BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 204/12

Verkündet am:
24. September 2013
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 280 Abs. 1 Satz 1
HGB §§ 354, 396

Eine beratende Bank, die als Kaufkommissionärin dem Kunden für die Beschaffung eines empfohlenen Wertpapiers eine Provision in Rechnung stellt, hat den Kunden über eine Vertriebsvergütung von Seiten der Emittentin des Wertpapiers aufzuklären.

BGH, Urteil vom 24. September 2013 - XI ZR 204/12 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 2013 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Joeres, Dr. Ellenberger, Maihold und die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 28. März 2012 in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 27. Juli 2012 und 2. August 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von der beklagten Bank aus abgetretenem Recht Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Zertifikaten. Dem liegt, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, folgender Sachverhalt zugrunde:

2 Der Ehemann der Klägerin war Geschäftsführer der G. mbH (nachfolgend: Zedentin) und nahm seit 1997 regel-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

mäßig Wertpapierdienstleistungen der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin in Anspruch. Nach telefonischer Beratung eines Mitarbeiters der Beklagten erwarb er am 14. Februar 2007 für die Zedentin 2700 Stück U. Zertifikate (WKN:) zum Gesamtpreis von 279.013,52 €.

3 In einer "Wertpapierabrechnung Kommissionsgeschäft: Kauf" vom 14. Februar 2007 stellte die Beklagte der Zedentin einen Kurswert von 277.074 € und - vereinbarungsgemäß - eine 0,7%ige Provision von 1.939,52 € in Rechnung. Außerdem erhielt die Beklagte von der Emittentin eine im Verkaufsprospekt als "Übernahme- und/oder Platzierungsprovision" ausgewiesene Vertriebsvergütung von 3% auf den Ausgabepreis, die sie dem Geschäftsführer der Zedentin nicht offenbarte. Die Zedentin veräußerte die Zertifikate am 16. Oktober 2008 für 116.091,79 €.

4 Das Landgericht hat die Klage auf Erstattung des Differenzbetrages zwischen Kauf- und Verkaufspreis in Höhe von 162.921,73 € zuzüglich Zinsen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist begründet.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner in juris veröffentlichten Entscheidung (OLG Frankfurt - 17 U 153/11) ausgeführt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

7 Die Beklagte sei der Klägerin gemäß § 280 Abs. 1 BGB aus dem mit der Zedentin zustande gekommenen Beratungsvertrag verpflichtet, Schadensersatz in Höhe von 162.921,73 € zu leisten.

8 Die Klägerin könne sich mit Erfolg darauf stützen, dass die Beklagte den Geschäftsführer der Zedentin pflichtwidrig nicht auf die von der Emittentin erhaltene Vertriebsvergütung in Höhe von 3% des Ausgabepreises hingewiesen habe. Eine Bank, die einen Kunden über Kapitalanlagen berate und eine Anlageempfehlung erteile, bei der sie nachweislich verdeckte Rückvergütungen erhalte, müsse diesen hierüber, und zwar unabhängig von der Höhe der Vergütung, aufklären. Die Aufklärung über diese Zahlungen sei notwendig, um dem jeweiligen Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offenzulegen. Auch wenn nicht jeder mit einem Gewinninteresse einer Bank verbundene Interessenkonflikt bereits eine Offenbarungspflicht begründe, sei die Beklagte vorliegend unter dem Gesichtspunkt der Abwicklung des Erwerbs der Zertifikate als Kommissionsgeschäft verpflichtet gewesen, den für die Zedentin handelnden Zeugen über die von ihr im Zusammenhang mit der Zeichnung durch die Zedentin von der Emittentin erlangte Vertriebsvergütung aufzuklären.

9 Die Pflicht zur Aufklärung über die Rückvergütung folge bei der Beratung über Kapitalanlageprodukte, die im (üblichen) Wege des Finanzkommissionsgeschäfts erworben würden, einerseits aus der kommissionsrechtlichen Herausgabepflicht gem. § 384 HGB bzw. § 667 BGB und andererseits aus der mit einer Rückvergütung verbundenen Interessenkollision der Bank. Ein Kommissionär habe seinen Auftraggeber grundsätzlich über alle Umstände zu benachrichtigen, die für die Ausführung des Geschäfts wichtig seien und Anlass zu Weisungen geben könnten. Dass die Beklagte deshalb im vorliegenden Fall verpflichtet gewesen sei, die Zedentin in unmissverständlicher und unübersehbarer Form darauf hinzuweisen, dass sie nicht nur die für die Ausführung der

Kommission berechnete Provision, sondern darüber hinaus auch seitens der Emittentin eine Verkaufsvergütung erzielen werde, beruhe darauf, dass ein Kommissionär die Interessen seines Auftraggebers wahrzunehmen und die Kommission für ihn sachgerecht und vorteilhaft auszuführen habe.

