

Entwarnung light

(RÜCK)VERGÜTUNGEN Ein BGH-Urteil hat die Geltung der Kick-back-Rechtsprechung für unabhängige Vermittler eingeschränkt. Es ist jedoch kein Freibrief.



„Banken ja – freie Vertriebe nein, ist zu einfach.“ **Thomas Zacher**

Nach einer langen Phase der Verunsicherung ging im April 2010 ein Jubel durch die Branche. In seinem Urteil vom 15. April (Az.: III ZR 196/09) hatte der Bundesgerichtshof (BGH) festgestellt, dass bei freien Anlageberatern vom Kunden erwartet werden kann, dass dieser das grundsätzliche Provisionsinteresse seines Gegenübers kennt. Deshalb bestehe „keine Verpflichtung für den Berater, ungefragt den Anleger über eine von ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären“. In verschiedenen Stellungnahmen wurde damit für freie Vertriebe das Ende des Kick-back-Themas eingeläutet. Ebenso wie nach dem Vulkanausbruch in Island sei die Aschewolke jetzt vorübergezogen, urteilten einige Kommentatoren.

Das neue Urteil stellt sicher einen maßgeblichen Meilenstein dar. Es ist nun aber ebensowenig ein Freibrief für die freien Vermittler im Hinblick auf das Thema „Aufklärungspflichten zu Vergütun-

gen“, wie – vorher – die bisherige Rechtsprechung ein Joker für alle Anleger war, mittels des Kick-back-Hebels jede Anlageentscheidung rückgängig zu machen. Einige jüngere Urteile der Instanzgerichte und ein ganz aktueller Beschluss des BGH vom 29. Juni 2010 (Az.: XI ZR 308/09) zeigen auf, dass die Formel „Banken ja – freie Vertriebe nein“ so nicht aufgeht. Vielmehr gelten bestimmte Leitlinien für alle Finanzdienstleister, wobei freie Vertriebe aber regelmäßig erleichterten Anforderungen bei Anwendung dieser Grundsätze unterliegen.

Die Kick-back-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung in Sachen Kick-backs der letzten Jahre beruhte auf zwei unterschiedlichen Ansätzen, welche – auch durch die Gerichte – nicht immer sauber getrennt wurden. Der erste Aspekt war der allgemeine Gedanke der objektgerechten Aufklärung, zu der auch eine Aufklärung über die sogenannten weichen Kosten ge-

hört, welche nicht unmittelbar dem jeweiligen Investitionsgegenstand zugutekommen. Hier war es schon seit jeher so, dass Vertriebskosten – als Bestandteil der weichen Kosten – dem Anleger zur Beurteilung der Renditefähigkeit seiner Anlage dargestellt werden mussten. Vielfach wurde in diesem Zusammenhang auch die sogenannte 15-Prozent-Grenze genannt. Schon im Hinblick auf die objektgerechte Beratung war in mehreren früheren Urteilen darauf hingewiesen worden, dass jedenfalls bei ansonsten nicht genannten Provisionen von mehr als 15 Prozent die Bedeutung für die Werthaltigkeit des Anlageobjektes so groß sei, dass hierüber – auch ungefragt – aufgeklärt werden müsse. Diese Rechtsprechung wurde vielfach so missinterpretiert, als ob es unterhalb einer 15-Prozent-Schwelle überhaupt keine Aufklärungspflicht gebe.

Der aufgeklärte Verbraucher

Ein gedanklich anderer Ansatz zur Rechtfertigung einer Aufklärungspflicht von Provisionen ergab sich zunächst aus einigen Spezialgesetzen, zum Beispiel dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) und auch der Novellierung des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG). In diesen Gesetzen wurde eine konkrete Pflicht zur Nennung der jeweils anfallenden Provisionen ausdrücklich statuiert, um Provisionsätze nicht nur untereinander vergleichbar zu machen, sondern dem Kunden auch deutlich zu machen, dass die Vermittlungsleistungen gegen eine entsprechende Vergütung erfolgen. Gerade dort findet auch ein auf EU-Ebene stark favorisierter Ansatz seinen Niederschlag, der vom Leitbild des aufgeklärten Verbrauchers ausgeht.

