

WuB	I G 1.	Anlageberatung	8.10	Bankrecht
OLG Stuttgart	Aufklärungspflichten bei Rückvergütungen (sog. Kick-Backs)			

Leitsätze

1. Eine Bank als Anlageberaterin hat ihren Kunden gegenüber auch außerhalb des Bereiches des WpHG, also insb. bei Beratung über geschlossene Fonds, mitzuteilen, dass und in welcher Höhe sie von Dritten für den Absatz des empfohlenen Produktes Vergütungen (Rückvergütungen, Kick back) erhält (wie BGH, Beschluss vom 20.1.2009 = WM 2009, 405).
2. Kam die Bank dieser Pflicht nicht nach, so handelte sie jedenfalls im Jahr 2003 fahrlässig (wie OLG Karlsruhe, Urteil vom 3.3.2009 – 17 U 371/08; Abgrenzung zu OLG Dresden, Urteil vom 24.7.2009 = WM 2009, 1689 sowie OLG Oldenburg, Urteil vom 11.9.2009 – 11 U 75/08).
3. Es besteht eine tatsächliche Vermutung, dass der Kunde bei Mitteilung einer Rückvergütung von über 8% der Beteiligungssumme von der Anlageentscheidung Abstand genommen hätte (wie BGH, Urteil vom 12.5.2009 = WM 2009, 1274) und zwar auch dann, wenn im Prospekt offen gelegt ist, dass für den Vertrieb 13,9% der Beteiligungssumme ausgegeben werden sollen.
4. Zu den Möglichkeiten der Anlageberatungsgesellschaft, die tatsächliche Vermutung durch Zeugenbeweis zu entkräften/widerlegen, wenn dazu derjenige Mitarbeiter als Zeuge benannt wird, der den Kunden gerade nicht über die Vergütung von dritter Seite aufgeklärt hatte.

O L G Stuttgart, Urteil vom 6. Oktober 2009
(6 U 126/09) – WM 2009, 2312

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht ihres Ehemanns Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte u.a. deswegen geltend, weil diese im Rahmen eines angeblichen Anlageberatungsvertrags dem Zedenten nicht mitgeteilt hat, dass sie für den Vertrieb des von ihr ihm gegenüber angepriesenen Medienfonds eine

Provision von mehr als 8% des Zeichnungsbetrags von der mit dem Vertrieb beauftragten Gesellschaft erhalten hat.

Der Zedent erbrachte die Zeichnungssumme samt Agio am 15.10.2003. 2005 wurde der Fondsiniciator im Zusammenhang mit der Verwendung der Fondsmittel bei diesem und dem Nachfolgefonds verhaftet. Im Weiteren änderte die Finanzverwaltung den Grundlagenbescheid über die Verlustzuweisungen den Grundlagenten Anleger ab, worüber ein Steuerrechtsstreit anhängig ist. Nach den gegenwärtigen Verhältnissen ist (u.a.) durch die Schlusszahlungen der D. Bank AG ein Rückfluss an den einzelnen Anleger bei der planmäßigen Auflösung des Fonds zum 31.12.2011 von maximal 96% zu erwarten.

Aus den Gründen

... Die zulässige Berufung der Beklagten bleibt - nachdem die Klägerin die Klage auf Hinweis des Senats teilweise zurückgenommen und die Beklagte dem zugestimmt hat - in der Sache bis auf geringste Korrekturen bei der Zinshöhe ohne Erfolg.

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte ihrer aus dem Beratungsvertrag (...) mit dem Zedenten folgenden Hinweispflicht auf die infolge Rückvergütung bestehende Interessenkollision (...) schuldhaft (...) nicht nachgekommen ist und dass dies für die Beteiligung des Zedenten an dem Medienfonds ursächlich wurde ...

Der Beratungsvertrag verpflichtet den Berater, Interessenkonflikte offenzulegen, und in diesem Rahmen daher nach der Rechtsprechung des BGH auch dazu, den Kunden über die Höhe der von dritter Seite an ihn bezahlten Entgelte zu unterrichten. Dieser Pflicht ist die Beklagte weder in der persönlichen Beratung - das ist unstreitig - noch durch die Übergabe des Prospekts nachgekommen, wobei der Senat ihm im Gegensatz zum Landgericht noch nicht einmal entnehmen könnte, dass suggeriert werde, dass die Beklagte von den

dort angegebenen 8,9% und 5,0% den zuletzt genannten Betrag erhalte.

