

Neue Entwicklungen zur Anlagevermittler-/Anlageberaterhaftung*

Dr. Klaus - WAGNER, Wiesbaden**
Rechtsanwalt und Notar . Fachanwalt für Steuerrecht

I. Einleitung

Veröffentlichte Rechtsprechung und Fachbeiträge mit kapitalanlagerechtlichem Bezug haben in den letzten Jahren in einem ungeahnten Ausmaß zugenommen. Während jedoch in früheren Jahren Themen im Zusammenhang mit Haftungsprozessen im Vordergrund standen, hat sich dies inzwischen geändert. Nicht der Schadensersatz dominiert, sondern das Streben von Anlegern, sich von Beteiligungen und damit im Zusammenhang stehenden Finanzierungen trennen zu können. Dazu wird im wesentlichen für Jahre zurückliegende Beteiligungen an Immobilien- und Fonds-Modelle auf das HWiG, VerbrKrG und das RBERG zurückgegriffen.¹⁾ Die Gründe sind in folgendem zu sehen: Entwickeln sich Immobilienkapitalanlagen nach Jahren nicht so, wie es den eigenen wirtschaftlichen Erwartungen entspricht oder haben sich Risiken einer Immobilienkapitalanlage realisiert, dann möchten sich Anleger von diesen wieder trennen. Verantwortliche werden gesucht und ausgemacht. Es sind dies Initiatoren, Prospektherausgeber, Vertriebe, Banken etc.. Dass Kapitalanleger sich im Wissen um Immobilienkapitalanlage innewohnenden Risiken beteiligt haben, wird verdrängt und geleugnet. Und um davon abzulenken, wird medienwirksam gegenüber solchen Immobilienkapitalanlagen finanzierenden Kreditinstituten, Initiatoren und Kapitalanlagevertrieben von Anlagebetrug gesprochen, denn Medien sind nicht an der Stichhaltigkeit rechtlicher Begründungen interessiert, sondern an einer „Story“.²⁾ Und so scheint es, dass Haftungsprozesse zum Selbstläufer werden, über deren erfolgreichen Ausgang in den Medien berichtet wird (ohne dass solche Positivmeldungen repräsentativ sein müssen), über deren Scheitern und die Gründe dafür dagegen nicht.

In der gerichtlichen Alltagspraxis zeichnet sich jedoch ein anderes Bild. Viele Instanzgerichte haben sich von den Medien nicht anstecken lassen und prüfen, ob von Anlegern berechtigterweise wirklich ein Fehlverhalten beanstandet wird oder ob nur nachträglich und mit Rückwirkung versucht wird, eine Risikoabwälzung von ursprünglich eingegangenen Risiken vornehmen zu wollen. Dies soll an neueren Beispielen, insbesondere aus der Instanz-Rechtsprechung, verdeutlicht werden.

II. Der Anlageinteressent

Die Frage der Haftung eines Anlagevermittlers kann nicht unabhängig davon beurteilt werden, welche Pflichten bzw. Obliegenheiten den Anlageinteressenten selbst treffen.

* Dieser Beitrag schließt an *Wagner* DStR 2003, 1757 an.

** www.raun-wagner.de

1) *Wagner* NZG 2000, 169

2) *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), Fach 302 Rdn. 73 f.

Im Zusammenhang mit Kapitalanlageangeboten ist nicht nur von Rechten des Kapitalanlegers und Pflichten der Anbieterseite auszugehen, vielmehr ist zu berücksichtigen, dass potentielle *Kapitalanleger* (sog. Anlageinteressenten) im Zusammenhang mit Kapitalanlageangeboten auch *Pflichten* haben. So haben der III. und XI. Senat des BGH in Fällen, in denen Kapitalanleger nach fehlgeschlagenen Kapitalanlagen finanzierende Kreditinstitute auf Schadensersatz in Anspruch nehmen wollten, in ständiger Rechtsprechung judiziert, für die Schutzbedürftigkeit von Kapitalanlegern würden „strenge Voraussetzungen“ gelten. Denn es sei davon auszugehen, dass sie entweder selbst über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen oder sich der Hilfe von Fachleuten bedienen können.³⁾ Damit bringt der BGH zum Ausdruck, dass Kapitalanleger aufgrund eigener Kenntnisse und Erfahrungen bzw. mit Hilfe hinzuzuziehender Fachleute angebotene Kapitalanlagen – anhand erhaltener Informationen - auch selbst prüfen müssen. Diesen Ansatz hat der III. Senat des BGH⁴⁾ in seiner Rechtsprechung auch unabhängig von der Rechtsbeziehung eines Kapitalanlegers zu dem die Kapitalanlage finanzierenden Kreditinstitut indirekt erweitert und darauf hingewiesen, dass der Kapitalanleger nicht nur eine Entscheidung für oder gegen eine Kapitalanlage zu treffen habe, sondern sein Engagement auch zuverlässig beurteilen können müsse. Dies setzt aber voraus, dass der Kapitalanleger dann, wenn er aufgrund erhaltener Informationen – ggf. unter Hinzuziehung eines Beraters - prüfen kann, dann aber auch prüfen muss,⁵⁾ will er nicht wegen Obliegenheitsverletzung Gefahr laufen, für Risiken aus unterlassener Prüfung der erhaltenen Informationen – ggf. mit der Pflicht zur Nachfrage - dann selbst verantwortlich zu sein.⁶⁾

Eine andere Entwicklung wird aus dem Verbraucherschutzrecht deutlich. In der Rechtsprechung des EuGH ist vom durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auszugehen.⁷⁾ Da das deutsche Verbraucherschutzrecht auf europäischen Verbraucherschutz-Richtlinien aufbaut, muss in Deutschland der Verbraucherbegriff von einem gleichen gemeinschaftsrechtlich determinierten Rechtsverständnis ausgehen wie er aus der Rechtspre-

-
- 3) BGH 13.11.1980 - III ZR 96/79, WM 1980, 1446, 1448; BGH 17.01.1985 - III ZR 135/83, WM 1985, 221, 224; BGH 25.04.1985 - III ZR 27/84, WM 1985, 993, 994; BGH 09.10.1986 - III ZR 127/85, WM 1986, 1561, 1562; BGH 15.10.1987 - III ZR 235/86, WM 1987, 1426, 1428; BGH 21.01.1988 - III ZR 179/86, WM 1988, 561, 563; 24.04.1990 - XI ZR 236/89, WM 1990, 920, 922; BGH 27.11.1990 - XI ZR 308/89, WM 1991, 85; BGH 17.12.1991 - XI ZR 08/91, WM 1992, 216, 217; BGH 20.05.2003 - XI ZR 248/02, ZIP 2003, 1240, 1242; *Wagner* in: *Wagner/Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage*, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 2310; *Wagner NZG* 2003, 897, 898
 - 4) BGH 13.01.2000 - III ZR 62/99, WM 2000, 426; BGH 13.06.2002 - III ZR 166/01, NJW 2002, 2641
 - 5) *Wagner BB* 2002, 172, 175; *Wagner BKR* 2004, 649, 653
 - 6) Ähnlich LG Heilbronn 31.03.2004 - 6 O 498/03 Ha, n.V., bestätigt durch OLG Stuttgart 28.05.2004 - 4 W 35/04, n.V., beide Entscheidungen zu einem Prozeßkostenhilfverfahren
 - 7) EuGH 28.01.1999 - Rs. C-303-97 (Verbraucherschutzverein e.V.-Sektellerei G.C. Kessler GmbH & Co), EuZW 1999, 281 Rdn. 36; EuGH 13.01.2000 - Rs. C-220/98 (Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG/Lancaster Group GmbH), NJW 2000, 1173 Rdn. 27 u.H.a. EuGH 16.07.1998 - Rs. C-210/96 (Gut Springenheide und Tusky), EuZW 1998, 526 Rdn. 31; *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 1998, Seite 132; *Wichard* in: *Callies/Ruffert, EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl. 2002, EG-Vertrag Art. 153 Rdn. 7. Weitere Nachweise bei *Wagner BKR* 2003, 649 ff.

