

Prof. Dr. Thomas M.J. Möllers  
Universität Augsburg

# Die Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens

## Inhaltliche und beweisrechtliche Fragestellungen

- 1 Einführung — 82
  - 1.1 „Krieg der Senate“ — 82
  - 1.2 Umstrittene Entscheidungen und Ansichten in der Rechtsliteratur — 83
  - 1.3 Die jüngste Rechtsprechungsänderung des XI. Senates – Aufgabe des Kriteriums des Entscheidungskonfliktes – BGH, XI ZR 262/10 — 85
- 2 Die grundlegenden Interessen und Wertungen der Parteien — 86
  - 2.1 Systematischer Vergleich verschiedener Haftungslagen — 86
    - 2.1.1 Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht — 86
    - 2.1.2 Gesetzlich geregelte Beweislastumkehr — 87
    - 2.1.3 Gestaltungsrechte des Anlegers: Unverbindlichkeit, Rücktritt und Widerruf — 88
  - 2.2 Regelungszweck der Aufklärung und Beweisnot — 88
    - 2.2.1 Rekonstruktion einer hypothetischen Willenserklärung — 88
    - 2.2.2 Konkrete Aufklärung und Folgen der fehlerhaften Willensbildung — 89
    - 2.2.3 Zur Relevanz der Selbstbestimmung, allgemeinen Aufklärung und Behavioral Finance — 89
  - 2.3 Praktische Auswirkungen — 90
    - 2.3.1 Beweisnot des Anlegers v. Beweisnot des Aufklärungspflichtigen — 90
    - 2.3.2 Garantiehaftung oder Leerlaufen des Anspruchs — 91
    - 2.3.3 Unzulässiges Reurecht des Anlegers — 92
    - 2.3.4 Zwischenergebnis – auf der Suche nach einer vermittelnden Ansicht — 93
  - 2.4 Fallgruppen — 93
    - 2.4.1 Wertlose Optionen und kaum zu erzielende Gewinne — 94
    - 2.4.2 Schwerwiegender Interessenkonflikt — 94
    - 2.4.3 Steuersparmodelle — 95
    - 2.4.4 Innenprovisionen (Kick-back-Fälle) — 95
  - 2.5 Verallgemeinerungsfähige Kriterien zur Prüfung der hypothetischen Kausalität — 97
    - 2.5.1 Ansichten in der Literatur — 97
    - 2.5.2 Vertragsvereitelung bei wesentlicher Informationsverletzung — 98
    - 2.5.3 Vertragsvereitelung bei schwerwiegendem Interessenskonflikt — 98
    - 2.5.4 Kenntnis und Wille des Anlegers als subjektive haftungsausschließende Indizien — 99
- 3 Die unterschiedlichen Lösungsansätze auf Beweisebene — 100
  - 3.1 Anscheinsbeweis (IX. Senat) — 100
  - 3.2 Beweislastumkehr und fehlender Entscheidungskonflikt — 101
  - 3.3 Reduzierung des Beweismaßes als Alternativkonzept — 102
    - 3.3.1 Anforderungen an die Beweisführung des Klägers — 102

- 3.3.2 Anforderungen an den substantiierten Vortrag des Beklagten — 103
- 3.3.3 Rechtsvergleichender Überblick – Österreich und die Schweiz — 104
- 4 Zusammenfassung und Ausblick — 105
  - 4.1 Beweislastumkehr ohne Entscheidungskonflikt als Voraussetzung – die Rechtsprechungsänderung des XI. Senates in XI ZR 262/10 — 105
    - 4.1.1 Aufgabe des Kriteriums des fehlenden Entscheidungskonfliktes — 105
    - 4.1.2 Indizien zur Substantiierung des Beweisantrages der beklagten Bank — 106
  - 4.2 Lücken und Unterschiede zu der Entscheidung XI ZR 262/10 — 108
    - 4.2.1 Fehlende Auseinandersetzung mit dem IX. Senat – Schwächen der Beweislastumkehr auf materieller Ebene — 108
    - 4.2.2 Schwächen der Beweislastumkehr aus prozessualer Sicht — 108

## 1 Einführung

### 1.1 „Krieg der Senate“

Grundsätzlich hat jeder die ihm günstigen Umstände zu beweisen.<sup>1</sup> Bei Verträgen, die u.a. eine Beratung schulden, bedeutet dies, dass der Kläger zu beweisen hat, dass er eine bestimmte Investitionsentscheidung bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht getroffen hätte. Hätte der Kläger die Entscheidung unabhängig von dem Aufklärungsfehler getroffen, wäre die Entscheidung nämlich nicht kausal für den Schaden.

Bekanntlich hatte der VII. Senat des BGH bereits 1973 in der Bastelwettbewerb-Entscheidung eine Beweislastumkehr zulasten des Aufklärungspflichtigen vorgenommen, u.a. mit dem Argument, dass der Zweck einer Aufklärung darin bestehe, dem Vertragsgegner das Risiko in seiner ganzen Tragweite bewusst zu machen und auch die Beweisnot des Klägers zu beseitigen.<sup>2</sup> 20 Jahre später hatte dann der IX. Senat des BGH in einem Fall, der die Steuerlast eines Gesellschafters betraf, die Möglichkeit, die inzwischen gefestigte Rechtsprechung des VII. Senates aufzugreifen. Mit deutlichen Worten lehnte er die Ansicht des VII. Senates ab, die eine Beweislastumkehr zulasten des Beraters vorsieht. Nach Ansicht des IX. Senates ist vielmehr der Anscheinsbeweis die richtige Lösung, die allerdings nur eingreife, wenn nach der Lebenserfahrung typischerweise erwartet werden könne, dass sich ein vernünftiger Mandant Beratungsgemäß

<sup>1</sup> Dieser Grundsatz fand sich bereits in § 193 S. 1 BGB–E, dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, 1888: „ Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Tatsachen zu beweisen“ , dann aber wegen seiner Selbstverständlichkeit gestrichen.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 5.7.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 122 – Bastelwettbewerb.

verhalten hätte, mithin nur eine Entscheidung möglich oder sinnvoll gewesen wäre (und somit kein Entscheidungskonflikt vorgelegen hätte).<sup>3</sup> Der Anscheinsbeweis gilt nicht bzw. wird erschüttert, wenn der Berater einen atypischen Kausalverlauf aufzeigen kann, nämlich wenn mehrere Entscheidungen möglich sind.<sup>4</sup> Der XI., bankenrechtliche Senat hielt dagegen wiederum formal an der Beweislastumkehr fest<sup>5</sup> und unterstützte den VII. Senat mit der Überlegung, dass der auf Erfahrungssätzen beruhende Anscheinsbeweis bei Aufklärungspflichten nicht passe.<sup>6</sup> Damit sei der Kläger nicht verpflichtet, Anhaltspunkte dafür vorzutragen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung von der Anlage abgesehen hätte.<sup>7</sup> Inhaltlich verlangte der XI. Senat aber bislang als Voraussetzung für die Kausalitätsvermutung, dass es für den anderen Teil nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gibt, ein Entscheidungskonflikt also nicht vorliegt.<sup>8</sup> Im Ergebnis folgte er somit dem IX. Senat. Schließlich hatte auch der III. Senat eine Kausalitätsvermutung bejaht.<sup>9</sup>

## 1.2 Umstrittene Entscheidungen und Ansichten in der Rechtsliteratur

Im Jahre 2009 bejahte der BGH in seiner Kick-back-Rechtsprechung die Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens: Danach habe der Aufklärungsverpflichtete zu beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. Diese Vermutung gelte grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters.<sup>10</sup>

**3** BGH, Urt. v. 30.9.1993, IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 314 – Beweislast für beratungsgemäßes Handeln.

**4** Von einer Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen sah der IX. Senat nur deshalb ab, weil er seine Rechtsprechung auf Verträge mit rechtlichen Beratern begrenzen wollte, BGH, Urt. v. 30.9.1993, IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 314 – Beweislast für beratungsgemäßes Handeln.

**5** Zuletzt BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1137 Rn. 29.

**6** BGH, Urt. v. 16.11.1993, XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 161 – Terminoptionsgeschäfte. Hierzu auch unten 3.2.

**7** BGH, Urt. v. 16.11.1993, XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 161 – Terminoptionsgeschäfte.

**8** BGH, Urt. v. 16.11.1993, XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 161 – Terminoptionsgeschäfte.

**9** BGH, Urt. v. 19.2.2009, III ZR 154/08, BeckRS 2009, 8039; BGH, Urt. v. 9.4.2009, III ZR 89/08, juris Rn. 8; BGH, Urt. v. 28.7.2005, III ZR 290/04, WM 2005, 1998; BGH, Urt. v. 9.2.2006, III ZR 20/05, WM 2006, 668, 670 f.; BGH, Urt. v. 14.6.2007, III ZR 300/05, WM 2007, 1507 Rn. 21 – Risiko eines Totalverlusts.

**10** BGH, Urt. v. 12.5.2009, XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 22 – Kick back IV.

Die Vorinstanzen hatten dagegen noch eine Haftung abgelehnt.<sup>11</sup> Auch die Literatur ist dieser Entscheidung mit deutlichen Worten entgegengetreten. So wäre die Situation der Kick-back mit den Widerrufsfällen vergleichbar: In beiden Fällen müsste man davon ausgehen, dass der Anleger bei Kenntnis der Umstände an der Anlageentscheidung festgehalten hätte. Das gelte erst recht, wenn die Entscheidungen des Anlegers steuerrechtlich motiviert sind. Vor allem sei dem Anleger klar, dass die Beratungstätigkeit üblicherweise nicht unentgeltlich erbracht werde.<sup>12</sup> Für den Kunden stünden nicht die Rückvergütung, sondern die Qualität des Produktes und die Geeignetheit für seine Anlageziele im Vordergrund.<sup>13</sup> Auch gebe es in diesen Fällen mehr als nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsgerechten Verhaltens.<sup>14</sup> Daneben gibt es in der Literatur zahlreiche weitere Vorschläge: Canaris bezieht die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung auf die fehlerhafte Anlageentscheidung: „Wird – wie bei Unterlassungen geboten – die Erfüllung der Aufklärungspflicht hinzugedacht, so ändert sich der Kausalverlauf. Die Entscheidung des anderen ist nunmehr „frei“ in dem Sinne, dass sie nicht von Irrtum oder Unkenntnis des Aufklärungspflichtigen beeinflusst ist. Daher ist die Ursächlichkeit auch dann zu bejahen, wenn sich der andere Teil trotz der Aufklärung genauso verhalten hätte wie ohne diese.“<sup>15</sup> Im Gegensatz zu den Ansichten des VI., IX. und XI. Senates des BGH sei die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens folglich auch bei einem Entscheidungskonflikt gerechtfertigt.<sup>16</sup> Dies solle schließlich selbst dann gelten, wenn nur Aufklärungspflichten von „geringerem Gewicht“ verletzt sind.<sup>17</sup> Noch einen Schritt weiter geht Dieckmann: Er sieht in einem Beratungsfehler keinen Fall des Unterlassens, sondern einen Fall des aktiven Tuns. Schon nach den allgemeinen Grundsätzen sei dann der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens, der Kunde hätte auch bei entsprechender Aufklärung

<sup>11</sup> Etwa OLG München, Urt. v. 6.10.2004, 7 U 3009/04, WM 2005, 647, 650; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 24.6.2009, 17 U 307/08, WM 2009, 1313, 1317; s. auch OLG Köln, Beschluss v. 31.3.2006 und 16.5.2006, 13 U 17/06, WM 2006, 2130, 2132 – Entscheidungskonflikt bei Bestandprovision.

