

BGH: Keine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über den Inhalt einer Vertriebsvereinbarung
– Medienfonds

NJW-RR 2013,
293

Keine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über den Inhalt einer Vertriebsvereinbarung – Medienfonds

BGB § 675

1. Es wird daran festgehalten, dass ein selbständiges Unternehmen der „Finanzgruppe“ einer Sparkasse, das als 100 prozentige Tochtergesellschaft (GmbH) der Sparkasse hauptsächlich auf dem Gebiet der Anlageberatung tätig ist, hinsichtlich der Verpflichtung, seine Kunden ungefragt über die von ihm bei der empfohlenen Anlage erwarteten Provisionen aufzuklären, wie ein freier Anlageberater zu behandeln ist (Bestätigung des Senatsurteils vom 19. 7. 2012, NJW 2012, 2952).

2. Zur Pflicht eines Anlageberaters, einen Anleger über den Inhalt der mit der Fonds- oder Vertriebsgesellschaft getroffene Vertriebsvereinbarung aufzuklären.

BGH, *Urt. v. 6. 12. 2012 – III ZR 307/11 (OLG Hamm)*

Zum Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die Bekl. wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit einer Beteiligung an dem F-GmbH & Co. KG in Anspruch. Die Bekl. ist eine 100 prozentige Tochtergesellschaft der Sparkasse D. Sie wirbt mit einer so genannten Imagebroschüre unter Verwendung des Firmenlogos der Sparkasse für ihre als „Private Banking“ bezeichnete Tätigkeit. Die Bekl. war Vertriebspartner für die Eigenkapitalvermittlung des in Rede stehenden Medienfonds. Nach der Vertriebsvereinbarung durfte die Bekl. bei der Vertriebswerbung und Vertriebsberatung nur Daten und Fakten verwenden, die ihr von der Kapitalsuchenden oder der V-AG zur Verfügung gestellt worden waren. Sie sollte nicht berechtigt sein, – insbesondere von den Aussagen des Beteiligungsangebots – abweichende oder darüber hinausgehende Angaben zu machen. Der Kl. ist seit 1999 Kunde der Bekl. Er tätigte in der Vergangenheit verschiedene Kapitalanlagen. Nachdem der Kundenberater den Kl. zunächst telefonisch kontaktiert und ihm den streitgegenständlichen Medienfonds als Kapitalanlage empfohlen hatte, kam es am 7. 12. 2004 zu einer Besprechung im Hause des Kl. Im Rahmen dieses Gesprächs, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist, wurde dem Kl. der Fonds vorgestellt und das Emissionsprospekt übergeben. Die Zeichnungsscheine hatte der Kundenberater bereits vorher ausgefüllt. Gegenstand der Besprechung war auch, dass die Bekl. für die Vermittlung der Fondsanteile eine Vergütung von der Fondsgesellschaft erhalten sollte. Der Kl. ging davon aus, dass die Provisionszahlung an die Bekl. aus dem Agio in Höhe von 5 % der Zeichnungssumme gezahlt

BGH: Keine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über den Inhalt einer Vertriebsvereinbarung –294 ▲
Medienfonds (NJW-RR 2013, 293) ▼

würde, das er erbringen musste. Dazu war er nicht bereit. Er einigte sich mit dem Kundenberater darauf, dass die Hälfte des von ihm zunächst in voller Höhe an die Fondsgesellschaft zu entrichtenden Agios, mithin ein Betrag in Höhe von 2500 Euro, wieder zurückfließen und an seine Tochter gezahlt werden sollte. Am Ende des Gesprächs zeichnete der Kl. durch Anteilsübernahmeerklärung vom 7. 12. 2004 eine Beteiligung mit einem ausgewiesenen Wert von 100 000 Euro zuzüglich Agio. Der Kl. zahlte im Weiteren 59 500 Euro selbst und finanzierte den Restbetrag über ein Darlehen bei der B-Bank. Die Bekl. erhielt für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligung eine Provision in Höhe von zumindest 7,085 % des vermittelten Nominalkapitals. Die Fondsbeteiligung erbrachte in der Folgezeit nicht den erhofften wirtschaftlichen Erfolg. Insbesondere erkannten die Finanzämter die zunächst von ihnen akzeptierten steuerlichen Verlustzuweisungen der Fondsgesellschaft letztlich nicht an.

