



Erik Besold

Aufklärungspflichten
bei Vertriebsprovisionen
im Bereich
der Kapitalanlage

Unter besonderer
Berücksichtigung
der Innenprovisionen
und Rückvergütungen



PETER LANG

Kapitel 1: Einleitung, Beispielfälle, Begriffsbestimmungen

§ 1 Einleitung

Getragen von der Aussicht (oder wohl besser Hoffnung) auf blühende Landschaften vornehmlich in den neuen Bundesländern erlebte die Immobilienbranche Anfang bis Mitte der 90er Jahre – forciert durch eine wohl als verfehlt zu bezeichnende Steuerpolitik¹ mit äußerst hohen Abschreibungssätzen – einen Aufschwung nie gesehenen Ausmaßes. Zahllose Anleger erwarben – auch in Form der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds – Immobilien, die oft hunderte Kilometer von ihrem Wohnsitz entfernt lagen. Exemplarisch für die damalige Situation die Worte Benedicts:² „Scharlatane und Betrüger finden in der Orientierungslosigkeit des leichtgläubigen Wohlstandsverbrauchers eine unerschöpfliche Kundschaft.“

Für den Abverkauf der teils neu erbauten, teils umfassend sanierten Objekte war – nicht zuletzt aufgrund der zahllosen Angebote – ein gut organisierter Vertrieb erforderlich, der sich aber nicht mit der üblichen Maklerprovision von drei bis sechs Prozent zufrieden geben wollte. In dieser Zeit wurde der Begriff der Innenprovision populär. Ohne bereits auf Details einzugehen, stellt eine Innenprovision eine Zahlung des Verkäufers bzw. der Anlagegesellschaft an die Vertriebsunternehmen dar, die

¹ Hierzu Gallandi, VuR 2002, 199, 201, der diese Steuerpolitik auch für ein Überangebot am Immobilienmarkt verantwortlich macht. Vor dem Hintergrund der Bankenkrise treffend auch der Hinweis, dass Banken oft Finanzierungen an Erwerber ausreichten, deren finanzielle Verhältnisse eine Darlehensvergabe nicht rechtfertigten. Nachdem zahlreiche Darlehen noch nicht zurückgezahlt sind, die gerade auch durch die Wiederveräußerung der Immobilie und der zusätzlich als Sicherheit dienenden Lebensversicherung zurückgeführt werden sollten, drohen noch über Jahre hinweg Folgen für die Kreditwirtschaft. So auch Derleder, ZfIR 2003, 179. Zur „Geschichte“ der Kapitalanlage mittels des Erwerbs von Immobilien bzw. der Beteiligung an Immobilienfonds ausführlich Wagner, BB-Beilage 11/2000, 9 ff.

² AcP 204 (2004), 697 f. Lesenswert auch die weiteren Ausführungen Benedicts a. a. O., 698 ff. Zu Recht wird in vielen Beiträgen auch immer wieder die grenzenlose, unvernünftige Risikobereitschaft vieler Anleger angeprangert. Exemplarisch Horn, WM 1999, 10: „Mangelnde Einsichtsfähigkeit, Spieltrieb und Geldgier sind mächtige Ratgeber zu einem verantwortungslosen Handeln.“ In diesem Sinne auch Koller, ZBB 2007, 198 und Assmann/Schütze-Assmann, Kapitalanlagerecht, § 1, Rdnr. 12. Gleichzeitig sind aber die Banken angehalten, dieser Tendenz, vor allem durch eine sorgfältige Geschäftspolitik, Einhalt zu gebieten. So Horn, a. a. O.

aber in den Verkaufsunterlagen in der Regel nicht als Vertriebsprovision ausgewiesen wurde.³ Dabei soll die Zahlung einer fünfzehnprozentigen Innenprovision zur damaligen Zeit üblich gewesen sein.⁴

Konkrete Zahlen zu den Investitionsvolumina gibt es leider nicht. Doch auch anhand der geschätzten Zahlen wird die volkswirtschaftliche Bedeutung des Problemfeldes Innenprovision deutlich. Fuellmich/Rieger⁵ schätzen die „Gesamtschadenssumme“⁶ alleine im Beitrittsgebiet auf 30 Mrd. DM, Neumann⁷ geht von 300.000 Fällen mit einer Schadenssumme von 40 Mrd. Euro aus.⁸

Selbst wenn man eine Innenprovision von lediglich zehn Prozent des Verkaufspreises der jeweiligen Immobilie annimmt, ergibt sich anhand dieser Schätzungen ein Volumen an gezahlten Innenprovisionen von zwei Mrd. Euro.

Umso überraschender ist es, dass die Thematik der Innenprovisionen – bis auf einige wenige Aufsätze, die aber oft nur die ergangenen Urteile wiedergeben und kommentieren – bislang nicht vertieft aufgearbeitet wurde, was daran liegen mag, dass die

³ Zum ersten Einstieg siehe die prägnante Kommentierung bei MüKo-Emmerich, § 311 BGB, Rdnr. 165 sowie die Darstellungen von von Heymann/Merz, Bankenhaftung, Rdnr. 103 ff, 607 ff. und Frisch/Münscher, Haftung bei Immobilienanlagen, Rdnr. 465 ff. Aktuell Schäfer, Festschrift Nobbe, 725 ff; Herresthal, ZBB 2009, 348 ff; Assmann, ZIP 2009, 2125 ff; Heße, MDR 2009, 1197 ff; Zingel/Rieck, BKR 2009, 353 ff.; Gefner, BKR 2010, 89 ff.; Koch, BKR 2010, 177 ff.

⁴ Kiethe, NZG 2001, 107; nach Bankrechts-Handbuch-Siol, § 44, Rdnr. 30 soll die Innenprovision nicht selten 20 % betragen haben.

⁵ ZIP 1999, 427.

⁶ Gemeint ist wohl das Investitionsvolumen, wobei ohne nähere Darlegung unterstellt wird, dass jede Investition zum Schaden geführt habe.

⁷ www.phoenix.de/die_bauspar_falle/168644.htm?print, Abrufdatum 20.06.2009

⁸ Vgl. zu den sog. „Badenia-Fällen“ (hier erfolgte die Finanzierung der Anlegerinvestitionen durch die Badenia Bausparkasse AG) die skizzenhafte Darstellung von Hofmann, ZIP 2005, 688 aus der auch hervorgeht, wie durch die zahllosen Fälle die Gerichte „belastet“ werden, also Rechtsverfolgungskosten in nicht unbedeutender Höhe entstehen.

Zutreffend weist Benedict, AcP 204 (2004), 698 f. auf den „ideologischen Grabenkampf“ zwischen Verbraucher- und Bankanwälten hin. Prägnant und sehr anschaulich formuliert dies Benedict, a. a. O. wie folgt: „Auf der einen Seite wird das Bild von über 300.000 mittels „Strukturvertrieb“, „Drückerkolonnen“ und „Mitternachtsnotaren“ überrumpelten schützenswerten Verbrauchern gezeichnet, während auf der anderen Seite „Pisa-Studie“ und „Heininger-Entscheidung“ symbolisch für den wenig schützenswerten Notstand deutscher Bildung und Geschäftsfähigkeit stehen. Dieser Konflikt muss – auch in seiner teilweisen Schärfe – nicht überraschen, hat doch das deutsche Zivilrecht in den vergangenen 100 Jahren sehr viel von seinem eindeutigen Bekenntnis zum privatautonom handelnden Bürger zugunsten paternalistischer Schutzelemente verloren und beides – das ist das Hauptproblem – in wenig klarer und geklärter Weise zusammen kodifiziert.“ Hierzu auch HKK-Schmoeckel, vor §§ 312 BGB, Rdnr. 174 ff.

Rückabwicklung gescheiterter oder fehlgeschlagener Immobilienfinanzierungen⁹ derzeit bessere Erfolgsaussichten hat, wenn man sich auf einen Widerruf des Darlehensvertrages nach § 1 HWiG bzw. § 312 BGB (bei Immobilienfonds) bzw. einer sittenwidrigen Übertreibung des Kaufpreises der Immobilie stützt.¹⁰

Die juristische Einordnung der Aufklärungspflicht wegen der Zahlung einer Innenprovision, scheint daher noch weitgehend „unkoordiniert“,¹¹ weshalb mit dieser Arbeit eine Systematisierung und dogmatische Aufarbeitung dieser wirtschaftlich bedeutsamen Thematik erfolgen soll. Auch vor dem Hintergrund der zahllosen obergerichtlichen Entscheidungen ist es daher angezeigt, das Thema umfassend aufzuarbeiten. Deshalb setzt sich die Arbeit entgegen Loritz auch nicht dem Verdacht aus, „über Probleme zu schreiben, die eigentlich keine sein sollen.“¹² Dabei wird nicht verkannt, dass es zur Frage der Aufklärungspflichten gerade im Bereich des Bankrechts¹³ in letzter Zeit eine Vielzahl von Darstellungen gegeben hat.¹⁴ Dabei verlässt die Arbeit aber den klassischen Bereich des sog. Bankrechts, indem sie auch die

⁹ Die Finanzierung der Immobilien bzw. der Beteiligung an dem Immobilienfonds war in den meisten Fällen Bestandteil des Steuersparkonzeptes. Dabei stellt sich nunmehr in zahlreichen Fällen das Problem, dass die Anleger die Darlehen nicht (vollständig) zurückbezahlen können. Denn durch die geringere Wertentwicklung der Immobilie im Vergleich zu den damaligen Prognosen und auch durch die Innenprovisionen, die im Kaufpreis der Immobilie enthalten waren und zu keiner Wertsteigerung beitragen können, geht die Konzeption nicht auf, das Darlehen durch die Veräußerung der Immobilie bzw. des Fondsanteils zurückzahlen zu können. Dies liegt bei Fondsanteilen auch am Fehlen eines funktionierenden sog. Zweitmarktes.

