Handbuch des Kapitalanlagerechts

Assmann / Schütze / Buck-Heeb

6. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-79404-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

zugerechnet werden sollen, die durch den Schutzzweck der Norm bzw. der Vertragspflicht verhindert werden sollen. Danach ist der **Schutzzweck** einer Auskunfts- oder Beratungspflicht **nicht stets nur auf den ersten Erwerb** einer Anlage nach dem Gespräch, in dem die Empfehlung ausgesprochen worden ist, **begrenzt.** Vielmehr ist der Schutzzweck anhand des konkreten Vertrags im Wege der Auslegung im Einzelfall zu ermitteln. Zwar bestehen im Normalfall einer Anlageberatung, die sich auf die Anlage eines Geldbetrags bezieht, Pflichten nur hinsichtlich dieser konkreten Anlageentscheidung. Es steht den Vertragsparteien jedoch frei, auch größere oder unbestimmte Risiken einzugehen. Insofern kann der **Schutzzweck haftungserweiternd** wirken.[618] Dies kann zB dann der Fall sein, wenn ein Interessent um einen Rat für die Anlage nicht lediglich eines bestimmten Geldbetrags nachsucht und der Berater in Kenntnis dessen eine Empfehlung abgibt, die sich nicht auf eine einmalige Geldanlage beschränkt, sondern eine fortbestehende Möglichkeit zur wiederholten Anlage noch unbestimmter Geldbeträge umfasst.[619]

Hiervon unabhängig muss der eingetretene Schaden im **Schutzbereich der verletzten Pflicht** liegen.[620] Bei Kapitalanlagen folgt daraus, dass jemand, der nicht Partner des Anlagegeschäfts ist und dem Interessenten nur hinsichtlich eines bestimmten, für das Vorhaben bedeutsamen **Einzelpunkts** Aufklärung schuldet, lediglich für die Risiken einzustehen hat, für deren Einschätzung die Auskunft maßgebend war.[621] **Betrifft** allerdings die **Aufklärungspflichtverletzung** nicht nur einen Aspekt, sondern **die gesamte Rentabilität und Finanzierbarkeit des Anlagegeschäfts,** was bei Anlagegeschäften grundsätzlich der Fall ist[622], dann ist wiederum ein umfassender Rückabwicklungsanspruch begründet.[623] Demgemäß führt die Verletzung der **Rückvergütungs-Aufklärungspflicht** auch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Pflicht nicht nur zu einem begrenzten Schadensersatz, sondern zu einer vollständigen Rückabwicklung der Kapitalanlage.[624]

Der Schutzzweck eines Beratungsvertrages über den **Erwerb einer Wohnung** ist wiederum nicht darauf ausgerichtet, den Vertragspartner vor **psychisch vermittelten Gesundheitsstörungen** zu bewahren, welche eine Falschberatung nach sich zieht. Bei solchen Störungen genügt für den **Haftungszusammenhang** nicht die bloße äquivalente Ursächlichkeit. Denn zur Abgrenzung von Störungen, deren Eintritt dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen ist, bedarf es vielmehr einer **wertenden Betrachtung.**[625] Ist ein **Prospekt** unrichtig oder unvollständig und hätte der Anleger die Beteiligung bei Kenntnis aller für die Beurteilung des Angebots maßgeblichen Verhältnisse nicht getroffen, dann fällt der von ihm erlittene Schaden in den Schutzbereich der Verhaltensnorm (Aufklärungspflicht), ohne dass es ausschlaggebend darauf ankommt, ob sich später gerade die im Prospekt verschwiegene Gefahr als solche verwirklicht hat oder auf welchen Umständen ein eventueller Wertverlust beruht.[626]

2. Verschulden. Die Haftung für unrichtige oder unvollständige Auskünfte, Beratung usw setzt Verschulden voraus. Regelmäßig genügt hierbei einfache Fahrlässigkeit. Was das Verschulden im Rahmen einer Aufklärungspflichtverletzung anbelangt, so muss, **da das Ver-** **116**

[618] OLG Stuttgart, Urteil v. 26.1.2022, 3 U 26/20, WM 2022, 1808.
[619] Vgl. zu Vorstehendem BGH, Urteil v. 21.11.2019, Az. III ZR 244/18, WM 2020, 119, Rn. 27 f mwN.
[620] BGHZ 146, 235 (240) = NJW 2001, 962 unter Hinweis auf BGHZ 116, 209 (212 f.) = NJW 1992, 555; vgl. auch BGH NJW 1990, 2057 = BB 1990, 586 = DB 1990, 1232 = ZIP 1990, 593 = WM 1990, 808 mAnm v. Heymann WuB IV A. § 249 BGB 1.90; BGH NJW 1990, 2461 = BB 1990, 1437 = DB 1990, 1913 = ZIP 1990, 928 = WM 1990, 1276 mAnm v. Heymann WuB I G 9. – 1.90.
[621] BGH NJW-RR 2011, 1064 = WM 2011, 876 Rn. 17 unter Hinweis auf BGH NJW 2007, 2396 = WM 2007, 876 Rn. 21.
[622] BGHZ 146, 235 (240) = NJW 2001, 962.
[623] BGH NJW-RR 2011, 1064 = WM 2011, 876 Rn. 17.
[624] BGHZ 146, 235 (240 f.) = NJW 2001, 962; zur Kausalitätsvermutung bei Rückvergütungen vgl. → § 3 Rn. 108.
[625] OLG Nürnberg WM 2011, 1073 f. = BeckRS 2011, 4636.
[626] BGHZ 123, 106 = NJW 1993, 2865 = BB 1993, 2108 = DB 1993, 2017 = ZIP 1993, 1467 = WM 1993, 1787 mAnm Assmann WuB I G 9. – 1.94; BGH NJW 1992, 555 = BB 1992, 454 = DB 1992, 885 = ZIP 1992, 166 = WM 1992, 133 mAnm Sundermann WuB IV A. § 249 BGB 1.92.

