BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 355/11

Verkündet am:
26. Juni 2012
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 2012 durch die Richter Dr. Joeres, Dr. Grüneberg, Maihold und Pamp sowie die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 18. Mai 2011 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau (nachfolgend: Zedentin) auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Zertifikaten der inzwischen insolventen Lehman Brothers Treasury Co. B.V. in Anspruch.

2 Der Kläger und die Zedentin unterhalten seit vielen Jahren ein Wertpapierdepot bei der Beklagten, über welches sie zahlreiche Wertpapiergeschäfte tätigten. Aufgrund eines am 6. Februar 2007 mit einem Mitarbeiter der Beklag-

ten geführten Beratungsgesprächs, dessen Inhalt im Einzelnen streitig ist, erwarben die Eheleute gemäß Wertpapierabrechnung vom selben Tage für insgesamt 25.000 € 25 Stück "G. "-Anleihen der Lehman Brothers Treasury Co. B.V. (nachfolgend: Emittentin) zum Nennwert von jeweils 1.000 €. Die Beklagte erhielt von der Emittentin eine "Zuwendung" von 3,5%, die sie dem Kläger und der Zedentin nicht offenbarte.

3 Die Rückzahlung der Zertifikate sollte in Abhängigkeit von der Entwicklung dreier Aktienindizes (Dow Jones EuroSTOXX 50, Standard & Poor´s 500 sowie Nikkei 225) während dreier aufeinander folgender Beobachtungszeiträume (7. Februar 2007 bis 6. Mai 2008, 7. Mai 2008 bis 6. Mai 2009 und 7. Mai 2009 bis 6. Mai 2010) erfolgen. Für den Fall, dass keiner der drei Indizes im Verlaufe dieser Beobachtungszeiträume - bezogen auf seinen jeweiligen Schlusskurs am Festlegungstag (6. bzw. 7. Februar 2007) - um 40% oder mehr fiel, sollte der Anleger an drei einzelnen Feststellungs- bzw. Bewertungsstichtagen (6. Mai 2008, 6. Mai 2009 und 6. Mai 2010) jeweils eine Bonuszahlung von 8,75% des angelegten Betrages erhalten. Sofern keiner der drei Indizes während der gesamten Laufzeit die Barriere von 60% seines jeweiligen Ausgangswerts berührte oder unterschritt, war zudem die Rückzahlung des Nominalbetrags des Zertifikats bei dessen Endfälligkeit (13. Mai 2010) vorgesehen. Sollten hingegen alle drei Indizes an einem der ersten beiden Feststellungstage (6. Mai 2008, 6. Mai 2009) oberhalb ihres jeweiligen Ausgangsniveaus notieren, war das Zertifikat sofort, d.h. vorzeitig zur Rückzahlung fällig. Für den Fall, dass einer der drei Indizes zu irgend einem Zeitpunkt während der Laufzeit des Zertifikats die Schwelle von 60% seines Startwerts berührte oder unterschritt, entfiel für den betreffenden Beobachtungszeitraum sowie etwaige nachfolgende Zeiträume die Bonuszahlung. Zugleich sollte dann für die Rückzahlung des Zertifikats bei Endfälligkeit derjenige Index maßgebend sein, der seinen Startwert während der Laufzeit am tiefsten unterschritten hatte, was in dem für den Anle-

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
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

ger ungünstigsten Falle den vollständigen Verlust des eingesetzten Kapitals zur Folge haben konnte.

4 Im September 2008 wurde die US-amerikanische Muttergesellschaft der Emittentin, die Investmentbank Lehman Brothers Holdings Inc., die für die Rückzahlung der Zertifikate die Garantie übernommen hatte, insolvent. Dies zog die Insolvenz der Emittentin nach sich, sodass die Anleihen weitgehend wertlos wurden.

5 Der Kläger verlangt von der Beklagten, gestützt auf den Vorwurf mehrerer Beratungsfehler, die Rückzahlung des Anlagebetrages von 25.000 € - abzüglich eines am 13. Mai 2008 erhaltenen Bonusbetrages von 2.187,50 € - nebst Verzugs- und entgangenen Anlagezinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der 25 Lehman-Zertifikate, darüber hinaus die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Die Klage ist in den Vorinstanzen mit Ausnahme der geltend gemachten Anlagezinsen sowie jeweils eines Teils der Zinsforderung im Übrigen und der Rechtsanwaltskosten erfolgreich gewesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in NZG 2011, 1154 veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Dem Kläger stehe ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu, weil diese ihre Pflichten aus dem zwischen ihr und der Zedentin (richtig: zwischen ihr und den Eheleuten) konkludent geschlossenen Anlageberatungsvertrag verletzt habe. Aufgrund dieses Vertrages sei die Beklagte zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände verpflichtet gewesen, die für den Anlageentschluss des Kunden von besonderer Bedeutung seien. Hierzu habe auch die Tatsache gehört, dass die Beklagte bei Ausführung des Wertpapierauftrags von der Emittentin eine "Zuwendung" in Höhe von 3,5% erhalten habe.

9 Diese "Vergütung", die in dem Beratungsgespräch nicht offengelegt worden sei, sei eine aufsichtsrechtlich offenbarungspflichtige Vergütung im Sinne des § 31d WpHG. Diese Vorschrift sei zwar erst zum 1. November 2007, also nach dem hier streitgegenständlichen Zertifikateerwerb in Kraft getreten. Die aufsichtsrechtliche Pflicht zur Offenlegung eines solchen Rabatts habe allerdings bereits nach Abschnitt B Ziffer 1.2 der Richtlinie zur Konkretisierung der §§ 31 und 32 WpHG für das Kommissionsgeschäft, den Eigenhandel für andere und das Vermittlungsgeschäft der Wertpapierdienstleistungsunternehmen vom 23. August 2001 bestanden. Da dem aufsichtsrechtlichen Gebot der Offenlegung eines Rabatts auf den Emissionspreis anlegerschützende Funktion zukomme, sei es auch für Inhalt und Reichweite (vor-)vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten von Bedeutung.

