



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

III ZR 493/13

Verkündet am:  
30. Oktober 2014  
B o t t  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

KWG § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1; WpHG § 2 Abs. 3 Nr. 4

- a) Der Begriff der Anlagevermittlung ist in § 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG und § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG inhaltlich gleich zu verstehen. Er unterscheidet sich von demjenigen des bürgerlichen Rechts.
- b) Anlagevermittlung nach dem Gesetz über das Kreditwesen und nach dem Wertpapierhandelsgesetz ist jede final auf den Abschluss von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten gerichtete Tätigkeit (im Anschluss an Senatsurteil vom 5. Dezember 2013 - III ZR 73/12, NJW-RR 2014, 307).

BGH, Urteil vom 30. Oktober 2014 - III ZR 493/13 - OLG München

LG Traunstein

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 2014 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Seiders, Dr. Remmert und Reiter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 5. November 2013 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen unzureichender Aufklärung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien.
- 2 Die Beklagte, die bis November 2013 als "N. V. AG" firmierte, ist eine in T. ansässige Aktiengesellschaft, deren Geschäftstätigkeit sich unter anderem auf die Betreuung von Kapital- und Vermögensanlagen, die Vermögens-, Finanz- und Wirtschaftsberatung, die Portfolioverwaltung sowie das Platzierungsgeschäft erstreckt. Sie unterhält eine ebenfalls als "N. V.

AG" firmierende Tochtergesellschaft mit Sitz in S. . Diese gründete dort im Jahre 2004 die B. M. AG K. -Aktiengesellschaft (im Folgenden: B. AG) unter anderem zur Planung und Errichtung sowie zum Betrieb eines Biomasseheizkraftwerks in G. (Niederösterreich). Das Grundkapital der B. AG betrug zunächst 2.650.000 €. Hauptaktionärin war die N. V. AG, S. , mit einem Anteil von 98 % der Stammaktien. Nach Erhöhung des Grundkapitals auf 3.300.000 € durch Ausgabe von 650.000 Stück Namensvorzugsaktien übernahm die Beklagte den Vertrieb der Aktienneuemission. Der bar zu entrichtende Ausgabepreis betrug 12 € je Stückaktie, wobei die Beklagte für die Kapitalbeschaffung eine Provision von 3 % des Nennbetrags erhalten sollte.

3 Am 27. August 2004 zeichnete die Klägerin nach einem Gespräch mit einem Mitarbeiter der Beklagten 1.000 Stück Namensvorzugsaktien zu einem Gesamtpreis von 12.000 €. Die Beklagte leitete den Zeichnungsschein an die B. AG weiter, die die vereinbarte Provision bezahlte.

4 In dem Zeichnungsschein bevollmächtigte die Klägerin zugleich die C. Treuhand GmbH, S. (im Folgenden: C. GmbH) - eine Tochtergesellschaft der N. V. AG, S. - zur Ausübung des Stimmrechts bei den ordentlichen und außerordentlichen Hauptversammlungen der B. AG.

5 Ebenfalls am 27. August 2004 schloss die Klägerin mit der Beklagten einen honorarfreien Vermögensberatungsvertrag. Darin verpflichtete sich die Beklagte, Marktinformationen und Vorschläge für Anlageentscheidungen mit der Auftraggeberin abzustimmen und über für zweckmäßig erachtete Veränderungen zu informieren.

- 6 Mit ihrer am 8. August 2012 zugestellten Klage hat die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 15.503,47 € (bezahlter Kaufpreis und entgangene Anlagezinsen) nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten Zug um Zug gegen Übertragung der erworbenen Aktien begehrt. Sie hat, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, vorgetragen, die Beklagte habe die Verflechtungen zwischen den Gesellschaften und die den verflochtenen Gesellschaften gewährten Vergütungen pflichtwidrig verschwiegen. Die Beklagte habe insbesondere nicht hinreichend zwischen den beiden unter der Firma "N. V. AG " auftretenden Gesellschaften differenziert und mit der unzutreffenden Behauptung, sie sei selbst Hauptaktionärin der B. AG, um das Vertrauen der Anleger erworben.
- 7 Die Beklagte hat eine unzureichende Aufklärung der Klägerin in Abrede gestellt und die Einrede der Verjährung erhoben. Im Berufungsrechtszug hat sie zudem die Unzulässigkeit der Klage geltend gemacht, da der Anwaltsvertrag zwischen der Klägerin und deren Prozessbevollmächtigten wegen verbotener Werbung um ein Einzelmandat nichtig sei.
- 8 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 12.000 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten Zug um Zug gegen Rückübertragung von 1.000 Aktien der B. AG verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.
- 9 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

