BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 435/12

vom

3. Juni 2014

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. Juni 2014 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 31. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 24. Oktober 2012 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 9. April 2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: bis 25.000 €

Gründe:

I.

1 Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Anlageberatung hinsichtlich einer Beteiligung an zwei Filmfonds.

2 Der Kläger zeichnete nach Beratung durch zwei Mitarbeiter einer Rechtsvorgängerin der Beklagten (nachfolgend: Beklagte) am 10. Dezember 2001 einen Filmfonds mit der Kurzbezeichnung K. Nr. 6. Seine Kommanditeinlage in Höhe von 35.000 € nebst 5% Agio erbrachte der Kläger aus eigenen Mitteln. Am 9. Dezember 2002 erwarb der Kläger Anteile an einem weite-

ren Filmfonds mit der Kurzbezeichnung K. Nr. 9. Die dortige Kommanditeinlage in Höhe von 30.000 € erbrachte der Kläger in Höhe von 18.000 € aus Eigenkapital und in Höhe von 12.000 € über ein Darlehen bei der Landesbank. Bei der Zeichnung von K. Nr. 6 wurde der Kläger seitens der Beklagten von dem Zeugen G. , bei der Zeichnung von K. Nr. 9 von dem Zeugen S. beraten. Zuvor hatte sich der Kläger im Jahre 2000 bereits an einem Medienfonds (nachfolgend: B. Fonds) beteiligt. Der Kläger erhielt aus K. Nr. 6 Ausschüttungen in Höhe von 24.196 € sowie aus K. Nr. 9 solche in Höhe von 6.388,31 €.

3 Die Beklagte erhielt für den Vertrieb dieser Beteiligungen jeweils eine Eigenkapitalvermittlungsgebühr und - soweit vereinbart - zumindest einen Teil des Agios, worauf die Berater den Kläger nicht hinwiesen. Dem Kläger wurden vor der Zeichnung sämtlicher Fonds deren Prospekte ausgehändigt, wobei die genauen Übergabezeitpunkte streitig sind. Im Prospekt des B. Fonds werden in der Übersicht "Mittelherkunft und Mittelverwendung" u.a. Kosten für die "Eigenkapitalvermittlung" in Höhe von 5.520.000 DM angegeben. Weiter heißt es in diesem Prospektabschnitt:

> **"Eigenkapitalvermittlung und Agio**
> Für die Beschaffung des Eigenkapitals sowie die dafür erforderlichen Marketingmaßnahmen erhält die Bank 9% auf das von ihr zu platzierende Beteiligungskapital von DM 138.000.000,-. Dies entspricht im Investitionsplan der Eigenkapitalvermittlungsprovision von DM 5.520.000,- sowie dem Agio von 6.900.000,-."

4 Im Fondsprospekt K. Nr. 6 wird die Beklagte als eine von zwei Empfängerinnen der Eigenkapitalvermittlungsvergütung und des Agios genannt, ohne dass ihr Anteil daran mitgeteilt wird. Im Fondsprospekt K. Nr. 9 wird nur die Fondsinitiatorin (die A. GmbH), nicht jedoch die Beklagte als Empfängerin der Eigenkapitalvermittlungsprovision genannt.

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

5 Das Landgericht hat die Klage nach Anhörung des Klägers abgewiesen. Auf dessen Berufung hat das Berufungsgericht den Kläger als Partei vernommen. Hierbei hat der Kläger u.a. angegeben, er habe auch bezüglich des im Jahre 2000 von ihm gezeichneten B. Fonds einen Prozess geführt, in dem seine Klage vom Landgericht F. abgewiesen worden sei. Berufung hiergegen habe er nicht eingelegt. Das Berufungsgericht hat der Klage mit Ausnahme des geltend gemachten entgangenen Gewinns stattgegeben, die Revision nicht zugelassen und seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass zwischen den Parteien hinsichtlich des Erwerbs der Fondsbeteiligungen jeweils ein Beratungsvertrag zustande gekommen sei, der die Beklagte zur Aufklärung über erhaltene Rückvergütungen verpflichtet habe. Diese Pflicht habe die Beklagte schuldhaft verletzt. Weder sei der Kläger durch die Berater mündlich über die Rückvergütungen aufgeklärt worden, noch sei dies in ausreichendem Umfang durch die Prospekte der Fonds K. Nr. 6 bzw. Nr. 9 geschehen, weshalb dahinstehen könne, wann der Kläger diese Prospekte erhalten habe. Die Beklagte habe die zu ihren Lasten bestehende Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens des Klägers nicht widerlegt. Dieser habe angegeben, dass er sich im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung "ernsthaft Gedanken" über die vorgeschlagenen Anlagemodelle gemacht, sie nicht sofort erworben und möglicherweise von einer Zeichnung ganz abgesehen hätte. Weitere Beweiserhebungen seien nicht veranlasst gewesen, denn die Behauptung der Beklagten, dem Kläger sei es lediglich um Steuerersparnis, Renditechancen und das Sicherungskonzept der Schuldübernahme gegangen, beziehe sich auf innere Entscheidungsvorgänge des Klägers, über die die Berater keine Angaben machen könnten. Dass sich der Kläger in den Beratungsgesprächen im o.g. Sinne geäußert habe, habe die Beklagte nicht behauptet. Die pauschale Behauptung der Beklagten, zu den Anlagezeitpunkten habe es keine vergleichbaren Anlagemöglichkeiten mit vergleichbaren Steuervorteilen gegeben, bei

denen die Vertriebsprovisionen niedriger gewesen seien, reiche zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung nicht aus.

