

CB-ENTSCHEIDUNG

BGH: Keine Zurechnung des als Aufsichtsratsmitglied erlangten Wissens eines Prokuristen gegenüber der Bank

BGH, Urteil vom 26.4.2016 – XI ZR 108/15

ECLI:DE:BGH:2016:260416UXIZR108.15.0

AMTLICHE LEITSÄTZE

- a) **Einer Bank kann das Wissen ihres Prokuristen, das dieser als Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft erlangt hat und das dessen Verschwiegenheitspflicht gem. § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG unterliegt, nicht zugerechnet werden.**
- b) **Ein Mitglied eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft kann nicht im Vorhinein für einen bestimmten Themenbereich generell von der Schweigepflicht entbunden werden.**
- c) **Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft ist nicht befugt, über die Offenbarung vertraulicher Angaben und Geheimnisse zu befinden.**

BGB § 166; AktG §§ 93, 116

CB-Online www.compliance-berater.de
Volltext: CBL2016-260-1

SACHVERHALT

Die Kläger begehren von der Beklagten Schadensersatz wegen behaupteter fehlerhafter Anlageberatung durch Mitarbeiter der inzwischen insolventen A AG.

Die Kläger beantragten am 2. August 2006 über das Wertpapierhandelshaus D AG, der Rechtsvorgängerin der A AG (nachfolgend einheitlich: A AG), bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, einer Direktbank (nachfolgend: Beklagte), die während des Revisionsverfahrens auf die Beklagte verschmolzen worden ist, die Eröffnung eines „Depotkontos unter Einschluss eines Finanzdienstleisters“ (sog. Zins-Plus-Konto). Am selben Tag unterzeichneten die Kläger eine Transaktionsvollmacht zugunsten der A AG. Bei dem Zins-Plus-Konto handelte es sich um ein Tagesgeldkonto mit einer jährlichen Verzinsung der Einlage von 4,5%, das zwingend mit einem Depotvertrag zur etwaigen Einbuchung von Wertpapieren verbunden war. Der Vertragszins von 4,5% lag über dem Marktzins. Zwischen der A AG und der Beklagten war vereinbart, dass in ihrem Verhältnis die Beklagte lediglich den Marktzins zu zahlen hatte und die A AG die Differenz zu den an die Kunden zu zahlenden 4,5% an die Beklagte zahlen musste. Im Kontoeröffnungsantrag vom 2. August 2006 heißt es auszugsweise:

„V. Ausschluss der Anlageberatung

Die ... bank erfüllt lediglich ihre gesetzlichen Aufklärungs- und

Erkundigungspflichten und führt Aufträge aus. Die ... bank spricht weder Empfehlungen für den Kauf oder Verkauf von Wertpapieren aus noch bietet die Bank Beratungsleistungen.“

In der der A AG eingeräumten Transaktionsvollmacht vom gleichen Tag heißt es weiter:

„1. Ausschluss der Anlageberatung durch die ... bank; keine Prüfung von Transaktionen des/der Bevollmächtigten

Im Rahmen dieser Geschäftsbeziehung erfüllt die ... bank lediglich ihre gesetzlichen Aufklärungs- und Erkundigungspflichten und führt Aufträge aus. Die ... bank gibt weder Empfehlungen für den Kauf oder Verkauf von Wertpapieren noch bietet sie Beratungsleistungen. Auf Beratungsleistungen und Anlageentscheidungen des/der Bevollmächtigte/n hat die ... bank keinen Einfluss; die im Rahmen der Rechtsbeziehung Kunde-Bevollmächtigte/r gemachten Angaben und Vorgaben kennt die ... regelmässig nicht. Die ... bank kontrolliert daher nicht die Einhaltung von Anlagevorgaben des/der Kunden gegenüber dem/der Bevollmächtigten. Die ... bank ist an Anlageentscheidungen und Vermögensdispositionen nicht beteiligt; sie kann die Einhaltung von Vereinbarungen zur Art und Weise der Vermögensanlage nicht überprüfen.

...

