



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 398/12

Verkündet am:
4. Februar 2014
Weber,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gemäß § 128 Abs. 2 ZPO im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 30. Dezember 2013 eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Grüneberg, Maihold und Dr. Matthias sowie die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Oktober 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Klage zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Beratungspflichtverletzung auf Rückabwicklung verschiedener Beteiligungen in Anspruch.
- 2 Der Kläger, ein Rechtsanwalt und Notar, beteiligte sich - teilweise fremdfinanziert - jeweils mit einem Betrag von 25.000 € zuzüglich eines Agios unter-

schiedlicher Höhe nach Beratung durch die Beklagte im Herbst 2002 an der
M. GmbH & Co. KG, im Herbst 2003 an der Mo.

GmbH & Co. Verwaltungs KG, im Herbst 2004 an der Mo.

Z. GmbH & Co. Verwaltungs KG und im Herbst 2005 an der
Mo. D. GmbH & Co. Verwaltungs KG. Die Beklagte er-

hielt für die Vermittlung der Beteiligungen Provisionen in unterschiedlicher Hö-
he, über die sie den Kläger im Einzelnen nicht unterrichtete.

3 Der auf Zahlung, Freistellung und Feststellung gerichteten Klage, mit der
der Kläger die Beklagte auf Schadenersatz wegen Beratungspflichtverletzung in
Anspruch genommen hat, hat das Landgericht nach informatorischer Anhörung
des Klägers und Vernehmung einer Mitarbeiterin der Beklagten als Zeugin zum
Zustandekommen eines Beratungsvertrages im Wesentlichen entsprochen.

4 Die dagegen gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht, das zugleich
im Umfang des Teilanerkennnisses des Klägers einem von der Beklagten im
Wege der Eventualwiderklage erhobenen Feststellungsbegehren stattgegeben
hat, zurückgewiesen. Soweit es hinsichtlich der Klage zu ihrem Nachteil ent-
schieden hat, richtet sich dagegen die vom Senat zugelassene Revision der
Beklagten.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Auf-
hebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Be-
rufungsgericht.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

7 Zwischen den Parteien seien im Vorfeld der Beteiligungen des Klägers Beratungsverträge zustande gekommen. Die Beklagte sei dem Kläger wegen der Verletzung ihrer aus diesen Beratungsverträgen resultierenden Aufklärungspflicht zum Schadenersatz verpflichtet. Zwar lasse sich im Ergebnis nicht belegen, dass der Kläger über die unternehmerischen Risiken der Anlagen unzureichend aufgeklärt worden sei. Die Beklagte habe den Kläger aber pflichtwidrig und schuldhaft nicht über die von ihr vereinnahmten Rückvergütungen unterrichtet.

8 Die Beklagte habe die Vermutung, die für die Ursächlichkeit der Aufklärungspflichtverletzung spreche, nicht widerlegt. Ihr auf die Widerlegung der Vermutung zielender Vortrag sei so ungenügend, dass ihren Beweisangeboten nicht nachzugehen sei. Soweit die Beklagte die Vernehmung des Klägers als Partei zu der Behauptung angeboten habe, er hätte auch bei Unterrichtung über die an die Beklagte gezahlten Provisionen die Beteiligungen gezeichnet, handle es sich um Vortrag ins Blaue hinein. Der Umstand, dass der Kläger auch habe Steuern sparen wollen, genüge nicht, um der unter Beweis gestellten Behauptung der Beklagten den nötigen substantiellen Anhalt zu geben, zumal der Kläger bei seiner persönlichen Anhörung - die an diesem Punkt allerdings abgebrochen worden sei - erklärt habe, steuerliche Aspekte hätten "auch" eine Rolle gespielt, was Raum für weitere Motive lasse. Selbst dann, wenn es dem Kläger ausschließlich darauf angekommen sei, ein Steuersparmodell zu zeichnen, lasse sich nicht von vornherein sagen, dass seine Entscheidung von der Kenntnis einer Rückvergütung unbeeinflusst geblieben wäre. Weitere Indizien, etwa die Investition in eine vergleichbare Kapitalanlage in Kenntnis von in Form