Man unterstellt, dass der durchschnittliche Verbraucher alle Umstände und auch das Provisionsinteresse seines Gegenübers in jedem Falle genauestens abwägen werde, um daraufhin die richtige Anlage- oder Versicherungsentscheidung, auch im Vergleich zwischen mehreren Anbietern oder Finanzintermediären, zu treffen. Da zunächst die Rechtsprechung jedoch allein auf die zunächst noch vereinzelt diesbezüglichen Vorschriften in den jeweiligen Spezialgesetzen bezogen wurde, entstand die Auffassung, derart umfassende Aufklärungspflichten würden eben auch nur in diesen speziellen Bereichen gelten. Durch diese Milchmädchenrechnung machte der BGH einen Strich, indem er in seinem Beschluss vom 20. Januar 2009 (Az.: XI ZR 510/07) deutlich machte, dass auch au- ▶

Berhalb dieser spezialgesetzlichen Regelungen eine Bank stets und unabhängig vom konkreten Produkt über die ihr zustehenden Provisionen und sonstigen Vergütungsbestandteile aufzuklären habe.

Dies führte wiederum zu einer Diskussion über eine Zweiklassengesellschaft: Während Anlegerschützer meinten, die Grundsätze zu einer generell und ungefragt bestehenden Provisionsaufklärungspflicht seien lediglich zufällig am Fall einer vermittelnden Bank entwickelt worden und würden selbstverständlich für alle Fälle der Anlageberatung und sogar bloßen Anlagevermittlung gelten, sahen insbesondere die Interessenvertreter der bankenunabhängigen Finanzdienstleistungsbranche einen fundamentalen Unterschied zwischen vermittelnder Bank und vermittelndem freien Vertrieb, den wiederum die banknahen Interessenvertreter bezweifelten.

Schon Ende 2009 kam dabei der BGH beiden Seiten – Banken und freien Vertrieben – wieder ein Stück entgegen. Er urteilte nämlich, dass eine etwaig bestehende Aufklärungspflicht auch dadurch erfüllt werden könne, wenn die entsprechenden Provisionen richtig, vollständig und verständlich in einem Emissionsprospekt dargestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2009, Az.: XI ZR 338/08). Dieses Urteil gilt für Banken und freie Vertriebe.

Bank oder Nicht-Bank?

Die Gretchenfrage lag dann dem eingangs genannten Urteil aus April diesen Jahres zugrunde. Dort musste der BGH konkret zur Frage des Bestehens einer entsprechenden Aufklärungspflicht (auch) bei freien Vertrieben Stellung nehmen. Er verneinte diese mit einer Begründung, welche für Fachleute nach der bisherigen Rechtsentwicklung nicht unerwartet kam, aber – entgegen mancher Interpretationen – nicht lediglich formal bei der Frage Bank oder Nicht-Bank ansetzt: In seiner Begründung führt der BGH nämlich aus, dass es auf das Vorstellungsbild des Kunden ankäme.

Bestehe eine laufende Geschäftsbeziehung – wie regelmäßig bei Banken –, könne der Kunde nicht ohne Weiteres erkennen, dass – gegebenenfalls neben laufenden Gebühren wie Depotverwaltung et cetera – noch ein zusätzliches Provisionsinteresse an der Vermittlung einzelner Kapitalanlagen bestehe. Deshalb könne der Musterkunde, so wie sich der BGH ihn vorstellt, auch nicht konkret nach Provisionen fragen und dann gegebenenfalls eine Abwägung treffen. Beim freien Finanz-

dienstleister sei es hingegen der Regelfall, dass der Kunde von sich aus keine andere Vergütungen oder Provisionen entrichte. Der Kunde müsse deshalb wissen, dass dieser letztlich seine Vergütung nur aus produktseitigen Provisionen erhalten könne. Es sei deshalb am Kunden, gegebenenfalls danach zu fragen – ungefragt bestehe keine Erläuterungspflicht. Der BGH wollte offensichtlich mit diesem Urteil auch eine Lawine wieder eindämmen, welche er mit seiner bisherigen Rechtsprechung losgetreten, in ihren umfassenden Folgen aber vielleicht unterschätzt hatte. Trotzdem ist die jetzige Rechtsprechung keine Bereichsausnahme für die freie Finanzdienstleister, sondern eine Rechtsprechung, die vom – typisierten – Vorstellungsbild des Kunden ausgeht, welches im Einzelfall eben auch anders sein kann.

