

Kick-back-Zahlungen an Anleger

# Wertloser Joker

Im Zuge der jüngsten BGH-Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht über die Vergütung von Anlageberatern kommt es zunehmend zu Fällen, in denen Kunden nachträglich Auskunft oder gar Auszahlung der seinerzeit verdienten Provisionen fordern. Erste Urteile zeigen jedoch, dass hier die Rechtsprechung nur selten mitzieht.

Text: Thomas Zacher

Die sogenannte „Kick-back“-Entscheidung des BGH vom Januar dieses Jahres hat viel Staub aufgewirbelt. Sie wird von manchen so (miss-)interpretiert, als ob damit eine produktunabhängige Aufklärungspflicht für alle Anlageberater und auch Vermittler außerhalb des Bankensektors festgestellt worden wäre. Dies könnte der „Joker“ zur Rückabwicklung nahezu jeder Kapitalanlage mit unbefriedigender Performance sein, da – insoweit ist sich die Praxis einig – in der Vergangenheit in den meisten Fällen eine solche Pflicht weder bekannt war noch dementsprechend erfüllt wurde.

In **Cash** wurde (siehe 3/2009, Seite 123; 5/2009, Seite 110) bereits mehrfach darüber berichtet, dass jedenfalls für unabhängige Anlageberater und erst recht Vermittler eine Übertragung dieser Grundsätze zumindest vorschnell wäre. Auch zahlreiche erst- und zweitinstanzliche Gerichte differenzieren hier inzwischen genau, sodass bereits zahlreiche auf diese Argumentation gestützte Schadensersatzklagen gegenüber freien Finanzdienstleistern abgewiesen wurden (beispielsweise OLG Dresden, Urteil vom 24. Juli 2009; OLG Celle, Urteil vom 11. Juni 2009).

Trotzdem ist die Unsicherheit oft noch groß und die Rechtsprechung bei einzelnen Gerichten noch uneinheitlich. Mancher Finanzdienstleister, dessen Kunden mit dem seinerzeit empfohlenen Produkt unzufrieden sind, empfindet es dann fast als „Erleichterung“, wenn der betreffende Problem-

fall in eine scheinbar begrenzte Auseinandersetzung nicht über die Rückabwicklung der gesamten Kapitalanlage, sondern „nur“ um die Höhe der seinerzeit von ihm vereinnahmten Provisionen mündet. Zunehmend ist festzustellen, dass sich Kunden beziehungsweise deren Anwälte an ihre (ehemaligen) Finanzdienstleister mit der Anforderung wenden, die seinerzeit verdiente Provision offenzulegen und/oder den entsprechenden Betrag im Nachhinein an den Kunden auszuzahlen.

## Neue Verjährungsberechnung

Der Ausgangspunkt liegt dabei noch ganz auf der Linie der herrschenden Rechtsprechung. Da diese in aller Regel unabhängig vom seinerzeitigen tatsächlichen Verständnis im Verhältnis zwischen Kunden und Finanzdienstleister einen sogenannten konkludenten Beratungs- oder zumindest Auskunftsvertrag annimmt – oft müsste man besser sagen: fingiert, kommt rechtlich ein Geschäftsbesorgungsvertrag oder zumindest ein Auftragsverhältnis in Betracht. Im Rahmen dessen – so sagt es das Gesetz – hat der Beauftragte gemäß Paragraph 666 BGB über das ausgeführte Geschäft Rechenschaft abzulegen und gemäß Paragraph 667 BGB alles aus dem Auftrag Erlangte herauszugeben, wozu nach der Lesart der Anspruchsteller eben auch die vom Produktgeber

oder der übergeordneten Vertriebsorganisation empfangene Provisionszahlung gehört.

Tatsächlich steht bei einer solchen Vorgehensweise oft nicht nur der Verdienst des Finanzdienstleisters im Feuer. Ausgehend von der inzwischen etablierten verjährungsrechtlichen Rechtsprechung des BGH, wonach prinzipiell der Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist unter anderem auch die Kenntnis des anspruchstellenden Anlegers von der konkreten Pflichtverletzung erfordert und jede Pflichtverletzung für sich genommen einen neuen verjährungsrechtlichen Tatbestand bildet, bleibt es oft nicht bei den „lediglich“ auf die Provision beschränkten Ansprüchen. Vielmehr steckt oft der Gedanke dahinter, mit der Geltendmachung dieses Anspruchs gerade die „Unwissenheit“ des Anlegers über die seinerzeit empfangene Provision zu dokumentieren. Wird dann – gerichtlich oder außergerichtlich – die entsprechende Provision und ihre seinerzeitige Höhe offengelegt, folgt der nächste Anspruch auf dem Fuße. Da man diese Vergütung bei der damaligen Anlageentscheidung nicht gekannt habe und erst jetzt hierüber informiert worden sei, habe man – entsprechend der eingangs dargestellten BGH-Entscheidung zur Aufklärungspflicht über Vergütungen – auch erst jetzt von der Pflichtverlet-

zung seines Vermittlers Kenntnis erhalten. Demnach beginne insoweit auch eine neue Verjährungsberechnung, weshalb man nun auch noch den „großen Schadensersatz“ in Form der Rückabwicklung der gesamten Anlage zu Lasten des seinerzeit tätigen Finanzdienstleisters fordern könne. Besonders dann, wenn andere denkbare Angriffspunkte gegen die seinerzeitige Beratung verjährungsrechtlich schon längst erledigt sind, weil zum Beispiel Ausschüttungen schon jahrelang unter den Prognosen liegen et cetera wird derart argumentiert.

