BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 404/11

vom

19. Februar 2013

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Grüneberg, Maihold und Pamp sowie die Richterin Dr. Menges

am 19. Februar 2013

beschlossen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 1. September 2011 wird zurückgewiesen.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das vorbezeichnete Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 262.442,61 €

(Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten: 179.970 €, Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin: 82.472,61 €).

Gründe:

I.

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Beratungspflichtverletzung aus eigenem und abgetretenem Recht auf Rückabwicklung von Beteiligungen an der V. 3 GmbH & Co. KG (nachfolgend: V 3) und an der V. 4 GmbH & Co. KG (nachfolgend: V 4) in Anspruch.

2 Die Klägerin zeichnete am 1. September 2003 eine Beteiligung an der V 3 über 25.000 € nebst Agio in Höhe von 1.250 € und am 30. April 2004 eine Beteiligung an der V 4 über 60.000 € nebst Agio in Höhe von 3.000 €. Ihr Ehemann (nachfolgend: Zedent) zeichnete am 26. August 2003 eine Beteiligung an der V 3 über 25.000 € nebst Agio in Höhe von 1.250 € und am 30. April 2004 eine Beteiligung an der V 4 über 60.000 € nebst Agio in Höhe von 3.000 €.

3 Nach dem Inhalt der Verkaufsprospekte sollten 8,9% der jeweiligen Zeichnungssumme sowie das Agio für Eigenkapitalvermittlung (V 3) bzw. Eigenkapitalvermittlung, Platzierungsgarantie und Finanzierungsvermittlung (V 4) durch die V. AG verwendet werden. Die Beklagte erhielt davon für den Vertrieb der Beteiligungen eine Provision in Höhe von 8,25% (V 3) bzw. 8,72% (V 4) der jeweiligen Zeichnungssumme. Dies offenbarte sie weder der Klägerin noch dem Zedenten.

4 Die Klägerin verlangt unter Berufung auf mehrere Aufklärungs- und Beratungsfehler Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligungen die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals und den Ersatz weiterer Schäden. Ferner erstrebt sie unter anderem die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, an sie Zah-

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

lungen in Höhe der aus Darlehensvertrag geschuldeten Beträge im Zusammenhang mit der Finanzierung der Beteiligungen an der V 4 zu leisten.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Es hat seine Entscheidung damit begründet, die Beklagte habe eine aus Beratungsvertrag resultierende Aufklärungspflicht verletzt, da sie die Klägerin und den Zedenten nicht auf die von ihr erlangten Rückvergütungen hingewiesen habe.

6 Die Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten sei auch kausal für die Anlageentscheidung der Klägerin und des Zedenten gewesen. Stehe die Aufklärungspflichtverletzung fest, streite für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, so dass der Aufklärungspflichtige - hier die Beklagte - darlegen und beweisen müsse, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. Diese Vermutung greife nur dann nicht ein, wenn sich der Anleger bei richtiger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, wenn es also nicht nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gegeben hätte.

7 Die Beklagte habe indessen konkrete Umstände oder Indizien nicht dargetan, die einen Entscheidungskonflikt ergäben. Sie habe zwar hohe Anlagekenntnisse der Klägerin und ihres Ehemannes und ein Anlageverhalten beschrieben, das spekulative Geschäfte und die Zeichnung älterer Medienfonds umfasst habe. Darüber hinaus habe die Beklagte darauf abgehoben, dass ihr Anteil an den Vertriebsprovisionen keinen Einfluss auf die Rentabilitäts- und Werthaltigkeitsüberlegungen der Anleger gehabt haben könne, weil sich die Gesamthöhe der Vertriebskosten mittelbar aus dem Prospekt ergeben habe und deshalb die Rentabilität der Anlage durch die Frage der Rückvergütung

nicht berührt gewesen sei. Schließlich habe die Beklagte - allerdings nur pauschal - vorgetragen, dass für die Anlageentscheidung der Klägerin und des Zedenten vorrangig die Möglichkeit der Steuerersparnis, die Renditeerzielung und die Absicherung der Kapitalanlage durch die Schuldübernahme relevant gewesen seien.

