

BGH 11. Zivilsenat

07.10.2008

XI ZR 89/07

Urteil

Bankenhaftung bei Kapitalanlageberatung: Pflicht zur banküblichen kritischen Prüfung einer empfohlenen Kapitalanlage, zur Kenntnisnahme von Negativberichten in Brancheninformationsdiensten und deren Berücksichtigung bei Prüfung der Kapitalanlage sowie zur Aufklärung über den Einsatz bankfremder Erfüllungsgehilfen

### **Leitsatz**

1. Aus einem Beratungsvertrag ist eine Bank verpflichtet, eine Kapitalanlage, die sie empfehlen will, mit banküblichem kritischem Sachverstand zu prüfen; eine bloße Plausibilitätsprüfung ist ungenügend (Rn.10)(Rn.12).
2. Eine Bank kann zur Prüfung von Kapitalanlagen, die sie in ihr Anlageprogramm genommen hat, auch bankfremde Erfüllungsgehilfen einsetzen; hierüber muss sie einen Anlageinteressenten grundsätzlich nicht aufklären (Rn.15).
3. Eine Bank muss nicht jede negative Berichterstattung in Brancheninformationsdiensten über von ihr vertriebene Kapitalanlagen kennen (Rn.25)(Rn.26).
4. Hat eine Bank Kenntnis von einem negativen Bericht in einem Brancheninformationsdienst, muss sie ihn bei der Prüfung der Kapitalanlage berücksichtigen. Anlageinteressenten müssen aber nicht ohne weiteres auf eine vereinzelt gebliebene negative Publikation, deren Meinung sich in der Fachöffentlichkeit (noch) nicht durchgesetzt hat, hingewiesen werden (Rn.27).

### **Orientierungssatz**

Zitierungen zu Leitsatz 3 und 4: Fortführung BGH, 6. Juli 1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126; entgegen LG Hannover, 16. November 2001, 13 O 2250/01, VuR 2002, 27; Abgrenzung OLG München, 6. Dezember 2002, 21 U 3997/01, BKR 2003, 875 und OLG Celle, 16. Juli 2004, 9 U 15/04, WM 2005, 737; Bestätigung OLG Düsseldorf, 24. August 1995, 6 U 138/94, WM 1996, 1082 und OLG Frankfurt, 30. August 2000, 23 U 136/99, NJW-RR 2001, 479.

### **Tenor**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 22. Januar 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 9. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

## **Tatbestand**

1

Die Klägerin begehrt von der beklagten Volksbank Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung.

2

Die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann (nachfolgend: Klägerin) waren seit 1980 Stammkunden der Rechtsvorgängerin der Beklagten (nachfolgend: Beklagte). Im November 1994 ließ sich die Klägerin von dem Mitarbeiter F. der Beklagten über eine Kapitalanlage beraten. Der Inhalt des Beratungsgesprächs ist streitig. Auf Empfehlung von F. erwarb die Klägerin mit Vertrag vom 5. Dezember 1994 eine Beteiligung an dem geschlossenen Immobilienfonds "D.". Dem Beratungsgespräch lag der Verkaufsprospekt der Streithelferin der Beklagten zugrunde. Nicht Gegenstand des Beratungsgesprächs war eine als "Prospekt-Check" bezeichnete Veröffentlichung im Brancheninformationsdienst "k." (nachfolgend: k.) vom 12. August 1994, in der es u.a. heißt:

"Der Prospekt enthält nicht sämtliche Informationen, die für eine umfassende wirtschaftliche Beurteilung - und somit für eine Kapitalanlageentscheidung - erforderlich sind. Außerdem werden uns Anleger durch den gewählten Veräußerungsfaktor zu sehr reich gerechnet".

3

Die Immobilienfondsbeteiligung erwies sich als unrentabel. Unter Berufung auf eine nicht anleger- und objektgerechte Beratung, insbesondere unterlassene Aufklärung über im Einzelnen vorgetragene Prospektmängel, nimmt die Klägerin die Beklagte auf Rückzahlung des Anlagebetrages nebst eines Agios von 5% in Höhe von insgesamt 37.579,95 € sowie eines entgangenen Gewinns in Höhe von 18.920,49 € in Anspruch. Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der - vom erkennenden Senat zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

## **Entscheidungsgründe**

4

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

I.

