

3 U 68/12
5 O 349/10 Landgericht Stade

Beschluss



In dem Rechtsstreit

1. Volksbank Lüneburger Heide eG, vertreten durch den Vorstand Werner Albers (Vors.), Cord Hasselmann und Heinz Röhrs, Rathausstraße 52, 21423 Winsen/Luhe,

Beklagte und Berufungsklägerin,
2. DG Anlage Gesellschaft mbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Christoph von Carlowitz, Martin Fräsdorf und Karl-Heinz Schneider, Hahnstraße 31 - 35, 60528 Frankfurt,
3. DZ Bank AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Wolfgang Kirsch, Platz der Republik, 60265 Frankfurt am Main,

Streithelferinnen der Beklagten und Berufungsklägerinnen,

Prozessbevollmächtigte zu 1:
Anwaltsbüro GenoRechtAnwälte Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Hannoversche Straße 149, 30627 Hannover,
Geschäftszeichen: 733/12-KS

Prozessbevollmächtigte zu 2, 3:
Anwaltsbüro White & Case LLP, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt,
Geschäftszeichen: 7147454-0070.SOL.mnp

gegen

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro RSCW Rechtsanwälte, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 10/10535

beabsichtigt der Senat, die Berufung der Beklagten und Streithelferinnen gegen das am 2. Mai 2012 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 5. Zivilkammer des Landgerichts Stade ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Zudem kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Eine mündliche Verhandlung hält der Senat nicht für geboten.

Gründe:

I:

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes (im Folgenden Zedent) auf Rückabwicklung ihrer Beteiligung an der DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 30 „Berlin und neue Länder“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG (im Folgenden nur DGI Fonds 30) über nominal 100.000,00 DM zuzüglich 5 % Agio (insgesamt 105.000,00 DM = 53.685,65 €) sowie auf Ersatz des aus der zeitweise erfolgten Darlehensfinanzierung der Anlage entstandenen Zinsschadens in Höhe von 1.692,15 € in Anspruch.

Der bis zu seinem Ruhestand im Jahr 2002 als selbständiger Bauingenieur tätige Zedent, langjähriger Kunde der Beklagten, erwarb am 22. Dezember 1992 die o. g. Kommanditbeteiligung (Anlage K 1, Bl. 46 d. A.), wobei die Einzelheiten des insoweit geführten Beratungsgesprächs ebenso wie die Frage, ob überhaupt eine Beratung und Empfehlung durch den Mitarbeiter der Beklagten Hartmut Krause stattfand, streitig sind. Zuvor war dem Zedenten der Verkaufsprospekt (Anlage S 10, gesondert geheftet) überlassen worden. Der Beitritt wurde über eine Treuhandkommanditistin, die Rechtsvorgängerin der dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten 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 „*Investitionsplan und Finanzierung*“, dass für Marketing und Eigenkapitalbeschaffung von der geplanten Gesamtinvestition von 400.000 TDM Kosten in Höhe von 8.000 TDM vorgesehen seien (S. 11 des Verkaufsprospektes, Anlage S 10). Weiter findet sich auf S. 11 des Prospektes der Hinweis: „*Es wird ein Agio von 5 % auf die Zeichnungssumme erhoben, das in der Investitionsrechnung nicht enthalten ist. Dieser Betrag ist an die Fondsgesellschaft zu zahlen und steht der Gesellschaft zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung.*“ Jedenfalls aus dem Agio erhielt die Beklagte Rückvergütungen in von ihr nicht näher bezeichneter Höhe. Die Klägerin beziffert diese demgegenüber mit 8 %. Die Anlage wurde zunächst darlehensfinanziert. Das Darlehen löste der Zedent im Jahr 1995 ab, nach Zahlung von Darlehenszinsen in Höhe von 1.692,15 € (40,10 DM im Jahr 1992, 3.097,22 DM im Jahr 1993 und 172,23 DM im Jahr 1994). Der Fonds entwickelte sich schlecht. Die prognostizierten Ausschüttungen blieben aus.