3. Rechtsstellung des/der Bevollmächtigten

Der/die Bevollmächtigte ist nicht zur Abgabe von Erklärungen im Namen der ... bank berechtigt, er/sie wird nicht im Auftrag der ... bank tätig.“

Am 2. August 2006 schlossen die Kläger mit der A AG einen Vermögensverwaltungsvertrag, den sie am 7. April 2008 wieder kündigten. Vor Abschluss des Vertrages wurden die Kläger durch einen Mitarbeiter der A AG beraten.

In der Zeit vom 16. August 2006 bis zum 16. Januar 2009 kaufte die A AG für die Kläger Wertpapiere für insgesamt 34.752,64 €, u. a. die folgenden:

- Inhaber-Teilschuldverschreibungen der H im Nennwert von 4.000 € am 7. April 2008 zu 3.911,15 €
- Inhaber-Teilschuldverschreibungen der Ko AG im Nennwert von 4.000 € am 7. April 2008 zu 4.027,87 €
- Inhaber-Genussscheine der D AG im Nennwert von 4.200 € am 7. April 2008 zu 4.496,60 €

Nach zwischenzeitlichem Verkauf eines Teils der Wertpapiere für 16.151,26 € verlangen die Kläger unter Anrechnung von Ausschüttungen i. H. v. 849,83 € im Wege des Schadensersatzes zuletzt noch Zahlung von 17.751,55 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung der dazugehörigen Wertpapiere, die Zahlung entgangener Anlagezinsen i. H. v. 3.339,85 € nebst Zinsen sowie die Feststellung des

Annahmeverzugs. Hierbei berufen sie sich auf Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen der A AG, für die die Beklagte ihrer Ansicht nach aus verschiedenen Rechtsgründen einzustehen habe.

Das LG hat die ursprünglich umfangreichere Klage insoweit durch Teilurteil abgewiesen. Im Berufungsverfahren haben die Kläger die vom LG nicht beschiedenen Anträge und einen Teil der Berufung zurückgenommen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 11.855,69 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der betroffenen Wertpapiere verurteilt, den diesbezüglichen Annahmeverzug der Beklagten festgestellt und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten führte, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist, zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur vollumfänglichen Zurückweisung der Berufung der Kläger.

AUS DEN GRÜNDEN

24 A. ... B. ... II. ... Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen eine Verurteilung der Beklagten zu Schadensersatz aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB nicht.

- **Das Berufungsgericht hat nicht die notwendigen Feststellungen zum objektiven Tatbestand einer nebenvertraglichen Pflichtverletzung der Beklagten aus dem Depotvertrag getroffen**

25 1. Das Berufungsgericht hat es bereits versäumt, die notwendigen Feststellungen zur individuellen Fehlberatung der Kläger bei den streitgegenständlichen Anlagegeschäften und damit zum objektiven Tatbestand einer nebenvertraglichen Pflichtverletzung der Beklagten aus dem Depotvertrag zu treffen.

- **Eine Haftung der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer nebenvertraglichen Warnpflicht setzt als objektives Tatbestandsmerkmal eine fehlerhafte Beratung des Anlegers im konkreten Einzelfall voraus**

26 a) Nur wenn die Kläger bei den konkreten, den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Anlagegeschäften fehlerhaft beraten worden sind, kommt eine Haftung der Beklagten für die entstandenen Schäden unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer nebenvertraglichen Warnpflicht in Betracht. Wie der Senat in seiner Grundsatzentscheidung vom 19. März 2013 (XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 27 [RdF-Entscheidungsreport Schaffelhuber, RdF 2013, 252]) betont hat, besteht eine Warnpflicht als Nebenpflicht nur dann, wenn der Discount-Broker die tatsächliche Fehlberatung des Kunden bei dem in Auftrag gegebenen Wertpapiergeschäft entweder positiv kennt oder wenn diese Fehlberatung aufgrund massiver Verdachtsmomente objektiv evident ist (so auch Senatsurteile vom 12. November 2013 XI ZR 312/12, WM 2014, 24 Rn. 25 [BB-Entscheidungsreport Matschok, BB 2014, 211], vom 4. März 2014 XI ZR 178/12, BKR 2014, 245 Rn. 24 und vom 4. März 2014 XI ZR 313/12, BKR 2014, 203 Rn. 23). Objektives Tatbestandsmerkmal der Warnpflicht einer Direktbank als Nebenpflicht aus dem Depotvertrag ist die fehlerhafte Beratung des Anlegers im konkreten Einzelfall (vgl. hierzu auch Senatsurteile vom 10. Dezember 2013 XI ZR 508/12, WM 2014, 124 Rn. 20f. zur sittenwidrigen Überteuering einer Eigentumswohnung und vom 6. Mai 2008 XI ZR 56/07, BGHZ 176, 281 Rn. 14f. zum Missbrauch der Vertretungsmacht im bargeldlosen Zahlungsverkehr). Wurde der Kunde fehlerfrei und damit ordnungsgemäß durch

