und die Risiken der ihnen angebotenen oder von ihnen nachgefragten Arten von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen verstehen und auf dieser Grundlage ihre Anlageentscheidungen treffen können. Die Informationen können auch in standardisierter Form zur Verfügung gestellt werden. ...

<sup>4</sup> So ausdrücklich OLG Stuttgart, Urteil vom 06.10.2009, Az 6 U 126/09, Rdnr. 33 und dem daraus folgenden Erfordernis für die Rechtsprechung den Sachverhalt vollständig rechtlich zu würdigen

## Anlageberatung – Wer haftet?

### *Definition der Anlageberatung*

Bei der Anlageberatung zieht der Anlagewillige einen unabhängigen individuellen Berater bei seiner Entscheidungsfindung hinzu, weil er selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse hat und keinen genügenden Überblick über die Zusammenhänge.

Wie bereits erwähnt gibt es den gesetzlich normierten Typus Beratervertrag nicht. Er ist samt seinen Rechtspflichten im Laufe der vergangenen etwa 30 Jahre durch die Rechtsprechung entwickelt worden. Derzeitiger Zenit in der Entwicklung ist die Präzisierung der Aufklärungspflichten in Bezug auf die Kick-Backs; dem ein besonderes Augenmerk in diesem Vortrag gewidmet werden wird.

### *Wer haftet – Bank oder Bankberater*

Im Regelfall – und das ist auch für den Bankkunden offen erkennbar – handelt der Berater räumlich im Bereich des Gebäudes der Bank oder zumindest offen ersichtlich<sup>5</sup> im Namen und in Vollmacht der Bank. Dann treffen die Wirkungen aus diesem Handeln nicht ihn selbst, sondern die Bank.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn er deliktisch handelt<sup>6</sup> oder besonderes persönliches Vertrauen im Laufe der Beratung in Anspruch nimmt.

### *Wie kommt ein Beratungsvertrag zu Stande*

Rechtlich wird ein Beratungsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienst oder Werkvertragscharakter angesehen. Einen eignen Vertragstyp „Beratervertrag“ kennt das BGB nicht. Im Regelfall wird er konkludent abgeschlossen, d. h. es erfolgt kein besonderer schriftlicher Vertrag mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Die Rechtsprechung nimmt einen (ggf. konkludent) abgeschlossenen Beratungsvertrag an, wenn

- die Auskunft für den Empfänger von erheblicher Bedeutung ist und
- er daraufhin Vermögensdispositionen anstellt,
- der Berater sich als sachkundig geriert oder
- der Berater ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat.

### *Beispiele*

- Anleger will in Absprache mit Berater einen Geldbetrag anlegen
- Wiederanlagegespräch über freigewordene Geldbeträge
- Fertigung persönlicher Berechnungsbeispiele bei steuerorientierten Kapitalanlagen (z. B. Immobilien- oder Medienfonds)
- Rateinholung nach gefallen Kursen über Handlungsoptionen

Nicht erheblich ist, ob der Anleger den Berater aus eigenem Geld honoriert.

---

<sup>5</sup> z. B. durch Stempel oder Visitenkarte

<sup>6</sup> z. B. Frontrunning

Die Banken haben als Wertpapierdienstleister die Verhaltenspflichten nach § 31 WpHG zu beachten, nämlich die besondere Interessenwahrungspflicht zu Gunsten der Kunden<sup>7</sup>.

### Adäquate Beratung des Anlegers über das Anlageprodukt

Über welche Punkte beraten werden muss – was also konkreter Inhalt des Beratungsvertrages ist, richtet sich nach dem Horizont des ratsuchenden Anlegers und dem Anlageprodukt.

#### *Anlegergerechte Beratung*

Der Berater hat sich auf den Kunden einzustellen und z. B. folgende Faktoren zu berücksichtigen:

- Wissenstand des Anlegers sowie dessen
- Risikobereitschaft und das
- Anlageziel ebenso dessen
- Vorerfahrungen und
- Kenntnisse

So muss er erforschen, ob es sich um einen konservativen Anleger handelt; ihm darf nur eine risikolose Anlageform empfohlen werden. Bei dem Anlageziel „Altersvorsorge“ darf nur eine sichere Anlageform gewählt werden. Als Informationsmedium können z. B. Prospekte oder Basisinformationen für die Wertpapieranlage verwendet werden.