Im Jahr 2006 investierte der Zedent in eine Beteiligung an der MTV IV Bio Energie GmbH & Co. KG, in deren Kurzprospekt (Anlagen B 20 bis B 23, Bl. 183 ff. d. A.) auf S. 71 von Vermittlungsprovision in Höhe von 14 % die Rede ist, ferner von einem Agio in Höhe von 5 % bezogen auf das übernommene Eigenkapital (Bl. 184 d. A.). Auf das Agio hat der Zedent dort eine Bonifikation in Höhe von 2,5 % seiner Einlagesumme erhalten (vgl. Anlage B 24, Bl. 186 d. A.). Der Zedent hat in den Jahren 1992 bis 2003 von der Fondsgesellschaft Verlustzuweisungen in Höhe von 58.139,26 € bekommen (Anlage S 44, gesondert geheftet). Er hat mit Abtretungserklärung vom 4. November 2010 seine Ansprüche betreffend den DGI Fonds Nr. 30 an die Klägerin abgetreten (Bl. 336 d. A.).

Die Klägerin hat behauptet, dem Zedenten, der sich Anfang der 90er Jahre selbstständig gemacht habe, sei daran gelegen gewesen, eine private Altersvorsorge aufzubauen. Wegen von dem Zedenten ebenfalls zur Altersvorsorge errichteter Immobilien seien Steuerabschreibungsmöglichkeiten von ihm bereits ausgeschöpft gewesen, weshalb steuerliche Erwägungen bei der Anlage keine Rolle gespielt hätten. Der Berater Krause habe den Zedenten nicht darüber aufgeklärt, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung mit entsprechenden Verlust-

risiken, bis hin zum Totalverlust handele. Stattdessen habe Herr Krause den Fonds als ein Produkt angepriesen, welches ein Höchstmaß an Sicherheit auch für die Altersvorsorge biete. Der Berater Krause habe den Zedenten überdies nicht über die an die Beklagte geflossenen Rückvergütungen informiert.

Die Klägerin begehrt die Rückerstattung des Einlagebetrages nebst Agio sowie Ersatz der aufgewandten Zinsen insgesamt in Höhe von 55.377,80 € (53.685,65 € + 1.692,15 €) sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.761,08 €; ferner die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten.

Die Beklagte und die Streithelferinnen sind dem entgegengetreten und haben nicht nur die Aktivlegitimation der Klägerin in Zweifel gezogen, sondern auch das Zustandekommen eines Beratungsvertrages. Zudem haben sie den von der Klägerin geschilderten Verlauf des Beratungsgespräches bestritten. Der Zedent sei kein sicherheitsorientierter Anleger gewesen, der eine Anlage zur Altersvorsorge gesucht hätte. Vielmehr habe der Erwerb der Steueroptimierung gedient; ferner hätte eine gute Rendite erzielt werden sollen. Sie haben die Auffassung vertreten, der Verkaufsprospekt informiere über die Risiken, insbesondere die Verlustrisiken, die eingeschränkte Fungibilität sowie etwaige Nachschussverpflichtungen aufgrund der Strukturierung des Fonds als Kommanditgesellschaft zutreffend. Rückvergütungen i. S. d. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs habe es nicht gegeben. In diesem Zusammenhang vertreten die Beklagte und die Streithelferinnen die Auffassung, dass der Zedent über gezahlte Provisionen auf S. 11 des Verkaufsprospektes ausreichend aufgeklärt worden sei. Ferner halten sie die Kausalitätsvermutung für widerlegt, weil der Zedent bei Erwerb der Anteile an der MTV IV Bio Energie GmbH & Co. KG wegen der erhaltenen Bonifikationen Kenntnis von den an die Beklagte fließenden Rückvergütungen gehabt und sich gleichwohl nicht gegen die Anlage entschieden habe. Im Übrigen müsse sich die Klägerin Steuervorteile, die die Streithelferinnen mit ca. 29.000,00 € beziffert haben, anrechnen lassen. Die Beklagte und die Streithelferinnen haben ferner die