schulden gem. § 282 BGB aF bzw. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nF **vermutet wird**[627], der Aufklärungspflichtige **darlegen und beweisen,** dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.[628] Dies gilt auch für den die Anwendbarkeit des **§ 37a WpHG aF** ausschließenden Vorsatz.[629] Allerdings kann bei **einfachen Aufklärungs- und Beratungsfehlern** bereits ohne Beweisaufnahme ein fehlender Vorsatz festgestellt werden, wenn keine Anhaltspunkte für einen Vorsatz vorliegen bzw. der Anspruchsteller Entsprechendes nicht substantiiert behauptet.[630] Denn allein ein objektiver Beratungsfehler begründet für sich allein noch nicht die Vermutung eines vorsätzlichen Verhaltens.[631] Vielmehr muss der Kapitalanleger, da es sich beim Vorsatz um eine **sog. Negativtatsache** handelt, Tatsachen vortragen, die dem Gericht den Schluss auf Vorsatz ermöglichen.[632] Etwas anderes gilt dann, wenn kein einfacher, sondern ein **grober Aufklärungs- und Beratungsfehler** vorliegt, weil sich bspw. die beratende Bank über Gesetzesvorschriften oder Richtlinien hinwegsetzt, das Produkt abweichend zu wesentlichen Angaben im Kurzprospekt oder der Produktinformation darstellt oder sonstige offensichtliche Fehler begeht.[633] Bei **offenen Immobilienfonds** wird man ein Verschulden in Form des Vorsatzes wegen der Nichtaufklärung über das Aussetzungsrisiko nicht bejahen können.[634]

117 Die Anforderungen an die **Sorgfaltspflichten** sind weitgehend vom Einzelfall abhängig. Generell wird bei Kenntnis falscher Angaben oder Nichtweitergabe angabepflichtiger Tatsachen Fahrlässigkeit angenommen.[635] Soweit die betroffenen Personen größere Kenntnisse und Erfahrungen besitzen, sind die Sorgfaltsanforderungen entsprechend höher. Demgemäß werden für Anlage- und Vermögensberater, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und auch Banken strenge Fahrlässigkeitsmaßstäbe angelegt.[636] Hat eine Bank Kenntnis davon, dass Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Anlageangebotes bestehen, reicht dies für die Annahme eines Verschuldens aus.[637] Wird bei der Anwerbung von Anlegern im Prospekt mit unrichtigen Angaben geworben, ergibt sich hieraus im Regelfall nicht nur die Verletzung von Aufklärungspflichten, sondern auch das Verschulden der handelnden Personen.[638]

118 Während die **vorsätzliche Haftung** bereits bei einem **bloßen Rechtsirrtum** entfällt, ist die Haftung wegen **Fahrlässigkeit** nur bei einem **unvermeidbaren Rechtsirrtum** ausgeschlossen. An das Vorliegen eines **unverschuldeten Rechtsirrtums** sind wiederum strenge Maßstäbe anzulegen, wobei der Schuldner die Rechtslage sorgfältig prüfen und, soweit erforderlich, **Rechtsrat einholen** und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten muss[639]. Dem hinzugezogenen Berater ist dabei der relevante Sachverhalt

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[627] Vgl. BGH NJW 2013, 1873 = WM 2013, 839 Rn. 19.

[628] BGH BKR 2019, 513 Rn. 9 unter Hinweis auf BGH BKR 2019, 51 Rn. 18; NJW 2010, 2339 = WM 2010, 1694 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 2007, 621 = WM 2007, 542 Rn. 18 und BGH NJW 2009, 2298 = WM 2009, 1274 Rn. 17.

[629] BGH BKR 2019, 513 Rn. 9; NJW 2010, 2339 = WM 2010, 1694; OLG Stuttgart NJW 2013, 320; zur Verschuldensvermutung bei § 37a WpHG vgl. Neumann WM 2014, 346 ff.; krit. Edelmann BB 2009, 1718; vgl. hierzu auch → § 3 Rn. 138.

[630] OLG Stuttgart BeckRS 2012, 22643; vgl. auch die Hinweise bei → § 3 Rn. 138.

[631] OLG Hamm, Urteil v. 17.6.2013 – 31 U 49/13, S. 7 Rn. 36, BeckRS 2014, 5144; uU auch OLG Stuttgart BeckRS 2012, 22643 und OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2014, 118.

[632] OLG München BKR 2015, 84 (85); vgl. hierzu auch → § 3 Rn. 138.

[633] OLG Stuttgart BeckRS 2012, 22643.

[634] IdS wohl BGH NJW-RR 2015, 1076 = WM 2015, 1181, wo der BGH diesbezüglich von einem nur fahrlässig begangenen Pflichtverstoß ausgeht; so auch OLG Hamburg BeckRS 2015, 10591.

[635] BGHZ 71, 284 = NJW 1978, 1625 = WM 1978, 705 = BB 1978, 979 = DB 1978, 1490; BGHZ 74, 103 = NJW 1979, 1449 = WM 1979, 530 = BB 1980, 800 = DB 1979, 1219.

[636] BGHZ 79, 337 = NJW 1981, 1449 = WM 1981, 483 = BB 1981, 865 = DB 1981, 1274 = ZIP 1981, 518.