8 Sämtliche Umstände seien aber nicht geeignet, die Kausalitätsvermutung zu erschüttern. Selbst wenn es den Anlegern in erster Linie um Steuerersparnis, Rendite und Sicherungskonzept gehe, sei damit noch nichts darüber ausgesagt, wie die Klägerin und ihr Ehemann es gewertet hätten, wenn sie gewusst hätten, dass die Beklagte eine - den Anlegerinteressen entsprechende - Anlage jedenfalls auch wegen ihres eigenen Provisionsinteresses empfohlen habe.

9 Mit Beweisangeboten der Beklagten hat sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht befasst. Die Revision hat es nicht zugelassen.

II.

10 Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Soweit das Berufungsgericht gegen die Beklagte erkannt hat, ist die Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, weil 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 9. Februar 2010 - XI ZR 140/09, BKR 2010, 515, 516). Aus demselben Grund ist es insoweit gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache zur

neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

11 1. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass zwischen der Beklagten auf der einen und der Klägerin bzw. dem Zedenten auf der anderen Seite Beratungsverträge zustande gekommen seien, aufgrund derer die Beklagte verpflichtet gewesen sei, die Klägerin und den Zedenten über die von ihr vereinnahmten Rückvergütungen aufzuklären. Weiter hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, eine ordnungsgemäße Aufklärung der Klägerin und des Zedenten sei weder mündlich noch durch die Übergabe von Informationsmaterial erfolgt (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 15 ff.). Korrekt hat es insoweit auch ein Verschulden der Beklagten bejaht (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 aaO Rn. 24 f. mwN).

12 2. Im Ergebnis - wenn auch nicht in der Begründung - ist es weiter richtig davon ausgegangen, das Aufzeigen von Handlungsalternativen sei nicht geeignet, die Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens der Klägerin und des Zedenten zu widerlegen (vgl. BVerfG, WM 2012, 68, 69; Senatsurteil vom 8. Mai 2012 aaO Rn. 33 ff. mwN). Wie der erkennende Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden und eingehend begründet hat, ist das Abstellen auf das Fehlen eines Entscheidungskonflikts mit Sinn und Zweck der Beweislastumkehr nicht zu vereinbaren, weshalb sie bereits bei - wie hier - feststehender Aufklärungspflichtverletzung eingreift (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 aaO).

13 3. Das Berufungsurteil verletzt jedoch den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), soweit das Berufungsgericht einen erheblichen Beweisantritt der Beklagten zur Widerlegung der Vermutung unbe-

achtet gelassen hat. Dies rügt die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten zu Recht.

14 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 (vgl. BVerfGE 60, 247, 249; 65, 293, 295; 70, 288, 293; 83, 24, 35). Dazu gehört auch, erhebliche Beweisanträge zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 60, 247, 249; 65, 305, 307; 69, 141, 143 f.). 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 entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen worden ist (vgl. BVerfGE 22, 267, 274; 65, 293, 295 f.; 70, 288, 293; 79, 51, 61; 86, 133, 145 f.; 96, 205, 216 f.).

15 b) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

16 aa) Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2009, dort S. 9 ff., vorgebracht, die Klägerin und ihr Ehemann hätten bei gehöriger Aufklärung über die an die Beklagte gezahlten Rückvergütungen von der Zeichnung der Beteiligungen keinen Abstand genommen, da für sie allenfalls die Höhe des zusätzlich zum Anteilskaufpreis zu zahlenden Agios, die Möglichkeit einer Steuerersparnis, die Möglichkeit einer Renditeerzielung und die Absicherung der Kapitalanlage durch die Schuldübernahme relevant gewesen seien, es seinerzeit keine vergleichbaren Kapitalanlagemöglichkeiten in geschlossene Fonds mit einer einkommensteuerreduzierenden Verlustabzugsmöglichkeit gegeben habe, bei denen die Vertriebsprovision für das vertreibende Kreditinstitut geringer gewesen sei als die vorliegend an die Beklagte gezahlte, und die Klägerin 2001 eine Beteiligung in Höhe von 50.000 € an der E. KG sowie der Zedent 2002 eine Beteiligung

ebenfalls in Höhe von 50.000 € an der Z. KG gezeichnet hätten, wobei sie darüber unterrichtet gewesen seien, dass die Beklagte eine "Eigenkapitalvermittlungsgebühr" vergleichbarer Größe erhalten habe, ohne deswegen von der Anlage abzusehen. Zum Beweis dieser Indiztatsachen hat sie einen ihrer Mitarbeiter als Zeugen benannt.

