

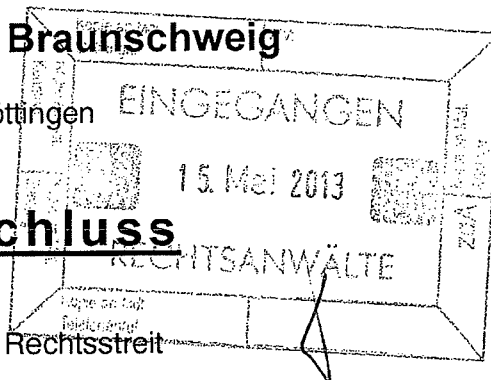
- Abschrift -



**Oberlandesgericht Braunschweig**

2 U 48/12

9 O 247/11 Landgericht Göttingen



**Beschluss**

In dem Rechtsstreit

der **Volksbank Einbeck eG**, vertreten durch die Vorstände Helmut Schlüter und Erhard Schrader, Dr. Friedrich-Uhde-Straße 14/16, 37574 Einbeck,

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte GenoRechtAnwälte Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover-  
sche Straße 149, 30627 Hannover,  
Geschäftszeichen: 3091/09KS32-fec

1. **DG Anlage Gesellschaft mbH**, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. 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 und Berufungsführer,

Prozessbevollmächtigte zu 1, 2:

Rechtsanwälte White & Case, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt,  
Geschäftszeichen: 7147454-0100.MUL.mnp

gegen

Frau ,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Schulze & Kollegen, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,  
Geschäftszeichen: 872/09MS05

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig durch den Richter am Oberlandesgericht Herborg als Vorsitzenden, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Redant und Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kohlmeier

am 08.05. 2013 beschlossen:

Die Beklagte und ihre Streithelferinnen werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, ihre Berufungen gegen das Urteil des Landgerichts Göttingen vom 28.02.2012 gemäß § 522 Abs 2 ZPO zurückzuweisen.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Berufungen der Beklagten und ihrer Streithelferinnen haben offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Das Landgericht hat die Beklagte mit zutreffenden Erwägungen im tenorierten Umfang zur Zahlung von Schadensersatz wegen Schlechterfüllung des zwischen den Parteien zustande gekommenen Beratungsvertrags verurteilt und den Annahmeverzug der Beklagten festgestellt. Die Berufungsbegründungen der Beklagten und ihrer Streithelferinnen haben demgegenüber keine Gesichtspunkte aufgezeigt, die zu einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage führen. Im Einzelnen:

a) Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass eine Bank aus dem Anlageberatungsvertrag verpflichtet ist, 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 Verwaltungsvergütungen 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 Sinne ist hier von einer aufklärungspflichtigen Rückvergütung

und nicht einer Innenprovision auszugehen, weil die Beklagte das Agio von 5% erhalten hat und es sich hierbei um eine offen ausgewiesene Provision, nämlich einen Ausgabeaufschlag handelt.

Über diesen Umstand ist der Zedent durch den Prospekt zur DG Immobilien-Anlage Nr. 34 (Anlage S 13) nicht ausreichend aufgeklärt worden. Dabei kann dahinstehen, ob, wie die Streithelferinnen meinen, die Zahlung von Rückvergütungen nicht Gegenstand einer prospektrechtlichen Aufklärungspflicht ist. Hier geht es nicht um die Feststellung eines Prospektfehlers, sondern darum, ob der Zedent mithilfe des Prospekts eine ausreichende Aufklärung erfahren hat. Das ist nicht der Fall. Der Zedent konnte den Angaben im Prospekt nicht entnehmen, ob und in welcher Höhe die Beklagte eine Rückvergütung erhielt. Zum Agio findet sich auf Seite 19 des Prospekts unter der Rubrik „Investitions- und Finanzierungsplan“ lediglich eine Fußnote, wonach auf das Beteiligungskapital ein Agio von 5% erhoben werde, welches nicht im Investitionsplan enthalten und an die Fondsgesellschaft zu zahlen sei und zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung stehe. Empfänger ist hiernach die Fondsgesellschaft, nicht die Beklagte. Dass der Betrag an die Beklagte weitergereicht wird, ergibt sich aus diesen Angaben nicht; die Beklagte ist nicht als Empfängerin benannt worden. Eine Aufklärung über Rückvergütungen mittels der Übergabe eines Prospektes setzt jedoch voraus, dass die beratende Bank als Empfängerin der der Höhe nach korrekt angegebenen Vertriebsprovisionen ausdrücklich genannt wird (vgl. auch dazu BGH, Urt. v. 08.05.2012, a. a. O.).

