

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Anlageberatung: Haftung für fehlerhafte Aufklärung über Innenvergütungen

- 1. Eine beratende Bank hat Kunden aufgrund von Anlageberatungsverträgen ab dem 1. August 2014 über den Empfang versteckter Innenprovisionen von Seiten Dritter unabhängig von deren Höhe aufzuklären.**
- 2. Soweit diese Aufklärung im Rahmen von Anlageberatungsverträgen vor dem 1. August 2014 unterblieben ist, handelte die beratende Bank ohne Verschulden.**
(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 276, 280

BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12 (HansOLG Hamburg, LG Hamburg)¹

I. Einleitung: Rechtslage vor der Entscheidung

Die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung stellt ein besonders praxisrelevantes, zugleich aber auch im Hinblick auf die Systembildung der Rechtsprechung verworrenes Gebiet dar.

Ein besonders deutliches Beispiel dafür stellt seit Längerem² die Rechtsprechung zur Haftung für fehlerhafte Aufklärung des Beraters über an ihn fließende Provisionen seitens eines Emittenten der von ihm empfohlenen und vermittelten Anlageprodukte dar.

In diesem Zusammenhang lag der Schwerpunkt immer schon im Bereich der trefflichen Bestimmung der beratungsvertraglichen (§§ 675 Abs. 1, 611/631 BGB) Haupt- und Nebenpflichten in Gemäßheit berechtigter Erwartungen des Rechtsverkehrs (§ 157 BGB).

Hierbei haben sich in der Rechtsprechung im Grundsatz (jedenfalls für den Fall des klassischen Bankberaters) zwei Grundkonstellationen herausgebildet. Danach differieren die Aufklärungspflichten danach, ob eine sog. „verdeckte Innenprovision“ oder eine „offene Rückvergütung“ an den Berater gegeben ist.

Eine „verdeckte Innenprovision“ ist gegeben, wenn an den Anlageberater aus dem Anlagebetrag ohne Aufklärung des Anlegers wenigstens über die Höhe der Abflüsse eine Provisionszahlung erfolgt.³ Damit soll dem Problem begegnet werden, dass durch eine solche Zahlung ein Teil des Anlagekapitals nicht zur Erwirtschaftung einer Rendite oder wenigstens zur Sicherung der Rückzahlung zur Verfügung steht: Die Anlage startet durch den Abfluss sozusagen „im Minus“.

Wird der Anleger darüber nicht aufgeklärt, so wird er entgegen der anlageberatungsvertraglichen Hauptpflicht zur zutreffenden Aufklärung über die empfohlene Anlage (objektgerechte Beratung)⁴ über die Werthaltigkeit des Investments jedenfalls dann getäuscht (Problem der Werthaltigkeitstäuschung), wenn der Abfluss das üblich zu erwartende Maß übersteigt, was von der Rechtsprechung ab Rückflüssen von 15 % der Anlagesumme angenommen wurde⁵.

Mit der Aufklärungspflicht über „offene Rückvergütungen“ wird hingegen eine ganz andere Gefahr für den Anleger behandelt. Diese setzen definitionsgemäß voraus, dass dem Anleger der oben geschilderte Werthaltigkeitsverlust bereits offengelegt wurde, die Abflüsse also der Höhe (nicht aber dem Empfänger) nach dargelegt wurden.⁶ Sie sind daher „offene“ Rückflüsse. In dieser Situation besteht weiterer Aufklärungsbedarf, da davon auszugehen ist, dass der Berater, der von einem Emittenten eine Provision erhält, nicht unvoreingenommen beraten wird.⁷ Damit wird das Vertrauen des Anlegers enttäuscht und durch die fehlende Offenlegung eine Nebenpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB verletzt.⁸ Die Rechtsprechung umschreibt dies mit der „Schmiergeldfunktion“ der Rückvergütung und gelangt zu dem Schluss, dass diesbezüglich grundsätzlich umfänglich über Höhe und Empfänger der Vergütung aufgeklärt werden muss.⁹

Zahlreiche weitere Differenzierungen (etwa die Zahlung aus dem Anlagebetrag in Form eines Rückflusses) wurden und werden zur Abgrenzung in uneinheitlicher Weise herangezogen.¹⁰ Sie spielen aber für die vorliegende Problematik keine Rolle und sind zumeist auch generell von zweifelhaftem

⁴ Vgl. zu diesem Zusammenhang etwa *Schelling*, Vergütungssysteme und Interessenkonflikte in der Anlageberatung, 2013, S. 193; Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch des Anlegers ist hier § 280 Abs. 1 BGB allein.

⁵ Vgl. BGH BKR 2004, 195(198 f.); BGH BKR 2008, 199 (200 f.).

⁶ Unter welcher Bezeichnung dies erfolgt, ist mittlerweile als unerheblich erkannt. Vgl. BGH NJW 2012, 2427 (2428 f.); BGH, Beschl. v. 9.3.2011 – XI ZR 191/10, Rn. 26 (juris): „Sie [scil.: Die Rückvergütungssituation] entsteht dagegen unabhängig davon, aus welcher *offen* angegebenen Quelle die Rückvergütung an die beratende Bank fließt.“ (*Hervorhebung* seitens des Verf.).