der Rückvergütungen gezahlten Provisionen, fehlten. Die Beklagte habe auch nicht vorgetragen, dass bei anderen Anbietern keine vergleichbaren Produkte ohne oder mit geringeren Rückvergütungen zu haben gewesen seien oder der Kläger Wert darauf gelegt habe, allein von der Beklagten beraten zu werden. Selbst wenn anzunehmen sei, der Kläger suche einen Grund, "um sich von den unerfreulich verlaufenden Investments zu lösen", führe dies in der Gesamtschau nicht zu der Annahme, es liege fern, dass ihn die Frage der Rückvergütungen in seiner Anlageentscheidung nicht beeinflusst hätte. Das Vorbringen, für das die Beklagte ihre Mitarbeiterin als Zeugin benannt habe, beziehe sich nur auf allgemeine Vermutungen, die auf jeden Anleger zutreffen könnten, so dass Zeugenbeweis nicht zu erheben sei.

9 Die geltend gemachten Schadenersatzansprüche seien nicht verjährt. Konkrete Tatsachen dafür, dass der Kläger von der unterbliebenen Aufklärung über die der Beklagten zugeflossenen Rückvergütungen bereits vor dem 30. März 2010 als dem Tag, an dem er persönlich gegenüber der Beklagten Schadenersatzansprüche geltend gemacht habe, erfahren habe, gebe es nicht.

II.

10 Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

11 1. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, zwischen den Parteien seien Beratungsverträge zustande gekommen, aufgrund derer die Beklagte verpflichtet gewesen sei, den Kläger über die von ihr vereinnahmten Rückvergütungen aufzuklären. Weiter hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, eine ordnungsgemäße Aufklärung des Klägers jedenfalls über die Höhe der der Beklagten zufließenden Vergütungen sei we-

der 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. Soweit das Berufungsgericht dagegen von der Vernehmung des Klägers als Partei (§ 445 Abs. 1 ZPO) für die Behauptung der Beklagten abgesehen hat, von ihr erlangte Rückvergütungen seien für die Anlageentscheidung ohne Bedeutung gewesen, ist dies, wie die Revision in Übereinstimmung mit § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO zu Recht rügt, von Rechtsfehlern beeinflusst.

13 a) Die Beklagte hat bereits in der Klageerwiderung vorgetragen, dass der Kläger, wenn er über das Eigeninteresse der Beklagten hinreichend aufgeklärt worden wäre, seine Liquidität nicht in sichere Anleihen investiert hätte, weil es ihm ausschließlich auf die Erzielung von Steuervorteilen angekommen sei, so dass er sich - über "die genaue Höhe der Provision" der Beklagten unterrichtet - "keinesfalls von dem Entschluss, seine Steuerlast zu senken", hätte abbringen lassen. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte darauf verwiesen, dass der Kläger Beratungsbedarf "jeweils im Herbst der Jahre 2002, 2003, 2004 und 2005, also immer dann, wenn sich ein hohes zu versteuerndes Einkommen sicher" abgezeichnet habe, angemeldet habe. Zum Beweis ihrer Behauptungen hat sich die Beklagte auf die Vernehmung des Klägers als Partei berufen. In der Berufungsbegründungsschrift hat die Beklagte wiederum die Vernehmung des Klägers als Partei für ihre Behauptung beantragt, die "geringen Provisionen aus den streitgegenständlichen Beteiligungen hätten den Kläger nicht vom Erwerb der Fondsanteile abgehalten".

14 b) Das Übergehen des Beweisantrags der Beklagten auf Vernehmung des Klägers als Partei verletzt das aus § 525 Satz 1, § 286 ZPO folgende Ge-

bot, sich mit dem Streitstoff umfassend auseinanderzusetzen und den Sachverhalt durch die Erhebung der angetretenen Beweise möglichst vollständig aufzuklären (vgl. Senatsurteile vom 29. Januar 2002 - XI ZR 86/01, WM 2002, 557, vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 31, vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524 und vom 11. Mai 2004 - XI ZR 22/03, BGHR ZPO § 286 Abs. 1 Beweiswürdigung 7).

15 Das Beweisangebot der Beklagten war erheblich. Die Beklagte hat eine für die Entscheidung wesentliche Tatsache - Fehlen der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden - unmittelbar selbst zum Gegenstand des Beweisanspruchs 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 Beweisanspruchs auf Vernehmung des Gegners als Partei grundsätzlich nicht erforderlich (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 39).

