

OLG-Rechtsprechung bestätigt: Keine Offenlegungspflicht von Provisionen für freie Vermittler

– Rechtsanwalt Prof. Dr. Rolf W. Thiel/Hamburg –

In der 'k-mi' Beilage vom 29.05.2009 (vgl. 'k-mi' S 22/09) hat der Verfasser auf die Irritationen im Anschluß an den Beschluß des BGH vom 20.01.09 zu der Kick-Back-Rechtsprechung hingewiesen. Bekanntlich war von interessierten Kreisen die Auffassung vertreten worden, diese Rechtsprechung sei auch auf freie Vertriebe übertragbar und diese könnten gerade bei der Vermittlung geschlossener Fonds rückwirkend wegen Verletzung der Offenlegungspflichten in Anspruch genommen werden! Diesen Einflüsterungen folgten auch zunächst die Berufsverbände, nahmen gleichfalls eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Vertriebe an und erarbeiteten bereits Anpassungen der Beratungsprotokolle.

Der Autor war von Anbeginn dieser Auffassung massiv entgegengetreten und hatte im Einzelnen dargelegt, daß diese Rechtsprechung aus zwingenden sachlichen und rechtlichen Gründen auf Vertriebe und Anlageberater nicht anwendbar ist. Inzwischen war eine Vielzahl von Klagen bei unterschiedlichen Landgerichten anhängig, bei denen die Anleger Schadenersatzansprüche auf eine mangelnde Offenlegung der Innenprovisionen stützten.

Der Verfasser hat diese Auffassung stets als unbegründet zurückgewiesen und in dem 'k-mi'-Special vom 29.05.2009 einige Argumente gegen die Übertragung dieser Rechtsprechung zusammengetragen und hervorgehoben, daß anders als bei Banken der Kunde bei freien Anlageberatern erkennt, daß diese entgeltlich handeln und eine Vergütung vom Emittenten erlangen. Es wird damit eine vertragswidrige Interessenkollision nicht herbeigeführt, sondern eine vertragskonforme Regelung, nach der nicht der Kunde, sondern der Emittent die Vergütung des Beraters entrichtet. Die Offenlegungspflicht von Provisionen für freie Vertriebe wird inzwischen ausdrücklich von mehreren Oberlandesgerichten zurückgewiesen. Beispielgebend ist das Urteil des **Oberlandesgericht Celle** vom 11. Juni 2009:

"Nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs muß eine Bank, die einen Kunden über Kapitalanlagen berät und Fondsanteile empfiehlt, über Rückvergütungen aufklären ... Diese Rechtsprechung ist nach Ansicht des Senats nicht auf die Vermittlung von Fondsanteilen durch allgemeine Anlageberater, deren Beratung von den jeweiligen Kunden nicht vergütet wird, zu übertragen. Ein Bankkunde muß nämlich nicht zwingend damit rechnen, daß die Bank Rückvergütungen für ihre Vermittlungstätigkeit erhält. Bei Banken ist es vielmehr durchaus möglich, daß die Anlageberatung eine Serviceleistung im Rahmen der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Kunden und der Bank darstellt. Dieser Umstand stellt einen grundlegenden Unterschied zu der Position der Beklagten dar, bei der es für den Kunden klar erkennbar ist, daß sie sich über Provisionen aus den vermittelten Geschäften finanziert und daher auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Vermittlung hat. Dem Kläger muß klar vor Augen gestanden haben, daß die Beklagte ein Entgelt von dem Fondsbetreiber für die 'Vermittlung' der streitgegenständlichen Anlage erhielt. Denn er hat unstreitig der Beklagten für ihre Tätigkeit nichts bezahlt. Da die Beklagte als Wirtschaftsunternehmen nicht unentgeltlich tätig sein kann, mußte sie die Vergütungen von den jeweiligen Fondsgesellschaften erhalten."

