



infobrief 15/09

Montag, 29. Juni 2009

AT

- Seit 1995 - Ein Service des iff für die Verbraucherzentralen und den VZBV - Seit 1995 -
Infobriefe im Internet: <http://news.iff-hh.de/index.php?id=2599>

Stichwörter

Kick-Back-Rechtsprechung, Übertragbarkeit auf andere Geldanlage- und Versicherungsprodukte

1 Sachverhalt

Aufgrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.01.2009 (XI ZR 510/07)¹, in der der BGH im Rahmen eines Beschlusses in Bezug auf eine Nichtzulassungsbeschwerde feststellte, dass bei einem Beratungsvertrag grundsätzlich eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen zu prüfen ist, stellt sich die Frage, inwieweit die Rechtsprechung des BGH auf andere Finanzdienstleistungen übertragbar ist.

2 Stellungnahme

Der Beschluss beschäftigte sich mit einem Fall, in dem ein privater Anleger Geld in einem Medienfonds anlegte. Vorab erfolgte ein Beratungsgespräch mit den Mitarbeitern der Commerzbank, die den Medienfonds vertrieben. Eine Aufklärung darüber, dass das Agio und darüber hinausgehende Beträge an die Commerzbank fließen, erfolgte gegenüber dem Privatkunden nicht.

1.1 Grundsätzliche Bedeutung für alle Produkte

Die erste Kick-Back Entscheidung² leitete den Schadensersatzanspruch des Kunden aus einem vorsätzlichen Verstoß der Commerzbank gegen § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG ab. In der Literatur wurde daraus teilweise geschlossen, dass verschwiegene Kick-Backs nur im Wertpapierbereich zu Schadensersatzpflichten führen könnten.³ Mit der aktuellen Entscheidung stellt der BGH eindeutig allein auf den Interessenkonflikt einer Beratungssituation ab und nicht auf das spezielle Anlagegeschäft:

¹ ID: 42445 - Volltext unter www.money-advice.net.

² ID: 39897 - Volltext unter www.money-advice.net, siehe dazu auch Koller ZBB 2007, 197 ff.

³ Weit blickend daher schon Nikolaus/d'Oleire WM 2007, 2129 (2131)

„Bei der Offenlegung von Rückvergütungen geht es um die Frage, ob eine Gefährdungssituation für den Kunden geschaffen wird. 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 Senat hat zwar § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a.F. im Zusammenhang mit der Pflicht zur Vermeidung eines Interessenkonflikts angeführt (BGHZ 170, 226, 234 Tz. 23), seine Ausführungen zum Interessenkonflikt aber nicht auf den Anwendungsbereich des WpHG beschränkt. In § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a.F. ist lediglich der auch zivilrechtlich allgemein anerkannte Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten aufsichtsrechtlich für den Bereich des Wertpapierhandels normiert worden (vgl. KK-WpHG/Möllers § 31 Rdn. 23 m.w.Nachw.; auch Palandt/ Sprau, BGB 68. Aufl. § 654 Rdn. 4).“

Trotzdem gibt es in der Literatur weiterhin teilweise die Auffassung, dass das Urteil nicht auf andere Bereiche wie z.B. geschlossene Fonds übertragbar ist (Dörfler EWIR 2009 193 f (194); Aufgrund der klaren Ausführungen des BGHs schon in der ersten Kick-Back Entscheidung zur generellen Aufklärungspflicht bei Rückvergütungen (so auch: Hanten/Hartig EWIR 2007, 217 (218); Nikolaus/d'Oleire WM 2007, 2129 (2131)) ist diese Meinung allerdings abzulehnen. Dies wurde in dem aktuellen Beschluss des BGH noch deutlicher. Die Rechtsprechung zu Kick-Backs hat daher für den gesamten Finanzdienstleistungsbereich Bedeutung.