#### *Anlagegerechte Beratung*

Bei der ins Auge gefassten Anlageform muss z. B. beraten werden über:

- Risiken des Anlageobjektes
- Grundlagen für eine zu erwartende Rendite
- Markt bezogene Chancen und Entwicklungen<sup>8</sup>
- Wirtschaftlichkeitsdaten müssen plausibel sein (dürfen nicht ungeprüft vom Anbieter der Anlage übernommen werden)
- 
- Kapital- / personalmäßige Verflechtungen (hierzu gibt es maßgebliche Vorschriften und Usancen<sup>9</sup>); z. B. Beteiligung der Bank an einem Bauträger, Gewährung einer wertschmälernden Innenprovision (> 15 %) und interessengefährdenden Provisionen bei Bankberatern

### Grundsätzliches zu Kick-Back

Unter Kick-Backs – auch Retrozessionen, Rückvergütungen oder schlichtweg Zuwendungen von dritter Seite genannt – versteht die Rechtsprechung Zahlungen an den Berater des Anlegers, die nicht von dem Investor selbst stammen.

Sie führen nach allgemeiner Ansicht zu Interessenverlagerungen weg vom Kunden und sind anlegerorientiert transparent zu machen. In der juristischen Literatur mehren sich die Ansätze zu einer dif-

<sup>7</sup> Vgl. Fn. Nr. 3

<sup>8</sup> z. B. Kurs-, Zins- und Währungsschwankungen, Absatzchancen, Vertragsbindungen, personelle und organisatorische Verflechtungen sowie z. T. negative Berichterstattungen in den Medien; bei Banken auch besondere Hinweise auf z. B. Verschlechterung von Ratings und kritische Stimmen in der Wirtschaftspresse

<sup>9</sup> VermVerkProspG und IDW S 6 – Gutachten-Vorschriften

ferenzierten Sicht dieser Transferleistungen vom Produktgeber an den Produktmittler; insbesondere bankennahe Autoren fordern eine Nuancierung und den gerade nicht umfassenden Schutz der Kunden vor einer Interessenkollision.

Das Inkrafttreten der europarechtlich auf den Weg gebrachten MiFiD (= Markets in Financial Instruments Directive<sup>10</sup>) in deutsches Recht erfolgte durch das FRUG (= Finanzrichtlinienumsetzungsgesetz) bezüglich der hier interessierenden Bereiche mit Wirkung zum 01. November 2007<sup>11</sup>.

### Kick-Back-Problematik im Wertpapierbereich

Der Bundesgerichtshof hatte in einem Rechtsfall zweimal Anlass, über die Frage von Schadensersatzansprüchen auf Grund verschwiegener Rückvergütungen in einem Rechtsfall Stellung zu nehmen.

Nachdem Schadensersatzansprüche aus einem Beratungsvertrag zwischen einem Bankkunden und der Bank wegen der Anlage eines Geldbetrages aus dem Frühjahr 2000 verjährt waren, wurde die Klage des Anlegers mit einer fehlenden Aufklärung über Kick-Backs der Fondsgesellschaft an die Bank begründet.

Die Bank erhielt neben eines Teils des sogenannten Ausgabeaufschlages auch einen Anteil an den jährlichen Verwaltungsgebühren der bankeigenen Fondsgesellschaft. Über die an die Bank gewährten Ausgabeaufschläge war der Bankkunde informiert, nicht jedoch über die anteiligen Verwaltungsgebühren, die die Bank gezahlt bekam. Beide Positionen bezeichnete der BGH als Rückvergü-

---

<sup>10</sup> Die **MiFiD** ist eine Richtlinie der Europäischen Union (EU) zur Harmonisierung der Finanzmärkte im europäischen Binnenmarkt. Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates.