[637] BGH ZIP 1987, 500 = BB 1987, 850 = DB 1987, 980 = WM 1987, 495 mAnm Assmann WuB I G 4. – 5.87.

[638] BGHZ 84, 141 = NJW 1982, 2493 = WM 1982, 758 = BB 1982, 1323 = DB 1982, 1817; BGH NJW 1992, 3296 = BB 1992, 2310 = DB 1992, 2340 = ZIP 1992, 1561 = WM 1992, 1892 mAnm Vortmann WuB I G 9. – 2.93.

[639] BGH NJW-RR 2019, 621 = WM 2019, 582 Rn. 37 mwN.

umfassend mitzuteilen und die von ihm erteilte Auskunft einer **Plausibilitätskontrolle** zu unterziehen.[640] Dabei trifft den Schuldner grundsätzlich das Risiko, die Rechtslage zu verkennen.[641] Eine unrichtige Rechtsauskunft eines von ihm eingeschalteten Rechtsanwalts und das unrichtige Gutachten eines Sachverständigen sind keine Entschuldigungsgründe, wenn sich der Schuldner deren Verschulden gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss.[642] Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe hat es der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Zusammenhang mit der **Rückvergütungsthematik** einer Bank, die einen Kunden im Rahmen der Anlageberatung nicht über an sie zurückgeflossene Rückvergütungen aufgeklärt hat, im Rahmen des **Fahrlässigkeitsvorwurfs**[643] verwehrt, sich auf einen **unvermeidbaren Rechtsirrtum** jedenfalls für die Zeit **nach 1990** zu berufen[644]; dies deshalb, weil für die Bank angeblich aufgrund von BGH-Gerichtsurteilen sowie anhand von Äußerungen in der Literatur seit diesem Zeitpunkt hätte erkennbar sein müssen, dass der BGH im Jahr 2009[645] eine auf einen allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz gestützte Aufklärungspflicht wegen eines dem Kapitalanleger vermeintlich nicht erkennbaren Interessenkonflikts erschaffen hat.[646] Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist vielfach auf Kritik gestoßen. So wurde aufgezeigt, dass die beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1989 und 1990, auf welche der XI. Zivilsenat seine dahingehende Rechtsprechung gestützt hat, in keinster Weise irgendeinen Bezug zur aktuellen Rückvergütungsthematik haben und insbesondere auch keinerlei Aussagen enthalten, aus welchen irgendjemand auch nur eine Ahnung hätte dahingehend entwickeln können, dass der BGH im Jahre 2009 einen noch nie erwähnten oder angedachten allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz zur Vermeidung von für den Anleger nicht erkennbarer Interessenkonflikte erschafft.[647] Ungeachtet dessen hat es der BGH in einem weiteren Urteil der Bank verwehrt, sich jedenfalls für die Zeit **nach 1984** auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum zu berufen. Gleichzeitig hat er angedeutet, dass die Bank bei Nichtaufklärung über Rückvergütungen bereits **ab dem Jahr 1904** ein Verschulden treffen könnte.[648] Demgegenüber hat der BGH das Verschulden der Bank bei Verletzung der erst ab dem 1.8.2014 geltenden Interessenkonfliktsaufklärungspflicht bei Vorliegen von **Innenprovisionen** für die Vergangenheit abgelehnt.[649] Das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums wurde wiederum im Zusammenhang mit der Pflicht zur Aufklärung über den **negativen Marktwert** bei **Swap-Geschäften** mit der Begründung abgelehnt, die Bank hätte bereits im Jahr 2008 damit rechnen müssen, dass die Rechtsprechung eine umfassende Aufklärung über den anfänglichen negativen Marktwert und dessen Bedeutung statuiert.[650] Dies ist insofern fraglich, als die Aufklärungspflicht über den negativen Marktwert erstmals im Grundsatzurteil des BGH vom 22.3.2011[651] thematisiert wurde und es zuvor keine Anhaltspunkte oder Umstände gab, welche die Schlussfolgerung erlaubt hätten, der BGH würde Anlageberatern eine solche zusätzliche Pflicht aufbürden. Demgemäß lehnte auch ein Teil der

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[640] BGH NJW-RR 2019, 621 = WM 2019, 582 Rn. 37 mwN.
[641] BGH NJW 2010, 2339 = WM 2010, 1694 mAnm Meder/Flick WuB I G 1. – 6.11; Lang/Müller-Felsch BB 2010, 2329; Koch BKR 2010, 333.
[642] BGH NJW-RR 2019, 621 = WM 2019, 582 Rn. 37 mwN.
[643] Zum Vorsatzvorwurf zur Aushebelung der Verjährung nach § 37a WpHG vgl. die wenig überzeugende Entscheidung des OLG Stuttgart ZIP 2011, 803 mit kritischen Beiträgen hierzu von Schäfer/Lang BKR 2011, 239 ff.; Buck-Heeb BKR 2011, 441 ff. und Schlösser BKR 2011, 465 ff.
[644] Zur Innenhaftung des Leistungsorgans vgl. Buck-Heeb BB 2013, 2247.
[645] BGH NJW 2009, 1416 mAnm Dieckmann/Langen = WM 2009, 405 mAnm Lenenbach WuB I G 7. – 1.09.
[646] Vgl. hierzu BGH NJW 2010, 2339 = WM 2010, 1694.
[647] Zur Kritik vgl. grundsätzlich Edelmann CRP 2014, 30 ff.; Meder/Flick WuB I G 1. – 6.11; Veil WM 2009, 2193 ff.; Casper ZIP 2009, 2409 ff.; Harnos BKR 2009, 316 ff.
[648] BGH NJW 2014, 2951 Rn. 23.
[649] BGH NJW 2014, 2947 mAnm Buck-Heeb WM 2014, 1601 ff.; Weck BKR 2014, 374 ff.; Balzer/Lang BKR 2014, 377 und Edelmann CRP 2014, 196 ff.
[650] OLG Düsseldorf WM 2014, 1907 (1911) = BeckRS 2014, 18437.
[651] BGHZ 189, 13 ff. = NJW 2011, 1949.

