

GPC Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

„Kick-Back“-Entscheidung des BGH 2.0:

Vertriebserfolg und Provisionstransparenz – ein Widerspruch?



Ein Gespenst geht um in Deutschland: Wer im Vertrieb nicht über Rückvergütungen bzw. Provisionen aufklärt, dem droht der Regress. Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) macht deutlich, dass dabei außerdem nicht mehr zwischen Kapitalanlagen des regulierten Marktes einerseits und des „Grauen Kapitalmarktes“ andererseits unterschieden werden kann. Schon sind vor diesem Hintergrund besorgte Stimmen aus dem Markt zu hören: „Lässt sich denn dann als Finanzberater überhaupt noch Geld verdienen?“ Eindeutig „Ja“, meinen die Autoren und geben im folgenden Artikel Hinweise darauf, welche praktischen Konsequenzen die aktuelle Rechtsprechung auf das eigene Vertriebs- und Beratungsverhalten hat. Mut macht auch ein aktuelles Urteil des Oberlandesgerichts Celle, wonach die neuen Grundsätze des BGH nicht ohne weiteres auf den freien Anlagevermittler übertragbar sein sollen.



GPC Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
 Dudenstrasse 10, 10965 Berlin
 Telefon: +49 30 680857
 Telefax: +49 30 680857-29
 Web: www.gpc-law.de

Vertrieb von Wertpapieren: Wohlverhaltensregeln durch MiFID & Co.

Zur Gruppe des regulierten Kapitalanlagemarktes gehören in erster Linie Wertpapiere, darunter auch Anteile an Investmentfonds. Deren Vertrieb unterliegt den besonderen Regeln des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG). Durch die EU-Finanzmarkttrichtlinie (besser bekannt als Markets in Financial Instruments Directive oder kurz MiFID) wurden insbesondere die Wohlverhaltensregeln des WpHG verschärft und im Jahre 2007 um besondere Verhaltens- und Transparenzpflichten ergänzt. Danach dürfen beim Vertrieb von Wertpapieren „Zu-



wendungen“ nur noch unter engen Voraussetzungen gewährt werden. Unter Zuwendungen sind hier vor allem Geldzahlungen aus Provisionen zu verstehen, es kann sich aber auch um Sachleistungen wie Incentives o.ä. handeln. Diese „Zuwendungen“ sind nur noch dann zulässig, wenn diese vor der Beratung und Vermittlung dem Kunden deutlich offen gelegt wurden.

„Grauer Kapitalmarkt“: MiFID-freie Zone

Zur Gruppe des so genannten „Grauen Kapitalmarkts“ gehören insbesondere die Kommanditbeteiligungen an Publikumsgesellschaften (Geschlossene Fonds). Da die Vermittlung von Geschlossenen Fonds keine Wertpapiervermittlung ist, gelten die WpHG-Regeln und damit auch die neuen Wohlverhaltensregeln hier auf den ersten Blick nicht. Eine gesetzliche Pflicht zur Offenlegung von Zuwendungen gibt es daher nicht.

„Kick-Back“-Entscheidung des BGH: Kostentransparenz gegenüber dem Kunden

Eine Pflicht zur Offenlegung von Zuwendungen bzw. Rückvergütungen ergab sich auch aus der Rechtsprechung und zwar bereits schon vor den neuen WpHG-Regeln der MiFID. Spätestens seit der „Kick-Back“-Entscheidung des BGH vom 19. Dezember 2006 (Aktenzeichen: XI ZR 56/05) besteht eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen. Unter Rückvergütungen sind hier die Provisionen zu verstehen, die vom Produktgeber an den Vermittler zurück fließen. Werden Kunden über Kapitalanlagen beraten und Investmentfondsanteile empfohlen, so muss laut diesem Urteil über verdeckte Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen und jährlichen Verwaltungsgebühren aufgeklärt werden. Werden Anlageempfehlungen abgegeben und wird dabei an den empfohlenen Investmentfonds durch Rückvergütungen verdient, sind die Interessen des Kunden dadurch gefährdet. Denn es besteht die Gefahr, dass die Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse abgegeben werden, sondern auch in dem Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten. Da das Gericht seine Entscheidung auf die Wohlverhaltenspflichten des WpHG gestützt hatte, hätte man vermuten können, dass die Offenlegungspflicht der Kick-Back-Entscheidung nur für den Vertrieb von Wertpapieren (z.B. Investmentfonds) Bedeutung hat.

