BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 367/11

Verkündet am:
16. Oktober 2012
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2012 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter 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 29. Juni 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt 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, die als ausgebildete Bankkauffrau berufstätig war, nimmt die beklagte Bank - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Zertifikaten der inzwischen insolventen Lehman Brothers Treasury Co. B.V. in Anspruch.

2 Die Klägerin unterhält seit vielen Jahren bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin (nachfolgend: Beklagte) ein Wertpapierdepot, über das sie zahlreiche Wertpapiergeschäfte tätigte. Aufgrund eines im Februar 2007 mit einem Mitarbeiter der Beklagten geführten telefonischen Beratungsgesprächs, dessen Inhalt im Einzelnen streitig ist, erwarb die Klägerin gemäß Wertpapierabrechnung vom 6. Februar 2007 für insgesamt 20.000 € 20 "G. "-Zertifikate der Lehman Brothers Treasury Co. B.V. (nachfolgend: Emittentin) zu einem dem Nennwert entsprechenden Stückpreis von jeweils 1.000 € im Wege des Festpreisgeschäfts. Die Beklagte erhielt von der Emittentin eine "Zuwendung" von 3,5% des Nennbetrags der Zertifikate, die sie der Klägerin nicht offenbarte.

3 Die Klägerin erhielt am 13. Mai 2008 von der Emittentin eine Bonuszahlung in Höhe von 1.750 €. Im September 2008 wurde die US-amerikanische Muttergesellschaft der Emittentin, die Investmentbank Lehman Brothers Holdings Inc., die für die Rückzahlung der Anleihe eine Garantie übernommen hatte, insolvent. Dies zog die Insolvenz der Emittentin nach sich, so dass die Zertifikate weitgehend wertlos wurden.

4 Darüber hinaus hatte die Klägerin aufgrund eines weiteren telefonischen Beratungsgesprächs im Juli 2007 von der Beklagten 180 Stück des von dieser selbst emittierten D. Zertifikats für insgesamt 17.793 € erworben.

5 Mit ihrer Klage hat die Klägerin, gestützt auf den Vorwurf mehrerer Beratungsfehler beim Erwerb der jeweiligen Zertifikate, von der Beklagten die Rückzahlung von 37.793 € zuzüglich entgangenen Gewinns in Höhe von 2.554,92 € und abzüglich der Bonuszahlung von 1.750 €, insgesamt also 38.597,92 €, nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der 20 Lehman-Zertifikate

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

sowie der 180 D. Zertifikate verlangt. Darüber hinaus hat sie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten hinsichtlich der Rücknahme beider Zertifikate und den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten begehrt.

6 Das Landgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 18.250 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung der 20 Lehman-Zertifikate verurteilt und festgestellt, dass die Beklagte sich insoweit im Annahmeverzug befinde; im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

7 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Zurückweisung der Berufung der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in juris veröffentlicht ist (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 29. Juni 2011 - 17 U 213/10), hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

10 Der Klägerin stehe hinsichtlich des Erwerbs der 20 Stück Lehman Brothers G. Zertifikate ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu, weil diese ihre Pflichten aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Anlageberatungsvertrag verletzt habe. Aufgrund dieses Vertrags sei die Beklagte zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände verpflichtet gewesen, die für den Anlageentschluss der Klägerin von besonderer Bedeutung gewesen seien. Hierzu habe auch die Tatsache gehört, dass die Beklagte bei Ausführung des Wertpapierauftrags von der Emittentin eine "Zuwendung" in Form eines "Rabatts" in Höhe von 3,5% auf den Emissionspreis erhalten habe.