chung des EuGH bekannt ist.⁸⁾ Würde man davon ausgehen, dass deutsche Kapitalanleger ebenfalls als Verbraucher einzuordnen wären, dann wäre von dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher-Kapitalanleger – und nicht vom „dummen“ Kapitalanleger⁹⁾ - auszugehen.¹⁰⁾ An dessen Empfängerhorizont müßten sich folglich die den Kapitalanlagevertrieb treffenden Pflichten orientieren, die zudem an denen zuvor skizzierten und den Kapitalanleger selbst treffenden Obliegenheiten abzugrenzen sind.¹¹⁾ Von *dieser* situativen Schutzbedürftigkeit des Kapitalanlegers ist auszugehen¹²⁾ und nicht von einem uninformierten, uninteressierten und „dummen“ Kapitalanleger. Es ist folglich für den Anlageinteressenten nicht damit getan, mit der Rechtsprechung eine weitgehende Information über alle Umstände zu erwarten, die für die eigene Anlageentscheidung wesentlich sein können. Vielmehr muss der Anlageinteressent dann, wenn er diese Informationen erhalten hat, sie auch prüfen¹³⁾ und nicht nur prüfen können und sollte er dazu nicht in der Lage sein, sich eines eigenen Beraters bedienen.¹⁴⁾ Folglich ist dann, wenn z. B. dem Anlageinteressenten vor seiner Beitrittsentscheidung vom Anlagevermittler ein Prospekt vorgelegt worden ist, „eine sorgfältige und eingehende Kenntnisnahme des Prospekts zu erwarten und zu verlangen.“¹⁵⁾

Dass die Zukunft nicht sicher prognostiziert werden kann, ist nicht gesondert aufklärungspflichtig, „weil es sich dabei um eine Selbstverständlichkeit handelt.“¹⁶⁾ Einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher-Kapitalanleger muss solches bekannt sein. Ausnahmsweise besteht eine Aufklärungspflicht über Prognosen und die solchen zugrunde liegenden Tatsachen dann, wenn es eine sog. „Prognoseübermacht“ gibt.¹⁷⁾ Eine solche wird z. B. dann gegeben sein, wenn der Anlagevermittler/-berater zwischen Prospektmission und Anlageentscheidung über Erkenntnisse verfügt, die Einfluss auf die Prospektprognose nehmen können und die der Anlageinteressent daher kennen muss, um unter Berücksichtigung solcher *zusätzlicher* Erkenntnisse eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können.

8) *Wagner* BKR 2003, 649, 652 f.

9) Münchener Kommentar/*Micklitz*, BGB, 4. Aufl. 2001, Vor §§ 13, 14, Rdn. 9. *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 1998, Seite 393 spricht von dem in Deutschland gängigen „flüchtigen Verbraucher“ und verweist darauf, das deutsche Lauterkeitsrecht sei dem Vorwurf ausgesetzt, „eines der „unflexibelsten der Welt“ zu sein und vom „Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers auszugehen [*Prantl* Slg. 1984, 1306].“

10) *Wagner* BKR 2004, 649 ff.

11) *Wagner* BKR 2003, 649, 652

12) *Wagner* BKR 2003, 649, 653

13) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.; *Wagner* BB 2002, 172, 175; *Wagner* BKR 2003, 649, 653

14) *Wagner* BB 2002, 172, 175; *Wagner* BKR 2003, 649, 653; demnächst *Wagner* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), Festschrift für Thode, 2005, Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das Recht des freien Kapitalanlagemarktes.

15) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.

16) LG Berlin 16.12.2003 – 21 O 224/03, n. V.

17) LG Berlin 16.12.2003 – 21 O 224/03, n. V.

Eine Aufklärungspflicht gegenüber Anlageinteressenten entfällt allerdings dann gänzlich, wenn dieser über ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen mit dem vermittelten Geschäft verfügt oder sich als erfahren geriert und keine Aufklärung wünscht.¹⁸⁾

III. Zu dem im Anlegerprozess behaupteten Ziel des Anlageinteressenten

In Anlegerprozessen wird immer wieder vorgetragen, der Anleger habe sich eine „vollkommen sichere Anlage“ gewünscht. Hier ist zu differenzieren: Der BGH ging schon 1980 davon aus, dass der Kapitalanleger, wenn er ein Risikogeschäft eingehe, ihm dann auch das wirtschaftliche Risiko der Beteiligung verbleiben müsse.¹⁹⁾ Dies bedeutet: Weil ein Kapitalanleger, der eine Risikokapitalanlage zeichnet, um das damit verbundene Objektisiko wissen muss, soll er sich von diesem nicht durch das Verschieben vermeintlicher Informationsrisiken trennen können. Folglich sind Kapitalanleger nicht vor allen Risiken zu schützen, vielmehr endet der Anlegerschutz dort, wo die einer Kapitalanlage innewohnenden Risiken beginnen.²⁰⁾ Auch sind in Prospekten umfangreiche Risikohinweise enthalten.²¹⁾ Schließlich gehört es zum Allgemeinwissen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher-Kapitalanlegers, dass bei einer Immobilienkapitalanlage – sei es Fonds oder Einzeleigentum - der Mietzinsertrag von der Beständigkeit der Vermietung sowie Mietzinshöhe abhängt und Mietzinsschwankungen, Leerstände sowie Insolvenzrisiken des Mieters zu den Risiken gehören, die ein Anleger als einer jeden Immobilien-Kapitalanlage innewohnende Risiken dann tragen muss, wenn sie Realität werden, zumal wenn ihm ein Prospekt mit entsprechenden Risikohinweisen ausgehändigt wurde. Die Risikoimmanenz einer Kapitalanlage ist mithin der Regelfall.²²⁾ Folglich führt die Abweichung von diesem Regelfall dann zur Haftungsrelevanz, wenn dem Anleger – trotz Risikohinweisen im Prospekt - versprochen würde, eine „vollkommen sichere“ Kapitalanlage zu zeichnen.²³⁾ Also ist der klagende Anleger darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass ihm solches vom Anlagevermittler/-berater versprochen wurde.²⁴⁾

18) BGH 30.03.2004 – XI ZR 488/02, WM 2004, 1132, 1134 m.w.N.

