

Abschrift

Aktenzeichen:

3 U 592/11

3 O 120/10 LG Koblenz



**Oberlandesgericht
Koblenz
Beschluss**

Kopie an Mt. Stellungn.	WV:
Kopie an Mt. Kerben	EINGEGANGEN
Kopie an Mt. Zahlung	30. April 2012
Kopie an Mt. Telefonanruf	RECHTSANWÄLTE
	<i>[Signature]</i>

zda
Kopie an Mt.
Rücksp.

In dem Rechtsstreit

1. Volksbank Montabaur, Höhr-Grenzhausen eG, vertreten durch d. Vorstand Manfred Bernhard, Kirchstraße 2 - 4, 56410 Montabaur

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Göhmann, Friedensstraße 2,
60311 Frankfurt am Main

2. DG ANLAGE Gesellschaft mbH, vertreten durch d. Geschäftsführer, Hahnstraße 70, 60528 Frankfurt am Main

- Streithelferin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte White & Case LLP, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt am Main

gegen

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Rothmund, Dr. Schulze und Kollegen, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Mille, die Richterin am Oberlandesgericht Becht und den Richter am Oberlandesgericht Marx am 26.04.2012 beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die Berufungen der Beklagten und der Streithelferin gegen das am 28. April 2011 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

Die Beklagte und die Streithelferin erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 25. Mai 2012.

Gründe:

Die Voraussetzungen gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO sind nach Auffassung des Senats gegeben. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten. Die Berufung hat auch offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Das Landgericht hat der Klage zu Recht in dem zuerkannten Umfang stattgegeben. Die gegen das Urteil gerichteten Berufungsangriffe der Beklagten und der Streithelferin sind unbegründet. Der Schadensersatzanspruch des Klägers folgt aus den §§ 280 Abs. 1, 398 BGB i.V.m. dem zwischen der Zedentin und der Beklagten zustande gekommenen Beratungsvertrag.

1. Die Beklagte war aus dem Beratungsvertrag verpflichtet, die Zedentin über an sie fließende Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen aufzuklären. Diese Pflicht hat die Beklagte verletzt.

Die Pflichtverletzung kann nicht mit dem Hinweis in Abrede gestellt werden, die Zedentin habe lediglich eine korrekt ausgewiesene Innenprovision erhalten, die nicht aufklärungspflichtig gewesen sei.

Die Abgrenzung zwischen einer Innenprovision und einer Rückvergütung ist zwischenzeitlich von dem Bundesgerichtshof eindeutig vollzogen worden. Danach sind Innenprovisionen nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen, die bei einem Fonds aus dem Anlagevermögen gezahlt werden.

Aufklärungspflichtige Rückvergütungen sind danach - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die im Gegensatz zu Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie z.B. Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, so dass dem Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen kann, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt, so dass der Anleger das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen kann (BGH, Beschlüsse vom 9. März, 19. Juli und 24. August 2011 - XI ZR 191/10).

Wenn Ausgabeaufschläge wie vorliegend ein Agio von 5 % gezahlt worden sind, kann es für die Aufklärungspflicht der Banken über Rückvergütungen keinen Unterschied machen, ob die über diesen Betrag hinausgehende Vertriebsprovision dem Anlagekapital entnommen worden ist. Den in der Anwaltschaft und vereinzelt auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung unternommenen Versuchen, den Entscheidungen des 11. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs eine Auslegung entnehmen zu können, dass bei einem Bezug von Provisionen aus verschiedenen in dem Prospekt aufgeführten Positionen keine Aufklärungspflicht bestehe, ist der Vorsitzende des 11. Zivilsenats in seiner jüngsten Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung des 11. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (WM 2012, 477 ff.) ausdrücklich entgegengetreten. Deshalb ist nach wie vor davon auszugehen, dass bei dem Anleger die Gefahr einer Fehlvorstellung über die Neutralität der Beratungsleistung der Bank und deren Unabhängigkeit von der Produktseite besteht, der durch die Aufklärung über die Rückvergütung zu begegnen ist, sobald die Provision der Bank auch nur teilweise aus offen ausgewiesenen Provisionen wie Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungskosten resultiert. Wenn das Agio zur Deckung der Eigenkapitalbeschaffungskosten vorgesehen ist, kann auch ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die von der Bank vereinbarte Provision zumindest teilweise dem Agio entnommen worden ist. Wird der Interessenkonflikt bei dem Anleger noch dadurch gesteigert, dass die Bank noch darüber hinausgehende Vergütungen erhält, so besteht ihre Aufklärungspflicht um so mehr (BGH, Beschluss vom 20. Januar 2009 - XI ZR 507/07, NJW 2009, 1416).

