-Abschrift-

Kopie an Mdt Stellungn.
WV:
Kopie an Mdt. Kenntisn.
EINGEGANGEN
RS CW
09. Feb. 2015
RS CW
Kopie an Mdt. Rückspr.
Kopie an Mdt. Zahlung
zdA
RECHTSANWÄLTE
Kopie an Mdt Telefonanruf

Oberlandesgericht Braunschweig

Im Namen des Volkes

Urteil

2 U 33/13
5 O 3036/11 (004) Landgericht Braunschweig

Verkündet am 04.02.2015

Pyrskalla Justizsekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

[redacted]

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte RSCW Rechtsanwälte, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 13/00620

g e g e n

die **Volksbank Braunschweig-Wolfsburg eG,** vertreten durch den Vorstand Jürgen Brinkmann, Am Mühlengraben 1, 38440 Wolfsburg,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte GenoRechtAnwälte, Hannoversche Straße 149, 30627 Hannover,
Geschäftszeichen: 181/12KS32-scl

1. **DG Anlage Gesellschaft mbH**, vertreten durch die Geschäftsführer Christoph von Carlowitz, Martin Fräsdorf und Karl-Heinz Schneider, Hahnstraße 31 - 35, 60528 Frankfurt/M.,

2. **DZ Bank AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank,** vertreten durch den Vorstand Wolfgang Kirsch, Lars Hille, Wolfgang Köhler, Hans-Theo Macke, Albrecht Merz, Thomas Ullrich und Frank Westhoff, Platz der Republik, 60325 Frankfurt,

Streithelferinnen der Beklagten,

Prozessbevollmächtigte zu 1, 2:
Rechtsanwälte White & Case LLP, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt am Main,
Geschäftszeichen: 7147454-0001

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Weber-Petras, den Richter am Oberlandesgericht Herborg und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kohlmeier auf die mündliche Verhandlung vom 21.01.2015 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 20.02.2013 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.707,32 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % ab dem 28.01.2012 Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte aus der mittelbaren Beteiligung an der MS „Osnabrück" GmbH & Co. KG, Stammnummer [redacted] zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte aus der mittelbaren Beteiligung an der MS „Osnabrück" GmbH & Co. KG, Stammnummer [redacted] in Annahmeverzug befindet.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen, hinsichtlich des Antrags zu Ziffer 3 als unzulässig.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen der Kläger zu 53 % und die Beklagte zu 47 %. Die außergerichtlichen Kosten der Streithelferinnen trägt der Kläger in beiden Instanzen zu 53 %; im Übrigen tragen die Streithelferinnen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung im Rahmen einer von dem Kläger gezeichnete Beteiligung an einem Schiffsfonds.

Mit Zeichnungsschein vom 07.10.1996 (Anlage K 1) hat sich der Kläger nach vorangegangener Beratung durch die Beklagte, namentlich deren Mitarbeiterin [redacted] an der MS „Osnabrück" GmbH & Co. KG, einem Schiffsfonds, mit einer Einlage von 50.000,00 DM zzgl. 5% Agio beteiligt. Die Streithelferin zu 1. hat den Fonds initiiert; die Streithelferin zu 2. fungiert als Treuhandkommanditistin.

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen behaupteter Falschberatung und insbesondere wegen der unterbliebenen Aufklärung über eine von der Beklagten verein-

nahmte Rückvergütung auf Schadensersatz in Anspruch. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz sowie der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Braunschweig vom 20.02.2013 Bezug genommen (Seite 2 - 4 LGU).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, eine Falschberatung im Hinblick auf die fragliche Anlage lasse sich nicht feststellen; da der Kläger vor dem Hintergrund seiner persönlichen Kenntnisse bestenfalls eingeschränkt aufklärungsbedürftig sei, könne auch nicht davon ausgegangen werden, die Beratung sei nicht anlegergerecht gewesen. Im Übrigen wäre ein Schadensersatzanspruch verjährt, weil sich die schlechte wirtschaftliche Entwicklung des Fonds aus den ausgebliebenen bzw. reduzierten Ausschüttungen ergeben habe, die nach den ersten drei Jahren nicht mehr den prospektierten Ausschüttungen entsprochen hätten. Was die nicht mitgeteilte Provision der Beklagten betreffe, sei diese für die Anlageentscheidung des Klägers nicht ursächlich geworden, weil es dem Kläger um Steuervorteile gegangen sei und er durch die Zahlung des Agios seine Bereitschaft zu erkennen gegeben habe, für die Vermittlungstätigkeit der Beklagten ein Aufgeld zu zahlen; des Weiteren gebe es zahlreiche andere Beteiligungen, bei denen der Kläger trotz Provisionszahlung keinen Beratungsfehler geltend mache. Wegen der weiteren Einzelheiten der rechtlichen Erwägungen des Landgerichts wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen (Seite 4 - 6 LGU).

Gegen dieses seinen Prozessbevollmächtigten am 28.02.2013 zugestellte Urteil hat der Kläger mit am 19.03.2013 bei Gericht eingegangenem Anwaltsschriftsatz Berufung einlegen und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 29.05.2013 mit einem am 22.05.2013 eingegangenen Anwaltsschriftsatz begründen lassen.

Mit der Berufung verfolgt er sein erstinstanzliches Klageziel in vollem Umfang weiter und trägt vor:
Die Annahme des Landgerichts, die Zahlung eines Agios beinhalte für den Anleger die Kenntnis von Vertriebskosten, sei rechtsfehlerhaft. Es sei üblicherweise nicht bekannt, wer das Aufgeld erhalte und für was es gezahlt werde.

Ebenfalls fehlerhaft seien die Ausführungen insoweit, als das Landgericht die Kausalität verneine, weil der Kläger nicht bei jeder Beteiligung eine Rückabwicklung im Hinblick auf die Provisionen begehre. Dabei werde außer Acht gelassen, dass der Eintritt eines Schadens Voraussetzung für die Rückabwicklung sei, der bei den übrigen Beteiligungen fehle.
Dem Kläger sei es auch nicht ausschließlich um Steuervorteile gegangen, die er nur als Zusatzeffekt mitgenommen habe. In erster Linie habe er eine sichere und für die Altersvorsorge geeignete Geldanlage angestrebt.
Vor dem Jahr 2009 habe der Kläger keinerlei Kenntnis von Provisionszahlungen an die Beklagte gehabt. Zwischen ihm und Rechtsanwalt Tilp habe es auch keine Gespräche gegeben.

