



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IV ZR 71/11

vom

26. September 2012

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richter Wendt, Felsch, Lehmann und die Richterin Dr. Brockmüller

am 26. September 2012

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die Revision der Beklagten zu 3 gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 31. März 2011 durch Beschluss nach § 552a ZPO zurückzuweisen.

Die Parteien erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme binnen

**vier Wochen.**

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit dem zum Zweck der Vermögensanlage erfolgten Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung bei der Beklagten zu 3, einer liechtensteinischen Versicherungsgesellschaft, geltend.

- 2 Im Jahre 2005 wollte die Klägerin 900.000 € anlegen. In diesem Zusammenhang kam es im Sommer 2005 in der Wohnung der Klägerin zu zwei Beratungsgesprächen mit dem Beklagten zu 1, dem Geschäftsführer der Beklagten zu 2, einer Gesellschaft für Vermögensberatung. In dem zweiten Gespräch am 11. August 2005 erläuterte der Beklagte zu 1 der Klägerin zwei Anlageempfehlungen, unter anderem den Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung bei der Beklagten zu 3 zur Investition in das British P. Portfolio mit einer Einmalanlage von 600.000 €. Dabei wurde ihr ein Prospekt "British P. Investments - Die wichtigsten Fakten im Überblick" übergeben. Darin ist unter anderem erläutert, dass zwischen drei verschiedenen Anlagestrategien gewählt werden kann, die sich hinsichtlich Renditechancen und Risiko unterscheiden. Für den vorliegenden Rechtsstreit spielen zwei dieser Anlagemodelle eine Rolle: das "P. 124" und das "P. Dynamic 2".
- 3 Bei der Anlagestrategie "P. 124" investiert die Beklagte zu 3 die bei ihr eingezahlten Kundengelder in Anleihen der französischen C. Bank. Die in diese Anleihen investierten Gelder werden in einem Fund-of-Hedgefonds der P. AG, einer in Z. ansässigen Vermögensverwaltungsgesellschaft, angelegt und gegebenenfalls auch in verzinslichen Anlagen. Die P. AG managt die Anlage. Die C. Bank als Emittentin garantiert den Anlegern im Fall einer Einmalanlage einen Kapitalrückfluss nach 10 Jahren von mindestens 124%.
- 4 Bei der Anlagestrategie "P. Dynamic 2" investiert die Beklagte zu 3 die Kundengelder direkt in den von der E. P. AG initiierten und aufgelegten P. Dynamic 2 Fonds. Dieser

Fonds, der ebenfalls von der P. AG gemanagt wird, legt seinerseits das Kapital in kapitalgarantierten Notes der C. Bank an. Ein Kapitalerhalt wird hier aber nicht garantiert, weil auch Fremdkapital aufgenommen und investiert wird und die Zins- und Verwaltungskosten für die Fremdmittel aus der Anlage entnommen werden. Diese Anlageform bietet höhere Renditechancen, beinhaltet aber auch höhere Risiken.

5 Die Klägerin unterzeichnete im Verlauf des Gesprächs vom 11. August 2005 schließlich einen Antrag auf Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung "mit Vermögensverwaltung" mit einer Einmalanlage von 600.000 €. Als Anlagestrategie ist "P. Dynamic 2" angekreuzt. Ferner unterzeichnete sie eine "Erklärung des Versicherungsnehmers zum Beratungsgespräch" und "Hinweise zu Dynamic 2- und 3- Anlagen". Weitere 300.000 € legte die Klägerin auf Empfehlung des Beklagten zu 1 anderweitig an.

6 Die Anlage entwickelte sich in der Folgezeit negativ. Am 30. April 2008 besaß das Portfolio der Klägerin nur noch einen Wert von 279.107,04 €. Mit Schreiben vom 28. Juli 2008 forderte die Klägerin von der Beklagten zu 2 Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung. Mit Schreiben vom 29. November 2009 kündigte sie den Versicherungsvertrag. Die Beklagte zu 3 erklärte daraufhin, dass eine Auflösung des Vertrages derzeit nicht möglich sei, weil der Verkauf der von der Klägerin gewählten Veranlagung unmöglich und der Fonds geschlossen sei.

