

Die Gestaltungsherrschaft des Bundesgerichtshofs:

# Recht oder Gerechtigkeit?

Rechtsanwalt Dr. Bernd Ochs, ATAX, über Haftungsfragen im Kapitalanlagerecht

Wer hat den schwarzen Peter? Die Bank hat ihn. Ein kleines Exempel über die Auswirkungen der Gestaltungsherrschaft des Bundesgerichtshofs bei Haftungsfragen im Bereich des Kapitalanlagerechts.

**D**er Bundesgerichtshof ist der oberste Hüter für Zivilsachen. Durch die Klärungsbedürftigkeit vieler Rechtsfragen tritt er dabei zugleich auch als Bewahrer und Gestalter der dem Recht zugrundeliegenden Werteordnung auf. Bisweilen führt dies zu kuriosen Ergebnissen, wie die am Rechtsverkehr Beteiligten erfahren müssen. An zwei neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Bereich der Kapitalanlageberatung soll dies veranschaulicht werden.

## Bank muss über Provision informieren

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es anerkannt, dass eine Bank, die einen Kunden über Kapitalanlagen berät und Fondsanteile empfiehlt, bei denen sie verdeckte Rückvergütungen erhält, den Kunden über diese Rückvergütung aufzuklären hat, um ihm einen insoweit bestehenden Interessenkonflikt der Bank offen zu legen. Erst dadurch werde der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen. Bei einer solchen Konstellation seien nach dem Bundesgerichtshof die Kundeninteressen durch die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen gefährdet. Es bestehe nämlich die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten.

## Freier Anlageberater darf Provision verschweigen

Wenn ein Anleger sich hingegen durch einen freien Anlageberater über eine Kapitalanlage, insbesondere Fonds, beraten lässt und selbst keine Provision für die Anlageberatung an

den Berater zahlt, besteht keine Verpflichtung für den Berater, ungefragt den Anleger über eine von ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären, wenn offen ein Agio für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen ist.

Diese Differenzierung überrascht. Während die Bank über Rückvergütungen aus der empfohlenen Kapitalanlage ungefragt aufklären muss, trifft den freien Anlageberater diese Verpflichtung nicht – letzteres soweit der Ausnahmetatbestand des § 31 d des Wertpapierhandelsgesetzes nicht eingreift. Interessant ist nun, wie der Bundesgerichtshof diesen Wertungsunterschied begründet.

## Keine eigenen Interessen

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und seiner Bank sei üblicherweise auf Dauer gegründet. Dies selbst dann, wenn die Anlageberatung sich als erster Kontakt zwischen dem Kunden und seiner Bank darstellt, da das Interesse der Bank regelmäßig darauf gerichtet sei, die in Folge der Anlageberatung vom Kunden erworbenen Wertpapiere etwa im Rahmen eines Depotvertrages für den Kunden zu verwalten und ein weiteres Konto zur Abwicklung der Wertpapiergeschäfte zu errichten. Für diese Dienstleistungen erhalte die Bank regelmäßig Entgelte oder Provisionen, etwa Depotgebühren, Kontoführungsgebühren etc. Daher

**ATAX**   
WIRTSCHAFTSPRÜFER : STEUERBERATER : RECHTSANWÄLTE



müsse der von seiner Bank bezüglich einer Geldanlage in Wertpapiere beratene Kunde nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung eigene Interessen verfolge, weil sie z. B. ein umsatzabhängiges, eigenes Provisionsinteresse gegenüber dem jeweiligen Fondsanbieter habe. Aus diesem Grunde sei es dem Bankkunden nicht ohne Weiteres erkennbar, aufgrund welcher Interessenlage die konkrete Anlageberatung erfolge.