1.2 Anlageberatung als Voraussetzung

Der BGH stellt dabei darauf ab, dass ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist. Damit sind die genannten BGH-Entscheidungen grundsätzlich **auf jegliche Anlageberatung übertragbar**, nicht aber auf die bloße Vermittlung von Geldanlagen. Betroffen sind damit alle Sparten, angefangen von Banken über die Versicherungen bis hin zum grauen Kapitalmarkt. Ob eine Beratung vorlag oder der bloße Verkauf, hängt von den Umständen des Einzelfalls und dem üblichen Angebot des Anbieters ab. In der Regel geht das Gericht davon aus, dass der Abschluss eines Beratungsvertrages konkludent geschieht. Es bedarf daher weder einer schriftlichen noch einer ausdrücklichen mündlichen Vereinbarung über eine Beratung. Es reicht aus, wenn der Anbieter zum Beispiel dem Kunden eine Haushaltsanalyse anbietet oder mit ihm Möglichkeiten der Altersvorsorge bzw. des Vermögensaufbaus bespricht, um ihn bei seiner Entscheidung „mit Rat und Tat“ zu unterstützen. Bei Banken, „Finanzberatern“ und Strukturvertrieben wie AWD, MLP, OVB und DVAG ist daher in der Regel von einer Beratung auszugehen, bei Versicherungen kommt es auf den Einzelfall an.

1.3 Verheimlichung von Kick-Backs

Kern der Gerichtsentscheidungen ist die Verheimlichung der Kick-Backs dem Kunden gegenüber. Rückflüsse aus den Kundengeldern sind daher prinzipiell zulässig (Heybey BKR 2008, 353 ff (360 f.)), müssen dem Kunden gegenüber im Rahmen einer Anlageberatung offen gelegt werden, damit der Kunde die Beratung richtig einschätzen kann. So fließen üblicherweise Teile des Ausgabeaufschlages von Fonds in Form von Kick-Backs zurück und von den jährlichen Verwaltungsgebühren wird ebenfalls ein Teil (z.B. 0,3 % p.a.) als Kick-Back gewährt.

/...3

1.4 Keine bestimmte Höhe als Voraussetzung

Im Gegensatz zur älteren Rechtsprechung des BGH in Bezug auf Innenprovisionen kommt es bei der Rechtsprechung des BGH zu Kick-Backs nicht auf eine bestimmte Höhe der intern geflossenen Provisionen an. Das erste Urteil zu Innenprovisionen des BGH⁴ betraf die Vermittlung einer Kapitalanlage mit weichen Kosten über 15 %, die nicht im Verkaufsprospekt ausgewiesen waren. Der BGH nahm eine erhöhte Aufklärungspflicht des Vermittlers an, weil derart hohe Innenprovisionen die Werthaltigkeit des Objekts an sich in Frage stellen.

Bei verheimlichten Kick-Backs wird die Anlageberatung selbst in Frage gestellt, weil der Kunde das Ziel der Beratung, die eigentlich allein aus Kundenperspektive erfolgen soll, durch nicht angegebene Kick-Backs aber Eigeninteressen des Beraters verheimlicht, nicht mehr einschätzen kann und zwar sowohl in Bezug auf die Art der Geldanlage als auch auf die Höhe. Lediglich eine Bagatellgrenze ist aufgrund der Rechtsprechung denkbar (siehe dazu auch Mülbart WM 2007, 1149 (1159 f.)).

1.5 Anwendung der Rechtsprechung auf Versicherungen

Seit der VVG-Reform zum **01.01.2008** ist die Beratung der Regelfall gem. § VVG:

„Der Versicherer hat den Versicherungsnehmer ... zu beraten ... Der Versicherungsnehmer kann auf die Beratung ... durch eine gesonderte schriftliche Erklärung verzichten, in der er vom Versicherer ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass sich ein Verzicht nachteilig auf seine Möglichkeit auswirken kann, gegen den Versicherer einen Schadensersatzanspruch nach Absatz 5 geltend zu machen.“

Erfolgt kein ausdrücklicher Verzicht auf die Beratung, ist bei der Geldanlage in Form von Versicherungsprodukten über Kick-Backs aufzuklären. Erfolgt eine Aufklärung nicht, besteht ein Schadensersatzanspruch.

