

Rechtsanwalt und Abogado Günter Helbing, Madrid*

Informationspflichten des Maklers nach spanischem Recht

Die Vermittlung nimmt im spanischen Wirtschaftsleben eine zentrale Stellung ein. Beim Abschluss von Geschäften, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind, beim Kauf oder bei der Vermietung von Immobilien, Versicherungen, Kapitalanlagen oder Darlehen – häufig ist ein Makler involviert. Während das spanische Handelsgesetzbuch und Versicherungsvertragsgesetz Sonderbestimmungen für die Handels- und Versicherungsmakler enthalten, bestehen für die Vermittlung von Immobilien und Anlagen Gesetzeslücken, die zu Rechtsunsicherheit führen oder gar gezielt von unseriösen Maklern ausgenutzt werden. Der folgende Beitrag verdeutlicht die Stellung des Maklers im spanischen Recht. Im Einzelnen werden folgende Fragen behandelt: Welche Pflichten treffen den Makler? Ist er ein selbstständiger Mittler oder verpflichtet ihn der Maklervertrag zur vollständigen Aufklärung und Information aller zu vermittelnden Parteien? Wie sieht diese Informationspflicht aus und welche Folgen hat ein Verstoß?

I. Das Wesen des Maklervertrages

1. Grundlagen, Vertragsparteien

Aufgabe eines Maklers (Corredor) ist es, künftige Vertragspartner zusammenzuführen, ohne selbst Partei des zu schließenden Vertrages zu werden¹. Dabei ist er gegenüber den zu vermittelnden Parteien zur Neutralität verpflichtet², was ihn wesentlich von einem Vertreter (Agente), welcher Geschäfte in fremdem Namen für fremde Rechnung abschließt, und von einem Kommissionär (Comisionista), der Geschäfte in der Regel in eigenem Namen für fremde Rechnung tätigt³, unterscheidet.

Der Makler entfaltet seine Vermittlungstätigkeit nach Abschluss eines Maklervertrages (Contrato de Corretaje) mit einer der künftig zu vermittelnden Parteien. Daher ist zwischen drei handelnden Personen zu unterscheiden: Makler, Auftraggeber und dem Dritten, dem künftigen Vertragspartner des Auftraggebers.

Die rechtliche Einordnung des Maklervertrages als ein- oder zweiseitig verpflichtend ist umstritten. Es wird zwar vertreten, dass sich lediglich der Auftraggeber zur Zahlung der vereinbarten Courtage nach erfolgreicher Vermittlung verpflichtet, während der Makler seinerseits nicht verpflichtet sei, überhaupt eine Vermittlungstätigkeit zu entfalten⁴. Trotzdem wird man mit der ganz überwiegenden Ansicht verlangen dürfen, dass der Makler immerhin im üblicherweise zu erwartenden Umfang tätig wird⁵. Einigkeit besteht insoweit, als dass es sich bei diesem Vertrag um einen Vertrag sui generis handelt⁶, der dem Bereich des Handelsrechts zuzuordnen ist⁷ und dessen Inhalt und Wirkungen sich an den Handelsbräuchen und den Vorschriften des Handelsgesetzbuches (Código de Comercio) über die Kommission (Comisión) in analoger Anwendung messen lassen müssen⁸. Gerade aufgrund einer fehlenden spezialgesetzlichen Regelung kommt dem Gedan-

ken der „buena fe“ eine besondere Bedeutung zu⁹. Hiermit versteht man, vergleichbar dem deutschen Grundsatz von Treu und Glauben, die Gesamtheit von Verhaltensvorschriften, die einer ausdrücklichen Regelung entbehren und welche die Pflicht zum sorgfältigen, nicht missbräuchlichen und vernünftigen Handeln unter Vertragspartnern im Rahmen der Vertragserfüllung begründen¹⁰.

2. Der Provisionsanspruch und seine Entstehung; Informationspflichten des Maklers

Der Maklervertrag endet in der Regel mit der Zahlung der Provision, die aufgrund der vertraglichen Bindung zwischen Makler und Auftraggeber in der Regel von letzterem zu zahlen ist¹¹, durch entsprechende Vereinbarung aber auch ganz oder zum Teil von dem vermittelten Dritten übernommen werden kann. Haben Makler und Auftraggeber nichts Abweichendes vereinbart, so wird die Provision fällig, sobald aufgrund der Maklertätigkeit ein jedenfalls zunächst wirksamer Vertrag geschlossen wurde¹². Darauf, ob dieser Vertrag dauerhaft Bestand hat und von den Parteien tatsächlich erfüllt wird, kommt es nicht an¹³.

Wesentlich für die Entstehung des Provisionsanspruches ist hingegen, ob der Makler all seine ihm beruflich obliegenden Verpflichtungen, zu denen die Rechtsprechung auch die Informationspflicht zählt¹⁴, erfüllt hat. Über das Wesen, die Grundlagen und Inhalte dieser Informationspflicht, deren Existenz als solche kaum bestritten wird – das Tribunal Superior de Justicia Navarra spricht insofern von einer unzweifel-

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Abogado der Kanzlei B. Cremades y Asociados in Madrid. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 Francisco Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, 18. Aufl. 2005, S. 862 f.; *Memento Práctico de contratos mercantiles 2006–2007: Representación mercantil y distribución comercial*, S. 515; *Rodrigo Uria, Derecho Mercantil*, 28. Aufl. 2002, S. 740.

2 Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho Mercantil*, 5. Aufl., 1999, S. 760.

