

# Neues aus Karlsruhe – Zu den Aufklärungspflichten der Banken über ihr Vergütungsinteresse

Der BGH hatte in seinem Urteil vom 3.6.2014 (XI ZR 147/12) erstmals die Frage zu entscheiden, ob eine beratende Bank auch unter dem Gesichtspunkt eines Interessenkonflikts den Empfang von Innenprovisionen ihrem Kunden offenlegen muss. Der nachfolgende Artikel untersucht ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur Aufklärung über Rückvergütungen, Margen und Innenprovisionen die Folgen für die Beratungspraxis von Banken, Sparkassen und freien Anlageberatern sowie die Bedeutung des Aufsichtsrechts für die Ausgestaltung des zivilrechtlichen Pflichtenprogramms in der Anlageberatung.

Dr. Roman Dörfler, LL.M. (London), RA, und Dr. Guido Waßmuth, RA

## I. Einleitung

Mit der Entscheidung vom 3.6.2014<sup>1</sup> hat der BGH seiner inzwischen umfangreichen Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten über Vertriebsprovisionen einen weiteren Baustein hinzugefügt und hofft so offenbar, einen – jedenfalls vorläufigen – Schlusspunkt unter langjährige Diskussionen gesetzt zu haben.

Ausgehend von den sog. Kick-back-I-und-II-Urteilen<sup>2</sup> hat der BGH den Umfang der Aufklärungspflichten über Vertriebsvergütungen kontinuierlich ausdifferenziert. Dabei waren allerdings erhebliche Interpretationsspielräume geblieben. Mit der Entscheidung vom 3.6.2014 bindet der XI. Zivilsenat die im Laufe der Kick-back-Rechtsprechung zur Anwendung gebrachten Begründungsansätze zu einem bunten Blumenstrauß, um die bislang in Rechtsprechung, Literatur und in der Praxis uneinheitlich beantwortete Frage nach dem Umfang der Pflicht zur Aufklärung über sog. Innenprovisionen einer Antwort zuzuführen. Dabei vermeidet er es, seine bisherige Kick-back-Rechtsprechung auf Innenprovisionen zu erstrecken. Mit einem geschickten Schachzug verlagert er die Frage vielmehr auf die Ebene des Verschuldens und lässt etwaige Schadensersatzansprüche an einem unvermeidbaren Rechtsirrtum scheitern.

Ob damit aber auch tatsächlich ein Schlusspunkt gesetzt und Klarheit für Wertpapierdienstleister bzw. Banken geschaffen wurde, ist indes fraglich.

In jedem Fall aber ist die Entscheidung eine bedeutsame Wegmarke. Jeder im Kapitalmarktrecht tätige Rechtsanwender wird mit ihr in Berührung kommen.

## II. Entwicklung der Rechtsprechung zur Provisionsaufklärung

„Startschuss“ der die Bankpraxis seit Jahren beschäftigenden Kick-back-Welle waren die sog. Kick-back-I-und-II-Urteile des BGH, v. a. das letztere. Hier leitete der XI. Zivilsenat, anknüpfend an die wertpapieraufsichtsrechtliche Bestimmung des § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a. F., für beratende Banken das Erfordernis ab, über Rückvergütungen aufzuklären, um den Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt offenzulegen.<sup>3</sup> Vor allem in der Bankenpraxis zog man hieraus zunächst den Schluss, dass eine solche Aufklärung nur bei Wertpapiergeschäften erforderlich sei. Durch seinen Kick-back-III-Beschluss vom 20.1.2009<sup>4</sup> entschied der BGH jedoch anders: Die Aufklärungspflicht bestehe auch beim Vertrieb geschlossener Fonds.<sup>5</sup>

Ausgehend davon waren Banken nach einer seinerzeit verbreiteten Auffassung verpflichtet, über jegliches Vergütungsinteresse

- 1 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. *Zoller*.
- 2 BGH, 19.12.2000 – XI ZR 349/99, BB 2001, 541, WM 2001, 297; BGH, 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226, BB 2007, 627 m. BB-Komm. *Elixmann*, BB 2007, 904.
- 3 BGH, 19.12.2000 – XI ZR 349/99, BB 2001, 541 WM 2001, 297; BGH, 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BB 2007, 627 m. BB-Komm. *Elixmann*, BB 2007, 904, NJW 2007, 1876.
- 4 BGH, 20.1.2009 – XI ZR 510/07, BB 2009, 459 m. BB-Komm. *Lamberti*, WM 2009, 405, ZIP 2009, 455 m. Anm. *Lang/Balzer*, BKR 2009, 126 m. Anm. *Geist/Grys*, DStR 2009, 649 m. Anm. *Podewils*, NJW 2009, 1416 m. Anm. *Dieckmann/Langen*.
- 5 Vgl. zur Kritik daran OLG Dresden, 24.7.2009 – 8 U 1240/08, ZIP 2009, 2144; *Herdegen*; WM 2009, 2202, 2203; *Lang/Balzer*; ZIP 2009, 456; *Haas*, NZG 2009, 1099; *Nobbe*, WuB I G 1. – 5.10 und 11.10; *Dörfler/Pallasky*, EWIR 2009, 11.

aufzuklären. Die Instanzrechtsprechung ging sogar soweit, dass auch eine Pflicht zur Aufklärung über Gewinnmargen oder Handelsspannen bejaht wurde.<sup>6</sup> Der Rechtsprechung des BGH konnte man jedoch Einschränkungen entnehmen.<sup>7</sup>

Aufklärungspflichten über Innenprovisionen sah der BGH als nicht verletzt an, wenn diese im Fondsprospekt der Höhe nach korrekt (etwa als Kosten der Eigenkapitalbeschaffung) ausgewiesen waren.<sup>8</sup> Es entwickelte sich die Unterscheidung von Innenprovisionen und Rückvergütungen.<sup>9</sup> Dazu entschied der BGH in seinem Kick-back-IV-Beschluss vom 9.3.2011, dass offen ausgewiesene Provisionen aufklärungspflichtige Rückvergütungen darstellen. Innenprovisionen seien nur noch „nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen“, d. h. in den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Fondsobjekts versteckte Provisionen.<sup>10</sup> Zur Aufklärungspflicht diesbezüglich verweist der BGH auf das Grundsatzurteil des III. Zivilsenats vom 12.2.2004.<sup>11</sup>

Mit der Lehman-Rechtsprechung<sup>12</sup> stellte der BGH klar, dass eine Bank grundsätzlich nicht verpflichtet ist, über eine erzielte Gewinnmarge aufzuklären. Für den Kunden sei (bei einer gebotenen normativ-objektiven Betrachtung) offensichtlich, dass die Bank eigene (Gewinn-)Interessen verfolge. Dies gelte nicht nur für Produkte, die der Anleger direkt von der Bank erwirbt, sondern auch bei fremden Anlageprodukten im Wege des Eigengeschäfts (§ 2 Abs. 3 S. 2 WpHG) und des Eigenhandels (§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 WpHG). Die Rechtsprechung zu Rückvergütungen und Innenprovisionen stehe dieser Entscheidung nicht entgegen, da es sich bei Gewinnmargen gerade nicht um Rückvergütungen oder Innenprovisionen handle und es an dem erforderlichen Drei-Personen-Verhältnis fehle.<sup>13</sup> Gleiches gelte, wenn der Bankkunde die Kapitalanlage im Wege des Kommissionsgeschäfts erwirbt<sup>14</sup> – vorausgesetzt, die Bank als Kommissionärin verlangt von dem Kunden abweichend von § 396 HGB keine Vergütung.<sup>15</sup> Für den Bankkunden spiele es keine Rolle, ob eine Bank das Wertpapier in ihrem eigenen Bestand hat und an den Kunden verkauft oder es erst in Wahrnehmung ihrer Aufgabe als Kommissionärin von einem Dritten beschafft.