Der Kläger beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 20.02.2013, AZ. 5 O 3036/11 wird abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger € 40.062,46 nebst 5%-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 17.12.2011 zu zahlen Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der MS "Osnabrück" GmbH & Co. KG, Stammnummer [redacted]

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der MS „Osnabrück" GmbH & Co. KG, Stammnummer [redacted] in Annahmeverzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte den Kläger von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der MS „Osnabrück" GmbH & Co. KG, Stammnummer [redacted] ihre Ursachen 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 wird verurteilt, an den Kläger außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 1.762,39 nebst 5%-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 17.12.2011 zu zahlen.

Die Beklagte und ihre Streithelferinnen beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte erwidert:
Die Annahme, dass der Kläger nicht zumindest dem Grunde nach gewusst habe, dass die Beklagte an der Vermittlung verdiene, sei lebensfremd; allenfalls sei ihm die genaue Höhe nicht mündlich erklärt worden.

Die Höhe des Verdienstes der Beklagten habe für den Kläger keine Rolle gespielt, denn sonst hätte er nachgefragt. Ebenso spreche die „Rosinenpickerei" des Klägers gegen die Kausalität. Seine Behauptung, alle anderen Anlagen hätten mehr als die versprochene Rendite erbracht, sei unzutreffend. Die Anlage B 1 zum Schriftsatz vom 02.01.2013 enthalte auch Anlagen, die ihm einen erheblichen Verlust beschert hätten. Dies betreffe die MS E. R. Alice Rickmers, die MS E. R. Denmark, die MS E. R. Sweden und die MS E. R. Texas, bei denen der Kläger 10.000,00 €, 13.000,00 €, 44.000,00 € bzw. 16.000,00 € verloren habe.

Schließlich sei auch Verjährung eingetreten, weil der Kläger im Oktober 2007 Rechtsanwalt Tilp beauftragt gehabt habe, der der „Erfinder der Kick-Back-Rechtsprechung" sei. Dieser habe mit Schreiben vom 15.10.2007 nach der Höhe der Rückvergütung gefragt und auf das von ihm erstrittene Urteil des Bundesgerichtshofs hingewiesen. Da Rechtsanwalt Tilp mit dem Kläger über eine Aufklärung über die Rückvergütungen gesprochen habe, habe der Kläger seit Oktober 2007 hinsichtlich der DGI-Fonds gewusst, dass aufklärungspflichtige Rückvergütungen geflossen seien. Es sei dann mehr als naheliegend, dass dies auch bei dem Motorschiff Osnabrück der Fall gewesen sei.
Mit Schriftsatz vom 19.05.2014 ergänzt die Beklagte ihren Vortrag und trägt vor, der Kläger habe im Jahre 2007 ein MiFID-Starterpaket erhalten, dem ein Hinweis-

blatt „Informationen über Zuwendungen" (Anlage BE 7) beigelegen habe; ihm habe deshalb mit Zugang bekannt sein müssen, dass die Beklagte unter Einsatz des Agios vergütet worden sei.

Die Streithelferinnen der Beklagten erwidern:
Eine unterlassene Mitteilung der von der Beklagten vereinnahmten Provision sei für die Anlageentscheidung des Klägers nicht kausal geworden. Das Landgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass es dem Kläger bei der Zeichnung seiner diversen Beteiligungen an geschlossenen Fonds um die Erzielung von Steuervorteilen gegangen sei, so dass die Frage eines Provisionserhalts durch die Beklagte demgegenüber in den Hintergrund getreten sei. Dass eine Bank ihre kostenlose Anlageberatung mit einem Provisionsinteresse erbringen müsse, sei für den Kläger vor dem Hintergrund seiner beruflichen Qualifikation als Dipl.-Volkswirt auch offensichtlich gewesen.

Des Weiteren habe der Emissionsprospekt über die Höhe von Innenprovisionen und Agio aufgeklärt. Der Kläger habe diesen Angaben entnehmen können, dass die Beklagte einen Teilbetrag seiner Beteiligungssumme als Vergütung erhalte.
Die Innenprovisionen hätten keinerlei Auswirkungen auf die Werthaltigkeit der Beteiligung. Habe ein nicht offenbarter Umstand aber keine Relevanz für die Werthaltigkeit, könne sich der Anleger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht auf die Kausalitätsvermutung berufen. Wäre die konkrete Höhe der Provision für den Kläger von Interesse gewesen, so hätte er bei der Beklagten nachfragen können und müssen.

Die Aufklärung durch den streitgegenständlichen Prospekt sei richtig und vollständig. Der Prospekt stelle heraus, dass auch das Agio in Höhe von 5 % der Eigenkapitalbeschaffung diene. Über Rückvergütungen habe er hingegen nicht aufklären müssen; eine Fehlerhaftigkeit des Prospekts ergebe sich deshalb nicht daraus, dass hierin nicht über angebliche Rückvergütungen der Innenprovisionen an die vermittelnden Banken aufgeklärt worden sei.

Der Kläger verwechsle Innenprovisionen und Rückvergütungen. Der vom Kläger unterstellte aufklärungspflichtige Interessenkonflikt habe nicht bestanden, weil der

Kläger gewusst habe, dass die Beklagte für ihr Handeln eine Provisionszahlung erhalte. Das Kriterium des Zuflusses einer Provision „hinter dem Rücken des Anlegers" sei nicht erfüllt.

Die Streithelferinnen erheben die Einrede der Verjährung und tragen hierzu vor, der Kläger habe selbst im Falle einer fehlerhaft unterbliebenen Aufklärung über die Höhe der erhaltenen Vergütungen vor Abschluss der streitgegenständlichen Beteiligung hinreichende Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von den Provisionen gehabt.
Weiter meinen die Streithelferinnen, die Ansprüche des Klägers seien verwirkt; die Aufbewahrungsfristen nach § 257 HGB seien abgelaufen.

Schließlich müsse sich der Kläger empfangene Ausschüttungen und gezogene Steuervorteile schadensmindernd anrechnen lassen. Ein Anspruch des Klägers auf Ersatz entgangenen Gewinns stehe ihm ebenso wenig zu wie der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 21.01.2015 durch Parteivernehmung des Klägers zur Frage der Kausalität der unterbliebenen Aufklärung über von der Beklagten vereinnahmte Rückvergütungen für die Anlageentscheidung des Klägers Beweis erhoben. Hinsichtlich der Einzelheiten des Beweisbeschlusses und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 21.01.2015 Bezug genommen (Bl. 376 ff. d. A.).

