



Thomas Zacher, Kanzlei Zacher & Partner: „Die Zukunft wird tendenziell eine Pflicht für alle Produkte zur Provisionsangabe bringen.“

Sind die Würfel jetzt gefallen?

DER BUNDESGERICHTSHOF hat in einem aktuellen Urteil nochmals bestätigt, dass im bankenungebundenen Vertrieb keine allgemeine Verpflichtung zur Offenlegung von Provisionen besteht. Damit ist nun – fast – alles geklärt.

Kaum ein Thema aus dem Bereich der Vertriebshaftung hat die Gerichte in den letzten Jahren so beschäftigt wie die Frage nach der Pflicht zur Offenlegung von Provisionen. Im Rahmen des bankgebundenen Vertriebes hat die Rechtsprechung ausgehend zunächst von einigen spezialgesetzlichen Regelungen die Pflicht zur aktiven Offenlegung der konkret bezogenen Provisionen und sonstigen Vorteile aus der (erfolgreichen) Vermittlung gegenüber dem Kunden derart erweitert, dass dort schließlich von einer produktunabhängigen Pflicht zur Offenlegung

gesprochen werden konnte. Kernpunkt zur Begründung dieses Grundsatzes war und ist, dass neben den allgemeinen Anforderungen an anleger- und produktgerechte Beratung – wobei die Vertriebskosten selbstverständlich auch unter dem Aspekt der zutreffenden Information über die weichen Kosten des Produkts eine Rolle spielen können – der Kunde über einen möglichen Interessenkonflikt aufzuklären ist.

Nur durch die konkrete Kenntnis der Provisionshöhe, so argumentiert die Rechtsprechung, kann der Kunde einschätzen, inwieweit der Berater objektiv oder – auch

– im eigenen Provisionsinteresse eine bestimmte Empfehlung ausspricht. In der Praxis wurden im Bezug auf diese Haftungsgrundsätze – gerade auch bei Banken – in den vergangenen Jahren viele Einzelfragen diskutiert. So etwa die Frage, ob diese Rechtsprechung nur bei verdeckten Provisionen „hinter dem Rücken des Kunden“ gilt oder bei schlichter Vermittlungstätigkeit ohne Anspruch einer umfassenden Beratung nicht gilt (was manche Gerichte bejahten). Hierüber wurde auch bereits mehrfach in Cash. (vgl. Cash. 3/2009, S. 123; 5/2009, S. 110; 2/2010, S. 94) berichtet.

Freie Anlageberater ausgenommen

Viel grundsätzlicher stellte sich jedoch die Frage, ob diese Rechtsprechung auch außerhalb des Bankensektors und der durch Spezialgesetze wie zum Beispiel dem Wertpapierhandelsgesetz ausdrücklich geregelten Assetklassen generell auf den freien Vertrieb anwendbar wäre. Nach einigem Hin und Her in der Rechtsprechung hatte der BGH durch Urteil vom 15. April 2010 entschieden, dass freie Anlageberater allgemein keiner Pflicht zur aktiven Offenlegung von Provisionen unterliegen.

Dieses Urteil führte bei denjenigen zu erheblicher Kritik, die schon aus der bisherigen Rechtsprechung eine umfassende und generelle Aufklärungspflicht über Provisionen gegenüber dem Kunden herausgelesen hatten. Sie argumentierten, dass der oben angesprochene Gedanke des Interessenkonfliktes selbstverständlich im bankenunabhängigen Vertrieb eine ebenso große Rolle spiele wie bei den Banken selbst. Auch hier müsse der Kunde davor geschützt werden, möglicherweise provisorientierte Empfehlungen nicht zu durchschauen.