Im Zusammenhang mit den hier abzuhandelnden Fällen wird sehr oft der Begriff der „Schrottimmobilien“ gebraucht, da viele der Immobilien tatsächlich in einem bedauernswerten Zustand (auch aufgrund deren Lage) sind. Es gibt aber auch Immobilien, auf die dieser Begriff nicht zutrifft. Nachdem sich der Begriff aber als Sammelbezeichnung für diese Sachverhalte durchgesetzt hat, wird dieser verwendet. Wie hier Derleder/Knops/Bamberger-Tonner/Tonner, Handbuch Bankrecht, § 4, Rdnr. 59.

¹⁰ Zur Rechtsprechung des XI. Zivilsenates des BGH, der mit einer Vielzahl von Klagen der Anleger gegenüber den finanzierenden Banken befasst ist, siehe die Ausführungen unter § 24 II.

¹¹ In diesem Sinne auch MüKo-Emmerich, § 311 BGB, Rdnr. 165.

¹² Loritz, WM 2000, 1831; differenzierend noch Wagner, WM 1998, 698, der eine Aufklärungspflicht bei einer Irreführungsgefahr generell befürwortet; gegen Loritz Gallandi, VuR 2002, 198 ff.

¹³ Soweit im Folgenden der Begriff der Bank verwendet wird, sind damit alle Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG gemeint.

Wenn hier von Bankrecht die Rede ist, geschieht dies, weil sich dieser Begriff zwischenzeitlich eingebürgert hat, was vielleicht auch in der Tatsache eines eigenen „Bankensenes“ beim BGH begründet liegen mag. Dabei ist das Bankrecht aber keine eigenständige Rechtsmaterie, vielmehr ist es eine Querschnittsmaterie, die u. a. aus dem allgemeinen Zivilrecht (siehe z. B. die Rechtsprechung zu den Rechtsscheinvollmachten oder das Darlehensvertragsrecht), diversen Spezialgesetzen (so z. B. das WpHG oder das KWG) etc. besteht. Hierzu anschaulich Bydlinski, JBl 1996, 688. Ebenso Bankrechts-Handbuch-Schimansky/Bunte/Lwowski, IX. Aktuell Herresthal, ZBB 2009, 348 f.

¹⁴ Aus letzter Zeit beispielsweise Abegglen, Aufklärungspflichten; Engel, Haftung bei Immobilienfonds; Grimm, Immobilienhaftung; Koch, Haftung des Anlagevermittlers; Lang, Informationspflichten der Bank; Leisch, Informationspflichten nach § 31 WpHG.

Haftung anderer Personen (Verkäufer/Vermittler) im Zusammenhang mit den Innenprovisionen untersucht. Einbezogen werden auch die „Verwandten“ der Innenprovision im Bereich des Bankrechts, also die sog. Rückvergütungen (auch als „Kick-Back“ bezeichnet) bei Wertpapieranlagen sowie die Finanzierungsvermittlungsprovisionen bei Darlehensverträgen sowie die Vermittlungsprovisionen bei Lebensversicherungen. Zum Vergleich wird noch auf die Rechtsprechung des BGH

zu sog. Warenterminoptionsgeschäften eingegangen, wo der BGH in den meisten Fällen eine Aufklärungspflicht auch hinsichtlich der Provisionshöhe bejaht hat.¹⁵

§ 2 Beispielsfälle

Um die recht komplexe Materie speziell bei den Innenprovisionen zu veranschaulichen, seien zwei Beispielsfälle¹⁶ vorangestellt, die synonym für eine Vielzahl ähnlicher Fälle stehen.

I. Immobilienfinanzierungen durch die Badenia Bausparkasse AG

Bei den Finanzierungen von Immobilienkäufen durch die Badenia Bausparkasse AG gab es eine Vielzahl von (teilweise auch personellen) Verflechtungen zwischen den einzelnen Gesellschaften, die in die Veräußerung und Finanzierung der Immobilie eingebunden waren.

Die A, an der die Badenia Bausparkasse AG (im Folgenden nur noch: Badenia) zu ca. 10 – 15 % beteiligt war, war Eigentümerin eines Portfolios von ca. 8.000 Eigentumswohnungen, die sie von einer insolventen Gesellschaft übernommen hatte. Die Vermietung der Wohnungen war aufgrund der unterdurchschnittlichen Mieterlöse sowie der Lage der Immobilien nicht rentabel. Die A beauftragte deshalb die B (nachdem die Badenia den Geschäftskontakt vermittelt hatte) mit der Veräußerung der Immobilien, wobei die B zahlreiche Untervertriebsorganisationen einschaltete. Die B hatte von der Badenia zudem Darlehen erhalten, um ihre Liquidität zu sichern. Die B warb Anleger, die die Wohnungen von der A kauften, wobei Voraussetzung unter anderem der Beitritt zu einem Mietpool war. Der komplette Kaufpreis wurde konzeptionsgemäß vollständig von der Badenia finanziert. Zunächst erhielt der Erwerber von der Badenia ein Vorausdarlehen in voller Höhe des zu finanzierenden Betrages, welches später sukzessive durch zwei zwischenzeitlich anzusparende Bausparverträge bei der Badenia abzulösen war. Dabei stiegen die Bausparbeiträge erst im Laufe der Finanzierungsdauer.¹⁷ Die B erhielt nach dem Prospekt folgende Vergütungen für ihre Tätigkeit: Maklergebühr in Höhe von 3,42 %, Abschlussgebühr für die Bausparverträge von 1,6 % sowie eine Finanzierungsvermittlungsgebühr von 2,5 %. Ferner erhielt die B eine Innenprovision von mindestens 15

¹⁵ Hierzu zunächst nur Bundschuh, WM 1985, 249 ff.

¹⁶ Die nachfolgenden Beispielsfälle wurden anhand der Tatbestände veröffentlichter Urteile rekonstruiert. Die Darstellung erhebt insofern nicht den Anspruch auf Richtigkeit und/oder Vollständigkeit.

¹⁷ Dieses Finanzierungsmodell wird in der Rechtsprechung auch als „Dortmunder Modell“ bezeichnet. Im Vergleich zu anderen Finanzierungen dürften die Darlehenszinsbelastungen für die Erwerber relativ hoch gewesen sein, auch war durch die steigenden Sparbeiträge die tatsächliche Belastung nicht einfach erkennbar.

%, die gesamten Weichkosten¹⁸ sollen ca. 30 % des Kaufpreises der Immobilie betragen haben.¹⁹

II. WGS-Fonds²⁰

Bei den von der Wohnungsbaugesellschaft Stuttgart (im folgenden: WGS GmbH) und speziell deren Geschäftsführer N. initiierten geschlossenen Immobilienfonds, die allesamt in Form einer GbR betrieben wurden, erwarb die von N. und der WGS GmbH gegründete Fonds-Gesellschaft²¹ von der WGS GmbH errichtete bzw. von dieser zuvor erworbene Immobilien. Anleger konnten sich durch Leistung einer Einlage von 30.650 DM oder einem vielfachen davon an der jeweiligen Fondsgesellschaft beteiligen. Dabei war von der Fondsgesellschaft eine vollständige Fremdfinanzierung vorgesehen, die Darlehenszinsen waren steuerlich absetzbar, was konzeptionsgemäß zu Steuerersparnissen führte. Ob sich einzelne Kreditinstitute im Vorfeld gegenüber der WGS GmbH bzw. der Fondsgesellschaft zur Finanzierung bereit erklärt hatten, ist hierbei eine der umstrittensten Tatsachenfragen; es scheint aber mehrere Banken gegeben zu haben, bei denen dies tatsächlich der Fall war. Der Vertrieb der Fondsanteile war Sache der jeweiligen Fondsgesellschaft, um die Gesellschaft schließen und die Fondsimmobilen erwerben zu können. Die einzelnen Anteile wurden mittels diverser Vertriebsgesellschaften (meist über weitere Unter-

¹⁸ Wie z. B. Kosten für die Mietgarantie, die sog. Treuhändergebühr etc. Ausführlich zu den weichen Kosten Hoppe/Riedel, DB 2007, 1125 ff.

¹⁹ Die Darstellung des Sachverhaltes beruht im wesentlichen auf den Urteilen des LG Dortmund vom 15.12.2006 (Az. 3 O 149/05) und vom 15.02.2008 (Az. 3 O 170/05), des OLG Oldenburg vom 19.07.2005 (Az. 12 U 127/04 = OLGR Oldenburg 2005, 676) sowie des OLG Celle vom 04.05.2005 (Az. 3 U 295/04, Leitsatz veröffentlicht in BKR 2005, 323 sowie ZBB 2005, 378), deren Volltexte in Juris einsehbar sind.

Soweit im nachfolgenden Rechtsprechung zitiert wird, erfolgt dies unter Angabe des Urteilsdatums, des Aktenzeichens und der gängigen (BGHZ, NJW, WM, ZIP) Fundstellen, wobei diese nur mit der ersten Seite des Urteils angeführt sind. Ergänzend wird die Teilziffer nach Juris angeführt. Ist das Urteil nur in Juris auffindbar, ist dies gesondert erwähnt.

