BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 171/12

vom

1. April 2014

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Joeres, Dr. Ellenberger, Dr. Matthias und die Richterin Dr. Menges

am 1. April 2014

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. März 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an den 17. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Streitwert: bis 30.000 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin nimmt die beklagte Bank aus abgetretenem Recht ihres Sohnes A. J. auf Rückabwicklung einer Beteiligung an der V. 4 GmbH & Co. KG (im Folgenden: V 4) in Anspruch.

2 Der Zedent zeichnete nach vorheriger Beratung durch einen Mitarbeiter der Beklagten am 6. Mai 2004 eine Beteiligung an V 4 im Nennwert von 25.000 € zuzüglich Agio in Höhe von 1.250 €. Aus Eigenmitteln zahlte der Zedent 14.875 €, ein Anteil in Höhe von 45,5% der Beteiligungssumme an V 4 wurde durch ein endfälliges Darlehen der H. finanziert.

3 Nach dem Inhalt des Verkaufsprospektes sollten 8,9% der Zeichnungssumme sowie das jeweilige Agio in Höhe von 5% zur Eigenkapitalvermittlung, Platzierungsgarantie und Finanzierungsvermittlung durch die V. AG (im Folgenden: V. AG) verwendet werden. Die V. AG durfte ausweislich des Prospektes ihre Rechte und Pflichten aus der Vertriebsvereinbarung auf Dritte übertragen. Die Beklagte erhielt für den Vertrieb der Anteile Provisionen in Höhe von mindestens 8,25% der jeweiligen Zeichnungssumme, ohne dass dies dem Zedenten im Beratungsgespräch offengelegt wurde.

4 Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage unter Berufung auf mehrere Aufklärungs- und Beratungsfehler Zug um Zug gegen Abtretung der Beteiligung die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals in Höhe von 14.875 € nebst Zinsen ab Zeichnung der Beteiligung, 552 € an das Finanzamt gezahlter Säumniszinsen nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit, Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des Betrages, der zur Ablösung des aufgenommenen Nettodarlehens über 11.375 € nebst Zinsen erforderlich ist, und zum Ersatz des durch den Erwerb der Beteiligung darüber hinaus noch entstehenden Schadens. Außerdem begehrt sie die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten mit der Rücknahme der Beteiligung und den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.277,90 € nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils der

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Klage bis auf einen Teil der begehrten Zinsen und der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen und seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass zwischen dem Zedenten und der Beklagten konkludent ein Beratungsvertrag zustande gekommen sei, aufgrund dessen die Beklagte verpflichtet gewesen sei, den Zedenten darauf hinzuweisen, dass sie von der V. AG aufklärungspflichtige Rückvergütungen erhalten habe. Diese Verpflichtung habe die Beklagte schuldhaft verletzt. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens habe die Beklagte nicht widerlegt.

II.

6 Die Revision ist nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, da das angegriffene Urteil den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 11. Mai 2004 - XI ZB 39/03, BGHZ 159, 135, 139 f. und vom 18. Januar 2005 - XI ZR 340/03, BGH-Report 2005, 939 f.). Aus demselben Grunde ist das angefochtene Urteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der auch und gerade im Anwendungsbereich des § 544 Abs. 7 ZPO bestehenden Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

7 1. Rechtsfehlerfrei und von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angegriffen ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass zwischen dem Zedenten und der Beklagten stillschweigend ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist, aufgrund dessen die Beklagte verpflichtet war, den Zedenten über die von ihr vereinnahmten Rückvergütungen aufzuklären, und dass eine

ordnungsgemäße Aufklärung des Zedenten über diese Rückvergütungen weder mündlich noch durch die Übergabe von Informationsmaterial erfolgt ist (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 15 ff. mwN). Auch hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Nichtzulassungsbeschwerde unangegriffen insoweit ein Verschulden der Beklagten bejaht (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 24 f. mwN).

8 2. Gleichfalls rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für ihre Behauptung trägt, der Zedent hätte die Beteiligung auch bei gehöriger Aufklärung über die Rückvergütungen erworben.

9 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte. Diese "Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens" gilt für alle Aufklärungs- und Beratungsfehler eines Anlageberaters, insbesondere auch dann, wenn Rückvergütungen pflichtwidrig nicht offengelegt wurden. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um eine Beweiserleichterung im Sinne eines Anscheinsbeweises, sondern um eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 27 ff. mwN; BVerfG, ZIP 2012, 164 Rn. 20). Auf die - vom Berufungsgericht verneinte - Frage, ob der Zedent sich bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt zwischen mindestens zwei Handlungsalternativen befunden hätte, kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht mehr an. Wie der erkennende Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden und eingehend begründet hat, ist das Abstellen auf das Fehlen eines solchen Entscheidungskonfliktes mit dem Schutzzweck der Beweislastumkehr dafür, wie sich der

Anleger bei gehöriger Aufklärung verhalten hätte, nicht zu vereinbaren, weshalb die Beweislastumkehr bereits bei einer - wie hier - feststehenden Aufklärungspflichtverletzung eingreift (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 30 ff. mwN).