### Entscheidungsgründe

10 Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

12 Die Klage sei zulässig. Die Bevollmächtigung der Klägervertreter sei nicht unter Verstoß gegen das Verbot der Direktwerbung (§ 43b BRAO) erfolgt. Dem Vorbringen der Beklagten könne bereits nicht entnommen werden, dass die Sprecherin der Interessengemeinschaft B. AG in Absprache mit den späteren Prozessbevollmächtigten der Klägerin für die Erteilung eines Einzelmandats gezielt geworben habe.

13 Ob zwischen den Parteien in Bezug auf die streitgegenständliche Anlage ein Beratungsvertrag zustande gekommen sei, könne dahinstehen. Jedenfalls liege ein haftungsbewehrter Auskunftsvertrag vor, der die Beklagte zu sachlich richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung seien, verpflichtet habe. Die Beklagte habe die ihr obliegenden Informationspflichten in mehrfacher Hinsicht verletzt. Nach Treu und Glauben gehörten zu den offenbarungspflichtigen Tatsachen wesentliche kapitalmäßige und personelle Verflechtungen mit Unternehmen, in deren Hand die Anlagegesellschaft die durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt habe. Aufklä-

rungspflichtig sei der Umstand gewesen, dass die C. GmbH, der die neu  
geworbenen Aktionäre Stimmrechtsvollmacht für die Hauptversammlungen der  
B. AG erteilt hätten, eine Tochtergesellschaft der Hauptaktionärin (N.  
V. AG, S. ) sei, die wiederum von der Beklagten als Muttergesell-  
schaft beherrscht werde. Dadurch habe die Gefahr bestanden, dass die Inte-  
ressen der Aktionäre den Interessen der Muttergesellschaft vollkommen unter-  
geordnet würden. Es komme hinzu, dass der Vorstandsvorsitzende der Beklag-  
ten zugleich Vorstandsvorsitzender der N. V. AG, S. , sei so-  
wie dem Aufsichtsrat der B. AG angehöre. Aufklärungspflichtig seien auch  
die mit den vorgenannten Verflechtungen der Gesellschaften verknüpften Son-  
dervorteile, die sowohl der Beklagten als auch der C. GmbH gewährt  
worden seien. Diese Sondervorteile bestünden zum einen darin, dass die Be-  
klagte bei einem eigenen Kapitaleinsatz von lediglich 2.150.000 € (gegenüber  
7.800.000 € der Minderheitsaktionäre) die gesamte Geschäftstätigkeit der  
B. AG habe bestimmen können und alle Einwirkungsmöglichkeiten auf sich  
vereinigt habe. Zum anderen hätten der Beklagten auf Grund der Provisions-  
vereinbarung für ihre Vertriebstätigkeit bei einem Gesamtinvestitionsvolumen  
von ca. 100 Millionen Euro Zahlungsansprüche zugestanden, die in etwa dem  
investierten Wagniskapital entsprochen hätten. Bei einer vorgesehenen Pro-  
jektdauer von 19 Jahren wären zudem 9,5 % des satzungsmäßigen Grundkapi-  
tals an die C. GmbH als Vergütung abgeflossen. Gesichtspunkte, die die  
Beklagte vom (mindestens) Fahrlässigkeitsvorwurf befreien könnten, seien nicht  
ersichtlich (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

14 Der Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 280 Abs. 1 BGB sei  
nicht nach § 37a WpHG (in der bis zum 4. August 2009 geltenden Fassung)  
verjährt. Denn die Tätigkeit der Beklagten sei nicht als Wertpapierdienstleistung  
im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG (in der zum Zeitpunkt des Aktienerwerbs

