



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### Urteil

XI ZR 431/11

Verkündet am:  
19. März 2013  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

BGB § 241 Abs. 2, § 278, § 280 Abs.1

- a) Zwischen einem Kapitalanleger und einer Direktbank, die ausdrücklich allein sogenannte Execution-only-Dienstleistungen als Discount-Brokerin anbietet, kommt im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften grundsätzlich kein stillschweigend geschlossener Anlageberatungsvertrag zustande. Eine Zurechnung etwaiger Beratungsfehler eines vom Kapitalanleger mit seiner Beratung beauftragten selbständigen Wertpapierdienstleistungsunternehmens über § 278 BGB scheidet in der Regel aus, weil die Beratung nicht zum Pflichtenkreis einer solchen Direktbank gehört.
- b) Bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist grundsätzlich nur das kundennähere Unternehmen zur Befragung des Anlegers hinsichtlich seiner Erfahrungen, Kenntnisse, Anlageziele und finanziellen Verhältnisse verpflichtet. Eine Pflicht zur Überwachung des vorgeschalteten Beratungsunternehmens besteht daher in der Regel nicht. Gleichwohl kann eine haftungsbewehrte Warnpflicht als Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) der Execution-only-Dienstleistung bestehen, wenn die kundenfernere Direktbank die tatsächliche Fehlberatung des Kunden bei dem in Auftrag gegebenen Wertpapiergeschäft entweder positiv kennt oder wenn diese Fehlberatung aufgrund massiver Verdachtsmomente objektiv evident ist.

- c) Die im Rahmen der Haftung der kreditgebenden Bank infolge eines konkreten Wissensvorsprungs entwickelte Beweiserleichterung bei institutionalisiertem Zusammenwirken (BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 51 f.) ist auf die Zusammenarbeit zweier Wertpapierdienstleistungsunternehmen hinsichtlich der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen nicht übertragbar. Nach allgemeinen Grundsätzen trägt daher der Kapitalanleger die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis der Direktbank von der tatsächlichen Fehlberatung bei dem in Auftrag gegebenen Wertpapiergeschäft bzw. für die sich aufgrund massiver Verdachtsmomente aufdrängende objektive Evidenz dieser Fehlberatung.

BGH, Urteil vom 19. März 2013 - XI ZR 431/11 - OLG Schleswig  
LG Itzehoe

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Ellenberger, Maihold, Dr. Matthias und Pamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 5. September 2011 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt von der beklagten Direktbank Schadensersatz wegen behaupteter fehlerhafter Anlageberatung durch Mitarbeiter der früheren Mitbeklagten, der inzwischen insolventen A. AG (nachfolgend: A. AG).
- 2 Die Klägerin beantragte am 16. Dezember 2004 über das Wertpapierhandelshaus Dr. AG, der Rechtsvorgängerin der früheren Mitbeklagten A. AG (nachfolgend einheitlich: A. AG), bei der Beklagten die Eröffnung eines "Depotkontos" "unter Einschluss" der A. AG. Am selben Tag unterzeichnete die Klägerin eine Transaktionsvollmacht zugunsten der A. AG. Die Eröff-

nung des so genannten Zins-Plus-Kontos wurde ihr am 4. Januar 2005 von der A. AG bestätigt. Bei dem Zins-Plus-Konto handelte es sich um ein Tagesgeldkonto mit einer jährlichen Verzinsung der Einlage von 4,5%, das zwingend mit einem Depotvertrag zur etwaigen Einbuchung von Wertpapieren verbunden war ("Depotkonto"). Der Vertragszins von 4,5% lag über dem Marktzins. Zwischen der A. AG und der Beklagten war vereinbart, dass in ihrem Verhältnis die Beklagte lediglich den Marktzins zu zahlen hatte und die A. AG die Differenz zu den an die Kunden zu zahlenden 4,5% an die Beklagte zahlen musste.

3 Im Kontoeröffnungsantrag vom 16. Dezember 2004 heißt es auf Seite 14 auszugsweise:

"5. Ich bin mir bewusst, dass die D. AG lediglich ihre gesetzlichen Aufklärungs- und Erkundigungspflichten und meine Aufträge erfüllt. Ich weiß, dass die D. AG weder Empfehlungen für den Kauf oder Verkauf von Wertpapieren gibt noch eine Beratung bietet."

4 In der der A. AG eingeräumten Transaktionsvollmacht vom gleichen Tag heißt es weiter:

"1. Der Vermögensverwalter haftet für seine Beratungsleistung nach Maßgabe der gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen. Ansprechpartner des Depotkonto-Inhabers für derartige Beratungsleistungen ist ausschließlich der Vermögensverwalter.

2. Der Vermögensverwalter wird im Zusammenhang mit der Vermögensanlage nicht im Auftrag der D. tätig, ist auch nicht deren Vertreter und besitzt auch keine Vollmacht

zur Abgabe irgendwelcher Erklärungen für die D. .  
[...] Zum Abschluss und zur Durchführung von Finanztermingeschäften zulasten des Depotkontos bedarf es einer vorherigen Aufklärung aller Depotkonto-Inhaber über die mit solchen Geschäften verbundenen Risiken mittels des entsprechenden D. -Formulars.

