

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

3 U 67/12
5 O 168/11 Landgericht Stade

Verkündet am
12. Dezember 2012
Busse,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro RSCW Rechtsanwälte, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 12/00997

gegen

Volksbank Lüneburger Heide eG, vertreten durch den Vorstand Werner Albers,
Peter Bade, Gerd-Ulrich Cohrs, Heiko Ernst, Cord Haselmann, Rathausstraße 52,
21423 Winsen/Luhe,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro GenoRechtAnwälte Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Hannoversche Straße 149, 30627 Hannover,
Geschäftszeichen: 734/12-KS32-fec

Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung seitens der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

Der Kläger macht gegen die Beklagte Ansprüche auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung bei der Vermittlung einer Beteiligung an der MTV IV Bio-Energie GmbH & Co. KG, einem Fonds im Bereich der erneuerbaren Energien, geltend.

Zur Darstellung des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, insbesondere auf die Wiedergabe des Parteivortrages und der gestellten Anträge im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils (Bl. 175 f. d. A.) mit nachfolgenden Ergänzungen Bezug genommen.

Der Kläger suchte Ende 2006 die Beklagte auf und ließ sich am 21. Dezember 2006 über die Zeichnung einer Fondsbeteiligung an der MTV BioEnergie GmbH & Co. KG beraten. Ferner fand am 2. Januar 2007 ein weiteres Beratungsgespräch hinsichtlich der vorgenannten Fondsbeteiligung statt. Der Inhalt beider Beratungsgespräche ist zwischen den Parteien umstritten. Unstreitig unterzeichnete der Kläger am 2. Januar 2007 eine Beitrittserklärung, wonach er sich mit einem Betrag in Höhe von 20.000,- € zuzüglich eines Agios in Höhe von 5 %, mithin insgesamt 21.000,- €, an der vorgenannten KG beteiligte. Unstreitig ist ferner, dass der Kläger am 11. Januar 2007 von Seiten der Beklagten einen Rabatt in Höhe von 2,5 % (= 500,- €) erhielt.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger u. a. Erstattung des vollen Beteiligungsbetrages einschließlich Agio in Höhe von 21.000,- € sowie Zahlung entgangener Zinsen in Höhe von 2 % seit dem Tag der Zeichnung (1.692,65 €).

Das Landgericht hat die Klage mit dem am 2. Mai 2012 verkündeten Urteil abgewiesen. Die Kammer hat ausgeführt, zwar sei aufgrund der Beweisaufnahme erwiesen, dass im Beratungsgespräch nicht über die Höhe der von der Beklagten an der Vermittlung verdienten Provision gesprochen worden sei. Die für den Kläger grundsätzlich sprechende Vermutung, dass er bei aufklärungspflichtigem Verhalten diese Anlage nicht gezeichnet hätte, sei aber durch die Beklagte widerlegt worden. Zwar hätten die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] keine konkreten Angaben dazu machen können, ob der Kläger auch bei Kenntnis der Gesamtprovision der Beklagten von über 8 % die Anlage gezeichnet hätte oder nicht. Dem stünden aber die Angaben des Zeugen M [REDACTED] entgegen, der vom Kläger auf die Anlage aufmerksam gemacht worden sei. Der Zeuge M [REDACTED] habe bekundet, dass der Kläger und er befreundet gewesen seien und beim Sport häufiger über Anlagemöglichkeiten gesprochen hätten. In diesem Zusammenhang sei er auf die Bio-Energieanlage, die hier im Streit stehe, vom Kläger hingewiesen worden. Sowohl der Zeuge als auch der Kläger hätten den Kurzprospekt ca. eine Woche vor dem Gesprächstermin am 21. Dezember 2006 in den Händen gehalten. Der Zeuge [REDACTED] sei wegen der guten und rosigen Renditeaussichten für diesen Fonds interessiert gewesen und habe deshalb für seine Altersvorsorge in diesen Fonds investieren wollen. Dies gelte auch für den Kläger. Aus den weiteren Bekundungen des Zeugen [REDACTED] folge auch, dass dieser schon „so ziemlich“ entschlossen gewesen sei, die Anlage zu zeichnen. Er habe zwar nicht gewusst, welche Tendenz beim Kläger vorhanden gewesen sei, er habe aber angenommen, dass es dort genauso gewesen sei. Der Zeuge habe weiter bekundet, dass er vermutet habe, dass bei der gemeinsamen Fahrt zu dem Gespräch auch über die Anlage gesprochen worden sei und dass bei beiden die Tendenz eher positiv gewesen sei, die Anlage zu zeichnen. Dass auch der Kläger von der Anlage überzeugt gewesen sei, folge im Übrigen zur Überzeugung des Gerichts auch aus der Tatsache, dass der Kläger erst dem Zeugen [REDACTED] diese Anlage empfohlen hatte. Es sei davon auszugehen, dass man sich unter Freunden nur eine solche Anlage empfehle, die man selbst auch für gut und passend für sich selbst erachte. Außer-

dem folge aus den Bekundungen des Zeugen [REDACTED], dass der Kläger anlageerfahren gewesen sei und sich den Prospekt genau angesehen habe. Das Gericht sei des Weiteren davon überzeugt, dass sich der Kläger auch bei Offenbarung der 8 %-igen Provision nicht von einer Zeichnung hätte abhalten lassen. Dem Kläger sei, wie aus der Beweisaufnahme folge, bewusst gewesen, dass ein 5 %-iges Agio zu zahlen gewesen sei. Der Kläger habe gewusst, dass die Beklagte einen Rabatt für die Vermittlung der Anlage erhalte. Dass die Beklagte nicht ganz auf ihre Provision verzichten würde, wenn sie dem Kläger 2,5 % einräumen würde, davon habe auch der Kläger ausgehen müssen, weil Bankinstitute Anlagen nicht vermitteln, ohne hierfür auch etwas zu verdienen. Bei dieser Konstellation hätte dem Kläger deutlich werden müssen, dass die Beklagte jedenfalls einen Rabatt von über 2,5 % erhalte. Auch aus der Aussage des Zeugen [REDACTED] folge, dass der Kläger die Anlage auch bei Aufklärung über die Höhe des Agios gezeichnet hätte. Der Zeuge [REDACTED] habe erklärt, dass beide, nämlich er und der Kläger mit einer positiven Einstellung im Hinblick auf die Zeichnung der Anlage zu dem gemeinsamen Gespräch am 21. Dezember 2006 zur Beklagten gefahren seien. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung Bl. 178 f. d. A. Bezug genommen.

