BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 313/12

Verkündet am:
4. März 2014
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gemäß § 128 Abs. 2 ZPO im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 10. Januar 2014 eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Ellenberger, Maihold, Dr. Matthias und die Richterin Dr. Derstadt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 10. Juli 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger begehren von der beklagten Direktbank Schadensersatz wegen behaupteter fehlerhafter Anlageberatung durch Mitarbeiter der inzwischen insolventen A. AG (nachfolgend: A. AG).

2 Die Kläger beantragten am 17. Oktober 2006 über das Wertpapierhandelshaus D. AG, der Rechtsvorgängerin der A. AG (nachfolgend

einheitlich: A. AG), bei der Beklagten die Eröffnung eines "Depotkontos" "unter Einschluss" der A. AG (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 ("Depotkonto"). 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.

3 Im Kontoeröffnungsantrag vom 17. Oktober 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."

4 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
>
> ... Auf Beratungsleistungen und Anlageentscheidungen des/der Bevollmächtigten 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

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

der/dem 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."

5 Auf telefonische Beratung durch Mitarbeiter der A. AG tätigten die Kläger folgende Käufe:

- Inhabergenussscheine der D. AG im Nominalwert von 50.000 € am 18. Januar, 7. Mai und 8. Mai 2008 für insgesamt 53.556,20 €
- Inhaberschuldverschreibungen der C. AG im Nominalwert von 25.000 € am 20. August 2007 für 25.974,01 €, die sie am 17. September 2009 für 10.954,44 € wieder veräußerten.

6 Die Kläger verlangen im Wege des Schadensersatzes Zahlung von 53.556,20 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung der Inhabergenussscheine der D. AG, Zahlung der Differenz zwischen Kauf- und Verkaufspreis der Inhaberschuldverschreibungen der C. in Höhe von 15.019,57 € und den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Hierbei berufen sie sich auf Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen der A. AG, für die die Beklagte ihrer Ansicht nach aus verschiedenen Rechtsgründen einzustehen habe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr auf die Berufung der Kläger bis auf die Anwaltskosten stattgegeben. Mit

ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit in der Revisionsinstanz von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

9 Die Beklagte habe für die mangels hinreichenden Bestreitens zugrunde zu legende Falschberatung seitens der A. AG einzustehen.

10 Ihr sei das Aufklärungs- und Beratungsverschulden des Mitarbeiters K. der A. AG nach § 278 BGB zuzurechnen, weil sie im eigenen Vergütungsinteresse die A. AG als Dritte mit der Zuführung von Kommissionsaufträgen aus einem aufklärungs- und beratungsbedürftigen Kommittentenkreis betraut und es vollständig dem Dritten überlassen habe, den Auftrag für das jeweilige Kommissionsgeschäft mit dem Kommittenten vorzubesprechen, die Kundenentscheidung herbeizuführen und somit die vollständige Anbahnung des Kommissionsauftrages vorzunehmen. Die Zusammenarbeit zwischen Bank und A. AG stelle sich als Auslagerung derjenigen Aufklärungs- und Beratungsleistung dar, die - wie die Beklagte gewusst habe - notwendigerweise der Erteilung eines Wertpapierauftrages vorgelagert sei und vom Kunden erwartet werde. Die Beklagte habe ihre Geschäftstätigkeit mit der Gewährung der Sonderzinskonditionen auf