das kundennähere Unternehmen beraten, besteht keine Warnpflicht der kundenferneren Direktbank. Im genannten Grundsatzurteil des Senats konnte diese Frage nur deshalb dahinstehen, weil die Fehlberatung der dortigen Klägerin und Revisionsführerin vom damaligen Berufungsgericht offen gelassen worden war, so dass ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz als wahr zu unterstellen war (Senatsurteil vom 19. März 2013 XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 24 [RdF-Entscheidungsreport Schaffelhuber, RdF 2013, 252]).

- **Eine systematische Fehlberatung von Anlegern ersetzt nicht die tatsächliche Fehlberatung des jeweiligen Anspruchstellers**

b) Erst im Rahmen der subjektiven Voraussetzungen einer Warnpflicht kann, sofern der Direktbank die tatsächliche Fehlberatung des Kunden im Einzelfall nicht positiv bekannt ist, die Kenntnis von der systematischen und damit regelmäßigen Fehlberatung der Anleger durch das kundennähere Unternehmen die tatsächliche Fehlberatung des Kunden im Einzelfall objektiv evident erscheinen lassen. Die systematische Fehlberatung von Anlegern kann aber nicht die tatsächliche Fehlberatung des jeweiligen Anspruchstellers ersetzen. Dies gilt umso mehr, als das Berufungsgericht im vorliegenden Fall lediglich die systematische Fehlberatung „mindestens gegenüber einem Teil der Kunden“ der A AG feststellt, so dass der Schluss von der systematischen Fehlberatung auf die tatsächliche Fehlberatung des einzelnen Kunden von vornherein nicht möglich ist.

- **Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zu einer tatsächlichen Fehlberatung der Kläger getroffen**

c) Ob die Kläger tatsächlich bei den Anlagegeschäften falsch beraten worden sind, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Insbesondere wurden die noch streitgegenständlichen Wertpapiere nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages beschafft. Eine dennoch vor jedem einzelnen Geschäft erfolgte Beratung der Kläger durch einen Mitarbeiter der A AG hat das Berufungsgericht wiederum nicht festgestellt. Die durch das Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen daher eine Verurteilung der Beklagten unabhängig von den Angriffen der Revision in den folgenden Punkten aus Rechtsgründen nicht, so dass das angegriffene Urteil schon deshalb keinen Bestand haben kann.

- **Nicht rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht aber auch die subjektiven Voraussetzungen einer Warnpflicht bejaht**

2. Aber auch die subjektiven Voraussetzungen einer Warnpflicht hat das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei bejaht. Ob das Berufungsgericht die systematische Fehlberatung der Anleger durch Berater der A AG, aus der es eine objektive Evidenz der Fehlberatung der Kläger herleiten will, und die der Beklagten zurechenbare Kenntnis des Zeugen W von dieser systematischen Fehlberatung rechtsfehlerfrei festgestellt hat, erscheint zweifelhaft, bedarf aber keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls steht einer Zurechnung des unterstellten Wissens des Zeugen W aus der Aufsichtsratsitzung vom 11. Juli 2007 von einer ebenfalls unterstellten systematischen Fehlberatung der Anleger durch die A AG bzw. von Umständen, die diese objektiv evident erscheinen lassen, die Verschwiegenheitspflicht des § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG entgegen.

Das Berufungsgericht hat von der Revision unbeanstandet und damit bindend festgestellt, dass der Zeuge W dieses unterstellte Wissen nicht gegenüber anderen Berufsträgern der Beklagten offenbart hat.