3 Peuster in: Löber/Peuster, *Aktuelles spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1991, S. 104 f.

4 Guillermo J. Jiménez Sánchez (Fn. 2), S. 760.

5 Sentencia del Tribunal Supremo (STS), 6-10-90, RJ 1990/7478; *Francisco Vicent Chuliá* (Fn. 1), S. 863; *Rodrigo Uria* (Fn. 1), S. 741.

6 STS, 6-10-1990, RJ 1990/7478; zuletzt Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Madrid, 3-4-2006, EDJ 2006/81864; *Rodrigo Uria* (Fn. 1), S. 741.

7 Guillermo J. Jiménez Sánchez (Fn. 2), S. 760.

8 STS, 17-3-62, AC 1962/598; *Memento Práctico de contratos mercantiles 2006–2007: Representación mercantil y distribución comercial*, S. 516; *Guillermo J. Jiménez Sánchez* (Fn. 2), S. 761.

9 Gregorio Cristóbal Cárle, *El contrato de mediación en el comercio internacional*, Revista de Derecho vLex, N° 17, Mayo 2004.

10 M^{re} de Lourdes Ferrando Villalba, in: Francisco Javier Orduña Moreno (Hg.), *Contratación y Servicio Financiero*, 2000, S. 227 f.

11 STS, 28-7-1997, RJ 1997/6308; *Francisco Vicent Chuliá* (Fn. 1), S. 863; *Guillermo J. Jiménez Sánchez* (Fn. 2), S. 763.

12 STS, 4-7-94, RJ 1994/427.

13 *Francisco Vicent Chuliá* (Fn. 1), S. 863; *Guillermo J. Jiménez Sánchez* (Fn. 2), S. 760; *Memento Práctico de contratos mercantiles 2006–2007: Representación mercantil y distribución comercial*, S. 520.

14 So jedenfalls für Immobilienmakler: STS, 4-7-94, RJ 1994/427; SAP Castellón, 5-11-1997, AC 1997/2300; SAP Barcelona, 16-11-1998, AC 1998/2142.

haft bestehenden Pflicht zur Information des Maklers¹⁵ – besteht kein umfassender Konsens. So wird zum Teil vertreten, dass ihre Grundlage im Prinzip der buena fe zu suchen ist¹⁶. Nach einer weiteren Auffassung ist die Informationspflicht eine ungeschriebene Berufspflicht, der all jene unterliegen, die beruflich handeln und welche durch die Pflicht, sich zunächst selbst kundig zu machen, ergänzt wird¹⁷. Ein weiterer Gesichtspunkt ist, dass die Informationspflicht nicht an die Professionalität des Handelnden, sondern an die Komplexität und Risikoaffinität des Geschäftes, welches einem unerfahrenen Gegenüber angeboten wird, angeknüpft ist¹⁸. Diesen Positionen nähert sich die Rechtsprechung an, wenn sie vereinzelt die Existenz eines allgemeinen und selbstständigen Instituts der Informationspflicht statuiert, welches mit Rechtsfiguren wie der Vertragstreue vergleichbar ist und dessen deutlichste Verkörperung sie in Art. 51 der spanischen Verfassung (Prinzip des Verbraucherschutzes) und in Art. 2.1 d), des Verbraucherschutzgesetzes¹⁹, sieht. Zahlreiche spezialgesetzliche Regelungen, bestätigen dabei die Existenz und Bedeutung dieser allgemeinen Pflicht²⁰.

Welche im Einzelfall die Grundlagen dieser Informationspflicht sind und welche Folgen die Verletzung dieser Pflicht – abgesehen vom Verlust des Provisionsanspruches – nach sich zieht, wird im Folgenden, ausgehend von den Erscheinungsformen der Maklertätigkeit in den verschiedenen Bereichen des Marktes, aufgezeigt. Besonderes Augenmerk gilt dabei eventuellen Schadensersatzansprüchen, die dadurch entstehen, dass der Makler den späteren Erwerber – als seinen Auftraggeber oder als Dritten – nicht oder nicht ausreichend über die Eigenschaften des zu vermittelnden Objektes aufgeklärt hat.

II. Kammerangehörige Handelsmakler

Eine Sondergruppe unter den Maklern bilden die Handelsmakler im Sinne der Art. 88 ff. Código de Comercio von 1885, die einer entsprechenden Berufskammer angehören. Sie nehmen über die reine Maklertätigkeit hinaus überwiegend die Aufgabe einer öffentlichen Urkundsperson (Fedatario) wahr, was sie in die Nähe der Notare rückt und ihnen insofern eine Sonderstellung unter den Maklern verleiht. Daneben agieren sie als Kommissionäre. Ihrem jeweiligen Tätigkeitsfeld entsprechend wird zwischen Börsen- (Agentes de Cambio y Bolsa), Handels- (Corredores de Comercio) und Schiffsmaklern (Corredores intérpretes de buques) unterschieden.

Die Verhaltenspflichten der Handelsmakler sind in Art. 95 Código de Comercio niedergelegt. Nach seinem Art. 95.3 hat der Makler bei der Anbahnung der Verträge ein solches Maß von Sorgfalt, Genauigkeit und Klarheit an den Tag zu legen, dass jeder Irrtum der Vertragsschließenden – auf Seiten des Auftraggebers wie auf Seiten des Dritten – vermieden wird. Wenngleich das Gesetz nicht ausdrücklich von der Pflicht zur Information spricht, so wird der Makler dem hier gesetzten Sorgfaltsmaßstab allein durch eine Aufklärung über alle vertragswesentlichen Umstände gerecht werden können. Verletzt der Makler diese Pflicht und entsteht hieraus ein Schaden, so stellt Art. 97 Código de Comercio eine unmittelbare Grundlage für Schadensersatzklagen gegen ihn dar.

