

Fußangeln in der Rechtsnatur von Beratungsgesprächen

Von Richard Nouvertné



Mit der Novellierung des Wertpapierhandelsgesetzes hat der Gesetzgeber die Haftung für Beratungen im Bereich der Wertpapiere verschärft. Doch auch im Einlagen- und Kreditgeschäft sowie und bei den Zahlungsdiensten kommt es häufig zu stillschweigenden Beratungsverträgen, die zu erheblichen Pflichten des Kreditinstituts führen können, wenngleich diese erst teilweise höchststrichlerlich fixiert wurden. Für die Praxis bedeutet das nach Einschätzung des Verfassers, echte Beratung klar von bloßer Informationserteilung zu trennen und möglicherweise sogar schriftliche Beratungsverträge festzuhalten. Red.

Das Kundengespräch findet in einem Beratungscenter des Kreditinstitutes statt, das sich Beraterbank nennt oder auf andere Weise eine gute Beratung verspricht. Der Mitarbeiter des Kreditinstitutes ist ein Kundenberater und hat mit dem Kunden einen Beratungstermin vereinbart. Am Ende des „erfolgreichen“ Beratungsgesprächs legt der Kunde ein Termingeld an, nimmt einen Kredit auf oder erwirbt eine Kreditkarte oder ein Wertpapier und unterschreibt die Vertragsvordrucke des Kreditinstitutes.

Befragt man den Bankmitarbeiter nach der Rechtsnatur der jeweils abgeschlossenen Geschäfte, wird er beim Termingeld und

beim Kredit einen Darlehensvertrag (§ 488 BGB) beziehungsweise einen Verbraucherdarlehensvertrag (§ 491 BGB) nennen und bei der Kreditkarte einen Zahlungsdienstvertrag (§§ 675 c, ff BGB).

Unsicherheit über die Rechtsnatur der Beratung

Auf die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage die erbrachte Beratungsleistung geschuldet war und ob es Regelungen gibt, nach denen geprüft werden kann, ob eine Beratungspflicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, wird dagegen keine klare Antwort erfolgen. Diese Unsicherheit bezüglich der Rechtsnatur der durchgeführten Beratung ist auch nicht verwunderlich, denn Kreditinstitute schließen Verträge in der Regel ausdrücklich und schriftlich und verlangen für ihre Leistungen regelmäßig ein Entgelt. Und bezüglich der Beratung fehlt es sowohl an einer ausdrücklichen und schriftlichen Vereinbarung als auch an einer Entgeltvereinbarung.

Lediglich bezüglich der Beratung im Zusammenhang mit dem Wertpapierkauf

ist eine andere Antwort zu erwarten. Der Bankmitarbeiter wird aufgrund seiner intensiven Beschäftigung mit dem seit 1. Januar 2010 erforderlichen Beratungsprotokoll¹⁾ darauf hinweisen, dass neben einem Kommissions- beziehungsweise Eigenhandelsgeschäft ein Beratungsvertrag abgeschlossen wurde. Angesichts der Spezialmaterie des Wertpapierhandelsgesetzes und der dortigen eindeutigen Regelung zur Beratung wird auf diesen Bereich des Bankgeschäftes im Folgenden nicht weiter eingegangen.

Bezüglich der drei übrigen angesprochenen Geschäftsfelder, dem Einlagengeschäft, dem Kreditgeschäft und dem Zahlungsdienstgeschäft ist allerdings die Frage zu stellen, ob die Unsicherheit des Bankangestellten hinsichtlich des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Beratungsvertrages und dessen Inhalts akzeptiert werden kann. Eine Unsicherheit des Angestellten bezüglich seiner rechtlichen Pflichten kann nämlich zu einem erhöhten operationellen Risiko des Kreditinstitutes führen.

Die Antwort lautet „ja“, die Rechtsunsicherheit kann akzeptiert werden, wenn

■ entweder in den beschriebenen Kundengesprächen in aller Regel ein Beratungsvertrag nicht geschlossen wird und die Rechtsfolge des § 675 II BGB (keine Haftung für Rat) eintritt,

Zum Autor

Dr. Richard Nouvertné ist Mitglied des Vorstands der Kreissparkasse Heinsberg, Erkelenz.

- ein abgeschlossener Beratungsvertrag weder beim Kreditinstitut noch beim Kunden besondere Pflichten hervorruft,
- oder die hervorgerufenen Pflichten für die Vertragsparteien erkennbar und un schwer und regelmäßig erfüllbar sind und erfüllt werden und zudem von mindestens einem Vertragspartner gewünscht sind.