Für freie, d. h. nicht bankgebundene Anlageberater wird eine Pflicht zur Offenlegung eines Interessenkonflikts und damit einer Rückvergütung bzw. Provision durchgehend verneint. Nach der Auffassung des III. Zivilsenats ist das Verdienstinteresse des Anlageberaters für den Anleger offensichtlich.<sup>16</sup> Dies gilt auch für Anlageberater, die bei einer 100%-igen Tochtergesellschaft einer Bank angestellt sind.<sup>17</sup>

In Bezug auf Innenprovisionen hatte der BGH entschieden, dass diese nur bei Erreichen eines bestimmten Schwellenwerts (15%) offengelegt werden müssen, wenn und weil sie dann zu einer

Beeinträchtigung der Werthaltigkeit der Kapitalanlage führen können.<sup>18</sup> Die Aufklärungspflicht hat hier also nicht einen Interessenkonflikt zum Gegenstand, sondern einen potentiell die Werthaltigkeit beeinträchtigenden Umstand als Teil der anleger- und objektgerechten Beratung im eigentlichen Sinne.<sup>19</sup> Daher gilt und galt diese schwellenwertabhängige Offenlegungspflicht nicht nur für Anlageberater, sondern auch für Anlagevermittler, die ebenfalls zu einer objektgerechten Beratung verpflichtet sind.<sup>20</sup>

### III. Entscheidung des BGH vom 3.6.2014 – XI ZR 147/12

Mit Urteil vom 3.6.2014 hat der BGH entschieden, dass die beratende Bank den Kunden aufgrund des (Kapital-)Anlageberatungsvertrags ab dem 1.8.2014 nicht nur über Rückvergütungen, sondern auch über den Empfang versteckter Innenprovisionen von Seiten Dritter aufzuklären habe – und zwar unabhängig von

6 LG Hamburg, 23.6.2009 – 310 O 4/09, BB 2009, 1828 m. BB-Komm. *Bausch*, WM 2009, 1282.

7 BGH, 20.1.2009 – XI ZR 510/07, BB 2009, 459 m. BB-Komm. *Lamberti*, WM 2009, 405, wo nur der Rückfluss des Agios, nicht sonstige Provisionen beanstandet wurden: „Aufgrund des Beratungsvertrags war die Beklagte verpflichtet, den Kläger darüber aufzuklären, dass sie von der C. für die Vermittlung der Fondsanteile das Agio in voller Höhe bekam“; vgl. hierzu auch *Zingel/Rieck*, BKR 2009, 353 ff.; weiterhin BGH, 25.9.2007 – XI ZR 320/06, BKR 2008, 199, wo der BGH eine beratende Bank als nicht verpflichtet ansah, ihre Kunden über von ihr vereinnahmte Innenprovisionen über die Angaben im Fondsprospekt zur Eigenkapitalbeschaffung hinausgehend aufzuklären.

8 BGH, 25.9.2007 – XI ZR 320/06, BKR 2008, 199; BGH, 27.10.2009 – XI ZR 338/08, BB 2010, 15 m. BB-Komm. *Langen*, ZIP 2009, 2380 m. Anm. *Varadinek/Röh*; *Dörfler/Pallasky*, EWIR 2009, 11.

9 BGH, 27.10.2009 – XI ZR 338/08, BB 2010, 15 m. BB-Komm. *Langen*, ZIP 2009, 2380, 2384 m. Anm. *Varadinek/Röh*; *Dörfler/Pallasky*, EWIR 2009, 11.

10 BGH, 9.3.2011 – XI ZR 191/10, BKR 2011, 299 m. Anm. *Nobbe*.

11 BGH, 12.2.2014 – III ZR 359/02, BGHZ 158, 110, dazu sogleich.

12 BGH, 27.9.2011 – XI ZR 182/10, BB 2011, 3083 m. BB-Komm. *Zoller*, WM 2011, 2268; BGH, 26.6.2012 – XI ZR 316/11, BB 2012, 2651 m. BB-Komm. *Bausch/Kohlmann*, RdF-Entscheidungsreport *Schaffelhuber*, RdF 2012, 351, RdF-Entscheidungsreport *Kraayvanger*, RdF 2013, 74, WM 2012, 1520; BGH, 17.9.2013 – XI ZR 332/12, WM 2013, 1983.

13 BGH, 27.9.2011 – XI ZR 178/10, BKR 2011, 508; BGH, 17.9.2013 – XI ZR 332/12, WM 2013, 1983.

14 BGH, 26.6.2012 – XI ZR 316/11, BB 2012, 2651 m. BB-Komm. *Bausch/Kohlmann*, RdF-Entscheidungsreport *Schaffelhuber*, RdF 2012, 351, RdF-Entscheidungsreport *Kraayvanger*, RdF 2013, 74, WM 2012, 1520, Rn. 44.

15 BGH, 24.9.2013 – XI ZR 204/12, BB 2013, 2831 m. BB-Komm. *Stumpf*, RdF-Entscheidungsreport *Früh*, RdF 2014, 76, WM 2013, 2065.

16 BGH, 15.4.2010 – III ZR 196/09, BGHZ 185, 185, BB 2010, 1305 m. BB-Komm. *Geist*, WM 2010, 885, Rn. 13; BGH, 18.4.2013 – III ZR 225/12, BKR 2013, 288, Rn. 15; *Schlick*, WM 2014, 581.

17 BGH, 19.7.2012 – III ZR 308/11, BB-Entscheidungsreport *Voigt*, BB 2012, 2272, WM 2012, 1574.

18 BGH, 12.2.2004 – III ZR 359/02, BGHZ 158, 110.

19 Vgl. *Winter*, WM 2014, 1606, 1608.

20 BGH, 3.3.2011 – III ZR 170/10, BB 2011, 1035 m. BB-Komm. *Langen*, RdF-Entscheidungsreport *Hartrott*, RdF 2011, 286, WM 2011, 640; BGH, 15.4.2010 – III ZR 196/09, BB 2010, 1305 m. BB-Komm. *Geist*, WM 2010, 885; BGH, 25.9.2007 – XI ZR 320/06, BKR 2008, 199; BGH, 22.3.2007 – III ZR 218/06, BKR 2007, 254.

deren Höhe. Soweit eine derartige Aufklärung vor dem 1.8.2014 unterblieben ist, hafte die beratende Bank nicht, weil sie sich jedenfalls in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befunden habe.

