

infobrief 9/2012

Dienstag, 4. April 2012

MK

- Seit 1995 - Ein Service des iff für die Verbraucherzentralen und den VZBV - Seit 1995 -
Infobriefe im Internet: <http://www.iff-hamburg.de/index.php?id=3030>

Stichwörter

Darlehensvermittlung, Provision, Bausparsofortfinanzierung, Bausparvertrag,
Wertermittlungsgebühr

1 Sachverhalt

Zwei Eheleute schlossen am 30.03.2007 mit der Firma KVB GmbH einen Darlehensbeschaffungsvertrag zur Finanzierung einer Immobilie ab. Im Beschaffungsvertrag wurde eine Vermittlerprovision in Höhe von 6,95 Prozent der Bruttodarlehenssumme vereinbart. Daneben war eine Wertermittlungspauschale in Höhe von 995 Euro geschuldet. Die Angaben zum Darlehensverschaffungsvertrag, der dem iff nicht vorliegt, entstammen einem Schreiben der KVB vom 27.08.2007 an die Darlehensnehmer.

Auf Vermittlung der KVB schlossen die Eheleute am 31.03.2007 mit der Quelle Bausparkasse (jetzt BSQ Bauspar AG) einen als „BaufiQuick“ bezeichnetes tilgungsfreies Annuitätendarlehen mit einer Zinsbindung bis zum 30.09.219 über insgesamt 175.000 Euro ab. 121.442,50 Euro der Summe wurden ausgezahlt, weitere 50.000 Euro dienten zur Auffüllung eines ebenfalls bei der Kreditgeberin abgeschlossenen Bausparvertrags. Neben Zinsen in Höhe von 4,60 % (eff. Jahreszins 4,89 %) wurde eine Bearbeitungsgebühr in Höhe von 3.062,50 Euro vereinbart, die kreditiert wurde. Der Vertrag enthält unter Nr. 5 die Angabe, dass die Firma KVB aus der Finanzierung eine Provision in Höhe von 1,50 Prozent des Darlehensbetrags, d.h. 2.625 Euro von der Darlehensgeberin erhält.

Fraglich ist, inwieweit (1) die KVB berechtigt war, gleichzeitig bei den Darlehensnehmern und von der Kreditgeberin für die Vermittlung des Annuitätendarlehens eine Provision zu vereinnahmen, (2) ob die vereinnahmten Provisionen in der Höhe berechtigt waren und (3) inwieweit die bei den Darlehensnehmern vereinnahmte Provision in den effektiven Jahreszins des Annuitätendarlehens einzurechnen waren und falls ja, welche Rechte der Darlehensnehmer aus der Nichtbeachtung der Angabepflichten ableiten kann.

2 Stellungnahme

2.1 Ermittelte Verkaufspraxis der KVB GmbH

In ihrem aktuellen Internetauftritt (Stand: 2.03.2012)¹ wirbt die KVB GmbH unter anderem wie folgt:

„Individuelle Beratung und unabhängige Angebotsauswahl

Unser Team von Finanzspezialisten aus den unterschiedlichsten Marktbereichen analysiert für Sie Ihre Gesamtsituation, insbesondere Ihre monatlichen Ausgaben im Zusammenhang mit der vorhandenen Bonität. Durch eingehende Marktsondierung und Erfahrungswerte setzen wir daraufhin alles daran, die für Sie maßgeschneiderte Finanzierungslösung zu finden, natürlich so schnell und so günstig wie eben möglich.“

Ob bereits im Jahr 2007 in gleicher oder ähnlicher Weise geworben wurde, entzieht sich der Kenntnis des iff. Eine kursorische Prüfung über das Internetarchiv <http://web.archive.org> ergab für den Zeitpunkt 01.03.2007 unter anderem eine gespeicherte Seite folgenden Inhalts²:

„Kooperationen

Wir kooperieren erfolgreich mit führenden deutschen Hypothekenbanken, Geschäftsbanken und Bausparkassen sowie verschiedenen Versicherungsgesellschaften.“

Nach Auskunft der ComeBack Wirtschafts- und Insolvenzberatung wurden im fraglichen Zeitpunkt 2007 von der KVB lediglich Darlehen der Quelle Bausparkasse vermittelt.