maßgebenden Fassung) zu qualifizieren. Die Beklagte habe Geschäfte über die Anschaffung von Wertpapieren weder vermittelt noch nachgewiesen. Ob die Tätigkeit der Beklagten eine Vermittlungs- oder Nachweistätigkeit im Sinne des Wertpapierhandelsgesetzes darstelle, beurteile sich nach den Grundsätzen des Maklerrechts. An einer vergütungspflichtigen Maklerleistung nach § 652 BGB fehle es, wenn der Hauptvertrag mit einer Person zustande komme, mit der der Makler gesellschaftsrechtlich oder auf sonstige Weise verflochten sei. Dies sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter anderem dann der Fall, wenn der Makler einen Vertrag mit einer von ihm beherrschten Kapitalgesellschaft "vermiddle". Dem entspreche der vorliegende Fall. Zum Zeitpunkt der Kapitaleinwerbung habe die Beklagte über ihre Tochtergesellschaft 98 % der Stammaktien der kapitalsuchenden Gesellschaft gehalten. Dieses Verständnis des Begriffs der Anlagevermittlung stehe mit Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (Wertpapierdienstleistungsrichtlinie) und dem darauf beruhenden § 2a Abs. 1 Nr. 1 WpHG aF im Einklang. Daraus ergebe sich, dass ein Unternehmen, das für eine von ihm beherrschte Aktiengesellschaft Kapital einwerbe, keine Wertpapierdienstleistung (Anlagevermittlung) im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG aF erbringe.

- 15            Der Anspruch der Klägerin sei auch nicht nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) verjährt. Es sei nichts dafür ersichtlich, dass die Klägerin bereits vor dem Jahre 2009 Kenntnis von den Aufklärungsmängeln erlangt habe, zumal die C. GmbH im Hinblick auf etwaige Schadenersatzansprüche der Klägerin nicht als Wissensvertreterin (§ 166 BGB) anzusehen sei. Die Unkenntnis der Klägerin beruhe auch nicht auf grober Fahrlässigkeit. Die Verflechtungen der Gesellschaften hätten weder den Geschäftsberich-

ten noch den sonstigen in den Hauptversammlungen ausliegenden Unterlagen entnommen werden können.

## II.

16 Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

17 1. Das Berufungsgericht ist zu Recht von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen. Das Vorbringen der Beklagten, die der Klageerhebung zugrunde liegende Bevollmächtigung der Klägervertreter sei unter Verstoß gegen das Verbot der Direktwerbung (§ 43b BRAO) zustande gekommen, war nicht hinreichend substantiiert und schon deshalb unbeachtlich. Es kann deshalb dahinstehen, welche Rechtsfolgen sich aus einer Verletzung des § 43b BRAO ergeben.

18 Nach dieser Vorschrift ist dem Rechtsanwalt Werbung nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist. Die Grenze zur unzulässigen Mandatswerbung überschreitet der Anwalt dann, wenn er sich mittels eines Rundschreibens an einen Personenkreis wendet, von dem er annimmt, dass er einen akuten Beratungsbedarf hat (z.B. namentlich benannte Kapitalanleger), und dabei auf einen Sachverhalt abhebt, der die Einschaltung eines Anwalts als notwendig oder zweckmäßig erscheinen lässt (vgl. Böhnlein in Feuerich/Weyland, BRAO, 8. Aufl., § 43b Rn. 31; Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl., § 43b Rn. 43). Die Werbung durch einen Dritten muss sich der Anwalt nur zurechnen lassen, wenn er dessen Verhalten veranlasst oder aktiv daran mitgewirkt hat (Henssler/Prütting aaO Rn. 45 f).



- 19 Nach dem Vorbringen der Beklagten wurde die Zeugin S. in einem Rundschreiben der "Interessengemeinschaft B. AG" als Ansprechpartnerin benannt. Die Zeugin soll sodann in nachfolgenden Telefonaten für ein Einzelmandat zugunsten der Prozessbevollmächtigten der Klägerin geworben haben. Konkreter Sachvortrag dazu, dass die Prozessbevollmächtigten die Werbung durch die Zeugin durch aktives (zurechenbares) Tun wissentlich veranlasst oder gefördert haben, fehlt. Die bloße Behauptung einer "Zusammenarbeit" genügt nicht.
- 20 2. Die Feststellung des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien sei jedenfalls ein Auskunftsvertrag mit Haftungsfolgen zustande gekommen (siehe hierzu nur Senatsurteil vom 25. Oktober 2007 - III ZR 100/06, WM 2007, 2228 Rn. 7 mwN), lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision hingenommen.
- 21 Ob darüber hinaus gehend die Beklagte die Pflichtenstellung eines Anlageberaters innehatte, hat das Berufungsgericht dahinstehen lassen. Insoweit macht allerdings die Revision zu Recht darauf aufmerksam, dass die Beteiligung an der B. AG nicht Vertragsgegenstand des am 27. August 2004 geschlossenen Vermögensberatungsvertrags ist. Nach seinem Wortlaut bezieht sich der Vertrag auf künftige Anlageentscheidungen. Lediglich insoweit hatte die Beklagte "Vorschläge" zu unterbreiten und war zu einer objektgerechten und anlegergerechten Beratung verpflichtet.
- 22 3. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch ausgeführt, dass die Beklagte die ihr als Anlagevermittlerin obliegenden Informationspflichten in mehreren für den Anleger wesentlichen Punkten verletzt hat.