Anderenfalls ist die Frage zu verneinen. Dann schließt sich jedoch sofort eine Folgefrage an: Was soll das Kreditinstitut unternehmen, um eine Rechtssicherheit beim Kunden und beim Berater und damit in seinem eigenen Verantwortungsbereich herbeizuführen?

Stillschweigender Beratungsvertrag bei Neuanlagen

Zur Rechtsqualität des Beratungsgesprächs als Beratungsvertrag liegt eine umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung²⁾ vor. Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14. Juli 2009³⁾ zeigt beispielhaft, welche geringe Voraussetzungen das Gericht im Einlagengeschäft an den Abschluss eines Beratungsvertrages stellt.

Der BGH stellt zunächst als ständige Rechtsprechung fest: „Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank heran, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden, wird das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen ...“. Im konkreten Fall sieht das Gericht das Vertragsangebot darin, dass der Kunde in einer Filiale oder telefonisch an das Kreditinstitut herangetreten ist, um einen bestimmten Geldbetrag „sicher“ und „mit guten Zinssätzen“ anzulegen. Die Annahme des Beratungsvertragsangebots durch den Kundenberater erkennt es in der Tatsache, dass der Berater verschiedene Geldanlagemöglichkeiten vorstellt und einen Sparbrief und ein Tagesgeldkonto empfiehlt.

Da bei jeder Geldneuanlage die Frage nach deren Liquidität, Sicherheit und Rentabilität auftritt und in der Regel zwischen Kunde und Bankmitarbeiter erörtert wird, wird auf Grundlage dieser Rechtsprechung bei einer Geldneuanlage in vielen Fällen stillschweigend ein Beratungsvertrag abgeschlossen.

Bei Prolongationen wird nur Zinsauskunft erteilt

Dagegen wird bei bloßen Prolongationen von bestehenden Geldanlagen meist kein Beratungsvertrag geschlossen, sondern es wird lediglich eine Information über einen bestimmten angebotenen Zinssatz erteilt.

Und im Bereich des Onlinebankings wird es mangels eines direkten Kontaktes zwischen dem Kunden und einem Bankangestellten regelmäßig an einem Beratungsvertrag fehlen.

Im Bereich des Kreditgeschäftes scheint die Rechtsprechung hinsichtlich der Annahme eines Beratungsvertrages zurückhaltend zu sein. Betrachtet man die höchstrichterlichen Urteile der letzten Jahre jedoch genauer, so ist die Aussage zu relativieren.

Differenzierte Rechtsprechung im Kreditgeschäft

Zwar verneint der BGH in aller Regel eine Aufklärungspflicht des Kreditberaters hinsichtlich der Sinnhaftigkeit des mit dem Kredit finanzierten Investments.⁴⁾ Auch bezüglich der Chancen und Risiken einer bestimmten Finanzierungsart (zum Beispiel endfälliges Darlehen und Kapitallebensversicherung) werden Aufklärungspflichten verneint, wenn der Kunde mit dem – von dritter Seite empfohlenen – und von ihm gewünschten Produktbündel bei dem Kreditinstitut das Darlehen aufnimmt.⁵⁾

Und auch wenn sich der Kunde noch nicht für ein bestimmtes Finanzierungskonzept

entschieden hat, wird eine Beratungspflicht erst dann angenommen, wenn einem „nicht besonders geschäftserfahrenen und rechtskundigen Kreditbewerber“ anstelle eines üblichen Ratenkredites eine besondere Kreditform angeboten wird. Hierzu stellt der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 9. März 1989⁶⁾ fest, dass die Bank in aller Regel nicht gehalten ist, den Kreditbewerber von sich aus auf mögliche Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der gewählten Kreditart hinzuweisen.

Es sei grundsätzlich Sache des Bewerbers, selbst darüber zu befinden, welche der in Betracht kommenden Gestaltungsformen seinen wirtschaftlichen Verhältnissen am besten entspreche. Diese Entscheidung betreffe den Bereich der wirtschaftlichen Dispositionen, für die der Kunde im Verhältnis zum Kreditinstitut im allgemeinen das alleinige Risiko trage.