Der zur Entscheidung stehende Sachverhalt lag wie folgt: Der Kläger kaufte 1996 für gut 52 Mio. DM Grundstücke von der D. KG, die sich zudem zur Errichtung eines Einkaufs- und Erlebnis-zentrums verpflichtete. Er wurde dabei von der beklagten Bank beraten, die überdies einen Teil des vom Kläger zu entrichtenden Kaufpreises mit einem Darlehen finanzierte. Die Beklagte erhielt von den Initiatoren und Gesellschaftern der D. KG, an welche auch der Kaufpreis bezahlt wurde, eine Provision für die Vermittlung des Vertragsabschlusses i. H. v. etwa 1,35 Mio. DM (= 2,6% des Kaufpreises). Darüber klärte sie den Kläger offenbar nicht auf.

Der BGH sah hierin – anders als das Hanseatische OLG als Vorinstanz – keine verschuldete Pflichtverletzung. Eine aufklärungspflichtige Rückvergütung lag nicht vor, weil die Provision nicht aus einer offen ausgewiesenen Kostenposition gezahlt wurde, sondern aus dem Anlagebetrag. Der BGH wiederholt hierzu seine mittlerweile ständige Rechtsprechung entsprechende Formel, wonach aufklärungspflichtige Rückvergütungen „regelmäßig umsatzabhängige Provisionen [sind], die im Gegensatz zu versteckten Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie z. B. Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, deren Rückfluss an die beratende Bank nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt“. Hierdurch könne beim Anleger keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen, er könne jedoch das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen.<sup>21</sup>

Es handelte sich also um eine Innenprovision. Diesbezüglich kann als geklärt angesehen werden, dass eine Aufklärungspflicht aus Werthaltigkeitsgründen besteht, wenn die Provision die Schwelle von 15% überschreitet. Offen geblieben ist dagegen bislang, ob daneben auch für Innenprovisionen eine Aufklärungspflicht wegen eines möglichen Interessenkonflikts bestehen kann – oder ob eine solche Aufklärungspflicht das Vorliegen einer Rückvergütung (und damit einen offenen Provisionsausweis) voraussetzt und deshalb bei versteckten Innenprovisionen ausscheidet. Für die Zeit vor dem 1.8.2014 bleibt dies weiterhin offen. Eine Haftung der beratenden Bank scheidet insoweit nämlich jedenfalls wegen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums aus, so dass eine etwaige Pflichtverletzung zumindest unverschuldet gewesen wäre.

Ab dem 1.8.2014 hingegen bestehe eine Aufklärungspflicht über versteckte Innenprovisionen nicht nur aus Werthaltigkeitsgründen bei Überschreiten der 15%-Schwelle, sondern ebenso aus Gründen eines möglichen Interessenkonflikts und dann

unabhängig von der Höhe der Provision. Dies folge daraus, dass mittlerweile im Kapitalanlagerecht ein „nahezu flächendeckendes“ aufsichtsrechtliches Transparenzgebot herrsche. Grundsätzlich wirke das Aufsichtsrecht auf das Zivilrecht nicht ein.<sup>22</sup> Das Transparenzgebot sei aber als „Rechtsprinzip“ dennoch auch zivilrechtlich „zu berücksichtigen“, nämlich qua Vertragsauslegung, „weil der Anleger nunmehr für die Bank erkennbar eine entsprechende Aufklärung im Rahmen des Beratungsvertrages erwarten kann (§§ 133, 157 BGB)“.<sup>23</sup> Der Anleger könne zwar nicht erwarten, dass die Bank sich zivilrechtlich ihm gegenüber im gesamten Umfang ihrer aufsichtsrechtlichen Pflichten verpflichte, er könne aber voraussetzen, dass sie „die tragenden Grundprinzipien des Aufsichtsrechts“ beachte – und damit in Zukunft auch über Innenprovisionen aufkläre. Dies gelte auch über den aufsichtsrechtlich determinierten Bereich hinaus, insbes. auch außerhalb des WpHG.<sup>24</sup>

#### IV. Schlussfolgerungen

##### 1. Pflichtenkanon der Bank ab dem 1.8.2014

Bislang hatte der BGH – auch der XI. Zivilsenat – die Innenprovisionen ausschließlich unter Werthaltigkeitsgesichtspunkten beurteilt.<sup>25</sup> Nunmehr bejaht er für die Zeit ab dem 1.8.2014 eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen auch unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Interessenkonflikts. Insoweit gilt dann auch die 15%-Schwelle nicht, d. h. die Aufklärungspflicht besteht unabhängig von der Höhe der Innenprovision. In Zukunft ist die Bank also aufgrund des Kapitalanlageberatungsvertrags<sup>26</sup> verpflichtet, zur Offenlegung eines möglichen Interessenkonflikts nicht nur über Rückvergütungen, sondern auch über Innenprovisionen aufzuklären. Damit soll die – rückblickend möglicherweise doch als etwas artifiziell empfundene<sup>27</sup> – Unterscheidung zwischen Rückvergütung (aus offen ausgewiesenen Provisionen)

21 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. Zoller, Rn. 17 m. w. N.

22 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. Zoller, Rn. 35: Bestätigung des Urteils vom 17.9.2013 – XI ZR 332/12, WM 2013, 1983, BB 2013, 2497, allerdings nur pro forma (s. auch Hoffmann/Bartlitz, ZIP 2014, 1505, 1509).

23 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. Zoller, Rn. 36.

24 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. Zoller, Rn. 38.

25 Vgl. etwa BGH, 24.8.2011 – XI ZR 191/10, ZIP 2011, 1807, Rn. 4; BGH, 9.3.2011 – XI ZR 191/10, ZIP 2011, 855, Rn. 22; BGH, 17.9.2013 – XI ZR 332/12, WM 2013, 1983, BB 2013, 2497, Rn. 34; s. auch Günther, MDR 2014, 61, 62, sub II. 3.; Buck-Heeb, WM 2014, 1601, 1602.

26 Dazu BGH, 1.7.2014 – XI ZR 247/12, WM 2014, 1621, BB 2014, 1985: Kein Kapitalanlageberatungsvertrag, sondern Finanzierungsberatung (und keine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen), wenn die gezeichnete Kapitalanlage der Rückführung eines Darlehens dient.