II.

Die zulässige Berufung des Klägers (§§ 511 Abs. 1 u. Abs. 2 Nr. 1, 517, 519 f. ZPO) ist teilweise begründet.

Der Kläger kann von der Beklagten im Wege des Schadensersatzes die Zahlung von 20.707,32 € verlangen. Der Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Erstattung der Beteiligungssumme zuzüglich Agio, ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Schlechterfüllung (pVV) des zwischen den Parteien im Vorfeld der Anlagezeich-

nung zustande gekommenen Beratungsvertrags. Angesichts des Zeichnungszeitpunkts (07.10.1996) ist das bis zum 01.01.2002 geltende Recht maßgeblich (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

a) Zwischen den Parteien ist ein Beratungsvertrag zustande gekommen. Tritt ein Anlageinteressent an ein Kreditinstitut oder - wie hier - der Anlageberater einer Bank an einen Kunden heran, um über die Anlage eines Geldbetrags beraten zu werden bzw. zu beraten, so wird das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrags stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen (BGH, Urt. v. 25.09.2007 - XI ZR 320/06, BKR 2008, 199 m. w. N.; derselbe, Urt. v. 06.07.1993 - XI ZR 12/93, NJW 1993, 2433).

b) Aus dem Beratungsvertrag ist die beratende Bank zu einer anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet. Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel des Kunden sowie die allgemeinen Risiken, wie etwa die Konjunkturlage und die Entwicklung des Kapitalmarktes, sowie die speziellen Risiken, die sich aus den Besonderheiten des Anlageobjekts ergeben und die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können, maßgeblich sind (BGH, Urt. v. 27.09.2011 - XI ZR 178/10, ZIP 2011, 2246; derselbe, Urt. v. 27.10.2009 - XI ZR 337/08, WM 2009, 2303).

aa) Eine Verletzung der Verpflichtung zur anlegergerechten Beratung lässt sich nicht feststellen. Der Kläger hat nicht bewiesen, dass ihm bei der Zeichnung der konkreten Beteiligung an einer zusätzlichen Altersvorsorge und einer sicheren Anlage gelegen war. Nach seinen eigenen Angaben vor dem Landgericht Braunschweig im Termin am 09.01.2013 ist ihm der Schiffsfonds vielmehr angeboten worden, „um mal etwas Neues auszuprobieren", wogegen er auch nichts einzuwenden hatte; auch habe er in Sachwerte investieren wollen. Darüber hinaus hat die Zeugin [redacted] ausgesagt, dass für den Kläger die Frage der Steuerersparnis eine Rolle gespielt habe und dies Anlass gewesen sei, ihm die Anlage zu empfehlen. In diesem Lichte war die Anlageempfehlung jedoch nicht fehlerhaft, weil die Beteiligung an der MS „Osnabrück" GmbH & Co. KG eine Sachwerteinvestition darstellt und unstreitig zur Generierung von Steuervorteilen führt.

bb) Ebenso wenig ist von einer fehlerhaften Risikoaufklärung und damit einer Verletzung der Verpflichtung zur anlagegerechten Beratung auszugehen. Eine ordnungsgemäße Aufklärung durch die beratende Bank kann auch durch einen Prospekt erfolgen, sofern er dem Anleger so rechtzeitig vor der Anlageentscheidung übergeben wird, dass sich der Anleger mit dem Prospektinhalt vertraut machen kann (vgl. BGH, Beschl. v. 19.07.2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506). Das ist hier der Fall. Entgegen seinem ursprünglichen Vortrag hat der persönlich angehörte Kläger angegeben, dass ihm die ihn beratende Mitarbeiterin der Beklagten, Frau [redacted] den Prospekt zugeschickt und er diesen dann durchgelesen habe; anschließend habe er noch einige Rückfragen an Frau [redacted] gestellt und danach gezeichnet.

Der als Anlage K 4 vorgelegte Verkaufsprospekt enthält auf den Seiten 6 und 7 ausführliche Hinweise zu den Risiken der eingegangenen unternehmerischen Beteiligung. Eines ausdrücklichen Hinweises auf ein mögliches Totalverlustrisiko bedurfte es nicht. Für die Beteiligung an einem Immobilienfonds vertritt der Bundesgerichtshof die Auffassung, dass auf einen solchen Hinweis verzichtet werden kann, weil das Risiko eines anteilmäßig hohen Kapitalverlusts meist gering zu veranschlagen sei. Dies gelte insbesondere für das Risiko eines Totalverlusts, da dem Fonds in aller Regel der Sachwert des Immobilienvermögens verbleibe (vgl. BGH, Urt. v. 08.07.2010 - III ZR 249/09, BB 2010, 2005). Auch wenn der Fonds teilweise fremdfinanziert sei, seien die sich daraus ergebenden Risiken allgemeiner Natur, Anlegern regelmäßig bekannt und damit nicht aufklärungsbedürftig (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2009 - XI ZR 337/08, WM 2009, 2303). Da auch ein Schiffsfonds eine Investition in Sachwerte darstellt, kann hier nichts anderes gelten. Für weiter hinzutretende, risikoerhöhende Umstände, die eine Hinweispflicht der Beklagten auf ein etwaiges Totalausfallrisiko hätten auslösen können, ist weder etwas dargetan noch sonst ersichtlich.

cc) Allerdings ist eine Bank aus dem Anlageberatungsvertrag auch verpflichtet, über die von ihr vereinnahmte Rückvergütung aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen ungefragt aufzuklären. Aufklärungspflichtige Rückvergütungen sind - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die im Gegensatz zu versteckten Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie z. B. Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütun-

gen gezahlt werden, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird (BGH, Urt. v. 08.05.2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 m. w. N.). In diesem Lichte ist hier von einer aufklärungspflichtigen Rückvergütung und nicht von einer Innenprovision auszugehen. Die Beklagte hat das Agio und/oder die im Investitions- und Finanzierungsplan auf Seite 20 des Prospekts (Anlage K 4) ausgewiesenen anteiligen Eigenkapitalbeschaffungskosten ganz oder teilweise als Provision erhalten. Die Zahlung erfolgte also nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen.
Über diesen Umstand ist der Kläger weder mündlich von der Mitarbeiterin der Beklagten, was unstreitig ist, noch durch Übergabe des Prospekts aufgeklärt worden. Letzterer gibt lediglich auf Seite 21 unter Ziffer 3 den Hinweis, dass das Agio neben dem für die Eigenkapitalvermittlung ausgewiesenen Betrag zur Abdeckung der Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung stehe. Diesen Angaben allein konnte der Kläger aber nicht entnehmen, ob und in welcher Höhe die Beklagte eine Rückvergütung erhielt. Ausweislich der Angaben im Zeichnungsschein war der Beteiligungsbetrag zzgl. des Agios auf das Treuhandkonto der Fondsgesellschaft einzuzahlen. Dass irgendwelche Beträge an die Beklagte weitergereicht würden, ergibt sich hieraus nicht. Eine Aufklärung über Rückvergütungen mittels der Übergabe eines Prospekts setzt jedoch voraus, dass die beratende Bank als Empfängerin der der Höhe nach korrekt angegebenen Vertriebsprovision ausdrücklich genannt wird (vgl. auch dazu BGH, Urt. v. 08.05.2012, a. a. O.).

