

Abschrift

Oberlandesgericht Bamberg

Az.: 6 U 4/11
13 O 794/09 LG Coburg



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **RSCW Rechtsanwälte**, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt, Gz. 10/10554

gegen

Raiffeisenbank Lichtenfels Itzgrund eG, vertreten durch d. Vorstand Hans-Joachim Autsch und Thomas Lang, Marktplatz 34-36, 96215 Lichtenfels

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Geno Recht Roland Mayer**, Amalienstraße 9b-11, 80333 München, Gz.: 79-07-os-sk

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg - 6. Zivilsenat - durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Ebert, den Richter am Oberlandesgericht Schommartz und den Richter am Oberlandesgericht Guhling auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15.07.2011 folgendes

Urteil:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Landgerichts Coburg vom 29.12.2010, Az. 13 O 794/09, abgeändert wie folgt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 26.842,82 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 21.01.2010 Zug um Zug gegen Übertragung der Gesellschaftsanteile mit einem Nominalwert in Höhe von 50.000,00 DM = 25.564,59 € an

Kopie an Mut. Stellungn.	WV:
EINGEGANGEN	
- 4. AUG. 2011	
RECHTSANWÄLTE	
Kopie an Mut. Teilgenanruf	Kopie an Mut. Protokoll.

dem geschlossenen Immobilienfonds DG Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 30 „Berlin und Neue Länder“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

- II. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.
- IV. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds geltend.

Der Kläger, seinerzeit Landwirt (inzwischen im Ruhestand) und Kunde der Beklagten bzw. von deren Rechtsvorgängerin (im Folgenden einheitlich: Beklagte), zeichnete am 07.12.1992 einen Antrag über eine Beteiligung als Kommanditist an der Fondsgesellschaft DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 30 „Berlin und neue Länder“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG (im Folgenden: Immobilienfonds) in Höhe von 50.000,00 DM zzgl. 5 % Agio. Der Antrag wurde von der Fondsgesellschaft mit schriftlicher Erklärung vom 28.12.1992 (K1) angenommen. Die Be-

teilung erfolgte über die DG Bank Deutsche Genossenschaftsbank (jetzt DZ Bank AG) als Treuhänderin. Zum Agio, das in voller Höhe von der Fondsgesellschaft an die Beklagte floss, fand sich in dem Verkaufsprospekt folgende Aussage (vgl. K2 S. 11):

„Es wird ein Agio von 5 % auf die Zeichnungssumme erhoben, das in der Investitionsrechnung nicht enthalten ist. Dieser Betrag ist an die Fondsgesellschaft zu zahlen und steht der Gesellschaft zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung.“

Der Zeichnung vorangegangen waren mindestens zwei Gespräche des Klägers mit der Zeugin Finzel (Mitarbeiterin der Beklagten) in den Geschäftsräumen der Beklagten. Wegen der schlechten Entwicklung am Immobilienmarkt in den neuen Bundesländern blieb der Immobilienfonds hinter den prospektierten Erwartungen zurück. Es erfolgten keinerlei Ausschüttungen an den Kläger.

Der Kläger hat in erster Instanz geltend gemacht, die Mitarbeiterin der Beklagten habe ihn nicht anlegergerecht beraten. Entgegen seiner Vorstellung zur sicheren Investition habe sie ihm eine Anlage mit dem Risiko des Totalverlusts empfohlen. Die Beratung sei auch nicht anlegergerecht gewesen, weil eine Aufklärung über Rückvergütungen an die Beklagte in Höhe von mindestens 8 % der geleisteten Zahlungen und über das Provisionsinteresse der Beklagten nicht erfolgt sei. Zudem seien Hinweise auf das Totalverlustrisiko und die eingeschränkte Fungibilität unterblieben.

Der Kläger hat als Schadensersatz die Rückabwicklung der gezeichneten Anlage mit Rückerstattung der Beteiligungssumme inklusive Agio in Höhe von 26.842,82 € Zug um Zug gegen Rückübertragung der Fondsanteile sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten begehrt.

Er hat erstinstanzlich beantragt (die im Ersturteil S. 5 abweichende Antragssumme bei Antrag Ziffer 1 beruht offensichtlich auf einem Schreibversehen des Erstgerichts):

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 26.842,82 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Klageeinreichung Zug um Zug gegen Übertragung der Gesellschaftsanteile mit einem Nominalwert in Höhe von 50.000,00 DM = 25.564,59 € an dem geschlossenen Immobilienfonds DG Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 30 „Berlin und Neue Länder“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG

zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.905,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Klagezustellung zu bezahlen.