17 Sie hat mit Schriftsatz vom 21. Juni 2011, dort S. 16, weiter vorgebracht, die Klägerin und ihr Ehemann - unter der Bezeichnung "der Anleger" zusammengefasst - hätten die Beteiligungen auch dann gezeichnet, wenn sie um die Vertriebsprovision der Beklagten gewusst hätten. Zum Beweis dieser Behauptung hat sie die Vernehmung der Klägerin als Partei beantragt.

18 bb) Das völlige Übergehen des Beweisantrags der Beklagten auf Vernehmung der Klägerin als Partei durch das Berufungsgericht war evident verfahrensfehlerhaft im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG.

19 (1) Das Beweisangebot der Beklagten auf Vernehmung der Klägerin war erheblich. Die Beklagte hat eine entscheidungserhebliche Tatsache - Fehlen der 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 auf Vernehmung des Gegners als Partei grundsätzlich nicht erforderlich (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 aaO Rn. 39).

20 Soweit Gegenstand der Beweiserhebung durch Parteivernehmung nicht nur die Motivation der Klägerin selbst, sondern auch die des Zedenten sein sollte, änderte sich an der Erheblichkeit des Beweisangebots nichts, wenn - was der Senat nicht abschließend zu entscheiden hat - die Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Indizienbeweis durch Zeugen mittels der An-

gabe äußerer Umstände, die Rückschlüsse auf den zu beweisenden inneren Vorgang zulassen, entsprechend Anwendung fänden (dazu Senatsurteil vom 8. Mai 2012 aaO Rn. 44 mwN). Die Klägerin ist die Ehefrau des Zedenten, der die Geschäfte mit der Beklagten für sie abwickelte. Damit käme als (Unter-)Ausnahme von den Anforderungen an die Substantiierung des Beweisantrags im Falle der Beweiserhebung über innere Tatsachen der Grundsatz in Betracht, dass nach der Lebenserfahrung die Kenntnis solcher Tatsachen im Verhältnis von Ehegatten naheliegt und daher nicht weiter ausgeführt zu werden braucht (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1983 - VIII ZR 94/82, WM 1983, 825, 826, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 87, 227 ff.). Im Übrigen ist die Beweisbehauptung der Beklagten ohne weiteres so zu verstehen, die Klägerin habe mit dem Zedenten auch über seine Beweggründe bei dem Erwerb der Beteiligungen gesprochen und solle darüber Auskunft geben. Weiteren Vortrags zu Ort und Zeit entsprechender Unterredungen bedurfte es nicht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1988 - IVa ZR 67/87, NJW-RR 1988, 1529 f.).

21 (2) Der Grundsatz der Subsidiarität der Parteivernehmung nach § 445 Abs. 1 ZPO stand der Beweiserhebung nicht entgegen. Für die unmittelbare Beweisführung zur Motivation der Klägerin steht der Beklagten kein anderes Beweismittel zur Verfügung. Soweit die nach außen kundgemachten Motive des Zedenten in Rede stehen, hat die Beklagte, was ihr freistand (MünchKomm-ZPO/Schreiber, 4. Aufl., § 445 Rn. 7; Völzmann-Stickelbrock in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 445 Rn. 9; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 445 Rn. 12), kein anderes Beweismittel benannt. Die Parteivernehmung nach § 445 Abs. 1 ZPO setzt keinen vorherigen sonstigen Beweis(-antrag) voraus (BGH, Urteil vom 6. Juli 1960 - IV ZR 322/59, BGHZ 33, 63, 66).