<sup>11</sup> Dazu seit 01.11.2007:

§ 31d WpHG:

(1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen darf im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen keine Zuwendungen von Dritten annehmen oder an Dritte gewähren, die nicht Kunden dieser Dienstleistung sind, es sei denn,

1. die Zuwendung ist darauf ausgelegt, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern und steht der ordnungsgemäßen Erbringung der Dienstleistung im Interesse des Kunden im Sinne des § 31 Abs. 1 Nr. 1 nicht entgegen und

2. Existenz, Art und Umfang der Zuwendung oder, soweit sich der Umfang noch nicht bestimmen lässt, die Art und Weise seiner Berechnung, wird dem Kunden vor der Erbringung der Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise deutlich offen gelegt.

Eine Zuwendung im Sinne des Satzes 1 liegt nicht vor, wenn das Wertpapierdienstleistungsunternehmen diese von einem Dritten, der dazu von dem Kunden beauftragt worden ist, annimmt oder sie einem solchen Dritten gewährt.

(2) Zuwendungen im Sinne dieser Vorschrift sind Provisionen, Gebühren oder sonstige Geldleistungen sowie alle geldwerten Vorteile.

(3) Die Offenlegung nach Absatz 1 Nr. 2 kann in Form einer Zusammenfassung der wesentlichen Bestandteile der Vereinbarungen über Zuwendungen erfolgen, sofern das Wertpapierdienstleistungsunternehmen dem Kunden die Offenlegung näherer Einzelheiten anbietet und auf Nachfrage gewährt.

(4) Erfolgt die Annahme einer Zuwendung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 9 oder allgemeinen Empfehlungen, die Geschäfte in Finanzinstrumenten betreffen, und werden diese Dienstleistungen trotz der Zuwendung unvoreingenommen erbracht, ist zu vermuten, dass die Zuwendung darauf ausgelegt ist, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern.

(5) Gebühren und Entgelte, die die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen erst ermöglichen oder dafür notwendig sind, und die ihrer Art nach nicht geeignet sind, die Erfüllung der Pflicht nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 zu gefährden, sind von dem Verbot nach Absatz 1 ausgenommen.

tungen (= Kick backs), über die der Kunde aufzuklären sei. Denn schließlich solle der Kunde in die Lage versetzt werden, zu beurteilen, ob die Anlageempfehlung des Produktes allein im Kundeninteresse erfolge oder im Interesse der Bank; nämlich möglichst hohe Kick-Backs zu vereinnahmen.

Quelle: BGH Urteil vom 19. Dezember 2006, Az: XI ZR 56/05 und vom 12. Mai 2009, Az: 586/07

#### HINWEIS

Es ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl von bankseitig angebotenen Fondsbeteiligungen, z. B. im Bereich der Windenergie, Filme, Flugzeuge, in den vergangenen Jahren zu Vergütungen an Banken verpflichtet waren, ohne dass die Anleger darüber aufgeklärt worden sind.

Die Anleger haben diesbezüglich sowohl Aufklärungs- als auch im Regelfall Zahlungsansprüche.

Nach Ansicht der KANZLEI GÖDDECKE dürften diese Ansprüche derzeit weitestgehend nicht verjährt sein; die Dreijahresfrist des § 37 a WpHG ab Datum der Beratung gilt ausdrücklich nicht.

#### Kick-Back-Rechtsprechung außerhalb des Wertpapierhandelsbereichs

##### *Bundesgerichtshof fordert Information des Anlegers über Rückvergütungen*

In seinem Beschluss aus Januar 2009 präzisiert der Bundesgerichtshof die Forderung, den Anleger vollständig über Vergütungen aufzuklären, die die beratende Bank von dritter Seite erhält. Dieses ist ungefragt vorzunehmen und gilt ausdrücklich nicht nur für bankübliche Produkte, wie z. B. Wertpapiere, sondern auch von Finanzprodukten, die nicht darüber hinaus in die Angebotspalette aufgenommen werden. Konkret ging es um die Beteiligung an einem Medienfonds.

Das oberste Zivilgericht begründet die Pflicht zur Offenlegung von Provisionen damit, dass nicht nur ein Anlagevermittlungsverhältnis bestanden habe, sondern ein Anlageberatungsvertrag konkludent geschlossen sei.