10 Anders als bei der Abwicklung eines Wertpapierkaufs im Wege des Eigengeschäfts, bei dem es für jeden Kunden offensichtlich sei, dass die Bank eigene (Gewinn-)Interessen verfolge, habe der Geschäftsführer der Zedentin den sich aus der von der Emittentin hinter seinem Rücken verdeckt gezahlten Vertriebsvergütung ergebenden Interessenkonflikt insbesondere auch deshalb nicht erkennen können, weil die Beklagte der Zedentin im vorliegenden Fall gerade eine Ordergebühr von 0,7% in Rechnung gestellt habe. Indem jeder Kommittent erwarten dürfe, dass die für ihn als Kommissionärin gegen die vereinbarte Ordergebühr tätige Bank allein seine Interessen vertreten und keine darüber hinausgehenden Erträge aus der Kommission verdienen werde, sei die Beklagte aufgrund ihrer sich aus dem Kommissionsvertrag gegenüber der Zedentin ergebenden Verpflichtung zur Wahrung der Interessen der Kommittentin nicht befugt gewesen, sich hinter deren Rücken aus ihrer Tätigkeit im Rahmen der erworbenen Anlage weitere finanzielle Vorteile in Form der von der Emittentin bezogenen Vertriebsprovision zu verschaffen.

11 Die Verletzung der die Beklagte treffenden Aufklärungspflicht sei kausal für den eingetretenen Schaden. Stehe eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streite für den Anleger grundsätzlich die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Diese habe die Beklagte nicht zu erschüttern vermocht. Auch wenn nicht zu verkennen sei, dass es sich bei dem Geschäftsführer der Zedentin aufgrund seiner geschäftlichen Betätigung als Versicherungsmakler um einen offenbar überdurchschnittlich erfahrenen Anleger handele, habe die Beklagte nicht nachgewiesen, dass dieser den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelas-

sen hätte. Insoweit könne auch nach der Vernehmung des Zeugen als damaligem Geschäftsführer der Zedentin nicht ausgeschlossen werden, dass dieser bei Kenntnis einer zur 0,7%igen Orderprovision hinzuzuaddierenden 3%igen weiteren Vertriebsvergütung darin einen derart starken Empfehlungsanreiz für die Beklagte gesehen hätte, dass er die empfohlene Anlage aus diesem Grund ausgeschlagen und sich für eine andere Anlage interessiert hätte. Schließlich könne die Beklagte auch nicht mit dem Einwand durchdringen, der Geschäftsführer der Zedentin habe sich auch in der Vergangenheit nicht durch die Zahlung von Vertriebsprovisionen an die beratende Bank von der jeweiligen Zeichnung abhalten lassen. Es sei bereits nicht ersichtlich, ob der Zeuge in der Vergangenheit überhaupt von den durch Preisnachlässe seitens der Emittentin für die Beklagte erlangten Vergütungen gewusst habe. Zudem stelle allein der Umstand, dass sich allgemein ein Anleger in der Vergangenheit trotz Kenntnis von einer konkreten Rückvergütung nicht von dem Erwerb einer Beteiligung habe abhalten lassen, noch keine tragfähige Grundlage für die Schlussfolgerung dar, dieser Umstand habe für ihn auch bei weiteren Anlageentscheidungen, bei denen eine Aufklärung unterblieben ist, keine Bedeutung. Umgekehrt müsse dies erst recht dann gelten, wenn der Geschäftsführer der Zedentin von den tatsächlich geflossenen Rückvergütungen erst später bei künftigen Kapitalanlagen erfahren habe.

