



Neues von der Kick-Back-Front



Von **Dr. Jochen Strohmeyer**,
Fachanwalt für
Bank- und Kapitalmarktrecht,
mzs Rechtsanwälte

Ganz klar: Die Rechtsprechung zu sogenannten Kick-Backs, die bundesweit zum Tagesgeschäft der Instanzgerichte geworden ist, stellt sich potenziell als Bedrohung für alle Berater und Vermittler dar.

Erneut schaut die gesamte Branche in Sachen Kick-Backs sorgenvoll auf die Entwicklungen in der Justiz. Doch wird es wirklich so schlimm kommen? Oder wird sich das Bedrohungspotenzial ausnahmsweise einmal vorrangig bei den Beratern der Banken verwirklichen, die ihre Marktmacht – trotz Finanzkrise – immer weiter zu verfestigen suchen?

Gilt die Kick-Back-Rechtsprechung auch bei freien Beratern?

Ein aktuelles Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 11.06.2009 (Az. 11 U 140/08) lässt freie Berater und Vermittler hoffen. Denn das Oberlandesgericht vertritt die Ansicht, dass die Kick-Back-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor allem bei der Beratung am Bankschalter gilt, nicht aber für freie Berater und Vermittler. Der Bundesgerichtshof hatte Anfang des Jahres in seinem Urteil vom 20.01.2009 (Az. XI ZR 510/07) ausgeführt, dass in der Bank ein Beratungsvertrag zustande gekommen war, der zu einer Aufklärung über

die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen verpflichtete. Denn nur so könne ein Kunde beurteilen, ob bei der ausgesprochenen Empfehlung das Umsatzinteresse der Bank womöglich eine entscheidende Rolle spielt.

Während der Bundesgerichtshof – wie auch schon in einem früheren Urteil – also ausschließlich auf den Abschluss des Beratungsvertrags abgestellt hatte, nimmt das Oberlandesgericht Celle nun eine differenzierende Position ein: Bei der Beratung in einer Bank – so das Gericht – rechne der Kunde nicht zwingend damit, dass die Bank Rückvergütungen für ihre Vermittlungstätigkeit erhält. Vielmehr sei dort auch möglich, dass die Anlageberatung eine Serviceleistung im Rahmen der allgemeinen Beziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden darstellt. Einen grundlegenden Unterschied sieht das Oberlandesgericht demgegenüber bei der Empfehlung von Fondsanteilen durch allgemeine Anlageberater, deren Beratung vom Kunden nicht unmittelbar vergütet wird. Denn hier sei es für jeden Kunden evident, dass das beratende Unternehmen die Beratung nicht völlig unentgeltlich durchführen könne, sondern Vergütungen vom Emittenten erhalten müsse.

Dieses Argument, das in Fachkreisen schon länger diskutiert wird, erscheint bei einer überwiegend wirtschaftlichen Betrachtung vertretbar. Allerdings ist ihm entgegenzuhalten, dass sowohl am Bankschalter als auch in der freien Beratung, letztlich ein Beratungsvertrag mit dem Kunden geschlossen wird und damit der Berater, sofern Rückvergütungen gezahlt werden, in beiden Fällen einem potentiellen Interessenkonflikt

ausgesetzt ist. Der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat bislang noch über keinen Kick-Back-Fall eines freien Beraters entschieden. Nun liegt dem III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs der Fall des Oberlandesgerichts Celle zur Überprüfung vor (Az. III ZR 196/06). Gegenwärtig lässt sich nicht absehen, ob dieser sich der eher wirtschaftlichen Betrachtung des Oberlandesgerichts Celle oder der etwas förmlicheren Betrachtung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs anschließen wird.

15%-Schwelle und Kick-Backs

Zum Teil argumentieren die Juristen auch dahingehend, dass die Kick-Back-Rechtsprechung bei Produkten des grauen Kapitalmarkts ohnehin auch nur in den Fällen anwendbar sei, in denen die Rückvergütungen dazu führen, dass der Anlageberater in der Summe mehr als 15% des Anlagebetrags erhält. Diese Meinung geht von der Unanwendbarkeit der Kick-Back-Rechtsprechung aus, wenn der Berater z. B. ein als Vertriebsprovision ausgewiesenes Agio in Höhe von 5% und eine vom Emittenten gezahlte zusätzliche Vergütung in Höhe von 3% erhalten hat, über die der Kunde bei Zeichnung der Beteiligung nicht informiert wurde. Dieser nicht überzeugenden Argumentation ist die Rechtsprechung zwischenzeitlich jedoch schon entgegengetreten (z. B. das Oberlandesgericht Karlsruhe mit Urteil vom 03.03.2009, Az. 17 U 149/07). Denn für den nach der Argumentation des Bundesgerichtshofs maßgeblichen potentiellen Interessenkonflikt kommt es in erster Linie darauf an, ob überhaupt dem Kunden unbekanntete Zahlungen erfolgt sind.

Praxistipp: Vorsicht in der Übergangszeit

Die Banken werden aufgrund der Kick-Back-Rechtsprechung immense Verluste zu verzeichnen haben, etwa im Zusammenhang mit der Lehman-Pleite. Das Urteil des Oberlandesgerichts Celle lässt hingegen die freien Berater nun aber doch noch hoffen, dass ihnen derartige Haftungsrisiken erspart bleiben. Solange eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage nicht vorliegt, sollten Berater und Vermittler dieser Thematik in der Übergangszeit aber weiter ihr besonderes Augenmerk widmen. Vor allem sollte bei der zum Standard zählenden Prüfung der Verkaufsunterlagen mit besonderer Sorgfalt analysiert werden, ob der Prospekt die Vertriebsprovisionen – z. B. als Kosten der Eigenkapitalvermittlung – vollständig und plausibel ausweist. Denn in diesem Fall dürfte freien Beratern eine Haftung selbst dann nicht drohen, wenn der Bundesgerichtshof anders als das Oberlandesgericht Celle entscheidet. Man wird vielmehr im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung auch weiter annehmen müssen, dass eine frühzeitige Übergabe eines alle Zahlungen transparent ausweisenden Emissionsprospekts an den Kunden ausreichend ist. Denn der Kunde muss sich bekanntlich so behandeln lassen als habe er den Prospekt tatsächlich gelesen, auch wenn die Lektüre des Prospekts durch den Anleger in der Praxis eine seltene Ausnahme darstellt. ■

skandia:

INVESTMENT
VERSICHERUNG
VORSORGE

Besuchen Sie uns
auf der DKM!
Halle 4, Stand C18

Darf's ein bisschen MEHR sein?

Jetzt informieren und belohnt werden!

Sie geben Ihr Bestes – wir geben Ihnen den
Skandia Treue-Bonus:

www.skandia.de/treuebonus

Fragen? Wünsche? Produktinfos? Unterlagen?
Rufen Sie uns einfach an:

Service-Hotline 0 18 02/24 03 10

(Montag bis Freitag von 8 Uhr bis 18 Uhr; 6 Cent pro Anruf aus dem deutschen Festnetz, ggf. abweichender Mobilfunktarif)