Bei **Fällen vor dem 01.01.2008** muss das Gericht dazu kommen, dass eine Beratungssituation vorlag. Das kann bei Versicherungsvermittlern nicht grundsätzlich unterstellt werden. Ohne Beratungssituation sind die Kick-Back-Entscheidungen des BGH nicht auf den Verkauf von Versicherungen übertragbar.

Das VVG alte Fassung kannte keine spezielle gesetzliche Regelung zur Beratungspflicht. Beratungspflichten konnten jedoch auch vor der VVG-Reform den Versicherer betreffen. Im Wesentlichen wurden die versicherungsgebundenen Verkäufer von Versicherungen als Vermittler angesehen. Vermittler schulden in der Regel keine objektive Beratung, sondern allein richtige und vollständige Information über die Produkte, die sie verkaufen und die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind. Soweit Vermittler aber beratend tätig werden, unterliegen sie den gleichen Beratungspflichten.⁵

Der Beratungsvertrag selbst ist ein Vertrag sui generis, dem keine speziellere Regelung des VVG a.F. entgegen steht. Dementsprechend lässt sich die Rechtsprechung des BGH zu Bera-

⁴ ID: 33457- Volltext unter www.money-advice.net.

⁵ Tiffe Die Struktur der Informationspflichten 2006, 318

tungspflichtverletzungen auf Versicherer übertragen. Allerdings besteht dabei bisher in Rechtsprechung und Literatur eine – nicht gerechtfertigte – Zurückhaltung⁶ und es gibt im Verhältnis zum Bankrecht relativ wenige Entscheidungen über Beratungspflichtverletzungen von Versicherungen gegenüber Verbrauchern. Der Ansatz von Schwintowski bezüglich der Übertragbarkeit der Grundsätze von §§ 31, 32 WpHG auf fondsgebundene Versicherungsprodukte wurde in der Vergangenheit nicht weiter aufgegriffen. Die wesentliche Frage bleibt, ob im Einzelfall eine Beratungssituation angenommen werden kann.

Einige Entscheidungen zeigen aber, dass die Gerichte eine Beratungspflicht auch bei Versicherungen grundsätzlich anerkennen.

- OLG Celle vom 24.11.2005, Az. 8 U 84/05 (Beratungspflicht des Versicherers bei fondsgebundener Lebensversicherung)
- OLG Stuttgart vom 21.8.2006, Az. 10 U 154/06 (Beratungspflicht eines Versicherers bei einer privaten Rentenversicherung)
- OLG Brandenburg vom 5.12.2007, Az U 34/07 (Beratungspflicht des Versicherers bei Wohngebäudeversicherung),
- OLG Karlsruhe vom 29.5.2007, Az. 15 U 68/04 (Beratungspflicht eines Versicherungsmaklers bei langfristigen Lebensversicherungen)

Dass Versicherer auch vor der VVG-Reform die Kunden beraten haben, wurde von der versicherungsnahen **Literatur** in der Vergangenheit meist abgelehnt und die Tätigkeit der Versicherungsvermittler oft auf Aufklärungspflichten reduziert (Miettinen VersR 2005, 1629 ff. (1633)). Auch eine Übertragbarkeit der anleger- und objektgerechten Beratung bei Banken wurde in der Literatur teilweise grundsätzlich abgelehnt (Heiss ZVersWiss 2003, 339 ff. (358)).

In der Praxis haben sich Versicherungsunternehmen schon seit längerem als Allfinanzunternehmen aufgestellt und werben bei den Verbrauchern über Werbung und Informationsmaterial für eine umfassende Beratung bei Ihnen. Im Wesentlichen handelt es sich daher dabei um den Versuch der versicherungsnahen Literatur, Ansprüche von vornherein abzuwehren und Grundsätze aus dem Zivilrecht für die Versicherungsbranche nicht gelten lassen zu wollen.