Einrede der Verjährung erhoben und behauptet, der Zedent habe jedenfalls ab dem Jahr 2006 - im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der MTV IV Bio Energie GmbH & Co. KG - Kenntnisse von an die Beklagte fließenden Rückvergütungen gehabt.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen Siegfried Thielemann und Hartmut Krause. Es hat sodann der Klage in vollem Umfang stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ein Beratungsvertrag zwischen dem Zedenten und der Beklagten zustande gekommen sei. Die Beklagte habe ihre sich daraus ergebende Pflicht jedenfalls insoweit verletzt, als sie den Zedenten nicht über die an die Beklagte - zumindest aus dem Agio - geflossenen Rückvergütungen informiert habe. Auf den Schadensersatzbetrag, bestehend aus der Einlage nebst Agio sowie den Darlehenszinsaufwendungen in Höhe von insgesamt 55.377,80 € müsse sich die Klägerin Steuervorteile des Zedenten nicht anrechnen lassen, da unstrittig auch die Schadensersatzleistung der Besteuerung unterliege, weshalb davon auszugehen sei, dass dem Zedenten keine erheblichen Steuervorteile verbleiben würden. Ansprüche der Klägerin seien auch nicht verjährt, da der von der Beklagten behauptete Sachverhalt betreffend die Beteiligung an der MTV IV Bio Energie GmbH & Co. KG im Jahr 2006 dem Zedenten nicht die erforderliche Kenntnis über Provisionen vermittelt habe, um den Lauf der Verjährungsfrist in Gang zu setzen.

Hiergegen wenden sich die Beklagte und die Streithelferinnen mit ihrer Berufung, mit der sie ihr auf Abweisung der Klage gerichtetes erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiterverfolgen. Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass der Zedent, da er in seiner Vernehmung vor dem Landgericht angegeben habe, mit einer an die Beklagte fließenden Provision von 0,5 % der Beteiligungssumme gerechnet zu haben, im Hinblick auf Rückvergütungen nicht aufklärungsbedürftig gewesen sei. Jedenfalls sei dadurch, dass er dem Grunde nach Kenntnis vom Provisionsinteresse der Beklagten gehabt habe, die Kausalitätsvermutung widerlegt. In Bezug auf die unterbliebene Aufklärung über das Totalverlustrisiko, in der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (XI ZR 338/08) bereits keine Pflichtverletzung zu sehen sei, sei zumindest Verjährung eingetreten, was das Landgericht

fehlerhaft nicht thematisiert habe. Überdies sei auch ein auf die unterbliebene Aufklärung über Rückvergütungen gründender Schadensersatzanspruch verjährt, weil der Zedent seit dem Jahr 1992 gewusst habe, dass die Beklagte aus dem Agio eine Vergütung erhalte. Rechtsanwaltskosten für die vorprozessuale Tätigkeit ihres Bevollmächtigten seien der Klägerin nicht zu erstatten, da sich die Beklagte bei Einschaltung ihrer Rechtsanwälte nicht im Verzug befunden habe. Die Streithelferinnen halten an ihrer Auffassung fest, dass im Prospekt ausreichend über Provisionen aufgeklärt worden sei, wobei es sich ohnedies nur um Innenprovisionen und nicht um aufklärungspflichtige Rückvergütungen handele. Aus dem früheren Erwerb von Anteilen am DGI Fonds Nr. 22 habe der Zedent auch gewusst, dass die Beklagte aus dem Agio verdiene. Mit Blick auf die Kausalität vertreten die Streithelferinnen die Auffassung, dass der Zedent die konkrete Höhe der Rückvergütungen bei der Beklagten hätte erfragen müssen. Sie sind der Auffassung, dass auch angesichts der Steuerbarkeit der Ersatzleistung ungewöhnlich hohe Steuervorteile verblieben. Ferner seien Ansprüche des Zedenten verjährt bzw. verwirkt. Letztlich habe das Landgericht zu Unrecht den Annahmeverzug festgestellt.

Die Beklagte und die Streithelferinnen beantragen,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Stade vom 2. Mai 2012 (5 O 349/10) die Klage abzuweisen.

Ergänzend wird auf die Berufungsbegründungen vom 9. August 2012 (Bl. 489 ff. d. A.) sowie (in Ablichtung) vom 13. Juli 2012 (Bl. 555 ff. d. A.) Bezug genommen.