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs seit dem Jahr 2000 sind unter <http://www.bundesgerichtshof.de/> einsehbar, jüngere Entscheidungen der nordrhein-westfälischen Gerichte können unter <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe2/index.php> recherchiert werden. Eine Rechtsprechungsdatenbank der baden-württembergischen Justiz findet sich unter <http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1203602/index.html?ROOT=1153239>, die Rechtsprechungsdatenbank der Bundesländer Berlin und Brandenburg ist über <http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/page/sammlung.psml/bs/10/> aufrufbar, Entscheidungen der hessischen Gerichte finden sich unter <http://web1.justiz.hessen.de/migration/rechtsp.nsf/Intro?OpenForm>. Abrufdatum jeweils 13.06.2009.

²⁰ Der Sachverhalt wurde anhand der beiden Urteile des OLG Stuttgart vom 8.1.2001, Az. 6 U 57/00 = ZIP 2001, 692 sowie vom 15.07.2008, Az. 6 U 8/06 = ZIP 2008, 1570 rekonstruiert. Bei letztgenanntem Urteil ist der Sachverhalt nur in Juris vollständig widergegeben.

²¹ Bis zum Konkurs der WGS GmbH im Jahr 1997 wurden 41 Fonds mit einem Volumen von ca. 2 Mrd. DM aufgelegt.

vertriebe sowie die letztlich vor Ort tätigen eigentlichen Vermittler) abgesetzt, wobei im Prospekt der jeweiligen Fondsgesellschaft ab dem Fonds Nr. 18 eine Vermittlungsprovision in Höhe von 1.839 DM je Anteil ausgewiesen worden war. Bis zum Fonds Nr. 17 war hingegen in dem jeweiligen Prospekt eine Vermittlungsprovision von 5.250 DM ausgewiesen worden. Im Sommer 1990 erging der vierte Bauherren-erlass²², der u. a. die steuerliche Absetzbarkeit von Aufwendungen für die Eigenkapitalbeschaffung auf 6 % beschränkte, was den ab dem Fonds Nr. 18 ausgewiesenen 1.839 DM entsprach. Die WGS GmbH zahlte daher ab dem Fonds Nr. 18 zusätzlich zu der von der Fondsgesellschaft gezahlten Vertriebsprovision eine nicht im Prospekt ausgewiesene Provision von mindestens 6 %, im Einzelfall aber wohl auch bis zu 10 %. Teilweise erfolgte der Vertrieb der Fondsanteile mutmaßlich auch durch eigene Vertriebsgesellschaften der den Anleger finanzierenden Bank. Die WGS GmbH hatte als Veräußerin der Fondsimmobilien naturgemäß ein eigenes Interesse an der Fondsschließung, da erst dann der Ankauf der jeweiligen Immobile erfolgte. Die Provision wurde von der WGS GmbH aus eigenen Mitteln, die aus den Grundstückveräußerungen stammten, bezahlt. Durch die Zahlung dieser zusätzlichen Provision wurde der Abverkauf der einzelnen Fondsanteile beschleunigt.

§ 3 Gang der Darstellung/Themenabgrenzung

Ziel der Arbeit ist es, die oft scheinbar zufällig erscheinenden gerichtlichen Entscheidungen dogmatisch aufzuarbeiten. Dazu bedarf es einer vertiefteren Auseinandersetzung mit der Herleitung und Bestimmung vorvertraglicher Aufklärungspflichten. Insofern liegt ein Schwerpunkt auf der Bestimmung der Aufklärungspflichten anhand eines beweglichen Systems im Sinne Wilburgs.²³ Dabei ist die Ermittlung der Elemente des beweglichen Systems die entscheidende Voraussetzung der Funktionsfähigkeit eines solchen Systems. Schon allein vor dem Hintergrund des beweglichen Systems ist es unabdingbar – trotz zahlreicher Darstellungen in jüngerer Vergangenheit – sich intensiv mit dem Haftungsgrund der c. i. c. auseinanderzusetzen. Nachdem es gerade im Bereich der Innenprovisionen seit Anfang 2000 zu einer Vielzahl von Urteilen des BGH und der Oberlandesgerichte gekommen ist, sind diese aufzuarbeiten, auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und zu systematisieren. Im Bereich der Kick-Backs/Rückvergütungen liegt der Schwerpunkt auf dem Urteil des BGH vom 19.12.2006²⁴ und der Darstellung der hierzu ergangenen Folgeentscheidungen und Literatur.

Die Arbeit befasst sich dabei primär mit der Zahlung von (verdeckten) Vergütungen an den Vertrieb im Bereich des sog. grauen Kapitalmarktes, also den Immobilien/Immobilienfonds (Innenprovisionen), den Investmentfonds und sonstigen Kapi-

²² BStBl I 1990, 366.

²³ Siehe hierzu bereits jetzt Wilburg, Rede, 12 ff.

²⁴ Az. XI ZR 56/05 = WM 2007, 487 = BGHZ 170, 226 = NJW 2007, 1876 = WM 2007, 487 = ZIP 2007, 518.

talanlageprodukten im Sinne des § 2 Abs. 1, Abs. 1 a und Abs. 2 WpHG (Kick-Backs) sowie im Bereich der Darlehensvermittlung (Finanzierungsvermittlungsprovisionen). Ergänzend wird die Rechtsprechung zu Aufklärungspflichten bei sog. Warenderminoptionsgeschäften erörtert, vor dem Hintergrund des relativ neuen § 2 VVG-InfoV wird auch die Rechtslage bei Kapitallebensversicherungen dargestellt. Im Bereich der Innenprovisionen wird dabei die Haftung der einzelnen Beteiligten (Vermittler,²⁵ Initiator, Bank), die mit den Vergütungszahlungen in Berührung kamen, untersucht. Speziell bei den Innenprovisionen ergibt sich eine große Bandbreite von potentiell haftenden Personen.

Aus Platzgründen nicht dargestellt werden können weitere Probleme der Haftung wegen Zahlung der genannten Vergütungen. Es sind dies insbesondere Fragen der Kausalität,²⁶ der Schadenshöhe,²⁷ des Verschuldens²⁸ und der Verjährung.²⁹ Nicht

²⁵ Soweit im Folgenden nur die männliche Form verwendet wird, geschieht dies lediglich aus Gründen einer übersichtlicheren Darstellung.

²⁶ Wie die zahlreichen Urteile Bereich zeigen, war Leitmotiv der Anleger, Steuern zu sparen. Hinzu trat oft noch das Bestreben, für das Alter vorzusorgen. Insofern ist im Rahmen der Kausalität problematisch, ob die Anleger auch bei Kenntnis der Innenprovisionen ihre Anlageentscheidung getroffen hätten oder sie – von der Aussicht auf Steuerersparnisse geblendet – die Anlage dennoch getätigt hätten. Hier arbeitet die Rechtsprechung mit dem Begriff des aufklärungsrichtigen Verhaltens und unterstellt, dass die Anlage nicht erfolgt wäre. Diese Unterstellung eines durchweg rationalen Verhaltens stößt in der Literatur aber auf Kritik, vgl. statt aller Staudinger, BKR 2004, 258 ff. Eine ausführliche Analyse der diesbezüglichen Rechtsprechung der einzelnen Zivilsenate des BGH findet sich bei Canaris, Festschrift Hadding, 1 ff. Aktuell hierzu aus der Literatur Witte/Hillebrand, DStR 2009, 1763; Veil, WM 2009, 2200 f; Herresthal, ZBB 2009, 357 ff.; Edelmann, BB 2010, 1168 ff.; Nobbe, WuB I G 1. – 11.10.

²⁷ Hier stellt sich die Frage, ob dem Anleger der Schaden nur in Höhe der nicht offenbarten Vergütung entstanden ist oder ob er aufgrund der Pflichtverletzung berechtigt sein soll, das Anlagegeschäft komplett rückabzuwickeln. Die Kapitalanlage ist nur in Höhe der Vergütung „fehlgeschlagen“, da die Vergütung nicht an der Wertentwicklung teilnehmen kann. Gerade bei relativ geringen Vergütungen, wie z. B. bei Investmentfonds, kann eine vollständige Rückabwicklungsmöglichkeit dazu verleiten, eine Anlage, deren Wertentwicklung nicht den Erwartungen entspricht, „abzustoßen“. Hierzu exemplarisch Assmann, Festschrift Lange, 345 ff. Speziell zum Schaden bei nicht offenkundiger Innenprovision Geibel, ZBB 2003, 357 ff.

²⁸ Gerade im Urteil vom 19.12.2006, Az. XI ZR 56/05, Tz. 25 = BGHZ 170, 226 = NJW 2007, 1876 = WM 2007, 487 = ZIP 2007, 518 hat der BGH die Haftung nur deshalb nicht abschließend bejaht, da das Berufungsgericht keinerlei Feststellungen zu einem Verschulden der Vermittlers getroffen hatte, also ob dieser damit rechnete, dass über Kick-Backs aufzuklären sei. Ausführlich zu dieser Frage aktuell Veil, WM 2009, 2193 ff. und Harnos, BKR 2009, 316 ff. Kurz auch Witte/Hillebrand, DStR 2009, 1763 und Herresthal, ZBB 2009, 354 ff.

eingegangen werden kann auch auf Modifikationen durch das Discount-Broking, wo die Aufklärungspflichten in der Regel deutlich hinter dem üblichen Maß zurückbleiben.³⁰

§ 4 Begriffsbestimmungen

Die Arbeit behandelt Aufklärungspflichten bei Innenprovisionen, Kick-Backs, Finanzierungsvermittlungsprovisionen und Vermittlungsprovisionen bei Lebensversicherungen. Die vier erstgenannten Begriffe bergen gewisse Unschärfen in sich, weshalb diese zunächst zu definieren sind.