Die von der Beklagten gegen diese Rechtsprechung vorgebrachten Argumente und die Gründe, warum sie auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, überzeugen nicht:

Dies gilt zunächst für die Ausführungen in der Berufungsbegründung, wenn sie unter Berufung auf Schäfer, in: Festschr. Nobbe S. 725, 733 f. meint, dass aus der Schwierigkeit der Abgrenzung von Vermittlungs- und Beratungsvertrag folgen solle, dass ein Berater generell keine weiter gehenden Pflichten habe dürfe als ein Vermittler, von dem eine solche Aufklärung nicht verlangt wird . . .

Der von der Berufungsbegründung behauptete Verstoß des BGH im angeführten Beschluss gegen Art. 12 GG liegt weder formell noch materiell vor . . .

Aus der bisherigen, in früheren Fällen gebildeten und durch die Beklagte nicht erschütterten Ansicht des Senats besteht die Verpflichtung des Beraters, über Interessenkonflikte aufzuklären, auch außerhalb des Anwendungsbereichs des WpHG generell und ist - anders als die Berufung und Grys/Geist, in: BKR 2009, 126, 128 meinen - nicht nur auf den Sachverhalt beschränkt, der dem Beschluss des BGH vom 20.1.2009 (WM 2009, 405 = NJW 2009, 1416 f.) zugrunde lag . . .

Was das Verschulden der Beklagten anbelangt, so kann zunächst ein vorsatzausschließender Rechtsirrtum zu ihren Gunsten unterstellt werden, denn dieser allein vermag das vermutete Verschulden (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht zu widerlegen. Was Fahrlässigkeit anbelangt, die hier für eine Haftung genügt, hat der Senat in früheren Fällen angenommen, dass ein Berater fahrlässig gehandelt hat, wenn er (die zu beurteilenden Sachverhalte trugen sich bisher vor der Jahrtausendwende zu) gegen die unter 2. beschriebene Aufklärungspflicht verstieß. Die vorliegende Berufungsbegründung, der weitere Schriftsatz der Beklagten vom 18.9.2009 und die vorgelegten Urteile des OLG Dresden (vom 24.7.2009 = WM 2009, 1689) und OLG Oldenburg (vom 11.9.2009 = WM 2009, 1274) haben dem Senat Gelegenheit gegeben, seine bisherige Auffassung zu überprüfen. Sie alle wie auch die Ausführungen des Beklagtenvertreters im Termin haben den Senat jedenfalls für das Jahr 2003 von nichts anderem zu überzeugen vermocht (wie hier im Ergebnis auch OLG Karlsruhe im Urteil vom 3.3.2009, 17 U 371/08) . . .

Dass die fehlende Aufklärung des Zedenten durch die Beklagte über den Interessenkonflikt, der sich aus der Rückvergütung von (md.) 8,25% ergab, für seine Anlageentscheidung ursächlich wurde, folgt aus einer tatsächlichen Vermutung (. . .). Was die Beklagte dagegen vorgebracht hat, genügt weder gegen die Annahme einer Vermutung im konkreten Fall noch für ihre Widerlegung . . .

Dass Kunden des Beraters, die erfahren, dass er ein Vergütungsinteresse von mehr als 8% hat, seine Beratung gerade wegen des daraus folgenden gesteigerten Eigeninteresses äußerst kritisch hinterfragen und dass eine solche Angabe beim Durchschnittskunden keinen Entscheidungskonflikt auslöst, sondern nur die Abstandnahme von einer positiven Anlageentscheidung nahelegt, liegt auf der Hand. Das dürfte i.Ü. auch hinter der Geheimhaltung des Provisionssatzes stehen . . .

Was die Beklagte gegen die Kausalitätsvermutung im konkreten Fall oder zu deren Erschütterung vorträgt, vermag sie nicht zu entlasten . . .

