BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 191/10

vom

9. März 2011

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Ellenberger, Maihold, Dr. Matthias und Pamp

am 9. März 2011

einstimmig beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 21. April 2010 durch Beschluss nach § 552a ZPO zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 11. April 2011.

Der Streitwert wird auf 58.524,34 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 1. Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes (nachfolgend: Zedent) auf Rückabwicklung der Beteiligung an der F. Medienfonds 3 GmbH & Co. KG (im Folgenden: V 3) und der teilweise kreditfinanzierten Beteiligung an der F. Medienfonds 4 GmbH & Co. KG (im Folgenden: V 4) auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Der Zedent erwartete im März 2003 einen größeren Geldbetrag, den er gewinnbringend anlegen wollte. Deshalb stellten ihm Angestellte der Beklagten in mehreren persönlichen Gesprächen die Fonds V 3 und V 4 vor, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob der Zedent den Verkaufsprospekt für V 3 vor Zeichnung der Anlage erhalten hat. Gegenstand der beiden als "Garantiefonds" beworbenen Fonds war die Finanzierung von Filmproduktionen und deren Vermarktung.

3 Der Zedent, der wegen des Geschäfts auch seinen Steuerberater kontaktiert hatte, zeichnete am 5. Juni 2003 Anteile an V 3 im Gegenwert von 25.000 € zuzüglich 5% Agio (insgesamt 26.250 €) und - nach erneuter Beratung durch die Beklagte - am 28. Juni 2004 Anteile an V 4 im Gegenwert von ebenfalls 25.000 € zuzüglich 5% Agio (insgesamt 26.250 €), wobei die letztgenannte Beteiligung obligatorisch eine Kreditfinanzierung in Höhe von 45,5% des anzulegenden Betrages vorsah. Deswegen schloss er zugleich mit der B. AG einen Vertrag über ein endfälliges Darlehen in Höhe von 11.375 € ab, das - einschließlich der bis dahin aufgelaufenen und gestundeten Zinsen - am 30. November 2014 in Höhe von 19.811,68 € fällig wird.

4 In dem Verkaufsprospekt zu V 3 heißt es auf Seite 40 unter "Mittelverwendung" zu Punkt 0.2: "Eigenkapitalvermittlung 8,9%". Auf derselben Seite wird dieser Punkt wie folgt erläutert:

> "Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der V. AG abgeschlossen. Die Vergütung in Höhe von 8,9% des Beteiligungskapitals beinhaltet eine gegebenenfalls anfallende Umsatzsteuer. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die V. AG das Agio. ..."

Auf derselben Seite wird das Agio wie folgt erläutert:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

"Ein Agio in Höhe von 5% auf die Zeichnungssumme (Kommanditkapital) wird innerhalb einer Woche nach Zugang der Annahme der Beitrittserklärung zur Zahlung fällig. Es dient der Eigenkapitalvermittlerin, der V. AG, zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen."

5 Auf Seite 69 heißt es zu dem "Eigenkapitalvermittlungsvertrag" zwischen der V. (V. AG) und der Fondsgesellschaft unter anderem:

"Die V. AG hat das Recht, ihre Rechte und Pflichten aus dieser Vertriebsvereinbarung auf Dritte zu übertragen, ..."

6 Der Verkaufsprospekt zu V 4 enthält auf Seite 63 unter "Mittelverwendung" zu Punkt 03: "Eigenkapitalvermittlung 4,9%". Auf Seite 64 wird dieser Punkt wie folgt erläutert:

"Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der V. AG abgeschlossen. Die Vergütung wird in Höhe von 4,9% des Beteiligungskapitals fällig. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die V. AG das Agio. ..."

7 Das Agio wird auf Seite 63 wie folgt erläutert:

"Ein Agio in Höhe von 5% auf die Zeichnungssumme (Kommanditkapital) wird innerhalb einer Woche nach Zugang der Annahme der Beitrittserklärung zur Zahlung fällig. Es dient der Eigenkapitalvermittlerin, der V. AG, zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen."