7 Die Klägerin macht geltend, dass sie im Zusammenhang mit der getätigten Anlage fehlerhaft beraten und über die Anlagestrategie getäuscht worden sei. Es sei ihr um eine sichere Anlage zur Altersvorsorge gegangen. Diesem Anlageziel hätten die Beklagten nicht Rechnung ge-

tragen. Der Beklagte zu 1 habe ihr die Anlage ausschließlich im Modell "P. 124" empfohlen und erläutert, dass sie damit kein Geld verlieren könne. Er habe auf wiederholtes Nachfragen immer die Sicherheit der Anlage hervorgehoben.

8 Die Klägerin meint, die Beklagte zu 3 hafte sowohl für die Pflichtverletzung der Beklagten zu 2 in Form fehlerhafter Beratung als auch für den fehlerhaften Prospekt, den sie bei der E. P. AG in Auftrag gegeben habe, in dem sie als Partner genannt sei und deren Inhalt mit ihr abgestimmt sei. Dieser Prospekt sei widersprüchlich und falsch, weil die 124%-ige Absicherung der Anlage darin derartig in den Vordergrund gestellt sei, dass der Gesamteindruck entstehe, dies gelte für alle Anlagevarianten. Darüber hinaus habe die Beklagte zu 3 eine eigene Aufklärungspflicht verletzt, weil sie hätte erkennen müssen, dass der im Versicherungsantrag angegebene Anlagezweck "Vorsorge" nicht zu der gewählten Anlage gepasst habe.

9 Die Klägerin begehrt jetzt noch die Rückzahlung von 547.130,15 € nebst Zinsen. In Höhe weiterer 52.869,85 € haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt, nachdem die Beklagte zu 3 diesen Betrag am 17. Mai 2010 an die Klägerin gezahlt hat.

10 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Abweisung gegen den Beklagten zu 1 bestätigt und die Beklagten zu 2 und 3 bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen und die gegenüber der Beklagten zu 2 beehrte Feststellung des Annahmeverzugs antragsgemäß verurteilt.

11 Mit der vom Berufungsgericht nur für sie zugelassenen Revision  
erstrebt die Beklagte zu 3 die Abweisung der gegen sie gerichteten Klage.

12 II. Die Voraussetzungen für eine Zulassung liegen nicht vor; die  
Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a Satz 1 ZPO).

13 1. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision für die  
Beklagte zu 3 damit begründet, dass es deren Verurteilung entgegen ei-  
nem unveröffentlichten Beschluss des Oberlandesgerichts Oldenburg  
(8 U 243/09 vom 9. Juni 2010) auch auf eine Anwendung der Grundsätze  
über die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung gestützt hat; dies erforde-  
re eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts  
und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

14 Dabei hat das Berufungsgericht verkannt, dass es - und zwar auch  
nach seiner eigenen Rechtsauffassung - auf Fragen der bürgerlich-  
rechtlichen Prospekthaftung, insbesondere ihrer Anwendbarkeit beim  
Vertrieb von fondsgebundenen Lebensversicherungen, für die Entschei-  
dung nicht ankommt, weil bereits die vom Berufungsgericht bejahte Haf-  
tung der Beklagten zu 3 für einen Beratungsfehler der Beklagten zu 2 die  
ausgesprochene Verurteilung selbständig trägt (dazu näher nachfolgend  
unter 2.).

15 Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass ein Bera-  
tungsfehler der Beklagten zu 2 vorliegt, deren Verhalten sich auch die  
Beklagte zu 3 gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss, handelt es

sich um eine Einzelfallentscheidung auf der Grundlage gefestigter Rechtsprechung. Insoweit sind Zulassungsgründe nicht ersichtlich.

16            2. Die Revision hat auch in der Sache keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Haftung der Beklagten zu 3 für eine fehlerhafte Beratung der Klägerin durch die Beklagte zu 2 rechtsfehlerfrei bejaht.

17            a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass die Beklagte zu 2 Pflichten aus einem zwischen dieser und der Klägerin zustande gekommenen Anlageberatungsvertrag verletzt habe, indem der Beklagte zu 1 die mit der Vermögensanlage in der "Dynamic 2"-Variante verbundenen Risiken durch mündliche Falschangaben bei der Beratung unzulässig verharmlost habe. Aus seinen eigenen Angaben bei der Parteianhörung in erster Instanz gehe ein unzulässiges "Schönreden" des Risikos hervor. Er habe jedoch kein Bild zeichnen dürfen, das die Bedeutung der schriftlichen Hinweise für die Entscheidungsbildung der Klägerin mindere und die von ihr unterzeichneten verschiedenen Risikohinweise in den schriftlichen Vertragsunterlagen entwerte.