Rechtsprechung konsequenter Weise das Verschulden im Zusammenhang mit dem **negativen Marktwert** bis ins **Jahr 2011** ab.[652]

119 **3. Mitverschulden.** Inwieweit im Rahmen der Anlageberatung oder Anlageempfehlung der Einwand des Mitverschuldens gebracht werden kann, hängt im Wesentlichen von den Umständen des Einzelfalles ab.[653] Grundsätzlich kann sich der Berater nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, dass der Beratene seinem Rat ohne eigene Nachprüfung folgt. Dementsprechend wird von der Rechtsprechung der Einwand des Mitverschuldens **nur in Ausnahmefällen** zugelassen.[654] Ein solcher Ausnahmefall ist dann anzunehmen, wenn der Geschädigte über eigene Sachkunde oder über zusätzliche Informationen von dritter Seite verfügt.[655] Wird gegenüber einem Anlageinteressenten bspw. mit **ungewöhnlich hohen Renditen** geworben, welche auf den hochspekulativen Charakter des Geschäfts schließen lassen, dann obliegt es dem Anleger, sich ihm aufdrängende Unklarheiten zumindest durch Rückfragen, wenn nicht sogar durch eigene Nachforschungen, zu beseitigen. Tut er dies nicht, trifft ihn ein Mitverschulden.[656] Den Anlageinteressenten kann ein Mitverschulden bei der Entstehung eines Schadens auch dann treffen, wenn er die ihm angebotene Kapitalanlage anhand der ihm vorgelegten **Prospekte nicht auf Klarheit und Schlüssigkeit hin prüft.**[657] Ein Mitverschulden kann den Kapitalanleger auch dann treffen, wenn er die ausgesuchte Wohnung vor deren Erwerb nicht besichtigt[658], wenn der Anleger bei einer hochspekulativen Anlage unzuverlässige Angaben als solche erkennen kann[659] oder wenn dem Anleger rechtzeitig vor Vertragsschluss ein Prospekt übergeben wird, aus dem sich die Risiken der Anlageform einschließlich eines eventuellen vollständigen Verlustes der geleisteten Einlage ohne Weiteres ergeben.[660] Zeichnet ein in wirtschaftlichen Dingen versierter Anleger ohne im Besitz jeglicher Unterlagen zum Anlageobjekt lediglich auf Zuruf das ihm persönlich unbekannten Anlagevermittlers eine Unternehmensbeteiligung mit hoher Renditeprognose, dann kommt ein Mitverschulden ebenfalls in Betracht (50 %).[661]

120 Derjenige, der einen **Sachkundigen** hinzuzieht, gibt damit zu erkennen, dass er auf dem betreffenden Fachgebiet nicht die erforderlichen Fachkenntnisse hat und auf fremde Hilfe angewiesen ist. Sein Vertrauen verdient besonderen Schutz.[662] Demgemäß kann ein Sachkundiger dem Anleger nur bei Vorliegen besonderer Umstände den Einwand des Mitverschuldens entgegenhalten, wenn zB Warnungen von dritter Seite oder differenzierende Hinweise des Beraters nicht genügend beachtet wurden oder wenn der Anleger falsche, unvollständige oder missverständliche Angaben macht.[663]

DER FACHBUCHHANDLUNG

652 OLG München BKR 2015, 84 (85).

653 BGH WM 1987, 1546 mAnm Assmann WuB I E 2c. – 1.88 = BeckRS 1987, 06051.

654 BGH NJW 2018, 1751; NJW 2016, 2949 Rn. 37, wo der BGH darlegt, dass selbst der Umstand, dass die geschädigte Gemeinde mittels des fortgesetzten Abschlusses von Zinssatz-Swap-Verträgen Verstöße gegen Haushaltsvorschriften aus politischem Kalkül habe überdecken wollen, ein Mitverschulden nicht zu begründen vermag; BGH ZIP 2017, 273 = WM 2017, 280 mAnm Fervers EWiR 11/2017, 323 zum Mitverschulden bei nachlässiger Kreditprüfung; BGH ZIP 2015, 934; 7.1.1965 – VII ZR 28/63, WM 1965, 287; NJW 1982, 1095 = WM 1982, 90 = BB 1982, 329 = DB 1982, 482 = ZIP 1982, 169; WM 1984, 126 = BB 1984, 432 = DB 1984, 977 = ZIP 1984, 160; OLG Jena ZIP 2005, 1913 = WM 2005, 1946 (1947); OLG Naumburg ZIP 2005, 1546 (1549).

655 BGH ZIP 2015, 934 (936) = WM 2015, 569 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 1988, 855 f.; vgl. hierzu auch Herrmann WM 2017, 1137 (1138).

656 OLG Köln MDR 2000, Quote 50 %; vgl. auch OLG Frankfurt a. M. BKR 2007, 379, Quote 20 %, weil schriftliche Hinweise auf Anlagerisiken ignoriert wurden.

657 OLG Karlsruhe BKR 2003, 382, Quote 20 %.

658 OLG Köln VersR 2004, 111, Quote 25 %.

659 OLG Köln NZG 2000, 51 = MDR 2000, 99.

660 OLG Karlsruhe OLGR 2007, 222 = BeckRS 2006, 15227; vgl. auch OLG Stuttgart OLGR 2007, 909 (912) = BeckRS 2007, 11317, Quote 33 %.