23

a) Ist - wie im vorliegenden Fall - ein Auskunftsvertrag anzunehmen, verpflichtet dieser den Vermittler zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist weiter anerkannt, dass es als Mittel der Aufklärung genügen kann, wenn dem Interessenten statt einer mündlichen Aufklärung im Rahmen des Vertragsanbahnungsgesprächs ein Prospekt über die Kapitalanlage überreicht wird, sofern dieser nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln, und dem Interessenten so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss übergeben wird, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen wird. Vertreibt der Vermittler die Anlage anhand eines Prospekts (hier: "Businessplan"), muss er aber, um seiner Auskunftspflicht nachzukommen, im Rahmen der geschuldeten Plausibilitätsprüfung den Prospekt jedenfalls darauf überprüfen, ob er ein schlüssiges Gesamtbild über das Beteiligungsobjekt gibt und ob die darin enthaltenen Informationen, soweit er das mit zumutbarem Aufwand zu überprüfen in der Lage ist, sachlich richtig und vollständig sind (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteil vom 12. Februar 2004 - III ZR 359/02, BGHZ 158, 110, 116 und vom 5. März 2009 - III ZR 17/08, WM 2009, 739 Rn. 11 f). Zu den Umständen, über die der Anleger entweder mündlich oder durch den Prospekt zu unterrichten ist, gehört auch eine Darstellung der wesentlichen kapitalmäßigen und personellen Verflechtungen zwischen der Anlagegesellschaft (hier: B. AG), ihren Organen und beherrschenden Gesellschaftern (hier: N. V. AG, S. ) einerseits sowie andererseits den Unternehmen, deren Organen und beherrschenden Gesellschaftern, in deren Hand die Beteiligungsgesellschaft die durchzuführenden Vorhaben ganz oder teilweise gelegt hat (hier: C. GmbH und Beklagte). Die für diesen Personenkreis vorgesehenen und gewährten Sonderzuwendungen und -vorteile

müssen ebenfalls offengelegt werden (Senatsurteile vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07, NJW-RR 2008, 1129 Rn. 25 und vom 31. Oktober 2013 - III ZR 66/13, BeckRS 2013, 19776 Rn. 11; BGH, Urteil vom 6. Oktober 1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 344 f).

24                    b) Dieses Pflichtenprogramm hat die Beklagte in mehrfacher Hinsicht verletzt.

25                    Die Angaben in dem sog. Businessplan stellen - auch bei sorgfältiger und eingehender Lektüre - kein hinreichend verständliches und geeignetes Mittel der Aufklärung der Anleger dar. Daraus ergibt sich lediglich (S. 8), dass der Vorstandsvorsitzende der Beklagten, der zugleich Vorstandsvorsitzender einer "N. V. AG Austria" ist, sowie zwei weitere Personen den Aufsichtsorganen der B. AG angehören. Darüber hinaus wird mitgeteilt, dass die "N. V. AG" ein Grundkapital von 2.150.000 € bei der Gründung einbezahlt habe. Völlig im Dunkeln bleibt, dass die Beklagte lediglich über ihre namensgleiche Tochtergesellschaft (Hauptaktionärin) an der B. AG mittelbar beteiligt ist und durch die mit der B. AG getroffene Vertriebsvereinbarung das investierte Kapital in Form von Provisionen wieder an die Beklagte zurückfließen sollte, also gerade keine dauerhafte Investition von eigenen Mitteln geplant war (entgegen Businessplan S. 8). Der Businessplan schweigt auch dazu, dass die C. GmbH, die von den neu gewonnenen Aktionären mit der Stimmrechtsausübung in den Hauptversammlungen der B. AG beauftragt wurde, eine Tochtergesellschaft der von der Beklagten beherrschten N. V. AG, S. , ist und deshalb die Gefahr besteht, dass sie vor allem die Interessen der Beklagten wahrnimmt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich dieser Interessenkonflikt auch zum Nachteil der Aktionäre ausgewirkt, indem in den jährlichen Hauptversammlungen beschlossen wur-