diesen Kundenkreis ausgeweitet. Die Gewährung jener Sonderkonditionen, welche zwingend mit der Eröffnung des Depotkontos unter Einschluss der A. AG verbunden gewesen sei, habe ausschließlich dem Zweck gedient, von aufklärungs- und beratungsbedürftigen Kunden Wertpapieraufträge zu erhalten. Damit habe sich die Beklagte selbst in den Pflichtenkreis der ordnungsgemäßen Aufklärung und Beratung gestellt. Die A. AG sei bei der Durchführung der auf sie ausgelagerten Aufklärungs- und Beratungstätigkeit im Pflichtenkreis der Beklagten tätig geworden. Dem stehe nicht entgegen, dass die Beklagte ihren Pflichtenkreis im Depoteröffnungsantrag hiervon abweichend beschrieben habe. Die rein aufsichtsrechtliche Norm des § 31e WpHG ändere daran nichts, da diese nicht verbiete, dass für Fehler in der gemeinsamen Vertriebstätigkeit auch gemeinsam gehaftet werde. Darüber hinaus sei die Beklagte auch nicht das "kundenfernere" Unternehmen, da sich das Vorgehen der A. AG und der Beklagten aus wirtschaftlicher Sicht als gemeinsames Vorgehen zu einem gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck, nämlich der Gewinnung von untereinander aufzuteilenden Provisionen darstelle. Ein solcher Fall sei nicht Gegenstand der Regelung des § 31e WpHG. Daher könne sich die Beklagte nach § 242 BGB auch nicht auf die dem gemeinsamen Zweck widersprechende Arbeitsteilung berufen. Die Mitarbeiter der A. AG seien demnach Erfüllungsgehilfen der Beklagten gemäß § 278 BGB.

11 Die Beklagte hafte außerdem gemäß § 129 HGB analog für die Beratungsfehler des Mitarbeiters der A. AG, weil die Beklagte und die A. AG als Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen seien. Den Klägern gegenüber seien die A. AG und die Beklagte als Gesellschaft nach außen in Erscheinung getreten, auch ohne dass eines der beiden Unternehmen offen unter dieser Bezeichnung aufgetreten sei. Zwar sei weder ein nach außen erkennbares Gesamthandsvermögen gebildet worden, noch sei erkennbar, dass der eine oder andere Gesellschafter die Geschäftsführung übernommen hätte. Maßgeblich

sei aber, dass ausweislich der Transaktionsvollmacht intern eine Provisionsteilung stattgefunden habe. In der Generierung von Provisionen aus den der Phase der Hochzinskonten nachfolgenden Kommissionsaufträgen liege der gemeinsame Zweck im Sinne von § 705 BGB. Die Gesellschaft sei auch nach außen aufgetreten. Die in dem beim Kundenkontakt verwendeten Geheft befindlichen Dokumente trügen die Logos beider Unternehmen auf ein und demselben Papier, sodass bei dem unbefangenen Leser der Eindruck erweckt worden sei, es handele sich um das partnerschaftliche Zusammenwirken zweier Unternehmen zum Zwecke der Durchführung eines einheitlichen Geschäfts, nämlich der Anlage des Kapitals des Kunden.

II.

12 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

13 1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, dass ein etwaiges Aufklärungs- und Beratungsverschulden des Mitarbeiters der A. AG der Beklagten nach § 278 BGB zuzurechnen sei. Es mangelt schon an der für einen Schadensersatzanspruch der Kläger nach § 280 Abs. 1 BGB erforderlichen eigenen Pflicht der Beklagten zur Beratung ihrer Kunden.

14 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird zwar dann, wenn ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden herantritt, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden bzw. zu beraten, das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgespräches angenommen (st. Rspr. u.a. Senatsurteile vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 [Bond] und vom 25. September 2007 - XI ZR

320/06, BKR 2008, 199 Rn. 12, jeweils mwN). Ein stillschweigend geschlossener Beratungsvertrag kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn die Bank - wie es Discount-Broker bzw. Direktbanken üblicherweise tun - bereits bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung erklärt, sich nur an gut informierte und erfahrene Anleger zu wenden und zur Aufklärung nur durch Übersendung von Informationsbroschüren, nicht aber durch individuelle Hinweise bereit zu sein. Ein Anleger, der der Bank in Kenntnis dessen ohne ein Aufklärungsbegehren eine gezielte Order erteilt, erklärt damit konkludent, dass er weitere Informationen durch die Bank nicht benötige, also nicht aufklärungsbedürftig sei (Senatsurteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 17 mwN).