661 OLG Karlsruhe WM 2015, 1193 = BeckRS 2015, 8622.

662 BGH NJW 1987, 1815 = BB 1987, 850 = DB 1987, 980 = ZIP 1987, 500 = WM 1987, 495 mAnm Assmann WuB I G 4. – 5.87; BGH NWJ-RR 1993, 1144 = BB 1993, 1317 = DB 1993, 1966 = ZIP 1993, 997 = WM 1993, 238 mAnm v. Heymann WuB I G 4. – 7.93.

663 BGH NJW 1979, 1595 = WM 1979, 548 = BB 1979, 960 = DB 1979, 1268.

Bei der Kapitalanlageberatung kann für den Interessenten uU erkennbar sein, dass der Berater für die andere Seite handelt, nämlich für die kapitalsuchende Gesellschaft, und vornehmlich deren wirtschaftliches Interesse und sein eigenes wirtschaftliches Interesse im Auge hat. Die Art und Weise, in der ein Anlagevermittler oder Anlageberater werbend auftritt, kann Vorsicht nahelegen. Das Vertrauen in einen solchen Vermittler reicht nicht so weit wie gegenüber dem Berater, der vom Kapitalanleger in dessen individuellem Beratungsinteresse als Sachkundiger hinzugezogen wird. Unter diesen Umständen kann es nach Ansicht des Bundesgerichtshofs gerechtfertigt sein, ein Mitverschulden des Anlegers entsprechend zu berücksichtigen.[664] **121**

Ein Mitverschulden kann auch dann ins Gewicht fallen, wenn der Anleger einen Bankkaufmann als eigenen Berater hinzuzieht, dieser die Beteiligung negativ beurteilt und auf das durch eine höhere Verzinsung auch höhere Risiko hinweist. Entschließt sich der Anleger dann gleichwohl zur Beteiligung, ohne die Bedenken des eigenen Beraters nachzuprüfen, so kann hierin ein erhebliches Mitverschulden (50 %) gesehen werden.[665] Ein Mitverschulden (1/3) trifft den Kapitalanleger auch dann, wenn er es unterlässt, einen umfassende Risikohinweise enthaltenden Prospekt zu lesen.[666] **122**

4. Schaden. Bei Schadensersatzansprüchen aus **positiver Forderungsverletzung** gelten die allgemeinen Grundsätze, dh der Schädiger hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB). **123**

Bei **culpa in contrahendo** (Verschulden bei Vertragsschluss) ist der **Vertrauensschaden** zu ersetzen, dh der Schaden, den der Anleger dadurch erlitten hat, dass er auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben vertraut hat.[667] Da Grund für die Haftung des Schädigers der Eingriff in das Recht des Geschädigten ist, zutreffend informiert über die Verwendung seines Vermögens selbst zu bestimmen und sich für oder gegen die Anlage zu entscheiden, kommt es auf einen Schaden im Sinne fehlender Werthaltigkeit zB der Beteiligung nicht an.[668] Insofern kann der auf **einer fehlerhaften Beratung beruhende Erwerb** einer für den Anlageinteressenten nachteiligen, seinen konkreten Anlagezielen und Vermögensinteressen nicht entsprechenden Kapitalanlage bereits für sich genommen einen Schaden darstellen und ihn deshalb – **unabhängig von der Werthaltigkeit** der Anlage – dazu berechtigen, im Wege des Schadensersatzes eine Rückabwicklung des Erwerbs der Anlage zu verlangen. Dabei entsteht der Schadensersatzanspruch schon mit dem unwiderruflichen und vollzogenen Erwerb der Kapitalanlage.[669] Ungeachtet dessen steht der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nicht der Umstand entgegen, dass dem Kapitalanleger bei einem verbundenen Geschäft, zB aufgrund Erteilung einer fehlerhaften Belehrung, ein Widerrufsrecht nach den Regelungen für Haustürgeschäfte zusteht und er somit die Rückabwicklung der Geschäfte bewirken könnte.[670] Etwas anderes gilt

[664] BGH NJW 1982, 1095 = WM 1982, 90 = BB 1982, 329 = DB 1982, 482 = ZIP 1982, 169; vgl. hierzu ferner Lutter FS Bärmann, 1975, 605 (615 f.); Assmann NJW 1982, 1083.

[665] BGH NJW-RR 1993, 1144 = BB 1993, 1317 = DB 1993, 1966 = ZIP 1993, 997 = WM 1993, 1238 mAnm v. Heymann WuB I G 4. – 7.93.

[666] OLG Karlsruhe OLGR 2007, 222 (223) = BeckRS 2006, 15227.

[667] BGH WM 1978, 611 = BB 1978, 1031 = DB 1978, 1398 = BeckRS 1978, 31114201; WM 1980, 953 = BeckRS 1980, 31068036; BGHZ 77, 172 = NJW 1980, 1840 = WM 1980, 794 = BB 1980, 1067 = DB 1980, 1591 = ZIP 1980, 532; BGH ZIP 1984, 73 = WM 1983, 1387 = BB 1984, 93 = DB 1984, 338; NJW-RR 1991, 1125 = BB 1991, 1374 = DB 1991, 2029 = WM 1991, 1303 mAnm Thode WuB VIII D. § 68 StBerG 1.91.

[668] BGH BeckRS 2012, 16294 Rn. 32; BGHNJW 2011, 2966 Rn. 59 und BGH NJW-RR 2014, 172 Rn. 64 unter Hinweis auf BGHZ 162, 306 (309 f.) = NJW 2005, 1579 ua Entscheidungen; vgl. auch BGH NJW 2010, 2506 = WM 2010, 1310 Rn. 19.

