



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 274/12

vom

14. Mai 2013

in dem Rechtsstreit

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

am 14. Mai 2013

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 28. Juni 2012 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, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren beträgt 43.250 €.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin verlangt von der beklagten Bank aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes Schadensersatz im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage an einem Windparkfonds.
- 2 Der Ehemann der Klägerin (im Folgenden: Zedent), der seine Ansprüche gegen die Beklagte an seine Ehefrau abgetreten hat, zeichnete aufgrund einer

Empfehlung einer Mitarbeiterin der Beklagten, der Zeugin R. , am 16. Juni 2002 eine treuhänderische Kommanditbeteiligung an der E. KG (im Folgenden: Fonds) über 50.000 € zuzüglich 5% Agio. Das Agio und eine weitere Provision in Höhe von mindestens 3% der Beteiligungssumme flossen unstreitig der Beklagten zu. Ob der Zedent vor oder bei Zeichnung der Beteiligung den Fondsprospekt erhalten hat, ist zwischen den Parteien streitig. In den Jahren 2004 bis 2007 erhielt der Zedent Ausschüttungen von insgesamt 9.250 €. In der Folgezeit fiel der Wert der Beteiligung erheblich.

3 Mit der Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Fondsbeteiligung die Rückzahlung von 52.500 € nebst Zinsen, die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten und die Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten. Sie behauptet, die Beklagte habe den Zedenten weder über die wesentlichen Risiken der Anlage noch über die der Beklagten zugeflossene Provision von mindestens 8% aufgeklärt.

4 Das Landgericht hat die Klage - nach Vernehmung des Zedenten und der Zeugin R - abgewiesen, weil es im Hinblick auf die Provisionszahlungen an die Beklagte nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon überzeugt sei, dass der Zedent die Beteiligung auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung gezeichnet hätte. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht, das eine eigene Beweisaufnahme nicht durchgeführt hat, der Klage in Höhe von 43.250 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Fondsbeteiligung stattgegeben und festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung dieser Rechte in Verzug befinde; die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen. Dies hat es im Wesentlichen wie folgt begründet:

- 5 Die Beklagte habe es im Rahmen des zwischen ihr und dem Zedenten geschlossenen Anlageberatungsvertrags schuldhaft unterlassen, den Zedenten über die an sie gezahlte Rückvergütung von mindestens 8% der Beteiligungssumme aufzuklären. Die Pflichtverletzung sei nach der Vermutung für ein aufklärungsrichtiges Verhalten des Anlegers auch kausal für den Fondsbeitritt des Zedenten gewesen. Die Beklagte habe weder einen Entscheidungskonflikt dargelegt noch die Vermutung widerlegt. Der Zedent habe lediglich damit gerechnet, dass die Beklagte eine Vergütung aus dem 5%-igen Agio erhalte. Bei genauer Kenntnis der Rückvergütung hätte er die Anlage mehr hinterfragt. Die Vermutung sei auch nicht dadurch widerlegt, dass der Zedent mit einer Provisonzahlung an die Beklagte grundsätzlich einverstanden gewesen sei. Dagegen spreche bereits, dass sich der Zedent nach den Kosten der Anlage erkundigt habe. Eine erneute Vernehmung der Zeugen sei nicht erforderlich gewesen, weil sich das Gericht bei seiner Würdigung auf den Inhalt der protokollierten Zeugenaussagen stütze, ohne hiervon abzuweichen.
- 6 Der Schadensersatzanspruch sei nicht verjährt. Der Zedent habe im Juni 2002 keine Kenntnis von den Rückvergütungen gehabt. Seine bloße Vermutung einer Vergütung der Beklagten genüge insoweit nicht. Er habe aufgrund Nichtlesens des Prospekts auch nicht grob fahrlässig gehandelt; der Prospekt enthalte keine Angaben, dass und in welcher Höhe die Beklagte eine Rückvergütung erhalten habe. Aufgrund dessen sei von dem Vorbringen der Klägerin auszugehen, der Zedent habe erst im Jahr 2010 von seinem jetzigen Prozessbevollmächtigten davon erfahren. Die Klägerin müsse sich allerdings auf den Schadensersatzanspruch die erhaltenen Ausschüttungen von 9.250 € anrechnen lassen.
- 7 Die Revision hat das Berufungsgericht nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten.

II.

8 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 (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 11. September 2012 - XI ZR 476/11, juris Rn. 7). Aus demselben Grunde sind das angefochtene Urteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, und der Rechtsstreit im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

9 1. Rechtsfehlerfrei und von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angegriffen ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass zwischen dem Zedenten und der Beklagten stillschweigend ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist, aufgrund dessen die Beklagte verpflichtet war, den Zedenten über die von ihr vereinnahmten Rückvergütungen aufzuklären, und dass eine ordnungsgemäße Aufklärung des Zedenten über diese Rückvergütungen weder mündlich noch durch die Übergabe von Informationsmaterial erfolgt ist (vgl. Senatsurteile vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 15 ff. und vom 26. Februar 2013 - XI ZR 498/11, WM 2013, 609 Rn. 12, jeweils mwN). Auch hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Nichtzulassungsbeschwerde unangegriffen insoweit ein Verschulden der Beklagten bejaht (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, aaO, Rn. 24 f. mwN).

10 2. Gleichfalls rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht im Grundsatz davon ausgegangen, dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für ihre

Behauptung trägt, der Zedent hätte die Beteiligungen auch bei gehöriger Aufklärung über die Rückvergütungen erworben.