12 Die Beklagte habe die unstreitig nicht erfolgte Aufklärung über die zusätzlich zu der gegenüber der Zedentin berechneten Ordergebühr von 0,7% erzielte Vertriebsgebühr in Höhe von 3% auch zu vertreten. Dies erschließe sich bereits daraus, dass der Bundesgerichtshof bezüglich der Anlageberatung bei einem Aktienfonds im Zusammenhang mit dem Organisationsverschulden gerade die kommissionsrechtliche Herausgabepflicht betont habe. Die Beklagte hätte daher zum Nachweis eines Rechtsirrtums darlegen und nachweisen müssen, dass sie sich sowohl über ihre kommissionsrechtliche Herausgabepflicht

als auch über die Interessenkollision und die jeweils damit verbundene Aufklärungspflicht geirrt habe. Dafür fehle es jedoch an tragfähigen Anhaltspunkten.

13 Dem Anspruch stehe auch nicht die auf § 37a WpHG gestützte Einrede der Verjährung entgegen. Im Gegensatz zur vorliegenden Gestaltung greife diese Verjährungsregelung nur bei fahrlässigen Pflichtverstößen ein, während es bei vorsätzlich falscher Anlageberatung bei der deliktischen Regelverjährung verbleibe. Aus § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB folge, dass grundsätzlich bei der Annahme einer Pflichtverletzung im Rahmen des zwischen den Parteien zustande gekommenen Beratungsvertrags der Schuldner zu beweisen habe, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe. Da aber zum Vertretenmüssen in gleicher Weise Vorsatz und Fahrlässigkeit gehörten (§ 276 BGB), sei eine Differenzierung der Darlegungs- und Beweislast nach dem Verschuldensgrad nicht gerechtfertigt, sodass die beratende Bank als in Anspruch genommene Schuldnerin grundsätzlich neben der Entkräftung einer fahrlässigen Pflichtverletzung auch zu beweisen habe, dass weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorlägen. Auch wenn danach die geltend gemachten Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Verletzung von Beratungspflichten nach § 37a WpHG noch als verjährt behandelt werden könnten, komme diese Sonderverjährungsregelung jedenfalls dann nicht zur Anwendung, wenn die Beklagte wie vorliegend der sie treffenden Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen des Vorsatzes im Zusammenhang mit einer anzunehmenden Beratungspflichtverletzung nicht nachkomme. Eine beratende Bank müsse ihren Geschäftsbetrieb zum Schutz des Rechtsverkehrs so organisieren, dass bei ihr vorhandenes Wissen den Mitarbeitern, die für die betreffenden Geschäftsvorgänge zuständig seien, zur Verfügung stehe und von diesen auch genutzt werde. Ein vorsätzliches Organisationsverschulden sei dann gegeben, wenn die Bank ihre Verpflichtung zur Aufklärung der Kunden gekannt oder zumindest für möglich gehalten (bedingter Vorsatz) und es gleichwohl bewusst unterlassen habe, ihre

Anlageberater anzuweisen, die Kunden entsprechend aufzuklären. Dafür, dass die Beklagte sich nicht zumindest bedingt vorsätzlich verhalten haben könnte, trage sie nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast. Indem danach die in der fehlenden Aufklärung liegende Pflichtwidrigkeit schon deshalb als vorsätzlich zu behandeln sei, richte sich die Verjährung nach §§ 195, 199 BGB. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin oder die Zedentin bereits in rechtsverjährter Zeit entsprechend § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erlangt haben könnten, lägen insoweit nicht vor.

II.

14 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

15 1. Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht, wenn auch unausgesprochen, die Wirksamkeit der Abtretung des streitgegenständlichen Schadensersatzanspruches aus § 280 Abs. 1 BGB an die Klägerin und damit deren Aktivlegitimation bejaht hat. Die von der Revision hiergegen vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

16 a) Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie die Revision unter Bezugnahme auf instanzgerichtlichen Vortrag meint, in der Abtretung ein Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot des § 30 GmbHG zu sehen ist. Ein solcher hätte jedenfalls nicht die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB zur Folge (BGH, Urteile vom 23. Juni 1997 - II ZR 220/95, BGHZ 136, 125, 129 f., vom 25. Juni 2001 - II ZR 38/99, BGHZ 148, 167, 171 und vom 18. Juni 2007 - II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 Rn. 30).

