

ser Entscheidung zur Begründung eines aufklärungspflichtigen Interessenkonflikts die gesetzliche Regelung in § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG; er setzt sich auch nicht ansatzweise mit der Thematik auseinander, dass das System der Vertriebsvergütung durch Ausgabeaufschläge gesetzlich kodifiziert (§ 21 Abs. 2 S. 1 KAGG, nunmehr § 41 Abs. 1 S. 2 InvG), mithin der Interessenkonflikt systembedingt war. Als der XI. Zivilsenat am 20.1.2009 (XI ZR 510/07, BB 2009, 459 mit BB-Komm. *Lamberti/Stumpf*) die Übertragbarkeit seiner Rechtsprechung auf geschlossene Beteiligungen zu beurteilen hatte und dort das WpHG zur Begründung eines Interessenkonflikts der beratenden Bank in Anbetracht des mangelnden Wertpapiercharakters des Zeichnungsgegenstandes nicht zur Verfügung stand, zog sich der BGH auf eine dem bürgerlichen Recht immanente, mithin auch jeglicher Beratungsdienstleistung in Zusammenhang mit Kapitalanlagen innewohnende Verpflichtung zurück, Interessenkonflikte zu vermeiden.

Als sich der III. Zivilsenat des BGH erstmals mit dieser Frage zu befassen hatte (15.4.2010 – III ZR 136/09), ob nämlich die Rechtsprechung zu Rückvergütungen auch auf nicht bankgebundene freie Anlageberater Anwendung findet, ging auch dieser nicht soweit, einen Interessenkonflikt in Abrede zu stellen. Auch der III. Zivilsenat ist der Rechtsauffassung, dass ein Beratungsunternehmen, welches selbstverständlich zum Zwecke der eigenen Gewinnerzielung ins Leben gerufen wird und nicht lediglich altruistische Motive verfolgt, dann Interessenkonflikten unterliegt, wenn dieses seine Vergütung nicht etwa direkt vom Kunden, sondern von dritter Seite erhält. Was die Rückvergütungsproblematik anbelangt, löst der III. Zivilsenat den Interessenkonflikt aber unter Bezugnahme auf die Eigenverantwortlichkeit des Kunden; er pocht richtigerweise auf dessen „gesunden Menschenverstand“, wonach der Berater ja nicht unentgeltlich tätig sein würde; wenn der Kunde also den Berater nicht vergütet, muss dieser von dritter Seite vergütet werden und derartige Vergütungen nicht ungefragt offen legen. Obwohl nach der internen Geschäftsverteilung des BGH für Banksachen nicht zuständig, nimmt der Senat in einem obiter dictum auch zu Gewinnmargen von Banken Stellung: Eine Bank, welche eigene Produkte empfiehlt, ist nicht verpflichtet, den Kunden über ihre einkalkulierte Gewinnmarge aufzuklären.

Es dauerte zwei Jahre, bis der XI. Zivilsenat diesen Aspekt aufgriff und in der viel diskutierten Entscheidung zum CMS-Spread-Ladder-Swap vom 22.3.2011 (XI ZR 33/10, BB 2011, 1674 mit BB-Komm. *Lange*) bestätigte. Anders, als bei von dritter Seite einer Bank zufließenden Rückvergütungen, besteht bei Eigenprodukten gerade keine Verpflichtung der Bank, den Kunden über ihre Gewinnerzielungsabsicht, ihre diesbezügliche Kalkulation sowie über die betragsmäßig im Einzelnen auf das konkrete Geschäft des individuellen Kunden entfallenden Gewinnbestandteile aufzuklären. Zwar begründet – so der BGH – auch diese Gewinner-

zielungsabsicht einen Interessenkonflikt, doch ist dieser derart offenkundig, dass der eigenverantwortliche Anleger hierüber nicht aufgeklärt werden muss.

Bei den Lehman-Sachverhalten war nunmehr ein Vorwurf Streitgegenständlich, welcher gedanklich zwischen der Gewinnmarge der beratenden Bank bei eigenen Produkten und der Vergütung des Beraters durch Zufluss von dritter Seite anzusiedeln ist: Vorliegend hatte die beklagte Sparkasse nach guter kaufmännischer Sitte Ware zu einem Festpreis veräußert, welche sie zu günstigeren Konditionen von Dritten erworben hatte. Die Differenz zwischen Ein- und Verkaufspreis diente dazu, die mit dem Betreiben des Gewerbes verbundenen Kosten nebst Gewinnerwartung zu decken; da es auch Retail-Banken erlaubt sein muss, mit ihrem Geschäftsmodell Gewinnerzielungsabsichten zu verfolgen, war also im Verkaufspreis an den Kunden eine Marge enthalten, welche in dem offen ausgewiesenen, an die Sparkasse direkt bezahlten Ausgabeaufschlag von 1% sowie in einem für den Kunden nicht ersichtlichen Einkaufsrabatt (weitere 2,75% bzw. 3,8%) bestand.

Der XI. Zivilsenat tut in dessen Entscheidungen nunmehr das einzig Richtige:

Er löst sich – endlich – vom Gedanken eines Interessenkonfliktes bei der Beantwortung von Vergütungsfragen und spricht dem Kunden nicht nur die Aufklärungsbedürftigkeit in Anbetracht der Offenkundigkeit eines derartigen Konfliktes ab, sondern verneint eine Aufklärungspflicht bereits unter Bezugnahme auf eine gesetzgeberische Grundentscheidung: Anders, als im Drei-Personen-Verhältnis des Kommissionsrechts, ist in einem Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Verkäuferin der vom Anleger gewünschten Wertpapiere einerseits und dem Kunden andererseits keine Pflicht zur Offenlegung von Gewinn- oder Handelsspannen vorgesehen. Weder der Kaufvertrag, noch der daneben bestehende Beratungsvertrag enthält eine Verpflichtung, den Preis eines Deckungsgeschäfts mitzuteilen. Eine derartige Mitteilungspflicht kann auch nicht über den „Umweg“ einer Aufklärungspflichtverletzung im Hinblick auf die rechtliche Qualifikation des Erwerbsvorgangs konstruiert werden: Eine beratende Bank ist aufgrund des Beratungsvertrages mit ihrem Kunden gerade nicht verpflichtet, diesen darüber zu informieren, ob der Zertifikateerwerb im Wege des Eigengeschäfts, oder aber im Wege eines Kommissionsgeschäfts erfolgt.

Letztendlich werden diese Entscheidungen dazu beitragen, ins Zentrum künftiger Anlegerreklamationen wieder diejenigen Aspekte zu rücken, welche allein Streitentscheidend sein sollten: Die Beantwortung der Frage nach der Anleger- und Objektivgerechtigkeit der Beratung im Hinblick auf die mit einer Vermögensanlage verbundenen materiellen Risiken; die Vergütung der Beraterbank muss demgegenüber zweitrangig bleiben.

BGH: Auslegung von Abfindungsklauseln bei der GmbH

BGH, Urteil vom 27.9.2011 – II ZR 279/09

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2011-3009-3
unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ

Bei der Auslegung der Bestimmungen über die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag einer GmbH ist zu berücksichtigen,

dass die am Gesellschaftsvertrag beteiligten Personen im Zweifel eine auf Dauer wirksame und die Gesellschafter gleich behandelnde Berechnung der Abfindung gewollt haben.

ZUSAMMENFASSUNG

Der BGH bestätigt und konkretisiert seine Rechtsprechung, nach der Abfindungsklauseln in Satzungen gem. §§ 133, 157 BGB ergänzend auszulegen sind. Er betont erneut den körperschaftsrechtlichen Charakter von Satzungen und legt sie objektiv aus, um eine vernünftige und berechenbare Anwendung zu ermöglichen. Aus-

scheidende Gesellschafter sollen eine angemessene Abfindung bekommen.

PRAXISFOLGEN

Die Entscheidung des BGH betrifft zwar eine Formulierung im Einzelfall. Man wird sie jedoch auf die meisten gestaffelten Abfindungsklauseln übertragen können. Die Klausel, über die entschieden wurde, sah in Abs. 1 eine Abfindung zum Nominalwert vor, solange dies gesetzlich zulässig ist. Ansonsten sollte gem. Abs. 2 zum nach dem Stuttgarter Verfahren zu bestimmenden gemeinen Wert abgefunden werden.

Das Berufungsgericht (OLG München, 3.12.2009 – 23 U 2863/09) hielt Abs. 1 der Abfindungsklausel für maßgeblich und ließ offen, ob die Regelung wegen eines groben Missverhältnisses von Anfang an unwirksam gewesen sei (vgl. hierzu auch BGH 16.12.1991 – II ZR 58/91, BB 1992, 448; *Strohn*, Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl. 2010, § 34, Rn. 236ff.), da sie jedenfalls drei Jahre nach Eintragung ins Handelsregister entsprechend § 242 Abs. 2 AktG wirksam geworden wäre (st. Rspr.; vgl. auch *Strohn*, Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl. 2010, § 34, Rn. 239, m. N. zum Streitstand). Daher greife die Auffangklausel in Abs. 2, die ihrem Wortlaut nach nur für den Fall der Unwirksamkeit der Regelung in Abs. 1 gelten sollte, nicht ein. Der Vortrag des Gesellschafters, nach dem nachträglich ein grobes Missverhältnis zwischen Verkehrswert und Nominalwert des Anteils entstanden sei, sei neu i. S. v. § 531 Abs. 2 ZPO und somit unbeachtlich.

Der BGH sah dies anders. Zwar sei eine eventuelle Unwirksamkeit der Abfindung zum Nominalwert gem. Abs. 1 mittlerweile entsprechend § 242 Abs. 2 AktG geheilt. Die Abfindung zum gemeinen Wert nach dem Stuttgarter Verfahren gem. Abs. 2 sei jedoch unabhängig von der Möglichkeit der Heilung generell für Fälle gedacht gewesen, in denen Abs. 1 nicht wirksam sei. Deswegen sei bei einem später eingetretenen groben Missverhältnis zwischen Verkehrswert und Abfindungsklausel nicht Abs. 1 der Abfindungsklausel ergänzend auszulegen, sondern Abs. 2 direkt anzuwenden. Dies sei von den Parteien sinnvollerweise gewollt gewesen.

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen. Sie beruht zwar im Ergebnis zum großen Teil auf dem im Urteil nur kurz angesprochenen § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der BGH hat jedoch die Möglichkeit genutzt, zur Reichweite der §§ 133, 157 BGB Stellung zu nehmen. Die Parteien wollen mit gestaffelten Abfindungsklauseln üblicherweise der Rechtsprechung Rechnung tragen, nach der ein grobes Missverhältnis beim Wert zu einer Anpassung der Abfindungsklausel führt, und den verbleibenden Spielraum z. B. für die Festlegung von Berechnungsmethoden nutzen. Der BGH bestätigt dies, präzisiert seine Rechtsprechung und gibt so der Praxis Orientierungshilfen bei der Gestaltung und Anwendung von Abfindungsklauseln.