5

Das Berufungsgericht (WM 2007, 593) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6

Die Klägerin könne von der Beklagten Schadensersatz wegen Verletzung eines Beratungsvertrages verlangen. Die Beklagte sei als Anlageberaterin verpflichtet gewesen, das Anlagekonzept, das sie der Klägerin empfohlen habe, wenigstens auf Plausibilität, insbesondere auf wirtschaftliche Tragfähigkeit hin zu prüfen. Dies habe der Zeuge F. nach seiner eigenen Aussage nicht getan und die Klägerin auch pflichtwidrig nicht darauf hingewiesen, dass er eine Überprüfung nicht vorgenommen habe. Schon aus diesem Grund sei die Beklagte zum Schadensersatz verpflichtet.

7

Ein Vertrauen in die Plausibilitätsprüfung des Genossenschaftsverbandes oder ihrer Zentralbank würde die Beklagte nicht entlasten. Dass dort eine ausreichende Prüfung vorgenommen worden sei, sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Es fehle jeder Anhaltspunkt, dass der Verband oder die Zentralbank den Artikel in "k." überhaupt zur Kenntnis genommen habe. Allein darin liege eine haftungsbegründende schuldhaft Pflichtenverletzung. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob eine einzelne Volksbank Berichte in "k." kennen müsse. Jedenfalls von einem Verband oder einer Zentralbank, die für die Volksbanken zentral eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit bestimmter Kapitalanlagen vornähmen, müssten Berichte in Brancheninformationsdiensten ausgewertet werden. Sowohl die Beklagte als auch der Genossenschaftsverband bzw. die Zentralbank hätten pflichtwidrig gehandelt, weil sie die Klägerin nicht über die in "k." geäußerten Bedenken informiert hätten.

II.

8

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

9

1. Richtig ist lediglich der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass in Bezug auf die streitgegenständliche Kapitalanlage stillschweigend ein Beratungsvertrag nach den Grundsätzen des Bond-Urteils (Senat BGHZ 123, 126, 128) zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

10

2. Die sich aus diesem Beratungsvertrag ergebende Pflicht zur objektgerechten Beratung hat das Berufungsgericht verkannt. Eine Bank genügt ihrer Pflicht zur Prüfung der Kapitalanlage aus einem Beratungsvertrag nicht etwa bereits dadurch, dass sie eine bloße Plausibilitätsprüfung des Emissionsprospektes vornimmt.

11

a) Eine solche Plausibilitätsprüfung kann allenfalls im Rahmen eines reinen Auskunftsvertrages ausreichend sein. Ein solcher kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stillschweigend zustande, wenn ein reiner Anlagevermittler (zur Unterscheidung zwischen Anlagevermittler und Anlageberater vgl. BGH, Urteile vom 13. Mai 1993 - III ZR 25/92, WM 1993, 1238, 1239 und vom 12. Februar 2004 - III ZR 359/02, WM 2004, 631, 633, insofern in BGHZ 158, 110 nicht abgedruckt) ohne Beratung ein Anlageprodukt vertreibt und der Anlageinteressent erkennbar die besonderen Erfahrungen

und Kenntnisse des Vermittlers in Anspruch nehmen will und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt (BGHZ 158, 110, 116; BGH, Urteile vom 13. Januar 2000 - III ZR 62/99, WM 2000, 426, 427, vom 12. Mai 2005 - III ZR 413/04, WM 2005, 1219, 1220, vom 11. Januar 2007 - III ZR 193/05, WM 2007, 585, 586 Tz. 10 und vom 25. Oktober 2007 - III ZR 100/06, WM 2007, 2228, 2229 Tz. 7 m.w. Nachw.).

