BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 196/09

Verkündet am:
15. April 2010
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 676

Für den nicht bankmäßig gebundenen, freien Anlageberater besteht - soweit nicht § 31d des Wertpapierhandelsgesetzes eingreift - keine Verpflichtung gegenüber seinem Kunden, ungefragt über eine von ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären, wenn der Kunde selbst keine Provision zahlt und offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen werden, aus denen ihrerseits die Vertriebsprovisionen aufgebracht werden (Abgrenzung zu BGHZ 170, 226 und BGH, Beschluss vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07 - NJW 2009, 1416).

BGH, Urteil vom 15. April 2010 - III ZR 196/09 - OLG Celle
LG Hannover

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 2010 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dörr, Wöstmann, Seiters und Tombrink

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 11. Juni 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Der Kläger verlangt aus eigenem und aus abgetretenem Recht seiner Ehefrau Schadensersatz wegen einer fehlerhaften Anlageberatung der Beklagten.

2 Der Kläger und seine Ehefrau zeichneten auf Empfehlung eines für die Beklagte tätigen Handelsvertreters am 5. Dezember 2001 eine Beteiligung am Falk-Fonds 75 über 50.000 € zuzüglich eines 5 %igen Agios. Zur Finanzierung dieser Beteiligung nahmen sie bei der B. -Bank AG einen Kredit in Höhe von netto 50.505,05 € auf. Der Zeichnung vorangegangen waren mehrere Gesprä-

che, deren Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Dem Kläger wurde ein Prospekt zum streitgegenständlichen Fonds ausgehändigt, wobei der Zeitpunkt der Übergabe zwischen den Parteien ebenfalls streitig ist. Bei dem Falk-Fonds 75 handelte es sich um einen geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Kommanditgesellschaft, der in verschiedene Gewerbeimmobilien investierte. Nach den Angaben im Fondsprospekt waren für die Eigenkapitalbeschaffung Kosten in Höhe von 10.246.618 € netto veranschlagt. Diese Summe und das von den Anlegern zu zahlende Agio sollte an die mit dem Vertrieb der Gesellschaftsanteile beauftragte Firma "F. K. " gezahlt werden. Die Beklagte wurde als Untervermittlerin tätig und erhielt dafür eine Provision. Hierüber wurden der Kläger und seine Ehefrau im Beratungsgespräch nicht aufgeklärt.

3 Seine Schadensersatzklage stützt der Kläger - soweit hier noch maßgeblich - zum einen auf die mangelnde Aufklärung über seitens der Beklagten für den Vertrieb erhaltene Provisionen, den mangelnden Hinweis auf den Charakter als Anlage einer unternehmerischen Beteiligung, das Risiko eines Totalverlusts sowie darauf, dass vom Anlageberater Ausschüttungen in bestimmter Höhe als sicher dargestellt worden seien. Das Anlageziel einer sicheren Anlage mit unbedingtem Kapitalerhalt habe mit der empfohlenen Anlage nicht erreicht werden können.

4 Die Klage ist vom Landgericht abgewiesen worden. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.

5 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I.

6 Das Berufungsgericht hat die Klageabweisung damit begründet, dass der Beklagten keine Pflichtverletzung vorzuwerfen sei, soweit sie über den Erhalt von Provisionen für den Vertrieb der Fondsanteile nicht aufgeklärt habe. Zwischen den Parteien habe ein Anlageberatungsvertrag bestanden. Die Grundsätze der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Aufklärungspflicht über erhaltene Rückvergütungen seien auf die Beklagte nicht zu übertragen. Mögliche Ansprüche wegen der weiteren geltend gemachten Pflichtverletzungen seien verjährt.

II.