Gegen dieses dem Kläger am 10. Mai 2012 zugestellte Urteil hat dieser mit Schriftsatz vom 4. Juni 2012, vorab per Fax eingegangen am selben Tage, beim Oberlandesgericht, Berufung eingelegt, welche er mit Schriftsatz vom 9. August 2012, vorab per Fax beim Oberlandesgericht eingegangen am selben Tage, innerhalb der bis zum 9. August 2012 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet hat. Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen sei und dass keine ausdrückliche Aufklärung über die Provisionszahlung oder die Höhe der Provision erfolgt sei. Entgegen der Auffassung des Landgerichtes sei diese Pflichtverletzung aber auch kausal für den geltend gemachten Schaden geworden. Das Ergebnis der Beweisaufnahme rechtfertige nicht die Feststellung des Landgerichts, dass der Kläger zur Zeichnung der streitgegenständlichen Beteiligung fest entschlossen gewesen sei. Tatsächlich sei dies nicht der Fall gewesen und sei auch von keinem der Zeugen behauptet worden. Gegen einen festen Entschluss spreche insbesondere, dass der Kläger eine

Vielzahl von Fragen betreffend der streitgegenständlichen Beteiligung an die Beklagte gestellt habe, was der Zeuge [REDACTED] bestätigt habe. Jedenfalls wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, den Kläger über den Umstand der Provisionszahlung und die konkrete Höhe der Provision aufzuklären. Letzteres sei unstreitig nicht erfolgt. Das Landgericht habe die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens entgegen der eindeutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes allein als widerlegbare Beweisvermutung verstanden. Tatsächlich handele es sich jedoch um eine Beweislastumkehr, sodass die Beklagte den Vollbeweis für die von ihr angenommene nicht gegebene Kausalität zu erbringen habe. Ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls sei der Kläger jedoch weder angehört worden noch habe es irgendwelche Umstände gegeben, welche die Kausalität der bestehenden Pflichtverletzung in Abrede stellen würden. Die Beklagte habe noch nicht einmal einen Beweisantritt getätigt, sodass die Kausalität zu bejahen sei. Ein Schadensersatzanspruch sei entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht verjährt. Die Verjährung könne frühestens zu laufen beginnen, wenn dem Kläger sowohl der Umstand der Provisionszahlung als auch die konkrete Provisionshöhe bekannt seien.

Allein das Unterlassen einer Nachfrage bei grundsätzlicher Kenntnis vom Umstand der Provisionszahlung begründe keine grob fahrlässige Unkenntnis. Weder aus dem Prospekt noch aus sonstigen Unterlagen habe sich die konkrete, an die Beklagte geflossene Provisionshöhe ergeben. Auch die Möglichkeit, bei unterstellter Kenntnis von Provisionszahlungen eine Auskunftsklage hinsichtlich der Höhe einzureichen, führe nicht dazu, von grob fahrlässiger Unkenntnis auszugehen. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung im Schriftsatz vom 9. August 2012 (Bl. 237 f. d. A.) Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

das Endurteil des Landgerichts Stade vom 2. Mai 2012, Az. 5 O 168/2011 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 22.692,65 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit

dem 11. Januar 2011 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte an der Beteiligungsgesellschaft MTV IV Bio Energie GmbH & Co. KG zu einem Beteiligungsbetrag in Höhe von 20.000,00 €.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte hinsichtlich der Übertragung der Rechte aus der streitgegenständlichen Beteiligung in Annahmeverzug befindet.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, alle weiteren und zukünftigen Schäden des Klägers, die im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Beteiligung entstanden sind oder entstehen werden, zu ersetzen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 484,50 € (0,75 Geschäftsgebühr §§ 2, 13 RVG Nr. 2300 VV - Wert: 21.500,00 €) für die außergerichtliche Inanspruchnahme der anwaltlichen Bevollmächtigten zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie verweist darauf, dass es nicht zwingend eines Beweisantritts ihrerseits sowie einer Anhörung des Klägers bedürft hätte. Das Gericht habe sich seine Überzeugung gem. § 286 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme zu verschaffen. Aufgrund der Aussage des Zeugen [REDACTED] habe das Landgericht zu Recht die Auffassung vertreten, dass der Kläger die streitgegenständliche Anlage auch dann gezeichnet hätte, wenn er über die genaue Höhe der Provision unterrichtet worden wäre. Im Übrigen seien etwaige Schadensersatzansprüche auch verjährt. Der Kläger habe seit dem Besprechungstermin im Dezember positiv gewusst, dass die Beklagte von der Fondsgesellschaft eine Provision erhalte. Er habe auch gewusst, dass ihm die genaue Höhe nicht gesagt worden war, es habe ihn im Übrigen aber auch nicht interessiert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat den Kläger im Termin gem. § 141 ZPO zur Aufklärung des Sachverhalts angehört.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache zum überwiegenden Teil Erfolg.

Das angefochtene Urteil beruht teilweise auf einer Rechtsverletzung i. S. von § 513 Abs. 1 Alt. 1 i. V. m. § 546 ZPO.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht dem Kläger gegen die Beklagte gem. § 280 Abs. 1 BGB ein auf Rückabwicklung der Fondsbeteiligung gerichteter Schadensersatzanspruch aus einem Anlageberatungsvertrag wegen der unterlassenen Aufklärung über die an die Beklagte gezahlten Rückvergütungen, Zug um Zug gegen Rückgabe der Beteiligung zu.