<sup>12</sup> Möllers/Wenninger, LMK 2007, 220857; Habersack, in: Bankrechtstag 2011, S. 3, 35.

<sup>13</sup> Schäfer/Schäfer, BKR 2007, 164, 166. S. auch unten 2.4.4.

<sup>14</sup> Piekenbrock, WM 2012, 429, 439.

<sup>15</sup> Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 17; zustimmend für das österreichische Recht Graf, *ecolex* 2011, 391; Wilhelm, *ecolex* 2011, 892; Bydlinski, ÖBA 2008, 166. Vorher hatte schon H. Roth, ZHR 154 (1990), 513, 532 für die Beweislastumkehr plädiert, weil die Bank die „Privatautonomie des Geschädigten“ verkürzt habe.

<sup>16</sup> Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 21.

<sup>17</sup> Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 24.

dieselbe Entscheidung getroffen, durch die Bank vorzutragen.<sup>18</sup> Stackmann möchte eine Beweislastumkehr für Beratungsfehler bejahen, die sich auf konkret zu treffende Entscheidungen beziehen<sup>19</sup>; ähnlich unterscheidet Repgen zwischen erfolgs- und verhaltensbezogenen Pflichten.<sup>20</sup>

### 1.3 Die jüngste Rechtsprechungsänderung des XI. Senates – Aufgabe des Kriteriums des Entscheidungskonfliktes – BGH, XI ZR 262/10

Am Vorabend meines Vortrages für den Bankentag erreichte mich das gerade abgesetzte und damit brandfrische Urteil des XI. Senates, das als Grundsatzentscheidung von ganz maßgeblicher Bedeutung ist<sup>21</sup>: Der XI. Senat stützt seine Entscheidung wiederum auf die Figur der „Vermutung des aufklärungsgerechten Verhaltens“, wonach derjenige, der vorvertragliche oder vertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür ist, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte. Er zitiert hierfür zahlreiche andere Senate des BGH.<sup>22</sup> Die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ setzte nach bisheriger Ansicht des XI. Senates voraus, dass die Aufklärung bei dem Kläger nur eine bestimmte Möglichkeit der Anlageentscheidung hätte auslösen können und damit kein Entscheidungskonflikt vorlag. In Abkehr zu seiner bisherigen Rechtsprechung gibt der XI. Senat den fehlenden Entscheidungskonflikt als Voraussetzung für eine Beweislastumkehr nun ausdrücklich auf,<sup>23</sup> weil der Kläger letztlich nur so erfolgreich einen Schadensersatzanspruch durchsetzen könne.<sup>24</sup>

Die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ gehört damit zu den umstrittensten Fragen des Bankrechts, ja des Rechts der freien Berufe, weil es auch im Recht der Steuerberater oder Ärzte auftaucht. Der Streit schwelt zwi-

<sup>18</sup> Dieckmann, WM 2011, 1153, 1158. A.A. Leupold/Ramharter, ÖBA 2011, 718, 727; Bydlinski, ÖBA 2008, 159, 167, kritisiert die Unterscheidung als „übersubtil“.

<sup>19</sup> Stackmann, NJW 2009, 3265, 3268.

<sup>20</sup> Repgen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting/Repgen, Handbuch der Beweislast, BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008 § 280 Rn. 126 – 136.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1137 = NJW 2012, 2427 = NZG 2012, 950. S. hierzu Möllers, NZG 2012, 1019.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1137 Rn. 28 neben dem XI., den II., III., IV., VII. und VIII. Senat.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1137 Rn. 35.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1137 Rn. 36.

schen den verschiedenen Senaten nun seit fast 30 Jahren. Fragen der Kausalität hat der Gesetzgeber des BGB und der ZPO nur sehr rudimentär geregelt und die Klärung weitgehend der Wissenschaft überlassen. Im Folgenden sollen deshalb zuerst die verschiedenen Interessen und Motivlagen der Beteiligten vorgestellt (2.) und die beweisrechtlichen Fragestellungen erörtert werden. Abschließend wird eine eigene Lösung erarbeitet, mit deren Hilfe die verschiedenen Fälle strukturiert werden können (3.).

## 2 Die grundlegenden Interessen und Wertungen der Parteien

### 2.1 Systematischer Vergleich verschiedener Haftungslagen

#### 2.1.1 Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht

Eine ärztliche Heilbehandlung ist als Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten nur dann keine Körperverletzung, wenn der Patient in sie eingewilligt hat. Konsequenter geht die Rechtsprechung nach der Einwilligungstheorie<sup>25</sup> davon aus, dass der nicht ausreichend aufgeklärte Patient nicht einwilligen kann, der Eingriff dann rechtswidrig war und der Arzt beweisbelastet ist.<sup>26</sup> Wegen des hohen Wertes des Rechtsguts Gesundheit ist die Beweislastumkehr in diesen Fällen angemessen.<sup>27</sup> Wegen des Einwilligungskonzepts muss der Arzt sich zwar auf das rechtmäßige Alternativverhalten berufen. Der Patient muss aber plausibel vortragen, dass er sich in einem Entscheidungskonflikt befunden habe.<sup>28</sup> Allerdings trägt im Arztrecht der Arzt nur bei einem groben Behandlungsfehler die Beweislast dafür, dass der Behandlungsfehler den Schaden nicht verursacht

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 9.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 54 – Elektroschock; Erman/Schiemann, BGB, 12. Aufl. 2008, § 823 Rn. 135. In Österreich spricht man von Körperverletzungskonstruktion, s. OGH, Urt. v. 14.12.2011 – Gz. 30b225/11a.

<sup>26</sup> Für Deutschland s. etwa die Nachweise bei Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl. 2012, § 823 Rn. 135, 151 ff. Für Österreich ebenso OGH, Urt. v. 23.11.1999, Gz. 1 Ob 254/99f; zitiert in: OGH, Urt. v. 14.12.2011, Gz. 30b225/11a.

<sup>27</sup> Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, S. 112.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 15.3.2005, NJW 2005, 1718 Rn. 17 ff.; s. Erman/Schiemann, BGB, 12. Aufl. 2008, § 823 Rn. 141. Für Österreich ebenfalls eine Beweislastumkehr verneinend, OGH, Urt. v. 14.12.2011, ÖBA 2012, 1815.

hat.<sup>29</sup> Im Gegensatz dazu ist im Bankrecht kein absolutes Recht des Geschädigten betroffen.<sup>30</sup>

### 2.1.2 Gesetzlich geregelte Beweislastumkehr

Im Kapitalmarktrecht gibt es verschiedene gesetzliche Tatbestände, die eine Vermutung dafür beinhalten, dass der Anleger die Anlage bei richtiger Information nicht gekauft hätte. Das gilt vorrangig im Falle des fehlerhaften Börsenprospektes oder Verkaufsprospektes, s. §§ 22, 23 Abs. 2 Nr. 1 WpPG. Der Gesetzgeber hat die Beweislastumkehr auch für die fehlerhafte Angebotsunterlage gem. § 12 Abs. 3 Nr. 1 WpÜG übernommen.<sup>31</sup> Im Gegensatz dazu hat der Bundesgerichtshof die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ für den Sekundärmarkt grundsätzlich abgelehnt. In der IKB-Entscheidung begründete er dies jüngst damit, dass sich die Ad-hoc-Publizität auf eine bestimmte Investitionsentscheidung beziehe.<sup>32</sup> Auch die in der Rechtsprechung entwickelte Figur der „Anlagestimmung“, die der BGH für das Börsenprospekt entwickelt hatte, passt nicht, weil das Börsenprospekt bei einem Börsengang die maßgebliche Information für das Anlegerpublikum darstellt, während die Fehlinformation durch die Ad-hoc-Publizität nur eine von vielen Informationen am Sekundärmarkt darstellt. Damit kann die Kausalitätsvermutung, die für den Prospekt als umfassende Entscheidungsgrundlage gilt, nicht auf die Ad-hoc-Publizität übertragen werden.<sup>33</sup>

**29** BGH, Urt. v. 21.9.1982, VI ZR 302/80, BGHZ 85, 212, 216; BGH, Urt. v. 27.4.2004 VI ZR 34/03, BGHZ 159, 48, 54. Ansonsten verbleibt es bei der normalen Beweislast, *Piekenbrock*, WM 2012, 429, 439.

**30** So auch und daher die Anwendung der arzt haftungsrechtlichen Beweiserleichterungen in der Anlegerhaftung ablehnend der österreichische OGH, Urt. v. 14.12.2011, Gz. 30b225/11a, ÖBA 2012, 1815; OGH, Urt. v. 4.11.2005, Gz. 5Ob106/05g, ÖBA 2006, 376.

**31** Möllers, in: Möllers/Rotter, Ad-hoc-Publizität, 2003, § 13 Rn. 67 ff.

**32** BGH, Urt. v. 13.12.2011, XI ZR 51/10, WM 2012, 303 Rn. 62 – IKB: „Diese Konkretisierung auf eine bestimmte Anlageentscheidung fehlt der Ad-hoc-Mitteilung, auch wenn durch sie der Kurs eines Finanzinstruments beeinflusst werden kann und dadurch auch Reaktionen der Anleger ausgelöst werden können.“ Vorher schon BGH, Urt. v. 19.7.2004, II ZR 217/03, 160, 134, 138 – Infomatec II.

**33** BGH, Urt. v. 19.7.2004, II ZR 217/03, BGHZ 160, 134, 138 – Infomatec II; BGH, Urt. v. 13.12.2011, XI ZR 51/10, WM 2012, 303 Rn. 63 – IKB; Möllers/Leisch, in: KK-WpHG, 2007, § 37b, c Rn. 319 ff.