Auch das **Oberlandesgericht Hamburg** hat in dem Beschluß vom 18.06.2009 die Rechtsprechung des BGH zu Rückvergütungen auf Banken begrenzt. Den Oberlandesgerichten erschien die mangelnde Analogiefähigkeit als evident, und sie haben deshalb auf eine vertiefte dogmatische Begründung verzichten können. Sie hätten bei einer solchen weitergehenden Begründung auch zutreffend darauf verweisen können, daß nach der Rechtsprechung des BGH zur Aufklärung über die Kapitalanlage die Übergabe des

direkt ... Mo. bis Fr. 18 Uhr, Sa. 12 Uhr

02 11 / 66 98 - 164

Fax: 02 11 / 69 12 - 440

e-mail: kmi@markt-intern.de

für das vertrauliche Gespräch

Kapital-markt-intern – Redaktion Verlagsgruppe markt-intern: Herausgeber Dipl.-Ing. Günter Weber; Verlagsdirektoren Bwl.(VWA) André Bayer, Olaf Weber; Redaktionsdirektoren Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Heidi Scheuner; Abteilungsleiter Rechtsanwalt Georg Clemens, Dipl.-Kfm. Christoph Diel, Rechtsanwalt Lorenz Huck, Dipl.-Kfm. Karl-Heinz Klein, Dipl.-Vwt. Hans-Jürgen Lenz, Dipl.-Vwt. Stephan Schenk, Rechtsanwalt Gerrit Weber; Chef vom Dienst Bwt.(VWA) André Bayer.

markt-intern Verlag GmbH, Grafenberger Allee 30, D-40237 Düsseldorf, Telefon 02 11-66 98-0, Telefax 02 11-66 65 83, www.markt-intern.de, Geschäftsführer Hans Bayer, Dipl.-Ing. Günter Weber; Prokuristen Bwl.(VWA) André Bayer, Dipl.-Kfm. Uwe Kremer, Olaf Weber; Justiziar Rechtsanwalt Dr. Gregor Kuntze-Kaufhold, Gerichtsstand Düsseldorf. Vervielfältigung nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlages. Druck: Theodor Gruda GmbH, Breite Straße 29, 40670 Meerbusch. Anzeigen, bezahlte Beilagen sowie Provisionen werden zur Wahrung der Unabhängigkeit nicht angenommen.

ISSN 0173-3516

Prospektes ausreichen kann, wenn dieser nach Form und Inhalt geeignet ist, die relevanten Informationen vollständig, richtig und verständlich dem Anleger zu vermitteln (BGH-Urteil v. 18.01.2007). Diese Rechtsprechung impliziert, daß eine weitere mündliche Aufklärung über die Innenprovisionen nicht verlangt wird, anderenfalls die bloße Übergabe des Prospekts niemals zur Erfüllung der Aufklärungspflichten ausreichen könnte. Das OLG Celle hat die Revision zugelassen, und nunmehr wird der BGH höchstrichterlich die Begrenzung der Offenlegungspflicht auf Banken bestätigen. Die entgegenstehende Meinung wird sich auch nicht auf das Geschäftsbesorgungsrecht stützen können.

Auch gemäß §§ 666, 667 BGB muß durchaus nicht alles herausgegeben und nicht über alles unterrichtet werden ("Alles" ist nicht Alles). Für den Geschäftsbesorgungsvertrag ist die Kombination von fremd- und eigennütigen Komponenten typisch. Die im Innenverhältnis geschuldete Vergütung verbleibt selbstverständlich dem, der die Geschäfte ausführt, und in den Grenzen des Angemessenen ist über die Höhe der Vergütung eine Auskunft nicht erforderlich, wenn der Auftraggeber die Zahlung gerade gewollt dem Dritten überläßt.

Hinsichtlich der Banken ist das Ausmaß der Kick-Back-Rechtsprechung noch nicht in allen Belangen abzusehen. Besondere Aufmerksamkeit haben Urteile des LG Hamburg zu dem Erwerb von Lehman-Zertifikaten gewonnen, wobei die Hamburger Sparkasse erstinstanzlich mehrfach zu Schadenersatz verurteilt wurde. Es ist zu beachten, daß es sich dabei um eine Ausweitung der Rechtsprechung des BGH handelt. Der BGH hatte bislang ausschließlich Zuwendungen als aufklärungspflichtig erachtet, soweit die Bank sie von Dritten als verdeckte Vergünstigung erlangte. Die Hamburger Sparkasse hat allerdings bei den Zertifikaten keine Zuwendung eines Dritten erlangt, sondern lediglich diese Zertifikate mit einer Gewinnmarge weiter veräußert. Das LG Hamburg hat die Kick-Back-Rechtsprechung auf diese bloßen Handelsspannen ausgeweitet und auch insoweit eine Offenlegungspflicht angenommen. Die Analogie ist aus vielen Gründen bedenklich, und es erscheint deshalb auch außerordentlich fraglich, ob diese Urteile der Überprüfung durch das OLG Hamburg standhalten werden. In vertrieblicher Hinsicht ist gegen diese Urteile insbesondere einzuwenden:

