

Die Aschewolke zieht vorbei: Zum Ende des Kick-Back-Themas



Freie Berater und Vermittler können tief durchatmen. Mit Urteil vom 15.04.2010 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die so genannte Kick-Back-Rechtsprechung auf sie grundsätzlich keine Anwendung findet (Az. III ZR 196/09). Sie sind daher in aller Regel nicht verpflichtet, den Kunden darauf hinzuweisen, welchen Verdienst sie durch den Abschluss eines Finanzgeschäfts erzielen.



Von Dr. Jochen Strohmeyer,
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
der mzs Rechtsanwälte

Sonntagmorgen um 9:00 Uhr: Sie greifen über den Tresen, um Ihre Sonntagsbrötchen entgegenzunehmen. Doch just in diesem Moment schaut der Bäcker Sie mit sorgenvoller Miene an und spricht: „Obacht, bevor Sie zahlen! Es ist Ihnen schon klar, dass ich an jedem der Brötchen mindestens 7 Cent verdiene, oder?“

Nein, so wird es nie kommen. Dieses gekünstelten Beispiels bedienen sich Juristen nur, um scherzhaft überzogen in die Kick-Back-Problematik einzuführen. Gleichwohl liegt der ernsthafte Kern der Problematik nicht weit entfernt von dem Fall mit den Brötchen. Es geht darum, ob und inwieweit ein Unternehmer seinem Vertragspartner gegenüber verpflichtet sein kann, ihn über die mit dem Geschäft realisierten Gewinne aufzu-

klären. Einig sind sich die Juristen dabei, dass eine solche Pflicht nur in Ausnahmekonstellationen bestehen kann. Mit mehreren Urteilen des Bundesgerichtshofs, von denen das Urteil vom 20.01.2009 hervorgehoben werden soll (Az. XI ZR 510/07), hatte der Gerichtshof letztlich die prinzipielle Frage aufgeworfen, ob womöglich alle Berater als besondere Vertraute ihrer Vertragspartner verpflichtet sein könnten, ihre Verdienste im Zusammenhang mit dem Vertrauensgeschäft offenzulegen. Denn in Bezug auf einen Anlageberatungsvertrag einer Bank mit ihrem Kunden führte er in dem Urteil vom 20.01.2009 aus, dass der Beratungsvertrag die Bank zu einer Aufklärung über die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen des Emittenten verpflichtete. Denn nur so könne ein Kunde beurteilen, ob bei der Anlageempfehlung das Umsatzinteresse der Bank womöglich eine entscheidende Rolle spielt.

Damit war der Stein ins Rollen gebracht: Handelte es sich bei diesem Urteil lediglich um eine enge Ausnahme für Banken und andere Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach dem Wertpapierhandelsgesetz oder sollten auch freie Berater oder gar bloße Vermittler verpflichtet sein, ihre Verdienste offenzulegen?

Die Branche wurde von dem Urteil auf dem falschen Fuß erwischt. Gemeinhin war die Höhe der Provision in

den seltensten Fällen Gegenstand der Beratung, da davon ausgegangen worden war, dass Provisionen nicht aufklärungspflichtig waren, jedenfalls unterhalb der Grenze von 15%. Folglich entwickelte sich das Thema Kick-Back in Windeseile bundesweit zum Thema Nummer 1 vor den Instanzgerichten. Dabei standen die Aktien der freien Berater häufig und vor allem dann schlecht, wenn auch die Verkaufsprospekte keine entsprechend klaren Informationen enthielten. Anders als bei der bis dahin viel breiter diskutierten Thematik der Beraterhaftung sahen sich Akteure der Branche unter dem Spezialproblem Kick-Back einer potentiellen Bedrohung ihrer Existenz ausgesetzt. Denn plötzlich ging es nicht mehr um Beratungsfehler im Einzelfall, sondern um ein strukturelles Risiko.

Die Lösung des Problems durch den Bundesgerichtshof

Der Bundesgerichtshof stellt nun in seinem Urteil vom 15.04.2010 fest, dass die Kick-Back-Rechtsprechung auf freie Berater und Vermittler „grundsätzlich“ keine Anwendung findet. Zur Begründung schließt er sich der wirtschaftlichen Betrachtung der Vorinstanz an, dem Oberlandesgericht Celle (Urteil vom 11.06.2009, Az. 11 U 140/08, siehe AssCompact, Oktober 2009, S. 174). Bei der Beratung in einer Bank – so der Gerichtshof – rechne der Kunde nicht zwingend damit, dass die Bank Rückvergütungen für ihre Vermittlungstätigkeit erhält. Vielmehr sei dort auch möglich, dass die Anlageberatung eine Serviceleistung im Rahmen der allgemeinen Beziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden darstellt.