Es könnte daher nur dann eine Warnpflicht der Beklagten ausgelöst haben, wenn es ohne tatsächliche Weitergabe der Beklagten zugerechnet werden könnte. Einer solchen Zurechnung steht jedoch die Verschwiegenheitspflicht des Zeugen W als Aufsichtsratsmitglied der A AG aus § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG entgegen. Eine konkludente Befreiung des Zeugen W von dieser Schweigepflicht bei seiner Bestellung durch die Hauptversammlung für alle Daten, die die Geschäftsbeziehung zur Beklagten betreffen und auf deren Bekanntgabe die Beklagte einen vermeintlichen Anspruch hat, ist rechtlich nicht zulässig.

• **Vorliegend handelt es sich um vertrauliche Angaben i. S. d. § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG**

31 a) Noch zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass es sich bei den vorläufigen Ergebnissen der Prüfung durch die K um vertrauliche Angaben bzw. ein Geheimnis der A AG i. S. d. § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG handelt. Dabei muss es sich um nicht allgemein bekannte (offenkundige) Tatsachen handeln, an deren Geheimhaltung ein objektives Interesse des Unternehmens besteht (BGH, Urteil vom 5. Juni 1975 II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 329 und Beschluss vom 5. November 2013 II ZB 28/12, WM 2013, 2361 Rn. 47 [BB 2014, 331 m. BB-Komm. Wagner]). Ohne Weiteres bestand ein objektives Interesse der A AG daran, die noch vorläufigen und nicht vom Vorstand oder anderen Berufsträgern der A AG überprüften Feststellungen der K zum Kernbereich des Geschäftsbetriebs der A AG zumindest vorläufig geheim zu halten. Einem Unternehmen droht bei sofortiger Veröffentlichung oder Weitergabe solcher Informationen erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Für die Qualifikation einer Information als vertrauliche Angabe oder Geheimnis ist die Frage der vertraglichen oder gesetzlichen Offenbarungs- bzw. Mitteilungspflicht ohne Bedeutung.

• **Die vorliegend existierende Pflicht zur Verschwiegenheit besteht gegenüber allen nicht zu den Organmitgliedern der Gesellschaft gehörenden Personen**

32 b) Aufgrund der Vertraulichkeit dieser Angaben bestand für den Zeugen W eine Pflicht zur Verschwiegenheit. Diese Pflicht besteht gegenüber allen nicht zu den Organmitgliedern der Gesellschaft gehörenden Personen (Münch-KommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 116 AktG Rn. 56; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 116 AktG Rn. 103 und 106; Hopt/Roth in GroßkommAktG, 4. Aufl., § 116 Rn. 219 und 246; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., § 21 Rn. 611; Flore, BB 1993, 133, 134; Keilich/Brummer, BB 2012, 897, 898), insbesondere für in den Aufsichtsrat gewählte Bankenvertreter gegenüber ihrem Arbeitgeber (Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., BankGesch (7), A/16; Lutter, ZHR 145 (1981), 224, 242; Werner, ZHR 145 (1981), 252, 265; Schröter in Bankrechtstag 2002, S. 161, 168). Nur wenn diese Verschwiegenheitsverpflichtung absolut gilt, ist gewährleistet, dass der Aufsichtsrat seine gesetzliche Überwachungs- und Beratungsfunktion erfüllen kann, da diese das notwendige Korrelat zu den umfassenden Informationsrechten des Aufsichtsrats bildet (BT-Drucks. 14/8769, S. 18) und der Vorstand den Aufsichtsrat frühzeitig über sensible Vorfälle, Daten und Vorhaben informieren kann, ohne dass er die Weitergabe speziell an das finanzierende Kreditinstitut oder die Hausbank und die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile für das Unternehmen befürchten muss (MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 116 AktG Rn. 49). Für solche Umstände, die unter die Verschwiegenheitspflicht aus § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG fallen und durch deren Weitergabe das Aufsichtsratsmitglied seine Schweigepflicht verletzen würde,

scheidet eine Wissenszurechnung gleich auf welcher Rechtsgrundlage von vornherein aus (Lutter, ZHR 145 (1981), 224, 242; Werner, ZHR 145 (1981), 252, 265; Faßbender, Innerbetriebliches Wissen und bankrechtliche Aufklärungspflichten, 1998, S. 276; Buck, Wissen und juristische Person, 2001, S. 477; Buck-Heeb, WM 2008, 281, 284; Schröter in Bankrechtstag 2002, S. 161, 168; Faßbender/Neuhaus, WM 2002, 1253, 1256).