[669] BGH NJW 2010, 3292 Rn. 24 unter Hinweis auf BGH NJW 1994, 1405 (1407), wonach der Schadensersatzanspruch entsteht, wenn der Kapitalanleger an das Beteiligungsobjekt rechtlich unwiderruflich gebunden ist, sodass er eine Vermögenseinbuße auch tatsächlich nicht mehr vermeiden kann; ähnlich BGH NJW-RR 1991, 1125 (1127).

[670] OLG Celle WM 2009, 609 (613); OLG Hamm 16.12.2009 – 31 U 80/09 Rn. 87 f., 104, BeckRS 2010, 7225; OLG Hamm BeckRS 2010, 08982.

nur, wenn der Kapitalanleger von seinem **Widerrufsrecht** bereits Gebrauch gemacht hat.[671]

Der „Schädiger" hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Haftende seiner Aufklärungspflicht nachgekommen wäre, dh der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schuldhafte Verhalten des Verhandlungspartners – also ohne Zustandekommen des Vertrages – stehen würde **(negatives Interesse).**[672] Er hat somit Anspruch auf Befreiung von dem abgeschlossenen Vertrag und auf Ersatz seiner nutzlos erbrachten Aufwendungen (zB Rückgewähr der gezahlten Einlage).[673] Der Geschädigte ist so zu stellen, dass ihm die Zahlung zum Ausgleich seines **Vertrauensschadens** in voller Höhe verbleibt; deshalb ist ihm ein Betrag zuzusprechen, der auch die auf den Schadensbetrag zu entrichtenden Steuern abdeckt.

124 Die Verpflichtung, einen Anleger von seinen Darlehensverbindlichkeiten freizustellen, wandelt sich in einen **Zahlungsanspruch** um, wenn der Anleger seine Darlehensschuld durch Zahlung ablöst oder die zur Freistellung verpflichtete Person die Freistellung ernsthaft und endgültig ablehnt und der Anleger Geldersatz fordert.[674] Bei der **Schadensberechnung** sind nicht nur die nutzlosen Aufwendungen des Anlegers zu berücksichtigen, sondern auch die vermögensmäßigen Auswirkungen des Grunderwerbs. Zu diesen Auswirkungen zählen insbesondere die Wertentwicklung des Hausgrundstücks, ersparte Mietaufwendungen und erzielte Steuervorteile.[675] Nicht zum Schaden gehört eine etwaige **Kapitalertragssteuer,** welche die Bank in Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten als eine Art Verwaltungshelfer des Finanzamts einbehält und für den Kläger an das Finanzamt abführt.[676]

125 Das negative Interesse wird durch das **positive Interesse** nicht begrenzt, dh der Anleger kann neben dem Ersatz seiner Einlage auch den Schaden geltend machen, der ihm durch das Nichtabschließen einer günstigeren Investition entstanden ist. Dieser als **entgangener Gewinn** zu bezeichnende Schaden ist grundsätzlich gem. § 252 BGB zu ersetzen. Wird daher ein Kapitalanleger durch schuldhaft unrichtige Angaben bewogen, einer **Publikumsgesellschaft** beizutreten, so ist ihm nicht nur seine Einlage, sondern auch der Schaden zu ersetzen, der sich typischerweise daraus ergibt, dass Eigenkapital in solcher Höhe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt geblieben, sondern zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre.[677]

126 Allerdings obliegt dem Kapitalanleger als Geschädigter die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass und in welcher Höhe ihm durch das schädigende Ereignis ein solcher Gewinn entgangen ist, weswegen der Kapitalanleger auch die **Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung** nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge iSv § 252 BGB durch entsprechenden Tatsachenvortrag darlegen und beweisen muss.[678] Insofern reicht die **pau-**

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[671] OLG Celle BeckRS 2003, 30332000.

[672] BGH NJW 2013, 450 Rn. 16 = BKR 2013, 154 (155).

[673] BGHZ 72, 382 = NJW 1979, 718 = WM 1979, 141 = BB 1979, 239 = DB 1979, 396; BGHZ 79, 337 = NJW 1981, 1449 = WM 1981, 483 = DB 1981, 1274 = BB 1181, 865 = ZIP 1981, 518; BGH NJW-RR 1990, 229 = BB 1990, 12 = DB 1990, 321 = WM 1990, 145 mAnm v. Heymann WuB I G 8. – 1.90; BGHZ 115, 214 = NJW 1992, 228 = BB 1992, 10 = DB 1992, 135 = ZIP 1992, 552 = WM 1991, 2092 mAnm v. Heymann WuB I G 9. – 2.92; BGH NJW 1993, 2107 = BB 1993, 1393 = DB 1993, 1968 = ZIP 1993, 1089 = WM 1993, 1277 mAnm Zeller WuB I G 4. – 8.93.

[674] BGH NJW 1991, 2014 = DB 1992, 89 = WM 1991, 1002 mAnm v. Heymann WuB I G 7. – 8.91; BGH NJW 1992, 2221 = ZIP 1992, 910 = WM 1992, 1074 mAnm Reithmann WuB I G 7. – 10.92.

[675] BGH NJW 1991, 1881 = DB 1991, 1621 = ZIP 1991, 644 = WM 1991, 890 mAnm v. Heymann WuB I E 4. – 8.91.

[676] AG Celle 20.2.2013 – 14 C 1362/12 (9), WM 2015, 2160; AG Wolfsburg WM 2015, 2161 = BeckRS 2015, 18424, welches darauf hinweist, dass der Anleger gem. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet ist, ggf. seine Steuerpflicht im finanzgerichtlichen Verfahren überprüfen zu lassen.

