Fragwürdiger Formelkompromiss des II. und XI. BGH-Zivilsenats zur Prospekthaftung

Von RA Dr. Franz Netta, Gütersloh

I. Divergenz und Formelkompromiss des II. und XI. Senats

Durch ein Wechselbad von Bangen und Hoffen gehen seit Januar 2021 Tausende Kapitalanleger, die sich in der Boomphase geschlossener Schiffs-, Immobilien- und Medienfonds zwischen dem 1.7.2005 und dem 31.5.2012 an einem solchen Fonds beteiligt und gegen die Initiatoren Klage wegen Fehlern in den Prospekten erhoben haben.

Der XI. Zivilsenat des BGH war am 19.1.2021 von einer jahrzehntelangen Rechtsprechung zu den Haftungsgrundlagen fehlerhafter Prospektaufklärung abgewichen und hatte unter Berufung auf eine ausgerechnet vom Gesetzgeber des zum 1.7.2005 in Kraft getretenen „Anlegerschutzverbesserungsgesetzes“ (AnSVG) vermeintlich gewollte Privilegierung von Prospektverantwortlichen deren Haftung fast völlig abgeschnitten.¹ Über die Tragweite seiner Entscheidung und die Haltung der übrigen Senate des BGH bestand lange Zeit Unklarheit. Der II. Zivilsenat hatte erst am 25.10.2022 Gelegenheit, der Rechtsauffassung des XI. Senats zwar in einem „obiter dictum“, aber entschieden und ausführlich begründet entgegenzutreten.² Nach einem bilateralen „Deal“³ zur Vermeidung einer Entscheidung des Großen Senats haben der II. Senat⁴ und der XI. Senat⁵ im Juni und Juli 2023 ein – vorläufiges (?) – vermittelndes Verständnis zur Frage präsentiert, wer unter welchen Umständen für fehlerhafte Prospekt Darstellungen innerhalb der allgemeinen Verjährungsfrist von bis zu zehn Jahren in Haftung genommen werden könne.

Nach früherer gefestigter Rechtsprechung schuldeten praktisch alle Altgesellschafter, soweit sie der Gesellschaft nicht rein zur Kapitalanlage beigetreten waren, neuen Mitgesellschaftern nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 und § 280 Abs. 1 BGB Aufklärung über wesentliche den Erfolg der Kapitalanlage beeinflussende Gesichtspunkte – und damit auch einen Hinweis auf fehlerhafte Prospekt Darstellungen.⁶ Nunmehr soll eine vorvertragliche Aufklärungspflicht bei Fondsbeitritten zwischen Juli 2005 und Mai 2012 nur noch solche Altgesellschafter treffen, „die entweder selbst den Vertrieb der Beteiligungen an Anleger übernehmen oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb Verantwortung tragen“.⁷ Vertriebsverantwortung tragen danach, „soweit der Vertriebsauftrag von der Fondsgesellschaft erteilt wurde, die geschäftsführenden Altgesellschafter“.⁸ Dies greife allerdings nicht allein schon dann, wenn ein Alleingesellschafter den Vertrieb der Beteiligungen übernommen habe oder Altgesellschafter und Vertriebsgesellschaft personell verflochten seien.

Der II. Senat erläutert den Bruch mit seiner erst wenige Wochen zuvor bestätigten jahrzehntelangen Praxis mit dem

knappen Hinweis, die „mit dem AnSVG geschaffenen spezialgesetzlichen Aufklärungspflichten und das mit ihnen verbundene Haftungsregime“ rechtfertigten „unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs“ diese „Neuausrichtung“ seiner Rechtsprechung.⁹

Der XI. Senat begründet etwas ausführlicher die zugestandene Ausnahme von seiner seit Januar 2021 in rund 40 Entscheidungen vertretenen Ansicht, Gründungsgesellschafter unterlägen bei Verwendung eines Prospektes als Mittel der schriftlichen Information nicht der vorvertraglichen Haftung. Er stellt fest, bei Übernahme der Vertriebsverantwortung nähmen sie „besonderes persönliches Vertrauen gegenüber den Anlageinteressenten in Anspruch“.¹⁰ Der Anleger, „der bei seiner Entscheidung die besonderen Erfahrungen und Kenntnisse eines Beraters oder Vermittlers“ nutze, messe „den Ratschlägen, Auskünften und Mitteilungen, die ihm von diesen Personen in einem persönlichen Gespräch unterbreitet werden, besonderes Gewicht bei“. Das Vertrauen in seinen Berater oder Vermittler, den er als Teil einer Vertriebsstruktur ansähe, übertrage er auf den Gesellschafter, der das Vertriebskonzept umsetze und damit Einfluss auf die Personen nehmen könne, die mit ihm, dem Anlageinteressenten, in Kontakt träten. Der vertriebsverantwortliche Gesellschafter nehme damit letztlich dasselbe Vertrauen in Anspruch, das zu dem Berater oder Vermittler bestehe. Dies hebe ihn aus seiner bloß formalen Stellung als künftiger Vertragspartner des Beitrittsvertrags heraus, was ihn von allen anderen Gründungs- und Altgesellschaftern unterscheide.¹¹

Wie schon zuvor¹² betont der XI. Senat, dass ein Gründungsgesellschafter Anlegern aus anderen Gründen als durch Verwenden einer Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen

1 BGH v. 19.1.2021 – XI ZB 35/18, NJW 2021, 1318 mAnm Ott = VuR 2022, 158 (Ls.), Rn. 22 ff.

2 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, NJW-RR 2023, 109 = VuR 2023, 98 mAnm Maier.

3 Fohrer BKR 2023, 597.

4 BGH v. 27.6.2023 – II ZR 57/21, ZIP 2023, 1588 = VuR 2023, 379 mAnm Maier, II ZR 58/21 und II ZR 59/21, BKR 2023, 720. Die in diesen drei Verfahren ergangenen Urteile des II. Senats v. 24.10.2023 konnten im vorliegenden Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden.

5 BGH v. 11.7.2023 – XI ZB 20/21, NJW 2023, 3226 mAnm Buck-Heeb, NJW 2023, 3205 = VuR 2023, 439 (Ls.), und XI ZR 60/22, BKR 2023, 718 mAnm Zoller = VuR 2023, 380.

6 U.a. BGH v. 26.11.2015 – III ZR 78/15, Rn. 16; v. 16.3.2017 – III ZR 489/16, Rn. 15 ff.; v. 8.1.2019, – II ZR 139/17, Rn. 23; v. 19.11.2019 – II ZR 306/18, Rn. 7 und 14, und v. 13.8.2020 – III ZR 148/19, Rn. 16-20.

7 BGH v. 27.6.2023 – II ZR 57/21, aaO, 1b.

8 BGH v. 27.6.2023 – II ZR 57/21, aaO, 1b.

9 BGH v. 27.6.2023 – II ZR 57/21, aaO, 1b.

10 BGH v. 11.7.2023 – XI ZB 20/21, aaO, Rn. 35.

11 BGH v. 11.7.2023 – XI ZB 20/21, aaO, Rn. 42.

12 U.a. BGH v. 27.4.2021 – XI ZB 35/18, BKR 2021, 774 mAnm Ueding, Rn. 8.

Aufklärung nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB haften könne, „etwa wegen unrichtiger mündlicher Zusicherungen“.¹³

Uneins sind beide Senate weiterhin darin, ob die mit dem AnSVG auf den Graumarkt erstreckte gesetzliche Prospekthaftung die bürgerlich-rechtliche Aufklärungshaftung grundsätzlich verdränge – so weiterhin der XI. Senat¹⁴ – oder ob dies nicht der Fall sei – so der II. Senat¹⁵.

II. Wer haftet nach dem Formelkompromiss und wer nicht?

Der Formelkompromiss der beiden Senate engt den Kreis der Initiatoren ein, den die ständige Rechtsprechung (neben Beratern und Vermittlern) zuvor mit der Haftung für vorvertragliche Aufklärungsmängel adressierte.

1. Vertriebsverantwortliche Altgesellschafter

Eindeutig haftungsverpflichtet bleiben danach nur Altgesellschafter, die selbst den Vertrieb oder die Organisation des Vertriebs über Beauftragte übernommen haben oder neben ihrer Prospektverantwortung zusätzlich als Anlagevermittler einen Auskunftsvertrag mit dem Anleger eingegangen sind¹⁶, sowie die geschäftsführende Fondsgesellschaft, in der Regel die Komplementärin der Fondsgesellschaft, wobei insbesondere von letzterer bei Misserfolg der Anlage meist kaum etwas zu holen sein dürfte.