17 b) Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, die Abtretung sei wegen eines der Klägerin bekannten Missbrauchs der Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Zedentin nach § 138 BGB nichtig. Die - ohnehin im Außenverhältnis gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nicht beschränkbare - Vertretungsmacht des Ehemannes der Klägerin als Geschäftsführer der Zedentin wurde auch im Innenverhältnis nicht überschritten. Denn dieser konnte als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Zedentin einen etwa nach § 46 Nr. 1 GmbHG erforderlichen Beschluss der Gesellschafterversammlung fassen, ohne dass es dazu der Einberufung einer förmlichen Gesellschafterversammlung bedurfte (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 1995 - II ZR 140/93, NJW 1995, 1750, 1751 mwN). Dass der Beschluss entgegen § 48 Abs. 3 GmbHG nicht protokolliert wurde, ist im vorliegenden Fall unschädlich. Die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung fällt mit der Umsetzung der getroffenen Entscheidung in einem Akt zusammen. Die Abtretungsvereinbarung zwischen der Zedentin und der Klägerin vom 30. Juni 2010 wurde schriftlich geschlossen und von beiden Seiten unterschrieben. Wollte man daneben noch eine Protokollierung des der Zessionsvereinbarung zugrundeliegenden Gesellschafterbeschlusses fordern, liefe dies auf eine unnötige, vom Gesetzeszweck nicht geforderte Förmelei hinaus (vgl. BGH, Urteile vom 27. März 1995 - II ZR 140/93, NJW 1995, 1750, 1752 und vom 9. Dezember 1996 - II ZR 240/95, NJW 1997, 741, 742).

18 c) Soweit sich die Revision auf eine Nichtigkeit nach § 117 Abs. 1 BGB beruft, weil die Abtretung der Ansprüche nur zum Schein erfolgt sei, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Insbesondere ist das Verfahren, dem eigentlich Berechtigten durch Übertragung der Aktivlegitimation auf einen Dritten im Prozess eine Zeugenstellung zu verschaffen, von Rechts wegen nicht zu beanstanden (BGH, Urteil vom 13. März 2007 - VI ZR 129/06, NJW 2007, 1753 Rn. 16).

19 2. Nach den unangegriffenen und rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwischen der Beklagten und der Zedentin ein Beratungsvertrag geschlossen worden. Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht in der unstreitig unterbliebenen Aufklärung über die - neben der von der Zedentin an die Beklagte entrichteten 0,7%igen Provision - von der Emittentin an die Beklagte geleisteten 3%igen Vertriebsvergütung eine Verletzung der Pflichten aus dem Beratungsvertrag erblickt.

20 a) Die beratende Bank ist zu einer anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet (Senatsurteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 f.). Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich sind einerseits der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel des Kunden und andererseits die allgemeinen Risiken, wie etwa die Konjunkturlage und die Entwicklung des Kapitalmarktes, sowie die speziellen Risiken, die sich aus den Besonderheiten des Anlageobjekts ergeben. In Bezug auf das Anlageobjekt hat sich die Beratung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Während die Bank über diese Umstände richtig, sorgfältig, zeitnah, vollständig und für den Kunden verständlich zu unterrichten hat, muss die Bewertung und Empfehlung des Anlageobjekts unter Berücksichtigung der genannten Gegebenheiten lediglich ex ante betrachtet vertretbar sein. Das Risiko, dass eine aufgrund anleger- und objektgerechter Beratung getroffene Anlageentscheidung sich im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Anleger (vgl. zusammenfassend Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 22 und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 23).

21 b) Hiervon ausgehend hat die Beklagte ihre Pflichten aus dem zwischen ihr und der Zedentin geschlossenen Beratungsvertrag verletzt.

22 Der erkennende Senat bejaht nunmehr die in den Urteilen vom 26. Juni 2012 (XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 45, XI ZR 356/11, juris Rn. 49, XI ZR 355/11, BKR 2013, 17 Rn. 50 und XI ZR 259/11, juris Rn. 40) noch offengelassene Frage, ob im Falle der Vereinbarung eines Kommissionsgeschäfts mit dem Kunden eine beratungsvertragliche Aufklärungspflicht der Bank über eine unmittelbar vom Emittenten des Wertpapiers erhaltene und der Bank im Zeitpunkt der Beratung bereits dem Grunde nach bekannte Provision besteht, wenn der Kunde seinerseits eine Provision an die Bank zahlt.

