

Geschäftszweck (auch) gerade darin besteht, selbst Gewinne zu erzielen, ist jedem Marktteilnehmer klar und er rechnet damit. Folgerichtig kommt es für den Kunden maßgeblich auf das Ergebnis eines Geschäfts an, nicht darauf, in welchem Umfang die Bank daran partizipiert. So hat ein Kunde in aller Regel nur ein Interesse daran, dass er vergleichsweise hohe Zinsen für einen bestimmten Anlagebetrag erhält oder dass er einen im Vergleich günstigen Kredit aufnimmt. Erst wenn das Gleichgewicht von Kunden- und Bankeninteresse wegen eines für den Kunden nicht erkennbaren (verdeckten) Vorteils der Bank gestört wird, besteht ein schützenswertes Interesse, über solche Vorteile aufgeklärt zu werden. Die Beklagte hat mit den streitgegenständlichen Zertifikaten aber nur eine marktübliche Gewinnspanne erzielt; sie hatte damit kein Interesse, der Klägerin gerade die streitgegenständlichen Zertifikate zu verkaufen. *Ihre Gewinnmarge war weder umsatzabhängig noch verdiente sie an den streitgegenständlichen Zertifikaten überdurchschnittlich.* Ein zur Aufklärung zwingender Interessenkonflikt lag daher nicht vor.

(4) Unabhängig davon bleibt der Vortrag der Klägerin dahin, welchen Einfluss ihre Kenntnis über eine bestimmte Gewinnmarge gehabt hätte, auch unsubstantiiert und damit unzureichend. Sie trägt bezogen auf den konkreten Fall weder vor, dass ihr ein Eigeninteresse der Bank etwa nicht bewusst gewesen wäre, oder dass gerade die Frage eines Eigengeschäfts und der erzielten Gewinnmarge von maßgeblicher Bedeutung für ihre Anlageentscheidung gewesen wäre. Ein konkreter Vortrag dahin, dass sie die streitgegenständlichen Zertifikate nicht erworben hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die Bank mit dem Eigengeschäft auch eine Gewinnspanne realisiert, fehlt. In ihrem Fall greift zu ihren Gunsten keine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Die Vorgeschichte und der konkrete Anlass für den Kauf der streitgegenständlichen Zertifikate sprechen dafür, dass sie sich auch bei Kenntnis einer Gewinnmarge für den Kauf entschieden hätte. Bei keinem ihrer Käufe hat sie die ausdrücklich ausgewiesenen Ausgabeaufschläge hinterfragt. Zudem standen am 24.10.2007 auch die guten Erfahrungen mit den ein Jahr zuvor gekauften Zertifikaten im Vordergrund. Für den Kauf entscheidend waren vergleichbare Renditeerwartungen bei ähnlichem Risiko. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum die Klägerin von dem Kauf der Zertifikate im Hinblick auf die guten Erfahrungen Abstand genommen haben sollte, wenn ihr bewusst gewesen wäre, dass die Beklagte eine Gewinnspanne erzielt. Auch bei Anlagealternativen, wie Bankeinlagen oder den von der Beklagten selbst emittierten Zertifikaten ist für einen Marktteilnehmer – so auch für die Klägerin – offenkundig, dass eine Bank mit dem Anlagebetrag in Gewinnerzielungsabsicht arbeitet, und somit auch Eigeninteressen verfolgt.

Praxishinweis:

Das Urteil ist nicht rechtskräftig (Az. der Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin beim BGH: XI ZR 231/10). Dem Urteil ist nicht zu entnehmen, wie das OLG zu der Annahme gelangt ist, dass die Gewinnmarge der Beklagten *nicht umsatzabhängig* gewesen sei. Hiergegen heißt es im Tatbestand, dass die Beklagte „die Papiere von der Emittentin im eigenen Namen erwarb, an die Klägerin weiterveräußerte und dadurch einen Gewinn erzielte“. Ein umsatzunabhängiger Gewinn ist kaum vorstellbar. Auch der Hinweis, dass die Beklagte an den streitgegenständlichen Zertifikaten nicht überdurchschnittlich verdiente, spricht für einen (durch-