Tatsächlich hat der **BGH** aber schon 1992 aufgrund des Vertrauensverhältnisses während der Vertragsverhandlungen mit einem Kunden eine Beratung angenommen (BGH VersR 1992, 217 (218)). Hat der Verbraucher eine Beratung z.B. zur Altersvorsorge oder zur Absicherung von Risiken gesucht, ist daher auch in der Vergangenheit von einem konkludenten Beratungsvertrag auszugehen; so auch Prölss/Martin (VVG Kommentar 27. Aufl., 2004, Vorb. II Rz. 11). Tatsächlich wurden viele Versicherungsprodukte von Banken alternativ zu anderen Geldanlageprodukten verkauft, so dass hier insgesamt von einem Beratungsvertrag auszugehen ist.

Bezüglich der Frage, ob die Kick-Back Entscheidungen des BGH explizit auf Versicherungsverträge übertragbar sind, hat dies Lang/Balzer (ZIP 2009, 456 (458)) mit Bezug auf die spezielleren Regelungen des VVG abgelehnt, allerdings ohne nähere Begründung und noch allein auf die Frage der Übertragbarkeit der Regelungen im WpHG auf den Versicherungsbereich, der an

⁶ ebenda S. 322 ff.

der Argumentation des BGH als allgemeine Aufklärungspflicht im Rahmen einer erfolgten Beratung im Kern vorbei geht. Anders Schwintowski/Ortmann (VersR 2009, 728 (733)), der eine Übertragbarkeit der Kick-Back Entscheidungen als grundsätzlich gegeben ansieht und darauf abstellt, dass eine diesbezügliche Entscheidung des BGH noch aussteht. Beachtenswert ist dabei der Aufsatz von Mülbert (WM 2007, 1149 (1154)), der die Bedeutung der BVerfG Entscheidung zur Transparenz der Kosten bei Lebensversicherungen i(WM 2005, 1505) in Bezug auf die Kostentransparenz zitiert und daraus das Gebot ableitet, dass der Verbraucher über die Kosten richtig aufgeklärt wird.

Insbesondere bei Fondsprodukten im Rahmen eines Versicherungsmantels ist die Rechtsprechung des BGH zu Kick-Backs daher von Bedeutung; es betrifft aber auch klassische Kapitallebens- und Rentenversicherungsprodukte. Denn der private Kunde geht immer noch in der Regel davon aus, dass sein eingezahlter Beitrag zu 100 % in die Geldanlage, also die Fonds, fließt. Dies wird durch Berater, die die Vorteile der Produkte hervorheben, weil entgegen eines üblichen Fondskaufs bei diesem Produkt „kein Ausgabeaufschlag und keine Depotgebühren“ zu zahlen sind, auch noch bewußt verschleiert. Die meisten Kunden wissen nicht, dass nur 80-90 % überhaupt in den Fonds fließen und angelegt werden. Man kann daher sagen, dass die Kunden seit Jahrzehnten von den Versicherungen bewußt in die Irre geführt wurden, um ihre Produkte zu verkaufen.

Oft findet der Verkauf von fondsgebundenen Rentenversicherungen in der Bank statt, die Beratung erfolgt von einem Mitarbeiter der Bank. Er stellt verschiedene Anlagemöglichkeiten vor (Depot mit Fonds, Rentenversicherungen etc.) und berät den Kunden. Es ist nicht ersichtlich, wieso die Kick-Back Entscheidung bei der gleichen Beratung im Fall des Fondskaufs gelten soll, im Fall des Kaufs einer fondsgebundenen Rentenversicherung aber nicht, bei der die Verschleierung weitaus größer ist, weil die Versicherung sich in der Regel weigert, dem Kunden die Kosten überhaupt offenzulegen und es über die Berater ebenfalls nicht erfolgt. Die Kick-Backs bei Versicherungsprodukten sind dazu oft höher und der Anreiz, Versicherungsprodukte als Alternative zu reinen Wertpapierprodukten zu verkaufen, für die Berater größer. Oft genug wird Verbrauchern dazu geraten, Altersvorsorgeverträge mit möglichst hohen Summen abzuschließen, die den Verbraucher langfristig überfordern, um höhere Provisionen zu verdienen. Der Interessenkonflikt ist daher bei Versicherungsprodukten weitaus stärker ausgeprägt als bei anderen Geldanlageformen.

