BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 431/10

Verkündet am:
14. Mai 2013
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 28. März 2013 eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Ellenberger, Maihold und Pamp sowie die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 8. November 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, soweit der Kläger in Bezug auf die Beteiligung an der Zweite A. GmbH & Co. KG Schadensersatzansprüche wegen unterbliebener Aufklärung über die von der Beklagten vereinnahmten Rückvergütungen geltend macht. Die darüber hinausgehende Revision des Klägers und die Anschlussrevision der Beklagten werden als unzulässig verworfen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus eigenem und abgetretenem Recht auf Rückabwicklung von Beteiligungen an der Erste A.

GmbH & Co. KG (im Folgenden: A I) sowie der Zweite A. GmbH & Co. KG (im Folgenden: A II) in Anspruch.

2 Der Kläger sowie seine Ehefrau (im Folgenden: Anleger) zeichneten jeweils nach vorheriger Beratung durch den Mitarbeiter S. der Beklagten am 8. Oktober 2001 eine Beteiligung an A I im Nennwert von 25.000 € zuzüglich Agio in Höhe von 1.250 € sowie am 6. Dezember 2002 eine Beteiligung an A II im Nennwert von 75.000 € zuzüglich Agio in Höhe von 3.750 €. Die Beteiligung an A II finanzierten die Anleger durch ein Darlehen der Beklagten in Höhe von 79.000 €. Ausweislich der Fondsprospekte erhielt die Beklagte für die Eigenkapitalvermittlung von A I 8,5% des gezeichneten Kommanditkapitals zuzüglich eines Anteils am Agio sowie für die Eigenkapitalvermittlung und Platzierungsgarantie bezüglich A II 8,5% des gezeichneten Kommanditkapitals, ohne dass dies den Anlegern in den Beratungsgesprächen offengelegt wurde.

3 Die Anleger erhielten Ausschüttungen aus A I in Höhe von 232,48 € sowie aus A II in Höhe von 536,39 €. Des Weiteren erhielten die Anleger aus den bislang noch nicht vollständig liquidierten Fondsgesellschaften Rückzahlungen in Höhe von 23.660,70 € (A I) und 70.794,95 € (A II). Am 30. Juni 2008 lösten die Anleger das in Höhe von 70.060,42 € noch offene Finanzierungsdarlehen der Beklagten durch einen Kredit der Sp. ab.

4 Mit seiner Klage hat der Kläger nach Klageänderung und einseitig gebliebener Erledigungserklärung in Höhe von 94.235,65 € zuletzt noch Ersatz des bei A I eingesetzten Kapitals in Höhe von 26.250 € zuzüglich entgangener Anlagezinsen, der auf die Darlehen geleisteten Zahlungen (einschließlich des Ablösebetrags) in Höhe von insgesamt 110.846,48 €, vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 539,49 € sowie von Steuernachforderungszinsen in Höhe von 176 € abzüglich erlangter Ausschüttungen in Höhe von 768,87 € und

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

Rückzahlungen in Höhe von 94.235,65 €, insgesamt also 42.807,45 €, Zug um Zug gegen Rückgabe der Beteiligungen verlangt. Hilfsweise hat er Zahlung von 43.321,98 € zuzüglich entgangener Anlagezinsen sowie die Freistellung von den Verbindlichkeiten aus dem Darlehen der Sp. Zug um Zug gegen "Rückgabe" von 68.712,30 € sowie der Beteiligungen verlangt. Schließlich hat der Kläger die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn von etwaigen Nachforderungen des Finanzamts freizustellen, die auf der Nichtanerkennung des steuerlichen Konzepts des Fonds beruhen, sowie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten begehrt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht, unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen, die Beklagte zur Zahlung von 6.879,52 € zuzüglich Verzugszinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Beteiligung an A I verurteilt. Des Weiteren hat es die Erledigung des Rechtstreits in der Hauptsache in Höhe von 23.660,70 € sowie den Annahmeverzug der Beklagten hinsichtlich der Beteiligung an A I festgestellt.