### 2.1.3 Gestaltungsrechte des Anlegers: Unverbindlichkeit, Rücktritt und Widerruf

Schließlich sind noch die Fälle zu nennen, in denen der Anleger die Rückabwicklung verlangen kann, ohne den Schaden geltend machen zu müssen, etwa wenn der Vertrag unwirksam ist oder der Anleger den Widerruf oder Rücktritt als Gestaltungsrecht ausüben will. Bis 2002 gab es die sog. Börsentermingeschäftsfähigkeit kraft Information gem. § 53 Abs. 2 BörsG 1998. Danach konnten bestimmte risikoreiche Geschäfte nur abgeschlossen werden, wenn der Kunde zuvor per Unterschrift erklärte, über die entsprechenden Risiken aufgeklärt worden zu sein. Ohne diese Unterschrift blieb das Rechtsgeschäft unverbindlich und der Anleger konnte das Geleistete nach Bereicherungsrecht zurückverlangen.<sup>34</sup> Der Gesetzgeber hob dann diese Vorschrift auf und führte stattdessen einen Schadenersatzanspruch bei fehlerhaften Finanztermingeschäften gem. § 37d WpHG a.F. ein. Bei dieser Vorschrift waren Beweiserleichterungen über den Wortlaut der Norm hinaus höchst umstritten.<sup>35</sup>

## 2.2 Regelungszweck der Aufklärung und Beweisnot

### 2.2.1 Rekonstruktion einer hypothetischen Willenserklärung

Bei der Frage, wie sich der Kläger verhalten hätte, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre, handelt es sich um einen Fall der hypothetischen Kausalität, mit anderen Worten: um eine fiktive Kausalität, welche versucht, eine rein hypothetische Willenserklärung zu konstruieren. Wie hätte der Anleger entschieden, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre? Wäre er der Empfehlung gefolgt, hätte er sich aufklärungsrichtig verhalten, also etwa die Anlage nicht erworben. Für den ihm daraus entstandenen Schaden soll er nun Schadenersatz erhalten. Hätte er die Anlage trotzdem gekauft oder hätten ihm noch zahlreiche andere Alternativen offen gestanden, hätte er sich also in dem von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Entscheidungskonflikt befunden, soll er nach Ansicht des IX. Senates und der bisherigen Rechtsprechung des XI. Senates keinen Schadenersatz verlangen können.

<sup>34</sup> G. Roth, in: KK-WpHG, 2007, § 37d Rn. 27; Zimmer, in: KMRK, 3. Aufl. 2004, vor § 37d Rn. 41.

<sup>35</sup> Zimmer, JZ 2003, 22, 28; ders., in: KMRK, 3. Aufl. 2004, § 37d Rn. 85 ff.; G. Roth, in: KK-WpHG, 2007, § 37d Rn. 195. Da die Vorschrift gestrichen wurde, besteht das Problem nun im Rahmen von § 31 WpHG fort.



### 2.2.2 Konkrete Aufklärung und Folgen der fehlerhaften Willensbildung

Als der BGH 1973 die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens erfand, begründete er sie damit, es sei gerade der Zweck der Aufklärungs-, Beratungs- und Hinweispflichten, dem Vertragsgegner das Risiko bewusst zu machen, ihn also gegebenenfalls vor einem Schaden zu bewahren.<sup>36</sup> Die Vermutung sichert das Recht des Anlegers, in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, in ein bestimmtes Projekt zu investieren.<sup>37</sup> In der Literatur wird betont, dass die Entscheidung wegen des Aufklärungsmangels nicht mehr frei ist.<sup>38</sup> Diese Überlegungen hat auch der XI. Senat aufgenommen, wenn er davon spricht, dass der ohne die erforderliche Aufklärung gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist.<sup>39</sup> Zur unterbliebenen Aufklärung über das Risiko, ein Kind mit Down-Syndrom zu bekommen, führte der BGH aus:

„In einer solchen Lage kann es nicht Sache des Geschädigten sein, seinen auf individuellen, letztlich nicht nachprüfbaren Wertungen beruhenden hypothetischen Entschluß zur Ausschaltung des befürchteten Risikos unter Inkaufnahme anderer Risiken nachzuweisen. Der Schutzzweck der Aufklärung wird vielmehr erst dann erreicht, wenn derjenige, der die von ihm geschuldete Aufklärungspflicht verletzt, entgegen einer Kausalitätsvermutung zugunsten des Geschädigten den Beweis für die Nichtursächlichkeit seiner Pflichtverletzung zu erbringen hat.“<sup>40</sup>

Der Schadensersatzanspruch verlöre sonst an Effektivität und würde „in seiner Substanz verkürzt“.<sup>41</sup>

### 2.2.3 Zur Relevanz der Selbstbestimmung, allgemeinen Aufklärung und Behavioral Finance

Diese Überlegungen sind für den Fall des Kindes mit Down-Syndrom ohne weiteres überzeugend. Im Bankrecht, wo es regelmäßig „nur“ um Vermögensfragen geht, erscheinen sie jedoch recht pauschal. Ein Beratungsfehler muss sich nicht

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 5.7.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 122 – Bastelwettbewerb.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 13.12.2011, XI ZR 51/10, WM 2012, 303 Rn. 62 – IKB.

<sup>38</sup> S. oben Fn. 15; BGH, Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, WM 2012, 1137 Rn. 36.

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 12.5.2009, XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 22 – Kick back IV.

<sup>40</sup> BGH, Urt. v. 22.11.1983, VI ZR 85/82, BGHZ 89, 95, 103 – Mongolismus.

<sup>41</sup> So *Canaris*, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 22; BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1137 Rn. 35.

auf die Entscheidung des Anlegers ausgewirkt haben, wenn etwa die Beratung nur allgemeiner Natur war und sich gerade nicht auf ein konkretes Anlageobjekt bezog, sondern auf mehrere Anlageobjekte. Sodann unterscheidet sich das Risikoprofil von Anlegern ganz deutlich: Ein nicht aufgeklärter risikofreudiger Anleger wird Risikomomente viel positiver aufnehmen als der nicht aufgeklärte risikoscheue Anleger. Und selbst wenn sich die Aufklärung auf ein konkretes Anlageobjekt bezieht, muss sich die fehlende Aufklärung nicht unbedingt ausgewirkt haben. Inzwischen ist immer mehr anerkannt, dass es den „homo oeconomicus“, der alle Informationen sachgerecht verarbeitet, in dieser idealtypischen Form gar nicht gibt. Vielmehr handelt der Anleger oft irrational oder erstickt förmlich in der Informationsflut.<sup>42</sup> Folglich nimmt er Informationen nur selektiv wahr, und selten wird man mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sagen können, dass der Kunde die verschwiegene Information bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigt hätte.<sup>43</sup> Der Verweis auf den Willen des Anlegers erscheint folglich überhöht, geht es doch nicht um sein Affektionsinteresse, sondern ausschließlich um seine Vermögensinteressen.<sup>44</sup>

## 2.3 Praktische Auswirkungen

### 2.3.1 Beweisnot des Anlegers v. Beweisnot des Aufklärungspflichtigen

Grundsätzlich hat jede Partei die für sie günstigen Umstände zu beweisen; eine Beweislastumkehr ist eine Rechtsfortbildung, die einer Rechtfertigung bedarf.<sup>45</sup> Sie ist daher nicht ohne weiteres anzunehmen. Schon 1973 formulierte der BGH recht plastisch, „dem Ersatzberechtigten wäre wenig damit gedient, wenn er seinen Vertragspartner zwar an sich aus schuldhafter Verletzung einer solchen Hinweispflicht in Anspruch nehmen könnte, aber regelmäßig daran scheitern

<sup>42</sup> *Habersack*, Bankrechtstag 2010, 2011, S. 3, 7; *Stodolkowitz*, VersR 1994, 11, 14. Dagegen und jedenfalls von einem „Standardverhalten“ ausgehend *Grunewald*, ZIP 1994, 1162, 1165; *Lang*, WM 2000, 450, 464; s. zum Behavioral Finance *Fleischer*, in: FS Immenga, 2004, S. 575 ff.; *Möllers/Kernchen*, ZGR 2011, 1 ff.

<sup>43</sup> *Dieckmann*, WM 2011, 1153, 1157.

<sup>44</sup> Für das österreichische Recht treffend *Kodek*, ÖBA 2012, 11, 22; vorher schon *Wendehorst*, ÖBA 2010, 569.

<sup>45</sup> Deutlich *Canaris*, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 4 ff.; *Prütting*, in: MünchKommZPO, § 286 Rn. 123.

würde, dass er den meist schwer zu führenden Beweis, wie er auf den Hinweis reagiert hätte, wenn er gegeben worden wäre, nicht erbringen könnte.“<sup>46</sup>

Umgekehrt ist aber auch die bankrechtsspezifische Sachlage zu berücksichtigen: Eine Beweisnot liegt zwar vordergründig vor, weil eine hypothetische Willenserklärung zu konstruieren ist. Diese liegt aber nicht, wie etwa in den Produkthaftungs- oder Arzthaftungsfällen, in der Sphäre der Bank, sondern vielmehr in der Sphäre des Anlegers<sup>47</sup>. Vor die Anlageentscheidung tritt die Willensbildung des Anlegers, ohne die es nicht zum Schaden kommt.<sup>48</sup> Medicus bezeichnet es daher zutreffend als „geradezu paradox“, die Beweislast mit dem Hinweis auf die angebliche Beweisnot des Geschädigten umzukehren.<sup>49</sup>

### 2.3.2 Garantiehftung oder Leerlaufen des Anspruchs

Auch die praktischen Auswirkungen der verschiedenen Lösungsansätze sind höchst umstritten: Während die eine Seite betont, (nur) die Beweislastumkehr würde in der Praxis dazu führen, dass der geschädigte Anleger seinen Schadensersatz erhält<sup>50</sup>, behauptet die Gegenseite diametral entgegengesetzt: Dadurch, dass der Geschädigte beweisen müsse, dass kein Entscheidungskonflikt bestehe, er sich also höchstwahrscheinlich aufklärungsgerecht verhalten hätte, würde der Schadenersatzanspruch in der Regel leerlaufen.<sup>51</sup>

Hinzu kommen weitere Schwierigkeiten. Die Entscheidung des Anlegers muss Jahre später konstruiert werden und dies bereitet naturgemäß Schwierigkeiten, weil die hypothetische Perspektive ex-ante und nicht ex-post maßgeblich ist.<sup>52</sup> Schließlich kann eine einseitige Beweislastumkehr unbillige Ergebnisse erzeugen, weil das Schadensrecht grundsätzlich keine Schadensteilung, sondern nur das Alles- oder Nichts-Prinzip kennt und damit der Kläger vollen

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 5.7.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 122 – Bastelwettbewerb; übernommen jetzt auch in BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1137 Rn. 35.

