



**Im Namen des Volkes**

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

des Herrn E...,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Vorwerk & Schultz,  
Erbprinzenstraße 27, 76133 Karlsruhe -

gegen a) den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 23. September 2008 - XI ZR  
463/07 -,

b) das Urteil des Kammergerichts vom 27. Juli 2007 - 13 U 45/06 -

hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Gaier,  
Schluckebier  
und die Richterin Baer

am 14. November 2012 einstimmig beschlossen:

1. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 23. September 2008 - XI ZR 463/07 - verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes. Der Beschluss wird aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beschwerdeführers entschieden worden ist. Insoweit wird die Sache an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen.
2. Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.
3. Die Bundesrepublik Deutschland hat die notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers zu erstatten.

**Gründe:**

**I.**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft eine zivilrechtliche Auseinandersetzung im Zusammenhang mit dem finanzierten Erwerb einer Eigentumswohnung zu Steuerspar-

zwecken. Im zivilgerichtlichen Ausgangsverfahren nahmen der Beschwerdeführer und seine ehemalige Lebensgefährtin eine Bausparkasse und eine Bank, die den Kauf finanziert hatten, auf Rückabwicklung des Wohnungskaufs und der Finanzierung im Wege des Schadensersatzes in Anspruch.

Der Beschwerdeführer, ein damals 31 Jahre alter Installateur mit einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.600 DM, erwarb im Jahr 1996 zu Steuersparzwecken ohne Eigenkapital zusammen mit seiner damaligen Lebensgefährtin, eine Sekretärin mit einem monatlichen Nettoeinkommen von etwa 2.200 DM, eine etwa 43 m<sup>2</sup> große Eigentumswohnung in Hamburg-Osdorf. Der Kaufpreis betrug 149.120 DM. Zur Finanzierung schlossen der Beschwerdeführer und seine damalige Lebensgefährtin mit der Bank, die hierbei durch die Bausparkasse vertreten wurde, einen Darlehensvertrag über ein - zunächst tilgungsfreies - Vorausdarlehen in Höhe von 187.000 DM und mit der Bausparkasse zwei Bausparverträge über 94.000 DM und 93.000 DM. Die Ablösung des Vorausdarlehens sollte durch die beiden Bausparverträge erfolgen, die nacheinander anzusparen waren.

Der Erwerb der Wohnung und die Finanzierung wurden durch Unternehmen der - inzwischen insolventen - H. Gruppe vermittelt, die seit den 1990er Jahren in großem Umfang Anlageobjekte vertrieb, die die im Ausgangsverfahren beklagte Bausparkasse in Zusammenarbeit mit verschiedenen Banken jeweils nach diesem Modell finanzierte. Der Vertrieb der Wohnungen erfolgte seitens der H. Gruppe regelmäßig auf Grundlage eines gegenüber den Anlegern formularmäßig verwendeten „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“. In diesem waren neben dem bezifferten Kaufpreis der Wohnung unter anderem eine Finanzierungsvermittlungsgebühr und eine Courtage betragsmäßig ausgewiesen, die regelmäßig an die B. GmbH beziehungsweise an die I. GmbH - zwei Unternehmen der H. Gruppe - zu zahlen waren.

Der Beschwerdeführer und seine ehemalige Lebensgefährtin, die ebenfalls die I. GmbH und die B. GmbH beauftragt hatten, ihnen den Erwerb der Eigentumswohnung zu vermitteln, stützten ihr Schadensersatzbegehren im Ausgangsverfahren auf eine Aufklärungspflichtverletzung. Dazu machten sie unter anderem geltend, die beklagte Bausparkasse und die beklagte Bank hätten sie darüber unterrichten müssen, dass sie durch die Angaben im „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrag“, der auch ihnen gegenüber verwendet worden sei, über die Höhe der Vertriebsprovisionen getäuscht worden seien. Zusätzlich zu den dort offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen - Finanzierungsvermittlungsgebühr und Courtage - seien in dem für die Wohnung zu zahlenden Kaufpreis weitere Provisionen in Höhe von 20 % bis 23 % eingerechnet gewesen, die ebenfalls an den Vertrieb geflossen seien. Es sei zu vermuten, dass die Beklagten hiervon Kenntnis gehabt hätten, weil sie mit dem Vertrieb nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 168, 1 <22> Rn. 50 ff.) in institutionalisierter Weise zusammengewirkt hätten.

