

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 269

Vorvertragliche Pflichten der Kreditinstitute im Kreditgeschäft und im Wertpapiergeschäft

Eine vergleichende Betrachtung unter Berücksichtigung
des Wertpapierhandelsgesetzes

Von

Stefan Einbock



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN EINBOCK

Vorvertragliche Pflichten der Kreditinstitute
im Kreditgeschäft und im Wertpapiergeschäft

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 269

Vorvertragliche Pflichten der Kreditinstitute im Kreditgeschäft und im Wertpapiergeschäft

Eine vergleichende Betrachtung unter Berücksichtigung
des Wertpapierhandelsgesetzes

Von

Stefan Einbock



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig hat diese Arbeit
im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-14682-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54682-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84682-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Wirtschaftliche Bedeutung, Problemstellung und Gang der Untersuchung	13
I. Wirtschaftliche Bedeutung vorvertraglicher Aufklärungspflichten im Kreditgeschäft	13
II. Problemaufriss	16
1. Ausgangssituation	16
2. Ziel der Untersuchung	17
III. Gang der Untersuchung	18
§ 2 Abgrenzung der Themenbereiche und Erläuterung der Terminologie	19
I. Themenabgrenzung	19
II. Terminologie	20
1. Abgrenzung zwischen Aufklärung und Beratung	20
a) Aufklärungspflichten	20
aa) Unaufgefordert	22
bb) Vertragswesentliche Umstände	23
cc) Erkennbare Aufklärungsbedürftigkeit	23
(1) Informationsvorsprung	24
(2) Erkennbarkeit	26
b) Beratung	27
aa) Herkömmliche Definition	27
bb) Unterscheidung nach der Rechtsgrundlage	28
cc) Ergebnis	31
dd) Empfehlung als Untergruppe der Beratung?	31
ee) „Anlagevermittler“ und „Anlageberater“	32
2. Warnpflicht?	33
3. Abgrenzung zur Auskunftspflicht	34
III. Zusammenfassung	37
§ 3 Rechtsgrundlagen der zivilrechtlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten . .	38
I. Kodifizierte Informationspflichten	38
II. Rechtsgrundlage der ungeschriebenen Informationspflichten	39
1. (Beratungs-)Vertrag	39
2. Geschäftsverbindung	44
3. Die Lehre vom allgemeinen Bankvertrag	45

4. Gesetzliches Schuldverhältnis der Vertragsanbahnung	47
5. Vertrauenshaftung und Berufshaftung	48
6. Delikt	52
a) § 823 II BGB i.V.m. Schutzgesetz	53
b) § 826 BGB	54
III. Zusammenfassung	55
§ 4 Aufklärungs- und Beratungspflichten im Effektengeschäft	56
I. Die richterrechtlich entwickelten Pflichten	56
1. Anlegergerechte Information	59
a) Erfahrungen oder Kenntnisse des Kunden	61
b) Risikobereitschaft	62
c) Anlageziel	64
d) Finanzielle Verhältnisse	67
2. Objektgerechte Information	68
a) Allgemein	68
b) Rating	75
c) Organisationspflicht	77
d) Keine Beobachtungspflicht	78
3. Priorität des Kundeninteresses?	79
4. Form der Aufklärung	80
5. Nachforschungspflicht	83
a) Pflichtlektüre?	84
b) Umfang der Mitteilungspflicht	87
c) Adressatenkreis	89
II. § 31 WpHG	90
1. Verhältnis des § 31 WpHG zu den richterrechtlichen Aufklärungspflichten .	91
a) Zivilrechtliche Anspruchsgrundlage oder Aufsichtsrecht?	91
b) Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB	98
c) „Ausstrahlungswirkung“	101
2. Pflichteninhalt des § 31 III–V WpHG	103
a) Ausschluss zivilrechtlicher Aufklärungspflichten	105
aa) Disponibilität	106
bb) Verzicht auf Aufklärung	107
cc) Zwischenergebnis	109
dd) Erweiterung und Beschränkung der Pflichten durch ein Verhalten des Informationspflichtigen?	110
b) Stellungnahme	115
aa) Verweigerung der Auskünfte gem. § 31 IV, V WpHG	116
bb) Wiederholung der Befragung gem. § 31 III und IV WpHG?	118