10 Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, die Annahme einer Aufklärungspflicht scheitere daran, dass sie den Auftrag der Zedentin (richtig: der

Eheleute) im Wege des Festpreisgeschäfts ausgeführt habe. Es könne offen bleiben, ob eine Bank bei der Veräußerung von Wertpapieren aus ihrem eigenen Bestand über ihre Gewinnmarge aufklären müsse oder ob der Kunde bei einem solchen Eigengeschäft ohnehin mit Handelsspannen und Gewinnmargen rechne. Maßgeblich sei, dass ein derartiges Eigengeschäft hier auch auf der Grundlage des Beklagtenvortrags nicht ausgeführt worden sei. Danach sei vielmehr ein im Eigenhandel durchgeführtes Festpreisgeschäft erfolgt, bei dem die Beklagte mit dem Kunden einen Vertrag über den Erwerb der Wertpapiere im eigenen Namen schließe.

11 Die Beklagte habe im Streitfall in Ausführung des Kundenauftrags von dritter Seite (der Emittentin) eine Vergütung erhalten, mit der "die Zedentin", anders als bei der Veräußerung von Eigenzertifikaten der Bank, nicht habe rechnen können. Zwar sei der Beklagten zuzugeben, dass eine Bank, die einen Kundenauftrag (nach entsprechender Vereinbarung) im Wege des Eigenhandels durch Abschluss von Festpreisgeschäften ausführe, die Wertpapiere zunächst im eigenen Namen erwerbe, um sie nachfolgend ebenfalls im eigenen Namen an den Kunden weiterzuverkaufen. Beim Festpreisgeschäft komme zwischen der Bank und dem Kunden ein kombinierter Geschäftsbesorgungs- und Kaufvertrag zustande. Dies entbinde die Bank aber nicht von ihrer Pflicht zur Information über die mit der Auftragsdurchführung verbundenen Kosten, zu denen alle mit dem Gesamtpreis verbundenen Gebühren, Provisionen, Entgelte und Auslagen zählten.

12 Beauftrage ein Kunde seine Bank mit dem Kauf ihm empfohlener Wertpapiere, könne sowohl ein Kommissionsgeschäft als auch ein im Eigenhandel auszuführendes Festpreisgeschäft vorliegen, wobei Ersteres den Regelfall darstelle. Wolle eine Bank einen Wertpapierauftrag im Wege des Eigenhandels durch Abschluss von Festpreisgeschäften ausführen, müsse sie den Kunden

darüber informieren und seine Einwilligung einholen. Diese Informationspflicht habe sich zum Zeitpunkt der hier streitigen Anlageentscheidung aus Nr. 4.3 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 26. Mai 1997 ergeben und folge nach aktueller Gesetzeslage aus § 33a Abs. 5 Satz 2 WpHG. Vor diesem Hintergrund ergebe sich die Pflicht der Beklagten zur Offenlegung der ihr seitens der Emittentin zugeflossenen Vergütung vorliegend auch daraus, dass sie der Zedentin (richtig: den Eheleuten) die Ausführung im Wege des Eigenhandels verschwiegen und noch in der Kaufabrechnung vom 6. Februar 2007 als Ausführungsort die "Börse FRANKFURT/M" angegeben habe.

13 Die Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichthofs zu Rückvergütungen ("Kickbacks") führe ebenfalls zu keinem abweichenden Ergebnis. Zwar handele es sich bei Rabatten auf den Emissionspreis begrifflich nicht um "Kickbacks". Sie stünden aber derartigen Rückvergütungen nach der Interessenlage im hier vorliegenden Dreiecksverhältnis gleich. Maßgebend für die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen sei, dass der Anleger ansonsten nicht das besondere Interesse der beratenden Bank erkennen könne, ihm gerade diese Anlage zu empfehlen. Das danach notwendige besondere Interesse der Beklagten an der Empfehlung gerade der streitgegenständlichen Zertifikate liege darin, dass deren Vertrieb während der Zeichnungsphase bis zur Börseneinführung ausschließlich durch die Beklagte erfolgt sei. Die ihr "für die Platzierung zufließende Vergütung" sei danach zeitlich begrenzt gewesen und habe ein besonderes Vertriebsinteresse während der Zeichnungsphase bedingt.

14 Die umsatzabhängig von der Emittentin an die Beklagte gezahlte "Emissionsvergütung" stehe nach der maßgeblichen Interessenlage einem zurückfließenden Ausgabeaufschlag bzw. einer zurückfließenden Verwaltungsgebühr gleich. Für die Möglichkeit des Kunden, das Umsatzinteresse der Bank selbst

einzuschätzen, spiele es keine Rolle, ob die an die Bank umsatzabhängig geleistete Provision als Ausgabeaufschlag deklariert sei, sich begrifflich als Verwaltungsgebühr darstelle oder ob sie versteckt als Kostenfaktor in den Verkaufspreis der Anlage eingepreist sei. Es komme auch nicht darauf an, ob die Vergütung erst an einen Dritten gezahlt und von diesem wieder zurückerstattet oder sogleich in Form eines Abschlags/Rabatts auf den Erwerbspreis an die beratende Bank gezahlt werde. Die zur Aufklärungspflicht führende Interessenkollision bestehe in dem von dritter Seite zu befriedigenden eigenen Absatzinteresse der Bank. Danach sei es für die für den Anleger wesentliche Frage, ob die Bank eigene wirtschaftliche Vorteile im Auge habe, völlig gleichgültig, ob ihr hinter dem Rücken des Anlegers offen ausgewiesene Provisionen zuflössen oder ob sich ihr Interesse wie hier aus einem Preisabschlag beim Erwerb ergebe.