Eine Kollision der Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber seinem Arbeitgeber und der Gesellschaft, in deren Aufsichtsrat er gewählt oder entsandt wurde, rechtfertigt eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht nicht, da diese wegen der meist nebenberuflichen Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied ganz bewusst im System angelegt ist und dieses Spannungsfeld vom Gesetzgeber gesehen und, wie der Straftatbestand des § 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG deutlich belegt (Lutter, ZHR (1981) 145, 224, 242; Werner, ZHR 145 (1981), 252, 265; Buck, Wissen und juristische Person, 2001, S. 477), zugunsten der von der Schweigepflicht geschützten Gesellschaft entschieden worden ist (BT-Drucks. 14/8769, S. 18; vgl. hierzu Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 116 AktG Rn. 116; Werner, ZHR 145 (1981), 252, 265; Buck-Heeb, AG 2015, 801, 811). Die aufgrund der Aufsichtsratssitzung vom 11. Juli 2007 in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied der A AG erlangte unterstellte Kenntnis des Zeugen W von einer angenommenen systematischen Fehlberatung der Kunden der A AG durch deren Mitarbeiter könnte der Beklagten daher nicht zugerechnet und zur Begründung einer Warnpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB herangezogen werden.

• **Ein Aufsichtsratsmitglied kann nicht im Vorhinein für einen bestimmten Themenbereich generell von der Schweigepflicht entbunden werden**

34 c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann ein Aufsichtsratsmitglied nicht im Vorhinein für einen bestimmten Themenbereich generell von der Schweigepflicht entbunden werden. Das Schweigegebot des § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG ist eine abschließende Regelung, die nicht durch Satzung oder Geschäftsordnung gemildert oder verschärft werden kann (BGH, Urteil vom 5. Juni 1975 II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 326 f.). Allein das objektiv zu beurteilende Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung bestimmt die Reichweite und den Inhalt der Verschwiegenheitspflicht. Deshalb ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung gerade nicht disponibel, welche Informationen der Geltung des § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG unterliegen sollen (Hopt/Roth in GroßkommAktG, 4. Aufl., § 116 Rn. 233), da andernfalls die Verschwiegenheitspflicht nach Belieben ausgehöhlt und damit abgemildert oder ergänzt und damit verschärft werden könnte, was aber ihrem Charakter als zwingendes Recht widerspräche. Eine im Vorhinein erklärte bereichsweite Befreiung eines Aufsichtsratsmitgliedes ist daher weder ausdrücklich noch konkludent rechtlich möglich.

• **Die Hauptversammlung einer AG ist nicht befugt, über die Offenbarung vertraulicher Angaben und Geheimnisse zu befinden**

35 d) Darüber hinaus ist die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft nicht befugt, über die Offenbarung vertraulicher Angaben und Geheimnisse zu befinden. Eine vertrauliche Angabe oder ein Geheimnis unterfällt solange der Schweigepflicht, bis sie bzw. es allgemein bekannt geworden oder durch den Vorstand freiwillig oder aufgrund gesetzlicher Pflicht offenbart worden ist (MünchKommAktG/