7 1. Auf die Revision des Klägers ist das angefochtene Urteil einer uneingeschränkten Prüfung zu unterziehen. Das Berufungsgericht hat die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO zugelassen. Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält keinen Zusatz, durch den die Zulassung der Revision eingeschränkt wird. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind für die Prüfung des Umfangs einer zugelassenen Revision zwar auch die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils heranzuziehen. Für eine wirksame Beschränkung der Zulassung ist es aber erforderlich, dass sich dies klar aus den

Gründen ergibt. Der Bundesgerichtshof hat es wiederholt als unzureichend angesehen, wenn das Berufungsgericht lediglich eine Begründung für die Zulassung der Revision genannt hat, ohne weiter erkennbar zu machen, dass es die Zulassung auf den durch die Rechtsfrage betroffenen Teil des Streitgegenstands hat beschränken wollen (st. Rspr. BGHZ 153, 358, 361; zuletzt BGH, Versäumnisurteil vom 17. Dezember 2009 - IX ZR 16/09 - Rn. 7 m.w.N.). Im vorliegenden Fall entnimmt der Senat aus der angegebenen Begründung über die Zulassung der Revision keinen Willen des Berufungsgerichts, die Revision nur beschränkt auf diesen Teil der Entscheidung zuzulassen. Deshalb ist der Senat nicht gehindert, das Berufungsurteil auch im Hinblick auf die vom Kläger weiter geltend gemachten Pflichtverletzungen rechtlich zu überprüfen.

8 2. Die Revision des Klägers hat Erfolg.

9 a) Den Angriffen der Revision stand hält jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte im vorliegenden Fall keine Pflicht zur Aufklärung über die für den Vertrieb des streitgegenständlichen Fonds erhaltenen Provisionen hatte.

10 aa) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es anerkannt, dass eine Bank, die einen Kunden über Kapitalanlagen berät und Fondsanteile empfiehlt, bei denen sie verdeckte Rückvergütungen erhält, diesen Kunden über eine solche Rückvergütung aufzuklären hat, um ihm einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offenzulegen. Diese ohne Rücksicht auf die Höhe der Rückvergütung bestehende Aufklärungspflicht versetzt den Kunden erst in die Lage, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen. Wenn eine Bank einen Kunden ohne Zwischenschaltung eines Vermögensverwalters berät, Anlageempfehlungen abgibt und dabei an den emp-

fohlenen Fonds durch Rückvergütung verdient, sind die Kundeninteressen durch die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen gefährdet. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Rückvergütungen einem bestimmten Geschäft unmittelbar zugeordnet oder in gewissen Zeitabständen gezahlt werden. Wesentlich ist dabei nur, dass die Rückvergütungen umsatzabhängig sind (BGHZ 170, 226, 234 f Rn. 23; Urteil vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07 - NJW 2009, 1416, 1417 Rn. 12). Aufklärungspflichtige Rückvergütungen liegen dabei 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 (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 338/08 - ZIP 2009, 2380, 2383 Rn. 31).

11 bb) Diese vom Bundesgerichtshof für die Beratung einer Bank gegenüber ihren Kunden unter Berücksichtigung der vertraglichen Beziehung zwischen ihnen und den daraus folgenden Besonderheiten abgeleiteten Grundsätze sind auf den Beratungsvertrag des Klägers mit der Beklagten als einer freien, nicht bankgebundenen Anlageberaterin regelmäßig nicht übertragbar.

12 (1) Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und seiner Bank ist üblicherweise auf Dauer gegründet. Dies gilt selbst dann, wenn die Anlageberatung sich als erster Kontakt zwischen dem Kunden und seiner Bank darstellt, da regelmäßig das Interesse der Bank darauf gerichtet sein wird, die infolge der Anlageberatung vom Kunden erworbenen Wertpapiere etwa im Rahmen eines