19) BGH 06.10.1980 – II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 344; ähnlich LG Heilbronn 22.04.2004 – 6 O 166/03 Bi, n. V.; *Wagner* BB 2002, 172

20) Ähnlich für Kapitalmarktrisiken des geregelten Kapitalmarktes *Fleischer*, 64. DJT 2002, Bd. I, F 29. Ferner *Wagner* NZG 2003, 897, 898

21) LG Heilbronn 22.04.2004 – 6 O 166/03 Bi, n. V.

22) *Wagner* NZG 2003, 897, 899

23) BGH 13.05.1993 – III ZR 25/92, WM 1993, 1238, 1240; BGH 11.09.2003 - III ZR 381/02, WM 2003, 2064; *Wagner* DStR 2003, 1757, 1758

24) LG Heilbronn 22.04.2004 – 6 O 166/03 Bi, n. V.; LG Bremen 29.04.2004 – 2-O-1396/03, n. V.

IV. Der Anlagevermittler

1. Anlagevermittlungsvertrag

Anlagevermittler sind i.d.R. als Makler (§ 652 BGB), Handelsvertreter (§ 84 HGB) oder Handelsmakler (§ 93 HGB) tätig. Aufgrund einer Anlagevermittlungstätigkeit kommt es zwischen dem Anlageinteressenten und dem Anlagevermittler zu einem zumindest stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrag, wenn der Interessent deutlich macht, dass er im Hinblick auf eine bestimmte Anlageentscheidung die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des *Vermittlers* in Anspruch nehmen will und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt.²⁵⁾ Einen Erfahrungsgrundsatz, wonach der Vertrieb von „Fondskonzepten“ stets als „Beratung“ erfolgt, gibt es nicht.²⁶⁾ Ein solcher Vertrag verpflichtet den Vermittler zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluß des Interessenten von besonderer Bedeutung sind.²⁷⁾

2. Prospekt

Hat der Anlageinteressenten in einem Dokument zeitlich vor dem Beitrittszeitpunkt durch eigene Unterschrift bestätigt, den Prospekt erhalten zu haben, so ist davon auszugehen.²⁸⁾ Trägt daher der Anleger in einem späteren Prozess vor, er habe den Prospekt erst nach seinem Beitritt erhalten, so ist er dafür darlegungs- und beweispflichtig, wenn er den Erhalt des Prospekts vor seiner Beitrittsentscheidung quittiert hatte.²⁹⁾

Der Anlagevermittler muss im Zusammenhang mit einem Prospekt folgendes beachten:

Vertreibt ein Anlagevermittler mittels Prospekt – wie der Regelfall –, dann gehört er in aller Regel nicht zu den Initiatoren, Gründern bzw. Gestaltern der Gesellschaft, soweit sie das Management der Gesellschaft bilden oder sie beherrschen. Auch gehört er i.d.R. nicht zu den sog. „Hintermännern“ und übernimmt auch keine Art Garantenstellung für die Prospektgestaltung. Folglich stellt sich nur deshalb, weil er in den Kapitalanlagevertrieb eingeschaltet ist und mit dem Prospekt vertreibt, für ihn die Frage einer Prospekthaftung im *engeren* Sinne *nicht*.³⁰⁾ Mithin

25) BGH 11.09.2003 - III ZR 381/02, BKR 2003, 874; OLG München 28.04.2004 – 15 U 3503/03, n. V.; *Wagner* DSStR 2001, 497; *Wagner* DSStR 2004, 1757

26) BGH 12.02.2004 – III ZR 359/02, WM 2004, 631, 633; LG Bremen 29.04.2004 – 2-O-1396/03, n. V.

27) BGH 13.05.1993 - III ZR 25/92, WM 1993, 1238; BGH 13.01.2000 - III ZR 62/99, WM 2000, 426; BGH 11.09.2003 - III ZR 381/02, BKR 2003, 874; BGH 12.02.2004 – III ZR 359/02, WM 2004, 631, 633; LG Bremen 29.04.2004 – 2-O-1396/03, n. V.

28) LG Hagen 08.01.2004 – 4 O 197/03, n. V.; LG Bremen 29.04.2004 – 2-O-1396/03, n. V.

29) OLG Hamm 26.03.2003 - 8 U 170/02, OLGR 2003, 238, 240; LG Hagen 08.01.2004 – 4 O 197/03, n. V.; LG Heilbronn 22.04.2004 – 6 O 166/03 Bi, n. V.

30) BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n. V. ; BGH 12.02.2004 – III ZR 359/02, WM 2004, 631, 633; OLG Düsseldorf 30.09.2002 – 15 U 14/01, n. V. ; LG Heilbronn 22.04.2004 – 6 O 166/03 Bi, n. V.

kann sich für den Anlagevermittler (wie auch den Anlageberater) im Regelfall nur die Frage der Vermeidung einer Prospekthaftung im *weiteren* Sinne stellen.³¹⁾ Diesbezüglich fallen dem Anlagevermittler folgende Pflichten zur Last:

Kommt zwischen dem Anlagevermittler und dem Anlageinteressenten stillschweigend ein Auskunftsvertrag zustande, dann ist er zu richtiger und vollständiger Information aller tatsächlichen Umstände verpflichtet, die für den Anlageinteressenten von Bedeutung sind.³²⁾ Und vertreibt er mittels eines Prospektes, dann muss er im Hinblick auf die von ihm dem Anlageinteressenten geschuldete Auskunft den Prospekt zuvor einer Plausibilitätsprüfung unterziehen, um feststellen zu können, ob durch den Prospekt ein zutreffendes Gesamtbild vermittelt wird und ob die darin enthaltenen Informationen, „soweit das mit zumutbarem Aufwand zu überprüfen war,³³⁾ sachlich vollständig und richtig sind.“³⁴⁾ Denn zur richtigen und vollständigen Information gehört auch die Richtigstellung fehlerhafter Prospektangaben,³⁵⁾ nicht aber die Wiedergabe dessen, was der Anleger an zutreffenden Prospektangaben im Prospekt selbst nachlesen kann,³⁶⁾ da es nicht Pflicht des Anlagevermittlers ist, dem Anlageinteressenten das Lesen ihm gegebener Informationen zu ersparen.³⁷⁾ Wenn allerdings die gegebenen Informationen widersprüchlich oder fehlerhaft sind, hat der Anlagevermittler Fehlinformationen richtig zu stellen.³⁸⁾

Von einem Prospekt wird erwartet, dass er wahr, vollständig und verständlich ist. Je komplexer eine Kapitalanlage ist, um so komplexer ist auch die Prospektdarstellung. Zutreffend hat daher das LG Stuttgart³⁹⁾ entschieden, dass bei einem komplexen Fonds von vornherein kein einfach zu überschauender Prospekt erwartet werden kann, soll er nicht zu sehr vereinfachen und daher aus diesem Grunde fehlerhaft sein. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass eine komplexe Prospektdarstellung einer komplexen Fondsbeteiligung alleine aufgrund der Komplexität zur Unver-