⁷ „Wes Brot ich ess, des Lied ich sing!“ Und hier isst der Berater das Brot des Emittenten, soll aber das Lied des Anlegers singen.

⁸ Dazu zutr. *Herresthal*, ZBB 2010, 305 (306); Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch des Anlegers sind in diesem Fall §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

⁹ Vgl. dazu LS 3 des OLG Stuttgart NZG 2010, 995; BGH NJW 2007, 1876 (1878 f.); BGH NJW 2009, 1416 (1417). Anders wird dies nur gesehen, wenn die Interessenkollision beim Berater auf der Hand liegt, wie etwa bei dem freien Anlageberater, der vom Kunden keinerlei Provision erhält (vgl. einerseits BGH ZIP 2012, 1650 und andererseits BGH NZG 2013, 1266).

¹⁰ Vgl. *Mann*, WM 2013, 727 (728 f.).

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=236312e44f8256448047cd042e8cf4ee&nr=68268&pos=0&anz=1> (8.9.2014).

² Für einen noch recht aktuellen, kritischen Überblick vgl. *Habersack*, WM 2010, 1245; ferner die zusammenfassenden Erläuterungen aus „berufenem“ Munde *Wiechers*, WM 2011, 145 (152 ff.); *ders.*, WM 2012, 477 (481 ff.); *ders.*, WM 2013, 341 (343 ff.); *ders.*, WM 2014, 145 (145 ff.).

³ Vgl. etwa BGH BKR 2004, 195(198 f.); BKR 2008, 199.

Differenzierungswert, so dass eine ausführlichere Darstellung hier unterbleiben kann.

Problematisch ist jedoch, dass diese Aufklärungspflicht wegen der Vertrauenstäuschung nach der Definition der Rückvergütung auf (der Höhe nach für den Anleger) „offene Rückflüsse“ beschränkt war. Soweit bereits eine Offenlegungspflicht (der Höhe nach) aus den Rechtsprechungsgrundsätzen zur Innenprovision abgeleitet werden konnte und diese Pflicht (nur der Höhe nach) erfüllt worden war, konnte also die weitergehende Aufklärungspflicht der Rückvergütungsline greifen. Problematisch und streitig war bislang aber die Aufklärungspflicht, wenn nach Innenprovisionsgesichtspunkten wegen zu geringen Rückflussvolumens keine Aufklärungspflicht (der Höhe nach) bestand und der Berater auch nicht überobligatorisch die Abflüsse immerhin der Höhe nach kenntlich machte (unterschwellige Innenprovision). Denn dann ist definitionsgemäß keine „offene Rückvergütung“ gegeben. Das Problem der Vertrauenstäuschung besteht aber dennoch, so dass die definitionsgemäß konsequente Verneinung jeder Aufklärungspflicht nicht zu befriedigen vermochte.¹¹ Mit diesem Aspekt befasst sich die vorliegende Entscheidung.¹²

II. Zum Sachverhalt

Ende des Jahres 1996 kaufte der Kläger nach Beratung durch seine Hausbank, die Beklagte, mehrere Grundstücke von dem Projektentwickler D. KG, welcher sich auch zur Errichtung eines Einkaufszentrums auf diesen Grundstücken verpflichtete. Ferner übernahm die D. KG eine Mietpreisgarantie. Der Kaufpreis über 52.175.000 DM wurde in Höhe von 24.000.000 DM über ein Darlehen der Beklagten an den Kläger refinanziert.

Ohne dass dies im Beratungsgespräch oder im Rahmen der Kaufverhandlungen auch nur der Höhe nach offen gelegt worden wäre, floss aus dem vom Kläger an die D. KG entrichteten Kaufpreis in den Jahren 1997 und 1998 eine Summe von insgesamt 1.350.000 DM von der D. KG an die Beklagte als Provision für die Vermittlung¹³ des Geschäfts mit dem Kläger. Die Anlage entwickelt sich wenig erfreulich und am 1.4.2005 fiel die D. KG in Insolvenz. Der Kläger verlangt daraufhin von der Beklagten Ersatz des ihm durch die Anlage entstandenen Schadens in Form des Nettokaufpreises nebst der bislang angefallenen Darlehenszinsen, somit insgesamt 28.363.920,10 EUR, Zug-um-Zug gegen Übertragung der Grundstücke, hilfsweise Schadensersatz wegen der ausgefallenen Mietgarantie.

¹¹ Vgl. BGH ZIP 2012, 1650 (1654 Rn. 36 f.). Eine Aufklärungspflicht über die hier wohl anzunehmende „unterschwellige Innenprovision“ lässt sich entgegen *Einsiedler*, WM 2013, 1109 (1114), auch nicht unter die dort fälschlich zitierte ältere Rspr. als aufklärungspflichtig deklarieren.