23 aa) Zwar begründet allein das generelle, für jeden Anbieter wirtschaftlicher Leistungen am Markt typische Gewinnerzielungsinteresse einer Bank als solches noch keine beratungsvertragliche Verpflichtung zur Aufklärung über die von der Emittentin an die Beklagte gezahlte Provision. Das ändert sich jedoch durch das Hinzutreten besonderer Umstände, die so schwer wiegen, dass sie dem Anleger zu offenbaren sind. Diese Voraussetzung kann nach der Senatsrechtsprechung erfüllt sein, wenn die Bank bei einer Zinswette durch die Gestaltung der Zinsformel einen negativen Marktwert einpreist, der ihr die Erzielung eines Gewinns ermöglicht, mit dem der Kunde nicht rechnen muss (Senatsurteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 36, 38; Schmieder, WuB I G 1. Anlageberatung 16.12), oder wenn - wie im Falle von Rückvergütungen - der Anleger über den Interessenkonflikt der Bank dadurch bewusst getäuscht wird, dass sie als Empfängerin offen ausgewiesener Provisionen ungenannt bleibt (Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 46, XI ZR 356/11, juris Rn. 50, XI ZR 355/11, BKR 2013, 17 Rn. 51 und XI ZR 259/11, juris Rn. 41 jeweils mwN).

24 bb) Entgegen der Ansicht der Revision besteht ein derart schwerwiegender und damit im Rahmen des Beratungsvertrages aufklärungsbedürftiger Interessenkonflikt über diese Fälle hinaus auch dann, wenn die als Kaufkommissio-

närin des Kunden auftretende Bank von diesem eine Provision für sich vereinnahmt und gleichzeitig von der Emittentin des empfohlenen Produkts eine Vertriebsvergütung erhält.

25 (1) Berechnet die Bank dem Kunden in einem solchen Fall für die Beschaffung der von ihr empfohlenen Wertpapiere eine Provision, geht der Anleger nämlich bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise davon aus, das - schon von Gesetzes wegen offenkundige (vgl. §§ 354, 396 HGB) - Gewinnerzielungsinteresse der Bank werde durch das von ihm geleistete Entgelt befriedigt. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, rechnet er damit, dass der Kommissionär seinen gesetzlichen Pflichten nachkommt, insbesondere allein seine Interessen als Kommittent wahrnimmt (§ 384 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB) und sich bei seinen Ratschlägen ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lässt (vgl. BGH, Urteile vom 19. Juni 1985 - IV ZR 196/83, BGHZ 95, 81, 84, vom 14. März 1991 - VII ZR 342/89, BGHZ 114, 87, 91 und vom 20. September 2011 - II ZR 277/09, WM 2011, 2085 Rn. 14, 16). Bezieht jedoch die Bank vom Emittenten des empfohlenen Produkts ebenfalls eine Vertriebsvergütung, lässt sie sich also gewissermaßen von beiden Seiten bezahlen, so befindet sie sich hierdurch in einem von ihr geschaffenen schwerwiegenden Interessenkonflikt. Dem Kunden, der von der doppelten Vergütung nichts weiß, bleibt nämlich das zusätzliche Umsatzinteresse der Bank verborgen. Er kann daher als Kommittent nicht beurteilen, ob die Bank ihm ein bestimmtes Papier nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst auch noch von dritter Seite dafür vergütet wird. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen (Provisions-) Interesse (vgl. schon Senatsurteile vom 19. Dezember 2000 - XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235, 239, 241 zum Vermögensverwalter und vom 19. Dezember

2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 23; ähnlich BGH, Urteil vom 1. April 1987 - IVa ZR 211/85, NJW-RR 1987, 1380).

26 Der beim Kunden hervorgerufenen Fehlvorstellung über die Neutralität der Beratungsleistung der Bank kann nur dadurch begegnet werden, dass die Bank ihre Doppelrolle offenbart und im Rahmen des Beratungsvertrages sowohl über den - geplanten oder bereits erfolgten - Erhalt der Vertriebsprovision als auch über deren Höhe aufklärt (vgl. BGH, Urteile vom 23. Oktober 1980 - IV ZR 28/80, BGHZ 78, 263, 268, vom 19. Juni 1985 - IV ZR 196/83, BGHZ 95, 81, 84 ff. und vom 14. März 1991 - VII ZR 342/89, BGHZ 114, 87, 91; OLG Stuttgart, BKR 2010, 288, 291 ff.; zum Doppelmakler BGH, Urteil vom 8. Juni 2000 - III ZR 186/99, WM 2000, 1546, 1547 mwN und Loritz, WM 2000, 1831, 1835; Gallandi, WM 2000, 279, 286; Knops/Brocker, WM 2010, 1101, 1102 ff.; Schirp/Mosgo, BKR 2002, 354, 360; im Ergebnis wohl auch Habersack, WM 2010, 1245, 1252 f.; Veil, WM 2009, 2193, 2196).

