



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 105/17

Verkündet am:
12. April 2018
P e l l o w s k i
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO

- a) Bei der gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO vom Berufungsgericht durchzuführenden Ermessensabwägung, ob eine eigene Sachentscheidung zu treffen oder ausnahmsweise der Rechtsstreit an das Erstgericht zurückzuverweisen ist, ist der Umstand, dass die Sache zuvor bereits an das Erstgericht zurückverwiesen worden war, zu berücksichtigen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 5. Juli 2011 - II ZR 188/09, NJW-RR 2011, 1365).
- b) Eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme ist nicht schon dann im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO "notwendig", wenn sie im weiteren Verlauf des Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen erforderlich wird. Sie muss vielmehr sicher zu erwarten sein. Daher genügt es auch nicht, dass den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben ist und danach möglicherweise eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme erforderlich wird (Bestätigung von BGH, Urteile vom 2. März 2017 - VII ZR 154/15, NJW-RR 2017, 531; vom 22. Januar 2016 - V ZR 196/14, NJW 2016, 2274 und vom 14. Mai 2013 - II ZR 76/12, NJW-RR 2013, 1013).

BGH, Urteil vom 12. April 2018 - III ZR 105/17 - OLG Frankfurt am Main
LG Darmstadt

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. April 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann und die Richter Dr. Remmert und Reiter sowie die Richterinnen Pohl und Dr. Böttcher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main mit Sitz in Darmstadt vom 23. Februar 2017 aufgehoben.

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

Von der Erhebung von Gerichtskosten für das Revisionsverfahren wird abgesehen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 GKG).

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Die Klägerin nimmt als Rechtsnachfolgerin des im Prozessverlauf verstorbenen Erblassers W. G. den Beklagten aus einem Vermögensverwaltungsvertrag auf Schadensersatz in Höhe von 41.197,10 € in Anspruch.

- 2 Am 15. Mai 1997 schloss der Erblasser mit dem Unternehmen M. Limited (künftig: M.), deren Gründer und Geschäftsführer der Beklagte war, einen Vermögensverwaltungsvertrag. Dort wird in § 12 als anwendbares Recht dasjenige des Commonwealth of the Bahamas gewählt (künftig: Bahamas). Der Erblasser erteilte der M. zugleich Handlungsvollmacht für das Konto 116 bei der H. GmbH (künftig: H.). Die Vollmacht umfasste die Befugnis, das vom Erblasser eingezahlte Kontoguthaben von 160.000 DM für den Kauf oder Verkauf von Finanzterminkontrakten, die Durchführung von Leerverkäufen oder entsprechender Deckungskäufe zu verwenden. Der Erblasser eröffnete bei der H. ein weiteres Konto 115, auf das er 67.500 DM einzahlte. Aufgrund erwirtschafteter Gewinne zahlte er an M. vereinbarungsgemäß eine Gewinnbeteiligung von 37.920,58 DM. Am 27. Februar 1998 befanden sich auf dem Konto 116 noch 117.815,48 DM. Nach Kündigung der Handlungsvollmacht erhielt der Erblasser im April 1998 aus dem Konto 116 97.865,48 DM und aus dem Konto 115 49.050,00 DM ausbezahlt.
- 3 Der Erblasser hat behauptet, der Beklagte habe ihm vor dem Abschluss des - von diesem vorgeschlagenen - Vermögensverwaltungsvertrages versichert, dass er ein EDV-Programm entwickelt habe, mit dessen Hilfe man an der Börse mit dem Kauf von DAX-Futures lukrativ und risikolos Geld verdienen könne. Er hat weiter vorgetragen, die M. sei eine Scheinauslandsgesellschaft, die auch nach den Gesetzen der Bahamas nicht wirksam gegründet worden sei. Ihr Verwaltungssitz habe sich in Deutschland befunden. Der Beklagte sei daher passivlegitimiert. Dieser habe auf den Konten 115 und 116 Verluste von 18.440 DM und 62.134,52 DM erwirtschaftet.
- 4 Der Beklagte hat eingewandt, es bestehe keine vertragliche Beziehung zum Erblasser. Eine Zusicherung hinsichtlich eines Computerprogramms sei