Die Beklagte hat in erster Instanz Klageabweisung beantragt.

Sie hat geltend gemacht, es hätten mindestens drei Gespräche vor der Zeichnung stattgefunden; der Prospekt sei dem Kläger bereits überlassen worden, als er Interesse an der Anlage gezeigt habe. In einem weiteren Gespräch seien ihm dann die Eigenschaften und Risiken der Beteiligung anhand des Prospekts erklärt worden. Der Kläger habe ein Steuersparmodell gewünscht. Es sei allenfalls ein Anlagevermittlungsvertrag zustande gekommen. Eine Verpflichtung zur Aufklärung über die Vergütung der Beklagten habe nicht bestanden, außerdem fehle es an der Kausalität für die Anlageentscheidung. Im Übrigen hat die Beklagte sich auf Verjährung und Verwirkung berufen und zur Schadenshöhe eingewandt, der Kläger müsse sich Steuervorteile in Anrechnung bringen lassen.

Das Landgericht hat nach Anhörung des Klägers und Vernehmung der Zeugin Finzel die Klage abgewiesen. Es hat zwar das Zustandekommen eines Anlageberatungsvertrags bejaht, jedoch eine Pflichtverletzung der Beklagten verneint. Der Kläger habe die Zeugin nicht über sein Anlageziel „Altersvorsorge“ informiert und nicht bewiesen, dass ihm der Prospekt nicht übergeben worden sei. Eine Pflichtverletzung liege nicht im Unterbleiben der Aufklärung über das Totalverlustisiko. Denn hier liege eine teilweise Fremdfinanzierung des Immobilienfonds vor, der der Wert der Immobilien gegenüberstehe. Im Übrigen habe die Zeugin ausgesagt, dass über das Risiko gesprochen worden sei. Auch die eingeschränkte Veräußerbarkeit des Anteils ver helfe der Klage nicht zum Erfolg. Hinsichtlich der Provisionszahlung fehle es an einer Pflicht der Beklagten zu einer über die im Prospekt enthaltenen Angaben hinausgehenden Information. Der Hinweis auf die Eigenkapitalbeschaffungskosten sei ausreichend, weitere Vergütungen seien nicht bewiesen. Außerdem habe die Zeugin Finzel dem Kläger auch nach dessen Angaben die Bedeutung des Agios erläutert. Schließlich sei auch nicht bewiesen, dass die Zeugin die Anlage als sicher dargestellt habe. Auf das Ersturteil wird in vollem Umfang Bezug genommen.

Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Begehren weiter. Er macht geltend, das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Beklagte den Interessenkonflikt, der sich aus der Weiterleitung des Agios an sie ergebe, nicht offengelegt habe. Der Prospekt weise zwar das Agio aus, nicht aber, dass es an die Beklagte gehe. Eine Aufklärung sei auch nicht durch die Zeugin Finzel erfolgt. Bei diesen Zahlungen handele es sich um Rückvergütungen, die das Moment der Heimlichkeit erfüllten. Das Landgericht gehe zudem zu Unrecht davon aus, dass die Beweisaufnahme ergeben habe, dass die Beklagte „nur“ das Agio vereinnahmt habe. Der Prospekt weise schließlich 3 % und 5 % an Eigenkapitalbeschaffungskosten aus, sodass von 8 % auszugehen sei. Das entspreche im Übrigen auch anderen Dokumenten.

Die Beklagtenseite verteidigt unter Wiederholung ihrer erstinstanzlichen Ausführungen und Argumentation das Ersturteil. Sie weist zudem darauf hin, dass der Kläger selbst vor dem Landgericht angegeben habe, aus dem Prospekt Kenntnis vom Zahlungsfluss an die Beklagte erhalten zu haben. Also sei ein Unterbleiben der Aufklärung keinesfalls kausal.

II.

Die zulässige Berufung ist in der Hauptsache in vollem Umfang begründet und dringt lediglich bei den vorgerichtlichen Anwaltskosten nicht durch. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch wegen Unterbleibens der Aufklärung über das von der Beklagten letztlich vereinnahmte Agio in Höhe von 5 % der Anlagesumme als aufklärungspflichtige Rückvergütung zu. Die Beklagte haftet wegen pVV des Anlageberatungsvertrags (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB; jetzt: § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) auf Schadensersatz gem. §§ 249 ff. BGB.