III. Zusammenfassung	119
§ 5 Aufklärungs- und Beratungspflichten im Kreditgeschäft	120
I. Aufklärungspflichten bei Verbraucherdarlehensverträgen	120
1. § 491a BGB iVm Art. 247 EGBGB	120
a) Verbraucherkreditrichtlinie	120
b) § 491a BGB iVm EGBGB	120
aa) Mindestangabepflichten	121
bb) Erläuterungspflicht	122
2. Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung	125
3. Wohnimmobilienkreditverträge	126
a) Freiwilliger Verhaltenskodex	126
b) § 503 BGB iVm Art. 247 § 9 EGBGB	127
c) Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher	128
aa) Allgemeine Wohlverhaltenspflichten	129
bb) Koppelungsgeschäfte	130
cc) Allgemeine Basis-Informationen	130
dd) Vorvertragliche Informationen	131
ee) Angemessene Erläuterungen	132
ff) Spezielle Pflichten für Kreditvermittler	133
gg) Kreditwürdigkeitsprüfung	134
hh) Beratungsdienstleistungen	134
Zusammenfassung	135
4. Verhältnis der neuen vorvertraglichen Informationspflichten zu den richterrechtlichen Aufklärungspflichten	135
II. Aufklärungspflichten bei sonstigen Darlehensverträgen	136
1. Keine allgemeine Aufklärungspflicht	137
a) Keine allgemeine Aufklärungspflicht über Eignung der angebotenen Kreditform und Leistungsfähigkeit des Kunden	138
b) Keine allgemeine Aufklärungspflicht über die Kreditverwendung	141
2. Ausnahmen	145
a) Aufklärungspflichten	145
aa) Schwerwiegender Interessenkonflikt	147
Zusammenfassung	150
bb) Schaffung/Begünstigung eines besonderen Gefährdungstatbestandes	151
Zusammenfassung	154
cc) Überschreiten der Kreditgeberrolle	155
Zusammenfassung	160
dd) Konkreter Wissensvorsprung	160
(1) Sachliche Reichweite	161
(2) Erkennbarkeit	161

(3) Einzelfälle	163
Zusammenfassung	179
Exkurs: Pflichtenkreistheorie	180
ee) Fünfte Fallgruppe?	181
b) Verallgemeinerungsfähigkeit der anerkannten Aufklärungspflichten	182
c) Beratungspflichten	183
III. Besondere Pflichten bei einzelnen Kreditformen	188
1. Allgemeines	188
2. Kombination von Darlehen und Kapital-Lebensversicherung	191
3. Kombination von Darlehen und Bausparvertrag	195
4. Innovative Kreditformen	196
5. Fremdwährungskredit	197
6. Aufklärungspflichten bei Existenzgründungsfinanzierung	199
IV. Zusammenfassung	202
§ 6 Kreditfinanziertes Wertpapiergeschäft (§ 2 Abs. 3a Nr. 2 WpHG)	203
I. Zivilrechtliche Pflichten	203
II. Aufsichtsrechtliche Pflichten	205
III. Rechtslage nach MiFID II	210
IV. Zusammenfassung	211
§ 7 Übertragbarkeit der Grundsätze anleger- und objektgerechter Information auf das Kreditgeschäft	212
I. Methodische Herleitung der Verpflichtung zu kreditnehmer- und objektgerechter Aufklärung bei Anbahnung von Kreditgeschäften	212
1. Rechtsfortbildung durch Auslegung/Analogie zu § 31 WpHG	212
2. Rechtsfortbildung durch Analogie zu den zivilrechtlichen Aufklärungspflichten	214
a) Rechtsfortbildung des § 242 BGB	215
b) Rechtsfortbildung innerhalb einer Fallgruppe des § 242 BGB durch Typenvergleich und Wertungstransfer	216
Exkurs: Wertungstransfer und Bindung an Richterrecht	218
c) Ausstrahlungswirkung des § 31 WpHG	219
3. Ergebnis	221
II. Fehlen einer Pflicht zur kunden- und produktgerechten Aufklärung bei Darlehensanbahnung	221
III. Gleichbehandlung von Kredit- und Wertpapiergeschäften wertungsmäßig geboten?	222
1. Meinungsstand	223
2. Gleichbehandlung von Kredit- und Effektengeschäft gem. Art. 3 I GG geboten?	226