- 11 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 offengelegt 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).
- 12 3. Das Berufungsgericht hat jedoch den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, weil es zur Beantwortung der Frage, ob der Zedent den Fonds auch bei gehöriger Aufklärung über die Rückvergütungen gezeichnet hätte, die erstinstanzlich vernommenen Zeugen entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO nicht erneut vernommen hat, obwohl es deren 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, 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 und vom 21. März 2012 - XII ZR 18/11, NJW-RR 2012, 704 Rn. 6).

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 und vom 21. März 2012 - XII ZR 18/11, NJW-RR 2012, 704 Rn. 7).

15 b) Nach diesen Maßgaben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt.

16 aa) Das Landgericht hat zwar im Ausgangspunkt zu Unrecht angenommen, dass die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens vorliegend nicht anwendbar sei, weil sich der Zedent in einem Entscheidungskonflikt befunden ha-

be; wie der Senat nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils entschieden und im Einzelnen begründet hat, greift die Beweislastumkehr bei einer feststehenden Aufklärungspflichtverletzung stets ein, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Kapitalanleger bei gehöriger Aufklärung vernünftigerweise nur eine Handlungsalternative gehabt hätte (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 30 ff.). Das Landgericht hat aber keine Beweislastentscheidung getroffen, sondern aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme die positive Überzeugung gewonnen, dass der Zedent die Beteiligung auch im Falle einer gehörigen Aufklärung über die Rückvergütung gezeichnet hätte. Es hat sich dafür auf die - nach seinem Dafürhalten glaubhafte - Aussage der Zeugin R. gestützt, der es in Übereinstimmung mit dem protokollierten Wortlaut dieser Vernehmung entnimmt, sie habe auf die sogenannten weichen Kosten, insbesondere die Vertriebskosten anhand des Prospekts hingewiesen. Der Aussage des ebenfalls als Zeugen vernommenen Zedenten ist das Landgericht nicht gefolgt, weil der Inhalt dieser Aussage "auf das Gericht auffällig angepasst an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Vorliegen eines Interessenkonflikts der Banken aufgrund des Provisionsinteresses" gewirkt habe und es auch "nicht glaubhaft (sei), dass der Zedent im Falle der weitergehenden Belehrung eine Investition in Festgeld vorgezogen hätte". Das Landgericht hat also die Aussage des Zedenten für nicht glaubhaft gehalten und möglicherweise sogar Zweifel an dessen Glaubwürdigkeit gehabt.

17 Das Berufungsgericht hat die Beweisaufnahme abweichend vom Landgericht gewürdigt, ohne sich durch erneute Vernehmung der Zeugen einen eigenen Eindruck zu verschaffen. Im Gegensatz zum Landgericht hat es auf Grundlage beider Zeugenaussagen im Ergebnis die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens als von der - insoweit darlegungs- und beweispflichtigen - Beklagten nicht widerlegt angesehen. Dies konnte es aber nur annehmen,

wenn es - anders als das Landgericht - beide Aussagen gleichermaßen als glaubhaft oder unglaubhaft erachtete.

18 bb) Diese abweichende Würdigung der Zeugenaussagen durch das Rechtsmittelgericht war nicht ausnahmsweise ohne erneute Vernehmung zulässig, weil weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe der Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit ihrer Aussage von Bedeutung gewesen wären. Insbesondere konnte sich das Berufungsgericht bei seiner abweichenden Würdigung nicht ausschließlich auf den protokollierten Inhalt der Beweisaufnahme stützen, weil ihr das Landgericht aufgrund einer Würdigung der Glaubhaftigkeit der Aussage und möglicherweise auch der Glaubwürdigkeit des Zedenten nicht gefolgt ist. Für das Landgericht war entscheidend, dass der Zedent bei seiner Zeugenaussage "auffällig angepasst an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Vorliegen eines Interessenkonflikts der Banken aufgrund des Provisionsinteresses" gewirkt habe und auch seine weitere Bekundung zu einer Alternativanlage in Festgeld nicht glaubhaft sei. Demgegenüber hat das Landgericht die Aussage der Zeugin R. als glaubhaft angesehen. Danach war es dem Berufungsgericht verwehrt, ohne erneute Vernehmung von der Verlässlichkeit der Aussage des Zedenten oder der Unglaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin R. auszugehen.

19 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 beide Zeugen erneut vernommen hätte.

III.

20 Das angefochtene Urteil war danach gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird die oben genannten Beweise zu erheben und zu würdigen haben.

21 Soweit das Berufungsgericht den darauf gestützten Schadensersatzanspruch als nicht verjährt angesehen hat, weist die tatrichterliche Würdigung allerdings - entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde - auch nach den Maßgaben der Senatsentscheidung vom 26. Februar 2013 (XI ZR 498/11, WM 2013, 609 Rn. 26 ff., für BGHZ bestimmt) keinen durchgreifenden Rechts- oder Verfahrensfehler auf; das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Zedent positive Kenntnis von dem Zufluss von Rückvergütungen an die Beklagte hatte.

22 Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht sich auch mit den von der Klägerin behaupteten weiteren Verletzungen vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch unrichtige Angaben des Anlageberaters der Beklagten auseinandersetzen haben.

Joeres

Grüneberg

Maihold

Pamp

Menges

Vorinstanzen:

LG Braunschweig, Entscheidung vom 20.07.2011 - 5 O 1921/10 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 28.06.2012 - 8 U 129/11 -