



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XI ZR 8/12

vom

15. Januar 2013

in dem Rechtsstreit

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

am 15. Januar 2013

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Drittwiderbeklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 15. Dezember 2011 aufgehoben.

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

Gegenstandswert: 49.585,29 €

Gründe:

I.

1 Der Beklagte begehrt von der Drittwiderbeklagten wegen fehlerhafter Anlageberatung Schadensersatz, den er Zug um Zug gegen Abtretung der Kommanditanteile an einer Fondsgesellschaft mit beziffertem Zahlungsantrag, unbeziffertem Antrag auf Freistellung von Verbindlichkeiten sowie Feststellungsanträgen auf künftigen Schadensersatz und Verzug der Drittwiderbeklagten mit

Annahme der Fondsbeteiligung geltend macht. Die Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung der Restschuld aus dem zur Finanzierung der Kapitalanlage aufgenommenen Darlehen an die frühere Klägerin ist nach teilweiser Rücknahme der Berufung rechtskräftig geworden.

2 Der Beklagte, Kaufmann im Ruhestand, erwarb in den 90er Jahren Immobilien in den neuen Bundesländern und Beteiligungen an mehreren geschlossenen Immobilienfonds. Dabei wurde er ganz überwiegend von dem Zeugen P. , einem Mitarbeiter der Drittwiderbeklagten, beraten.

3 Im Jahre 1998 beteiligte sich der Beklagte als Kommanditist mit 100.000 DM an der L. KG, , einem geschlossenen Immobilienfonds (im Folgenden: Immobilienfonds), der am S. ein Verwaltungsgebäude errichtete und später vermietete. Vermittelt wurde diese Beteiligung von der Drittwiderbeklagten, die dafür von dem Immobilienfonds über die im Prospekt als Empfänger der Kosten für die Eigenkapitalvermittlung ausgewiesene d. GmbH 6,5 % Provision erhielt. Die Einlage erbrachte der Beklagte in Höhe von 73.100 DM aus Eigenmitteln. Im Übrigen nahm er bei der früheren Klägerin, der B. , ein Darlehen auf.

4 Die Fondsimmoblie wurde für zehn Jahre an den Be. vermietet. Innerhalb dieses Zeitraums entwickelte sich der Fonds erwartungsgemäß. Der Beklagte erhielt Ausschüttungen und konnte steuerliche Vorteile erzielen. Nach Ablauf des Mietverhältnisses ließ sich das Objekt nicht zu vergleichbaren Bedingungen weitervermieten. Der Fonds wurde aufgelöst, die Immobilie veräußert.

5 Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die frühere Klägerin 13.954,28 € nebst Zinsen zur Tilgung des Darlehens zu zahlen. Es hat weiter

festgestellt, dass dem Beklagten gegen diesen Darlehensrückzahlungsanspruch keinerlei Einwendungen, Einreden, Ansprüche und/oder sonstige Rechte zustehen. Die gegen die Klägerin und die Drittwiderbeklagte gerichtete Widerklage hat das Landgericht abgewiesen.

6 Der Beklagte hat die gegen die Klägerin gerichtete Berufung zurückgenommen. Auf seine gegen die Drittwiderbeklagte gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht in einem "Grundurteil" das landgerichtliche Urteil zur Drittwiderklage abgeändert und diese dem Grunde nach als gerechtfertigt angesehen.

7 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Zwischen dem Beklagten und der Drittwiderbeklagten sei ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen, den diese schuldhaft verletzt habe, da sie den Beklagten nicht über die Provision, die sie von der d.

GmbH erhalten habe, aufgeklärt habe. Aus dem Prospekt gehe nicht hervor, dass und in welcher Höhe diese Provision an die Drittwiderbeklagte fließen sollte. Die Beklagte habe deshalb eine aufklärungspflichtige verdeckte Rückvergütung erhalten. Aus der Aussage des vom Landgericht dazu vernommenen Zeugen P. sei nicht zu entnehmen, dass eine Aufklärung des Beklagten ausnahmsweise deshalb entbehrlich gewesen wäre, weil dieser entsprechende Kenntnis besessen hätte. Die Pflichtverletzung habe die Drittwiderbeklagte zu vertreten. Die Kausalität der fehlenden Aufklärung über die empfangene Provision sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu vermuten. Diese Vermutung habe die Drittwiderbeklagte nicht widerlegt. Die geltend gemachten Schadensersatzansprüche seien nicht verjährt, da nicht ersichtlich sei, dass der Beklagte vor dem vorliegenden Rechtsstreit Kenntnis von der Zahlung einer Provision an die Drittwiderbeklagte gehabt habe. Hinsichtlich der Höhe des gel-

tend gemachten Schadens bedürfe es weiterer Aufklärung unter anderem über erfolgte Ausschüttungen.

9 Die Revision ist von dem Berufungsgericht nicht zugelassen worden. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Drittwiderbeklagten.