2.2 Zulässigkeit der Wertermittlungsgebühr

Im Hinblick auf die Berechnung einer Wertermittlungspauschale können keine Aussagen getroffen werden, da der entsprechende Vertrag nicht vorliegt. Falls tatsächlich eine Wertermittlung durch die KVB erfolgte, so läge hierin eine Leistung, die in Rechnung gestellt werden könnte. Falls nicht wäre die Zahlung rechtsgrundlos erfolgt. Die Wertermittlungsgebühr kann im Wege eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs zurückgefordert werden. LG Stuttgart, Ur. v. 24.04.2007, Az.: 20 O 9/07.

2.3 Gleichzeitige Vereinnahmung von Vermittlerprovision bei Bank und Verbraucher

Die KVB hat für die Vermittlung eines Darlehens in Höhe von 175.000 Euro insgesamt 15.282,50 Euro vereinnahmt, was einer Quote von 8,7 Prozent der Darlehenssumme entspricht, aufgeteilt auf je eine Vermittlerprovision bei den Darlehensnehmern, der Darlehensgeberin und eine Wertermittlungspauschale.

¹ Abruf unter http://www.kvb-finanz.de/ihre_vorteile.html.

² Abruf unter <http://web.archive.org/web/20070301234008/http://kvb-finanz.de/ueberKVB/index.php>.

Im Hinblick auf die aufgeteilte Vermittlerprovision stellt der im Jahr 2007 geltende § 655b Abs. 1 Satz 2 BGB bezüglich eines Darlehensvermittlungsvertrags zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher fest, dass die Vergütung des Darlehensvermittlers in einem Prozentsatz des Darlehens anzugeben ist und für den Fall, dass der Vermittler auch vom Darlehensgeber eine Vergütung erhält, auch diese auszuweisen ist. Hieraus lässt sich schließen, dass eine doppelte Vereinnahmung von Provisionen wie im vorliegenden Fall grundsätzlich zulässig ist.³ Etwas anderes (lediglich Provision durch Kreditgeberin zulässig) wäre nur der Fall, wenn die KVB Handelsvertreterin im Sinne der §§ 84 ff. HGB gewesen wäre. Dann wäre § 87 HGB einschlägig, wonach lediglich Provisionsansprüche gegenüber der Darlehensgeberin entstehen könnten, während eine gleichzeitig getroffene Provisionsabrede mit dem Verbraucher aus dem Gesichtspunkt der Verflechtung unwirksam wäre.⁴

Für die Subsumtion kommt es insbesondere auf die Abgrenzung zum Handelsmakler an: der Handelsvertreter ist vertragsmäßig ständig damit betraut, dem dritten Unternehmen (etwa einer Bank) Verträge zu vermitteln oder für dieses Unternehmen abzuschließen. Zwar ist auch die Vertretungstätigkeit für mehrere Unternehmen gleichzeitig möglich, eine umfassende Beratung und ein umfassendes Portfolio ähnlicher Produkte bei unterschiedlichen Unternehmen ist aber nicht denkbar, da die Erfüllung von parallelen Handelsvertreterverträgen für Unternehmen, die identische Produkte anbieten, nicht miteinander in Einklang zu bringen wären. Demgegenüber ist ein Handelsmakler vertraglich frei.

Nach den hier vorliegenden Informationen war die KVB nach ihrem eigenen Auftreten im Internet („Wir kooperieren erfolgreich mit führenden deutschen Hypothekenbanken, Geschäftsbanken und Bausparkassen“) und der Bezeichnung des Vertrags als „Darlehensbeschaffungsvertrag“ nach außen nicht als Handelsvertreterin anzusehen. Insofern war die Vereinnahmung der Provision sowohl bei den Darlehensnehmern als auch bei der Kreditgeberin möglich. Sollte jedoch nachweisbar sein, dass die KVB tatsächlich nur die Produkte der Darlehensgeberin vermitteln konnte, läge ggf. eine versteckte abhängige Kreditvermittlung („Pseudomakler“) vor. In einem Fall, in dem der Kreditvermittler verschwiegen hatte, dass er auch von der Darlehensgeberin eine Provision erhielt, hat das OLG Karlsruhe den Anspruch auf den Maklerlohn nach § 654 BGB⁵ als verwirkt angesehen.⁶ Der BGH hat diese Rechtsprechung für Immobilienmakler dahingehend eingeschränkt, dass eine Verwirkung nur dann möglich sein soll, wenn der Makler für beide Seiten als Vermittler auftritt, wenn nicht der Doppelauftrag von beiden Vertragspartnern gestattet wurde bzw. für den jeweils anderen Auftraggeber eindeutig erkennbar oder absehbar war.⁷ Ob die Dinge hier ähnlich sind, konnte anhand der vorliegenden Unterlagen nicht beurteilt werden. Immerhin wird im Darlehensvertrag die

³ Hierzu *Rott*, VuR 2008, 282.