27 (2) Dem kann die Revision nicht mit Erfolg entgegenhalten, hierbei werde die zeitliche Abfolge der Geschäfte - zunächst Abschluss des Beratungsvertrags und zu einem späteren Zeitpunkt Wertpapiererwerb im Wege der Kommission - nicht in den Blick genommen (so wohl auch Buck-Heeb, BKR 2010, 1, 5; dies., DB 2011, 2825, 2828; Schäfer, WM 2012, 197, 200). Zum einen fallen die Beratung und der Abschluss des Kommissionsvertrages nicht selten praktisch dergestalt zusammen, dass es letztlich auf die künstliche Aufspaltung eines nach dem tatsächlichen Ablauf einheitlichen Lebenssachverhalts hinaus liefe, wollte man bei der rechtlichen Würdigung entscheidend auf das Vorliegen zweier unterschiedlicher Vertragsverhältnisse abstellen. Zum anderen weiß die beratende Bank jedenfalls im Zeitpunkt der Beratung in der Regel, dass und in welchem Umfang sie bei dem empfohlenen Produkt Vertriebsprovisionen erhält und in welcher Form sie das Erwerbsgeschäft (Festpreisgeschäft oder Kommis-

sion) vollziehen will. Daher besteht die Offenbarungspflicht auch schon dann, wenn das Provisionsangebot der Emittentin noch nicht angenommen wurde (so zum Steuerberater ausdrücklich: BGH, Urteil vom 19. Juni 1985 - IV ZR 196/83, BGHZ 95, 81, 86).

28 (3) Ebenfalls fehl geht der Hinweis der Revision, die Verletzung etwaiger kommissionsrechtlicher Herausgabe- oder Rechenschaftspflichten hänge nicht davon ab, ob die Bank vom Anleger eine Gebühr für ihre Tätigkeit verlange. Denn dabei wird verkannt, dass allein eine etwaige auftrags- bzw. kommissionsrechtliche Herausgabe- und Rechenschaftspflicht der Bank hinsichtlich einer unmittelbar vom Emittenten des Wertpapiers erhaltenen Vertriebsprovision als solche nicht die Annahme einer Verletzung des Anlageberatungsvertrages durch das Kreditinstitut rechtfertigt, wenn es den Anleger über Erhalt und Höhe dieser Provision nicht aufklärt (Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 43, XI ZR 356/11, juris Rn. 47, XI ZR 355/11, BKR 2013, 17 Rn. 48 und XI ZR 259/11, juris Rn. 38). Grund der Aufklärungspflicht beim entgeltlichen Kommissionsgeschäft ist vielmehr, dass dem Kunden, der von der doppelten Vergütung nichts weiß, das zusätzliche Umsatzinteresse der Bank verborgen bleibt. Er kann daher als Kommittent nicht beurteilen, ob die Bank ihm ein bestimmtes Papier nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst auch noch von dritter Seite dafür vergütet wird.

29 (4) Darüber hinaus ist auch die Auffassung der Revision unzutreffend, aus der Sicht des Anlegers stelle sich die Abwicklung des vergüteten Kommissionsgeschäfts in wirtschaftlicher Hinsicht nicht anders als bei einem Eigengeschäft der Bank dar, bei dem diese neben dem Nennbetrag des Zertifikats eine Provision (§§ 354, 396 HGB) für die Abwicklung des Geschäfts verlange. Zwar lässt das, was für den Kunden im Rahmen des Kaufvertrags offensichtlich ist, seine Schutzwürdigkeit auch innerhalb des Beratungsvertrages entfallen (Se-

natsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 44, und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 47). Der Anleger, der bei der Abwicklung eines Kommissionsgeschäftes neben dem Nennwert des Zertifikats eine Provision zu entrichten hat, kann bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise aber gerade nicht erkennen, dass das für ihn dem Grunde nach offensichtliche Gewinninteresse der ihn beratenden Bank der Höhe nach über das von ihm zu leistende Entgelt hinaus geht. Darüber und über dessen Höhe ist er daher aufzuklären.