27 Der BGH hatte die Differenzierung zuletzt damit gerechtfertigt, im Fall einer Rückvergütung werde der Anleger gerade dadurch getäuscht, dass dort – anders als bei Innenprovisionen – die Provision als solche offen gelegt, aber deren Empfänger nicht genannt wird.

und Innenprovision (aus dem Anlagebetrag) nach dem Willen des BGH der Vergangenheit angehören.<sup>28</sup> Dies soll auch außerhalb des WpHG gelten.<sup>29</sup> Konsequenterweise wird deshalb auch der Zuwendungsbegriff des § 31d WpHG keine Rolle spielen.<sup>30</sup>

In Zukunft wird man deshalb zweckmäßig nicht mehr nach Rückvergütungen einerseits und Innenprovisionen andererseits kategorisieren, sondern nach Aufklärungspflicht unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Interessenkonflikts und Aufklärungspflicht unter Werthaltigkeitsgesichtspunkten. Die Aufklärungspflichten über mögliche Interessenkonflikte (Innenprovisionen sowie Rückvergütungen) werden dabei bestimmt von dem (kapitalanlagerechtlich) „nahezu flächendeckenden“ aufsichtsrechtlichen Transparenzgebot, das als Rechtsprinzip qua Auslegung ins Zivilrecht hinüberwirkt. Die Pflicht zur Aufklärung aus Werthaltigkeitsgesichtspunkten greift bei Innenprovisionen, die die 15%-Schwelle überschreiten. Rückvergütungen spielen hier keine Rolle, weil sie definitionsgemäß offen ausgewiesen sind und daher gerade keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit zur Folge haben können.

In der praktischen Konsequenz hat jede Ausweitung der Interessenkollisionsrechtsprechung – auch die vorliegende – einen (weiteren) Bedeutungsverlust der anleger- und objektgerechten Beratung im eigentlichen Sinne zur Folge.<sup>31</sup> Augenfällig symbolisiert das der Umstand, dass unter Werthaltigkeitsgesichtspunkten erst ab Überschreiten der 15%-Schwelle aufzuklären ist, unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Interessenkonflikts jedoch bereits ab dem ersten Cent. An sich ist gegen das Bestreben, gewissermaßen prozedural „Schutz durch Verfahren“ (Interessenwahrung) sicherzustellen, nichts einzuwenden. Ärgerlich wird es aber, wenn aber im praktischen Ergebnis auf diesem Weg massenhaft vorgeschobene Anlegerreklamationen erfolgreich sind, obwohl die Beratung sowohl anleger- als auch objektgerecht war. Die Lasten dessen tragen die übrigen Bankkunden und letztlich die Allgemeinheit.

## a) Aufklärungspflicht über Innenprovisionen

### aa) Aufklärungspflicht aus Gründen eines möglichen Interessenkonflikts

Die Aufklärungspflicht über Innenprovisionen unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Interessenkonflikts gilt nach dem BGH ausdrücklich nur „mangels abweichender Vereinbarungen“<sup>32</sup>. Das ist konsequent, weil sie aus einer Auslegung des Kapitalanlageberatungsvertrags folgen soll. Allerdings ist zu erwarten, dass der BGH an abweichende Vereinbarungen – zumal in AGB (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) – strenge Anforderungen stellen wird.<sup>33</sup> Praktisch durchgreifend werden abweichende Vereinbarung wohl nur werden, wenn die beratende Bank mitteilt, dass sie über ihre Provisionen gerade nicht aufklären wird, und sich

der Anleger damit einverstanden erklärt. In einem derartigen Fall würde allerdings ohnehin der Rechtsmissbrauchseinwand greifen.<sup>34</sup>

Im Einzelnen dürfte für die Aufklärungspflicht über Innenprovisionen aus Gründen des Interessenkonflikts gleiches gelten wie für ihre Schwester unter dem (kapitalmarktrechtlich) „nahezu flächendeckenden“ aufsichtsrechtlichen Transparenzgebot, die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen. Namentlich wird – ebenso wie bei Rückvergütungen – auch die konkrete Provisionshöhe ungefragt (und „einstufig“) zu offenbaren sein.

Auf der Verjährungsseite hat dies denotwendig zur Folge, dass die verjährungsauslösende Kenntnis des Anlegers gegeben ist, wenn dieser weiß, dass die Bank eine Provision erhält, die sie ihm nicht oder jedenfalls nicht der konkreten Höhe nach offengelegt hat. Die zunächst für Rückvergütungsfälle entwickelte Rechtsprechung<sup>35</sup> gilt also genauso für Innenprovisionen. Auf die Kausalität<sup>36</sup> wird man die Rechtsprechung ebenso übertragen können.<sup>37</sup>

### bb) Aufklärungspflicht aus Werthaltigkeitsgründen

Die Pflicht zur Aufklärung über Innenprovisionen unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Interessenkonflikts tritt neben die altbekannte – und weiterhin bestehende – Pflicht zur Aufklärung über Innenprovisionen unter Werthaltigkeitsgesichtspunkten. Letztere verliert, obwohl sie erst bei Überschreiten der 15%-Schwelle eingreift, auch nicht ihre praktische Bedeutung. Insoweit ist insbes. an die selbstständigen Berater/Vermittler zu denken. Sie sind auch in Zukunft weder zur Aufklärung über Rückvergütungen verpflichtet, noch müssen sie unter dem Gesichtspunkt eines Interessenkonflikts über Innenprovisionen aufklären.<sup>38</sup> Überschreitet die Innenprovision aber die 15%-Schwelle, trifft sie – nach wie vor – hierüber eine Aufklärungspflicht unter Werthaltigkeitsgesichtspunkten. Das Urteil des BGH vom 3.6.2014 bringt für sie zwar keine Ausweitung ihrer Aufklärungspflichten, aber auch keine Einschränkung.

28 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. Zoller, Rn. 31.

29 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. Zoller, Rn. 38.

30 A. A. Hoffmann/Bartlitz, ZIP 2014, 1505, 1511 f. (sub IV. 4.).

31 Kritisch deshalb Winter, WM 2014, 1606, 1610, sub V.

32 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. Zoller, Rn. 37.

33 S. auch Hoffmann/Bartlitz, ZIP 2014, 1505, 1509.

34 Vgl. dazu jüngst BGH, 8.4.2014 – XI ZR 341/12, BB 2014, 1553 m. BB-Komm. Stumpf, NJW 2014, 2348.

35 BGH, 26.2.2013 – XI ZR 498/11, BGHZ 196, 233, BB 2013, 1171 Ls m. BB-Komm. Peters; bestätigt von BGH, 8.4.2014 – XI ZR 341/12, NJW 2014, 2348, BB 2014, 1553 m. BB-Komm. Stumpf, Rn. 28.

36 Dazu namentlich BGH, 8.5.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159.

37 S. auch Hoffmann/Bartlitz, ZIP 2014, 1505, 1512 f.

38 S. Abschn. IV. 1. a) aa).



Für die Pflicht zur Aufklärung über Innenprovisionen unter Werthaltigkeitsaspekten kommt es – anders unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Interessenkonflikts – nicht darauf an, wer die Provision letztendlich erhält. Denn der Einfluss auf die Werthaltigkeit der Anlage ist unabhängig von dem Empfänger.

