



Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

3 U 199/11

6 O 337/10 Landgericht Hildesheim

Verkündet am
13. Juni 2012
Busse,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro RSCW Rechtsanwälte, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 10/10865

gegen

Volksbank Peine eG, vertreten durch den Vorstand Gerhard Brunke, Am Markt 2,
31224 Peine,
Geschäftszeichen: 39.038664

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro GenoRechtAnwälte, Hannoversche Straße 149, 30627 Hannover,
Geschäftszeichen: 1158/11KS32-fec.

Beteiligte:

1. DG Anlage Gesellschaft mbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Christoph von Carlowitz, Martin Fräsdorf und Karl-Heinz Schneider, Hahnstraße 31-35, 60528 Frankfurt,
2. DZ Bank AG, vertreten durch den Vorstand Wolfgang Kirsch u. a., Platz der Republik, 60265 Frankfurt am Main,

Streithelferinnen der Beklagten,

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte White & Case, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt, Geschäftszeichen: 7147454-0078.SOL.evo

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schneider, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Landwehr und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Böttcher für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin und unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird das Urteil der Einzelrichterin der 6. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim vom 30. August 2011 teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 35.432,52 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 4. Dezember 2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung am DG-Immobilienfonds Nr. 39 „Dresden, Leipzig“ Kreft & Prüske KG, Stammnummer 39.01111111.
 2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 39 „Dresden, Leipzig“ Kreft & Prüske KG, Stammnummer 39.01111111, in Annahmeverzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Rückforderungsansprüchen gem. § 172 Abs. 4 HGB freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 39 „Dresden, Leipzig“ Kreft & Prüske KG, Stammmnummer 39.0: 1, ihre Ursache haben.
 4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Beklagte 61 % und die Klägerin 39 % zu tragen, mit Ausnahme der Kosten der Streithelferinnen zu 1 und 2, von denen die Klägerin je 39 % zu tragen hat. Im Übrigen tragen die Streithelferinnen ihre Kosten selbst.
 - III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die jeweilige Vollstreckung der Gegenseite gegen Sicherheitsleistung in Höhe eines die vollstreckbare Forderung um 20 % übersteigenden Betrages abzuwenden, soweit nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die jeweilige Vollstreckung der Streithelferinnen wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe eines die vollstreckbare Forderung um 20 % übersteigenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweilige Streithelferin Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
 - IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus eigenem Recht und aus abgetretenem Recht ihres Ehemanns (im Folgenden Zedent) auf Rückabwicklung ihrer Beteiligung an der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 39 „Dresden, Leipzig“ Krefl & Prüske KG (im Folgenden nur DGI 39 oder Fonds) über nominal 70.000,00 DM zuzüglich 5 % Agio (insgesamt 73.500,00 DM = 37.579,95 €) und auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin und der Zedent, langjährige Kunden der Beklagten, erwarben im Jahr 1996 auf Empfehlung des für die Beklagte tätigen Beraters Rump die oben genannte Kommanditbeteiligung an dem Fonds, wobei die Einzelheiten des insofern geführten Beratungsgesprächs ebenso streitig sind wie der Umstand, ob die Klägerin und der Zedent den Verkaufsprospekt (Anlage K 4 im Anlagenordner) bereits einige Tage vor Zeichnung der Anlage oder erst nach dem Erwerb der Immobilienfondsanteile erhalten haben. Der Beitritt wurde am 27. Dezember 1996 über eine Treuhandkommanditistin, die Rechtsvorgängerin der dem Streit auf Seiten der Beklagten in zweiter Instanz beigetretenen Streithelferin zu 2, vollzogen. Mit dem Vertrieb der Fondsanteile war die Streithelferin zu 1, eine Tochtergesellschaft der Streithelferin zu 2, beauftragt. Die Streithelferin zu 2 war neben der Streithelferin zu 1 an der Konzeption und Gestaltung des Fonds sowie des Prospekts beteiligt.

In dem Prospekt zu dem Fonds heißt es unter der Überschrift „*Investitions- und Finanzierungsplan*“, für Konzeptions-, Vertriebskoordination und Marketing seien Kosten in Höhe von 4.841 TDM bzw. für die Eigenkapitalbeschaffung solche in Höhe von 3.141 TDM (= 3 % bezogen auf das zu beschaffende Eigenkapital) vorgesehen (S. 26 des Verkaufsprospekts, Anlage K 4). Weiter findet sich auf Seite 27 des Prospekts unter der Fußnote 1 folgender Hinweis: „*Auf das Beteiligungskapital [Anmerkung 113.800 TDM] wird ein Agio von 5 % erhoben, das im Investitionsplan nicht enthalten ist. Dieser Betrag in Höhe von TDM 5.690 ist von*

den Zeichnern an die Fondsgesellschaft zu zahlen und steht zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung“. Aus dem Agio und den vorstehend bezifferten Vertriebskosten erhielt die Beklagte Rückvergütungen, die die Klägerin - von der Beklagten unangegriffen - mit 8 % beziffert, was die Streithelferin zu 1 jedoch bestreitet (Bl. 95 GA I).

Der Fonds entwickelte sich schlecht. Die prognostizierten Ausschüttungen blieben im Wesentlichen aus - nur in den Jahren 1999 und 2000 erfolgten Ausschüttungen von 4 % bzw. 2 %. Ob darüber hinaus die Zahlungsfähigkeit des Fonds aufgrund der nur schleppenden Vermietung, die per 31. Dezember 2006 lediglich 60,4 % der Wohnungen betrug, gefährdet war, ist zwischen den Parteien ebenfalls streitig.

Im Jahr 2005 suchte der Zedent, der mit der Anlage unzufrieden war, um rechtlichen Beistand nach. Sein damaliger Bevollmächtigter erhob gegen die Streithelferinnen zu 1 und 2 als Gesamtschuldner Ende 2005 Schadensersatzklage vor dem Landgericht Frankfurt am Main (Az. 2-19 O 23/06) mit der Begründung, der Prospekt sei fehlerhaft gewesen. Die Klage und die Berufung zum Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatten keinen Erfolg.

Die Klägerin hat behauptet, der Zedent und sie hätten bis zum Zeitpunkt der Zeichnung des Fonds keine Erfahrung mit Immobilien oder Immobilienanlagen gehabt. Ihnen sei damals daran gelegen gewesen, zusätzlich zur gesetzlichen Rentenversicherung eine private Altersvorsorge aufzubauen. Sie hätten ihr Geld nicht spekulativ, sondern sicher anlegen wollen. Ihr Ziel sei es gewesen, das eingesetzte Kapital zu erhalten und eine moderate, aber gesicherte Rente zu erzielen. Willkommener Nebeneffekt sei die mit der Anlageform ermöglichte Steuerersparnis gewesen. All dies habe mit dem Fonds aber nicht erreicht werden können, weshalb - wie sie gemeint haben - der Berater Rump ihnen diese Kapitalanlage von vornherein nicht anbieten dürfen. Immobilienfonds seien angesichts der ihnen innewohnenden Risiken zur Altersvorsorge generell ungeeignet. Die Klägerin hat dazu weiter behauptet, der Berater Rump habe sie nicht über den Umstand aufgeklärt, dass sie und der Zedent eine unternehmerische Beteiligung mit entsprechenden Verlustrisiken bis hin zum Totalverlust gezeichnet hätten. Risikohinweise seien vielmehr insgesamt unterblieben. Stattdessen habe Herr Rump ihnen

den Fonds als ein Produkt angepriesen, welches ein Höchstmaß an Sicherheit auch für die Altersvorsorge biete. Er habe erklärt, Risiken seien mit der Beteiligung nicht verbunden, weil „die Profis von der DG-Bank“ dahinter stünden und sich einen Reputationsverlust nicht leisten könnten. Er habe weiter versichert, die Beteiligung könne nach einigen Jahren mit Gewinn auf dem dafür eingerichteten Zweitmarkt veräußert werden. Tatsächlich sei die Beteiligung aber nicht fungibel gewesen und es habe keinen funktionierenden Zweitmarkt gegeben. Der Berater Rump habe die Klägerin und den Zedenten - insoweit unstrittig - auch nicht über die an die Beklagte geflossenen Vergütungen informiert. Der Emissionsprospekt sei ihnen erst nach Zeichnung ausgehändigt worden.