Ausdehnung der „Kick-Back“-Entscheidung auf Geschlossene Fonds

In einer neueren Entscheidung vom 20. Januar 2009 (Aktenzeichen: XI ZR 510/07) stellt der BGH nunmehr aber ausdrücklich klar, dass es für die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen keinen Unterschied macht, ob Investmentfonds oder Geschlossene Fonds vertrieben werden. Der Interessenkonflikt sei in beiden Fällen gleich. Unabhängig von der jeweiligen Höhe begründen Rückvergütungen einen Interessenkonflikt, über den der Kunde aufgeklärt werden muss. Der Anleger muss in die Lage versetzt werden, das Umsatzinteresse seines Beraters einzuschätzen. Er muss beurteilen können, ob die Beteiligung nur wegen des Verdienstes empfohlen wird. Der Anleger sei darüber aufzuklären, wenn ein erheblicher Anreiz besteht, Anlegern die betreffende Beteiligung zu empfehlen. Der erhebliche Anreiz ergibt sich nach Ansicht des BGH dann, wenn für die Vermittlung der betreffenden Beteili-

gung das Agio in voller Höhe zufließt. Der Interessenkonflikt werde noch gesteigert, wenn für die Übernahme einer Platzierungsgarantie eine Vergütung von beispielsweise 3% des Kommanditkapitals und für die Erfüllung von festgelegten Platzierungsquoten eine zusätzliche Vermittlungsgebühr bezogen werde.

Keine Beschränkung auf Banken

Damit ist spätestens klar: die Offenlegungspflicht gilt unabhängig von den Wohlverhaltensregeln des WpHG. Somit dürften nicht nur die den WpHG-Regeln unterliegenden Unternehmen wie bspw. Banken zur Offenlegung von Zuwendungen bzw. Rückvergütungen verpflichtet sind. Auch selbständige Berater sollten bei der Vermittlung von Kapitalanlagen über Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Gebühren aufklären.

Ein aktuelles Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Celle vom 11. Juni 2009 (Aktenzeichen: 11 U 140/08) versucht jedoch, einer unterschiedslosen Ausuferung von Aufklärungspflichten über Vergütungen Grenzen zu setzen. Das Gericht hat entschieden, dass die Rechtsprechung des BGH, wonach eine Bank im Rahmen eines Anlageberatungsvertrages über Rückvergütungen aufklären muss, eben nicht auf Verträge mit "allgemeinen" Anlageberatern übertragbar sei. Dabei machen die Richter in Celle den Unterschied zwischen der Beratung durch eine Bank und der eines freien Anlageberaters sehr deutlich.

Ein Bankkunde müsse nämlich nicht zwingend damit rechnen, dass die Bank Rückvergütungen für ihre Vermittlungstätigkeit erhält. Bei Banken sei es vielmehr durchaus möglich, dass die Anlageberatung eine Serviceleistung im Rahmen der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Kunden und der Bank darstellt. Dieser Umstand stelle einen grundlegenden Unterschied zum Marktauftritt eines freien Anlageberaters dar, bei dem es für den Kunden klar erkennbar sei, dass er sich über Provisionen aus den vermittelten Geschäften finanziert und daher auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Vermittlung habe. Dann fügt das Gericht noch hinzu, was viele Kunden gerne verdrängen: dem Kunden müsse klar vor Augen gestanden haben, dass der Anlageberater ein Entgelt von dem Fondsbetreiber für die „Vermittlung“ der Anlage erhielt. Denn der Kunde habe unstreitig dem Anlageberater für seine Tätigkeit nichts bezahlt. Da der Anlageberater als Wirtschaftsunternehmen nicht unentgeltlich tätig sein kann, musste sie die Vergütungen von den jeweiligen Fondsgesellschaften erhalten. Das Urteil trifft damit einen sehr wichtigen Punkt: Banken und freie Anlagevermittler sind nicht gleichzusetzen.

