

Offenlegung von Provisionen im Finanzvertrieb – Eine unendliche Geschichte? (Teil I)

– RA Dr. Udo Brinkmüller, BMS Rechtsanwälte/Düsseldorf –

Seit Jahrzehnten ist das Thema der Provisionsaufklärung gegenüber Kunden im Rahmen der Anlageberatung Anlass vieler Diskussionen und Klageverfahren. Hierbei wurde von der Rechtsprechung zuletzt grundlegend zwischen freien Anlageberatern und Beratung durch eine Bank unterschieden. Im ersten Teil wird die Rechtslage bis zur Einführung der **Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV)** und der jüngsten Grundlagenentscheidung des **Bundesgerichtshofs (BGH)** vom 03.06.2014 dargestellt. Im zweiten Teil werden die aktuelle Rechtslage für freie Anlagevermittler und -berater sowie die Auswirkungen der jüngsten Rechtsprechung für die Praxis beleuchtet.

Rechtslage vor Einführung der FinVermV

Für den freien, nicht bankmäßig gebundenen Anlageberater besteht – soweit nicht § 31d des **Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG)** eingreift – keine Verpflichtung gegenüber seinem Kunden, ungefragt über eine von ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären, wenn der Kunde selbst keine Provision zahlt und offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung in den Verkaufsunterlagen ausgewiesen werden, aus denen ihrerseits die Vertriebsprovisionen aufgebracht werden (BGH, Urteil vom 15.04.2010, III ZR 196/09). Anders wird die Rechtslage bei der Bankberatung beurteilt. Hier ist der Bankberater nach ständiger Rechtsprechung des BGH aus dem Anlageberatungsvertrag verpflichtet, über die von der Bank vereinnahmte Rückvergütung aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen ungefragt aufzuklären (z. B. BGH, Urteil vom 08.05.2012, XI ZR 262/10). Unter aufklärungspflichtigen Rückvergütungen in diesem Sinne versteht der BGH umsatzabhängige Provisionen, die im Gegensatz zu versteckten Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie z. B. Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt. Hierdurch könne beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen, er könne jedoch das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen. Unklar war die Rechtslage bezüglich sonstiger (Innen-)Provisionen. Wird die Vertriebsprovision nicht offen ausgewiesen, sondern versteckt aus dem Anlagebetrag gezahlt, handelt es sich laut BGH eben nicht um eine Rückvergütung im Sinne seiner Kick Back-Rechtsprechung, sondern um eine versteckte Innenprovision (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2011, XI ZR 191/10). Man sollte meinen, dass eine solche Zahlung erst recht hinter dem Rücken des Kunden erfolgt und vom BGH daher noch kritischer gesehen und mindestens genauso streng sanktioniert wird.

BGH Urteil vom 03.06.2014: Uneingeschränkte Aufklärungspflicht der Bank ab 01.08.2014

Auch für den aktuellen Fall, der einen Sachverhalt aus 1996 betraf, wollte sich der BGH nicht abschließend festlegen. Der Urteilsbegründung lässt sich zwar entnehmen, dass der BGH zu einer generellen Aufklärungspflicht tendiert. Die Karlsruher Richter gestehen der Bank aber für die Vergangenheit zu, jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt zu haben, wenn sie den Kunden nicht über solche versteckte Innenprovisionen aufgeklärt hat. Den Grund hierfür sieht der BGH darin, dass die Rechtslage hierzu bis zuletzt besonders zweifelhaft und schwierig gewesen wäre. Die Bank musste deshalb bislang mit einer von der Höhe unabhängigen Aufklärungspflicht über den Empfang von Innenprovisionen nicht rechnen (BGH, Urteil v. 03.06.2014, XI ZR 147/12). Durchaus selbstkritisch räumen die Richter dabei ein, einer solchen Fehlvorstellung beratender Banken möglicherweise selbst Vorschub geleistet zu haben, da nach der Rechtsprechung des BGH Anlagevermittler und -berater zur Vermeidung einer unzutreffenden Vorstellung des Anlegers

Ihr direkter Draht ... (Mo.-Do. 15-18 Uhr, Fr. 9-12 Uhr)



02 11 / 66 98 - 164

Fax: 02 11 / 69 12 - 440

e-mail: kmi@kmi-verlag.de

... für den vertraulichen Kontakt

Impressum

markt intern Verlagsgruppe – **kapital-markt intern** Verlag GmbH, Grafenberger Allee 30, D-40237 Düsseldorf. Tel.: +49 (0)211 6698 199, Fax: +49 (0)211 6912 440. www.kmi-verlag.de. Geschäftsführer: Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Rechtsanwalt Gerrit Weber, Dipl.-Ing. Günter Weber. Gerichtsstand Düsseldorf. Handelsregister HRB 71651. Vervielfältigung nur mit Genehmigung des Verlages.

kapital-markt intern Herausgeber: Dipl.-Ing. Günter Weber. Chefredakteur: Redaktionsdirektor Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Redaktionsdirektor Rechtsanwalt Gerrit Weber. Redaktionsbeirat: Dipl.-Ing. Dipl.-Oen. Erwin Hausen, Rechtsanwalt Dr. Axel J. Prümm, Christian Prüßing M.A., Dipl.-Vwt. Dr. Ludger Steckelbach, Rechtsanwalt Harald L. Weber M.A., LL.M. Druck: Theodor Gruda, www.gruda.de. ISSN 0173-3516

von der Werthaltigkeit der Kapitalanlage in der Vergangenheit nur über Innenprovisionen aufklären mussten, die eine Größenordnung von 15 % des Anlagebetrags übersteigen. Denn laut BGH gehört zu den für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umständen, über die der Anleger wahrheitsgemäß, richtig und vollständig aufzuklären ist, auch eine im Anlageprospekt nicht ausgewiesene, an den Vermittler oder Berater gezahlte Innenprovision von 15 % und mehr (BGH, Urteil vom 25.07.2007, XI ZR 320/06); und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Bankberatung oder eine Beratung durch freie Anlageberater handelt.