Das Landgericht gab der Klage im Wesentlichen statt, stützte dies jedoch auf einen anderen der geltend gemachten Aufklärungsmängel. Auf die dagegen gerichtete Be-

rufung der Beklagten wies das Kammergericht die Klage ab, weil keine Aufklärungspflicht verletzt worden sei. Eine finanzierende Bank sei nur unter besonderen Umständen verpflichtet, über die Risiken des finanzierten Geschäfts aufzuklären, beispielsweise wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des zu finanzierenden Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung gegenüber dem Darlehensnehmer habe und dies auch erkennen könne. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall. Die Revision ließ das Berufungsgericht nicht zu, weil alle entscheidungserheblichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung zwischenzeitlich durch den Bundesgerichtshof geklärt seien und die Entscheidung zudem auf einer tatrichterlichen Würdigung des vorliegenden Einzelfalls beruhe.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Nichtzulassungsbeschwerde machten der Beschwerdeführer und seine ehemalige Lebensgefährtin geltend, das Berufungsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, weil es entscheidungserheblichen Vortrag zur Täuschung über die Höhe der von ihnen zu zahlenden Vermittlungsprovisionen nicht beachtet habe. Das Berufungsgericht habe den Vortrag lediglich unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob der Kaufpreis überhöht gewesen sei. Dies habe die rechtliche Tragweite ihres Vorbringens nicht erfasst. Sie, der Beschwerdeführer und seine ehemalige Lebensgefährtin, hätten auf Grundlage der Angaben im formularmäßig verwendeten „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrag“ davon ausgehen müssen, dass als Vertriebsgebühren nur die dort ausgewiesene Finanzierungsvermittlungsgebühr (ca. 2,5 %) und Courtage (5,75 %), insgesamt also 8,3 % des Nettokaufpreises, anfielen. Die Diskrepanz zwischen der offen ausgewiesenen und der tatsächlich gezahlten höheren Vertriebsprovision stelle sich als Täuschung dar, weil derjenige, der eine Auskunft gebe, diese zutreffend erteilen müsse, auch wenn er die Auskunft an sich nicht schulde. Die Kenntnis der beklagten Bausparkasse, die sich die beklagte finanzierende Bank zurechnen lassen müsse (§ 166 Abs. 1 BGB), sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 168, 1 <22> Rn. 50 ff.) zu vermuten, da diese mit dem Vertrieb in institutionalisierter Weise zusammengearbeitet habe. Die den Beklagten anzulastende Pflichtverletzung beruhe mithin nicht auf einer unterbliebenen Aufklärung über die Höhe der Innenprovisionen, sondern auf dem Umstand, dass diese von ihrer arglistigen Täuschung über die Höhe der zu zahlenden Innenprovision Kenntnis gehabt hätten.

Der Bundesgerichtshof wies die Nichtzulassungsbeschwerde zurück. Von einer arglistigen Täuschung über eine Innenprovision könne „hier keine Rede sein“.

## II.

Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Kammergerichts und den Beschluss des Bundesgerichtshofs. Er rügt hinsichtlich beider Entscheidungen eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG und hinsichtlich der angegriffenen Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde darüber hinaus - der Sache nach - eine Verletzung des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) sowie des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG).

Er macht unter anderem geltend, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die Nichtzulassungsbeschwerde zurückzuweisen, beruhe auf einer nicht haltbaren Anwendung der Zulassungskriterien des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO und verletze ihn daher in seinen verfassungsmäßigen Rechten. Zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung sei die Zulassung der Revision dann geboten, wenn andernfalls schwer erträgliche Unterschiede in der Rechtsprechung entstünden oder fortbestünden, wobei es auf die Bedeutung der angefochtenen Entscheidung für die Rechtsprechung im Ganzen ankomme. Danach sei die Revision zuzulassen, wenn ein Rechtsanwendungsfehler über den Einzelfall hinaus Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berühre. Vor dem Hintergrund, dass es dem Bundesgerichtshof obliege, Allgemeine Geschäftsbedingungen einheitlich auszulegen, sei die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde zumindest deshalb unhaltbar, weil das Oberlandesgericht Schleswig zu diesem Zeitpunkt den in Rede stehenden „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrag“ bereits abweichend im Sinne einer Täuschung der Anleger über die Höhe der Innenprovisionen ausgelegt habe, was dem Bundesgerichtshof auch bekannt gewesen sei.