von ihm nicht abgegeben worden. Der Erblasser sei auf die mit der Anlage verbundenen Risiken umfassend hingewiesen worden und habe um diese aufgrund seiner Vorerfahrungen gewusst. Weder M. noch er, der Beklagte, hätten vom Konto 115 Kenntnis gehabt. Etwaige Ansprüche seien überdies verjährt und verwirkt.

- 5 Das Landgericht hat den Beklagten mit Urteil vom 22. April 2005 - unter Klageabweisung im Übrigen - zur Zahlung von 20.598,55 € verurteilt. Das Berufungsgericht hat diese Entscheidung mit Urteil vom 3. Juli 2006 aufgehoben und die Sache gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen. Dieses hat mit Urteil vom 29. Januar 2008 der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Mit Urteil vom 4. März 2010 hat das Berufungsgericht das Urteil der Vorinstanz erneut gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Das Landgericht hat mit (drittem) Urteil vom 25. Mai 2016 die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat mit dem angefochtenen Urteil auf den (hilfsweise gestellten) Antrag des Beklagten die Entscheidung des Landgerichts - zum dritten Mal - gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO wegen wesentlicher Verfahrensmängel aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe

- 6 Die zulässige Revision hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es seien vertragliche und deliktische Ansprüche zu unterscheiden.

8 Vertragliche Ansprüche richteten sich nur dann gegen den Beklagten, wenn er für eine nicht bestehende Gesellschaft aufgetreten sei. Dies sei der Fall, wenn die M. als Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland nicht rechtsfähig gewesen sei. Hiergegen könnten zwar die Angaben des vom Landgericht vernommenen Zeugen H. sprechen, der Tätigkeiten der M. und ihre Verwaltung durch den Beklagten von den Bahamas aus bestätigt habe. Für einen inländischen Verwaltungssitz der M. spreche aber, dass die in Bezug auf den Vermögensverwaltungsvertrag entfalteten Tätigkeiten sämtlich im Inland stattgefunden hätten und der Zeuge H. zu den Aktivitäten des Beklagten auf den Bahamas wenig Konkretes angegeben habe. Die insoweit gebotene Beweiswürdigung habe das Landgericht fehlerhaft unterlassen. Wenn nach einer solchen Beweiswürdigung Zweifel an einer Scheinauslandsgesellschaft verbleiben sollten, sei eine ergänzende Vernehmung der Zeugin D. dazu geboten, ob es sich bei der Geschäftsadresse der M. in N. nur um einen Briefkasten gehandelt habe.

9 Für den Fall, dass von einer Scheinauslandsgesellschaft auszugehen sei, komme eine Haftung des Beklagten analog § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht. Dann werde die Frage der Wirksamkeit der vertraglichen Rechtswahlvereinbarung relevant. Diese beurteile sich gemäß Art. 27 Abs. 4 i.V.m. Art. 31 Abs. 1 EGBGB aF grundsätzlich nach dem Recht der Bahamas. Allerdings sei der Vermögensverwaltungsvertrag ein Vertrag zur Finanzierung einer Dienstleistung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 EGBGB aF. Folglich unterliege er den zwingenden deutschen Verbraucherschutzvorschriften. Hierzu zählten auch die in

der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätze betreffend Aufklärungs- und Warnpflichten gegenüber Kapitalanlegern. Die vom Landgericht fehlerhaft unterlassene Prüfung des Klagevorbringens zu einer nicht anleger- und objektgerechten Beratung werde daher nachzuholen sein. In diesem Zusammenhang seien die ergänzende Vernehmung des Zeugen H. und die Anhörung der Parteien geboten. Sei das Landgericht danach nicht von einer Pflichtverletzung des Beklagten überzeugt, werde es prüfen müssen, ob ergänzend Beweis über die Behauptung der Klägerin zu erheben sei, der Beklagte habe das EDV-Programm auch gegenüber den Zeugen Sch. und S. angepriesen.