15 Daneben folge die Pflicht zur Offenlegung der an die Beklagte geflossenen Vertriebsprovision auch aus der Auskunftspflicht des Geschäftsbesorgers nach §§ 675, 666, 667 BGB beziehungsweise des Kommissionärs nach §§ 383, 384 Abs. 2 HGB beziehungsweise des Eigenhändlers nach §§ 383, 384 Abs. 2, § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB.

16 Die für den Anleger streitende Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sei von der Beklagten nicht widerlegt worden. Schließlich könne die Beklagte auch nicht mit Erfolg geltend machen, die pflichtwidrige Verletzung der Aufklärungspflicht nicht vertreten zu müssen.

II.

17 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte wegen Verletzung einer beratungsvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung nicht bejaht werden.

18 1. Nach den unangegriffenen und rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwischen dem Kläger und der Zedentin auf der einen sowie der Beklagten auf der anderen Seite ein Beratungsvertrag geschlossen worden.

19 2. Die bislang getroffenen Feststellungen gestatten jedoch nicht die Annahme, dass die Beklagte ihre Pflichten aus diesem Beratungsvertrag verletzt hat.

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 an-

leger- 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, WM 2011, 2268 Rn. 22, für BGHZ bestimmt, und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 23, jeweils mwN).

21 b) Hiervon ausgehend bestand keine Aufklärungspflicht der Beklagten hinsichtlich ihrer Gewinnmarge sowie ihrer Verkäufereigenschaft, falls sie die streitgegenständlichen Zertifikate im Wege des Festpreisgeschäfts an die Eheleute veräußert haben sollte.

22 aa) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die beratende Bank, wenn sie Wertpapiere aus ihrem eigenen Bestand im Wege des Eigengeschäfts (§ 2 Abs. 3 Satz 2 WpHG) zu einem höheren als dem von ihr selbst gezahlten (Einkaufs-)Preis an den Kunden weiter verkauft, zur Aufklärung über die in ihrem Verkaufspreis enthaltene Gewinnmarge verpflichtet ist. Hierauf komme es im Streitfall nicht an, weil ein solches Eigengeschäft nach dem Beklagtenvorbringen nicht ausgeführt worden sei, die Beklagte vielmehr ein im Eigenhandel erfolgtes Festpreisgeschäft vorgetragen habe. Die insoweit vom Berufungsgericht getroffene Unterscheidung zwischen Eigenhandel und Eigengeschäft ist indes für die in Rede stehende Aufklärungspflicht ohne Belang.

23 (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Bank, die eigene Anlageprodukte empfiehlt, grundsätzlich nicht verpflichtet, ihren Kunden darüber aufzuklären, dass sie mit diesen Produkten Gewinne erzielt. In einem solchen Fall ist es nämlich für den Kunden bei der gebotenen normativobjektiven Betrachtungsweise offensichtlich, dass die Bank eigene (Gewinn-) Interessen verfolgt, so dass darauf nicht gesondert hingewiesen werden muss (BGH, Urteile vom 15. April 2010 - III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 Rn. 12 und vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 38). Nichts anderes gilt

- wie der erkennende Senat nach Verkündung des Berufungsurteils entschieden hat - dann, wenn fremde Anlageprodukte im Wege des Eigengeschäfts (§ 2 Abs. 3 Satz 2 WpHG) zu einem über dem Einkaufspreis liegenden Preis veräußert werden (Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 37 ff., für BGHZ bestimmt, und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 40 ff., jeweils mwN). Ein Umstand, der - wie die Gewinnerzielungsabsicht des Verkäufers - für den Kunden im Rahmen des Kaufvertrags offensichtlich ist, lässt innerhalb des Beratungsvertrags seine Schutzwürdigkeit entfallen (Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 44, für BGHZ bestimmt, und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 47). Dabei ist im Ergebnis unerheblich, in welcher Weise die Bank bei einem Veräußerungsgeschäft ihr Gewinninteresse realisiert.

24 Für den hiernach maßgeblichen Gesichtspunkt der Offenkundigkeit des Gewinnerzielungsinteresses eines Verkäufers kommt es nicht darauf an, ob auf Seiten der Bank ein Fall des Eigenhandels (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WpHG) vorliegt oder ein Eigengeschäft, das gemäß § 2 Abs. 3 Satz 2 WpHG auch als Wertpapierdienstleistung gilt. Wesentlich ist vielmehr die bei der Veräußerung von Wertpapieren bestehende Verkäuferstellung der Bank, nicht aber der Bezug dieser Veräußerung zu einem Kundenauftrag, durch den allein der Eigenhandel - als "Dienstleistung für andere" - sich vom Eigengeschäft unterscheidet, bei dem die Bank lediglich im Eigeninteresse tätig wird (vgl. BT-Drucks. 16/4028 S. 56; BVerwG, WM 2008, 1359, 1367 f.).

25 (a) Nach den im Wesentlichen von allen Kreditinstituten verwendeten (Bunte, AGB-Banken, 3. Aufl., SB Wertpapiergeschäfte Vorbemerkung Rn. 21; Seiler/Kniehase in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 104 Rn. 94) Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte in der hier maßgeblichen Fassung 2003 (nachfolgend: SoBedWP aF) führt die Bank Kundenauf-

träge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren entweder als Kommissionärin aus (Regelfall) oder sie tätigt mit dem Kunden Festpreisgeschäfte.