9

### III.

Die Verfassungsbeschwerde ist der Bundesregierung, dem Senat von Berlin sowie der im Ausgangsverfahren beklagten Bausparkasse und Bank zugestellt worden. Der Bundesgerichtshof wurde in einem Parallelverfahren (betreffend den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 23. September 2008 - XI ZR 379/07 -, aufgehoben durch Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2012 - 1 BvR 2952/08 -, juris) um die Abgabe einer Stellungnahme gebeten. Die Akte des Ausgangsverfahrens ist beigezogen.

10

1. Die Bundesregierung und der Senat von Berlin haben von einer Äußerung abgesehen.

11

2. Die Bausparkasse und die Bank als die von den Ausgangsentscheidungen Begünstigten vertreten die Auffassung, der Bundesgerichtshof habe den Justizgewährungsanspruch (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) des Beschwerdeführers nicht verletzt. Der Beschwerdeführer habe sich in der Begründung seiner Nichtzulassungsbeschwerde ausschließlich auf den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO) berufen, weil das Berufungsgericht Vorbringen zur arglistigen Täuschung mittels des „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ gehörswidrig unberücksichtigt gelassen habe. Dies habe der Nichtzulassungsbeschwerde bereits deshalb nicht zum Erfolg verhelfen können, weil dieses Vorbringen nach der damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entscheidungserheblich gewesen sei. Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs habe das Formular damals noch dahingehend ausgelegt, dass es nicht den unzutreffenden Eindruck erwecke, in den Gesamtkosten seien keine weiteren Vertriebskosten enthalten. Das Berufungsurteil habe daher in Einklang mit der seinerzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung gestanden, so dass der Bun-

12

desgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht zurückgewiesen habe.

Der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) sei mit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht in zulässiger Weise geltend gemacht worden. Auch dieser Zulassungsgrund habe im Übrigen zum Zeitpunkt der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde nicht vorgelegen. Es sei um keine klärungsbedürftige Rechtsfrage, sondern allein um die Auslegung einer privatschriftlichen Vertragsurkunde gegangen, die dem Bundesgerichtshof aus zahlreichen Verfahren bekannt gewesen sei und die er - auf Grundlage der damaligen Auffassung - für nicht täuschungsbegründend erachtet habe. 13

3. Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat in dem Parallelverfahren die Stellungnahme des Vorsitzenden des XI. Zivilsenats übermittelt. 14

Dieser hat mitgeteilt, im Zeitpunkt der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde jenes Beschwerdeführers (23. September 2008) habe kein Grund bestanden, der die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO gerechtfertigt hätte. Eine Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) oder zur Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO) habe der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht. Er habe sich ausschließlich auf den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO) gestützt und beanstandet, das Berufungsgericht habe unter Verkennung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sein entscheidungserhebliches Vorbringen dazu nicht berücksichtigt, dass er mittels des „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ arglistig über die Höhe der an den Vertrieb gezahlten Innenprovisionen getäuscht worden sei, worüber ihn die finanzierende Bank beziehungsweise Bausparkasse habe aufklären müssen. Hiermit habe der Beschwerdeführer seinerzeit keinen Zulassungsgrund dargetan. Eine Täuschung mittels des „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ sei nach der damaligen Auffassung des Senats nicht in Betracht gekommen. Die maßgebliche Auslegung des Formulars habe nach der damaligen Ansicht des Senats ergeben, dass den Anlegern nicht vorge spiegelt werde, im nicht näher aufgeschlüsselten „Kaufpreis“ seien neben den ausdrücklich aufgelisteten Courtagen keine weiteren Vertriebskosten enthalten. Seinerzeit habe daher kein Grund für die Zulassung der Revision bestanden, da das Berufungsgericht aus damaliger Sicht rechtsfehlerfrei und ohne Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) eine arglistige Täuschung durch den „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrag“ nicht in Erwägung gezogen habe. 15

Allerdings habe der Senat seine Auffassung zur Auslegung des auch gegenüber jenem Beschwerdeführer verwendeten „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ zwischenzeitlich geändert. Mit Urteil vom 29. Juni 2010 (BGHZ 186, 96 <107> Rn. 30 ff.) habe der Senat ausgeführt, eine Auslegung des „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“, wonach dieser den Eindruck erwecke, die beiden dort bezeichneten Vermittlungsgesellschaften hätten ihre Leistungen ausschließlich zu 16

den im Formular ausgewiesenen Provisionen erbringen sollen, sei ebenfalls vertretbar. Diese Auslegung sei insbesondere unter Berücksichtigung der Unklarheitenregel des § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) maßgeblich, nach welcher bei mehreren möglichen Auslegungen das für den Verwender ungünstigere Ergebnis zugrunde zu legen sei. Bei dieser Auslegung des „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ liege eine arglistige Täuschung der Anleger über die Höhe der Vermittlungsprovisionen vor, die - unter weiteren Voraussetzungen - nunmehr zu einer Haftung der beklagten Bausparkasse führe.