Für die Verjährung bei Verletzung der Aufklärungspflicht über Innenprovisionen aus Werthaltigkeitsgesichtspunkten ergibt sich aus dem – unmittelbar Rückvergütungen betreffenden, aber gedanklich universellen – Urteil des BGH vom 26.2.2013<sup>39</sup> Folgendes: Die verjährungsauslösende Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis muss zwar nicht notwendig die konkrete Höhe der Provision umfassen; wohl aber muss der Anleger wissen oder sich in grob fahrlässiger Unkenntnis darüber befinden, dass die Provision die 15%-Schwelle überschreitet. Andernfalls fehlt es an der Kenntnis/grob fahrlässigen Unkenntnis der die Pflichtverletzung begründenden Umstände.

#### b) Reichweite des Transparenzgebots

Der BGH erläutert die Reichweite des jetzt entdeckten Transparenzgebots nicht, auch nicht, inwieweit es „nahezu“ flächendeckend ist. Klar ist aber, dass es sich nur auf den Bereich des Kapitalanlagerechts bezieht. Dieser Umstand lässt daran zweifeln, ob dem BGH die mit dem hier zu besprechenden Urteil offenbar angestrebte Flurbereinigung auch wertungsmäßig gelungen ist. Denn warum für die Pflicht zur Aufklärung über das Vergütungsinteresse im Kapitalanlagerecht etwas anderes gelten soll als in allen anderen Rechtsbereichen, vermag der BGH auch weiterhin nicht überzeugend zu erklären. Man wird ihn möglicherweise so verstehen müssen, dass er auf eine gesetzgeberische Grundentscheidung rekurrieren möchte, die dann eine weitere Rechtfertigungsnotwendigkeit ausschließen soll. Indes ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber des Honoraranlageberatungsgesetzes diesem eine derart grundsätzliche Aussage beilegen wollte.<sup>40</sup>

Der Grund des Transparenzgebots muss nach dem BGH jedenfalls im Beratungsvertrag, und zwar im Kapitalanlageberatungsvertrag, zu finden sein. Unerheblich sind das verkaufte Produkt und der Umstand, dass eine Bank als Vertragspartner auftritt. Denn wird eine Kapitallebensversicherung aufgrund einer Finanzierungsberatung durch eine Bank gezeichnet, so besteht nach der Rechtsprechung des BGH keine Aufklärungspflicht.<sup>41</sup> Es widerspricht daher der Rechtsprechung des BGH, wollte man entsprechende Aufklärungspflichten in allen Fällen annehmen, in denen eine Bank ein Produkt vertreibt und darüber berät.<sup>42</sup>

Für die Praxis steht weniger der Grund des Transparenzgebots, sondern mehr seine Reichweite im Fokus des Interesses. Die vom BGH ins Leben gerufene Argumentationsfigur weist ihrer Natur nach die Potenz auf, ein Eigenleben zu entfalten und auf

weitere Bereiche überzugreifen.<sup>43</sup> Nach richtiger Auffassung ändert sich aber (abgesehen von den entscheidungsgegenständlichen Innenprovisionen) nichts.

#### aa) Keine Pflicht der freien Berater/Vermittler zur Aufklärung über ihr Vergütungsinteresse

Für die freien Berater bleibt alles beim Alten.<sup>44</sup> Sie sind auch nach dem Urteil des BGH vom 3.6.2014 nicht zur Aufklärung über ihr Vergütungsinteresse verpflichtet. Dies hat zwei Gründe, einen pragmatischen und einen dogmatischen.

Der pragmatische Grund liegt darin, dass für die freien Berater nicht der XI., sondern der III. Zivilsenat des BGH zuständig ist. Es ist nicht zu erwarten, dass dieser sich zu einer Änderung seiner Rechtsprechung veranlasst sieht (sonst hätte korrekterweise auch dem Großen Senat vorgelegt werden müssen). Vor kurzem hat er vielmehr noch einmal ausdrücklich seine Rechtsprechung bestätigt.<sup>45</sup> Dies sieht der XI. Senat und sucht dementsprechend auch in der Formulierung bewusst den Schulterschluss, indem er von der Rechtsprechung „des Bundesgerichtshofes“<sup>46</sup> spricht.

Der dogmatische Grund liegt darin, dass die fehlende Pflicht der freien Berater/Vermittler zur Aufklärung über ihr Vergütungsinteresse damit begründet wird, dass dieses Interesse bei normativ-objektiver Betrachtungsweise offensichtlich ist. Diese Argumentation behält ihre Bedeutung. Denn auch unter Geltung des Transparenzgebots kann der Anleger nicht erwarten (§§ 133, 157 BGB), über Umstände aufgeklärt zu werden, die (bei normativ-objektiver Betrachtungsweise) auch ohne Aufklärung offensichtlich und daher naturgemäß nicht aufklärungsbedürftig sind.

#### bb) Zur Aufklärungspflicht über bloße Gewinnmargen

Die bisherige Rechtsprechung zur fehlenden Aufklärungspflicht über bloße Gewinnmargen gilt auch im Lichte des neuen Transparenzgebots weiterhin.<sup>47</sup> Gegenteiliges wird man auch nicht aus

39 BGH, 26.2.2013 – XI ZR 498/11, BGHZ 196, 233, BB 2013, 1171 Ls m. BB-Komm. *Peters*; bestätigt von BGH, 8.4.2014 – XI ZR 341/12, BB 2014, 1553 m. BB-Komm. *Stumpf*, NJW 2014, 2348, Rn. 28.

40 Vgl. hierzu auch *Hoffmann/Bartlitz*, ZIP 2014, 1505, 1508.

41 BGH, 1.7.2014 – XI ZR 247/12, WM 2014, 1621, BB 2014, 1985, Rn. 20 ff.

42 So aber *Hoffmann/Bartlitz*, ZIP 2014, 1505, 1511.

43 *Buck-Heeb*, WM 2014, 1601, 1605, sieht deshalb „schwer kalkulierbare Unsicherheiten“ auf die beratenden Banken zukommen.

44 A. A. *Buck-Heeb*, WM 2014, 1601, 1605; *Hoffmann/Bartlitz*, ZIP 2014, 1505, 1510: Das vom BGH entwickelte Rechtsprinzip (Transparenzgebot) gelte auch dort.