6 Die Ansprüche des Klägers seien auch nicht verjährt. Soweit sich die Beklagte insoweit auf die Vereinbarung einer absoluten Verjährungsfrist von drei Jahren in den Zeichnungsunterlagen berufe, seien diese Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß § 11 Nr. 7 AGBG bzw. § 309 Nr. 7 Buchst. b) BGB unwirksam. Dass die Ansprüche des Klägers nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB verjährt wären, trage die Beklagte nicht vor. Insbesondere fehle Vortrag dazu, dass der Kläger bereits vor dem Jahre 2007 Kenntnis von den seinen Anspruch begründenden Tatsachen erlangt habe bzw. ohne grobe Fahrlässigkeit habe erlangen können.

II.

7 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 (Senatsbeschlüsse vom 11. Mai 2004 - XI ZB 39/03, BGHZ 159, 135, 139 f. und vom 18. Januar 2005 - XI ZR 340/03, BGHReport 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.

8 1. Rechtsfehlerfrei und von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angegriffen ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien stillschweigend ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist, aufgrund dessen die Beklagte verpflichtet war, den Kläger über von ihr verein-

nahmte Rückvergütungen aufzuklären, und dass eine ordnungsgemäße Aufklärung hierüber weder mündlich noch durch die Übergabe der Fondsprospekte erfolgt ist (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 19 ff. mwN). Auch hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Nichtzulassungsbeschwerde unangegriffen insoweit ein Verschulden der Beklagten bejaht (vgl. Senatsurteil aaO Rn. 24 f. mwN).

9 2. Gleichfalls rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für ihre Behauptung trägt, der Kläger hätte die Beteiligung auch bei gehöriger Aufklärung über die Rückvergütungen erworben. 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 offen gelegt 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). Diese Beweislastumkehr greift bereits bei einer - wie hier - feststehenden Aufklärungspflichtverletzung (Senatsurteil aaO 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) Nachdem der Kläger in seiner Anhörung vor dem Landgericht angegeben hatte, im Jahre 2000 den B. Fonds gezeichnet zu haben, und er sich dabei auch zum Inhalt von dessen Fondsprospekt geäußert hatte, hat die Beklagte im Schriftsatz vom 17. Oktober 2012 unter Bezug auf diese Einlassung vorgetragen, dass der Kläger den Prospekt dieses Fonds vor dessen Zeichnung erhalten habe, dass er ausreichend Zeit zu dessen Prüfung gehabt habe und dass er diesem Prospekt in mehreren Passagen habe entnehmen können, dass die Beklagte dort Empfängerin einer auch der Höhe nach benannten Vertriebsprovision gewesen sei. Der Kläger könne sich deshalb nicht darauf berufen, dass er die streitgegenständlichen Fonds bei Kenntnis der an die Beklagte fließenden Provisionen nicht gezeichnet hätte. Zum Nachweis dieser Behauptung hat sich die Beklagte neben der Vorlage des B. -Fondsprospektes auf die Parteivernehmung des Klägers berufen.

14 Dieser Vortrag der Beklagten ist erheblich, denn die danach bereits im Jahre 2000 beim Kläger vorhandene Kenntnis davon, dass die Beklagte für den Vertrieb von den streitgegenständlichen Fonds vergleichbaren Beteiligungen Provisionen erhält, kann ein Indiz für die fehlende Kausalität einer diesbezüglichen Aufklärungspflichtverletzung für die Anlageentscheidung des Klägers darstellen, das vom Berufungsgericht hätte berücksichtigt werden müssen. Eine Aufklärung des Klägers über die von der Beklagten beim B. Fonds vereinnahmten Rückvergütungen konnte auch mittels der Übergabe des dortigen Fondsprospekts erfolgen, da dort die Beklagte als Empfängerin von der Höhe nach korrekt angegebenen Vertriebsprovisionen ausdrücklich genannt war. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Prospekt dem Anleger so rechtzeitig vor der Anlageentscheidung übergeben wird, dass er sich mit seinem Inhalt vertraut machen konnte (Senatsurteile vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 20 f. und vom 26. Februar 2013 - XI ZR 345/10, BKR 2013, 283 Rn. 33, jeweils mwN). Zu diesen Gesichtspunkten hätte das Berufungsgericht den Kläger in seiner Parteivernehmung befragen müssen.