III. Immobilienmakler

Die Maklertätigkeit auf dem Immobilienmarkt war ursprünglich Mitgliedern der Immobilienmaklerkammern

(Agentes de la Propiedad Inmobiliaria – API) vorbehalten und durch das „Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria“²¹ geregelt. Der Versuch des spanischen Gesetzgebers, die gesetzlichen Vorgaben für Immobilienmakler an die Anforderungen eines modernen Rechtsstaates mittels des Königlichen Dekrets 1613/1981 vom 19. 6. 1981 anzupassen, scheiterte: Das höchste spanische Verwaltungsgericht²² erklärte das Gesetz 18 Monate später für nichtig. Durch das Königliche Dekret 4/2000 vom 23. 6. 2000 wurde dieser Markt auch für freie Makler geöffnet, ohne aber gesetzliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Die Abnahme einer staatlichen Prüfung – früher Voraussetzung für die Aufnahme in die Berufskammer – wurde bis auf weiteres eingestellt, so dass zur Zeit das Bild des freien Maklers den Markt beherrscht.

1. Informationspflichten des Maklers gegenüber dem Auftraggeber

Prägend für das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Makler sind aufgrund des sie verbindenden Vertrages die Gesichtspunkte des gegenseitigen Vertrauens, der Loyalität und des Prinzips der „buena fe“. Allein aus diesen allgemeinen Gedanken lässt sich eine Pflicht zur Information ableiten. Daneben steht die analoge Anwendbarkeit des Art. 260 Código de Comercio, wonach der Kommissionär seinem Auftraggeber kurzfristig all das mitzuteilen hat, was für den guten Ausgang des Geschäftes von Bedeutung sein könnte.

Aufgrund der Tatsache, dass der Makler in der Regel beruflich tätig wird, kann man von ihm eine vertiefte Kenntnis der Materie, in der er sich bewegt, verlangen. Das hat auch Auswirkungen auf den Umfang der ihm obliegenden Informationspflicht, die entsprechend weit zu fassen ist. Über die bloße Übermittlung von Fakten hinaus hat er seinen Auftraggeber auch über die Marktsituation in Kenntnis zu setzen und dahin gehend zu beraten, wie zum Wohle des Geschäftes hierauf reagiert werden kann²³.

Jegliche dem Auftraggeber übermittelte Information muss dabei der Wahrheit entsprechen. Erfüllt der Makler seine Informationspflichten gegenüber dem Auftraggeber aus dem Maklervertrag nicht, so kann dies zu seiner Schadensersatzpflicht führen²⁴. Grundlage einer zivilrechtlichen Klage wäre in diesem Fall Art. 1124 Código Civil von 1899, die allgemeine Ausgleichsnorm bei Leistungsstörungen im gegenseitigen Vertrag.

2. Informationspflichten des Maklers gegenüber dem Dritten

Während der Schutz des Auftraggebers damit im Wesentlichen auf seiner vertraglichen Beziehung zu dem Makler beruht, kann sich der Dritte meist nicht auf eine solche Sonderbeziehung stützen. Gleichwohl stehen auch diesen Dritten Ansprüchen gegenüber dem Makler zu.

15 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) Navarra, 16-11-2000. RJ 2001/1851.

16 *M^a de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 173 u. 225.

17 SAP Zaragoza, 11-12-1998, AC 1998/449.

18 *M^a de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 171.

19 Gesetz 26.1984 vom 19. 7. 1984.

20 SAP Zaragoza, 11-12-1998, AC 1998/449.

21 Dekret 3248/1969 vom 4. 12. 1969.

22 STS, 22-12-1982. Boletín Oficial del Estado n. 146, de 20-6-1983.

23 *Daniel Rodríguez Ruiz de Villa*. El Contrato de Corretaje Inmobiliario, 2. Aufl., 2005, S. 398.

24 *Daniel Rodríguez Ruiz de Villa* (Fn. 23), S. 397.

Den Grundstein für die heutige Rechtsprechung legte der Tribunal Supremo im Jahr 1994²⁵, als er einem Immobilienmakler seinen Anspruch auf die Courtage versagte, die er von dem Erwerber der Immobilie, der nicht sein Auftraggeber war, hätte erhalten sollen. Der Käufer hatte den privatschriftlich geschlossenen Kaufvertrag nicht erfüllt, weil er durch den Makler nicht ordnungsgemäß über die rechtliche Beschaffenheit der Immobilie aufgeklärt worden war. Das Gericht war der Ansicht, dass der Makler seine ihm von Berufs wegen obliegenden Pflichten nicht erfüllt habe. Die Pflicht des Maklers, zunächst sich selbst und dann auch die künftigen Vertragsparteien über die Grundbuchsituation und die rechtliche Beschaffenheit der Immobilie zu informieren, entnahm das Gericht den Vorschriften über die berufsständischen Regelungen für Immobilienmakler²⁶. Danach folgt die Pflicht zur Informationsbeschaffung aus dessen Art. 30, die Pflicht, die Parteien des zu schließenden Vertrages gleichermaßen von den erlangten Erkenntnissen zu unterrichten, hingegen aus Art. 28 Abs. 1 und 7.