30 cc) Nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wurde der Kauf der Zertifikate als Kommissionsgeschäft abgewickelt, bei dem die Beklagte der Zedentin - anders als in den den Senatsurteilen vom 26. Juni 2012 zugrunde liegenden Konstellationen - für die Beschaffung der Wertpapiere eine Provision von 0,7% berechnete. Dem entspricht auch die Wertpapierabrechnung vom 14. Februar 2007. Gleichzeitig erhielt die Beklagte seitens der Emittentin eine weitere Vertriebsvergütung/Provision von 3% auf den Ausgabepreis, von der die Beklagte nach dem eigenen instanzgerichtlichen Vortrag bereits zum Zeitpunkt der Beratung Kenntnis hatte. Der somit bestehenden Aufklärungspflicht ist die Beklagte nicht nachgekommen. Darauf, ob gemäß den hilfsweisen Ausführungen des Berufungsgerichts aufklärungspflichtige Rückvergütungen vorliegen, kommt es danach nicht an.

31 3. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch das Verschulden der Beklagten bejaht. Die dagegen gerichteten Einwände der Revision greifen nicht durch.

32 a) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sich auf Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast beschränkt, aber keine Feststellungen zum Vorsatz der Beklagten getroffen, verhilft ihr nicht zum Erfolg. Das Beru-

fungsgericht hat nämlich unter Hinweis auf die Beweislastregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB und die Senatsrechtsprechung (Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 16 ff., 20) festgestellt, dass die Beklagte einen auf ihrer Seite vorliegenden, den Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum nicht dargelegt und bewiesen hat. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere reicht entgegen der Auffassung der Revision die nicht beweisbewehrte Behauptung der Beklagten, weder sie noch der konkret tätige Kundenberater seien zum Zeitpunkt des Kaufs der Wertpapiere der Ansicht gewesen, es hätte eine Aufklärungspflicht bestanden, nicht aus.

33 b) Darüber hinaus konnte der veröffentlichten Rechtsprechung zum Zeitpunkt der streitigen Anlageberatung entnommen werden, dass auch bei Konstellationen wie der hier vorliegenden die von dritter Seite gezahlten Provisionen deswegen zu offenbaren waren, weil die begründete Gefahr bestand, dass Anlageempfehlungen nicht wie vorausgesetzt allein an den Interessen des Zedenten ausgerichtet, also nicht unvoreingenommen sein könnten (vgl. BGH, Urteile vom 23. Oktober 1980 - IV ZR 28/80, BGHZ 78, 263, 268, vom 19. Juni 1985 - IV ZR 196/83, BGHZ 95, 81, 84 ff. und vom 1. April 1987 - IVa ZR 211/85, NJW-RR 1987, 1380 jeweils zum Steuerberater, vom 14. März 1991 - VII ZR 342/89, BGHZ 114, 87, 91 f. zum Baubetreuer, vom 8. Juni 2000 - III ZR 186/99, WM 2000, 1546, 1547 f. zum Makler und vom 19. Dezember 2000 - XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235, 239, 241 zum Vermögensverwalter). Damit scheidet auch ein Fahrlässigkeit ausschließender unvermeidbarer Rechtsirrtum von vornherein aus.

34 4. Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht eine Verjährung des Schadensersatzanspruchs nach § 37a WpHG aF verneint.

35 Nach ständiger Senatsrechtsprechung greift die kurze Verjährungsregelung des § 37a WpHG aF nicht bei vorsätzlichen Beratungspflichtverletzungen (Urteile vom 8. März 2005 - XI ZR 170/04, BGHZ 162, 306, 312, vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 20 und vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 16 ff.). Entgegen der Ansicht der Revision unterliegt damit nicht nur eine vorsätzliche deliktische Haftung weiter der Regelverjährung der §§ 195, 199 BGB. Auch auf vertragliche Ansprüche aus vorsätzlichen Pflichtverletzungen findet § 37a WpHG aF keine Anwendung. Denn es ist kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, den vorsätzlich handelnden Berater im Rahmen seiner vertraglichen Haftung zu privilegieren (vgl. z.B. auch § 438 Abs. 3 Satz 1, § 634a Abs. 3 Satz 1 BGB). Dies widerspräche vielmehr dem gesetzgeberischen Anliegen (vgl. die Gesetzesbegründung zu § 37a WpHG aF, BT-Drucks. 13/8933, S. 97).

