

Mandanteninformation Nr. 5/2010

26.7.2010

BGH, Beschluss vom 29.6.2010 (XI ZR 308/09) - „Kickback VII“ – keine Berufung auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum für die Zeit nach 1990

Durch Beschluss vom 29.6.2010 (XI ZR 308/09) hat der XI. Zivilsenat entschieden, dass sich eine Bank, die es unterlässt einen Kunden im Rahmen der Anlageberatung auf an sie zurückgeflossene Rückvergütungen hinzuweisen, jedenfalls für die Zeit nach 1990 nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über Bestehen und Umfang einer entsprechenden Aufklärungspflicht berufen kann.

Diese Frage wurde seit der Kickback-Entscheidung vom 19.12.2006 (BGH, Urt. v. 19.12.2006 - XI ZR 56/05 – „Kickback II“, ZIP 2007, 518 mit Anm. Lang/Balzer = BKR 2007, 160 mit Anm. F.A. Schäfer/U. Schäfer = NJW 2007, 1876 = BGHZ 170, 226) höchst kontrovers diskutiert und von Schrifttum und Instanzenrechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Zum Teil wurde ein unvermeidbarer Rechtsirrtum (und damit ein Entfallen der Haftung) in der Zeit vor 2006 bejaht.

Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 24.7.2009 – 8 U 1240/08, WM 2009, 1689; *Dieckmann/Langen*, NJW 2009, 1417, 1418; *Grys/Geist*, BKR 2009, 127, 128 f.; *Harnos*, BKR 2009, 316, 317; *Casper*, ZBB 2009, 2409, 2410 f.; *Veil*, WM 2009, 2193, 2194 f.; *Herresthal*, ZBB 2009, 348, 354 f.

Teilweise wurde allerdings ausgeführt, dass die Rechtsprechung schon seit je her auf entsprechende Aufklärungspflichten hingewiesen habe, so dass ein unvermeidbarer Rechtsirrtum nicht in Betracht komme.

Ellenberger, in: *Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang*, *Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft*, 3. Aufl. 2010, Rdn. 959 f. unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 19.12.2000 – XI ZR 349/99, ZIP 2001, 230 mit Anm. *Balzer*; BGH, Urt. v. 28.2.1989 – XI ZR 70/88, WM 1989, 1047, 1051; BGH, Urt. v. 6.2.1990 – XI ZR 184/88, WM 1990, 462, 464; RG JW 1905, 118 und BGH, Urt. v. 20.5.1987 – IVa ZR 36/86, WM 1987, 960, 961.

Der XI. Zivilsenat hat sich nunmehr – kaum verwunderlich – der letztgenannten Sichtweise angeschlossen und einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über Bestehen und Umfang einer Aufklärungspflicht im Hinblick auf Rückvergütungen „jedenfalls für die Zeit nach 1990“ ausgeschlossen.

Der Bundesgerichtshof berief sich hierbei insbesondere auf zwei Entscheidungen aus den Jahren 1989 und 1990 (BGH, Urt. v. 28.2.1989 – XI ZR 70/88, WM 1989, 1047, 1051 und BGH, Urt. v. 6.2.1990 – XI ZR 184/88, WM 1990, 462, 464), in deren Rahmen es um „heimliche Kickback-Vereinbarungen zwischen Anlagevermittler und Broker“ im Zusammenhang mit der Vermittlung von Warentermingeschäften ging. Auch das seinerzeitige Schrifttum – als Beleg führte der BGH zwei Urteilsanmerkungen (!) von *Nassall* (in: WuB IV A § 826 BGB 8.89 unter 3.) und *Wach* (in: EWIR 1989, 765, 766) an – habe diese Entscheidungen dergestalt verstanden, dass die Verheimlichung der Rückvergütung nicht nur in Bezug auf die bloße Herausgabepflicht eine Täuschung des Kunden darstelle, sondern auch deswegen, weil Rückvergütungen die Tätigkeit des Vermittlers zuungunsten des Anlegers beeinflussten. Aufgrund dessen sei für eine Bank bereits ab diesem Zeitpunkt erkennbar gewesen, dass auch im Verhältnis zu ihren Kunden bei der – allein in deren Interesse erfolgenden – Beratung über eine Kapitalanlage eine Aufklärungspflicht über solche Umstände bestehe, die das Beratungsziel in Frage stellten und die Kundeninteressen gefährdeten (BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – XI ZR 308/09, Rdn.