c) Bei Anwendung der hierfür in ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätze war die mangelnde Aufklärung für die Anlageentscheidung des Klägers ursächlich. Danach ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, dafür beweispflichtig, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte. Bei dieser Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens handelt es sich um eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung, deren Eingreifen der Bundesgerichtshof in seiner neueren Rechtsprechung auch nicht mehr an das Fehlen eines Entscheidungskonflikts knüpft (so BGH, Urt. v. 08.05.2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337). Diese Vermutung hat die Beklagte nicht widerlegt.

aa) Dem Umstand, dass sich der Kläger an zahlreichen Steuersparmodellen betei-

ligt hat, kann lediglich entnommen werden, dass der steuerreduzierende Effekt der Beteiligung für ihn von wesentlicher Bedeutung gewesen ist. Dies entspricht auch dem Eindruck der ihn beratenden Mitarbeiterin der Beklagten, Frau [redacted] wie sich aus ihrer erstinstanzlichen Aussage ergibt. Dagegen vermag der Umstand, dass ein Anleger eine steueroptimierte Anlage wünscht, die Kausalitätsvermutung für sich gesehen nicht zu erschüttern (so BGH, Beschl. v. 09.04.2009 - III ZR 89/08, HFR 2010, 75). Aus dem nachhaltigen Interesse des Klägers an steuersparenden Anlagemodellen kann für sich genommen also nicht geschlossen werden, dass es ihm gleichgültig gewesen sei, ob ihn die Beklagte objektiv oder gewinnorientiert berät.

Von einer Indizwirkung ist allerdings auszugehen, wenn die von dem Anleger gewünschte Steuerersparnis entweder nur mit dem empfohlenen Produkt oder nur mit anderen Kapitalanlagen mit vergleichbaren Rückvergütungen zu erzielen ist (BGH, Urt. v. 08.05.2012, a. a. O.). Dazu hat die Beklagte indes nicht substantiiert vorgetragen, sondern lediglich ausgeführt, dass das Anlageziel der Senkung der Steuerbelastung nur mit einer geschlossenen Fondsbeteiligung habe erreicht werden können und „der Vertrieb geschlossener Fondsbeteiligungen regelmäßig mit höheren Vermittlungsprovisionen verbunden" sei (Seite 3 des Schriftsatzes vom 02.01.2013 (Bl. 192 d. A.)). Daraus folgt jedoch weder, dass es im Anlagezeitpunkt keine Alternativanlage mit zwar vergleichbarer steuerlicher Wirkung, aber ohne Anfall einer Vermittlungsprovision gegeben hat, noch dass die bei dem Vertrieb ähnlicher geschlossener Fondsbeteiligungen angefallenen Vermittlungsprovisionen sämtlich die Höhe der hier gezahlten Vermittlungsprovision erreicht oder gar überschritten haben. Tatsächlich ist die konkrete Höhe der von der Beklagten für den Vertrieb des streitgegenständlichen Fonds vereinnahmten Rückvergütungen bis heute nicht offenbart worden und deshalb auch nicht bekannt.

bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 08.05.2012, a. a. O.) kann sich ein Indiz für die fehlende Kausalität der unterlassenen Mitteilung über Rückvergütungen auch ergeben, wenn ein Anleger in Bezug auf eine vergleichbare Kapitalanlage, die er vor oder nach der streitgegenständlichen erworben hat, erst nach dem Erwerb der jeweiligen Beteiligung Kenntnis von Rückvergütungen erhält, aber dennoch an der vergleichbaren - möglicherweise gewinnbringenden - Kapitalanlage festhält und nicht unverzüglich ihre Rückabwicklung

wegen eines Beratungsfehlers begehrt.

(1) Soweit sich die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf beruft, der Kläger habe nach seinen eigenen Angaben spätestens seit April 2009 Kenntnis hinsichtlich offengelegter Rückvergütungen bei dem Medienfonds N1, dies aber nicht zum Anlass genommen, seine übrigen Beteiligungen rückabzuwickeln, kann sie damit nicht gehört werden. Zum einen sind Filmfonds und Schiffsfonds schon mit Blick auf die Werthaltigkeit des Anlageobjekts grundsätzlich verschieden und nicht vergleichbar; zum anderen geht es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darum, dass an einer vergleichbaren Anlage trotz nachträglicher Kenntnis dort geflossener, aber nicht offenbarter Rückvergütungen festgehalten wird. In Bezug auf den Filmfonds N1 hat der Kläger in einem Parallelverfahren aber Schadensersatz geltend gemacht und die Rückabwicklung verlangt (vgl. 5 O 1306/11 (094) Landgericht Braunschweig und 2 U 159/12 Oberlandesgericht Braunschweig).

(2) Anders könnte dies mit Blick auf die vier Schiffsfonds zu beurteilen sein, auf die die Beklagte im Rahmen ihrer Berufungserwiderung hingewiesen hat und an denen der Kläger trotz insoweit erlittener Verluste festhalten soll. Von einer Indizwirkung wäre in diesem Zusammenhang aber nur dann auszugehen, wenn der Kläger überhaupt positive Kenntnis davon gehabt hätte, dass bei diesen Fonds verschwiegene Rückvergütungen an die Beklagte geflossen sind. Dazu hat die Beklagte nicht vorgetragen. Der Kläger hat im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat angegeben, keine sichere Kenntnis, sondern lediglich die Vermutung von Provisionszahlungen gehabt zu haben. Im Übrigen habe er von einer Klageerhebung abgesehen, weil hiermit erheblicher, auch wirtschaftlicher Aufwand verbunden und er für diese Fonds nicht rechtsschutzversichert sei. Er habe sich deshalb auf diejenigen Fonds beschränkt, deren Prospekte die DG Bank herausgegeben habe.
Die Erläuterung des Klägers, im Hinblick auf die mit einer zu erwartenden rechtlichen Auseinandersetzung verbundenen Kosten eine Auswahl vorgenommen zu haben, erscheint plausibel. Fühlt sich ein Anleger infolge unterbliebener Aufklärung über die von der die Anlage vermittelnden Bank vereinnahmten Rückvergütungen nachträglich getäuscht, hält er aber dennoch an der Anlage fest, weil ihm