11 Der Mitarbeiter der Beklagten habe im Beratungsgespräch die gebotene Offenlegung der der Beklagten von der Emittentin gewährten "Zuwendung" unterlassen, die die Beklagte während der Zeichnungsphase der erst ab dem 1. August 2007 über die Börse gehandelten Anleihe erhalten habe und die in den Ausgabepreis "eingepreist" worden sei. Bei der "Vergütung" handele es sich um eine "Platzierungsprovision" oder auch um einen "Rabatt/Abschlag auf den Emissionspreis". Diese Provision sei ungeachtet des Umstands offenbarungspflichtig gewesen, dass der ihr zugrunde liegende Wertpapierauftrag durch zwei hintereinander geschaltete Kaufverträge zwischen der Emittentin und der Beklagten sowie der Beklagten und der Klägerin ausgeführt worden sei. Sie sei in Anbetracht ihrer Umsatzabhängigkeit von einer Handelsspanne oder Gewinnmarge abzugrenzen.

12 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. Ein derartiges Eigengeschäft sei auch auf der Grundlage des Beklagtenvortrags nicht ausgeführt worden. Vielmehr habe die

Beklagte ein im Eigenhandel durchgeführtes Festpreisgeschäft, bei dem sie mit dem Kunden einen Vertrag über den Erwerb der Wertpapiere im eigenen Namen schließe, geltend gemacht.

13 Zwar sei der Beklagten zuzugeben, dass eine Bank, die einen Kundenauftrag 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 verpflichte die Bank zur Information über die mit der Auftragsdurchführung verbundenen Kosten, zu denen alle mit dem Gesamtpreis verbundenen Gebühren, Provisionen, Entgelte und Auslagen zählten.

14 Bei der Platzierungsprovision handele es sich begrifflich nicht um eine Rückvergütung. Aufklärungspflichtige Rückvergütungen lägen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahle, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückflössen, so dass diese ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse habe, gerade diese Beteiligung zu empfehlen. Dabei sei, wie der Bundesgerichtshof klargestellt habe, die Nennung von Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsgebühren als Quelle der Rückvergütung nur beispielhaft gemeint. Maßgebend für die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen sei, dass der Anleger ohne diese Aufklärung nicht das besondere Interesse der beratenden Bank erkennen könne, gerade diese Anlage zu empfehlen.

15 Die umsatzabhängig von der Emittentin an die Beklagte gezahlte "Vergütung" stehe nach der maßgeblichen Interessenlage einem an die Bank umsatz-

abhängig zurückfließenden Ausgabeaufschlag bzw. einer umsatzabhängig 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 ferner nicht darauf an, ob die Vergütung erst an einen Dritten gezahlt und von diesem wieder zurückerstattet oder sogleich in Form eines Abschlags 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.

16 Die Pflicht zur Offenlegung der Platzierungsprovision ergebe sich darüber hinaus auch daraus, dass das aufsichtsrechtliche Gebot der Offenlegung eines Rabatts auf den Emissionspreis die beratungsvertragliche Pflicht der Beklagten konkretisiere. Die der Beklagten als Platzierungsprovision bzw. als Rabatt/Abschlag auf den Emissionspreis gewährte Zuwendung in Höhe von 3,5% sei eine aufsichtsrechtlich offenbarungspflichtige Zuwendung im Sinne des § 31d WpHG. Unter den weiten Zuwendungsbegriff falle insbesondere auch ein Rabatt auf den Emissionspreis. Eine aufsichtsrechtliche Pflicht zur Offenlegung eines derartigen Rabatts habe auch schon vor Inkrafttreten des § 31d WpHG zum 1. November 2007 bestanden, wie sich aus 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 ergebe.

17 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.