Aktuell die Möglichkeit eines Rechtsirrtums bejahend Veil, WM 2009, 2195 (der maßgeblich auf die „bankrechtliche Praxisliteratur“ abstellen möchte und mangels dortiger Erörterung das Vorliegen eines Rechtsirrtums bejaht – a. a. O., 2200); OLG Dresden, Urteil vom 24.7.2009, Az. 8 U 1240/08 = WM 2009, 1689 (unter Hinweis auf die Üblichkeit der Kick-Back-Praxis und die fehlende Thematisierung in der bankrechtlichen Literatur und Rechtsprechung). Dem OLG Dresden folgend OLG Oldenburg, Urteil vom 11.9.2009, Az. 11 U 75/08 = BB 2009, 2390. Ferner Dieckmann/Langen, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 20.1.2009, NJW 2009, 1418; Witte/Hillebrand, DStR 2009, 1763 f., 1767 (zumindest bis Ende des Jahres 2000); Herresthal, ZBB 2009, 354 ff. (bis zum Ende des Jahres 2006); ebenso Zingel/Rieck, BKR 2009, 356 ff.; Edelmann, BB-Kommentar zum Urteil des BGH vom 12.5.2009, BB 2009, 1721; Casper, ZIP 2009, 2417 f. (bis Mitte Mai 2007); Edelmann, BB 2010, 1170 f.

Hingegen aktuell die Möglichkeit eines Rechtsirrtums verneinend OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2009, Az. I-9 U 30/09, Tz. 33 ff. (Pflicht zur Aufklärung über Interessenkonflikt ist allgemeiner zivilrechtlicher Grundsatz); OLG Stuttgart, Urteil vom 6.10.2009, Az. 6 U 126/09, Tz. 59 ff. = ZIP 2009, 2185 (darauf abstellend, dass es keine obergerichtliche Rechtsprechung gab, die eine Aufklärungspflicht verneinte); OLG Celle, Urteil vom 21.10.2009, Az. 3 U 86/09, Tz. 45 ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 20.10.2009, Az. 14 U 98/08, Tz. 26 ff.; OLG Celle, Urteil vom 1.7.2009, Az. 3 U 257/08 = WM 2009, 1794 (insofern auch auf die RLe des Bundesaufsichtsamtes für Wertpapierhandel abstellend). Aus der Literatur Heße, MDR 2009 (allerdings tendenziell bejahend für den Anlagevermittler); Nitte/Knöpfel, BKR 2009, 411 f. und Nobbe, WuB I. G. 1. - 5.10 (Urteil OLG Dresden nicht haltbar); Knops/Brockner, WM 2010, 1101 ff., 1110 f.

Der BGH scheint einen Rechtsirrtum abzulehnen. Anders ist es wohl nicht zu erklären, dass die verklagten Banken in den Verfahren XI ZR 258/09 (zum Urteil des OLG Dresden vom 24.7.2009) und XI ZR 228/09 (zum Urteil des OLG Celle vom 1.7.2009) den Anspruch der Anleger anerkannt haben.

Ein Verschulden hinsichtlich im Jahre 1997 gezahlter Rückvergütungen explizit unter ausführlicher Darstellung des Streitstandes in Rechtsprechung und Literatur ganz aktuell ablehnend BGH, Beschluss vom 29.06.2010, Az. XI ZR 308/09.

Hinsichtlich verfassungsrechtlicher Fragen siehe schließlich Pieroth/Hartmann, ZIP 2010, 753 ff.

²⁹ Für Fälle ab dem 05.08.2009 ist § 37 a WpHG ersatzlos gestrichen worden, sodass für die dem WpHG unterfallende Kapitalanlagen die gleichen Verjährungsvorschriften wie für Produkte des grauen Kapitalmarktes gelten.

³⁰ Vgl. insofern die aufgrund der MiFID eingeführte Bestimmung des § 31 Abs. 7 WpHG.

I. Zum Begriff der Aufklärung

Mit Aufklärung³¹ assoziiert der juristische Laie üblicherweise die gleichnamige Epoche des 18. Jahrhunderts, wobei Kant unter Aufklärung den „Ausgang des Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit“ verstand.³²

Diese Definition Kants hat auch heute noch Aktualität, wobei an ihr aber auch der Wandel der Zeit deutlich wird. Von einer „selbst verschuldeten Unmündigkeit“ wird man heute gerade im Bereich der Kapitalanlage nicht mehr sprechen dürfen, da die Initiatoren der jeweiligen Kapitalanlage in der Regel einen Informationsvorsprung vor dem jeweiligen Anleger haben.³³ Es stellt sich daher das Problem des Zugangs zu diesen Informationen, wobei der Informationszugang wegen der Möglichkeiten des Internets und den generell verbesserten Informationsmöglichkeiten zwar einfacher geworden ist. Jedoch ist wegen einer kaum noch überschaubaren Produktpalette, einer ausufernden Wirtschafts- und speziellen Anlegerpresse³⁴ die Informationsverarbeitung und –selektion heute wesentlich erschwert. Demnach ist ein Großteil der Informationen heute frei verfügbar, der Informationsbeschaffung kommt aber demnach in einer immer arbeitsteiliger werdenden Wirtschaft enorme Bedeutung zu. Jedoch ist die Informationsselektion, also die Hinterfragung und Prüfung der verfügbaren Informationen, aufgrund dieses Informationsüberangebotes zunehmend schwieriger, wenn nicht gar unmöglich geworden.³⁵ Die Unmündigkeit im Sinne Kants ist daher heute nicht mehr selbst verschuldet, sondern Folge einer stets komplexer werdenden globalisierten und arbeitsteiligen Welt.

Deshalb assoziiert die Rechtswissenschaft mit dem Begriff der Aufklärung Sachverhalte, in denen durch die Statuierung von Aufklärungspflichten Wissensvorsprünge (oder anschaulicher: Informationsasymmetrien) ausgeglichen oder zumindest nivelliert werden sollen.

Dabei werden Aufklärungspflichten oft mit den Begriffen der Beratungs-, Informations- und Warnpflichten in Zusammenhang gebracht.

³¹ Die Arbeit führt hier den Ansatz von Horn, Festschrift Schimansky, 653 f. fort.

³² Kant, Aufklärung, 35 ff.

³³ MüKo-Emmerich, § 311 BGB, Rdnr. 152.

³⁴ Man denke an die zahlreichen Kapitalmarktberichterstatter – hierzu Assmann, ZIP 2002, 637 ff.

³⁵ In diesem Sinne auch KK-WpHG-Möllers, § 31 WpHG, Rdnr. 248.

II. Abgrenzungen

1. Abgrenzung Aufklärungs-/Beratungspflicht

In der als vorherrschend zu bezeichnenden Meinung hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass zwischen Aufklärungs- und Beratungspflicht strikt zu trennen ist.³⁶

Nach anderer Meinung können die Begriffe der Aufklärungs- und Beratungspflicht wegen fließender Übergänge synonym verwendet werden, insbesondere soll die Aufklärung auch stets ein Element des Beratens beinhalten.³⁷

Teilweise werden die beiden Begriffe auch ohne nähere Begründung gleichgesetzt.³⁸

Nach Ansicht von Hadding³⁹ beinhaltet die Aufklärung /Information⁴⁰ lediglich eine Auskunft, wohingegen bei der Beratung eine subjektive Werteinschätzung in Form einer eigenen Stellungnahme hinzutritt.

Durch die Beratung soll dem Ratsuchenden geholfen werden, unter mehreren Alter-

³⁶ Siol, DRiZ 2006, 223; ders., Festschrift Schimansky, 782 ff.; Bankrechts-Handbuch-Siol, § 43, Rdnr. 5 ff. Horn, ZBB 1997, 140 f.; Balzer, WM 2000, 441; Möllers/Ganten, ZGR 1998, 785; Nobbe, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 236 f.; KK-WpHG-Möllers, § 31 WpHG, Rdnr. 224 ff.; Horn, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 77 f.; Henssler, Risiko, S. 137; Wieneke, Discount-Broking und Anlegerschutz, S. 44; Grimm, Immobilienhaftung, S. 32; Podewils/Reisich, NJW 2009, 117; Lang, WM 2000, 451; Brömmelmeyer, VersR 2009, 564. Aktuell auch Lang/Balzer, Festschrift Nobbe, 641. Welter/Lang-Lang, Informationspflichten, Rdnr. 2.2 will allerdings zwischen Aufklärungspflichten auf der einen und Informations- und Beratungspflichten auf der anderen Seite trennen. Allerdings erachtet er den Begriff der Information dann als Oberbegriff für Aufklärung, Beratung, Warnung etc. (a. a. O., Rdnr. 2.2). Vgl. auch die Bestimmung des § 37 a WpHG, wo zwischen Informationspflicht und Beratung differenziert wird. Hierzu KK-WpHG-Möllers, § 31 WpHG, Rdnr. 225.

Ganz anders neuerdings Assmann/Sethe, Festschrift Westermann, 78 die in den hier abzuhandelnden Konstellationen von drittbezogenen „Warn- und Hinweispflichten“ sprechen. Ebenso Steuer, Festschrift Schimansky, 795, der aber der Ansicht ist, dass beide Pflichten im gegenseitigen Zusammenspiel stünden. Ebenso Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, S. 523, wobei nach seiner Ansicht der Übergang nur die Randbereiche betreffen soll. Auch Hopt, Bankrechtstag, 3, spricht von einem Ineinandergreifen der Pflichten. Vgl. insofern auch die Bestimmung des § 37 a WpHG, die zwischen Ansprüchen aus Verletzung einer Informationspflicht und fehlerhafter Beratung differenziert. Auf eine Abgrenzung ausdrücklich vollständig verzichtend Abegglen, Aufklärungspflichten, S. 7 f.