ein nachdrückliches, notfalls auch gerichtliches Verfolgen seines Rückgewähranspruchs zu aufwendig erscheint und er das mit einer solchen Auseinandersetzung verbundene wirtschaftliche Risiko scheut, stellt dies eine lebensnahe Reaktion dar, aus der nicht ohne weiteres geschlossen werden kann, dem Kläger sei die Frage der Verprovisionierung der ihn beratenden Bank von Beginn an gleichgültig gewesen. Das in dem Festhalten an anderen Anlageprodukten, bei deren Abschluss ebenfalls nicht auf von der beratenden Bank vereinnahmte Rückvergütungen hingewiesen worden ist, grundsätzlich liegende und auf die fehlende Kausalität eines solchen Aufklärungsdefizits für die schließlich getroffene Anlageentscheidung hindeutende Indiz erscheint deshalb deutlich geschwächt. Von daher kann auch unter zusätzlicher Berücksichtigung des Umstands, dass der Kläger eine Strategie der Steueroptimierung gewünscht hat, hieraus nicht der Schluss gezogen werden, die Kausalitätsvermutung sei widerlegt.

(3) Auch die auf Antrag der Beklagten zum Beweis ihrer Behauptung, der Kläger hätte die streitgegenständliche Fondsbeteiligung auch dann erworben, wenn sie ihn präzise über die Höhe der an sie fließenden Vermittlungsprovision aufgeklärt hätte, vor dem Senat durchgeführte Vernehmung des Klägers als Partei hat nicht zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung geführt. Der Kläger hat den Vortrag der Beklagten nicht bestätigt, sondern im Gegenteil angegeben, davon ausgegangen zu sein, dass für die Vermittlung der von ihm gezeichneten Anlagen keine Provision an die Beklagte fließe, diese Vermittlung vielmehr im Rahmen der Kundenbindung erfolge und die Beklagte sich darauf beschränke, an der sonstigen Geschäftsverbindung mit dem Kläger zu verdienen; hätte er von dem Provisionsfluss gewusst, so wären keine weiteren Anlagen von ihm gezeichnet worden.

d) Die Beklagte hat die ihr dem Kläger gegenüber obliegende Verpflichtung zur Aufklärung über von ihr vereinnahmte Vermittlungsprovisionen schuldhaft verletzt, was gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet wird.

e)

aa) Im Rahmen des von der Beklagten geschuldeten Schadensersatzes kann der Kläger Rückzahlung seiner Bareinlage zzgl. Agio, mithin 26.842,82 € verlangen. Hiervon sind im Rahmen der Vorteilsausgleichung die von ihm bezogenen Aus-

schüttungen in Höhe von 6.135,50 € in Abzug zu bringen, die der Kläger im Termin erster Instanz der Höhe nach unstreitig gestellt hat. Es verbleibt mithin ein Betrag von 20.707,32 €, der - ebenfalls aus Gründen der Vorteilsausgleichung - Zug um Zug gegen Übertragung der Rechtsstellung aus der eingegangenen Beteiligung von der Beklagten zu zahlen ist. Bei einer Zustellung der Klage am 27.01.2012 hat der Kläger des Weiteren ab dem 28.01.2012 Anspruch auf Prozesszinsen (§§ 288 Abs. 1 S. 2, 291 BGB). Nach der Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 1 Abs. 1 S. 3 und § 5 EGBGB ist jedoch nur § 288 Abs. 1 BGB a. F. anwendbar, da der Anspruch des Klägers vor dem 01.05.2000 fällig geworden ist. Der Zinssatz beträgt deshalb nicht 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, sondern lediglich 4%.

bb) Die von dem Kläger erzielten Steuervorteile sind nicht schadensmindernd anzurechnen sein. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss sich der Anleger die im Zusammenhang mit der Anlage erzielten dauerhaften Steuervorteile im Wege des Vorteilsausgleichs nur dann auf seinen Schaden anrechnen lassen, wenn die Ersatzleistung nicht ihrerseits zu versteuern ist. Trotz Versteuerung der Ersatzleistung ist eine Anrechnung erzielter Steuervorteile dann vorzunehmen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Anleger derart außergewöhnliche Steuervorteile erzielt hat, dass es unbillig wäre, ihm diese zu belassen (BGH, Urt. v. 31.05.2010 - II ZR 30/09, NJW 2010, 2506 m. w. N.).

(1) Hier ist die Ersatzleistung zu versteuern. Für den Kommanditisten, der steuerrechtlich Mitunternehmer des Betriebs der KG ist, stellen alle Zahlungen, die er im wirtschaftlichen Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der KG erhält, Betriebseinnahmen gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG dar (BGH, Urt. v. 17.11.2005 - III ZR 350/04, VersR 2006, 413 m. w. N.). Dazu gehört auch die Schadensersatzleistung, weil unter Betriebseinnahmen alle betrieblich veranlassten Wertzugänge zum Betriebsvermögen zu verstehen sind. Der für die Einordnung als Betriebseinnahme erforderliche wirtschaftliche Zusammenhang besteht auch mit Blick auf die Schadensersatzleistung, weil sie, wenn auch nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich durch die Aufgabe des Betriebs der KG ausgelöst wird und damit dem gewerblichen Bereich zuzuordnen ist. Dass die Schadensersatzleistung auf einer bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzpflicht beruht, spielt keine Rolle (BGH, Urt. v.

22.03.1979 - VII ZR 259/77, NJW 1979, 1449).