Schließlich ist die Behauptung der Beklagten unbehelflich, dass die an sie bezahlten Provisionen für (alle) steuersparenden Kapitalanlagen noch am unteren Rand des Üblichen gelegen hätten (was aber im Gegensatz zu den dem Senat für Vermittler von geschlossenen Immobilienfonds auf unterster Stufe aus jahrelanger Gerichtspraxis bekannten Sätzen steht). Denn als Folge der Aufklärung über die Höhe des im konkreten Fall bestehenden Rückvergütungsanspruchs (samt eventueller Provisionsteilung) hätte der Zedent, selbst wenn bei allen Steuersparmodellen Rückvergütungen in dieser Höhe bezahlt worden sein sollten, immer noch auf steuersparende Anlagen ganz verzichten und bei der Beklagten oder einer anderen Bank Anlagen in Wertpapieren mit einem Provisionssatz von 0,5% oder 1% tätigen können.

Folge einer schuldhaft verletzen Aufklärungspflicht, die zu einem Schaden des Anlegers geführt hat, ist, dass der Verletzer den Verletzten so zu stellen hat, als ob er aufklärungsrichtig von der Zeichnung Abstand genommen hätte. Das hat zunächst zur Folge, dass der Verletzer, das ist hier die Beklagte, dem Verletzten bzw. hier infolge Abtretung der Klägerin alle bereits erbrachten Aufwendungen zu erstatten hat, allerdings nur Zug um Zug gegen die Herausgabe der dem Verletzten erwachsenen Vorteile, hier der Beteiligung. Annahmeverzug

der Beklagten liegt inzwischen wieder vor. Daneben ist festzustellen, dass der Verletzer weitere künftige Schäden zu tragen hat . . .

Anmerkung

1. Das OLG Stuttgart bestätigt in seiner Urteilsbegründung mit einem tiefen Griff in das Grundgesetz, vorliegend Art. 12 GG, die bisherige Rechtsprechung des BGH zu den Aufklärungspflichten bei so genannten „Kick-Backs“ (Rückvergütungen). Das OLG Stuttgart urteilt dabei - wie zahlreiche weitere Gerichte - anlegerfreundlich und weist die Banken deutlich auf ihre umfassenden Informationspflichten, insbesondere im Rahmen der Anlageberatung, hin.

2. Im vorliegenden Sachverhalt macht die Klägerin aus abgetretenem Recht Schadensersatzansprüche ihres Ehemanns, des betroffenen Anlegers, geltend. Dem Anleger wurde im Sommer 2003 von der beklagten Bank eine Beteiligung an einem Medienfonds angeboten und ein Verkaufsprospekt überreicht. In dem Prospekt wurde unter „Mittelverwendung“ angeführt, dass für die Eigenkapitalvermittlung ein drittes Unternehmen verantwortlich ist, das für diese Tätigkeit eine Provision von 8,9 % der Zeichnungssumme erhält und dem zusätzlich das Agio von 5 % zusteht. Allerdings flossen von diesen insgesamt 13,9 % wiederum über 8 % an die beklagte Bank zurück, wovon im Prospekt nichts erwähnt wurde und worauf auch der Berater der Bank mit keinem Wort hinwies. Der Anleger, der sich selbst als „konservativ“ einschätzte und als Anlageziel „Vermögensaufbau“ verfolgte, erbrachte die gesamte Anlagensumme im Herbst 2003. In der Folgezeit wurde die steuerliche Konstruktion des Fonds vom Finanzamt nicht anerkannt und auch die versprochenen Kapitalausschüttungen blieben weit hinter den Erwartungen zurück. Die Klägerin verlangt nun im Wege des Schadensersatzes die Rückabwicklung der Beteiligung, Zug um Zug gegen die Rückübertragung der Anteile.