3. Aus der vom Vermögensverwalter für den/die Depotkonto-Inhaber ausgeübten Tätigkeit oder den von ihm abgegebenen Erklärungen können keinerlei Ansprüche gegen die D.

, gleich aus welchem Rechtsgrund, hergeleitet werden.

4. Der/die Depotkonto-Inhaber bestätigt/en Kenntnis von folgenden Umständen zu haben:

Die Anlageberatung, Disposition und allgemeine Kundenbetreuung erfolgen ausschließlich durch den Vermögensverwalter, der im Rahmen der ihm eingeräumten Vollmacht berechtigt ist, Verfügungen über das angelegte Vermögen vorzunehmen. Die D. AG ist an Anlageentscheidungen und Vermögensdispositionen nicht beteiligt; sie kann die Einhaltung von Vereinbarungen zur Art und Weise der Vermögensanlage nicht überprüfen.

5. [...] Die Bank behält sich vor, Aufträge betreffend Finanztermingeschäfte nur nach Aufklärung aller Depotkontoinhaber über die besonderen Risiken von Finanztermingeschäften auszuführen."

5

Am 30. Mai 2005 kam es auf Empfehlung eines Beraters der A. AG zum ersten über das bei der Beklagten geführte Depotkonto abgewickelten Wertpapierkauf der Klägerin. Nach einigen wenigen weiteren Käufen schloss die Klägerin mit der A. AG am 4. April 2006 einen Vermögensverwaltungsvertrag, den

sie bereits mit Schreiben vom 13. Juni 2007 wieder kündigte. Unter gleichem Datum bestätigte die A. AG die Kündigung und zeigte an, für die Wertpapierberatung weiterhin zur Verfügung zu stehen. Auf Beratung eines Mitarbeiters der A. AG tätigte die Klägerin in der Zeit vom 29. Januar 2007 bis 1. Dezember 2008 zahlreiche Käufe von Inhaber-Teilschuldverschreibungen, Inhaber-Aktien und Genussscheinen im Nennwert von insgesamt 49.898 € wie folgt:

- Inhaber-Teilschuldverschreibungen der H. AG im Nennwert von 4.000 € am 29. Januar 2007 und im Nennwert von 7.900 € am 18. Juli 2007
- Inhaber-Aktien der C. im Gegenwert von 4.998 € am 1. Dezember 2008
- Genussscheine der Muttergesellschaft der A. AG im Nennwert von 5.000 € am 29. Mai 2007, im Nennwert von 3.700 € am 30. Mai 2007, im Nennwert von 5.700 € am 7. Juni 2007 und im Nennwert von 18.600 € am 29. Januar 2008.

6 Nach zwischenzeitlichem Verkauf der Genussscheine für 6,65 € sowie der Inhaber-Aktien für 2.224,20 € verlangt die Klägerin unter Anrechnung von Ausschüttungen in Höhe von 2.988,76 € im Wege des Schadensersatzes zuletzt Zahlung von 46.059,78 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung der Inhaber-Teilschuldverschreibungen. Hierbei beruft sie sich auf Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen der A. AG, für die die Beklagte ihrer Ansicht nach aus verschiedenen Rechtsgründen einzustehen habe. Ihre Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

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

9 Die Klägerin habe gegen die Beklagte keinen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 278 BGB wegen fehlerhafter Anlageberatung, da das Landgericht eine Anlageberatung der Klägerin durch die Beklagte zutreffend verneint habe. Zwar könne ein Vermittler dann, wenn er mit Wissen und Wollen einer der späteren Vertragsparteien typischerweise dieser obliegende Aufgaben übernehme, in deren Pflichtenkreis tätig werden und zugleich als deren Hilfsperson zu betrachten sein. Wann eine solche Einschätzung gerechtfertigt sei, lasse sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber nur anhand der Einzelfallumstände entscheiden. Das sei hier schon wegen der entgegenstehenden ausdrücklichen vertraglichen Regelungen zu verneinen, wonach die Beklagte ein beratungsfreies Geschäft betreibe und die Anlageberatung durch die A. AG als weiterem Finanzdienstleister erfolge.

10 Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung vertraglicher Warn- oder Hinweispflichten aus dem Depotvertrag scheide ebenfalls aus. Zwar könne auch im Falle des sogenannten beratungsfreien Geschäfts (execution-only-business) die Depotbank unter dem Gesichtspunkt vertraglicher Treuepflicht nicht jeglicher vertraglicher Warn- und Hinweispflichten ledig sein. Daher komme im Falle der behaupteten positiven Kenntnis der Beklagten von einer

systematischen Falschberatung der Anleger durch die A. AG, einer arglistigen Täuschung und Falschberatung der Klägerin im Einzelfall oder einer tiefgreifenden allgemeinen Unseriösität der A. AG eine Verpflichtung der Beklagten zur Aufklärung der Klägerin in Betracht. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin habe eine die Aufklärungspflichten auslösende Kenntnis der Beklagten jedoch nicht nachgewiesen.