Durch die Vereinbarung der Bank mit dem Vertriebsarm des Medienfonds über zu zahlende Vergütungen sei „eine Gefährdungshaftung für den Kunden“ geschaffen. „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.“

Der Anleger soll den finanziellen Anreiz erkennen, der den Berater antreibt, das Produkt anzubieten. Dabei soll der Kunde auch in die Lage versetzt werden, „das Umsatzinteresse ... einzuschätzen und beurteilen zu können, ob die Beklagte (d. h. die Bank = redaktionell) und ihr Berater die Fondsbeteiligung nur deshalb empfehlen, weil sie selbst daran verdienen“.

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

### *Oberlandesgericht Karlsruhe wendet Kick-Back-Rechtsprechung an*

Einem langjährigen, sicherheitsorientierten Kunden der beratenden Bank wird im Sommer 2001 die Anlage eines Betrages in Höhe von € 25.000,00 zzgl. 5 % Agio in einem Medienfonds durch einen Anlageberater empfohlen. Dabei wurde der Fondsprospekt verwendet. In dem Fondsprospekt wurde zwar erwähnt, dass die Fondsgesellschaft, an der sich die Anleger beteiligten, mit einer mittelbaren Tochtergesellschaft der beratenden Bank (= C. Fonds Beteiligungsgesellschaft mbH) eine Platzierungsgarantie vereinbarten, für die 3 % berechnet wurden, sowie weitere 5 % für die Vermittlung von Eigenkapital geleistet wurden als auch 5 % Agio. Die C. Fonds Beteiligungsgesellschaft beauftragte die Bank weitgehend mit der Erfüllung dieser von ihr – der Fondsgesellschaft – eingegangenen Verpflichtungen. In dem Fondsprospekt ist dieser Umstand nach Ansicht des OLG Karlsruhe auf die Konzernzugehörigkeit der C. Beteiligungsges. mbH hingewiesen, nicht jedoch die Finanzflüsse vollständig dargestellt worden.

Der Medienfonds entwickelte sich desaströs; nur 20 % des eingesetzten Kapitals sollte am Ende an die Anleger fließen. Der Anleger wirft der beklagten Bank neben weiteren Verstößen vor, nicht über die Innenprovisionen aufgeklärt worden zu sein.

Nach Ansicht des OLG Karlsruhe gehört auch die Aufklärung über die der Bank zustehenden Rückvergütungen aus dem Agio zum Ertrag aus der Platzierungsgarantie zur anlagegerechten Aufklärung. Der Erhalt von Zuwendungen von Seiten der Fondsgesellschaft ist offen zu legen, um den Grad der Interessenkollision dem Kunden gegenüber sachgerecht darzustellen. Erst durch diese Offenlegung vermag der Bankkunde eine sachgerechte eigene Entscheidung auf Basis vollständiger Information zu erhalten. Die Darstellung der potentiellen Gefahrenlage einer Interessenkollision gilt unabhängig von der rein aufsichtsrechtlich wirkenden Regel des § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG (Vermeidung von Interessenkollisionen); nämlich als Prinzip, das dem Zivilrecht entspringt.

*Quelle: OLG Karlsruhe, Urteil vom 03. März 2009, Az: 17 U 371/08 (Revision nur für den Bankkunden wegen evtl. anzu-rechnender Steuervergünstigungen zugelassen, anhängig unter BGH XI ZR 117/09)*

### *OLG Celle will kick-back Rechtsprechung nicht für freie Vertriebe anwenden<sup>12</sup>*

Der von einem Nichtbankenvertrieb – in diesem Falle ein „unabhängiger Finanzoptimierer“ – zu einem Fonds beratene Anleger wirft der Vertriebsorganisation bei der Beratung bei einer Beteiligung an einer Immobilien-KG unter anderem vor, nicht ausreichend über die Vertriebsvergütung informiert worden zu sein.

Nach Ansicht des OLG Celle gilt die Kick-Back Rechtsprechung nicht für Nichtbankenvertriebe; schließlich sei es für die Kunden eines solchen freien Vertriebes klar erkennbar, dass die Vergütung von dem Produktgeber erfolge.

Diese Entscheidung hat jedenfalls vorläufig faktisch Bedeutung für Fälle, in denen der AWD vor dem Landgericht Hannover verklagt werden soll.