1. In Übereinstimmung mit dem Erstgericht ist der Senat davon überzeugt, dass zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag geschlossen wurde. Ein solcher kommt schon dadurch zustande, dass ein Anlageinteressent an ein Kreditinstitut oder umgekehrt das Kreditinstitut an den Kunden herantritt, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden oder zu beraten (vgl. nur BGHZ 100, 117 f.; 123, 126, 128). Dabei erfolgt der Abschluss des Beratungsvertrags stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs. Ob die Initiative vom Anlageinteressenten oder vom Kreditinstitut ausgeht, ist dabei ebenso unerheblich wie der Umstand, ob für die Beratung eine besondere Vergütung vereinbart wird. Eine Bank ist regelmäßig Anlageberaterin

und nicht lediglich reine Anlagevermittlerin (vgl. nur BGH, Beschluss vom 09.03.2011 - XI ZR 191/09 - juris Rn. 19). Die Beklagte zieht diese rechtliche Wertung des Landgerichts in der Berufungsinstanz auch nicht in Zweifel.

2. Auf Grundlage des Anlageberatungsvertrags traf die Beklagte daher die Pflicht zur ungefragten Aufklärung über Rückvergütungen (vgl. dazu nur BGH, a.a.O. Rn. 20 m.w.N.). Diese Pflicht hat die Beklagte verletzt, indem sie den Kläger nicht darauf hingewiesen hat, dass das Agio in Höhe von 5 % der Anlagesumme (also in Höhe von 2.500,00 DM) dazu bestimmt war, an sie zurückzufließen. Anders als das Erstgericht ist der Senat der Auffassung, dass es sich beim Rückfluss des Agios um eine Rückvergütung im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung handelt. Ob die Beklagte weitere Vertriebsprovisionen (etwa in Höhe von 3 % oder auch "nur" von rund 2 %) erhalten hat, kann dahinstehen.

a) Rückvergütungen liegen dann vor, wenn (z.B.) Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen, so dass diese ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse hat, gerade diese Beteiligung zu empfehlen. Maßgebend für die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen ist, dass der Anleger ohne diese Aufklärung nicht das besondere Interesse der beratenden Bank erkennen kann, gerade diese Anlage zu empfehlen. Die Fehlvorstellung über die Neutralität der Beratungsleistung der Bank, der mit der Aufklärungspflicht über Rückvergütungen begegnet werden soll, beruht allein darauf, dass die beratende Bank als Empfängerin der Rückvergütung ungenannt bleibt. Sie entsteht dagegen unabhängig davon, aus welcher offen angegebenen Quelle die Rückvergütung an die beratende Bank fließt. Aufklärungspflichtige Rückvergütungen sind danach – regelmäßig umsatzabhängige – Provisionen, die im Gegensatz zu Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie zum Beispiel Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden. Beim Anleger kann dadurch zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen. Der Rückfluss an die beratende Bank wird aber nicht offenbart, sondern erfolgt hinter dem Rücken des Anlegers, sodass der Anleger das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen kann (vgl. dazu den die Begrifflichkeiten klarstellenden Beschluss des BGH vom 09.03.2011, a.a.O. Rn. 21 ff.).

Demgegenüber sind "bloße" Innenprovisionen nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen, die bei

einem Fonds aus dem Anlagevermögen gezahlt werden. Inwieweit die beratende Bank auch unterhalb der Grenze von 15 % ungefragt darüber aufklären muss, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung zunehmend kontrovers diskutiert (vgl. einerseits z.B. die verneinenden Entscheidungen OLG Celle, Beschluss vom 04.03.2010 – 3 U 9/10 – juris; OLG Hamburg, Urteil vom 23.04.2010 – 13 U 117/09 – juris; OLG Dresden, Urteil vom 11.05.2010 – 5 U 1178/09 – juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.07.2010 – 17 U 82/10 – juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.10.2010 – 9 U 13/10 – juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.10.2010 – 19 U 127/10 – juris sowie Urteile vom 29.12.2010 – 19 U 94/10 – juris und vom 16.03.2011 – 23 U 55/10 – juris; andererseits die bejahenden Entscheidungen OLG Frankfurt, Urteile vom 08.09.2010 – 17 U 90/10 – juris und vom 04.05.2011 – 17 U 207/10 – juris; OLG Köln, Urteile vom 04.05.2011 – 13 U 165/10 – juris und vom 08.06.2011 – 13 U 55/10 – juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 09.03.2011 – 4 U 95/10 – juris; zweifelnd OLG München, Urteil vom 20.11.2010 - Az. 19 U 4562/10 - juris), bedarf hier aber keiner Vertiefung und Entscheidung.