10 Eine Gehörsverletzung des Landgerichts liege auch darin, dass es das von ihm für maßgeblich gehaltene bahamaische Recht nicht nach § 293 ZPO ermittelt und angewandt habe. Die Anwendung bahamaischen Rechts komme weiterhin für die Prüfung des Einwands der Verjährung und der Verwirkung eventueller schuldrechtlicher Ansprüche in Betracht.

11 Ein etwaiger Schaden, den das Landgericht ebenfalls nicht geprüft habe, könne in Bezug auf das Konto 116 nicht allein durch eine Gegenüberstellung des eingezahlten Betrags und des verbliebenen Guthabens ermittelt werden. Hierzu sei weiterer Vortrag erforderlich. Auch die Frage, ob der angebliche Schaden durch das vom Erblasser selbst verwaltete Konto 115 dem Beklagten zuzurechnen sei, sei vom Landgericht bislang keiner Klärung zugeführt worden. Zudem sei das Vorbringen der Klägerin zu dem behaupteten Zinsschaden un schlüssig.

12 Hinsichtlich eventueller deliktischer Ansprüche sei der Sachverhalt ebenfalls in hohem Maße aufklärungsbedürftig. Eine Entscheidung zu der Frage, ob

dem Beklagten in Zusammenhang mit dem Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrags eine Täuschungshandlung und/oder eine unzureichende Aufklärung vorzuwerfen sei, könne erst nach der noch ausstehenden Beweisaufnahme getroffen werden. Insoweit stelle sich die Frage des Rechtsstatuts nicht, da als Tatortrecht deutsches Recht maßgebend sei.

- 13 Damit sei eine umfangreiche weitere Beweisaufnahme im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO erforderlich. Diese sei bei Auslandsberührung regelmäßig anzunehmen. Das Interesse der Parteien an einer schnelleren Erledigung des Rechtsstreits sei gegenüber dem Verlust einer Tatsacheninstanz nicht als überwiegend anzusehen. Erweise sich eine Aufklärungspflichtverletzung, seien weitere Beweiserhebungen erforderlich, für deren Überprüfung den Parteien keine Instanz genommen werden solle.

II.

- 14 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die Voraussetzungen einer Zurückverweisung der Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Verfahrens gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO bejaht.

- 15 1. Nach dieser Vorschrift darf das Berufungsgericht die Sache, soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich ist, unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszugs nur zurückverweisen, soweit das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leidet, auf Grund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist und eine Partei die Zurückverweisung beantragt.

- 16 a) Mit der Neufassung des § 538 ZPO durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27. Juli 2002 (BGBl. I 1887, 1898) sollte eine Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz im Interesse der Verfahrensbeschleunigung noch stärker als bisher die Ausnahme von einer eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts bilden. Daher wurden die Ausnahmen von dem Grundsatz der eigenen Sachentscheidung gegenüber dem vorherigen Recht erheblich eingeschränkt (vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722, S. 102; Senat, Urteil vom 6. April 2006 - III ZR 256/04, WM 2006, 1052 Rn. 8; BGH, Teilurteil vom 15. Februar 2017 - VIII ZR 284/15, juris Rn. 21). Es sollte dem Interesse der Parteien an einer zügigen Erledigung des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz durch eine abschließende Sachentscheidung angemessen Geltung verschafft und zugleich die erste Instanz durch die Reduzierung der Zurückverweisungen entlastet werden (BT-Drucks. 14/4722, S. 103). Die zeitaufwändige Zurückverweisung von der zweiten an die erste Instanz sollte auf unverzichtbare Ausnahmefälle beschränkt werden (aaO S. 58).
- 17 Bei der innerhalb dieses - engen - Rahmens durchzuführenden, revisionsrechtlich nachprüfaren Ermessensabwägung des Berufungsgerichts ist der Umstand, dass die Sache zuvor bereits an das Landgericht zurückverwiesen worden war, zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 5. Juli 2011 - II ZR 188/09, NJW-RR 2011, 1365 Rn. 7).
- 18 b) Eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme ist nicht schon dann im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO "notwendig", wenn sie im weiteren Verlauf des Verfahrens nur möglich ist, das heißt wenn sie zwar unter bestimmten Voraussetzungen erforderlich wird, der Eintritt dieser Vorausset-