11           Was ein auf Seiten der A. AG unterstellt sittenwidriges, auf systematische Täuschung der Anleger ausgerichtetes Geschäftsmodell angehe, greife der Hinweis, der Zeuge W. sei sowohl Prokurist der Beklagten als auch Aufsichtsratsmitglied der A. AG gewesen und dessen Kenntnisse seien der Beklagten daher zuzurechnen, zu kurz. Es sei nichts dafür ersichtlich, dass der Zeuge über den näheren Inhalt und Verlauf der Beratungsgespräche sowie einzelne Vertragsverhältnisse der A. AG mit ihren Kunden oder über eine gezielte Falschberatung als Geschäftsmodell informiert gewesen sei. Anderes sei auch lebensfremd. Die Klägerin erschöpfe sich diesbezüglich in bloßen Spekulationen, was der Zulässigkeit eines Beweisantrages zwar nicht zwingend entgegenstehe. Da aber fassbare Anhaltspunkte, aus denen sich indiziell eine Kenntniserlangung des Zeugen folgern ließe, weder konkret dargetan noch anderweitig ersichtlich seien, habe es einer Beweisaufnahme nicht bedurft. Ungenügend seien in diesem Zusammenhang sowohl der Verweis auf einen Wertpapierprospekt der Muttergesellschaft der A. AG als auch der Vortrag zum KPMG-Gutachten vom 3. August 2007. Letzteres habe zwar alle 15 überprüften Beratungsgespräche und alle 1.111 Stichproben hinsichtlich der Depotinhalte beanstandet, zur Überzeugung des Senats sei aber eine Kenntnis des Zeugen W. von diesem Bericht vor seinem Ausscheiden bei der Beklagten am 31. Juli 2007 auszuschließen. Die bloße Kenntnis von einer Prüfung durch die BaFin sei ungenügend.



- 12 Die Klägerin könne sich auch nicht auf die vom Bundesgerichtshof im Rahmen der Bankenhaftung bei realkreditfinanzierten Wohnungskäufen und Immobilienfondsbeteiligungen entwickelte Beweiserleichterung im Falle eines institutionalisierten Zusammenwirkens berufen. Die dort unter bestimmten Voraussetzungen eingreifende widerlegliche Vermutung der positiven Kenntnis der finanzierenden Bank von einer arglistigen Täuschung durch den Verkäufer oder Fondsinitiator sei auf Fälle der vorliegenden Art nicht übertragbar.
- 13 Soweit sich die Klägerin auf im Rahmen der von der Beklagten für die A. AG durchgeführten Compliance-Tätigkeit gewonnene Erkenntnisse stütze, ver helfe auch dies der Klage nicht zum Erfolg. Der insoweit in Rede stehende Verdacht der Marktmanipulation im ersten Quartal 2006 bzw. eine Auffälligkeit im dritten Quartal 2006 bezüglich des Ad. Fonds habe nur dann eine Aufklärungspflicht der Beklagten auszulösen vermocht, wenn sich daraus das zwingende Bild eines durch und durch unseriösen Geschäftsgebarens und eine konkrete, unmittelbare Gefährdung ihrer Depotkunden hätte ergeben müssen. Dies sei nicht der Fall.
- 14 Die Beklagte hafte schließlich auch nicht nach §§ 826, 830 Abs. 2 BGB. Für eine haftungsbegründende Teilnahme der Beklagten an einer unterstellt vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Klägerin durch die A. AG fehle es jedenfalls an den subjektiven Voraussetzungen. Wie schon im Rahmen der vertraglichen Haftung erörtert, sei eine Kenntnis der Beklagten weder von einer arglistigen Täuschung und Falschberatung der Klägerin im Einzelfall noch von einer systematischen Falschberatung von Anlegern durch die A. AG im Allgemeinen feststellbar. Zudem lägen auch unter Berücksichtigung der Compliance-Tätigkeit keine hinreichenden Anhaltspunkte vor, die die Annahme rechtfertigen würden, dass sich die Beklagte einer entsprechenden Erkenntnis bewusst verschlossen hätte.

II.

15            Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

16            1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 280 Abs. 1, § 278 BGB wegen fehlerhafter Anlageberatung durch die Beklagte verneint, weil es schon an einem Beratungsvertrag zwischen den Parteien fehlt.