Das Urteil lässt also hoffen. Gegen das Urteil wurde allerdings zwischenzeitlich Revision beim BGH eingelegt. Es ist also noch nicht rechtskräftig. Der BGH wird nun die Frage zu klären haben, ob diese Differenzierung zulässig ist oder ob auch freie Vermittler über Rückvergütungen aufzuklären haben und in welchem Umfang. Die Argumentation des OLG Celle erscheint schlüssig und tragfähig. Jedoch ist die BGH-Rechtsprechung in den letzten Jahren eher als „kundenfreundlich“ einzustufen, so dass es durchaus denkbar ist, dass der BGH auch dem freien Anlageberater solche Aufklärungspflichten zuspricht.

Der einfache Ausstieg aus fehlgeschlagenen Kapitalanlagen

Hat der Anlageberater jedoch bei der Vermittlung von Kapitalanlagen über Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Gebühren etc. nicht aufgeklärt und der BGH bestätigt seine Rechtsprechung auch für die freien Anlageberater, dann ist den Kunden ein leichter Ausstieg möglich. Denn es ist vollkommen unerheblich, wie die Beratung ansonsten verlaufen ist. Der Ablauf und Inhalt des Beratungsgesprächs, der Zeitpunkt der Übergabe und die Inhalte des Prospekts, Risikoveranlagung des Kunden usw. spielen dann schlicht keine Rolle mehr. Der Berater kann in diesen Punkten alles richtig gemacht haben und dennoch kann der Kunde wegen fehlender oder unzureichender Aufklärung über die bezogenen Provisionen des Vermittlers Schadenersatz fordern. Er kann verlorene Einlagen, Zinsverluste sowie wirtschaftliche und steuerliche Nachteile ersetzt verlangen. Praktisch bedeutet das, dass Kunden, die unzufrieden mit Ihrer vermittelten Kapitalanlage sind, nunmehr ein einfacher Weg zum Ausstieg zur Verfügung steht. Erste Anlegerschutzanwälte weisen ihre Mandanten bereits ausdrücklich auf diese Möglichkeit entstandene Verluste auszugleichen hin. In anhängigen Prozessen wird die neue Kick-Back-Rechtsprechung auch bereits von Anlegern eingebracht. Das ist das Brandgefährliche für jene Berater, die vor den Konsequenzen dieser BGH-Rechtsprechung ihre Augen verschließen. Die eigenen Beratungs- und Vermittlungsprozesse müssen daher auf diese Rechtslage angepasst werden. Jedes andere Verhalten führt zu einem hohen wirtschaftlichen Risiko, da ggf. Schadensersatzansprüche von Kunden aus mehreren vergangenen Jahren noch geltend gemacht werden könnten.

Die „Kick-Back“-Entscheidung gilt nur für Anlageberater

Die Rechtsprechung unterscheidet beim Verkauf von Kapitalanlagen zwischen Anlagevermittlung und Anlageberatung. Da die Aufklärungspflicht bezüglich der Rückvergütungen aus dem Beratungsvertrag mit dem Kunden resultiert, gilt diese nur für Anlageberater. Ein Anlagevermittler hingegen ist nur zur „produktgerechten“ Beratung - also richtigen und vollständigen Information über das Kapitalanlageprodukt - verpflichtet. Zur Bewertung der für den Kunden entscheidenden Umstände ist er nicht verpflichtet. Ein Anlageberater dagegen ist unabhängiger individueller Berater des Kunden. Er ist nicht nur zur Produktinformation, sondern auch zur „anlegergerechten“ Beratung verpflichtet. Der Anlageberater muss die für den Kunden entscheidenden Umstände unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse fachkundig bewerten und beurteilen. Zum Kunden entsteht so – allein durch entsprechendes Handeln – ein Beratungsvertrag. Maßgeblich für die Unterscheidung zwischen Anlagevermittlern und Anlageberatern ist die Sicht des Kunden. Daher können das Auftreten gegenüber dem Kunden und eine entsprechende Gesprächsführung einen vermeintlichen Anlagevermittler aus Sicht des Kunden zum Anlageberater machen.

