



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XI ZR 70/09

vom

9. Februar 2010

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Grüneberg und Maihold

am 9. Februar 2010

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Februar 2009 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 und die außergerichtlichen Kosten der Streit-  
helferin, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 78.227,66 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin verlangt von der beklagten Bank Schadensersatz im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage bei der V.

KG

(im Folgenden: Filmfonds).

2 Die Klägerin und ihr Ehemann sind langjährige Kunden der Beklagten. In einem Beratungsgespräch stellte ein Mitarbeiter der Beklagten dem Ehemann der Klägerin anhand des Verkaufsprospekts den Filmfonds vor. Mit zwei Zeichnungsscheinen vom 24. November 2000 beteiligte sich dieser mit einer Kommanditanlage über jeweils 150.000 DM zuzüglich 7.500 DM Agio an dem Filmfonds. Am gleichen Tag unterzeichnete auch die Klägerin einen gleichlautenden Zeichnungsschein über eine Kommanditanlage von 150.000 DM zuzüglich 7.500 DM Agio. Im Jahr 2002 geriet der Filmfonds im Zusammenhang mit der Insolvenz der Produktionsdienstleisterin in eine wirtschaftliche Schieflage.

3 Die Klägerin und ihr Ehemann werden steuerlich zusammenveranlagt. In den Jahren 2000 bis 2006 erlangten sie aus den Filmfondsbeteiligungen Steuervorteile über insgesamt 140.411,42 €.

4 Die Klägerin hält den Verkaufsprospekt hinsichtlich der Belehrung über die Risiken der Anlage für fehlerhaft. Darüber hinaus habe auch der Mitarbeiter der Beklagten ihr und ihrem Ehemann diese Risiken unzutreffend dargestellt und verharmlost. Insoweit behauptet sie unter anderem, dass nach Angaben des Mitarbeiters der Beklagten im Hinblick auf die Erlösausfallversicherung das Risiko im schlimmsten Falle 20 bis 25% habe betragen sollen; eine solche Versicherung wurde - unstreitig - nicht abgeschlossen.

- 5 Mit der Klage begehrt die Klägerin aus eigenem und von ihrem Ehemann abgetretenen Recht von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 234.682,97 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Ansprüche aus den Fondsbeteiligungen und die Feststellung, dass der Rechtsstreit in Höhe der nach Stellung des Mahnbescheidsantrags erfolgten Fondsausschüttung von 6.902,44 € in der Hauptsache erledigt sei. Die Beklagte verlangt hilfswiderklagend die Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet sei, die durch die Beteiligung an dem Filmfonds gewährten Steuervorteile an sie auszukehren, soweit die ihr zugesprochenen Schadensersatzleistungen nicht der Besteuerung unterworfen würden.
- 6 Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 94.271,55 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Ansprüche aus den Fondsbeteiligungen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen, weil die Klage zwar dem Grunde nach begründet sei, sich die Klägerin aber die erlangten Steuervorteile anrechnen lassen müsse. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht - unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung - der Klage in Höhe von 156.455,31 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Ansprüche aus den Fondsbeteiligungen stattgegeben und ferner festgestellt, dass der Rechtsstreit in Höhe von 4.601,63 € erledigt ist. Die Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen, deren Hilfswiderklage abgewiesen. Dies hat es im Wesentlichen wie folgt begründet:
- 7 Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung wegen fehlerhafter Anlageberatung nur soweit, als sie die ihr abgetretenen Ansprüche ihres Ehemanns verfolge, weil im November 2000 ein Beratungsvertrag nur zwischen ihm und der Beklagten zustande gekommen sei. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei erwiesen, dass der Mitarbeiter der Beklagten den Ehemann der Klägerin bei dem Beratungsgespräch nicht

auf das Risiko eines Totalverlustes hingewiesen, sondern lediglich erklärt habe, es bestehe ein Restrisiko von maximal 25%. Entgegen der Auffassung der Beklagten seien auf den Schaden auch nicht etwaige Steuervorteile im Wege des Vorteilsausgleichs anzurechnen, weil es sich einkommenssteuerrechtlich bei dem Filmfonds um eine Mitunternehmerschaft i.S. des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG handele und daher auch die Schadensersatzleistung als Einnahme aus gewerblicher Tätigkeit zu versteuern sei. Aufgrund dessen sei auch die Hilfswiderklage unbegründet.

8 Demgegenüber sei die Klage unbegründet, soweit die Klägerin einen Schadensersatzanspruch aus eigenem Recht verfolge. Sie habe in erster Instanz die tatsächlichen Voraussetzungen für einen solchen Anspruch nicht schlüssig vorgetragen. Vielmehr habe sie erstmals in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 3. November 2008 durch konkreten Sachvortrag vorgebracht, dass sie auch selbst an dem Beratungsgespräch am 24. November 2000 teilgenommen und aufgrund der verharmlosenden Äußerungen des Mitarbeiters der Beklagten zum Totalverlustrisiko die Kommanditbeteiligung gezeichnet habe. Dieser Vortrag sei verspätet und deshalb nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht mehr zuzulassen.

## II.

9 Die Revision ist nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, da das angegriffene Urteil den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (vgl. Senatsbeschlüsse 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 im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben,

als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist, und der Rechtsstreit im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

10           1. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Nichtzulassungsbeschwerde zulässig, auch wenn deren Begründung keine Ausführungen zum Beschwerdewert nach § 26 Nr. 8 EGZPO enthält.