- Das LG Hamburg führt in der Begründung aus, daß die Ausweitung auf die Offenlegung von Handelsbanken geboten sei, da ansonsten Provisionen durch Gewinnmargen umgangen werden könnten. Unabhängig von dogmatischen Einwendungen (Zusammenspiel Exekutive und Judikative; gesetzliche Beschränkung auf Drittzuwendungen) wird hier völlig übersehen, daß eine solche Umgehung gerade für geschlossene Fonds (und im Ergebnis auch für Investmentfonds) von vornherein gar nicht in Betracht kommt. Anders als bei Zertifikaten veräußert die Bank bei geschlossenen Fonds keine Beteiligung aus dem eigenen Bestand, sondern beschränkt sich auf eine Vermittlung, so daß auch eine Umgehung von Provisionen durch Gewinnmargen gar nicht möglich ist, zumal die Höhe der Gesellschaftseinlage vertraglich fixiert ist.
- Das LG Hamburg realisiert durchaus ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich der Handelsspanne, unterscheidet insoweit allerdings zwischen dem legitimen Geheimhaltungsinteresse bei dem Verkaufsgespräch und einer Offenlegungspflicht bei dem Beratungsgespräch. In diesem Kontext wird übersehen, daß innerhalb der Anlageberatung Verkaufs- und Beratungsgespräche untrennbar zusammenfließen und sich zu einer Einheit fügen. Die Trennung erscheint völlig gekünstelt, zumal das LG Hamburg an einen Verkauf der Zertifikate anknüpft, mithin das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse hätte berücksichtigen müssen.

Es ist zu erwarten, daß bereits das Oberlandesgericht Hamburg dieser Rechtsprechung zu Gewinnmargen bei dem Verkauf von Zertifikaten deutliche Grenzen setzen wird.

'Fazit': Auch die Gerichte sehen die Frage der Offenlegungspflicht von Provisionen für geschlossene Fonds durchaus differenziert! Während bei Banken der Kunde davon ausgehen kann, daß die Beratung im Rahmen der wirtschaftlichen Beziehung erfolgt, also auf einen Interessenkonflikt in Form von zusätzlichen Provision hinzuweisen ist, muß bei freien Vermittlern der Kunde, der ja keine eigene Vergütung zahlt, ebenso davon ausgehen, daß der Vermittler von der Fondsgesellschaft entlohnt wird, also kein (unbekannter) Interessenkonflikt besteht, sondern ausreichend aufgeklärt wird.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder.

In Europas größtem Informationsdienstverlag...

steuer-tip finanz-tip
kapital-markt intern
Grund intern Bank intern
steuerberater intern
für Steuerberater
EXCLUSIV (Schweiz)

Ausgewählte
Wohnung
Garten
Jugend/Spartan
Auto
Tankstelle
Wasser
Schwimmbad
Mehrfach
Einkauf
Ausstattung
Apothek
Gästehaus
Büro
DDB
Fachhandel
Piano
Fachhandel
Sport
Fachhandel
Elektronik
Fachhandel
Möbel
Fachhandel
Parfüm
Kosmetik
Essenwaren
Jugend/Spartan
Schuh
Fachhandel
Telekommunikation
Seilwaren
Medizin
Pastete
Elektronik
National
Fachhandel
Wahl
Händler
Mittelstand

...erscheinen die wöchentlichen Branchenbriefe:

immobilien intern
versicherungstip
investment intern
recht intern
Anleihen
inside track (USA)