Anlagevermittler: nur überdurchschnittliche Provisionen sind aufzudecken

Anlagevermittler müssen dagegen über Interessenkonflikte durch Rückvergütungen nicht in jedem Fall aufklären, denn bei ihnen erwartet der Kunde regelmäßig keine umfassende Beratung und er weiß, dass die Aussagen des Vermittlers wer-

benden Charakter haben. Der Kunde ist gegenüber einem Vermittler stärker auf sich gestellt. Nach einer Entscheidung des BGH vom 12. Februar 2004 (Aktenzeichen: III ZR 359/02) müssen Anlagevermittler über Innenprovisionen bei dem Vertrieb von Geschlossenen Fonds nur aufklären, wenn diese überdurchschnittlich sind. Denn der Kunde braucht nur mit einer „üblichen“ Provisionshöhe zu rechnen. Jedenfalls wenn mehr als 15% Provision gezahlt werden, ist diese Grenze aus Sicht des BGH überschritten.

Nur Anlagevermittler zu sein, kann also aus Aufklärungs- und Haftungsgesichtspunkten dem Vermittler durchaus Vorteile bieten. Wer sich für dieses Geschäftsmodell entscheiden, der muss seine Dienstleistung aber auch konsequent darauf ausrichten. Werbeslogans wie „Wir optimieren Ihre Finanzen“, „Die beste Lösung für unsere Kunden aus einer breiten Produktauswahl“ deuten darauf hin, dass man als Anlageberater auftritt und gehören aus dem Marktauftritt verbannt. Wer nicht sicher sein kann, im Haftungsfall als Anlagevermittler eingestuft zu werden, sollte sicherheitshalber die Offenlegungspflicht eines Anlageberaters erfüllen.

Anlageberater: Aufklärung, Dokumentation und hohe Dienstleistungsqualität sind gefordert

Doch wie kann ein Anlageberater die Haftungsrisiken minimieren? Zukünftig gilt: Kunden sind konsequent auf den Interessenkonflikt durch die Rückvergütungen hinzuweisen. Dabei ist es nicht ausreichend, allein auf die Angaben im Prospekt zu setzen. Der Prospekt genügt ohnehin nur, wenn er so rechtzeitig vor Abgabe der Beitrittserklärung übergeben wurde, dass der Anleger sich mit dem Inhalt vertraut machen konnte. Im Übrigen muss der Prospekt geeignete Hinweise auf die Rückvergütungen enthalten und darf diese nicht verschleiern. Beim üblichen Umfang der Prospekte ist zu bezweifeln, ob diese Anforderung aus Anlegerschutzsicht erfüllt ist. Es ist daher zu empfehlen, künftig von sich aus und ungefragt konkret über die Rückvergütungen aufzuklären, z.B. im Rahmen der Kundenbefragung und -beratung. Steht der Umfang einer Rückvergütung vorab noch nicht fest (z.B. Erfolgsboni), so ist es jedenfalls nach den WpHG-Regeln ausreichend, die Art und Weise der Berechnung dieser Rückvergütungen offen zu legen. Einer eventuellen Haftung entgeht man aber selbst bei vollständig erfolgter Aufklärung nur, wenn die Beratung inklusive Hinweisen auf die Rückvergütungen mittels einer Dokumentation auch später noch bewiesen werden kann. Nehmen Sie also erfolgte Aufklärungen über Rückvergütungen in die Dokumentationen auf und archivieren Sie diese gut.