15 So liegt der Fall hier. Nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Beklagten um eine Direktbank. Eigene Beratungsleistungen hat die Beklagte nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen und ebenfalls rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts nicht erbracht. Sie hat ausdrücklich und für die Kläger erkennbar allein sogenannte Execution-only-Dienstleistungen als Discount-Brokerin angeboten, was die Annahme eigener Beratungspflichten aus einem Beratungsvertrag grundsätzlich ausschließt (vgl. Senatsurteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 18 mwN zu einem ebenfalls die Beklagte betreffenden und insoweit gleich gelagerten Fall; zustimmend Balzer, EWiR 2013, 365; Brocker, GWR 2013, 252; Freitag, LMK 2013, 347897; Thume/Schenck zu Schweinsberg-Zügel, WuB I G 1. - 11.13). Es ist auch nicht vorgetragen oder ersichtlich, dass die Beklagte die Kläger entgegen ihrem Marktauftritt tatsächlich beraten hat.

16 Daher scheidet auch die vom Berufungsgericht bejahte Zurechnung etwaiger Beratungsfehler durch Mitarbeiter der A. AG über § 278 BGB aus. Wie die Revision zutreffend ausführt, waren die Mitarbeiter der A. AG mangels eige-

ner Beratungspflicht der Beklagten nicht in deren Pflichtenkreis tätig (so bereits zu einem Parallelfall Senatsurteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 19 mwN). Nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts tätigten die Kläger die streitgegenständlichen Wertpapierkäufe vielmehr auf Beratung eines Mitarbeiters der A. AG, welcher nach den unmissverständlichen und in den von den Klägern unterzeichneten Dokumenten vom 17. Oktober 2006 (Depotkontoeröffnungsantrag und Transaktionsvollmacht) enthaltenen vertraglichen Regelungen die Aufgabe der - alleinigen - Beratung der Kläger zukam.

17 b) Soweit das Berufungsgericht demgegenüber entscheidend darauf abhebt, die Beklagte habe sich selbst in den Pflichtenkreis der ordnungsgemäßen Aufklärung und Beratung gestellt, indem sie ihre Geschäftstätigkeit durch die Gewährung von Zinssonderkonditionen auf einen aufklärungs- und beratungsbedürftigen Kommittentenkreis ausgeweitet habe, kann dem nicht gefolgt werden.

18 aa) Zutreffend ist insoweit noch die Feststellung des Berufungsgerichts, dass es der Eröffnung eines weiteren Depotkontos unter Einschluss eines Finanzdienstleisters allein für die Gewährung von über dem Marktzins liegenden Sonderkonditionen auf einem Tagesgeldkonto nicht bedurft hätte. Indes führen weder die vom Berufungsgericht in den Vordergrund gerückte planmäßige Zufuhr von Kunden über die A. AG gerade zur Beklagten noch der Umstand, dass diese Kunden sodann wiederum planmäßig Beratungsleistungen der A. AG in Anspruch nehmen sollten, um letztlich provisionsauslösende Wertpapiergeschäfte zu tätigen, dazu, dass die Beklagte das Geschäftsmodell der Discount-Broker verlassen und sich auf das Geschäftsfeld der beratungsabhängigen Wertpapiertätigkeit begeben hat. Dieser Annahme steht schon die ausdrückliche und von den Klägern akzeptierte vertragliche Aufgabenverteilung zwischen

der A. AG und der Beklagten entgegen. Daran vermag die - dieser vereinbarten Aufgabenverteilung gerade Rechnung tragende - Verwendung der Logos beider Unternehmen auf Kontoeröffnungsantrag und Transaktionsvollmacht nichts zu ändern. Da der Kläger zu 1) zudem - in Kenntnis der vertraglichen Aufgabenverteilung - in den Analysebögen vom 17. August 2007 und vom 18. Januar 2008 allein gegenüber der A. AG Angaben zu seiner Anlagestrategie bzw. zu Kenntnissen von und Erfahrungen mit Wertpapiergeschäften gemacht hat, konnte er nicht erwarten, dass (auch) die Beklagte seine Zielvorstellungen im Rahmen der Auftragsdurchführung berücksichtigte (so bereits zu einem Parallelfall Senatsurteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 21 mwN).