5 Mit seiner - vom Berufungsgericht (beschränkt) zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger die A II betreffenden Zahlungsanträge einschließlich des Hilfsantrags nach vorgegebener Reihenfolge bis zum Gesamtbetrag von maximal 36.442,26 € weiter. Den hilfsweise gestellten Freistellungsantrag hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus dem Darlehen der Sp. verfolgt er nur noch in Form eines Feststellungsantrags. Den Feststellungsantrag hinsichtlich der Nachforderungen des Finanzamts verfolgt der Kläger nur noch eingeschränkt mit der Maßgabe, dass nur über reine Nachzahlungen von Einkommensteuer hinausgehende Schäden zu ersetzen sind. Die Beklagte begehrt mit ihrer Anschlussrevision die Klageabweisung auch hinsichtlich der A I betreffenden Klageanträge.

Entscheidungsgründe:

A. Revision des Klägers

6 Die Revision des Klägers ist zulässig und begründet, soweit mit ihr in Bezug auf A II Schadensersatzansprüche wegen verschwiegener Rückvergütungen geltend gemacht werden. Insoweit führt die Revision im Umfang der Revisionsanträge zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Soweit der Kläger mit der Revision jedoch nicht nur in Bezug auf A II Schadensersatzansprüche wegen unterbliebener Aufklärung über Rückvergütungen, sondern auch Provisionsherausgabeansprüche verfolgt, ist sie unzulässig.

I.

7 Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision wirksam auf die Schadensersatzforderung des Klägers wegen verschwiegener Rückvergütungen in Bezug auf A II beschränkt. Soweit die Revision das Berufungsurteil auch darüber hinaus angreift, ist sie nicht statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und daher gemäß § 552 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

8 1. Ausweislich des Tenors hat das Berufungsgericht die Revision nur zugelassen, "soweit eine Haftung der Beklagten für die Beteiligung an ... [A II] unter dem Gesichtspunkt verschwiegener Rückvergütungen ("Kickbacks") geltend gemacht wird". Diese Beschränkung der Revisionszulassung ist wirksam (BGH, Urteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, WM 2011, 2268 Rn. 8, insoweit in BGHZ 191, 119 nicht abgedruckt, vom 19. Juli 2012 - III ZR 308/11, WM 2012, 1574 Rn. 8 und vom 16. Oktober 2012 - XI ZR 368/11, juris Rn. 19

sowie Beschluss vom 16. Dezember 2010 - III ZR 127/10, WM 2011, 526 Rn. 6).

9 2. Soweit die Revision einen Herausgabeanspruch analog § 667 BGB geltend macht, ist sie daher mangels Zulassung nicht statthaft.

10 Bei dem Anspruch aus § 667 BGB handelt es sich um einen vom Schadensersatzanspruch wegen verschwiegener Rückvergütungen abgrenzbaren Anspruch, der in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht selbständiger Beurteilung unterliegt (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2012 - XI ZR 368/11, juris Rn. 19 sowie Beschluss vom 16. Dezember 2010 - III ZR 127/10, WM 2011, 526 Rn. 5 f., jeweils mwN). Von der Revisionszulassung bezüglich des Schadensersatzanspruchs wegen verschwiegener Rückvergütungen ist der Provisionsherausgabeanspruch daher nicht umfasst.

II.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

12 Zwischen den Parteien seien zwar hinsichtlich beider Beteiligungen Anlageberatungsverträge zustande gekommen. Eine Haftung wegen unterlassener Aufklärung über erhaltene Rückvergütungen komme bezüglich der Beteiligung an A II jedoch nicht in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs läge ein aufklärungspflichtiger Interessenkonflikt nur vor, wenn der Berater umsatzabhängige Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhalte. Innenprovisionen hätten nicht den Charakter hinter dem Rücken des Anlegers gewährter, schmiergeldähnlicher Zahlungen. Diese Gelder seien vielmehr bis zur Grenze von un-

gefähr 15% grundsätzlich nicht besonders aufklärungspflichtig. Zu dieser Gruppe von Entgelten gehörten auch Beträge für die Eigenkapitalbeschaffung, die Platzierungsgarantie und die Fremdkapitalbeschaffung.