17            a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird zwar dann, wenn ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden herantritt, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden bzw. zu beraten, das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgespräches angenommen (st. Rspr. u.a. Senatsurteile vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 [Bond] und vom 25. September 2007 - XI ZR 320/06, BKR 2008, 199 Rn. 12, jeweils mwN). Ein stillschweigend geschlossener Beratungsvertrag kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn die Bank - wie es Discount-Broker bzw. Direktbanken üblicherweise tun - bereits bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung erklärt, sich nur an gut informierte und erfahrene Anleger zu wenden und zur Aufklärung nur durch Übersendung von Informationsbroschüren, nicht aber durch individuelle Hinweise bereit zu sein. Ein Anleger, der der Bank in Kenntnis dessen ohne ein Aufklärungsbegehren eine gezielte Order erteilt, erklärt damit konkludent, dass er weitere Informationen durch die Bank nicht benötige, also nicht aufklärungsbedürftig sei (Senatsurteile vom 5. Oktober 1999 - XI ZR 296/98, BGHZ 142, 345, 355 mwN und vom 11. November 2003 - XI ZR 21/03, WM 2004, 24, 26).

18            So liegt der Fall hier. Nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Beklagten um

eine Direktbank. Eigene Beratungsleistungen hat die Beklagte nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen und ebenfalls rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts nicht erbracht. Sie hat ausdrücklich und für die Klägerin erkennbar allein sogenannte Execution-only-Dienstleistungen als Discount-Brokerin angeboten, was die Annahme eigener Beratungspflichten aus einem Beratungsvertrag grundsätzlich ausschließt (so auch Assmann/Sethe in Festschrift Westermann, 2008, S. 67, 70 f.; Balzer, WM 2001, 1533, 1535; Braun/Lang/Loy in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl., Rn. 313 ff., 592; Hannover in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 110 Rn. 30, jeweils mwN; Rost, Informationspflichten von Wertpapierdienstleistern ohne Beratungsangebot (Discount-Broker) gegenüber Privatkunden, 2001, S. 61 ff.; Siller, Rechtsfragen des Discount-Broking, 1999, S. 79 ff.; Tonner in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., § 4 Rn. 63). Es ist auch nicht vorgetragen oder ersichtlich, dass die Beklagte die Klägerin entgegen ihrem Marktauftritt tatsächlich beraten hat (vgl. dazu Ellenberger, WM 2001, Sonderbeilage Nr. 1 S. 5).

19           Daher scheidet auch eine Zurechnung etwaiger Beratungsfehler durch Mitarbeiter der A. AG über § 278 BGB aus. Die Mitarbeiter der A. AG waren mangels eigener Beratungspflicht der Beklagten nicht in deren Pflichtenkreis tätig (vgl. zu diesem Erfordernis Senatsurteil vom 14. November 2000 - XI ZR 336/99, WM 2000, 2539, 2540). Nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts tätigte die Klägerin die streitgegenständlichen Wertpapierkäufe auf Beratung eines Mitarbeiters der A. AG, welcher - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - nach den unmissverständlichen und in den von der Klägerin unterzeichneten Dokumenten vom 16. Dezember 2004 (Depotkontoeröffnungsantrag und Transaktionsvollmacht)

enthaltenen vertraglichen Regelungen die Aufgabe der - alleinigen - Beratung der Klägerin zukam.

20           b) Dem kann die Revision nicht mit Erfolg entgegenhalten, allein aus der Zusammenarbeit mit der A. AG ergebe sich für die Beklagte eine Verpflichtung, sich zu "vergewissern, dass die Kunden tatsächlich ordnungsgemäß informiert wurden und das an sie herangetragene Wertpapiergeschäft [...] den vermittelten Risikoangaben [entspreche]". Für das Bestehen einer derartigen, auf eine Beaufsichtigung des Beratungsgeschäfts der A. AG durch die Beklagte hinauslaufenden Pflicht fehlt es an einem tragfähigen Anknüpfungspunkt.

21           aa) Die Leistung der Beklagten stellte sich für die Klägerin entgegen der Ansicht der Revision nicht "insgesamt als eine Anlageberatung bzw. Vermögensverwaltung dar, die von der A. AG und der Beklagten im Zusammenwirken erbracht wird". Dem steht schon die ausdrückliche und von der Klägerin akzeptierte vertragliche Aufgabenverteilung zwischen der A. AG und der Beklagten entgegen. Daran vermag die - dieser vereinbarten Aufgabenverteilung gerade Rechnung tragende - Verwendung der Logos beider Unternehmen auf Kontoeröffnungsantrag, Transaktionsvollmacht und einzelnen Schreiben der A. AG nichts zu ändern. Da die Klägerin - in Kenntnis der vertraglichen Aufgabenverteilung - sowohl in dem Vermögensverwaltungsvertrag vom 4. April 2006 als auch im Analysebogen vom 26. September 2008 allein gegenüber der A. AG Angaben zu ihrer Anlagestrategie bzw. zu Kenntnissen von und Erfahrungen mit Wertpapiergeschäften gemacht hat, konnte sie nicht erwarten, dass (auch) die Beklagte ihre Zielvorstellungen im Rahmen der Auftragsdurchführung berücksichtigte (vgl. Hannover in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 110 Rn. 38; KK-WpHG/Möllers, § 31 Rn. 188; Rost, Informationspflichten von Wertpapierdienstleistern ohne Beratungsangebot (Discount-Broker) gegenüber Privatkunden, 2001, S. 130 ff.).