schnittlichen) umsatzabhängigen Verdienst der Beklagten. Wenn die Gewinnmarge aber tatsächlich nicht umsatzabhängig gewesen sein sollte, so hätte das OLG eine Aufklärungspflicht über die Gewinnmarge zu Recht verneint. Nach der Rechtsprechung des XI. BGH-Zivilsenats ist die Umsatzabhängigkeit eine tragende Voraussetzung für die Aufklärungspflicht wegen „Kick-Backs“, weil nur bei umsatzabhängigen Vorteilen des Anlageberaters ein Interessenkonflikt besteht (BGH, Urt. v. 19.12.2006, Az.: XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 = NJW 2007, 1876, Rn. 23 a.E.; BGH, Urt. v. 27.10.2009, Az.: XI ZR 338/08, VuR 2010, 147 = ZIP 2009, 2380, Rn. 31; OLG Stuttgart, Urt. v. 24.02.2010, Az.: 9 U 58/09, VuR 2010, 309). Wenn die Gewinnmarge dagegen auch hier – was anzunehmen ist – umsatzabhängig war, so dürfte dies schon für sich allein ein Grund sein, das Berufungsurteil aufzuheben; das OLG ist dann in einem entscheidungserheblichen Punkt von einem falschen, mit dem Tatbestand nicht zu vereinbarenden Sachverhalt ausgegangen. Im Übrigen entspricht das Urteil – wenn auch deutlich differenzierter – in den Ergebnissen und in den tragenden Argumenten zu den Grundsatzfragen in Lehman-Fällen (Aufklärungspflicht über fehlende Einlagensicherung und über Gewinnmargen, Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens) den Urteilen des OLG Hamburg vom 23.04.2010 (13 U 117/09 und 13 U 118/09, VuR 2010, 263 = ZIP 2010, 973), so dass insoweit auf die Anmerkung des Bearbeiters zu den Hamburger Urteilen verwiesen werden kann (VuR 2010, 264 ff.).

Schneeballsystem: Aufklärungspflichtverletzung des Vermittlers

1. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann auch bei einem intensiven freundschaftlichen Kontakt die Empfehlung eines Anlagevermittlers als rechtlich erheblich angesehen werden. Ein Auskunftsvertrag mit Haftungsfolgen kommt stillschweigend schon dann zustande, wenn die erteilte Auskunft des Vermittlers, der sich als sachkundig ausgibt, erkennbar dem Anleger als Grundlage für Vermögensdispositionen dient.

2. Ein Vermittler von Kapitalanlagen ist verpflichtet, zumindest ansatzweise Publikationen der einschlägigen Finanzpresse (hier: Finanztest) zu studieren und sich hieraus ergebende Ungereimtheiten bezüglich des Anlagenproduktes (hier: Umsatzbeteiligung der Fa. Akzenta AG) dem Anleger mitzuteilen. Etwaige eigene Wissensdefizite sind offen zu legen.

3. Der Verlust von entgangenen Anlagezinsen ist kein ersatzfähiger Schaden. Die Zuerkennung eines Anlagenzinsverlustersatzes käme im Ergebnis einer „Kapitalanlagen-Ausfallversicherung“ gleich, welche jedoch der Rechtsordnung fremd ist.

4. Dem Bürger mit höherem Bildungsgrad ist in der Regel bekannt, dass eine Geldvermehrung des Einstandsbetrages um mehr als das fünffache in einem Zeitraum von zehn Jahren im allgemeinen Wirtschaftsleben unter realistischen Bedingungen auf seriöse Weise nicht zu erzielen ist. In einem solchen Fall fällt dem Anleger hinsichtlich der Schadensentstehung ein Mitverschulden von 50 Prozent zur Last.