de, von der auf S. 9 des Businessplans noch angekündigten Ausschüttung von ca. 80 % des Gewinns der B. AG gänzlich abzusehen. Im Zusammenwirken mit den von ihr beherrschten Gesellschaften war die Beklagte somit in der Lage, die Geschäftstätigkeit der B. AG nach Belieben zu steuern, ohne ein nennenswertes eigenes wirtschaftliches Risiko einzugehen.

26 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts waren die Anlageinteressenten nicht nur über die Rolle der C. GmbH und die den einzelnen Gesellschaften gewährten Sondervorteile, sondern auch darüber aufzuklären, dass die Beklagte über ihre namensgleiche Tochtergesellschaft lediglich mittelbar an der B. AG beteiligt ist. Im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien ist für die Anleger regelmäßig von besonderer Bedeutung, über den die Kapitalgesellschaft beherrschenden Hauptaktionär vollständig und richtig informiert zu werden. Dies gilt erst recht, wenn es sich - wie hier - bei der Hauptaktionärin lediglich um die namensgleiche Tochtergesellschaft der Konzernmutter handelt, die über deutlich weniger Grundkapital als diese verfügt und ihren Sitz in einem anderen Staat hat.

27 Da der Businessplan zu den Verflechtungen und Beteiligungsverhältnissen der Gesellschaften sowie den gewährten Sondervorteilen schweigt, war die Beklagte als Anlagevermittlerin und Initiatorin des Gesamtprojekts verpflichtet, die Anlageinteressenten zumindest in mündlicher Form vollständig und richtig aufzuklären. Dass sie dies "mindestens" fahrlässig unterlassen hat, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt.

- 28 4. Die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten für die Anlageentscheidung der Klägerin und den ihr daraus erwachsenen Schaden hat das Berufungsgericht zu Recht bejaht. Diesen Punkt greift die Revision nicht an. Sie nimmt auch den festgestellten Schadensumfang hin.
- 29 5. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht allerdings etwaige Schadenersatzansprüche wegen fahrlässiger Verletzung der Aufklärungspflichten aus dem Auskunftsvertrag (§ 280 Abs. 1 BGB) als nicht verjährt angesehen. Die Ansicht, die Sonderverjährungsvorschrift des § 37a WpHG aF sei nicht anwendbar, begegnet durchgreifenden Bedenken.
- 30 a) Nach § 37a WpHG aF, der durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz vom 24. März 1998 (BGBl. I S. 529) mit Wirkung zum 1. April 1998 in das Wertpapierhandelsgesetz eingefügt und durch Art. 4 Nr. 5 des Schuldverschreibungsgesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2512) mit Wirkung zum 5. August 2009 aufgehoben worden ist, verjährt der Anspruch des Kunden gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadenersatz wegen der Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebendienstleistung in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Gemäß der Übergangsbestimmung des § 43 WpHG ist die Vorschrift in der bis zum 4. August 2009 geltenden Fassung auf Ansprüche anzuwenden, die in der Zeit vom 1. April 1998 bis zum Ablauf des 4. August 2009 entstanden sind. Dies ist hier der Fall. Denn die Klägerin ist bereits durch den auf einer Aufklärungspflichtverletzung beruhenden Erwerb der Wertpapiere im August 2004 geschädigt worden (BGH, Urteil vom 8. März 2005 - XI ZR 170/04, BGHZ 162, 306, 309 f).