(2) Vor diesem Hintergrund kommt eine Anrechnung von Steuervorteilen nur dann in Betracht, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kläger außergewöhnlich hohe Steuervorteile erzielt hat, so dass es unbillig wäre, ihm diese zu belassen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs können außergewöhnliche Steuervorteile in Betracht kommen, wenn der Geschädigte Verlustzuweisungen erhalten hat, die über seine Einlageleistungen hinausgehen (vgl. BGH, Urt. v. 15.07.2010 - III ZR 336/08, VersR 2011, 1455). Das ist hier an sich der Fall, weil dem Kläger unstreitig Verluste in Höhe von 30.689,97 €, also von 120% der Einlage zugewiesen worden sind. Allerdings bedeuten hohe Verlustzuweisungen nicht gleichzeitig, dass dem Geschädigten automatisch außergewöhnliche Steuervorteile verbleiben. Dafür ist auch von Belang, welche Nachteile bei der zukünftigen Besteuerung der Ersatzleistung den erlangten Vorteilen gegenüberstehen. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Kläger die vereinnahmten Ausschüttungen als Einnahmen zu versteuern hatte und ihm während der Zeit der Anlage positive steuerliche Ergebnisse zugewiesen worden sind (vgl. etwa Anlage RB 2011, S. 17), wodurch sich die Verlustzuweisung insgesamt auf 112 % der Einlage reduziert.
Von daher wäre eine konkrete Berechnung erforderlich, die Sache des Schädigers ist, zu der die Beklagte aber nichts vorgetragen hat. Der Schädiger trägt die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Umstände, aus denen sich eine Ausgleichung von Vorteilen ergibt. Trotz der den Geschädigten treffenden sekundären Darlegungslast bleibt es auch insoweit zunächst die Aufgabe des Schädigers, entsprechenden Vortrag zu halten (vgl. BGH, Urt. v. 15.07.2010 - III ZR 336/08, VersR 2011, 1455; derselbe, Urt. v. 31.05.2010 - II ZR 30/09, NJW 2010, 250). Erst wenn seitens des Schädigers eine konkrete Behauptung zur Höhe der dem Gläubiger verbleibenden Steuervorteile aufgestellt wird, ist es an dem Gläubiger, die behaupteten Vorteile entweder zu akzeptieren, d. h. unbestritten zu lassen, oder aber die Behauptung streitig zu stellen, wobei dies als Ausfluss seiner sekundären Darlegungslast mit der Mitteilung der für die Berechnung erforderlichen Daten einhergehen muss, andernfalls die Behauptung des primär beweisbelasteten Schädigers als zugestanden gilt (vgl. BGH, Urt. v. 31.05.2010 - II ZR 30/09, NJW 2010, 250).
Die Streithelferinnen haben sich darauf beschränkt, unter Zugrundelegung eines

Spitzensteuersatzes von 50 % Steuervorteile des Klägers jeweils in Höhe von etwa der Hälfte der Verlustzuweisungen zu behaupten, ohne dies den aus der Steuerbarkeit der Ersatzleistung sowie aus der Versteuerung der Gewinnzuweisungen resultierenden Nachteilen gegenüberzustellen. Soweit sie des Weiteren für das Erzielen von außergewöhnlich hohen Steuervorteilen auf das Rentenalter des Klägers und den Freibetrag von 45.000,00 € nach § 16 Abs. 4 EStG verweisen, können sie damit nicht gehört werden. Der Freibetrag des § 16 Abs. 4 EStG bezweckt, Gewinne aus der Veräußerung kleinerer Betriebe aus sozialen Gründen steuerlich zu entlasten. Diese Steuervergünstigung wird dem Steuerpflichtigen daher aus besonderen persönlichen Gründen gewährt, was dem Schädiger nicht zugutekommen kann. Zudem wird diese Steuervergünstigung dem Berechtigten nur einmalig eingeräumt. Dem Vorteil aus dem Freibetrag stünde daher der Nachteil aus dem Verlust dieser Steuervergünstigung für andere in Zukunft gegebenenfalls anfallende Veräußerungs- oder Aufgabegewinne gegenüber. Eine Obliegenheit des Geschädigten, diesen Vorteil zugunsten des Schädigers endgültig aufzugeben, besteht jedoch nicht (vgl. BGH, Urt. v. 28.01.2014 - XI ZR 495/12, WM 2014, 460).

cc) Kein Anspruch besteht auf Ersatz des entgangenen Gewinns aus einer Alternativanlage. Der dem Kläger entstandene Schaden besteht zwar nicht nur in seiner Einlage, sondern zusätzlich auch in dem Schaden, der sich typischerweise daraus ergibt, dass sein verfügbares Kapital erfahrungsgemäß nicht ungenutzt geblieben, sondern zumindest zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre (vgl. BGH, Urt. v. 02.12.1991 - II ZR 141/90, WM 1992, 143). Deshalb besteht grundsätzlich gemäß den §§ 242 Abs. 1, 252 BGB auch Anspruch auf den entgangenen Zinsschaden, der gemäß § 287 Abs. 1 ZPO zu schätzen ist (BGH, Urt. v. 08.05.2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337). Für die Höhe des entgangenen Gewinns ist der Geschädigte darlegungs- und beweispflichtig, wobei ihm die Bestimmungen der §§ 252 S. 2 BGB, 287 ZPO den Beweis erleichtern (BGH, Urt. v. 13.01.2004 - XI ZR 355/02, BB 2004, 515). Die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung im Sinne von § 252 BGB und ihr mutmaßlicher Umfang sind allerdings anhand des Tatsachenvortrags des Anlegers dazu zu beurteilen, für welche konkrete Form der Kapitalanlage er sich ohne das schädigende Ereignis entschieden hätte (vgl. BGH, Urt. v. 24.04.2012 - XI ZR 360/11, WM 2012,

1188).
Der Kläger hat hierzu vorgetragen, im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung hätte er den Anlagebetrag über eine längere Laufzeit von mindestens 10 Jahren festverzinslich auf dem Kapitalmarkt angelegt und einen allgemein üblichen Zinssatz in Höhe von 4% pro Jahr erzielt. Dieses Anlageverhalten liegt jedoch nicht im Rahmen der hypothetischen Kausalität des § 252 S. 2 BGB. Mit einer solchen Anlageform hätte der Kläger die von ihm gewünschte Steuerersparnis nicht erreichen können. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er nach einer vergleichbaren Anlage gesucht hätte, die auch hinsichtlich der steuerlichen Verlustzuweisungen seinen Vorstellungen entsprach. Welcher Art diese Anlage konkret gewesen wäre und ob sich hieraus überhaupt irgendwelche Gewinne ergeben hätten, lässt sich jedoch nicht feststellen, so dass kein Anspruch auf entgangenen Gewinn besteht.