2. Treuhandgründungskommanditisten

Da der XI. Senat seine neue Rechtsprechung daran anknüpft, dass der vertriebsverantwortliche Altgesellschafter einen besonderen Vertrauenstatbestand schaffe, sollte man annehmen, dass erst recht Treuhandgründungskommanditisten in den Kreis der Haftungsadressaten nach neuerer Rechtsprechung beider Senate fallen.

In den Entscheidungen des II. und XI. Senats aus Juni und Juli 2023 wird die weit überwiegende Mehrzahl der Beklagten – einschließlich Treuhandgründungsgesellschaften – allerdings von der Haftung ausgenommen. Der II. Senat¹⁷ stellt die persönlich haftende Gesellschafterin der Fondsgesellschaft haftfrei, da sie von der Geschäftsführung ausgeschlossen war. Der XI. Senat sieht die bürgerlich-rechtliche Aufklärungshaftung der Gründungsgesellschaften, darunter jeweils eine Treuhandkommanditistin¹⁸, als verdrängt an. Nur bei der Gründungsgesellschaft, die als Prospektherausgeberin auch den Vertrieb übernommen hatte, gesteht er die bürgerlich-rechtliche Aufklärungshaftung zu.¹⁹ Im September 2023²⁰ setzt er seine Linie fort, die allgemeine vorvertragliche Aufklärungshaftung nur dann nicht als durch Spezialgesetz verdrängt (und damit verjährt) anzusehen, wenn ein beklagter Altgesellschafter Vertriebsverantwortung oder Geschäftsführungsbefugnis innehatte.

Der II. Senat hat sich zur Haftung von Treuhand-Gründungsgesellschaften bisher noch nicht geäußert. Man darf auf sein Votum gespannt sein.

3. Mündliche Zusicherungen

In drei Entscheidungen aus September 2023²¹, davon zwei in Kapitalanlage-Musterverfahren, äußert sich der XI. Senat zu der Frage, ob seine Verdrängungsrechtsprechung auch dann greife, wenn ein Berater oder Vermittler dem Anlageinteressenten das Angebot mündlich oder fernmündlich erläutert, bevor er den Prospekt übergibt oder übersendet. In ständiger Rechtsprechung hatte er seit Januar 2021 betont, er stelle nicht in Frage, dass „Gründungsgesellschafter (...) Anlegern aus anderen Gründen als durch Verwenden einer Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung – etwa wegen unrichtiger mündlicher Zusicherungen – nach § 280 Abs. 1 BGB iVm § 311 Abs. 2 BGB (und gegebenenfalls § 278 BGB) haften können“.²² U.a. Fohrer²³ weist zutreffend darauf hin, dass der Berater oder Vermittler nach § 278 BGB als Verhandlungshelfer der Altgesellschafter tätig wird, die für eine mündliche Fehlaufklärung auch nach der neueren Rechtsprechung des XI. Senats haften. In den drei Verfahren, die den Entscheidungen des XI. Senats aus September 2023 zugrunde lagen, machten die Kläger entsprechend geltend, für die mündliche Information durch Vertriebspersonen könne nicht danach differenziert werden, ob sie sich in der Wiederholung einer unzutreffenden Prospektaussage erschöpfe oder sich in Widerspruch zum Prospektinhalt setze.

Für die Musterverfahren²⁴ stellt der XI. Senat zunächst fest, dass die geltend gemachten Feststellungsziele eine solche Haftung nicht erfassen. Sie seien nur auf Prospektfehler abgestellt. Es werde ausschließlich die insoweit unzureichende oder irreführende Darstellung „im Prospekt“ bemängelt. Feststellungen zu einem Schadensersatzanspruch, der nicht an eine fehlerhafte öffentliche Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung anknüpfe, seien im Kapitalanleger-Musterverfahren unstatthaft.

Dies lässt noch offen, wie das Argument der Beschwerdeführer vom XI. Senat in Individualverfahren außerhalb KapMuG bewertet würde. Immerhin hat der II. Senat noch in seiner Entscheidung vom 25.10.2022²⁵ ausdrücklich festgestellt, Altgesellschafter müssten sich grundsätzlich gemäß § 278 BGB unrichtige oder unzureichende Angaben von Vermittlern zurechnen lassen. Einer vom aufklärungspflichtigen Gesellschafter bis

13 BGH v. 11.7.2023 – XI ZB 20/21, aaO, Rn. 41.

14 BGH v. 11.7.2023 – XI ZB 20/21, aaO, Rn. 37 ff., und XI ZR 60/22, Rn. 6.

15 BGH v. 27.6.2023 – II ZR 57/21, aaO, II ZR 58/21 und II ZR 59/21, aaO, jeweils 1a.

16 BGH v. 11.7.2023 – XI ZR 50/22, VuR 2023, 397 (Ls.). Ein Auskunftsvertrag kann nach stRspr auch stillschweigend abgeschlossen werden (BGH v. 22.3.1979 – VII ZR 259/77, I.1.b); v. 13.6.2002 – III ZR 166/01, 1. und v. 18.12.2008 – III ZR 56/08, Rn. 14).

17 BGH v. 27.6.2023 – II ZR 57/21, aaO, II ZR 58/21 und II ZR 59/21, aaO.

18 BGH v. 11.7.2023 – XI ZB 20/21, aaO, Rn. 40, 52, und XI ZR 60/22, aaO, Rn. 6, 8, und v. 25.7.2023 – XI ZB 11/21, NJW-RR 2023, 1345, Rn. 22.

19 BGH v. 11.7.2023 – XI ZB 20/21, aaO, Rn. 35, 52.

20 BGH v. 12.9.2023 – XI ZR 179/22 und XI ZR 188/22, v. 19.9.2023 – XI ZB 19/21 und v. 26.9.2023 – XI ZR 489/21, XI ZR 491/21, XI ZR 311/22.

21 BGH v. 19.9.2023 – XI ZB 16/21 (Vorinstanz OLG Hamburg v. 6.8.2021 – 13 Kap 26/19) und XI ZB 19/21 (Vorinstanz OLG Hamburg v. 20.8.2021 – 11 Kap 1/21) sowie v. 26.9.2023 – XI ZR 311/22 (Vorinstanz OLG Hamburg vom 8.11.2022 – 6 U 38/22).

22 U.a. BGH v. 27.4.2021 – XI ZB 35/18, aaO, Rn. 8.

23 Fohrer BKR 2023, 597 (606).

24 BGH v. 19.9.2023 – XI ZB 16/21, Rn. 23, und XI ZB 19/21, Rn. 21.

25 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO, Rn. 34.

zum Vermittler führenden vertraglichen „Auftragskette“ bedürfe es nicht. Im Individualverfahren²⁶ entscheidet der XI. Senat nun allerdings, eine mündliche Zusicherung liege nicht vor, wenn der Vermittler oder Berater lediglich den Prospektinhalt im Gespräch wiedergebe. Die Verdrängungswirkung der spezialgesetzlichen Prospekthaftung greife auch in diesem Fall.

Da der XI. Senat mehrfach bekräftigt hat, dass Altgesellschafter für mündliche Fehlangaben haften, die eine Vertriebsperson abweichend vom Prospekt abgebe, entsteht mit dieser Rechtsprechung nun ein bemerkenswerter Wertungswiderspruch. Der prospektverantwortliche Altgesellschafter soll nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, 278 BGB selbst dann haften, wenn er einen *korrekten* Prospekt veranlasst hat und (lediglich) sein Verhandlungshelfer mit *fehlerhaften* mündlichen Zusicherungen davon abweicht. Er soll nach diesen Vorschriften aber nicht haften, wenn er selbst dieselbe Falschaussage im Prospekt trifft. Es dürfte ohne Beispiel im deutschen Recht sein, dass jemand für die Handlung eines Dritten haftet, aber bei eigener Begehung der nämlichen Handlung nicht oder nur wesentlich reduziert haftbar sein soll. Ob der II. Senat das so mitträgt, wird zu beobachten sein.

Zivilsenate des OLG Hamburg beurteilen diese Frage mit unterschiedlicher Tendenz. Der 11. Zivilsenat²⁷ meint, eine „andere“ Art der Risikoaufklärung als jene „durch Verwendung eines Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung“ liege nur dann vor, wenn der Berater mündlich die im Prospekt dargelegten Risiken relativiere oder in sonstiger Weise von den Angaben im Prospekt abweiche. Der 13. Zivilsenat²⁸ sieht eine solche Konstellation nicht als geeignet für das Kapitalmusterverfahren und verweist auf die Ausgangsverfahren. Der 15. Zivilsenat²⁹ urteilt in einem Verfahren nach dem KapMuG – allerdings in einem Fall, in dem der Kapitalanleger den strittigen Prospekt gar nicht erhalten hatte, dieser dem Berater aber als Arbeitsgrundlage diene – maßgeblich bleibe allein die mündliche Beratung. Ob sie pflichtwidrig erfolgt sei, könne nur in den Individualverfahren geklärt werden.