45 BGH, 12.12.2013 – III ZR 404/12, RdF-Entscheidungsreport *Varadinek*, RdF 2014, 163, WM 2014, 118, Rn. 17.

46 BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. *Zoller*, Rn. 30.

47 Im Grundsatz eine solche Pflicht dennoch bejahend *Hoffmann/Bartlitz*, ZIP 2014, 1505, 1511 f. (sub IV. 4.); ohne Problematisierung verneinend hingegen *Buck-Heeb*, WM 2014, 1601, 1605 (sub E.).

dem Aufsichtsrecht herleiten können.<sup>48</sup> Zum einen ist dafür dessen Hinüberwirken in das Zivilrecht zu indirekt (qua Auslegung und im Umfang der tragenden Grundprinzipien). Zum anderen kommt es nach dem BGH schon nicht auf den Anwendungsbereich des WpHG an; es ist daher nicht anzunehmen, dass er den – umstrittenen – Zuwendungsbegriff des § 31d WpHG als ausschlaggebend ansehen wird. Eine klare Positionierung sucht man in der Entscheidung vergeblich. Ausweislich des Leitsatzes ist das Urteil aber auf versteckte Innenprovisionen von Seiten Dritter beschränkt. Es ging dem BGH offenbar darum, dem vielfach erhobenen Einwand zu entkommen, es sei widersinnig, dass die Bank hafte, wenn sie aus einer offen ausgewiesenen Kostenposition vergütet werde, nicht aber, wenn nicht nur der Rückfluss der Provision, sondern bereits diese selbst verborgen bleibe. Insofern ist auch das nunmehr entdeckte „nahezu flächendeckende“ Transparenzgebot wohl nur Mittel zum Zweck. Soweit der BGH daher in der vorliegenden Entscheidung von „Vertriebsprovisionen“ spricht, ist dies nur Oberbegriff für Rückvergütungen und Innenprovisionen und umfasst nicht bloße Margen.<sup>49</sup> Die fehlende Pflicht zur Aufklärung über Margen hat der BGH bislang mit der Offensichtlichkeit des Vergütungsinteresses begründet. Dieses Offensichtlichkeitsargument behält – wie auch bei den selbstständigen Beratern/Vermittlern – seine Gültigkeit.<sup>50</sup>

Gegen eine Rechtsprechungsänderung spricht weiterhin, dass der BGH jedenfalls für den Fall des Eigengeschäfts bereits den die Aufklärungspflicht überhaupt erst begründenden Interessenkonflikt abgelehnt hat.<sup>51</sup> Problematisch sind allerdings Kommissionsgeschäfte und die dort gezahlte Vertriebsvergütung. Wollte man insoweit eine Aufklärungspflicht annehmen, dann fielen Kommissionsgeschäft und Eigengeschäft wieder auseinander. Dem steht entgegen, dass der BGH in den Urteilen vom 26.6.2012<sup>52</sup> aus guten Gründen für eine Gleichbehandlung Partei ergriffen hat.

## 2. Ansprüche bei unterlassener Provisionsaufklärung vor dem 1.8.2014

Für Beratungssachverhalte bis zum 31.7.2014 (einschließlich) gilt, dass ein Kreditinstitut den Erhalt von Rückvergütungen aus Agien, Verwaltungsgebühren oder sonstigen offen ausgewiesenen Vertriebskosten ihren Kunden konkret der Höhe nach offenzulegen hat. Sofern und soweit eine Bank in Folge der Vermittlung einer Kapitalanlage eine Innenprovision, d. h. eine Provision aus nicht offen ausgewiesenen Vertriebskosten erhält, bleibt es dabei, dass die beratende Bank bis zum 31.7.2014 keine Beratungspflichtverletzung begeht, wenn sie hierüber nicht aufklärt. Jedenfalls kann der beratenden Bank keine schuldhaftige Pflichtverletzung vorgeworfen werden, sofern sie sich auf einen Rechtsirrtum beruft.<sup>53</sup> Bloße Gewinnmargen, die die beratende Bank bei dem Verkauf eines Wertpapiers im Wege eines Festpreis- oder

Eigengeschäfts vereinnahmt, bleiben unverändert nicht offenzulegenspflichtig. Entsprechendes gilt für Provisionen, die die Bank von dem Emittenten eines Wertpapiers im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts erhält, sofern die beratende Bank dem Kunden nicht eine weitere Provision für die Tätigkeit als Kommissionärin dem Kommittenten/Kunden in Rechnung stellt. Für freie, nicht bankgebundene Berater, wozu auch Anlageberater eines Tochterunternehmens eines Kreditinstituts zählen,<sup>54</sup> hat sich nichts geändert. Unter Zugrundelegung der vom BGH herangezogenen normativ-objektiven Betrachtungsweise gehe der Beratungskunde regelmäßig davon aus, dass ein freier Anlageberater für seine Beratungsdienstleistung eine Vergütung von dritter Seite erhält, jedenfalls dann, wenn der Kunde selbst kein Beratungshonorar an den freien Anlageberater zahlt. In Erfüllung der auch den freien Anlageberatern obliegenden Pflicht zur objektgerechten Beratung haben diese über Innenprovisionen aufzuklären, die die Werthaltigkeit bzw. den Erfolg der Kapitalanlage beeinträchtigen können. Dies wird von der Rechtsprechung ab einer Schwelle von 15% des Anlagevermögens angenommen.<sup>55</sup> Letzteres gilt entsprechend für die bloße Anlagevermittlung.<sup>56</sup>

## 3. Verhältnis von Aufsichts- und Zivilrecht

Ausgehend von der Rechtsprechung des BGH<sup>57</sup> misst eine verbreitete Literaturansicht den aufsichtsrechtlichen Vorschriften der §§ 31 ff. WpHG eine gewisse Wirkung auf das Zivilrecht zu.<sup>58</sup> Hinsichtlich Herleitung und die Intensität dieser Wirkung

48 So aber *Hoffmann/Bartlitz*, ZIP 2014, 1505, 1511 f. (sub IV. 4.): Es komme auf den Begriff der Zuwendung i. S. v. § 31d WpHG an.

49 Anders offenbar das Begriffsverständnis bei *Mülbert*, ZHR 172 (2008), 170, 174, der unter „Vertriebsvergütung“ (u. a.) auch Abschläge auf den Emissionspreis versteht, die der Emittent der Bank gewährt, nicht aber Ausgabeaufschläge des Kunden, die dieser unmittelbar (?) an die Bank zahlt.

50 Vgl. auch das nach der hier zu besprechenden Entscheidung ergangene Urteil des BGH vom 1.7.2014 – XI ZR 247/12, WM 2014, 1621, BB 2014, 1985, Rn. 27 f., wo sich keinerlei Anhaltspunkte dafür finden, dass dieses Argument in Zukunft nicht mehr (so) gelte.

51 BGH, 17.9.2013 – XI ZR 332/12, WM 2013, 1983, BB 2013, 2497, Rn. 34 a. E.

52 BGH, 26.6.2012 – XI ZR 316/11, BB 2012, 2651 m. BB-Komm. *Bausch/Kohlmann*, RdF-Entscheidungsreport *Schaffelhuber*, RdF 2012, 351, RdF-Entscheidungsreport *Kraayvanger*, RdF 2013, 74, WM 2012, 1520 (und Parallelentscheidungen).