- 31            b) § 37a WpHG aF unterfallen nicht nur vertragliche Ansprüche wegen fahrlässiger Informationspflichtverletzung oder fahrlässiger Falschberatung, sondern auch etwaige deliktische Ansprüche aus fahrlässiger Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB (BGH, Urteile vom 8. März 2005 aaO S. 311 f und vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 13). Demgegenüber verbleibt es für Schadensersatzansprüche aus vorsätzlichen Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen bei der Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB (BGH, Urteile vom 8. März 2005 aaO S. 312 und vom 19. Dezember 2006 aaO Rn. 20; s. auch KK-WpHG/Leisch, 2007, § 37a Rn. 18 ff).
- 32            c) Bei der Beklagten handelt es sich um ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne von § 2 Abs. 4 WpHG (in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2708). Sie hat in dem streitgegenständlichen Zeitraum unter anderem Geschäfte über die Anschaffung von Wertpapieren vermittelt und verfügte über eine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG zur Durchführung der Anlage- und Abschlussvermittlung.
- 33            d) Die der Beklagten vorzuwerfende Informationspflichtverletzung steht auch, was die Revision zu Recht rügt, im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG (in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998). Danach fällt unter den Begriff der Wertpapierdienstleistung unter anderem die Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung von Wertpapieren. Damit liegt zugleich auch eine Finanzdienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG (in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2776) vor.

- 34           aa) Die von der Klägerin im August 2004 erworbenen Aktien der B. AG stellen Wertpapiere im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG (in der zum Zeitpunkt des Aktienerwerbs geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998) dar. Danach kommt es darauf an, ob die Aktien an einem Markt gehandelt werden können. Die grundsätzliche Eignung der Papiere, am Markt gehandelt zu werden, reicht aus. Dass sich ein solcher Markt bereits gebildet hat, ist nicht erforderlich (KK-WpHG/Versteegen, 2007, § 2 Rn. 32). Die Wertpapiere müssen lediglich austauschbar und zirkulationsfähig sein (Assmann/Schneider, WpHG, 4. Aufl., § 2 Rn. 9 f; Schwark/Beck, Kapitalmarktrechtskommentar, 3. Aufl., § 2 WpHG Rn. 4). Diese Voraussetzungen liegen bei den von der B. AG ausgegebenen Aktien vor. Für ihre Handelbarkeit am Markt ist die Schaffung der Voraussetzungen für die Notierung an der Börse oder ihre Einbeziehung in ein vergleichbares Handelssystem nicht erforderlich (anders KK-WpHG/Versteegen aaO Rn. 33 aE).
- 35           bb) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Tätigkeit der Beklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Aktien der B. AG im August 2004 erfülle nicht die Voraussetzungen einer Wertpapierdienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG aF beruht auf einer Verkennung des Begriffs der Anlagevermittlung, wie er sowohl dem Wertpapierhandelsgesetz als auch dem Gesetz über das Kreditwesen zugrunde liegt. Die Wertpapierdienstleistungen des § 2 Abs. 3 WpHG (in allen Fassungen) sind, bezogen auf den Inhalt der betreffenden Betätigungen, zugleich auch Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a KWG (KK-WpHG/Baum, 2. Aufl., § 2 Rn. 145; s. auch Senatsurteil vom 19. Januar 2006 - III ZR105/05, BGHZ 166, 29 Rn. 11). Der Begriff der Anlagevermittlung ist in § 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG und in der Parallelnorm des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG inhaltlich gleich zu verstehen (KK-WpHG/Baum aaO Rn. 161). Er unterscheidet sich von demjenigen des bürgerlichen Rechts. Dementsprechend

geht die Auffassung des Berufungsgerichts fehl, auch im Rahmen des Wertpapierhandelsgesetzes seien die Grundsätze des Maklerrechts maßgebend.

36           Anlagevermittlung nach dem Gesetz über das Kreditwesen und damit zugleich nach dem Wertpapierhandelsgesetz ist jede final auf den Abschluss von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten gerichtete Tätigkeit. Der Tatbestand der Anlagevermittlung ist weit auszulegen und bereits dann erfüllt, wenn der Vermittler den Abschluss eines konkreten Geschäfts bereits so umfassend vorbereitet und abgewickelt hat, dass der Kunde den Auftrag nur noch zu unterschreiben und abzusenden hat oder wenn der Vermittler nach einer Anlageberatung die vom Kunden unterschriebenen Orderbelege weiterleitet (Senatsurteil vom 5. Dezember 2013 - III ZR 73/12, NJW-RR 2014, 307 Rn. 14). Nach diesem Maßstab hat die Beklagte unzweifelhaft eine Anlagevermittlung vorgenommen, indem sie in dem der Zeichnung der Aktien unmittelbar vorausgehenden Gespräch über ihren Mitarbeiter Pfeiffer bewusst und final auf die Klägerin eingewirkt hat, damit diese ein Geschäft über die Anschaffung von Wertpapieren abschließt.