-
- 31) BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n. V.; BGH 12.02.2004 – III ZR 359/02, WM 2004, 631, 633; *Thode* in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, N Rz. 11, 53
- 32) BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n. V.; BGH 12.02.2004 – III ZR 359/02, WM 2004, 631, 633; ; *Thode* in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, N Rz. 55
- 33) LG Bremen 29.04.2004 – 2-O-1396/03, n. V.
- 34) BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n. V.; BGH 12.02.2004 – III ZR 359/02, WM 2004, 631, 633; LG Bremen 29.04.2004 – 2-O-1396/03, n. V.
- 35) BGH 27.06.1984 - IVa ZR 231/82, NJW 1984, 2524; BGH 12.06.1997 - III ZR 278/95, NJW 1998, 448, 449
- 36) LG Heilbronn 22.04.2004 – 6 O 166/03 Bi, n. V.
- 37) LG München I 02.05.2003 – 22 O 6258/02, n.V.. Dies steht nicht im Widerspruch zu BGH 02.02.1983 - IVa ZR 118/81, NJW 1983, 1730, heißt es dort doch, dass der Anlagevermittler nur dann nicht seiner Aufklärungspflicht, durch Überlassung schriftlicher Unterlagen genüge, aus denen der Anlageinteressent dann die erforderlichen Erkenntnisse entnehmen könne, wenn das schriftliche Material widersprüchlich sei. Der Anlagevermittler müsse dann diese vorhandenen Widersprüche aufdecken und erklären, also falsche Angaben eines Prospektes oder einer Stellungnahme ausdrücklich richtig stellen, *wenn* diese nicht offensichtlich unwesentlich für den Beitrittsentschluss seien. Und nur aufgrund dieses Zusammenhanges iudiziert der BGH, der Kapitalanleger, erwarte mehr als Material zur eigenen Durchsicht. Er wolle dieses Material in Einzelheiten und erschöpfend erläutert bekommen, um das Anlagerisiko weitgehend einschätzen zu können. – Ferner *Wagner* DStR 2003, 1757, 1758
- 38) BGH 02.02.1983 - IVa ZR 118/81, NJW 1983, 1730; BGH 12.06.1997 - III ZR 278/95, NJW 1998, 448, 449; *Wagner* DStR 2003, 1757, 1758
- 39) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.

ständigkeit führe.⁴⁰⁾ Wenn ein Anlageinteressent eine komplexe Prospektdarstellung nicht selbst zu beurteilen vermag, ist er gehalten, auf einen eigenen Berater zurückzugreifen, um sich deshalb beraten zu lassen. Auch muss der Anlagevermittler nicht das Risiko tragen, ob der Anlageinteressent Prospektaussagen überhaupt zur Kenntnis nimmt, obwohl der Anleger vor Unterzeichnung des Beitrittsvertrages die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte.⁴¹⁾

V. Der Anlageberater

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird unterschieden zwischen dem Anlagevermittler und dem Anlageberater. Es wird aber nahezu durchgehend nicht zur Kenntnis genommen, dass der BGH beim Anlageberater unterschieden hat zwischen

- dem unabhängigen individuellen Anlageberater⁴²⁾ und
- dem auf Anbieterseite stehenden Anlageberater.⁴³⁾

An dieser Unterscheidung macht der BGH einen unterschiedlichen Pflichtenkatalog des Anlageberaters fest, so dass diese Unterscheidung sich maßgeblich auf den Inhalt des stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Anlageberatungsvertrages auswirkt.

Wenn daher in Entscheidungen der Instanzgerichte inhaltliche Anforderungen des stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Anlageberatungsvertrages zum Maßstab von Fragen des seitens des Anlegers behaupteten Fehlverhaltens eines Anlageberaters nachzulesen sind, dann werden in aller Regel die Maßstäbe der BGH-Rechtsprechung zum unabhängigen individuellen Anlageberater herangezogen, obwohl die zu entscheiden gewesenen Sachverhalte oftmals eigentlich nahegelegt hatten, dass es sich um einen auf Anbieterseite stehenden Anlageberater handelte.

1. Der unabhängige individuelle Anlageberater

Wenn die Rechtsprechung davon ausgeht, dass der Kapitalanleger einen Anlageberater „hinzu- ziehe“, wenn er selbst über keine wirtschaftlichen Kenntnisse verfüge und keinen genügenden Überblick über wirtschaftliche Zusammenhänge habe,⁴⁴⁾ so betrifft dies i.d.R. den Fall des *unabhängigen individuellen Beraters*.⁴⁵⁾ Ein stillschweigender Anlageberatungsvertrag kommt nach der Rechtsprechung in diesem Fall zustande aufgrund der Erwartung des Anlageinteressenten, vom Anlageberater nicht nur Tatsachen mitgeteilt zu erhalten, sondern dessen fachkundige Be-

40) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.; LG Darmstadt 27.05.2004 4 O 504/03, n. V.; a. A. OLG Celle 15.08.2002 – 11 U 291/02, n. V.; OLG Celle 15.08.2002 – 11 U 341/01, DB 2002, 2211

41) LG Karlsruhe 16.01.2004 – 4 O 24/03, n. V.

42) BGH 25.11.1981 – IVa ZR 286/80, NJW 1982, 1095, 1096; BGH 27.09.1988 – XI ZR 04/88, WM 1988, 1685, 1686; BGH 13.05.1993 – III ZR 25/92, WM 1993, 1238, 1239

43) BGH 27.09.1988 – XI ZR 04/88, WM 1988, 1685, 1688; BGH 03.12.1992 - III ZR 90/91, BGHR BGB § 676 Anlagevermittler 3. Zu dieser Unterscheidung *Wagner* DSStR 2003, 1757, 1758 f. m.w.N.

44) BGH 13.05.1993 – III ZR 25/92, WM 1993, 1238, 1239

45) *Wagner* DSStR 2003, 1757, 1758

wertung und Beurteilung. Dazu kann der Wunsch des Anlageinteressenten gehören, eine auf seine persönlichen Verhältnisse zugeschnittene Beratung zu erhalten. In Anbetracht des damit verbundenen Vertrauens muss der Anlageberater „besonders differenziert und fundiert beraten.“⁴⁶⁾

2. Der auf Anbieterseite stehende Anlageberater

Der auf der *Anbieterseite* stehende Anlageberater ist dort gegeben, wo er, für den Anlageinteressenten erkennbar, auf der Anbieterseite steht.⁴⁷⁾ Ein solcher Anlageberater hat nicht die Sorgfaltspflichten eines unabhängigen individuellen Beraters, dem weitreichendes persönliches Vertrauen entgegengebracht wird und der deshalb besonders differenziert und fundiert beraten muss. Seine Angaben müssen aber mindestens vollständig und wahrheitsgemäß sein.⁴⁸⁾ Damit sind die Pflichten eines Anlagevermittlers und die eines auf Anbieterseite stehenden Anlageberaters sehr angenähert. Allerdings hat auch der auf der Anbieterseite stehende Anlageberater, ebenso wie der Anlagevermittler, u.a. die Pflicht, die Wirtschaftlichkeit einer Kapitalanlage an Hand des Prospektes einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen und ggf. Nachforschungen anzustellen⁴⁹⁾ oder darüber aufzuklären, dies nicht getan zu haben wie auch über Prospektlücken bzw. Prospektunrichtigkeit aufzuklären ist,⁵⁰⁾ was im Umkehrschluss bedeutet, dass über einen richtigen und vollständigen Prospekt nicht aufzuklären ist, da diesen zu lesen zur eigenen Pflicht (Obliegenheit) des Kapitalanlegers selbst gehört.⁵¹⁾

3. Hinweise zum Anlageberatungsvertrag

Die Anlageberatung hat sich einerseits mit dem Anlageprodukt (anlagebezogene Beratung) und andererseits mit der individuellen wirtschaftlichen Situation des Anlageinteressenten zu befassen (anlegerbezogene Beratung).⁵²⁾ Der Anlagevermittler/-berater ist zur richtigen und vollständigen Information der tatsächlichen Umstände verpflichtet, die für den Anlageentschluss des Anlageinteressenten von besonderer Bedeutung sind.⁵³⁾

46) BGH 25.11.1981 – IVa ZR 286/80, NJW 1982, 1095, 1096; BGH 27.09.1988 – XI ZR 04/88, WM 1988, 1685, 1686; BGH 13.05.1993 – III ZR 25/92, WM 1993, 1238, 1239

47) BGH 27.09.1988 – XI ZR 04/88, WM 1988, 1685, 1688; BGH 03.12.1992 - III ZR 90/91, BGHR BGB § 676 Anlagevermittler 3

48) BGH 27.09.1988 – XI ZR 04/88, WM 1988, 1685, 1688; BGH 03.12.1992 - III ZR 90/91, BGHR BGB § 676 Anlagevermittler 3; *Wagner* DStR 2003, 1757, 1758 f.

49) BGH 27.09.1988 – XI ZR 04/88, WM 1988, 1685, 1686

50) BGH 27.09.1988 – XI ZR 04/88, WM 1988, 1685, 1686. Es handelt sich um eine Haftung für unterlassene *Aufklärung* über die Unrichtigkeit des Prospektes, nicht für die Fehlerhaftigkeit des Prospektes, denn dafür würde nach BGH 31.05.1990 - VII ZR 340/88, BGHZ 111, 314 der Anlageberater nur haften, wenn er durch sein nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken am Prospekt einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hätte.

51) *Wagner* DStR 2003, 1757, 1759

52) LG Tübingen 17.09.2003 – 6 O 38/03, WM 2004, 641; LG Freiburg 21.05.2004 – 14 O 225/03, n.V.

53) BGH 13.05.1993 - III ZR 25/92, NJW-RR 1993, 1114; BGH 13.01.2000 - III ZR 62/99, NJW-RR 2000, 998; BGH 13.06.2002 - III ZR 166/01, NJW 2002, 2641

Zur anlagebezogenen Beratung gehört auch eine wirtschaftliche Plausibilitätsprüfung des Kapitalanlageobjekts anhand des Fondsprospekts.⁵⁴⁾ Liegt dem Anlageinteressenten neben dem Prospekt auch der Prospektprüfungsbericht eines Wirtschaftsprüfers vor, so darf sich der Anlageberater im wesentlichen auf diesen Bericht beziehen.⁵⁵⁾ Wurde der Prospekt dem Anlageinteressenten eine geraume Zeit vor Unterzeichnung der Beitrittserklärung überlassen, dann besteht für den Anlageberater nicht die Pflicht, ohne Nachfrage einem wirtschaftlich zumindest durchschnittlich informiertem Anlageinteressenten den Prospekt weiter zu erläutern bzw. zu kommentieren.⁵⁶⁾

Ob und inwieweit im Hinblick auf die Frage der Aufklärungspflicht über Negativberichterstattungen die sog. Bond-Rechtsprechung des BGH⁵⁷⁾ auf Anlagevermittler/-berater inländischer Kapitalanlagen des freien Kapitalanlagemarktes überhaupt übertragen werden kann, da nicht zu diesem Marktsegment ergangen, ist vom BGH bisher nicht entschieden worden. Das LG München I⁵⁸⁾ - bestätigt durch das OLG München⁵⁹⁾ - hat sie in einer sehr sorgfältig begründeten Entscheidung verneint. Zu der Frage, ob ein Anlageberater über jede Art von Negativberichterstattung aufklären muss, hat das LG Stuttgart⁶⁰⁾ unter Berücksichtigung der bekannten Rechtsprechung⁶¹⁾ und Fachliteratur⁶²⁾ einen eigenen Lösungsansatz bei Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds darin gesehen, dass der Berater diejenigen Informationen geben muss, „die für eine umfassende zutreffende Einschätzung der Anlage für den jeweiligen Anleger erforderlich sind.“⁶³⁾ Entscheidend sei, ob

- eventuelle Informationsdefizite des Prospekts auszugleichen seien⁶⁴⁾ – bei einem aktuellen Bezug⁶⁵⁾ - und
- negative Stellungnahmen in der Presse als einem weiteren Meinungsspektrum vorhanden seien, die fundiert und nicht nur vereinzelt geblieben seien⁶⁶⁾ und

54) BGH 13.01.2000 - III ZR 62/99, NJW-RR 2000, 998

55) LG Tübingen 17.09.2003 – 6 O 38/03, WM 2004, 641

56) LG Tübingen 17.09.2003 – 6 O 38/03, WM 2004, 641; ähnlich LG Freiburg 21.05.2004 – 14 O 225/03, n.V.

57) BGH 06.07.1993 – XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 131

58) LG München I 02.05.2003 – 22 O 6258/01, n. V.

59) OLG München 28.04.2004 – 15 U 3503/03, n.V.

60) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.

61) Keine Recherchespflicht bezgl. Negativberichterstattungen: OLG Braunschweig 27.01.1992 – 3 U 158/91, WM 1993, 190; OLG Naumburg 15.06.2000 – 2 U 134/99, OLGR 2001, 368. Recherchepflicht nur bezüglich zugänglicher Veröffentlichungen: OLG Frankfurt 25.03.1993 – 16 U 200/92, WM 1993, 1030, 1032; OLG Frankfurt / Main 30.08.2000 – 23 U 136/99, NJW-RR 2001, 479, 480. Recherchepflicht bejahend, auch wenn kein aktueller Bezug: OLG Düsseldorf 24.08.1995 – 6 U 138/94, WM 1996, 1082, 1085, 1086. Zur Darstellung und Analyse dieser Rechtsprechung *Wagner* WM 2002, 1037, 1041 ff.

62) *Wagner* WM 2002, 1037; *Wagner* WM 2003, 1158; *Assmann* ZIP 2002, 637; *Edelmann* BKR 2003, 438; *Loritz* NZG 2002, 889; *Loritz* WM 2004, 957 jeweils m.w.N.

63) Ähnlich LG Heilbronn 22.04.2004 – 6 O 166/03 Bi, n. V.

64) So auch LG Hagen 08.01.2004 – 4 O 197/03, n. V.

65) LG Karlsruhe 16.01.2004 – 4 O 24/03, n. V.

66) Vergleichbar stellt LG München I 02.05.2003 – 22 O 6258/02, n.V. auf eine gewisse Nachhaltigkeit der Presseberichterstattung ab, die bei nur 3 kritischen Artikeln noch nicht gegeben sei.

- es sich um Veröffentlichungen in der Presse handele, die sich speziell mit den Anlageformen befasse, die auch für den betreffenden Anleger in Frage kämen.