- 22           bb) Soweit die Revision darauf abstellt, die Beklagte habe sich in Ziffer 5 der Transaktionsvollmacht vorbehalten, Aufträge betreffend Finanztermingeschäfte nur nach Aufklärung aller Depotkonto-Inhaber über die besonderen Risiken von Finanztermingeschäften auszuführen, ist dies zwar zutreffend, vermag es aber die von der Revision postulierte Pflicht der Beklagten ebenfalls nicht zu begründen. Die Regelung - die ihren Grund in der schadensersatzbewehrten gesetzlichen Informationspflicht des zum 1. November 2007 aufgehobenen § 37d WpHG aF hatte - dient vielmehr allein dazu, der Depotbank das Recht einzuräumen, einzelne Geschäfte abzulehnen. Davon hat die Beklagte nach den rechtsfehlerfreien und unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts auch teilweise Gebrauch gemacht. Hingegen ist der Regelung nicht zu entnehmen, dass die nach den übrigen vertraglichen Regelungen als allein im beratungsfreien, sogenannten Execution-only-Geschäft tätige Beklagte die Aufsicht über das gerade der A. AG zukommende Beratungsgeschäft übernehmen wollte. Anders als die Revision meint, besteht auch keine generelle Pflicht der Depotbank, den externen Vermögensverwalter eines Kunden hinsichtlich seiner Anlageentscheidungen (Assmann/Sethe in Festschrift Westermann, 2008, S. 67, 71) oder den externen Berater eines Kunden hinsichtlich seiner Anlageempfehlungen zu überwachen.
- 23           2. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung jedoch nicht stand, soweit das Berufungsgericht die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB) der Beklagten aus dem Depotkonto-Vertrag bzw. aus den den streitgegenständlichen Wertpapiergeschäften zugrundeliegenden Kommissionsverträgen mit der Klägerin verneint hat.
- 24           Die Klägerin hat in den Vorinstanzen behauptet, die A. AG habe die Anleger und damit auch sie systematisch und damit vorsätzlich falsch beraten, indem sie die Anleger durch die über dem Marktzins verzinsten Tagesgeldkon-

ten angelockt habe, um ihnen sodann ausschließlich Anlagen anzudienen, die nicht den Anlagezielen der Anleger entsprachen, für sie, die A. AG, jedoch profitabel waren. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob diese Behauptung der Klägerin zutrifft, sodass von ihrer Richtigkeit zugunsten der Klägerin in der Revisionsinstanz auszugehen ist. Sollte dieser Vortrag der Klägerin zutreffen, kommt neben einer Haftung der A. AG wegen (vorsätzlicher) fehlerhafter Beratung (§ 280 BGB) eine arglistige Täuschung (§ 123 BGB) und eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) der Klägerin durch die A. AG in Betracht. Weiter hat die Klägerin ausweislich des Berufungsurteils unter Antritt von Zeugenbeweis behauptet, die Beklagte habe von der systematischen Falschberatung der Anleger durch die A. AG Kenntnis gehabt. Dies hat das Berufungsgericht nach den bisher getroffenen Feststellungen zu Unrecht verneint.

- 25           a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass auch ein Discount-Broker, der grundsätzlich keine Beratung schuldet, nach den Umständen des Einzelfalls dann zu einer Warnung des Kunden verpflichtet sein kann, wenn dessen Aufträge von den zuvor erklärten Zielvorstellungen deutlich abweichen oder wenn erkennbar ist, dass Tragweite und Risiko eines Auftrages falsch eingeschätzt werden (Senatsurteile vom 11. November 2003 - XI ZR 21/03, WM 2004, 24, 27 und vom 13. Juli 2004 - XI ZR 178/03, WM 2004, 1774, 1776 f.; Siol in Festschrift Schimansky, 1999, S. 781, 789; siehe auch Hannover in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 110 Rn. 31). Eine Aufklärungspflicht kommt ferner dann in Betracht, wenn der Discount-Broker eine tatsächlich bestehende Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden erkannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt hat (vgl. Senatsurteil vom 5. Oktober 1999 - XI ZR 296/98, BGHZ 142, 345, 358; Braun/Lang/Loy in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl., Rn. 314; Ellenberger, WM 2001, Sonderbeilage Nr. 1 S. 8; Nobbe in Horn/Schimansky, Bankrecht 1998, S. 235, 253). Diese zum direkten

Kontakt des Discount-Brokers mit dem Anleger ergangene Rechtsprechung ist nicht ohne weiteres auf die vorliegende Fallgestaltung übertragbar. Denn vorliegend ist die A. AG ausdrücklich von der Klägerin als Vermögensverwalterin bzw. Anlageberaterin beauftragt und als Kontaktperson zur Beklagten zwischengeschaltet worden.