Ein grundlegender Unterschied bestehe demgegenüber bei der Empfehlung eines Fondsanteils durch einen freien Anlageberater, dessen Beratung vom Kunden nicht unmittelbar vergütet wird. Denn hier liege es für jeden Kunden auf der Hand, dass das beratende Unternehmen die Beratung nicht unentgeltlich durchführt, sondern Vergütungen vom Emittenten erhalten müsse.

Auf dieser Basis kehrt der Bundesgerichtshof die Vorzeichen der Interaktion um. Da dem Kunden das Provisionsinteresse des freien Anlageberaters bekannt sei, sei ihm unschwer möglich, die konkrete Höhe der Provision zu erfragen, sofern ihm mit Blick auf das Provisionsinteresse Zweifel an der anlegergerechten Beratung durch seinen Berater kommen. Demgegenüber könne vom freien Anlageberater nicht verlangt werden, dass er seine Kunden ohne Anlass oder Nachfrage über die Höhe der Provisionen aufklärt.

Welche Aufklärungspflichten bleiben?

Wenn der Jurist das Wort „grundsätzlich“ benutzt, will er sagen, dass es auch Ausnahmen gibt. Vorliegend gibt es drei Ausnahmen bzw. Ausnahmegruppen, die vorstehend schon angesprochen wurden:

Zunächst findet die Kick-Back-Rechtsprechung nicht nur auf Banken Anwendung, sondern auch auf andere Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach dem Wertpapierhandelsgesetz, wie sich aus dessen § 31d ergibt. Zudem sind den Banken auch Vermögensverwalter gleichgestellt, wie sich den Ausführungen des Bundesgerichtshofs in einem schon älteren Urteil aus dem Jahr 2000 entnehmen lässt (Az. XI ZR 349/99).

Aus der Begründung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 15.04.2010 lässt sich sodann auch die zweite Ausnahme ableiten. Spricht der Kunde seinen Berater konkret auf die von ihm generierten Provisionen an, so müssen alle Antworten umfassend und zutreffend sein. Dabei dürfte der freie Berater im Zweifel auch verpflichtet sein, sowohl sein persönliches Provisionsinteresse anzugeben als auch das höherer Vertriebsstufen. Sofern ihm letzteres nicht bekannt ist, muss er auf seine diesbezügliche Unkenntnis und auf etwaige Differenzen zwischen der Höhe der im Verkaufsprospekt ausgewiesenen Provisionen und seinem Anteil daran hinweisen. Die gleiche Aufklärungspflicht besteht zudem, wenn der Kunde mit seinem Berater darüber verhandelt, ihn an den Provisionen zu beteiligen.

Kommt es in den Gesprächen überhaupt nicht auf das Thema Provisionen, so bleibt es bei der alten Rechtslage: Der Anlageberater, aber auch der bloße Anlagevermittler, ist in diesem Fall nur dann zu einer Aufklärung über die Höhe der Provisionen verpflichtet, wenn diese mindestens 15% betragen. Werden die 15% nicht erreicht, besteht eine Aufklärungspflicht dann, wenn sich die Angaben im Verkaufsprospekt als unrichtig oder widersprüchlich darstellen. Dann haben Anlageberater und -vermittler die Rechtspflicht, die Angaben zu korrigieren. Praxisnäher ist aus Sicht des Beraters freilich, den Vertrieb von Kapitalanlagen, die vom Emittenten fehlerhaft beworben werden, umgehend einzustellen.

Praxistipp: Vorsicht in anhängigen Rechtsstreiten

Zum Verdruss vieler Banken, die für die Privilegierung des freien Vertriebs durch das Urteil vom 15.04.2010 wenig Verständnis aufbringen, ist die Kick-Back-Problematik für die freien Berater weitgehend gelöst. Doch es gilt, nicht kurz vor Schluss noch in die abziehende Aschewolke hineinzufliegen. Die Prozesswelle wird sich nicht durch neue Klagen weiter auftürmen. Wie die Praxis zeigt, liegt jedoch gerade in den bereits anhängigen Prozessen häufig der zweite Ausnahmefall vor, dass der klagende Kunde behauptet, dass über die Provisionen gesprochen wurde, er aber nicht vollständig oder sogar falsch aufgeklärt wurde. Zwar wird der Kunde diese Behauptung nur in sehr seltenen Fällen beweisen können. Gleichwohl ist bei der Abwehr derartiger Vorwürfe mit großer Sorgfalt vorzugehen, zumal die Kunden auch versuchen werden, ihren Klagevortrag im Nachhinein an das Urteil vom 15.04.2010 anzupassen. ■