<sup>47</sup> Daher ist der Anleger „näher am Beweis“, s. OGH, Urt. v. 20.10.2004, Gz. 70b220/04k = ÖBA 2006,60. Dagegen, da die „Nähe zum Beweis“ jedenfalls im österreichischen Recht keine anerkannte Beweislastregel sei, *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 718, 726. *Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 166 lehnt die größere Nähe des Anlegers tatbestandlich ab, weil ihm das dafür nötige Wissen gerade fehlt.

<sup>48</sup> So auch *Andres*, BKR 2011, 277, 279.

<sup>49</sup> *Medicus*, in: FS Picker, 2010, S. 619, 620.

<sup>50</sup> *Andres*, BKR 2011, 277, 279.

<sup>51</sup> *Canaris*, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 12; *Zimmer*, in: KMRK, 3. Aufl. 2004, § 37d Rn. 87; *G. Roth*, in: KK-WpHG, 2007, § 37d Rn. 195.

<sup>52</sup> Dies wird oft ignoriert, s. *Reinelt*, NJW 2009, 1, 6; *Andres*, BKR 2011, 277, 281.

Schadenersatz erhält oder aber leer ausgeht. Um ein sachgerechteres Ergebnis zu erzielen, möchte beispielsweise P. Bydlinski dieses Prinzip aufweichen und vergleicht die non-liquet-Fälle mit jenen alternativer Kausalität: Da nicht endgültig aufgeklärt werden kann, ob der Anleger sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung für die eine oder andere Anlage entschieden, den Schaden also möglicherweise dennoch erlitten hätte, wird der Schaden zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger geteilt, dem ja immerhin eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann.<sup>53</sup> Bei mehr als zwei hypothetischen Anlageoptionen soll nicht jede Partei mit der Hälfte des Schadens belastet werden, sondern der Anleger so gestellt werden, als habe er sein Vermögen gleichmäßig auf die potentiellen Anlagen aufgeteilt.<sup>54</sup>

### 2.3.3 Unzulässiges Reurecht des Anlegers

Selbst wenn die Bank den Aufklärungsfehler verursacht und damit die Entscheidung des Anlegers beeinflusst hat, heißt dies nicht zwingend, dass daraus auch ein kausaler Schaden entstanden ist. Wenn der Anleger bei seiner Entscheidung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung geblieben wäre, ist es sachgerecht, ihm die Kausalität und damit den Schadensersatzanspruch zu versagen.<sup>55</sup> Alles andere würde auf ein unzulässiges Reurecht hinauslaufen.<sup>56</sup> Das Marktrisiko hat nämlich grundsätzlich der Anleger selbst zu tragen. Auch hier kommt im Bankrecht ein erschwerender Umstand hinzu: Es liegt nahe, dass der Anleger nur klagen wird, wenn sich der Aufklärungsfehler oder eben das Marktrisiko verwirklicht hat, also etwa die Wertpapiere weniger wert sind als bei ihrem Erwerb. Lässt man das Wertpapierunternehmen als Aufklärungspflichtigen also immer haften, würde es neben dem Schaden aus der Aufklärungspflichtverletzung zusätzlich auch das Marktrisiko tragen – das erscheint wenig sachgerecht.

<sup>53</sup> P. Bydlinski, ÖBA 2008, 159, 169f. Kritisch dazu Koziol, in: FS Picker, 2010, S. 523, 544 f.

<sup>54</sup> P. Bydlinski, ÖBA 2008, 159, 170.

<sup>55</sup> So auch Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 19.

<sup>56</sup> Herresthal, ZBB 2009, 348, 359; Andres, BKR 201, 277, 280; Habersack, in: Bankrechtstag 2010, S. 3, 35; vorher schon Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 77 ff., Canaris, in: FS Hadding 2004, S. 3, 19.

### 2.3.4 Zwischenergebnis – auf der Suche nach einer vermittelnden Ansicht

Die Darstellung der Interessen und Wertungen hat gezeigt, dass einseitige Ergebnisse zugunsten oder zulasten einer Partei abzulehnen sind. Wenn Canaris die Beweislastumkehr mit der „ausgleichenden Gerechtigkeit“ begründet<sup>57</sup>, ist dieses Argument zu einseitig. Deshalb ist auch eine pauschale Beweislastumkehr zugunsten des Anlegers, wie sie etwa Canaris, Andres und H. Roth fordern<sup>58</sup>, abzulehnen, weil sie die Gefahr in sich birgt, als Reurecht missbraucht zu werden, indem das Marktrisiko einseitig auf den Aufklärungspflichtigen abgewälzt würde. Umgekehrt muss aber auch sichergestellt werden, dass der Anleger seinen Anspruch im Zweifel durchsetzen kann, ihm in der bestehenden Beweisnot also nichts Unmögliches abverlangt wird.

## 2.4 Fallgruppen

Eine Fallgruppenbildung könnte helfen, Fälle aufzuzeigen, in welchen eine Haftung bejaht oder verneint werden soll und damit Lösungen zu finden, die beiden Parteien gerecht werden.<sup>59</sup> Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtsprechung, die in den letzten Jahren die Beweislastumkehr zugunsten des Beklagten deutlich eingeschränkt hat.<sup>60</sup> Allerdings tat sie dies – wie noch zu zeigen sein wird – zum Teil zu weitgehend. Canaris plädiert für paradigmatische Fallkonstellationen und die Bildung von Typenreihen. Danach sei eine Beweislastumkehr zugunsten des Anlegers von vornherein unanwendbar, wenn nicht plausibel sei, dass sich der Geschädigte bei korrekter Aufklärung anders verhalten hätte. In diesen Fällen ist ein Schadenersatzanspruch abzulehnen. Umgekehrt soll ein Schadenersatz immer eingreifen, wenn nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens bestanden hätte, ein Entscheidungskonflikt also gar nicht bestand.<sup>61</sup> Mit dieser Fallgruppenbildung ist allerdings noch nicht allzu viel gewonnen, weil sie rein ergebnisorientiert ist und

<sup>57</sup> Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 21 f.

<sup>58</sup> Canaris, in: FS Hadding 2004, S. 3 ff.; Andres, BKR 2011, 277 ff; H. Roth, ZHR 154 (1990), 513ff.

<sup>59</sup> Möllers, WuB 2005, I G 6. § 31 WpHG 1.05; vorher schon Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag 1997, S. 77.

<sup>60</sup> Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 12: „dass die vom 7. Senat begründete Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens von den anderen Senaten nahezu völlig wieder abgebaut worden ist“; Herresthal, ZBB 2009, 348, 358: „schränkt diesen Grundsatz erheblich ein“.

<sup>61</sup> Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 19 f.; ihm folgend Herresthal, ZBB 2009, 348, 358.

damit die gewichtige Frage offenlässt, wann ein Entscheidungskonflikt vorliegt und wann nicht<sup>62</sup>.

#### 2.4.1 Wertlose Optionen und kaum zu erzielende Gewinne

Im Weiteren sollen die Fallgruppen aufgezeigt werden, die zu einem Schadenersatzanspruch führen oder einen solchen ausschließen. Der Verfall von Optionen wurde in der Rechtsprechung als Indiz dafür gewertet, dass sich der Anleger aufklärungsgerecht verhalten hätte: Ein vernünftiger Anleger – oder, wie Canaris formuliert, „ein bei Verstand befindlicher Mensch“<sup>63</sup> – hätte die Option rechtzeitig verkauft oder ausgeübt, sie aber nicht verfallen lassen. Damit hat die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ auch dann zu gelten, wenn es für den aufzuklärenden Teil vernünftigerweise zwei Handlungsalternativen gibt, deren Wahrnehmung jeweils geeignet gewesen wäre, den entstandenen Schaden zu vermeiden.<sup>64</sup> Ein weiteres Beispiel sind kaum zu erreichende Gewinne, etwa wenn wegen der zahlreichen Erfolgsbeteiligungen der Poolverwaltung ein Gewinn von 40% erzielt werden müsste, damit dem Anleger noch ein Gewinn von 9% verbleibt.<sup>65</sup>

#### 2.4.2 Schwerwiegender Interessenkonflikt

Ein bedeutender Interessenskonflikt liegt vor, wenn eine Innenprovision an den Vermögensverwalter gezahlt wird, da eine solche Zahlung die Vertrauenswürdigkeit des Vermögensverwalters massiv tangiert.<sup>66</sup> Einen „schwerwiegenden Interessenkonflikt“ und damit die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ bejahte der BGH auch in der „Deutsche Bank“-Entscheidung, weil der

<sup>62</sup> Der XI. Senat bejahte einen Entscheidungskonflikt bislang nur in BGH Urt. v. 13.7.2004, XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58, 66 f. – Neuer Markt; BGH, Urt. v. 10.5.1994, XI ZR 115/93, WM 1994, 1466, 1467 f. – Scheckabfrage. S. aber unten Fn. 136 f.

<sup>63</sup> Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 20; Herresthal, ZBB 2009, 348, 358.

<sup>64</sup> BGH, Urt. v. 7.5.2002, XI ZR 197/01, BGHZ 151, 5, 12 – Verfall von Optionsscheinen.

<sup>65</sup> BGH, Urt. v. 9.6.1998, XI ZR 220/97, WM 1998, 1527, 1528 – Börsentermingeschäfte. S. auch BGH, Urt. v. 22.3.2011, XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 34, 40 – Deutsche Bank/CMS Spread Ladder Swap.

<sup>66</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2000, XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235, 241 – Provision beim Vermögensverwalter; zustimmend Herresthal, ZBB 2009, 348, 358.