26 Ein Festpreisgeschäft kommt dabei zwischen der Bank und dem Kunden gemäß Nr. 9 SoBedWP aF (entspricht Nr. 1 Abs. 3 der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte in der seit dem 1. November 2007 geltenden Fassung) nur dann zustande, wenn für das einzelne Geschäft ausdrücklich ein fester Preis vereinbart wurde. Dementsprechend übernimmt die Bank dann vom Kunden die Wertpapiere als Käuferin oder liefert sie an ihn als Verkäuferin und berechnet den vereinbarten Preis. Im Unterschied zum Kommissionsgeschäft wird die Bank nicht für fremde, sondern regelmäßig für eigene Rechnung tätig (vgl. Seiler/Kniehase in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 104 Rn. 5). Der Kunde hat nur den zuvor vereinbarten Festpreis ohne gesonderte Berechnung von Provision, Courtage oder Spesen zu zahlen (Bunte, AGB-Banken, 3. Aufl., SB Wertpapiergeschäfte Rn. 59).

27 (b) Im Falle der Vereinbarung eines Festpreisgeschäfts ist - unabhängig davon, ob es um die Veräußerung eigener Produkte der beratenden Bank oder fremder Anlageprodukte geht - die Verfolgung eigener Gewinninteressen der Bank für den Anleger offenkundig (s. oben II. 2. b) aa) (1)). Dabei ist die Art und Weise des von der Bank getätigten Deckungsgeschäfts, d.h. die von der Bank im Verhältnis zum Emittenten gewählte rechtliche Gestaltung, mit der sie ihre im Kaufvertrag gegenüber dem Anleger übernommene Lieferverpflichtung sicherstellen will, für die Anlageentscheidung des Kunden regelmäßig unmaßgeblich. Denkbar ist insoweit zum einen, dass die Bank die empfohlenen Produkte bereits zu einem geringeren Einkaufspreis in ihren Eigenbestand übernommen hat oder davon ausgeht, sie sich nach dem Geschäftsabschluss mit dem Kunden im Rahmen des Deckungsgeschäfts günstiger beschaffen zu können (vgl. MünchKommHGB/Ekkenga, 2. Aufl., Bd. 5 Effektengeschäft Rn. 532). Zum an-

deren kommt auch ein Tätigwerden der Bank im Auftrag des Emittenten der Wertpapiere in Frage (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WpHG), welches dieser im Regelfall mit einer ebenfalls nicht zu offenbarenden Vertriebsprovision vergütet (vgl. Hannöver in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 110 Rn. 67, 73). Handelt die Bank schließlich als Verkaufskommissionärin, scheidet eine Offenlegungspflicht hinsichtlich der in diesem Falle vom Emittenten gezahlten Kommissionsgebühr schon wegen der Offenkundigkeit der Gewinnerzielungsabsicht der Bank (vgl. §§ 354, 396 HGB) aus.

28 (2) Diesem Ergebnis steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Offenlegung versteckter Innenprovisionen und zur Aufklärungsbedürftigkeit von Rückvergütungen nicht entgegen (Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 41 ff. bzw. XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 38 ff., für BGHZ bestimmt). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung gebieten auch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben keine andere Betrachtungsweise.

29 (a) Wie der erkennende Senat in seinen Urteilen vom 27. September 2011 (XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 48 ff. bzw. XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 45 ff., für BGHZ bestimmt; vgl. hierzu kritisch Klöhn, ZIP 2011, 2244, 2245 f.; Herresthal, ZBB 2012, 89, 102 ff.) näher ausgeführt hat, ergeben sich weder aus Art. 19 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates - Finanzmarktrichtlinie - (ABl. L 145/1) noch aus Art. 26 der hierzu ergangenen Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006 - Durchführungsrichtlinie - (ABl. L 241/26) unmittelbare beratungsvertragliche Rechtswirkungen zugunsten der Anleger im Verhältnis

zur Bank. Beide Bestimmungen geben zur Umsetzung der Vorgabe, wonach Wertpapierunternehmen in der dort näher beschriebenen Weise im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln haben, keine Regelung vor; diese bleibt vielmehr vollständig den Mitgliedstaaten überlassen. Insbesondere unterliegt es danach deren eigener Entscheidung, ob diese Umsetzung in zivil- oder aufsichtsrechtlicher Form geschieht.

30 Der deutsche Gesetzgeber hat in Gestalt des Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetzes (FRUG) vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330) und der hierdurch zum 1. November 2007 in Kraft getretenen Änderungen des Gesetzes über den Wertpapierhandel (WpHG) die Umsetzung nicht auf zivil-, sondern auf aufsichtsrechtlicher Ebene vorgenommen (vgl. Ellenberger in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl. Rn. 1100; Mülbert, WM 2007, 1149, 1155). Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. Urteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 18) bewirken aufsichtsrechtliche Bestimmungen regelmäßig weder eine Begrenzung noch eine Erweiterung der zivilrechtlich zu beurteilenden Haftung des Anlageberaters (vgl. auch Ellenberger in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl. Rn. 1100). Die Revisionserwiderung zeigt keinen Gesichtspunkt auf, der dem Senat zu einer hiervon abweichenden Betrachtungsweise und insbesondere zu einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV Veranlassung geben könnte.