f) Der auf der unterlassenen Aufklärung über vereinnahmte Rückvergütungen beruhende Schadensersatzanspruch ist schließlich auch nicht verjährt. Unter Berücksichtigung der Überleitungsvorschriften des Art. 229 § 6 Abs. 1 und 4 EGBGB richtet sich die Verjährung ab dem 01.01.2002 nach den §§ 195, 199 Abs. 1 BGB n. F. Der Beginn der Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs wegen verschwiegener Rückvergütungen hängt von der Kenntnis des Klägers davon ab, dass die ihn beratende Bank Provisionen erhalten hat, deren Höhe nicht mitgeteilt wurde (BGH, Urt. v. 25.02.2013 - XI ZR 498/11, WM 2013, 609).

aa) Der Kläger hat zunächst vortragen lassen, erst nach Einschaltung seines jetzigen Prozessbevollmächtigten am 09.12.2011 Kenntnis davon erhalten zu haben, dass die Beklagte überhaupt irgendwelche Provisionen erhalten habe. Sodann hat er im Rahmen seiner Anhörung vor dem Landgericht am 09.01.2013 angegeben, von dem Provisionsfluss seit dem Jahre 2009 zu wissen. Damit ist die Verjährungsfrist grundsätzlich am 31.12.2012 abgelaufen, hier jedoch durch die rechtzeitig erfolgte Klageerhebung gemäß den §§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 209 BGB gehemmt worden.
Für eine frühere Kenntnis des Klägers ist nichts ersichtlich. Insbesondere ergibt sich die erforderliche Kenntnis nicht aus dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB wegen Zurechnung einer bei Rechtsanwalt Tilp möglicherweise vorhandenen Tatsachenkenntnis, den der Kläger im Jahre 2007 mandatiert hatte. Grundsätzlich

müssen die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB in der Person des Gläubigers vorliegen. Der Gläubiger, der einen Dritten mit der Tatsachenermittlung gerade zur Durchsetzung oder Abwehr u. a. desjenigen Anspruchs, um dessen Verjährung es konkret geht, beauftragt hat, muss zwar dessen Kenntnis gegen sich gelten lassen (BGH, Urt. v. 23.01.2007 - XI ZR 44/06, WM 2007, 639). Diese Voraussetzungen sind mit Blick auf die von dem Kläger beauftragte Anwaltskanzlei Tilp aber nicht gegeben, weil sich das Mandat auf andere vom Kläger gezeichnete Anlagen bezogen hat. Das als Anlage B 1 vorgelegte Schreiben vom 16.11.2007 bezieht sich auf die „DG Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 31"; das mit Schriftsatz vom 02.01.2013 als Anlage B 2 vorgelegte Schreiben vom 15.10.2007 wiederum betrifft verschiedene DGI-Fonds, nicht aber die streitgegenständlichen Anlage. Darüber hinaus wird in dem letztgenannten Schreiben ausdrücklich die Frage gestellt, „ob" bei den genannten Anlagen eine Rückvergütung geflossen sei, und nicht nur nach deren Höhe gefragt. Dies legt es aber nahe, dass bei den den Kläger damals vertretenden Rechtsanwälten gerade nicht die positive Kenntnis von tatsächlich an die Beklagte geflossenen Rückvergütungen, bezogen auf die konkret genannten Anlagen, vorhanden gewesen ist.

bb) Auch eine grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers ist nicht anzunehmen. Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt nur vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt und nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß vorgeworfen werden können, weil sich ihm die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben, er davor aber letztlich die Augen verschlossen hat. Insofern muss das Unterlassen von Ermittlungen nach Lage des Falls als geradezu unverständlich erscheinen, um ein grob fahrlässiges Verschulden des Gläubigers bejahen zu können (vgl. BGH, Urt. v. 22.07.2010 - III ZR 203/09, WM 2010, 1690).

(1) Die Streithelferinnen meinen zwar, es sei offensichtlich und jedem Anleger bekannt, dass eine Bank ihre kostenlose Anlageberatung mit einem Provisionsinteresse verbinde. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der von

seiner Bank bezüglich einer Geldanlage beratene Kunde aber im Gegenteil nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung eigene Interessen verfolgt (BGH, Urt. v. 15.04.2010 - III ZR 196/09, VersR 2011, 76).

(2) Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung der Beklagten lässt sich der Vorwurf grob fahrlässiger Unkenntnis auch nicht aus dem als Anlage B2 vorgelegten Schreiben der TILP Rechtsanwälte vom 15.10.2007 herleiten. So ist bereits offen, ob dem Kläger dieses Schreiben überhaupt bekannt gewesen ist. Doch selbst wenn er es abschriftlich erhalten haben sollte, ist nicht ersichtlich, weshalb sich ihm angesichts einer an die Beklagte gerichteten Anfrage seines von ihm beauftragten Rechtsanwalts, „ob" sie für bestimmte von dem Kläger gezeichnete Anlagen in Immobilienfonds eine Rückvergütung erhalten habe, hätte aufdrängen sollen, dass im Falle des streitgegenständlichen Schiffsfonds eine Rückvergütung geflossen sein müsse. Diese anwaltliche Anfrage spiegelte für den Kläger nichts weiter wieder als die Einschätzung seines damaligen Rechtsvertreters, es könne in den im Schreiben genannten Fällen zu einer Rückvergütung gekommen sein. Konkrete Tatsachen, auf denen diese Einschätzung beruht, nennt das Schreiben nicht. Auch ist die Beklagte nach ihren Angaben eine Antwort auf die Anfrage schuldig geblieben, hat den Erhalt von Rückvergütungen also gerade nicht eingeräumt.
Von daher stellt es jedenfalls keinen schweren Obliegenheitsverstoß des Klägers dar, wenn dieser, lediglich wissend dass der von ihm beauftragte Rechtsanwalt in den Fällen der geschlossenen Immobilienfonds an die Beklagte geflossene Rückvergütungen für möglich hielt, dies nicht zum Anlass für weitere Nachforschungen genommen hat. Das Unterlassen von Ermittlungen dazu, ob auch bei dem streitgegenständlichen Schiffsfonds, der nicht zu den „DGI-Fonds" gehört, Provisionen gezahlt worden sind, erscheint in diesem Licht nicht geradezu unverständlich und damit auch nicht grob fahrlässig.