*Quelle: OLG Celle, Urteil vom 11. Juni 2009, Az: 11 U 140/08*

---

<sup>12</sup> Diese Rechtsprechung wird regelmäßig von den Kammern des Landgerichts München anders gesehen; denn in den derzeit anhängigen Medienfonds-Fällen werden die beratenden freien Vertriebe zur Schadensersatz-Zahlung wegen erhalten-der Kick-Backs verurteilt.

*Oberlandesgericht Dresden problematisiert Verschuldensfrage der Banken – Bundesgerichtshof ist zur weiteren Entscheidung aufgerufen*

Der Bankensenat des OLG Dresden weicht im Ergebnis in seinem Urteil von der Entscheidung des BGH ab, weil es auf der Verschuldensebene zu einem anderen, die Bank begünstigenden Ergebnis kommt. Dem Entscheidungsfall hat der gleiche Medienfonds zu Grunde gelegen, wie bei dem Beschluss des BGH vom 20.01.2009.

Auch in diesem Falle zeichnete ein Anleger im Juni 2001<sup>13</sup> nach Beratung durch eine Bank eine Beteiligung an einem Medienfonds. Auch hier wird unter anderem der Vorwurf erhoben, nicht über die Innenprovision aufgeklärt worden zu sein. Die Fondsgesellschaft war eine Tochtergesellschaft der beratenden Bank, was sich auch aus dem Prospekt ergab. Zwar erklärt das OLG Dresden, dass es beim Verschweigen von Innenprovisionen eine Aufklärungspflicht sieht und damit dem BGH folgen will, jedoch würde die Bank kein Verschulden an dieser Pflichtverletzung treffen.

Der Grund dafür liegt darin, dass die Banken vor der Entscheidung des BGH vom Januar 2009 keine Kenntnis davon hatten, dass sie derartige Vergütungsabreden hätten offen legen müssen. Auch bei pflichtgemäßer Beachtung der bis zum Jahre 2001 einschlägigen Rechtsprechung und Literatur sei ein Fahrlässigkeitsvorwurf nicht zu erheben.

Außerdem sei eine Offenbarungspflicht nach Ansicht des OLG Dresden zu verneinen, da der Anleger die Beratung der Bank nicht aus seiner eigenen Tasche bezahlt habe und er nicht habe annehmen dürfen, dass die Bank frei jedwelcher Vergütung diese Beratungsdienstleistung erbringen wollte.

Da § 31 I Nr. 2 WpHG (in der damals geltenden Fassung) nur für Wertpapiere galt, nicht jedoch für andere Anlageprodukte, die von Banken vertrieben würden, war für die beratende Bank kein Anhaltspunkt erkennbar, über Innenprovision aufzuklären.

*Quelle: OLG Dresden, Urteil vom 24.07.2009, Az: 8 U 1240/08 (n. rkr.; Revision anhängig BGH II ZR 258/09)*

*Oberlandesgericht Stuttgart geht von strengem Verschuldensmaßstab der Banken aus und bejaht Aufklärungspflicht über Kick-Backs bereits im Jahre 2003*

Dem OLG Dresden tritt der 6. Zivilsenat des OLG Stuttgart in einer ausführlich begründeten Entscheidung zur Frage des Bestehens einer Aufklärungspflicht vehement entgegen. Letztlich spitzt sich alles auf die Frage des Verschuldens zu: Konnte die Bank bereits bei der Anlageberatung im Jahre 2003 erkennen, dass sie über Kick-Backs hätte aufklären müssen? Dabei wird zu Gunsten der Bank durchaus unterstellt, dass sie nicht vorsätzlich, sondern allenfalls fahrlässig handelte, also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht ließ<sup>14</sup>.

Auch diesem Fall lag eine Beteiligung an einem Medienfonds zu Grunde. Das Kernproblem der meisten Medienfonds ist die fehlende steuerliche Anerkennung – wenngleich zu diesem Punkt noch nicht der letzte Satz der Finanzbehörden und -gerichte gesprochen sein dürfte. Dazu gesellt sich bei vielen Medienfonds ein schlechtes wirtschaftliches Abschneiden – dieses unabhängig von der derzeitigen Finanzkrise.