Diese vornehmlich von Anlegerschützern und Verbraucherverbänden in Anspruch genommene Argumentation wurde zum Teil offen oder verdeckt auch von Bankenvertretern gestützt. Das erhoffte Ziel lag dort eigentlich nicht in einer Verschärfung der Rechtsprechung insgesamt, sondern eher darin, auch im Hinblick auf Banken dem Gedanken zum Erfolg zu verhelfen, dass – jedenfalls inzwischen – der aufgeklärte Anleger auch bei Banken ebenso wie beim freien Vertrieb von einem entsprechenden Provisionsinteresse ausgehen muss und dementsprechend nicht aufklärungsbedürftig ist. Diesem Ansatz folgte die Rechtsprechung trotz zahlreicher, zum Teil interessengesteuerter Veröffentlichungen in Fachzeitschriften und auch in ▶

Provisionen: Das hat der BGH entschieden

Die Grundsätze der Rechtsprechung des BGH dürften auf längere Zeit feststehen. Auch für den freien Vertrieb werden in dem Urteil jedoch deutlich die Bedingungen und Grenzen dieser Rechtsprechung hervorgehoben:

- Wenn konkrete Angaben zu Provisionen gemacht werden, müssen diese stets richtig sein (auch wenn keine Pflicht zur aktiven Aufklärung bestand).
- Dasselbe gilt bei konkreter Nachfrage des Kunden.
- Ebenso wie zutreffende Angaben im Emissionsprospekt oder in anderen Unterlagen ein taugliches Mittel zur Aufklärung über Provisionen sein können, müssen ggf. unrichtige oder unvollständige Angaben in den

Verkaufsunterlagen vom Vermittler richtiggestellt werden.

- Ab einem (nicht durch Unterlagen offengelegten) Provisionsanteil von 15 Prozent des Kapitals besteht – aus dem Gedanken der produktgerechten Aufklärung – trotzdem eine Aufklärungspflicht.
- Entsprechendes gilt, wenn durch Spezialgesetze ausdrücklich eine explizite Benennung der Provisionen und sonstigen Vergütungsbestandteile gefordert wird, wie etwa bei Wertpapieren.

► der allgemeinen Presse nicht. Auch dem Gedanken, dass man die verschärfende Betrachtungsweise zu Provisionen jedenfalls nicht für Altfälle aus der Vergangenheit anwenden dürfe, da diese Entwicklung – ohne dass es eine Gesetzesänderung gegeben habe – weder für Banken noch für freie Vertriebe absehbar gewesen sei, folgte die Richterschaft nicht. Einige Gerichte, darunter insbesondere das Oberlandesgericht Düsseldorf, versagten dem BGH sogar die Gefolgschaft bei der milderer Behandlung von freien Vertrieben. In einem vielbeachteten Urteil vom 8. Juli 2010 vertrat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit ausführlicher Begründung die Ansicht, dass die Risikolage für den Kunden bei potenziell provisionsgesteuerter Auswahl des Anlageproduktes bei Banken wie bei freien Vermittlern durchaus vergleichbar sei.

OLG Düsseldorf rebelliert

Die vom Oberlandesgericht Düsseldorf zugelassene Revisionsentscheidung wurde mit Spannung erwartet. Je nach Interessenlage wurde erhofft, dass der BGH seine Differenzierung zwischen verschiedenen Vertriebswegen aufgeben würde, entweder im Sinne einer generellen Abkehr von der Offenbarungspflicht über Provisionen oder einer Aufgabe der „Privilegierung“ des freien Vertriebs gegenüber den Banken. Tendenzen in der vorausgegangenen Rechtsprechung schienen für eine Verschärfung der Haftung zu sprechen.

In verschiedenen Urteilen hatte der BGH anderen juristischen Begründungen, welche zu einer Abmilderung der

Haftung für die Vergangenheit geführt hätten, eine klare Absage erteilt. Damit schien für manche eine generell härtere Linie des BGH vorgezeichnet. Nicht zuletzt in Cash wurde dagegen darauf hingewiesen, dass die Richter des 3. Senates bei freien Finanzdienstleistern durchaus von einer generellen Erkennbarkeit des Provisionsinteresses für den Durchschnittskunden ausgingen und deshalb aus dortiger Sicht nicht eine „Bereichsausnahme“ auf der Kippe stand, sondern dass der grundlegende Gedanke des Schutzes nur berechtigten Vertrauens beziehungsweise berechtigter Unkenntnis des Kunden kaum in einem neuen Verfahren anders beurteilt werden würde.