19 bb) Vor diesem Hintergrund stellte sich die A. AG für die Kläger entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht "als ausgelagerte Beratungs- und Vertriebsabteilung der Beklagten" dar. Ausweislich der Regelungen in Depotkontoeröffnungsantrag und Transaktionsvollmacht war vielmehr einzig die A. AG das für die Beratung zuständige und damit kundennähere Unternehmen, welches nach der Senatsrechtsprechung bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen grundsätzlich allein zur Befragung des Anlegers hinsichtlich seiner Erfahrungen, Kenntnisse, Anlageziele und finanziellen Verhältnisse verpflichtet ist (vgl. Senatsurteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 26 mwN). Dies steht - unabhängig davon, dass den aufsichtsrechtlichen Vorschriften der §§ 31 ff. WpHG keine eigenständige schadensersatzrechtliche Bedeutung zukommt - auch in Übereinstimmung mit § 31e Nr. 2 WpHG (Senatsurteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 26).

20 2. Ebenfalls rechtsfehlerhaft ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte hafte für Beratungsfehler der Mitarbeiter der A. AG gemäß § 129

HGB (richtig: § 128 HGB) analog, weil die A. AG und die Beklagte als Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen seien.

21 Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils zu Parallelfällen bereits entschieden hat und auch das Berufungsgericht nicht verkennt, ist charakteristisch für eine Außengesellschaft als Vertragspartei, dass sie als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt und in diesem Rahmen auch Rechte und Pflichten begründet (vgl. Senatsurteile vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 41 mwN und vom 12. November 2013 - XI ZR 312/12, WM 2014, 24 Rn. 21). Daran fehlt es hier aber schon deshalb, weil die A. AG und die Beklagte den Klägern - den diesen bekannten vertraglichen Absprachen entsprechend - nicht als rechtsfähige Einheit, sondern getrennt nach Aufgabenbereichen gegenübergetreten sind. Rechtsbeziehungen bestanden daher alleine zwischen den Klägern einerseits und der A. AG (Beratungsvertrag) bzw. der Beklagten (Depotvertrag; Kommissionsgeschäfte) andererseits; Verpflichtungen einer übergeordneten Rechtsperson, für deren Schlechterfüllung die Beklagte als Gesellschafterin nach § 128 HGB analog haften könnte, existieren dagegen nicht. Vor diesem Hintergrund ist der vom Berufungsgericht für maßgeblich gehaltene Umstand, dass es ausweislich der von den Klägern unterzeichneten Transaktionsvollmacht intern zu einer Provisionsteilung zwischen A. AG und Beklagter gekommen ist, irrelevant.

III.

22 Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

23 Der Senat hat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden, dass es auch bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen dabei bleibt, dass eine Warnpflicht als Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) dann besteht, 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 (Senatsurteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11, BGHZ 196, 370 Rn. 27 mwN; zustimmend Balzer, EWiR 2013, 365, 366; Thume/Schenck zu Schweinsberg-Zügel, WuB I G 1. - 11.13; siehe auch das aufsichtsrechtliche Rundschreiben 4/2010 (WA) - Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaComp) vom 7. Juni 2010 der BaFin unter AT 5 Abs. 2). Das kommt - wie in vom Senat entschiedenen Parallelfällen (aaO Rn. 37 und Senatsurteil vom 12. November

2013 - XI ZR 312/12, WM 2014, 24 Rn. 25) - auch hier in Betracht. Das Berufungsgericht hat sich damit - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht befasst. Es wird, nachdem die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag hatten, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben.

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Derstadt

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 27.07.2011 - 35 O 149/11 -
OLG München, Entscheidung vom 10.07.2012 - 5 U 3672/11 -