Gewinn der einen Seite spiegelbildlich den Verlust der anderen Seite ausmachte.<sup>67</sup>

### 2.4.3 Steuersparmodelle

Umgekehrt soll bei Steuersparmodellen in der Regel ein Entscheidungskonflikt vorliegen und damit der Anscheinsbeweis bzw. die Kausalitätsvermutung entfallen. So hatte der IX. Senat schon 1993 einen Anscheinsbeweis abgelehnt, als der Mandant den Steuerberater wegen unrichtiger steuerrechtlicher Beratung bei seinem Ausscheiden als Gesellschafter auf Schadenersatz verklagte. Weil der Kläger noch Zuwendungen in Höhe von 325.000 DM erhielt und nach dem Ausscheiden eine Familie gründen wollte, hielt der Senat die Behauptung des Klägers, bei Kenntnis der wahren Steuerlast wäre er nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden, durch keine Tatsachen erhärtet und damit für nicht überzeugend.<sup>68</sup> Auch bei einem Grundstückverkauf bestehe ein Entscheidungskonflikt, so dass bei fehlerhafter steuerrechtlicher Beratung kein aufklärungsgerechtes Verhalten vermutet werden könne.<sup>69</sup> Ebenso bejahte das OLG Köln einen Entscheidungskonflikt, wenn über das Risiko, den Vermarktungskostenaufwand im ersten Jahr steuerrechtlich geltend zu machen, nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde.<sup>70</sup>

### 2.4.4 Innenprovisionen (Kick-back-Fälle)

Der BGH bejaht eine Haftung in den Kick-back-Fällen, weil seiner Ansicht nach ein Entscheidungskonflikt nicht schon deshalb vorliegen soll, weil die verschwiegene Rückvergütung im Vergleich zur Anlagesumme verhältnismäßig gering ist.<sup>71</sup> Wie oben gezeigt, wurde diese Entscheidung massiv kritisiert<sup>72</sup>. In

<sup>67</sup> BGH, Urt. v. 22.3.2011, XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 34, 40 – Deutsche Bank/CMS Spread Ladder Swap.

<sup>68</sup> BGH, Urt. v. 30.9.1993, IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 314 – Steuerlast bei Ausscheiden aus Gesellschaft und oben Fn. 3.

<sup>69</sup> BGH, Urt. v. 5.2.2009, IX ZR 6/06, WM 2009, 715, 716 – Steuerlast bei Verkauf eines Grundstücks.

<sup>70</sup> OLG Köln, Urt. v. 16.8.2006, 13 U 211/05, BeckRS 2007, 8421. Zustimmend *Andres*, BKR 2011, 277, 281; Rn. 955; *Medicus*, in: FS Picker, 2010, S. 619 f.

<sup>71</sup> BGH, Urt. v. 9.3.2011, XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 34 – Kick back. S. oben 1.2.

<sup>72</sup> S. oben 1.2.

diesen Fällen wird man jedoch kaum einen massiven Interessenskonflikt bejahen können. Zudem stünde die Entscheidung im Widerspruch zu früheren Entscheidungen des BGH, in welchen dieser eine solche „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ auf eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt hatte.<sup>73</sup> Der Anleger weiß, dass die Bank nicht völlig uneigennützig handelt.<sup>74</sup> Er habe i.d.R. ganz eigene, individuelle Gründe für die Zeichnung.<sup>75</sup> Eine geringe Höhe der Provision im Verhältnis zur Anlagesumme spräche gegen die Kausalität.<sup>76</sup> Schließlich zeige sich die mangelnde Relevanz der Provision auch daran, dass es nicht wegen der Provisionszahlung zum Streit komme, sondern weil die Kapitalanlage sich negativ entwickelt habe.<sup>77</sup> Zahlreiche unterinstanzliche Gerichte haben insoweit auch die hypothetische Kausalität abgelehnt, etwa weil durch die Innenprovision der Vertragszweck nicht vereitelt würde<sup>78</sup> oder ein Entscheidungskonflikt bestanden hätte.<sup>79</sup> Im Gegensatz zum BGH lehnt auch der österreichische OGH Beweiserleichterungen in den Kick-back-Fällen ab und belässt es bei der regulären Beweislastverteilung, so dass der Kläger den Beweis für die Kausalität erbringen muss.<sup>80</sup>

**73** *Habersack*, Anlegerschutz im Wertpapiergeschäft, in: Bankrechtstag 2010, 2011, S. 3, 34 f. Vorher schon *Grys/Geist*, BKR 2009, 344, 345.

**74** *Jansen/Rensen*, MDR 2010, 661, 664; *Edelmann*, BB 2010, 1163, 1168 f.; *Casper*, ZIP 2009, 2409, 2416.

**75** *Edelmann*, BB 2010, 1163, 1168 f., demzufolge hier der Anscheinsbeweis zugunsten der Bank greifen müsse. Dieses Argument überzeugt allerdings nicht: Dass jeder Anleger aus individuellen Gründen handelt, die nicht bewiesen werden können, ist ja gerade das zugrundeliegende Dilemma und gilt für alle Willensentscheidungen.

**76** OLG Köln, Urt. v. 30.2.2002, 8 U 30/02, WM 2003, 338, 340 f.; Zweifel am Kausalzusammenhang im Einzelfall hält auch *Geibel*, ZBB 2003, 349, 358 für angemessen.

**77** *Edelmann*, BB 2010, 1163, 1169.

**78** OLG München, Urt. v. 6.10.2004, 7 U 3009/04, WM 2005, 647, 650; LG Potsdam, Urt. v. 29.7.2009 – 8 O 427/08, WM 2009, 2043.

**79** OLG Köln, Beschluss v. 31.3.2006 und 16.5.2006, 13 U 17/06, WM 2006, 2130, 2132 – Entscheidungskonflikt bei Bestandprovision.

**80** OGH, Urt. v. 14.12.2011, Gz. 30b225/11a, ÖBA 2012, 1815 – Kick back.



## 2.5 Verallgemeinerungsfähige Kriterien zur Prüfung der hypothetischen Kausalität

### 2.5.1 Ansichten in der Literatur

Wie festgestellt, setzte die „Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens“ nach der Rechtsprechung zahlreicher Senate des BGH jedenfalls bis zu dem Urteil XI ZR 262/10<sup>81</sup> voraus, dass die Aufklärung auf ein bestimmtes Verhalten zielte und aus den Umständen deutlich wurde, dass der Aufzuklärende sich aufklärungsgemäß verhalten hätte, also nur eine Möglichkeit der Reaktion und damit kein Entscheidungskonflikt existierte.<sup>82</sup> Diese Kriterien haben den Nachteil, dass sie bereits das Ergebnis der Subsumtion darstellen. Es besteht mithin die Gefahr, dass Gerichte einem Zirkelschluss folgen und vorschnell die Voraussetzungen bejahen. Es sind deshalb neben den Fallgruppen Kriterien herauszuarbeiten, welche Anhaltspunkte dafür geben, wann die Voraussetzungen vorliegen.

In Rechtsprechung und Literatur wird vorgetragen, dass sich eine Beweislastumkehr nur ergibt, soweit eine Aufklärung geschuldet ist, die sich auf ein konkretes Verhalten bezieht.<sup>83</sup> Stoll bildet etwa den Fall, dass der Arzt es unterlässt, den Patienten darüber aufzuklären, dass er nach einer Penicillin-Behandlung nicht Auto fahren darf. Auch wenn hier ein Entscheidungskonflikt vorläge, trüge der Arzt die Verantwortung dafür, dass der Patient das Auto nicht verwendet. Diese Verantwortung könne er nur durch entsprechende Aufklärung abwenden.<sup>84</sup>

An dieser Lehre ist kritisiert worden, dass im Einzelfall die Abgrenzung schwer zu ziehen sei, etwa weil viele Aufklärungspflichten einen Erfolg bezweckten, aber gleichwohl den Entscheidungskonflikt in sich trügen.<sup>85</sup> So wollen nahezu alle ärztlichen Aufklärungspflichten dem Patienten die Möglichkeit einräumen, dass sich der Erfolg nicht realisiert. Ein Entscheidungskonflikt besteht im Zweifel weiterhin. Mit diesem Ansatz lässt sich etwa auch die Problematik der Finanztermingeschäfte nicht lösen. Hier forderte die Literatur bisher eine Beweislastumkehr, obwohl ein Entscheidungskonflikt vorlag.<sup>86</sup> Beim Bör-

<sup>81</sup> BGH, Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, WM 2012, 1137.

<sup>82</sup> S. oben Fn. 4 und 8.

<sup>83</sup> Stoll, AcP 176 (1976), 145, 160; BGH, Urt. v. 2.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630 – Sterilisation; BGH, Urt. v. 8.6.1989, III ZR 63/88, NJW 1989, 2946; BGH, Urt. v. 6.12.2001, IX ZR 124/00, NJW 2002, 593; So auch Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 280 Rn. 39.

<sup>84</sup> Stoll, AcP 176 (1976), 145, 160.

<sup>85</sup> In diese Richtung bereits H. Roth, ZHR 154 (1990), 513, 530.

<sup>86</sup> G. Roth, in: KK-WpHG, 2007, § 37d Rn. 176; Zimmer, in: KMRK, 3. Aufl. 2004, § 37d Rn. 87.

senprospekt wird ebenfalls die Kausalität bejaht, obwohl sich der Anleger etwa nach einer ausreichenden Beratung anders entscheiden kann.

### 2.5.2 Vertragsvereitelung bei wesentlicher Informationsverletzung

Wesentliche Informationsverpflichtungen sind solche, bei denen durch Informationspflichtverletzung der Vertragszweck vereitelt werden kann. Ist die Pflichtverletzung besonders groß, wird im Zweifel die Frage des Entscheidungskonfliktes zurücktreten. Mit anderen Worten wird dem Kläger mit einem Schadenersatzanspruch auch dann geholfen, wenn er sich eigentlich auch anders hätte entscheiden können. Das zeigt sich recht klar an der CMS Spread Ladder Swap-Entscheidung des BGH. Obwohl die Klägerin Prokuristin und Volkswirtin war, wurde ihr Rechtsschutz zuteil.<sup>87</sup> Im Ergebnis war schon der Vertragszweck vereitelt. Systematisch lässt sich vortragen, dass auch in den Fällen einer gesetzlich angeordneten Beweislastumkehr der Fehler nur dann rechtlich relevant ist, wenn wesentliche Angaben unrichtig oder unvollständig sind.<sup>88</sup> In § 127 InvG präzisiert der Gesetzgeber solche Angaben als rechtlich relevant für die Haftung, die für die „Beurteilung der Anteile von wesentlicher Bedeutung“ sind.

### 2.5.3 Vertragsvereitelung bei schwerwiegendem Interessenskonflikt

In der Literatur möchte man die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ allenfalls dann anwenden, wenn nicht aufgeklärt wurde und die Vergütung überhöht ist.<sup>89</sup> Das soll vorliegen, wenn der Vertragszweck vereitelt würde oder der wirtschaftliche Sinn der Vermögensanlage entfiele, etwa weil die Rentabilität ernsthaft fraglich wäre. Hierfür wird eine Rückvergütung von 15% genannt.<sup>90</sup> Zudem wird man eine Kausalität bejahen müssen, wenn für die Beratung schon gezahlt wurde, weil der Anleger dann mit weiterem Provisionsinteresse nicht zu rechnen braucht.<sup>91</sup> Umgekehrt gehören unwesentliche oder weniger schwerwie-

<sup>87</sup> BGH, Urt. v. 22.3.2011, XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 25 – Deutsche Bank CMS Spread Ladder Swap.