Das *LG Dortmund* (*Urt. v. 7. 1. 2010 – 12 O 191/09, BeckRS 2013, 00556*) hat die Bekl. im Wesentlichen nach Klageantrag verurteilt. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das *OLG Dortmund* (*Urt. v. 13. 10. 2011 – I-43 U 53/10, BeckRS 2013, 00555*) hat unter Zurückweisung der wechselseitigen Rechtsmittel im Übrigen die Bekl. verurteilt, an den Kl. 57 000 Euro nebst Zinsen zu zahlen und ihn von den Verbindlichkeiten aus den aufgenommenen Darlehen freizustellen. Die vom *Senat* zugelassene Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

[7] I. Das BerGer. hat die Klage für begründet erachtet, weil die Bekl. als Anlageberaterin in zweifacher Hinsicht ihre Beratungspflichten verletzt habe. Zum einen habe die Bekl. nicht über die von ihr erhaltene Provision vollständig aufgeklärt. Dies wäre aber erforderlich gewesen, da es sich bei der Bekl. nicht um einen bankunabhängigen Anlageberater handele. Mit der Auslagerung der Anlageberatung aus dem Geschäftsbereich der Sparkasse D. auf die Bekl. möge zwar eine gesellschaftsrechtliche Ausgliederung vollzogen worden sein. Dies mache die Beratungsgesellschaft jedoch nicht automatisch zu einem freien Anlageberater. Vielmehr komme es darauf an, ob die Beratungsgesellschaft sich aus der Sicht des Kunden nach außen als von der Bank nicht nur gesellschaftsrechtlich, sondern auch im Übrigen als von dieser im Unternehmensverbund unabhängige Beraterin darstelle. Dies treffe auf die Bekl. nicht zu. Vielmehr nutze die Bekl. den Umstand, dass die Sparkasse ihre Alleingesellschafterin sei, dafür, um ihr besonderes Näheverhältnis zu dieser zu demonstrieren, und zwar nicht zuletzt durch den Gebrauch des unverkennbaren Firmenlogos der Sparkasse. Sie übernehme damit auch durch die von ihr selbst vorgelegte so genannte „Image-Broschüre“ das so genannte Corporate-Identity-Konzept der Sparkasse. Indem sie mit deren Erfahrungen und deren Referenzen werbe, mache sie sich bewusst deren Vertrauensvorsprung zunutze, und zwar vor allem gegenüber langjährigen Kunden wie dem Kl. Die vermeintlich klare Grenze zwischen der Sparkasse einerseits und der Bekl. andererseits verschwimme für den Kunden, wenn sich die Bekl. zur technischen Abwicklung der Sparkasse bediene und dort die Kundenkonten gegen Zahlung eines Entgelts unterhalte. Bei den an die Bekl. geflossenen Zahlungen der Kapitalsuchenden handele es sich auch um aufklärungspflichtige Rückvergütungen, über die der Kl. nicht aufgeklärt worden sei.

[8] Darüber hinaus falle der Bekl. eine weitere zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung zur Last. Diese sei darin begründet, dass der Kl. nicht darüber aufgeklärt worden sei, dass die Bekl. sich zuvor im Rahmen der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung dazu verpflichtet habe, bei der Vertriebsberatung nur Daten und Fakten zu verwenden, die ihr von der V-AG oder der Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt worden seien, und keine hiervon – insbesondere von den Aussagen des Beteiligungsangebots – abweichenden oder darüber hinausgehenden Angaben zu machen. Auch dies habe die Bekl. dem Kunden mitteilen müssen. Die übernommene Verpflichtung begründe für die Bekl. von vornherein die konkrete Möglichkeit eines Interessenkonflikts im Rahmen künftiger Beratungsgespräche mit den Anlegern über die in Rede stehende Beteiligungsform. Eine dem bestmöglichen Interesse des Anlegers entsprechende eigenständige Anlageberatung sei der Bekl. damit nämlich nicht mehr selbstverständlich möglich gewesen. Eine solche Beratung müsse nicht nur anleger-, sondern auch anlagegerecht sein. Diese dürfe sich nicht von vornherein auf den Emissionsprospekt und sonstige Vertriebsunterlagen der Fondsgesellschaft oder der von dieser beauftragten Vertriebsgesellschaft beschränken. Vielmehr sei ein Berater, der solche Beteiligungen anbiete, verpflichtet, den Kunden sämtliche für die Anlageentscheidung relevanten Daten des Anlageobjekts mitzuteilen. Soweit die Bekl. sich einerseits im Hinblick auf die in Rede stehende Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung uneingeschränkt vertragskonform habe verhalten wollen, habe sie sich andererseits gegenüber den Kunden nicht bedenkenlos zu einer anlagegerechten Beratung im vorgenannten Sinne verpflichten können. Vielmehr sei sie prinzipiell Gefahr gelaufen, dem Anleger Risiken des Anlageobjekts nicht von sich aus offenbaren zu können, sofern sich die entsprechenden Daten nicht aus den ihr zur Verfügung gestellten Vertriebsunterlagen ergeben hätten. Wenn die Bekl. sich zum Abschluss einer derartigen Vertriebsvereinbarung trotz der damit verbundenen konkreten Möglichkeit eines solchermaßen schwerwiegenden, da ihre grundlegenden Beratungspflichten betreffenden, Interessenkonflikts entschieden habe, sei sie zumindest verpflichtet gewesen, ihre Kunden hierüber von vornherein unmissverständlich zu informieren.