In späteren Entscheidungen²⁷ führte das Tribunal Supremo keine gesetzlichen Grundlagen mehr an, sondern begnügte sich vielmehr damit, auf frühere Entscheidungen Bezug zu nehmen, um das Bestehen einer Informationspflicht des Maklers festzustellen. Dabei stellte das Gericht zudem klar, dass der Käufer nicht verpflichtet ist, selbst Nachforschungen zu den Eigentumsverhältnissen und den Belastungen einer Immobilie anzustellen. Vielmehr obliegt es in erster Linie dem Eigentümer, der umfassende Kenntnis von der Beschaffenheit der Immobilie hat, entsprechende Dokumente auszuhändigen und für die Sanierung des Objektes zu sorgen. Dem eingeschalteten Makler kommt danach neben der reinen Vermittlung auch die Aufgabe zu, Informationen, Ratschläge und Gutachten zur Verfügung zu stellen.

Auf diese Linie schwenkte die Audiencia Provincial Zaragoza nicht nur ein, sondern entfernte sich mit der bereits erwähnten Postulierung einer allgemeinen beruflichen Informationspflicht noch weiter von der ursprünglichen Grundlage, dem Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria²⁸. Der Pflicht des Maklers ist nach Auffassung des Gerichtes nicht mit der bloßen Übergabe von Fotografien und Grundbuchauszügen Genüge getan. Es ist nicht nur über die technische Seite des Immobilienkaufs, sondern auch über die juristische aufzuklären, die beispielsweise Angaben zu den Einträgen in das Grundbuch, zu der städteplanerischen Situation des Grundstücks und zu seinen Belastungen umfasst. In dieser Hinsicht wird von dem Makler eine ebenso umfassende Kenntnis der Umstände verlangt, wie sie der Verkäufer hat. Die Möglichkeit des Käufers, sich selbst diese Informationen zu beschaffen, entlastet Verkäufer und Makler nicht, da es sich um eine gerade ihnen obliegende, persönlich zu erbringende Schuld handelt. Die Beweislast dafür, dass eine entsprechende Information tatsächlich erfolgte, tragen Verkäufer und Makler der Immobilie selbst dann, wenn der Käufer im Kaufvertrag erklärt hat, vollständig unterrichtet worden zu sein. Daher löste das Gericht im entschiedenen Fall den Immobilienkaufvertrag auf; Verkäufer und Makler wurden dazu verurteilt, die geleistete Anzahlung zurück zu erstatten und den darüber hinaus entstandenen Schaden zu ersetzen.

Der allgemeinen Entwicklung folgend, sprach das Tribunal Superior de Justicia Navarra unter Bezugnahme auf eine

Vielzahl vorangegangener Entscheidungen nur noch von einer unzweifelhaft bestehenden Informationspflicht²⁹.

Die Audiencia Provincial Barcelona betonte schließlich, dass der Makler das Unterlassen einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Information nicht damit zu entschuldigen vermag, dass er selbst keine Kenntnis von den entsprechenden Umständen hatte, solange er sich dieses Wissen durch Einsicht in öffentliche Register hätte verschaffen können³⁰.

Sieht man danach eine Informationspflicht – gleich auf welcher der dargestellten Grundlagen – als gegeben an, so wird man zur weiteren Konkretisierung ihres Inhaltes wohl auf die Wertungen der speziellen Verbraucherschutzvorschriften beim Verkauf und der Vermietung von Immobilien als Leitfaden zurückgreifen können³¹. Diese richten sich jedoch in direkter Anwendung zunächst nur an all jene, die im unternehmerischen oder beruflichen Rahmen Wohnungen an Verbraucher verkaufen oder verpachten (Art. 1 Abs. 1). Werden Wohnungen von dieser Personengruppe angeboten, so ist über sämtliche wesentlichen Eigenschaften der Immobilie wahrheitsgemäß aufzuklären, um jeglichen Irrtum des Angesprochenen zu vermeiden (Art. 3 Abs. 1). Die Art. 4 ff. regeln im Detail, welche Dokumente und Informationen vorzulegen sind.

Liegt kein Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Makler vor, so kommt regelmäßig nur die deliktsrechtliche Grundlage des Art. 1902 Código Civil für Ansprüche gegen den Makler in Betracht. Danach haftet derjenige, der durch ein schuldhaftes Handeln oder Unterlassen einem anderen einen Schaden zufügt.

Des Weiteren hat der Dritte regelmäßig die Möglichkeit, gegen den Verkäufer aus dem Kaufvertrag vorzugehen, wenn der Makler als Erfüllungshilfe des Verkäufers Aufklärungspflichten verletzt. Eine unzureichende Aufklärung z. B. über die Nichtbebaubarkeit eines Grundstückes kann zur Nichterfüllung des Vertrages zwischen Käufer und Verkäufer führen, wonach der Dritte nach Art. 1124 Código Civil von dem Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen kann.

Unter Umständen kann man sogar auf einen wesentlichen Irrtum (entstanden durch eine unvollständige Informierung und Aufklärung des Maklers über die Immobilie) abstellen, die dazu berechtigt, den Kaufvertrag anzufechten³². Der Verkäufer kann diesen Schaden dann vom Makler aus dem Maklervertrag ersetzt verlangen. Im Falle eines eigenen Verschweigens des Verkäufers gegenüber dem Makler über eine entscheidende Eigenschaft des Grundstückes wird in Bezug auf den Ersatzanspruch ein Mitverschulden des Verkäufers nach Art. 1101 ff. Código Civil angenommen, wonach sich die Schuld und der Schadensersatz des Maklers proportional verringert³³.