Auch wenn das OLG Celle eine vermittlerfreundliche Entscheidung getroffen hat, sollten diese Grundsätze schon jetzt beherzigt werden. Auch wenn gute Argumente für eine Bestätigung des Urteils durch den BGH sprechen, herrscht erst Klarheit, wenn der BGH über diese Revision entschieden hat. Viele hat die Entscheidung des BGH vom 19. Dezember 2006 überrascht. Es ist daher nicht auszuschließen, dass der BGH die Entscheidung des OLG Celle mit der Begründung aufhebt, auch freie Anlageberater müssten die neu formulierten Grundsätze zur Kostentransparenz beachten. Solange der BGH keine Entwarnung gibt, sollte die Aufklärung ohne Wenn und Aber erfolgen.



Angesichts dieser Offenlegungspflicht begegnen den Verfassern regelmäßig besorgten Rückfragen: „Wie soll ich dann noch erfolgreich Vertrieb machen, wenn der Kunde meine Vergütung kennt?“ Doch ist das wirklich ein Problem oder zeugt diese Frage nicht eher von einer zu geringen Überzeugung von der eigenen Dienstleistung? Auch bei anderen qualifizierten Dienstleistern (Rechtsanwälten, Steuerberatern, Ärzten...) ist bekannt, was deren Tätigkeit kostet. Doch in diesen Fällen zahlen die Menschen deren Vergütung, weil sie die Tätigkeit als wertvoll einschätzen. Darauf kommt es also an. Dem Kunden sollte deutlich gemacht werden, was sein Berater für diese Vergütung alles leistet. Anlageberater „verkaufen“ eben nicht wie Anlagevermittler nur Finanzprodukte, sondern individuelle und werthaltige Beratungskonzepte und eine aktive Kundenbetreuung. Dies kann erfolgreich nur leisten, wer an einer langfristigen Kundenbindung arbeitet und den Kunden durch überzeugende Beratungsdienstleistungen – nicht nur in der Phase des Abschlusses – bindet. Berater können einiges tun: Kunden sollten mindestens einmal jährlich besucht werden. Auch kann es hilfreich und förderlich sein, auch einmal ohne Abschluss aus solchen Folgegesprächen zu gehen. Der Kunde wird es durch Treue danken, denn er spürt, der Berater meint es ernst mit der Kundenbetreuung und ist eben nicht „nur“ Verkäufer. In einer intakten Kundenbeziehung sinkt auch die Gefahr, dass der Kunde bei anderen Beratern „fremd“ geht. Gleichzeitig erhöht sich dadurch die Cross-Selling-Quote. Das wiederum ist auch notwendig, um wirtschaftlich erfolgreich ein solches Beratungskonzept anbieten zu können. Professionelle Anlageberatermärkte (z.B. Großbritannien) machen es vor: Anlageberater konzentrieren sich auf mittlere bis gehobene Kunden und sorgen durch Kundenpflege dafür, dass durchschnittlich 3.x Verträge pro Kunde im Bestand vorhanden sind (üblich sind derzeit in Deutschland eher 1.x). Auf dieser Basis können Vermittler auch mit „nur“ 200-300 Kunden sechsstellige Nettoeinkünfte p.a. generieren.

Anlageberater werden als Unternehmer stark gefordert, müssen im Fachwissen in vielen Gebieten sicher sein, ihre rechtlichen Pflichten gut kennen und gegenüber dem Kunden überzeugend kommunizieren. Alle diese Punkte sind beherrschbar und Schulungen, Training und Erfahrungsaustausch mit Anderen führen hier zum Ziel.

Unwissenheit schützt vielleicht vor Haftung

Die bisher beschriebenen Maßnahmen kann man natürlich nur noch für die Zukunft gestalten. Was ist nun, wenn Vermittler von Kunden für Anlageberatungen in der Vergangenheit in die Haftung genommen werden sollten und sie damals keine Aufklärung über Rückvergütungen vorgenommen haben? In solchen Fällen empfiehlt sich in jedem Fall die unverzügliche Kontaktaufnahme zu einem versierten Rechtsanwalt. Denn eine vorschnelle Äußerung gegenüber dem Kunden oder dessen Rechtsvertreter kann die Aussichten auf Abwehr dieser Schadenersatzansprüche schnell zu Nichte machen.