II.

Das Rechtsmittel der Beklagten und der Streithelferinnen ist zulässig, jedoch ohne Aussicht auf Erfolg. Mit auch gegenüber dem Berufungsvorbringen zutreffender Begründung hat das Landgericht der auf Rückabwicklung der Kapitalanlage und Ersatz der aufgewendeten Darlehenszinsen nebst Feststellung des Annahmeverzuges und Ausgleich der vorprozessualen Rechtsanwaltskosten gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufungsbegründungen der Beklagten und der Streithelferinnen

nen, die inhaltlich keine neuen Aspekte aufzeigen, rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Der Senat nimmt daher zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Gründe des angefochtenen Urteils Bezug, denen er nach eigener kritischer Prüfung ausdrücklich beitrifft, um zusammenfassend nochmals auf Folgendes hinzuweisen:

1. Der Klägerin steht aus abgetretenem Recht des Zedenten (§ 398 BGB) ein auf Rückabwicklung der Fondsbeteiligung sowie auf Ersatz der für die Kreditfinanzierung der Beteiligungssumme aufgewandten Darlehenszinsen gerichteter Schadensersatzanspruch aus dem zwischen dem Zedenten und der Beklagten geschlossenen Anlageberatungsvertrag gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen unterlassener Aufklärung über an die Beklagte geflossene Rückvergütungen in Höhe von 55.377,80 €, Zug um Zug gegen Rückgabe der Beteiligung an die Beklagte zu. Ferner hat die Klägerin Anspruch darauf, dass das Bestehen des Annahmeverzuges der Beklagten mit der Rücknahme der Beteiligung festgestellt wird.

a) Zwischen den Parteien ist ein Beratungsvertrag zustande gekommen, aufgrund dessen die Beklagte dazu verpflichtet war, 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 Beratungsgespräches. 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.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist vorliegend ein Beratungsvertrag zustande gekommen, indem entweder der Mitarbeiter der Beklagten Krause von sich aus die streitgegenständliche Anlage mittels Übergabe bzw. Übersendung eines Prospekts angepriesen hat oder dadurch, dass sich der Zedent an den für ihn bei der Beklagten ständig in Anlageangelegenheiten tätigen Zeugen Krause gewandt

hat. Jedenfalls hat, wie der Zedent und der Zeuge Krause einvernehmlich vor dem Landgericht ausgesagt haben, eine Beratung in mehreren Gesprächen stattgefunden, in deren Verlauf der Mitarbeiter der Beklagten Krause die Investition in den DGI Fonds Nr. 30 empfohlen hat.

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 387/08, 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, weil er mit besonderen Risiken behaftet ist (BGH, Urteil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 338/08, juris Rn. 27 f.). Nur dem ausschließlich auf Sicherheit bedachten Kunden darf eine Verlustrisiken bergende unternehmerische Beteiligung nicht angeboten werden (BGH, Urteile vom 8. Juli 2019 - III ZR 249/09, juris Rn. 18 und vom 22. Juli 2010

vor dem
Auf-

- III. ZR 203/09). Dass diese Einschätzung vorliegend auf den Zedenten zutrifft, ist von der Klägerin schon nicht hinreichend dargetan. Seine Investition in Kommanditanteile der MTV IV Bio Energie GmbH & Co. KG zeigt demgegenüber, dass er durchaus bereit war, unternehmerische Risiken einzugehen. Auf die von der Beklagten mit der Berufung thematisierte Frage der Verjährung solcher Ansprüche kommt es mithin nicht an.

bb) Ebenso offen bleiben kann, ob der Zedent anlässlich des dem Erwerb der Fondsanteile vorausgegangenen Beratungsgesprächs unzutreffend bzw. unvollständig über die Risiken der Beteiligung - insbesondere das Totalverlustrisiko - aufgeklärt worden ist.

cc) Die Beklagte war jedenfalls verpflichtet, den Zedenten über ihr zufließende Rückvergütungen, zu deren Höhe sie nicht näher vorgetragen hat, die aber jedenfalls bei bis zu 5 % gelegen haben sollen, zu informieren, was - jedenfalls in Bezug auf deren Höhe - unterblieben ist.