### Keine dauerhafte Geschäftsbeziehung

Bei einem freien Anlageberater stellt sich dies nach der Wertung des Bundesgerichtshofs gänzlich anders dar. Der Anlageberater müsse schließlich mit der Beratung selbst sein Geld verdienen. Daher könne nicht angenommen werden, er würde diese Leistungen insgesamt kostenlos erbringen. Die vertraglichen Beziehungen zwischen einem Kunden und einem Anlageberater seien auch regelmäßig nicht in eine dauerhafte Geschäftsbeziehung eingebettet, aufgrund derer der Anlageberater Gebühren oder Provisionen vom Kunden erhalte. Daraus werde für den Kunden deutlich, dass der Anlageberater bei allen von ihm empfohlenen Produkten ein Provisionsinteresse hat, das – mangels eigener Zahlung durch den Kunden – sich nur auf eine Provision seitens der Anlagegesellschaft beziehen könne.

### Pflicht zur Gewinnerzielung?

Diese differenzierte Wertung des Bundesgerichtshofs kann sich einem

gewissen Unverständnis nicht entziehen. Man mag noch akzeptieren, dass die Funktion einer Bank auch darin liegt, marktwirtschaftliche Mechanismen aufrecht zu erhalten, also dass die Bank auch dafür Sorge zu tragen hat, dass Liquidität dort zur Verfügung gestellt wird, wo sie zum Funktionieren der Wirtschaft benötigt wird. Darüber hinaus jedoch zu erwarten, eine Bank erbringe qualifizierte haftungsrelevante Dienstleistungen unentgeltlich, erscheint nicht mehr nachvollziehbar. Nichts anderes bringt der Bundesgerichtshof aber zum Ausdruck, wenn er feststellt, dass eine Bank im Rahmen der Beratung über eine Geldanlage keine eigenen Interessen verfolge. Steht einer Bank nicht das Recht auf Gewinnerzielung zu? In der Finanzpraxis gestaltet sich dieses zu bejahende Recht sogar vielmehr als eine Pflicht zur Gewinnerzielung, führt man sich die fatalen Folgen einer Bankenpleite auf das Vertrauen und die Integrität eines funktionierenden Finanzsystems – wie kürzlich erst geschehen – vor Augen. Dabei wirkt es nur konstruiert, wenn der Bundesgerichtshof den Erwartungshorizont eines Anlegers darauf beschränkt, dass ihm lediglich klar sein müsse, dass die Bank aus Folgegeschäften zu einer Anlageberatung Geld verdienen wolle.

### Unentgeltliche Beratung?

Es verbleibt ein fader Beigeschmack. Bei einem Anlageberater sei es für den Kunden klar, dass dieser mit der Beratung selbst sein Geld verdienen müsse. Bei einer beratenden Bank sei es – um es pointiert zu formulieren – hinge-

gen klar, dass sie mit einer Anlageberatung kein Geld verdienen müsse. Dabei kommt bereits durch den Rechtsgedanken des § 612 BGB zum Ausdruck, dass eine Vergütungspflicht für Dienstleistungen anzunehmen ist, wenn solche den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten sind. Umgekehrt ist die Regel, dass solch qualifizierte Dienstleistungen auch nur gegen Vergütung erbracht werden. Der durch die Bank beratene Kunde, der selbst kein Beratungsentgelt an die Bank zahlt, darf nach dem Bundesgerichtshof also davon ausgehen, dass sie kein umsatzabhängiges, eigenes Provisionsinteresse verfolgt, dass sie im Ergebnis also unentgeltlich berät. Die Ausnahme verkehrt sich zur Regel.

Recht muss nicht immer gerecht sein. Am Ende gibt es jedenfalls der Bundesgerichtshof vor, was wir als gerecht zu empfinden haben, auch wenn es uns nicht gelingt. Im konkreten Fall verbleibt, dass die Bank den schwarzen Peter hat und, um sich einem potentiellen Schaden zu erwehren, Strukturen, Personal und Organisation danach ausrichten muss. Dies kostet. Aber wer bezahlt es?

[www.atax.eu](http://www.atax.eu)