Habersack, 4. Aufl., § 116 AktG Rn. 50; Drygala in Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 116 Rn. 32). Allein der Vorstand ist „Herr der Gesellschaftsgeheimnisse“ und kann im Einzelfall nach sorgfältiger Abwägung der widerstreitenden Interessen für eine Offenbarung optieren und die betreffende vertrauliche Angabe oder das Geheimnis öffentlich machen (BGH, Urteil vom 5. Juni 1975 II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 329 und Beschluss vom 14. Januar 2014 II ZB 5/12, WM 2014, 618 Rn. 77 [BB 2014, 1163 m. BB-Komm. Krebs]; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 116 AktG Rn. 62; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 116 AktG Rn. 102; Hopt/Roth in GroßkommAktG, 4. Aufl., § 116 Rn. 239; Mertens/Cahn in KK AktG, 3. Aufl., § 116 Rn. 51; Hambloch-Gesinn/Gesinn in Hölters, AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 50; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., § 14 Rn. 401; Wilsing/von der Linden, ZHR 178 (2014), 419, 432). Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Gesellschaft zur Offenbarung vertraglich oder gesetzlich verpflichtet ist. Auch hier liegt es in der Entscheidungsgewalt des Vorstandes, wann und wie er welche Informationen zur Erfüllung der Verpflichtung der Gesellschaft offenbart. Zwar ist anerkannt, dass sich der Aufsichtsrat in Einzelfällen selbst von der Verschwiegenheitspflicht befreien kann, jedoch betrifft dies nur aus dem Aufsichtsrat selbst stammende Umstände, wie Abstimmungsgegenstände und Diskussionsinhalte (vgl. BGH, Urteile vom 23. April 2012 II ZR 163/10, BGHZ 193, 110 Rn. 40 [BB 2012, 1928 m. BB-Komm. Wolff] und vom 19. Februar 2013 II ZR 56/12, BGHZ 196, 195 Rn. 30 [BB 2013, 1166 m. BB-Komm. Kocher]), und würde lediglich dazu führen, dass das Aufsichtsratsmitglied für eine tatsächlich erteilte Auskunft nicht haftbar wäre. Die vom Berufungsgericht angenommene Befreiung des Zeugen W von der Verschwiegenheitspflicht durch die Hauptversammlung aus Anlass seiner Bestellung war schon aufgrund dieser Zuständigkeitsregelung rechtlich nicht möglich und kann daher eine Wissenszurechnung an die Beklagte nicht begründen. Die gesetzliche Kompetenzverteilung innerhalb der Aktiengesellschaft stellt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine „überflüssige Förmerei“ dar.

- **Auch eine durch den Vorstand einer AG erteilte Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht im Einzelfall scheidet vorliegend aus**

36 e) Eine im Einzelfall durch den Vorstand der A AG erteilte Befreiung i. S. e. ausdrücklichen oder konkludenten Entscheidung zur Offenbarung der vorläufigen Ergebnisse der Prüfung durch die K hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und wurde von den Parteien in den Tatsacheninstanzen auch nicht behauptet. Der insoweit von der Revisionserwidern gehaltenen Vortrag ist neu und damit in der Revisionsinstanz unbeachtlich (§ 559 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen ist die Annahme, der Vorstand habe den Zeugen W allein aufgrund der Unterrichtung über vertrauliche Angaben in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied konkludent von der Verschwiegenheitspflicht entbunden, lebensfremd, da der Vorstand verpflichtet ist, den Aufsichtsrat umfassend zu informieren. Könnte allein darin schon die konkludente Entscheidung für eine Offenbarung erblickt werden, wäre die Schweigepflicht des Aufsichtsrates faktisch aufgehoben.

- **Die Verschwiegenheitspflicht aus § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG schließt eine Wissenszurechnung generell aus**

37 f) Weil die Verschwiegenheitspflicht aus § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG eine Wissenszurechnung generell ausschließt, kann dahinstehen, ob es sich um vom Zeugen W privat oder im Zusammenhang

mit seiner Funktion als Prokurist der Beklagten erlangtes Wissen handelt. Der Senat muss auch nicht über die Anwendbarkeit des § 166 BGB (analog) im konkreten Fall befinden.

- **Sofern die Fehlberatung des Kunden nicht objektiv evident, sondern nur möglich ist, besteht keine Pflicht der Bank, diesem Verdacht nachzugehen**

38 3. Rechtsfehlerhaft ist außerdem die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei aufgrund der behaupteten Verstöße der A AG verpflichtet gewesen, die Feststellungen der K selbst zu prüfen und sich die dazu erforderlichen Informationen zu verschaffen. In den Fällen, in denen die hier unterstellte Fehlberatung des Kunden nicht objektiv evident, sondern nur möglich oder wahrscheinlich ist, besteht keine Pflicht der Bank, diesem Verdacht nachzugehen und die erforderlichen Ermittlungen anzustellen.