Die Klägerin hat in Abrede gestellt, dass ihr früherer Prozessbevollmächtigter, der den Zedenten in dem vor dem Landgericht/Oberlandesgericht Frankfurt geführten Verfahren vertreten habe, Kenntnis von den Rückvergütungen erlangt habe, die sie sich ihrerseits zurechnen lassen müssten. Aufgrund der Lektüre des Fondsprospekts sei dies nicht erkennbar gewesen. Erst im Rahmen der anwaltlichen Beratung durch ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten hätten der Zedent und die Klägerin in nicht verjährter Zeit von den Rückvergütungen erfahren. Zutreffend aufgeklärt, hätten sie von der Beteiligung Abstand genommen.

Die Beklagte und die - in erster Instanz allein beteiligte - Streithelferin zu 1 sind dem entgegengetreten und haben nicht nur die Aktivlegitimation der Klägerin in Zweifel gezogen, sondern auch den Verlauf des Beratungsgesprächs - teils mit Nichtwissen - bestritten. Die Klägerin und der Zedent seien gerade keine sicherheitsorientierten Anleger gewesen, die eine Anlage zur Altersvorsorge gesucht hätten. Vielmehr habe der Erwerb der Steueroptimierung gedient; ferner hätten die Eheleute eine gute Rendite erzielen wollen. Der Verkaufsprospekt, an dem sich die Beratung durch den Mitarbeiter Rump orientiert habe und der auch über die Risiken, insbesondere die Verlustrisiken, die eingeschränkte Fungibilität sowie etwaige Nachschussverpflichtungen aufgrund der Strukturierung des Fonds als Kommanditgesellschaft informiert habe, sei ihnen bereits mehrere Tage vor der Zeichnung übergeben worden. Der Fonds habe mit einer Fremdkapitalquote von - unstrittig - 50 % überdies kein besonderes strukturelles Risiko aufgewiesen. Rückvergütungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs habe es

nicht gegeben. Insbesondere sei das Agio - ebenfalls unstreitig - unmittelbar an die Fondsgesellschaft geflossen, ohne dass die Beklagte insoweit einbezogen gewesen sei. Überdies sei - wie die Beklagte und die Streithelferin zu 1 gemeint haben - über die gezahlten Provisionen auf S. 26, 27 des Verkaufsprospekts ausreichend aufgeklärt worden. Jedenfalls hätten die Klägerin und ihr Ehemann nach der Vergütung der Beklagten fragen können und müssen. Die Beklagte habe sich damals zudem in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die einen solchen Irrtum ab dem Jahr 1990 verneine, sei wegen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot verfassungswidrig.

Die Beklagte und die Streithelferin zu 1 haben des Weiteren das Vorliegen eines Entscheidungskonflikts behauptet. Die Klägerin und der Zedent hätten mehrere Verhaltensmöglichkeiten zur Auswahl gehabt. Sie hätten entweder diese oder eine andere steuersparende Kapitalanlage erwerben oder auf die Steuersparmöglichkeit verzichten können. Sie haben daher die Auffassung vertreten, der Klägerin komme die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens nicht zugute.

Im Übrigen müsse sich die Klägerin Steuervorteile, die die Streithelferin zu 1 mit 19.700,00 € beziffert hat, zurechnen lassen.

Die Beklagte und die Streithelferin zu 1 haben ferner die Einrede der Verjährung erhoben und behauptet, der frühere Prozessbevollmächtigte des Zedenten im Vorprozess vor dem Landgericht/Oberlandesgericht Frankfurt habe im Jahr 2005 nicht nur Kenntnis von den Rückvergütungen, sondern - ebenso wie die Banken - auch von der Verpflichtung zur Aufklärung darüber gehabt oder hätte diese zumindest haben müssen. Dies müssten sich die Klägerin und der Zedent zurechnen lassen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, mögliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte wegen schuldhafter Verletzung des zwischen den Parteien und dem Zedenten bestehenden Anlageberatungsvertrages gem. § 280 Abs. 1, § 249 BGB seien gem. § 214 BGB i. V. m. §§ 195, 199 BGB, Art. 229 § 6 Abs. 1 und 4 EGBGB verjährt. Zwar habe die Beklagte ihre Pflicht, die Klägerin und den Zedenten unge-

fragt über die Höhe der ihr im Rahmen der Anlageberatung für den erfolgreichen Vertrieb zufließenden Vergütungen aufzuklären, verletzt, wobei das pauschale Bestreiten der Streithelferin zu 1 unbeachtlich sei. Aus dem Prospekt ergebe sich nicht, dass und welche Teile des Agios und/oder der im Investitionsplan erhaltenen Aufwendungen für Eigenkapitalbeschaffung in Höhe von 3 % bezogen auf das zu beschaffende Eigenkapital von der Fondsgesellschaft an die Beklagte gezahlt worden seien. Die Schadensersatzansprüche unterlägen jedoch ab dem 1. Januar 2002 der kenntnisabhängigen dreijährigen Verjährung. Der anwaltlich beratende Zedent müsse sich insoweit die seit dem Jahr 2005 bestehende Kenntnis seines früheren Prozessbevollmächtigten bzw. dessen grob fahrlässige Unkenntnis zurechnen lassen. Aus dem Prospekt habe sich das zu zahlende Agio und die Kosten der Eigenkapitalvermittlung ergeben. Für den im Kapitalanlagebereich tätigen früheren anwaltlichen Berater hätte sich daher aufdrängen müssen, dass die Beklagte eine Vertriebsprovision erhalten habe. Dabei sei unerheblich, dass er dem Prospekt allenfalls den grundsätzlichen Umstand der Provisionszahlung an die Beklagte habe entnehmen können. Unter Hinweis auf die Angaben im Prospekt hätte er bei der Emittentin oder der Beklagten nachfragen können und müssen.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlichen Ansprüche in vollem Umfang weiterverfolgt und ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. Die Klägerin bestreitet, dass der seinerzeitige Prozessbevollmächtigte des Zedenten Kenntnis von den an die Beklagte geflossenen Zahlungen gehabt habe. Solche hätten sich - so meint sie - dem Prospekt jedenfalls nicht entnehmen lassen. Die damaligen Prozessbevollmächtigten des Zedenten hätten - wie die Klägerin mit Nichtwissen bestreitet - den Prospekt zudem nicht einmal gekannt. Aus damaliger Sicht habe durchaus die Möglichkeit bestanden, dass die Beklagte die Transaktion als Eigengeschäft, mithin ohne Vergütung, vorgenommen habe. Die Klägerin bestreitet, dass der damalige Prozessvertreter des Zedenten selbst bei - fiktiver - Kenntnis von der Provisionszahlung die konkrete Höhe der an die Beklagten zugewandten Vergütungen gekannt habe. Das Unterlassen einer Nachfrage sei ihrer Ansicht nach keineswegs als grob fahrlässig zu bewerten. Die Klägerin bestreitet insofern ebenfalls, dass die Beklagte auf entsprechende Nachfrage eine Auskunft erteilt hätte.