15 bb) Weiter hat die Beklagte vorgetragen, dass für den Kläger bei seinen Anlageentscheidungen in erster Linie steuerliche Erwägungen maßgeblich gewesen seien, dass der Kläger ständig an Steuersparmodellen interessiert gewesen sei und dabei den Grundsatz "Steuern sparen um jeden Preis" verfolgt habe, weshalb ihn die Berater sogar hätten bremsen und von einer beabsichtigten Fremdfinanzierung weiterer Beteiligungen abraten müssen. Es habe mit dem Kläger jährlich drei bis fünf Gespräche zu steuerlichen Beteiligungen, darunter auch V. -Medienfonds, gegeben. Zum Nachweis dieser Behauptungen hat sich die Beklagte auf das Zeugnis ihrer Anlageberater G. und S. berufen.

16 Auch dieser Vortrag der Beklagten zum Motiv des Kläger, sich an den streitgegenständlichen Fonds zu beteiligen, ist erheblich, denn er betrifft eine erhebliche Hilfstatsache (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 42, 52 ff.). Zwar steht allein der Umstand, dass ein Anleger eine steueroptimierte Anlage wünscht, für sich genommen der Kausalitätsvermutung nicht entgegen (Senatsurteil aaO Rn. 53). Dem Vortrag der Beklagten kann jedoch die Behauptung entnommen werden, dem Kläger sei es vordringlich um die konkret bei K. Nr. 6 und K. Nr. 9 zu erzielende Steuerersparnis gegangen, die alternativ nur mit Produkten zu erzielen gewesen seien, bei denen vergleichbare Rückvergütungen gezahlt worden seien. Trifft dieser Vortrag zu, kann er - gegebenenfalls in der Gesamtschau mit anderen Indizien - den Schluss darauf zulassen, dass der Kläger die Fonds auch in Kenntnis der an die Beklagte geflossenen Rückvergütungen gezeichnet hätte (Senatsurteil aaO Rn. 54). Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft verkannt, indem es die Vernehmung der angebotenen Zeugen G. und S. mit der Begründung verneint hat, die Beklagte habe keine konkreten Äußerungen des Klägers gegenüber den benannten Zeugen vorgetragen, die im Falle ihrer Bestätigung den Rückschluss auf die behauptete hypothetische Reaktion des Klägers erlauben würden.

17 Sollen Zeugen - wie hier - über innere Vorgänge bei einer anderen Person vernommen werden, die der direkten Wahrnehmung durch die Zeugen naturgemäß entzogen sind, so können sie zwar allenfalls Angaben zu äußeren Umständen machen, die einen Rückschluss auf den zu beweisenden inneren Vorgang zulassen. Es handelt sich insoweit um einen Indizienbeweis, wofür die äußeren Umstände, die unmittelbarer Gegenstand der Beweisaufnahme sein sollen, darzulegen sind (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 44 mwN). Der Tatrichter muss und darf bei einem Indizienbeweis vor der Beweiserhebung auch prüfen, ob die vorgetragenen Indizien - ihre Rich-

tigkeit unterstellt - ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würden, ob der Indizienbeweis also schlüssig ist. Deshalb stellt es zwar keinen Verfahrensfehler dar, wenn der Tatrichter von der beantragten Beweiserhebung absieht, weil die unter Beweis gestellten Hilfstatsachen für den Nachweis der Haupttatsache nach seiner Überzeugung nicht ausreichen. Werden mehrere Hilfstatsachen vorgetragen, die jeweils für sich allein betrachtet keine sicheren Rückschlüsse auf die Haupttatsache zulassen, ist vom Tatrichter aber zu prüfen, ob die Hilfstatsachen in einer Gesamtschau, gegebenenfalls im Zusammenhang mit dem übrigen Prozessstoff, geeignet sind, ihn von der beweisbedürftigen Behauptung zu überzeugen (Senatsurteil aaO Rn. 45). Diese Prüfung hat das Berufungsgericht unterlassen.

18 4. Die unterlassene Vernehmung des Klägers zu seiner Information durch den B. -Fondsprospekt sowie der Anlageberater als Zeugen 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.

19 5. Das Berufungsgericht wird die oben genannten Beweise zu erheben und zusammen mit den vorgetragenen Indizien zu würdigen haben. Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung die Kausalitätsvermutung in Be-

zug auf verheimlichte Rückvergütungen weiterhin nicht als widerlegt ansehen, wird es sich ebenfalls erneut mit der von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung zu befassen und dabei insbesondere die im Senatsurteil vom 26. Februar 2013 - XI ZR 498/11 (BGHZ 196, 233 Rn. 26 ff. mwN) entwickelten Rechtsgrundsätze zu beachten haben. Dabei wird das Berufungsgericht insbesondere zu berücksichtigen haben, dass die Beklagte jedenfalls im Fondsprospekt K. Nr. 6 ausdrücklich als Empfängerin einer "Vergütung von 4 % der ... vermittelten nominellen Kapitaleinlage sowie" des Agios in Höhe von 5% benannt worden war.

Wiechers Ellenberger Matthias

Menges Derstadt

Vorinstanzen:
LG Dortmund, Entscheidung vom 08.03.2012 - 7 O 477/10 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 24.10.2012 - I-31 U 51/12 -