Ob der BGH seine bisherige Rechtsprechung konsequent fortsetzt oder angesichts einer Rückforderungswelle diese auf bestimmte Konstellationen der Beratung begrenzt, ist derzeit noch offen. Aufgenommen wurden die Entscheidungen zu Kick-Backs bereits von den unteren Gerichten wie der Fall des LG Hamburg vom 23.06.2009 (AZ 310 O 4/09) in Bezug auf die Lehman Brothers Entscheidung zeigt.⁷

„Die Beklagte hat es zudem pflichtwidrig unterlassen, den Kläger über die zu erwartende Gewinnmarge aus dem Vertrieb des streitgegenständlichen Zertifikats und das mit dem Vertrieb im Wege eines Festpreisgeschäfts (Kaufvertrag) verbundene Platzierungsrisiko aufzuklären. Die Pflicht zur Aufklärung über den zu erwartenden Gewinn folgt aus einer

⁷ ID: 43297 - Volltext unter www.money-advice.net.

entsprechenden Anwendung der sog. „Kick Back“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Nach dieser vom XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in drei Entscheidungen entwickelten Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 19.12.2000, XI ZR 349/99 BGHZ 146, 235 = NJW 2001, 962 - „Kick Back I“; BGH, Urteil vom 19.12.2006, XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 = NJW 2007, 1876 - „Kick Back II“; BGH, Beschluss vom 20.01.2009, XI ZR 510/07, NJW 2009, 1416 - „Kick Back III“) besteht eine Pflicht der Bank zur Offenlegung von verdeckten Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen und jährlichen Verwaltungsgebühren (sog. „Kick Backs“). ... Es bestehe die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten (BGH, NJW 2007, 1876, 1878). Bei der Offenlegung von Rückvergütungen gehe es um die Frage, ob eine Gefährdungssituation für den Kunden geschaffen werde. Deshalb sei es geboten, den Kunden über etwaige Rückvergütungen aufzuklären und zwar unabhängig von der Rückvergütungshöhe (BGH, Beschluss vom 20.01.2009, XI ZR 510/07, NJW 2009, 1416, 1417).

Diese Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Fall zu übertragen. ... Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll der Anleger über ein mögliches wirtschaftliches Eigeninteresse seines Beraters aufgeklärt werden, um beurteilen zu können, ob die Beratung ausschließlich im Kundeninteresse passierte oder ob eigene Interessen des Beraters oder der Bank ebenfalls eine Rolle gespielt haben. Dieser Gedanke passt auf die Aufklärungspflicht über die Höhe einer Marge in gleicher Weise wie hinsichtlich der Zahlung von Provisionen. Dass es hierbei nicht um eine Zuwendung von Dritten - wie bei der Zahlung verdeckter Innenprovisionen - geht, sondern nur eine: Zweierbeziehung Bank-Kunde vorliegt, steht dem nicht entgegen, weil das Schutzbedürfnis des Kunden das gleiche ist und es wirtschaftlich keinen Unterschied macht, ob die Bank ein Papier schon erworben hat und mit Gewinn weiterveräußert, oder ob dieses erst noch bei einem Dritten zu erwerben ist und dann für die Bank eine Provision fällig wird. Würde man dies anders sehen wäre eine Umgehung der Grundsätze aus der „Kick Back“-Rechtsprechung des BGH ganz einfach dadurch möglich, dass Provisionen als Margen ausgestaltet würden.