37           Darauf, ob dem Anlagevermittler nach den zu § 652 BGB entwickelten Grundsätzen ein Provisionsanspruch zusteht, kommt es nicht an. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf die so genannte Verflechtungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs abstellen will, wird zudem übersehen, dass als Auftraggeber im Sinne des § 652 BGB vorliegend die B. AG anzusehen ist, die im Falle eines Vermittlungserfolgs allein eine Provision schuldet. Die vom Berufungsgericht angeführte Rechtsprechung bezieht sich jedoch auf Fälle, in denen der Makler zugleich mit dem Vertragspartner seines Auftraggebers gesellschaftsrechtlich oder auf andere Weise "verflochten" ist und es im Hinblick auf diese Interessenkollision an einer Maklerleistung im Sinne des



§ 652 BGB fehlt (vgl. Senatsurteile vom 12. März 1998 - III ZR 14/97, BGHZ 138, 170, 174 f; vom 19. Februar 2009 - III ZR 91/08, NJW 2009, 1809 Rn. 9, 12 und vom 1. März 2012 - III ZR 213/11, NJW 2012, 1504 Rn. 9 f; BGH, Urteil vom 12. Mai 1971 - IV ZR 82/70, NJW 1971, 1839, 1840). Ist dagegen der Makler lediglich mit seinem Auftraggeber verflochten, steht dies einem Provisionsanspruch nicht entgegen (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1976 - IV ZR 90/75, WM 1976, 1334). Gleiches gilt, wenn bei einer Verflechtung des Maklers mit dem Vertragspartner des Auftraggebers letzterer weiß, dass der Makler (auch) im Lager des Vertragsgegners steht (Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., Einf v § 652 Rn. 17, § 652 Rn. 29). Im konkreten Fall war Auftraggeberin der Beklagten die von ihr beherrschte B. AG. Mit den Anlageinteressenten war die Beklagte in keiner Weise "verflochten". Es fehlt somit auch an einer Situation, die zu dem vorgenannten Interessenkonflikt führen könnte.

38 cc) Das Berufungsgericht kann seine Auslegung des Begriffs der Anlagevermittlung auch nicht auf § 2a Abs. 1 Nr. 1 WpHG (in der zum Zeitpunkt der Zeichnung der Aktien maßgebenden Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998) stützen. Danach gelten Unternehmen, die Wertpapierdienstleistungen ausschließlich für ihr Mutterunternehmen oder ihre Tochter- oder Schwesterunternehmen (§ 1 Abs. 6 und 7 KWG) erbringen, nicht als Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Die Norm trifft damit eine Ausnahmeregelung nur für solche Unternehmen, die Wertpapierdienstleistungen ausschließlich innerhalb des eigenen Konzerns erbringen. In diesen Fällen sind keine schutzwürdigen Interessen Dritter tangiert und entsprechend entfällt das Interesse an einer öffentlichen Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht. Auf beiden Seiten der getätigten Wertpapierdienstleistung stehen Unternehmen derselben Unternehmensgruppe (KK-WpHG/Versteegen/Baum, 2. Aufl., § 2a Rn. 6). Eine derartige Konstellation liegt im Streitfall ersichtlich

nicht vor, da die Tätigkeit der Beklagten gerade darauf gerichtet war, externe Kapitalgeber zu gewinnen. Keinesfalls darf die Ausnahmebestimmung des § 2a Abs. 1 Nr. 1 WpHG dahingehend verstanden werden, dass die Kapitaleinwerbung im Auftrag eines Konzernunternehmens generell nicht als Wertpapierdienstleistung im Sinne des Wertpapierhandelsgesetzes anzusehen ist.

39 6. Auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands kann eine vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung durch die Beklagte, die nicht unter die kurze Verjährungsfrist des § 37a WpHG aF fällt, sondern nach den allgemeinen Vorschriften verjährt, nicht ausgeschlossen werden. Dazu hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - keine näheren Feststellungen getroffen. Es ist lediglich davon ausgegangen, dass die Beklagte "mindestens" fahrlässig gehandelt hat.