26 Bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist grundsätzlich nur das kundennähere Unternehmen zur Befragung des Anlegers hinsichtlich seiner Erfahrungen, Kenntnisse, Anlageziele und finanziellen Verhältnisse verpflichtet (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2001 - XI ZR 192/00, BGHZ 147, 343, 353). Eine Pflicht zur Überwachung des vorgeschalteten Beratungsunternehmens besteht daher in der Regel nicht (s.o. unter II. 1. b)). Für nach dem 1. November 2007 getätigte Wertpapierkäufe folgt dies nunmehr auch aus der mit Gesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330) eingefügten und zum 1. November 2007 in Kraft getretenen - aufsichtsrechtlichen - Vorschrift des § 31e Nr. 2 WpHG. Danach darf sich das entgegennehmende Wertpapierdienstleistungsunternehmen - hier die Beklagte - dann, wenn es über ein anderes Wertpapierdienstleistungsunternehmen den Auftrag erhält, Wertpapierdienstleistungen für einen Kunden zu erbringen, darauf verlassen, dass Empfehlungen in Bezug auf die Wertpapierdienstleistung dem Kunden von dem anderen Wertpapierdienstleistungsunternehmen - hier der A. AG - im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften gegeben wurden. Auch aus § 31 Abs. 5 WpHG (in der Fassung des Gesetzes vom 16. Juli 2007, BGBl. I S. 1330), der für nach dem 1. November 2007 erbrachte Wertpapierdienstleistungen auch im beratungsfreien Geschäft - aufsichtsrechtlich - eine sogenannte Angemessenheitsprüfung verlangt (vgl. Hannover in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 110 Rn. 33), ergibt sich nichts anderes. Unabhängig davon, dass den Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Aufsichtsrechts (§§ 31 ff. WpHG) keine eigenständige, über die zivilrechtlichen Aufklärungs-

und Beratungspflichten hinausgehende schadensersatzrechtliche Bedeutung zukommt (Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 18 mwN), ist nach § 31e Nr. 2 WpHG aufsichtsrechtlich ebenfalls nur das kundennähere Unternehmen zu einer solchen Angemessenheitsprüfung verpflichtet (Koller in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 31e Rn. 4 f.; Fuchs, WpHG, § 31e Rn. 7, 11; Koch in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 31e WpHG Rn. 8; Lang in Schäfer/Sethe/Lang, Handbuch der Vermögensverwaltung, § 20 Rn. 5 ff., 36).

27 Gleichwohl bleibt es aber auch bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen dabei, dass eine Warnpflicht als Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) dann besteht, wenn der Discount-Broker die tatsächliche Fehlberatung des Kunden bei dem in Auftrag gegebenen Wertpapiergeschäft entweder positiv kennt oder wenn diese Fehlberatung aufgrund massiver Verdachtsmomente objektiv evident ist (vgl. Senatsurteil vom 6. Mai 2008 - XI ZR 56/07, BGHZ 176, 281 Rn. 14 ff. zum Missbrauch der Vertretungsmacht im bargeldlosen Zahlungsverkehr mwN; vgl. auch Senatsurteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 43 zum Terminoptionsbroker und vom 29. April 2008 - XI ZR 221/07, WM 2008, 1121 Rn. 20 f. zur sittenwidrigen Überteuerung einer Eigentumswohnung).

28 Angesichts dieser Besonderheiten bei der - hier vorliegenden - gestaffelten Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen beruft sich die Revision zu Unrecht auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. April 1992 (IX ZR 145/91, WM 1992, 1016 f.), wonach unter bestimmten Umständen ein Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Verschulden schon bei fahrlässiger Unkenntnis einer Vertragspartei von der arglistigen Täuschung der anderen Vertragspartei durch einen Dritten bestehen kann.



- 29            b) Entgegen der Ansicht der Revision ist es daher nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten wegen fahrlässiger Unkenntnis der - unterstellten - systematischen Falschberatung der Kunden durch die A. AG nicht in Betracht gezogen hat. Denn die streitgegenständlichen Wertpapierkäufe der Klägerin erfolgten nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts erst nach Beratung durch einen Mitarbeiter der A. AG.
- 30            c) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die eine Warn- und Hinweispflicht auslösende positive Kenntnis der Beklagten bzw. die aufgrund massiver Verdachtsmomente objektive Evidenz einer systematischen Falschberatung der Anleger bzw. der Klägerin durch die A. AG nicht nachzuweisen vermocht.
- 31            aa) Zu Recht hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang allerdings die Übertragung der vom Senat im Rahmen der Haftung der kreditgebenden Bank infolge eines konkreten Wissensvorsprungs entwickelten Beweiserleichterung bei institutionalisiertem Zusammenwirken auf Fälle der vorliegenden Art abgelehnt. Nach allgemeinen Grundsätzen verbleibt damit die Darlegungs- und Beweislast bei der Klägerin.
- 32            (1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird die Kenntnis der lediglich kreditgebenden Bank von einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts über das Anlageobjekt widerleglich vermutet, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsver-

mittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen (Senatsurteil vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 51 f.).