zungen aber nicht sicher ist. Eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme muss vielmehr sicher zu erwarten sein (BGH, Urteile vom 2. März 2017 - VII ZR 154/15, NJW-RR 2017, 531 Rn. 11 f und vom 22. Januar 2016 - V ZR 196/14, NJW 2016, 2274 Rn. 19). Daher genügt es auch nicht, dass im Einzelfall den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben ist und danach möglicherweise eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme erforderlich wird (BGH, Urteile vom 2. März 2017 aaO Rn. 11 und vom 14. Mai 2013 - II ZR 76/12, NJW-RR 2013, 1013 Rn. 11).

19 2. Diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht beanstandet, nicht Rechnung getragen.

20 a) Das Berufungsurteil lässt bereits nicht erkennen, dass das Oberlandesgericht den Umstand in seine nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO anzustellende Ermessensabwägung einbezogen hat, dass das zum Zeitpunkt seines dritten Berufungsurteils bereits seit 13 Jahren anhängige Verfahren von ihm schon zweimal gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen worden war. Die zweimalige Zurückverweisung wird lediglich im Tatbestand des Berufungsurteils, nicht aber im Rahmen der Erwägungen des Berufungsgerichts zu einer (erneuten) Zurückverweisung gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO erwähnt.

21 Verweist das Berufungsgericht den Rechtsstreit wegen eines wesentlichen Verfahrensfehlers zurück, müssen seine Ausführungen erkennen lassen, dass es das ihm in § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO eingeräumte Ermessen, eine eigene Sachentscheidung zu treffen oder ausnahmsweise den Rechtsstreit an das Erstgericht zurückzuverweisen, pflichtgemäß ausgeübt hat (BGH, Urteil vom 5. Juli 2011 aaO mwN). Zu einer in diesem Sinne hinreichenden Darlegung

der Ermessensausübung gehört die ausdrückliche Befassung mit einer zuvor schon einmal erfolgten Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz. Denn diese ist - wie ausgeführt - bei der Abwägung gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu berücksichtigen. Besonders schwer wiegen eine - wie vorliegend - bereits zweimalig erfolgte Zurückverweisung und die hierdurch zwangsläufig eingetretene erhebliche Verzögerung. Sie sind im Rahmen der Ermessensausübung darzulegen und umfassend zu würdigen. Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft unterlassen.

22 b) Zu Unrecht hat es auch die Notwendigkeit einer umfangreichen Beweisaufnahme gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO angenommen.

23 aa) Sicher zu erwarten im Sinne der vorstehend (unter 1b) dargestellten Grundsätze ist bei Zugrundelegung der Ausführungen des Berufungsgerichts lediglich eine (erneute) Vernehmung des - in O. wohnhaften - Zeugen H. und eine Anhörung beider Parteien zur M. als Scheinauslandsgesellschaft und zu Äußerungen des Beklagten in Bezug auf ein - angeblich jedes Risiko ausschließendes - Computerprogramm. Die Anhörung der Parteien und die Vernehmung eines inländischen Zeugen zu derart begrenzten Beweisthemen sind indes weder aufwändig noch umfangreich im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO.