---

<sup>13</sup> also einen Monat vor dem Fall, den das OLG Karlsruhe am 03.03.2009 zu entscheiden hatte

<sup>14</sup> § 276 II BGB; die Bank muss darlegen und beweisen, dass sie die erforderliche Sorgfalt hat walten lassen



Nach Ansicht der Stuttgarter Richter streitet für den Anleger, dass es bislang keine Rechtsprechung gibt, die erklärt, dass derartige Kick-Backs nicht offen zu legen wären. Also keine Billigung von Kick-Backs durch die Gerichte. Dieses folge schon daraus, dass es ein allgemein gültiges Prinzip gebe, nach dem derjenige, der einen Ratsuchenden bei seinen wirtschaftlichen Entscheidungen berate, sich nicht von dritter Seite wirtschaftliche Zuwendungen versprechen lassen dürfe (Verbotsscharakter). Falls doch drittseitig Zuwendungen geleistet würden, müsse in jedem Fall dieses offen gelegt werden. Dieses sei ein tragendes Prinzip des Zivilrechts. Es findet sich z. B. in den Bestimmungen des Maklerrechts wieder.

In der juristischen Literatur wurde zwar teilweise vertreten, dass man Kick-Backs annehmen dürfe; jedoch bestand zumindest seit 2002 die Ansicht, dass man dieses dem Ratsuchenden nicht verschweigen dürfe.

Auch eine allgemein gängige Geschäftspraxis, die Kick-Backs zu verschweigen, ließe den Fahrlässigkeitsvorwurf nicht entfallen. Vielmehr sei es – gerade bei Banken, bei denen ein strenger Maßstab anzulegen sei – erforderlich, den sichersten Weg zu beschreiten und im Zweifel umfassende Aufklärung zu erteilen, anstatt Geldzuflüsse von dritter Seite zu verheimlichen.

Das OLG Stuttgart geht in seinem Urteil in Bezug auf die Kausalität – also die Ursächlichkeit – soweit, dass eine Vermutung zu Gunsten des Anlegers besteht, er wäre dem empfohlenen Fonds nicht beigetreten, wenn über die Kick-Backs nicht aufgeklärt worden wäre.

*Quelle: OLG Stuttgart, Urteil vom 06. Oktober 2009, Az: 6 U 126/09 (Revision zugelassen)*

## Informationsmöglichkeiten der KANZLEI GÖDDECKE

### *Information – online*

Ein allgemeines Informationsangebot zu vielen Fragen des Bank- und Kapitalmarktrechts ist unter

[www.kapital-rechtinfo.de](http://www.kapital-rechtinfo.de)

zu finden. Neben Brennpunktthemen, mit denen sich die Anwälte der KANZLEI GÖDDECKE besonders beschäftigen, können des weiteren Warnhinweise und Tipps bei fehlgeschlagenen Kapitalanlagen bezogen werden.

Zur ersten Analyse, ob sich bei fremdfinanzierten Immobilienfonds<sup>15</sup> ein Gang zum Anwalt lohnt, sei der kostenfreie Schnelltest

[www.schrottimmoblie-a.de](http://www.schrottimmoblie-a.de)

empfohlen.

### *MandantenMagazin KAPITALRECHTINFO*

Die KANZLEI GÖDDECKE gibt halbjährlich Informationen zu Kapitalanlagen und zentralen Fragen des Anlagemarktes – mit dem Schwerpunkt der Angebote des Nichtbankensektors – heraus, der online bezogen werden kann:

[www.bestellung.kapital-rechtinfo.de](http://www.bestellung.kapital-rechtinfo.de)

Die Zusendung erfolgt im pdf-Format.

### *Beratung – online*

Wer den Onlineweg für eine erste rechtliche Bewertung bevorzugt, kann unter

[www.rechtinfo-rat.de](http://www.rechtinfo-rat.de)

weitere Einzelheiten erhalten.

### *Beratung – telefonisch*

Eine Reihe von Fragen lassen sich via Telefon in relativ wenigen Minuten klären. Hierzu bietet die KANZLEI GÖDDECKE unter der Rufnummer 0900 - 17 33 000<sup>16</sup> eine kostenpflichtige Hotline an<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Bei fremd- oder eigenfinanzierten Eigentumswohnungen, die unwirtschaftlich laufen und von Vertrieben, sei es durch Banken oder sonstige Vermittler verkauft worden sind (= Schrottimmobilien), wird eine persönliche Empfehlung den individuellen Gegebenheiten gerecht. Vielfach werden derartige Fälle durch die Rechtsschutzversicherung gedeckt. Auch bei der Rechtsverteidigung bei Immobilienfonds springen Rechtsschutzversicherungen im Regelfall ein.