³⁷ Schäfer, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, 6 f. mit weiteren Nachweisen; Hopt, Bankrechtstag, 3; Rümker, Bankrechtstag, 31; MüKo-Roth, § 241 BGB, Rdnr. 114.

³⁸ Arendts, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung, S. 17; ders., Bankenhaftung, 165 et passim; Lampert, WiB 1995, 501; Schwark, ZHR 151 (1987), 334 unter Widergabe der bis dato in BGHZ ergangenen Rechtsprechung; Kieninger, AcP 198 (1998), 198; Rümker, Haftung bei Finanzierung von Vermögensanlagen, 74; Schäfer, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 27 ff.; Horn, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Bank, 77 f.; Richrath, WM 2004, 653; Canaris, Bankvertragsrecht, Rdnr. 100; Vortmann, WM 1989, 1557; Derleder/Knops/Bamberger-Tonner/Tonner, Handbuch Bankrecht, § 4, Rdnr. 10, 18, allerdings differenzierend in Rdnr. 12 f.

³⁹ Hadding, Festschrift Schimansky, 73 ff.

⁴⁰ Zu deren Abgrenzung sogleich unter 2.

nativen die für ihn günstigste zu finden, wobei diesem Rat eine gemeinsame Erörterung vorausgeht, in der die Ziele des Ratsuchenden exploriert werden.⁴¹ Dabei wird im Rahmen der gemeinsamen Erörterung zunächst das Wissensgefälle durch die Erteilung entsprechender Auskünfte nivelliert, was Voraussetzung dafür ist, dass der Ratsuchende den Ausführungen des Beratenden folgen und diese hinterfragen kann.

Möllers/Ganten⁴² wollen die Abgrenzung anhand dreier Kriterien (Umfang der objektbezogenen Information, Inhalt der Kundenanfrage sowie Umfang und Qualität der Bewertungsleistung) vornehmen, wobei „die beiden letzten Kriterien als zwei Seiten einer Medaille kumulativ zu prüfen“ sein sollen. Dabei stellt nach Möllers/Ganten der Inhalt der Kundenanfrage (Informations- oder Beratungsbedarf) eine erste Weichenstellung dar, entscheidend ist aber nach Möllers/Ganten, ob und in welcher Qualität tatsächlich eine Beratungsleistung erbracht wird.

Stellungnahme: Der Streit soll nicht weiter vertieft werden, als es für die Darstellung erforderlich ist.⁴³ Es bleibt aber festzuhalten, dass gravierende Unterschiede zwischen einer bloßen Aufklärungspflicht und der wesentlich intensiveren Beratungspflicht bestehen.

Bei der Aufklärungspflicht sind nur Informationen zu vermitteln, die für die Entscheidung des Informationsempfängers bedeutsam sind. Unabhängig für die Aufklärung ist, ob der Gegenüber bereits Kenntnis von der Information hatte.⁴⁴ Dies ist erst maßgeblich für das Vorliegen einer Aufklärungspflicht. Zwar erfordert eine Beratungspflicht zunächst ebenfalls die Informationsvermittlung; der Schwerpunkt dieser Pflicht liegt aber bei der Bewertung der erteilten Information. Im Sinne einer Exploration des Willens des Beratungssuchenden zielt die Beratung darauf ab, diesem den seinen persönlichen Bedürfnissen entsprechenden Rat zu erteilen.⁴⁵

Die Aufklärung ist ungefragt vorzunehmen, die Beratung erfolgt erst, wenn der Kunde diese wünscht.⁴⁶ Von daher erfolgt die Beratung freiwillig, eine Verpflicht-

⁴¹ In diesem Sinne statt vieler Hadding, Festschrift Schimansky, 74 f.; Balzer, WM 2000, 441; Hofmann, Aufklärung und Beratung, S. 63.

⁴² ZGR 1998, 790.

⁴³ Eine ausführliche Darstellung findet sich bei Hofmann, Aufklärung und Beratung, S. 21 ff.

⁴⁴ So aber Hadding, Festschrift Schimansky, 73 f.

⁴⁵ Zutreffend Möllers/Ganten, ZGR 1998, 790 f. wonach die optimale Erfüllung der Aufklärungspflicht nicht dazu führen kann, dass gleichzeitig eine maßgeschneiderte Anlageempfehlung ausgesprochen wird. Ebenso Möllers/Leisch, JZ 2000, 1090; Nobbe, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 237 f. jeweils mit weiteren Nachweisen, auch zur Rechtsprechung des BGH; Stimpel, Festschrift Hoegen, 250 f.; Horn, ZBB 1997, 141; Lang, WM 2000, 451; ders., Informationspflichten, S. 34 f.; Steuer, Festschrift Schimansky, 809; Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, S. 521. Leisch, Informationspflichten nach § 31 WpHG, S. 132 f., 135 weist darauf hin, dass die Bewertung in Grenzfällen nicht als alleiniges Abgrenzungskriterium herangezogen werden kann, da auch bei einer Warnung u. U. Warnhinweise zu erteilen sind. Dem folgend KK-WpHG-Möllers, § 31 WpHG, Rdnr. 234.

⁴⁶ Schimansky, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 50 f.

tung besteht grundsätzlich nicht.⁴⁷ Mithin beinhaltet die Beratungspflicht immer auch die Pflicht zur Aufklärung.⁴⁸ Diese Erkenntnis ist für die weitere Darstellung ausreichend, da diese lediglich die Aufklärungspflichten untersucht. Im Folgenden wird daher ausschließlich der Begriff der Aufklärungspflicht verwendet.

2. Abgrenzung Aufklärungs-/Informationspflicht

In zahlreichen Veröffentlichungen wird der Begriff der Aufklärungspflicht synonym mit dem der Informationspflicht verwendet.⁴⁹

Differenzierungen zwischen beiden Begriffen nehmen nur wenige Autoren vor. Lang⁵⁰ ist der Ansicht, der Begriff der Informationspflichten sei Oberbegriff für alle Auskunft-, Hinweis-, Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten. Im gleichen Beitrag vertritt Lang dann allerdings die Ansicht, bei der Aufklärungspflicht handele es sich um eine Informationspflicht im engeren Sinne.⁵¹

Nach Ansicht von Tonner/Tonner⁵² ist der Ausgangspunkt der Informationspflicht und der der Aufklärungspflicht identisch, da beide Pflichten auf die Mitteilung von Tatsachen gerichtet sind. Die Aufklärungspflicht soll sich von der Informationspflicht jedoch dadurch unterscheiden, indem neben der Tatsachenmitteilung „ein systematischer, auf den Vertragsgegenstand bezogener Tatsachenzusammenhang, dessen Umfang vom Wissensstand des Kunden abhängt“ besteht.⁵³

Auch Hadding⁵⁴ sieht eine gewisse Überschneidung von Aufklärungs- und Informationspflicht. Aufklärung als auch Information erfolgten ohne Anfrage des Gegenüber und zielten auf dessen bloße Unterrichtung ab. Die Information unterscheide sich aber von der Aufklärung durch das Fehlen einer Belehrung, wobei durch die Belehrung eine bislang bestehende Unkenntnis des Empfängers beseitigt werde.

Stellungnahme: Es besteht keinerlei Veranlassung, vom Standpunkt der vorherrschenden Meinung abzuweichen. Denn die Ansicht von Tonner/Tonner erfordert

⁴⁷ Schimansky, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 51; ebenso Hadding, Festschrift Schimansky, 73 ff.

⁴⁸ Statt aller Grimm, Immobilienhaftung, S. 32 f.

⁴⁹ Exemplarisch Horn, ZBB 1997, 141; Bankrechts-Handbuch-Siol, § 43, Rdnr. 5; Horn, Festschrift Schimansky, 653, 657, 659; Nobbe, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 238; Rümker, Bankrechtstag, 31; Hofmann, Aufklärung und Beratung, S. 62; Breidenbach, Informationspflichten beim Vertragsschluß, S. 4; Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, S. 521, 523; KK-WpHG-Möllers, § 31 WpHG, Rdnr. 225.

⁵⁰ Welter/Lang-Lang, Handbuch der Informationspflichten, Rdnr. 2.2; ebenso Assmann/Sethe, Festschrift Westermann, 77.

⁵¹ Welter/Lang-Lang, Handbuch der Informationspflichten, Rdnr. 2.7. Ebenso MüKo-Roth, § 241 BGB, Rdnr. 114. Nach Steuer, Festschrift Schimansky, 796 sind Aufklärungspflichten Informationspflichten.

⁵² In Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht, § 4, Rdnr. 12.

⁵³ Derleder/Knops/Bamberger-Tonner/Tonner, Handbuch Bankrecht, § 4, Rdnr. 12.

⁵⁴ Festschrift Schimansky, 73.

eine Exploration des Kenntnisstandes des Kunden, was aber nur bei einer Beratungspflicht der Fall ist. Auch der Abgrenzungsversuch Haddings begegnet Bedenken, da die Belehrung oft Element einer Beratung ist, wodurch die Abgrenzung dieser Begriffe an Schärfe verlieren würde.

Von daher werden im Folgenden die Begriffe der Aufklärungspflicht und der Informationspflicht synonym verwendet.