¹² Vor nicht allzu langer Zeit hatte der BGH diese Entscheidung noch erkennbar vermeiden wollen: BGH NZG 2013, 1266, Rn. 30.

¹³ Es handelt sich dabei allerdings weder um Anlagevermittlung, noch um Anlageberatung i.S.v. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 4/9 WpHG, da die letztlich erworbenen Grundstücke keine Finanzinstrumente i.S.v. § 2 Abs. 2b WpHG sind.

Nach erstinstanzlichem Erfolg des Klägers in der Hauptsache, hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben. Die dagegen gerichtete Revision des Klägers hatte im Ergebnis Erfolg.

III. Kernaussagen des Urteils

1. Einleitende Bemerkung

Vom Kläger waren in Bezug auf die Beratung durch die Beklagte neben der verschwiegenen Vermittlungsgebühr mehrere weitere Aufklärungsfehler vorgetragen worden, deren ungenügende Behandlung durch die Instanzgerichte letztlich zum Erfolg der Revision führte.¹⁴ Besonders beachtenswert ist jedoch die Frage der verschwiegenen Vermittlungsgebühr, auf welche sich die nachführenden Ausführungen daher beschränken.

Nur am Rande sei darüber hinaus erwähnt, dass die Entscheidung durch die begründungslose Anwendung der im Schwerpunkt zu Fonds- und Wertpapieranlagen entwickelten Grundsätze zu Innenprovisionen und Rückvergütungen auf unmittelbaren Immobilienerwerb¹⁵ eine generell zu beobachtende Tendenz aufweist, frühere Differenzierungen nach der Art der Anlage¹⁶ abzuschwächen. Insoweit ist die Reichweite der vorliegenden Entscheidung aber keineswegs eindeutig, da sie, wie nicht zuletzt in der Anfügung des zentralen obiter dictum deutlich wird, vor allem ein Bedürfnis des BGH nach einer allgemeinen dogmatischen Aussage bedient.

2. Abgrenzung der Innenprovision von der Rückvergütung

Der BGH grenzt zunächst anhand der bereits oben dargestellten Definitionen zwischen Innenprovision und Rückvergütung ab und gelangt für den vorliegenden Fall entgegen dem OLG zum Ergebnis, dass keine Rückvergütung, sondern eine Innenprovision vorgelegen habe.¹⁷ Denn die Vermittlungsprovision war dem Kläger gegenüber an keiner Stelle auch nur der Höhe nach offengelegt worden, so dass es für eine Rückvergütung am Tatbestandsmerkmal der Offenheit fehlte.

3. Keine Offenlegungspflicht nach Innenprovisionsgrundsätzen

Keine Bemerkung ist es dem BGH wert, dass nach den Grundsätzen zur Offenlegungspflicht sogenannter verdeckter Innenprovisionen im oben vorgestellten Sinne im gegebenen Fall keine Aufklärungspflicht der Beklagten begründet werden konnte. Zum einen erreicht die Vermittlungsprovision bei Weitem nicht die unter dem Aspekt der für Innenprovisionen für maßgeblich gehaltenen Werthaltigkeitstäuschung erforderliche Schwelle von 15 % des Anlagebetrags. Zum anderen hatte der *III. Senat* des BGH zum Kauf einer Immobilie ausgeführt, dass anders als bei komplexeren „Anlagemodellen“ dem Käufer kein Anspruch auf Erwerb zum Marktpreis zustehe und entsprechend vermittelnde Vertriebsgesellschaften unter diesem Gesichtspunkt (Werthaltigkeitsfrage) über von

¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 39 ff. (juris).

¹⁵ Vgl. u. Fn. 18.

¹⁶ Vgl. dazu etwa *Geibel*, ZBB 2003, 349 (352 ff.).

¹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 18 (juris).

ihnen vereinnahmte Provisionen grundsätzlich nicht aufklären müssten.¹⁸ Mag man auch an dieser letzteren Übertragung der Ablehnung einer Aufklärungspflicht über die mangelnde Werthaltigkeit einer Immobilie auf einen den Käufer beratenden Vermittler berechnete Zweifel haben, so kam damit jedenfalls wegen der Schwellenunterschreitung im hiesigen Fall eine Aufklärungspflicht aus Innenprovisionsgrundsätzen nicht in Betracht.