Allerdings bejaht der Bundesgerichtshof in demselben Urteil eine Pflicht zur richtigen und vollständigen Auskunftserteilung seitens der Bank in folgender Situation: „Soweit ihm“ (dem Kunden) „in diesem Zusammenhang die für die Beurteilung notwendigen Kenntnisse fehlen, ist ihm in der Regel zuzumuten, sich durch Rückfragen bei der Bank die Grundlage für eine sachgerechte Entscheidung zu verschaffen. Macht er hiervon Gebrauch und lässt die Bank sich darauf ein, dann trifft sie die Pflicht zur richtigen und vollständigen Auskunftserteilung; andernfalls braucht sie ihr etwaiges Eigeninteresse an der Vergabe eines Kredites bestimmter Art den wirtschaftlichen Belangen des Bewerbers grundsätzlich nicht unterzuordnen.“

Baufinanzierung: oft stillschweigender Beratungsvertrag

Es gibt in der täglichen Kreditpraxis Fälle, in denen ein gut informierter Kunde bei dem Kreditinstitut lediglich nach dem Zinssatz und den Tilgungsmöglichkeiten eines Annuitätendarlehens für die Mitfinanzierung eines Investments fragt und daher ein Be-

ratungsvertrag nicht zustande kommt. Der durchschnittliche Verbraucher, der erstmalig eine eigengenutzte Immobilie finanzieren möchte, wird jedoch mit einem anderen Hintergrundwissen und einer anderen Vorstellung in das Kreditgespräch gehen. Mit der Frage, ob er den Kredit überhaupt erhält, wird er Informationen über Fördermittel der KfW, der WFA, einen günstigen Zinssatz, eine möglichst lange Zinssicherheit, eine hohe Tilgungsflexibilität, die voraussichtliche Kreditlaufzeit, die anfängliche Ratenhöhe und die Absicherungserfordernisse bezüglich der durch den Hauskauf erhöhten allgemeinen Lebensrisiken erwarten.

Wie im eben zitierten Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14. Juli 2009 wird der Kunde auch hier nach guten Zinssätzen und hoher Sicherheit fragen. Und der Berater wird die Fragen beantworten und von sich aus die Einzelheiten des Kredites darstellen und ein bestimmtes Produkt empfehlen, das den individuellen Bedürfnissen des Kunden entspricht. Damit liegen auch bei Kreditberatungen häufig die Voraussetzungen für den stillschweigenden Abschluss eines Beratungsvertrages vor.

Auch im Zahlungsdienstebereich

Auch hier sind Sachverhalte gegeben, in denen die Kundenerwartung und das Verhalten des Bankmitarbeiters zu einem stillschweigenden Beratungsvertrag führen können. Zum Beispiel dann, wenn ein Kunde, der eine Reise nach Übersee plant, nach den Möglichkeiten der Sicherstellung der Liquidität im Urlaubsland fragt. Der Bankmitarbeiter wird in diesem Fall die Vor- und Nachteile der einzelnen Liquiditätsquellen (Bargeld, Reiseschecks, Girocard, Kreditkarte) vorstellen und am Ende eine Produktempfehlung aussprechen, die sich an den individuellen Bedürfnissen des Kunden orientiert.

Damit ist festzustellen, dass in allen drei angesprochenen Bereichen des Bankgeschäftes im Kundenberatungsgespräch

stillschweigend abgeschlossene Beratungsverträge vorkommen. Es stellt sich lediglich die Frage, ob die Beratungsverträge eher die Ausnahme oder vielmehr die Regel sind.

Die Pflichten aus dem Beratungsvertrag

Erwirbt ein Kunde eines der drei eben angesprochenen Bankprodukte, so kommt zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden ein gegenseitiger Vertrag hinsichtlich des jeweiligen Produktes zustande (§§ 488 ff, §§ 675 c, ff BGB). Nach dem bürgerlichen Recht (beziehungsweise dem marktwirtschaftlichen Grundmodell) nimmt bei den Vertragsverhandlungen und dem Vertragsabschluss jeder Vertragspartner seine eigenen Interessen wahr, und das Interessengleichgewicht wird durch das Geben und Nehmen der beiden Vertragspartner erzielt.⁷⁾ Dabei sorgen der Wettbewerb und der Suchprozess auf den Märkten für eine mittelbare Kontrolle von Gewinnmargen und Kosten.

Kommt zusätzlich ein Beratungsvertrag zustande, so führt dieser dazu, dass das Kreditinstitut nicht mehr ausschließlich eigene Interessen verfolgen darf, sondern verpflichtet ist, auch die wirtschaftlichen Belange des Kunden zu berücksichtigen.

Der Bundesgerichtshof weist in ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass Inhalt und Umfang der Beratungspflichten von den Umständen des Einzelfalles abhängen. In seiner Bond-Entscheidung vom 6. Juli 1993⁸⁾ stellt das Gericht fest, dass Inhalt und Umfang der Beratungspflicht von einer Reihe Faktoren abhängen, die sich einerseits auf die Person des Kunden und andererseits auf das Anlageprojekt beziehen.

