

## Wie man Provisionen behalten darf

Stand: April 2014

Seit MiFID müssen die Provisionen offengelegt werden. Damit stellt sich die spannende Frage, ob der Berater, Vermittler oder Vermögensverwalter die offengelegten Provisionen auch behalten darf? Das Thema stellt sich vor Allem, wo französische Heere Befreiungskriege geführt haben, d.h. in allen Ländern, die den *Code Napoléon* übernommen haben. Schon seit über 200 Jahren gilt in diesen Ländern ein allgemeines Prinzip, wonach ein Beauftragter seinem Dienstherrn zum Ersten Rechnung legen muss und ihm zum Zweiten alles herausgeben muss, was er aus der Auftragsausführung erlangt hat. Das deutsche Recht hat dieses Prinzip seit über 100 Jahren im allgemeinen Auftragsrecht des BGB umgesetzt, das gilt auch für die Wertpapierabwicklung. Nachdem mit der MiFID die Provisionen offengelegt werden mussten, war es nur eine Frage der Zeit, bis sich die Obersten Gerichte mit der Frage beschäftigen, ob man durch vorformulierte Klauseln einen Einbehalt der Provisionen rechtfertigen kann.

Der BGH hat in einem aktuellen Urteil vom 14.01.2014 (XI ZR 355/12) erstmals klargestellt, dass Institute eine Herausgabe von eingenommenen Vertriebsvergütungen an Kunden wirksam vertraglich ausschließen können.

In dem vom BGH zu entscheidenden Sachverhalt hatte ein Kreditinstitut in einer 1 DIN A4-Seite umfassenden und vom Kunden gesondert zu unterschreibenden „Rahmenvereinbarung für Wertpapiergeschäfte“ unter einer fett gedruckten Zwischen-Überschrift („Verzicht des Kunden auf Herausgabe von Vertriebsvergütungen“) folgende Bestimmung (sogenannte „Behaltensklausel“) verwendet:

*„Der Kunde erklärt sich damit einverstanden, dass die Bank die von den Emittenten an sie geleisteten Vertriebsvergütungen behält, vorausgesetzt, dass die Bank die Vertriebsvergütungen nach den Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes (insbesondere § 31d WpHG) annehmen darf. Insoweit treffen der Kunde und die Bank die von der gesetzlichen Regelung des Rechts der Geschäftsbesorgung (§§ 675, 667 BGB, 384 HGB) abweichende Vereinbarung, dass ein Anspruch des Kunden gegen die Bank auf Herausgabe der Vertriebsvergütungen nicht entsteht.“*

Die Höhe der Vertriebsvergütungen hatte die beklagte Bank in Form von „in der Regel“ anfallenden Provisionsspannen für sämtliche vertriebenen Einzeltitel gesondert offengelegt:

*„...Die Höhe der Provision beträgt in der Regel beispielsweise bei Rentenfonds zwischen 0,1 und 0,9 % p. a., bei Aktienfonds zwischen 0,5 und 1,1 % p. a., bei offenen Immobilienfonds zwischen 0,2 und 0,8 % p.a. sowie bei Zertifikaten und strukturierten Anleihen zwischen 0,1 und 1,5 % p. a.“*

Darüber hinaus enthielt die Rahmenvereinbarung den weiteren Hinweis: *„Einzelheiten zu den Vertriebsvergütungen für ein konkretes Wertpapier teilt die Bank dem Kunden auf Nachfrage, im Fall der Anlageberatung unaufgefordert vor dem Abschluss eines Wertpapiergeschäfts mit.“*

Der BGH hat in seinem Urteil zwei zentrale und in der Rechtsprechung und Literatur bislang umstrittene Fragen beantwortet: zum einen hat er die grundsätzliche Wirksamkeit von klauselmäßigen Behaltensvereinbarungen für Vertriebsvergütungen bejaht und zum anderen *per obiter dictum* eine Pflicht zur Provisionsoffenlegung auf Einzelproduktebene verneint.

Unser Oberstes Zivilgericht hat sich die Prüfung nicht leicht gemacht. Für vorformulierte Klauseln gilt das sogenannte „Transparenzgebot“. Die Klauseln müssen

- möglichst klar und überschaubar sein,
- die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen erkennen lassen,
- Voraussetzungen und Rechtsfolgen genau beschreiben,
- nachprüfbar und nicht irreführend sein.

Dabei kommt es auf den durchschnittlichen Kunden und seine Erkenntnismöglichkeiten an.