## II.

10 Die Revision ist 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., vom 9. Februar 2010 - XI ZR 140/09, BKR 2010, 515, 516 und vom 29. November 2011 - XI ZR 50/11, juris Rn. 10). Aus demselben Grund sind das angefochtene Urteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

11 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass eine Bank verpflichtet ist, einen Anleger über an sie fließende Rückvergütungen aus einer offen ausgewiesenen Vertriebsprovision oder einem Agio aufzuklären, wenn zwischen beiden - konkludent - ein Beratungsvertrag geschlossen worden ist (vgl. Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 22 f.; Senatsbeschlüsse vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 13 und vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 20). Um aufklärungspflichtige Rückvergütungen handelt es sich auch dann, wenn diese nicht aus einem Agio oder aus Verwaltungsgebühren, sondern - wie hier - aus sonstigen offen ausgewiesenen Vertriebskosten

fließen (vgl. Senatsurteil vom 11. September 2012 - XI ZR 363/10, juris Rn. 16 mwN).

12            2. Das Berufungsgericht hat jedoch den Anspruch der Drittwiderbeklagten auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, weil es zur Beantwortung der Frage, ob der Beklagte Kenntnis von der Zahlung der Provision an die Drittwiderbeklagte hatte, den dazu erstinstanzlich vernommenen Zeugen entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO nicht erneut vernommen hat, obwohl es dessen Aussage anders gewürdigt hat als das Landgericht.

13            a) Das Berufungsgericht ist nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des Gerichts des ersten Rechtszuges gebunden. Bestehen Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil, ist in aller Regel eine erneute Beweisaufnahme geboten (vgl. BVerfG, NJW 2005, 1487; BVerfG, NJW 2011, 49 Rn. 14; BGH, Beschlüsse vom 14. Juli 2009 - VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291 Rn. 5, vom 9. Februar 2010 - XI ZR 140/09, BKR 2010, 515, 516 und vom 21. März 2012 - XII ZR 18/11, NJW-RR 2012, 704 Rn. 6). Das Berufungsgericht ist in einem solchen Fall nach § 398 ZPO verpflichtet, in erster Instanz vernommene Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es deren protokollierte Aussagen anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will (BVerfG, NJW 2011, 49 Rn. 14; BGH, Beschlüsse vom 21. Juni 2011 - II ZR 103/10, WM 2011, 1533 Rn. 7, vom 10. November 2010 - IV ZR 122/09, NJW 2011, 1364 Rn. 6, vom 14. Juli 2009 - VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291 Rn. 5 f. und Urteil vom 22. Mai 2002 - VIII ZR 337/00, NJW-RR 2002, 1500). Unterlässt es dies und wendet damit § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO fehlerhaft an, ist die dadurch benachteiligte Partei in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör nach § 103 Abs. 1 GG verletzt (BVerfG, NJW 2005, 1487; BGH, Beschlüsse vom 5. April 2006 - IV ZR 253/05, VersR 2006, 949 Rn. 1, vom 14. Juli 2009 - VIII ZR 3/09,

NJW-RR 2009, 1291 Rn. 4, vom 9. Februar 2010 - XI ZR 140/09, BKR 2010, 515, 516, vom 21. März 2012 - XII ZR 18/11, NJW-RR 2012, 704 Rn. 6 und vom 11. September 2012 - XI ZR 476/11, juris Rn. 11).

14 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 (BGH, Urteile vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 116/90, WM 1991, 1896, 1897 f. und vom 10. März 1998 - VI ZR 30/97, NJW 1998, 2222, 2223 sowie Beschlüsse vom 9. Februar 2010 - XI ZR 140/09, BKR 2010, 515, 516, vom 21. März 2012 - XII ZR 18/11, NJW-RR 2012, 704 Rn. 7 und vom 11. September 2012 - XI ZR 476/11, juris Rn. 12).

15 b) Danach verletzt das Berufungsurteil Art. 103 Abs. 1 GG.

16 aa) Das Landgericht hat aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen, ein Beratungsfehler liege nicht vor, selbst wenn der Zeuge P. den Beklagten nicht ausdrücklich auf die Zahlung der Provision hingewiesen haben sollte. Der vernommene Zeuge habe "auf ausdrückliches Befragen durch das Gericht glaubhaft bekundet, der Beklagte habe sehr wohl in allen Fällen gewusst, dass auch Provisionen gezahlt würden". Diese Tatsache sei sogar Gegenstand von Verhandlungen gewesen, in deren Rahmen der Beklagte - bei anderer Gelegenheit - günstigere Konditionen erhalten habe. An der Richtigkeit dieser Aussage habe das Landgericht keinerlei Zweifel.

17 bb) Von dieser Beweiswürdigung durfte das Berufungsgericht nicht abweichen, ohne eine eigene Zeugenvernehmung durchzuführen.

18 Das Berufungsgericht gelangt statt dessen ohne erneute Beweisaufnahme zu der abweichenden Beweiswürdigung, der Aussage des Zeugen sei "nur zu entnehmen, dass bei einem ausgewiesenen Agio der Kunde davon ausging, dass dieses der Bank zugutekam". Da vorliegend ein zusätzliches Agio nicht vereinbart worden sei, hat nach Auffassung des Berufungsgerichts die Drittwiderbeklagte nicht nachgewiesen, dass der Beklagte Kenntnis von einem Zufluss der Provision an die Drittwiderbeklagte besessen habe.