3. Das OLG Stuttgart folgt der Vorinstanz und nimmt einen Beratungsvertrag an. Gleich zu Beginn stellt das Gericht nochmals klar, dass dieser den Bankberater verpflichtet, Interessenskonflikte offen zu legen und folglich der Kunde über die Höhe der von Dritter Seite bezahlten Entgelte zu unterrichten ist. Ebenso zeigt das Gericht auf, dass, nur weil eine Abgrenzung zwischen Beratungs- und Vermittlungsvertrag im Einzelfall nicht

immer ohne Schwierigkeiten möglich ist, dies nicht von der Pflicht zur Offenlegung von Rückvergütungen befreit. Das beklagtenseits angeführte Argument greift zu kurz, denn auch Anlagevermittler sind zur Information über Kick-Back-Vereinbarungen verpflichtet (Heymann/Edelmann, in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 4 Rdn 24).

4. Offensichtlich auf Grund des dezidierten Vortrages der Beklagtenseite beschäftigt sich das OLG Stuttgart sodann umfassend mit Art. 12 GG. Das OLG Stuttgart kommt dabei zu dem Schluss, dass es sich bei der richterlichen Normierung der Aufklärungspflicht lediglich um eine zulässige Rechtsfortbildung handelt. Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber geschlossene Medienfonds - wie vorliegend - gerade nicht in den Regelungsbereich des § 31 Abs. 1 WpHG aufgenommen hat, denn der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt sei der gleiche, so dass der zivilrechtlich allgemein anerkannte Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenskonflikten auch auf diesen Bereich zu übertragen sei (BGH, Beschluss vom 20.01.2009 = WM 2009, 405 = WuB I G 7. - 1.09 M. Lenenbach), ohne dass dies eine Rechtsfortbildung „contra legem“ darstellt. Die Berufsfreiheit steht unter einfachem Gesetzesvorbehalt (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) und schulbuchmäßig subsumiert das OLG Stuttgart, dass die Statuierung einer solchen Pflicht einen zur Wahrung des Gemeinwohls gerechtfertigten Eingriff in Art. 12 GG darstellt, der durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist, da bei Kapitalanlagen oftmals ein nicht unerheblicher Teil des Vermögens für Altersvorsorge oder ähnliches verwendet wird. Die Informationspflicht soll hier gerade der mit dem Interessenskonflikt verbundenen Gefahr eines nicht unerheblichen Vermögensverlustes entgegenwirken. Die Offenlegung stellt dabei das mildeste Mittel dar, mit dieser Situation umzugehen und ist verhältnismäßig, denn mit Blick auf den fiduziarischen Charakter des Anlageberatungsvertrages ist dieser Interessenkonflikt zu Gunsten der Bankkunden zu lösen.

5. Ebenso lässt das OLG Stuttgart das Argument der Beklagten eines Rechtsirrtums, der den Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen ließe, nicht durchgreifen. Es legt dabei für einen Rechtsirrtum einen sehr strengen Maßstab an. Grundsätzlich scheidet zwar der Vorwurf der Fahrlässigkeit aus, wenn sich der Schuldner an der

höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert, allerdings gab es bis 2003 keine gerichtliche Entscheidung, die eine Offenlegungspflicht eindeutig verneinte. Seit dem Urteil des BGH vom 19.12.2000 (BGH WM 2001, 297 = WuB I G 9. - 1.01 Meder) war eher das Gegenteil der Fall. Auch in der Literatur waren Rückvergütungen und ihre Behandlung umstritten. Während ein Teil des Schrifttums gar für ein Verbot eintrat (Möllers, in: KK-WpHG, 2007, § 31 Rn 41), wurde auf der anderen Seite diskutiert, ob und wann eine Aufklärung erforderlich sei (Koller, in: Assmann/ Schneider/Koller, WpHG, 4. Aufl. 2006, § 31, Rdn. 83). Für die Banken hätte somit klar sein müssen, dass ihre Praxis rechtlich nicht unzweifelhaft ist. Ein Rechtsirrtum zugunsten der beklagten Bank wurde mithin vom OLG Stuttgart nicht angenommen. Die Beklagte könne sich nicht damit entlasten, dass sie ihre Rechtsauffassung zwar sorgfältig gebildet habe, sie aber trotzdem mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte rechnen musste. Diese Wertung ist nicht unumstritten, denn das OLG Dresden sieht nur dann einen Fahrlässigkeitsvorwurf als begründet an, wenn der Schuldner die Rechtswidrigkeit seines Handelns erkannt hat oder hätte erkennen können, was vorliegend bereits damals die Kenntnis der Rechtspflicht zur Offenlegung voraussetzt (OLG Dresden vom 24.7.2009 = GWR 2009, 301). Nicht übersehen werden darf insoweit allerdings, dass die Entscheidung des OLG Dresden einen Fall aus dem Jahr 2001 behandelt, die des OLG Stuttgart hingegen aus dem Jahr 2003. In diesem Zeitraum wurde jedoch bereits über Offenlegungspflichten (Schirp/Mosgo, BKR 2002, 354) diskutiert, so dass für das Jahr 2003 im Ergebnis zu Recht ein strengerer Maßstab anzulegen ist.