Der BGH hat sich für die Zukunft jetzt grundlegend festgelegt. Für Beratungsverträge ab dem 01.08.2014 verpflichtet er die beratende Bank, stets über den Empfang **versteckter Vertriebsprovisionen** von Seiten Dritter aufzuklären. Es komme zukünftig nicht mehr darauf an, ob die Provisionen offen ausgewiesen oder im Anlagebetrag versteckt sind. Jedenfalls ab dem 01.08.2014 wäre die Rechtslage laut BGH geklärt, da der Gesetzgeber durch mehrere Gesetzesnovellen in den vergangenen Jahren die Transparenzpflichten von Banken und Finanzdienstleistern bei der Anlageberatung verschärft und spätestens seit Einführung der FinVermV zum 01.01.2013 weitgehend harmonisiert hat. Aus diesem Trend schlussfolgern die Richter, dass vom 01.08.2014 an Banken Anleger über sämtliche von Dritten erhaltene Provisionen aufklären müssen – ungefragt und unabhängig von der Höhe der Provision. Tun sie es nicht, machen sie sich im Zweifel schadensersatzpflichtig (BGH, Urteil vom 03.06.2014, XI ZR 47/12). Zur Einordnung der Tragweite und Grundlage für den zweiten Teil dieses Beitrages werden die tragenden Urteilsgründe kurz dargelegt:

Seit dem 01.01.2013 dürfen sämtliche gewerbsmäßigen Finanzintermediäre im Zusammenhang mit der Vermittlung von nahezu sämtlichen Kapitalanlagen Zuwendungen Dritter nur annehmen, wenn sie diese ihren Kunden offenlegen. Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist seit Einführung des § 31d WpHG im November 2007 die Annahme von Zuwendungen Dritter im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen, worunter insbesondere die Anlageberatung fällt (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 9 WpHG), aufsichtsrechtlich untersagt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Zuwendung dem Kunden nach Art und Umfang offen gelegt wird (§ 31d Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG). Zudem sind mit Wirkung zum 01.06.2012 Vermögensanlagen des sog. Grauen Kapitalmarkts, z. B. Anteile an geschlossenen Fonds, Finanzinstrumente im Sinne des WpHG, weshalb u. a. Banken bei der Anlageberatung und Vermittlung derartiger Vermögensanlagen die Verhaltenspflichten der §§ 31 ff. WpHG und insbesondere § 31d WpHG zu beachten haben. Darüber hinaus gilt seit dem 01.01.2013 für Finanzanlagenvermittler im Sinne des § 34f Abs. 1 Satz 1 GewO mit Einführung der FinVermV laut BGH ein vergleichbares, § 31d WpHG im Wesentlichen nachgebildetes Annahmeverbot von Zuwendungen Dritter.

Zwar sind die in Bezug genommenen gesetzlich verankerten Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur und wirken daher auf das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Finanzintermediär und Kunde grundsätzlich nicht ein. Der BGH hielt es trotzdem für angebracht, den von ihm im Bereich des – aufsichtsrechtlichen – Kapitalanlagerechts festgestellten nahezu flächendeckend vom Gesetzgeber verwirklichten Transparenzgedanken hinsichtlich der Zuwendungen Dritter auch bei der Bestimmung des Inhalts des Beratungsvertrags zu berücksichtigen: *„Das aufsichtsrechtliche Prinzip, dass Zuwendungen Dritter grundsätzlich verboten und allenfalls dann erlaubt sind, wenn diese offengelegt werden, ist daher als Ausdruck eines allgemeinen – nunmehr nahezu flächendeckenden – Rechtsprinzips bei der Auslegung der (konkludenten) Vertragserklärungen zu berücksichtigen. Der Anleger (...) kann aber voraussetzen, dass die beratende Bank die tragenden Grundprinzipien des Aufsichtsrechts beachtet. Mit Zuwendungen Dritter an die beratende Bank, die nicht offengelegt werden, muss der Anleger, mangels abweichender Vereinbarungen, angesichts des aufsichtsrechtlichen Transparenzgebots deshalb ab dem 01.08.2014 nicht mehr rechnen.“*

Selbst bei der Empfehlung einer Bank zum Erwerb von Grundstücken, die nicht in den Anwendungsbereich des WpHG fällt, sei diese jedenfalls ab dem 01.08.2014 verpflichtet, den Anleger über den Empfang von versteckten Innenprovisionen aufzuklären. Das Kapitalanlagerecht ist nach der Überzeugung des Bundesgerichtshofs nunmehr derart geprägt vom Transparenzgebot, dass es künftig nicht mehr darauf ankäme, ob das konkrete Anlagegeschäft tatsächlich unter eines der vom Gesetzgeber explizit aufgestellten aufsichtsrechtlichen Ge- oder Verbote fällt. Welche Auswirkungen diese grundsätzliche Aussage in der Praxis auch für den freien Anlageberater und Anlagevermittler haben dürfte, wird im zweiten Teil des Beitrages vertiefend dargestellt.

Beitrag wird fortgesetzt.

In Europas größter Informationsdienst-Verlagsgruppe...

...erscheinen die wöchentlichen Branchenbriefe:

steuerberater intern
immobilien intern
umsatzsteuer intern
Ihr Steuerberater
steuer@ip GmbH intern
EXCLUSIV (Schweiz)



Bank intern
kapital-markt intern
finanztip
versicherungstip
investment intern
inside track (USA)