Dies bestätigt das nun vorliegende Urteil vom 3. März 2011. Der BGH setzt sich mit der Kritik aus Literatur und Praxis und auch der abweichenden Begründung des Oberlandesgerichts Düsseldorf offensiv auseinander. Er bestätigt – eindeutig – seine Rechtsprechung mit dem Gedanken, dass beim bankenunabhängigen Vertrieb ein Vertrauen auf die kostenlosen Dienste des Beraters im Regelfall nicht gerechtfertigt sei. Auch der nur durchschnittlich erfahrene Anleger könne und müsse erkennen, dass der notwendige Verdienst für den Vertrieb nur aus dem an den Produktgeber gezahlten Anlagebetrag entnommen werden könne. Dies sei im Regelfall hingegen bei Banken nicht der Fall, da dies bei einer dauernden Dienstleistungsbeziehung, wie bei Banken üblich, nicht offenbar würden.

Nicht die formale Unterscheidung zwischen Bank oder freiem Vertrieb ist damit der Ausgangspunkt der Rechtsprechung

für den BGH, sondern die Frage des schutzwürdigen Interesses des Kunden. In einer typisierenden Betrachtungsweise führt er aus, dass bei freien Anlageberatern von einer Unkenntnis des Anlegers über das Provisionsinteresse oder einer gar „heimlichen Verprovisionierung“ nicht die Rede sein könne. Dementsprechend könne dem Kunden auch zugemutet werden, konkret nach der Provisionshöhe zu fragen, wenn diese für ihn ein entscheidendes Kriterium bilde.

In diesem Zusammenhang erteilt der BGH nicht nur einer allgemeinen Offenbarungspflicht eine Absage, sondern auch einem etwaigen Herausgabeanspruch für erhaltene Provisionen. In jüngster Zeit hatten sich Fälle gehäuft, in denen (frühere) Kunden versucht hatten, die vom Vermittler empfangenen Provisionen von diesen unter Berufung auf das Auftragsrecht des BGB herauszuverlangen.

Pflicht zur Provisionsangabe

Damit sind höchstrichterlich für die Vergangenheit die Würfel für den freien Vertrieb gefallen. Ob die Differenzierung des BGH in ihrer Begründung überzeugt, mag weiterhin zweifelhaft sein. Mancher hätte sich für die Vergangenheit eine von der Vertriebsform unabhängige Regelung in der Rechtsprechung gewünscht, welche allerdings erst nach dem Einsetzen der konkreter werdenden Rechtsprechung nach der Jahrtausendwende eine solche Pflicht für alle Vertriebswege eingeführt hätte. Diese wird es allerdings in der Zukunft auf gesetzlicher Grundlage für einen weiteren wichtigen Bereich geben. Der Vertrieb geschlossener Fonds wird zukünftig nach dem Vorbild der Aufklärungs- und Informationspflichten bei Wertpapieren gestaltet. Diese umfasst auch die Kundeninformation über das konkrete Provisionsinteresse. Ähnliche Tendenzen sind für andere Anlageprodukte absehbar. Die Zukunft wird daher tendenziell für alle Produkte eine explizite Pflicht zur Provisionsangabe bringen. Wenn diese vorher klar gesetzlich geregelt sowie bekannt gemacht worden ist und kein Raum für Interpretationsakrobatik mehr besteht, werden Banken und freie Vertriebe damit leben können. Womit die Gleichbehandlung im Ergebnis doch wieder hergestellt wäre. ■

Autor Professor Dr. jur. **Thomas Zacher** ist Partner der Kanzlei Zacher & Partner Rechtsanwälte, Professor an der FHDW in Bergisch Gladbach.