40 Die bislang unterbliebene Befassung mit der Frage einer vorsätzlichen Aufklärungspflichtverletzung muss nunmehr nachgeholt werden. Ein solcher Anspruch wäre nicht verjährt. Insoweit kann auf die rechtsfehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts zum Nichteintritt der Verjährung nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) verwiesen werden, die auch für den Fall der vorsätzlichen Begehungsweise gelten. Danach hat die Klägerin vor dem Jahr 2009 keine Kenntnis von den Aufklärungsmängeln erlangt. Insbesondere muss sich die Klägerin das Wissen der C. GmbH, die als Tochterunternehmen der N. V. AG, S., im Lager der Beklagten steht, nicht entsprechend § 166 BGB und mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) als eigenes Wissen zurechnen lassen. Es fehlt bereits daran, dass diese lediglich zur Stimmrechtsausübung in den Hauptversammlungen der B. AG bevollmächtigte Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt im Zusammenhang mit der Verfolgung etwaiger Ansprüche gegenüber der Beklagten oder der B. AG

mit der Kenntnisnahme von bestimmten Tatsachen oder der Vornahme der erforderlichen Tatsachenfeststellungen betraut war (vgl. Senatsurteil vom 13. Dezember 2012 - III ZR 298/11, NJW 2013, 448 Rn. 19). Mit dem Einwand, die Klägerin sei gehalten gewesen, die Hauptversammlungsprotokolle und die Jahresabschlüsse der B. AG durchzusehen, vermag die Revision die Voraussetzungen grob fahrlässiger Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht darzutun. Die aufklärungspflichtigen Verflechtungen der an der Kapitalanlage beteiligten Gesellschaften und die ihnen gewährten Sondervorteile waren aus den vorgenannten Dokumenten nicht ersichtlich. Außerdem trifft den Geschädigten generell keine Obliegenheit, im Interesse des Schuldners an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist Nachforschungen zu betreiben. Um ein grob fahrlässiges Verschulden des Gläubigers bejahen zu können, muss das Unterlassen von Ermittlungen als geradezu unverständlich erscheinen (Senatsurteile vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, NJW 2010, 3292 Rn. 28 und vom 22. September 2011 - III ZR 186/10, NJW-RR 2012, 111 Rn. 8). Dafür liegen hier keine Anhaltspunkte vor. Allein der Umstand, dass in den Anfangsjahren erhebliche Vertriebskosten angefallen waren, lässt unterbliebene Nachforschungen (im Hinblick auf aufklärungsrelevante Verflechtungen) nicht als schweren Obliegenheitsverstoß in eigenen Angelegenheiten erscheinen, zumal der Businessplan auf Seite 9 die Ausschüttungspolitik als grundsätzliches Entscheidungsinstrument der Hauptversammlung hervorhob und Gewinnausschüttungen lediglich als geplant bezeichnete.

III.

41 Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO).

42 Im Hinblick auf die noch zu treffenden Feststellungen zur Frage des Vorliegens eines vorsätzlichen Aufklärungspflichtverstoßes weist der Senat darauf hin, dass ein vorsätzliches Organisationsverschulden der Beklagten vorläge, wenn sie ihre Verpflichtung zur Aufklärung gekannt oder zumindest für möglich gehalten und es gleichwohl unterlassen hätte, ihre Mitarbeiter anzuweisen, die Kunden entsprechend aufzuklären (BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, NJW 2009, 2298 Rn. 14).

43 Die Beklagte trägt die Darlegungs- und Beweislast für fehlenden Vorsatz. Nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB muss der Schuldner beweisen, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, wobei innerhalb des Entlastungsbewei- ses keine Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit stattfindet. Ob vorsätzliches Handeln vorliegt, betrifft eine innere Tatsache des Schuldners, über die er ohne weiteres Auskunft geben kann, während sie dem Gläubiger regelmäßig verschlossen ist. An dieser Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ändert auch der Umstand nichts, dass im vorliegenden Fall die ohne Zwei- fel vorliegende fahrlässige Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten nach

§ 37a WpHG aF verjährt ist und damit nur noch eine Vorsatzhaftung im Raum steht (BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 aaO Rn. 17 f).

Schlick

Herrmann

Seiters

Remmert

Reiter

Vorinstanzen:

LG Traunstein, Entscheidung vom 22.03.2013 - 5 O 2979/12 -

OLG München, Entscheidung vom 05.11.2013 - 5 U 1379/13 -