(Leitsätze des Bearbeiters)

LG Aschaffenburg, Urt. v. 20.08.2010, Az.: 32 O 568/09, n.rkr. (ID 46040)

bearbeitet und Anmerkung von RA und FA für Bank- und Kapitalmarktrecht Dr. Jürgen Klass, München

Sachverhalt (zusammengefasst):

Die Klägerin, eine Rentnerin, verlangt von dem Beklagten, einem Vermittler von Finanzanlagen, Ersatz des von ihr und ihrem Mann investierten Kapitals und der entgangenen Renditen. Hintergrund ist eine Geldanlage bei der (mittlerweile insolventen) Akzenta AG. Dem Vermittler wird vorgeworfen, er hätte die sogenannten Umsatzbeteiligungen nicht empfehlen dürfen, da sie auf die Sicherheitsbedürfnisse der Eheleute nicht zugeschnitten seien. Außerdem hätte auf Warnungen in der Wirtschaftspresse hingewiesen werden müssen. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass die negativen Berichte berechtigt waren: Im Rahmen eines von der Akzenta AG betriebenen Schneeballsystems wurden mit den Neuanlagen die Renditen und Boni der Altanleger beglichen, ferner das Kapital zweckwidrig verwendet. Die ehemaligen Vorstände wurden deshalb zu mehrjährigen Haftstrafen rechtskräftig verurteilt.

Gründe (zusammengefasst):

Das Gericht folgt zunächst der Argumentation der Klägerin und führt aus, dass der Vermittler aufgrund eines zwischen den Parteien zustande gekommenen Auskunftsvertrages zu richtiger und vollständiger Information über das zu vermittelnde Kapitalanlagenprodukt verpflichtet gewesen sei. Deshalb hätte der Vermittler darauf hinweisen müssen, dass die Geldanlage weder mit Sicherheitsdenken vereinbar noch zur Altersvorsorge geeignet sei. Denn unabhängig davon, dass für das in Rede stehende Finanzprodukt bereits kein geregelter Markt im Sinne einer amtlichen Börse zur Verfügung stünde, um ggf. in einem Notfall die Beteiligungen ohne Schwierigkeiten veräußern zu können, würden Ausschüttungen auf reiner Umsatzbasis – ohne Generierung jeglicher Gewinne – schon aus denklögen Gründen über kurz oder lang zur Aufzehrung einer jeglichen Vermögenssubstanz und damit in Richtung Insolvenz führen. Abgesehen davon sei der Beklagte – so das Gericht – als professioneller Anlagevermittler gehalten gewesen, zumindest ansatzweise Publikationen der einschlägigen Finanzpresse zu studieren und sich hieraus ergebende Ungereimtheiten bezogen auf die Umsatzbeteiligungen der klägerischen Familie zu offenbaren. Diese Vorgaben wurden im Streitfall nicht eingehalten. Rechtserhebliche Pflichtverletzungen sind damit zu konstatieren. Nach Ansicht des Gerichts ist das investierte Kapital wegen fehlerhafter Anlageinformation gleichwohl nicht komplett zurückzuerstatten. Denn der Klägerin und ihrem Mann ist ein hälftiges Mitverschulden zur Last zu legen. Ferner kann kein Ersatz der entgangenen Anlagezinsen gefordert werden.

Der Beklagte hat gegen die Entscheidung Berufung eingelegt. Das Rechtsmittelverfahren ist beim OLG Bamberg anhängig (Az.: 5 U 161/10).

Anmerkung:

Das Landgericht folgt der Linie der BGH-Rechtsprechung und stellt klar, dass ein Auskunftsvertrag zwischen dem Anlageinteressenten und dem Vermittler formlos, und zwar auch durch stillschweigende Willenserklärungen, geschlossen werden kann. Vom Zustandekommen eines derartigen Vertrages ist im allgemeinen auszugehen, wenn der Rat für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist, er ihn zur Grundlage eines wesentlichen Finanzentschlusses machen will und der Auskunftgeber über eine spezielle Sachkunde verfügt oder er ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt.

Dies gilt auch, wenn der Interessent zum Zeitpunkt der Kontaktaufnahme bereits eine konkrete Anlage beabsichtigt haben sollte, die er schon kennengelernt hatte (OLG München, Urt. v. 18.01.2008, Az.: 20 U 3657/07). In dem Augenblick, indem er das Fachgespräch mit dem Vermittler sucht – auch telefonisch und thematisch begrenzt –, darf er eine verbindliche Auskunft zu der Anlage erwarten und ist ein Auskunftsvertrag zustande gekommen (BGH, Urt. v. 12.05.2005, Az.: III ZR 413/04, NJW-RR 2005, 1120).