18            Für den der Klägerin hierdurch entstandenen Schaden hafte auch die Beklagte zu 3, weil ihr die mangelhafte Beratung durch die Beklagte zu 2 gemäß § 278 BGB zuzurechnen sei. Die Beklagte zu 2 sei bei Anbahnung des Vertragsverhältnisses auch als ihr Verhandlungsgehilfe tätig geworden, wie sich aus den Umständen des Einzelfalles ergebe. Der Versicherer müsse sich das Verhalten des Vermittlers gemäß § 278 BGB zurechnen lassen, wenn er es ihm überlassen habe, die das Anlagemodell betreffenden Vertragsverhandlungen bis zur Unterschriftsreife zu führen.

19                   b) Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

20                   aa) Von der Revision unangegriffen und auch im Übrigen bedenkenfrei hat das Berufungsgericht das Zustandekommen eines Beratungsvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 festgestellt. Deshalb hatte sich die Beratung der Klägerin auch aufgrund eigener kritischer Überprüfung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben konnten; das schließt beim Vertrieb einer Anlage anhand eines Prospekts eine Überprüfung des Prospekts und der darin enthaltenen Informationen ein (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - III ZR 56/11, NJW 2012, 380 Rn. 9 f. m.w.N.; st. Rspr.).

21                   Daraus folgt weiter, dass auch bei zutreffenden und ausreichenden Prospektangaben über die Chancen und Risiken einer Anlage eine Pflichtverletzung des Beraters vorliegen kann, wenn dieser im Beratungsgespräch eine abweichende Darstellung der Risiken vornimmt und damit ein Bild zeichnet, das die Hinweise im Prospekt entwertet oder für die Entscheidungsbildung des Anlegers mindert (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - III ZR 83/06, VersR 2007, 1653 Rn. 10) bzw. tatsächlich bestehende Gefahren unzulässig verharmlost und zutreffende schriftliche Warnhinweise fälschlich relativiert (OLG Düsseldorf VersR 2005, 62, 63).

22                   bb) Diese Maßstäbe hat das Berufungsgericht beachtet und auf ihrer Grundlage rechtsfehlerfrei eine Pflichtverletzung der Beklagten zu 2 festgestellt.

23                   Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Beklagte zu 1 einen unrichtigen Eindruck von der Sicherheit und den Risiken der

Anlage "Dynamic 2" vermittelt und die - insoweit nur unterstellte - hinreichende schriftliche Risikoaufklärung im Prospekt durch seine mündlichen Ausführungen unterlaufen und die Risiken irreführend abgeschwächt hat. Es konnte sich dabei in zulässiger Weise darauf stützen, dass der Beklagte zu 1 nach seinen eigenen Angaben erklärt hat, "es könne nicht so viel passieren", solange sich die Gefahren "Ausfall des Emittenten" und "Entwicklung der Zinsen für Fremdkapital" nicht realisierten, und durfte die Wiedergabe einer solchen Einschätzung im Rahmen tatrichterlichen Ermessens als eine unzulässige Verharmlosung werten.

24           Soweit die Revision demgegenüber geltend macht, es habe sich um ein zutreffend als gering dargestelltes Risiko gehandelt, vom Gegenteil könne nicht ausgegangen werden, ohne Feststellungen dazu zu treffen, was den Anlagefonds letztlich in Schieflage gebracht habe, ist Letzteres unrichtig. Derartige Feststellungen waren nicht erforderlich. Ob ein Risiko vom Anlageberater abweichend von schriftlichen Warnhinweisen "kleingeredet" werden darf, beurteilt sich allein ex ante und ist nicht davon abhängig, ob sich genau dieses Risiko später verwirklicht oder nicht. Zudem ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, auf welcher Grundlage die vermeintlich nur geringe Gefahr einer Zinsentwicklung, die den Anlageertrag übersteigende Kosten herbeiführen kann, vom Beklagten zu 1 eingeschätzt und beurteilt worden ist. Mit ihrer Auffassung, dass das Risiko aus einer ex-ante-Sicht als gering bewertet werden durfte und deshalb kein "Schönreden", sondern eine zutreffende Risikobewertung vorgelegen habe, setzt die Revision dem Berufungsurteil damit nur ihre eigene abweichende Würdigung entgegen, ohne Rechtsfehler aufzeigen zu können.