1. Zwischen den Parteien ist ein Beratungsvertrag zustande gekommen, aufgrund dessen die Beklagte dazu verpflichtet war, den Kläger anlage- und anlegergerecht zu beraten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGHZ 123, 126, 128) kommt ein Beratungsvertrag bereits 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. Dabei erfolgt der Abschluss des Beratungsvertrages 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. Der Beratungsvertrag kommt regelmäßig konkludent zustande, wenn im Zusammenhang mit der Anlage eines Geldbetrages eine Beratung tatsächlich stattfindet (BGH, Urteile vom 25. Juni 2002 - XI ZR 218/01, WM 2002, 1683, 1686, vom 9. Mai 2000 - XI ZR 159/99, WM 2000, 1441, 1442, vom 21. März 2006

- XI ZR 63/05, WM 2006, 851, 852 und vom 25. September 2007 - XI ZR 320/06, BKR 2008, 199 ff. hier zitiert nach juris Rn. 12). Nur in Fällen, in denen der Kunde - z. B. durch einen Vermögensberater - anderweitig beraten ist (BGH, Urteil vom 27. Februar 1996 - XI ZR 133/95, WM 1996, 664 ff.) oder gezielt Aufträge zum Erwerb von Wertpapieren erteilt (BGH, Urteil vom 12. März 1996 - XI ZR 232/95, WM 1996, 906 ff.), kommt kein Beratungsvertrag mit der dann nur ausführend tätig werdenden Bank zustande.

2. Das Landgericht hat auch zu Recht eine Aufklärungspflicht der Beklagten bejaht.

a) Der Bundesgerichtshof betont in ständiger Rechtsprechung dass nicht nur darüber aufzuklären ist, ob die Bank eine Rückvergütung erhält, sondern auch darüber, wie hoch diese Vergütung ist. Exemplarisch ist auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in NJW 2007, 1876, 1879 zu verweisen, wo es u.a. heißt:

„Selbst wenn, was nicht festgestellt ist, der ... davon ausgegangen sein sollte, dass es sich bei diesen Bonifikationen um die Reduzierung der Ausgabeaufschläge handelte, so bleibt er, was die Größenordnung der Rückvergütungen angeht, aufklärungsbedürftig. Ohne deren Kenntnis konnte er das Interesse der Bekl. an dem empfohlenen Erwerb von Fondsanteilen und die damit verbundene Gefährdung der Interessen der Zedentin nicht richtig einschätzen“.

Gleiches findet sich in der klarstellenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 24. August 2011 (Az.: XI ZR 191/10 = WM 2011, 1804 f.), wonach aufklärungsbedürftige Rückvergütungen auch dann vorliegen, wenn in den Anlageprospekten zwar verschiedene Provisionen offen ausgewiesen sind, jedoch nicht angegeben wird, dass und in welcher Höhe die beratende Bank diese Provision bezieht. Entsprechend verhält sich der vorliegende Fall.

b) Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht fest, dass im Rahmen der Beratung über den fünfprozentigen Ausgabeaufschlag gesprochen worden ist und dass eine Rabattierung für den Kläger Gesprächsgegenstand war, die sodann

auch erfolgte. Dies folgt aus den Aussagen der Zeugen [REDACTED] (Bl. 156 d. A.) und [REDACTED] (Bl. 159 d. A.). Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, dass (jedenfalls) bei dem zweiten mit dem Kläger geführten Gespräch über den fünfprozentigen Ausgabeaufschlag gesprochen worden sei. Gleiches hat die Zeugin [REDACTED] bekundet. Beide Zeugen haben auch bekundet, dass über einen Rabatt für den Kläger gesprochen worden ist. Den Aussagen lässt sich hingegen nicht entnehmen, dass der Kläger konkret davon in Kenntnis gesetzt worden ist, dass die Beklagte über den Betrag von 5 % hinaus eine (Rück-)Vergütung erhielt. Aufgrund der Zeugenaussagen steht ferner fest, dass auch nicht darüber gesprochen worden ist, in welcher Höhe die Beklagte an der im Prospekt ausgewiesenen Vermittlungsprovision beteiligt wurde. Die Zeugin [REDACTED] hat ausgesagt, sie wisse auch nicht, ob über die im Prospekt enthaltene 14%-ige Vergütung gesprochen worden sei (Bl. 160 d. A.). Der Zeuge [REDACTED] hat bekundet, dass ihm nicht bewusst gewesen sei, wie viel die Beklagte als Vergütung erhalte. Er meinte, dass über die 5 % noch ein geringerer Betrag als Vergütung angesetzt gewesen sei. Auch diese Aussage spricht signifikant dafür, dass nur über das Agio und den Rabatt gesprochen worden ist, nicht aber über die Gesamthöhe der der Beklagten zufließenden Provision. Der Umstand, dass der Kläger im Anschluss einen Rabatt in Höhe von 2,5 % erhielt, machte zwar deutlich, dass der Kläger nicht im Unklaren darüber sein konnte, dass die Beklagte überhaupt eine (Rück-)Vergütung erhielt. Die konkrete Höhe dieser (Rück-)Vergütung ist aber offen geblieben.

c) Die erforderliche Aufklärung ist auch nicht durch den Emissionsprospekt erfolgt. Der Hinweis auf den Inhalt des Prospekts geht schon deshalb fehl, weil der Prospekt dem Senat nicht vorgelegt worden und daher sein genauer Inhalt unbekannt ist. Die kurze inhaltliche Wiedergabe in der Klageschrift erlaubt keine sicheren Rückschlüsse darauf, dass die gebotene vollständige Aufklärung erfolgt ist. Nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers enthält der Prospekt auf Seite 71 nur die Angabe, dass die Vermittlungsprovision bezogen auf das Eigenkapital 14 % betrage. Aus dieser Formulierung folgt aber nicht mit der gebotenen Klarheit, in welcher Höhe die Beklagte an dem offen ausgewiesenen Agio partizipierte (vgl. hierzu BGH WM 2011, 1804, 1805). Ungeachtet dessen findet sich der Hinweis auf eine Vermittlungsprovision erst auf Seite 71, so dass nicht fernliegt, dass der Kläger diesem Punkt keine weitere Beachtung mehr geschenkt hat.

3. Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB muss der Schädiger sein fehlendes Verschulden beweisen. Ein fahrlässiges Verschulden ist der Beklagten, die dafür Sorge zu tragen gehabt hätte, dass ihre Mitarbeiter ausreichend geschult wurden, ohne weiteres vorzuwerfen. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum, der das Verschulden ausschließen könnte, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls für die Zeit nach 1990 nicht gegeben (vgl. Beschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, NJW 2010, 2339 ff.).

4. Aufgrund der unzureichenden Aufklärung ist dem Kläger auch ein kausaler Schaden entstanden.

Bei fehlerhafter Anlageberatung ist bereits der Erwerb der Kapitalanlage aufgrund der fehlerhaften Information ursächlich für den späteren Schaden, weil der ohne die erforderliche Aufklärung gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist.

Die fehlende Aufklärung über den Umfang der tatsächlich an die Beklagte geflossenen Vermittlungsprovision ist auch für den vorgenannten Schaden kausal geworden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die zu einer Beweislastumkehr führt und nicht nur einen Fall des Anscheinsbeweises darstellt (siehe BGHZ 124, 151, 159 f. und zuletzt ausführlich BGH WM 2012, 1337, 1340 f.; Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 3. Auflage, Rn. 954). Etwas anderes galt nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur dann, wenn aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalles feststand, dass eine gehörige Aufklärung beim Vertragspartner im Anleger nur (!) einen Entscheidungskonflikt ausgelöst hätte, weil es vernünftigerweise nicht nur eine, sondern mehrere Möglichkeiten aufklärungsrichtigen Verhaltens gab (BGH WM 2010, 972, 974; BGH, Ur. v. 13. Juli 2004, XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58, Rn. 28.). Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof aber mit Urteil vom

8. Mai 2012, Az.: XI ZR 262/10 = WM 2012, 1337 ff.) aufgegeben. Die Beweislastumkehr greift nunmehr mit jeder feststehenden Aufklärungspflichtverletzung ein (BGH WM 2012, 1337, 1340). Infolgedessen liegt die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Kausalität allein beim Beratungsschuldner (BGH WM 2012, 1337, 1340). Diesen Beweis hat die Beklagte aber nicht geführt.

Zwar ist richtig, dass von der Beklagten vorgetragene Hilfstatsachen im Rahmen eines Indizienbeweises Bedeutung zukommt. Relevante Indizien für die fehlende Kausalität können sich insoweit sowohl aus dem vorangegangenen als auch aus dem nachfolgenden Anlageverhalten des Anlegers ergeben (BGH WM 2012, 1337, 1342, Rn. 50). Hierzu gehört z.B. die Kenntnis des Anlegers von Provisionen oder Rückvergütungen, welche die beratende Bank bei vergleichbaren früheren Anlagegeschäften erhalten hat (BGH, a. a. O.). Gegen eine Kausalität spricht aber auch, wenn der Anleger in Bezug auf eine vergleichbare Anlage, die er vor oder nach der streitgegenständlichen erworben hat, später Kenntnis von der Rückvergütung erlangt und gerade keine Rückabwicklung wegen Beratungverschuldens verlangt hat (BGH, a. a. O.). Gegen die Kausalität einer Beratungspflichtverletzung spricht auch, wenn es dem konkreten Anleger auf eine ganz bestimmte Steuerersparnis ankam, die nur mit diesem Produkt zu erzielen war (vgl. Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivatengeschäft, 3. Auflage, Rn. 956) oder Anlageprodukte mit einer entsprechenden Steuerersparnis nur mit vergleichbaren Rückvergütungen zu erlangen waren (in diesem Sinne BGH, a. a. O., Rn. 53). Indizielle Bedeutung dürfte ferner Äußerungen des Anlegers zukommen, die Rückschlüsse auf sein potentiell Verhalten zulassen (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 5. Oktober 2011, Az.: 23 U 42/19, zitiert nach JURIS Rn. 66), wobei allerdings bloße abstrakte Behauptungen jedenfalls unzureichend sind (vgl. OLG Frankfurt, a. a. O., Rn. 66; vgl. auch Senat, Urteil vom 21. April 2010, Az.: 3 U 202/09).

Der Sachvortrag der Beklagten erschöpft sich indes in dem (pauschalen) Hinweis darauf, dass dem Kläger der Umstand einer Provisionszahlung bekannt gewesen sei und er auch aus dem Fondsprospekt wusste, dass diese bis zu 14 % ausmachen könne. Er habe dieses Wissen ausgenutzt, um einen Teil der Provision vergütet zu bekommen (Bl. 37 d. A.).

Dieser Vortrag ist jedoch nicht geeignet, den Nachweis dafür zu erbringen, dass der Kläger auch bei pflichtgemäßer Aufklärung über die Höhe an der Zeichnung der Anlage festgehalten hätte. Der vorliegende Fall zeichnet sich zwar durch die Besonderheit aus, dass der Kläger nicht nur Kenntnis davon hatte, dass die Beklagte zumindest teilweise in den Genuss einer Provision gekommen ist. Der Kläger hat zusätzlich die ihm bekannte Provisionszahlung zum Anlass genommen, mit der Beklagten eine Vereinbarung zu treffen, wonach ihm ein Betrag in Höhe von 50 % der an die Beklagte bekanntermaßen geflossenen Provision rückvergütet worden ist. So hat der Zeuge [REDACTED] bekundet, dass über einen fünfprozentigen Ausgabeaufschlag und eine Rabattierung mit dem Kläger gesprochen worden sei. Damit steht also fest, dass der Kläger keinen Anstoß daran genommen hat, dass die Bank überhaupt eine Provision erhielt. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass der Kläger sich intensiv mit der Anlage anhand des Prospekts auseinandergesetzt hatte und von Anfang an geneigt war, die Anlage zu zeichnen. Damit liegt aber ein ganz wesentlicher Unterschied zu den Fällen vor, in denen der Anleger erst in der Beratung mit einem bestimmten Anlageobjekt konfrontiert wird und sodann nach der Beratung die Anlage zeichnet.