31 (b) Abgesehen davon kommt es im Streitfall auf die von der Revisionserwiderung erhobenen Einwände gegen die Senatsrechtsprechung aber auch nicht an. Zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beratung im Februar 2007 waren die Umsetzungsfristen sowohl der Finanzmarktrichtlinie vom 21. April 2004 als auch der Durchführungsrichtlinie vom 10. August 2006 noch nicht ver-

strichen. Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, die Finanzmarktrichtlinie sei bis zum 30. April 2006 und daher schon vor dem hier betroffenen Beratungsgespräch umzusetzen gewesen, wird übersehen, dass Art. 70 der Finanzmarktrichtlinie durch Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2006/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 zur Änderung der Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente in Bezug auf bestimmte Fristen (ABl. L 114/60) geändert und hierdurch für die Finanzmarktrichtlinie eine mit der Durchführungsrichtlinie übereinstimmende Umsetzungsfrist bis zum Ablauf des 31. Oktober 2007 geschaffen worden ist.

32 Vor Ablauf der in einer Richtlinie festgelegten Umsetzungsfrist kommt nach der Rechtsprechung des EuGH weder eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie (EuGH, Slg. 1979, I-1629 Rn. 41 ff.; Slg. 1992, I-5567 Rn. 18 ff.; Slg. 1994, I-763 Rn. 16) in Betracht noch besteht für die nationalen Gerichte die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bereits bestehender Rechtsvorschriften (EuGH, Slg. 2006, I-6057 Rn. 115; vgl. auch Slg. 1997, I-4961 Rn. 9, 11, 43). Während des Laufs der Umsetzungsfrist haben die Mitgliedstaaten lediglich den Erlass von Vorschriften zu unterlassen, die geeignet sind, die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Zieles ernstlich zu gefährden (EuGH, Slg. 1997, I-7411 Rn. 45; Slg. 2006, I-6057 Rn. 121; sog. Frustrationsverbot). Darüber hinaus müssen es die nationalen Gerichte ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie soweit wie möglich unterlassen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit der Richtlinie verfolgten Zieles nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde (EuGH, Slg. 2006, I-6057 Rn. 123). Soweit das Bundesverfassungsgericht (NJW 2011, 288 Rn. 54) unter Berufung auf das vorstehende Urteil des EuGH (Slg. 2006, I-6057) eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ab Inkrafttreten einer Richtlinie angenommen hat, ist nicht ersichtlich, dass es eine über die Rechtsprechung des EuGH hinausgehende Pflicht zur richtlinienkon-

formen Auslegung bejahen wollte (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2010 - 1 BvR 2742/08, juris Rn. 26). In Übereinstimmung mit dem EuGH nimmt auch der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine Pflicht der nationalen Gerichte zu richtlinienkonformer Auslegung erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist an (vgl. hierzu näher Senatsurteil vom 24. April 2012 - XI ZR 96/11, WM 2012, 983 Rn. 22 f. mwN).

33 Es ist indes nicht ersichtlich und wird auch von der Revisionserwiderung nicht aufgezeigt, dass das vom erkennenden Senat auf der Grundlage langjährig gefestigter Rechtsprechungsgrundsätze zu Aufklärungspflichten der Bank beim Anlageberatungsvertrag gefundene Ergebnis, wonach beim Festpreisgeschäft keine Verpflichtung der Bank zur Aufklärung über ihre im Kaufpreis des Wertpapiers enthaltene Gewinnmarge besteht, zu einer ernsthaften Gefährdung der mit der Finanzmarktrichtlinie bzw. der hierzu erlassenen Durchführungsrichtlinie verfolgten Richtlinienziele führt.

34 bb) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist es in diesem Zusammenhang für den vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch ferner ohne Belang, ob den Eheleuten bekannt war, dass der Erwerb der Zertifikate im Wege eines - etwaigen - Festpreisgeschäfts der Beklagten erfolgte. Eine insoweit unterbliebene Aufklärung vermag keine Schadensersatzpflicht der Beklagten zu begründen.

35 (1) Wie der erkennende Senat ebenfalls nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat (Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 48 ff., für BGHZ bestimmt, und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 51 ff.), ist die beratende Bank aufgrund des Beratungsvertrages mit ihrem Kunden nicht verpflichtet, diesen darüber zu informieren, dass der Zertifikaterwerb im Wege des Eigengeschäfts erfolgt. Hierbei kann dahinstehen, ob

der vom Berufungsgericht angenommenen gesonderten Aufklärungspflicht über die Art des zwischen der Bank und dem Kunden zustande kommenden Wertpapiergeschäfts bereits Grundsätze der vertragsrechtlichen Dogmatik entgegenstehen (Assies, WuB I G 1.-22.11). Jedenfalls liefe eine diesbezügliche Aufklärungspflicht leer, weil sie nicht dazu führt, dass dem Anleger die für ihn wesentlichen Informationen bezüglich eines auf Seiten der Bank bestehenden Interessenkonflikts erteilt werden.

36 Zwar ergab sich im Streitfall - jedenfalls aufsichtsrechtlich - eine bereits bei Abschluss eines Festpreisgeschäfts zu erfüllende Informationspflicht der Beklagten aus Teil B Nr. 3.3 Abs. 5 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 23. August 2001 (BAnz. 2001, S. 19 217; vgl. Senatsurteil vom 25. Juni 2002 - XI ZR 239/01, WM 2002, 1687, 1688 zu der insoweit inhaltsgleichen Richtlinie vom 26. Mai 1997). Die Informationspflicht nach der Richtlinie soll den Kunden indes lediglich darüber in Kenntnis setzen, dass zwischen ihm und der Bank ein Kaufvertrag zustande kommt. Hierdurch soll der Kunde darüber informiert werden, dass das Wertpapiergeschäft für ihn verbindlich ist und er es - anders als bei der Kommission - bis zu dessen Ausführung durch die Bank nicht durch Kündigung des Vertragsverhältnisses noch verhindern kann. Auf der anderen Seite steht ihm allerdings auch ein Schadensersatzanspruch gegen die Bank zu, wenn diese die verkauften Wertpapiere nicht beschaffen kann, sofern der Abschluss des Deckungsgeschäfts nicht als Bedingung des Festpreisgeschäfts vereinbart worden war. Eine Pflicht zur Aufklärung über die Gewinnmarge lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen.