Ungeklärt ist bislang, ob ein eigenständiger Beratungsvertrag zwischen dem Makler und dem Dritten eine Haftung be-

25 STS, 4-7-1994, RJ 1994/6427.

26 Dekret 3248/1969 vom 4. 12. 1969.

27 STS, 28-7-1997, RJ 1997/6308; STS, 2-10-1999, EDJ 1999/27842.

28 SAP Zaragoza, 11-12-1998, AC 1998/449.

29 STSJ Navarra 16-11-2000, FJ 2001/851.

30 SAP Barcelona, 11-12-1998, AC 1998/449.

31 Königliches Dekret 515/1989 vom 21. 4. 1989.

32 Daniel Rodríguez Ruiz de Villa (Fn. 23), S. 441.

33 SAP Valladolid, 22-10-1998, AC 1998/2261.

gründen könnte, etwa weil der Makler dem Dritten Auskünfte oder Ratschläge erteilt, die für diesen von erheblicher Bedeutung sind und zur Grundlage wesentlicher Entscheidungen gemacht werden³⁴. Allerdings verlangen spanische Immobilienmakler häufig von beiden vermittelnden Parteien eine Courtage. In diesem Fall kommt ein Maklervvertrag, der eine Haftung wegen Verletzung von Informationspflichten des Maklers begründet, zumindest konkludent auch zwischen dem Makler und dem Dritten zustande³⁵.

3. „Laienmakler“

In einer Grauzone dürfte sich die Vielzahl der „Hobbymakler“ bewegen, die sich nicht selten aus der Gruppe der Portiers rekrutieren und nur gelegentlich zur Vermittlung von Immobilien herangezogen werden. Hier wird im Zweifel entscheidend sein, ob der Makler gegenüber den Parteien behauptet hat, in Immobiliengeschäften über Erfahrung zu verfügen³⁶. Nach der Öffnung der Märkte auch für solche Laien spricht grundsätzlich nichts gegen ihr Tätigwerden. Ein Mindestmaß an Professionalität dürften allerdings nur die Zeichen API und GIPE garantieren, mit denen Angehörige der Berufskammer („Agente de la Propiedad Inmobiliaria“) bzw. des Berufsverbandes GIPE („Asociación Profesional de Gestores Inmobiliarios“) werben dürfen.

IV. Versicherungsmakler

Der Begriff des Versicherungsmaklers (Corredor de Seguros) ist eine durch ein Spezialgesetz³⁷ geschützte Berufsbezeichnung, welches den Schutz von Versicherungsnehmern und Versicherten vor und nach Abschluss des Versicherungsvertrags verfolgt.

Der Versicherungsmakler zeichnet sich durch seine Unabhängigkeit von jeglicher Versicherungsgesellschaft aus, was ihn maßgeblich von dem für eine bestimmte Versicherungsgesellschaft tätigen Versicherungsvertreter unterscheidet³⁸. Der künftige Versicherungsnehmer ist mithin stets Auftraggeber des Maklers, der seine Tätigkeit sowohl im Rahmen einer Maklerkammer als auch frei ausüben kann, sich dabei aber stets im Rahmen des Gesetzes 9/1992 halten muss³⁹.

Für Makler wie Vertreter gilt nach Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes 9/1992, dass sie den künftigen Versicherungsnehmer während ihrer gesamten Tätigkeit ausreichend und wahrheitsgemäß zu informieren haben. Art. 14 Abs. 2. des Gesetzes 9/1992 konkretisiert, dass der Makler aufgrund seiner Unabhängigkeit eine umfassende und fundierte Beratung leistet, die in dem Vorschlag der – für den jeweiligen Versicherungsnehmer – bestgeeigneten Versicherungen des Marktes münden soll. Nach dieser Vorschrift obliegt es dem Makler zudem, die Versicherung mit einer angemessenen Deckungssumme anzubieten und über die konkreten Vertragskonditionen zu informieren. Nach dem Vertragsschluss besteht die Pflicht des Maklers zur Information insofern fort, als dass er dem Versicherungsnehmer mit Rat zur Seite zu stehen hat, wenn dieser eine weitergehende Information zum Versicherungsvertrag wünscht oder im Versicherungsfalle die Versicherung in Anspruch nehmen will (Art. 14.3 Gesetz 9/1992).

Nachdem die Informationspflicht in diesem Fall ausdrücklich im Gesetz geregelt ist, welches die Zuwiderhandlung zudem sanktioniert (Art. 26 Abs. 2 g), Abs. 3 e) Gesetz 9/1992), kann auch hier davon ausgegangen werden, dass ein Verstoß gegen diese Pflicht – je nachdem, ob vorsätzlich

oder fahrlässig – eine Schadensersatzpflicht nach Art. 1124 Código Civil, der allgemeinen Anspruchsgrundlage für Pflichtverletzungen im gegenseitigen Vertrag, auslöst.