⁴ Hierzu *Artz*, Kommentar zum VerbrKrRecht, 7. A. 2011, § 655a Rn 14d.

⁵ Wortlaut der Norm: „Der Anspruch auf den Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.“

⁶ OLG Karlsruhe, WM 1995, 2095.

⁷ BGH, NJW-RR 2003, 991; jurisPK-BGB Band 2, § 654 BGB Rn 1.

Provision als „Vermittlungsprovision“ und im Schreiben der KVB als „Vermittlungshonorar“ bezeichnet. Sollte eine verdeckte Doppelvermittlung vorliegen, dann wären neben bereicherungsrechtlichen Ansprüchen (Rückforderung der Provision) auch Schadensersatzansprüche denkbar, wobei, einen Anspruch unterstellt, jeweils Beweis- und Verjährungsfragen zu berücksichtigen wären.

2.4 Zulässigkeit der Höhe der Provision

Zur Höhe der üblichen Provision liegen dem *iff* keine Erhebungen vor. Es findet sich in der damals aktuellen Auflage des *Palandt* aber der Hinweis, dass eine beim Kunden erhobene Vermittlungsvergütung von „bis zu 7%“ seinerzeit üblich gewesen sei⁸. Die vereinnahmte Provision überschreitet diese Grenze nicht.

2.5 Einrechnung der bei den Darlehensnehmern durch die KVB vereinnahmte Provision in den effektiven Jahreszins

Hinsichtlich der Einbeziehung von Vermittlerkosten in die Berechnung des effektiven Jahreszinses ist Art 6 Abs. 3 PAngV in seiner vom 8.07.2004 bis zum 10.06.2010 geltenden Fassung heranzuziehen. Die Vorschrift bezieht „etwaige Vermittlungskosten“ in die Berechnung ein, ohne genauere Vorgaben zu machen. Dabei war hinsichtlich der Norm unstrittig, dass nur solche fremden Kosten einzubeziehen waren, die dem Kreditgeber bekannt waren bzw. bekannt sein mussten. Umstritten war aber, ob darüber hinaus eine Berücksichtigung nur dann erfolgen sollte, wenn die Einschaltung des Vermittlers im überwiegenden Interesse des Kreditgebers erfolgte (so die Meinung des BGH⁹), oder ob eine solche Einschränkung gewollt war.¹⁰ Dahingehend erfolgte jetzt in der Neufassung der Norm eine Klarstellung, wonach alle sonstigen Kosten, einschließlich etwaiger Vermittlungskosten, die der Kreditnehmer im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag zu entrichten hat und die dem Kreditgeber bekannt sind, einzubeziehen sind. Zur Begründung der zu Grunde liegenden RICHTLINIE 2008/48/EG vom 23. April 2008 führt der europäische Gesetzgeber aus:

⁸ Palandt-Sprau, BGB, 66. A. 2007, § 655b Rn 1.

⁹ BGH NJW 2004, 154 unter Rn 15: „Fremde, der Bank bekannte Vermittlerkosten sind zwar bei Konsumentenratenkrediten in der Regel dem Darlehensgeber als Teil der Kreditkosten zuzurechnen und deshalb von diesem im Kreditvertrag anzugeben, weil die Einschaltung eines Vermittlers im allgemeinen im überwiegenden Interesse der Teilzahlungsbank liegt und ihr organisatorische und finanzielle Aufwendungen für die Anwerbung von Kunden oder die Unterhaltung von Zweigstellen erspart (Senatsurteil vom 20. Juni 2000 - XI ZR 237/99, WM 2000, 1580, 1582). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Tätigkeit des Vermittlers nicht so sehr im Interesse der Bank, sondern des Kreditnehmers lag oder ihm besondere Vorteile gebracht hat (BGH, Urteil vom 2. Oktober 1986 - III ZR 163/85, WM 1986, 1519, 1520; Senatsurteil vom 20. Juni 2000 a.a.O.; OLG Karlsruhe WM 2001, 356, 358). Das ist bei der Finanzierungsvermittlung im Rahmen eines Steuersparmodells regelmäßig anzunehmen, weil die im Konzept des Steuersparmodells vorgesehene Einschaltung des Finanzierungsvermittlers mit der Folge der Entstehung der vom Darlehensnehmer zu zahlenden Finanzierungsvermittlungsgebühr der Erzielung der begehrten Steuervorteile dient (Senatsurteil vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1711).“