Im Aschaffenburg Fall verhielt es sich freilich so, dass zwischen den Parteien ein besonderes Freundschafts- und Näheverhältnis bestand. Aber auch diese Besonderheit verhindert nicht, dass dem Vermittler aufgrund seiner bisherigen Tippgebenden Tätigkeit als selbsternannter „independent analyst“ eine Basispflicht – nämlich den Anleger wahr und vollständig über das Finanzprodukt und bedeutsame Begleitumstände in Kenntnis zu setzen – oblag. Ein persönlicher Freundschafts- und Gefälligkeitsdienst ist also prinzipiell kein Freibrief für Finanzdienstleister (vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 16.10.1990, Az.: XI ZR 165/88). Allerdings kommt es auf den Einzelfall an: So sind etwa die für die professionelle Anlageberatung geltenden Grundsätze, d.h. die Verpflichtung zur anleger- und anlagegerechten Beratung, nicht ohne weiteres und umfassend anwendbar, wenn es jemand innerhalb seines (erweiterten) Familienkreises auf Wunsch eines anderen gegen Gewinnbeteiligung übernimmt, einen größeren Geldbetrag in Aktien anzulegen (BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az.: III ZR 75/06, WM 2007, 1020).

Zu begrüßen ist das Urteil des LG Aschaffenburg auch deshalb, weil es deutlich macht, dass der Anlagevermittler verpflichtet ist, zumindest ansatzweise Publikationen der einschlägigen Finanzpresse (hier: Zeitschrift Finanztest) zu studieren und sich hieraus ergebende Ungereimtheiten bezüglich des Anlagenproduktes dem Interessenten mitzuteilen. Etwaige eigene Wissensdefizite sind dabei offen zu legen. Generell gilt: Den Kapitalanlagevermittler trifft zwar keine Verpflichtung, auf einen möglichen Totalverlust der Geldanlage auf Grund betrügerischen Handelns der Manager einer Finanzfirma aufzuklären; jegliches Lebensrisiko kann nicht ausgeschlossen werden (LG Traunstein, Urt. v. 19.06.2009, Az.: 5 O 4371/08). Jedoch liegt der Fall anders, wenn vorhandene Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse vor einer bestimmten Wertpapieranlage oder Unternehmensbeteiligung warnen. Betroffen davon ist insbesondere der sog. Graue Kapitalmarkt. Dann ist der Vermittler gehalten, dem Anleger die kritischen Pressestimmen, zumindest dem Inhalt und dem Tatsachenkern nach – gegebenenfalls kommentiert – zur Kenntnis zu bringen (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 15.12.2005, Az.: 13 U 10/05, WM 2006, 1100 mwN). Denn es ist zu berücksichtigen, dass der Informationsbedarf des Anlegers über aktuelle Entwicklungen, wie sie sich aus der Wirtschaftspresse ergeben, besonders groß ist und gerade wegen ihrer Aktualität auch nicht umfänglich aus Prospekten gedeckt werden kann (OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.04.2008, Az.: I-16 U 275/06; OLG München, Urt. v. 18.01.2008, Az.: 20 U 3657/07; BGH, Urt. v. 18.04.2005, Az.: II ZR 197/04; BGH, Urt. v. 05.11.2009, Az.: III ZR 302/08).