Die mündliche oder fernmündliche Aufklärung durch einen Berater oder Vermittler vor Übergabe oder Versand des Prospekts dürfte eine häufige Fallkonstellation darstellen, wenn nicht gar den Regelfall. Sie könnte damit in den noch ausstehenden Individualprozessen größere Bedeutung für die Praxis gewinnen.

III. Kritische Würdigung des Formelkompromisses

1. „Deal“ zwischen zwei Senaten unter Verstoß gegen § 132 Abs. 2 GVG und Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG

Es war weithin erwartet worden, dass der Bruch mit der bisherigen gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den XI. Senat zu einer Anrufung des Großen Senats führen würde.³⁰ Diese Erwartung erhöhte sich mit dem Beschluss des II. Senats vom 25.10.2022³¹, der die dürftige³² Argumentation des XI. Senats (dazu noch unten) mit völlig überzeugenden Argumenten geradezu pulverisierte.

Umso mehr erstaunt, mit welcher Selbstverständlichkeit der II. und XI. Senat sich durch bilaterale Absprache untereinander

ohne Einschaltung des Großen Senats auf eine Rechtsprechungspraxis verständigt haben³³, obwohl ihr Dissens in der wesentlichen Frage andauert, ob der Gesetzgeber des AnSVG für gesellschaftsrechtliche Fondsbeiträge eine Spezialregelung geschaffen habe, die die allgemeine vorvertragliche Aufklärungshaftung verdränge.

Bei unterschiedlichem Gesetzesverständnis der Senate will die Divergenzregelung des § 132 GVG über den Großen Senat für eine Einbeziehung des Wissens und Könnens aller Zivil- oder Strafsenate in eine bestmögliche einheitliche Rechtsfindung mit hoher Reputation sorgen. Das war bereits bei der Schaffung der Vorläuferregelung zu § 132 GVG Anliegen des Gesetzgebers, wie die Begründung zu § 108 des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes und des Einführungsgesetzes ausweist:³⁴

„Widersprüche in den Urtheilen der verschiedenen Senate des höchsten Gerichtshofes schädigen nicht nur das Ansehen desselben sowie die Interessen der Parteien, sondern stören auch die einheitliche Entwicklung des Rechts.“

Nach dem Sinn des § 132 GVG ist es nicht Aufgabe der BGH-Senate, ihre nach bestem Wissen und Gewissen gewonnene Überzeugung zur Bedeutung eines Gesetzes danach zu korrigieren, wie sie ihre Gesetzesauslegung der eines anderen Senats durch bilaterale weitgehend unveröffentlichte Absprachen außerhalb des formalisierten Verfahrens nach § 132 GVG anpassen können, um eine Anrufung des Großen Senats zu vermeiden. Das gilt erst recht bei Fragen, die von *mehreren Senaten* unterschiedlich beurteilt werden oder mit hoher Wahrscheinlichkeit künftig unterschiedlich beurteilt werden könnten.

Neben dem II. Senat hat auch der III. Senat in zahlreichen Entscheidungen die vorvertragliche Aufklärungshaftung zu Fehldarstellungen in Prospekten frei konkurrierend neben die spezialgesetzliche Prospekthaftung gestellt und insbesondere zur vorvertraglichen Haftung des Treuhandkommanditisten betont, dass diese bereits – völlig unabhängig von einer spezialgesetzlichen Prospekthaftung – allein aus der Anbahnung des Treuhandvertrags erwachse.³⁵

Auch der IV. Senat hat – wenn auch in einem „obiter dictum“ – festgestellt, dass neben dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz „die hiervon unabhängige bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung im weiteren Sinne“ bestehe.³⁶ Und soweit eine

26 BGH v. 26.9.2023 – XI ZR 311/22.

27 OLG Hamburg v. 20.8.2021 – 11 Kap 1/21, BeckRS 2021, 43022, Rn. 41.

28 OLG Hamburg – 13 Kap 1/18, Protokoll der Sitzung v. 27.9.2023, S. 7.

29 OLG Hamburg v. 3.6.2021 – 15 Kap 1/21, I.2.

30 Maier VuR 2023, 98 (105), mit der Begründung, dass es der XI. Senat sei, der von der ständigen Rechtsprechung des II. Senats abweiche; Henning jurisPR-BKR 1/2023 Anm. 2; Corzelius EWIR 2023, 135; Bender WM 2023, 655.

31 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO.

32 Herresthal ZWH 2023, 85 (89): „(...) steht die Auslegung durch den XI. Zivilsenat methodisch, insbesondere hinsichtlich der historischen und teleologischen Auslegung, (...) auf deutlich zu dünnem Eis“.

33 Maier VuR 2023, 380.

34 Begründung zu § 108 des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes und des Einführungsgesetzes, in Hahn (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz, Bd.1., I. Abteilung, 2. Aufl. 1883, S.138, zitiert bei Jungmann JZ 2009, 380.

35 BGH v. 8.4.2021 – III ZR 62/20, Rn. 46; v. 16.3.2017 – III ZR 489/16, Rn. 18; v. 12.12.2013 – III ZR 404/12, Rn. 11; v. 12.2.2009 – III ZR 90/08, Rn. 26; v. 13.7.2006 – III ZR 361/04, Rn. 9, 13, und v. 26.11.2015 – III ZR 78/15, Rn. 16.

36 BGH v. 8.5.2013 – IV ZR 84/12, Rn. 17.

bilaterale Abstimmung zwischen dem II. und XI. Senat darauf hinausläuft, dass für vorvertragliche Haftungen gemäß § 311 Abs. 2 BGB künftig abweichend vom Wortlaut ein besonderer Vertrauenstatbestand gefordert würde (hierzu unten III.3), sind ohnehin grundsätzlich fast alle Zivilsenate des BGH betroffen.

§ 132 GVG regelt nicht ausdrücklich den Fall, dass ein Senat nicht nur von der Entscheidung eines anderen Senates, sondern gleich von Entscheidungen mindestens zweier Senate abweichen will. Den Formulierungen ist aber zu entnehmen, dass sie den „Normalfall“ einer Divergenz zwischen zwei Senaten regeln, die im formalisierten Verfahren nach § 132 Abs. 3 bilateral zwischen zwei Senaten aufgelöst werden kann. Dem steht nicht gleich, dass eine Verständigung zweier Senate „über den Kopf hinweg“ eines anderen betroffenen Senates erfolgt. Entsprechend hat der BGH die Regelung in der Vergangenheit so verstanden, dass bei Divergenz zwischen mehreren Senaten (hier mindestens II. und III. Senat zu XI. Senat) eine Vorlagepflicht an den Großen Senat bestehe.³⁷

Damit aber stellt sich die verfassungsrechtliche Problematik zur Gewährung des *Grundrechts auf den gesetzlichen Richter* (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG iVm § 132 Abs. 2 GVG).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt, dass Regeln darüber aufgestellt und eingehalten werden, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welche Richter zur Entscheidung des Einzelfalles berufen sind.³⁸ Zu den Rechtssätzen, die den zur Entscheidung berufenen Richter bestimmen, zählen auch Vorschriften, die ein Gericht zur Vorlage an ein anderes Gericht verpflichten.³⁹ Die Vorlagepflicht bei Divergenz nach § 132 GVG gehört dazu, da auch sie eine Bestimmung des gesetzlichen Richters vornimmt.⁴⁰

Die Annahme des XI. Senats, eine Divergenz der eigenen Rechtsprechung zu jener des II. und III. Senates liege nicht vor⁴¹, hat sich als unzutreffend erwiesen. Jedenfalls gegenüber dem III. Senat besteht sie auch nach Abstimmung mit dem II. Senat fort. Vom II. Senat widerlegt wurden die Darstellungen des XI. Senats, ihm sei laut Geschäftsverteilungsplan des BGH die alleinige Kompetenz zur Entscheidung über das Konkurrenzverhältnis der beiden Haftungsgrundlagen zugewiesen⁴² und der II. Senat habe ihm die Entscheidung über das Konkurrenzverhältnis überlassen.⁴³

Für die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG genügt allerdings nicht schon jede irrtümliche Überschreitung der den Fachgerichten gezogenen Grenzen.⁴⁴ Eine Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters kommt in Betracht, wenn das Fachgericht Bedeutung und Tragweite der Gewährleistung aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt hat oder wenn die maßgeblichen Verfahrensnormen in objektiv willkürlicher Weise fehlerhaft angewandt wurden.⁴⁵