Dr. Hortense Trendelenburg, RAin, Solicitor (England & Wales) und Partnerin bei Haarmann Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt a. M., und **Christian Kleiner**, RA, Nürnberg

BGH: Provisionsanspruch des Handelsvertreters bei Erwerb des Kundenstammes aus der Insolvenz

BGH, Urteil vom 26.10.2011 – VIII ZR 222/10

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE](#) BBL2011-3074-1
unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ

Übernimmt eine neu gegründete Gesellschaft sowohl die Kunden als auch den Handelsvertreter eines insolvent gewordenen Unternehmens, so sind die bisherigen Kunden des insolventen Unternehmens, die auf Grund der Tätigkeit des Handelsvertreters erstmals ein Geschäft mit dem neu gegründeten Unternehmen abgeschlossen haben, als vom Handelsvertreter geworbene Neukunden dieses Unternehmens anzusehen.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Entscheidung des BGH dürfte alle Handelsvertreter freuen; für den Käufer, der Vermögenswerte eines insolventen Unternehmens aus der Insolvenz herauskaufen will, dürfte die Entscheidung jedoch eine Überraschung sein. In dem entschiedenen Fall wollte der Käufer den Geschäftsbetrieb eines insolventen Unternehmens fortführen und schloss deshalb mit dem Insolvenzverwalter einen Kaufvertrag (*asset deal*), mit dem verschiedene Vermögensgegenstände auf ein extra zu diesem Zwecke neu gegründetes Unternehmen (Newco) übertragen wurden. Newco erwarb nach dem geschlossenen Kaufvertrag auch den gesamten Kundenstamm des insolventen Unternehmens; auch mit dem Handelsvertreter des insolventen Unternehmens schloss Newco einen Vertrag. Dieser sah vor, dass die bisherigen Kunden des insolventen Unternehmens nur dann als Neukunde einen Provisionsanspruch auslösen sollten, wenn der Handelsvertreter die – bis dahin mit dem insolventen Unternehmen bestehende – Geschäftsverbindung wesentlich erweitert oder wiederbelebt habe.

Der BGH hebelte diese Klausel aus mit der apodiktischen Feststellung, weil Newco als neugegründetes Unternehmen bei Abschluss des Vertrages mit dem Handelsvertreter noch keine Kunden gehabt habe, seien alle früheren Kunden des insolventen Unternehmens automatisch als Neukunden von Newco anzusehen; ein Handelsvertreter „der ersten Stunde“ werde notwendigerweise Neukunden.

PRAXISFOLGEN

Die sehr formalistische Auffassung des BGH hat erhebliche Auswirkungen auf Unternehmenskaufverträge, in denen etwa auch der Kundenstamm übertragen wird. Die Übertragung des Kundenstammes führt dazu, dass die Weiterbetreuung durch den bisherigen Handelsvertreter als „Neukundenbetreuung“ einen vollen Provisionsanspruch für diesen auslöst. Der BGH verweist darauf, in einem Unternehmenskaufvertrag könnten lediglich Informationen über die Kundenbeziehungen, nicht aber die Kunden selbst übertragen werden. Formal ist dies bei einem *asset deal* natürlich richtig, denn einen Vertrag zu Lasten Dritter kennt das deutsche Recht nicht. Die Weitergabe der Kundenliste an einen Handelsvertreter ändere nichts daran, dass der Handelsvertreter „der ersten Stunde“ die bisherigen Kunden des insolventen Unternehmens als Kunden erworben habe. Der Gesichtspunkt, dass die Newco dem Handelsvertreter doch die Informationen über anzusprechende Kunden zur Verfügung gestellt habe, könne allenfalls bei der Billigkeitsprüfung Berücksichtigung finden und zu einer entsprechenden Kürzung des Ausgleichsanspruchs führen. Ob diese Rechtsprechung Kaufinteressenten dazu animiert, neben dem Kundenstamm auch den Handelsvertreter eines insolventen Unternehmens zu übernehmen, sei dahingestellt. Besonders hinzuweisen ist die Beratungspraxis darauf, dass entgegenstehende vertragliche Regelungen als unzulässige Einschränkung des Ausgleichsanspruchs nichtig sind und die Gefahr in sich bergen, auch andere Teile des Vertrages zu infizieren. Handelsvertreterverträge bergen manchmal auch dann Überraschungen, wenn sie scheinbar klare Regelungen enthalten.

Dr. Mark C. Hilgard, RA und Partner, Mayer Brown LLP, Frankfurt a. M.