Depotvertrags für den Kunden zu verwalten und ein weiteres Konto zur Abwicklung der Wertpapiergeschäfte zu errichten. Die Vertragsbeziehung des Kunden zu seiner Bank ist darüber hinaus regelmäßig davon geprägt, dass die Bank für die jeweiligen Dienstleistungen vom Kunden Entgelte oder Provisionen erhält, etwa Depotgebühren, Kontoführungsgebühren sowie An- und Verkaufsprovision für den Erwerb oder die Veräußerung von Wertpapieren. Der von seiner Bank bezüglich einer Geldanlage in Wertpapiere beratene Kunde muss deshalb nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung eigene Interessen verfolgt, weil sie zum Beispiel ein umsatzabhängiges eigenes Provisionsinteresse gegenüber dem jeweiligen Fondsanbieter hat. Dementsprechend ist es dem Bankkunden nicht ohne weiteres erkennbar, aufgrund welcher Interessenlage die konkrete Anlageberatung erfolgt und ob sie ausschließlich von seinen Interessen als Anleger bestimmt wird, wenn die Bank verdeckt Rückvergütungen im oben genannten Sinn erhält. Soweit die Bank eigene Produkte empfiehlt, ist für den Kunden offensichtlich, dass sie neben eventuell vom Kunden zu zahlenden Provisionen mit der Anlage selbst und nicht nur mittels Vertriebsprovisionen Gewinne erzielt. Insgesamt geht der Kunde deshalb grundsätzlich nicht davon aus, dass die ihn beratende Bank aus den von ihm an die Anlagegesellschaft gezahlten Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungsgebühren eine Rückvergütung erhält.

13 (2) Das vertragliche Verhältnis zwischen einem Kunden und seinem nicht bankmäßig gebundenen, freien Anlageberater weicht in entscheidenden Punkten von dem zwischen einem Kunden und seiner Bank ab. Wenn ein Anleger sich durch einen freien Anlageberater über eine Kapitalanlage, insbesondere Fonds beraten lässt, und selbst keine Provision für die Anlageberatung zahlt, so liegt es für den Kunden auf der Hand, dass der Anlageberater von der kapitalsuchenden Anlagegesellschaft Vertriebsprovisionen erhält, die jedenfalls wirt-

schaftlich betrachtet dem vom Kunden an die Anlagegesellschaft gezahlten Betrag entnommen werden. Da der Anlageberater mit der Beratung selbst sein Geld verdienen muss, kann auch nicht angenommen werden, er würde diese Leistungen insgesamt kostenlos erbringen. Die vertraglichen Beziehungen zwischen einem Kunden und einem Anlageberater sind auch regelmäßig nicht in eine dauerhafte Geschäftsbeziehung eingebettet, aufgrund derer der Anlageberater Gebühren oder Provisionen vom Kunden erhält. Daraus erhellt für den Kunden, dass der Anlageberater bei allen von ihm empfohlenen Produkten ein Provisionsinteresse hat, das - wie bereits ausgeführt - sich nur auf eine Provision seitens der Anlagegesellschaft beziehen kann. Dabei wird dem Kunden des Anlageberaters besonders deutlich vor Augen geführt, dass der Berater seine Vergütung von der Anlagegesellschaft erhält, wenn er Verwaltungsgebühren oder Ausgabeaufschläge zusätzlich zum Anlagebetrag zahlen muss, die dem Kapitalstock seiner Anlage nicht zugute kommen. Wenn dem Kunden bekannt ist, dass in seinem Zahlungsbetrag zum Beispiel ein Agio enthalten ist, so liegt für ihn erst recht klar erkennbar zutage, dass aus diesen Mitteln auch Vertriebsprovisionen gezahlt werden, an denen sein Anlageberater partizipiert. Weil für den Kunden insgesamt das Provisionsinteresse seines Anlageberaters bei jeder Anlageempfehlung offen zutage liegt, kann sich ein Interessenkonflikt im Hinblick auf die verdiente Provision deshalb nur aus der Provisionshöhe aus der konkret empfohlenen Anlage im Vergleich zur Provisionshöhe bei anderen Anlageprodukten ergeben. Um dieses Risiko einzuschätzen, kann ein Interesse des Kunden bestehen, die konkrete Höhe der vom Berater erzielten Provision bei Tätigung der Anlage durch den Kunden zu erfahren. Da dem Kunden das generelle Provisionsinteresse bekannt ist, ist es ihm unschwer möglich, so er Zweifel an der anlegergerechten Beratung hat, diese von seinem Anlageberater zu erfragen. Von einem Anlageberater kann aber nicht verlangt werden, dass er seine Kunden ohne Anlass oder Nachfrage über die Höhe gegebenenfalls sämt-

