

# „Kick-Back“ und kein Ende?

## Zwei Gerichte wagen den Aufstand

*Man mag sich verwundert die Augen reiben. War das Thema „Kick-Back“ nach zwei Jahren unbehaglicher Ungewissheit für freie Berater und Vermittler nicht im Frühjahr des Jahres aus der Welt geschafft worden? So schien es in der Tat. Ist es aber nicht.*



von Dr. Jochen Strohmeier,  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
der mzs Rechtsanwälte

Mit Urteil vom 15.04.2010 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Kick-Back-Rechtsprechung auf freie Berater und Vermittler nur in Ausnahmekonstellationen Anwendung findet (AssCompact, Juni 2010, S. 134 f. – Az. III ZR 196/09). Doch schon kurze Zeit später ging das Oberlandesgericht Stuttgart auf kritische Distanz zum Bundesgerichtshof. Dieser Kritik hat sich jetzt das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Urteil vom 08.07.2010 (Az.: I-6 U 136/09) mit sehr scharfem Tonfall angeschlossen und gegen den Berater entschieden. Gegen dieses Urteil, in dem u. a. von fragwürdigen, nicht nachvollziehbaren Argumenten des Bundesgerichtshofs die Rede ist, wurde Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt. Werden Berater und Vermittler also doch noch in den Sog der mitunter existenzbedrohlichen Kick-Back-Rechtsprechung hineingezogen? Und wie kann es sein, dass ein Oberlandesgericht gegen den Bundesgerichtshof entscheidet und womöglich dessen Rechtsprechung kippt?

Gerichtsurteile wirken, von seltenen Ausnahmen abgesehen, nur zwischen den am Verfahren beteiligten Parteien. Wegen der richterlichen Unabhängigkeit ist ein Instanzgericht daher bei der Entscheidung ähnlicher Fälle nicht an die Begründung des Bundesgerichtshofs gebunden. Um das Recht verlässlich zu machen, gibt es aber eine Systematik zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Danach ist das Gericht in seiner Entscheidung zwar frei, es ist aber verpflichtet, darauf zu achten, dass dem Bürger der Zugang zur nächsthöheren Instanz nicht verbaut wird, wenn es von höchstrichterlicher Rechtsprechung abweicht.

Wenn das Oberlandesgericht Düsseldorf anders als der Bundesgerichtshof entscheidet, macht es daher auf

völlig legitime Weise von seiner Unabhängigkeit Gebrauch. Da es im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung aber auch die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen hat, stellt es im Wesentlichen einen Versuch dar, den Bundesgerichtshof umzustimmen. Ungewöhnlich ist dabei nur der besonders scharfe Tonfall des Oberlandesgerichts, der seinem Ziel kaum förderlich sein dürfte.

Denn das Oberlandesgericht hat sich nicht etwa zum Wortführer einer verbreiteten Kritik aufgeschwungen. Vielmehr wurde die wirtschaftlich geprägte Begründung des Bundesgerichtshofs vom April überwiegend zustimmend aufgenommen. Dieser hatte entschieden, dass die Kick-Back-Rechtsprechung auf freie Berater nicht anzuwenden sei, weil der Kunde – anders als regelmäßig bei der Beratung in einer Bank – damit rechnet, dass das beratende Unternehmen die Beratung nicht unentgeltlich durchführt, sondern Vergütungen vom Emittenten erhalten muss. An der Kritik des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist natürlich richtig, dass die Differenzierung des Bundesgerichtshofs zwischen der Beratung „durch Banken“ und „durch freie Berater“ sehr pauschal ist und dem Einzelfall nicht gerecht wird, bspw. wenn Banken für Kunden nur eine einzelne Transaktion durchführen. Gleichwohl wird das Oberlandesgericht den Bundesgerichtshof vermutlich nicht dazu veranlassen, sein Grundsatzurteil zurückzunehmen. Darin kam zum Ausdruck, dass es ihm gerade auch darum geht, die Kick-Back-Rechtsprechung nicht ausufern zu lassen. Von der Schärfe der Kritik des Oberlandesgerichts Düsseldorf wird sich der Bundesgerichtshof dabei kaum beeindruckt lassen. Denn der für das Urteil vom April verantwortliche III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs genießt im Kapitalanlagerecht hohes Ansehen und war in kapitalanlagerechtlichen Reibereien zwischen anderen Zivilsenaten in den vergangenen Jahren nicht involviert.

Der freie Berater, der ganz sicher gehen und gegen ein nicht gänzlich ausgeschlossenes Umschwenken des Bundesgerichtshofs gewappnet sein will, sollte bis zur erneuten Klärung dieser Rechtsfrage vorsorglich offen über alle erlangten Zahlungen von sich aus aufklären. Mit Blick auf aktuelle Gesetzesinitiativen wird eine solche Transparenz in naher Zukunft voraussichtlich ohnehin gesetzlich vorgeschrieben sein. ■