2. Die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Erwerb der Kapitalanlage ist gegeben.

Bei einer Aufklärungspflichtverletzung streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die zu einer Beweislastumkehr führt. Der Aufklärungspflichtige muss beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte, weil er den richtigen Rat oder Hinweis nicht befolgt hätte. Die Vermutung greift nur dann nicht ein, wenn sich

der Anleger bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, wenn es also nicht nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gab. Es muss aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalls feststehen, dass dem Anleger bei gehöriger Aufklärung mindestens 2 tatsächlich von ihm zu ergreifende Handlungsalternativen zur Verfügung standen (BGH, Beschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10). Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Entscheidungskonflikts hat die Anlage beratende Bank (BGH, Beschluss vom 24. August 2011 - XI ZR 191/10).

Das Landgericht ist in einer fehlerfreien Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Entscheidungskonflikt der Zedentin nicht festgestellt werden kann. Daran ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 ZPO gebunden, da konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung nicht vorliegen. Solche ergeben sich insbesondere nicht aus den von der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung aufgeführten angeblichen Indizien. Es handelt sich dabei um Spekulationen, die eine abweichende Tatsachenfeststellung nicht rechtfertigen.

3. Die Schadensberechnung des Landgericht ist nicht zu beanstanden.

a) Der Berechnung des entgangenen Gewinns hat das Landgericht zutreffend nur den eigenfinanzierten Anteil von 12.782,30 € für das Agio zugrunde gelegt. Die Feststellung, dass der Betrag ohne Zeichnung der Anlage in feste verzinsliche Wertpapiere oder in öffentliche Anleihen mit einer durchschnittlichen Gewinnerwartung von 4 % per anno angelegt worden wäre, beruht auf einer nicht zu beanstandenden Beweiswürdigung sowie einer Schätzung gemäß § 287 ZPO und ist für den Senat mangels gegenteiliger konkreter Anhaltspunkte gemäß § 529 Abs. 1 ZPO bindend.

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten und der Streithelferin muss sich die Klägerin auf den Schaden keine Steuervorteile anrechnen lassen.

Eine Anrechnung von Steuervorteilen, die sich aus einer Kapitalanlage ergeben, kommt im Schadensersatzprozess des Anlegers grundsätzlich nicht in Betracht, wenn auch die Schadensersatzleistung der Besteuerung unterliegt. Eine nähere Berechnung ist dabei nur dann erforderlich, wenn Anhaltspunkte für außergewöhnliche Steuervorteile bestehen, die dem Geschädigten unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung verbleiben. Für solche Umstände trägt der Schädiger die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Teilurteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08, WM 2010, 1641; Urteil vom 1. März 2011 - XI ZR 96/09, WM 2011, 740).

Die Steuerbarkeit der Ersatzleistung kann vorliegend nicht mit dem Hinweis in Abrede gestellt werden, die Fondsgesellschaft sei nicht gewerblich tätig.

Gemäß § 2 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages ist Gegenstand der Fondsgesellschaft der Erwerb und die Verwaltung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, insbesondere der Bau eines Büro-, Verwaltungs- und Hotelgebäudes in Leipzig und eines Büro- und Verwaltungsgebäudes in Dresden sowie deren Vermietung und Verwaltung (S. 42 des Prospekts). Dementsprechend wird in dem Prospekt auch darauf hingewiesen, dass die Verpachtung und Vermietung zum Zwecke der Erwirtschaftung einer Rendite (Gewinnerzielung) erfolgt (S. 2 des Prospekts). Bei der als Kommanditgesellschaft gegründeten Fondsgesellschaft handelt es sich mithin nicht lediglich um eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, sondern um einen gewerblich tätigen Betrieb.

Für den Kommanditisten, der steuerrechtlich als Mitunternehmer des Betriebs der Kommanditgesellschaft anzusehen ist, sind alle Zahlungen, die er im wirtschaftlichen Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der Kommanditgesellschaft erhält, Betriebseinnahmen gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Steht auch die Schadensersatzleistung in einem solchen wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Kommanditbeteiligung, muss sie dem gewerblichen Bereich zugeordnet und als Betriebseinnahme nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG versteuert werden (BGH, Urteil vom 17. November 2005 - III ZR 350/04, WM 2006, 174 m.w.N.).

Demnach besteht auch vorliegend eine Steuerbarkeit der Ersatzleistung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG.

Selbst wenn die Schadensersatzleistung nicht als Betriebseinnahme zu behandeln wäre, läge eine Steuerbarkeit nach § 21 EStG vor. Entgegen der Auffassung der Streithelferin würde es insoweit nicht an dem notwendigen wirtschaftlichen Zusammenhang der Schadensersatzleistung und dem Gebrauch oder der Nutzung des überlassenen Gegenstandes fehlen.