Das Urteil des LG Aschaffenburg überzeugt aus Sicht des Verbraucherschutzes in zwei Punkten nicht. Mit der Auffassung, ein Anspruch auf entgangene Anlagezinsen bestünde auf keinen Fall, steht das Landgericht allein auf weiter Flur. Bei der Berechnung seines Schadensersatzanspruchs kann der Anleger nämlich auch den Ersatz derartiger Zinsen geltend

machen: Dieser Anspruch (aus der Zeit vor Rechtshängigkeit) steht ihm als entgangener Gewinn aus einer anderweitig möglichen zinsbringenden Anlage des Beteiligungskapitals zu, §§ 280, 249, 252 BGB. Im Prozess ist also darzulegen und ggf. unter Beweis zu stellen, dass der in die fehlgeschlagene Anlage investierte Betrag andernfalls verzinslich angelegt worden wäre. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass in einem solchen Fall wegen der entgangenen Möglichkeit der Kapitalnutzung Schadensersatz verlangt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 17.01.2008, Az.: IX ZR 172/06 mwN.). Entgangener Gewinn kann auch dann zuerkannt werden, wenn das alternative Geschäft ebenfalls ein spekulatives Anlagegeschäft gewesen wäre (BGH, Urt. v. 18.02.2002, Az.: II ZR 355/00, BKR 2002, 499, 501). Der Anleger muss lediglich darlegen, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine Gewinnerzielung in dem nicht getätigten Geschäft wahrscheinlich war (OLG Stuttgart, Urt. v. 16.02.2005, Az.: 9 U 171/03 mwN.). Abgesehen davon streitet für den Anleger eine Vermutung, dass verfügbares Kapital nicht ungenutzt geblieben wäre, sondern typischerweise und erfahrungsgemäß zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre (BGH, Urt. v. 04.12.1991, Az.: II ZR 141/90; OLG Frankfurt, Urt. v. 30.06.2010, Az.: 19 U 2/10).

Hat der Anleger demzufolge Eigenkapital aufgewendet, kann er den Ersatz des Gewinns, den er bei anderweitiger Anlage des Geldes zu einem allgemein üblichen Zinssatz erzielt hätte, beanspruchen (vgl. BGH, Urt. v. 02.12.1991, Az.: II ZR 141/90, NJW 1992, 1223; OLG Hamm, Urt. v. 06.10.2005, Az.: 27 U 195/04). Die Höhe des Alternativzinssatzes unterliegt der richterlichen Schätzung gem. § 287 ZPO (OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.2005, Az.: I-16 U 8/05; LG Bonn, Urt. v. 22.01.2008, Az.: 3 O 261/07). Angemessen sind 2 % jährlich, wenn es der Klagepartei bei der Anlage auf Steuerersparnisse und Sicherheit ankam (OLG Frankfurt, Urt. v. 30.06.2010, Az.: 19 U 2/10 und Urt. v. 20.10.2009, Az.: 14 U 98/08). Es bedarf mithin im Prozess nicht eines speziellen Nachweises, dass eine Rendite in bestimmter Höhe bei der dann gewählten Anlageform erzielt worden wäre. Das Argument, die Zuerkennung eines Anlagenzinsverlustersatzes käme im Ergebnis einer „Kapitalanlagen-Ausfallversicherung“ gleich, welche jedoch der Rechtsordnung fremd sei, erweist sich nach alledem nicht als stichhaltig.

Die Entscheidung des LG Aschaffenburg lässt auch in punkto Mitverschulden aufhorchen. Kann dem gebildeten Anleger ein hälftiges Mitverschulden zur Last gelegt werden, wenn vom Vermittler eine exorbitant hohe Rendite in Aussicht gestellt wird? Im Grundsatz gilt: Ist ein Schadensersatzanspruch wegen unrichtiger Beratung gegeben, so ist dem Schädiger der Einwand verwehrt, der Geschädigte habe sich auf die Richtigkeit seiner Angaben nicht verlassen dürfen (BGH, Urt. v. 13.01.2004, Az.: XI ZR 355/02, NJW 2004, 1868). Alles andere widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben, der in § 254 BGB lediglich eine besondere Ausprägung erhalten hat. Das Vertrauen desjenigen, der sich von einem anderen beraten lässt, der für sich Sachkunde in Anspruch nimmt, verdient besonderen Schutz. Schließlich wendet sich der Anleger meist aus Unkenntnis an einen – scheinbar – kompetenten Fachmann (vgl. hierzu OLG Frankfurt, Urt. v. 30.06.2010, Az.: 19 U 2/10; OLG Thüringen, Urt. v. 17.05.2005, Az.: 5 U 693/04; OLG Hamm, Urt. v. 20.11.2007, Az.: 4 U 98/07).