18 Des Weiteren und ungeachtet der vorstehenden Ausführungen gründe sich das schadensersatzrelevante Beratungsverschulden der Beklagten auch auf den Umstand, dass sie den Wertpapierauftrag der Klägerin ohne deren Kenntnis und damit eigenmächtig im Wege des Eigenhandels - im Festpreisgeschäft - ausgeführt habe. Fehle eine ausdrückliche Vereinbarung über die Art der Ausführung des Auftrags und ergebe sich diese auch nicht aus den Umständen, könne aus der maßgeblichen Sicht des Kunden, der seine beratende Bank mit dem Erwerb der ihm empfohlenen Wertpapiere beauftrage, sowohl ein Kommissionsgeschäft als auch ein im Eigenhandel auszuführendes Festpreisgeschäft vorliegen, wobei die Ausführung im Wege der Kommission den Regelfall darstelle. Wolle eine Bank einen Wertpapierauftrag im Wege des Eigenhandels durch Abschluss von Festpreisgeschäften ausführen, so habe sie den Kunden darüber zu informieren und seine Einwilligung einzuholen. Diese Informationspflicht habe sich zum maßgeblichen Zeitpunkt der Anlageentscheidung der Klägerin aus Nr. 4.3 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 26. Mai 1997 ergeben. Nur dann, wenn dem Kunden offen gelegt werde, dass ein Kaufvertrag zwischen ihm und der Bank zustande komme, könne er das mit dem Verkauf verbundene Umsatzinteresse der ihn beratenden Bank erkennen. Das sei vorliegend jedoch nicht der Fall gewesen. Die Beklagte habe weder vorgetragen, die Klägerin während des Beratungsgesprächs über die Ausführung des Auftrags als Festpreisgeschäft aufgeklärt zu haben, noch sei dies nachfolgend in der erteilten Wertpapierabrechnung - deren Formulierungen aus der maßgeblichen Kundensicht vielmehr für ein Kommissionsgeschäft sprächen - verdeutlicht worden. Daran müsse die Beklagte sich gemäß § 242 BGB festhalten lassen.

19 Die Beklagte könne nicht mit Erfolg geltend machen, ihrer Aufklärungspflicht bereits durch Hinweise auf den Rückseiten früherer, dem streitgegenständlichen Erwerb vorausgegangener Wertpapierabrechnungen oder durch den Inhalt der Klägerin zur Verfügung gestellter Informationsbroschüren nachgekommen zu sein.

20 Die Beklagte habe auch weder die für den Anleger streitende Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens entkräftet noch könne sie mit Erfolg geltend machen, die pflichtwidrige Verletzung der Aufklärungspflicht nicht vertreten zu müssen.

II.

21 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte wegen Verletzung einer beratungsvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung nicht bejaht werden.

22 1. Nach den unangegriffenen und rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien ein Beratungsvertrag geschlossen worden.

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

24 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, jeweils mwN).

25 b) Hiervon ausgehend bestand keine Aufklärungspflicht der Beklagten über ihr mit dem streitgegenständlichen Wertpapiergeschäft verbundenes Gewinninteresse.

26 aa) Nach den revisionsrechtlich bindenden (§ 559 ZPO) und unangegriffenen tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts erwarb die Klägerin die streitgegenständlichen Zertifikate im Wege eines Festpreisgeschäfts von der Beklagten. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, die Beklagte habe die beiden klagegegenständlichen Kauforder der Klägerin "im Wege des Festpreisgeschäfts" ausgeführt, und ist an anderer Stelle der Entscheidungsgründe in Bezug auf die hier betroffenen Lehman-Zertifikate davon ausgegangen, der zugrunde liegende Wertpapierauftrag sei durch zwei hintereinandergeschaltete Kaufverträge (zwischen der Emittentin und der Beklagten sowie zwischen den Parteien) ausgeführt worden. Auch soweit das Berufungsgericht ein

eigenständiges Beratungsverschulden der Beklagten in der "eigenmächtigen" Ausführung des Wertpapierauftrags der Klägerin "im Wege des Eigenhandels - im Festpreisgeschäft -" gesehen hat, ist es ausdrücklich von dem Zustandekommen eines solchen Geschäftes ausgegangen. Gegen diese Feststellungen sind im Revisionsverfahren Rügen nicht erhoben worden. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats trifft die beratende Bank bei dem Vertrieb von Zertifikaten im Wege des Festpreisgeschäfts indes keine Pflicht zur Aufklärung über den von ihr aus diesem Veräußerungsgeschäft erzielten Gewinn.