Die Klägerin beantragt,

1. in Abänderung des Urteils des Landgerichts Hildesheim vom 30. August 2011, Az. 6 O 337/10, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 58.497,01 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 4. Dezember 2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung am DG-Immobilienfonds Nr. 39 „Dresden, Leipzig“ Kreft & Prüske KG, Stammmnummer 39.0 4;
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 39 „Dresden, Leipzig“ Kreft & Prüske KG, Stammmnummer 39.0 4, in Annahmeverzug befindet;
3. festzustellen, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 39 „Dresden, Leipzig“ Kreft & Prüske KG, Stammmnummer 39.0 4, ihre Ursache haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten wegen der Ausschüttungen erhoben werden können, die die vorstehende Fondsgesellschaft geleistet hat, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB;
4. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.429,27 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 4. Dezember 2010 zu zahlen.

Die Beklagte und die Streithelferinnen zu 1 und 2 beantragen,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Sie verteidigen das landgerichtliche Urteil, wobei die Beklagte und die Streithelferin zu 1 ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholen und vertiefen und die Streithelferin zu 2 dem beitrifft. Sie behaupten, der damalige Prozessbevollmächtigte des Zedenten habe von den Rückvergütungen gewusst oder sich zumindest grob fahrlässig der Erkenntnis, dass die Beklagte an den Eigenkapitalbeschaffungskosten partizipiert haben müsse, verschlossen. Auf Nachfrage - so behauptet die Beklagte - hätte der frühere Prozessbevollmächtigte des Zedenten Auskunft über die geflossenen Zahlungen erhalten. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht habe ihr Prozessbevollmächtigter nichts anderes erklärt, sondern lediglich zutreffend darauf hingewiesen, er wisse nicht, ob der damalige Bevollmächtigte Auskunft bekommen hätte, wenn nicht, hätte er klagen können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags wird auf die zwischen den Parteien und den Streithelferinnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils - insoweit auch wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge - Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg. Der bezifferte auf Schadensersatz gerichtete Antrag ist mit Ausnahme des darin enthaltenen entgangenen Gewinns überwiegend begründet. Ferner kann die Klägerin die begehrte Feststellung des Annahmeverzugs verlangen. Demgegenüber ist der Antrag auf Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzpflicht teilweise unbegründet und hat nur hinsichtlich einer denkbaren Nachschusspflicht gem. § 172 Abs. 4 HGB Erfolg. Anspruch auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat die Klägerin nicht.

Im Einzelnen:

1. Der Klägerin steht aus eigenem und abgetretenem Recht des Zedenten (§ 398 BGB) ein auf Rückabwicklung der Fondsbeteiligung gerichteter Schadensersatzanspruch aus dem zwischen den Parteien und dem Zedenten geschlossenen Anlageberatungsvertrag gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen der unterlassenen

Aufklärung über an die Beklagte gezahlten Rückvergütungen in Höhe von 35.432,52 € Zug um Zug gegen Rückgabe der Beteiligung gegen die Beklagte zu. Den geltend gemachten entgangenen Gewinn (20.917,06 €) hat die Klägerin jedoch nicht schlüssig dargelegt.

a) Zwischen den Parteien ist unzweifelhaft und unstreitig ein Beratungsvertrag zustande gekommen, aufgrund dessen die Beklagte dazu verpflichtet war, die Klägerin und den Zedenten 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. Ihre Aktivlegitimation, auch aus abgetretenem Recht ihres Ehemanns vorgehen zu dürfen, hat die Klägerin hinreichend belegt (vgl. Abtretungsvereinbarung vom 16. Dezember 2010, Bl. 167 GA I).

b) Auf der Grundlage des Anlageberatungsvertrages war die Beklagte zu einer anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet.

Dabei hängen Inhalt und Umfang der Beratungspflichten von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Person des Anlegers und seiner Vorerfahrung, ab. Die Beratung richtet sich einerseits nach dem Wissensstand, der Risikobereitschaft und dem Anlageziel des Kunden und muss andererseits die allgemeinen und speziellen Risiken, die sich aus den besonderen Umständen des Anlageobjekts ergeben, thematisieren. Der Berater schuldet dem Kunden eine zutreffende, vollständige und verständliche Mitteilung von Tatsachen sowie darüber hinaus eine fachmännische Bewertung, um eine dem Anleger und der Anlage gerecht werdende Empfehlung abgeben zu können (BGHZ 123, 126 ff.; BGH, Urteil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 337/08, WM 2009, 2303, 2304). Während die Aufklärung des Kunden über diese Umstände richtig und vollständig zu sein hat, muss die

Bewertung und Empfehlung des Anlageobjekts unter Berücksichtigung der genannten Gegebenheiten ex ante betrachtet lediglich vertretbar sein. Das Risiko, dass sich eine Anlageentscheidung im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Kunde (BGH, Urteile vom 21. März 2006 - XI ZR 83/05, WM 2006, 851 ff., juris Rn. 12, und vom 27. Oktober 2009, a. a. O., 2305).

aa) Es kann dahinstehen, ob die Empfehlung, in den Fonds zu investieren, mit Blick auf das von der Klägerin behauptete vorrangige Anlageziel der Altersvorsorge anlegergerecht war. Ungeachtet dessen lässt sich aber nicht sagen, dass der Erwerb eines geschlossenen Immobilienfonds zur Altersvorsorge generell und ohne Rücksicht auf die Umstände des einzelnen Falls ungeeignet ist. Dies ist auch der Entscheidung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22. Juli 2010 (III ZR 203/09, WM 2010, 690 ff., juris Rn. 9) nicht zu entnehmen.

bb) Ebenso offen bleiben kann, ob die Klägerin und der Zedent anlässlich des dem Erwerb der Fondsanteile vorausgegangenen Beratungsgesprächs unzutreffend bzw. unvollständig über die Risiken der Beteiligung - das Verlustrisiko, die Nachschusspflicht - bzw. dessen eingeschränkte Fungibilität aufgeklärt worden sind.

cc) Die Beklagte war jedenfalls verpflichtet, die Klägerin und den Zedenten über ihr zufließende Rückvergütungen, die nach dem von der Beklagten unbestrittenen Vortrag der Klägerin 8 % betragen haben, zu informieren, was der Berater Rump unstrittig nicht explizit getan hat. Ausreichende Informationen sind auch dem Prospekt nicht zu entnehmen, weshalb weiterhin offen bleiben kann, ob und wann die Klägerin und der Zedent diesen erhalten haben.

Soweit hingegen die Streithelferin zu 1 in erster Instanz gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestritten hat, dass die Beklagte derartige Zahlungen erhalten hat, ist dies unbeachtlich, denn der Streithelfer darf sich zu dem Vortrag der Hauptpartei nicht in Widerspruch setzen (§§ 74, 67 ZPO). Die Beklagte hat den Erhalt von Rückvergütungen in genannter Höhe aber nicht in Abrede gestellt. Abgesehen davon ist das Bestreiten mit Nichtwissen unbeachtlich, denn es ist anzunehmen, dass die mit dem Vertrieb befasste Streithelferin zu 1 eigene Kenntnis darüber

hatte, ob und in welcher Höhe Zahlungen erfolgt sind. Die Höhe der von der Klägerin bezeichneten Rückvergütungen stimmt im Übrigen mit den Prospektangaben überein, wonach nicht nur das 5 %-ige Agio für die Kosten der Anwerbung von Eigenkapital verwendet werden sollte, sondern auch ein Betrag von 3 % des zu beschaffenden Eigenkapitals (vgl. S. 26 und 27 des Verkaufsprospekts). Dem Senat ist ferner aus einer Vielzahl von Parallelverfahren betreffend verschiedene DGI-Fonds bekannt, dass die Beklagte vergleichbare Zahlungen erhalten hat (vgl. 3 U 225/09, 167/09, 100/10 sowie 172/11).