12

b) Bei einem Beratungsvertrag ist die Bank zu mehr als nur zu einer Plausibilitätsprüfung verpflichtet. In Bezug auf das Anlageobjekt hat sich die Beratung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Dabei ist zwischen den allgemeinen Risiken (Konjunkturlage, Entwicklung des Börsen- oder Fondsmarktes) und den speziellen Risiken zu unterscheiden, die sich aus den individuellen Gegebenheiten des Anlageobjektes (Kurs-, Zins- und Währungsrisiko etc.) ergeben. Für den Umfang der Beratung ist hier insbesondere von Bedeutung, ob die beratende Bank das Anlageobjekt in ein von ihr zusammengestelltes Anlageprogramm aufgenommen und sie dieses zur Grundlage ihrer Beratung gemacht hat. Jedenfalls die in ihr Anlageprogramm aufgenommenen Anlageprodukte muss sie einer eigenen Prüfung unterziehen. Der Anlageinteressent darf davon ausgehen, dass seine ihn beratende Bank, der er sich anvertraut, die von ihr in ihr Anlageprogramm aufgenommenen Kapitalanlagen selbst als "gut" befunden hat (BGHZ 123, 126, 129). Die Bank ist daher verpflichtet, eine Anlage, die sie empfehlen will, mit banküblichem kritischem Sachverstand zu prüfen (vgl. Ellenberger, in: Ellenberger/Schäfer, Fehlgeschlagene Wertpapieranlagen S. 59, 71).

13

3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch eine Haftung der Beklagten allein wegen der vom Zeugen F. unterlassenen Plausibilitätsprüfung bejaht.

14

Richtig ist lediglich, dass eine Bank einen Anlageinteressenten darauf hinweisen muss, dass sie zu einer Beratung über ein konkretes Risiko nicht in der Lage ist, wenn ihr entsprechende Kenntnisse fehlen (BGHZ 123, 126, 129 f.). Erweckt sie den Eindruck, eine Kapitalanlage mit positivem Ergebnis geprüft zu haben, so hat sie den Anlageinteressenten auf alle bei ordnungsgemäßer banküblicher Überprüfung erkennbaren Risiken der Anlage hinzuweisen (BGHZ 100, 117, 122; Senatsurteil vom 5. Mai 1992 - XI ZR 242/91, WM 1992, 1355, 1358). Eine unterlassene Prüfung der empfohlenen Kapitalanlage kann danach, was das Berufungsgericht verkannt hat, nur dann zur Haftung der Bank führen, wenn bei dieser Prüfung ein Risiko erkennbar geworden wäre, über das der Anleger hätte aufgeklärt werden müssen, oder wenn erkennbar geworden wäre, dass eine Empfehlung der Kapitalanlage nicht anleger- und/oder objektgerecht ist (vgl. Senatsurteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, WM 1993, 1455, 1457, insoweit in BGHZ 123, 126 nicht abgedruckt; s. auch BGH, Urteile vom 13. Januar 2000 - III ZR 62/99, WM 2000, 426, 428 und vom 12. Mai 2005 - III ZR 413/04, WM 2005, 1219, 1221). Feststellungen zu der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob und welche der Klägerin mitzuteilende Risiken bei ordnungsgemäßer Prüfung der empfohlenen Kapitalanlage erkennbar waren, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht getroffen. Ohne solche Feststellungen kommt eine Haftung der Beklagten aus einer unterlassenen Prüfung der Kapitalanlage von vornherein nicht in Betracht.

4. In zweifacher Hinsicht rechtsfehlerhaft ist weiter die Ansicht des Berufungsgerichts, eine Prüfung durch den Genossenschaftsverband oder die Zentralbank entlaste die Beklagte nicht.

16

a) Jeder nachvollziehbaren Grundlage entbehrt bereits die Ansicht des Berufungsgerichts, eine Bank müsse offen legen, dass nicht sie, sondern der für sie tätige Genossenschaftsverband oder die Zentralbank die Prüfung der Kapitalanlage vorgenommen habe. Bei der Erfüllung von vertraglichen Pflichten kann der Verpflichtete grundsätzlich Erfüllungsgehilfen einsetzen, ohne dies dem Vertragspartner mitteilen zu müssen. Das gilt selbstverständlich auch für die Erfüllung der Pflicht zur Prüfung von Kapitalanlagen (BGHZ 100, 117, 122 m.w. Nachw.).

17

Anders als das Berufungsgericht anzunehmen scheint, erhöht sich auch die Sorgfaltspflicht durch die Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen grundsätzlich nicht (§ 278 Satz 1 BGB). Etwas anderes würde erst gelten, wenn die Beklagte oder der Verband bzw. die Zentralbank sich auf ihre besondere Sachkunde berufen hätten (BGHZ 114, 263, 272). Das hat das Berufungsgericht indes nicht festgestellt.

18

b) Ebenfalls zu Unrecht hat das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung allein darin gesehen, dass der Genossenschaftsverband oder die Zentralbank den Bericht über die streitgegenständliche Kapitalanlage in "k." nicht gekannt und/oder nicht ausgewertet hätten und die Klägerin über den Bericht nicht informiert worden sei.