Für eine Haftung muss die Aufklärungspflicht zumindest fahrlässig verletzt worden sein. Daran fehlt es, wenn man nicht weiß oder nicht wissen musste, dass die Kunden über Rückvergütungen aufzuklären sind. Jedoch handelt man schon dann fahrlässig, wenn man sich erkennbar im Grenzbereich des

rechtlich Zulässigen bewegt. Dass die rechtliche Zulässigkeit der eigenen Vertriebstätigkeit von einem Gericht anders beurteilt werden könnte, muss ernsthaft in Betracht gezogen werden. Das Risiko, dass dies höchstrichterlich noch nicht geklärt ist, muss der Berater und nicht der Kunde tragen. Jedenfalls für Fälle vor der Kick-Back-Entscheidung im Jahre 2006 besteht eventuell die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, dass man – auch mangels Information durch den Produktgeber – keine Anhaltspunkte für eine entsprechende Rechtsprechung des BGH hatte. Hier könnte einem selbständigen Vermittler zugute kommen, dass er – im Gegensatz zu Banken oder Finanzdienstleistungsinstituten – insoweit über keinen juristischen Sachverstand verfügt.

Ohne besonderen finanziellen Anreiz fehlt die Ursächlichkeit

Auch wenn die Offenlegungspflicht der „Kick-Back“-Entscheidung nicht auf Banken und bankähnliche Institutionen etc. beschränkt sein sollte, bieten die Unterschiede im Vertrieb eventuell Raum für Argumentationen. Denn die fehlende Aufklärung über die Rückvergütung muss bei dem Kunden auch zu dem Schaden geführt haben, also ursächlich gewesen sein. In der Kapitalanlagevermittlung stellt sich das Problem, dass diese Ursächlichkeit grundsätzlich zu Lasten des Beraters vermutet wird. Es liegt also an dem in die Haftung genommenen Anlageberater, diese Vermutung zu widerlegen. Hierfür muss bewiesen werden, dass der Kunde bei korrekter Aufklärung über die Rückvergütung die Beteiligung dennoch gezeichnet hätte. Erhält der freie selbständige Vermittler außer einem Anteil aus dem Ausgabeaufschlag keine weiteren Vergütungen, ließe sich dies u. U. darlegen. Auch könnte argumentiert werden, dass die Vergütung des Beraters einer üblichen Vergütung entspricht und war z.B. bei dem konkreten Produkt nicht höher als bei anderen. Dann bestand kein besonderer finanzieller Anreiz, gerade den vermittelten Fonds dem Kunden anzubieten. In diese Richtung hat z.B. das Landgericht Itzehoe kürzlich in einem Urteil vom 06. August 2009 (Aktenzeichen: 7 O 39/09) argumentiert. Gleiches ist denkbar, wenn der Berater sich der konkreten Vergütung nicht bewusst sein konnte und ihm damit nicht bekannt war, ob ein erheblicher Anreiz für die Vermittlung des Produktes überhaupt bestand.

Alles hat ein Ende: Verjährung

Im Übrigen besteht die Chance, dass der Schadensersatzanspruch des Kunden verjährt ist. Die dreijährige Verjährungsfrist des WpHG ab dem Zeitpunkt der Vermittlung ist auf den Vertrieb von geschlossenen Fonds leider nicht anwendbar. Auch die dreijährige Verjährungsfrist nach allgemeinem Verjährungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) beginnt erst, wenn der Kunde weiß, dass man ihn über eventuelle Rückvergütungen hätte aufklären müssen. Es gibt aber im allgemeinem Verjährungsrecht des BGB noch eine zehnjährige Verjährungsfrist. Diese könnte zu dem Zeitpunkt begonnen haben, in dem der Kunde über die Rückvergütungen hätte aufgeklärt werden müssen, also vor dem Erwerb der Kapitalanlage. Für Geschlossene Fonds, die im Jahre 1998 vermittelt wurden, besteht daher die Chance, sich erfolgreich auf die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen unterlassenem Hinweis auf die Rückvergütungen zu berufen.