Ausnahmsweise ist unter besonderen Umständen der Einwand des Mitverschuldens gleichwohl eröffnet. Da Privatan-

leger ihre Anlageentscheidung zuweilen in völliger Blauäugigkeit treffen, haben die Gerichte immer wieder Gelegenheit, der Verantwortung des Vermittlers das Mitverschulden des Anlegers entgegenzusetzen. Ein Mitverschulden kommt vor allem in Betracht, wenn eine besondere zusätzliche Erkundigungspflicht besteht, zB bei Warnungen von dritter Seite oder bei differenzierenden Hinweisen des Vermittlers (LG Heilbronn, Urt. v. 17.02.2005, Az.: 5 O 143/04) oder wenn es sich bei der Zeichnung um eine erkennbar hoch riskante Kapitalanlage handelt, die bereits per se zu Zweifeln an ihrer Seriosität gibt (LG München I, Urt. v. 24.06.2003, Az.: 20 O 14493/02). Anhaltspunkt für ein Mitverschulden kann somit auch die auffällig hohe Rendite sein (BGH, Urt. v. 13.01.2000, Az.: III ZR 62/99, NJW-RR 2000, 998, 1000). Insbesondere Anleger, die ihr Geld zwar renditeträchtig, aber sicher anlegen und ausdrücklich keine riskanten Anlagegeschäfte tätigen wollen, müssen spätestens dann aufmerksam werden, wenn ihnen Renditen zugesagt werden, die weit über dem liegen, was mit sicheren Kapitalanlagen üblicherweise zu erzielen ist (vgl. dazu auch OLG München, Urt. v. 03.06.2008, Az.: 30 U 106/08). Aber kann es in diesem Zusammenhang ebenso entscheidend auf ein zu forderndes Vorverständnis und höheres Kritikbewusstsein des Anlegers auf Grund von Bildung oder Beruf ankommen? Dies ist zu verneinen. Alleiniges Kriterium ist die Selbstverantwortung, unabhängig vom Intellekt. Die rechtliche Wertung des LG Aschaffenburg, dass sich die Anlegerin ein Mitverschulden im Umfang von immerhin 50 % anrechnen lassen muss (ihr Mann ist Arzt), ist daher angreifbar und in Frage zu stellen. Zumindest eine geringere Mitverschuldensquote wäre billig und gerecht gewesen (für 1/5 Mitverschulden bei betrügerischem Schneeballsystem: Brandenburgisches OLG, Urt. v. 12.04.2006, Az.: 4 U 179/05).

Praxishinweis:

Ein weiteres Mal zeigt sich, wie schwer die Hürden der Rechtsprechung zu überspringen sind, wenn es um einen wirksamen Anlegerschutz im Bereich des Grauen Kapitalmarktes geht. Zwar stellt das Urteil aus Aschaffenburg klar, dass Finanzvermittler auch bei einem besonderen Näheverhältnis zum Kunden damit rechnen müssen, für eine Anlageempfehlung im Grundsatz haften zu müssen. Jedoch muss dies noch lange nicht bedeuten, dass der unzufriedene Anleger mit seinen Ansprüchen voll durchdringt. Die Richter stellen mitunter wertende (und auch ergebnisorientierte) Betrachtungen an, ausgerichtet an den individuellen Umständen des Einzelfalles. Je nach Anlageobjekt und Bildungsgrad des Anlegers müssen im Streitfall Einschränkungen im Umfang des geltend gemachten Schadensersatzes hingenommen werden. Dies ist im Rahmen der Prozessführung und der Kalkulation der Kostenrisiken zu berücksichtigen. Schadensersatzklagen gegen Anlagevermittler sind keine „Selbstläufer“.

IT-RECHT

Rückgaberecht bei eBay

1. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die in mit Verbrauchern über die Internethandelsplattform eBay zu schließenden Kaufverträgen verwendet werden, hält folgende Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand: „[Der Verbraucher kann die erhalte-