

Grauer Kapitalmarkt – unsichere Provisionen?

VERMITTLERRECHT Durch die Phoenix-Insolvenz hat der Streit um Provisionen eine weitere Dimension erhalten: Müssen Abschluss- oder sogar Bestandsprovisionen intern zurückgezahlt werden, wenn der vermittelte Vertrag rechtlich angreifbar ist?

Das Thema Provisionen ist derzeit in aller Munde. Zukunftsgerichtet werden derzeit neue Vergütungsmodelle diskutiert und von einigen Anbietern schon am Markt getestet; retrospektiv dauert die Diskussion um die Aufklärungspflicht gegenüber Anlegern über Provisionen in verschiedenen Facetten noch an. Nicht das Behaltendürfen im Verhältnis zum Kunden, sondern vielmehr zum Produktgeber wurde jetzt in einem aktuellen Urteil des Oberlandesgerichts München vom 19. Oktober 2010 beleuchtet. Dabei ging es um Folgewirkungen des Phoenix-Skandals. Das insolvente Unternehmen hatte ab 1992 ein Modell angeboten, bei dem es in eigenem Namen auf Rechnung der Anleger Handel mit Optionen und Futures betreiben wollte.

Die jährlichen Renditen sollten zwischen 8,7 Prozent und 14,07 Prozent betragen. Tatsächlich wurden jedoch schon ab 1993/1994 hohe Verluste erwirtschaftet. Die Anleger erfuhren hiervon nichts, sondern erhielten vielmehr Kontostandsmitteilungen mit frei erfundenen Gewinnen. Im Ergebnis also ein klassisches „Schneeballsystem“, das nur so lange funktionieren konnte, wie es durch neue Kunden stets mit „Fresh Money“ gefüttert wurde.

Rückfordern von Vergütungen

Gerade weil es jedoch – scheinbar – langjährig funktionierte und wohl auch erhebliche Energie aufgewandt wurde, um den schönen Schein zu wahren, konnten auch späterhin noch viele gutgläubige Finanzdienstleister gewonnen werden, die dieses Produkt vertrieben. Nachdem der Skandal aufgedeckt wurde und das Unternehmen 2005 insolvent wurde, ging jedoch der Insolvenzverwalter gegen Vertriebsunternehmen vor und forderte die erheblichen Abschlussprovisionen sowie Folgeprovisionen in



Thomas Zacher: „Die Diskussion um die Aufklärungspflichten über Provisionen gegenüber den Anlegern hält in verschiedenen Facetten noch an.“

Höhe von 0,35 Prozent des monatlichen Mittelwertes der Einlage der jeweils betreuten Kunden von den Finanzdienstleistern zurück. Da die Kapitalkonten nur Scheinbestände für die Anleger ausgewiesen hätten, berechnete er die realen und damit verlustreichen Kontostände der Anleger neu und forderte auf dieser Grundlage ganz erheblich „überbezahlte“ Folgeprovisionen wieder zurück. Das Oberlandesgericht München stellte an diesem besonderen Fall die Grundzüge für das Bestehen und Behaltendürfen eines Provisionsanspruches klar. Dabei handelte es sich im entschiedenen Fall um ein Vertriebsunternehmen mit Han-

delsvertreterstatus, weil es ständig mit der Vermittlung entsprechender Verträge beauftragt war. Leitlinien dieser Entscheidung lassen sich aber auch auf Makler übertragen.

Zunächst stellte das Oberlandesgericht München fest, dass nicht nur Abschlussprovisionen, sondern auch Bestandsprovisionen eine „entgeltliche Leistung“ sind, für die als reale Gegenleistung die Kundenpflege erbracht wird. Diese Erkenntnis ist im Finanz- und Versicherungsvertrieb sicher nicht neu. Aus Sicht der Münchener Richter bedufte sie aber einer besonderen ausdrücklichen Feststellung, weil der Insolvenzver- ▶

► walter im Hinblick auf die besonderen Anfechtungsmöglichkeiten von Rechtsgeschäften in der Insolvenz auch damit argumentiert hatte, bei den Bestandsprovisionen läge eine unentgeltliche Leistung vor. Dem wollten die Richter nur teilweise folgen. Nach dem Urteil kommt es nämlich darauf an, ob der Provision objektiv eine angemessene ausgleichende Gegenleistung gegenübersteht.

Objektiv überhöhte Bestandsprovisionszahlungen müssen nach dem Richterspruch aufgeteilt werden, und zwar in einen angemessenen und damit entgeltlichen Teil und in einen unangemessenen und damit unentgeltlichen Teil. Was theoretisch eindeutig klingt, ist im Regelfall der Praxis allerdings oft weniger klar. Wer soll generell entscheiden, ob einer Bestandsprovision objektiv eine angemessene Gegenleistung gegenüber steht? Im Phoenix-Verfahren hatten es die

Die gezahlten Provisionen hätten nicht die Aufgabe gehabt, damit die Vermittler nur zur Fortsetzung ihrer Tätigkeit und letztlich dem Fortbestand des Schneeballsystems zu motivieren, sondern sie sollten auch die konkrete Vermittlungstätigkeit gemäß den Vermittlungsverträgen entlohnen. Damit durfte das gutgläubige Vertriebsunternehmen den auf tatsächlich zutreffender Grundlage berechneten Provisionsanteil endgültig behalten, auch wenn die vermittelten Verträge rechtlich unwirksam gewesen waren.