V. Anlagevermittler

Zur Informationspflicht des Anlagevermittlers gibt es bislang weder eine gesetzliche Regelung noch eine obergerichtliche Rechtsprechung. Dieser Umstand kann im Wesentlichen darauf zurückgeführt werden, dass die hier geschlossenen Verträge atypisch, d.h. keiner der klassischen Vertragsarten eindeutig zuzuordnen sind⁴⁰. Dennoch bestehen an der Existenz dieser Pflicht als solcher keine Zweifel. Ihre Grundlagen können dabei in den – eingangs dargestellten – allgemeinen Überlegungen, wie dem Prinzip der „buena fe“ oder der Annahme einer allgemeinen Informationspflicht festgemacht werden. Wird das Verhalten des Vermittlers wie im Falle einer Bank verwaltungsrechtlich sanktioniert, so dient die „buena fe“ als das zivilrechtliche Gegenstück, das dem Anleger dazu verhilft, seine Rechte geltend zu machen⁴¹. Von diesen Ansätzen scheint besonders derjenige, welcher auf die Komplexität und Risikogeneigtheit des zu vermittelnden Geschäftes abstellt⁴², für die Situation der Anlagevermittlung maßgeschneidert zu sein.

Tatsächlich wird man hier das Erfordernis der Informationspflicht maßgeblich darauf zurückführen können, dass sich die Situation der Anlagevermittlung durch eine zwischen Anlagevermittler und Anleger bestehende strukturelle Ungleichheit auszeichnet, die gerade darauf beruht, dass es sich bei dem Vertragsgegenstand um ein hoch komplexes, dem Anleger im Gegensatz zum Vermittler in der Regel unbekanntes Geschäft handelt, welches für den Anleger aufgrund des stets immanenten Verlustrisikos zugleich von wirtschaftlich großer Bedeutung ist⁴³. Dem Anleger steht mit dem Anbieter der Geldanlage oder dem Vermittler dabei jemand gegenüber, der über Kenntnis von dem Investitionsvorhaben verfügt und damit eine besondere Sachkunde für sich in Anspruch nimmt, welche wiederum ein gewisses Vertrauen auf Seiten des Anlegers begründet⁴⁴.

Ziel der Pflicht zur Information muss es demnach sein, das bestehende Wissensgefälle auszugleichen, um den Investor in die Lage zu versetzen, eine seinen Verhältnissen angemessene Anlageentscheidung zu treffen sowie in Kenntnis der Vertragsinhalte und -auswirkungen unter mehreren Angeboten das ihm günstigste auszuwählen⁴⁵. Um dies zu er-

34 Vgl. BGH, ZIP 1999, 275 für die Anlageberatung.

35 Vgl. SAP Zaragoza, 11-12-2002, JUR 2003/33648; TSJ Navarra, 8-4-2005, RJ 2005/4008.

36 SAP Valladolid, 22-10-1998, AL 1998/2261.

37 Gesetz 9/1992 vom 30. 4. 1992.

38 Art. 14 Abs. 1 Gesetz 9/1992.

39 S. Art. 31.1 und 31.5, wonach die Mitgliedschaft in einer Kammer den Maklern freigestellt ist.

40 *Esperanza Gallego Sánchez*, Contratación mercantil, Vol. II, Contratación bancaria, 2003, S. 854.

41 *Mª de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 262.

42 *Mª de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 171.

43 *Esperanza Gallego Sánchez* (Fn. 40), S. 862.

44 SAP Las Palmas, 7-12-2000, EDJ 2000/77231; *Mª de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 172 f.

45 *Lucio Martínez de Salazar y Bascuñana*, El derecho a la información de la clientela de las entidades de crédito, Revista de derecho bancario y bursátil, N° 51, 2/1993, S. 764.

reichen, hat die zu erteilende Information nicht nur die zu vermittelnde Anlage vollständig und wahrheitsgemäß darzustellen, sondern auch, um vom Anleger überhaupt verwertbar zu sein, auf seinen Wissenstand, Erfahrungsschatz und seine besonderen persönlichen Umstände, wie zum Beispiel seine finanzielle Gesamtsituation, abgestimmt zu sein. Dieser letzte Aspekt wird auch als subjektive Korrektur der Information bezeichnet und setzt voraus, dass sich der Informationspflichtige zunächst seinerseits über diese Eigenschaften der Person und Situation des Anlegers informiert, um danach die Grenzen seiner Informationspflicht zu bestimmen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass eine Information auch über solche allgemeine und typische Risiken erfolgen muss, die anderenfalls als bekannt vorausgesetzt werden dürften, wenn diese Risiken den konkreten Anleger besonders schwer trafen oder ihm die zutreffende Einschätzung dieser Risiken nicht ohne weiteres möglich ist⁴⁶. Denkbar ist auch, in diesem Zusammenhang von einer bestehenden Informationspflicht auszugehen, soweit es um die Vermittlung bloßer Fakten geht, die um einen individuellen Aspekt – die Beratungspflicht – ergänzt wird⁴⁷. Dies alles entbindet den Anleger hingegen nicht davon, sich auch selbst aus ihm zugänglichen Quellen zu informieren⁴⁸.

Ist der Anleger Kunde einer Bank, so hat diese geschäftliche Verbundenheit Einfluss auf den Umfang der der Bank obliegenden Informationspflichten⁴⁹. Je länger diese Verbindung fort dauert, desto größer wird das Vertrauen sein, dass der Anleger in seine Bank setzt. Daneben wächst jedoch auch die Kenntnis der Bank von ihrem Kunden und seine wirtschaftlichen Verhältnissen, die der Bank eine besonders auf diesen Kunden zugeschnittene Beratung ermöglicht⁵⁰.

Hat der Anlagevermittler seine Informationspflicht verletzt, so kann der geschädigte Anleger in Abhängigkeit davon, ob er zugleich Auftraggeber des Vermittlers ist, seine Ansprüche gegen diesen auf die vertraglichen Anspruchsgrundlagen des Art. 1124 Código Civil oder auf die außervertragliche Grundlage des Art. 1902 Código Civil stützen.

