



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 264/08

vom

17. September 2009

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Matthias

am 17. September 2009

beschlossen:

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte zu 3).

Die Kostenentscheidung im Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 28. Juli 2008 bezüglich der Kosten erster und zweiter Instanz wird abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen der Kläger, die Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 3) jeweils 1/3. Der Kläger trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2). Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 3) tragen diese jeweils selbst.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren beträgt für die Zeit bis zur Erledigungserklärung 53.685,65 €, für die Zeit danach bis zu 9.000 €.

Gründe:

- 1 Die auch in der Revisionsinstanz zulässige Erledigungserklärung führt dazu, dass gemäß § 91 a ZPO über die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden ist, ohne dass dabei schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen abschließend geklärt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2006 - IV ZR 28/05, VersR 2007, 84, Tz. 2 m.w.N.).
- 2 1. Bei der danach vorzunehmenden summarischen Prüfung hätte das Berufungsurteil voraussichtlich keinen Bestand gehabt, soweit die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts in Bezug auf die Beklagte zu 3) zurückgewiesen worden ist. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hätte die Klage gegen die Beklagte zu 3) unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der schuldhaften Verletzung eines Beratungsvertrages Erfolg gehabt.
- 3 a) Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein Anlageberater, der seinen Kunden unter Verwendung eines fehlerhaften Prospektes über eine bestimmte Fondsanlage berät, nicht darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, dass er den Prospektfehler in dem Beratungsgespräch richtig gestellt hat.
- 4 aa) Im Ansatz zutreffend ist, dass derjenige, der Schadensersatz wegen einer fehlerhaften Beratung geltend macht, dafür die Darlegungs- und Beweislast trägt, wobei aber die Grundsätze der sekundären Darlegungslast zu beachten sind (st. Rspr., vgl. u.a. Senatsurteil vom 27. Juni 2000 - XI ZR 174/99, WM 2000, 1685, 1686 m.w.N.).

- 5 bb) Das Berufungsgericht hat aber verkannt, dass derjenige Anlageberater, der - was vorliegend unstreitig ist - dem Anlageinteressenten in dem Beratungsgespräch einen Verkaufsprospekt vorlegt und diesen zur Grundlage seiner Beratung macht, obwohl dieser Prospekt fehlerhaft ist, den Anleger falsch beraten hat. Die Pflichtverletzung des Anlageberaters steht aufgrund der Übergabe des falschen Prospektes (vgl. zur Fehlerhaftigkeit des Prospektes BGH, Urteil vom 6. März 2008 - III ZR 298/05, WM 2008, 725, Tz. 22, vgl. auch Senatsbeschlüsse vom 19. Mai 2009 - XI ZR 342, 345, 346/08) fest. Sie entfällt nur dann, wenn er diesen Fehler berichtigt hat. Dafür, dass er dies getan hat, ist aber der Anlageberater und nicht etwa der Anleger beweispflichtig (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2009 - III ZR 17/08, WM 2009, 739, Tz. 14 m.w.N. zur Plausibilitätsprüfung). Vorliegend kommt hinzu, dass der Zeuge J. nach dem eigenen Vortrag der Beklagten zu 3) unstreitig den Prospektfehler nicht berichtigt hat.
- 6 b) Auch die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 3) treffe kein Verschulden, weil sie sich auf das Prospektprüfungsgutachten habe verlassen dürfen, ist rechtsfehlerhaft. Das Verschulden der Beklagten zu 3) wird vermutet (§ 282 BGB aF). Der Aufklärungspflichtige muss, wenn er sich entlasten will, darlegen und beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 - III ZR 44/06, WM 2007, 542, Tz. 18).
- 7 aa) Ein Anlageberater ist nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 178, 149, Tz. 12 m.w.N.) selbst zur Überprüfung des Prospektes verpflichtet. Er kann sich hierzu zwar eines Gehilfen bedienen (Senat aaO, Tz. 16); die Beklagte zu 3) hat aber vorgetragen, die frühere Beklagte zu 2) nicht beauftragt zu haben. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war der Prospektfehler auch nicht "extrem schwer" feststellbar, sondern unmittelbar aus dem

Prospekt ersichtlich, so dass ihn die Beklagte zu 3) bei der ihr obliegenden gebotenen kritischen Prüfung hätte erkennen können.

8 bb) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann sich die Beklagte zu 3) auch nicht auf einen Rechtsirrtum berufen, da sie bereits für eine fahrlässige Falschberatung haftet und bei Fahrlässigkeit das Verschulden nur dann entfällt, wenn der Rechtsirrtum unvermeidbar war (vgl. BGHZ 118, 201, 208). Der Vortrag der insofern darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten zu 3) vermag einen solchen unvermeidbaren Rechtsirrtum nicht zu belegen. Es gab im Zeitpunkt des Beratungsgesprächs entgegen ihrer Ansicht keine Rechtsprechung, die es einer Bank, die im Rahmen eines Beratungsvertrages Kapitalanlageempfehlungen abgibt, erlaubt hätte, ihrer Prospektprüfungspflicht nicht nachzukommen. Das Gegenteil ergab sich aus dem Bond-Urteil des erkennenden Senats (BGHZ 123, 126, 129).

9 2. Die Beklagte zu 3) hat daher die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts ist wie geschehen

abzuändern. Hinsichtlich der Kostenentscheidung des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens bleibt es bei der Kostenentscheidung des Senatsbeschlusses vom 19. Mai 2009.

Wiechers

Joeres

Mayen

Ellenberger

Matthias

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 31.07.2006 - 27 O 2831/05 -

OLG München, Entscheidung vom 28.07.2008 - 21 U 4527/06 -