Zwei Beispiele hierzu aus der jüngsten Rechtsprechung: Das Oberlandesgericht Stuttgart hatte in seinem Urteil vom 4. März 2010 (Az.: 13 U 42/09) bereits kurz vor Bekanntwerden des BGH-Urteils urteilt, dass Aufklärungspflichten für Provisionen auch für allgemeine Anlageberater jedenfalls dann gelten, wenn sie nicht nur eine einzelfallbezogene Vermittlung übernehmen. Auch nach dem neuen BGH-Urteil gibt es daher eine Aufklärungspflicht über Provisionen für freie Berater wie für Banken, wenn diese ständig und dauerhaft ihre Kunden beraten und insbesondere schon hierfür – wie im Fall des Oberlandesgerichts Stuttgart – eine laufende Beratungsgebühr erhalten. Erst recht betroffen sind sogenannte Honorarberater, wobei dort ohnehin eine Doppelvergütung aus Honorar und – nicht offenbarten – Provisionen von Anbieterseite anstößig ist.

Aber auch allgemeine Einschränkungen der Kick-back-Rechtsprechung gelten für Banken und freie Vermittler gleichermaßen. So hat zum Beispiel das Oberlandesgericht Dresden mit Urteil vom 11. Mai 2010 (Az.: 5 U 1178/09) im Hinblick auf Lehman-Zertifikate die Klage gegen eine Bank abgewiesen, weil es sich hierbei um offen für den Kunden erkennbare Vergütungen handelte. Auch der BGH hat in einem relativ wenig beachteten Beschluss vom 25. März 2010 (Az.: III ZR 301/08) eine Nichtzulassungsbeschwerde abgelehnt, in der das betreffende Oberlandesgericht die Kausalität zwischen der fehlenden Aufklärung über die Provisionen und die Anlageentscheidung verneint hatte. Der BGH sah es dabei als durchaus möglich an, dass sich bei genauer Prüfung durch das

Tatsachengericht herausstellen könne, dass die Frage einer Provision des Vermittlers im konkreten Fall für die Anlageentscheidung keine Rolle gespielt hätte. Auch das Oberlandesgericht Celle hat – bei einem erfahrenen Anleger – bereits ähnlich entschieden (Urteil vom 21. April 2010 – Az.: 3 U 226/09).

Freie Vermittler nicht außen vor

Wer allerdings nach den vorstehenden Leitlinien als Bank oder freier Vermittler zur Aufklärung über Rückvergütungen verpflichtet ist, sollte nicht auf die Karte der mangelnden Erkennbarkeit dieser Pflicht in früheren Jahren setzen. In einem aktuellen Beschluss vom 29. Juni 2010 (Az.: IX ZR 308/09) hat der BGH urteilt, dass er lediglich seine schon in den Jahren 1989/1990 begründete Rechtsprechung konsequent fortgesetzt habe.

Damit bleiben auch freie Anlagevermittler bei der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht von Provisionen nicht generell außen vor. Jeder Vermittler muss produktunabhängig:

- richtige Angaben zur Provision machen, soweit (gefragt oder ungefragt) schriftliche oder mündliche Angaben gemacht werden;
- im Rahmen seiner anlageobjektbezogenen Beratung überdies die kalkulierten Vertriebskosten als Teil der weichen Kosten richtig darstellen, wobei es eine generelle Freigrenze von 15 Prozent in dieser Form nicht gibt. Ungefragt muss er seine konkrete Provision allerdings nur dann nennen, wenn die provisionsgestützte Vergütung für den Kunden nicht a priori erkennbar ist, wie zum Beispiel in Fällen der Dauer- oder Honorarberatung. Eine Aufklärung kann dabei auch durch Unterlagen wie zum Beispiel Emissionsprospekte erfolgen.

Schließlich ist eine genaue Angabe zu den Provisionen auch dann erforderlich, soweit dies Spezialgesetze wie das WpHG oder das VVG fordern. Auch insoweit könnte im Übrigen die Freude über eine bisher fehlende allgemeine Aufklärungspflicht zu Provisionen zum Beispiel bei geschlossenen Fonds nur noch begrenzte Zeit andauern. Wenn die Pläne Gestalt annehmen, die geschlossenen Fonds in das WpHG miteinzubeziehen, würden damit auch dort künftig umfassende Offenbarungspflichten miteingeführt. ■

Autor 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.