3. Abgrenzung Aufklärungs-/Warnpflicht

Bei einer Aufklärung soll es sich häufig um eine Warnung vor nicht für den potentiellen Vertragspartner erkennbaren Risiken handeln, die Aufklärung könne aber auch in der Offenlegung eines dem Anleger nicht bekannten Interessenkonfliktes bestehen.⁵⁵

Nach anderer Ansicht sollen Aufklärungspflicht und Warnpflicht identisch sein.⁵⁶ Schließlich wird vertreten, die Warnung sei in jeder Aufklärung enthalten.⁵⁷ Nach Lang⁵⁸ kann die Warnung in einer bloßen Information bestehen, die Warnung kann aber auch Bestandteil einer Beratung sein, in der vor der Tätigkeit einer bestimmten Kapitalanlage abgesehen wird.

Ob man nun Aufklärungspflicht und Warnpflicht gleichsetzt oder in der Warnpflicht einen Unterfall der Aufklärungspflicht sieht, kann dahingestellt bleiben, da an die unterschiedlichen Definitionen der beiden Begriffe keine unterschiedlichen Rechtsfolgen anknüpfen.⁵⁹

III. Abgrenzung Anlagevermittlungs-/Anlageberatungsvertrag

In § 37 a WpHG wird ausdrücklich zwischen der Pflicht zur Information und der Beratung unterschieden.⁶⁰ Dabei kommt bei der Anlageberatung nach ganz h. M. ein konkludent geschlossener Anlageberatungsvertrag zustande.⁶¹ Auch wenn man mit der Annahme von konkludent geschlossenen Verträgen aufgrund des Vorwurfes der

⁵⁵ Schimansky, Aufklärungs- und Beratungspflichten, 51. Ebenso Derleder/Bamberger/Knops-Tonner/Tonner, Handbuch Bankrecht, § 4 Rdnr. 16 (Warnung Unterfall der Information); Hadding, Festschrift Schimansky, 73 (Gleichsetzung von Information und Unterrichtung).

⁵⁶ Siol, Festschrift Schimansky, 789. So tendenziell auch Hopt, Bankrechtstag, 3, der von einem Ineinandergreifen der einzelnen Pflichten spricht.

⁵⁷ Assmann/Sethe, Festschrift Westermann, 77.

⁵⁸ Informationspflichten, S. 36.

⁵⁹ Zum vorangegangenen auch Wieneke, Discount-Broking und Anlegerschutz, S. 45.

⁶⁰ Anders aber § 60 VVG, wo es in der Überschrift „Beratungsgrundlage des Versicherungsvermittlers“ heißt.

⁶¹ Exemplarisch Kieninger, AcP 198 (1998), 227 f. mit Rechtsprechungsnachweisen; MüKo-Emmerich, § 311 BGB, Rdnr. 172, 177; Häfner-Nittel, Fehlgeschlagene Immobilienkapitalanlagen, Rdnr. 1094; Assmann/Schütze-von Heymann/Edelmann, Kapitalanlagerecht, § 4, Rdnr. 6, 9.

Fiktion eher zurückhaltend sein sollte, ist der h. M. im Bereich des Anlageberatungsvertrages doch zuzustimmen.

Dabei ergeben sich Schadensersatzansprüche bei einem Anlageberatungsvertrag aus § 280 Abs. 1 BGB, der nunmehr durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gesetzlich normierten positiven Forderungsverletzung.⁶²

Die Anlagevermittlung hat eine (aufsichtsrechtliche) Normierung in § 1 Abs. 1 a Satz 2 Nr. 1 KWG bzw. § 2 Abs. 3 Nr. 3 WpHG erfahren, die Anlageberatung in § 1 Abs. 1 a Satz 2 Nr. 1 a KWG bzw. § 2 Abs. 3 Nr. 9 WpHG, wobei in letzterer Bestimmung explizit auf die Abgabe einer Empfehlung nach vorausgegangener „Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers“ abgestellt wird.

Zwar sind die Pflichten bei einer c. i. c. und einer p. F. V. nach ganz h. M. generell gleichlaufend,⁶³ jedoch stellt sich angesichts der hier vertretenen dogmatischen Herleitung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten mittels des Vertrauensprinzips und der Funktionsfähigkeit des Marktes⁶⁴ die Frage nach der Verwertbarkeit der gewonnen dogmatischen Erkenntnisse. Zwar soll dem Vertrauensgedanken auch im Bereich der vertraglichen Haftung eine bedeutsame Rolle zukommen,⁶⁵ jedoch werden im Bereich der c. i. c. die Aufklärungspflichten durch ihn maßgeblich beeinflusst.⁶⁶ Dennoch kann bei der Bestimmung der Pflichten aus einem Beratungsvertrag im Hinblick auf die Innenprovisionen und Rückvergütungen auf die gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen werden, und zwar aus folgenden Gründen:

Auch bei der Beratung besteht zunächst eine Pflicht zur Information, ehe sich die Beratung anschließt. Insofern besteht (wenn überhaupt) im Anfangsstadium des Beratungsvertrages eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Innenprovision. Zudem gehen die Pflichten bei einem Anlageberatungsvertrag stets über die eines Anlagevermittlungsvertrages hinaus, Gründe für ein ausnahmsweises Zurückbleiben sind nicht ersichtlich. Insofern sind die aus dem Anlageberatungsvertrag resultierenden Pflichten stets mindestens gleich groß wie bei einem Anlagevermittlungsvertrag.⁶⁷

Bei möglichen Aufklärungspflichten hinsichtlich der Innenprovision handelt es sich aber um Pflichten, die typischerweise im Vorfeld der im Rahmen des Beratungsvertrages zu erteilenden Empfehlung bestehen, sodass es im Ergebnis keinen Unterschied machen darf, ob ein Anlagevermittlungs- oder Anlageberatungsvertrag ge-

⁶² Statt aller Derleder/Knops/Bamberger-Bamberger, Handbuch Bankrecht, § 50, Rdnr. 25.

⁶³ Abegglen, Aufklärungspflichten, S. 128 f; Hopt, Bankrechtstag, 12; Frost, Schutzpflichten, S. 204 ff., 210; MüKo-Emmerich, § 311 BGB, Rdnr. 173; Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, S. 543.

⁶⁴ Hierzu ausführlich unter § 17.

⁶⁵ Statt aller Canaris, Bewegliches System, 116. Nach Lang, Informationspflichten der Bank, S. 40 soll bei zunehmender Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens der Vermittler sich dem Berater annähern.

⁶⁶ Hierzu ausführlich unter § 11.

⁶⁷ MüKo-Emmerich, § 311 BGB, Rdnr. 176; ders., Leistungsstörungenrecht, § 7, Rdnr. 52. In diesem Sinne auch Häfner-Nittel, Fehlgeschlagene Immobilienkapitalanlagen, Rdnr. 1104.

geschlossen wurde.⁶⁸ Für diese Lösung streitet im übrigen, dass die Abgrenzung zwischen Vermittlung und Beratung trotz der scheinbar griffigen Begriffe alles andere als einfach ist⁶⁹ und die Unterschiede für den Anleger auch teilweise kaum erkennbar sind.⁷⁰ Generell steht bei der Anlagevermittlung aber die Anpreisung im Zentrum der Darstellung,⁷¹ wobei auch der Vermittler nach der Rechtsprechung des BGH diejenigen Informationen erteilen muss, die für den Anlageentschluss von maßgeblicher Bedeutung sind.⁷² Hingegen steht bei der Anlageberatung die Empfehlung und Beratung im Vordergrund.⁷³ Dabei steht der Anlagevermittler⁷⁴ generell auf Seiten des Emittenten, da er von diesem mit dem Vertrieb der Kapitalanlage beauftragt wird und von diesem seine Vergütung erhält. Hingegen ist der Anlageberater vom Initiator unabhängiger, da er seinem Kunden kraft des Beratungsvertrages eine neutrale Beratung schuldet.⁷⁵ Dabei kann die Abgrenzung zwischen bloßer Anpreisung und konkreter Beratung zu kritischen Grenzfällen führen.⁷⁶ Würde man – speziell im Hinblick auf eine Aufklärungspflicht bei Innenprovisionen – bei einem Anlagevermittlungsvertrag geringere Pflichten als bei einem Anlageberatungsvertrag statuieren, würde versucht werden, eine Beratung weitestgehend zu vermeiden. Auch würde bei einer solchen Privilegierung der Anlagevermittlung wohl die Vermittlung durch noch mehr freiberufliche Anlagevermittler und nicht mehr durch

⁶⁸ Ebenso Benedict, ZIP 2005, 2131 mit der zutreffenden Begründung, dass bei der Anlageberatung die Pflichten der Anlagevermittlung zwingend mit enthalten sind.

⁶⁹ Exemplarisch der Beitrag von Wagner, der zwar grundsätzlich zwischen Anlageberater- und -vermittler differenzieren will, jedoch dann im Hinblick auf mögliche Informationspflichten beide in einem Atemzug („Anlagevermittler/-berater“) nennt. So Wagner, DStR 2004, 1884. Zu dieser Problematik ausführlich Frisch/Münscher, Haftung bei Immobilienanlagen, Rdnr. 160 ff. mit zahlreichen Beispielen zu problematischen Grenzfällen. Ebenso Derleder/Knops/Bamberger-Bamberger, Handbuch Bankrecht, § 50, Rdnr. 2, 26, 28 ff und aktuell Frisch, ZfIR 2009, 313 ff.

⁷⁰ Lang/Balzer, Festschrift Nobbe, 657; Frisch, ZfIR 2009, 313 ff.