Die Beklagte und die Streithelferinnen können weiterhin nicht damit gehört werden, dass es sich bei den von der Beklagten empfangenen Leistungen nicht um Rückvergütungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handele.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss eine Bank beim Vertrieb von Beteiligungen an geschlossenen Fonds den Anleger über erhaltene Rückvergütungen informieren - und zwar unabhängig von deren Höhe (BGH, Beschluss vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07; BGHZ 170, 226 ff.; Beschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10).

Nur der Anleger, der die Höhe der Rückvergütungen kennt, kann das Umsatzinteresse der Bank vollständig ermessen und abschätzen, um abzuwägen, ob es der Bank nur um den Erhalt der Rückvergütung oder die Empfehlung eines für den Anleger optimalen Produkts geht (Ellenberger, in: Ellenberger/Schäfer/Clouth, Lang, in: Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 3. Aufl., Rn. 948). Diese Pflicht ist Ausfluss des im Wertpapierhandelsgesetz normierten, aber auch im Zivilrecht allgemeingültigen Grundsatzes der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten.

Aufklärungspflichtige Rückvergütungen liegen etwa vor, wenn 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 daran hat, gerade diese Beteiligung zu empfehlen (BGH, Beschluss vom 9. März 2011, a. a. O., Umdruck Tz. 23; Urteil vom 27. Oktober 2009

- XI ZR 338/08, WM 2009, 2306, Rn. 31). Als Quelle der Rückvergütungen kommen aber darüber hinaus auch alle sonstigen - regelmäßig umsatzabhängigen - Provisionen in Betracht, die im Gegensatz zu Innenprovisionen nicht im Anlagebetrag enthalten (versteckt) sind, sondern aus offen ausgewiesenen Positionen gezahlt werden, so dass beim 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, weshalb der Anleger das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen kann (BGH, Beschluss vom 9. März 2011, a. a. O., Tz. 24 und 25).

Solche Rückvergütungen hat die Beklagte erhalten, wobei nicht von Bedeutung ist, ob sie die an sie geflossene Vergütung aus den prospektierten Provisionen oder dem Agio oder aus beidem erhalten hat. Soweit die Beklagte beanstandet, die genauen Zahlungsflüsse ergäben sich aus dem Vortrag der Klägerin nicht, überdies seien der Anlagebetrag nebst Agio von der Klägerin und dem Zedenten unmittelbar an die Fondsgesellschaft gezahlt worden, ohne die Beklagte mit einzubeziehen, ist dies ohne Bedeutung. An dem für die Einordnung einer Zahlung als Rückvergütung maßgeblichen 3-Personen-Verhältnis (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, Tz. 4) ändert dies nichts. Es stellt keinen wesentlichen Unterschied dar, ob die offen ausgewiesenen Provisionen über den Umweg der beklagten Bank erst zur Fondsgesellschaft und von dort wieder an sie zurückgeflossen sind oder ob der erste Zahlungsweg „verkürzt“ war. Die maßgebliche Dreieckskonstellation wird dadurch nicht berührt. Der mit der Rückvergütung zusammenhängende Aspekt der Heimlichkeit und der dadurch entstandene Interessenkonflikt auf Seiten der beklagten Bank bleiben in beiden Fällen gleich (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 29. Oktober 2010 - 6 U 208/09, juris Rn. 40).

Die Klägerin und der Zedent sind auch nicht durch die Angaben auf S. 26, 27 des Fondsprospekts ausreichend über die Provisionen und deren Empfänger aufgeklärt worden. Gemäß S. 27 des Verkaufsprospekts war das Agio an die Fondsgesellschaft zu zahlen. Der Hinweis im Fondsprospekt, das Agio stehe der Fondsgesellschaft zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalkosten zur Verfügung, lässt gerade nicht mit der gebotenen Klarheit erkennen, dass und in welcher Höhe die dort na-

mentlich nicht genannte Beklagte an dem Agio teilhaben würde. Dies gilt gleichermaßen für die darüber hinaus ausgewiesene Provision von weiteren 3 % für die Beschaffung von Eigenkapital. Selbst wenn man - wie nicht - der vorstehend zitierten Textstelle des Prospektes sowie dem Umstand, dass aus dem Anlagebetrag weitere 3 % entnommen werden würden, um die Kosten der Eigenkapitalbeschaffung, mit der die Beklagte betraut war, zu bezahlen, entnehmen könnte, dass auch die Beklagte einen Teil des Agios (bzw. der weiteren Provision) erhalten sollte, fehlt die - notwendige - Information, in welcher Höhe Rückvergütungen an die Beklagte geflossen sind (vgl. insbesondere auch BGH, Beschluss vom 29. November 2011 - XI ZR 50/11, zit. nach juris Rn. 13 zu einem vergleichbaren Prospekt, betreffend einen anderen DGI-Fonds).

Der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, der eine entsprechende Aufklärungspflicht für den bankunabhängigen „freien“ Vermittler verneint (vgl. dazu etwa Urteile vom 15. April 2010 und 3. März 2011 - III ZR 196/09 und III ZR 170/10), hat sich der für die Bankenhaftung zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nicht angeschlossen (vgl. etwa Beschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, Tz. 30).

c) Die Beklagte kann ferner nicht damit durchdringen, sie habe sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden.

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 über die ihnen obliegenden Aufklärungspflichten geschult wurden, ohne Weiteres vorzuwerfen. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum, der das Verschulden ausschließen könnte, ist nicht gegeben. Dies hat der Bundesgerichtshof gerade mit Blick auf die Frage der unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen mittlerweile ausdrücklich geklärt. Jedenfalls für die Zeit nach 1990 kann sich eine Bank nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über das Bestehen und dem Umfang einer entsprechenden Aufklärungspflicht berufen (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 ff.). Das in Rede stehende Beratungsgespräch hat Ende des Jahres 1996 stattgefunden. Zu diesem Zeitpunkt gab es bereits zwei Entscheidungen

des Bundesgerichtshofs, in denen es um verheimlichte Kick-Back-Vereinbarungen ging (Urteil vom 28. Februar 1990 - XI ZR 70/88, WM 1989, 1047, 1051 und Urteil vom 6. Februar 1990 - XI ZR 184/88, WM 1990, 462, 464). Diese sind - wie der Bundesgerichtshof mit dem vorstehend bezeichneten Beschluss vom 29. Juni 2010 im Einzelnen ausgeführt hat - in der Literatur zu Recht dahin verstanden worden, dass die Verheimlichung der Rückvergütung nicht nur in Bezug auf die bloße Herausgabepflicht eine Täuschung des Kunden darstellt, sondern auch deswegen, weil die Rückvergütung die Tätigkeit des Vermittlers zu Ungunsten des Anlegers beeinflusst. Aufgrund dessen war für eine Bank bereits ab diesem Zeitpunkt erkennbar, dass auch im Verhältnis zu ihren Kunden bei der - allein in deren Interesse erfolgenden - Beratung über eine Kapitalanlage eine Aufklärungspflicht über solche Umstände besteht, die das Beratungsziel in Frage stellen und die Kundeninteressen gefährden (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2010, a. a. O., Tz. 5). Überdies ist eine Aufklärungspflicht von Anlageberatern über Rückvergütungen damals bereits im einschlägigen Schrifttum angenommen worden (vgl. Nachweise bei BGH, a. a. O., Tz. 6).