a) Wie bereits ausgeführt, besteht eine Warnpflicht als Nebenpflicht 39 nur dann, wenn der Discount-Broker die tatsächliche Fehlberatung des Kunden bei dem in Auftrag gegebenen Wertpapiergeschäft entweder positiv kennt oder wenn diese Fehlberatung aufgrund massiver Verdachtsmomente objektiv evident ist (Senatsurteile vom 19. März 2013 XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 27 [RdF-Entscheidungsreport Schaffelhuber, RdF 2013, 252], vom 12. November 2013 XI ZR 312/12, WM 2014, 24 Rn. 25 [BB-Entscheidungsreport Matyschok, BB 2014, 211], vom 4. März 2014 XI ZR 178/12, BKR 2014, 245 Rn. 24 und vom 4. März 2014 XI ZR 313/12, BKR 2014, 203 Rn. 23). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss ein Kreditinstitut im Falle von nebenvertraglichen Aufklärungs-, Warn- und Hinweispflichten nur das ihm präsente Wissen offenbaren. Die Bank ist also nur verpflichtet, von ihr als wesentlich erkanntes Wissen zu offenbaren, nicht aber sich durch eigene Nachforschungen hinsichtlich etwaiger Risiken den Wissensvorsprung erst zu verschaffen (Senatsurteile vom 18. November 2003 XI ZR 322/01, WM 2004, 172, 173 m. w. N. und vom 29. April 2008 XI ZR 221/07, WM 2008, 1121 Rn. 19 [BB 2008, 2591 m. BB-Komm. Schneider]). Ausnahmsweise steht die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen der positiven Kenntnis dann gleich, wenn sich diese einem zuständigen Bankmitarbeiter nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen musste; er ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen vor solchen Tatsachen zu verschließen (Senatsbeschluss vom 28. Januar 1992 – XI ZR 301/90, WM 1992, 602, 603 [BB 1992, 1520 Ls]; Senatsurteile vom 7. April 1992 XI ZR 200/91, WM 1992, 977, vom 29. April 2008 XI ZR 221/07, WM 2008, 1121 Rn. 20 [BB 2008, 2591 m. BB-Komm. Schneider], vom 6. Mai 2008 XI ZR 56/07, BGHZ 176, 281 Rn. 14 und vom 10. Dezember 2013 XI ZR 508/12, WM 2014, 124 Rn. 21).

b) Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass die Beklagte 40 das tatsächliche Vorliegen der von der K vermeintlich festgestellten systematischen Beratungsfehler weder erkennen konnte noch musste, selbst wenn wie nicht sie Kenntnis vom Beratungsgegenstand der Aufsichtsratssitzung vom 11. Juli 2007 hatte. Diese waren mithin auch nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht objektiv evident. Damit bestand keine Hinweis- und Warnpflicht der Beklagten gegenüber den Klägern. Eine Verpflichtung der Beklagten, wie vom Berufungsgericht gefordert, sich aufgrund des Verdachts einer Fehlberatung die zur Validierung der Feststellungen der K erforderlichen Informationen zu beschaffen, die richtige Einstufung der Wertpapiere in Risikoklassen vorzunehmen und bei der A AG nachzufragen, in welchen Risikoklassen die einzelnen Kunden erfasst waren, bestand nicht.
III. ... IV. ...

CB-KOMMENTAR
„Als Aufsichtsratsmitglied erlangtes Wissen kann dem Arbeitgeber des Aufsichtsratsmitglieds nicht ohne weiteres zugerechnet werden“
PROBLEM

Aufsichtsratsmitglieder sind kraft Gesetzes (§ 116 S. 2 AktG) zur Verschwiegenheit verpflichtet. In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob Aufsichtsratsmitglieder als Organ erhaltene Informationen an Aktionäre oder sonstige Dritte, in deren Auftrag sie das Aufsichtsratsamt wahrnehmen, weitergeben dürfen. Dem erteilt der BGH eine klare Absage. Eine weitere, davon unabhängige Frage ist, inwieweit Aufsichtsratsmitglieder sich ihr Wissen, das sie in der Organfunktion erworben haben, für andere Tätigkeiten zurechnen lassen müssen. Unter Verweis auf die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht begründet der BGH, dass eine solche Zurechnung nicht ohne weiteres möglich ist.