[677] BGH NJW 1992, 1223 = BB 1992, 231 = DB 1992, 517 = ZIP 1992, 324 = WM 1992, 143 (144) mAnm Medicus WuB I G 9. – 4.92.

[678] BGH, Urteil v. 5.5.2022, III ZR 131/20 Rn. 47 mwN, BKR 2022, 718 mAnm Buck-Heeb sowie Anm. Zoller BB 2022, 1805; BGH NJW-RR 2019, 1332 = WM 2019, 1833 Rn. 40; WM 2019, 1203 Rn. 30 = BeckRS 2019, 11447; ZIP 2012, 1230 = WM 2012, 1188 Rn. 13; NJW 2012, 2427 Rn. 64 = ZIP

schale Behauptung des Kapitalanlegers, er hätte sein Geld bei gehöriger Aufklärung gewinnbringend und sicher, zB auf Spar- oder Festgeldkonten, angelegt, für die Gewährung entgangenen Gewinns, insbesondere bei Zeichnung einer steueroptimierten Kapitalanlage, nicht aus. Denn bei Zeichnung solcher Beteiligungen liegt es nahe, dass der Anleger auch ohne die Pflichtverletzung als **Alternativanlage** eine Anlageform gewählt hätte, mit welcher er die von ihm gewünschten und gewollten Steuervorteile (zB Verlustzuweisungen) ebenfalls hätte erzielen können.[679] Im Übrigen entspricht es nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass eine Geldanlage überhaupt Gewinn abwirft.[680]

127 Der Geschädigte seinerseits ist wiederum verpflichtet, **Zug-um-Zug** gegen Ausgleich seines Schadens dem Schädiger die Rechte zu überlassen, die er aus dem Abschluss des Beteiligungsvertrags erlangt hat.[681] Allerdings kommt dann, wenn ein Käufer am Vertrag festhält, als ersatzfähiger Schaden auch derjenige Betrag in Betracht, um den der Erwerber im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers den Gegenstand zu teuer erworben hat. In einem solchen Fall bemisst sich der Schaden grundsätzlich danach, welche Aufwendungen der Geschädigte – unter beiderseitiger Rückabwicklung des Vertrages – nutzlos erbracht hat, dh der Geschädigte erhält dann den Minderwert.[682]

128 Enthält der vom Anlageberater benutzte **Prospekt** für ein Bauherrenmodell unrichtige Angaben über den Umfang der steuerlichen Absetzbarkeit der vom Erwerber zu zahlenden Vergütungen, so kann der Erwerber nicht als negatives Interesse die durch die Nichtabsetzbarkeit dieser Vergütung **entgangenen Steuervorteile** ersetzt verlangen. Dagegen können beim Festhalten am Vertrag solche Mehraufwendungen als Schadensersatz verlangt werden, um welche das Gesamtobjekt unter Berücksichtigung der nicht als Werbungskosten absetzbaren Baubetreuungs- und Treuhandvergütungen zu teuer geworden ist.[683] Entgangene Steuervorteile sind grundsätzlich auszugleichen.

129 Bei **Festhalten am Vertrag** ist dem Anleger auch der Schaden zu ersetzen, den er dadurch erlitten hat, dass er auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben vertraut hat. Dabei kommen als ersatzfähige Schäden diejenigen Beträge in Betracht, die der Anleger für seine Beteiligung an der Bauherrengemeinschaft im enttäuschten Vertrauen auf die Angaben zu viel aufgewendet hat. Für die Vertragshaftung (des Anlagevermittlers) kann insoweit nicht anderes gelten als für die Haftung, die den Vertragspartner eines Anlegers selbst oder dessen Vertreter trifft, wenn der Schaden durch Verschulden bei Vertragsschluss oder unerlaubter Handlung entstanden ist.[684] Der geschädigte Vertragspartner muss so behandelt werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen. Dabei kommt es nicht auf den – hypothetischen und ohnehin kaum zu führenden – Nachweis an, ob auch der andere Teil sich damals mit einem Vertragsschluss unter diesen Bedingungen einverstanden erklärt hätte. Entscheidend ist vielmehr, wie sich der geschädigte Vertragspartner bei Kenntnis der ihm verschwiegenen Umstände verhalten hätte; dieser hätte, wäre er entsprechend aufgeklärt worden, weniger aufgewendet, als er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben letztlich bezahlt hat. Er

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

2012, 1335 = WM 2012, 1337 (1343); OLG Frankfurt a. M. WM 2014, 1177 (1178) = BeckRS 2013, 20068.

679 BGH WM 2019, 1203 Rn. 30 f. = BeckRS 2019, 11447, wo der BGH klarstellt, dass dann, wenn ein Anleger sich selbst als risikobewusst bezeichnet, die Behauptung der alternativen Investition des Geldes in konservative Produkte nicht glaubhaft ist; OLG Brandenburg WM 2010, 2075 = BeckRS 2010, 17083.

680 BGH NJW 2012, 2266 Rn. 18.

681 BGH BB 1969, 696 = BeckRS 1969, 31173530; BGHZ 57, 191 = NJW 1972, 95 = WM 1971, 1543 = BB 1971, 1531 = DB 1971, 2357; BGH NJW 1988, 2234 = WM 1988, 781 = BB 1988, 929 = DB 1988, 1060 = ZIP 1988, 505.

682 BGHZ 69, 53 = NJW 1977, 1536 = WM 1977, 999 = BB 1977, 965 = DB 1977, 1451; BGH NJW 1980, 2408 = WM 1980, 1006; NJW 1981, 2051 = WM 1981, 689; NJW-RR 1988, 328 = WM 1987, 1466.