Das bedeutet, dass der Berater nicht lediglich die erforderlichen umfassenden, korrekten und aktuellen Informationen über das Bankprodukt erteilen muss, sondern

sich auch intensiv mit dem Kunden, dessen Wissens- und Erfahrungsstand, dessen wirtschaftlicher Situation und dessen Risikobereitschaft auseinandersetzen muss. Diese notwendige Individualität der Beratung verursacht einen erheblichen Aufwand.

Die konkreten Pflichten, die das Kreditinstitut gegenüber dem Kunden mit dem Beratungsvertrag eingeht, werden vom Bundesgerichtshof insbesondere im Bereich der Anlageberatung im Anschluss an das Bond-Urteil Stück für Stück herausgearbeitet.

■ So ist der Berater zum Beispiel verpflichtet, sich aktuellste Informationen über das angebotene Produkt zu besorgen und diese an den Kunden weiterzugeben⁹⁾.

■ Er ist verpflichtet, den Kunden über Rückvergütungen aufzuklären, die das Kreditinstitut beim Verkauf eines Produktes erhält.¹⁰⁾

■ Er muss seinen Kunden, der sein Geld „sicher“ anlegen will, ausdrücklich darüber informieren, dass ein nicht nachrangiges Einlagenprodukt nicht durch einen ergänzenden Einlagensicherungsverband abgesichert ist. Dabei darf er sich nicht darauf verlassen, dass das Kreditinstitut den Kunden in einer bankaufsichtsrechtlich zulässigen schriftlichen Form bereits auf diese Tatsache hingewiesen hat.

Fremdprodukte müssen nicht angeboten werden

Allerdings hat der Bundesgerichtshof¹¹⁾ der Pflicht zur Berücksichtigung der Fremdinteressen eine wichtige Grenze gesetzt: Er hat geurteilt, dass kein Beratungsfehler vorliegt, wenn ein Kreditinstitut ausschließlich haus-, konzern- oder verbundeigene Produkte anbietet. Dies selbst dann nicht, wenn Produkte von Mitbewerbern besser oder günstiger sind. Lediglich muss für den Kunden erkennbar sein, dass die Bank keine Fremdprodukte anbietet.

Die höchst-richterliche Fixierung der einzelnen Pflichten aus dem Beratungsvertrag hat Fragen aufgeworfen, die für die Kreditinstitute von großer Bedeutung sind und hinsichtlich derer in der nächsten Zeit weitere Gerichtsurteile zu erwarten sind. So wird zum Beispiel diskutiert, ob in Anlehnung an die Kick-Back-Entscheidung des Bundesgerichtshofs bei einer Beratung auch die Margen im Einlagen-, Kredit- und sonstigen Geschäft offengelegt werden müssen.¹²⁾

Pflichten der Kreditinstitute erst teilweise fixiert

Auch stellt sich die Frage, ob bei einem Beratungsvertrag die Produkt- und Preisfindung im alleinigen Ermessen des Kreditinstitutes verbleibt. Ausgangspunkt für diese Frage ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu der Beratung in „Fremdprodukten“.

■ Wenn das Gericht feststellt, dass Produkte von Mitbewerbern, die besser oder günstiger sind, im Beratungsgespräch nicht angeboten werden müssen, könnte hieraus der Umkehrschluss gezogen werden, dass stets die besten und günstigsten hauseigenen Produkte angeboten werden müssen.

■ Dies hätte weitgehende Auswirkungen auf die anzubietenden Produkte (zum Beispiel Förderkredite) und die anzubietenden Konditionen.

■ Auch die Zuordnung eines bestimmten Produktkanons zu einer bestimmten Kundengruppe wäre neu zu bewerten. Denn für den Kunden wird regelmäßig nicht erkennbar sein, dass er einer bestimmten Kundengruppe zugeordnet ist und dieser (nur) bestimmte Produkte der Bank angeboten werden.

Verstößt ein Kreditinstitut gegen Pflichten aus dem Beratungsvertrag, muss es Schadensersatz leisten. Bei der fehlerhaften Anlageberatung wird als Schadensersatz

regelmäßig die Rückabwicklung des Anlagegeschäftes erfolgen, weil der Bundesgerichtshof dem Kunden hier weitgehende Beweiserleichterungen gewährt.¹³⁾ Dagegen wird bei einer fehlerhaften Kreditberatung lediglich der Zinsschaden zu ersetzen sein.