(3) Grob fahrlässige Unkenntnis ist schließlich auch nicht mit Blick auf die Zusendung des MiFID-Starterpakets und die beigefügten „Informationen über Zuwendungen" aus September 2007 (Anlage BE 7) gegeben. Dass die Beklagte konkret für den Abschluss der streitgegenständlichen Beteiligung eine Provision erhalten hat, lässt sich dem Informationsblatt nicht entnehmen. Es handelt sich um voll-

ständig allgemein gehaltene Informationen, die für jede Art von Zuwendung gelten sollen und mit denen die Beklagte versucht hat, der am 01.11.2007 in Kraft getretenen Bestimmung des § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG vom 16.07.2007 zu entsprechen. Danach darf ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebendienstleistungen keine Zuwendungen von Dritten annehmen oder an Dritte gewähren, die nicht Kunden dieser Dienstleistung sind, es sei denn, 1. die Zuwendung ist darauf ausgelegt, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern, und steht der ordnungsgemäßen Erbringung der Dienstleistung im Interesse des Kunden im Sinne des § 31 Abs. 1 Nr. 1 nicht entgegen, und 2. Existenz, Art und Umfang der Zuwendung oder, soweit sich der Umfang noch nicht bestimmen lässt, die Art und Weise seiner Berechnung, werden dem Kunden vor der Erbringung der Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise deutlich offen gelegt.

Diesen Regelungszusammenhang berücksichtigend, hatte der Kläger aber nur Grund, in dem Informationsschreiben eine Information für künftige Zeichnungen zu sehen. Angesichts ihres nur allgemein gehaltenen Charakters wäre es nicht einmal als grob fahrlässig anzusehen, wenn der Kläger sie schlicht nicht zur Kenntnis genommen hätte. Stattdessen durfte er darauf vertrauen, dass ihn die Beklagte zum Zeichnungszeitpunkt pflichtgemäß aufgeklärt hätte, wäre von ihr eine Provision vereinnahmt worden; dementsprechend konnte er auch annehmen, dass, sollte die Beklagte an dieser Stelle etwas versäumt haben und ihn nachträglich aufklären wollen, dies durch ein auf die konkrete Beteiligung bezogenes Schreiben geschehen würde. Anlass, das der streitgegenständlichen Beteiligung vorangegangene Beratungsgespräch anhand der nun gegebenen Informationen auf Beratungsfehler zu kontrollieren, hatte er deshalb nicht.

Hinzu kommt, dass die Zeichnung im Jahre 2007 bereits 11 Jahre zurücklag. Jedenfalls im Hinblick auf diesen langen Zeitraum erscheint es nicht grob fahrlässig, wenn der Kläger angesichts des ihm in ganz anderem Zusammenhang zugesandten und nur allgemein gehaltenen Informationsschreibens nicht davon ausgegangen ist, die Beklagte habe auch schon bei einer mehr als ein Jahrzehnt zurückliegenden Beteiligung eine Provision verdient. Was 2007 branchenüblich gewesen sein mag, braucht es nicht auch schon im Jahre 1996 gewesen zu sein. Insoweit liegt der Streitfall grundlegend anders als der vom Oberlandesgericht Frankfurt

entschiedene, in dem es um eine im April 2006 gezeichnete Beteiligung gegangen ist und auf den sich die Beklagte im Rahmen der Berufung bezogen hat (Urt. v. 05.07.2013 - 10 U 166/12, BKR 2013, 391).

g) Verwirkung ist gleichfalls nicht anzunehmen. Die Annahme von Verwirkung setzt neben dem sogenannten Zeitmoment voraus, dass sich der Verpflichtete aufgrund des Verhaltens des Berechtigten darauf eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass wegen des geschaffenen Vertrauenstatbestands die verspätete Geltendmachung des Rechts als eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte erscheint (vgl. BGH, Urt. v. 20.07.2010 - EnZR 23/09, NJW 2011, 212; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Auflage, § 242 Rn. 95). Der Ablauf handelsrechtlicher Aufbewahrungsfristen allein vermag einen unzumutbaren Nachteil nicht zu begründen, unabhängig davon, dass die Beklagte ohnehin nicht vorgetragen hat, ihre Unterlagen tatsächlich nicht mehr aufzubewahren. Zudem hat der Kläger auch nicht in zurechenbarer Weise Anlass zu einem schutzwürdigen Vertrauen der Beklagten gegeben, der Schadensersatzanspruch werde nicht geltend gemacht (vgl. dazu BGH, Urt. v. 17.10.2006 - XI ZR 205/05, NJW-RR 2007, 257).

2. Antrag Ziffer 2:

Die Beklagte befindet sich in Annahmeverzug. Insoweit genügt ein wörtliches Angebot, weil die Beklagte zur Annahme Zug um Zug gegen Leistung von Schadensersatz nicht bereit ist (§§ 295 S. 1, 298 BGB). Ein solches Angebot zur Leistung Zug um Zug des Klägers ist zumindest in der Klageschrift enthalten.

3. Antrag Ziffer 3:

Der Feststellungsantrag ist unzulässig, weil das für eine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse fehlt. Die Möglichkeit eines Schadenseintritts genügt zur Annahme eines Feststellungsinteresses nur dann, wenn es um die Verletzung eines absoluten Rechts geht. Bei reinen Vermögensschäden, die - wie hier - Gegenstand der Klage sind, hängt die Zulässigkeit der Feststellungsklage von der Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung

zurückzuführenden Schadenseintritts ab (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2006 - XI ZR 384/03, NJW 2006, 830). Der Kläger hat jedoch keinerlei Vortrag dazu gehalten, warum die Entstehung von Ansprüchen Dritter, die in der Zeichnung der Beteiligung an der MS „Osnabrück" GmbH & Co. KG ihren Grund haben und von denen er freigestellt werden möchte, wahrscheinlich sein sollte. Insbesondere kommt auch eine Inanspruchnahme des Klägers nach den §§ 171, 172 HGB nicht in Betracht, weil der Kläger selbst nicht Kommanditist ist, sondern nur wirtschaftlich über die Treuhandkommanditistin an der Fondsgesellschaft beteiligt ist, so dass nicht er, sondern die Treuhandkommanditistin Anspruchsgegnerin eines auf die §§ 171, 172 HGB gestützten Anspruchs wäre (vgl. BGH, Urt. v. 15.07.2010 - III ZR 336/08, VersR 2011, 1455).

4. Antrag Ziffer 4:
Auch ein Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten besteht nicht. Insoweit fehlt es bereits an jeglichem Vortrag dazu, wofür diese Kosten angefallen sein sollen, insbesondere ist auch ein etwaiges vorprozessuales Aufforderungs- oder Mahnschreiben nicht vorgelegt worden.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.

6. Gründe zur Zulassung der Revision bestehen nicht (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Dr. Weber-Petras Dr. Kohlmeier Herborg