Es bestehen bereits starke Zweifel, ob der XI. Senat Bedeutung und Tragweite der Gewährleistung aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht grundlegend verkannt hat. In seinen Entscheidungen seit Januar 2021 musste er vielfach zu Hinweisen auf Divergenz zur Rechtsprechung anderer Senate Stellung nehmen. Einer förmlichen Klärung entsprechend den Vorschriften des § 132 GVG ist er ausgewichen, indem er seine Verdrängungsthese wörtlich sehr zugespitzt formuliert hat mit einer Unter-

scheidung zwischen mündlicher und schriftlicher Aufklärung mittels Prospekts⁴⁶, die mit dieser Differenzierung im Gesetz keine Grundlage findet.⁴⁷ Er hat sich einer im Geschäftsverteilungsplan des BGH ihm tatsächlich nicht zugewiesenen Allein-zuständigkeit für Entscheidungen in der Konkurrenzfrage berührt⁴⁸ und einer vermeintlichen kollegialen Überlassung der Konkurrenzentscheidung durch den II. Senat offenbar ohne Rückvergewisserung. Er hat hingegenommen, dass es für den Verfahrenserfolg von Rechtssuchenden zum Lotteriespiel wurde, bei welchem BGH-Senat ihr Verfahren entschieden werde. Auch von der Möglichkeit, dem Großen Senat die Konkurrenzfrage als Frage mit grundsätzlicher Bedeutung zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung vorzulegen (§ 132 Abs. 4 GVG), hat er trotz der entstandenen Rechtsunsicherheit⁴⁹ keinen Gebrauch gemacht.

Jedenfalls hat der XI. Senat auch die maßgeblichen Verfahrensnormen nach § 132 Abs. 3 GVG bei der vermeintlich vom II. Senat übertragenen Entscheidungskompetenz fehlerhaft nicht eingehalten. Den Regelungen des § 132 GVG entspricht es nicht, und erst recht nicht auf Basis der Vorgeschichte der jahrzehntelangen Rechtsprechung, quasi „auf Zuruf“ anzunehmen, dass ein anderer Senat mit der Abgabe eines Rechtsfalls auch die Änderung der von ihm über Jahrzehnte entwickelten Rechtsprechung ins Belieben des übernehmenden Senates stellt. § 132 GVG will durch ein formalisiertes Verfahren gerade Missverständnisse und Rechtsunsicherheiten vermeiden, wie sie dann auch prompt entstanden sind. Er schreibt in Abs. 3 deshalb vor, dass über eine Anfrage und deren Beantwortung der jeweilige Senat durch Beschluss in der für Urteile erforderlichen Besetzung zu entscheiden hat. Den zitierten Beschlüssen des II. Senats vom 27.6.2023 und des XI. Senats vom 11./25.7.2023 ist nicht zu entnehmen, dass diesen aus guten Gründen gesetzten Vorschriften nach § 132 GVG genügt wurde, in Sonderheit bezüglich des III. Senats.

Die Nichtanwendung einer einschlägigen gesetzlichen Norm ist aber stets objektiv willkürlich⁵⁰ und führt zu einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

Zu befürchten ist überdies, dass die verfassungswidrige Umgehung des Großen Senats ein falsches Signal für künftige ähnli-

37 U.a. Großer Senat für Zivilsachen v. 9.8.2021 – GSZ 1/20, NJW 2021, 3191, Rn. 7.

38 BVerfG v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, NVwZ 2015, 510, Rn. 67.

39 BVerfG v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, aaO, Rn. 68.

40 Jungmann JZ 2009, 380.

41 BGH v. 27.4.2021 – XI ZB 35/18, aaO, Rn. 8 (auf Anhörungsrüge gegen den Beschl. v. 19.1.2021).

42 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO, Rn. 32, versus XI. Senat v. 11.1.2022 – XI ZB 11/20, Rn. 30, XI ZB 13/20, XI ZB 17/20 und XI ZB 19/20.

43 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO, Rn. 32, versus XI. Senat v. 27.4.2021 – XI ZB 35/18, aaO, Rn. 9.

44 BVerfG v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, aaO, Rn. 71.

45 BVerfG v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, aaO, Rn. 71.

46 U.a. BGH v. 12.10.2021 – XI ZB 26/19, Rn. 25.

47 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO, Rn. 43.

48 Herresthal, uni-regensburg.de/rechtswissenschaft/buergerliches-recht/herresthal/startseite/index.html, nennt das „Usurpation der Auslegungszuständigkeit (...) durch den XI. Ziv.Sen.“

49 Könecke RdF 2022, 307; Henning jurisPR-BKR 9/2022 Anm. 2 D und jurisPR-BKR 1/2023 Anm. 2 D: „Die Schaffung von Rechtssicherheit geht anders.“

50 ZB BVerfG v. 19.12.2007 – 1 BvR 1984/06, Rn. 8, v. 11.7.2014 – 2 BvR 2116/11, Rn. 19 und v. 29.6.2015 – 2 BvR 2048/12, Rn. 18.

che Situationen sendet, zumal wegen der Stellung des Vorsitzenden des beteiligten XI. Senats als Vizepräsident des BGH. Die Einheitlichkeit der Rechtsentwicklung und die Akzeptanz von BGH-Entscheidungen würden gefährdet, wenn die Senate des BGH künftig vermehrt Vorlagen an den Großen Senat vermeiden und sich ein „*horror pleni*“ wie zu Zeiten des Reichsgerichts einstellt.⁵¹

2. Widersprüchlichkeit bezüglich Treuhand-Gründungsgesellschaften

Die vom XI. Senat für seine Rechtsprechungsanpassung herausgestellte Begründung über ein vom vertriebsverantwortlichen Altgesellschafter geschaffenes Vertrauenselement passt so gar nicht dazu, dass er gleichwohl eine vorvertragliche Haftung des Treuhand-Gründungsgesellschafters ablehnt.

Denn bereits die Bezeichnung „Treuhandvertrag“ signalisiert, dass der Treugeber dem Treunehmer ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Er vertraut ihm das Treugut an, das der Treunehmer ausschließlich im Interesse des Treugebers verwalten soll. Den Treuhandvertrag schließt der Anlageinteressent notwendig im direkten Kontakt zum Treuhandkommanditisten ab – im Unterschied zum Vertrag mit dem lediglich vertriebsverantwortlichen Gesellschafter, mit dem der Gesellschaftsvertrag idR nur über den Treuhänder zustande kommt.

Der Treuhandvertrag ist üblicherweise mit der weiteren Verpflichtung verbunden, über alle wesentlichen Entwicklungen der Zielgesellschaft zu informieren. Das beinhaltet einen „Auskunftsvertrag“, bei dessen Vorliegen der XI. Senat die bürgerlich-rechtliche Aufklärungshaftung eines Prospektverantwortlichen gerade nicht verdrängt sieht (siehe oben II.1).

Diese doppelte Verpflichtung des Treuhänders schafft einen Vertrauenstatbestand, der über ein typisiertes Vertrauen in eine bloße Gründungsgesellschafterin weit hinausgeht. Das OLG Hamburg hat zu dieser doppelten Vertragskonstruktion, so wie sie in den Verträgen eines marktführenden Anbieters von Schiffsbeteiligungen mit Sitz in Hamburg üblicherweise angelegt war, treffend angemerkt, die Treuhandkommanditistin stehe nach diesen Pflichten „im Lager der Anleger, nicht der Anbieter“.⁵² Dem Treuhandkommanditisten vertraut der Anleger die Verwaltung des Treuguts in üblicherweise beträchtlichem Wert an und sieht ihn nach dem zu schließenden Treuhandvertrag und gegen ein meist üppiges Entgelt als seinen Interessenwahrer in der Gesellschaft an, der ihn zudem über wesentliche Entwicklungen der Gesellschaft und des Treuguts regelmäßig informieren wird.

Dem steht das vom XI. Senat reichlich künstlich „über zwei Ecken“ konstruierte angebliche „besondere Vertrauen“ gegenüber, das ein vertriebsverantwortlicher Gesellschafter in Anspruch nehmen soll, der nicht einmal in direkten Kontakt zum Anleger tritt.⁵³ In der Konstruktion des XI. Senats soll er vom Vertrauen zehren, das der Anleger seinem Berater oder Vermittler entgegenbringe, sodann auf die Vertriebsstruktur übertrage, in die der Berater/Vermittler eingebunden sei und über diese in einem weiteren „Vertrauenstransfer“ auf den für den Vertrieb Verantwortlichen weiterleite. Dabei ist nicht zuletzt sehr die

Frage, ob der Anleger im Einzelfall dem Prospekt überhaupt entnommen hat, bei welchem der beteiligten Altgesellschafter die Vertriebsverantwortung lag und ob die interne Zuständigkeitsregel dazu einen Einfluss darauf hat, ob und wem der Anleger Vertrauen entgegenbringt.