22 (3) Ein unbeachtlicher, auf Ausforschung zielender Beweisermittlungsantrag, der auf der willkürlichen Behauptung einer bestimmten Motivationslage

"aufs Gratewohl" oder "ins Blaue hinein" gründete, ist nicht gegeben. Die Beklagte hat Anhaltspunkte vorgetragen und durch das Zeugnis ihres Mitarbeiters unter Beweis gestellt, die zumindest in ihrer Gesamtschau dafür sprechen, dass die Klägerin und der Zedent auch in Kenntnis der Rückvergütungen Beteiligungen an der V 3 und V 4 gezeichnet hätten. Dazu gehörte die Behauptung der Beklagten, der Klägerin und dem Zedenten sei es auf die Steuerersparnis und allenfalls noch Renditechancen und das Sicherungskonzept der Schuldübernahme angekommen. Als weiteren Anhaltspunkt hat die Beklagte vorgetragen, die Klägerin und ihr Ehemann hätten bereits zuvor jeweils eine Beteiligung der E. KG (Klägerin) bzw. Z. KG (Zedent) in Kenntnis von Provisionszahlungen an die beratende Bank erworben. Angesichts dessen kann eine Behauptung ins Blaue hinein nicht angenommen werden. Im Übrigen hat die Parteivernehmung nach § 445 Abs. 1 ZPO nicht die Wahrscheinlichkeit der unter Beweis gestellten Behauptung zur Voraussetzung (BGH, Urteil vom 6. Juli 1960 - IV ZR 322/59, BGHZ 33, 63, 66).

23 cc) Das Berufungsurteil beruht auf der Gehörsverletzung. Diese Voraussetzung ist schon dann erfüllt, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte (vgl. BVerfGE 7, 95, 99; 60, 247, 250; 62, 392, 396; 65, 305, 308; 89, 381, 392 f.). Dies ist der Fall, weil die Beklagte den Nachweis einer mangelnden Kausalität der vom Berufungsgericht festgestellten Aufklärungspflichtverletzung mit den von ihr angebotenen Beweismitteln möglicherweise geführt hätte.

24 4. Das Berufungsgericht wird den genannten Beweis zu erheben und zusammen mit den ebenfalls unter Beweis gestellten Indizien (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 aaO Rn. 45 ff.) zu würdigen haben. Gegebenenfalls wird sich das

Berufungsgericht auch mit den von der Klägerin behaupteten weiteren Aufklärungspflichtverletzungen auseinanderzusetzen haben (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506 Rn. 13 ff.; Henning, WM 2012, 153 ff.).

25 Dabei wird es darauf hinzuwirken haben, dass die Klägerin, die aus abgetretenem Recht (und nicht als Prozessstandschafterin) gegen die Beklagte vorgeht, dies auch mittels geeigneter Anträge zum Ausdruck bringt (unklar bisher Berufungsurteil S. 2 unter I.2 mit S. 10 unter 2.b und S. 3 unter I.4 mit S. 10 f. unter 3.c).

26 Weiter wird das Berufungsgericht in Rechnung zu stellen haben, dass die Klägerin eine Freistellung von Darlehensverbindlichkeiten (so aber Berufungsurteil S. 2 f. unter I.3.b und S. 4 unter II.3.b) nicht beantragt hat (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO, vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 1998 - XI ZR 313/97, WM 1998, 2487, 2488). Im Übrigen ist, soweit die Darlehensverbindlichkeit des Zedenten in Rede steht, eine auf Freistellung von einer Verbindlichkeit gerichtete Forderung im Allgemeinen gemäß § 399 Fall 1 BGB nicht abtretbar (BGH, Urteil vom 22. Januar 1954 - I ZR 34/53, BGHZ 12, 136, 141 f.; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rn. 14). Eine Ausnahme hiervon gilt zwar, wenn die Forderung an den Gläubiger jener Verbindlichkeit abgetreten wird; diese Ausnahme ist indessen hier nicht einschlägig. Soweit die Klägerin beantragt festzustellen, die Beklagte sei verpflichtet, an sie mit Fälligwerden des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegen den Zedenten den von ihm geschuldeten Betrag zu zahlen, wird sich das Berufungsgericht - neben den sonstigen Anspruchsvoraussetzungen - damit zu befassen haben, ob zu diesem Zeitpunkt nach Maßgabe der §§ 280, 281 BGB ein der Abtretung zugänglicher Schadensersatzanspruch vorliegen wird (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 399 Rn. 4).

III.

27 Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision ist zurückzuweisen, weil die Rechtssache insoweit keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts sowie die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Wiechers Grüneberg Maihold

Pamp Menges

Vorinstanzen:
LG Göttingen, Entscheidung vom 16.04.2009 - 2 O 117/08 -
OLG Braunschweig, Entscheidung vom 01.09.2011 - 7 U 58/09 -