19 cc) Diese abweichende Würdigung der Zeugenaussagen durch das Berufungsgericht war nicht ausnahmsweise ohne erneute Vernehmung zulässig, weil weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit von dessen Aussage von Bedeutung waren. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Zeuge habe Kenntnis des Beklagten von Provisionszahlungen nur für solche Fälle bestätigt, in denen ein zusätzliches Agio vereinbart worden sei, findet bereits in dem protokollierten Inhalt der Beweisaufnahme keine Stütze. Die Niederschrift gibt dazu lediglich die Aussage des Zeugen wider, er habe dem Versuch des Beklagten, über die Kosten zu handeln, beim Agio nicht nachgeben können. Statt dessen habe der Beklagte bei anderer Gelegenheit bessere Konditionen erhalten. Eine Einschränkung der allgemeinen Angabe des Zeugen, der Beklagte habe sehr wohl in allen Fällen gewusst, dass Provisionen gezahlt würden, enthält dies nicht.

20 3. Das angefochtene Urteil beruht auf dieser Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht zu einer abweichenden Entscheidung gelangt wäre, wenn es den Zeugen erneut vernommen hätte.

21 a) Allerdings muss nach der Rechtsprechung des Senats eine beratende Bank nicht nur das Ob, sondern auch die Höhe einer Rückvergütung ungefragt offen legen (Senatsbeschlüsse vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 27 und vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506 Rn. 9 sowie Senatsurteile vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 24 und vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 22). Ob der Beklagte auch die Höhe der an die Drittwiderbeklagte geflossenen Rückvergütung kannte, ist jedoch ungeklärt geblieben, da dazu der Zeuge ausweislich seiner protokollierten Aussage nicht konkret befragt worden ist. Insoweit bedarf es einer ergänzenden Zeugenvernehmung, bevor aus diesem Grund die Feststellung einer Pflichtverletzung der Drittwiderbeklagten in Betracht kommt.

22 b) Unabhängig davon kann, was das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus konsequent nicht untersucht hat, die Kenntnis eines Anlegers von der Zahlung einer Rückvergütung für die Beurteilung der Kausalität bedeutsam sein. Die vom Landgericht festgestellte Tatsache, der Beklagte habe allgemein Kenntnis von Provisionen gehabt, die die Drittwiderbeklagte von dem jeweiligen Fonds erhielt, und sogar über einen Anteil daran - teilweise mit Erfolg - verhandelt, liefert ein vom Tatsachengericht zu würdigendes Indiz für die Behauptung der Drittwiderbeklagten, der Beklagte hätte auch bei korrekter Aufklärung die vorliegende Fondsbeteiligung gezeichnet (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 50).

23 c) Schließlich kann der Kläger - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - bereits dann die für den Beginn der Verjährungsfrist ausreichende Kenntnis sämtlicher anspruchsbegründender Umstände im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB gehabt haben, wenn er zwar die Tatsache der Zahlung von Rückvergütungen kannte, von der Drittwiderbeklagten aber nicht über deren Höhe unterrichtet worden ist (vgl. auch OLG Karlsruhe, WM 2012, 2245,

2246 f., rechtskräftig durch Senatsbeschluss vom 3. April 2012 - XI ZR 383/11 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Dezember 2010 - 6 U 30/10, juris Rn. 34 f., rechtskräftig durch BGH, Beschluss vom 26. Januar 2012 - III ZR 8/11; U. Schäfer in Schäfer/Sethe/Lang, Handbuch der Vermögensverwaltung, § 21 Rn. 60 aE). Damit wären die subjektiven Voraussetzungen der von der Drittwiderbeklagten erhobenen Verjährungseinrede dargetan.

24           4. Im weiteren Verfahren wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass ein Grundurteil zum Zahlungsantrag nicht ohne gleichzeitige Entscheidung über den Feststellungsantrag ergehen darf.

25           Wenn sowohl Zahlungs- als auch Feststellungsklage rechtshängig sind, muss zusammen mit dem Grundurteil über den Feststellungsantrag zum Zahlungsanspruch entschieden werden, da andernfalls die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen besteht (vgl. BGH, Urteile vom 28. Januar 2000 - V ZR 402/98, WM 2000, 873, 874, vom 4. Oktober 2000 - VIII ZR 109/99, WM 2001, 106, 107 und vom 22. Februar 2000 - V ZR 296/00, NJW 2002, 1806 jeweils mwN). Erlässt das Berufungsgericht - wie hier - ein isoliertes Grundurteil,

kann dieses zu der späteren Entscheidung über die Feststellungsklage in Widerspruch geraten, wenn im Zeitpunkt des Schlussurteils die Voraussetzungen einer Haftung dem Grunde nach nicht mehr bestehen sollten.

Wiechers

Grüneberg

Maihold

Pamp

Menges

Vorinstanzen:

LG Braunschweig, Entscheidung vom 30.06.2010 - 5 O 3053/08 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 15.12.2011 - 8 U 125/10 -