Der Erwerb des Kommanditanteils der Zedentin wurde finanziert. Die Rückabwicklung des finanzierten Erwerbs führt zu einer Besteuerung, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile, die aus geltend gemachten Verlusten für Vermietung und Verpachtung resultieren und auf den Aufwendungen für den Kapitaleinsatz und die Nebenkosten, mithin auf Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung (§ 9 EStG) beruhen, wieder nimmt. Erstattete Werbungskosten sind im Jahr des Zuflusses (§ 11 Abs. 1 EStG) als Einkünfte aus der Einkommensart zu qualifizieren, in

der sie zuvor geltend gemacht wurden. Steuerrechtlich sind Einnahmen einer Einkunftsart auch die Rückflüsse von Aufwendungen, die zuvor bei der Ermittlung der Einkünfte dieser Einkunftsart als Werbungskosten abgezogen worden sind. Werden also als Werbungskosten geltend gemachte Aufwendungen zurückgezahlt, hat der Erwerber diese bei Zufluss als Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung der Versteuerung (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG) zu unterwerfen. Dabei macht es für die steuerliche Behandlung keinen Unterschied, ob die früheren Werbungskosten von dem damaligen Vertragspartner zurückgezahlt oder von einem Dritten erstattet werden. Erforderlich ist nur, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der Zahlung und den Einnahmen besteht. Dieser liegt vor, wenn die Schäden aus dem finanzierten Erwerb und damit auch die Werbungskosten zu ersetzen sind, die infolge des Erwerbs entstanden sind (BGH, Urteil vom 1. März 2011 - XI ZR 96/09, WM 2011, 740).

4. Die auf die Verletzung der Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen gestützten Schadensersatzansprüche des Klägers sind nicht verjährt.

Da mehrere Handlungen, auch wenn sie gleichartig oder Teilakte einer natürlichen Handlungseinheit sind und auf einem einheitlichen Vorsatz des Schädigers beruhen, nicht unter dem Gesichtspunkt eines zusammenhängenden Gesamtverhaltens als Einheit betrachtet werden können, stellt jede Handlung, die eigene Schadensfolgen zeitig und dadurch zum Gesamtschaden beiträgt, verjährungsrechtlich eine neue selbständige Schädigung dar und erzeugt daher einen neuen Ersatzanspruch mit eigenem Lauf der Verjährungsfrist (BGH, Urteil vom 19. November 2009 - III ZR 169/08, BKR 2010, 118).

Die Verjährungsfrist für die auf der Verletzung der Aufklärungspflicht beruhenden Schadensersatzansprüche begann nicht bereits mit Erhalt des Fondsprospekts zu laufen. Zwar konnte dem Prospekt die Verwendung des Agios für die Eigenkapitalbeschaffung entnommen werden. Indes enthielt der Prospekt keinerlei Angaben darüber, in welcher Höhe das Agio an die Beklagte zurückfloss.

Ebenfalls kann für den Beginn der Verjährungsfrist nicht auf eine im Jahre 2004 erforderliche Kenntnis des damaligen Bevollmächtigten der Zedentin in Bezug auf die Aufklärungspflicht abgestellt werden, die ihr über § 166 Abs. 1 BGB zurechenbar wäre. Zwar kann das Verschulden einer Aufklärungspflichtverletzung für die Zeit nach 1990 nicht mehr in Abrede gestellt werden (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694). Indes kann daraus noch nicht gefolgert werden, dass der damalige Bevollmächtigte der Zedentin Kenntnis von der Aufklärungs-

pflicht hatte bzw. infolge grober Fahrlässigkeit nicht hatte (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass der damalige Bevollmächtigte wusste bzw. infolge grober Fahrlässigkeit nicht wusste, ob und in welcher konkreten Höhe die Beklagte Rückvergütungen von der Fondsgesellschaft erhalten hatte.

5. Schließlich sind die in Rede stehenden Schadensersatzansprüche auch nicht verwirkt.

Der Ablauf der Aufbewahrungsfrist des § 257 HGB ist nicht geeignet, das Umstandsmoment des Verwirkungstatbestandes zu erfüllen. Da da einen Vertrauenstatbestand begründende Umstandsmoment eine Verhaltensweise des Berechtigten voraussetzt, kann es nicht durch einen von dem Berechtigten nicht beeinflussbaren Fristablauf aus dem Pflichtenkreis des Verpflichteten erfüllt werden.

Mille
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Becht
Richterin
am Oberlandesgericht

Marx
Richter
am Oberlandesgericht