25 cc) Weiter zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich die Beklagte zu 3 fehlerhafte mündliche Erklärungen des Beklagten zu 1 zur Risikobewertung zurechnen lassen muss.

26 (1) Dabei kann zugunsten der Beklagten zu 3 davon ausgegangen werden, dass sie die Informations- und Aufklärungspflichten, die ihr nach § 10a Abs. 1 VAG a.F. i.V.m. der Anlage Teil D oblagen, ebenso erfüllt hat wie diejenigen Pflichten, die sich daraus ergeben, dass auch ein Versicherer entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Aufklärung bei Anlagegeschäften verpflichtet ist, den Versicherungsnehmer bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen über alle Umstände verständlich und vollständig zu informieren, die für seinen Anlageentschluss von besonderer Bedeutung sind, wenn der Abschluss einer kapitalbildenden Lebensversicherung sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Anlagegeschäft darstellt (vgl. dazu Senatsurteil vom 11. Juli 2012 - IV ZR 164/11, WM 2012, 1582 Rn. 53, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Zur richtigen und vollständigen Information über ein Anlageprodukt gehört die zutreffende Beschreibung der damit verbundenen Chancen und Risiken, nicht jedoch deren Bewertung, die nur im Rahmen eines Beratungsvertrages geschuldet wird (vgl. auch BGH, Urteil vom 25. November 1981 - IVa ZR 286/80, NJW 1982, 1095 unter I 2; sowie Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. § 4 Rn. 4 m.w.N. zur Abgrenzung von Anlageberatung und Anlagevermittlung).

27 (2) Entscheidend ist, dass die Beklagte zu 3 sich auch zur Erfüllung dieser Pflichten der Beklagten zu 2 bedient hat. Die von der Beklagten zu 3 geschuldete Aufklärung ist in dem vom Beklagten zu 1 geführten Beratungsgespräch vorgenommen worden, weshalb die Beklagte zu 3

auf den Gesprächsinhalt auch im Versicherungsantrag Bezug genommen hat. So heißt es in dem Antragsformular, in dessen Kopf neben der E.

P. AG auch die Beklagte zu 3 aufgeführt ist:

28 "Ich wurde über die einzelnen Veranlagungsmöglichkeiten informiert und über alle Chancen und Risiken (...) dieser Anlageform aufgeklärt. Ich habe die Erklärung zum Beratungsgespräch gelesen, ausgefüllt, unterschrieben. ..."

29 In der genannten "Erklärung zum Beratungsgespräch" bestätigte die Klägerin durch Ankreuzen der jeweiligen vorgedruckten Kästchen, "dass ich über folgende Punkte und Risiken aufgeklärt wurde". Damit hat sich die Beklagte zu 3 die Risikoaufklärung im Beratungsgespräch zu Eigen gemacht. Sie hat sich für die von ihr selbst vorgesehene Risikoaufklärung der Beklagten zu 2 bedient, die damit in diesem Rahmen als ihre Erfüllungsgehilfin zu betrachten ist (§ 278 BGB). Die Beklagte zu 3 muss sich deshalb auch solche in diesem Gespräch abgegebenen Erklärungen zu Chancen und Risiken zurechnen lassen, die innerhalb der Grenzen ihrer eigenen Aufklärungspflicht nicht geschuldet waren. Werden Auskünfte gegeben, auch ohne dass dazu eine Verpflichtung besteht, so müssen diese richtig oder, wenn es um eine Risikobewertung geht, jedenfalls ex ante vertretbar sein.

30 (3) An der Zurechenbarkeit ändert es nichts, dass es sich bei der Beklagten zu 2 um eine selbständige Beraterin handelt, die als Untervermittlerin für die E. P. AG tätig geworden ist. Es kommt allein auf den Pflichtenkreis des Vermittlers im Einzelfall an. Nur dieser ist ausschlaggebend dafür, wann ein Vermittler, gleichgültig ob selbständig oder nicht, als Hilfsperson des Versicherers anzusehen ist. Auch wenn ein Versicherungsmakler grundsätzlich die Interessen des Versicherten und nicht diejenigen des Versicherers wahrnimmt (Senatsurteil vom

22. Mai 1985 - IVa ZR 190/83, BGHZ 90, 356; Senatsbeschluss vom 12. März 2008 - IV ZR 330/06, VersR 2008, 809 Rn. 7), kann dies im Einzelfall doch anders sein. So muss sich ein Versicherer das Verhalten und die Erklärungen rechtlich selbständiger Vermittler und von diesen eingesetzter Untervermittler zurechnen lassen, soweit die Lebensversicherung unter Verzicht auf ein eigenes Vertriebssystem ausschließlich über diese Vermittler vertrieben wird (Senatsurteil vom 11. Juli 2012 aaO Rn. 51).