⁷¹ Bankrechts-Handbuch-Siol, § 45, Rdnr. 4 mit dem Hinweis, dass Banken eher im Bereich der Anlageberatung tätig würden. Ebenso MüKo-Emmerich, § 311 BGB, Rdnr. 172; Erman-Kindl, § 311 BGB, Rdnr. 42; Häfner-Nittel, Fehlgeschlagene Immobilienkapitalanlagen, Rdnr. 1095 ff; Frisch/Münscher, Haftung bei Immobilienanlagen, Rdnr. 157; Assmann/Schütze-von Heymann/Edelmann, Kapitalanlagerecht, § 4, Rdnr. 4.

⁷² BGH, Urteil vom 13.01.2000, Az. III ZR 62/99, Tz. 13 = WM 2000, 426 = ZIP 2000, 355. Zuletzt BGH, Urteil vom 19.10.2006, Az. III ZR 122/05, Tz. 9 = WM 2006, 2301 = ZIP 2006, 2221.

⁷³ So der BGH in der wohl maßgeblichen Entscheidung zur Abgrenzung zwischen Anlagevermittler und -berater, BGH, Urteil vom 13.05.1993, Az. III ZR 25/92, Tz. 13 = WM 1993, 1238 = ZIP 1993, 997.

⁷⁴ Den Benedict nicht zu Unrecht als „dogmatisches Chamäleon“ bezeichnet – Benedict, AcP 204 (2004), 701.

⁷⁵ Hierzu Köndgen, AG 1983, 122; Bankrechts-Handbuch-Siol, § 45, Rdnr. 4; BGH, Urteil vom 13.05.1993, Az. III ZR 25/92, Tz. 13 = WM 1993, 1238 = ZIP 1993, 997.

⁷⁶ Nach Martinek-Feyerabend, Vertriebsrecht, § 42, Rdnr. 90 soll die Abgrenzung und die damit einhergehende Privilegierung zwischen Anlageberater und -vermittler zunehmend an Bedeutung verlieren. Insofern soll „auch ein Vermittler Anlageberatung durchführen“ können (so Martinek-Feyerabend, a. a. O.).

Banken erfolgen.⁷⁷ Dabei haben Banken aber im Regelfall einen höheren Seriositätsanspruch. Nach alledem ist das Vorliegen einer Aufklärungspflicht im Hinblick auf die Zahlung einer Innenprovision unabhängig von der Differenzierung zwischen einem Anlagevermittlungs- oder Anlageberatungsvertrag;⁷⁸ auch die unterschiedliche Rechtsgrundlage der beiden Pflichten spielt keine Rolle.

IV. Innenprovisionen

1. Kosten bei der Kapitalanlagevermittlung allgemein

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass eine Kapitalanlagevermittlung stets nur mit hohen Kosten und Aufwand möglich sein soll.⁷⁹ Insofern ist zunächst zu konstatieren, dass schon die Konzeptionierung neuer Kapitalanlagemodelle mit entsprechenden Kosten verbunden ist, die den potentiellen Gewinn des Initiators mindern. Auch diese Gestehekskosten müssen eingepreist werden, gleichzeitig muss aber auch dem Anleger eine entsprechende Rendite winken, die von diesem in Anbetracht der eingegangenen Risiken als attraktiv empfunden wird. Nachdem zur Andienung des Kapitalanlageprodukts Vermittler (und in der Regel auch Untervermittler) eingesetzt werden, fallen schon diesbezügliche Kosten an. Diese bestehen zunächst in der (gesetzlichen Pflicht zur)⁸⁰ Prospektherausgabe sowie der Informationsweitergabe an den Vermittler, z. B. durch Schulungen, Entwicklung von Kurzinformationen über die Kapitalanlage etc. Hinzu treten Aufschläge für eine potentielle Haftung oder Haftungsvermeidung, die auch in die Vermittlungskosten einzupreisen sind.

⁷⁷ Im vorstehenden Sinne auch Kieninger, AcP 198 (1998), 207. Wie Kieninger zutreffend ausführt, muss (auch unter dem Aspekt der Funktionsfähigkeit des Marktes) das Ziel der Abschluß bedarfs- und nicht haftungsgerechter Verträge sein.

⁷⁸ In diesem Sinne auch Kuschka, MDR 2005, 906.

An der Differenzierung zwischen Vermittlung und Beratung ohne eigene Begründung festhaltend OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2009, Az. I-9 U 30/09, Tz. 30; OLG Oldenburg, Urteil vom 11.9.2009, Az. 11 U 75/08 = BB 2009, 2390; OLG Stuttgart, Urteil vom 6.10.2009, Az. 6 U 126/09, Tz. 32 ff., 54 ff. = ZIP 2009, 2185; Harnos, BKR 2009, 321; Nittel/Knöpfel, BKR 2009, 414; Paul, GWR 2009, 237 f; Witte/Hillebrand, DStR 2009, 1760; Zingel/Rieck, BKR 2009, 356; Heße, MDR 2009, 1197 ff. (Bei der Anlagevermittlung soll sich der Kunde des werbenden und anpreisenden Charakters der Vermittleraussagen bewußt sein. Warum Heße, a. a. O., 1198 darüber hinaus unterschiedliche Aufklärungspflichten des Vermittlers hinsichtlich des grauen Kapitalmarktes und dem WpHG unterfallenden Anlagen statuieren will, wird nicht ganz klar und steht im Widerspruch zum – von Heße ansonsten befürworteten – Urteil des BGH vom 12.5.2009, Az. XI ZR 586/07 = NJW 2009, 2298 = WM 2009, 1274 = ZIP 2009, 1264.

Die vorgenommene Differenzierung ablehnend Assmann, ZIP 2009, 2135; OLG Dresden, Urteil vom 24.7.2009, Az. 8 U 1240/08 = WM 2009, 1689 unter Hinweis darauf, dass diese Differenzierung bislang weder vom BGH noch von den Obergerichten thematisiert wurde. Ohne nähere Begründung auch OLG Celle, Urteil vom 21.10.2009, Az. 3 U 86/09, Tz. 41.

⁷⁹ Loritz, VersR 2004, 406.

⁸⁰ Vgl. § 8 f VerkaufsprospektG bzw. § 42 InvG.

Ferner will der Vermittler natürlich ein adäquates Entgelt für die Informationsverarbeitung, seine Raumkosten etc. erhalten. All diese Kosten fallen unabhängig von einem Vermittlungserfolg an. Bei der Vermittlung selbst ist – gerade bei Vermittlern von Produkten des sog. grauen Kapitalmarktes⁸¹ – von einer hohen Misserfolgsquote auszugehen, deren Ursachen vielfältig sind (generelles Misstrauen in derartige Produkte, Marktübersättigung, fehlende Risikobereitschaft etc.). Es bedarf daher im Regelfall intensiver Bemühungen, überhaupt einen Interessenten zu finden, der Vermittlungserfolg ist damit noch gar nicht in Aussicht gestellt. Gerade bei kleineren Anlagebeträgen ist auch die Vergütung den Vermittler/Berater oftmals derart gering, als dass eine ausführliche und qualifizierte Vermittlung bzw. Beratung nicht realistisch ist.⁸²

All dies schlägt sich in den vom Anleger zu entrichtenden Provisionen nieder. Von daher erscheint die Rentabilität komplexer Kapitalanlageprodukte nicht per se gegeben zu sein. Einfachere Produkte mit einer anlagegerechten Risikostreuung könnten ein Ausweg sein, wobei sich Initiatoren und Vermittler hierdurch teilweise selbst ihrer Existenz berauben würden. Insofern sind die hohen Innenprovisionen ein starker Anreiz für den Vertrieb, eine Anlage dem Anleger anzudienen, die vor allem ihrem Geldbeutel zugute kommt, abzugeben. Nur vor diesem Hintergrund ist es wohl zu erklären, dass insbesondere der Vertrieb generell versucht, diese Vertriebsprovision so gut es geht zu verheimlichen. Gerade diese Intransparenz trägt zum Fehlen jeglichen Preis- und Qualitätswettbewerbes maßgeblich bei.⁸³ Generell wäre ein Wandel der Kapitalanlagevermittlungsbranche dahingehend wünschenswert, dass der Vermittler direkt (und nicht indirekt über Innenprovisionen und Kick-Backs etc.) bezahlt wird. Hierdurch würde der Vermittler/Berater die Interessen seines Kunden wesentlich besser wahrnehmen, Interessenkonflikte aufgrund der Vertriebsprovision wären ausgeschlossen.⁸⁴ Insofern muss aber auch eine Mentalitätsveränderung der Anleger damit einhergehen, als dass Anlagevermittlung und -beratung einen angemessenen Preis haben müssen, damit eine entsprechende Qualität gewährleistet ist. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine solche Leistung bei einer Renditesteigerung von z. B. einem Prozent unter dem Strich für den Anleger überhaupt zu einem Reingewinn führt. Welch teuren Folgen schlechte Vermittlung oder Beratung haben kann, haben die sog. „Schrottimmobilienfälle“ längst gezeigt.⁸⁵

⁸¹ Bei der Vermittlung von Aktienfondsanteilen im Wert von 1.000 € und einer unterstellten Provision von 5 % stellt es sich als problematisch dar, ob hier die Bereitschaft zu einer qualifizierten Vermittlungs- oder Beratungsleistung besteht.

⁸² Köndgen, ZBB 1997, 120 f.

⁸³ Köndgen, ZBB 1997, 120; Schäfer, Festschrift Nobbe, 726; Sethe, Festschrift Nobbe, 774 f., 782 f.

⁸⁴ Sethe, Festschrift Nobbe, 774.