Bemerkenswert ist, dass diese Gedankengänge auch weitgehend der Linie des deutschen Bundesgerichtshofes entsprechen, welche er seit seiner maßgeblichen Bond-Entscheidung⁵¹ in Bezug auf die Haftung des Anlageberaters verfolgt. Die Informationspflicht ist danach Bestandteil eines gegebenenfalls konkludent geschlossenen Beratungsvertrages. Ein solcher kommt in der Regel immer dann zustande, wenn es im Hinblick auf eine konkret zu fällende Anlageentscheidung zu einem Beratungsgespräch zwischen Anlageinteressent und Anlageberater kommt, ganz gleich, von wem die Initiative hierzu ausging. Die sich hieraus ergebende Pflicht zur Information weist ebenfalls eine objektive wie auch eine subjektive Komponente auf. Der Bundesgerichtshof spricht insofern davon, dass die Beratung sowohl anlage-, als auch anlegergerecht zu erfolgen hat. Anlagegerecht ist eine Beratung dann, wenn sie sämtliche Eigenschaften und Risiken umfasst, die für die Anlageentscheidung ausschlaggebend sein können. Anlegergerecht hingegen bedeutet, dass Anlageempfehlungen auf den Erfahrungsstand und das Anlageziel des Interessenten zugeschnitten sein müssen. Darüber hinaus schuldet der Anlageberater eine fachkundige Bewertung und Beurteilung der mitgeteilten Tatsachen⁵².

Vom Anlageberater zu unterscheiden ist – obschon die Grenzen hier oftmals fließend sind – der Anlagevermittler. Während der Anlageinteressent von ersterem über die bloße Mitteilung von Tatsachen hinaus eine auf ihn persönlich abgestimmte Beratung

erwartet – und, wie gezeigt, auch erwarten darf –, wird ein Anlagevermittler in der Regel in Anspruch genommen, wenn weniger eine Beratung, als vielmehr eine bestimmte Auskunft erwartet wird. Dementsprechend ist die Tätigkeit des Anlagevermittlers darauf beschränkt, den Anleger über all jene Umstände der gewünschten Anlage vollständig und richtig zu informieren, die für dessen Anlageentschluss von Bedeutung sind⁵³. Die Pflicht des Anlagevermittlers wird mithin um die subjektive Komponente verkürzt.

Für Anlagevermittler und -berater gilt jedoch gleichermaßen, dass sie sich über die entscheidenden Eigenschaften der Anlage, über die sie Auskunft geben, zunächst selbst zu informieren haben. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, so haben sie ihr Gegenüber über ihre Informationslücken in Kenntnis zu setzen. Folge der Pflichtverletzungen von Anlageberater oder -vermittler ist die zivilrechtliche Haftung für daraufhin eingetretene Schäden.

VI. Resümee und Ausblick

Der Makler vermag sich in keinem Tätigkeitsbereich seiner Pflicht zur Information zu entziehen und sieht sich im Falle der Pflichtverletzung nicht nur dem Verlust seines Provisionsanspruches, sondern auch Schadensersatzansprüchen ausgesetzt. Hierin aber erschöpfen sich bereits die Gemeinsamkeiten der Informationspflicht bezogen auf die verschiedenen Tätigkeitsgebiete. Soweit deren Grundlage, wie im Bereich der Immobilien- und Anlagevermittlung, einer gesetzlichen Regelung entbehrt, bleibt abzuwarten, wie sich der Ansatz der allgemeinen Informationspflicht als ungeschriebenes Rechtsinstitut in den verschiedenen Fallgruppen weiter konkretisiert.

Großen Einfluss wird jedenfalls die Entwicklung im Bereich der Anlagevermittlung auf europäischer Ebene haben. Diese wird durch Art. 4 Abs. 1 Nr. 4 der Richtlinie 2004/39/EG zunächst definiert als „die Abgabe persönlicher Empfehlungen an einen Kunden entweder auf dessen Aufforderung oder auf Initiative der Wertpapierfirma, die sich auf ein oder mehrere Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen“ und durch Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 in den Kreis der Wertpapierdienstleistungen aufgenommen. Wie andere Wertpapierdienstleister werden nach der nationalen Umsetzung der Richtlinie künftig auch Anlageberater grundsätzlich einer Zulassung bedürfen (Art. 5 Abs. 1). Ebenso wird sie die in Art. 19 der Richtlinie umfassend statuierte Informationspflicht treffen, die wiederum objektive wie subjektive Kriterien berücksichtigt. Der Inhalt dieser Pflicht wird in Abschnitt 2 der noch im Entwurfsstadium befindlichen Durchführungsrichtlinie zur Richtlinie 2004/39/EG konkretisiert.

46 *M^o de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 171 f, 213.

47 *M^o de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 224.

48 *M^o de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 174.

49 *Lucio Martínez de Salazar y Bascuñana*, El derecho a la información de la clientela de las entidades de crédito, *Revista de derecho bancario y bursátil*, N^o 51, 2/1993, S. 765.

50 *M^o de Lourdes Ferrando Villalba* (Fn. 10), S. 173 und 196 f.