4. Erweiterte Aufklärungspflicht bei Innenprovisionen?

Sodann wendet sich der BGH der Frage zu, ob über die empfangene Innenprovision dennoch hätte aufgeklärt werden müssen. Die Frage, ob die beratende Bank auch über im Anlagebetrag versteckte Vertriebsprovisionen aufklären müsse, sei bislang höchstrichterlich nicht entschieden.¹⁹ Diese, in der Literatur umstrittene Frage,²⁰ bedürfe auch hier keiner Entscheidung, da ein selbst bei Unterstellung einer Aufklärungspflicht ein unvermeidbarer Verbotsirrtum der Bank vorliege (dazu sogleich).²¹ Obiter entscheidet der BGH für Beratungen ab dem 1.8.2014 die Frage in dem Sinne, dass die beratende Bank stets über von Dritten erhaltene Vertriebsprovisionen aufklären müsse.²² Dies ergebe sich aus einem umfassenden aufsichtsrechtlichen Transparenzgebot (vgl. §§ 31 Abs. 4b n.F., 31d WpHG), welches über die objektive Verkehrserwartung im Sinne der §§ 133, 157 BGB die beratungsvertraglichen Pflichten beeinflusse. Den entsprechenden aufsichtsrechtlichen Normen wird unter expliziter Festhaltung der jüngsten Rechtsprechung zwar weiterhin keinerlei zivilrechtliche Bedeutung beigemessen,²³ doch habe sich eine durch sie der Tendenz nach geprägte Verkehrserwartung herausgebildet, weswegen es zugleich unerheblich sei, dass die betreffenden aufsichtsrechtlichen Normen des WpHG vorliegend tatbestandlich nicht eröffnet seien.²⁴

5. Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums

Daneben wird die Frage nach einer entsprechenden Aufklärungspflicht für die Zeit vor dem 1.8.2014 weiterhin offen gelassen, da sich die beratende Bank diesbezüglich jedenfalls in einem Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB ausschließenden, unvermeidbaren Verbotsirrtum (vgl. § 17 S. 1 StGB) befunden habe. Denn zwar habe der Schuldner die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beobachten und ggfs.

Rechtsrat einzuholen. Die Rechtslage betreffend eine Aufklärungspflicht im unterschweligen Innenprovisionsbereich sei aber besonders zweifelhaft und von einer uneinheitlichen Rechtsprechung geprägt. Anders als bei den Fällen der offenen Rückvergütungen, bei denen der BGH mehrmals das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums für die Zeit nach 1990 abgelehnt hatte,²⁵ habe mit einer schwellenwertunabhängigen Aufklärungspflicht über definitionsmäßige Innenprovisionen nicht gerechnet zu werden brauchen, zumal hier kein den Rückvergütungsfällen entsprechender Interessenkonflikt gegeben sei.²⁶

IV. Würdigung

1. Das Problem: Begriffliche Abgrenzung von Innenprovision und Rückvergütung

Man kann sich fragen, warum die Begründung einer Pflicht einer beratenden Bank, den Anleger über von ihr von Dritter Seite vereinnahmte Provisionen im Zusammenhang mit der Beratungsleistung aufzuklären, angesichts des dadurch begründeten Interessenkonflikts der Bank dem BGH solch erhebliche Schwierigkeiten zu bereiten scheint. Dies ist – und dafür liefert der vorliegende Fall geradezu ein Paradebeispiel – darin begründet, dass mit den beiden präzise definierten Kategorien der offenen Rückvergütungen und der versteckten Innenprovisionen jeweils ein für Aufklärungspflichten materiell relevanter Aspekt verbunden ist: Erstere sollen den zu befürchtenden Interessenkonflikt des Beraters betreffen, letztere die Täuschung über die Werthaltigkeit einer Anlage. Nun ist allerdings die tatsächliche Betroffenheit dieser beiden Problemaspekte nicht deckungsgleich zu den formalen Definitionsmerkmalen, insbesondere der Offenheit im obigen Sinne, verteilt.²⁷ Denn zwar kann bei Rückvergütungen angesichts der Offenheit der Abflüsse eine Täuschung über die Werthaltigkeit der Anlage ausgeschlossen werden, doch kann umgekehrt auch bei Innenprovisionen ein Interessenkonflikt gegeben sein. Dieses Problem wird jedoch bei Zahlungen oberhalb der 15 % – Schwelle bereits nach Innenprovisionsgesichtspunkten kaschiert. Denn dann besteht eine Aufklärungspflicht jedenfalls der Höhe nach. Wird dieser Pflicht nicht nachgekommen, ist bereits ein Aufklärungsfehler gegeben. Anderenfalls ist dem Anleger die Höhe der Abflüsse offengelegt, nicht aber der Empfänger, was den Tatbestand der weitergehenden, auch den Empfänger einschließenden Aufklärungspflicht nach Rückvergütungsgrundsätzen eröffnen würde. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man die Art und Weise der Offenlegung der Höhe der Abflüsse für unerheblich hält. Zwar wurde bislang die Offenheit einer Rückvergütung zu meist durch Offenlegung im Prospekt begründet, doch kann diese Modalität für das beratungsvertragliche Pflichtenpro-

¹⁸ Vgl. BGH BKR 2004, 195 (198), unter Verweis auf BGH NJW 2003, 1811 (1811 f.), zur fehlenden Aufklärungspflicht seitens des die Provision ausreichenden Verkäufers.

¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 18 (juris), unter jedoch offensichtlich erratischem Verweis auf BGH WM 2011, 1804, Rn. 11 f.

²⁰ Zum Streitstand aus Sicht des BGH siehe BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 20 f. (juris).

²¹ BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 22 (juris).

²² Vgl. dazu und zum Folgenden BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 31 ff. (juris).

²³ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 35 (juris), mit Verweis auf BGH WM 2013, 1983 Rn. 16 ff.

²⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 38 (juris). Denn Grundstücke sind keine Finanzinstrumente (s.o. Fn. 13).

²⁵ BGH WM 2010, 1694 Rn. 5 ff.; BGH WM 2011, 1506 Rn. 12.

²⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 24 ff. (juris).

²⁷ Dazu und zur begrifflichen Abgrenzung Schelling (Fn. 4), S. 190 ff., v.a. S. 195.

gramm materiell kaum entscheidend sein.²⁸ So verstanden löst also die Erfüllung einer Innenprovisionsaufklärungspflicht (über die Höhe) zugleich eine weitergehende, auch den Empfänger umfassende, Aufklärungspflicht nach Rückvergütungsmaßstäben aus. Damit können in diesen Fällen im Ergebnis Interessenkonflikte durch entsprechend umfassende Aufklärungspflichten erfasst werden.

Dies ist anders im Bereich unterschwelliger Innenprovisionen. Hier folgt aus Innenprovisionsgrundsätzen keine im obigen Sinne letztlich in die Rückvergütung führende Aufklärungspflicht über die Höhe der Abflüsse. Legt der Berater dann nicht – überobligatorisch – zumindest die Höhe der Abflüsse offen, kann das an die Rückvergütung gekoppelte Interessenkonfliktproblem mangels Offenheit der Zahlung nicht adäquat erfasst werden. Es droht eine empfindliche Lücke im System, die wie gesehen allein auf der engen, begrifflichen Definition der Rückvergütung, nicht auf einer materiellen Andersartigkeit der Problemlage beruht.²⁹

2. Die Lösung des BGH

a) Konsequenzen

Diese Lücke wird im gegebenen Urteil, wie gezeigt, im Ergebnis geschlossen. Auch bei einer unterschweligen Innenprovision muss umfassend über potenzielle Interessenkonflikte durch Provisionsempfang aufgeklärt werden. Problematisch ist dabei aber, dass sowohl die Problemanalyse als auch die Lösung des BGH dabei recht vage ausfallen.³⁰ Dürfen die Kritiker³¹ des *Senates* aufgrund der weiten Formulierung darauf hoffen, dass die Unterscheidung zwischen Innenprovision und Rückvergütung künftig aufgegeben wird? Dafür könnte neben dem konkreten Ergebnis der Gleichbehandlung im vorliegenden Fall auch das Ausweichen auf die – allerdings nicht durchgängig verwendete³² – Formulierung „Vertriebsprovision“ sprechen. Eine umfassende Auflösung der Differenzierung ist aber aufgrund der zurückhaltenden Formulierung – zumal in einem obiter dictum – nicht zu erwarten. Sie wäre aber auch nicht zu begrüßen. Denn inzwischen hat der BGH auf Basis der Unterscheidung ein komplexes und ausdifferenziertes System geschaffen. Dabei ist weniger an den Aspekt zu denken, dass es durchaus Fälle geben kann, in denen das mit Innenprovisionen verbundene Problem der Werthaltigkeitstauschung, nicht aber das Voreingenommenheitsproblem der Rückvergütung gegeben ist. So liegt es etwa beim Anfallen von Provisionen aus dem Anlagekapital an nicht

beratende Vertriebsfirmen (Dritte), worüber der Berater trotz Kenntnis nicht informiert.³³ Vor allem aber beträfe eine Aufgabe der Unterscheidung zwischen Innenprovision und Rückvergütung die Fälle der Beratung durch einen freien Anlageberaters oder die Bank im Zusammenhang mit einem Wertpapierkommissionsgeschäft. Für diese Fälle hat der BGH nämlich entschieden, dass aufgrund Offenkundigkeit des Erwerbsinteresses und damit des Empfangs von Provisionen vom Emittenten eine Aufklärungspflicht nach Rückvergütungsgrundsätzen dann nicht besteht,³⁴ wenn der Beratungskunde weder Entgelt noch ggf. Kommissionsprovision entrichtet. Man mag an der Verneinung des rückvergütungsspezifischen Problems der Voreingenommenheitstauschung in diesen Fällen durchaus zweifeln,³⁵ was näher auszuführen hier aber zu weit führen würde. Daneben besteht aber auch in diesen Fällen je nach Umfang und höhenmäßiger Offenlegung der Abflüsse aus dem Anlagekapital das Innenprovisionsproblem, was den BGH im Fall der als Kommissionärin zugleich beratenden Bank zur Klarstellung veranlasst hat, dass in diesem Fall eine schwellenwertabhängige Aufklärungspflicht nach Innenprovisionsmaßstäben bestehe.³⁶ Innenprovision und Rückvergütung werden dort also unter der Prämisse der Schlüssigkeit der fehlenden Gefahr der Vertrauensstauschung aus gutem Grund unterschiedlich behandelt. Eine ersatzlose Auflösung der Unterscheidung zwischen Innenprovision und Rückvergütung würde hier zu einer unbedachten und undifferenzierten Folgewirkung führen. Mit einer einheitlichen Kategorie sind, was eigentlich wenig überraschen dürfte, die Probleme der Werthaltigkeits- und der Voreingenommenheitstauschung nicht zu lösen. Es ist daher davon auszugehen, dass der BGH im gegebenen Urteil lediglich den Anwendungsbereich der Rückvergütungsrechtsprechung auf vollständig versteckte Rückflüsse ausgedehnt hat, die Rechtsprechungslinie zur Innenprovision daneben aber weiter besteht.