b) Die bei vergleichbaren Fondsbeteiligungen geleisteten Vergütungen durch Rückfluss des Agios an die Bank werden in der Rechtsprechung unterschiedlich bewertet: Während der 3. Senat des OLG Bamberg (Urteil vom 20.10.2010 - 3 U 98/09 - juris; so wohl auch der 4. Senat des OLG Bamberg, vgl. den nicht veröffentlichten Hinweisbeschluss vom 29.06.2011 – 4 U 7/11) diesen Zahlungen die Eigenschaft als Rückvergütung absprechen und von im Prospekt ausgewiesenen Innenprovisionen ausgehen, sehen der 1. Senat des OLG Bamberg in seinem Urteil vom 21.07.2011 (1 U 135/10), das OLG Stuttgart (Urteil vom 24.02.2010 – 9 U 58/09 – juris) und das OLG Celle (Urteil vom 21.04.2010 - 3 U 202/09 - juris) diese Vergütungen als Rückvergütungen an.

Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an, die der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 09.03.2011 (a.a.O.) nochmals (ebenso schon Beschluss vom 20.01.2009 - XI ZR 405/09 - juris Rn. 13) ausdrücklich bestätigt hat. Denn das Agio ist nichts anderes als ein Ausgabebauschlag. Hintergrund der Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen sind der Interessenkonflikt der Bank, aus Gewinninteresse unter Hintanstellung der gebotenen (Beratungs-)Neutralität bestimmte Finanzprodukte zu empfehlen, und das schützenswerte Bedürfnis des Anlegers, die im Raum stehenden Interessen bei seiner Anlageentscheidung abwägend einzubeziehen. Der vollständige Rückfluss des Agios (hinter dem Rücken des Anlegers) an die Beklagte löst exakt den Interessenkonflikt aus, in dem die Aufklärungspflicht wurzelt.

c) Eine Aufklärung ist nicht erfolgt. Sie ist insbesondere nicht in dem auf Seite 11 des Prospekts enthaltenen Hinweis zu sehen, dass das Agio an die Fondsgesellschaft zu zahlen war und der Gesellschaft zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung stand. Denn dem ist schon in keiner Weise zu entnehmen, dass die seitens des Anlegers als Agio zu leistenden Beträge von der Fondsgesellschaft an die Bank zurückfließen - ganz abgesehen davon, dass der Prospekt keinerlei Angaben dazu macht, in welcher Höhe Rückvergütungen an die Beklagte fließen sollten.

Der bloße Hinweis darauf, dass das Agio für Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung stehen soll, ist jedenfalls im Verhältnis zu einer beratenden Bank nicht geeignet, über einen etwaigen Interessenkonflikt aufzuklären. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und einer Bank ist üblicherweise auf eine gewisse Beständigkeit und Dauer angelegt und regelmäßig davon geprägt, dass die Bank für die jeweiligen Dienstleistungen vom Kunden selbst Entgelte oder Provisionen erhält. Es handelt sich im Allgemeinen um ein entgeltliches Geschäftsbesorgungsverhältnis (§ 611, § 675 Abs. 1 BGB), das vom Gedanken der Fremdnützigkeit der Geschäftsbesorgung und den Pflichten des Geschäftsbesorgers nach §§ 666, 667 BGB maßgeblich mit geprägt und bestimmt wird. Aus diesem Verhältnis ergeben sich einerseits eine besondere Pflicht der Bank, die Interessen ihres Kunden zu wahren und in den Mittelpunkt ihrer Beratung zu stellen, und andererseits ein damit korrespondierendes schützenswertes Kundenvertrauen. Der von seiner Bank bezüglich einer Kapitalanlage beratene Kunde muss nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung vornehmlich eigene Interessen an der Einnahme von (nicht offen gelegten) Rückvergütungen verfolgt. Ihm ist – anders als bei einem freien Anlageberater - nicht ohne weiteres erkennbar, dass die Anlageberatung von der Erwartung des Zuflusses von Rückvergütungen bestimmt sein könnte (vgl. BGH, Urteil vom 03.03.2011 - III ZR 170/10 - juris Rn. 19).