27 (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, BGHZ 191, 119 Rn. 37 und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 40 sowie vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 19 und XI ZR 356/11, juris Rn. 27 f., 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, BGHZ 191, 119 Rn. 44 und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 47).

28 Dabei ist im Ergebnis unerheblich, in welcher Weise die Bank bei einem Veräußerungsgeschäft ihr Gewinninteresse realisiert (Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 19 und XI ZR 356/11, juris Rn. 27). Es kann deshalb in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob - wozu das Berufungsgericht sich nicht festgelegt hat - der Beklagten anlässlich des Vertriebs der Zertifikate von der Emittentin eine "Provision" oder ein "Rabatt" gewährt wurde. Offen bleiben kann daher auch, ob zwischen beiden Gestaltungen überhaupt rechtlich erhebliche Unterschiede bestehen oder sich nicht vielmehr auch die "Provision" des Emittenten an die übernehmende Bank als ein - ggf. nachträglich - gewährter "Nachlass" auf den Emissionspreis darstellt (vgl. Horn, Das Recht der internationalen Anleihen, 113 f.).

29 (2) Für den maßgeblichen Gesichtspunkt der Offenkundigkeit des Gewinnerzielungsinteresses eines Verkäufers kommt es entgegen der zwischen beiden Geschäftsarten vorgenommenen Differenzierung des Berufungsgerichts ebenfalls 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 (Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 355/11, juris Rn. 24 und XI ZR 356/11, juris Rn. 28). 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, bei dem die Bank lediglich im Eigeninteresse tätig wird, unterscheidet (vgl. BT-Drucks. 16/4028 S. 56; BVerwG, WM 2008, 1359 Rn. 59).

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

31 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).

32 (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 anderen 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.

33 bb) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht des Weiteren angenommen, die Beklagte sei nach den Rechtsprechungsgrundsätzen zu Rückvergütungen, die hier zwar nicht unmittelbar, aber doch sinngemäß anzuwenden seien, verpflichtet gewesen, die Klägerin über Grund und Höhe des ihr von der Emittentin gewährten Rabatts bzw. der gezahlten Provision aufzuklären.

34 (1) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats ist eine Bank aus dem Anlageberatungsvertrag verpflichtet, über von ihr vereinnahmte Rückvergütungen aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen aufzuklären (vgl. Senatsurteile vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 22 f. und vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 17; 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 ge-

zahlt 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 (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 17; 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).

35 (2) Eine aufklärungspflichtige Rückvergütung in diesem Sinne liegt hier nicht vor. Die Wertpapierabrechnung vom 6. Februar 2007 weist neben dem an die Beklagte zu zahlenden Preis von 1.000 € pro Zertifikat keine von der Klägerin an die Emittentin zu entrichtenden und hinter dem Rücken der Klägerin 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 kein Raum (vgl. Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 355/11, juris Rn. 42 und XI ZR 356/11, juris Rn. 41).

36 cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann im Streitfall eine Pflicht der Beklagten zur Offenlegung der in Rede stehenden Provision bzw. des Rabatts ferner nicht aus die Auskunftspflicht des Geschäftsbesorgers sowie des Kommissionärs betreffenden Vorschriften hergeleitet werden.

37 (1) Nach den revisionsrechtlich bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts ist der streitgegenständliche Wertpapiererwerb - wie dargelegt (s. oben II. 2. b) aa)) - nicht im Wege des Kommissionsgeschäfts, sondern des

Festpreisgeschäfts (Kaufvertrag) durchgeführt worden. Für die Anwendung der §§ 383 ff. HGB im Verhältnis der Parteien zueinander fehlt daher von vorneherein die Grundlage.