36 Finden auf den der Klägerin zustehenden Schadensersatzanspruch damit §§ 195, 199 BGB Anwendung, ist dieser nicht verjährt, da das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Revision unangegriffen festgestellt hat, dass Anhaltspunkte für eine Kenntnis der den Anspruch begründenden Umständen in rechtsverjährter Zeit weder bei der Klägerin noch bei der Zedentin bestanden.

37 5. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht dagegen die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Erwerb der Zertifikate durch die Zedentin bejaht.

38 a) Das Berufungsgericht hat insoweit noch zutreffend angenommen, dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für ihre Behauptung trägt, die Zedentin hätte die Zertifikate auch bei gehöriger Aufklärung über die Vertriebsvergütung erworben. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193,

159 Rn. 28 f. mwN) ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte. Diese sogenannte "Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens" gilt für alle Aufklärungs- und Beratungsfehler eines Anlageberaters. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um eine Beweiserleichterung im Sinne eines Anscheinsbeweises, sondern um eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung.

39 b) Rechtlich nicht haltbar ist indes die Ansicht des Berufungsgerichts, wenn sich ein Anleger in der Vergangenheit trotz Kenntnis von einer konkreten Rückvergütung nicht von dem Erwerb einer Beteiligung habe abhalten lassen, stelle dies keine tragfähige Grundlage für die Schlussfolgerung dar, dieser Umstand habe für ihn auch bei allen weiteren Anlageentscheidungen, bei denen eine Aufklärung unterblieben sei, keine Bedeutung gehabt und dies müsse erst recht gelten, wenn der Geschäftsführer der Zedentin von den tatsächlich geflossenen Rückvergütungen erst später bei künftigen Kapitalanlagen erfahren habe. Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, können sich relevante Indizien für die fehlende Kausalität sowohl aus dem vorangegangenen als auch aus dem nachfolgenden Anlageverhalten des Anlegers ergeben. Insbesondere die Kenntnis des Anlegers von Provisionen oder Rückvergütungen, die die beratende Bank bei vergleichbaren früheren Anlagegeschäften erhalten hat, kann ein Indiz dafür sein, dass der Anleger die empfohlene Kapitalanlage auch in Kenntnis der Rückvergütung erworben hätte (Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 49 f. mwN).

40 Das Berufungsgericht ist auch nicht aufgrund einer - dann revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbaren - umfassenden tatrichterlichen Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, es könne nicht ausgeschlossen werden,

dass der Geschäftsführer der Zedentin bei Kenntnis einer neben die 0,7%ige Orderprovision tretenden 3%igen Vertriebsvergütung die empfohlene Anlage ausgeschlagen hätte. Denn es hat lediglich festgestellt, dass es keineswegs ersichtlich sei, ob der Geschäftsführer der Zedentin in der Vergangenheit überhaupt von den durch Preisnachlässe seitens der Emittentin für die Beklagte erlangten Vergütungen gewusst habe. Damit hat es sich ausschließlich mit vor der streitgegenständlichen Anlageentscheidung liegenden Anlagen beschäftigt, nicht aber die von der Beklagten für die beiden späteren Anlageentscheidungen (vom 3. August und 6. Dezember 2007) behauptete vorherige Aufklärung über die Vertriebsvergütungen berücksichtigt. Dass der als Zeuge benannte Anlageberater von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, ist insoweit unschädlich, da er zur Frage der Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für die Anlageentscheidung nicht geladen worden war.

III.

41 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird den Geschäftsführer der Zedentin sowie den Anlageberater als Zeugen zur Frage der Kausalität zu vernehmen haben. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass § 384 Nr. 2 ZPO nur ausnahmsweise zur umfassenden Verweigerung der Aussage berechtigt (BGH, Urteil vom 18. Oktober 1993 - II ZR 255/92, WM 1994, 84, 85 f.; Beschluss vom 8. April

2008 - VIII ZB 20/06, WM 2008, 1808 Rn. 17) und die oben angesprochene Indizwirkung nur bei vergleichbaren Anlagegeschäften in Betracht kommt (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 50).

Wiechers Joeres Ellenberger

Maihold Menges

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 09.06.2011 - 2-10 O 58/11 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 28.03.2012 - 17 U 153/11 -