31 Gleiches gilt hier. Dass die E. P. AG, obwohl Versicherungsmakler, hier im Lager der Beklagten zu 3 steht, wird bereits an der Gestaltung des Antragsformulars deutlich. Es ist nicht etwa so, dass sie sich lediglich ihr zur Verfügung stehender Antragsformulare des Versicherers bedient hat (so im Fall, der dem Senatsbeschluss vom 12. März 2008, aaO, zugrunde lag), sondern Herausgeber des Antragsformulars sind nach dessen Kopfzeile die Maklerin und die Beklagte zu 3 gemeinsam. Ferner handelt es sich um einen "Antrag auf eine Lebensversicherung mit Vermögensverwaltung", wobei in den zugehörigen Unterlagen ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass die Beklagte zu 3 als Versicherer sich nicht um die Verwaltung des Anlagebetrags kümmert und damit nichts zu tun hat. Dies fällt in die alleinige Zuständigkeit der E. P. AG. Somit treten beide schon im Antragsformular zusammen mit einem gemeinsamen Produkt dem Anlageinteressenten und zukünftigen Versicherungsunternehmer gegenüber. Das kombinierte Anlageprodukt wird von ihnen gemeinsam angeboten und vertrieben. Danach kann keine Rede davon sein, dass die E. P. AG und deren Vermittler alleinige Sachwalter der Interessen des Versicherungsnehmers seien.

- 32            dd) Dass die Klägerin den ihr im Jahre 2008 unterbreiteten Angeboten auf einen Wechsel in andere Anlagemöglichkeiten nicht nachgekommen ist, stellt weder eine Bestätigung der Anlageentscheidung dar, die die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ausschließt, noch einen Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB). Dieser unterlassene Wechsel ist der Klägerin nicht vorzuwerfen. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf verwiesen, dass mangels entsprechenden Vortrags schon völlig unklar ist, wie sich die Anlage dann weiter entwickelt hätte. Ebenfalls nicht dargelegt ist, dass die Klägerin eine etwaige bessere Entwicklung ex ante mit der notwendigen Sicherheit hätte erkennen können und müssen.
- 33            ee) Ein Verstoß gegen § 308 ZPO liegt im Hinblick auf die Beklagte zu 3 nicht vor. Der - wegen unterschiedlicher Verzinsungen umständlich formulierte - Klageantrag ist sachgerecht dahin auszulegen, dass sich die beantragte Zug-um-Zug-Einschränkung nur auf die Beklagten zu 1 und 2 bezog. Eine Abtretung von Ansprüchen gegen die Beklagte zu 3 aus jenem Vertrag, bezüglich dessen die Klägerin verlangt, so gestellt zu werden, als hätte sie ihn nicht abgeschlossen, ist nicht nur erkennbar sinnlos, sondern war auch nicht gewollt, wie sich hinreichend deutlich daraus ergibt, dass die Feststellung des Annahmeverzugs mit dieser Gegenleistung ausdrücklich nur gegenüber den Beklagten zu 1 und 2 begehrt wurde.
- 34            ff) Unerheblich ist schließlich, ob eine noch ausstehende endgültige Abrechnung des Fonds noch zu weiteren Ausschüttungen an die Klägerin über die erfolgte Teilzahlung hinaus führen würde. Der entstandene Anspruch der Klägerin auf Befreiung vom Vertrag wegen Verschuldens

bei Vertragsabschluss berechtigt sie schon jetzt, ihre Einzahlung in voller Höhe zurückzuverlangen.

Mayen

Wendt

Felsch

Lehmann

Dr. Brockmüller

**Hinweis:** Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Ellwangen, Entscheidung vom 23.07.2010 - 3 O 300/09 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 31.03.2011 - 3 U 148/10 -