13 Anders als bei A I habe die Beklagte für die Vermittlung des Eigenkapitals von A II keine zusätzliche Eigenkapitalvermittlungsgebühr aus Teilen des Agios, sondern von vornherein nur eine feste, nicht vom Umsatz abhängige Gebühr von 12,75 Mio. € erhalten, nämlich 8,5% des gezeichneten Kapitals von 150 Mio. €. Eine Pflicht zur ungefragten Aufklärung auch über solche Formen finanziellen Eigeninteresses habe die höchstrichterliche Rechtsprechung bislang nicht statuiert, so dass aus Gründen der Rechtssicherheit zumindest zurzeit derartige Anforderungen an die Beratung nicht gestellt werden könnten. Selbst wenn man das anders sehen würde, fehlte es jedenfalls am Verschulden der Beklagten.

III.

14 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

15 1. Aufgrund des - nicht mehr im Streit stehenden - Beratungsvertrags war die Beklagte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verpflichtet, auch bei A II die Anleger über die ihr zufließende Provision in Höhe von 8,5% des Zeichnungskapitals aufzuklären.

16 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist eine Bank aus dem Anlageberatungsvertrag verpflichtet, über die von ihr vereinnahmte Rückvergütung aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen ungefragt aufzuklären. Aufklärungspflichtige Rückvergütungen in diesem Sinne sind - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die im Gegensatz zu versteckten Innenprovisi-

onen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie zum Beispiel Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt. Hierdurch kann beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen, er kann jedoch das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen (vgl. nur Senatsbeschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 23 f. und Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 17, jeweils mwN).

17 b) Danach handelt es sich hier, entgegen der Annahme des Berufungsgerichts, um aufklärungspflichtige Rückvergütungen. Die von der Beklagten vereinnahmte Provision in Höhe von 8,5% des Zeichnungskapitals war nicht in den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Fondsobjekts versteckt, sondern floss aus den offen ausgewiesenen Positionen an die Beklagte und musste von dieser den Anlegern, die neben der Zeichnungssumme 5% Agio gezahlt haben, offen gelegt werden (vgl. Senatsbeschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 24; Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 18).

18 Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, die von der Beklagten erlangte Provision sei nicht umsatzabhängig. Ausweislich der Prospektangaben, die der Senat selbst auslegen kann (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 22 mwN), war die Höhe der Provision vom tatsächlich vermittelten Kommanditkapital, das auch mehr als die prospektierten 150 Mio. € betragen konnte, abhängig. Somit hatte die Anzahl der vermittelten Kapitalbeteiligungen Einfluss auf die von der Beklagten verdiente Vertriebsprovision.

19 2. Eine ordnungsgemäße Aufklärung der Anleger über diese Rückvergütung durch die Beklagte ist weder mündlich noch durch Übergabe des Verkaufsprospekts erfolgt.

20 a) Grundsätzlich kann eine Aufklärung über Rückvergütungen zwar auch mittels der Übergabe eines Prospekts erfolgen, in dem die beratende Bank als Empfängerin der der Höhe nach korrekt angegebenen Vertriebsprovisionen ausdrücklich genannt ist (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 20 mwN).

21 b) Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Prospekt dem Anleger so rechtzeitig vor der Anlageentscheidung übergeben wird, dass er sich mit seinem Inhalt vertraut machen konnte (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 21 mwN).

22 Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts haben die Anleger den Prospekt erst im Beratungsgespräch, in dem auch die Anlage gezeichnet wurde, erhalten. Die Übergabe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Zeichnung war jedoch nicht so rechtzeitig vor der Anlageentscheidung, dass die Anleger sich mit dem Inhalt des 62 Seiten umfassenden Prospekts hätten vertraut machen können. Ein Anleger, dem ein Prospekt nicht rechtzeitig übergeben wird, darf diesen unbeachtet lassen; er muss ihn insbesondere nach der getroffenen Anlageentscheidung nicht mehr durchlesen (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 21 mwN; vgl. auch BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rn. 33).