16 Ein unbeachtlicher, auf Ausforschung zielender Beweisermittlungsantrag, der auf der willkürlichen Behauptung einer bestimmten Motivationslage "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" gründete, ist nicht gegeben. Die Beklagte hat mit dem Verweis auf die Motivation des Klägers, Steuern zu sparen, einen - anlässlich seiner informatorischen Anhörung vom Kläger bestätigten - Anhaltspunkt vorgetragen, der dafür spricht, dass der Kläger auch in Kenntnis der Rückvergütungen die Beteiligungen gezeichnet hätte. Angesichts dessen kann eine Behauptung ins Blaue hinein nicht angenommen werden, zumal die Parteivernehmung nach § 445 Abs. 1 ZPO nicht die Wahrscheinlichkeit der unter Beweis gestellten Tatsache zur Voraussetzung hat (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 39; BGH, Urteil vom 6. Juli 1960 - IV ZR 322/59, BGHZ 33, 63, 66). Schließlich stand der Grundsatz der Subsidiarität der Parteivernehmung nach § 445 Abs. 1 ZPO der Beweiserhebung

nicht entgegen. Für die unmittelbare Beweisführung zur Motivation des Klägers steht kein anderes Beweismittel zur Verfügung.

- 17 Die weitere Begründung des Berufungsgerichts, aufgrund der Angaben des Klägers anlässlich seiner informatorischen Anhörung durch das Landgericht lasse sich nicht sagen, "dass seine Entscheidung von der Kenntnis einer Rückvergütung unbeeinflusst geblieben wäre", stellt ihrerseits eine verfahrensfehlerhaft vorweggenommene Beweiswürdigung dar, auf deren Grundlage das Berufungsgericht nicht davon ausgehen durfte, die Kausalitätsvermutung sei nicht widerlegt. Dabei kann dahinstehen, ob eine Anhörung nach § 141 ZPO überhaupt geeignet wäre, die von der Beklagten beantragte Vernehmung des Klägers als Partei zu ersetzen (dagegen BGH, Beschluss vom 28. April 2011 - V ZR 220/10, juris Rn. 12 ff.). Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die informatorische Anhörung des Klägers "an diesem Punkt [...] abgebrochen". Sie bot mithin in keinem Fall eine hinreichende Grundlage für die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts.

III.

- 18 Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).
- 19 1. Das Berufungsgericht wird den Kläger als Partei (§ 445 Abs. 1 ZPO) zu vernehmen und das Beweisergebnis zusammen mit den ebenfalls unter Beweis gestellten Indizien (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 42 ff.) zu würdigen haben. Dabei wird es sich bei der Prüfung der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden auch

mit dem Vorbringen der Beklagten in der Klageerwiderung zu beschäftigen haben, der Kläger habe entweder aufgrund seiner Geschäftserfahrung oder aufgrund der Ausführungen der Mitarbeiterin der Beklagten Kenntnis davon gehabt, dass die Beklagte für die Vermittlung der Beteiligungen (überhaupt) eine Vergütung erhalten habe, die "wirtschaftlich von der jeweiligen Fondsgesellschaft getragen" worden sei. Denn die Kenntnis von der Leistung von Rückvergütungen als solche ohne Wissen um deren Höhe könnte grundsätzlich den Schluss zulassen, der Kläger hätte die Beteiligungen auch im Falle einer Unterrichtung über den Umfang der Rückvergütungen gezeichnet (vgl. Senatsbeschluss vom 15. Januar 2013 - XI ZR 8/12, BKR 2013, 203 Rn. 22). Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte lediglich zugestanden, die Höhe der von ihr vereinnahmten Provisionen verschwiegen zu haben, nicht aber den Erhalt von Provisionen als solchen. Das Berufungsgericht wird allerdings in Rechnung zu stellen haben, dass der Hinweis allein, die "Vermittler" erhielten eine Provision, keine Aufklärung darüber beinhaltet, die Beklagte vereinnahmte Provisionen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 27 und vom 20. November 2012 - XI ZR 205/10, juris Rn. 21).