8 Ferner enthält die Übersicht auf Seite 63 unter Punkt 05 eine Platzierungsgarantiegebühr in Höhe von 2% und unter Punkt 07 eine Finanzvermittlungsgebühr (Darlehen/Schuldübernahme) in Höhe von ebenfalls 2%. Diese werden auf Seite 64 wie folgt erläutert:

> "Zu 05: Die V. AG wird eine Platzierungsgarantie in Höhe des prospektierten Kapitals von € 5 Mio. geben. Für die Garantie erhält sie eine Gebühr in Höhe von 2% des Beteiligungskapitals."
>
> "Zu 07: Die V. AG erhält für die Finanzierungsvermittlung eine Gebühr in Höhe von 2% des Beteiligungskapitals."

9 Auf Seite 91 heißt es zum "Eigenkapitalvermittlungsvertrag" mit der V. AG unter anderem:

> "Die V. AG ... ist berechtigt, Dritte als Vertriebspartner einzusetzen."

10 Die V. AG leitete bei V 3 aus den vereinnahmten Provisionen 8,25% und bei V 4 zwischen 8,45 und 8,72% an die Beklagte weiter, ohne dass dies dem Zedenten offen gelegt wurde.

11 Die Fondsinitiatoren, gegen die Ende 2006 Anklage wegen Steuerhinterziehung und Untreue erhoben wurde, sind rechtskräftig zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt worden.

12 2. Das Berufungsgericht hat die Beklagte im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt und zur Begründung unter anderem ausgeführt:

13 Hinsichtlich beider Fonds (V 3 und V 4) sei der Beklagten auch insoweit eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen, als sie den Zedenten nicht über die Provision, die sie von der V. AG bzw. Fondsgesellschaft erhalten habe, aufgeklärt habe. Bei diesen Vertriebsprovisionen handele es sich um Rückver-

gütungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Aus den Prospekten gehe nicht wie geboten hervor, dass und in welcher Höhe gerade die Beklagte eine Provision erhalte. Einen mündlichen Hinweis habe die Beklagte dem Zedenten auch nicht erteilt.

14 Die Nichtaufklärung über die erhaltene Vertriebsprovision sei auch kausal für die Zeichnung des Zedenten gewesen, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu vermuten sei. Selbst wenn der Zedent möglicherweise angenommen habe, die Beklagte würde eine Provision von 1% des Zeichnungsbetrages erhalten, sei dies nicht geeignet, die Vermutung zu widerlegen, weil die Provision tatsächlich mehr als 8% betragen habe. Die hiergegen weiter vorgebrachten Einwendungen der Beklagten seien unsubstantiiert. Die Beklagte habe auch schuldhaft gehandelt; insbesondere könne sie sich nicht auf einen Rechtsirrtum berufen.

II.

15 Der Senat beabsichtigt, die vom Berufungsgericht zugelassene Revision gemäß § 552a ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

16 1. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) liegen nicht vor. Das Berufungsgericht hat die Revision gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO "mit Blick auf die abweichenden Entscheidungen des Oberlandesgerichts Frankfurt" (17 U 307[nicht 308]/08, WM 2010, 1313 und 17 U 98/09, BB 2009, 2334) zugelassen. In diesen Urteilen hat das Oberlandesgericht Frankfurt angenommen, der Angabe in den Prospekten, die V. AG sei berechtigt, ihre Rechte aus der Vertriebsvereinbarung über die Eigenkapitalvermittlung auf Dritte zu übertragen, habe der Anleger entnehmen können,

dass die Beklagte für die Vermittlung der Fondsbeteiligung von der Fondsgesellschaft eine Rückvergütung erhalte. Dagegen hat das Berufungsgericht diese Angabe insoweit nicht als ausreichend angesehen. Auf diese unterschiedliche Beurteilung kommt es nicht an. Selbst wenn dem Oberlandesgericht Frankfurt zu folgen wäre, ergäbe sich daraus nichts für die - ebenfalls aufklärungsbedürftige (Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 24) - Höhe der an die Beklagte geflossenen Rückvergütung (ebenso OLG München, BKR 2010, 479 Rn. 27; das verkennt LG Bremen, WM 2010, 798, 800 f.).

17 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

18 a) Entgegen der Ansicht der Revision ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten wegen verschwiegener Rückvergütungen bejaht hat.

19 aa) Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht angenommen, dass zwischen dem Zedenten und der Beklagten nach den Grundsätzen des Bond-Urteils (BGHZ 123, 126, 128) ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist (vgl. auch Senatsurteile vom 9. Mai 2000 - XI ZR 159/99, WM 2000, 1441, 1442; vom 25. Juni 2002 - XI ZR 218/01, WM 2002, 1683, 1686; vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851 Rn. 10 und vom 25. September 2007 - XI ZR 320/06, BKR 2008, 199 Rn. 12) und nicht lediglich ein Auskunftsvertrag, da eine Bank regelmäßig Anlageberaterin und nicht lediglich reine Anlagevermittlerin ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 7. Oktober 2008 - XI ZR 89/07, BGHZ 178, 149 Rn. 11 mwN).

20 bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass die Beklagte aus dem Beratungsvertrag verpflichtet war, den Zedenten über an sie fließende Rückvergütungen aus Vertriebsprovisionen aufzuklären (vgl. Senats-

urteile vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 22 f.; vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 11 und vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 338/08, WM 2009, 2306 = ZIP 2009, 2380 Rn. 31; Senatsbeschlüsse vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 13 und vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 5).

21 cc) Soweit die Revision geltend macht, bei den Provisionen, die die Beklagte unstreitig in Höhe von 8,25% des Kommanditkapitals bei V 3 und in Höhe von 8,45% bis zu 8,72% des Kommanditkapitals bei V 4 erhalten hat, handele es sich um nicht aufklärungspflichtige "Innenprovisionen", die keine Rückvergütungen im Sinne der Senatsrechtsprechung darstellten, kann sie damit nicht durchdringen. Die Revision verkennt die rechtliche Unterscheidung zwischen Innenprovisionen und Rückvergütungen.

22 (1) Innenprovisionen sind nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen, die bei einem Fonds aus dem Anlagevermögen gezahlt werden. Über sie muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (st. Rspr., u.a. BGH, Urteile vom 1. März 2004 - II ZR 88/02, WM 2004, 928, 930 und vom 2. Februar 2004 - III ZR 359/02, BGHZ 158, 110, 118) bei einem Fonds unter bestimmten Umständen aufgeklärt werden, weil sie Einfluss auf die Werthaltigkeit der vom Anleger erworbenen Anlage haben und deswegen bei diesem insoweit eine Fehlvorstellung herbeiführen können.

23 (2) Aufklärungspflichtige Rückvergütungen liegen dagegen, wie der Senat zuletzt formuliert hat, nur dann vor, wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen, so dass diese ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse hat,

gerade diese Beteiligung zu empfehlen (Senatsurteil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 338/08, WM 2009, 2306 Rn. 31). Insoweit ist folgendes klarzustellen:

24 Soweit als Quelle der Rückvergütungen "Ausgabeaufschläge und Verwaltungsvergütungen" genannt werden, ist das - entgegen der Annahme der Revision - nicht abschließend, sondern - in Anknüpfung an das grundlegende Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05 (BGHZ 170, 226) - nur beispielhaft gemeint. Damit soll lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass Rückvergütungen - anders als Innenprovisionen - nicht im Anlagebetrag enthalten (versteckt) sind, so dass beim Anleger keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen kann. Maßgebend für die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen ist hingegen, dass der Anleger ohne diese Aufklärung nicht das besondere Interesse der beratenden Bank erkennen kann, gerade diese Anlage zu empfehlen. Die Fehlvorstellung über die Neutralität der Beratungsleistung der Bank, der mit der Aufklärungspflicht über Rückvergütungen begegnet werden soll, beruht allein darauf, dass die beratende Bank als Empfängerin der Rückvergütung ungenannt bleibt. Sie entsteht dagegen unabhängig davon, aus welcher offen angegebenen Quelle die Rückvergütung an die beratende Bank fließt.

25 Aufklärungspflichtige Rückvergütungen sind danach - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die im Gegensatz zu Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie zum Beispiel Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, so dass beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen kann, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt, so dass der Anleger das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen kann.

26 (3) Danach handelt es sich bei den hier an die Beklagte geflossenen Provisionen um aufklärungspflichtige Rückvergütungen. Sie waren nicht in den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Fondsobjekts versteckt, sondern flossen aus den offen ausgewiesenen Vertriebskosten. Gemäß den nachstehenden Ausführungen war die Beklagte jedoch nicht als Empfänger der Provisionen angegeben. Vielmehr sind diese hinter dem Rücken der Klägerin an die Beklagte geflossen, so dass die Klägerin das besondere Interesse der Beklagten an der Empfehlung gerade von V 3 und 4 nicht erkennen konnte.

27 dd) Eine ordnungsgemäße Aufklärung des Zedenten über die Rückvergütungen ist bei beiden Fonds nicht erfolgt, selbst wenn man unterstellt, auch der Prospekt bei V 3 sei dem Zedenten rechtzeitig übergeben worden. Den beiden Verkaufsprospekten ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte Empfängerin der dort genannten Vertriebsprovisionen oder des Agios sein sollte. Empfängerin sollte vielmehr ausdrücklich die V. AG sein. Den Prospekten lässt sich an keiner Stelle entnehmen, dass die Beklagte von dieser einen Teil der Vertriebsprovisionen erhalten sollte. Das ergibt sich nach der zutreffenden Auslegung des Berufungsgerichts auch nicht aus der Tatsache, dass die V. AG berechtigt sein sollte, Dritte einzuschalten. Selbst wenn daraus jedoch hervorgehen sollte, dass damit auch die Beklagte gemeint war, so ist dem Prospekt jedenfalls nicht zu entnehmen, in welcher Höhe Rückvergütungen an die Beklagte geflossen sind. Insbesondere auch die Höhe der Rückvergütung muss aber nach der Senatsrechtsprechung von der Bank ungefragt offen gelegt werden (Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 24; dies verkennt LG Bremen, WM 2010, 798, 800 f.).

28 ee) Soweit die Revision meint, es sei nicht einsichtig, dass eine Bank höhere Aufklärungspflichten träfen als einen freien Anlageberater, kann sie damit nicht durchdringen.

29 Allerdings trifft nach der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs bankungebundene freie Berater - außerhalb des Anwendungsbereichs des § 31d WpHG - keine (ungefragte) Aufklärungspflicht, da der Anleger bei solchen Beratern - anders als bei Banken - von einer durch den Produktanbieter "eingepreisten" Vergütung ausgehen und er deshalb deren Höhe erfragen müsse, wenn sie ihn interessiere (BGH, Urteil vom 15. April 2010 - III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 Rn. 13).

30 Die Unterscheidung der Pflichten eines freien Anlageberaters zu den Pflichten eines Beraters im Bankensektor rechtfertigt sich daraus, dass der Bankkunde in der Regel bei "seiner" Bank eine Reihe von kostenpflichtigen Vertragsverhältnissen unterhält, insbesondere auf Dauer angelegte Vertragsverhältnisse wie einen Zahlungsdiensterahmenvertrag oder einen Depotvertrag (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2010 - III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 Rn. 12), bzw. Banken typischerweise solche Vertragsverhältnisse anstreben. Das ist bei einem freien Anlageberater typischerweise nicht der Fall.

31 Diese typisierende Einordnung von Berufsgruppen zur Unterscheidung zwischen aufklärungspflichtigen Personen und nicht aufklärungspflichtigen Personen findet in Gesetz und Rechtsprechung Vorbilder. Sie wird insbesondere vom Gesetzgeber im Bereich des § 31d WpHG vorgegeben. Diese Vorschrift statuiert Aufklärungspflichten ausdrücklich nur für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, nicht aber für sonstige Anlagevertreiber. Eine typisierende Einordnung wird auch seit langem bei der Abgrenzung der Pflichten eines Anlageberaters von denen eines Anlagevermittlers entsprechend der Regelung in § 1 Abs. 1a Nr. 1 und 1a KWG in der Rechtsprechung praktiziert. Während bei einem Kontakt des Anlegers mit einem Anlageberater ein Beratungsvertrag nach den Grundsätzen des Bond-Urteils zustande kommt, kommt im Verhältnis zu einem Anlagevermittler lediglich ein Auskunftsvertrag mit einem geringeren

Pflichtenumfang zustande (vgl. BGH, Urteile vom 13. Mai 1993 - III ZR 25/92, WM 1993, 1238, 1239; vom 12. Februar 2004 - III ZR 359/02, WM 2004, 631, 633, insofern in BGHZ 158, 110 nicht abgedruckt, und Senatsurteil vom 7. Oktober 2008 - XI ZR 89/07, BGHZ 178, 149 Rn. 11).

32 b) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Erwerb der Kapitalanlagen bejaht.

33 Steht - wie hier in Bezug auf Rückvergütungen - eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die zu einer Beweislastumkehr führt. Der Aufklärungspflichtige muss beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte, weil er den richtigen Rat oder Hinweis nicht befolgt hätte (vgl. Senatsurteile vom 16. November 1993 - XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 159 f.; vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, ZIP 2007, 518, 521 Rn. 27, insoweit in BGHZ 170, 226 nicht abgedruckt, und vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 22, auch BGH, Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, WM 2009, 789 Rn. 6 mwN).

34 Die Vermutung greift allerdings dann nicht ein, wenn sich der Anleger bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, wenn es also nicht nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gab (Senatsurteile vom 16. November 1993 - XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 161 und vom 7. Mai 2002 - XI ZR 197/01, BGHZ 151, 5, 12). Davon kann bei verschwiegenen Rückvergütungen nicht schon wegen deren Geringfügigkeit im Verhältnis zur Anlagesumme ausgegangen werden (OLG Köln, WM 2003, 338, 340 f.). Es muss vielmehr aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalls feststehen, dass dem Anleger bei gehöriger Aufklärung mindestens zwei tatsächlich von ihm zu ergreifende Handlungsalternativen zur Verfügung standen.

35 Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung das Vorliegen eines Entscheidungskonflikts und die Widerlegung der Vermutung rechtsfehlerfrei verneint. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast für das Nichteingreifen der Vermutung nicht verkannt. Diese trifft - genauso wie für die Widerlegung der Vermutung - die Bank, deren Aufklärungspflichtverletzung feststeht (vgl. Senatsbeschluss vom 9. Februar 2010 - XI ZR 140/09, BKR 2010, 515 Rn. 11). Soweit die Revision in diesem Zusammenhang Verfahrensfehler rügt, hat der Senat diese geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

36 c) Ebenfalls rechts- und verfahrensfehlerfrei hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch das Ver-

schulden der Beklagten und die Aktivlegitimation der Klägerin sowie auch eine Haftung der Beklagten in Bezug auf V 3 wegen falscher Darstellung der Kapitalgarantie bejaht.

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 09.07.2009 - 8 O 183/07 -
OLG Celle, Entscheidung vom 21.04.2010 - 3 U 202/09 -