53 S. Abschn. IV.4.

54 BGH, 19.7.2012 – III ZR 308/11, BB-Entscheidungsreport *Voigt*, BB 2012, 2272, BKR 2012, 431.

55 BGH, 12.2.2004 – III ZR 359/02, WM 2004, 631.

56 BGH, 15.4.2010 – III ZR 196/09, BB 2010, 1305 m. BB-Komm. *Geist*; BGH, 19.7.2012 – III ZR 308/11, BB-Entscheidungsreport *Voigt*, BB 2012, 2272, BKR 2012, 431.

57 BGH, 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226, 232, BB 2007, 627 m. BB-Komm. *Elixmann*, BB 2007, 904.

58 Vgl. *Koch*, in: *Schwark/Zimmer* (Hrsg.), *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 31a WpHG, Rn. 61.

bestehen unterschiedliche Konzepte<sup>59</sup> (Lehre der rechtlichen Doppelnatur<sup>60</sup>, Ausstrahlungswirkung<sup>61</sup>, Konkretisierungswirkung der Wohlverhaltensbestimmungen<sup>62</sup>). Der XI. Zivilsenat hatte sich zunächst nicht auf den Umfang der zivilrechtlichen Wirkungsmacht des Aufsichtsrechts festgelegt. Die §§ 31 ff. WpHG sah er zwar einerseits als vorrangig aufsichtsrechtlicher Natur an. Andererseits sprach er ihnen Bedeutung für den Inhalt und Umfang vor- und nachvertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten zu.<sup>63</sup> Die MiFID I und die hierzu ergangene Durchführungsrichtlinie sollten hingegen keinen Einfluss auf das zivilrechtliche Pflichtenprogramm eines Anlageberaters haben, die §§ 31 ff. WpHG führten weder zu einer Beschränkung noch zu einer Erweiterung des zivilrechtlichen Pflichtenkanons.<sup>64</sup>

In seiner Entscheidung vom 3.6.2014 stellt der BGH nun aber entscheidend auf das aufsichtsrechtliche Pflichtenprogramm ab: (i) auf den seit dem 1.11.2007 geltenden § 31d WpHG, der für Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Annahme von Zuwendungen Dritter im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen, insbes. der Anlageberatung (§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 9 WpHG) aufsichtsrechtlich untersagt, (ii) auf § 1 Abs. 2 Nr. 3 VermAnlG in der bis zum 21.7.2013 geltenden Fassung bzw. auf § 1 Abs. 1 KAGB, wonach nunmehr auch Vermögensanlagen (bspw. geschlossene Fonds) als Finanzinstrumente i. S. d. Wertpapierhandelsgesetzes gelten (§ 2 Abs. 2 b WpHG) und bei der Anlageberatung und Vermittlung ebenfalls den Verhaltenspflichten der § 31 ff. WpHG und insbes. § 31d WpHG unterliegen<sup>65</sup>, (iii) auf die seit dem 1.1.2013 für Finanzanlagenvermittler geltenden Regelungen des § 34f Abs. 1 S. 1 GewO sowie (iv) auf § 34g GewO i. V. m. § 17 der Verordnung über die Finanzanlagenvermittlung, wonach ein mit § 31d WpHG vergleichbares Annahmeverbot von Zuwendungen Dritter gelte. Den Stichtag 1.8.2014 greift der BGH schließlich deshalb auf, weil mit Wirkung zum 1.8.2014 das WpHG und die GewO durch das Gesetz zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente von 14.7.2013 (Honorarberatungsgesetz)<sup>66</sup> geändert wurden und § 31 Abs. 4b WpHG n. F. für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die eine Anlageberatung erbringen, nunmehr die Verpflichtung vorsieht, vor Beginn der Beratung und Abschluss des Beratungsvertrags darüber zu informieren, ob die Anlagenberatung als Honorar-Anlageberatung erbracht wird. Vergleichbare Regelungen finden sich für die Honorar-Finanzanlagenberater, die nicht in den Anwendungsbereich des WpHG fallen, in der Vorschrift des § 34h Abs. 1 S. 1 GewO n. F.

Der XI. Zivilsenat verweist zwar darauf, dass der Gesetzgeber mit den dargestellten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen mehr Transparenz über die Form der Vergütung der Anlageberatung schaffen wollte. Diese aufsichtsrechtlichen Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten seien aber ausschließlich

öffentlich-rechtlicher Natur, die grundsätzlich nicht auf das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Kunde einwirken. Damit setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort.<sup>67</sup> Den vom Gesetzgeber nahezu flächendeckend verwirklichten Transparenzgedanken möchte der BGH aber dennoch bei der Bestimmung des Inhalts des Beratungsvertrags berücksichtigen. Hierbei bedient er sich des Mittels der Vertragsauslegung i. S. d. §§ 133, 157 BGB. Im Ergebnis könne der Anleger angesichts des aufsichtsrechtlichen Transparenzgedankens eine entsprechende Aufklärung im Rahmen des Beratungsvertrags erwarten. Darin sei ein allgemeines Rechtsprinzip zu erblicken, das bei der Auslegung der konkludenten, auf Abschluss eines Beratungsvertrags gerichteten Vertragserklärung zu berücksichtigen sei. Eine solche Auslegungswirkung soll aus Sicht des BGH dann zum Tragen kommen, wenn es sich um ein tragendes Grundprinzip des Aufsichtsrechts handle. Das Aufsichtsrecht erhält so Zugang zu den zivilrechtlichen Beratungspflichten durch die Tür der Vertragsauslegung. Es ist daher auch nur konsequent, dass der BGH von diesem aufsichtsrechtlichen Transparenzgebot abweichende Vereinbarungen ausdrücklich zulassen möchte.<sup>68</sup> Im Ergebnis scheint der BGH somit dem Aufsichtsrecht die Eigenschaft einer Auslegungshilfe zur Ausgestaltung der aus dem Beratungsvertrag erwachsenden Pflichten zuzusprechen.<sup>69</sup>

59 Vgl. Koch, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 31a WpHG, Rn. 61; Schwark, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl. 2010, vor § 31 WpHG, Rn. 17; Veil, WM 2007, 1821, 1825.

60 Vgl. Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, 461 ff.; N. Lang, ZBB 2004, 289, 294; Leisch, Informationspflichten nach § 31 WpHG, 2004, 68 ff., 85; Veil, WM 2007, 1821, 1825.

61 Koller, in: Assmann/U.H. Schneider (Hrsg.), WpHG, 6. Aufl. 2012, Vor § 31, Rn. 3; Fuchs, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, Vor § 31, Rn. 60; Schwark, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl. 2010, Vor § 31, Rn. 16; Sethe, AcP 212 (2012), 80, 127 f.; Schäfer, WM 2007, 1872, 1877; Franck, BKR 2012, 1, 5.

62 Vgl. Clouth/Seyfried, in: Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang (Hrsg.), Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl. 2011, Rn. 300; Möllers, in: Kölner Kommentar zum WpHG, 2007, § 31, Rn. 6; Veil, WM 2007, 1821, 1825 f.; Roth/Bachmann, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.) Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 241, Rn. 139.