33           (2) Entgegen der Auffassung der Revision greift diese Beweiserleichterung in Fällen wie dem vorliegenden nicht ein. Zutreffend verweist das Berufungsgericht auf den Hintergrund der Einführung dieser Beweiserleichterung. Die Ergänzung der Rechtsprechung zum Bestehen von Aufklärungspflichten der kreditgebenden Bank beruht darauf, dass realkreditfinanzierte Wohnungskäufe und Immobilienfondsbeteiligungen nicht als verbundene Geschäfte behandelt werden können (so ausdrücklich Senatsurteil vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 50). Das hatte zur Folge, dass dem Verbraucher bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG aF der in § 9 Abs. 3 VerbrKrG aF normierte Einwendungsdurchgriff gegenüber der Darlehensrückzahlungsverpflichtung - anders als nunmehr nach §§ 358 Abs. 3 Satz 3, 359 BGB - nicht zur Verfügung stand. Um den in den Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 ff. und 2086 ff.) zum Ausdruck kommenden Gedanken des Verbraucherschutzes vor Risiken von Kapitalanlagen im nationalen Recht Rechnung zu tragen (Senatsurteil vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 50), wurde dem Verbraucher hinsichtlich der bisher von ihm darzulegenden und zu beweisenden Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung die widerlegliche Vermutung zur Seite gestellt.

34           Mit dieser Sachverhaltskonstellation hat der zur Entscheidung stehende Fall - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - schon im Ansatz nichts

gemein. Anders als beim kreditfinanzierten Erwerb einer Anlage, wo finanziertes und finanzierendes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG aF bzw. § 358 Abs. 3 BGB unter den dortigen Voraussetzungen ein verbundenes Geschäft darstellen können, mangelt es bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Depotvertrag und den jeweiligen im Wege der Kommission getätigten Ausführungsgeschäften von vornherein an einer solchen rechtlichen Verbundenheit. Demgemäß fehlt es auch an einer - durch die Anwendung der Beweiserleichterung zu überbrückenden - Ausnahmegesetzgebung wie § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG aF, die Auslöser der Senatsentscheidung vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1) war. Für eine Übertragung der dortigen Rechtsprechungsgrundsätze allein wegen eines Zusammenwirkens der Beklagten mit der A. AG besteht entgegen der Auffassung der Revision mithin kein Anlass.

35           bb) Die Revision rügt jedoch zu Recht, dass das Berufungsgericht den - wie sich aus dem Berufungsurteil ergibt - zur positiven Kenntnis der Beklagten von der unterstellt systematischen Falschberatung der Anleger und damit auch der Klägerin durch die A. AG benannten Zeugen W.       nicht vernommen hat.

36           Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 25. Mai 2011 die positive Kenntnis der Beklagten vom Geschäftsgebaren der A. AG, systematisch (und damit vorsätzlich) nicht an den Kundenwünschen und Anlagezielen orientierte Kaufempfehlungen abzugeben, behauptet und unter Beweis des Zeugen W.       gestellt. Damit wird die entscheidungserhebliche Tatsache unmittelbar selbst zum Gegenstand des Beweisantrags gemacht. Stellte sich der Sachvortrag in der Beweisaufnahme als richtig heraus, stünde die Haftung der Beklagten - vorbehaltlich der vom Berufungsgericht aus seiner Sicht konsequent nicht behandelten weiteren Voraussetzungen - fest. Weitere Einzelheiten oder Erläuterungen sind zur Substantiierung des Beweisantrags grundsätzlich nicht erforderlich (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 39).

37

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und der Revisionserwid-  
erung handelt es sich dabei nicht um bloße Spekulationen der Klägerin und da-  
mit um einen unbeachtlichen Beweisermittlungsantrag (vgl. Senatsurteil vom  
8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 40 mwN). Eine unzulässige  
Ausforschung ist vorliegend zu verneinen. Die Klägerin hat, anders als die Re-  
visionserwidrerung meint, Anhaltspunkte dafür vorgetragen, die zumindest in  
ihrer Gesamtschau dafür sprechen können, dass die Beklagte Kenntnis vom  
Geschäftsgebaren der A. AG hatte. Dazu gehört insbesondere die - auch vom  
Berufungsgericht nicht verkannte - Doppelrolle des benannten Zeugen als Pro-  
kurist der Beklagten und gleichzeitig Mitglied des Aufsichtsrates der A. AG (vgl.  
insoweit auch die von der Klägerin eingereichte Skizze über die Verflechtungen  
der Beklagten, der A. AG und weiterer Gesellschaften). Hinzu kommen die von  
der Klägerin vorgelegten Unterlagen der Rechtsvorgängerin der A. AG, die dem  
Zeugen nach ihrer Darstellung bekannt waren. Danach gewinnt diese "potenzi-  
elle Anleger zu einem überwiegenden Teil durch das Angebot von über den  
marktüblichen Zinsen liegenden, quersubventionierten Tagesgeldkonten, die  
nur für einen begrenzten Zeitraum gelten", und hat "ein Interesse daran, dass  
die Anleger spätestens nach Ablauf dieser Sonderzinsphase in andere von der  
Gruppe vermittelte Anlageformen wechseln, die keiner Bezuschussung mehr  
bedürfen, aber - unabhängig von der Ordnungsmäßigkeit der Aufklärung - nicht  
notwendigerweise den ursprünglichen Präferenzen der Anleger entsprechen  
müssen". Ferner hat die Klägerin sich auf den KPMG-Bericht vom 3. August  
2007 bezogen, nach dem keines der untersuchten Vertragsverhältnisse zu  
Kunden der A. AG ordnungsgemäß abgewickelt wurde, sich bei der stichpro-  
benartigen Untersuchung der Kundendepots vielmehr ergab, dass die von der  
A. AG vermittelten Genussscheine der Risikoklasse 3 und 4 zuzuordnen waren,  
aber alle 1.111 untersuchten Vermittlungskunden, die einen Genussschein im  
Depot hatten, den Risikoklassen 1 und 2 angehörten. Auch wenn der KPMG-