Die Auffassung der Beklagten, die seit dem Jahr 2000 vertiefte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu der Aufklärungspflicht über Rückvergütungen verstoße gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG), vermag daher nicht zu überzeugen. Mit der Frage, ob die Annahme eines Verschuldens zu einer rückwirkenden Anwendung einer neuen Rechtsprechung führt, die unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bedenklich sein könnte, hat sich der Bundesgerichtshof aus Anlass der Entscheidung vom 29. Juni 2010 zudem ebenfalls auseinandergesetzt und eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung verneint (BGH, a. a. O., Tz. 11). Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Es handelte sich bei der seit Ende 2000 bzw. Ende 2006 weiterentwickelten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Rückvergütungen um keine grundlegende Neuerung oder Ergänzung der bisherigen Rechtsprechung oder gar um eine richterliche Rechtsfortbildung, sondern lediglich um die bloße Fortführung und weitere Ausformung der Rechtsprechung zur Offenlegung von Interessenkollisionen der Bank gegenüber ihren Kunden im Allgemeinen und von Rückvergütungen im Besonderen, die für die beteiligten Verkehrskreise mit der gebotenen Sorgfalt mindestens ab dem Jahr 1990 absehbar war. Dementsprechend ist die im Zu-

sammenhang mit der Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs zu Aktenzeichen XI ZR 191/10 erhobene Verfassungsbeschwerde (Az. 1 BvR 2514/11) erfolglos geblieben. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen keine Änderung gesehen, die unter dem Gesichtspunkt rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutzes bedenklich sein könnte. Es sei vom Bundesgerichtshof vielmehr eine bereits angelegte Rechtsprechungslinie fortgeführt worden, in deren Verlauf schon in den Jahren 1989 und 1990 vermeintliche Kick-Back-Vereinbarungen zwischen Anlagevermittler und Broker zu Lasten des Anlegers missbilligt worden seien. An diese Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der Senat gebunden (§ 31 Abs. 1 BVerfGG).

d) Durch die unzureichende Aufklärung ist der Klägerin und dem Zedenten 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. Steht die Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um einen Anscheinsbeweis, sondern um eine echte Beweislastumkehr, d. h. der Aufklärungspflichtige muss beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07). Dies gilt nicht nur für die fehlerhafte Aufklärung über das Risiko des Verlustes der Einlage, sondern auch mit Blick auf die unterbliebene Aufklärung über Rückvergütungen (BGH, Beschlüsse vom 9. März und 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10; vgl. auch Ellenberger, a. a. O., Rn. 954 ff.).

Die Vermutung greift indessen nicht ein, wenn sich der Anleger in einem Entscheidungskonflikt befindet (BGH, Beschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, Tz. 34). In diesem Fall trifft den Anleger wieder die (allein durch § 287 ZPO erleichterte) Beweislast, dass er die Anlage, zutreffend aufgeklärt, nicht erworben hätte. Davon kann bei Rückvergütungen aber nicht einfach wegen

deren Geringfügigkeit im Verhältnis zur Anlagesumme - was hier mit Blick auf die Höhe der Rückvergütungen ohnehin zweifelhaft wäre - ausgegangen werden (Ellenberger, a. a. O., Rn. 955). Ein Entscheidungskonflikt kann sich jedoch aus dem bisherigen Anlageverhalten des Anlegers ergeben, etwa wenn er vor dem Geschäft vergleichbare Produkte auf eigene Initiative hin erworben hat, um deren Gewinnchancen wahrzunehmen (Ellenberger, a. a. O.).

Die Beklagte hat die gegen sie streitende Vermutung vorliegend weder widerlegt noch ist es ihr gelungen, einen Entscheidungskonflikt der Klägerin und des Zedenten zu belegen. Die Beklagte und auch die Streithelferinnen tragen insbesondere keine konkreten Tatsachen dafür vor, ob und warum die Klägerin und der Zedent die Anlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätten, sondern letztlich nur Umstände allgemeiner Natur. Warum die aufgezeigten Handlungsmöglichkeiten - Erwerb der Anlage aus Gründen der Steuerersparnis, Erwerb einer anderen steuerersparenden oder auf Sicherheit und geringere Rendite ausgelegten Anlage - gerade für die Klägerin und den Zedenten in Kenntnis der gezahlten Rückvergütungen in Betracht kamen und damit einen echten Entscheidungskonflikt begründet haben, ist nicht ersichtlich. Die - ohnehin nur ganz pauschale Behauptung - ist daher erkennbar ins Blaue aufgestellt. Insbesondere bleibt offen, ob die Klägerin und der Zedent vor oder nach dem in Rede stehenden Anlagegeschäft vergleichbare Vermögensanlagen in Kenntnis vergleichbarer Rückvergütungen getätigt haben.

Auf die Frage, ob die Klägerin und der Zedent vor allem eine steueroptimierte Anlage zeichnen wollten, was die Beklagte unter Beweis durch das Zeugnis ihres Mitarbeiters Rump gestellt hat, kommt es in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht an. Selbst wenn man annehmen wollte, sie hätten den Fonds vornehmlich wegen der sich dadurch bietenden Steuereffekte gezeichnet, ist nichts dafür ersichtlich, dass dies mit einem ähnlichen Anlageobjekt eines anderen Anbieters nicht genauso möglich gewesen wäre. Dass andere vergleichbare Kapitalanlage-Modelle nur mit Rückvergütungen in gleicher Größenordnung oder mehr zu erwerben gewesen wären, ist dem Vortrag der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht zu entnehmen. Es ist auch nichts dazu dargetan, über welches Einkommen die Klägerin und der Zedent damals verfügten, was ggf. Rückschlüsse

darauf zulassen würde, dass eine Steuerersparnis für sie besonders interessant gewesen wäre. Allein der Umstand, dass ein Anleger mit der Anlage Steuerspareffekte erzielen wollte, was im Übrigen in den meisten Fällen von Kapitalanlageentscheidungen zutrifft, reicht für sich betrachtet nicht aus, um die gegen die Beklagte streitende Vermutung zu entkräften. Hierfür müsste es dem Anleger vielmehr gerade darauf angekommen sein, besondere, mit anderweitigen Finanzprodukten nicht erzielbare Steuerersparnisse mit dem erworbenen Anlageobjekt zu erreichen. Dazu haben weder die Beklagte noch die Streithelferinnen Tatsachen vorgebracht. Insbesondere ergibt sich nicht, dass die Klägerin und der Zedent bereit gewesen wären, nur wegen einer möglichen Steuerersparnis das Eigeninteresse der Beklagten bei der Vermittlung der Anlage zu ignorieren.

Demgegenüber hat die Klägerin behauptet, ordnungsgemäß aufgeklärt, hätten sie und der Zedent die Anlage nicht erworben.

e) Die Ansprüche der Klägerin und des Zedenten sind - anders als das Landgericht angenommen hat - nicht verjährt.

aa) Gemäß der Regelung in den hier anzuwendenden §§ 195, 199 BGB (vgl. Art. 229, § 6 Abs. 1 und 4 EGBGB) beginnt der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Soweit es um den Vorwurf verschiedener Aufklärungs- oder Beratungsfehler geht, sind die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB für jede einzelne Pflichtverletzung getrennt zu prüfen (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - III ZR 203/09, WM 2010, 1690 ff.).

bb) Die Klägerin hat - insoweit unbestritten - vorgetragen, sie bzw. der Zedent hätten erstmals aufgrund der Beratung durch ihren derzeitigen Prozessbevollmächtigten in unverjährter Zeit Kenntnis von der Möglichkeit, Schadensersatzansprüche wegen einer unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen gegen die Beklagte geltend zu machen, erlangt. Die Beklagte und die Streithelferinnen, die die Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) erheben, vertreten demgegenüber die

Auffassung, die Klägerin und der Zedent müssten sich die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis ihres früheren Prozessbevollmächtigten, der den Zedenten in dem Verfahren gegen die Streithelferinnen zu 1 und 2, in dem Ansprüche aus Prospekthaftung verfolgt worden sind, vertreten hat, zurechnen lassen. Dieser habe - ebenso wie die mit der Beratung befassten Banken - aufgrund der bis dahin ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gewusst oder zumindest wissen müssen, dass eine Aufklärungspflichtverletzung wegen eines unterlassenen Hinweises auf Rückvergütungen denkbar und durchsetzbar war, zumal dies im Jahr 2005 hinlänglich augenfällig gewesen sei.

Eine Wissenszurechnung ist nur gem. § 166 BGB denkbar (vgl. dazu BGH, Urteil vom 27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, WM 2008, 1260 ff., juris Rn. 40; Senatsurteil vom 28. Dezember 2011 - 3 U 173/11, Umdruck S. 10). Selbst wenn man den Rechtsstandpunkt der Beklagten daher im Grundsatz teilen wollte, ist fraglich, ob der damalige Rechtsbeistand des Zedenten aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen - insbesondere des Verkaufsprospekts, wobei die Klägerin unglaublich mit Nichtwissen bestreitet (§ 138 Abs. 4 ZPO), ihr früherer Prozessbevollmächtigter habe ausgerechnet im Prozess über Prospekthaftungsansprüche den Emissionsprospekt nicht gekannt - bessere Erkenntnisse gehabt haben muss als die Klägerin und der Zedent. Es lässt sich weder feststellen, dass der damals beauftragte Rechtsanwalt (positive) Kenntnis von den Rückvergütungen hatte, noch gibt es Hinweise für dessen grob fahrlässige Unkenntnis.

Wie ausgeführt, ließ sich dem Prospekt gerade nicht hinreichend entnehmen, dass die Beklagte Rückvergütungen erhalten würde. Die Annahme, dies würde - sozusagen systemimmanent - in jedem Fall des Verkaufs von Immobilienfondsanteilen geschehen, stellte damals wie heute eine bloße unbelegte Vermutung dar. Konkrete Tatsachen, die eine solche generelle Vorgehensweise hätten begründen können, haben die Beklagte und die Streithelferinnen ebenso wenig dargelegt wie solche, die auf eine Kenntnis des früher tätigen Rechtsanwalts oder dessen schuldhafte Unkenntnis schließen lassen würden. Der allgemeine Hinweis, aus dem Prospekt ergebe sich, dass die - gerade nicht explizit benannte - Beklagte an den Eigenkapitalbeschaffungskosten partizipiere, genügt nicht, um eine Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin bzw. ihres damaligen Prozessbe-

vollmächtigten über die Zahlung einer Rückvergütung und insbesondere deren Höhe nachzuweisen. Aufgrund der Lektüre des Prospekts musste sich daher weder der Klägerin und dem Zedenten einerseits noch einem früher tätigen Rechtsanwalt andererseits aufdrängen, dass die Beklagte Zahlungen aus den dort offen ausgewiesenen Provisionen bzw. dem Agio erhielt. Soweit das Landgericht die Auffassung zu vertreten scheint, der frühere Prozessbevollmächtigte hätte aus den Prospektangaben weitergehende Rückschlüsse ziehen müssen als die Klägerin und der Zedent, weil ihm das Rechtsproblem, dass über gezahlte Rückvergütungen aufzuklären war, grundsätzlich geläufig sein musste, ist dem nicht zu folgen, denn anderenfalls würden Rechts- und Tatsachenkenntnis vermengt.

Es ist weiter zu beachten, dass grobe Fahrlässigkeit einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraussetzt. Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können (BGH, Urteil vom 11. November 2009, VI ZR 247/08, NJW-RR 2010, 681 ff., juris Rn. 13).

Dass sich die Zahlung von Rückvergütungen an die Beklagte aus damaliger Sicht geradezu aufdrängen musste, kann jedoch nicht angenommen werden. Wenn überhaupt, hätte dies als eine denkbare Möglichkeit in Betracht gezogen werden können, wobei nicht übersehen werden darf, dass der Zedent seinen früheren Prozessbevollmächtigten im Jahr 2005 mit der Geltendmachung von - auf den Gesichtspunkt der Prospekthaftung gestützten - Schadensersatzansprüchen beauftragt hatte, die mithin nicht nur eine ganz andere Pflichtverletzung, sondern auch einen anderen Anspruchsgegner, d.h. einen abweichenden Lebenssachverhalt, betrafen. Ob die unterbliebene Überlegung möglicherweise gleichwohl den Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit begründen könnte, ist hingegen nicht entscheidungserheblich.

Für den Gläubiger besteht ferner keine generelle Obliegenheit, im Interesse des Schädigers an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist die Initiative zur Klärung von Schadenshergang und Person des Schädigers zu ergreifen (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2009 - VI ZR 247/08, NJW-RR 2010, 681 ff., juris Rn. 15). Insofern kann gerade nicht - jedenfalls nicht ohne sich ihnen aufdrängende Anhaltspunkte - angenommen werden, dass entweder die Klägerin und der Zedent oder aber deren damaliger Bevollmächtigter verpflichtet gewesen wären, bei der Beklagten nach den von ihr erhaltenen Vergütungen nachzufragen. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob in diesem Fall eine wahrheitsgemäße Antwort zu erwarten gewesen wäre, was - worauf die Klägerin zutreffend hinweist - bereits deshalb zweifelhaft erscheint, weil die Beklagte eine Aufklärungspflicht über die ihr zugeflossenen Vergütungen auch heute noch - und obwohl sie mehrfach wegen entsprechender Pflichtverletzungen verurteilt worden ist - nicht für geboten erachtet. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Klägerin und der Zedent über den wahren Sachverhalt in Kenntnis gesetzt worden wären.

Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger zur Vermeidung grober Fahrlässigkeit zu einer aktiven Ermittlung gehalten ist, kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an. Ein Unterlassen einer Nachfrage ist nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Unterlassen aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten als unverständlich erscheinen lassen. Für den Gläubiger müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs ersichtlich sein und ihm muss sich der Verdacht einer möglichen Schädigung aufdrängen (BGH, a. a. O., juris Rn. 16). Dafür gibt es hier - wie ausgeführt - keinen Anhalt. Die Beklagte und die Streithelferinnen übersehen vielmehr, dass der Verschuldensmaßstab insoweit ein deutlich anderer ist als bei einer Haftung für einfache Fahrlässigkeit, bei der auch leichtestes Verschulden zugerechnet wird, wie dies bei der der Beklagten vorzuwerfenden Aufklärungspflichtverletzung der Fall ist.

Die vom Landgericht - in der mündlichen Verhandlung - in Bezug genommene Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 9. Dezember 2010 - I-6 U 30/10, zit. nach juris) rechtfertigt keine andere Sichtwei-

se. Insbesondere war der der zitierten Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt mit dem Vorliegenden nicht zu vergleichen. Dort ging es vielmehr um eigene, unmittelbar erworbene Kenntnisse des Anlegers.

f) Die Ansprüche der Klägerin sind ferner nicht verwirkt (§ 242 BGB).

Die Verwirkung eines Rechts tritt ein, wenn es vom Berechtigten über längere Zeit nicht geltend gemacht worden ist (Zeitmoment) und der andere Teil sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einstellen durfte und sich auch tatsächlich darauf eingestellt hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Umstandsmoment). Die erforderliche Dauer des Zeitablaufs richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Zu berücksichtigen sind vor allem Art und Bedeutung des Anspruchs, die Intensität des vom Berechtigten geschaffenen Vertrauenstatbestandes und das Ausmaß der Schutzbedürftigkeit des Verpflichteten. Unter Berücksichtigung dessen hat das Oberlandesgericht München in zwei Entscheidungen, die Ansprüche aus Börsenterminhandel einerseits und aus einer Bankverbindung andererseits betrafen (Urteil vom 17. November 2005 - 19 U 2487/05 und Beschluss vom 27. März 2006 - 19 U 5845/05), wegen der handelsrechtlichen Aufbewahrungsfrist des § 257 HGB für Handelsbriefe, zu denen auch die Korrespondenz mit Bankkunden gehöre, nach sechs Jahren die Verwirkung von Ansprüchen angenommen, weil die Bank aufgrund des durch die unterbliebene Geltendmachung von Ansprüchen geschaffenen Vertrauenstatbestandes schutzwürdig sei. Für die vorliegende Pflichtverletzung, die unterbliebene Aufklärung des Kunden über erhaltene Rückvergütungen, steht der Annahme der Verwirkung jedoch auch entgegen, dass dabei heimlich hinter dem Rücken des Kunden gezahlte Vergütungen (Kick-Back-Leistungen) in Rede stehen, was ein treuwidriges Verhalten der Bank darstellt und daher seinerseits den Anwendungsbereich der Vorschrift des § 242 BGB berührt. Zudem widerspräche es der Intention von Treu und Glauben gem. § 242 BGB, wenn man Verwirkung gerade für Sachverhalte wie den vorliegenden heranzöge, bei denen der Vertragspartner über einen besonders langen Zeitraum eine offenbarungspflichtige Tatsache treuwidrig verheimlicht. Es kommt hinzu, dass das für die Annahme von Verwirkung

erforderliche Vertrauensmoment fehlt, weil nicht erkennbar ist, dass die Beklagte in Bezug auf das Verhalten der Klägerin und des Zedenten als Anlegern Vermögensdispositionen getroffen hat (vgl. dazu OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Oktober 2008 - 23 U 17/06, juris Rn. 87).

g) Die Höhe des bezifferten Schadens der Klägerin beläuft sich auf den Anlagebetrag zuzüglich Agio (73.500 DM = 37.579,95 €) abzüglich der erhaltenen Ausschüttungen auf die Nominaleinlage von 70.000 DM (4 % im Jahr 1999 = 2.800 DM = 1.431,62 € und 2 % im Jahr 2000 = 1.400 DM = 715,81 €), mithin auf 35.432,52 €.

h) Etwaige Steuervorteile muss sich die Klägerin nicht anspruchsmindernd anrechnen lassen. Zwar hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass die Klägerin und der Zedent durch die mit der Anlage unmittelbar verbundenen Verlustzuweisungen Steuervorteile erzielt haben dürften, die sie mit 19.700,00 € beziffert. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine Anrechnung von Steuervorteilen aber grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs zu einer Besteuerung führt, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt (BGH, Urteil vom 1. März 2011 - XI ZR 96/09, WM 2011, 740 ff. juris Rn. 8 m. zahlr. w. N.). Da das Gericht über die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung zu entscheiden hat (§ 287 Abs. 1 ZPO) und eine exakte Errechnung von Steuervorteilen unter Gegenüberstellung der tatsächlichen mit der hypothetischen Vermögenslage angesichts der vielfältigen Besonderheiten und Möglichkeiten der konkreten Besteuerung und ihrer unterschiedlichen Entwicklung in verschiedenen Besteuerungszeiträumen häufig einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, müssen in der Regel keine Feststellungen dazu getroffen werden, in welcher genauen Höhe sich die Versteuerung der Ersatzleistung auswirkt (BGH, a. a. O., m. w. N.).

Bei einer gewerblich tätigen Gesellschaft ist eine Versteuerung der Ersatzleistung gem. §§ 15, 16 EStG ohne Weiteres anzunehmen. Soweit eine Fondsgesellschaft allerdings nicht gewerblich tätig ist, sondern eine bloße Vermögensverwaltungsgesellschaft darstellt, erschöpfen sich ihre Einkünfte in Einnahmen aus Vermie-

tung und Verpachtung (§ 21 EStG). Beim Anleger kommt dann vor allem eine Versteuerung der Ersatzleistung unter dem Gesichtspunkt des Rückflusses von Werbungskosten (§ 9 EStG) in Betracht.

Auch die von der Klägerin und dem Zedenten erzielten Steuervorteile können vorliegend nur auf ihnen von der Fondsgesellschaft zugewiesenen Verlusten für die Vermietung und Verpachtung, mithin auf Werbungskosten, beruhen. Das Konzept des Fonds war u.a. darauf ausgerichtet, dem Anleger die Verluste aus den Werbungskosten während der Bauphase (Zwischenfinanzierungskosten, Disagio pp.) anteilig zuzuweisen (vgl. S. 36 des Prospekts). Aufgrund dessen haben die Streithelferinnen auch die von ihnen behaupteten Steuervorteile errechnet. Mithin ist davon auszugehen, dass die der Klägerin und dem Zedenten aufgrund der steuerlichen Berücksichtigung der genannten Werbungskosten entstandenen Vorteile bei einer Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes durch die Besteuerung der Ersatzleistung wieder korrigiert werden (BGH, a. a. O., Rn. 13, m. w. N. aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs). Die Vereinnahmung einer Schadensersatzleistung in der vorliegenden Konstellation stellt dann den Rückfluss der Werbungskosten dar, der - ebenso wie der Rückfluss von Betriebsausgaben - der Besteuerung als Einnahme in der Einkunftsart, in der die Werbungskosten zuvor angefallen sind, unterliegt (Kirchhof, in Kirchhof, EStG 10. Aufl., § 8 Rn. 13).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von den Streithelferinnen in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. November 2005 (III ZR 350/04, WM 2006, 174 ff, juris Rn. 12 f.). Denn darin ist lediglich ausgeführt, dass die vom dortigen Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Annahme, es gehe um den Ersatz von Aufwendungen für Werbungskosten, nicht rechtfertigten. Vorliegend ergibt sich aber - wie ausgeführt - schon aus der im Fondsprospekt dargestellten steuerlichen Konzeption, dass auch die Ersatzleistung steuerbar sein wird.

Eine Ausnahme ist trotz Steuerbarkeit der Ersatzleistung allenfalls bei ungewöhnlich hohen Steuervorteilen denkbar, die jedoch vor allem bei Verlustzuweisungen von über 100 %, die über die Einlageleistung hinausgehen, in Betracht zu ziehen sind (BGH, Urteil vom 1. März 2011, a. a. O.). Konkrete Anhaltspunkte für solche

außergewöhnlichen Steuervorteile sind hier nicht ersichtlich. Zwar hat die Streithelferin zu 1 vorgetragen, die Klägerin und der Zedent hätten insgesamt (zwischen 1996 und 2006) Verlustzuweisungen in Höhe von 39.539,59 € (Bl. 133 GA I und Anlage S 37 im Anlagenordner) erhalten, die über die Einlageleistung hinausgehen. Allerdings lagen die Anfangsverluste mit 29.367,44 € im Jahr 1996 unterhalb der Einlageleistung. Die in den Folgejahren zugewiesenen Verluste waren demgegenüber gering und beliefen sich nur noch im Jahr 1997 auf 3.280,91 € und in den folgenden Jahren auf Beträge zwischen minimal 116,21 € und maximal 1.821,58 €, was nicht maßgeblich zur Reduzierung der Steuerlast der Anleger beitragen haben dürfte.

Hinzu kommt, dass die Beklagte und die Streithelferinnen schon keine Umstände dargelegt haben, aus denen abzuleiten wäre, dass der Klägerin und dem Zedenten auch in Anbetracht der Versteuerung der zu erstattenden Werbungskosten außergewöhnlich hohe Steuervorteile nachhaltig verbleiben werden. Dabei ist es zunächst Sache des Schädigers, Tatsachen zu behaupten, aus denen sich das Verbleiben außergewöhnlicher Steuervorteile ergibt (BGH, Urteil vom 1. März 2011, a. a. O., Rn. 14). Wenngleich an den Vortrag des Schädigers keine hohen Anforderungen zu stellen sind, fehlt hier bereits jeglicher Tatsachenvortrag der Beklagten dazu, aus welchem Grund die Versteuerung der Schadensersatzleistung der Klägerin und dem Zedenten die erzielten Steuervorteile nicht wieder (weitgehend) nehmen sollte, wobei sich weder ein auf eine zwischenzeitliche Absenkung des Spitzensteuersatzes noch ein auf einer Verschlechterung der Einkommenssituation (etwa durch den Eintritt ins Rentenalter) zurückzuführender Steuervorteil als außergewöhnlich darstellt (BGH; Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, WM 2010, 1310 ff, juris Rn. 29 ff.; Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08 = BGHZ 186, 205 ff., juris Rn. 53 f.).

Ungeachtet dessen würde die Annahme hoher Verlustzuweisungen nur dazu führen, dass Vor- und Nachteile genau zu berechnen wären (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08 = BGHZ 186, 205 ff., juris Rn. 55), wofür die Beklagte und die auf ihrer Seite beigetretenen Streithelferinnen ihrerseits die Darlegungs- und Beweislast tragen. Konkrete Tatsachen haben sie dazu jedoch nicht vorgetragen.

i) Die Klägerin kann indessen nicht den Ersatz entgangenen Gewinns (§ 252 BGB), den sie mit 20.917,06 € auf der Basis von Erträgen, die eine Investition in öffentliche Anleihen oder langfristige festverzinsliche Wertpapiere ergeben hätten, berechnet, die ihrer Behauptung zufolge eine durchschnittliche Verzinsung von 5 % p. a. erwirtschaftet hätten, wobei die Klägerin einen Zinssatz von 4 % geltend macht, verlangen.

Zwar ist nicht zu verkennen, dass zugunsten des Anlegers die Vermutung streitet, dass verfügbares Kapital in der Regel nicht ungenutzt bleibt (BGH, Urteil vom 2. Dezember 1991 - II ZR 142/90, WM 1992, 143). Es ist aber vom Anspruchsteller darzulegen, dass es nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zumindest wahrscheinlich war, dass in dem nicht abgeschlossenen Geschäft Gewinne erzielt worden wären (BGH, Urteil vom 9. Mai 2000 - XI ZR 159/99, WM 2000, 1441). Vorliegend ist bereits nichts dafür ersichtlich, warum die Klägerin und der Zedent ihr Geld anstelle in einen geschlossenen Immobilienfonds bei ordnungsgemäßer Aufklärung in festverzinsliche Papiere angelegt und insoweit auf jegliche Steuersparmöglichkeit verzichtet hätten. Allein der Umstand, dass sie behauptet haben, sie seien an einer sicheren Altersvorsorge interessiert gewesen, belegt dies für sich genommen noch nicht (vgl. o.), zumal ihnen der Steuerspareffekt nach eigenem Vortrag durchaus willkommen war. Ob die Klägerin und der Zedent hingegen mit einem vergleichbaren Anlagemodell 4 % Gewinn p. a. erwirtschaftet und nicht etwa Verluste gemacht hätten, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin hat auch nichts dazu vorgetragen, dass sie und der Zedent vor und nach dem in Rede stehenden Anlagegeschäft ihr Vermögen ausschließlich oder auch nur überwiegend in derartige Wertpapiere angelegt haben.

2. Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs hat Erfolg, denn die Beklagte befand sich mit der Annahme der ihr angebotenen Abtretung der Fondsanteile spätestens mit dem Klageabweisungsantrag in Annahmeverzug (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1987 - VIII ZR 206/86, WM 1987, 1496, 1498). Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus §§ 756, 765 ZPO.

3. Der auf Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzverpflichtung gerichtete Antrag ist gem. § 256 Abs. 1 ZPO zulässig, aber nur zum Teil begründet.

Der Anleger hat grundsätzlich Anspruch im Wege der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB so gestellt zu werden, wie er stünde, hätte es die schuldhaftere 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.

Vorliegend hat die Klägerin geltend gemacht festzustellen, dass die Beklagte sie von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die ein Insolvenzverwalter oder ein Dritter wegen der Ausschüttungen erheben kann, die die vorstehende Fondsgesellschaft geleistet hat, was insbesondere auf Rückforderungsansprüche nach § 172 HGB bezogen ist.

Was die Steuernachforderungen anbelangt, hat die Klägerin nicht konkretisiert, worin diese bestehen sollen. Soweit es um Steuernachteile geht, die mit der Besteuerung der Ersatzleistung im Zusammenhang stehen, scheidet ein Feststellungsanspruch dennotwendig aus, denn wegen der unterbliebenen Vorteilsanrechnung (vgl. vorstehend) hat dieser Gesichtspunkt außer Betracht zu bleiben. Soweit darüber hinaus eine Vermögensgefährdung insoweit denkbar erscheint, als die Klägerin und der Zedent die erhaltenen steuermindernden Verlustzuweisungen nachträglich verlieren (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2010 - III ZR 324/08, juris Rn. 28 ff.); fehlt konkreter Tatsachenvortrag, aus welchem Grund vorliegend eine nachträgliche Aberkennung der Verlustzuweisungen erfolgen soll. Ebenso wenig gibt es Anhalt für eine nachträgliche Korrektur der Steuerfestsetzung gem. § 173 oder § 175 AO.

Möglich bleibt aber eine Nachschusspflicht gem. § 172 Abs. 4 HGB. Immerhin haben die Klägerin und der Zedent in den Jahren 1999 und 2000 Ausschüttungen erhalten. Zudem ist nicht auszuschließen, dass sie bis zu ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft durch Übertragung ihrer Anteile weitere Ausschüttungen erhalten, die dann ggf. rückabzuwickeln sind.

4. Was die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.429,27 € betrifft, hat die Streithelferin zu 1 zu Recht darauf hingewiesen, dass die Klägerin nichts dazu dargelegt hat, dass ihre Prozessbevollmächtigten zunächst einen ausschließlich auf die außergerichtliche Vertretung gerichteten Auftrag erteilt bekommen haben. Ebenso wenig ist ersichtlich, ob die geltend gemachte Forderung gegenüber der Klägerin bereits geltend gemacht und von dieser ausgeglichen worden ist.

5. Soweit die Klägerin die Schadensersatzansprüche ab dem 4. Dezember 2010 mit Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz verzinste wissen will, ergibt sich der Anspruch gem. § 280 Abs. 2, § 286 BGB i. V. m. dem außergerichtlichen Schriftsatz vom 26. November 2010 (Anlage K 2), mit dem die Beklagte zur Zahlung des geltend gemachten Betrages bis 3. Dezember 2010 aufgefordert worden ist. Mit Ablauf dieses Datums befand sich die Beklagte daher in Verzug.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 101 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Anlass zur Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO hat der Senat nicht.

Schneider

Dr. Landwehr

Dr. Böttcher