6. Das OLG Stuttgart verfestigt in seiner Entscheidung auch die bisher von den Gerichten aufgestellte Kausalitätsvermutung, dass eine fehlende Aufklärung über Rückvergütungen mit ursächlich für die Anlageentscheidung ist und bei pflichtgemäßer Beratung eine Zeichnung nicht erfolgt wäre (Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, grundlegend BGH WM 1994, 149 = WuB I G 4. - 3.94 Wach; BGH vom 12.5.2009 = WM 2009, 1274 = WuB I G 1. - 10.09 P. Mülbert). Dem liegt die Vermutung zu Grunde, dass durch die umfas-

sende Offenlegung ein vernünftiger Anleger angesichts der Zahlungen an den Empfehlenden dessen Rat äußerst kritisch hinterfragt und wohl eher von der Zeichnung Abstand nehmen wird. Insbesondere bei hohen Rückvergütungen wird der Interessenskonflikt zwischen dem Eigenverdienst der Bank und einer objektiven, im Kundeninteresse getätigten Anlageempfehlung offenkundig. Die Kausalitätsvermutung hat somit sanktionierenden Charakter, denn zum einem dürften Anleger durchaus davon ausgehen, dass die Bank auch mitverdient, zum anderen würden sicherlich zahlreiche Kunden auch bei offen gelegten Rückvergütungen ihren Bankberatern das nötige Vertrauen entgegen bringen und annehmen, dass trotz der Rückvergütung ein noch lohnendes Investment empfohlen wird. Ein „Automatismus“, dass bei einer Offenbarung auf die Anlage verzichtet wird, begegnet also durchaus Bedenken. Auch hier vertritt das OLG Dresden eine andere Auffassung als das OLG Stuttgart.

7. In der Zusammenschau der vorliegenden Entscheidung des OLG Stuttgart, auch mit einer Reihe ähnlicher, gleichgerichteter Entscheidungen, ist einmal mehr zu konstatieren, dass die überwiegende Rechtsprechung derzeit eine ausgesprochen anlegerfreundliche Linie verfolgt. Ob und inwieweit dies rechtspolitisch gerechtfertigt ist oder ob hier nicht über das sicherlich erstrebenswerte Ziel eines angemessenen Anlegerschutzes „hinausgeschossen“ wird, bleibt dahingestellt. Zwar ist es in der Tat so, dass der Anleger bei einer Empfehlung von unrentablen Anlagen, insbesondere – wie vorliegend – Medienfonds als „sicher“ und „garantiert“, bei Falschberatung zweifelsohne einen entsprechenden Schadensersatzanspruch haben muss. Immerhin haben sich die Banken über Provisionen, Rückvergütungen, etc. bereits bei Vertragsschluss ihren Profit gesichert, unabhängig von der Entwicklung der empfohlenen Anlage, so dass eine mögliche nachfolgende Haftung ein angemessenes Korrelat für echte Falschberatungen darstellt. Insoweit erscheint jedoch der sehr strenge Maßstab des OLG Stuttgart hinsichtlich der Kausalitätsvermutung und der praktisch fehlenden Möglichkeit einer Exculpierung fraglich. Hier bahnt sich bereits ein neuer Brennpunkt der Haftungsdiskussion an.

RA Dr. Oliver Wulf, LL.M. (Tulane Univ.), München