[9] II. Die Ausführungen des BerGer. halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der Begründung des BerGer. lassen sich Schadensersatzansprüche des Kl. gegen die Bekl. nicht begründen.

[10] 1. Ohne Erfolg bleibt jedoch die Rüge der Bekl., es habe kein Anlageberatungs- sondern nur ein Vermittlungsvertrag zwischen den Parteien bestanden. Die trichterliche Würdigung des BerGer. ist im Gegensatz zur Auffassung der Bekl. rechtlich nicht zu beanstanden.

[11] a) Im Vordergrund einer Anlageberatung steht in Abgrenzung zur Anlagevermittlung das Angebot einer unabhängigen individuellen Beratung (*Senat*, NJW-RR 2006, 109 Rdnr. 14). Ein Beratungsvertrag kommt regelmäßig konkludent zu Stande, wenn im Zusammen hang mit der Anlage eines Geldbetrags tatsächlich eine Beratung stattfindet. Das Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrags kann auch stillschweigend durch die Empfehlung einer Anlage geschehen (*BGH*, BGHR BGB § 676 – Beratungsvertrag 9 = BeckRS 2007, 19077). Häufig wird die Beurteilung und Beratung auf Grund der persönlichen Umstände des Anlegers im Vordergrund stehen (*Senat*, NJW-RR 2007, 621 Rdnr. 10).

[12] b) Ausgehend vom objektiven Empfängerhorizont konnte der Kl. angesichts der bestehenden langjährigen Geschäftsbeziehung und der genauen Kenntnis der Bekl. über seine persönlichen Verhältnisse die Empfehlung zum Erwerb der hier streitgegenständlichen Anlage nur so verstehen, dass die Bekl. unter Zugrundelegung dieser Kenntnisse eine auf seine Person passende Anlagemöglichkeit vorschlug und einen Beratungsvertrag über eine

Geldanlage anbot. Die Verabredung zum Gespräch konnte die Bekl. daher nur dahingehend auffassen, dass der Kl. eine zu seinen persönlichen Verhältnissen passende Anlageempfehlung und eine Beratung über die Chancen und Risiken einer Anlage in diesem Ge

BGH: Keine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über den Inhalt einer Vertriebsvereinbarung -295 ▲
Medienfonds (NJW-RR 2013, 293) ▼

spräch erwartete und mit diesem Inhalt ein Beratungsvertrag zu Stande kam. Die Bekl. hat sich in ihrem Sachvortrag auch im Übrigen darauf berufen, dass sie den Kl. umfassend beraten habe.

[13] 2. Entgegen der Auffassung des BerGer. steht dem Kl. kein Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. wegen einer unterbliebenen Aufklärung über eine Provision oder Rückvergütung wegen des gezeichneten Fonds zu. Eine solche Pflicht bestand für die Bekl. nicht.

[14] a) Nach der gefestigten Rechtsprechung des *Senats* ist ein freier nicht bankmäßig gebundener Anlageberater nicht verpflichtet, den Anleger ungefragt über den Umstand und die Höhe einer Provision aufzuklären. Für den Anleger liegt es bei einer Beratung durch einen freien Anlageberater auf der Hand, dass dieser von der kapitalsuchenden Anlagegesellschaft Vertriebsprovisionen erhält, die jedenfalls wirtschaftlich betrachtet dem vom Anleger an die Anlagegesellschaft gezahlten Betrag entnommen werden. Da der Anlageberater mit der Beratung als solcher sein Geld verdienen muss, kann berechtigterweise nicht angenommen werden, dass er diese Leistung insgesamt kostenlos erbringt. Sind ein Agio oder Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen, so liegt für den Anleger klar erkennbar zutage, dass aus diesen Mitteln auch Vertriebsprovisionen bezahlt werden, an denen sein Anlageberater partizipiert. Unter diesen Umständen besteht regelmäßig kein schützenswertes Vertrauen des Anlegers darauf, dass der Anlageberater keine Leistungen des Kapitalsuchenden erhält; vielmehr sind dem Anleger sowohl die Provisionsvergütung des Beraters durch den Kapitalsuchenden als auch der damit (möglicherweise) verbundene Interessenkonflikt bewusst. Soweit es um die genaue Höhe der dem Anlageberater zukommenden Provision geht, ist es bei gebotener Abwägung der gegenüberstehenden Interessen der Vertragsparteien Sache des Anlegers – dem generell das Provisionsinteresse des Beraters bekannt ist –, dieserhalb bei den Anlageberatern nachzufragen (vgl. nur *Senat*, NJW 2012, 2952 = NZG 2012, 1072 Rdnr. 12 m. w. Nachw.).