⁸⁵ In diesem Sinne auch Loritz, VersR 2004, 405 f. Allerdings stellt sich die Frage, ob man bei einer Anlagesumme von 1.000 € und einer 5 %igen Provision eine qualitativ hochwertige Leistung erwarten darf.

2. Definitionsansatz

Auch wenn es sich bei dem Begriff der Innenprovision⁸⁶ um eine Wortschöpfung aus neuester sprachgeschichtlicher Zeit handeln dürfte, besteht hinsichtlich dessen Definition weitgehende Einigkeit.⁸⁷ Auch wenn die Wortwahl variiert, bezeichnet die ganz herrschende Meinung als Innenprovision eine Zahlung „durch einen oder mehrere der Funktionsträgerunternehmen aus dem Initiatorenbereich“⁸⁸ an den Vertrieb für die erfolgreiche Vermittlung des Kapitalanlegers, wobei die Innenprovision teilweise zusätzlich zu der ausgewiesenen Provision gezahlt wurde.⁸⁹

Abstrakter, aber gleichwohl im Ergebnis wie die vorherrschende Meinung definiert Gallandi den Begriff der Innenprovision wie folgt: „Vorab im Falle eines Vermittlungserfolgs gewährter, wirtschaftlich vom Erwerber getragener, Sondervorteil zu Gunsten von Beteiligten auf der Anbieterseite des Produkts.“⁹⁰

V. Kick-Backs/Rückvergütungen

Auch wenn sich der Begriff der sog. Kick-Backs bzw. Rückvergütungen sprachlich von dem der Innenprovisionen unterscheidet, bestehen nicht nur in rechtlicher Hinsicht zahlreiche Gemeinsamkeiten. Dabei hat die Bezeichnung als „Kick-back“ dem deutschen Begriff der Rückvergütung den Rang abgelaufen.⁹¹ Dieser Begriff ist aber insofern missverständlich, als er bei korrekt übersetzt Schmiergeld bedeutet.⁹² Teilweise wird auch der Begriff der Retrozession verwendet.⁹³

Ebenso wie bei der Innenprovision gibt es bei der Definition der Kick-Backs nur geringfügige Differenzierungen in Literatur und Rechtsprechung. Ein Kick-Back liegt

⁸⁶ Vereinzelt wird in diesem Zusammenhang auch von einer Platzierungsprovision gesprochen, die von den Initiatoren an den Vertrieb gezahlt wird. So aktuell Hadding, Festschrift Nobbe, 566.

⁸⁷ Zu dem im Zusammenhang mit den Innenprovisionen öfters verwendeten Begriff der weichen Kosten siehe den ausführlichen Definitionsansatz von Hoppe/Riedel, DB 2007, 1125, die unter den weichen Kosten zwischen Ineffizienzkosten, konzeptionsbedingten Kosten und direkten Anschaffungsnebenkosten differenzieren. Dabei zählen die Innenprovisionen generell zu den konzeptionsbedingten Kosten. Sind sie unüblich hoch, sollen sie teilweise zu den Ineffizienzkosten zählen. Als „harte Kosten“ bezeichnen Hoppe/Riedel nur den Verkehrswert des erworbenen Vermögensgegenstandes.

⁸⁸ Assmann/Schütze-Strohn, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 20, Rdnr. 94.

⁸⁹ MüKo-Emmerich, § 311 BGB, Rdnr. 165; Rohlfing, MDR 2002, 739; Loritz, WM 2000, 1831 f.; Kiethe, NZG 2001, 107; Graf Lambsdorff, ZfIR 2003, 706; Geibel, ZBB 2003, 349 f.; Blankenstein, NZM 2002, 145.

⁹⁰ Gallandi, VuR 2002, 198.

⁹¹ Rößler, NJW 2008, 554 vermutet, dass „Kick-Back“ – wohl inspiriert vom Fußball – ein Verhalten charakterisieren soll, „bei dem der Empfänger einer geldwerten Leistung im Rahmen einer Geschäftsbeziehung einen Teil davon an einen Dritten zurückspielt“.

⁹² Zutreffend Sethe, Festschrift Nobbe, 772; Frisch/Münscher, Haftung bei Immobilienanlagen, Rdnr. 469.

⁹³ KK-WpHG-Möllers § 31 WpHG, Rdnr. 301; Assmann/Schütze-Schäfer, Kapitalanlagerecht, § 23, Rdnr. 51.

vor, wenn ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen (vgl. § 2 Abs. 4 WpHG) von dem Kapitalanlageunternehmen, dessen Produkte es vermittelt hat, einen Teil der Provision erhält, welche das Kapitalanlageunternehmen vom Kunden (für diesen erkennbar oder nicht) erhalten hat.⁹⁴ Dabei erhält der Vermittler/Berater meist nicht nur einen Teil der Verkaufsprovision (bei Investmentfonds oft als Ausgabeaufschlag bezeichnet), sondern auch einen Teil der jährlichen Vergütung, die der Anleger als sog. Verwaltungsgebühr an das Kapitalanlageunternehmen bezahlt. Dieser Sachverhalt wird ebenfalls als Kick-Back (im weiteren Sinne), als Bestandspflegeprovision oder als „Vertriebsfolgeprovision“⁹⁵ bezeichnet.

Zwischenzeitlich hat der Gesetzgeber – bedingt durch die MiFID – in § 31 d Abs. 2 WpHG den Begriff ansatzweise definiert. Die Bestimmung sieht vor, dass ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen Zuwendungen von Dritten, die nicht Kunden der Dienstleistung sind, nur annehmen darf, wenn u. a. „Existenz, Art und Umfang der Zuwendung“ dem Kunden vor Erbringung der Wertpapierdienstleistung – hier also der Vermittlungstätigkeit – offenbart werden.

Mithin ist den Kick-Backs und den klassischen Innenprovisionen gemein, dass sie vom Emittenten des Kapitalanlageprodukts (bei den klassischen Innenprovisionen meist solche des sog. „grauen Kapitalmarktes“, bei den Kick-Backs solche im Sinne des WpHG) an den Vermittler aus dem Kapital des Anlegers gezahlt werden.⁹⁶ Der Unterschied liegt vornehmlich darin, dass der Begriff der Kick-Backs im Rahmen des geregelten Kapitalmarktes, der der Innenprovision im Bereich des grauen Kapitalmarktes verwendet wird. Wird von Kick-Backs gesprochen, ist damit in der Regel ein Sachverhalt angesprochen, in dem das Vertriebsunternehmen einen Teil der vom Kunden an den Emittenten gezahlten Provision zurückerhält.⁹⁷ Hingegen wird bei den Innenprovisionen die Vermittlervergütung vom Initiator/Veräußerer gezahlt. Wirtschaftlich betrachtet wird aber immer der Anleger die Provision entrichten.

VI. Finanzierungsvermittlungsprovisionen

Angesichts der anhaltenden Diskussion um die sog. „Schrottimmobilien-Fälle“ fristet die Problematik der Finanzierungsvermittlungsprovisionen eher ein Schattendasein. Dabei wird teilweise die Finanzierungsvermittlungsprovision von dem sog. „Packing“ abgegrenzt. Als Packing bezeichnet man es, wenn die Bank dem Kreditvermittler aus den vom Darlehensnehmer vereinnahmten Zinsen eine Vermittlungs-

⁹⁴ Möllers, WM 2008, 98; Hadding, ZIP 2008, 529 (Bezeichnung auch als „Platzierungsprovision“); Schäfer/Schäfer, BKR 2007, 164. Erwähnenswert noch die Bemerkung von Nikolaus/de Oleire, WM 2007, 2129, wonach die Bezeichnung als Rückvergütung sprachlich verfehlt ist, da der Vermittler gar keine Zahlung an das Kapitalanlageunternehmen entrichtet. Insofern sollte man nach Vorgenannten besser von einer Bonifikation sprechen.

⁹⁵ Rozok, BKR 2007, 218.

⁹⁶ Assmann, ÖBA 2007, 53. A. A. aktuell Nobbe, WuB I. G. 1. - 5.10.

⁹⁷ In diesem Sinne auch Assmann, ÖBA 2007, 53.

provision zahlt, wobei in der Regel der Zinssatz zuvor um die zu entnehmende Provision erhöht wurde. Dabei verpackt (daher packing) die Bank die von ihr gezahlte Vermittlungsprovision in dem normalen Zinssatz.⁹⁸ Als Finanzierungsvermittlungsprovision soll hingegen die Provision bezeichnet werden, die die Bank entrichtet und der Darlehensnehmer sonst keine weiteren Vermittlungsprovisionen entrichten muss.⁹⁹ Auch diese Provisionen sind nach § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4 BGB anzugeben. Erfolgt diese Angabe nicht, schuldet der Darlehensnehmer keine Finanzierungsvermittlungsprovision (§ 494 Abs. 2 Satz 3 BGB).¹⁰⁰ Somit handelt es sich bei der Bestimmung des § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4 BGB um eine gesetzliche Informationspflicht.

⁹⁸ Hierzu OLG Stuttgart, Urteil vom 15.01.1985, Az. 6 U 120/84 = NJW 1986, 2597.

⁹⁹ Teilweise wird auch nicht zwischen den Finanzierungsvermittlungsprovisionen und dem packing differenziert, so z. B. Bankrechts-Handbuch-Bruchner, § 78, Rdnr. 88. Differenzierend z. B. Lambsdorff, ZfR 2003, 710.

¹⁰⁰ Dieser Norm wird teilweise generelle Bedeutung für die Bemessung der Schadensersatzansprüche beigemessen – siehe den Beitrag von Geibel, ZBB 2003, 357.