

Grundsätze des deutschen Anlegerschutzrechtes unter besonderer Berücksichtigung von „Lehman-Zertifikaten“

von

Rechtsanwalt Ulrich Husack
Goetheallee 6 22765 Hamburg
Tel. +49 40 3893536 Fax +49 40 387538
Husack@adjur.de

Bond Entscheidung BGH 6.7.1993 – XI ZR 12/93 (WM 1993, 1455)

- Stillschweigend abgeschlossener Beratungsvertrag
 - Kunde tritt an Bankberater heran und fragt nach einer Anlagemöglichkeit oder Vertreiber tritt an Kunden heran, um ihn zu beraten
 - Beratungsvertrag, wenn tatsächlich ein Beratungsgespräch geführt wird
- Grundsatz der anleger- und objektgerechten Beratung
- Verstoß führt zum Schadenersatzanspruch auf Rückabwicklung (Zug um Zug) oder Ausgleich des realisierten Schadens

Beratungsvertrag

- Erteilung von Auskünften, die für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung sind und die dieser zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse und Maßnahmen machen will
- Auskunftsvertrag: nur neutrale Mitteilung von Tatsachen
- Beratungsvertrag: zusätzlich eine konkrete Empfehlung
- Auskunft und Beratung kann mündlich erfolgen (BGH 19.5.1998 – XI ZR 286/97 WM 1998, 1391)

Anlegergerechte Beratung 1

- „Explorationspflicht“ hinsichtlich des Kundenprofils
 - Vorkenntnisse und Erfahrungen
 - welche Risikobereitschaft und -fähigkeit
 - Anlageziele (z.B. Altersabsicherung oder Spekulation, Laufzeit)
- Abgleich mit Anlageprodukten und Vorschlag eines anlegergerechten Produktes
- Bank ist nicht verpflichtet, von sich aus auf Produkte von Wettbewerbern zu verweisen

Anlegergerechte Beratung 2

fehlende Einlagensicherung

- BGH 14.7.2009 – XI ZR 152/08 WM 2009, 1647:
 - Bank hatte nur Mindestsicherung (90 % maximal € 20.000 pro Einlage)
 - Kunde nannte als Ziel „sichere Anlage“ (das eingezahlte Kapital sollte erhalten bleiben)
- In diesem Fall darf die Bank keine von ihr aufgelegte Anlage empfehlen, weil Nominalsicherheit im Falles der Insolvenz nicht gegeben ist. Die Bank darf die Anlage nur empfehlen, falls sie den Kunden , welcher eine Anlage unbedingt möchte, unmissverständlich über die unvollständige Sicherung informiert .

Objektgerechte Beratung 1

- Informationsbeschaffung seitens der Bank
 - Auswertung der Wirtschaftspresse
(BGH 7.10.2008 – XI ZR 89/07 (ZIP 2008, 2208):
Pflichtlektüre: *FTD*, *FAZ*, *Handelsblatt*, *Börsenzeitung* (wohl keine abschließende Aufzählung)
Sollte die Bank zu dem zutreffenden Ergebnis gelangen, dass negative Berichte unrichtig sind, muss sie den Kunden nur bei einer Häufung von Pressewarnungen informieren
 - Brancheninformationsdienste gehören nicht zur Pflichtlektüre (aber Berücksichtigung bei Kenntnis)
Aber: ein einzelner Artikel im *Handelsblatt* löst Hinweispflicht aus (Entzug der aufsichtsrechtlichen Zulassung des Emittenten durch Bafin)
Das Handelsblatt ist Pflichtlektüre und zeitnah (3 Tage) auszuwerten (BGH 5.11.2009 – XI ZR 392/08 WM 2009, 2360)
 - Auswertung von Ratingagenturen

Objektgerechte Beratung 2

- Informationsweitergabe
 - klar, richtig, verständlich (gedanklich geordnet)
 - Kunde muss in die Lage versetzt werden aufgrund der Informationen eine eigenverantwortliche Anlageentscheidung zu treffen (Ausgleich des Informationsdefizites des Kunden)
- Fehlen Kenntnisse der Bank - Hinweispflicht

Objektgerechte Beratung 3

- Aufklärung muss sich auf die Eigenschaften und Risiken beziehen, die für die Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben (können)
- Allgemeine Risiken: Konjunkturlage, Entwicklung des Börsenmarktes
- Spezielle Risiken: Kurs- Zins- Währungs- Bonitätsrisiko, besondere Umstände des Anlageobjektes

Objektgerechte Beratung 4

- ex ante Betrachtung: Anleger trägt Prognoserisiko (BGH 21.3.2006 – XI ZR 63/05 WM 2006, 851)
- Anlageempfehlung muss lediglich vertretbar sein, also der Markterwartung entsprechen
- Keine Überwachungspflicht der Anlage durch die Bank. Aber: u.U. neuer Beratungsvertrag

Objektgerechte Beratung 5

- Aufklärung kann auch mittels Prospekt erfolgen (BGH 25.9.2007 – XI ZR 320/06 BKR 2008, 199)
 - dieser muss aber so rechtzeitig übergeben werden, dass der Anleger sich mit dem Inhalt vertraut machen kann
 - Vorrang des gesprochenen Wortes

Beweislast 1

- Anleger muss Pflichtverletzung grundsätzlich beweisen
 - Anleger muss Beratungsvertrag beweisen, die Pflichtverletzung muss zunächst nur behauptet werden
 - Bank hat dann die sekundäre Darlegungslast und muss substantiiert Gang der Beratung darlegen (vgl. OLG Düsseldorf 24.8.1995 in WM 1996, 1082; bestätigt in OLG Düsseldorf 10.10.2002 in WM 2003, 1263; BGH 22.1.1986 (NJW 1986, 2570 f.) bei Steuerberatervertrag)
 - Anleger muss dann Unrichtigkeit beweisen
 - BGH 23.10.2007(XI ZR 423/06)Vermögensverwaltungsvertrag
Bank ist nicht verpflichtet, interne Entscheidungsabläufe offen zu legen, warum im Rahmen der Anlagerichtlinien bestimmte Entscheidungen getroffen wurden

Beweislast 2

- Für Kausalität: Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens
Gemäß BGH vom 12.5.2009 (XI ZR 586/07 WM 2009, 1274)
führt diese zu einer Beweislastumkehr
Beweis könnte durch vorheriges oder späteres
Anlegerverhalten erbracht werden
- Für Verschulden § 280 (1) Satz 2 BGB
Bank muss fehlendes Verschulden (Fahrlässigkeit und
Vorsatz) nachweisen
 - unverschuldeter Rechtsirrtum
 - Mitverschulden scheidet regelmäßig aus (BGH
13.1.2004 – XI ZR 355/02 WM 2004, 422)

„Kick - backs“ 1

- „Kick-back“ 1 (BGH 19.12.2000 – XI ZR 349/99 ZIP 2001, 230)
 - Vereinbarung zwischen Bank und Vermögensverwalter, welcher von der Bank Teile der vom Anleger an die Bank gezahlten Provisionen und Gebühren erhält
 - Anreiz nicht allein das Kundeninteresse zu wahren

„Kick - backs“ 2

- „Kick-back“ 2 (BGH 19.12.2006 – XI ZR 56/05 WM 2007, 487)
 - Bank ist aus dem Beratungsvertrag verpflichtet, den Kunden darüber aufzuklären, ob und in welcher Höhe sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält, welche „hinter dem Rücken“ des Anlegers von der Fondsgesellschaft an die Bank gezahlt werden

„Kick - backs“ 3

- Aufklärung ist notwendig, um den Kunden über einen insofern „per se“ bestehenden Interessenkonflikt zu informieren (theoretische Gefährdung des Kundeninteresses)
- Erst durch Aufklärung ist der Kunde in der Lage, das Umsatzinteresse der beratenden Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob eine Empfehlung nur in seinem oder auch im Interesse der Bank erfolgt, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten
- Es muss nicht nur mitgeteilt werden, dass Rückvergütungen gezahlt werden, es muss auch deren Höhe (evtl. Spanne oder deren Größenordnung) angegeben werden, damit der Anleger das Umsatzinteresse richtig einschätzen kann

„Kick - backs“ 4

- „Kick-back“ 3 (BGH 20.1.2009 – XI ZR 510/07 WM 2009, 405)
 - „Kick-back“-Rechtsprechung nicht nur für Wertpapiergeschäfte, sondern auch auf geschlossene Fonds anwendbar. Der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt ist in beiden Fällen gleich.
 - „15 %“-Grenze nur für Vermittlungsvertrag maßgeblich

„Kick-backs“ 5 und Verjährung

- „Kick-back“ 4 (BGH 12.5.2009 – XI ZR 586/07 WM 2009, 1274 gleicher Fall, wie „Kick-back“²)
- Darlegungs- und Beweislast für fehlendes Vertretenmüssen trägt die Bank auch bei Vorsatz
- § 37a WpHG: 3 Jahre taggenau ab Erwerb bei fahrlässiger Pflichtverletzung. Bei Vorsatz ab Kenntnis von Schaden und Schädiger.
- Für Beratungen ab dem 5.8.2009 gilt die Regelverjährung (§ 195 BGB)
- Im Fall stand fest, dass die Bank die Berater nicht angewiesen hatte, über Rückvergütungen aufzuklären (Organisationsverschulden), so dass sich nur die Frage der Unvermeidbarkeit des Rechtsirrtums der Bank stellte. Sowohl aus der Rechtsprechung des BGH zum Auftragsrecht und älteren Richtlinien der Vorgängerin der Bafin ergibt sich, dass der Rechtsirrtum nicht unvermeidbar war (vgl. auch OLG Stuttgart WM 2009, 2312 ist lesenswert).

„Kick - backs“ 6

- „Kick-back“-Entscheidung des III. Senats am BGH vom 15.4.2010 – III ZR 196/09 (WM 2010, 885)
- Keine Verpflichtung des bankmäßig nicht gebundenen „freien“ Beraters (dort AWD) über Provisionszahlung vom Emittenten aufzuklären, wenn der Anleger an den Berater selber keine Provision zahlt, allerdings offen Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung im Prospekt ausgewiesen werden.
- Im Gegensatz zum Bankberater gehe der Anleger bei einem „freien“ Berater davon aus, dass dieser Provisionen erhält, während bei Bankberatern der Anleger wegen der auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehung (selbst beim Erstkontakt) und den unterschiedlichsten Möglichkeiten für die Bank Erträge zu generieren, nicht damit rechnen muss, dass die Bank bei der Beratung eigene Umsatzinteressen verfolgt.

Lehman - Zertifikate

Zertifikate

- Ein Zertifikat ist eine Schuldverschreibung, so dass der Anleger der Emittentin (z.B. Lehman) ein Darlehen gewährt. Die Höhe der Rückzahlung und die Ertragszahlungen hängen von der Entwicklung des sog. Basisinstrumentes (z.B. Indices, Zinssätze, Rohstoffe, Aktien) ab.
- Die Rückzahlung hängt ferner von der Zahlungsfähigkeit der Emittentin ab.
- Aufgrund der Insolvenz von Lehman erfolgt selbst bei Garantiezertifikaten keine Rückzahlung, so dass zahlreiche Anleger Schadenersatz von der beratenden Bank verlangen

Lehman - Zertifikate

Ansatzpunkte

- Anlegergerechte Beratung:
 - einem ausschließlich sicherheitsorientiertem Anleger darf kein Papier mit Totalverlustrisiko empfohlen werden
 - einem erkennbar auf Nominalsicherheit bedachtem Anleger darf kein Zertifikat ohne Einlagensicherung empfohlen werden (sehr streitig)

Lehman - Zertifikate

Ansatzpunkte

- Objektgerechte Beratung:
 - dem Anleger müssen die „Spielregeln“ detailliert erläutert werden
 - der Anleger muss auf das Bonitätsrisiko hingewiesen werden (Rating, Zeitpunkt der Anlage - negative Pressemeldungen)
 - sollte der Anleger aus einer einlagengesicherten Anlage oder einem Fonds (insolvenzfestes Sondervermögen) in ein Lehman-Zertifikate „hineinberaten“ worden sein, muss auf die fehlende Einlagensicherung hingewiesen werden (sehr Streitig)
 - in entsprechender Anwendung der „Kick-back“-Rechtsprechung muss die beratende Bank auf ihr wirtschaftliches Eigeninteresse hinweisen (sehr, sehr Streitig)

Lehman – Zertifikate

Marge Provision

- Zahlreiche Lehman-Zertifikate wurden vom Anleger nicht im Wege der Kommission erworben, sondern angeblich durch einen Kaufvertrag zwischen beratender Bank und Anleger
- Vereinbaren beratende Bank und Anleger einen festen Preis, so kommt nach den Banken AGB's ein Kaufvertrag zwischen beratender Bank und Anleger zustande (sog. Eigengeschäft)
 - die Dresdner Bank z.B. hat „durchgehandelt“. Es wurden nur so viele Zertifikate von Lehman gekauft, wie auch Kundenaufträge vorhanden waren. Lehman zahlte an die Dresdner Bank dann in der Regel 3,5 % Provision
 - die Hamburger Sparkasse hat hingegen das Zertifikat bei Lehman in Auftrag gegeben und das gesamte Kontingent aufgekauft. Durch den Verkauf an den Kunden wurde eine Marge von knapp 5 % erzielt