Somit bestehen für die sprachliche Fassung und optische Gestaltung der Klausel Anforderungen. Nach Auffassung des BGH muss die Behaltensklausel sprachlich und optisch so gefasst sein, dass der Kunde mit Unterzeichnung der Rahmenvereinbarung unmissverständlich auf die Herausgabe von Vertriebsvergütungen für sämtliche künftigen Wertpapiergeschäfte verzichtet. Da im zugrundeliegenden Fall, die Rahmenvereinbarung einen sehr überschaubaren Umfang hatte (1 DIN A4-Seite), vom Kunden gesondert zu unterschreiben war und zudem mittels einer fett gedruckten Zwischen-Überschrift („Verzicht des Kunden auf Herausgabe von Vertriebsvergütungen“) auch visuell klar auf den Anspruchsverzicht hingewiesen hat, war aus Sicht des BGH die erforderliche Transparenz gegeben. Wenn die Klausel aber am Ende einer langen Vereinbarung stünde, keine separate Unterschrift eingeholt wird und sie auch sonst nicht redaktionell oder graphisch hervorgehoben wäre, bestehen Risiken. Sie könnte dann als intransparent gelten und nichtig sein.

Nach Auffassung des Gerichts wäre ein Vorausverzicht unwirksam, wenn dem Kunden lediglich durch einen allgemeinen Hinweis pauschal mitgeteilt würde, die Bank erhalte „allfällige“ Vertriebsvergütungen. Dem Transparenzgebot würde nur Genüge geleistet, wenn die Kunden durch Angaben zu Art und Höhe der zu erwartenden Vertriebsvergütung in die Lage versetzt würden, den wirtschaftlichen Wert ihres Verzichtes einzuschätzen und sie daher dem Verzicht im Wissen darum zustimmten.

Dafür ist es nach Auffassung des Gerichts aber ausreichend, wenn dem Kunden durch Regelbeispiele der maximale Umfang der Vertriebsvergütung, z.B. durch Angaben „von ... bis“ mitgeteilt wird. Es sei nicht notwendig, dem Kunden die exakte Höhe bei jeder Transaktion und für jede Gattung von Wertpapieren mitzuteilen. Das Gericht gesteht zu, dass die Angabe der exakten Vergütungshöhe oft nicht möglich sei und dies sei auch aus Kundenschutzgründen nicht geboten. Im Rahmen einer umfassenden Interessensabwägung erkennt das Gericht das Rationalisierungsinteresse von Instituten an. Im Massengeschäft sei ein Herausgabeverzicht nicht in jedem einzelnen Wertpapiergeschäft möglich und notwendig – schon gar nicht schriftlich und im Voraus. Deswegen seien pauschale Angaben gerechtfertigt.

Spannend wird es, wenn die Provision über den angegebenen Regelspannen liege. In diesem Falle müsse zwischen 'beratungsfreiem Geschäft' und 'Transaktion nach Anlageberatung' unterschieden werden:

- Im *beratungsfreien Geschäft* sei es nicht unbillig, einen Herausgabeverzicht zu vereinbaren und dem Kunden zugleich zur Erlangung näherer Einzelheiten auf eine Nachfrage zu verweisen. In diesem Geschäftsbereich würden sich die Kunden üblicherweise selbstständig informieren und es sei ihnen zumutbar, nähere Einzelheiten zu Provisionshöhe des konkreten Geschäftes zu erfragen.
- Bei einer *Transaktion nach Anlageberatung* müsse aber dem höheren Schutzbedürfnis des Kunden Rechnung getragen werden. Würde in diesem Fall die Provisionshöhe die allgemein offengelegte Höhe überschreiten, müsse das dem Kunden unaufgefordert mitgeteilt werden.

Wichtig ist vor Allem eine Aussage am Ende des Urteils: Werden Provisionshöhen durch sogenannte „Regelspannen“ für bestimmte Produktgruppen offengelegt, dann müssten über diese Spannen hinausgehende Vertriebsvergütungen dem Kunden unaufgefordert offengelegt werden. Geänderte Vergütungshöhen gehörten nach Auffassung des Gerichts zu den wesentlichen Bestandteilen einer Vereinbarung über Zuwendungen, die die Institute dem Kunden vor Ausführung unaufgefordert mitteilen müssten.

Insofern empfiehlt es sich, in den Klauseln immer die Maximalspannen anzugeben und diese in der Praxis nicht zu überschreiten. Im Falle einer Überschreitung sind Behaltensklauseln nur wirksam, wenn die Überschreitung dem Kunden unaufgefordert vor Transaktion mitgeteilt wird.

Mit dem Urteil erhalten wir endlich Klarheit und ich bitte Sie, Ihre Klauseln in den Verträgen entsprechend anzupassen, um unangenehme Überraschungen in Zukunft zu vermeiden. Anlegerschützer werden dieses Urteil sicher zum Anlass nehmen, um sich entsprechend aufzumunitionieren. Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass die Entscheidung des BGH nicht im Sinne einer „Blaupause“ pauschal auf alle Behaltensklauseln angewendet werden kann. Die Vielzahl der vom BGH in die Abwägung einbezogenen Faktoren und deren Bedeutung für die Wirksamkeit der Klausel sind schwer überschaubar.

Mit den besten Grüßen  
Ihr

Dr. Christian Waigel  
Rechtsanwalt