(1) Die Beklagte und die Streithelferinnen können weiterhin nicht damit gehört werden, dass es sich bei den von der Beklagten empfangenen Leistungen nicht um Rückvergütungen i. S. d. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handele.

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, sodass dieser 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, sodass 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 Zahlung sei nicht über sie geflossen, vielmehr sei der Anlagebetrag nebst Agio von 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 Drei-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 bleibt in beiden Fällen gleich (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 29. Oktober 2010 - 6 U 208/09, juris Rn. 40).

(2) Über diese Rückvergütungen ist der Zedent im Rahmen des der hier in Rede stehenden Kapitalanlage vorangegangenen Beratungsgesprächs nicht ausreichend informiert worden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss eine Bank beim Vertrieb von Beteiligungen an geschlossenen Fonds den Anleger über erhaltene Rückvergütungen informieren - und zwar auch über 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 Empfeh-

lung 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.

Zumindest in Bezug auf deren Höhe hat der Berater Krause den Zedenten unstreitig nicht informiert. Eine Aufklärung des Zedenten über Rückvergütungen lässt sich ebenfalls nicht dem Ergebnis der Beweisaufnahme entnehmen. Vielmehr hat der Zedent bei seiner Vernehmung angegeben, dass „mit keinem Wort darüber gesprochen worden sei, dass die Beklagte für die Vermittlung ihrer Anlage Provision erhalte“. Er habe sich demnach vorgestellt, dass das Agio - wie im Prospekt angegeben - an die Anlagegesellschaft fließe und damit verloren sei. Allenfalls 0,5 % habe er sich als Vergütung der Beklagten vorgestellt. Auch die im Jahr 2006 erfolgte Anlage sei nicht mit einer Aufklärung über Rückvergütungen verbunden gewesen. Vielmehr habe er sich bei seinem damaligen Berater bei der Beklagten darüber beschwert, dass immer 5 % an die Gesellschaft zu zahlen seien. Dieser habe daraufhin von sich aus für die Rückzahlung von 2,5 % des Anlagebetrages aus dem Agio gesorgt, wobei er - der Zedent - sich keine Gedanken darüber gemacht habe, wo dieser Rabatt herrühre. Der Zeuge Krause hat demgegenüber angegeben, dass über das Agio und in diesem Zusammenhang darüber, dass daraus Kosten und Provisionen gezahlt würden, gesprochen worden sei, allerdings nicht konkret, um wessen Kosten und Provisionen es sich dabei gehandelt habe. Über die Höhe der Vergütungen habe er den Zedenten schon deshalb nicht informieren können, weil er den genauen Prozentsatz der der Beklagten zugeflossenen Provisionen selbst nicht gekannt habe. Unter Berücksichtigung dieses Ergebnisses der Beweisaufnahme ist das Landgericht mithin zu Recht davon ausgegangen, dass eine Aufklärung über Rückvergütungen, jedenfalls in Bezug auf deren Höhe nicht stattgefunden hat.

Der Zedent ist auch nicht durch die Angaben auf S. 11 des Fondsprospekts ausreichend über die Provisionen und deren Empfänger aufgeklärt worden. Gemäß S. 11 des Verkaufsprospektes war das Agio an die Fondsgesellschaft zu zahlen. Der Hinweis im Fondsprospekt, das Agio stehe der Fondsgesellschaft zur Ab-

deckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung, lässt gerade nicht mit der gebotenen Klarheit erkennen, dass und in welcher Höhe die dort namentlich nicht genannte Beklagte an dem Agio teilhaben würde. Dies gilt gleichermaßen für die darüber hinaus ausgewiesene Provision für die Beschaffung von Eigenkapital (S. 11 des Verkaufsprospekts). Selbst wenn man - wie nicht - der vorstehend zitierten Textstelle des Prospektes sowie dem Umstand, dass aus dem Anlagebetrag weitere Anteile 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).

c). Durch die unzureichende Aufklärung ist 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.).