Zu einer anderen Beurteilung führt auch nicht, dass der Kläger in erster Instanz bei seiner Anhörung geäußert hat, er habe dem Prospekt den Umstand entnommen, dass die Bank das Agio erhalten sollte. Wie sich bei der Parteianhörung des Klägers vor dem Senat ergeben hat, hat er sich auf die Unterlagen bezogen, die die Beklagte mit der Klageerwiderung vorgelegt hat. Dazu gehörte nicht der Prospekt, den die Klägerseite bereits als Anlage zur Klage in Kopie eingereicht hatte. Allerdings war der Klageerwiderung eine Anlage, aus der sich der Zahlungsfluss des Agios ergab, (ebenfalls) nicht beigelegt. Die Beklagte hatte jedoch in der Klageerwiderung (dort S. 17,

Bl. 45 d.A.) explizit eingeräumt, das Agio als Entgelt erhalten zu haben, sodass der Kläger ggfs. hieraus die entsprechende Information bezog. Aus dem Prospekt jedenfalls war sie bereits objektiv nicht zu entnehmen. Es kann daher offen bleiben, ob und - wenn ja - wann der Kläger den Prospekt erhalten hat.

Auch im Beratungsgespräch wurde der Kläger nicht über den Rückfluss des Agios an die Beklagte aufgeklärt, was im Übrigen selbst die Beklagte nicht behauptet hat.

3. Diese Pflichtverletzung der Beklagten erfolgte schuldhaft und war kausal für die Anlageentscheidung des Klägers.

a) Die Beklagte kann sich jedenfalls für die Zeit ab 1990 - und damit auch nicht für die streitgegenständlich Ende 1992 erfolgte Beratung - nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über das Bestehen und den Umfang einer Aufklärungspflicht berufen, da bereits in Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 28.02.1989 (XI ZR 70/88 - juris) und 06.02.1990 (XI ZR 184/88 - juris) heimliche Kick-back-Vereinbarungen missbilligt wurden. Im Übrigen stellt die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine bloße Fortführung und weitere Ausformung der Rechtsprechung zur Offenlegung von Interessenkollisionen der Bank gegenüber Kunden im Allgemeinen und von Rückvergütungen im Besonderen dar, die für die beteiligten Verkehrskreise bei gebotener Sorgfalt bereits ab 1989/1990 absehbar war (vgl. BGH, Beschluss vom 29.06.2010 - XI ZR 308/09 - juris Rn. 5 ff.).

b) Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, eine eventuelle Pflichtverletzung sei nicht kausal gewesen.

Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters, also auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen (BGH, Urteil vom 12.05.2009 - XI ZR 586/07 - juris Rn. 22; Beschluss vom 09.03.2011, a.a.O. Rn. 32 ff.).

Aufgrund dieser Vermutung muss der Aufklärungspflichtige beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben, also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (vgl. BGH, a.a.o.). Der Kläger hat bei seinen persönlichen Anhörungen vor dem Landgericht (vgl. Bl. 232 d.A.) und vor dem Senat (nicht protokolliert) erklärt, er hätte bei Kenntnis

des Umstandes von der Zeichnung Abstand genommen und bei letztgenannter Anhörung auch glaubhaft dargelegt, die Steuerersparnis sei für ihn nicht das Wesentliche gewesen. Ein Entscheidungskonflikt ist - auch mit Blick auf die nicht unerhebliche Höhe der Rückvergütungen - nach Überzeugung des Senats nicht gegeben (vgl. dazu z.B. BGH, Beschluss vom 09.03.2011, a.a.O. Rn. 34).

Schließlich führt auch die bereits oben behandelte Äußerung des Klägers, er habe den Zahlungsfluss an die Beklagte dem Prospekt entnommen, nicht zu Zweifeln an der Kausalität. Das gilt schon deshalb, weil der Kläger sich bei dieser Äußerung nach Überzeugung des Senats tatsächlich auf andere Unterlagen als den Prospekt bezogen hatte. Im Übrigen hat die Beklagte nicht bewiesen (ebenso wenig wie der Kläger), wann der Prospekt übergeben wurde. Erfolgte die Aushängung aber erst nach der Zeichnung, würde selbst eine Kenntniserlangung aus dem Prospekt die Kausalität nicht hindern.