Angesichts dessen ist schlicht nicht vorstellbar, dass der für den Vertrieb verantwortliche Gesellschafter mehr Vertrauen des Anlegers in Anspruch nimmt als der Altgesellschafter mit Treuhandfunktion.

Zudem entsteht zwischen Anleger und Treuhandkommanditist von Gesetzes wegen stets auch ein zusätzliches vorvertragliches Schuldverhältnis, das, wie mehrfach von den BGH-Senaten entschieden⁵⁴, neben und unabhängig von jenem aus der Beziehung als künftiger Mitgesellschafter steht.

Würde man in Fällen, in denen der Treuhänder die Verpflichtung übernimmt, den Treugeber über wesentliche Entwicklungen der Anlagegesellschaft zu informieren, eine vorvertragliche Aufklärungspflicht ablehnen, entstünde ein unauflösbarer Widerspruch. Der Treunehmer könnte dann bis zum Abschluss des Treuhandvertrags dem Treugeber anlagegefährdende Umstände verschweigen, die er gleich nach Abschluss des Treuhandvertrags offenbaren müsste. Das wäre treuwidrig und entspricht weder dem Charakter eines Treuhandvertrags noch dem Grundgedanken des § 311 BGB. § 311 Abs. 2 BGB stellt gerade klar, dass es auf den häufig nur zufälligen Moment der Schutzpflichtverletzung (dh vor oder nach Vertragsschluss) nicht ankommen soll.⁵⁵

3. Auswirkungen des Formelkompromisses auf andere Haftungstatbestände nach § 311 Abs. 2 BGB

Es erstaunt, dass der XI. Senat als Haftungsgrundlage § 311 Abs. 2 BGB heranzieht, der doch im Unterschied zu § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB kein Vertrauenselement für denjenigen erfordert, der direkt oder über einen Dritten in Verhandlungen über einen mit ihm selbst zu schließenden Vertrag tritt.

Möglicherweise wollen II. und XI. Senat an einen in der Literatur vertretenen Vorschlag von Buck-Heeb⁵⁶, Assmann⁵⁷ und Klöhn⁵⁸ anknüpfen, die Prospekthaftung im weiteren Sinne „immer, aber auch nur dann neben der spezialgesetzlich geregelten Prospekthaftung (anzuwenden), wenn die Sonderverbindung zwischen Anspruchsgegner und Anspruchsteller darauf beruht, dass Ersterer besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch ge-

51 Jungmann JZ 2009, 380.

52 OLG Hamburg v. 2.8.2021 – 13 W 35/21, zu Ziff. 2.

53 Kritisch zu dieser Vertrauenskonstruktion auch Buck-Heeb NJW 2023, 3205 (3206 f.). Zoller BKR 2023, 718 (720) hält den Formelkompromiss der beiden Senate für willkürlich. Die Haftung der Altgesellschafter sei derart unklar, wie seit der Bond-Entscheidung des BGH v. 6.7.1993 – XI ZR 12/93, NJW 1993, 2433, noch nicht dagewesen. Beide sehen auch speziell die Haftung des Treuhänders ungeklärt.

54 BGH v. 16.3.2017 – III ZR 489/16, Rn. 19 (für einen Fondsbeitritt im Juni 2006); v. 26.11.2015 – III ZR 78/15, Rn. 16, v. 15.7.2010 – III ZR 321/08, Rn. 9; v. 9.5.2017 – II ZR 10/16, Rn. 17, sowie v. 9.7.2013 – II ZR 193/11, Rn. 21, und II ZR 9/12, Rn. 29.

55 Schmidt WM 2022, 1207 (1210) mit Bezug auf Canaris, Festschrift 50 Jahre BGH, I, 2000, 129 (189).

56 Buck-Heeb/Dieckmann ZIP 2022, 145 (152), und Buck-Heeb jurisPR-BKR 2/2023 Anm. 2, D sowie NJW 2023, 3205 (3207).

57 Assmann AG 2023, 189.

58 Klöhn NZG 2021, 1063 (1067).

nommen und dieses durch eine auf der Verwendung eines unrichtigen oder unvollständigen Prospekts beruhende fehlerhafte Aufklärung enttäuscht hat“ (Assmann). Buck-Heeb/Dieckmann⁵⁹ wollen die Prospekthaftung iW.S. weiterhin unverdrängt gelten lassen, wenn es „während der Vertragsanbahnung zu einem echten ‚sozialen Kontakt‘“ komme und der Haftungsadressat wie ein Dritter iSd § 311 Abs. 3 BGB in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nehme und dadurch einen zusätzlichen Vertrauenstatbestand schaffe. Klöhn spricht von einem „besonderen persönlichen Vertrauen, das selbst dann zu einem vorvertraglichen Schuldverhältnis führen würde, wenn der Gründungsgesellschafter kein Vertragspartner wäre (§ 311 III 2 BGB)“.

Gegen diesen Ansatz spricht allerdings, dass die bürgerlich-rechtliche Aufklärungshaftung auf § 311 Abs. 2 BGB beruht. Dort ist sie für diejenigen, der selbst potentieller Vertragspartner ist, (lediglich) an die Aufnahme von Vertragsverhandlungen gebunden. Auch wenn dort die Annahme eines typisierten Verhandlungstrauens bei der Gesetzesentstehung hinterlegt sein mag, fordert das Gesetz gerade kein über den Verhandlungskontakt hinausgehendes Vertrauenselement. Nur für die Entstehung vorvertraglicher Pflichten zugunsten eines *Dritten, der nicht selbst Vertragspartei wird*, setzt § 311 Abs. 3 BGB voraus, dass der Haftungsadressat „in besonderem Maße Vertrauen“ für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

Der historische Gesetzgeber hat ausdrücklich für den Fall der Prospekthaftung im Entwurf des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes den wesentlichen Unterschied zwischen der gesetzlichen Prospekthaftung und der bürgerlich-rechtlichen Aufklärungshaftung hervorgehoben, auch wenn dort mit dem Fokus auf unterschiedliche Haftungsmaßstäbe: „Die Milderung des Haftungsmaßstabs gleicht den Umstand aus, dass im Bereich der Prospekthaftung auf das Erfordernis eines rechtsgeschäftlichen Kontakts verzichtet wird.“⁶⁰

Von einem besonderen Vertrauenstatbestand ist dort nicht die Rede, sondern lediglich von dem auch in § 311 Abs. 2 BGB geforderten rechtsgeschäftlichen Kontakt durch Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Die Begründung liegt darin, dass sich der Prospektverantwortliche bei der gesetzlichen Prospekthaftung einer potentiell unbegrenzten Anzahl von Anspruchstellern ausgesetzt sieht, während er bei der bürgerlich-rechtlichen Aufklärungshaftung durch Eigenentscheid in einen Vertragskontakt eintritt, wodurch sein Haftungsrisiko für ihn bestimmbar wird.⁶¹

Eine Heranziehung des Vertrauenselements für die auf § 311 Abs. 2 BGB basierte Aufklärungshaftung von Gründungsgesellschaftern könnte nicht ohne Rückwirkung auf das generelle Verständnis von § 311 BGB bleiben. Das würde zur praktischen Erosion dieser Vorschrift führen, die (potentielle) Vertragspartner unterschiedlichster Geschäftskontakte schützt.⁶² Geht doch die gesellschaftliche Entwicklung heute dahin, dass viele Geschäfte, die früher im persönlichen „echten sozialen Kontakt“ angebahnt wurden, heute über das Internet geschlossen werden – und zB Verbraucher dabei eher eines gesteigerten Schutzes als eines verringerten bedürfen.

Ohnehin ist, worauf Schmidt⁶³ mit Recht hinweist, schon der Begriff des Vertrauens für sich betrachtet problematisch, da mit ihm als Rechtfertigungstopos unabhängig von einer Unterkategorisierung auf oberster Ebene zwangsläufig die Frage verknüpft sei, ob ein Anleger auch vertrauen *durfte*.

4. Unvertretbare Grundannahmen der veränderten Rechtsprechung

Die veränderte Rechtsprechung beider Senate ist mit den Grundannahmen ihrer vor dem Formelkompromiss veröffentlichten Entscheidungen nicht in Einklang zu bringen.

Wenn der II. Senat sich neuerdings auf die „mit dem AnSVG geschaffenen spezialgesetzlichen Aufklärungspflichten und das mit ihnen verbundene Haftungsregime“ beruft, die er „unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs“ würdigen will, hat er demgegenüber im Beschluss vom 25.10.2022⁶⁴ mit sehr sorgfältigen und überzeugenden Begründungen nachgewiesen, dass das AnSVG gerade kein neues Haftungsregime geschaffen hat. Und was er tatsächlich von der „zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs“ hält, lässt sich daran ersehen, wie er im genannten Beschluss die kargen Argumente des XI. Senats sämtlich ausführlich demontierte, ohne dass eine Entscheidung darüber im Streitfall notwendig gewesen wäre.