Der Vorsitzende des XI. Zivilsenats hat ferner darauf hingewiesen, dass in Anwendung dieser neuen Rechtsprechungsgrundsätze auch der jener Verfassungsbeschwerde zugrunde liegende Sachverhalt heute anders zu entscheiden wäre. Im Anschluss und mit Rücksicht auf das vorgenannte Senatsurteil habe der Senat aus Gründen der Fairness in allen Fällen auf Nichtzulassungsbeschwerden, die auf eine Aufklärungspflichtverletzung im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung mittels eines gleichlautenden „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ gestützt gewesen seien, die Revision zugelassen.

17

#### IV.

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, soweit sie sich gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs über die Zurückweisung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision richtet, und gibt ihr nach § 93c Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG statt. Insoweit ist die Verfassungsbeschwerde zulässig und unter Berücksichtigung der bereits hinreichend geklärten Maßstäbe zu Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG auch offensichtlich begründet.

18

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Sie genügt dem in § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Subsidiarität.

19

Nach diesem Grundsatz reicht es nicht aus, dass der Beschwerdeführer den fachgerichtlichen Rechtsweg lediglich formell erschöpft hat; er muss vielmehr darüber hinaus alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (vgl. BVerfGE 77, 381 <401>; 81, 97 <102 f.>; 107, 395 <414>; stRspr). Dazu können Rechtsausführungen vor den Fachgerichten gehören, sofern das maßgebliche Prozessrecht, wie beispielsweise bei der Einlegung einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung eines Rechtsmittels, rechtliche Darlegungen verlangt (vgl. BVerfGE 112, 50 <60>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. April 2011 - 1 BvR 3007/07 -, NJW 2011, S. 2276). Im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde sind die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO in der Beschwerdebeurteilung darzulegen (§ 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO). Dies erfordert, zu den Zulassungsgründen, auf die die Beschwerde gestützt wird, so substantiiert vorzutragen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, allein anhand der Beschwerdebeurteilung

20

dung und des Berufungsurteils die Zulassungsvoraussetzungen zu prüfen (vgl. BGHZ 152, 182 <185>; BGH, Beschluss vom 25. März 2010 - V ZB 159/09 -, NJW-RR 2010, S. 784 Rn. 5). Diesen Anforderungen entsprechend hat der Beschwerdeführer der Sache nach hinreichend zu den Voraussetzungen der Grundsatzbedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) der Auslegung des in Rede stehenden „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ vorgetragen; die Benennung eines anderen nicht einschlägigen Zulassungsgrundes (hier: § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO: Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung) steht dem nicht entgegen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Juni 2012 - 1 BvR 2952/08 -, juris, Rn. 20; BGH, Beschluss vom 31. Oktober 2002 - V ZR 100/02 -, NJW 2003, S. 754 f.; Ball, in: Musielak, ZPO, 9. Aufl. 2012, § 544 Rn. 17a).

2. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG). 21

a) Der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten, insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG, abzuleitende Justizgewährungsanspruch gewährleistet nicht nur den Zugang zu den Gerichten sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter aufgrund einer grundsätzlich umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung des Streitgegenstandes (vgl. BVerfGE 97, 169 <185>; 107, 395 <401>; 108, 341 <347>). Das Gebot effektiven Rechtsschutzes beeinflusst auch die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen, die für die Eröffnung eines Rechtswegs und die Beschreitung eines Instanzenzugs von Bedeutung sind. Es begründet zwar keinen Anspruch auf eine weitere Instanz; die Entscheidung über den Umfang des Rechtsmittelzugs bleibt vielmehr dem Gesetzgeber überlassen (vgl. BVerfGE 54, 277 <291>; 89, 381 <390>; 107, 395 <401 f.>). Hat der Gesetzgeber sich jedoch für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden und sieht die betreffende Prozessordnung dementsprechend ein Rechtsmittel vor, so darf der Zugang dazu nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (vgl. BVerfGE 77, 275 <284>; 78, 88 <99>; 88, 118 <124>). Das Rechtsmittelgericht darf ein von der jeweiligen Prozessordnung eröffnetes Rechtsmittel daher nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer leerlaufen lassen (vgl. BVerfGE 78, 88 <98 f.>; 96, 27 <39>). 22

b) Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen des Justizgewährungsanspruchs an die Anwendung des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO genügt der Beschluss des Bundesgerichtshofs über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde nicht. Die Annahme des Bundesgerichtshofs, der Sache komme auf Grundlage des Beschwerdevorbringens keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) zu, ist - bezogen auf den damaligen Entscheidungszeitpunkt - nicht haltbar. 23

aa) Grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO kommt einer Sache nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfra- 24

ge aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Fortentwicklung und Handhabung des Rechts berührt (vgl. BGHZ 154, 288 <291>; 159, 135 <137>; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2010 - II ZR 54/09 -, NJW-RR 2010, S. 1047 Rn. 3). Klärungsbedürftig sind solche Rechtsfragen, deren Beantwortung zweifelhaft ist oder zu denen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden oder die noch nicht oder nicht hinreichend höchstrichterlich geklärt sind. Hat der Bundesgerichtshof eine Rechtsfrage bereits geklärt, kann sich weiterer Klärungsbedarf ergeben, wenn neue Argumente ins Feld geführt werden können, die den Bundesgerichtshof zu einer Überprüfung seiner Auffassung veranlassen könnten (vgl. BVerfGK 11, 420 <431>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27. Mai 2010 - 1 BvR 2643/07 -, FamRZ 2010, S. 1235 <1236 f.>; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. September 2010 - 1 BvR 2649/06 -, juris, Rn. 29; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. April 2011 - 1 BvR 3007/07 -, NJW 2011, S. 2276 <2277>).

bb) Diese Voraussetzungen lagen zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde im September 2008 ersichtlich vor. Die Frage, ob die beklagte Bausparkasse und die beklagte Bank schadensersatzpflichtig sind, weil sie trotz eines insoweit bestehenden Wissensvorsprungs nicht über eine arglistige Täuschung betreffend die Höhe der Innenprovisionen aufgeklärt haben, hängt nach der fachrechtlichen Beurteilung entscheidend von der Auslegung des in Rede stehenden „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ ab. Eine arglistige Täuschung seitens des Vertriebs kommt dann in Betracht, wenn man das Formular - wie vom Beschwerdeführer im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde reklamiert - dahingehend versteht, die betragsmäßig bezifferte Auflistung einzelner Vertriebsprovisionen erwecke den unzutreffenden Eindruck, im nicht näher aufgeschlüsselten Kaufpreis seien keine weiteren Innenprovisionen enthalten. Auch wenn der Bundesgerichtshof nach seiner damaligen Rechtsauffassung ein solches Verständnis nicht zugrunde legen wollte, wäre der Frage, ob der in Rede stehende „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrag“ über die Höhe der Vertriebsprovisionen täuscht, dennoch grundsätzliche Bedeutung zugekommen. Eine dahingehende Entscheidung des Revisionsgerichts hätte wie ein „Musterprozess“ (vgl. BGHZ 152, 182 <191>) eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung für die Allgemeinheit gehabt. Das erhellt sich auch daraus, dass der Bundesgerichtshof im Rahmen des später ergangenen Grundsatzurteils vom 29. Juni 2010 dieses Formular wegen dessen massenhafter, bundesweiter Verwendung selbst verbindlich ausgelegt hat (vgl. BGHZ 186, 96 <107> Rn. 28). Dass der Bundesgerichtshof diese Frage auch unter Zugrundelegung seiner damaligen Auslegung nicht für zweifelsfrei und daher für nicht klärungsbedürftig hätte erachten dürfen, zeigt bereits der Umstand, dass der zuständige Senat seine dahingehende Rechtsauffassung selbst geändert hat und nunmehr - in jeder Hinsicht überzeugend - ein Verständnis im Sinne des Beschwerdeführers für „ebenfalls vertretbar“, sogar „nahe liegender“ hält (vgl. BGHZ 186, 96 <107 f.> Rn. 30) und dieses Auslegungsergebnis unter Anwendung des § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) ver-

25



bindlich vorgibt (vgl. BGHZ 186, 96 <108> Rn. 31).