Allerdings kann aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme gerade nicht positiv festgestellt werden, dass der Kläger „um jeden Preis“ entschlossen war, die Anlage zu zeichnen. Allein die Angaben seines Freundes rechtfertigen diese Schlussfolgerung nicht. Der Zeuge [REDACTED] hat zwar in Bezug auf seine eigene Person angegeben, dass er „so ziemlich entschlossen“ gewesen sei, die Anlage zu zeichnen. Wie das beim Kläger gewesen sei, wisse er aber nicht. Er nehme es (nur) an (Bl. 153 d. A.). Der Zeuge [REDACTED] hat auch nur in Bezug auf seine eigene Person die Frage beantworten können, ob er die Dokumentation vor Abgabe der Unterschrift durchgelesen habe. Im Hinblick auf die Person des Klägers hat er lediglich angegeben, er „gehe davon aus“ (Bl. 152 d. A.).

Der vom Senat persönlich angehörte Kläger hat die Behauptung der Beklagten nicht bestätigt. Der Kläger hat angegeben, dass er die Anlage nicht mehr gezeichnet hätte, wenn er darüber informiert worden wäre, dass die Bank mehr als die ihm bekannten 5 % an Provision erhalten hätte. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass der Kläger nach richtiger Aufklärung versucht hätte, einen höheren

Rabatt von der Beklagten zu erhalten. Der Kläger hat glaubhaft bekundet, dass ihm die Rückvergütung in Höhe von 2,5 % (Hälfte des Agio) von Seiten der Bank angeboten worden sei. Die Initiative sei insoweit von der Bank ausgegangen. Er habe von sich aus nicht versucht, etwas auszuhandeln. Jedenfalls vermag der Senat auf der Grundlage dieser Aussage nicht die erforderliche Gewissheit zu gewinnen, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie vollständig auszuschließen.

5. Der Kläger ist gem. § 249 Abs. 1 BGB nach den Grundsätzen der Naturalrestitution so zu stellen, wie er ohne die schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung stehen würde (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2007 - XI ZR 167/05). Dem Kläger ist daher das negative Interesse zu ersetzen, was bedeutet, dass ihm die volle Beteiligungssumme zzgl. Agio - Zug um Zug gegen Übertragung des Fondsanteils - zurückzuerstatten ist.

a) Etwaige Steuervorteile muss sich der Kläger nicht anrechnen lassen.

Steuern, die ein Geschädigter infolge der Schädigung erspart hat, gehören zwar grundsätzlich zu den auf den Schadensersatzanspruch anrechenbaren Vorteilen (vgl. BGH WM 2010, 1641, 1648, Rn. 35) mit der Folge, dass der in einer bestimmten Höhe entstandene Schaden um den feststellbaren Vorteil zu mindern ist. Bei der Betrachtung möglicher Steuervorteile muss nach ständiger Rechtsprechung aber auch berücksichtigt werden, ob dem Geschädigten aus der Zuerkennung des Schadensersatzanspruches und dessen Gestaltung seinerseits steuerliche Nachteile in Form einer Nachforderung des Finanzamtes, einer Besteuerung der Schadensersatzleistung oder aber dadurch entstehen, dass die Kapitalanlage Zug um Zug gegen die Schadensersatzleistung übertragen wird (BGH, a. a. O., Rn. 36). Es entspricht daher ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass eine Anrechnung von Steuervorteilen grundsätzlich nicht in Betracht kommt, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs zu einer Besteuerung führt, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt (vgl. zuletzt BGH WM 2011, 741). Ermittelte Steuervorteile und der im Zusammenhang mit der Schadensersatzleistung drohende Steuernachteil dürfen also nicht isoliert betrachtet werden (vgl. Schlick, Die aktuelle Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH zum Kapitalanlagerecht, WM 2011, 160). Es besteht vielmehr eine sachliche Verknüpfung

(Schlick, a. a. O.), der bei Feststellung anrechenbarer Vorteile Rechnung zu tragen ist. Da über die Höhe des Schadens nach § 287 ZPO zu entscheiden ist und eine exakte Errechnung von Steuervorteilen häufig einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, sind daher in der Regel keine Feststellungen dazu zu treffen, in welcher Höhe sich die Versteuerung der Schadensersatzleistung ausgewirkt hat (BGH, WM 2011, 741, 742). Vorliegend ist von einer Steuerbarkeit der Ersatzleistung auszugehen.

Sowie eine Fondsbeteiligung steuerlich gewerbliche Einkünfte generiert und der Anleger deshalb steuerlich gewerbliche Einkünfte erzielt, führt die Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes regelmäßig zu steuerpflichtigem Einkommen (vgl. Lampe, Steuervorteile in der Rückabwicklung von Fondsbeteiligungen im Rahmen von Schadensersatz oder Haustürwiderruf, BB 2008, 2599, 2603). So verhält es sich bei gewerblich tätigen oder gewerblich geprägten Kommanditgesellschaften, bei denen die Anleger Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 4 EStG erzielen. Sofern bei der Beteiligung Verluste steuerliche Berücksichtigung gefunden haben, stellen nach dem Korrespondenzprinzip auch Schadensersatzleistungen, die in Zusammenhang mit den Einkünften stehen, (steuerpflichtige) Betriebseinnahmen dar (vgl. Knebel/Schmidt, Anrechnung von Steuervorteilen auf Schadensersatzansprüche aus Beteiligungen an Medien- und Schiffsfonds, BB 2010, 1316). Daher sind beispielsweise Ersatzleistungen bei Medien- und Schiffsfonds grundsätzlich als Betriebseinnahmen zu versteuern (vgl. Knebel/Schmidt, a. a. O.). Auch der Bundesgerichtshof hat für eine Beteiligung an einem Medienfonds betont, dass Ersatzleistungen nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG oder nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG zu versteuern seien (BGH WM 2010, 1641, 1650). Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich oder von der Beklagten vorgetragen worden, wonach dies bei der Beteiligung an einem Fonds, der sich mit der Gewinnung von Bioenergie befasst, nicht gilt.