Die außerordentlich gründlichen und zutreffenden Erwägungen des II. Senats in seinem Beschluss vom 25.10.2022 sollen hier nicht sämtlich wiederholt werden. Es ist aber bemerkenswert, dass er dem XI. Senat grundlegende rechtsmethodische Fehler nachweist. Zu nennen ist u.a. der Hinweis, dass eine verdrängende Spezialnorm (*lex specialis*) nach allgemeinem Verständnis der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis sämtliche Merkmale einer allgemeinen Norm enthalten muss und dieser noch ein besonderes Merkmal zur Bildung ihres Tatbestands hinzufügt⁶⁵ – während die Eigenschaft als künftiger Vertragspartner schon nicht Tatbestandsvoraussetzung der gesetzlichen Prospekthaftung ist.

Eine ähnliche Ebene berührt die Kritik des II. Senats an dem Umkehrschluss, den der XI. Senat aus einer Randbemerkung der Regierungsbegründung zum AnSVG⁶⁶ als tragendes Argument für eine vermeintlich vom Gesetzgeber des AnSVG gewollte Haftungsprivilegierung der Prospektverantwortlichen heran-

59 Buck-Heeb/Dieckmann ZIP 2022, 145 (152).

60 BT-Drs. 13/8933, 80.

61 Schmidt WM 2022, 1207 (1215).

62 Die Gefahr einer Verwässerung des „besonderen persönlichen Vertrauens“ bei Haftungen aus *cic* sieht auch Buck-Heeb NJW 2023, 3205 (3207) als Folge des Formelkompromisses der beiden BGH-Senate.

63 Schmidt WM 2022, 1207 (1215).

64 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO.

65 Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 465; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 267; so auch BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO, unter Bezug auf BGH v. 12.4.1954 – GSZ 1/54; BGHZ 13, 88 (95); BAGE 163, 309, Rn. 37; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 31 f.

66 BT-Drs. 15/3174, 44: „Ansprüche aus zivilrechtlicher Prospekthaftung im weiteren Sinne gegen von § 13 in Verbindung mit § 44 Börsengesetz nicht erfasste am Vertrieb der Vermögensanlagen im Sinne des § 8f Abs. 1 Beteiligte, z.B. Vermittler, werden nicht berührt.“

zieht.⁶⁷ Mit Recht rügt der II. Senat, dass dies die Aussagekraft der Bemerkung in der Regierungsbegründung überspanne; sie betreffe inhaltlich die Haftung von Personen, die von vornherein gar nicht zum Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung gehörten.⁶⁸

Diese Rüge ist völlig berechtigt. Es ist rechtsmethodisches Grundwissen, dass ein Umkehrschluss aus Gesetzesformulierungen nur dann zulässig ist, wenn er zwingend erscheint und es zu ihm keine näher liegende Verständnialternative zu der Aussage gibt, die dem Umkehrschluss entnommen werden soll.⁶⁹ Ein Umkehrschluss als Gegenstück zur Analogie kommt zwar bei abschließender Aufzählung im Gesetz in Betracht, nicht aber bei einer beispielhaften, die allenfalls einen Analogieschluss erlaubt.⁷⁰ Eine solche nur beispielhafte Aufzählung enthält aber die vom XI. Senat herangezogene Aussage („z.B. Vermittler“).⁷¹

Dem XI. Senat hätte ein näher liegendes Verständnis der zum Gegenschluss herangezogenen Formulierung auffallen müssen. Im Beschluss vom 11.7.2023⁷² erwähnt er das zum 1.11.1969 in Kraft getretene AuslInvestmG und den dazu vorgelegten Entwurf.⁷³ Sowohl der Entwurf als auch die Gesetzesfassung beziehen in eine Prospekthaftung mit § 12 neben der ausländischen Investmentgesellschaft die Vertriebsgesellschaften ein. Es lag daher nicht fern, dass der Gesetzgeber sich bei späteren Prospekthaftungsregelungen dazu äußern würde, ob er Vertriebsverantwortliche, die nicht für den Prospekt verantwortlich waren, gleichwohl wie beim AuslInvestG in eine gesetzliche Prospekthaftung einbeziehen wolle.

Zu Beginn der 1990er Jahre hatte die Gesetzgebung dann auch bei einem anderen Gesetzesvorhaben erwogen, (gewerbsmäßige) Vermittler in die gesetzliche Prospekthaftung einzubeziehen. Vorgesehen war dies im „Entwurf eines Gesetzes über Wertpapier-Verkaufsprospekte und zur Änderung von Vorschriften über Wertpapiere“⁷⁴ als § 13 Abs. 3 VerkProspG. Eine Prospekthaftung von Vermittlern wurde letztlich dann nicht in das Gesetz aufgenommen.

Es musste weiter auffallen, dass der Gesetzgeber des AnSVG sein Ziel, den Anlegerschutz zu verbessern, entscheidend gerade dadurch erreichen wollte, dass er durch Einführung einer Prospektpflicht im Graumarkt Transparenz über den tatsächlichen Inhalt des Angebotes schaffen wollte. Dies wird an mehreren Stellen der Materialien⁷⁵ ausdrücklich hervorgehoben, zB in der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses⁷⁶: „dass der Schutz von Kapitalanlegern *namentlich* durch die Einführung einer Prospektpflicht für den Grauen Kapitalmarkt (...) verbessert werde.“

Mit der Herausgabe eines Prospektes haben aber Vermittler und sonstige lediglich am Vertrieb Beteiligte gerade nichts zu tun. Ihre Nichtaufnahme in das AnSVG war daher konsequent. Der Regierungsentwurf verweist lediglich auf die verbleibende bürgerlich-rechtliche Haftung der nicht in das AnSVG aufgenommenen.

Eine den gesamten Zweck des Gesetzes zur *Verbesserung des Anlegerschutzes*⁷⁷ konterkarierende Aussage, dass die für den Prospekt Verantwortlichen von ihrer bestehenden bürgerlich-rechtlichen Haftung weitgehend befreit werden sollten, ist dem dagegen im Umkehrschluss nicht zu entnehmen.⁷⁸

Den Zweck des Gesetzes, den Schutz der Anleger über den seinerzeit bereits bestehenden Schutz hinaus zu *verbessern*, macht der Gesetzgeber nicht nur mit der Gesetzesbezeichnung, sondern auch an 20 Stellen der Materialien mehr als deutlich.⁷⁹ Dabei ist völlig unmissverständlich ein *zusätzlicher Anlegerschutz* gewollt und nicht etwa der Ersatz des bestehenden Anlegerschutzes durch einen anderen oder gar verminderten. Das belegt u.a. die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses⁸⁰: „Im Ausschuss bestand Einvernehmen, dass mit der Einbeziehung des Grauen Kapitalmarktes in die Regelungen des Verkaufsprospektgesetzes grundsätzlich ein höheres Maß an Transparenz, *zusätzlicher* Anlegerschutz und mehr Markteffizienz geschaffen werde.“

Es gibt weitere eindeutige Belege in den Materialien, dass der Gesetzgeber ein Nebeneinander der neuen gesetzlichen Prospektpflicht mit der weiter bestehenden vorvertraglichen zivilrechtlichen Aufklärungshaftung erwartete und wollte. So weisen sowohl die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses⁸¹ wie das Plenarprotokoll⁸² aus, dass die Einführung der Prospektpflicht auch die „Beweislage für den Anleger im Falle von *Schadensersatzprozessen*“ verbessern sollte. Die spezialgesetzliche Prospekthaftung gewährte aber gerade keinen Schadensersatz, sondern nur einen rücktrittsähnlichen Rückgewähranspruch auf den gezahlten Erwerbspreis. Einen Schadensersatzanspruch konnte es nur aus der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung nach § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 und 280 Abs. 1 BGB geben.

Der Bundesrat⁸³ regt in seinen Empfehlungen eine Angleichung der Verjährungsvorschriften an die längeren Verjährungsfristen des BGB für die „im BGB geregelten Informations- oder Beratungspflichten, die ebenfalls der regelmäßigen Verjährung

67 BGH v. 19.1.2021 – XI ZB 35/18, aaO, Rn. 27.

68 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO, Rn. 50.

69 BVerfG v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NJW 2018, 2542, Rn. 80.

70 Bitter, Vorlesung BGB AT, Grundzüge zivilrechtlicher Methodik, Universität Mannheim, https://www.jura.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/jura/Bitter/Dateien/Veranstaltungen/BGB_AT/bgb-at-folien-methodik-2018.pdf = t1p.de/96zs4 (Folie 27).