5). Im Übrigen sei eine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über Rückvergütungen - als Konkretisierung der allgemeinen Aufklärungspflicht über Interessenkollisionen - auch im einschlägigen Schrifttum angenommen worden (siehe die Nachweise in BGH, Beschl. v. 29.6.2010 - XI ZR 308/09, Rdn. 6). An dieser Rechtsprechung habe der Senat „seitdem konsequent festgehalten“ (BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – XI ZR 308/09, Rdn. 7).

Die „Kickback-Rechtsprechung“ des BGH, die es zwischenzeitlich zu sieben Entscheidungen gebracht hat, hat damit zu folgenden „Erkenntnissen“ geführt:

1. Im Rahmen einer Vermögensverwaltung ist die depotführende Bank verpflichtet, den Verwaltungskunden über Rückvergütungen, die sie an den Vermögensverwalter aus den vom Kunden an die Bank gezahlten Depotgebühren und Transaktionskosten leistet, aufzuklären (BGH, Urt. v. 19.12.2000 – XI ZR 349/99 – „Kickback I“, ZIP 2001, 230 mit Anm. *Balzer* = WM 2001, 297).
2. Eine Bank, die einem Kunden den Erwerb von Aktienfondsanteilen empfiehlt und daraufhin von der Kapitalanlagegesellschaft Rückvergütungen erhält, muss den Kunden über Grund und Höhe dieser Rückvergütungen informieren (BGH, Urt. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05 – „Kickback II“, ZIP 2007, 518 mit Anm. *Lang/Balzer* = BKR 2007, 160 mit Anm. *F.A. Schäfer/U. Schäfer*).
3. Eine Bank, die einem Kunden den Erwerb von Medienfonds – also außerhalb des WpHG „liegende“ Produkte – empfiehlt und daraufhin von der Fondsgesellschaft entsprechende Rückvergütungen erhält, muss den Kunden gleichfalls über Grund und Höhe dieser Rückvergütungen aufklären (BGH, Beschl. v. 20.1.2009 – XI ZR 510/07 – „Kickback III“, BKR 2009, 126 mit Anm. *Grys/Geist*).
4. Der Grundsatz aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt auch im Falle des Unterbleibens der Offenlegung von Rückvergütungen (BGH, Urt. v. 12.5.2009 – XI ZR 586/07 – „Kickback IV“, BKR 2009, 342 mit Anm. *Grys/Geist* und *Köndgen*, BKR 2009, 376).
5. Über Innenprovisionen, d.h. Zahlungen, die ein Kunde für die Eigenkapitalbeschaffung, die Platzierungsgarantie und die Fremdkapitalbeschaffung leistet, muss die beratende Bank nicht gesondert aufklären, wenn diese im Fondsprospekt dem Inhalt und der Höhe nach korrekt ausgewiesen sind. Es handelt sich – anders als bei Rückvergütungen – nicht um Zahlungen, die hinter dem Rücken, umsatzabhängig an die beratende Bank zurückfließen (BGH, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 330/08 – „Kickback V“, Tz. 31, ZIP 2009, 2380).
6. Es ist zwischen „bankmäßig gebundenen“ und „nicht bankmäßig gebundenen“ Anlageberatern zu unterscheiden. Letzterer ist nicht verpflichtet, den Kunden über geflossene Rückvergütungen aufzuklären, da sein Provisionsinteresse für den Kunden offen zutage tritt (BGH, Urt. v. 15.4.2010 – III ZR 196/09 – „Kickback VI“, ZIP 2010, 919, 920).
7. Die Berufung auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum im Hinblick auf die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen kann jedenfalls für die Zeit nach 1990 nicht greifen (BGH, Beschl. v. 29.6.2010 – XI ZR 308/09 – „Kickback VII“).

Damit sind viele Zweifelsfragen jedenfalls höchstrichterlich geklärt. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der XI. Zivilsenat in Sachen „Kickback“ noch nicht das letzte Wort gesprochen hat. Augenscheinlich soll *Tilp* Recht behalten, der (vom BGH im Beschl. v. 29.6.2010 zitiert) im Jahr 2001 formuliert hat, dass der XI. Zivilsenat bei Kickbacks „nicht mit sich spaßen“ lässt (EWiR 2001, 255, 256).

Bei Rückfragen stehen wir Ihnen gerne jederzeit zur Verfügung.

Ansprechpartner:

Balzer Kühne Lang Rechtsanwälte • Rheinwerkallee 6 • 53227 Bonn

Dr. Volker Lang
Tel.: 0228 / 94594514
lang@balzerkuehnelang.de

Dr. Peter Balzer
Tel.: 0228 / 94594513
balzer@balzerkuehnelang.de

Andreas Otto Kühne
Tel.: 0228 / 94594512
kuehne@balzerkuehnelang.de