37 Für die vom Berufungsgericht angenommene Pflicht der beratenden Bank, den Anleger darauf hinzuweisen, dass der Wertpapiererwerb im Wege des Festpreisgeschäfts erfolgt, sprechen auch nicht die zu berücksichtigenden Kundeninteressen. Eine dahingehende Aufklärungspflicht liefe im Hinblick auf

die Gewinnmarge auf die - als solche bedeutungslose - Information des Anlegers hinaus, dass die Bank ihren Kunden über Existenz und Höhe der Gewinnspanne nicht aufzuklären hat. Eine Abschätzung des Gewinninteresses der Bank an dem in Aussicht genommenen Wertpapiergeschäft wäre ihm daher gar nicht möglich. Darin liegt der entscheidende Unterschied zur Rechtsprechung des Senats zu den aufklärungsbedürftigen Rückvergütungen, bei denen - unabhängig von der vertraglichen Einordnung des zugrunde liegenden Geschäfts - gerade über Existenz und Höhe der gezahlten Vertriebsprovisionen aufzuklären ist, damit der Anleger das Umsatzinteresse der beratenden Bank abschätzen kann. Die Aufklärungspflicht der Bank über Provisionen richtet sich daher nach der Rechtsnatur des objektiv vorliegenden Effektengeschäfts, während das Wissen und die Kenntnis bzw. Unkenntnis des Anlegers in Bezug auf die rechtliche Einordnung des Wertpapiergeschäfts hierfür unerheblich sind.

38 (2) An dieser Rechtsprechung (zustimmend Klöhn, ZIP 2011, 2244, 2245; Schäfer, WM 2012, 197, 199 f.; Nobbe, WuB I G 1.-2.12; Steiner, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 2012, 182, 183; Zoller, BB 2011, 3088; Bausch, EWiR 2011, 765, 766; Lang EWiR 2011, 763, 764; im Ergebnis auch Buck-Heeb, DB 2011, 2825, 2830; einschränkend dies., WM 2012, 625, 633 f.) hält der Senat auch unter Berücksichtigung ablehnender Stellungnahmen (Herresthal, ZBB 2012, 89, 101; Maier, VuR 2012, 27, 28; Schröder, jurisPR-BKR 1/2012 Anm. 2; LG Bonn, Urteil vom 2. März 2012 - 3 O 63/10, juris Rn. 56) sowie der Ausführungen der Revisionserwiderung fest.

39 Insbesondere trifft der Vorwurf nicht zu, die Ablehnung einer Aufklärungspflicht der Bank über die Durchführung des Zertifikaterwerbs im Wege des Eigengeschäfts sei unvereinbar mit der Verneinung der Schutzwürdigkeit des Kunden wegen Offensichtlichkeit des Gewinninteresses der Bank, weil diese Verneinung die Kenntnis des Kunden von der Verkäuferrolle der Bank gerade

voraussetze. Hierbei wird zum einen nicht hinreichend beachtet, dass die Offensichtlichkeit der Gewinnerzielungsabsicht der Bank sich aus einer typisierenden Betrachtungsweise ergibt (vgl. hierzu bereits BGH, Urteile vom 3. März 2011 - III ZR 170/10, WM 2011, 640 Rn. 18 und vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 38; s. auch Buck-Heeb, jurisPR-BKR 7/2011 Anm. 2; dies., WM 2012, 625, 633). Besteht hiernach in Bezug auf diesen Umstand schon - objektiv - keine Schutzwürdigkeit des Kunden, kommt es auf den jeweiligen Wissensstand des konkreten Anlegers über die Verkäuferrolle der Bank im Einzelfall nicht an. Zum anderen ist dem Kunden allein mit dem bloßen Wissen um diese Verkäuferstellung ohnehin nicht geholfen, weil es ihm lediglich Kenntnis von einem Umstand verschafft, der eine darüber hinaus gehende Aufklärungspflicht über die Gewinnmarge gerade nicht auszulösen vermag. Es ist daher auch nicht ersichtlich, weshalb die Unkenntnis des Kunden, dass der Zertifikaterwerb im Wege des Eigengeschäfts der Bank erfolgt, insoweit sogar zu einer weitergehenden Aufklärungspflicht der Bank führen sollte, als sie bei Kenntnis des Kunden von der Stellung der Bank als Verkäuferin bestünde (so aber Buck-Heeb, WM 2012, 625, 634). Das gilt umso mehr, als bei einem Eigen- bzw. Festpreisgeschäft - entsprechend der Ausgangslage beim Vertrieb eigener Produkte (vgl. dazu Senatsurteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 38) - ein beratungsvertraglich maßgeblicher Interessenkonflikt ohnehin nicht allein in der generellen Gewinnerzielungsabsicht der Bank liegen kann (vgl. unten III. 2.).

40 c) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht ferner angenommen, die Beklagte sei nach den Rechtsprechungsgrundsätzen zu Rückvergütungen, die hier zwar nicht unmittelbar, aber doch sinngemäß anzuwenden seien, verpflichtet gewesen, die Eheleute über die vorliegend allein von der Emittentin an die Beklagte gezahlte Provision und deren Höhe aufzuklären.