<sup>88</sup> § 45 Abs. 1 S. 1 BörsG; § 12 Abs. 1 WpÜG.

<sup>89</sup> Möllers/Wenninger, LMK 2007, 220857; in diese Richtung tendiert auch Casper, ZIP 2009, 2409, 2417.

<sup>90</sup> Vgl. Herresthal, ZBB 2009, 348, 359; BGH, Urt. v. 28.7.2005, III ZR 290/04, NJW 2005, 3208, 3210.

<sup>91</sup> Habersack, in: Bankrechtstag 2010, 2011, S. 3, 35.

gende Interessenskonflikte, bei denen man zudem davon ausgehen muss, dass der Anleger sie kennt, nicht zu Umständen, die den Vertragszweck vereiteln. So ist ein solcher Konflikt abzulehnen, wenn die Aufklärung nur hinsichtlich des Interessenkonflikts der Bank, nicht aber über das Risiko der Anlage fehlerhaft ist.<sup>92</sup>

#### 2.5.4 Kenntnis und Wille des Anlegers als subjektive haftungsausschließende Indizien

In der Rechtsprechung findet sich zum Teil die Formulierung, dass der Maßstab, ob der Aufklärungsberechtigte vernünftigerweise nur eine Entscheidungsmöglichkeit hatte und damit kein Entscheidungskonflikt vorlag, objektiv zu bestimmen sei.<sup>93</sup> Diese Ansicht ist jedoch als zu einseitig abzulehnen. Schon der BGH hat in der Bond-Entscheidung verlangt, dass die Beratung anlage- und anlegergerecht zu erfolgen hat.<sup>94</sup> Damit kommt der Perspektive des Anlegers ein entscheidender Parameter zu, um die Beratungstiefe zu umschreiben.

Damit kann es vorkommen, dass das Anlageobjekt zwar objektiv eine Beratung verlangt, der Anleger aber nicht schutzbedürftig ist. Grundsätzlich ist der Anleger dann nicht schutzbedürftig, wenn er die unterbliebene Information bereits kennt. Bei Kenntnis ist eine entsprechende Information überflüssig.<sup>95</sup> Konsequenterweise lässt der Gesetzgeber bei der gesetzlich angeordneten Beweislastumkehr der Prospekthaftung diesen Gegenbeweis auch zu: Eine Haftung scheidet aus, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Prospektes kannte, § 23 Abs. 2 Nr. 3 WpPG.<sup>96</sup> Diese gesetzgeberische Wertung lässt sich auf klassische Beratungsfälle übertragen. Die Aufklärungspflicht verfolgt hier denselben Zweck wie bei der Prospekthaftung und verliert an Relevanz, wenn der Anleger bereits informiert ist. Vergleichbares muss gelten, wenn der Anleger seine Entscheidung unabhängig von der Aufklärung trifft. Denn auch dann war die fehlende Aufklärung für den Erwerb des Wertpapiers nicht kausal. Auch hier zeigt der Gesetzgeber die Richtung auf, wenn er in § 23 Abs. 1 S. 1 WpPG formuliert,

<sup>92</sup> Casper, ZIP 2009, 2409, 2416.

<sup>93</sup> BGH, Urt. v. 30.9.1993, IX ZR 73/93, BGH, WM 1994, 127.

<sup>94</sup> BGH, Urt. v. 6.7.1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126.

<sup>95</sup> Schäfer, in: FS Immenga, 2005, S. 689, 700; für die Frage des § 37d s. G. Roth, in: KK-WpHG, 2007, § 37d Rn. 173.

<sup>96</sup> Vormals § 45 Abs. 1 Nr. 3 BörsG. Vergleichbares gilt auch für das Prospekt bei einer Übernahme, s. § 12 Abs. 3 Nr. 2 WpÜG.

dass die Wertpapiere nicht auf Grund des Prospektes erworben wurden.<sup>97</sup> Schließlich ist der risikobereite Anleger nicht schutzwürdig, wenn er eine risikoreiche Anlage kauft und sich (nur) das in der Anlage steckende Risiko realisiert.<sup>98</sup>

### 3 Die unterschiedlichen Lösungsansätze auf Beweisebene

In einem dritten Schritt lässt sich nun fragen, wie diese Überlegungen beweisrechtlich umzusetzen sind.

#### 3.1 Anscheinsbeweis (IX. Senat)

Der Anscheinsbeweis setzt einen typischen Geschehensablauf voraus, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder Folge hinweist und derart gewöhnlich und üblich erscheint, dass die besonderen Umstände des Einzelfalls in ihrer Bedeutung zurücktreten.<sup>99</sup> Der Anscheinsbeweis gehört zur freien Beweiswürdigung des Gerichts gem. § 286 ZPO. Ist der Anscheinsbeweis gelungen, muss der Gegner nicht das Gegenteil beweisen, sondern nur einen Sachverhalt vortragen, aus dem sich die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ergibt.<sup>100</sup> Gegen die Anwendung der Figur des Anscheinsbeweises in Bezug auf die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ spricht, dass innere Tatsachen nicht auf einem typischen Geschehensablauf beruhen.<sup>101</sup> Willensentschlüsse sind dem Anscheinsbeweis daher grundsätzlich nicht zugänglich.<sup>102</sup> Zimmer kritisiert, dass der Anscheinsbeweis bei unterlassener Ausgabe des Informationsblattes bei Finanztermingeschäften nach § 37d WpHG a.F. nicht greift, denn der Anleger solle nur in die

<sup>97</sup> Vormals § 45 Abs. 1 Nr. 1 BörsG., für das Übernahme Prospekt § 12 Abs. 3 Nr. 1 WpÜG.

<sup>98</sup> BGH, Urt. v. 13.7.2004, XI ZR 178/03, WM 2004, 1774 – Indexzertifikate m. Anm. Möllers.

<sup>99</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.6.1993, 2 BvR 459/93, NJW 1993, 2165; BGH, Urt. v. 4.12.2000, II ZR 293/99, NJW 2001, 1140, 1141; Musielak/Foerste, ZPO, 9. Aufl. 2012, § 286, Rn. 23.

<sup>100</sup> BGH, Urt. v. 3.7.1990, VI ZR 239/89, NJW 1991, 230, 231; Dieckmann, WM 2011, 1153, 1154.

<sup>101</sup> BGH, Urt. v. 3.7.1990, VI ZR 239/89, BGHZ 31, 351, 357; BGH, Urt. v. 20.9.1968, V ZR 137/65, NJW 1968, 2139; BGH, Urt. v. 18.3.1984, BGHZ 100, 214, 216 – Freitod; Stackmann, NJW 2009, 3265, 3268; für das österreichische Recht s. Kodek, ÖBA 2012, 11, 23.

<sup>102</sup> Pritting, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. 2008, § 286 Rn. 79.

Lage versetzt werden, eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen. Es bestehe ein klassischer Entscheidungskonflikt, weil nicht zwingend ist, dass der Anleger nach Lektüre des Informationsblattes von der Anlage Abstand genommen hätte.<sup>103</sup>

Ein Anscheinsbeweis soll dann aber möglich sein, wenn aus Sicht eines vernünftigen Dritten nur eine Entscheidung des Beratenen möglich oder sinnvoll erscheint.<sup>104</sup> Mit anderen Worten gibt es zahlreiche Situationen, bei denen ein Standardverhalten wahrscheinlich ist.<sup>105</sup>

### 3.2 Beweislastumkehr und fehlender Entscheidungskonflikt

Gegen die Beweislastumkehr lässt sich einwenden, sie sei überflüssig, weil in den Fällen, in denen sich ein vernünftiger Anleger nur für das aufklärungsrechte Verhalten entschieden hätte, dem Anleger üblicherweise mit dem Anscheinsbeweis geholfen werden kann.<sup>106</sup> Zudem dürfe der Richter die Beweislast nicht einzelfallbezogen, sondern ausschließlich aufgrund einer allgemeingültigen Regel umkehren.<sup>107</sup> Damit würde die auf die Typizität eines bestimmten Geschehensablaufs gegründete Beweisregel keine volle Beweislastumkehr rechtfertigen.<sup>108</sup> Gegen die Bejahung einer Beweislastumkehr spricht vor allem, dass sich der Kläger eigentlich nicht daher in Beweisnot befindet, weil die zu beweisende Tatsache in der Sphäre des Beklagten liegt. Damit unterscheidet sich dieser Fall von den sonstigen Fällen, in denen die Rechtsprechung die Beweislastumkehr bejaht.<sup>109</sup> Selbst in den Arzthaftungsfällen wird grundsätzlich keine Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität vorgenommen.<sup>110</sup> Die Beweislastumkehr ist vor allem dann überschießend, wenn der Kläger die Anlage trotz Aufklärungsmangel sicher gekauft hätte.<sup>111</sup> Damit besteht

**103** Zimmer, in: KMRK, 3. Aufl. 2004, vor § 37d Rn. 84 ff.

**104** Stackmann, NJW 2009, 3265, 3268.

**105** Grunewald, ZIP 1994, 1162, 1165; Zimmer, in: KMRK, 3. Aufl. 2004, vor § 37d Rn. 84.

**106** G. Roth, ZHR 154 (1990), 513, 528; Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 20; Herresthal, ZBB 2009, 348, 358; Zimmer, in: KMRK, 3. Aufl. 2004, vor § 37d Rn. 87.

**107** Prütting, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. 2008, § 286 Rn. 123; Musielak/Foerste, ZPO, 9. Aufl. 2012, § 286, Rn. 37; Dieckmann, WM 2011, 1153, 1154.

**108** So bereits BGH Urt. v. 30.9.1993, XI ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 315 – Beweislast für beratungsgemäßes Handeln.