3. Grundlegende Wertungen der Bond-Rechtsprechung	227
a) Begründung der Pflicht zu anlegergerechter Information	228
Zwischenergebnis	230
b) Begründung der Pflicht zu objektgerechter Information	230
Zwischenergebnis	232
4. Erforderlichkeit kunden- und objektgerechter Information im Kreditgeschäft	232
a) Wirtschaftliche Analyse von Kredit- und Effektengeschäft	232
aa) Stellung der Bank – Finanzintermediation	233
Zwischenergebnis	235
bb) Wirtschaftliche Betrachtung des Kreditgeschäfts	236
cc) Wirtschaftliche Betrachtung des Effektengeschäfts	237
dd) Ergebnis	238
b) Vergleich nach weiteren Kriterien	240
aa) Prägende Wirkung der Sorgfaltspflichten	240
bb) Intensität der Interessenwahrungspflicht	240
Exkurs: Intensität der gegenseitigen Beziehungen	243
cc) Einbindung in Herstellung und Vertrieb	244
dd) Risikoträchtigkeit und Komplexität	244
ee) Technische, organisatorische und finanzielle Darstellbarkeit	246
5. Zumutbarkeit einer Pflicht zu kreditnehmer- und objektgerechter Aufklärung	247
a) Wissensstand der Kreditinstitute	247
Zwischenergebnis	249
b) Maß der Inanspruchnahme von Vertrauen	249
c) Aufwand zur Erfüllung der Pflichten	249
d) Unabdingbare Pflichten	251
6. Abwägung der widerstreitenden Interessen	251
a) Wertordnung der Grundrechte	251
Zwischenergebnis	255
Exkurs: generelle Kritik des „Informationsmodells“	255
b) Subjektive Elemente	257
Zwischenergebnis	261
c) Öffentliche Interessen	261
7. Gesamtergebnis	262
8. Konkretisierung: Was bedeutet kreditnehnergerechte Aufklärung?	263
a) Pflicht zur Erforschung des Anlageziels	264
b) Pflicht zur Erforschung der Erfahrungen oder Kenntnisse	266
c) Pflicht zur Erforschung der finanziellen Verhältnisse	267
IV. Kollision zwischen Aufklärungs- und Geheimhaltungspflichten	268
1. Bankgeheimnis	269

2. Insiderinformationen	273
V. Systemgerechtigkeit erweiterter Aufklärungspflichten	274
1. Verhältnis zu § 491a BGB	274
2. Verhältnis zu § 358 III 3 BGB	277
3. Fazit	279
§ 8 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	280
Literaturverzeichnis	282
Stichwortverzeichnis	295

§ 1 Wirtschaftliche Bedeutung, Problemstellung und Gang der Untersuchung

I. Wirtschaftliche Bedeutung vorvertraglicher Aufklärungspflichten im Kreditgeschäft

In einem zunehmend komplizierter werdenden Markt der Finanzdienstleistungen, der von immer breiteren Kundenschichten entdeckt wird, ist das Vertrauen in die Kompetenz und die Loyalität der Banken wesentliche Voraussetzung der Geschäftsverbindung¹. Dies gilt unbeschadet der fortschreitenden Verlagerung von Teilen des Privatkundengeschäfts in den „Selbstbedienungsbereich“, denn der fehlende persönliche Kontakt begründet seinerseits neuen Beratungsbedarf.

Zwischen 1980 und 1995 verdreifachte sich das Volumen der Kredite an Private auf 1184 Mrd. DM, die Zahl der Wohnungsbaukredite nahm in diesem Zeitraum in gleichem Umfang zu². Das Gesamtvolumen der Kredite inländischer Kreditinstitute an inländische Unternehmen und Privatpersonen lag beispielsweise per September 2014 bei mehr als 2,38 Billionen Euro³.

Gleichzeitig ist seit Anfang der neunziger Jahre eine Verschärfung der Rechtsprechung zu Aufklärungspflichten im Kreditgeschäft zu beobachten. Obwohl auch in der älteren Rechtsprechung vereinzelt culpa in contrahendo bei der Anbahnung eines Kredits angenommen wurde, hat sich erst seit den neunziger Jahren das Aufkommen dieser Fälle so stark erhöht, dass sich eine über Einzelfallentscheidungen hinausgehende Dogmatik der Informationspflichten im Kreditgeschäft entwickeln konnte. Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute haben zwischenzeitlich eine erhebliche rechtliche Bedeutung erlangt, sodass sie zu den Kerngebieten des Bankprivatrechts gerechnet werden können⁴.