3. Auch die übrigen Voraussetzungen der Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung gemäß § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG liegen hinsichtlich des die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschlusses vor. 26

Allerdings ist die Annahme einer Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung als verletzt gerügter Rechte dann nicht angezeigt, wenn deutlich abzusehen ist, dass der betreffende Beschwerdeführer auch im Falle einer Zurückverweisung an das Ausgangsgericht im Ergebnis keinen Erfolg haben würde (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>). So verhält es sich hier jedoch gerade nicht. Der Bundesgerichtshof hat zur Täuschung über Innenprovisionen mittels des auch hier verwendeten „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ zwar in seinem Urteil vom 29. Juni 2010 Stellung genommen (BGHZ 186, 96), so dass die Grundsatzbedeutung zwischenzeitlich entfallen ist. Das steht der hinreichenden Erfolgsaussicht der Nichtzulassungsbeschwerde des Beschwerdeführers aber ersichtlich nicht entgegen. Entfällt der Zulassungsgrund - wie hier die grundsätzliche Bedeutung - vor der Entscheidung des Revisionsgerichts deshalb, weil die Rechtsfrage in einem anderen Verfahren geklärt worden ist, gebietet eine verfassungskonforme Auslegung der § 543 Abs. 2 Satz 1, § 544 Abs. 4 ZPO im Lichte des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) die Revision gleichwohl dann zuzulassen, wenn diese Aussicht auf Erfolg verspricht (vgl. BVerfGK 6, 79 <81 ff.>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2008 - 1 BvR 1440/07 -, NJW 2008, S. 2493 <2494>; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. September 2010 - 1 BvR 2649/06 -, juris, Rn. 23). Die Erfolgsaussicht der Revision ist auf Grundlage der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keinesfalls zu verneinen, sondern drängt sich auf. Der Bundesgerichtshof geht aufgrund der Unklarheitenregel des § 5 AGBG davon aus, dass das in Rede stehende Formular den Eindruck erweckt, die beiden dort bezeichneten Vermittlungsgesellschaften hätten ihre Leistungen ausschließlich zu den im Formular ausgewiesenen Provisionen erbringen sollen (vgl. BGHZ 186, 96 <108> Rn. 31). Bei dieser Auslegung des „Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrags“ liegt eine Täuschung des Beschwerdeführers über die Höhe der Vermittlungsprovisionen vor, die - unter weiteren Voraussetzungen - nunmehr zu einer Haftung der im Ausgangsverfahren beklagten Bank und Bausparkasse führen kann. 27

## V.

Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Kammergerichts richtet, ist ihre Annahme zur Entscheidung weder wegen grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung noch zur Durchsetzung der verfassungsmäßigen Rechte des Beschwerdeführers angezeigt (§ 93a Abs. 2 BVerfGG). Mit der Aufhebung des die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschlusses verbunden mit der Zurückverweisung der Sache an den Bundesgerichtshof ist die Möglichkeit einer fachgerichtlichen Korrektur der Entscheidung wieder eröffnet. Der Bundesgerichtshof 28

wird unter Einbeziehung seiner zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung (vgl. BGHZ 186, 96) erneut über die Zulassung der Revision zu entscheiden haben, so dass die Frage, ob das Urteil des Kammergerichts letztlich Bestand haben wird, noch offen ist. Einer Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht, ob dieses Urteil wegen eines vom Berufungsgericht nicht hinreichend beachteten „strukturellen Ungleichgewichts“ zwischen den Vertragspartnern mit Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar ist, wie der Beschwerdeführer meint, bedarf es daher hier nicht (vgl. BVerfGE 50, 115 <125>).

Von einer weiteren Begründung wird insoweit nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen. 29

## VI.

Die Anordnung der Auslagenerstattung folgt aus § 34a Abs. 2, Abs. 3 BVerfGG. Im Hinblick auf den wesentlichen Teilerfolg der Verfassungsbeschwerde erscheint die Anordnung der Erstattung der notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers angemessen. 30

Gaier

Schluckebier

Baer

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom  
14. November 2012 - 1 BvR 2954/08**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 14. November 2012 - 1 BvR 2954/08 - Rn. (1 - 30), [http://www.bverfg.de/e/rk20121114\\_1bvr295408.html](http://www.bverfg.de/e/rk20121114_1bvr295408.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2012:rk20121114.1bvr295408