Folglich sei eine Aufklärungspflicht des Anlagevermittlers/-beraters gegenüber einem Anlageinteressenten über Negativberichterstattungen nur dann gegeben, wenn es sich um aus dem Prospekt *nicht* ersichtliche *und* für die Anlageentscheidung *sachliche* Informationen, Einwände und Bewertungen handele,⁶⁷⁾ nicht aber wenn unsachliche und polemische Aussagen bzw. Bewertungen vorhanden seien,⁶⁸⁾ die pointiert Risiken hervorheben, *ohne eine zusätzliche weitere sachliche Information zu geben.*⁶⁹⁾ Und vor dem Hintergrund dieses Prospektbezuges habe ein Anlagevermittler/-berater sich um eine *repräsentative* Sichtung der einschlägigen Presse zu bemühen,⁷⁰⁾ er müsse also nicht alle Wirtschaftspublikationen kennen.⁷¹⁾ Käme der Anlageberater dieser Verpflichtung nach, entgingen ihm aber dabei einzelne negative Stimmen, so gereiche ihm dies nicht zum Verschuldensvorwurf. Die Beurteilung, ob der Anlageberater seiner Verpflichtung nachgekommen sei, habe *ex ante* zu erfolgen.⁷²⁾

Anlagevermittler sind ferner nicht verpflichtet, das Anlageobjekt aufgrund kritischer Presseartikel nochmals auf wirtschaftliche Plausibilität zu prüfen, wenn die kritischen Artikel in ihrem Aussagewert nicht geeignet sind, das Vertrauen des Vermittlers in die im Rahmen der Prospektprüfung eines Wirtschaftsprüfers vorgenommene Plausibilitätsprüfung im Hinblick auf Liquiditätsvorschau und steuerliche Ergebnisvorschau zu erschüttern.⁷³⁾

Im Zusammenhang mit dem Brancheninformationsdienst „Kapital Markt Intern“ wird von Gerichten iudiziert, ein Anlageberater/Anlagevermittler müsse nicht „jedes auch weniger verbreitete Informationsblatt kennen“⁷⁴⁾ bzw. es handele sich dabei um keine Pflichtlektüre.⁷⁵⁾ Das LG

67) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.; so auch LG Tübingen 17.09.2003 – 6 O 38/03, WM 2004, 641; LG Berlin 16.12.2003 – 21 O 224/03, n. V.; LG Hannover 16.04.2004 – 13 O 117/03, n. V.. Das LG München I 02.05.2003 – 22 O 6258/02, n.V. - fordert, dass es sich um Bedenken und warnende Hinweise handeln muss, die weiter gehen, als die im Prospekt im Kapitel „Chancen und Risiken“ sowieso bereits Angesprochenen.

68) Das LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V. befaßte sich zu einem geschlossenen Fonds ausdrücklich mit *polemischen* Artikeln in kapital-markt intern und Wirtschaftswoche, die zudem in ihrer Kritik nicht über das hinausgegangen seien, was sich nicht auch aus den Risiko Hinweisen des Prospektes habe ersehen lassen.

69) So auch LG Berlin 16.12.2003 – 21 O 224/03, n. V.; LG Hagen 08.01.2004 – 4 O 197/03, n. V.; LG Karlsruhe 16.01.2004 – 4 O 24/03, n. V.; *Wagner* WM 2002, 1037, 1048

70) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.; *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen, (HdB), 07/2003, Fach 8311 Rdn. 17

71) LG Berlin 16.12.2003 – 21 O 224/03, n. V.

72) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.. So auch *Wagner* WM 2002, 1037, 1048 für eine *ex ante* Beurteilung. Damit wird seitens des LG Stuttgart der Meinung von *Renner* DSStR 2001, 1706, 1708 bezüglich einer *ex post* Beurteilung ausdrücklich eine Absage erteilt.

73) LG München I 02.05.2003 – 22 O 6258/01, n. V.

74) LG Karlsruhe 16.01.2004 – 4 O 24/03, n. V.. So oder ähnlich betreffend „Kapital Markt Intern“ bzw. „gerlach-report“ (nicht zu verwechseln mit dem von Heinz Gerlach herausgegebenen Direkter Anlegerschutz): OLG München 28.04.2004 – 15 U 3503/03, n.V., wonach ein Anlagevermittler sich „nicht über alle sog. Branchendienste wie „Kapitalmarkt-Intern“, „Platow-Brief“ oder DFI-gerlach-report“ informieren und dies an eventuelle Interessenten weitergeben (OLG München, OLG-Report 2003, 254)“ muß; OLG Hamburg 28.04.2000 – 11 U 65/99, n.V., wonach ein Kapitalanlagevermittler ... „Kapital Markt Intern“ nicht kennen müsse; ähnlich OLG Frankfurt /

Frankfurt sieht eine Informationspflicht sogar nur dort, „wo betrügerische oder dem Bankrott zusteuernde Machenschaften bestimmter Firmen in Frage stehen.“⁷⁶⁾

Bedenkt man, dass bestimmte Brancheninformationsdienste sich deshalb als Pflichtlektüre bezeichnen, um durch reißerische und oft nicht recherchierte Beiträge die Pflicht zum Abonnement nahe zu legen, dann werden die Vorbehalte in der Rechtsprechung deutlich wie sie in einer Entscheidung des LG Tübingen plastisch formuliert werden:

„Eine Pflicht zur Mitteilung von Inhalten privater Brancheninformationserzeugnisse, überwiegend nicht frei erhältlich sondern als Exklusiv-Information mit Gewinnerzielungsabsicht unter der großen Zahl von Anlageinteressenten im Abonnement vertrieben, besteht nicht. Weder dem Leser derartiger Publikationen noch einem Gericht ist es ohne umfassende Überprüfung möglich, die Seriosität und die Qualität der Recherche, soweit eine solche wenigstens dem äußeren Erscheinungsbild nach möglich erscheint, zu überprüfen. Letztlich handelt es sich um individuelle Publikationen ohne nachprüfbare Substanz, deren konkrete Lektüre gerichtlicherseits nicht zur Pflicht gemacht werden kann. Wie auch die vorgelegten Kopie zeigen, handelt es sich im wesentlichen um wenig seriöse, teilweise reißerisch aufgemachte, sich auf Schlagworte und Schlagzeilen beschränkende Erzeugnisse, bei denen keinerlei Recherchequalität erkennbar ist. So enthalten die vorgelegten Kopien vor allem nebulöse Andeutungen auf konkurrierende Blätter.“⁷⁷⁾

Die Vorbehalte der Instanz-Rechtsprechung gegenüber bestimmten Brancheninformationsdiensten mag – wie das zuvor Zitierte verdeutlicht - auch damit zusammenhängen, dass die Art und Weise des Zustandekommens von Negativberichterstattungen und der damit mitunter verfolgten Ziele schon für sich gesehen fragwürdig ist und verfassungs-, haftungs- und strafrechtliche Fragen bezüglich derjenigen aufwirft, die für solche Negativberichterstattungen verantwortlich sind.⁷⁸⁾

Zutreffend verweist das LG Tübingen⁷⁹⁾ darauf, schließlich sei ein Anlageberater kein Zensor bei der Bewertung der Qualität von Presseerzeugnissen, zumal wenn man bedenke, dass – gerichtsbekannt – auch sog. seriöse Zeitungen oft schlicht unzutreffende Befunde als Tatsachen darstellen. Nicht entscheidend ist es nach der Rechtsprechung des LG Stuttgart,⁸⁰⁾ ob eine Negativberichterstattung Einfluß auf „Käuferverhalten“ habe, da andernfalls die Möglichkeit eröffnet würde, „durch gezielte Kampagnen mit unsachlichen Gesichtspunkten Einfluss auf den Markt zu nehmen, was zu schädlichen Wettbewerbsverzerrungen führen könnte.“ Die Aneinanderreihung des Inhalts von überwiegend nicht frei zugänglichen Presseerzeugnissen ohne jegliche struktu-

Main 30.08.2000 – 23 U 136/99, NJW-RR 2001, 479, 480; nach OLG München 06.12.2002 - 21 U 3997/01, OLGR München 2003, 254 ist der „gerlach-report“ keine Pflichtlektüre

75) LG Tübingen 17.09.2003 – 6 O 38/03, WM 2004, 641; LG Hagen 08.01.2004 – 4 O 197/03, n. V.: „Es kann dahinstehen, ob der Anlageberater überhaupt verpflichtet ist, die häufig einseitige, wettbewerbsbeeinflussende Berichterstattung von Brancheninformationsdiensten zu offenbaren, selbst wenn er sie nicht für zutreffend hält.“

76) LG Frankfurt/Main 02.03.2004 – 2-5 O 264/03, n. V.

77) LG Tübingen 17.09.2003 – 6 O 38/03, WM 2004, 641

78) Dazu im einzelnen Wagner WM 2002, 1037; Wagner WM 2003, 1158; Assmann ZIP 2002, 637; Edelmann BKR 2003, 438; Loritz NZG 2002, 889; Loritz WM 2004, 957

79) LG Tübingen 17.09.2003 – 6 O 38/03, WM 2004, 641;

80) LG Stuttgart 16.03.2004 - 7 O 253/02, n. V.

relle Aufarbeitung erfüllt zudem nicht die Anforderungen an einen substantiierten schlüssigen Klägervortrag.⁸¹⁾

VI. Passivlegitimation

Macht ein Kapitalanleger einen Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung eines stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrages bzw. Anlageberatungsvertrages geltend⁸²⁾ und verklagt er zugleich die Vertriebsgesellschaft wie auch den selbständigen Anlagevermittler/-berater, dann gehört zu einem schlüssigen Klagevortrag, mit wem denn der stillschweigende bzw. konkludente Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrag bzw. Anlageberatungsvertrag zustande gekommen sein soll.⁸³⁾ Konkretisiert der klagende Anleger nicht, sondern verklagt einfach beide, dann gehen derzeit Gerichte damit unterschiedlich um: Einerseits wird iudiziert, es fehle an einen schlüssigen Vortrag bezüglich der Passivlegitimation: Denn der *stillschweigend* bzw. *konkludent* zustande gekommenen Auskunfts- / Anlagevermittlungsvertrages bzw. Anlageberatungsvertrag könne schließlich nur mit der Vertriebsgesellschaft *oder* dem Anlagevermittler/-berater zustande gekommen sein.⁸⁴⁾ Folglich kann die Klageabweisung gegen beide mangels substantiierten Vortrages zur Passivlegitimation drohen. Andererseits gehen Gerichte einfach davon aus, das Interesse des Anlegers sei darauf gerichtet gewesen, nicht mit dem Anlagevermittler/-berater einen *stillschweigend* bzw. *konkludent* zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrages bzw. Anlageberatungsvertrag abzuschließen, sondern mit der Vertriebsgesellschaft; denn auf deren Größe und Marktaufreten habe er vertraut.⁸⁵⁾ In diesem Falle kann die Klageabweisung gegen den Anlagevermittler/-berater bereits wegen dessen fehlender Passivlegitimation die Folge sein. Es stellt sich also die Frage, mit *wem* ein stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrag bzw. Anlageberatungsvertrag zustande gekommen ist: Mit der Vertriebsgesellschaft *oder* dem Anlagevermittler/-berater?⁸⁶⁾

Diese Frage wird für Fälle zu beantworten sein, auf die wegen Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB das bis zum 31.12.2001 geltende Recht Anwendung findet. Für Fälle, auf die ab 01.01.2002 „neues“ Recht Anwendung findet, wird es für das Konstrukt des stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrages bzw. Anlageberatungsvertrages deshalb an einer rechtlichen Legitimation fehlen, weil § 311 BGB in seinem Abs. 1 von einem Schuldverhältnis aufgrund Vertrages und in seinen Abs. 2 und 3 von Schuldverhältnissen ohne

81) LG Heilbronn 22.04.2004 – 6 O 166/03 Bi, n. V.

82) Zum stillschweigenden Anlagevermittlungsvertrag *Wagner* DStR 2003, 1757 f. m.w.N.

83) LG Darmstadt 27.05.2004 – 4 O 504/02, n. V.

84) LG Darmstadt 27.05.2004 – 4 O 504/02, n. V.

85) OLG Celle 14.09.2000 – 11 U 206/98, n. V.; OLG Celle 15.08.2002 – 11 U 291/01, n. V.; LG Tübingen 17.09.2003 – 6 O 38/03, WM 2004, 641; LG Karlsruhe 16.01.2004 – 4 O 24/03, n. V.; LG Bremen 29.04.2004 – 2-O-1396/03, n. V.; LG Freiburg 21.05.2004 – 14 O 225/03, n.V.

86) *Wagner* DStR 2003, 1757, 1759 - 1760

Vertrag ausgeht. Maßgebend ist folglich, ob und mit wem ein Schuldverhältnis begründet worden ist.⁸⁷⁾

Geht man im Hinblick auf Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB von einem stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrag bzw. Anlageberatungsvertrag zwischen dem Anlageinteressenten und dem Anlagevermittler/-berater aus, weil *dessen* Auskünfte oder Beratung für den Anleger von erheblicher Bedeutung sind und als Grundlage wesentlicher Entschlüsse und Maßnahmen des Anlageinteressenten dienen soll, dann ist der Anlagevermittler/-berater Vertragspartei⁸⁸⁾ und auch nur er passivlegitimiert. Kommt es für einen stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrag bzw. Anlageberatungsvertrag auf die Bedeutung der Auskünfte und Beratung durch den Anlagevermittlers/-beraters für den Anlageinteressenten an und folgt daraus die Passivlegitimation dann paßt in diese rechtliche Begründung nicht das neuerdings von einigen Gerichten herangezogene Begründungsmodul, der Anleger habe eigentlich auf die Größe und Kompetenz der dahinter stehenden Vertriebsgesellschaft vertraut, so dass dadurch – statt des Anlagevermittlers/-beraters - diese zum Vertragspartner des Anlageinteressenten aufgrund stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrages bzw. Anlageberatungsvertrages wird und folglich dann auch nur diese passivlegitimiert ist. Ist schon das rechtliche Konstrukt eines von der Rechtsprechung angenommenen stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrages bzw. Anlageberatungsvertrages fragwürdig,⁸⁹⁾ so kann nicht zusätzlich die Frage nach der Vertragspartei und damit die nach der Passivlegitimation nur deshalb beliebig verschoben werden, um in Haftungsprozessen einem Anleger mit einer Vertriebsgesellschaft – statt dem Anlagevermittler/-berater - einen wirtschaftlich potenteren Beklagten zu verschaffen.