4. Der Schadensersatzanspruch ist weder verjährt noch verwirkt. Die regelmäßige Verjährungsfrist für Ansprüche nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung betrug gemäß § 195 BGB a.F. 30 Jahre. Nach der Neufassung verjähren die Ansprüche des Klägers nunmehr gemäß §§ 195, 199 BGB i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB binnen drei Jahren ab Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen, frühestens ab dem 01.01.2002. Der Kläger hatte in erster Instanz schriftsätzlich vortragen lassen, er habe Kenntnis von sämtlichen anspruchsbegründenden Tatsachen erstmalig durch anwaltliche Beratung kurz vor Einreichung der Klage erhalten (vgl. Bl. 92 d.A.). Bei seinen persönlichen Anhörungen hat er dargelegt, dass er erstmals Anfang 2007 durch ein Schreiben der Schutzgemeinschaft Deutscher Kapitalanleger darauf aufmerksam geworden sei, dass die Beklagte Provisionen erhalten haben soll. Die Kenntniserlangung vom Rückfluss des Agios soll nach seinen Angaben erst mit der Klageerwidmung erfolgt sein. Eine vor Klageerhebung erfolgte Kenntniserlangung hat die hierfür beweisbelastete Beklagte nicht bewiesen. Die Klage wurde mithin binnen laufender Verjährungsfrist erhoben.

Für eine Verwirkung fehlt es bereits an einem dem Kläger zuzurechnenden Umstandsmoment, das aus Sicht der Beklagten den Schluss rechtfertigen konnte, der Kläger werde keine Ansprüche mehr geltend machen.

5. Der Höhe nach beläuft sich der Anspruch des Klägers auf die Rückzahlung der gezahlten Ein-

lage inklusive Agio (52.500,00 DM = 26.842,82 €), wobei dem Antrag des Klägers auf Zug-um-Zug-Verurteilung zu entsprechen ist.

Der Anspruch ist nicht um im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnende Steuervorteile zu vermindern. Eine solche schadensmindernde Anrechnung von Steuervorteilen kommt im Schadensersatzprozess grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs zu einer Besteuerung führt, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schädiger Umstände darlegt, auf deren Grundlage auch unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung dem Anleger außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben oder er gar Verlustzuweisungen erhalten hat, die über seine Einlageleistungen hinausgehen (vgl. BGH, Urteil vom 01.03.2011 – XI ZR 96/09 – juris Rn. 8 f.). Für die die Vorteilsausgleichung begründenden Umstände ist die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet. Den Geschädigten trifft lediglich eine sekundäre Darlegungslast (vgl. BGH, Teilurteil vom 15.07.2010 – III ZR 336/08 – juris Rn. 45).

Außergewöhnlich hohe Steuervorteile werden zwar pauschal im letzten Schriftsatz der Beklagten (unter Bezugnahme auf Bl. 54 d.A.) behauptet, sind von ihr aber - auch durch die Bezugnahme - nicht substantiiert dargetan. Das hatte die Klägerseite bereits erstinstanzlich moniert (vgl. Bl. 187 f. d.A.). Unabhängig davon besagt der Hinweis der Beklagten darauf, dass der Kläger inzwischen Rentner ist, gerade nichts darüber, ob eine Zug um Zug erfolgende Schadensersatzleistung an den Kläger steuerbar ist (vgl. zur Problematik im Übrigen auch BGH, Teilurteil vom 15.07.2010, a.a.O. Rn. 52 m.w.N.).

6. Der Anspruch des Klägers auf Prozesszinsen folgt aus §§ 291, 288 BGB. Der Senat geht davon aus, dass der Kläger lediglich solche begehrt, auch wenn es in seinem Klageantrag Ziffer 1 "ab Klageeinreichung" heißt. Für einen früheren Zinsbeginn ist im Übrigen auch nichts ersichtlich.

Ein Anspruch des Klägers auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltsgebühren ist nicht schlüssig dargelegt. Der Kläger hat kein vorgerichtliches Tätigwerden seines Rechtsanwalts vorgetragen, das den Anfall einer Geschäftsgebühr nach VV RVG Nr. 2300 rechtfertigen würde. Eines gerichtlichen Hinweises hierauf bedurfte es wegen § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht. Hinsichtlich des Klageantrags Ziffer 2 war die Berufung daher zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung hat ihre Grundlage in § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision ist gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Zwar erscheint dem Senat die Frage, ob ein an die Beraterbank weitergereichtes Agio eine ungefragt und auch der Höhe nach aufklärungspflichtige Rückvergütung darstellt, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eindeutig bejahend geklärt. Doch nachdem nach wie vor hiervon abweichende obergerichtliche Rechtsprechung ergeht und es sich um eine die Rechtsprechung gehäuft beschäftigende Konstellation handelt, ist die Revisionszulassung zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit geboten.

gez.

Dr. Ebert
Richter
am Oberlandesgericht

Schommartz
Richter
am Oberlandesgericht

Guhling
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 29.07.2011

gez.
Lissy, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle