

Nicht offengelegte Provisionen gelten inzwischen als eine Art Joker bei Klagen von Anlegern. Dagegen steht die Auffassung, ein Spielraum von bis zu 15 Prozent sei erlaubt. Tatsächlich liegt die Wahrheit in der Mitte, wie jüngste Urteile zeigen.

Text: Thomas Zacher

Über Geld spricht man nicht. Was der Volksmund sagt, galt auch lange Zeit in der Finanzdienstleistungsbranche. Über Gesamthöhe und Verteilung von Provisionen sowie sonstige Vergütungen wurde nicht nur aus Wettbewerbsgründen gern der Mantel des Schweigens gelegt. Auch gegenüber Kunden war die Transparenz zu diesem Thema zumeist recht unterschiedlich ausgeprägt.

Dabei existieren nicht nur zwischen den einzelnen Produktgattungen (beispielsweise Wertpapiere, Investmentfonds, geschlossene Fonds, Lebensversicherungen) Unterschiede, sondern auch in der Praxis unterschiedlicher Finanzdienstleister (Banken, Großvertriebe, Einzelkämpfer, Vermögensberater et cetera). Doch spätestens mit der berühmt-berüchtigten Kick-back-Entscheidung des Bundesgerichtshofes BGH (Urteil vom 19. Dezember 2006, Az.: XI ZR 56/05) schienen die Karten neu gemischt zu sein.

Der BGH sah es als einen zur Rückabwicklung verpflichtenden Aufklärungsmangel der in diesem Fall verklagten Bank an, dass sie bei der Vermittlung von Aktienfondsanteilen die ihr von der Fondsgesellschaft gewährten (Rück-)Vergütungen nicht offengelegt hatte.

Transparenz um jeden Preis

Seitdem ist das Thema der Provisions-
transparenz im Verhältnis zum Anleger nicht mehr zur Ruhe gekommen. Viele Juristen schlossen aus der vorgenannten Kick-back-Entscheidung, dass unabhängig vom Produkt und dem Vermittler beziehungsweise Beratungsunternehmen eine detaillierte und individuelle Aufklärungspflicht im Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunden über die jeweilige Provision statuiert worden wäre.

Dem gegenüber hielten andere – nicht zuletzt Bankenvertreter – das Urteil für eine Einzelfallentscheidung. Dieser Argumentation wurde insbesondere ein Urteil aus dem Jahre 2004 (BGH, Urteil vom 12. Februar 2004,

Az.: III ZR 359/02) zugrunde gelegt, bei dem über die offengelegte Provision von elf Prozent hinaus noch eine weitere Innenprovision von 14 Prozent im Raum stand.

Der betreffende Senat des BGH führte in diesem Zusammenhang aus, dass „jedenfalls dann“, wenn die Provision 15 Prozent überschreite, eine generelle Unterrichtungspflicht bestehe. Diese Rechtsprechung wurde dann in weiteren Urteilen bestätigt (vergleiche beispielsweise BGH, Urteil vom 28. Juli 2005, Az.: III ZR 290/04). Danach etablierte sich eine Art Gegenmeinung, welche generell eine Freigrenze von 15 Prozent postulierte, bis zu der Aufklärungsmängel bei Provisionen im Verhältnis zum Kunden folgenlos seien.

Wetteifernde Positionen

Diese beiden Grundpositionen stehen sich nach wie vor mit einigen produktbeziehungsweise anbieterspezifischen Nuancen gegenüber, wobei jede Seite

ihrer Wesentlichkeit für die Beteiligungsentscheidung.

Zweitens wird über den Streit um die Fülle von Einzelentscheidungen oft die Tatsache verdeckt, dass zwischenzeitlich viele Grundlagen dieses Themas nicht mehr strittig und einzelne Bereiche sogar ausdrücklich gesetzlich – zumindest für die Zukunft – geregelt worden sind. Zu den gesicherten Mindestanforderungen gehören folgende Grundsätze:

- Wenn eine explizite Darstellung der Provisionen beziehungsweise des Vertriebsaufwands insgesamt erfolgt, müssen diese Angaben richtig sein. Die halbe Wahrheit stellt also in jedem Fall eine Pflichtverletzung dar. Der scheinbare Ausweg aus dieser Anforderung – nämlich eben auf derartige Angaben zu verzichten – dürfte nur selten gangbar sein. Bei vielen Anlageprodukten schreiben die einschlägigen Spe-

Den Mantel des Schweigens lüften

zwischenzeitliche weitere Urteile für sich in Anspruch nimmt. Bei der Diskussion fällt auf, dass beide Seiten ihre Argumente oft aus einer geradezu moralischen Bewertung des provisionsgestützten Vergütungskonzeptes bei den meisten Kapitalanlagen herleiten.

Die Befürworter einer uneingeschränkten Aufklärungspflicht weisen darauf hin, dass Banken und Vermittler stets ihren Interessenkonflikt im Hinblick auf das Provisionsinteresse zu offenbaren hätten, wohingegen die Gegenposition beispielsweise auf die Üblichkeit und die Unabdingbarkeit angemessener Provisionsabreden für das Funktionieren eines qualifizierten Finanzdienstleistungsvertriebes hinweist.

In diesem Glaubenskrieg werden oft zwei Dinge übersehen. Der Schlüssel zur Lösung des Problems liegt erstens nicht in der grundsätzlichen Bewertung von Provisionen als gut, schlecht oder gefährlich, sondern in der Frage

zialvorschriften einen Ausweis der Vertriebskosten durch den Emittenten beziehungsweise den Prospekt und/oder durch den Vertrieb ausdrücklich vor.

• Entscheidend ist grundsätzlich das „Ob“ der Information, nicht das „Wie“. Die entsprechende Aufklärung kann also auch durch Dritte beziehungsweise den Prospekt oder Angebotsunterlagen erfolgen, wenn die dortigen Angaben richtig und zutreffend sind (vergleiche beispielsweise BGH, Urteil vom 25. September 2007, Az.: IX ZR 320/06). Dabei

wird auch eine zusammengefasste Darstellung beispielsweise als „Kosten der Eigenkapitalbeschaffung u.a.“ zugelassen, ohne dass eine Aufgliederung der Provisionsanteile auf alle Beteiligten im Grundsatz erforderlich wäre. Ausnahmen gibt es in speziellen Fällen, auf die unten noch hingewiesen wird.

Die insoweit recht großzügige Rechtsprechung sollte allerdings in der Praxis nicht überdehnt werden, wie der Fall eines bekannten süddeutschen Medienfonds zeigt. Dort stand bei einem prospektierten Gesamtprovisionsvolumen von zwölf Prozent ein tatsächliches Provisionsvolumen von 20 Prozent in Rede, welches allerdings aus anderen Positionen der dargestellten und insgesamt nicht überschrittenen weichen Kosten bestritten wurde.

Der BGH (Urteile vom 6. November 2008, Az.: II ZR 231/07 und vom 29. Mai 2008, Az.: III ZR 59/07) hat in diesem Fall das Argument nicht gelten lassen, ein etwaiges Fehlverständnis des Anlegers über die genaue Aufteilung der Kostenpositionen sei deshalb irrelevant gewesen, weil insgesamt der prospektierte Anteil der weichen Kosten am Gesamtaufwand nicht überschritten worden wäre.

Grauzone aufhellen

Schon unter Berücksichtigung dieser Grundzüge zeigt sich, dass zwar im Regelfall keine explizite Hinweispflicht auf den eigenen Provisionsanteil des Vermittlers besteht, aber die Frage der Vertriebskosten ein normaler Bestandteil der Pflicht zur generellen Aufklärung über alle anlagewesentlichen Umstände ist. Diese kann allerdings auch durch Dritte beziehungsweise Emissions- und Angebotsunterlagen erfüllt werden.

Die damit verbleibende Grauzone der für den Anleger nicht entscheidungserheblichen und damit nicht aufklärungspflichtigen Informationen wird noch schmaler, wenn die zwischenzeitlich in einigen Bereichen geltenden Spezialregelungen zusätzlich berücksichtigt werden:

• Nach Paragraph 31 d des Wertpapierhandelsgesetzes WPHG sind Wertpapierdienstleistungsunternehmen bei einem – inzwischen nur noch beschränkt zugelassenen – Empfang von Provisionen im Regelfall zur ausdrücklichen Offenlegung gegenüber dem Kunden verpflichtet.

• Bei Lebensversicherungen und Berufsunfähigkeitsversicherungen hat beispielsweise der Versicherer gemäß Paragraph 2 Absatz 1 Nr. 1 VVG-Informationspflichtenverordnung die einkalkulierten Abschlusskosten auszuweisen.

• Weitere Rechtsnormen enthalten ausdrückliche oder verdeckte Offenlegungspflichten. So folgt beispielsweise aus den Paragraphen 675, 667 Bürgerliches Gesetzbuch BGB für Honorarberater oder Vermögensverwalter zumindest mittelbar eine vollständige Aufklärungspflicht über Provisionen, da diese ansonsten mangels ausdrücklicher Gestattung durch den Kunden herauszugeben sind und gegebenenfalls sogar eine strafrechtlich relevante Untreue darstellen könnten.

Bei nüchterner Betrachtung bleibt daher von der eingangs erwähnten scheinbaren 15-Prozent-Freigrenze nicht viel übrig. Gleiches gilt allerdings auch bezüglich der Auffassung, dass Vermittler neben den allgemeinen und zutreffenden Angaben über die Kosten der Kapitalbeschaffung ihre eigenen Provisionsanteile auf Heller und Pfennig vorrechnen müssten. Generell nicht aufklärungspflichtig sind darüber hinaus solche Umstände, welche ihrem wirtschaftlichen Gewicht nach nicht wesentlich für die Entscheidung des Kunden sein können.

Das Oberlandesgericht München hat beispielsweise hinsichtlich eines DLF-Fonds mit Urteil vom 23. Mai 2007 unter anderem entschieden, dass eine dort im Streit stehende Kick-back-Zahlung von deutlich weniger als einem Prozent eines Anteils des Fondsvolumens jedenfalls keine relevante und damit aufklärungspflichtige Größe darstelle. Der BGH hat die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 21. Mai 2008 (Az.: III ZR 174/07) zurückgewiesen.

Joker sticht nicht immer

Nicht immer ist die Provisionsfrage daher der Joker für Anlegeransprüche. Bei wirtschaftlich bedeutsamen Regelungen über Provisionshöhe und Provisionsempfänger gibt es hingegen aber auch keinen geschützten Bereich durch Freigrenzen oder Branchenüblichkeit, sondern vielmehr den allgemeinen Grundsatz, dass alle wesentlichen Umstände zumindest durch einen Beteiligten dem Anleger offenzulegen sind.

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