licher Provisionen für die Vermittlung der in seinem Beratungsprogramm enthaltenen Anlagen aufklärt.

14 Danach besteht wegen der Besonderheiten der vertraglichen Beziehung zwischen einem Anleger und seinem Anlageberater jedenfalls dann - soweit nicht der im vorliegenden Fall nicht anwendbare § 31d des Wertpapierhandelsgesetzes eingreift - keine Verpflichtung für den Berater, ungefragt den Anleger über eine von ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären, wenn dieser selbst - wie hier - keine Provision an den Berater zahlt und offen ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen werden, aus denen ihrerseits die Vertriebsprovisionen aufgebracht werden.

15 Das Berufungsgericht ist deshalb im vorliegenden Fall zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte keine Pflicht traf, ungefragt über die von ihr erwarteten Provisionen für die vom Kläger und seiner Ehefrau getätigte Anlage aufzuklären.

16 b) Keinen Bestand hat dagegen die Zurückweisung von Schadensersatzansprüchen des Klägers gegen die Beklagte im Hinblick auf weitere geltend gemachte Pflichtverletzungen, weil Verjährung eingetreten sei.

17 Das Berufungsurteil kann insoweit schon deshalb keinen Bestand haben, weil die Beklagte im Revisionsrechtszug erklärt hat, die Einrede der Verjährung fallen zu lassen und zusätzlich auf sie zu verzichten. Der Schuldner kann durch einseitige Erklärung auf die Einrede der Verjährung unabhängig von deren Eintritt verzichten (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2007 - XI ZR 447/06 - ZIP 2007, 2206, 2207 Rn. 15) oder sie im Prozess fallen lassen (vgl. Senatsurteil BGHZ 22, 267, 271). Zwar kann eine Verjährungseinrede nicht erstmals im Re-

visionsrechtszug erhoben werden (vgl. Senatsurteil BGHZ 1, 234, 239; BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 324/01 - NJW-RR 2004, 275, 277). Jedoch ist § 559 Abs. 1 ZPO, wonach nur dasjenige Vorbringen der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt, das sich aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ergibt, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einschränkend dahin auszulegen, dass in der Revisionsinstanz neu vorgetragene Tatsachen berücksichtigt werden können, soweit sie unstreitig sind und nicht schützenswerte Belange der Gegenseite entgegenstehen (BGHZ 173, 145, 150 f Rn. 11; BGH, Urteil vom 29. Juni 2004 - IX ZR 201/98 - WM 2004, 1648, 1654 jeweils m.w.N.). Hieraus folgt, dass die Erklärung der Beklagten hinsichtlich des Fallenlassens und des Verzichts der Verjährungseinrede auch hier in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen ist. Aufgrund dieser Erklärung wird der berufungsgerichtlichen Beurteilung die Grundlage entzogen und eine Verneinung von Ansprüchen wegen Verjährung kommt bei dieser Sachlage nicht in Betracht.

18 3. Das Berufungsurteil ist deswegen aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, da die Tatsachen hinsichtlich der weiteren geltend gemach-

ten Pflichtverletzungen streitig und hierzu Feststellungen durch das Berufungsgericht erforderlich sind.

Schlick Dörr Wöstmann

Seiters Tombrink

Vorinstanzen:
LG Hannover, Entscheidung vom 04.07.2008 - 13 O 392/07 -
OLG Celle, Entscheidung vom 11.06.2009 - 11 U 140/08 -