¹⁰ So unter anderem Reifner, in: Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 11 Rn 106; Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 6. A. 2006, § 492 Rn 104 m.w.N.

„(20) Die Gesamtkosten des Kredits für den Verbraucher sollten sämtliche Kosten umfassen, einschließlich der Zinsen, Provisionen, Steuern, Entgelte für Kreditvermittler und alle sonstigen Entgelte, die der Verbraucher im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag zu zahlen hat, mit Ausnahme der Notargebühren. Die tatsächliche Kenntnis des Kreditgebers von diesen Kosten sollte objektiv beurteilt werden, wobei die Anforderungen an die berufliche Sorgfalt zu berücksichtigen sind.“

Vor dem Hintergrund dieser Konkretisierung ist unter der neuen Rechtslage, die vorliegend jedoch nicht einschlägig ist, davon auszugehen, dass ein ergänzender Vorbehalt wie vom BGH unter der alten Rechtslage getroffen nicht mehr haltbar ist.¹¹

Ob eine Einbeziehung auch unter der restriktiveren Lesart des BGH im vorliegenden Fall anzunehmen ist, kann anhand der hier vorliegenden Unterlagen jedoch nicht abschließend geklärt werden. Sollte die Kreditgeberin Kenntnis von der bei den Darlehensnehmern durch die KVB vereinnahmte Provision gehabt haben bzw. gehabt haben müssen¹² und es weiterhin zutreffend sein, dass die KVB ganz überwiegend im Interesse der Kreditgeberin tätig war, weil sie ausschließlich deren Verträge vermittelte, dann wäre die Provision einzubeziehen mit der Folge, dass der effektive Jahreszins zu niedrig angegeben war und der Kredit mit einem um die Differenz zwischen angegebenen und tatsächlichem effektiven Jahreszins reduzierten Sollzinssatz neu abzurechnen wäre (vgl. § 494 Abs. 3 BGB).

3 Fazit

- Doppelprovisionen sind grundsätzlich zulässig, soweit es sich bei dem Vermittler nicht um einen Handelsvertreter im Sinne der §§ 84 ff. HGB handelt. Gem. § 87 HGB kann eine Handelsvertreter lediglich Provisionsansprüche gegenüber dem Darlehensgeber geltend machen, eine gleichzeitig getroffene Provisionsabrede wäre dann unwirksam. Im vorliegenden Fall gibt es keine konkreten Anhaltspunkte dafür. Die Doppelprovision war daher möglich.
- Nach altem Recht war umstritten, ob Vermittlungsgebühren, die ein Verbraucher zahlt, in den effektiven Jahreszins mit einzurechnen ist. Erst mit der neuen Rechtslage seit dem 11.06.2010 wurde klargestellt, dass Vermittlungsgebühren immer in den effektiven Jahreszins mit einbezogen werden müssen.
- Bei Wertermittlungsgebühren können bereicherungsrechtliche Ansprüche geltend gemacht bzw. eine entsprechende Saldenkorrektur verlangt werden.
- Weitere bereicherungsrechtliche Ansprüche gegenüber der Kreditvermittlerin bzw. ein Anspruch auf Saldenkorrektur erscheinen grundsätzlich möglich, aufgrund der unklaren Rechtslage und ohne weitere Hinweise auf die Tätigkeit als „Pseudomakler“ jedoch schwer durchsetzbar.

¹¹ So bezieht aktuell auch das bankennahe Schrifttum fremde, bekannte Vermittlerkosten in die Berechnung ein, etwa *Wimmer*, in: *Praktikerhandbuch Verbraucherdarlehen*, Rn 352.

¹² *Bülow/Artz*, a.a.O., gehen sogar von einer Beschaffungspflicht des Kreditgebers hinsichtlich der Vertragsbedingungen des Vermittlers aus.