38 Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang bezüglich des Eigenhändlers insbesondere die Vorschrift des § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB angeführt hat, ist darüber hinaus der Hinweis veranlasst, dass das Festpreisgeschäft auch dann nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fällt, wenn es im Wege des Eigenhandels (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WpHG) ausgeführt wird. § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB erweitert lediglich den Anwendungsbereich der §§ 383 ff. BGB in persönlicher Hinsicht auf den Kaufmann, der die Tatbestandsvoraussetzungen des § 383 Abs. 1 HGB mangels Gewerbsmäßigkeit nicht erfüllt (sog. Gelegenheitskommissionär), setzt aber in sachlicher Hinsicht ein Kommissionsgeschäft voraus (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 1960 - II ZR 128/58, NJW 1960, 1852 f.; Oetker/Bergmann, HGB, 2. Aufl., § 406 Rn. 4; MünchKommHGB/Häuser, 2. Aufl., § 406 Rn. 8; Krüger in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 406 Rn. 1; Roth in Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 406 Rn. 2).

39 (2) Für die Anwendung der §§ 675, 666, 667 BGB ist vorliegend ebenfalls kein Raum. Abgesehen davon, dass nicht nur für das Eigengeschäft, sondern auch im Falle des Eigenhandels die Annahme eines neben den Kaufvertrag tretenden Geschäftsbesorgungsverhältnisses zumindest ganz überwiegend abgelehnt wird (BVerwG, WM 2008, 1359 Rn. 59; MünchKommBGB/Heermann, 5. Aufl., § 675 Rn. 81; Staudinger/Martinek, BGB, Neubearbeitung 2006, § 675 Rn. B 47; Roth in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 10 Rn. 54; Schäfer in Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, 2. Aufl., § 16 Rn. 19; Balzer in Horn/Krämer, Bankrecht 2002, 365, 370; vgl. auch BT-Drucks. 13/7142 S. 66; a.A. MünchKommHGB/Ekkenga, Bd. 5,

Effektengeschäft Rn. 107, 439), hat das Berufungsgericht im Streitfall das Zustandekommen eines Geschäftsbesorgungsvertrags nicht festgestellt.

40 (3) Zudem rechtfertigt allein eine etwaige auftrags- oder kommissionsrechtliche Herausgabe- und Rechenschaftspflicht der Bank hinsichtlich einer unmittelbar vom Emittenten des Wertpapiers erhaltenen (Vertriebs-)Provision als solche ohnehin nicht die Annahme einer Verletzung des Anlageberatungsvertrages durch das Geldinstitut, 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 f. und XI ZR 356/11, juris Rn. 47 f.).

41 Hat nämlich ein Anleger - wie vorliegend die Klägerin - neben dem dem Nennwert entsprechenden Preis der Wertpapiere für deren Beschaffung weder eine Kommissionsgebühr noch eine sonstige Vergütung an die Bank zu entrichten, 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 (Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 43 f. und XI ZR 356/11, juris Rn. 47 f.).

42 dd) Die vom Berufungsgericht angenommene Aufklärungspflicht der Beklagten lässt sich des Weiteren nicht auf § 31 WpHG aF i.V.m. Teil B. Ziff. 1.2 Abs. 3 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 23. August 2001 (BAnz. 2001, S. 19 217) stützen.

43 Eine Pflicht zur Aufklärung über die Gewinnmarge ist dieser Richtlinie nicht zu entnehmen (vgl. Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 49 und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 52 sowie Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 31

und XI ZR 356/11, juris Rn. 35, jeweils zu Teil B Nr. 3.3 Abs. 5 der Richtlinie). Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht aus dem Senatsbeschluss vom 29. Juni 2010 (XI ZR 308/09, WM 2010, 1694). Der erkennende Senat hat in dieser Entscheidung lediglich zu Ziff. 2.2 Abs. 2 der früheren Wertpapierhandelsrichtlinie vom 26. Mai 1997 (BAnz. 1997, S. 6586) ausgeführt, dass dort eine zivilrechtliche Aufklärungspflicht über die kommissionsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe von Rückvergütungen vorausgesetzt wird (Senatsbeschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 8; ebenso Senatsurteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 15). Dass die Richtlinie ihrerseits selbst zivilrechtliche Pflichten, insbesondere Aufklärungspflichten über die Gewinnmarge bei Festpreisgeschäften begründet, ergibt sich daraus - zumal für die hier in Rede stehende nachfolgende Fassung vom 23. August 2001 - nicht.