Bericht erst nach dem Ausscheiden des Zeugen W. bei der A. AG erstellt worden ist, so betrifft er doch Vorgänge, die auch in die Zeit seiner Doppeltätigkeit fallen, so dass er entsprechend dem Vortrag der Klägerin Kenntnis von ihnen erlangt haben kann. Weiter hat die Klägerin vorgetragen, dass die A. AG der Klägerin und anderen Anlegern zunehmend Genussscheine der Muttergesellschaft der A. AG und Papiere weiterer mit dieser verbundener Unternehmen empfohlen habe, wodurch die Gefahr der zweckwidrigen Mittelverwendung geschaffen und erhöht worden sei, was sich der Beklagten als Kommissionärin und Depotbank habe aufdrängen müssen. Die von der A. AG von Anfang an geplante systematische Falschberatung der Klägerin und anderer Anleger ergebe sich auch aus der der Beklagten bekannten Passage in den Wertpapierprospekten der Muttergesellschaft der A. AG, in der auf das Risiko einer möglichen Untersagung des geschilderten Geschäftsmodells der A. AG durch die Aufsichtsbehörde hingewiesen worden sei.

### III.

38 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird den Zeugen W. zu der - auch im Rahmen einer Haftung nach §§ 826, 830 BGB bedeutsamen - Behauptung der Klägerin zu vernehmen haben, die Beklagte habe positive Kenntnis von der systematischen Falschberatung der Anleger durch die A. AG gehabt.

39 1. Sollte das Berufungsgericht wegen des Betreibens eines sittenwidrigen Geschäftsmodells im Sinne von § 826 BGB oder wegen der arglistigen Täuschung der Klägerin eine Haftung der A. AG nach § 826, § 823 Abs. 2 BGB,

§ 263 StGB bejahen, wird es gegebenenfalls auch zu prüfen haben, ob sich die Beklagte an diesen Deliktstatbeständen gemäß § 830 BGB vorsätzlich beteiligt hat (vgl. dazu Senatsurteil vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 36 ff.; siehe auch BGH, Urteil vom 15. Mai 2012 - VI ZR 166/11, WM 2012, 1333 Rn. 24 ff.).

40           2. Sollte das Berufungsgericht nach der Beweisaufnahme erneut zu dem Ergebnis gelangen, eine positive Kenntnis der Beklagten von einer systematischen Falschberatung aller Anleger und auch der Klägerin sei zu verneinen, weist der Senat auf Folgendes hin:

41           Entgegen den von der Revision in der mündlichen Verhandlung angeführten anderslautenden instanzgerichtlichen Entscheidungen haftet die Beklagte auch nicht aus § 128 HGB analog als Gesellschafterin einer aus ihr und der A. AG bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts (so aber OLG München, Urteile vom 10. Juli 2012 - 5 U 3242/11 [S. 11 ff.] und 5 U 3672/11 [S. 15 ff.], n.v.; Gegenstand der Verfahren XI ZR 312/12 und XI ZR 313/12). Charakteristisch für eine Außengesellschaft als Vertragspartei ist nämlich, dass sie als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt und in diesem Rahmen auch Rechte und Pflichten begründet (BGH, Urteil vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00, WM 2003, 393, 394 unter Verweis auf Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341). Daran fehlt es hier schon deshalb, weil A. AG und Beklagte der Klägerin - den dieser bekannten vertraglichen Absprachen entsprechend - nicht als rechtsfähige Einheit, sondern getrennt nach Aufgabebereichen gegenübergetreten sind. Rechtsbeziehungen bestanden daher alleine zwischen der Klägerin einerseits und der A. AG (Beratungsvertrag) bzw. der Beklagten (Depotvertrag, Kommissionsgeschäfte) andererseits; Verpflichtungen einer übergeordneten Rechtsperson, für deren Schlechterfüllung die Beklagte

als Gesellschafterin nach § 128 HGB analog haften könnte, existieren dagegen nicht.

Wiechers

Ellenberger

Maihold

Matthias

Pamp

Vorinstanzen:

LG Itzehoe, Entscheidung vom 01.12.2010 - 2 O 319/10 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 05.09.2011 - 5 U 145/10 -