Wenn - wie im vorliegenden Fall - von einer Steuerbarkeit auszugehen ist, ist es Sache der Beklagten als Schädigerin konkrete Umstände darzulegen, auf deren Grundlage dem Geschädigten auch nach Anrechnung der aus der Ersatzleistung resultierenden Steuerlast „außergewöhnlich hohe Steuervorteile“ verbleiben. Konkreten Vortrag hierzu hat die Beklagte indes nicht gehalten.

Eine nähere Prüfung und Berechnung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zwar auch dann veranlasst, wenn der Geschädigte Verlustzuweisungen erhalten hat, die über seine Einlagenleistungen hinausgehen (vgl. BGH WM 2011, 741, 742; WM 2010, 1641, 1651). So verhält es sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes beispielsweise, wenn der Geschädigte eine mit besonderen Steuervorteilen ausgestattete Auslandsbeteiligung gezeichnet und im ersten Jahr nach der Zeichnung (bezogen auf die gesamte Zeichnungssumme) eine Verlustzuweisung in Höhe von 105 % (= 147.000,- DM) erhalten hat, obwohl der Geschädigte nur 91.000,- DM (weniger als 2/3) eingezahlt hat und diese Verlustzuweisungen beim Geschädigten endgültig verbleiben (BGH NJW 1984, 2524, 2525). Gleiches gilt, wenn anfängliche Verlustzuweisungen in Höhe von 23.004,- € nur einer tatsächlichen Einlageleistung von 14.500,- € gegenüberstehen (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 23. Januar 2012, Az.: 23 U 114/10, zitiert nach JURIS Rn. 37 f.). Wenn hingegen der Geschädigte seine Beteiligung und das Agio voll geleistet hat, reicht allein das Versprechen von erheblichen Verlustzuweisungen (z. B. 152,8 %) nicht aus. Die besonders hohen Verlustzuweisungen müssen tatsächlich gewährt worden sein und zwar während der gesamten Laufzeit. Ergibt sich beispielsweise für die gesamte Laufzeit nur eine Verlustzuweisung in Höhe von 84,5 % liegen die Voraussetzungen für eine Vorteilsanrechnung nicht vor (siehe BGH NJW-RR 1986, 1102, 1104). Konkrete Anhaltspunkte in dieser Richtung sind aber vorliegend ebenfalls nicht ersichtlich.

b) Ein weitergehender Schaden ist hingegen zu verneinen.

aa) Der Anspruch auf Rückerstattung des Beteiligungsbetrages zuzüglich des vollen Agios ist schon deshalb nicht begründet, weil der Kläger nach Zeichnung einen Rabatt in Höhe von 2,5 % (= 500,- €) erhalten hat. Dieser Betrag war daher von der Klagforderung in Abzug zu bringen.

bb) Auch ein Anspruch auf Zahlung entgangener Zinsen besteht nicht. Ein Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Beratungsvertrages umfasst gem. § 252 Satz 1 BGB zwar auch den entgangenen Gewinn, wozu auch entgangene Anlagezinsen gehören (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2012,

Az.: XI ZR 360/11 = WM 2012, 1188 ff., zitiert nach JURIS Rn. 11). Es entspricht insoweit ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass einem Kapitalanleger auch der Schaden zu ersetzen ist, der sich typischerweise daraus ergibt, das Eigenkapital in Höhe des Anlagebetrages erfahrungsgemäß nicht ungenutzt bleibt, sondern zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre (BGH, a. a. O.). Der Bundesgerichtshof hat indes klargestellt, dass die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung im Sinne von § 252 BGB aufgrund einer zeitnahen alternativen Investitionsentscheidung des Geschädigten und deren Umfang nur anhand Tatsachenvortrages dazu beurteilt werden könne, für welche konkrete Anlageform er sich ohne das schädigende Ereignis entschieden hätte (BGH, a. a. O., Rn. 13). Zwar hat der Kläger vorgetragen, dass er sein Geld ansonsten in Bundesschatzbriefe oder als Festgeld angelegt hätte (Bl. 9 d. A.). Diese Behauptung kann aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme jedoch nicht als bewiesen angesehen werden. Aus der Aussage des Zeugen [REDACTED] folgt, dass vor allem die guten und rosigen Renditeaussichten Anlass für die Zeichnung der Anlage waren (Bl. 150 d. A.). Der Zeuge [REDACTED] hat bekundet, dass ihn der Kläger wegen einer Beteiligung an einer Rapsöl- oder Zuckerrübenraffinerie zu Methanol kontaktiert hatte, welche von der Beklagten aber nicht angeboten worden sei. Dem Kläger sei daher die streitgegenständliche Anlage empfohlen worden. (Bl. 154 d. A.). Aus diesen beiden Aussagen erhellt deutlich, dass der Kläger primär an der Erzielung einer hohen Rendite interessiert war und er zu diesem Zweck gewinnversprechende Beteiligungen suchte, die nicht dem klassischen Kanon der Anlagemöglichkeiten entsprachen.

Hätte der Kläger aber in ein vergleichbares Finanzprodukt wie die streitgegenständliche Anlage investiert, lässt sich nicht sicher abschätzen, ob er damit nicht auch einen entsprechenden Verlust erlitten hätte. Denn zahlreiche Anlagen aus dieser Zeit haben sich aus heutiger Sicht als wirtschaftlicher Fehlschlag erwiesen.

6. Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist auch nicht verjährt.