44 ee) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben aus Art. 19 der Finanzmarktrichtlinie (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, ABl. L 145/1) sowie Art. 26 der hierzu ergangenen Durchführungsrichtlinie (Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006, ABl. L 241/26) gebieten ebenfalls keine andere Betrachtungsweise (Senatsurteil vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 24 ff.).

45 c) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts vermag schließlich auch die unterbliebene Aufklärung der Klägerin darüber, dass der Erwerb der streitbefangenen Zertifikate im Wege eines Festpreisgeschäfts erfolgte, den geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht zu begründen.

46 Wie der erkennende Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat (Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 48 ff. und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 51 ff.), ist die beratende Bank aufgrund des Beratungsvertrags mit ihrem Kunden bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise nicht verpflichtet, diesen darüber zu informieren, dass der Zertifikaterwerb im Wege des Eigengeschäfts erfolgt. Eine solche Aufklärungspflicht liefe jedenfalls deshalb leer, weil sie nicht dazu führt, dass dem Anleger die für ihn wesentlichen Informationen bezüglich eines auf Seiten der Bank bestehenden Interessenkonflikts erteilt werden. Für die entsprechende Aufklärungspflicht sprechen zudem auch nicht die zu berücksichtigenden Kundeninteressen.

47 An dieser Rechtsprechung hat der Senat auch unter Berücksichtigung ablehnender Stellungnahmen mit seinen Urteilen vom 26. Juni 2012 (XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 33 f. und XI ZR 356/11, juris Rn. 37 f. mwN) festgehalten. Die Revisionserwiderung zeigt ebenfalls keine Gesichtspunkte auf, die dem Senat Veranlassung geben könnten, von seiner Rechtsprechung abzuweichen.

III.

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

49 1. Allein das generelle, für jeden Anbieter wirtschaftlicher Leistungen am Markt typische Gewinnerzielungsinteresse einer Bank als solches begründet für sich genommen 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 (vgl. auch Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 46, XI ZR 355/11, juris Rn. 51 und XI ZR 356/11, juris Rn. 50).

50 2. 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).

51 b) Eine vorliegend von der Emittentin an die Beklagte gezahlte (Vertriebs-)Provision in Höhe von 3,5% berührte indes den Wert der von der Klägerin erworbenen Zertifikate nicht (Senatsurteile vom 26. Juni 2012 - XI ZR

316/11, WM 2012, 1520 Rn. 48, XI ZR 355/11, juris Rn. 53 und XI ZR 356/11, juris Rn. 52). Die Rückzahlung der Zertifikate richtete sich - je nach der Wertentwicklung der drei zugrunde liegenden Aktienindizes - nach dem Nominalbetrag der Papiere bzw. gegebenenfalls nach der Wertentwicklung dieser Indizes. Die (Vertriebs-)Provision war hierfür unerheblich. Für etwa von der Emittentin gewährte (Einkaufs-)Rabatte gilt in der Sache nichts anderes (Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 39 und XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 42).

52 3. Zu den von der Klägerin bezüglich der streitgegenständlichen Zertifikate darüber hinaus geltend gemachten Aufklärungspflichtverletzungen hat das Berufungsgericht, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen getroffen.

IV.

53 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 es diese bisher nicht getroffen hat, nachholen kann.

Wiechers Grüneberg Maihold

Pamp Menges

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 14.10.2010 - 2-12 O 32/10 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 29.06.2011 - 17 U 213/10 -