20 2. Sollte das Berufungsgericht zu der Überzeugung gelangen, die Beklagte habe die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht widerlegt, wird es bei der Prüfung der Verjährung von Schadenersatzansprüchen die Maßgaben des Senatsurteils vom 26. Februar 2013 (XI ZR 498/11, BGHZ 196, 233 Rn. 26 ff.) zu beachten haben. Die fehlende Kenntnis des Anlegers von der Höhe der Rückvergütung steht, sofern über den Erhalt von Provisionen als solchen aufgeklärt wurde, dem Verjährungsbeginn nur entgegen, wenn - was der Kläger nicht behauptet - die beratende Bank konkrete, jedoch fehlerhafte Angaben zur Höhe der Rückvergütung gemacht hat.

21 3. Sollte das Berufungsgericht zu dem Resultat gelangen, die Klage sei, soweit der Kläger eine unzureichende Aufklärung über vereinnahmte Rückvergütungen geltend macht, unbegründet, wird es sich abschließend mit den vom Kläger behaupteten weiteren Beratungspflichtverletzungen zu befassen haben.

22 4. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, dem Kläger stünden Ansprüche gegen die Beklagte wegen der Verletzung von Pflichten aus Beratungsvertrag dem Grunde nach zu, wird es bezüglich der Nummern 2, 7, 12 und 17 der landgerichtlichen Entscheidungsformel zu beachten haben, dass es dem Schuldner eines Anspruchs auf Schuldbefreiung nach § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich freisteht, auf welche Weise er den Befreiungsanspruch erfüllt (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - III ZR 144/10, WM 2011, 505 Rn. 21 mwN). Da auch der Freistellungsantrag dem Gebot ausreichender Bestimmtheit des Klageantrags im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unterliegt (BGH, Urteil vom 4. Juni 1996 - VI ZR 123/95, WM 1996, 1986, 1987), wird das Berufungsgericht - wie in der Berufungsinstanz auch nur auf das Rechtsmittel der Beklagten möglich (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06, WM 2009, 1155 Rn. 5), da von einer Anschließung an das Rechtsmittel der Beklagten unabhängig (BGH, Urteil vom 25. April 1991 - I ZR 134/90, NJW 1991, 3029) - darauf hinzuwirken haben, dass der Kläger hinreichend bestimmte Angaben zu Grund und Höhe der Schuld macht, von der er freigestellt zu werden wünscht.

23 Die Feststellungsanträge - Nummern 4, 9, 14 und 19 der landgerichtlichen Entscheidungsformel - zu den steuerlichen Nachteilen aus den Beteiligungen können dahin ausgelegt werden und sind dahin auszulegen, die Ersatzpflicht der Beklagten umfasse nicht jene steuerlichen Nachteile, die aus der Einkommensbesteuerung der Ersatzleistungen resultieren. Diese Nachteile sind bei der Bemessung der Ersatzleistungen aufgrund pauschalisierender Betrachtungsweise der steuerlichen Vor- und Nachteile im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteile vom 1. März 2011 - XI ZR 96/09,

WM 2011, 740 Rn. 8 f. und vom 4. April 2013 - XI ZR 188/11, juris Rn. 34; BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 75/10, WM 2012, 1293 Rn. 40).

24

5. Sollte das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers unter jedem Gesichtspunkt verneinen, wird es seine Entscheidung zur Eventualwiderklage von Amts wegen zur Klarstellung aufzuheben haben (vgl. Senatsurteil vom 20. Dezember 2005 - XI ZR 119/04, juris Rn. 18 mwN). Dieser Entscheidung des Berufungsgerichts ist in diesem Fall die Grundlage entzogen, weil der Eintritt der Bedingung für die Eventualwiderklage nicht eingetreten ist. Dass der Kläger den mit der Widerklage verfolgten Anspruch teilweise anerkannt hat, steht der Aufhebung von Amts wegen nicht entgegen, weil der Nichteintritt der prozessualen Bedingung vorrangig zu berücksichtigen ist.

Wiechers

Grüneberg

Maihold

Matthias

Menges

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 04.05.2012 - 7 O 168/12 -

OLG Celle, Entscheidung vom 10.10.2012 - 3 U 70/12 -