ZUSAMMENFASSUNG

Im entschiedenen Fall war ein Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, die als Vermögensverwalter tätig war, zugleich Prokurist einer Direktbank. Diese Direktbank führte Konten von Anlegern, die von der vermögensverwaltenden Aktiengesellschaft betreut wurden. Als die Aktiengesellschaft später in Insolvenz fiel, nahmen von ihr betreute Anleger die Bank auf Schadensersatz in Anspruch. Sie stützten sich hierbei auf die Argumentation, sie seien durch Berater der vermögensverwaltenden Aktiengesellschaft systematisch falsch beraten worden, was dem Aufsichtsratsmitglied dieser Aktiengesellschaft und dadurch auch der Bank, dessen Prokurist der Aufsichtsrat schließlich sei, bekannt gewesen sei.

Eine derartige Wissenszurechnung hat der BGH jedoch verneint. Er stellte zunächst noch einmal klar, dass Aufsichtsräte einer umfangreichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen – dies auch gegenüber denjenigen Personen, „für die“ sie im Aufsichtsrat sitzen. Eine Ausnahme ist lediglich in § 394 AktG für Vertreter der öffentlichen Hand vorgesehen. Der BGH stellte zudem klar, dass eine generelle Befreiung des Aufsichtsrats bzw. einzelner Aufsichtsratsmitglieder von ihrer Schweigepflicht gem. § 116 AktG durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss nicht möglich ist. Es handelt sich hierbei um eine Regelung von der nur für Einzelfälle abgewichen werden kann. Das Gericht wies außerdem darauf hin, dass die Hauptversammlung grundsätzlich nicht befugt ist, über die Offenbarung vertraulicher Angaben und Geheimnisse zu befinden. Allein der Vorstand sei hierzu berechtigt. Nur in Bezug auf Informationen, die aus dem Aufsichtsrat selbst stammen (wie etwa Inhalte der Diskussionen in Aufsichtsrats-sitzungen), kann der Aufsichtsrat über eine Offenlegung entscheiden.

Eine derartige Entscheidung können Vorstand bzw. Aufsichtsrat auch immer nur für einen konkreten Einzelfall fällen.

PRAXISFOLGEN

Die Entscheidung ist aus Sicht der Praxis mit einem lachenden und einem weinenden Auge zu beurteilen. Es ist Usus, dass z. B. Vertreter von Kreditgebern, Gesellschaftern oder Kooperationspartnern im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft ihre jeweiligen „Auftraggeber“ über wesentliche Entwicklungen informieren. Das ist von den Beteiligten häufig so gewollt, um etwa den Austausch über die Zusammenarbeit zu intensivieren. Es war schon lange klar, dass diese Handhabung sich bestenfalls in einer Grauzone bewegt.

Der BGH konstatierte nunmehr, dass die Schwelle von grau zu schwarz hier i. d. R. wohl überschritten ist. Aktienrechtlich ist das zutreffend, auch wenn die Bedürfnisse der Praxis anders sein können. Regelungen, die etwa in Beteiligungsvereinbarungen oder Geschäftsordnungen zu finden sind, wonach eine generelle Offenlegung durch ein Aufsichtsratsmitglied an denjenigen, „für den“ es im Aufsichtsrat sitzt, vorgesehen ist, sind nicht gesetzmäßig.

Konsequent stellte der BGH dann auch klar, dass das organschaftliche Wissen nicht dem Arbeitgeber des Aufsichtsratsmitglieds zugerechnet werden kann. Wenn das Aufsichtsratsmitglied sein derartiges Wissen seinem Arbeitgeber nicht offenbaren darf, dann kann dieser es auch nicht verwenden. Dies ist für die Praxis positiv, denn es stellt sich immer mal wieder die Frage, ob es in Bezug auf das Wissen, das durch ein und dieselbe Person in zwei verschiedenen Funktionen erworben wurde, eigentlich eine Trennung im Kopf geben kann. Dies lässt der BGH hier zu.

AUTOREN

Dr. Thorsten Kuthe ist Rechtsanwalt bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Er ist auf die Beratung rund um die Unternehmensfinanzierung und das Aktienrecht spezialisiert. Ein Schwerpunkt liegt in der kapitalmarktbezogenen Beratung, vom IPO über Anleihen und die laufende Betreuung z. B. bei Hauptversammlungen.



Madeleine Zipperle ist Rechtsanwältin bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Sie berät (kapitalmarktorientierte) Unternehmen insbesondere in Finanzierungsfragen. Daneben gewährleistet sie die laufende gesellschaftsrechtliche Beratung, einschließlich der Implementierung gut funktionierender Compliance.