Soweit sich die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf berufen hat, dass sich der Zedent in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, hat der Bundesgerichtshof in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung klargestellt, dass es bei Kapitalanlagefällen nicht darauf ankommt, ob ein Kapitalanleger bei gehöriger Aufklä-

rade
na-

... rung vernünftigerweise nur eine Handlungsalternative gehabt hätte, er sich also nicht in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte. Das Abstellen auf das Fehlen eines Entscheidungskonflikts ist mit dem Schutzzweck der Beweislastumkehr nicht zu vereinbaren (BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, Umdruck Rn. 33). Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang auch keine Tatsachen behauptet, die geeignet wären, die Kausalitätsvermutung zu entkräften. Überdies bliebe die Beklagte für ihren in diesem Zusammenhang gehaltenen Tatsachenvortrag beweisfällig, weil sie Beweis hierfür nicht angetreten hat. Ihr Sachvortrag zu einer im Jahr 2006 erfolgten Beteiligung des Zedenten an der MTV IV Bio Energie GmbH & Co. KG ist nicht geeignet, die Annahme zu rechtfertigen, dem Zedenten sei es im Jahr 1992 im Rahmen der Beteiligung an dem hier in Rede stehenden DGI Fonds Nr. 30 nicht darauf angekommen, ob und in welcher Höhe die Beklagte hierfür Rückvergütungen seitens der Fondsgesellschaft erhält. Der von der Beklagten in diesem Zusammenhang vorgelegte Auszug aus dem Verkaufsprospekt (Anlagen B 20 ff., Bl. 182 ff. d. A.) ist bereits ungeeignet, die Annahme zu begründen, der Zedent habe bei jener Beteiligung gewusst, in welcher Höhe die Beklagte Rückvergütungen von der dortigen Fondsgesellschaft erhalten hat, wozu sie im Übrigen nicht vorträgt. Auf S. 71 des Prospektes heißt es lediglich, dass ein Agio in Höhe von 5 % bezogen auf das Eigenkapital zu zahlen sei und insgesamt die Vermittlungsprovisionen 14 % betragen. Wer die Provisionen erhält und erst recht in welcher Höhe diese an die Beklagte geflossen sind, war damit nicht offenbart. Auch aus dem Umstand, dass der Zedent aus dem Agio eine Bonifikation von 2,5 % seiner Beteiligungssumme, mithin die Hälfte des Agios zurückerstattet erhalten hat, machte für ihn nicht transparent, dass die Zahlungen aus dem an die Beklagte fließenden Anteil entnommen worden ist. Erst recht konnte der Zedent den ihm zugänglich gemachten Informationen nicht entnehmen, in welcher Höhe die Beklagte für seine Beteiligung Rückvergütungen erhielt. Das von der Beklagten in diesem Zusammenhang in Bezug genommene Schreiben vom 21. Dezember 2006 (Anlage B 24, Bl. 186 d. A.), in dem von 6 % Boni nach Rabattzahlung an den Zedenten die Rede ist, hatte rein internen Charakter und ist diesem unstreitig nicht zur Kenntnis gelangt.

Demgegenüber hat die Klägerin behauptet, ordnungsgemäß aufgeklärt, hätte der Zedent die Anlage nicht erworben.

- d) Die Ansprüche des Zedenten sind auch nicht verjährt.

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.).

Dass der Zedent bereits vor der erstmals im Jahr 2010 erfolgten Beratung durch die Prozessbevollmächtigten der Klägerin Kenntnis von der Möglichkeit, Schadensersatzansprüche wegen einer unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen gegen die Beklagte geltend zu machen, erlangt hat, tragen die Beklagte und die Streithelferinnen, die die Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) erheben, bereits nicht vor. Weder die - nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme - bei dem Zedenten im Jahr 1992 bestehende Vorstellung, der Beklagten sei eine Vergütung in Höhe von 0,5 % der Anlagesumme zugeflossen noch die im Zusammenhang mit der im Jahr 2006 erfolgten Beteiligung erworbene Kenntnis sind für sich genommen geeignet, dem Anleger das für den Beginn der Verjährungsfrist nach § 199 BGB erforderliche Wissen über Tatsachen zu vermitteln. Die - wie bereits dargelegt - maßgebliche Kenntnis des Zedenten über die Höhe der an die Beklagte für seine Beteiligung am DGI Fonds 30 geflossenen Rückvergütungen lag in verjährter Zeit unstreitig nicht vor.