51 BGH, NJW 1993, 2433.

52 BGH, 13. 6. 2002 – III ZR 166/01.

53 OLG Düsseldorf, 20. 9. 1996 – 7 U 86/96.



Dr. Boris Dzida

Jahrgang 1969. Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer in Hamburg. Dr. Dzida ist spezialisiert auf Restrukturierungen von Unternehmen, die arbeitsrechtliche Beratung im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen sowie auf kollektives Arbeitsrecht (Betriebsverfassungsrecht, Tarifrecht). Regelmäßig Veröffentlichungen zu arbeitsrechtlichen Themen.



Professor Dr. ref. pol. Siegfried Grotherr

Jahrgang 1958. Studium der BWL an der Universität Hamburg 1980–1983. Promotion zum Dr. rer. pol. 1987. Steuerberater-Examen 1988. Praktische Tätigkeit in der Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung. Universitätsprofessor an der Universität GH Essen 1995–1999. Gastprofessor in Wien. Seit 1999 Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Universität Hamburg.



Günter Helbing

studierte Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, der Universität zu Köln und der Universidad Complutense Madrid und ist in Baden-Baden und Madrid als Rechtsanwalt zugelassen. 1995 trat er in die Madrider Kanzlei B. Cremades y Asociados ein und ist dort seit 2000 Partner. Seine Beratungsfelder sind neben dem allgemeinen Zivil- und Handelsrecht das Gesellschaftsrecht, das Bank- und Kapitalmarktrecht sowie der Unternehmenskauf.



DDr. Hannes Ischia

Jahrgang 1967. Diplomstudien der Rechtswissenschaften sowie der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften in Innsbruck 1986 bis 1992, Gerichtspraktikum 1994, Promotionen jeweils 2003. Seit 1999 Geschäftsführer eines mittelständischen Familienunternehmens im Bereich des Lebensmittelhandels, dort zuständig für Rechnungswesen, Personal, Finanzen, Vermietung, Bausachen und alle juristischen Belange. Franz-Gschnitzer-Förderungspreis der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck 2003. Publikation der volkswirtschaftlichen Dissertation über Zentralisierung und Subsidiarität in der Europäischen Union 2004. Publikation der aktualisierten rechtswissenschaftlichen Dissertation zu den Kosten von Schiedsverfahren 2006.



Dr. Peter G. Mayr

Jahrgang 1956. Studium der Rechtswissenschaften in Innsbruck, Promotion 1979, Habilitation 1996, derzeit außerordentlicher Professor am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. Mitwirkung am Großkommentar von Fasching/Konecny und am Praxiskommentar von Rehbacher zur (österreichischen) Zivilprozessordnung sowie am

Loseblatt-Kommentar von Burgstaller/Neumayr zum Internationalen Zivilverfahrensrecht. Co-Autor von Lehrbüchern zum Verfahren außer Streitsachen und zum europäischen Zivilprozessrecht. Herausgeber von mehreren Gesetzesausgaben und Sammelbänden. Verfasser zahlreicher Aufsätze insb. zum österreichischen und internationalen Zivilprozessrecht sowie zu Verfahrensalternativen und zur Entwicklung des Verfahrensrechts.



Dr. Daniel Schlößer, LL.M. (University of Chicago Law School)

Jahrgang 1976. Ab 1995: Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. 2000–2002: Promotion mit dem Titel: „Delisting auf Initiative des Emittenten“ bei Professor Dr. Meinrad Dreher, LL.M., in Mainz sowie Tätigkeit an dessen Lehrstuhl als Wissenschaftliche Hilfskraft. 2002–2004: Rechtsreferendariat im Oberlandesgerichtsbezirk Hamburg. 2005: Tätigkeit bei der Sozietät Brödermann & Jahn, Hamburg, mit den Schwerpunkten Corporate und Mergers & Acquisitions. 2005/2006: LL.M.-Studiengang an der University of Chicago Law School. Seit 2006: Rechtsanwalt bei der Sozietät Allen & Overy LLP, Frankfurt/Main, mit den Schwerpunkten Corporate und Mergers & Acquisitions.

Dr. Winfried-Thomas Schneider, Maître en droit

Richter beim LG Saarbrücken, zur Zeit abgeordnet an das Bundesministerium der Justiz, mehrere Veröffentlichungen in deutscher und französischer Sprache, vornehmlich im Bereich des UN-Kaufrechtes und auf dem Gebiete der Rechtsvergleichung, insbesondere zum deutschen und französischen Schuldrecht.

Klaus Vorpeil

Jahrgang 1957. Rechtsanwalt und Banksyndikus mit Schwerpunktaktivität auf dem Gebiet internationaler Transaktionen. Der Autor hat zahlreiche Veröffentlichungen zum IPR und zum internationalen Wirtschaftsrecht verfasst (Publikationsverzeichnis abrufbar unter: www.vorpeil.de). Er ist Ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift RIW und berichtet insbesondere über die neueren Entwicklungen im englischen Handels- und Wirtschaftsrecht.

Professor Dr. Claude Witz

Professor an der Université Robert Schuman (Strasbourg III) und an der Universität des Saarlandes, Direktor des Centre Juridique Franco-Allemand; Arbeitsschwerpunkte: französisches und deutsches Schuldrecht, internationales Handelsrecht, UN-Kaufrecht; Mitglied der dritten Kommission für Europäisches Vertragsrecht („Lando-Kommission“, 1997–2001); Gründungsmitglied des CISG Advisory Council (2001); Mitglied der Expertengruppe zur Erstellung einer Rechtsprechungssammlung zum UN-Kaufrecht (CISG Digest); zahlreiche Publikationen auf dem Gebiet des Schuldrechts und des UN-Kaufrechts, siehe <http://witz.jura.uni-saarland.de>.