63 BGH, 8.5.2001 – XI ZR 192/00, BGHZ 147, 343, BB 2001, 1865; BGH, 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226, 232, BB 2007, 627 m. BB-Komm. Elixmann, BB 2007, 904.

64 Vgl. BGH, 27.9.2011 – XI ZR 178/10, ZIP 2011, 2246, Rn. 48 ff.; BGH, 27.9.2011 – XI ZR 182/10, BB 2011, 3083 m. BB-Komm. Zoller, ZIP 2011, 2237, Rn. 45 ff.; BGH, 26.6.2012 – XI ZR 316/11, BB 2012, 2651 m. BB-Komm. Bausch/Kohlmann, RdF-Entscheidungsreport Schaffelhuber, RdF 2012, 351, RdF-Entscheidungsreport Kraayvanger, RdF 2013, 74, ZIP 2012, 1650, Rn. 23 ff.; BGH, 17.9.2013 – XI ZR 332/12, WM 2013, 1983, Rn. 16 ff.; Wiechers, WM 2013, 341, 345.

65 Vgl. BT-Drs. 17/6051, 41; Assmann, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG, 6. Aufl. 2012, § 2, Rn. 60a; Bruchwitz/Voss, BB 2011, 1226, 1230. BGBI. I 2390.

66 Vgl. BGH, 17.9.2013 – XI ZR 332/12, WM 2013, 1983, Rn. 16 ff.

67 Vgl. BGH, 3.6.2014 – XI ZR 147/12, BB 2014, 1802 m. BB-Komm. Zoller, WM 2014, 1382, Rn. 37 a. E.; vgl. hierzu Abschn. IV. 1. a) aa)

68 Vgl. hierzu auch Winter, WM 2014, 1606; Buck-Heeb, WM 2014, 1601.

#### 4. Voraussetzungen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums

Für die unterlassene Aufklärung über Innenprovisionen aus Gründen des Interessenkonflikts vor dem 1.8.2014 nimmt der Senat an, dass die beratende Bank sich jedenfalls in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befunden und daher ohne Verschulden gehandelt habe. Der BGH behandelt ersichtlich nicht nur den konkret entschiedenen Fall. Dies entspricht seiner Intention (umfassende Bereinigung für die Vergangenheit) und wird in der abstrakt-generellen Formulierung des zweiten Leitsatzes ebenso deutlich wie in dem Umstand, dass für den zu entscheidenden Sachverhalt aus dem Jahr 1996 keine Ausführungen darüber notwendig gewesen wären, welche Schlüsse die Banken aus Urteilen der Jahre 2012 und 2013 ziehen konnten (Rn. 30 der Entscheidung). Allerdings kann nur die Unvermeidbarkeit des Rechtsirrtums abstrakt-generell entschieden werden; dessen Vorliegen hingegen ist Tatsachenfrage. Im Prozess wird die Bank deshalb zur Tatsache des Rechtsirrtums (anders als zu dessen Unvermeidbarkeit) vortragen müssen. Die Anforderungen daran (und im Bestreitensfall auch an die gerichtliche Überzeugungsbildung) werden allerdings – der Intention des BGH folgend – denkbar niedrig sein. Das nur kurze Zeit später ergangene Urteil des Senats vom 15.7.2014 zur (dort verneinten) Unvermeidbarkeit des Rechtsirrtums bei Rückvergütungen<sup>70</sup> demonstriert, dass entscheidend nicht so sehr die abstrakten Maßstäbe (dazu Rn. 24–25 der hier zu besprechenden Entscheidung) sind, sondern vielmehr deren Anwendung auf den jeweiligen Fall (dazu Rn. 26–30). Dabei folgt aus der hier zu besprechenden Entscheidung, dass nicht angenommen werden kann, seit 1984 (oder gar seit 1905) müsse die beratende Bank in allen von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen wissen, dass sie über ihr Verdienstsinteresse aufklären muss. Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH eben nur bei Rückvergütungen der Fall. Für die vom BGH entwickelte Pflicht zur Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert bei bestimmten Swaps<sup>71</sup> bspw. lässt sich deshalb aus den Entscheidungen vom 15.7.2014 und 29.6.2010<sup>72</sup> nicht die Vermeidbarkeit eines entsprechenden Rechtsirrtums herleiten (und erst recht nicht ein vorsätzliches Handeln, das selbst bei vermeidbarem Verbotsirrtum ausschiede).

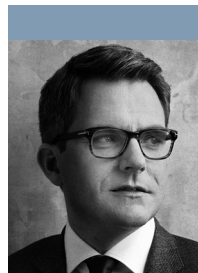
#### ZUSAMMENFASSUNG

1. Ab dem 1.8.2014 müssen Anlageberater aufgrund eines Kapitalanlageberatungsvertrags unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Interessenkonflikts nicht nur über Rückver-

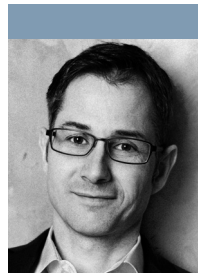
gütungen, sondern auch über versteckte Innenprovisionen aufklären. Über Gewinnmargen besteht hingegen weiterhin keine Aufklärungspflicht. Freie Berater sind auch in Zukunft nicht zur Aufklärung über ihr Vergütungsinteresse verpflichtet. Die Aufklärungspflicht über Innenprovisionen über 15% aus Gründen der Werthaltigkeit bleibt unberührt.

2. Für Beratungen vor dem 1.8.2014 können die Berater sich hinsichtlich der insoweit ausgedehnten Pflichten zur Aufklärung über ihr Vergütungsinteresse auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen.
3. Das Aufsichtsrecht wirkt hinsichtlich seiner tragenden Grundprinzipien auf das Zivilrecht ein. Dies geschieht im Wege der Auslegung des Beratungsvertrags.

#### AUTOREN



**Dr. Roman Dörfler, LL.M. (London), RA,** ist Partner bei lindenpartners, Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, und arbeitet im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht, Gesellschaftsrecht und Mergers & Acquisitions.



**Dr. Guido Waßmuth, RA,** ist bei lindenpartners, Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Gerichts- und Schiedsverfahren tätig.

70 BGH, 15.7.2014 – XI ZR 418/13, WM 2014, 1670, BB 2014, 2049; in Fortführung des Beschlusses vom 29.6.2010 – XI ZR 308/09, BB 2010, 2327 m. BB-Komm. Lang/Müller-Felsch (dazu Kürzel/Schulze, GWR 2014, 393).

71 BGH, 22.3.2011 – XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13, BB 2011, 1674 m. BB-Komm. Lange.

72 BGH, 15.7.2014 – XI ZR 418/13, WM 2014, 1670, BB 2014, 2049; BGH, 29.6.2010 – XI ZR 308/09, BB 2010, 2327 m. BB-Komm. Lang/Müller-Felsch.