Eine andere Konstellation ist gegeben, wenn eine Vertriebsgesellschaft mit „eigenen“ Mitarbeitern – ggf. koordiniert durch Bezirksdirektoren – Anlagevermittlung/-beratung betreibt.⁹⁰⁾ Dies würde aber voraussetzen, dass eine Vertriebsgesellschaft ihre Mitarbeiter mit der Kundenberatung betraut hätte und sie damit stillschweigend zum Abschluß von Anlagevermittlungsverträgen bevollmächtigt hätte.⁹¹⁾ Dafür wäre der klagende Kapitalanleger darlegungs- und beweispflichtig. Nur dann, wenn der klagende Kapitalanleger solches substantiiert darlegen und beweisen würde, könnte für Fälle, die nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBG zu beurteilen wären, von einem stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrag bzw. Anlageberatungsvertrag zwischen dem Anleger und der Vertriebsgesellschaft ausgegangen werden. Die Frage, mit *wem* denn der stillschweigend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrag bzw. Anlageberatungsvertrag zustande gekommen sein soll, ist mithin zu trennen von der Frage, ob und ab wann *unabhängig* von vorgenanntem stillschwei-

87) *Wagner* DStR 2003, 1757, 1760

88) So auch v. *Finkstein/Kruse* BKR 2004, 209, 210 unter Kurzwiedergabe des Vortrages von *Benedict* anlässlich der 9. Rostocker Banktage am 13.11.2003

89) Zur Kritik *Wagner* DStR 2003, 1757, wonach ein Vertragsabschluss normalerweise voraussetze, dass *beide* Vertragsparteien einen wirtschaftlichen Erfolg *rechtlich* wollen, so dass es für einen Vertragsabschluss nicht auf die natürliche Erwartungshaltung *einer* Person ankommen könne.

90) BGH 07.05.1998 - III ZR 268/96, NJW-RR 1998, 1342

91) BGH 07.05.1998 - III ZR 268/96, NJW-RR 1998, 1342

gend bzw. konkludent zustande gekommenen Auskunfts-/Anlagevermittlungsvertrag bzw. Anlageberatungsvertrag das Handeln eines Anlagevermittlers/-beraters einem Dritten (Kreditinstitut, Vertriebsgesellschaft, Anbieter) zuzurechnen ist.⁹²⁾ Die Beantwortung der Frage der Zurechnung von Verhalten eines Anlagevermittlers/-beraters im Hinblick auf Dritte (Kreditinstitut, Vertriebsgesellschaft, Anbieter) hängt davon ab, ob er Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB oder Erfüllungshilfe i.S.d. § 278 BGB ist.⁹³⁾

VII. Schadensersatz

Werden Schadensersatzansprüche wegen behaupteten Fehlverhaltens des Anlagevermittlers/-beraters geltend gemacht, dann ist der klagende Anleger bereits im Hinblick auf einen schlüssigen Klagevortrag von Anfang an verpflichtet, darzulegen und unter Beweis zu stellen, welche Vorteile er aus bzw. aufgrund der Anlage erhalten hat und ob er diese bei seiner Klage anspruchsmindernd – in welcher Höhe - berücksichtigt hat.⁹⁴⁾ Eine Schadenssubstantiierung setzt folglich voraus, seitens des Kapitalanlegers z. B. auch darzulegen und unter Vorlage entsprechender eigener Steuerbescheide unter Beweis zu stellen, welche Steuervorteile der Kapitalanleger aufgrund der Beteiligung erzielt hat.⁹⁵⁾ Denn nur der klagende Anleger ist – insbesondere bei denen von ihm in Anspruch genommenen Steuervorteilen – in der Lage, einen diesbezüglich substantiierten Vortrag mit Beweisantritt zu liefern.⁹⁶⁾ Gehört aber substantiiertes Vortrag nebst Beweisangeboten z.B. zur Anrechnung von Steuervorteilen zum schlüssigen Klägervortrag eines klagenden Anlegers, dann führt eine diesbezügliche Säumnis des Anlegers nicht zur Notwendigkeit, seitens des Gerichts dem klagenden Anleger zugeflossene Steuervorteile gemäß § 287 ZPO zu schätzen,⁹⁷⁾ vielmehr ist dann die Klage mangels schlüssigen und substantiierten Klagevortrages zur Schadenshöhe abzuweisen.⁹⁸⁾

Eine Pflichtverletzung ist für den vom klagenden Anleger behaupteten Schaden dann nicht kausal, wenn ein Kapitalanleger trotz Krisenkenntnis es unterlässt, seine Beteiligung an einen kauf-

92) BGH 05.03.1998 - III ZR 183/96, NJW 1998, 1854, 1856

93) v. *Finkstein/Kruse* BKR 2004, 209, 210 unter Kurzwiedergabe des Vortrages von *Benedict* anlässlich der 9. Rostocker Banktage am 13.11.2003. Im einzelnen dazu *Wagner* DStR 2003, 1757, 1759 f. m.w.N.

94) OLG München 28.04.2004 -15 U 3503/03, n.V.; LG Darmstadt 27.05.2004 – 4 O 504/02, n. V.; *Loritz/Wagner* ZfIR 2003, 753, 763

95) OLG München 28.04.2004 -15 U 3503/03, n.V. bestätigt LG München I 02.05.2003 – 22 O 6258/01, n. V.; LG Darmstadt 27.05.2004 – 4 O 504/02, n. V.. Zur Anrechnung von Steuervorteilen bei Schadensersatzansprüchen: BGH 14.06.2004 – II ZR 392/01, WM 2004, 1518, 1521; BGH 14.06.2004 – II ZR 393/02, BB 2004, 1587, 1592; BGH 14.06.2004 – II ZR 395/01, ZIP 2004, 1402, 1407; BGH 14.06.2004 – II ZR 374/02, ZIP 2004, 1407, 1408; BGH 14.06.2004 – II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1542: alle vorgenannten Entscheidungen vom 14.06.2004 jeweils u.H.a. *Loritz/Wagner* ZfIR 2003, 753. Keine Anrechnung von Steuervorteilen bei bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungen bzw. solchen gemäß § 3 HWiG: BGH 14.06.2004 – 385/02, WM 2004, 1527, 1529; *Loritz/Wagner* ZfIR 2003, 753, 758 f. mit weitergehenden Überlegungen

96) LG Darmstadt 27.05.2004 – 4 O 504/02, n. V.

97) LG Darmstadt 27.05.2004 – 4 O 504/02, n. V.

98) LG München I 02.05.2003 – 22 O 6258/01, n. V.

bereiten Interessenten oder an der Hamburger „Zweitmarkt Börse“ z. B. zu einem Kaufpreis von 85 % bis 95% des Nominalwertes zu verkaufen.⁹⁹⁾

VIII. Ergebnis

Schadensersatzklagen von Anlegern gegen Anlagevermittler/-berater sind keine „Selbstläufer“. Sie bedürfen vielmehr einer sehr sorgfältigen Aufbereitung und Begründung. Alleine der Umstand, dass Risiken einer Kapitalanlage real geworden sind, begründet für sich gesehen noch keinen Schadensersatzanspruch.

99) LG München I 02.05.2003 – 22 O 6258/01, n. V.