11           Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Beschwerdeführer innerhalb laufender Begründungsfrist darlegen, dass er mit der beabsichtigten Revision die Abänderung des Berufungsurteils in einem Umfang, der die Wertgrenze von 20.000 € übersteigt, erstreben will; dies gilt insbesondere dann, wenn Teile des Prozessstoffs abtrennbar und einer beschränkten Revisionszulassung zugänglich sind (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Juni 2002 - V ZR 148/02, WM 2002, 2431, 2433). Andererseits dürfen keine Anforderungen an die Darlegungen einer Partei zur Zulässigkeit des Rechtsmittels gestellt werden, die nicht mehr dem Erfordernis einer sachgerechten Zulässigkeitsprüfung durch das Rechtsmittelgericht geschuldet sind und dem Rechtsmittelführer die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschweren (BVerfG, NJW-RR 2007, 862, 863).

12           Nach diesen Maßstäben ist die Nichtzulassungsbeschwerde zulässig. Mit ihr begehrt die Klägerin die Zulassung der Revision "in vollem Umfang". Da das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat, soweit die Klägerin aus eigenem Recht Ansprüche geltend macht, lässt sich dem Berufungsurteil und dem dort in Bezug genommenen landgerichtlichen Urteil unschwer entnehmen, dass die Klägerin mit der Nichtzulassungsbeschwerde noch einen Anspruch in Höhe von

78.227,66 € (= 157.500 DM, das sind 80.528,47 €, abzüglich der anteiligen Ausschüttung von 2.300,81 €) verfolgt.

13            2. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist auch begründet. Das angegriffene Urteil verletzt den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG.

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 (BVerfGE 60, 247, 249; 65, 293, 295 f.; 70, 288, 293; 83, 24, 35; BVerfG, NJW-RR 2001, 1006, 1007). 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 22, 267, 274; 79, 51, 61; 86, 133, 146; 96, 205, 216 f.; BVerfG, NJW 2000, 131). Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt außerdem voraus, dass der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermag, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann. Es kommt deshalb im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags gleich, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (BVerfG 84, 188, 190; 86, 133, 144 f.; 98, 218, 263).

15            b) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt. Das Berufungsgericht hat erstmals in der letzten mündlichen Verhandlung am 2. Februar 2009 Bedenken gegen die Schlüssigkeit des Vorbringens der Klägerin zu deren Klagebegründung aus eigenem Recht erhoben. Hierbei hat es je-

doch zum einen übergegangen, dass die Anwesenheit der Klägerin bei dem Beratungsgespräch bereits in der Klagebegründung vorgetragen und von der Beklagten sowohl in der Klageerwiderung als auch in den Berufungsschriftsätzen nicht nur nicht bestritten, sondern sogar zugestanden worden ist. Zum anderen hat sich das Berufungsgericht - entgegen seiner Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem Berufungsurteil - nicht damit auseinandergesetzt, dass das Landgericht das Zustandekommen eines Beratungsvertrages zwischen den Parteien angenommen und daher den Sachvortrag der Klägerin zu ihrer eigenen Anspruchsberechtigung als schlüssig angesehen hat. Unter Berücksichtigung des weiteren Umstandes, dass der ihre Anlage betreffende Zeichnungsschein vom 24. November 2000 von der Klägerin eigenhändig unterschrieben worden ist, was nur im Falle ihrer Anwesenheit geschehen sein kann, hat das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerin deutlich überspannt. Aufgrund dessen bestand für die Klägerin bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht kein Anlass, ihren Vortrag zu ihrer Klagebegründung aus eigenem Recht zu ergänzen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen. Mit den von dem Berufungsgericht insoweit erhobenen Bedenken musste die Klägerin nach dem bisherigen Prozessverlauf ohne vorherigen Hinweis nicht rechnen, zumal diese Bedenken auch in der Sache eher fernliegend sind. Ganz im Gegenteil spricht - wie dargelegt - alles dafür, dass das maßgebliche Beratungsgespräch im Beisein der Klägerin stattgefunden hat. Erst recht durfte das Berufungsgericht das weitere Vorbringen der Klägerin nicht gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO zurückweisen.

16            Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klageabweisung auch nicht entscheidend darauf gestützt, dass der Aufklärungsmangel für die Anlageentscheidung der Klägerin nicht ursächlich war. Hiergegen spricht bereits die auf Seite 8 des Berufungsurteils vorgenommene

drucktechnische Hervorhebung der Wörter "auch selbst", die sich auf die (physische) Teilnahme der Klägerin an dem Beratungsgespräch beziehen.

17 c) Die Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs durch das Berufungsgericht ist auch entscheidungserheblich.

18 Bei Zustandekommen eines Beratungsvertrages mit der Beklagten kann sich die Klägerin auf die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens berufen. Es obliegt dann dem Aufklärungspflichtigen, hier also der Beklagten, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (vgl. BGHZ 61, 118, 122; 124, 151, 159 f.; Senatsurteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274, Tz. 22).

- 19 Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen hat die Klägerin - wie das Berufungsgericht in Bezug auf den geltend gemachten abgetretenen Schadensersatzanspruch des Ehemannes der Klägerin zutreffend erkannt hat und von der Beklagten insoweit auch hingenommen wird - schlüssig dargelegt.

Wiechers

Joeres

Mayen

Grüneberg

Maihold

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 04.07.2008 - 4 O 19057/07 -

OLG München, Entscheidung vom 02.02.2009 - 21 U 4127/08 -