19

aa) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der für die Beklagte tätige Genossenschaftsverband oder die Zentralbank den Bericht in "k." hätten kennen müssen.

20

(1) Die Frage, ob Brancheninformationsdienste wie "kmi" von Anlageberatern und -vermittlern ausgewertet werden müssen, ist in der Instanzrechtsprechung und der Literatur allerdings streitig.

21

Teilweise wird angenommen, ein Anlageberater könne sich nicht auf die Unkenntnis von einem Artikel in einem Brancheninformationsdienst berufen, weil er sämtliche einschlägige Medien auf Negativberichte hin auswerten und unabhängig davon, ob diese Berichte den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen, seinem Kunden vollständig offen legen müsse (vgl. LG Hannover VuR 2002, 27, 30; LG Stuttgart BKR 2003, 386, 389; Nittel/Lembach, in: Assies/Beule/Heise/Strube, Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht Kapitel 8 Rdn. 44; Baumbach/Hopt, HGB 33. Aufl. § 347 Rdn. 27).

22

Demgegenüber verneint die Gegenansicht eine solche Pflicht, weil nicht jeder Anlagevermittler und Anlageberater verpflichtet sei, einen Brancheninformationsdienst zu beziehen, und bei Veröffentlichungen in diesen Diensten von einer unabhängigen und fundierten Berichterstattung nicht stets ausgegangen werden könne (vgl. OLG München BKR 2003, 875, 877; OLG Celle WM 2005, 737, 741; OLG Stuttgart WM 2006, 1100, 1102; LG München NJOZ 2003, 1970, 1975 f.; LG Tübingen WM 2004, 641, 644; von Heymann/Edelmann, in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts 3. Aufl. § 4 Rdn. 24; Balzer, in: Welter/Lang, Handbuch der Informationspflichten im Bankverkehr Rdn. 7.39; Edelmann BKR 2003, 438, 443 f.; Loritz NZG 2002, 889, 896 ff.).

23

Vermittelnd wird die Ansicht vertreten, nicht jede negative Berichterstattung, vor allem wenn sie vereinzelt geblieben sei, müsse dem Anlageberater bekannt sein. Kenne er sie, habe er aber die Pflicht zur Auswertung und müsse unter Umständen auch einen Hinweis darauf erteilen (vgl. OLG Düsseldorf WM 1996, 1082 1086 f.; OLG Celle OLG Report 2000, 143, 145; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 479, 480; OLG Stuttgart VuR 2003, 67, 69 f.; LG Hannover WM 1993, 201, 204; LG Paderborn WM 1996, 1843, 1846; LG Darmstadt ZfIR 2000, 115, 118; Wagner WM 2002, 1037, 1044 ff., WM 2003, 1158, 1160 und BKR 2005, 436, 438 ff.; Assmann ZIP 2002, 637, 643).

24

Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage noch nicht abschließend Stellung genommen. Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat es in seinem Urteil vom 9. Februar 2006 (III ZR 20/05, WM 2006, 668, 670 unter II.2.) für möglich gehalten, dass eine Plausibilitätsprüfung trotz eines negativen Berichts in einem Brancheninformationsdienst positiv ausfallen kann. Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18. April 2005 - II ZR 197/04 Umdruck S. 8/9) hat einen Hinweis auf Berichte in Brancheninformationsdiensten im Zusammenhang mit anderen Umständen für relevant angesehen.

25

(2) Der erkennende Senat entscheidet die Frage im Sinne der vermittelnden Meinung. Nach dem Bond-Urteil des Senats (BGHZ 123, 126, 131) muss eine Bank, die sich in Bezug auf eine bestimmte Anlageentscheidung als kompetent geriert, sich aktuelle Informationen über das Anlageobjekt verschaffen, das sie empfehlen will. Dazu gehört auch die Auswertung vorhandener Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse. Bei einer privaten Anleihe muss danach über zeitnahe und gehäufte negative Berichte in der Börsenzeitung, der Financial Times Deutschland, dem Handelsblatt und der Frankfurter Allgemeinen Zeitung unterrichtet werden (Senatsurteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, WM 1993, 1455, 1457, insoweit in BGHZ 123, 126 nicht abgedruckt; s. auch OLG Braunschweig WM 1998, 375, 377).

26

Daraus folgt indes nicht, dass eine Bank auch Berichte in Brancheninformationsdiensten wie "k." kennen muss. Bei diesen handelt es sich nicht um allgemein anerkannte Publikationen für Wirtschaftsfragen oder für ein bestimmtes Marktsegment, deren Seriosität und Qualität über jeden Zweifel erhaben ist (vgl. OLG München BKR 2003, 875, 877). Die Verpflichtung, kritische Berichte in sämtlichen Brancheninformationsdiensten uneingeschränkt zur Kenntnis zu nehmen und die Anleger unabhängig von der Berechtigung der dort geübten Kritik an einem Anlagemodell auf die Existenz solcher Berichte hinzuweisen, würde zu einer uferlosen,

kaum erfüllbaren Ausweitung der Pflichten von Anlageberatern und einer damit einhergehenden weitgehenden Verlagerung des Anlegerrisikos auf den Berater führen. Eine solche Verpflichtung würde bei Brancheninformationsdiensten wie "k." nicht Halt machen können, sondern müsste sich auch auf andere kritische Veröffentlichungen etwa im Internet erstrecken. Eine Bank ist danach nicht verpflichtet, sämtliche Publikationsorgane vorzuhalten, sondern kann selbst entscheiden, welche Auswahl sie trifft, solange sie nur über ausreichende Informationsquellen verfügt (vgl. Assmann ZIP 2002, 637, 650). Allein die Unkenntnis von einem Bericht in einem Brancheninformationsdienst, den die Bank nicht auswertet, stellt daher keine Pflichtverletzung dar.

27

Davon sind allerdings Fallgestaltungen zu unterscheiden, in denen die Bank Kenntnis von negativen Berichten in Publikationsorganen wie etwa Brancheninformationsdiensten erhält. In diesem Fall muss sie diese Berichte bei der Prüfung des Anlageobjekts berücksichtigen, insbesondere in Bezug auf konkret angesprochene Mängel und Risiken, ohne dass es darauf ankommt, ob dieses Organ von ihr üblicherweise ausgewertet wird oder nicht. Allerdings führt eine vereinzelt gebliebene Publikation, deren Meinung sich in der Fachöffentlichkeit (noch) nicht durchgesetzt hat (vgl. dazu Loritz NZG 2002, 889, 896), nicht ohne weiteres zu einer Hinweispflicht. Jenachdem, welchen Inhalt der Bericht hat, kann sich jedoch im Einzelfall ergeben, dass die Bank bei der Überprüfung des Anlageobjekts selbst auf das in dem kritischen Bericht genannte Risiko hätte aufmerksam werden müssen und aus diesem Grund dem Anleger eine Aufklärung schuldet.

28

bb) Das Berufungsgericht hat weiter verkannt, dass eine Bank, die einschlägige Artikel der Wirtschaftspresse über in ihr Anlageprogramm aufgenommene Produkte (BGHZ 123, 126, 131) nicht kennt oder auf diese nicht ausdrücklich hinweist, nur dann haftet, wenn ihr durch die Auswertung der Artikel ein aufklärungspflichtiger Umstand bekannt geworden wäre oder sich in der einschlägigen Fachpresse die Warnungen häuften (Senatsurteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, WM 1993, 1455, 1457, insoweit in BGHZ 123, 126 nicht abgedruckt). Genauso wenig wie den Anlageberater eine positive Meldung in "k." entlastet (BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - III ZR 413/04, WM 2005, 1219, 1220), führt allein eine dort erschienene negative Meldung zu seiner Haftung. Vielmehr muss die - in jedem Fall erforderliche - Überprüfung der Kapitalanlage ex ante zu einem Ergebnis führen, das den Anlageberater zu einem Hinweis verpflichtet oder ihm eine Empfehlung verbietet. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Ohne Feststellungen zu der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob der Prospekt Fehler oder missverständliche Angaben enthält, kommt eine Haftung der Beklagten wegen unterlassener Auswertung von "k." danach von vornherein nicht in Betracht.

III.

29

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Entscheidung reif ist, war sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Nobbe

Joeres

Mayen

Ellenberger

Maihold

<Anmerkung der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Die Berichtigungsbeschlüsse vom 17. November 2008 und vom 12. Januar 2009 wurden in den Urteilstext eingearbeitet.>