41 aa) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats ist eine Bank aus dem Anlageberatungsvertrag verpflichtet, über von ihr vereinnahmte Rückvergütungen aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen aufzuklären (vgl. Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 22 f.; Senatsbeschlüsse vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 12 f. und vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 20 ff.; die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG, WM 2012, 68 nicht zur Entscheidung angenommen). Aufklärungspflichtige Rückvergütungen sind - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die im Gegensatz zu versteckten Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie zum Beispiel Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungsgebühren gezahlt werden, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt. Hierdurch kann beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen, er kann jedoch das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieses Produkts nicht erkennen (Senatsbeschlüsse vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 12 f. und vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 25).

42 bb) Eine aufklärungspflichtige Rückvergütung in diesem Sinne liegt hier nicht vor. Die Wertpapierabrechnung vom 6. Februar 2007 weist neben dem an die Beklagte zu zahlenden Betrag von 1.000 € pro Zertifikat keine von den Eheleuten an die Emittentin zu entrichtenden und hinter dem Rücken der Eheleute an die Beklagte zurückfließenden Posten aus. Damit fehlt es schon im Ausgangspunkt an dem Rückvergütungen kennzeichnenden Umstand, dass dem Kunden der tatsächliche Empfänger einer von ihm zu erbringenden Zahlung nicht offenbart wird. Für die vom Berufungsgericht für geboten erachtete "sinngemäße" Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze zu Rückvergütungen ist daher bereits aus diesem Grunde ebenfalls kein Raum.

III.

43 Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

44 1. Sofern die Eheleute und die Beklagte hinsichtlich der Beschaffung der streitbefangenen Zertifikate ein Kommissionsgeschäft vereinbart haben sollten, ergab sich nicht schon allein daraus eine Aufklärungspflicht der Beklagten über die von der Emittentin unmittelbar an sie gezahlte Provision.

45 a) Wird das Effektengeschäft als Kommission für den Kunden gemäß §§ 383 ff. HGB (vgl. dazu Senatsurteil vom 25. Juni 2002 - XI ZR 239/01, WM 2002, 1687, 1688; Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 SoBedWP aF) durchgeführt, so schließt die Bank gem. Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 SoBedWP aF für Rechnung des Kunden mit einem anderen Marktteilnehmer oder einer zentralen Gegenpartei ein Kauf- oder Verkaufgeschäft (Ausführungsgeschäft) ab oder sie beauftragt einen anderen Kommissionär (Zwischenkommissionär) mit dem Abschluss des Ausführungsgeschäfts. Hinsichtlich des Deckungsgeschäfts sieht Nr. 1 Abs. 1 SoBedWP aF im Gegensatz zu Nr. 29 Abs. 1 AGB-Banken in der Fassung von 1986 nicht mehr die Möglichkeit des Selbsteintritts der Bank (§ 400 HGB) vor (Bunte, AGB-Banken, 3. Aufl., SB Wertpapiergeschäfte Rn. 41 ff.), so dass diese sich die Wertpapiere - im Falle der Kaufkommission - bei einem Dritten zu beschaffen hat.

46 b) Gemäß § 384 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB hat der Kommissionär das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und ihm nach § 384 Abs. 2 Halbsatz 2 HGB über das Geschäft Rechenschaft abzulegen sowie dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Dem entspricht es, dass es gemäß § 387 Abs. 1 HGB alleine dem Kommittenten zustattenkommt, wenn der Kommissionär zu vorteilhafteren Bedingungen abschließt, als sie ihm von

dem Kommittenten gesetzt worden sind, insbesondere wenn der Preis, für welchen er einkauft, den von dem Kommittenten bestimmten höchsten Preis nicht erreicht (§ 387 Abs. 2 HGB). Auf der anderen Seite schuldet der Kommittent - auch ohne gesonderte Vereinbarung (vgl. § 354 HGB) - dem Kommissionär eine Provision (§ 396 Abs. 1 HGB) sowie nach Maßgabe von § 396 Abs. 2 HGB Aufwendungsersatz.

47 c) Ob eine - wie hier - vom Emittenten des Wertpapiers an die Bank gezahlte (Vertriebs-) Provision unter Teil B. Ziff. 1.2 Abs. 3 der im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beratung noch geltenden Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 23. August 2001 (BAnz. 2001, S. 19 217) fiel und nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur auftrags- bzw. kommissionsrechtlichen Auskunfts- und Herausgabepflicht gemäß §§ 666, 667 BGB, § 384 Abs. 2 HGB (BGH, Urteile vom 14. November 1977 - II ZR 107/76, WM 1978, 115, 117; vom 1. April 1987 - IVa ZR 211/85, NJW-RR 1987, 1380; vom 28. Februar 1989 - XI ZR 70/88, WM 1989, 1047, 1051; vom 6. Februar 1990 - XI ZR 184/88, WM 1990, 462, 464; vom 18. Dezember 1990 - XI ZR 176/89, NJW 1991, 1224; vom 17. Oktober 1991 - III ZR 352/89, NJW-RR 1992, 560 f.; vom 30. Mai 2000 - IX ZR 121/99, NJW 2000, 2669, 2672, insoweit nicht in BGHZ 144, 343 abgedruckt, und vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 15, 21; Senatsbeschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 8; vgl. zu Emissionsbonifikationen schon RG, JW 1905, 118; zu dem vom Anleger nicht vergüteten freien Anlageberater s. BGH, Urteil vom 3. März 2011 - III ZR 170/10, WM 2011, 640 Rn. 20) grundsätzlich als "aus der Geschäftsbesorgung erlangt" an den Kunden herauszugeben ist (in diesem Sinne Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 667 Rn. 3; Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 384 Rn. 9; Krüger in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 384 Rn. 25 f.; Lenz in Röhricht/Graf von Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 384 Rn. 12; Oetker/Martinek, HGB, 2. Aufl., § 384 Rn. 35; Möllers in KK-

WpHG, § 31 Rn. 145; Schäfer in Schäfer/Sethe/Lang, Handbuch der Vermögensverwaltung, § 11 Rn. 19 [zur Vermögensverwaltung]; Buck-Heeb, BKR 2010, 309, 314; Staub/Koller, HGB, 4. Aufl., § 384 Rn. 40; ablehnend MünchKommHGB/Ekkenga, 2. Aufl., Bd. 5 Effektengeschäft Rn. 529; MünchKommHGB/Häuser, 2. Aufl., § 384 Rn. 73; HeymannHGB, 2. Aufl., § 384 Rn. 18; mit anderem Ansatz im Ergebnis ebenso Hadding, ZIP 2008, 529, 534 ff.; Mülbert, ZHR 172 (2008), 170, 192 ff.; Starke in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. Rn. 17.57 ff.), bedarf in diesem Zusammenhang keiner abschließenden Entscheidung.