Im Hinblick auf die Anteile an den Bestandsprovisionen, die letztlich nur aufgrund der geschönten Kontostände der Anleger zur Auszahlung gekommen waren, musste das Gericht noch weiter ausholen. Hier kam es zunächst konsequent zu einer unentgeltlichen Leistung mit der Folge der Rückzahlungsver-

ge zwischen Kunden und Produktgebern prinzipiell nicht zu Provisionsansprüchen führen. Nur bei späteren Vertragsmängeln, welche vom Provisionsverpflichteten zu vertreten sind, ist der Provisionsanspruch im Regelfall nicht gefährdet (vgl. z. B. Paragraph 87a III HGB). Bei anfänglich eindeutig rechtswidrigen oder sittenwidrigen Verträgen kann allenfalls im Ausnahmefall der Gutgläubigkeit des Vermittlers eine Ausnahme bestehen. Dabei werden die Verhältnisse selten so klar wie im Phoenix-Skandal liegen.

Definition von Bestandsprovision

Die zweite Grundaussage gilt den Bestandsprovisionen. Sie sind eine entgeltliche Leistung und aus diesem Grund auf ein fortdauerndes Leistungsaustauschverhältnis gerichtet, also weder eine weitere Abschlussvergütung noch eine unentgeltliche „Draufgabe“. Auch sie werden aber im Regelfall nur auf realer und rechtswirksamer Grundlage geschuldet. Dazu gehört auch – wie die Rechtsprechung seit Langem betont –, dass die Bestandspflege vertraglich und rechtlich überhaupt noch möglich ist. Dies gilt zum Beispiel auch dann nicht mehr, wenn durch das Ende einer Vertragsbeziehung oder ein Ausscheiden des Kunden aus dem Bestand eine Betreuung nicht mehr möglich ist. Nur für den Fall eines unverschuldet unerkannten Mangels bei den Grundlagen des Bestandsprovisionsanspruches billigt die Rechtsprechung – wie im Münchener Fall entschieden – dem Vertrieb ausnahmsweise Vertrauensschutz zu.

Im Ergebnis konnte also der Insolvenzverwalter des unseriösen Anlageunternehmens nicht aus der Not des sittenwidrigen Anlagemodells „seines“ Unternehmens eine Tugend des Rückzahlungsanspruches machen. Dieser Weg dürfte damit auch in anderen Fällen versperrt sein, in denen z. B. die geschädigten Anleger, die vom Initiator keine Befriedigung ihrer Ansprüche erreichen können, dessen (vermeintliche) Rückzahlungsansprüche gegenüber dem Vertrieb pfänden lassen. Nicht jeder Aufklärungsfehler beim Kunden führt daher auch zum Provisionsverlust. ■

„Nicht jeder Aufklärungsfehler beim Kunden führt auch zum Provisionsverlust.“ **Thomas Zacher**

Richter insoweit leicht, als die tatsächlichen Kapitalbestände gegenüber den Scheinbeständen als objektiv falscher Berechnungsgrundlage der Bestandsprovisionen in den Rechtsstreit eingeführt worden waren. Daher ließ sich rechnerisch ermitteln, welche Bestandsprovisionen die „richtigen“ gewesen wären.

Juristische Pirouette

Auch im Hinblick auf die objektiv gerechtfertigten Provisionen drehten die Richter jedoch noch eine „juristische Pirouette“. Sie verwiesen zunächst darauf – was selbst der klagende Insolvenzverwalter zunächst nicht verfochten hatte –, dass aufgrund der zivilrechtlichen Nichtigkeit der Anlageverträge bei einem Schneeballsystem wegen Sittenwidrigkeit gemäß Paragraph 138 BGB „eigentlich“ für die Vermittlung derartiger Verträge auch kein Provisionsanspruch entstanden sein könne. Hier rechnete das Gericht jedoch dem Vertriebsunternehmen seine Gutgläubigkeit an. Da es ebenso wie die Kunden von einem seriösen Anlageprodukt ausgegangen sei, müsse es jedenfalls nach Treu und Glauben im Verhältnis zum Produktgeber als dem eigentlichen „Übeltäter“ so gestellt werden, als ob tatsächlich wirksame Verträge zustande gekommen wären.

pflichtung. Auch dies war jedoch nur ein Zwischenergebnis. Nach ausführlicher Würdigung des Für und Widers der Interessenlage judizierte das Oberlandesgericht, dass der gutgläubige Vermittler deshalb schützenswert sei, weil er seine beruflichen Ressourcen unwiederbringlich für die Vermittlung und Bestandspflege eingesetzt habe und dementsprechend nicht anderweitig zur Einnahme- und Gewinnerzielung verwenden konnte. Daher müsse er so gestellt werden, als ob er auch diesen Provisionsanteil verdient habe. Hinzu komme das praktische Problem, dass der Vertrieb selbst im Nachhinein oft kaum feststellen könne, welcher Provisionsanteil real und welcher nur „scheinbar“ verdient worden wäre.

Obwohl die Revision zugelassen wurde, ist das Urteil rechtskräftig geworden. Der beklagte Vertrieb konnte insoweit aufatmen, als er nicht auch noch neben seinem enttäuschten und damit verlorenen Kundenstamm auch noch einen Teil seiner Provisionen wieder zurückerzahlen musste. Auch wenn die Richter damit ein Herz für die Belange des Vertriebs zeigten, betont doch das Urteil auch die Grenzen des Vertrauensschutzes für den Vertrieb. Erstens lautet die Grundaussage, dass unwirksame Verträ-

Autor Professor Dr. jur. **Thomas Zacher** ist Partner der Kanzlei Zacher & Partner Rechtsanwälte, Professor an der FHDW in Bergisch Gladbach.