Nach § 199 I BGB setzt der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist neben der Entstehung des Anspruchs voraus, dass der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Beides ist zu verneinen.

a) Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vor, wenn dem Geschädigten in Erfolg versprechender Weise die Erhebung einer Schadensersatzklage und sei es nur in Form einer Feststellungsklage möglich ist, wobei es auf die Kenntnis der den Einzelanspruch begründenden tatsächlichen Umstände ankommt (siehe BGH, Urteil vom 7. Juli 2011, Az.: III ZR 90/10, zitiert nach JURIS Rn. 16). Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Kläger erst dann erfolgversprechend eine Schadensersatzklage hätte erheben können, wenn er Kenntnis davon erlangt hätte, dass er von Seiten der Beklagten über die Höhe der von ihr vereinnahmten Provision getäuscht worden war. Eine solche Kenntnis lag aber bei Abschluss der Beratungsgespräche nicht vor. Die Gesamtheit der Zeugenaussagen zu Inhalt und Ablauf der Beratungsgespräche macht vielmehr deutlich, dass dem Kläger gegenüber immer nur der (unzutreffende) Eindruck erweckt worden ist, dass die von der Beklagten vereinnahmte Provision maximal 5 % (nämlich den Umfang des Agios) ausmachen würde. Darüber, dass die Provision tatsächlich höher war, ist ausweislich der Zeugenaussagen gerade nicht gesprochen worden. Der Kläger hatte mit hin gerade keinen konkreten Anhaltspunkt dahingehend, dass die Beklagte eine Provision von über 5 % erhielt.

b) Dem Kläger fällt insoweit auch keine grobe Fahrlässigkeit zur Last. Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schwerwiegenden und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Grob fahrlässige Unkenntnis i. S. von § 199 I Nr. 2 BGB liegt demnach nur vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt und nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung („Verschulden gegen sich selbst“) vorgeworfen werden können, weil sich ihm die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben, er davor

aber letztlich die Augen verschlossen hat. Hierbei trifft den Gläubiger aber generell keine Obliegenheit, im Interesse des Schuldners an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist Nachforschungen zu betreiben; vielmehr muss das Unterlassen von Ermittlungen nach Lage des Falls als geradezu unverständlich erscheinen, um ein grob fahrlässiges Verschulden des Gläubigers bejahen zu können (siehe BGH, Urteil vom 22. September 2011, Az.: III ZR 186/10 = NJW-RR 2012, 111, 112 m. w. N.; BGH, Urteil vom 7. Juli 2011, Az.: III ZR 90/10, zitiert nach JURIS Rn. 17; vgl. ferner BGH, Urteil vom 8. Juli 2010, Az.: III ZR 249/09 = JZ 2011, 100, 102).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist nicht ersichtlich, dass sich der Kläger grob fahrlässig in Unkenntnis befand.

Warum der Kläger im vorliegenden Fall einen (dringenden) konkreten Anlass zu weiteren Nachforschungen bezüglich der Höhe der Provision gehabt haben sollte, ist nicht ersichtlich oder vorgetragen. Allein die auf Seite 71 des Fondsprospekts nach Angaben des Klägers enthaltene Angabe, wonach Eigenkapitalvermittlungskosten in Höhe von 14 % anfallen würden, die in ihrer Allgemeinheit nicht erkennen lässt, dass und vor allem in welcher Höhe die Beklagte an den entstehenden Vermittlungskosten partizipierte, bot keinen ausreichenden Anlass um Nachforschungen anzustellen. Dies gilt jedenfalls im vorliegenden Fall, in dem auf Seiten des Klägers ein (besonderer) Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist.

Wie bereits ausgeführt, musste der Kläger aufgrund des Beratungsgesprächs davon ausgehen, dass die Beklagte nicht über den Betrag des Agios in Höhe von 5 % hinaus an der Vermittlung der Anlage profitierte. Dabei ist der Kläger gerade durch die Bereitschaft der Beklagten, ihm einen Rabatt zu geben und ihm somit an der vereinnahmten Provision zu beteiligen, in seinem Vertrauen in die Offenheit und Ehrlichkeit der Beklagten bestärkt worden. Diese Bereitschaft der Beklagten war in besonderem Maße dazu geeignet, bestehende Bedenken, dass die von der Beklagten vereinnahmte Provision entgegen dem in dem Beratungsgespräch entstandenen Eindruck signifikant höher sein würde, zu zerstreuen.

7. Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges hat ebenfalls Erfolg, denn die Beklagte befand sich mit der Annahme der ihr angebotenen Abtretung der Fondsanteile spätestens mit dem Klageabweisungsantrag im Verzug (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1987 - VIII ZR 206/86, WM 1987, 1496, 1498). Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus §§ 756, 765 ZPO. Besteht die Kapitalanlage in der Rechtsposition als Treuhandkommanditist, genügt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wenn der Geschädigte im Rahmen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs als Zug um Zug zu gewährende Leistung die Abtretung sämtlicher Rechte aus der Beteiligung bzw. dem Treuhandvertrag anbietet. Denn das Gegenrecht des Schädigers kann sich nur auf die Rechtsposition beziehen, die der geschädigte Kapitalanleger aufgrund der Zeichnung der - mittelbaren oder unmittelbaren - Fondsbeteiligung erworben hat (BGH, Beschluss vom 6. Juli 2010 - XI ZB 40/09, WM 2010, 1673 Rn. 14). Dass die Übertragung der Fondsanteile von der Zustimmung Dritter abhängig ist, ist unerheblich, da etwaige gesellschaftsrechtliche Schwierigkeiten bei der Übertragung der Fondsbeteiligung der angeordneten Zug-um-Zug-Leistung nicht entgegenstehen und überdies dem Risikobereich des Schädigers unterfallen (BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 - XI ZR 272/10, Umdruck Rn. 12).

8. Der auf Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzverpflichtung gerichtete Antrag war hingegen mangels Feststellungsinteresses unzulässig.

Der Anleger hat zwar grundsätzlich einen Anspruch darauf, im Wege der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB so gestellt zu werden, wie er stünde, hätte es die schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung nicht gegeben. Dies bedeutet, dass die haftende Bank auch verpflichtet ist, den Anleger von sonstigen steuerlichen oder wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die sich aus der Anlageentscheidung ergeben. Dementsprechend besteht regelmäßig ein auf eine Feststellung gem. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtetes Interesse des Anlegers.

Ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 ZPO ist bei der Verletzung von Normen zum Schutz des Vermögens aber nur dann zu bejahen, wenn der Geschädigte eine Vermögensgefährdung, d.h. die (hinreichende) Wahrscheinlichkeit

eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens, substantiiert darlegt (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 28. Auflage, § 256 Rn. 9; Musielak/Foerste, ZPO, 8. Auflage, § 256 Rn. 29). Hierzu fehlt nachvollziehbarer Vortrag des Klägers.

Der Kläger verweist zwar im Zusammenhang mit der Frage, ob Steuervorteile anzurechnen seien, pauschal darauf, dass der Schadensersatz eine steuerbare Leistung darstelle (Bl. 10 d. A.). Dies rechtfertigt jedoch nicht die Annahme eines Feststellungsinteresses.

Zwar ist richtig, dass eine Vermögensgefährdung beispielsweise vorliegt, wenn dem Geschädigten durch die nachträgliche Aberkennung von Verlustzuweisungen ein Vermögensnachteil droht und er mit dem Feststellungsantrag sicherstellen will, dass er über die notwendige Versteuerung der Ersatzleistung hinaus, nicht auch noch die Verlustzuweisung verliert (BGH, Urteil vom 22. April 2010, Az.: III ZR 324/08, zitiert nach JURIS Rn. 28 ff.). Denn bei der Aberkennung von Verlustzuweisungen und einer damit einhergehenden steuerlichen Nachforderung kommt wegen der hierauf zu entrichtenden Zinsen ein Schadensersatzanspruch in Betracht (BGH, a. a. O., Rn. 31). Allerdings hat der Kläger keinen Sachvortrag dazu gehalten, aus welchem Grunde eine nachträgliche Aberkennung der Verlustzuweisungen bei dem Immobilienfonds und eine daraus resultierende Steuernachforderung droht.

9. Ein Anspruch des Klägers auf Zahlung vorgerichtlich entstandener Rechtsanwaltskosten ist ebenfalls zu verneinen. Der Kläger hat einen entsprechenden Schadensersatzanspruch nicht schlüssig dargelegt.

a) Der Bundesgerichtshof hat schon 1968 klargestellt, dass ein materiell Kostenerstattungsanspruch nur dann besteht, wenn der Geschädigte auf Grund des Verhältnisses das zwischen ihm und seinem Rechtsanwalt besteht (Innenverhältnis), zur Zahlung der ihm vom Rechtsanwalt in Rechnung gestellten Kosten auch wirklich verpflichtet sei. Dies sei vorwiegend eine gebührenrechtliche Frage, die nach den Vorschriften der BRAGO beantwortet werden müsse (VersR 1968, 1145). Zur Schlüssigkeit der Klage gehört daher notwendigerweise auch Vortrag dazu, dass der Rechtsanwalt zunächst nur den Auftrag zu einer außergerichtli-

chen Klärung bzw. einen bedingten Prozessauftrag erhalten hat (vgl. Götlich/Mümmler/Rehberg/Xanke, RVG, 2. Auflage, „Geschäftsgebühr“ Anm. 3 (S. 444); Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Auflage, Nr. 2300 VV-RVG Rn. 18; BGH NJW 1968, 2334, 2335 f. für den Anfall einer Gebühr gem. § 118 BRAGO bei einem bedingten Prozessauftrag). Denn hat der Mandant seinem Rechtsanwalt einen unbedingten Klageauftrag erteilt, ist die Geltendmachung einer Gebühr gem. Nr. 2300 VV-RVG ausgeschlossen, weil die Verfahrensgebühr gem. Nr. 3100 VV-RVG auch Tätigkeiten erfasst, welche die Klage oder Rechtsverteidigung vorbereiten (siehe Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 18. Auflage, § 19 Rn. 19; BGH JurBüro 2005, 84 f.). Sachvortrag zu einem entsprechenden Auftrag hat der Kläger indes nicht gehalten.

b) Im Übrigen ist ein Schaden in Form der Rechtsanwaltskosten erst dann entstanden, wenn der Mandant einem einforderbaren Zahlungsanspruch seines Prozessbevollmächtigten ausgesetzt ist und er die entsprechenden Anwaltskosten auch bezahlt hat.

Dies setzt zunächst voraus, dass dem Mandanten eine ordnungsgemäße anwaltliche Vergütungsberechnung gem. § 10 RVG mitgeteilt worden ist (vgl. Gerold/Schmidt/Madert, RVG 18. Auflage, § 10 Rn. 12). Ohne diese Berechnung ist der Auftraggeber nicht zur Zahlung gegenüber seinem Rechtsanwalt verpflichtet (vgl. Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Auflage, § 10 Rn. 3, vgl. Gerold/Schmidt/Madert, RVG, a. a. O.). Eine entsprechende Zahlungsklage des Rechtsanwalts müsste mangels Schlüssigkeit des Klageanspruchs abgewiesen werden (vgl. Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, a. a. O.). Das Reichsgericht hat sogar für eine dem § 86 GebO a. F. (= § 10 RVG heutiger Fassung) im Wesentlichen gleich lautende Regelung des preußischen Rechts entschieden, dass der Auftraggeber, welcher an den Anwalt Zahlung geleistet hat, ohne dass ihm eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Anwaltsrechnung erteilt worden ist, das Gezahlte im Wege der *condictio indebiti* zurückfordern könne, weil auf seiner Seite nicht einmal eine moralische Verpflichtung zur Zahlung bestehe

(Urteil des IV. Zivilsenats des RG vom 16. Juni 1881, zitiert nach Walter, Gebührenordnung für Rechtsanwälte, 1895, § 86 Anm. II). Vorliegend ist lediglich die Anforderung eines Vorschusses für eine vorgerichtliche Tätigkeit, nicht aber die endgültige Honorarrechnung vorgelegt worden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und erfordert eine Einschaltung des Revisionsgerichts weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, § 543 Abs. 2 ZPO.

Schneider

Dr. Böttcher

Dr. Landwehr