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die Aufklärungspflichten bei der Vergabe von Krediten. Für die Kreditinstitute hat das Kreditgeschäft entscheidende Bedeutung. Es bildet einen Schwerpunkt in der Verwendung des Kapitals und ist eine der wichtigsten Ertragsquellen⁵. Da bei Verletzung vorvertraglicher Infor-

¹ Vgl. Breuer, ZfKr 2001, 352, 353; Horn, WM 1999, 1, 10 a.E.; Nobbe, Neue höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Bankrecht, 6. Aufl. 1995, S. 16 Rn. 45.

² Falter, Die Praxis des Kreditgeschäfts, S. 31.

³ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Dezember 2014, Statistischer Teil, S. 32.

⁴ Horn, ZBB 1997, 139, 140; Bliesener, Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Wertpapierhandel, S. 244.

⁵ Falter, Die Praxis des Kreditgeschäfts, S. 47 Rn. 1.72 f.

mationspflichten auch Schadensersatzansprüche drohen, die den erzielten Gewinn leicht aufzehren können, hat sich mit der zunehmenden Betonung solcher Pflichten eine erhebliche Rechtsunsicherheit eingestellt⁶.

Die Versuche enttäuschter Kreditnehmer, nach gescheiterten Investitionen durch Berufung auf Informationspflichtverletzungen einen Teil des Risikos auf die finanzierende Bank zu verlagern⁷, verlangen eine weitergehende Konkretisierung der vorvertraglichen Pflichten. Für die Kreditinstitute ergibt sich die Notwendigkeit, das Kreditgeschäft so zu organisieren, dass eine angemessene Information der Kunden gewährleistet ist, damit trotz ungenauer Vorgaben der Rechtsprechung und Untätigkeit des Gesetzgebers möglichst jede Ersatzpflicht ausgeschlossen werden kann⁸. Freilich muss den Kreditinstituten diese Erkenntnis nicht durch rechtlichen Druck aufgezwungen werden. Vielmehr gehört gerade bei der Vergabe von Krediten ein umfassender Service verbunden mit optimaler, an den Wünschen der Kunden orientierter Beratung zur ständigen Praxis und zu den expliziten Zielvorgaben der Kreditinstitute⁹.

Es verwundert daher nicht, dass die bislang bekannt gewordenen Haftungsfälle weitgehend dem Bereich der durch externe Absatzmittler vertriebenen Standardkredite angehören. Ein Beispiel für Kreditabsatz ohne nachhaltigen Erfolg bietet die massenhafte Kreditvergabe für den Erwerb fragwürdiger Immobilienobjekte ohne Ansehen der Person des Kreditnehmers und ohne persönlichen Kontakt. Zwar wurde durch diese Absatzmethoden zunächst eine signifikante Umsatzsteigerung erreicht. Jedoch haben die Geschäfte auch zu einer Beschädigung des Ansehens einiger Institute geführt. Eine Vielzahl juristischer Auseinandersetzungen folgte. Der Umfang der im Raum stehenden Schadensersatzforderungen machte wesentlich erhöhte Risikorückstellungen bei der Bilanzierung erforderlich. Außerdem kamen Ausplatzierungsstrategien in Form von Verkäufen der betroffenen Kreditportfolien, Verbriefung der Risiken in Asset Backed Securities oder gar die Abspaltung ganzer Geschäftsbereiche zum Einsatz.

Die Vergabe von Hypothekenkrediten an Immobilienkäufer mit geringer Bonität in den USA führte mit dem Einsatz von Zinserhöhungen zu Kreditausfällen in einem so bedeutenden Ausmaß, dass die Auswirkungen ab Sommer 2007 den gesamten Finanzsektor weltweit beeinflussten¹⁰. Als ein wesentlicher Auslöser der Krise dieser subprime mortgages wurden bedenkliche Geschäftspraktiken bei der Kreditvergabe durch die beteiligten US-Hypothekenbanken genannt (*predatory lending*). Auf die

⁶ Falter, Die Praxis des Kreditgeschäfts, S. 31.

⁷ Vgl. bspw. OLG Köln, WM 1999, 1817, 1818; Schimansky, in: Hadding/Hopt/Schimansky (Hrsg.), Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schulturm?, Bankrechtstag 1992, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 3, Berlin, New York 1993 (zit.: Bankrechtstag 1992), S. 67, 68; Rösler, DB 1999, 2297.