71 Mit Recht bemerkt Herresthal ZWH 2023, 85 (88), dass der XI. Senat das Gesetz und die Materialien nicht *ausgelegt*, sondern eine Bekräftigung der eigenen Einlegung *hineingelesen* habe, und glossiert, dass der XI. Senat dies dann obendrein noch als „*Ergebnis einer demokratisch erfolgten Willensbildung des Gesetzgebers*“ bezeichne.

72 BGH v. 11.7.2023 – XI ZB 20/21, aaO, Rn. 47.

73 BGBl. I 1969, 986; BT-Drs. V/3494.

74 BT-Drs. 11/6340, 7, 14.

75 BR-Drs. 341/04, 1, 51 (82); BT-Drs. 15/3174, 1, 26 (27 [2x]), 41; BR-Drs. 341/04 (B), 9; BT-Drs. 15/3355, 4; BT-Drs. 15/3493, 1, 47-50; Plenarprotokoll 15/118, 10779 ff.

76 BT-Drs. 15/3493, 48; in diesem Sinne auch Plenarprotokoll 15/118, 10782; Regierungsbegründung BT-Drs. 15/3174, 1, 26 (27, 41); BR-Drs. 341/04, 1, 51 (82).

77 BT-Drs. 15/3174, 1.

78 Henning (jurisPR-BKR 10/2022 Anm.1) sieht den vom XI. Senat gezogenen Umkehrschluss mit Blick darauf, dass Gesetzesbegründungen oftmals „mit heißer Nadel gestrickt“ würden, als weder unumstritten noch zwingend an. Mit Blick auf die „akribisch aufgearbeitete Gesetzgebungsgeschichte zu den Haftungsprivilegien“ hält er ihn aber für vertretbar. Für die Zulässigkeit des Umkehrschlusses Buck-Heeb/Dieckmann ZHR 2020, 646 (684), gegen Suchomel NJW 2013, 1126 (1131).

79 BT-Drs. 15/3174; BR-Drs. 341/1/04; BR-Drs. 341/04 (B); BT-Drs. 15/3355; BT-Drs. 15/3493; Plenarprotokoll 15/118.

80 BT-Drs. 15/3493, 49.

81 BT-Drs. 15/3493, 48.

82 Plenarprotokoll 15/118, 10780.

83 BR-Drs. 341/1/04, 7; BR-Drs. 341/04 (B), 6; BT-Drs. 15/3355, 3.

unterliegen“ an, ging also von deren Fortbestehen neben der gesetzlichen Prospekthaftung aus.

Der II. Senat verweist in seinem Beschluss vom 25.10.2022 auf eine Reihe weiterer Wertungswidersprüche, zu denen die Rechtsansicht des XI. Senats führe. U.a. würden nach der Rechtsprechung des XI. Senats die Ansprüche aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB gerade den Kleinanlegern entzogen, die der Gesetzgeber für besonders schutzwürdig hielt, während sie Großanlegern bei Prospektangeboten mit einer Mindestanlage-summe von 200.000 EUR und mehr verblieben, da sie über die Ausnahmeregelung in § 8f Abs. 2 Nr. 3 VerkProspG aF von der gesetzlichen Prospekthaftung nicht erfasst werden, weil der Gesetzgeber diese als weniger schutzbedürftig gesehen habe.⁸⁴

Dass der XI. Senat diese und andere Gesichtspunkte aus den Materialien des AnSVG übersehen hat, verwundert nicht. Im Beschluss vom 14.6.2022⁸⁵ stellt er im Unterschied zu den vorher knappen Begründungen seiner „Verdrängungsrechtsprechung“ in 22 Randnummern die Gesetzesgenese zur Prospekthaftung von 1896 bis zum AnSVG 2004 zum Beleg seiner Rechtsauslegung scheinbar umfassend dar. Tatsächlich lässt er aber gerade die Materialien des AnSVG überraschend außer Acht – mit Ausnahme der Bemerkung aus der Regierungsbe-gründung über nicht in das Gesetz einbezogene Vertriebsbeteiligte, die er zu seinem fehlgehenden Gegenschluss verwendet.

Diese *selektive Ausblendung der Materialien zum AnSVG* aus der vorgestellten Gesetzesgenese ist umso bemerkenswerter, als der XI. Senat in seinen Entscheidungen den Vorwurf der Divergenz zu anderen BGH-Senaten mit der Begründung zurückweist, dass sich deren Entscheidungen auf den Rechtszustand vor Erlass des AnSVG bezögen und eben (erst) dieses eine neue Regelung der Haftungskonkurrenz geschaffen habe.⁸⁶

Nicht zuletzt hat der Gesetzgeber, worauf auch der II. Senat im Beschluss vom 25.10.2022 hinweist⁸⁷, mit dem AnSVG den § 47 Abs. 2 BörsG aF in Bezug genommen. Dieser regelt die Anspruchskonkurrenzen so, dass „weitergehende Ansprüche, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen erhoben werden können, unberührt“ bleiben. Noch in der Leitentscheidung vom 19.1.2021⁸⁸ zu seiner Verdrängungsrechtsprechung versuchte der XI. Senat, diese Bestimmung mit der Ansicht abzutun, dass sie *vorvertragliche* Ansprüche nicht betreffe. In der Darstellung der Gesetzesgenese muss er dann einräumen⁸⁹, dass der Gesetzgeber in der Begründung zum Dritten Finanzmarktförderungsgesetz klargestellt habe, dass mit vertraglichen Ansprüchen solche „aufgrund zugleich bestehender schuldrechtlicher Sonderverbindungen nach bürgerlichem Recht“⁹⁰ gemeint seien, also eben doch auch die bürgerlich-rechtliche vorvertragliche Haftung bei Anbahnung eines Vertrags.

Nur eine Randnummer weiter⁹¹ behauptet der XI. Senat im nämlichen Beschluss dann gleichwohl: „Dieses Verständnis wandelte sich indes mit dem Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (...)“. Für ein gewandeltes Verständnis des Gesetzgebers bringt er jedoch keinerlei Beleg – abgesehen von einer Wiederholung seines Gegenschlusses aus der zitierten Bemerkung in der Regierungsbe-gründung zum AnSVG, deren tatsäch-

lichen Hintergrund er bei einer vollständigen Betrachtung der Gesetzesgenese nicht hätte übersehen können.

Insgesamt transformiert der XI. Senat das Anlegerschutzverbesserungsgesetz in ein „Anlegerschutzverschlechterungsgesetz“.⁹² Seine Auslegung ist schlicht unvertretbar, wie der II. Senat mit seinem Beschluss vom 25.10.2022 nachgewiesen hat und wie die oben aus Platzgründen nur zu einem Teil dargestellten Argumente belegen. Der vom XI. Senat trotz zahlreicher kritischer Stimmen aus dem Schrifttum⁹³ und den sorgfältigen und umfangreichen Ausführungen des II. Senates im Beschluss vom 25.10.2022 weiterhin beharrlich verfolgte Kahlschlag durch die anerkannte rechtswissenschaftliche Methodik und das deutsche Zivil-, Verfassungs- und Verfahrensrecht liegt zweifellos nicht an mangelnder Kompetenz des außerordentlich hochkarätig besetzten XI. Senats. Zutreffen dürfte die Vermutung von Fohrer⁹⁴, dass der Senat seine Rechtsprechung zielorientiert darauf ausgerichtet hat, mit einem „geschickten Schachzug“ sich selbst und andere Gerichte davon zu entlasten, in unzähligen anhängigen Verfahren jeweils eine Vielzahl der von den Klägern geltend gemachten Prospektfehler durchzuprüfen.

Kein wie immer geartetes Ziel kann es aber rechtfertigen, ein vom Gesetzgeber mit eindeutiger Zielrichtung erlassenes Gesetz in sein völliges Gegenteil zu verkehren. Der XI. Senat wird damit nicht nur übergriffig gegenüber dem Gesetzgeber, sondern verstößt gegen das vom Grundgesetz geschützte Rechtsstaatsprinzip mit dem Primat des Gesetzgebers, kodifiziert in der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Als eines der wenigen Gebote des Grundgesetzes ist es durch Art. 79 Abs. 3 GG mit dem „Ewigkeitsschutz“ sogar gegen verfassungsändernde Mehrheiten gesichert.

Bei der Kommentierung und Bewertung der Entscheidungen des XI. Senats wird das bisher noch erstaunlich wenig thematisiert, obwohl das BVerfG den Gerichten klare Grenzen setzt. Auch im Rahmen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung dürften sie sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen und müssten die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren.⁹⁵ Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, komme neben Wortlaut und Systematik den Gesetzesmaterialien eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. In Betracht zu ziehen seien hier die Begründung des Gesetzentwurfs, der unverändert verabschiedet worden ist, die darauf bezogenen Stellungnahmen von Bundesrat und Bundesregierung und die Stellung-

84 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO, Rn. 56.