- e) 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 gel-

tend 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. Soweit das Oberlandesgericht München unter Berücksichtigung dessen in zwei Entscheidungen, die Ansprüche aus Börsenterminhandel bzw. aus einer Bankverbindung 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 die Verwirkung von Ansprüchen angenommen hat, steht der Annahme der Verwirkung von Ansprüchen aufgrund heimlich hinter dem Rücken des Kunden gezahlter Vergütungen (Kick-Back) entgegen, dass durch diese ebenfalls der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 242 BGB berührt wird. Es widerspräche der Intention von Treu und Glauben gem. § 242 BGB, wenn man Verwirkung gerade für Sachverhalte wie den vorliegenden heranzöge, bei dem der Vertragspartner über einen besonders langen Zeitraum eine offenbarungspflichtige Tatsache treuwidrig verheimlicht hat. 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 des Zedenten als Anleger Vermögensdispositionen getroffen hat (vgl. dazu OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Oktober 2008 - 23 U 1706/08, juris Rn. 87).

f) Die Höhe des Schadens der Klägerin beläuft sich auf den Anlagebetrag zuzüglich Agio (105.000,00 DM = 53.685,65 €) sowie die tatsächlich getätigten Aufwendungen für die Darlehensfinanzierung des Anlagebetrages in Höhe von 1.692,15 €, mithin 55.377,80 €.

Die Verurteilung der Beklagten zur Leistung von Schadensersatz ist davon abhängig, dass der Zedent seine Beteiligung an dem DGI Fonds Nr. 30 Zug um Zug auf die Beklagte überträgt. In diesem Zusammenhang hat die Klägerin einen Anspruch auf Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebots auf Übertragung der Beteiligung und Annahme der Abtretung der Rechte aus dieser Beteiligung in Verzug befindet, was spätestens aufgrund ihres Klageabweisungsantrages der Fall ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1987

Verlust
s

- VIII ZR 206/86, WM 1987, 1496, 1498). Ein Interesse an der Feststellung des Annahmeverzuges (§ 256 ZPO) ist schon im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung (§§ 756, 765 ZPO) anzunehmen. Etwaige gesellschaftsrechtliche Schwierigkeiten bei der Übertragung der Fondsbeteiligung unterfallen hierbei der Risikosphäre der schadensersatzpflichtigen Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 - XI ZR 272/10).

g) Etwaige Steuervorteile muss sich die Klägerin nicht anspruchsmindernd anrechnen lassen. Zwar hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass der Zedent durch die mit der Anlage in Höhe von 58.139,26 € unmittelbar verbundenen Verlustzuweisungen (Anlage S 44, gesondert geheftet) im Zeitraum 1993 bis 2003 Steuervorteile erzielt haben dürfte, die sie mit ca. 29.000,00 € beziffert hat. 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. Mai 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 der vorliegend gewerblich tätigen Gesellschaft ist eine Versteuerung der Ersatzleistung gem. §§ 15, 16 EStG ohne weiteres anzunehmen. Nach dem Inhalt des steuerlichen Konzepts auf S. 15 des Fondsprospekts ist der Zeichner steuerlich gesehen Mitunternehmer und somit am Gewinn und Verlust beteiligt. Die Fondsgesellschaft erzielt danach Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG. Während der Investitionsphase sollten Betriebsausgaben anfallen, die bewirkten, dass dem Zeichner entsprechende

Verlustzuweisungen zugeschrieben wurden. Demgemäß wurden die betriebswirtschaftlichen Anlaufverluste des Jahres 1992 sowie der Folgejahre gleichmäßig auf die beigetretenen Anleger verteilt. Nach Maßgabe dessen stellt die Vereinnahmung der jeweiligen Schadensersatzleistung den Rückfluss von zuvor angefallenen Betriebsausgaben dar, die der Besteuerung als Einnahme in der Einkunftsart unterliegt, in der die Betriebsausgaben zuvor angefallen sind (Kirchhoff, in: Kirchhoff, EStG, 10. Aufl., § 8 Rn. 13).