**109** Medicus, in: FS Picker, 2010, S. 610, 620.

**110** S. oben 2.1.1.

**111** Ebenso Canaris, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 19 f.

die Gefahr, dass zugunsten des Klägers das Marktrisiko einseitig auf die Bank abgewälzt wird.<sup>112</sup>

### 3.3 Reduzierung des Beweismaßes als Alternativkonzept

#### 3.3.1 Anforderungen an die Beweisführung des Klägers

Das Problem liegt auf der Ebene der Beweiswürdigung,<sup>113</sup> in der das Gericht gemäß § 286 Abs. 1 ZPO frei ist. Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr haben die gerade genannten Schwächen. Als Mittelweg erscheint es denkbar, die Anforderungen an den Vollbeweis zu senken und dem Kläger nur die Verpflichtung aufzuerlegen, die Kausalität substantiiert vorzutragen. Damit würde man auf die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ verzichten, aber die Vorgaben an die Beweiserbringung senken. Statt einer Beweislast zugunsten des Klägers umzukehren, wie es der BGH bejaht, könnte man das Beweismaß senken. Damit wäre für das Vorbringen des Klägers nicht die volle Beweislast erforderlich, sondern es würde ausreichen, dass der Kläger substantiiert vorträgt bzw. der Beklagte substantiiert bestreitet. Einen ähnlichen Maßstab setzt der BGH in der Entscheidung über die Geburt eines Kindes mit Down-Syndrom an, wenn er verlangt, dass die Entscheidung des Klägers „nachvollziehbar und plausibel erscheint“.<sup>114</sup> Das heißt umgekehrt aber auch, dass schlichtes Behaupten regelmäßig für das Klägervorbringen nicht ausreicht.

Im ersten Schritt hätte der Anleger substantiiert vorzutragen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung von der Anlage Abstand genommen hätte oder aber bei einer anderen Investition bzw. Entscheidung keinen oder einen geringeren Schaden erlitten hätte. Die hypothetische Kausalität ist zu bejahen, wenn über wesentliche Information nicht aufgeklärt wurde und so etwa der Vertragszweck vereitelt wurde, wie dies bei einer Äquivalenzstörung oder einem schwerwiegenden Interessenkonflikt der Fall ist. Aus der subjektiven Perspektive des Anlegers ist ein Anspruch zu verneinen, wenn der Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit trotz Aufklärung eingetreten wäre. Sodann ist nach differenzierenden Fallgruppen zu suchen: Der geschädigte Anleger soll etwa grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch durchsetzen können, wenn er wertlose

<sup>112</sup> S. oben 2.3.3.

<sup>113</sup> *Medicus*, in: FS Picker, 2010, S. 619, 622; *Piekenbrock*, WM 2012, 429, 433.

<sup>114</sup> BGH, Urt. v. 22.11.1983, VI ZR 85/82, BGHZ 89, 95, 103; zustimmend *Stodolkowitz*, VersR 1994, 11.

Optionen erwirbt oder ein schwerwiegender Interessenkonflikt besteht, nicht dagegen im Rahmen reiner Steuersparmodelle oder – so die Literatur – im Falle der unterlassenen Aufklärung über Innenprovisionen (Kick-backs). Zudem kann ein Dritter vernommen werden, soweit der Anleger dem Dritten gegenüber seine Absichten geäußert hat.<sup>115</sup> Schließlich bleibt dem geschädigten Anleger die Möglichkeit, seine Ansprüche (etwa an seinen Rechtsanwalt) abzutreten und im folgenden Prozess zwischen Zessionar und Bank als Zeuge aufzutreten.<sup>116</sup>

### 3.3.2 Anforderungen an den substantiierten Vortrag des Beklagten

Für die Beweisnot des Anlegers gilt ferner, dass sie durch eine Beweislastumkehr zwar behoben wird, dies aber umgekehrt zu einer Beweisnot des Aufklärungspflichtigen führt.<sup>117</sup> Die Hürde ist dann noch höher, weil es ja um die innere Einstellung des Kunden – und damit der Gegenpartei – geht.<sup>118</sup> In Deutschland besteht die Möglichkeit der Parteivernehmung von Amts wegen gem. § 448 ZPO. Diese verlangt allerdings, dass bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitgegenständlichen Behauptung spricht.<sup>119</sup> Eine Parteivernehmung kann außerdem auf Antrag bzw. mit Zustimmung der Gegenpartei erfolgen, §§ 445 Abs. 1, 447 ZPO. Besondere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit bestehen dann nicht.<sup>120</sup> Die Subsidiarität der Parteivernehmung<sup>121</sup> spielt in den behandelten Fällen wohl regelmäßig ebenfalls keine Rolle, da keine anderen Beweismittel zur Verfügung stehen werden.

Damit steht dem Aufklärungsverpflichteten in einem zweiten Schritt die Möglichkeit offen, vorzutragen, dass der Schaden auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingetreten wäre, etwa weil der Anleger mit hoher Wahrscheinlich-

<sup>115</sup> *Sethe*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. 2012 § 37b, c Rn. 147.

<sup>116</sup> Diese Möglichkeit besteht und ist nicht rechtsmissbräuchlich, s. OLG München, Urt. v. 1.10.2002, 30 U 855/01, ZIP 2002, 1989; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.3.2005, 1 U 149/04, NZG 2005, 516 – Comroad; *Möllers/Leisch*, WpHG, 2007, §§ 37b, c Rn. 335; *Rotter*, in: Möllers/Rotter, Ad-hoc-Publizität, 2003, § 18 Rn. 426.

<sup>117</sup> *Stodolkowitz*, VersR 1994, 11, 13; *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978, S. 158 f.; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 75; *Lieb*, in: FS Universität Köln, 1988, S. 251, 265; *Grunewald*, AcP 190 (1990) 609, 615.

<sup>118</sup> BGH, Urt. v. 30.9.1993, IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 314 – Steuerlast. S. auch oben 2.3.1.

<sup>119</sup> Vertiefend BGH, Urt. v. 19.7.2004, II ZR 218/03, BGHZ 160, 134, 147 f. – Infomatec II; *Möllers/Leisch*, WpHG, 2007, §§ 37b, c Rn. 334; *Zöllner/Greger*, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 448 ZPO Rn. 2a; *Rotter/Placzek*, Bankrecht, 2009, § 19 Rn. 27.

<sup>120</sup> *Schreiber*, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. 2008, § 445 Rn. 6.

<sup>121</sup> *Schreiber*, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. 2008, § 445 Rn. 6.

keit eine ebenso risikobehaftete Entscheidung getroffen hätte. Der Kläger bzw. Beklagte kann sein Vorbringen substantiieren, indem er objektive und subjektive Indizien benennt. Diese sind für die Beweiswürdigung relevant, ob der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung eine Entscheidung getroffen hätte, bei welcher er den Schaden hätte vermeiden können oder dieser geringer ausgefallen wäre. Schließlich dienen die Kriterien dazu, dem Schädiger ein substantiiertes Bestreiten zu ermöglichen, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit der Schaden auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingetreten wäre.

### 3.3.3 Rechtsvergleichender Überblick – Österreich und die Schweiz

Die soeben dargestellte Lösung entspricht interessanterweise der Rechtslage in Österreich. Anders als die verschiedenen Senate des BGH geht die neuere Rechtsprechung in Österreich grundsätzlich von der Beweislast des Geschädigten aus, weil dieser beweisnäher ist als der Schädiger.<sup>122</sup> Auch das schweizerische Recht kennt die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ nicht.<sup>123</sup> So hat der österreichische OGH eine Beweislastumkehr zugunsten des Klägers ausdrücklich abgelehnt, in einem zweiten Schritt die Beweisanforderungen zu seinen Gunsten aber gesenkt, so dass er nur noch plausibel vortragen muss, dass der Schaden durch die fehlerhafte Beratung eingetreten ist.<sup>124</sup> Plausibles Darlegen soll also genügen,<sup>125</sup> sodass der Beweis schon bei Belegen einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit erbracht wäre.<sup>126</sup> In Österreich wird vorgetragen, dass der Beweis des hypothetischen Alternativverhaltens für den Kläger zumutbar sei, weil er schließlich als Partei vernommen werden könne.<sup>127</sup> In einem

<sup>122</sup> OGH, Urt. v. 20.10.2004, Gz. 7 Ob 220/04k, zustimmend *Kodek*, ÖBA 2012, 11, 22.

<sup>123</sup> BGer 4A\_168/2008, E.2.7, BGE 124 III 155, E.3.d); *Sethe*, AcP 212 (2012), 80, 147. Allerdings ist der Effektenhändler verpflichtet, die Beratung zu dokumentieren; unterlässt er dies, ist dies bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, *Gutzwiller*, AJP 2004, 411, 416; *Sethe*, AcP 212 (2012), 80, 148.

<sup>124</sup> OGH, Urt. v. 28.1.2011, Gz. 6Ob231/10d, ÖBA 2011, 1729, 513; OGH, Urt. v. 30.3.2011, Gz. 7Ob77/10i, ÖBA 2011, 1724, 501; zustimmend *Dullinger*, JBl. 2011, 693, 696.

<sup>125</sup> OGH, Urt. v. 28.1.2011, ÖBA 2011, 1729 unter 5.2: „Der Geschädigte hat daher (lediglich) ein Vorbringen zu erstatten, mit dem die Verursachung eines Schadens plausibel gemacht wird“; OGH, Urt. v. 30.3.2011, ÖBA 2011, 1724 unter II.3.1.2: „Die Problematik der Beweisbarkeit des bloß hypothetischen Kausalverlaufs trägt die Judikatur dadurch Rechnung, als daran nicht so strenge Anforderungen gestellt werden.“

<sup>126</sup> Zustimmend *Dullinger*, JBl. 2011, 693, 696; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 718, 729.

<sup>127</sup> *Kodek*, ÖBA 2012, 11, 23 der darin einen Unterschied zum deutschen Recht sieht.



zweiten Schritt müsse der Schädiger dann nachweisen, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlich sei.<sup>128</sup>

## 4 Zusammenfassung und Ausblick

### 4.1 Beweislastumkehr ohne Entscheidungskonflikt als Voraussetzung - die Rechtsprechungsänderung des XI. Senates in XI ZR 262/10

#### 4.1.1 Aufgabe des Kriteriums des fehlenden Entscheidungskonfliktes

An dem Urteil XI ZR 262/10 positiv zu werten ist sicherlich, dass der XI. Senat künftig darauf verzichtet, dass eine Beweislastumkehr nur eintreten soll, wenn kein Entscheidungskonflikt vorliegt. Ein Verzicht auf diese Voraussetzung ist schon deshalb sinnvoll, weil die bisherige Rechtsprechung des XI. Senates nur bedingt überzeugte. Bereits theoretisch war eine Beweislastumkehr wenig nachvollziehbar, da sie zugleich mit der hohen Hürde verbunden war, nur dann zu gelten, wenn nur eine Entscheidungsmöglichkeit des Kunden sich aufdrängte. Rein praktisch gab sie dem Kläger letztlich Steine statt Brot, da ein Anspruch mit der Vorgabe, die Beweislastumkehr lediglich dann zu gewähren, wenn sich der Kläger nur aufklärungsgemäß verhalten konnte, oft scheiterte.<sup>129</sup> Mit einer Beweislastumkehr wird der BGH nun dem schon immer vorgetragenen Regelungszweck gerecht, dass eine Aufklärungspflichtverletzung auch mit einem Schadenersatzanspruch durchgesetzt werden kann<sup>130</sup>, ohne dass der Kausalitätsbeweis dem entgegensteht. Mit dem Verzicht auf die Voraussetzung des fehlenden Entscheidungskonfliktes werden die Rechte des Klägers deutlich gestärkt, weil nun immer von einer Beweislastumkehr zugunsten des Klägers auszugehen ist. Dass der BGH früher trotz des Entscheidungskonfliktes die „Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens“ bejahte, wurde ihm von der

<sup>128</sup> OGH, Urt. v. 28.1.2011, Gz. 6Ob231/10d, ÖBA 2011, 1729, 513; OGH, Urt. v. 30.3.2011, Gz. 7Ob77/10i, ÖBA 2011, 1724, 501; zustimmend *Dullinger*, JBl. 2011, 693, 696.