23 3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht schließlich das Verschulden der Beklagten hinsichtlich der - vom Berufungsgericht nur unterstellten - Aufklärungspflichtverletzung verneint.

24 Wie der Senat bereits mit Beschluss vom 29. Juni 2010 (XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 4 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. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich auch aus der Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen Innenprovisionen und Rückvergütungen nichts anderes herleiten. Dass verheimlichte Rückflüsse aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen aufklärungspflichtig sind, konnte der veröffentlichten Rechtsprechung zum Zeitpunkt der streitigen Anlageberatung entnommen werden (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506 Rn. 10 ff. mwN; die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG, ZIP 2012, 164 Rn. 15 nicht zur Entscheidung angenommen; Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 25).

IV.

25 Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie im Umfang der Revisionsanträge betreffend Schadensersatzansprüche wegen verschwiegener Rückvergütungen bei A II zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsurteil hat sich - folgerichtig - mit den weiteren Anspruchsvoraussetzungen und der Höhe des Schadensersatzanspruchs bislang nicht befasst. Das wird es nachzuholen haben. Bezüglich der Kausalität wird auf das Senatsurteil vom 8. Mai 2012 (XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 26 ff.) verwiesen.

B. Anschlussrevision der Beklagten

26 Die Anschlussrevision der Beklagten ist als unzulässig zu verwerfen.

27 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Zulässigkeit der Anschlussrevision voraus, dass ihr Gegenstand vom Streitgegenstand der Hauptrevision umfasst ist oder zumindest mit diesem in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang steht (BGH, Urteile vom 22. November 2007 - I ZR 74/05, BGHZ 174, 244 Rn. 38 ff.; vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 328/07, juris Rn. 31 und vom 18. September 2009 - V ZR 75/08, NJW 2009, 3787 Rn. 27 jeweils mwN; zur Rechtslage vor dem 1. Januar 2002 vgl. Urteile vom 21. Juni 2001 - IX ZR 73/00, BGHZ 148, 156, 159 f. und vom 19. Februar 2002 - X ZR 166/99, WM 2002, 1234, 1237).

28 2. Revision und Anschlussrevision betreffen jedoch verschiedene prozessuale Ansprüche, die nicht in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

29 Die Hauptrevision ist nur hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche aus der Beteiligung an A II zugelassen. Mit der Anschlussrevision begehrt die Beklagte die Klageabweisung hinsichtlich der Beteiligung an A I. Die Ansprüche beruhen jeweils auf einzelnen, voneinander unabhängigen Kapitalanlagegeschäften und damit auf verschiedenen Lebenssachverhalten. Ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang ist nicht erkennbar (vgl. dazu umfassend BGH, Urteil vom 21. Juni 2001 - IX ZR 73/00, BGHZ 148, 156, 160 ff.). Der Kläger hat zwar vorgetragen, dass er sich an A II nicht beteiligt hätte, hätte er gewusst, bezüglich A I nicht richtig aufgeklärt worden zu sein. Weiterhin führt das Berufungsgericht aus, vor der Beteiligung an A II habe es "kein ins Einzelne gehendes Beratungsgespräch mehr gegeben". Einen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang begründet das, entgegen der Auffassung der Anschluss-

revision, jedoch nicht. Die Beteiligung an A II erfolgte trotzdem unabhängig von der Beteiligung an A I aufgrund gesonderter - wenn auch verkürzter - Beratung und Anlageentscheidung. Auch die Tatsache, dass sich im Wesentlichen dieselben Rechtsfragen stellen, stellt keinen rechtlichen Zusammenhang zwischen den Ansprüchen her.

Wiechers Ellenberger Maihold

Pamp Menges

Vorinstanzen:
LG Rottweil, Entscheidung vom 08.01.2009 - 3 O 440/06 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 08.11.2010 - 5 U 111/09 -