<sup>16</sup> Der Tarif beträgt € 1,51 / min.

Details dazu sind unter

[www.rechtinfo-fon.de](http://www.rechtinfo-fon.de)

zu erhalten.

### *Beratung - persönlich*

Für viele Fragen der Kapitalanlage – sei es vorbeugend oder im Schadensfall – ist das persönliche Gespräch die erste Wahl. Die KANZLEI GÖDDECKE führt individuelle Beratung in zeitlich unbegrenzter Länge zum Festpreis von € 125,00 (einschl. USt.) durch.

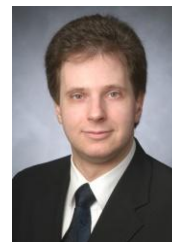
Siegburg, 23. November 2003

Hartmut Götdecke  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht



Fon: + 49 (0) 22 41 / 17 33 – 20

Ralf Koch  
Rechtsanwalt



Fon: + 49 (0) 22 41 / 17 33 - 25

*Internet :*        [www.kapital-rechtinfo.de](http://www.kapital-rechtinfo.de)  
*Fax:*             + 49 (0) 22 41 / 17 33 - 44  
*eMail:*          [info@rechtinfo.de](mailto:info@rechtinfo.de)

#### **Allgemeine Hinweise**

Der Inhalt dieser Information dient ausschließlich der allgemeinen Information für den persönlichen Interessenbereich des Benutzers, wobei dieser für jegliche Art der (Nicht-)Nutzung der Informationen selbst verantwortlich ist. Die Information ist lediglich zur Kenntnisnahme für Nutzer innerhalb der Bundesrepublik Deutschland bestimmt und ausdrücklich nicht für Nutzer anderer Staaten vorgesehen. Die Kanzlei Götdecke übernimmt keine Haftung für die Auswahl, Vollständigkeit, Aktualität oder Exaktheit der bereitgestellten Informationen als auch für die aus der Verwendung der Informationen durch den Benutzer resultierenden Ergebnisse. Insbesondere werden keine rechtlichen, betriebswirtschaftlichen, steuerrechtlichen oder andere Empfehlungen gegeben oder Mandatsbeziehungen begründet; dieses gilt sowohl für Regelungen etc., die für die Bundesrepublik Deutschland Anwendung finden als auch bzgl. anderer Rechtssysteme. Alle Informationen sind jedoch mit großer Sorgfalt und nach bestem Wissen und Gewissen erhoben worden.

Die bereitgestellten Informationen sind nicht auf besondere Bedürfnisse einzelner Personen, Personenmehrheiten oder Einrichtungen abgestimmt, weshalb die unabhängige Untersuchung, fachliche Beurteilung und individuelle Beratung durch fachlich versierte Berater (Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer), die auch die Einhaltung von Fristen prüfen, nicht ersetzt werden soll. Gesetze und Vorschriften ändern sich ständig und können nur auf konkrete Situationen angewandt werden. Die dargestellte Information gibt den Stand zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung wieder, sie wird nicht aktualisiert und kann bis zum Zeitpunkt ihrer Kenntnisnahme durch den Nutzer inhaltlich überholt sein. Verwenden Sie daher die hier bereitgestellten Informationen niemals als alleinige Quelle für rechtsbezogene Entscheidungen. (Stand: 23.11.2009)

---

**Impressum:** Hartmut Götdecke, Auf dem Seidenberg 5, 53721 Siegburg, Fon: 0 22 41 / 17 33 – 0, Fax: 0 22 41 / 17 33 – 44 eMail: [info@rechtinfo.de](mailto:info@rechtinfo.de) Internet: [www.kapital-rechtinfo.de](http://www.kapital-rechtinfo.de)  
© Hartmut Götdecke, Siegburg

---

<sup>17</sup> Preis: € 1,55 / Min.