<sup>129</sup> *Canaris*, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 12: „dass die Vermutung von den anderen Senaten nahezu völlig abgebaut worden ist“; Zimmer, in: KMRK, 3. Aufl. 2004, § 37d Rn. 87; *G. Roth*, in: KK-WpHG, 2007, § 37d Rn. 195; positiver aber *Andres*, BKR 2011, 277, 279. S. oben 2.3.2.

<sup>130</sup> S. oben 2.2.2. Der BGH beruft sich hier ausdrücklich auf *H. Roth*, ZHR 154 (1990), 513, 530 ff.; *Canaris*, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 21 ff.

Literatur mit deutlichen Worten vorgeworfen.<sup>131</sup> Mit der Aufgabe dieser Voraussetzung wird die frühere Ungereimtheit aufgehoben und die Kick-Back-Fälle nun stimmig sind, weil in diesen Fällen oft ein Entscheidungskonflikt vorliegt. Schließlich hat der XI. Senat, wie er selbst betont, seinen Konflikt mit den anderen Senaten aufgegeben.<sup>132</sup>

Allerdings „glättet“ der XI. Senat seine Argumentation doch nicht unwesentlich: Zum einen behauptet er, die beklagte Bank hätte den Entscheidungskonflikt darzutun.<sup>133</sup> Tatsächlich lag diese Pflicht, wenn man mit dem VII. Senat nur einen Anscheinsbeweis bejaht, regelmäßig auf Seiten des Klägers<sup>134</sup>, so dass der vom XI. Senat vorgetragene Widerspruch zum Arzthaftungsrecht so nicht zutrifft. Zum anderen soll nach Ansicht des XI. Senates überhaupt nur in zwei „Ausnahmefällen“ ein solcher Entscheidungskonflikt bejaht worden sein.<sup>135</sup> Er unterschlägt damit aber die Rechtsprechung des VII. Senates, der in zahlreichen weiteren Fällen einen solchen Entscheidungskonflikt bejahte<sup>136</sup> und gerade umgekehrt die Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens als Ausnahme bezeichnete.<sup>137</sup>

#### 4.1.2 Indizien zur Substantiierung des Beweisantrages der beklagten Bank

In einem eigenen Teil der Entscheidung hebt der BGH die Beweiswürdigung der Vorinstanz auf, welche die Beweisanträge der beklagten Bank für unerheblich erachtet hatte. Der BGH präzisiert insoweit die Substantiierungspflicht des Beweisantrages. So reicht es für den Antrag der beklagten Bank auf Vernehmung des Klägers als Partei gem. § 445 Abs. 1 ZPO aus, wenn der Beklagte vorträgt, warum die Pflichtverletzung nicht kausal für den Schaden war. Eine unzulässige Ausforschung liege nicht vor, wenn der Beklagte Anhaltspunkte vortrage, welche einzeln oder in ihrer Gesamtschau die Pflichtverletzung für den Schaden

<sup>131</sup> S. oben 1.2. und II.4.e). S. auch *Piekenbrock*, WM 2012, 429, 433: „Das passt nicht zusammen.“

<sup>132</sup> S. oben 2.3.2.

<sup>133</sup> BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 31.

<sup>134</sup> S. unten Fn. 136.

<sup>135</sup> BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 32; s. oben Fn. 62.

<sup>136</sup> Etwa BGH, Urt. v. 30.9.1993, IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 314 – Ausscheiden aus der Gesellschaft; BGH, Urt. v. 18.5.2006, XI ZR 53/05, WM 2006, 1736 Rn. 15 – Kirchensteuer; BGH, Urt. v. 5.2.2009, IX ZR 6/06, NJW 2009, 715 Rn. 10 – Verkauf eines Grundstückes.

<sup>137</sup> BGH, Urt. v. 18.5.2006, XI ZR 53/05, WM 2006, 1736 Rn. 15 – Kirchensteuer; BGH, Urt. v. 5.2.2009, IX ZR 6/06, WM 2009, 715 Rn. 13.

nicht kausal erscheinen lassen, weil der Kläger auch bei Kenntnis der Rückvergütung die Anlage gezeichnet hätte. Dafür spreche das Anlageziel und die bereits früher in Kenntnis der Provision gezeichnete Beteiligung.<sup>138</sup> Der Tatrichter habe insoweit in die Beweisaufnahme einzutreten, unabhängig davon, wie wahrscheinlich das Vorbringen sei.<sup>139</sup>

An der Entscheidung positiv hervorzuheben sind zudem die umfangreichen Ausführungen zur Beweiswürdigung des Sachvortrages der beklagten Bank. Künftig hat das erstinstanzliche Gericht das Vorbringen umfangreich zu würdigen und bereits dann den Kläger und die Beklagte als Partei zu vernehmen, wenn die Bank Indizien vorbringt, wonach der Kläger auch bei entsprechender Belehrung die Anlage erworben hätte. Die zwei vorgetragenen Indizien, dass der Kläger schon früher trotz Kenntnis der hohen Provision die Anlage erworben hatte und dass bestimmte renditestarke Anlageobjekte nur mit einer entsprechend hohen Provision am Markt zu erwerben sind<sup>140</sup>, sind dabei durchaus überzeugend und stimmen mit den oben herausgearbeiteten Fallgruppen überein<sup>141</sup>.

Erfreulich an der Entscheidung ist vor allem der Umstand, dass der XI. Senat nicht nur die Rechte des Klägers stärkt, sondern auch die der beklagten Bank. Damit vermeidet er es, einseitig nur auf die Interessen einer Partei abzustellen. Ein einseitiges Abstellen auf eine Beweislastumkehr hätte die Gefahr heraufbeschworen, dass der Kläger ein unzulässiges Reurecht geltend macht und damit das Marktrisiko auf die beklagte Bank abwälzt.<sup>142</sup> Insoweit zielt die Entscheidung darauf ab, mit einer eindeutigen Beweislastverteilung Kläger und Beklagten klare Vorgaben an die Substantiierungslast ihres Vorbringens im Prozess an die Hand zu geben.

**138** BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 41.

**139** BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 43.

**140** BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 53.

**141** S. oben 2.4.4 und 2.5.3.

**142** *Herresthal*, ZBB 2009, 348, 359; *Andres*, BKR 2011, 277, 280; *Habersack*, in: Bankrechtstag 2010, 2011, S. 3, 35; vorher schon *Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 77 ff., *Canaris*, in: FS Hadding 2004, S. 3, 19 und oben 2.3.

## 4.2 Lücken und Unterschiede zu der Entscheidung XI ZR 262/10

### 4.2.1 Fehlende Auseinandersetzung mit dem IX. Senat – Schwächen der Beweislastumkehr auf materieller Ebene

Der IX. Senat geht in ständiger Rechtsprechung von einem Anscheinsbeweis aus<sup>143</sup>. Der XI. Senat betont stattdessen die Beweislastumkehr zugunsten des Klägers und begünstigt damit den Kläger deutlich stärker als die Vertreter der anderen Ansichten. Der durchaus mit deutlichen Worten geführte Streit zwischen den Senaten wird in dem Urteil XI ZR 262/10 galant umgangen. Stattdessen wird nur eine Literaturstelle als gegenteilige Ansicht erwähnt.<sup>144</sup> Die Argumente, die gegen die Bejahung einer Beweislastumkehr sprechen, wurden oben vorgetragen.<sup>145</sup> Damit unterscheidet sich dieser Fall von den sonstigen Fällen, in denen die Rechtsprechung die Beweislastumkehr bejaht. Selbst in den Arzthaftungshaftungsfällen wird grundsätzlich keine Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität vorgenommen.<sup>146</sup> Die Beweislastumkehr ist vor allem dann überschießend, wenn der Kläger die Anlage trotz Aufklärungsmangel sicher gekauft hätte.<sup>147</sup>

### 4.2.2 Schwächen der Beweislastumkehr aus prozessualer Sicht

Die „Waffengleichheit“ zwischen Kunden und Berater hängt damit entscheidend von der Bereitschaft der Instanzgerichte ab, dem Antrag der Bank durch Parteivernehmung ernsthaft nachzugehen. Dabei ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass eine nicht ausdrückliche Aufklärung über die Provisionen einen Schadenersatzanspruch nach sich ziehen wird, obwohl der Kunde die Anlage auf jeden Fall gezeichnet hätte.<sup>148</sup> Sollte sich zeigen, dass die Ausgangs-

<sup>143</sup> S. oben Fn. 3 und 2.4.4.

<sup>144</sup> BGH, Urt. v. 8.5.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 29 unter Hinweis auf *Piekenbrock*, WM 2012, 429, 439 als andere Ansicht.

<sup>145</sup> S. oben 3.2.

<sup>146</sup> S. oben 2.1.1.

<sup>147</sup> Ebenso *Canaris*, in: FS Hadding, 2004, S. 3, 19 f.

<sup>148</sup> Dafür spricht, dass die Höhe der Provision nicht relevant für Kausalität sein soll, s. *Ellenberger*, in: *Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang*, *Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft*, 3. Aufl. 2010, E., Rn. 955. Der österreichische OGH lehnt insoweit bei Kick-Back-Fällen auch eine Beweislastumkehr ab, s. OGH, Urt. v. 14.12.2011, ÖBA 2012, 1815.

gerichte nicht bereit sind, den Weg des BGH zu gehen, wäre die Beweislastumkehr zulasten des Aufklärungspflichtigen überschießend und unbillig.<sup>149</sup> Die Ansicht des IX. Senates oder die vorgestellte Fallgruppenbildung, die bereits in einem ersten Schritt die Substantiierungspflicht beim Kläger belässt, aber die volle Beweislast abmildert und damit eine pauschale Beweislastumkehr vermeidet, wären dann der gerechtere Weg.

---

149 S. oben 2.3.3.