²⁸ Entscheidend dafür muss sein, was der Beratungsempfänger weiß, nicht auf welchem Wege (Prospekt, Gespräch) er durch seinen Berater darüber informiert wird.

²⁹ Vgl. *Schelling* (Fn. 4), S. 223.

³⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 19, 31 (juris), wo nur allgemein von einer fraglichen Aufklärungspflicht für „versteckte Vertriebsprovisionen“ im Allgemeinen die Rede ist.

³¹ Gegen die Unterscheidung z.B. *Habersack*, WM 2010, 1245 (1252 f.); wohl auch *Mann*, WM 2013, 727 (730); *Schelling* (Fn. 4), S. 199 ff.

³² Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 22 (juris), wo wieder von „Innenprovision“ die Rede ist.

³³ Unabhängig davon, ob es terminologisch glücklich ist, in diesem Fall von „Innen-“Provisionen zu sprechen, lassen sich anders als mit der Erkenntnis, dass auch in solchen Fällen abhängig von einer Schwellenwertüberschreitung eine Innenprovisionsaufklärungspflicht des Beraters gibt, Entscheidungen, wie die des *III. Senats* (BGH MDR 2014, 152 f.), in welcher sich weder der BGH noch eine der Vorinstanzen (LG Koblenz BeckRS 2014, 00837; OLG Koblenz BeckRS 2014, 00836) bemüht gesehen hatten, überhaupt den Empfänger der Provisionen zu ermitteln, nicht erklären. Für das Werthaltigkeitsproblem ist dies auch konsequent, da dieses auch existiert, wenn ein Betrag aus dem Anlagebetrag an einen beliebigen Dritten fließt.

³⁴ Vgl. BGH ZIP 2012, 1650 (1654 f. Rn. 36 ff., 46); BGH NZG 2013, 1266 (Kommission); BGH WM 2010, 885; BGH, Urt. v. 18.4. 2013 – III ZR 225/12, Rn. 14 ff. (juris) – Freier Anlageberater.

³⁵ Vgl. zur Kritik *Schelling* (Fn. 4), S. 205 ff.; andererseits *Habersack*, WM 2010, 1245 (1248 f., 1253).

³⁶ BGH ZIP 2012, 1650 (1655 Rn. 47 f.).

b) Begründung

Zur Begründung seiner für Beratungsvorgänge ab dem 1.8.2014 formulierten Rechtsansicht, greift der BGH, wie bereits angedeutet, auf ein „flächendeckendes – aufsichtsrechtliches – Transparenzgebot“ zurück.

Diese Begründung ist gleich in mehrfacher Hinsicht inkonsistent und damit angreifbar. Zum einen erscheint schon das argumentative Ausweichen auf einen „Grundsatz“, der normativ nur an wenigen, auf den unmittelbaren Erwerb von Immobilien mangels Vorliegens eines Finanzinstruments zudem nicht anwendbaren Normen des WpHG festgemacht werden kann, fragwürdig. Eine Gesamtschau der §§ 31 Abs. 4b, 31d WpHG kann schlechterdings nicht zu einem Verzicht auf diesen gemeinsame Tatbestandsvoraussetzungen führen. Denkbar wäre freilich eine Gesamtanalogie, wofür allerdings nachzuweisen wäre, dass in Bezug auf das die beiden genannten Normen bei Finanzinstrumenten prägende *telos*, im Falle des direkten Erwerbs von Immobilien eine vergleichbare Interessenlage und zudem eine planwidrige Regelungslücke gegeben ist. Den Nachweis beider Erfordernisse einer solchen Analogie unterlässt der BGH aus gutem Grunde.³⁷

Die diesbezügliche fehlende „Passgenauigkeit“ des aufsichtsrechtlichen Normgerüsts für den gegebenen Fall wird offenbar auch vom BGH erkannt, weshalb ein Ausweichen auf die auslegungsrelevante Verkehrserwartung im Sinne des § 157 BGB erfolgt (s.o.).³⁸ Doch auch für die Existenz einer entsprechend konturierten Verkehrserwartung bleibt der BGH einen empirischen Beweis schuldig. Vielmehr soll allein aus einem aus den Normen des WpHG abgeleiteten Grundsatz eine entsprechende, offenbar normativ begründete, Verkehrssitte gewonnen werden können.³⁹

Folgerichtig sticht insoweit besonders ins Auge, dass die so gewählte methodische Herangehensweise in eklatantem Widerspruch zur expliziten Aussage des BGH zur eigentlich fehlenden „Ausstrahlungswirkung“ der aufsichtsrechtlichen

