BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 191/10

vom

19. Juli 2011

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 280

a) Zu Rückvergütungen, über die eine anlageberatende Bank einen Kapitalanleger aufklären muss (Bestätigung des Senatsbeschlusses vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 21 ff.).

b) Zur Kausalität zwischen einer Aufklärungspflichtverletzung und dem Erwerb einer Kapitalanlage (Bestätigung des Senatsbeschlusses vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 33 ff.).

c) Zur schuldhaften Verletzung der Pflicht der anlageberatenden Bank, über Rückvergütungen aufzuklären (Festhalten an Senatsbeschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694).

d) Zur Haftung wegen falscher Darstellung einer Kapitalgarantie.

BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10 - OLG Celle
LG Hannover

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

am 19. Juli 2011

einstimmig beschlossen:

> Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 21. April 2010 wird auf ihre Kosten nach § 552a ZPO i.V.m. § 522 Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO zurückgewiesen.

Gründe:

1 Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 9. März 2011 (XI ZR 191/10, WM 2011, 925 ff.) Bezug genommen. Die Stellungnahme der Revision vom 11. Mai 2011 gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.

2 1. Entgegen der Ansicht der Revision ist ein Zulassungsgrund im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Januar 2005 - I ZR 255/02, NJW-RR 2005, 650 f.) nicht gegeben. Die Rechtsfrage, was unter aufklärungspflichtigen Rückvergütungen zu verstehen ist, ist - wie im Hinweisbeschluss im Einzelnen dargelegt - aufgrund der bisherigen Senatsrechtsprechung beantwortbar, so dass weder grundsätzliche Bedeutung noch Rechtsfortbildung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 Fall 1 ZPO) die Zulassung der Revision erfordern. Da das Berufungsgericht sich insgesamt in

Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung befindet, erfordert auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO) die Zulassung der Revision im vorliegenden Verfahren nicht, selbst wenn das Oberlandesgerichts Frankfurt am Main einen von der Senatsrechtsprechung abweichenden Obersatz aufgestellt hätte (vgl. Senatsbeschluss vom 9. März 2011 aaO Rn. 16).

3 2. Die Revision hat auch aus den im Hinweisbeschluss des Senats vom 9. März 2011 (aaO Rn. 17 ff.) genannten Gründen keine Aussicht auf Erfolg. Die Stellungnahme der Revision vom 11. Mai 2011 bietet keinen Anlass, von der Beurteilung im Hinweisbeschluss abzuweichen.

4 a) Zum unterschiedlichen dogmatischen Ansatz für die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen einerseits und Innenprovisionen andererseits wird auf die Ausführungen im Hinweisbeschluss vom 9. März 2011 (aaO Rn. 21 ff.) verwiesen. Soweit die Revision sich nunmehr insgesamt gegen die Rechtsprechung des erkennenden Senats zur Pflicht einer anlageberatenden Bank, einen Anleger, dem sie eine Kapitalanlage empfiehlt, ungefragt über erhaltene Rückvergütungen aufzuklären, wendet, hält der Senat an seiner gefestigten Rechtsprechung fest (vgl. Senatsbeschluss vom 9. März 2011 aaO Rn. 20 mwN). Die Revision beruft sich für ihre gegenteilige Ansicht auf das Senatsurteil vom 22. März 2011 (XI ZR 33/10, WM 2011, 682 Rn. 38). Dabei verkennt sie, dass es in jenem Urteil um die Frage der Aufklärung über den in die Vertragsbedingungen einkalkulierten Gewinn des Verkäufers im Zweipersonenverhältnis ging. Vorliegend geht es hingegen um verheimlichte Provisionsrückflüsse von einem Dritten an den Berater des Kapitalanlegers. In diesem Dreipersonenverhältnis ist der durch die Zuwendung bestehende Interessenkonflikt nicht offenkundig und muss darüber aufgeklärt werden. Das entspricht auch der gesetzlichen Wertung des § 31d WpHG.

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

5 Im Übrigen verkennt die Revision - worauf die Revisionserwiderung im Schriftsatz vom 30. Mai 2011 zutreffend hinweist -, dass nach ihrem eigenen Vortrag bei V 4 auch zumindest teilweise Rückvergütungen aus dem Agio geflossen sind. Die Beklagte hat vorgetragen, bis zu 8,72% bei V 4 erhalten zu haben, die aus den ausgewiesenen 4,9% Eigenkapitalvermittlung + 2% Platzierungsgarantie + 2% Finanzvermittlungsgebühr zurückzuführen seien. Da Vertriebsprovision, Finanzierungsvermittlungsprovision und Platzierungsgarantieprovision verschiedene Lebenssachverhalte betreffen und die beiden letzteren kein Entgelt für den Vertrieb darstellen, sind - unabhängig davon, ob, wie die Revisionserwiderung vorträgt, in einem Parallelverfahren ein Bankmitarbeiter als Zeuge ausgesagt hat, dass in der Vergütung das Agio in Höhe von 5% mitenthalten war (§ 138 Abs. 1 ZPO) - bereits nach dem eigenen Vortrag der Beklagten zumindest Teile des Agios an sie geflossen.