10 3. Das angegriffene Urteil verletzt jedoch den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG.

11 a) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen (BVerfGE 60, 247, 249; 65, 293, 295 f.; 70, 288, 293; 83, 24, 35; BVerfG, NJW-RR 2001, 1006, 1007). Die Vorschrift gebietet außerdem die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge, gewährt allerdings keinen Schutz dagegen, dass das Gericht Vorbringen der Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts ganz oder teilweise unberücksichtigt lässt (BVerfG, WM 2012, 492, 493 mwN). Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt dabei eine gewisse Evidenz der Gehörsverletzung voraus, das heißt, im Einzelfall müssen besondere Umstände vorliegen, die deutlich ergeben, dass das Vorbringen der Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen worden ist (BVerfGE 86, 133, 146; 96, 205, 216 f.; BVerfG, NJW 2000, 131; Senatsbeschluss vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 8).

12 b) Nach diesen Maßgaben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt.

13 aa) Die Beklagte hat mit ihrer Berufungserwiderung vom 30. Juni 2010 vorgetragen, dass für den Zedenten bei seinem Anlageentschluss allein die Steuerersparnis und allenfalls noch Renditechancen sowie das Sicherungskonzept der Schuldübernahme relevant, andere Aspekte jedoch bedeutungslos gewesen seien. Diese für die Anlageentscheidung maßgeblichen Umstände

habe der Zedent dem Mitarbeiter der Beklagten im Vertriebsgespräch mitgeteilt. Zum Nachweis dieser Behauptungen hat sich die Beklagte auf das Zeugnis des Zedenten und ihres Mitarbeiters B. berufen.

14 bb) Dieser Vortrag der Beklagten ist erheblich.

15 (1) Dem Beklagtenvortrag ist die Behauptung zu entnehmen, der Zedent hätte die Anlage auch bei Kenntnis von Rückvergütungen erworben. Damit wird die entscheidungserhebliche Tatsache - Fehlen der haftungsbegründenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden - unmittelbar selbst zum Gegenstand des Beweisantrags gemacht. Stellte sich der Sachvortrag in der Beweisaufnahme als richtig heraus, stünde die fehlende Kausalität der Pflichtverletzung fest. Weitere Einzelheiten oder Erläuterungen sind zur Substantiierung des Beweisantrags grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 39). Lediglich dann, wenn ein unzulässiger Ausforschungsbeweis vorliegt, also eine Prozesspartei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt, darf die beantragte Vernehmung des Anlegers unterbleiben (vgl. Senatsurteil aaO Rn. 40).

16 (a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte eine solche Behauptung "ins Blaue hinein" nicht aufgestellt. Die Beklagte hat behauptet, dass es dem Zedenten allein auf die Steuerersparnis und allenfalls noch Renditechancen und das Sicherungskonzept der Schuldübernahme angekommen sei. Damit hat sie ausreichende Anhaltspunkte vorgetragen, die nach ihrer Auffassung zumindest in der Gesamtschau dafür sprechen, dass der Zedent auch in Kenntnis der Rückvergütungen V 4 gezeichnet hätte (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 41). Dies reicht, um

eine unzulässige Ausforschung zu verneinen. Das Berufungsgericht war daher grundsätzlich verpflichtet, den Zedenten zum Direktbeweis zu vernehmen.

17 (b) Das Berufungsgericht hat gehörswidrig die Vernehmung des Zedenten unter Verweis auf § 531 Abs. 2 ZPO abgelehnt. Die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO, nach dem erstmals in zweiter Instanz gehaltener Vortrag zurückgewiesen werden kann, liegen offensichtlich nicht vor. Die Beklagte hatte den Zedenten bereits in erster Instanz mit Schriftsatz vom 5. November 2009 als Zeugen für die fehlende Kausalität benannt. Das Landgericht hat den Zedenten auch als Zeugen vernommen und aufgrund seiner Aussage die Klage wegen fehlender Kausalität abgewiesen. Der Beweisantrag war daher weder vom Landgericht zurückgewiesen worden noch war er neu. Das Berufungsgericht hätte daher den Zedenten als Zeugen vernehmen müssen. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte auf den vor der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz erteilten Hinweis des Berufungsgerichts vom 27. Januar 2012, dass es abweichend vom Landgericht der Auffassung sei, die Beklagte habe den ihr obliegenden Nachweis mangelnder Kausalität nicht geführt, an ihrem Beweisantritt festgehalten hat. Das ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts, nach denen sich die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 13. März 2012 ausdrücklich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts gewandt hat, es könne die Aussage des Zedenten ausnahmsweise ohne dessen erneute Vernehmung anders würdigen als das Landgericht. Das Berufungsgericht war verpflichtet, den auf den Hinweis aufrechterhaltenen Beweisantritt bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Juni 2008 - V ZR 225/07, juris Rn. 7).