Verschärfend kommt vorliegend folgender Gedanke hinzu, der ebenfalls für eine Übertragung der „Kick Back“-Rechtsprechung auf die vorliegende Fallkonstellation spricht: Durch die gewählte Gestaltung der vollständigen Übernahme des Zertifikats durch die Beklagte und der Veräußerung im Festpreisgeschäft auf eigenes wirtschaftliches Risiko besteht in besonderer Weise ein wirtschaftliches Interesse der Beklagten und ihrer Mitarbeiter am Vertrieb gerade des streitgegenständlichen Zertifikats. ... Der damit verbundene Interessenkonflikt der Beklagten begründet im Rahmen eines Beratungsgesprächs in besonderer Weise eine Pflicht zur Aufklärung, um so den Kunden in die Lage zu versetzen, das Umsatzinteresse der Bank einschätzen und beurteilen zu können, insbesondere, ob die Beklagte und ihre Berater das Zertifikat nur deshalb empfohlen, weil sie selbst daran verdienten bzw. im Fall des nicht vollständigen Abverkaufs mit einem Verlust hätten rechnen müssen (so auch der BGH, Beschluss vom 20.01.2009, XI ZR 510/07, NJW 2009, 1416, 1417 - „Kick Back III“).

/...7

1.6 Übertragung auf weitere Bereiche

Denkbar ist die Anwendung der Kick-Back-Rechtsprechung auch auf andere Bereiche wie die **Baufinanzierung** beim Verkauf von so genannten Kombinationsprodukten. Auch hier erfolgt durch die Bank zu Beginn in der Regel eine Beratung des Kunden und es fließen erhebliche, dem Kunden verheimlichte Provisionen beim Verkauf von zusätzlichen Ansparprodukten, die in der Regel für den Kunden allein aufgrund der zusätzlichen Risiken nachteilig sind. Die zusätzlichen Provisionen durch die Fonds bzw. Versicherungsprodukte werden dem Kunden in der Regel bewusst verheimlicht und sogar durch niedrigere effektive Jahreszinsen bewusst der falsche Eindruck erzeugt, die Kombinationsfinanzierung sei für ihn günstiger.

1.7 Kausalität

In der Literatur wird zum Teil deutlich hervorgehoben, dass die Aufklärungspflichtverletzung auch kausal für die Anlageentscheidung gewesen sein muss (Grys/Geist BKR 2009, 127 (129 f.)) und viele Klagen an der Kausalitätsfrage scheitern könnten.

3 Fazit

1. Die Rechtsprechung des BGH zu Kick-Backs ist nicht auf bestimmte Anlageprodukte bezogen und nicht auf bestimmte Finanzdienstleistungsbereiche beschränkt, wie anfangs zum Teil in der Literatur vertreten.
2. Schadensersatzforderungen können unabhängig von der Höhe der Kick-Backs geltend gemacht werden, weil es auf den Interessenkonflikt des Beraters ankommt, nicht auf die Wirtschaftlichkeit des abgeschlossenen Geschäfts.
3. Voraussetzung für eine Haftung aufgrund von Kick-Backs ist aber eine Beratungssituation. Reine Vermittlungsgeschäfte werden daher von den Kick-Back-Entscheidungen des BGH nicht erfasst.
4. Inwieweit die Gerichte insbesondere beim Verkauf von Versicherungen eine Beratungssituation als gegeben ansehen werden und sich den Vorgaben der Kick-Back-Entscheidungen des BGH anschließen, ist derzeit noch offen. Es gibt einige OLG-Entscheidungen zu Versicherungen, die von einer Beratungssituation zwischen Versicherer und Verbraucher ausgegangen sind, an die sich anknüpfen lässt.
5. Die Aussichten eines Prozesses sind derzeit offen. Es besteht trotz der an sich klaren Vorgaben des BGH aufgrund der bisherigen Zurückhaltung der Gerichte, im Versicherungsbereich Beratungssituationen anzunehmen, ein entsprechendes Prozessrisiko.

Die Rechtsprechung zu Kick-Backs ist noch nicht abgeschlossen, öffnet aber die Türen für die gesamte Finanzdienstleistungsbranche. Bis zur Klärung durch den BGH besteht ein entsprechendes Prozessrisiko für bisher nicht vom BGH angesprochene Branchen.