Lehman - Zertifikate

Marge Provision

- Unterschiede zum „Kick-back“:
 - kein 3-Personen-Verhältnis
 - Kaufvertrag und keine Kommission
 - Ertrag der Bank stammt nicht aus einer Rückvergütung aus Ausgabeaufschlägen
- Gemeinsamkeiten zum „Kick-back“
 - Beratungsvertrag
 - wirtschaftliches Eigeninteresse der beratenden Bank, welches der Anleger nicht kennt
 - Gefahr, dass Empfehlung nicht nur im Interesse des Anlegers erfolgt, sondern um einen Ertrag zu erzielen und nicht auf den Papieren sitzen zu bleiben (HASPA Platzierungsinteresse)

Lehman – Zertifikate

Marge Provision

- Während zahlreiche Landgerichte eine entsprechende Aufklärungspflicht beim Eigengeschäft angenommen haben, hat das das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg am 23.4.2010 in 2 Entscheidungen entschieden, dass eine Anwendung ausscheidet, weil der Anleger bei einer qualifizierten Beratung wisse, dass die Bank daran verdienen will und es der Bank nicht zugemutet werden kann, ihre interne Kalkulation offen zu legen
- Hinsichtlich dieser beiden Fälle wurde Revision zum BGH eingelegt (XI ZR 178/10 und XI ZR 182/10)

Beratungsprotokoll

- Neue schriftliche Dokumentationspflicht der Bank seit dem 1.1.2010 (§ 34 Abs.2 a, 2 b WpHG) gegenüber Privatkunden
- Mindestinhalt:
 - vollständige Angaben zu Anlass und Dauer der Beratung
 - persönliche Situation des Kunden
 - Anlageziele (Werterhalt, stabile Rendite, Spekulation)
 - Anlageempfehlung und Grund für diese Empfehlung
- Protokoll muss vom Berater unterzeichnet werden (vom Kunden nicht)
- Gemäß § 34 2b WpHG hat der Kunde einen Herausgabeanspruch einer Ausfertigung des Protokolls gegenüber der Bank
- Bei Beratung mittels Kommunikationsmittel (z.B. Telefon) hat die Bank das Protokoll dem Kunden unverzüglich zu übersenden

Sollte der Kunde schon zuvor Ausführung der Order wünschen, so hat er ein einwöchiges Rücktrittsrecht ab Erhalt des Protokolls, falls das Protokoll unrichtig oder unvollständig ist.

Der Kunde muss auf das Rücktrittsrecht und die Frist hingewiesen werden. Die Bank hat in diesem Fall die Richtigkeit und Vollständigkeit zu beweisen

Mögliche Ausblicke

- Stärkung der Bafin: Registrierung jedes Beraters und Vertriebsverantwortlichen
 - Bei Beschwerden soll die Möglichkeit bestehen, Berater zu sperren und ein Bußgeld zu verhängen
 - „Beipackzettel“ als einheitliches Informationsblatt, um Produkte vergleichen zu können und um leicht verständlich informiert zu werden
 - Einheitliche Qualifikationsanforderungen an Berater und Vermittler
- Information über das Eigeninteresse bereits vor dem Beratungsgespräch

Fundstellen

- Die seit dem 1.1.2000 ergangenen Entscheidungen des BGH sind im Volltext zu finden unter www.bundesgerichtshof.de
- Eine fast komplette Aufstellung von „Lehman-Urteilen“ findet sich unter www.ig-lehman-zertifikateschaden.de/biz/Urteile.html

Ich bedanke mich für Ihr Interesse und Ihre Aufmerksamkeit

Erlauben Sie mir bei dieser Gelegenheit einen Hinweis in eigener Sache:

Ich bin Gründungsmitglied der „*European Lawyers Group e.V.*“, einem Zusammenschluss von kleineren und mittleren europäischen Anwaltsbüros.

Sollten skandinavische Büros Interesse an einem derartigen Zusammenschluss haben, so sehen Sie sich bitte unsere Homepage an www.euro-lawyer.org und nehmen Sie gerne Kontakt auf.

Sie werden feststellen, dass Skandinavien bislang noch nicht besetzt ist.