[15] b) Ein selbstständiges Unternehmen der „Finanzgruppe“ einer Sparkasse, das als 100prozentige Tochtergesellschaft (GmbH) der Sparkasse hauptsächlich auf dem Gebiet der Anlageberatung tätig ist, ist hinsichtlich der Verpflichtung, seine Kunden ungefragt über die von ihm bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären, wie ein freier Anlageberater zu behandeln (vgl. *Senat*, NJW 2012, 2952 = NZG 2012, 1072 Rdnr. 14). Bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise kann ein Anleger, der sich durch einen solchen Anlageberater über Anlagemöglichkeiten beraten lässt, nicht berechtigterweise annehmen, der Anlageberater würde diese Leistung kostenlos erbringen. Dabei ist in den Vordergrund zu stellen, dass es sich in diesen Fällen bei den Beratern um selbstständige juristische Personen handelt, die selbst kein Kreditinstitut sind und keine „klassischen“ Bankgeschäfte betreiben. Sie sind, ungeachtet des Umstands, dass sie zur „Finanzgruppe der Sparkasse“ gehören – was durch die Verwendung des Firmenlogos betont wird – und ihre Kunden im Wesentlichen aus dem Kundenstamm der Sparkasse gewinnen, ein eigenständiges Unternehmen, zu dessen Haupttätigkeit – nicht anders als bei so genannten „freien“ Anlageberatern – die Beratung bei der Geldanlage gehört. Bei gebotener typisierender Betrachtungsweise ist einem Anleger auch bei einer solchen Anlageberatung bewusst, dass der Berater Provision seitens der Kapitalsuchenden erhält, zumal er keine Vergütung für die Anlageberatung selbst, die Verwaltung von Konten oder sonstige Dienstleistungen seitens des Anlegers erhält. Ein Anleger hat damit auch bei der Beratung durch eine „Sparkassentochter“ kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass diese kein Geld seitens des Kapitalsuchenden für die Vermittlung des jeweiligen Anlageprodukts erhält (*Senat*, NJW 2012, 2952 = NZG 2012, 1072).

[16] c) Die Umstände im vorliegenden Fall geben keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Auch hier ist ein Agio offen ausgewiesen worden, über dessen hälftige Rückerstattung an die Tochter des Kl. eine Vereinbarung getroffen wurde. Ihm war auch bekannt, dass die Bekl. eine selbstständige juristische Person ist, die jedenfalls von ihm keine Zahlung für die Anlageberatung erhalten hat. Die Bekl. ist deshalb als „freier“ Anlageberater anzusehen, der über die von ihm erhaltenen Rückvergütungen und Provisionszahlungen nicht aufzuklären brauchte. Insofern kann sich aus einer unterbliebenen Aufklärung deshalb kein Schadensersatzanspruch für den Kl. ergeben.

[17] d) Soweit der Kl. erstmals in der Revisionsinstanz geltend macht, die Bekl. habe ihn „aktiv“ über die Gesamthöhe der ihr zufließenden Provision getäuscht, ist ihm nicht zu folgen. Allein aus dem Umstand, dass sich die Parteien über den Rückfluss des hälftigen Agio-Betrags geeinigt haben, ergab sich kein hinreichender Anhalt für die Annahme, der Bekl. komme im Erfolgsfall allenfalls eine Provision in dieser Höhe zu. Die Revisionserwiderung zeigt im Übrigen auch keinen Sachvortrag des Kl. auf, wonach er selbst aus dem Verhalten der Bekl. einen solchen Schluss gezogen habe.