## Notanker für Anleger

Aus Anlegersicht erscheint das Vergütungsthema manchmal als letzter „Notanker“; aus Sicht des Finanzdienstleisters muss gewärtigt werden, dass der scheinbar bloße „Nadelstich“ mit dem Auskunftsanspruch oft nur die „große Keule“ der Rückabwicklung vorbereiten soll. Dies haben auch die Gerichte zwischenzeitlich erkannt. Derartige Strategien werden von dort aus zunehmend kritisch gesehen, und dies nicht nur wegen der oben bereits angesprochenen Fundamentalopposition vieler Instanzgerichte gegenüber der Erstreckung der BGH-Rechtsprechung auf die Vergütung von freien Finanzdienstleistern heraus. In einem von uns geführten Verfahren hat beispielsweise das Landgericht Kaiserslautern mit sehr ausführlicher Begründung (Urteil vom 21. Oktober 2009) einen solchen Anspruch zurückgewiesen.

Auch dort stand die Beteiligung an geschlossenen Fonds in Rede, deren

Problematik bereits solange allgemein bekannt war, dass die „üblichen“ Ansätze für einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Vertrieb bereits offensichtlich verjährt waren. Zu dem (zunächst) nur isoliert geltend gemachten Auskunftsanspruch über die Höhe der Vergütung meint das Landgericht Kaiserslautern zunächst, dass auch hier der gegebenenfalls als konkludent geschlossenen zu unterstellende Anlageberatungs- oder Anlagevermittlungsvertrag eine solche Auskunftsspflicht nicht nach sich ziehe. Anders als bei Banken könne der Kunde bei einem selbstständigen Vermittler kaum dem Irrtum unterliegen, dieser würde nicht im Falle eines erfolgreichen Vertragsabschlusses von der anderen Seite vergütet.

Damit macht das Landgericht Kaiserslautern aber nicht halt. Es prüft weiter zu Gunsten des Anlegers, ob aus sonstigen Gesichtspunkten nach Treu und Glauben ein Anspruch bestehe. Auch dies wird im Ergebnis verneint, da die entsprechenden Fondsprospekte das Gesamtvolumen der Provisionen offenbarten und dementsprechend eine Beurteilung der Relation zwischen „harten“ und „weichen“ Kosten für den Anleger durchaus möglich war. Schließlich diskutiert das Landgericht Kaiserslautern auch den oben angesprochenen gesetzlichen Auskunftsanspruch aus Paragraph 666 BGB.

In diesem Zusammenhang wendet sich aber der Gesichtspunkt von „Treu und Glauben“ gegen den Anleger, da eine entsprechende Verprovisionierung durchaus üblich sei und man auch im Nachhinein über den Umweg des ge-

setzlichen Auskunftsanspruchs keine in der Situation ex ante existierenden Aufklärungspflichten konstruieren könne. Das Gericht hatte dabei durchaus den von der Klägerseite vorgetragene Aspekt einer späteren Schadensersatzklage gesehen. Es meint aber ausdrücklich, dass dann dem Kläger auch eine unmittelbare Klage auf Schadensersatz mit allen entsprechenden Risiken einschließlich der Verjährungsproblematik zumutbar sei. Auch andere Gerichte haben bereits in ähnlichem Sinne entschieden (vergleiche zum Beispiel LG Essen, Urteil vom 2. Oktober 2009).

## Auskunftsansprüche mit Risiko

Aus der Sicht des Vertriebs ergibt sich daraus die Schlussfolgerung, dass auch scheinbar relativ harmlose, weil begrenzte Auskunftsansprüche über früher vereinnahmte Provisionen im Zusammenhang mit vermittelten Kapitalanlagen oft ein hohes Risikopotenzial im Hinblick auf die Vorbereitung weiterer Ansprüche nach sich ziehen. Man sollte mit ihnen beziehungsweise der Entscheidung über ihre Erfüllung keineswegs leichtfertig umgehen. Andererseits zeigt sich auch hier, dass der scheinbare „Joker“ bisher nicht explizit genannter Provisionen heute keineswegs die „Wunderwaffe“ ist, wie manchmal dargestellt. Zur Rettung verjährter Schadensersatzansprüche taugt er jedenfalls nicht.

Professor Dr. jur. **Thomas Zacher** ist Partner der Kanzlei Zacher & Partner Rechtsanwälte, Professor an der FHDW in Bergisch Gladbach und Vorstandsmitglied im Rechtsforum Finanzdienstleistung e.V.



7%

Ihre Chance auf eine saubere Rendite – mit dem Windenergie Genussschein von e.n.o. energy

p.a.

### Die Kapital-Anlage mit Rückenwind:

Mit einem Investment in die e.n.o. energy GmbH entscheiden Sie sich für einen erfahrenen Partner und den zukunftsfesten Markt der Erneuerbaren Energien. Die e.n.o. energy GmbH blickt auf über

[www.windenergie-investment.de](http://www.windenergie-investment.de)

10 Jahre Erfahrung im nationalen und internationalen Windkraftgeschäft zurück und bietet heute durch ihr Know-how ein breites Leistungsspektrum, das im Wettbewerb seinesgleichen sucht.

**e.n.o. ENERGY**  
Success with wind.