48 Denn allein eine etwaige auftrags- bzw. kommissionsrechtliche Herausgabe- und Rechenschaftspflicht der Bank hinsichtlich einer unmittelbar vom Emittenten des Wertpapiers erhaltenen Vertriebsprovision rechtfertigt als solche nicht die Annahme einer Verletzung des Anlageberatungsvertrages durch das Kreditinstitut, wenn es den Anleger über Erhalt und Höhe dieser Provision nicht aufklärt. Eine derartige Schlussfolgerung lässt sich insbesondere nicht dem - die Frage des vorsätzlichen Organisationsverschuldens einer Bank betreffenden - Senatsurteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 13 ff., 21 entnehmen.

49 Hat nämlich ein Anleger wie vorliegend die Eheleute - abweichend von der gesetzlichen Wertung des § 354 HGB - neben dem dem Nennwert entsprechenden Preis der Wertpapiere für deren Beschaffung weder eine Kommissionsgebühr noch sonstige Aufschläge an die Bank zu entrichten, so stellt sich die Abwicklung des Effektengeschäfts aus seiner Sicht in wirtschaftlicher Hinsicht nicht anders als bei einem Eigengeschäft der Bank dar, so dass es bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise in Bezug auf den Beratungsvertrag ebenso wie dieses zu behandeln ist. Dafür spricht auch, dass es häufig dem Zufall überlassen ist, ob der Wertpapiererwerb im Wege der (Einkaufs-) Kom-

mission für den Anleger oder eines Festpreis- bzw. Eigengeschäfts erfolgt (vgl. Mülbert, ZHR 172 [2008], 170, 193; Spindler, WM 2009, 1821, 1822).

50 d) Ob im Falle der Vereinbarung eines Kommissionsgeschäfts mit dem Kunden eine beratungsvertragliche Aufklärungspflicht der Bank über eine unmittelbar vom Emittenten des Wertpapiers erhaltene Provision dann besteht, wenn der Kunde seinerseits eine Kommissionsgebühr oder einen ähnlichen Aufschlag an die Bank zahlt, bedarf keiner Entscheidung. Derartige Zahlungen der Eheleute an die Bank sind weder festgestellt noch vorgetragen worden.

51 2. Allein das generelle, für jeden Anbieter wirtschaftlicher Leistungen am Markt typische Gewinnerzielungsinteresse einer Bank als solches begründet für sich genommen ebenfalls noch keine beratungsvertragliche Verpflichtung zur Aufklärung über die von der Emittentin an die Beklagte gezahlte Provision. Das ändert sich vielmehr erst durch das Hinzutreten besonderer Umstände, die so schwer wiegen, dass sie dem Anleger zu offenbaren sind. Diese Voraussetzung kann nach der Senatsrechtsprechung dann 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) 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 (Ellenberger in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl., Rn. 1056; Varadinek/Röh, ZIP 2009, 2383, 2385). Ein damit vergleichbarer Sachverhalt ist vorliegend nicht festgestellt.

52 3. a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (unter anderem Urteile vom 1. März 2004 - II ZR 88/02, WM 2004, 928, 930 und vom

12. Februar 2004 - III ZR 359/02, BGHZ 158, 110, 118 ff.) muss unter bestimmten Umständen über Existenz und Höhe von Innenprovisionen aufgeklärt werden, weil sie Einfluss auf die Werthaltigkeit der vom Anleger erworbenen Anlage haben und deswegen bei ihm insoweit eine Fehlvorstellung hervorrufen können. Unter Innenprovisionen sind danach nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen zu verstehen, die in Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Kaufobjekts - versteckt - enthalten sind (vgl. Senatsbeschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 22).

53 b) Die vorliegend von der Emittentin an die Beklagte gezahlte Vertriebsprovision in Höhe von 3,5% berührte indes den Wert der von den Eheleuten erworbenen Zertifikate nicht (zu Einkaufsrabatten vgl. Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 42 bzw. XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 39, für BGHZ bestimmt). Die Rückzahlung der Zertifikate richtete sich - je nach der Wertentwicklung der drei zugrunde liegenden Aktienindizes - nach dem Nominalbetrag der Papiere bzw. gegebenfalls nach der Wertentwicklung dieser Indizes. Die Vertriebsprovision war hierfür unerheblich.

54 4. Zu den vom Kläger im Hinblick auf die streitgegenständlichen Zertifikate - unter anderem in Bezug auf deren Funktionsweise - darüber hinaus geltend gemachten Aufklärungspflichtverletzungen hat das Berufungsgericht bislang, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen getroffen.

IV.

55 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), damit es die erforderlichen Feststellungen zu den gerügten Aufklärungspflichtverletzungen, soweit diese bisher ungeprüft geblieben sind, nachholen kann.

Joeres Grüneberg Maihold

Pamp Menges

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 10.12.2010 - 2-19 O 34/10 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 18.05.2011 - 17 U 253/10 -