[18] 3. Die Auffassung des BerGer., der Bekl. falle durch die mangelnde Aufklärung über den Inhalt der geschlossenen Vertriebsvereinbarung im Hinblick auf die Verwendung von Informationen ein weiterer Beratungsfehler zur Last, hält den Angriffen der Revision ebenfalls nicht stand. Das BerGer. nimmt an, die übernommene Verpflichtung begründe für die Bekl. von vornherein die konkrete Möglichkeit eines Interessenkonflikts im Rahmen zukünftiger Beratungsgespräche mit Anlegern über die in Rede stehende Beteiligungsform. Eine dem bestmöglichen Interesse des Anlegers entsprechende eigenständige Anlageberatung sei nicht mehr möglich gewesen.

[19] Der Anlageberatungskunde hat einen Anspruch auf eine vollständige und richtige Beratung. Diese darf, wovon das BerGer. zutreffend ausgegangen ist, sich nicht nur auf die Unterlagen beschränken, die von der Fondsgesellschaft oder der Vertriebsgesellschaft zur Verfügung gestellt werden. In Bezug auf das Anlageobjekt hat sich seine Beratung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Entscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Er muss deshalb eine Anlage, die er empfehlen will, mit üblichem kritischem Sachverstand prüfen oder den Anlageinteressenten auf ein diesbezügliches Unterlassen hinweisen. Ein Berater, der sich in Bezug auf eine bestimmte Anlageentscheidung als kompetent geriert, hat sich dabei aktuelle Informationen über das Objekt, das er empfehlen will, zu verschaffen. Dazu gehört unter anderem die Auswertung vorhandener Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse (vgl. *Senat*, NJW 2012, 380 = NZG 2012, 145 Rdnr. 10 m. w. Nachw.). Wenn sich nach dieser Prüfung ergibt, dass das Anlageprodukt nicht für den Kunden geeignet ist, darf diese Anlage nicht empfohlen werden. Geschieht dies gleichwohl, haftet der Anlageberater für den daraus entstandenen Schaden. Damit ist dem Kundeninteresse Rechnung getragen. Wenn sich der Anlageberater gegenüber der Vertriebsgesellschaft verpflichtet, bei der Anlageberatung nur deren Angaben und Prospekte zu benutzen, bedingt dies nicht eine geringere Pflichtenstellung hinsichtlich der Beratung des Kunden. Wenn es hier zu einer Pflichtenkollision kommt und sich der Anlageberater deswegen außerstande sieht, das Informationsinteresse des Kunden pflichtgemäß zu erfüllen, so ist er gegebenenfalls verpflichtet, den Vertrieb der Anlage einzustellen

BGH: Keine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über den Inhalt einer Vertriebsvereinbarung –296 ▲
Medienfonds (NJW-RR 2013, 293) ▼

oder den Kunden darauf hinzuweisen, dass er weitere Informationen nicht erteilen darf. Wenn sich jedoch die Anlage als für den Kunden richtig darstellt und die Chancen und Risiken der Anlage in den zur Verfügung gestellten Unterlagen zutreffend wiedergegeben werden – und auch sonst keine aufklärungsbedürftigen Umstände bekannt werden –, ergibt sich aus der internen Verpflichtung des Anlageberaters aus der Vertriebsvereinbarung kein informationsbedürftiger Interessenkonflikt, der für sich genommen eine Fehlerhaftigkeit der Anlageberatung begründen könnte. Es ergibt sich deshalb das Gesamtbild, dass im Falle einer unrichtigen Anlageberatung der Anlageberater unabhängig davon haftet, ob er sich intern verpflichtet hatte, nur die Informationsmaterialien der Fondsgesellschaft oder der Vertriebsgesellschaft zu benutzen, da dies sein Verschulden nicht ausschließen kann, oder aber die Anlageberatung ist im Kundeninteresse korrekt erfolgt. Daraus wird deutlich, dass der internen Vereinbarung mit der Vertriebsgesellschaft für sich genommen keine so große Bedeutung zukommt, dass allein wegen des Unterbleibens eines Hinweises auf diese Vereinbarung ein Anleger dazu berechtigt sein könnte, Schadensersatz zu verlangen.

[20] 4. Das Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen, da die Sache noch nicht zur Entscheidung reif ist (§§ 562 I, 563 I ZPO). Das BerGer. wird sich mit den weiterhin geltend gemachten Aufklärungspflichtverletzungen und den Einwendungen der Bekl. auseinanderzusetzen haben, wozu Stellung zu nehmen der *Senat* im derzeitigen Verfahrensstadium keinen Anlass hat.

Anm. d. Schriftltg.:

Zum Umfang der Darlegungslast des Anlegers in Anlegerschutzprozessen vgl. auch die nachfolgende Entscheidung des *BGH*. – Zur Aufklärungspflicht des freien Anlageberaters über ihm zufließende Provisionen vgl. ferner *BGH*, NJW-RR 2011, 913.