⁸ Vgl. Hopt, in: Bankrechtstag 1992, S. 1, 5.

⁹ Vgl. dazu eingehend Falter, Die Praxis des Kreditgeschäfts, S. 47 Rn. 1.73.

¹⁰ Vgl. z. B. Börsen-Zeitung vom 10. August 2007, S.1 f.

globale Dimension des Kreditgeschäfts infolge des weltweiten Handels mit in Wertpapieren verbrieften Darlehensportfolien (Stufe 1: Emission von hypothekenbesicherten Mortgage Backed Securities, Stufe 2: Strukturierung und Wiederverbriefung mehrerer Mortgage Backed Securities in tranchierten Collateralized Debt Obligations) wird im Rahmen dieser Untersuchung nicht eingegangen¹¹.

Die Orientierung an den Erwartungen, Bedürfnissen und Wünschen des Kunden ist für ein erfolgreiches Kreditgeschäft eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit¹². Ebenso wie im Bereich des Effektengeschäfts gilt im Kreditgeschäft bei zunehmendem Wettbewerb und verbessertem Marktzugang der europäischen Banken im Privatkundensektor der Grundsatz, dass die Attraktivität eines Finanzplatzes in hohem Maß vom Standard seines Anleger- oder allgemeiner seines Kundenschutzes abhängt¹³. Da die Funktion der Aufklärungspflichten in erster Linie darin besteht, den Kunden in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich die Vor- und Nachteile eines Geschäfts zu beurteilen¹⁴, sind sie eine wichtige Voraussetzung der Privatautonomie¹⁵ und tragen so zum Funktionieren der Märkte bei¹⁶.

Die Anforderungen der Rechtsprechung und die Zielvorgaben des Kreditmarketing stehen einander folglich nicht entgegen. Soweit die Kreditinstitute sich an den individuellen Bedürfnissen der Kreditinteressenten orientieren, gehen sie über die bislang anerkannten Aufklärungspflichten sogar hinaus.

Im Ausgangspunkt besteht somit Einigkeit zwischen den bankinternen Zielvorgaben des Kreditmarketings und den Befürwortern einer auf die persönlichen Verhältnisse des Kreditnehmers abgestimmten und auf die vertragswesentlichen Eigenschaften und Risiken des empfohlenen Kredits bezogenen Information (kreditnehmer- und kreditbezogene Information)¹⁷. Denn nur so kann dem Kunden eine optimal abgestimmte Finanzierung angeboten werden. Fraglich bleibt allein, ob Verstöße gegen diese Zielvorgaben eine zivilrechtliche Haftung zur Folge haben

¹¹ Vgl. zu Ursachen und Auswirkungen der Finanzkrise den „Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States“, Januar 2011, bookstore.gpo.gov.

¹² Falter, Die Praxis des Kreditgeschäfts, S. 47 f. Rn. 1.73.

¹³ Vgl. Margareta Wolf, Gastkommentar, WM 2001, 557; Berg, VuR 1999, 335, 344; allg. zu ökonomischen Funktionen der Aufklärungspflichten: Hopt, in: Bankrechtstag 1992, S. 1, 5; zu den Aufklärungspflichten im britischen Recht vgl. LG Düsseldorf, WM 2000, 1191, 1193 f.

¹⁴ OLG Frankfurt, NJW-RR 2000, 1000; OLG Koblenz, WM 2003, 1228, 1231; Nobbe, in: Bankrecht 1998, 235, 237; Hadding/Henrichs, in: Festschrift für Claussen (1997), S. 447, 460; Ekkenga, in: MüKo HGB, Band 6, Effektengeschäft, Rn. 256.

¹⁵ Vgl. Rümker, in: Bankrechtstag 1992, S. 29, 32 u. 39; Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss (zit.: Breidenbach), S. 12; Grunewald, AcP 190 (1990), 609, 611.

¹⁶ Vgl. Rümker, in: Bankrechtstag 1992, S. 29, 32; Horn, ZBB 1997, 139, 141; Ekkenga, in: MüKo HGB, Band 6, Effektengeschäft, Rn. 257; kritischer Breidenbach, S. 27.

¹⁷ Vgl. z. B. Häuser/Welter, in: Soergel, § 676 Rn. 107 f.; OLG Celle, WM 2004, 1957, 1958.