Schon daraus ist erkennbar, dass dem Zedenten Steuervorteile bei einer Rückabwicklung seiner Kapitalanlage voraussichtlich nicht oder nur in einem geringen Umfang verbleiben werden. Die Beklagte sowie die Streithelferinnen tragen auch keine Tatsachen vor aus denen sich ergäbe, ob und in welcher Höhe dem Zedenten Steuervorteile verbleiben würden. Auch liegt nach dem Vorbringen der Beklagten im Zusammenhang mit dem in dem Emissionsprospekt dargestellten steuerlichen Konzept keine Konstellation vor, in der eine nähere Prüfung der Berechnung der Steuervor- und -nachteile veranlasst wäre. 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 haben die Streithelferinnen vorgebracht, der Zedent hätte insgesamt zwischen 1992 und 2003 Verlustzuweisungen in Höhe von 58.139,26 € (Bl. 521 f. d. A. und Anlage S 44, gesondert geheftet) erhalten, die über die Einlageleistung hinausgingen. Allerdings lagen die Anfangsverluste mit 13.192,59 € im Jahr 1992 unterhalb der Einlageleistung. Die in dem Folgejahr zugewiesenen Verluste waren demgegenüber gering und beliefen sich nur noch im Jahr 1993 auf 5.518,26 € und im Jahr 1994 auf 12.870,26 € und in den folgenden Jahren auf Beträge zwischen minimal 711,24 € und maximal 5.376,66 €, was nicht maßgeblich zur Reduzierung der Steuerlast des Anlegers beigetragen haben dürfte. Dagegen spricht auch, dass die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat, dass der Zedent in den auf die Anlage folgenden Jahren durch die, im Rahmen seiner Selbständigkeit errichteten Mietobjekte, die ihm zur Verfügung stehenden Abschreibungsmöglichkeiten weitgehend ausgeschöpft hatte.

Hinzu kommt, dass die Beklagte und die Streithelferinnen schon keine Umstände dargelegt haben, aus denen abzuleiten wäre, dass dem Zedenten auch in Anbetracht der Versteuerung der zu erstattenden Betriebseinnahmen außergewöhnlich hohe Steuervorteile nachhaltig verbleiben werden. Dabei ist es zunächst Sache des Schädigers, Tatsachen zu behaupten, aus denen sich das Verbleiben außergewöhnlicher Steuervorteile ergibt (vgl. 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 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 (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.

2. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz stehen der Klägerin ab dem 29. Juli 2010 zu, da sich die Beklagte nach Ablauf der mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 14. Juli 2010 (Anlage K 2, Bl. 47 d. A.) bis zum 28. Juli 2010 gesetzten Frist in Zahlungsverzug befindet.

3. Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.761,08 €, nämlich eine 1,3 Geschäftsgebühr nach §§ 13, 14 RVG i. V. m. Nr. 2300 VV RVG nebst Auslagenpauschale und Umsatzsteuer, nach dem vorliegend geltend gemachten

Wert der Klage (55.377,80 €) sind von der Beklagten als notwendige Rechtsverfolgungskosten nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen. Darauf, ob sich die Beklagte bei Zugang des Schreibens vom 14. Juli 2010 im Verzug befand, was von ihr mit der Berufung in Abrede genommen wurde, kommt es demnach nicht an.

III.

Die Beklagte sowie die Streithelferinnen erhalten Gelegenheit, zur beabsichtigten Zurückweisung ihres Rechtsmittels binnen einer Frist von **zwei Wochen** ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen oder auch, insbesondere zur Vermeidung weiterer Kosten, ihre Berufung zurückzunehmen.

Celle, 27. August 2012

Oberlandesgericht, 3. Zivilsenat

Schneider

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Dr. Landwehr

Richter am Oberlandesgericht

Klein

Richterin am Oberlandesgericht

Ausgefertigt

Sprecht
Justizangestellte als
Urkundenbeamtin der
Geschäftsstelle