24 bb) Die Vernehmung der - auf den Bahamas wohnhaften - Zeugin D. und der - in Deutschland wohnhaften - Zeugen Sch. und S. sowie die weitere Ermittlung bahamaischen Rechts sind dagegen nach den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht sicher zu erwarten, sondern vom weiteren Prozessverlauf abhängig.

- 25 (1) Die Vernehmung der Zeugin D. ist danach nur geboten, wenn nach Würdigung der die Gründung der M. betreffenden Umstände und der erneut durchzuführenden Vernehmung des Zeugen H. Zweifel an einer Scheinauslandsgesellschaft verbleiben sollten (Seite 17 der Entscheidungsgründe).
- 26 (2) Die Zeugen Sch. und S. sind nach den Ausführungen des Berufungsgerichts nur zu vernehmen, wenn nach erneuter Vernehmung des Zeugen H. und Anhörung beider Parteien keine richterliche Überzeugungsbildung (§ 286 Abs. 1 ZPO) betreffend eine Pflichtverletzung des Beklagten möglich ist (Seite 22 der Entscheidungsgründe).
- 27 (3) Das bahamaische Recht kommt nach Auffassung des Berufungsgerichts - trotz möglicherweise wirksamer Rechtswahlklausel zugunsten des bahamaischen Rechts - wegen der zwingenden deutschen Verbraucherschutzvorschriften weitgehend nicht zur Anwendung. Soweit das Berufungsgericht meint, das bahamaische Recht komme als maßgebliches Rechtsstatut für die Prüfung der Einrede der Verjährung und der Verwirkung in Betracht, kann eine Beweiserhebung hierzu (möglicherweise durch ein weiteres Rechtsgutachten zu ausländischem Recht) nachrangig gegenüber der Prüfung, ob der Klägerin überhaupt Ansprüche gegen den Beklagten zustehen, angestellt werden und wäre aus diesem Grund nicht "sicher" im Sinne der vorgenannten Grundsätze. Oder aber das Gericht prüft, was materiell-rechtlich ebenfalls möglich ist, die Einrede der Verjährung, ohne sich zuvor mit den Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs zu befassen. Auch in diesem Fall ist die Notwendigkeit der Beweiserhebung nicht sicher, da ungewiss und damit vorab zu klären ist, ob das Recht der Bahamas überhaupt für die Verjährung oder Verwirkung anwendbar ist.

28 (4) Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist der Vortrag der Klägerin zu dem vom Erblasser erlittenen Schaden und Zinsschaden bisher nicht hinreichend und insofern ergänzender Vortrag notwendig. Indes begründet - wie ausgeführt - auch der Umstand, dass den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben ist und danach möglicherweise eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme erforderlich wird, nicht die sichere Erwartung einer im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO umfangreichen oder aufwändigen Beweisaufnahme.

29 cc) Der Schluss des Berufungsgerichts, zu den eventuellen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen sei eine umfangreiche weitere Beweisaufnahme im Sinne des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO erforderlich, trifft nach alledem nicht zu. Eine solche Beweisaufnahme erscheint zwar möglich. Sie ist aber nicht sicher zu erwarten und rechtfertigt daher keine Zurückverweisung an das Landgericht gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Dies gilt auch, soweit das Berufungsgericht eine Auslandsberührung als Indiz für eine umfangreiche weitere Beweisaufnahme erwähnt (zu einer aufwändigen Beweisaufnahme bei einer Zeugenvernehmung im Ausland vgl. BT-Drucks. 14/4722 S. 102). Von einer solchen Auslandsberührung könnte allenfalls bei einer Vernehmung der Zeugin D. oder der Einholung von Rechtsgutachten zu bahamaischen Recht ausgegangen werden, die indes nicht in jedem Fall erforderlich werden und damit nicht sicher zu erwarten sind.

III.

30 Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und - eigenen - Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Herrmann

Remmert

Reiter

Pohl

Böttcher

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 25.05.2016 - 8 O 667/03 -

OLG Frankfurt in Darmstadt, Entscheidung vom 23.02.2017 - 12 U 96/16 -