Normen des WpHG auf das beratungsvertragliche Pflichtenprogramm steht.⁴⁰ Denn der BGH will an der Verneinung jeglicher Ausstrahlungswirkung⁴¹ der aufsichtsrechtlichen Normen des WpHG für das zivilrechtliche Pflichtenprogramm festhalten, da auch diese Wirkung dem begrenzten Schutzzweck derselben widerspreche. Somit wird weiterhin postuliert, dass die entsprechenden Normen nicht zu einer Ausdehnung der zivilrechtlich begründeten Aufklärungspflichten führen könnten.⁴² Dächte man das so angedeutete normative Verkehrserwartungskonzept aber folgerichtig zu Ende, so müsste man zu dem Ergebnis gelangen, dass in entsprechender Weise sämtliche Beratungsverträge als auf das entsprechende Erwartungen weckende Aufsichtsrecht hin angelegt anzusehen wären.⁴³

Zusammenfassend kann man die Begründung des BGH als unglücklich bezeichnen, da sie in sich spannungs- und widerspruchreich gestaltet ist und zugleich – durch das Ausweichen auf den wenig präzise konturierten Transparenzgrundsatz über die Tatbestandsvoraussetzungen einer erweiterten Offenlegungspflicht – in Bezug auf unterschwellige Innenprovisionen Unsicherheiten aufkommen lässt.

Uneingeschränkt beizupflichten ist hingegen der Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums bei der beratenden Bank. Freilich wagt der BGH mit seinen Ausführungen auch insoweit einen mutigen Spagat. Denn wie der *Senat* selbst ausführt, musste die Frage der Offenlegungspflicht bei unterschwelligen Innenprovisionen in Literatur und Instanzrechtsprechung durchaus als umstritten angesehen werden.⁴⁴ In einer solchen, rechtlich offenen Ausgangssituation werden für die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums in aller Regel strenge Anforderungen gestellt.⁴⁵ Dennoch ist die Unvermeidbarkeit im Ergebnis eine zutreffende Bewertung der Sachlage. Denn entgegen der Betonung des *Senats*,⁴⁶ die Frage sei bisher offen geblieben, kann der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung eine gewisse Tendenz zu vollständiger Verneinung einer Offenlegungspflicht im Bereich unterschwelli-

³⁷ Insbesondere in Bezug auf die Planwidrigkeit einer eventuellen Regelungslücke bietet der Verweis des BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 33 (juris), auf das KAGB, das zu einer wesentlichen Ausweitung des Kreises der Finanzinstrumente geführt habe (vgl. § 2 Abs. 2b WpHG), eher ein gegenteiliges Indiz. Denn der unmittelbare Immobilienerwerb ist auch vom KAGB nicht erfasst.

³⁸ Eine allerdings nicht zur Pflichtenerweiterung führende Auslegungsrelevanz der WpHG-Normen hatte schon *Ellenberger*, in: Festschrift für Gerd Nobbe, Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, 2009, S. 521 (535), angedeutet.

³⁹ Inwieweit eine Verkehrssitte derart allein auf Basis einer anderweitigen gesetzlichen Entscheidung und damit „normativ“ konstruiert werden kann, ist durchaus zweifelhaft. Vgl. dazu *Looschelders*, in: *NomosKommentar-BGB*, 2. Aufl. 2012, Rn. 59 ff. zu § 133 BGB; offener *Roth*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2003*, Rn. 30 ff. zu § 157 BGB; gerade den Einzelfall übersteigende Grundsätze sollen nach *Herresthal*, *WM 2014*, 773 (778 f.), über die klassische (ergänzende) Vertragsauslegung nicht begründbar sein.

⁴⁰ Vgl. dazu BGH *WM 2013*, 1983 Rn. 20.

⁴¹ Nach *Koller*, in: *Assmann/Schneider, Kommentar zum WpHG*, 6. Aufl. 2012, vor § 31 WpHG Rn. 3 (inkl. Fn. 6) soll dieser Begriff methodisch die Übertragung eines Rechtsgedankens abbilden. Zur widerspruchreichen Entwicklung der Rechtsprechung in dieser Frage vgl. *Harnos*, *BKR 2014*, 1 (5 f.).

⁴² Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 35 (juris); BGH *WM 2013*, 1983 Rn. 20.

⁴³ Vgl. etwa *Herresthal*, *WM 2014*, 773 (777).

⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 20 f.

⁴⁵ So soll im Zweifel, soweit zumutbar, mit der ungünstigeren Entscheidung der Streit-/Auslegungsfrage kalkuliert werden müssen (vgl. z.B. *Grundmann*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2012, § 276 Rn. 74 m.w.N. aus der *Rspr.*). Eine Unzumutbarkeit der Offenlegung der unterschwelligen Innenprovisionen liegt aber eher fern.

⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 19, 22 (juris).

ger Innenprovisionen entnommen werden.⁴⁷ Es trifft zwar zu, dass an keiner Stelle ein *Senat* des BGH explizit eine auf Basis der Vertrauenstäuschung begründete Aufklärungspflicht über unterschwellige Innenprovisionen verworfen hat. Doch zugleich begegnet eine Vielzahl von Entscheidungen, in denen trotz scheinbaren Anlasses eine solche Aufklärungspflicht gar nicht erst in Betracht gezogen worden ist.⁴⁸ In einigen dieser Fälle mag dieser Eindruck durch verkürzende Sachverhaltsdarstellungen erklärbar sein – so lässt sich häufig weder aus den Urteilsgründen des BGH noch aus denen der Instanzgerichte in Innenprovisionsfällen entnehmen, wer Empfänger der jeweiligen Provisionen war, mit der Konsequenz, dass ein Vertrauenstäuschungsproblem nicht eindeutig und sicher festgestellt werden kann.⁴⁹ Doch selbst in diesem Fall hätte der BGH in einem Maße zu dem Eindruck der mangelnden Aufklärungspflicht im unterschwelligen Innenprovisionsbereich beigetragen, dass er den darauf vertrauenden Anlageberatern schlechthin nun nicht mehr zur Last legen konnte, sich auf den so sich ergebenden Anschein vertraut zu haben.

3. Abgrenzung nach Problembereichen – Eine Alternative?

Im Ganzen wäre es perspektivisch wünschenswert, von der begrifflichen Unterscheidung von Innenprovision und Rückvergütung überzugehen zu einer stärkeren Betonung der damit verbundenen materiellen Probleme.⁵⁰ Dann wäre für die Aufklärungspflichten über Provisionszahlungen zu unterscheiden zwischen dem (Innenprovisions-)Problem der Werthaltigkeitstäuschung und dem (Rückvergütungs-)Problem der Unvoreingenommenheitstäuschung, welche, wie gezeigt, zueinander keinesfalls in einem Exklusivitätsverhältnis stehen.

Danach würde unter dem Gesichtspunkt des Problems der Werthaltigkeitstäuschung unabhängig vom Empfänger eine auf die richtige Höhe beschränkte, weiterhin von der Überschreitung eines üblicherweise zu erwartenden Schwellenwerts abhängige Aufklärungspflicht des Beraters anzunehmen sein. Das Problem der Unvoreingenommenheitstäuschung führte hingegen in den Fällen der Empfangnahme durch den Berater selbst immer zu einer umfänglichen Aufklärungspflicht über Höhe und Adressat der Zahlung.

In einem solchen, problemorientierten Modell könnten dann die aufgekomenen Differenzierungen aufgenommen

und adäquat fortentwickelt werden. So wären die Ausnahmen etwa von der rückvergütungsspezifischen Aufklärungspflicht für freie Anlageberater und Banken im Bereich der Kommission, des Eigenhandels und des Eigengeschäfts auf das Problem der Unvoreingenommenheitstäuschung zu beschränken. Eine im obigen Sinne demgegenüber „begrenzte“ Aufklärungspflicht aus Gründen der Werthaltigkeitstäuschung könnte daneben ohne Widerspruch weiterhin angenommen werden.

Auch unter methodischen Gesichtspunkten wäre eine entsprechende stärkere Ausrichtung an den materiellen Kriterien der bisherigen Rechtsprechungsentwicklung zu begrüßen. Denn letztlich betreibt der BGH in diesem Zusammenhang eine am objektiven Empfängerhorizont orientierte, in Teilen durchaus ergänzende Auslegung,⁵¹ deren Kriterien nicht abstrakte Begrifflichkeiten, wie Rückvergütung oder Innenprovision, sondern typisierte Interessenlagen der involvierten Parteien sein sollten.⁵²

Wiss. Mitarbeiter Jan-David Geiger, Heidelberg

⁴⁷ Vgl. auch die Einschätzungen von *Mann*, WM 2013, 727 (730), und besonders die des früheren Vorsitzenden des *XI. Senats Nobbe*, BKR 2011, 302 (302).

⁴⁸ Vgl. etwa BGH BKR 2008, 199 (200 f.); BGH BB 2010, 15 (17); ferner das Urteil des *III. Senats* (BGH MDR 2014, 152 f.; vgl. o. Fn. 33); zumindest missverständlich auch BGH ZIP 2012, 1650 (1654 f.).

⁴⁹ Vgl. etwa oben Fn. 334 und zu BGH BB 2010, 15 (17) BGH, Beschl. v. 24.8.2011 – XI ZR 191/10, Rn. 6 f. (juris), und *Wiechers*, WM 2012, 477 (482), wo im Nachhinein der Sachverhalt des obigen Urteils „klargestellt“ wurde.

⁵⁰ So auch jedenfalls für den Bereich der Interessenkollision, dem hier das Problem der Unvoreingenommenheitstäuschung entspricht: *Herresthal*, ZBB 2010, 305 (308 f.), und zuvor schon *Geibel*, ZBB 2003, 349 (353 f., 360).

⁵¹ So auch das Verständnis bei *Joß*, WM 2011, 1260 (1262).

⁵² Vgl. m.w.N. *Roth* (Fn. 39), § 157 Rn. 32.