683 OLG Hamburg 4.4.1985 – 5 U 2/85, WM 1986, 13; OLG Köln NJW-RR 1988, 1113 = WM 1987, 1292 = BB 1988, 92.

684 BGH NJW-RR 1989, 150 = BB 1988, 2270 = DB 1988, 2629 = ZIP 1988, 1464 = WM 1988, 1685 mAnm v. Heymann WuB I G 7. – 1.89.

kann dementsprechend eine Herabsetzung des vereinbarten Preises und Rückzahlung des Mehrbetrages verlangen.[685]

130 Beansprucht der einer Bauherrengemeinschaft beigetretene Bauherr unter Festhalten an seiner Beteiligung vom Treuhänder Schadensersatz, weil ihn dieser vor Vertragsschluss nicht über Verflechtungen mit dem in Aussicht genommenen Baubetreuer aufgeklärt hat, so besteht sein möglicher Schaden nur in den Aufwendungen, die ihm bei Abwicklung des Bauvorhabens durch einen unabhängigen Treuhänder nicht entstanden wären.[686] Die Täuschung der Anleger über den tatsächlichen Inhalt eines **Fondsmodells** begründet einen Schaden im Umfang der gesamten vertraglichen Bindung und Leistung, wenn das tatsächliche Konzept des Fondsmodells von dem in den Anlageprospekten dargestellten und von den Anlegern verfolgten Zweck derart abweicht, dass die Anleger hieraus keinen Nutzen ziehen können.[687]

131 Ist bei einer Immobilienanlage die Nutzfläche einer Gewerbe- oder Wohneinheit nicht unerheblich geringer ausgeführt worden als vertraglich vorgesehen war, dann besteht der Schaden darin, dass der Anleger für seine Einheit einen überhöhten Preis gezahlt hat und die Überzahlung bei der Schlussabrechnung nicht berücksichtigt worden ist. Dieser Schaden besteht unabhängig davon, dass der Anleger wegen dieser Flächenminderung auch gegen den Eigentümer der Nachbareinheit einen Ausgleichsanspruch hat, weil insoweit der eine Treuhandpflicht verletzende Treuhänder und der Eigentümer der Nachbareinheit als Gesamtschuldner haften.[688]

132 Der Geschädigte ist gem. § **254 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB** im Interesse des Schädigers gehalten, den entstandenen Schaden zu mindern (sog. **Schadensminderungspflicht**). Ihm kann jedoch nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden, dazu – weiterhin – spekulative Risiken einzugehen. So besteht bei einem fehlgeschlagenen Auftrag zum Verkauf von Aktien keine Verpflichtung des geschädigten Anlegers, bei sinkenden Kursen seine Anlage zu verkaufen.[689] Die Unsicherheit, ob sich Versuche des Geschädigten, weitere Vermögenseinbußen zu vermeiden, als erfolgreich erweisen, geht zu Lasten des Schädigers, wenn die Vorgehensweise des Geschädigten im konkreten Fall vernünftig und zweckmäßig erscheint.[690]

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

133 **5. Vorteilsausgleich.** Vorteile des Geschädigten sind bei der Schadensberechnung generell dann zu berücksichtigen, wenn

– das schädigende Ereignis den Vorteil adäquat kausal verursacht hat,[691]
– die Anrechnung zumutbar ist und dem Zweck des Schadensersatzes entspricht und
– der Schädiger nicht unbillig entlastet wird.[692]

Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein.[693] Demzufolge sind Vor- und Nachteile aus ersatzpflichtigen Ereignissen auszugleichen. So fehlt es an einem Schaden eines Anlegers im Rahmen der **Vermögensverwaltung,** wenn eine **Saldierung der Gewinne und Verluste** aus den unter

[685] BGHZ 69, 53 = NJW 1977, 1536 = WM 1977, 999 = BB 1977, 965 = DB 1977, 1451; BGH NJW 1989, 1793 = WM 1989, 416 = DB 1989, 1406; BGHZ 114, 87 = NJW 1991, 1819 = WM 1991, 1086 = BB 1991, 933 = DB 1991, 1322.
[686] BGH NJW-RR 1991, 599 = BB 1991, 935 = DB 1991, 964 = WM 1991, 695 mAnm v. Heymann WuB I G 7. – 6.91.
[687] BGH ZIP 2006, 382.
[688] BGH NJW-RR 1991, 662 = WM 1991, 769 = BB 1991, 574 = DB 1991, 1513.
[689] LG Wiesbaden BKR 2014, 438 (440).
[690] BGH NJW 2013, 450 Rn. 26 = BKR 2013, 154 (156).
[691] BGH NJW 2004, 2526 (2528) = WM 2005, 189; BGH ZIP 2010, 1646 Rn. 35 = WM 2010, 1641.
[692] BGHZ 8, 325 = NJW 1953, 618; BGHZ 30, 29 = NJW 1959, 1078 = BB 1959, 463 = DB 1959, 540; BGHZ 49, 56 = NJW 1968, 691 = WM 1967, 1252 = BB 1967, 1452 = DB 1967, 2160; BGH NJW 1977, 1819 = WM 1977, 763 = DB 1977, 1457; NJW 1978, 536 = BB 1978, 1119; BGHZ 91, 206 = NJW 1984, 2457 = WM 1984, 1187 = BB 1984, 2021 = DB 1981, 2553; BGH NJW-RR 2004, 79 (80); ZIP 2010, 1646 Rn. 35.
[693] BGH BGHZ 173, 83 (87) = NJW 2007, 2695 Rn. 18 mwN.