18 (c) Ebenfalls gehörswidrig hat das Berufungsgericht den erstinstanzlich vernommenen Zedenten entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO nicht erneut vernommen, obwohl es seine Aussage anders gewürdigt hat als das

Landgericht (vgl. Senatsbeschluss vom 14. Mai 2013 - XI ZR 274/12, juris Rn. 12 ff. mwN.).

19 Das Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs verpflichtet das Rechtsmittelgericht, erstinstanzlich vernommene Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es deren protokollierte Aussagen anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will (Senatsbeschluss vom 14. Mai 2013 - XI ZR 274/12, juris Rn. 13 mwN). Die erneute Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Rechtsmittelgericht lediglich auf Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (Senatsbeschluss aaO Rn. 14 mwN). So liegt der Fall entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hier aber nicht. Das Landgericht hat der Aussage des Zedenten, für ihn sei die Anlage selbst sowie die Rendite, nicht aber das Agio von Bedeutung gewesen, einen Sinngehalt beigemessen, den das Berufungsgericht nicht teilt. Während das Landgericht der Aussage des Zeugen entnommen hat, dass die Aufklärung über die Provision der Beklagten seine Anlageentscheidung nicht beeinflusst hätte, hat das Berufungsgericht diesen Schluss nicht für gerechtfertigt gehalten. Es hätte daher den Zedenten zwecks Klärung dieser Frage erneut vernehmen müssen.

20 (2) Der weiter unter Beweis gestellte Vortrag der Beklagten zum Motiv des Zedenten, sich an V 4 zu beteiligen, betrifft eine erhebliche Hilfstatsache (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 42, 52 ff.). Dem Vortrag der Beklagten kann entnommen werden, dass sie behauptet, dem Zedenten sei es vordringlich um die konkret bei V 4 zu erzielende Steuerersparnis gegangen, die alternativ nur mit Produkten zu erzielen gewesen sei, bei denen vergleichbare Rückvergütungen gezahlt worden seien (vgl. Senatsurteil aaO Rn. 54). Trifft dieser Vortrag zu, kann er - gegebenenfalls in

der Gesamtschau mit anderen Indizien - den Schluss darauf zulassen, dass der Zedent V 4 auch in Kenntnis der an die Beklagte geflossenen Rückvergütungen gezeichnet hätte. Das hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft verkannt, indem es die Vernehmung des angebotenen Zeugen B. entscheidend mit der Begründung verneint hat, die Beklagte habe keine konkreten Äußerungen des Zedenten gegenüber dem benannten Zeugen vorgetragen, die im Falle ihrer Bestätigung den Rückschluss auf die behauptete hypothetische Reaktion des Zedenten erlauben würde.

21 4. Die unterlassene Zeugenvernehmung verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise, denn das Berufungsurteil beruht auf dieser Verletzung. Diese Voraussetzung ist schon dann erfüllt, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte (BVerfGE 7, 95, 99; 60, 247, 250; 62, 392, 396; 89, 381, 392 f.). Die Gehörsverletzung führt nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Zulassung der Revision, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (BGH, Beschluss vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 296 f.), und rechtfertigt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache.

22 5. Das Berufungsgericht wird die oben genannten Beweise zu erheben und zusammen mit den vorgetragenen Indizien (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 42 ff.) zu würdigen haben. Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung die Kausalitätsvermutung in Bezug auf verheimlichte Rückvergütungen als widerlegt ansehen, wird es sich auch mit den von der Klägerin behaupteten weiteren Verletzungen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzungen durch u.a. unrichtige Angaben des Anlageberaters

der Beklagten über durch Kapitalgarantien verschiedener Banken sichergestellte 100%ige Geldrückflüsse auseinanderzusetzen haben (vgl. Henning, WM 2012, 153 ff.; auch Senatsbeschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506 Rn. 13 ff.).

Wiechers Joeres Ellenberger

Matthias Menges

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 16.02.2010 - 2-5 O 214/08 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 13.03.2012 - 9 U 20/10 -