6 b) Entgegen der Ansicht der Revision liegt - wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 9. März 2011 (aaO Rn. 28 ff.) ausgeführt hat - auch keine Divergenz zur Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vor. Der III. Zivilsenat hat im Gegenteil in seinem Urteil vom 3. März 2011 (III ZR 170/10, WM 2011, 640 Rn. 18 ff.) noch einmal bekräftigt, dass sich die Pflichten einer Bank und eines freien Anlageberaters bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise unterscheiden und die Bank danach in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung zur Aufklärung über Rückvergütungen verpflichtet ist.

7 c) Der Senat hat entgegen der Ansicht der Revision hinsichtlich der Kausalität auch kein Neuland betreten. Der Senat hat im Beschluss vom 9. März 2011 (aaO Rn. 33 mwN) die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beweislastumkehr infolge der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens angewendet (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 1973 - VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118,

122; Senatsurteile vom 16. November 1993 - XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 159 f.; vom 14. Mai 1996 - XI ZR 188/95, WM 1996, 1214, 1216; vom 7. Mai 2002 - XI ZR 197/01, BGHZ 151, 5, 12; vom 13. Juli 2004 - XI ZR 178/03, WM 2004, 1774, 1777 und BGH, Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, WM 2009, 789 Rn. 6, jeweils mwN).

8 Soweit die Revision meint, die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (u.a. Urteil vom 9. Februar 2006 - III ZR 20/05, WM 2006, 668, 671) weiche von der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab, so trifft das nicht zu. Die in einem obiter dictum angedeuteten Zweifel an einer langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen keine Abweichung in einer Rechtsfrage dar.

9 Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Indizien, die gegen die Kausalitätsvermutung sprächen, nicht gewürdigt und angebotene Beweise nicht erhoben, vermag sie damit nicht durchzudringen. Es obliegt dem Tatrichter, die zur Verfügung stehenden Indizien nach § 286 ZPO zu würdigen. Die tatrichterliche Würdigung kann in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob sie vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstößt (Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 211/03, WM 2005, 27 und vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 76/06, WM 2008, 292 Rn. 20 mwN). Dieser Überprüfung hält das Berufungsurteil stand. Das Berufungsgericht hat entgegen der Ansicht der Revision die relevanten Indizien vollständig gewürdigt und sie für nicht durchgreifend erachtet. Es hat auch entgegen der Ansicht der Revision keine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, sondern unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten rechtsfehlerfrei als Behauptung ins Blaue hinein gewertet. Soweit die Revision einer mangelnden Nachfrage des Zedenten Bedeutung beimessen will, verkennt sie, dass der Bankberater - anders als ein freier Anlageberater

(vgl. BGH, Urteil vom 3. März 2011 - III ZR 170/10, WM 2011, 640 Rn. 21) - ungefragt nicht nur über das Ob, sondern auch über die Höhe der Rückvergütungen aufklären muss (vgl. Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 24). Es ist auch entgegen der Ansicht der Revision nicht treuwidrig, wenn der Anleger, der nicht nachgefragt hat, sich später auf die Aufklärungspflichtverletzung beruft. Weiter kann entgegen der Ansicht der Revision aus dem Einverständnis des Zedenten mit Provisionszahlungen bei Wertpapiergeschäften nicht auf sein Einverständnis mit Rückvergütungen im vorliegenden Fall geschlossen werden. Ein solcher Schluss wäre nur möglich, wenn der Anleger vergleichbare Produkte in Kenntnis dort geflossener Rückvergütungen erworben hätte (vgl. Ellenberger in Anlegerschutz im Wertpapiergeschäft, AGB in der Kreditwirtschaft, Bankrechtstag 2010, S. 37, 49 f. mwN). Das ist hier aber nicht der Fall.

10 d) Das Berufungsgericht hat auch zutreffend das Verschulden der Beklagten festgestellt.

11 Das Verschulden wird bei Vorliegen einer Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet. Der Aufklärungspflichtige muss danach darlegen und beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 - III ZR 44/06, WM 2007, 542 Rn. 18 und Senatsurteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 17).

12 Soweit sich die Revision auf einen Rechtsirrtum beruft, übersieht sie, dass die Haftung wegen einer fahrlässig begangenen Pflichtverletzung nur bei Vorliegen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums entfällt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen, wobei der Schuldner die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich, Rechtsrat einholen und die

höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten muss (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 1984 - VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296, 303; Urteile vom 14. Juni 1994 - XI ZR 210/93, WM 1994, 1613, 1614 und vom 4. Juli 2001 - VIII ZR 279/00, WM 2001, 2012, 2014). Grundsätzlich trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen. Er handelt schuldhaft, wenn er mit der Möglichkeit rechnen musste, dass das zuständige Gericht einen anderen Rechtsstandpunkt einnimmt (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1995 - V ZB 4/94, BGHZ 131, 346, 353 f. mwN). Wie der Senat mit Beschluss vom 29. Juni 2010 (XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 5 ff. mwN) entschieden und eingehend begründet hat, kann sich eine anlageberatende Bank jedenfalls für die Zeit nach 1990 hinsichtlich ihrer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen. Soweit die Revision aus der Unterscheidung der Rechtsprechung zu Innenprovisionen und Rückvergütungen etwas anderes herleiten will, kann sie damit nicht durchdringen. Dass verheimlichte Rückflüsse aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen aufklärungspflichtig sind, konnte der veröffentlichten Rechtsprechung zum Zeitpunkt der streitigen Anlageberatung in den Jahren 2003 und 2004 entnommen werden (vgl. nur Senatsurteil vom 19. Dezember 2000 - XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235, 239). Entgegen der Ansicht der Revision gab es keine Rechtsprechung, die das Verheimlichen von Rückvergütungen erlaubt hätte, so dass keine rückwirkende Rechtsprechungsänderung vorliegt (Senatsbeschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 11). Die Revision kann sich für ihre Ansicht auch nicht auf die Ausführungen von Nobbe (WuB I G. 1. - 5.10. S. 126) berufen. Diese betreffen Innenprovisionen, nicht jedoch Rückvergütungen.

13 e) Soweit sich die Revision gegen die Haftung der Beklagten in Bezug auf V 3 wegen falscher Darstellung der Kapitalgarantie wendet, kommt es darauf für die Entscheidung des Rechtsstreits nach oben Gesagtem nicht mehr

an. Das Berufungsgericht hat aber auch insofern einen Schadensersatzanspruch der Klägerin zu Recht bejaht.

14 Zunächst ist die Einschätzung des Berufungsgerichts zutreffend, dass durch die Kurzübersicht (GA I 150) das Risiko der Fondsbeteiligung falsch dargestellt worden ist. Ferner hat das Berufungsgericht bindend festgestellt (§ 314 ZPO), dass unstreitig das Beratungsgespräch zu V 3 auf der Grundlage der Kurzübersicht geführt worden ist und dass diese Übersicht dem Zedenten ausgehändigt worden ist.

15 Da die Falschberatung durch die Übergabe der Kurzübersicht und die Feststellung des Berufungsgerichts, dass anhand dieser Übersicht beraten wurde, feststeht, trifft die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie den Fehler richtig gestellt hat (Senatsbeschluss vom 17. September 2009 - XI ZR 264/08, BKR 2009, 471 Rn. 5 mwN).

16 Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, der Vortrag der darlegungspflichtigen Beklagten über die Richtigstellung sei nicht ausreichend, ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 211/03, WM 2005, 27 und vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 76/06, WM 2008, 292 Rn. 20 mwN) und hält dieser Überprüfung stand. Der von der Revision angeführte Vortrag, es seien keine vom Fondsprospekt abweichenden Angaben oder Zusicherungen gemacht worden, steht im Widerspruch zu den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts, dass das Beratungsgespräch auf der Grundlage der Kurzübersicht geführt worden ist. In dieser ist eine falsche Zusicherung über die Kapitalgarantie expressis verbis enthalten.

17 Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte nach § 139 ZPO einen Hinweis darauf erteilen müssen, dass es von einer nicht ausreichenden

Richtigstellung der Kurzübersicht ausgehe, so trifft das nicht zu. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Landgericht keine vom Berufungsgericht abweichende Auffassung vertreten, sondern die Falschberatung unterstellt und lediglich die Kausalität verneint, weil der Zedent wegen des auf informierter Grundlage erfolgten Erwerbs von V 4 sich auch für V 3 entschieden hätte. Die Beklagte konnte daher nicht darauf vertrauen, dass das Berufungsgericht keine Aufklärungspflichtverletzung annehmen würde.

18 Entgegen der Ansicht der Revision ist eine ordnungsgemäße Richtigstellung auch nicht durch den Prospekt erfolgt. Die ordnungsgemäße Aufklärung durch einen Prospekt setzt voraus, dass er dem Anleger so rechtzeitig vor der Anlageentscheidung übergeben wird, dass der Anleger sich mit dem Prospektinhalt vertraut machen kann (Senatsurteil vom 25. September 2007 - XI ZR 320/06, BKR 2008, 199 Rn. 17). Nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts kann dem Zedenten der Prospekt frühestens einen Tag vor der Zeichnung zugegangen sein. Ob ein Tag ausreicht, sich mit dem Inhalt eines Verkaufsprospektes vertraut zu machen, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Diese hat das Berufungsgericht gewürdigt und die Zeit für nicht ausreichend erachtet. Diese in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt überprüfbare tatrichterliche Würdigung (vgl. Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 211/03, WM 2005, 27 und vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 76/06, WM 2008, 292 Rn. 20 mwN) hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

19 Soweit das Berufungsgericht die Kausalität aufgrund der Umstände des Einzelfalls als gegeben angesehen hat, ist auch diese tatrichterliche Würdigung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Wiechers Mayen Ellenberger

Maihold Pamp

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