85 BGH v. 14.6.2022 – XI ZR 395/21, BKR 2022, 791 mAnm Dieckmann, Rn. 9-30.

86 BGH v. 15.3.2022 – XI ZB 10/20, Rn. 28, XI ZB 16/20, Rn. 28, XI ZB 31/20, Rn. 29 und XI ZB 31/20, Rn. 29, v. 26.4.2022 – XI ZB 27/20 und XI ZB 32/19, Rn. 25, v. 19.7.2022 – XI ZB 32/21, Rn. 26, und v. 22.11.2022 – XI ZB 28/21, Rn. 27.

87 BGH v. 25.10.2022 – II ZR 22/22, aaO, Rn. 36 ff.

88 BGH v. 19.1.2021 – XI ZB 35/18, aaO, Rn. 27.

89 BGH v. 14.6.2022 – XI ZR 395/21, aaO, Rn. 27.

90 BT-Drs. 13/8933, 81.

91 BGH v. 14.6.2022 – XI ZR 395/21, aaO, Rn. 28.

92 Fohrer BKR 2023, 597.

93 Fohrer BKR 2023, 597 (603).

94 Fohrer BKR 2023, 597 (603).

95 BVerfG v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, aaO, Rn. 73, und v. 11.8.1993 – 1 BvR 127/10, Rn. 23.

nahmen, Beschlussempfehlungen und Berichte der Ausschüsse.⁹⁶ Der klar erkennbare Wille des Gesetzgebers darf in keinem Fall verfälscht werden.⁹⁷ Die Rechtsprechung des XI. Senats, die beharrlich daran festhält, dass der Gesetzgeber mit dem Anlegerschutzgesetz in Wahrheit die Haftung von Prospektverantwortlichen zum Nachteil der Anleger deutlich verschlechtert habe, überschreitet die vom BVerfG verdeutlichten Grenzen gravierend.

Fällt nach allem die Argumentation des XI. Senats zum angeblichen Willen des Gesetzgebers, Prospektverantwortliche mit dem AnSVG zu privilegieren und die Haftung der Anleger zu verkürzen, in sich zusammen, entfällt auch die Grundlage des Formelkompromisses zwischen dem II. und XI. Senat. Denn auch der II. Senat geht zwar nicht in der Radikalität des XI. Senats von einer Begrenzung der Haftung zum Nachteil der Anleger aus, aber eben doch davon, die mit dem AnSVG geschaffenen „spezialgesetzlichen Aufklärungspflichten und das mit ihnen verbundene Haftungsregime“ rechtfertigten „unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des XI. Zivilsenates“ eine „Neuausrichtung“ seiner bisherigen Rechtsprechung.⁹⁸

Ein Gesetz, das den Anlegerschutz bei sogar ausdrücklicher Beibehaltung (§ 47 Abs. 2 BörsG aF) des bisherigen frei konkurrierenden Schutzes aus anderer Rechtsgrundlage *verstärkt*, kann aber keinen Anlass zur *Beschränkung* des Anlegerschutzes bieten. Das gleiche gilt für eine den einfachen Gesetzen und der Verfassung sowie anerkannter juristischer Methodik in mehrfacher Hinsicht widersprechende Rechtsprechung eines Schwistersenats.

Durch die zwischenzeitlichen Entscheidungen des XI. Senats kann sich auch keine gewandelte Rechtsüberzeugung in Deutschland im Sinne der „Verdrängungsrechtsprechung“ gebildet haben, die eine Anpassung an eine geänderte allgemeine Rechtsüberzeugung rechtfertigen könnte. Dazu war und ist die Kritik aus Lehre und Schrifttum⁹⁹ an der „Verdrängungsrechtsprechung“ des XI. Senats zu stark, auch wenn diese Rechtsprechung zum Teil Zustimmung gefunden hat.¹⁰⁰ Neben der zwar späten aber deutlichen Gegenpositionierung des II. Senats haben selbst die vom XI. Senat „entlasteten“ Instanzgerichte in vielen Fällen ihre Bedenken gegen die Rechtsprechung des XI. Senates dokumentiert, sei es in ihren Entscheidungen oder in den Begründungen einer Revisionszulassung.¹⁰¹ Schon bald nach Veröffentlichung der Entscheidung des II. Senates vom 25.10.2022 haben sich OLG-Senate positiv zu dessen Rechtsprechung entgegen der des XI. Senates positioniert.¹⁰²

IV. Fazit

Auch auf der Basis des bilateralen Formelkompromisses zwischen dem II. und XI. Senat wird Tausenden klagender Anleger ihr „gutes Recht“ genommen oder beschnitten. Da der Anknüpfungspunkt „Vertriebsverantwortung“ bisher nie eine Rolle für die Haftungsadressierung gespielt hat, werden sie in vielen Fällen nicht in unverjährter Zeit Klage gegen diese Gründungsgesellschafter erhoben haben. Und wenn doch, dürfte der eine oder andere Mit-Gründungsgesellschafter und insbesondere Treuhandgesellschafter mit verklagt sein, der nun zu Unrecht von der Haftung freigestellt wird und dessen Prozesskosten ebenso zu Unrecht den klagenden Anlegern auferlegt werden.

Angesichts dessen und der gravierenden Fehlentwicklung der Rechtsprechung zur Prospekthaftung, die sogar in den besonders geschützten Verfassungsbereich der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Justiz eingreift, ist mit Schmidt¹⁰³ auf ein stärkeres kritisches Engagement der Wissenschaft und des Schrifttums zu hoffen. Nicht minder wünschenswert wäre, dass der Große Senat des BGH noch vor dem gebotenen Eingreifen des BVerfG eingeschaltet würde, um die beschädigte Reputation des obersten Zivilgerichts selbst wieder herzustellen.

96 BVerfG v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, aaO, Rn. 74.

97 BVerfG v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, aaO, Rn. 75.

98 BGH v. 27.6.2023 – II ZR 57/21, aaO, 1b.

99 Fohrer BKR 2021, 377, BKR 2023, 58 und BKR 2023, 597; Strohmeier VuR 2022, 139.; Schmidt WM 2022, 1207; Wilhelm WuB 2023, 93 und BKR 2023, 341; Maier VuR 2023, 104, VuR 2023, 379 und VuR 2023, 380; Corzelius EWIR 2023, 135; Herresthal ZWH 2023, 85; Fortmann RuS 2023, 86; Ulrich GmbHR 2023, R71.

100 Buck-Heeb ZHR 2020, 646, BKR 2021, 317, und jurisPR-BKR 2/2023 Anm. 2; Buck-Heeb/Dieckmann ZIP 2022, 145, und ZIP 2023, 501-510; Ott NJW 2021, 1322, mit Verweis auf den historisch entstandenen dogmatisch aus seiner Sicht schwer erklärbaren „Dreiklang“ der Prospekthaftung; Klöhn, NZG 2021, 1063, u.a. mit der Begründung, die uneigentliche Prospekthaftung liege näher an einer Haftung für enttäushtes typisiertes Vertrauen, also im Bereich der gesetzlichen Prospekthaftung, als an klassischen Fällen der culpa in contrahendo; Könecke RdF 2022, 307, RdF 2023, 108-112; Kruis WuB 2023, 37; Diekmann WuB 2023, 97; Fuhrmann EWIR 2023, 71; Zoller BB 2023, 275; vermittelnd Assmann AG 2023, 189.

101 OLG Hamburg v. 11.6.2021 – 13 Kap 22/19, v. 30.7.2021 – 13 Kap 5/19 und 13 Kap 8/19, v. 2.8.2021 – 13 W 29/21 und 13 W 35/21, sowie v. 27.8.2021 – 13 Kap 19/19, gegen die Annahme, schlicht schon die Eigenschaft als Gründungsgesellschafter qualifiziere zum Prospektveranlasser; LG Hamburg v. 22.6.2021 – 309 O 57/19 und OLG Hamburg v. 23.12.2021 – 15 U 240/20, mit dem Hinweis, dass die Entscheidungen des XI. Senats entgegen seiner Annahme in Divergenz zur Rechtsprechung des II. Senates stünden und schon die völlige Entrechtung der erst nach 6 Monaten Beitretenden durch die Verdrängungsrechtsprechung nicht hinnehmbar sei; OLG Hamburg v. 3.5.2022 – 2 Kap 1/21, gegen die Annahme einer Verdrängung der Treuhänderhaftung.

102 OLG München v. 12.1.2023 – 8 U 2672/17, NJW-RR 2023, 751, Rn. 18, und v. 3.5.2023 – 7 U 4308/22, BeckRS 2023, 9176, Rn. 80 ff.

103 Schmidt WM 2022, 1207 (1216).