Der Beratungsvertrag führt damit zu erheblichen Pflichten des Kreditinstitutes. Diese sind erst teilweise vom Bundesgerichtshof ausdrücklich fixiert worden. Es ist zu erwarten, dass weitere konkrete Pflichten demnächst in höchst-richterlichen Urteilen festgestellt werden.

Die Hoffnung, die Bankberatung rechtlich lediglich als Produkt- und Risikoaufklärung zu verstehen, bei der der Kunde als mündiger Verbraucher eigenverantwortlich eine informierte Anlageentscheidung trifft¹⁴⁾ und bei der es bei der Rechtsfolge des § 675 II BGB (keine Haftung für Rat) verbleibt, ist trügerisch. Vielmehr werden im Kundenberatungsgespräch häufig stillschweigend Beratungsverträge abgeschlossen. Bei einer Verletzung der Pflichten aus dem Beratungsvertrag hat der Kunde nicht nur das selbstverständlich immer vorhandene Recht, die Bank zu wechseln. Vielmehr hat er einen Anspruch auf Schadensersatz.

Beratung klar von Produktinformationen trennen

Die Rechtspflichten des Kreditinstitutes aus dem Beratungsvertrag und die Grenzen der Pflichten sind bisher nur teilweise vom Bundesgerichtshof festgestellt worden. In diesem Bereich ist in der nächsten Zeit mit weiteren Konkretisierungen in höchst-richterlichen Urteilen zu rechnen.

Angesichts der Häufigkeit der Beratungsverträge und der sich daraus ergebenden Rechtspflichten sollten die Kreditinstitute den Versuch unternehmen, Verkaufsgespräche mit Beratungsverträgen möglichst klar von denen zu trennen, in denen keine Beratungsverträge geschlossen werden,

sondern lediglich Informationen erteilt werden.

Beratungsvertrag schriftlich abschließen?

Ob der schriftliche Abschluss eines Beratungsvertrages im Beratungsgespräch dazu geeignet ist, bedarf der ergänzenden Untersuchung. Vorteil wäre eine Sensibilisierung des Kundenberaters und des Kunden für die Rechte und Pflichten. Gegebenenfalls könnten diese und deren Grenzen in einem derartigen Vertrag vereinbart werden. Der Beratungsvertrag könnte im Einzelfall auch eine ausdrückliche Honorarvereinbarung enthalten oder eine Vereinbarung, dass der auf eine Beratung hin erfolgende Produktabschluss abweichend von einem beratungsvertragsfreien Geschäftsabschluss bepreist wird.

Die klare Abgrenzung vom Beratungsvertragsverkauf zum Verkauf ohne Beratungsvertrag kann auch in Einzelfällen im Interesse des Kunden liegen. Da die Beratung ein Eingehen auf die individuelle Situation des Kunden erfordert, verursacht diese einen erheblichen Zeitaufwand und eine umfassende Informationsweitergabe seitens des Kunden. Es mag Situationen geben, in denen der Kunde diese Zeit nicht aufwenden möchte und sich mit bloßen Produktinformationen begnügt. Im vereinbarten beratungsvertragsfreien Geschäft treten in der Regel lediglich die Rechtsfolgen des abgeschlossenen Grundgeschäftes ein.

Fußnoten

¹⁾ siehe § 2 III Nr. 9 WpHG; § 34 IIa WpHG.

²⁾ BGH NJW 1993/2433 ff; BGH WM 2009/1647, 1651; BGH WM 2009/2361 ff.

³⁾ BGH WM 2009/1647, 1651.

⁴⁾ BGH NJW 2003/2529, 2530; BGH WM 2006/1194, 1199.

⁵⁾ BGH NJW 2004/154, 157; BGH ZIP 2004/209, 212;

⁶⁾ BGH WM 1989/665, 666.

⁷⁾ siehe dazu Spindler, WM 2009/1821, 1824;

⁸⁾ BGH NJW 1993/2433 ff.

⁹⁾ BGH WM 2009/2361, 2362.

¹⁰⁾ BGH WM 2007/487, 490; BGH WM 2009/1274, 1275. BGH NJW 2009/1416, 1417.

¹¹⁾ BGB WM 2007/487, 489 f.

¹²⁾ Spindler, WM 2009/1821, 1824; LG Hamburg WM 2009/1282, 1285 ff.

¹³⁾ BGH WM 2009/1274, 1276; Lang, WM 2000/450 ff.

¹⁴⁾ siehe dazu Massenber, bank und markt 2010/26 ff.