Der Zedent brauchte dies auch nicht daraus zu schließen, dass der Betrag zur Abdeckung von Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung stehen sollte. Damit ist nicht gesagt, dass er auch tatsächlich hierzu benötigt und verwendet wurde. Im Übrigen sind unter Eigenkapitalbeschaffungskosten nicht notwendigerweise Vermittlungsprovisionen zu verstehen. Es kann sich auch um Aufwendungen für Schulung, Werbung etc. handeln.

Unzutreffend ist die Auffassung der Streithelferinnen, es sei unerheblich, ob der Zedent die Höhe der Provisionen gekannt habe. Auch die Höhe der Rückvergütung muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ungefragt offengelegt werden (BGH, Beschl. v. 09.03.2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925). Dem Prospekt ist insoweit jedenfalls nicht zu entnehmen, in welcher Höhe Rückvergü-

tungen an die Beklagte geflossen sind.

Ebenso wenig kann angenommen werden, der Zedent sei über die Rückvergütung informiert gewesen, weil es, wie die Streithelferinnen meinen, offensichtlich und jedem Anleger bekannt sei, dass eine Bank ihre kostenlose Anlageberatung mit einem Provisionsinteresse verbinde. Die Vertragsbeziehung des Kunden zu seiner Bank ist regelmäßig davon geprägt, dass die Bank für die jeweiligen Dienstleistungen von dem Kunden ein Entgelt oder Provisionen erhält, etwa Depotgebühren, Kontoführungsgebühren sowie An- und Verkaufsprovisionen für den Erwerb oder die Veräußerung von Wertpapieren. Der von seiner Bank bezüglich einer Geldanlage in Wertpapiere beratene Kunde muss deshalb nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung eigene Interessen verfolgt. Er geht grundsätzlich nicht davon aus, dass die ihn beratende Bank aus den von ihm an die Anlagegesellschaft gezahlten Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungsgebühren eine Rückvergütung erhält (BGH, Urt. v. 15.04.2010 - III ZR 196/09, VersR 2011, 76).

Soweit die Streithelferinnen für die Frage einer ausreichenden Aufklärung durch die Angabe eines im Prospekt ausgewiesenen Agios auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2011 (III ZR 170/10, BB 2011, 1035) Bezug nehmen, verkennen sie die hier vom Bundesgerichtshof herausgestellten unterschiedlichen Interessenlagen im Falle der Anlageberatung durch Banken einerseits und durch freie, nicht bankmäßig gebundene Anlageberater andererseits.

b) Die mangelnde Aufklärung war für die Anlageentscheidung des Zedenten ursächlich. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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 Entscheidungskonfliktes knüpft (BGH, Urt. v. 08.05.2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337).

Diese Vermutung hat die Beklagte nicht widerlegt. Dass der Zedent den Weg der Fremdfinanzierung beschritten hat, was tatsächlich der zusätzlichen Steueroptimierung gedient haben dürfte, zeigt nur, dass es ihm maßgeblich auch auf das

Erzielen von Steuervorteilen angekommen ist. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass es ihm gleichgültig gewesen sei, ob ihn die Beklagte objektiv oder gewinnorientiert berät.

Im Übrigen steht der Umstand, dass ein Anleger eine steueroptimierte Anlage wünscht, für sich gesehen der Kausalitätsvermutung nicht entgegen (BGH, Beschl. v. 09.04.2009 - III ZR 89/08, zitiert nach juris). Die Relevanz der Steuerersparnis für die Anlageentscheidung des Anlegers stellt nur dann ein Indiz für die mangelnde Kausalität der fehlerhaften Anlageberatung dar, wenn es die gewünschte Steuerersparnis bei anderen Produkten nicht gegeben hätte oder sie mit anderen Produkten zwar hätte erzielt werden können, in diesem Falle aber die gleichen Rückvergütungen angefallen wären. Dazu hat die darlegungspflichtige Beklagte keinen Vortrag gehalten.

c) Aus den vom Landgericht genannten und von den Berufungen nicht angegriffenen Gründen hat die Beklagte ihre Pflichten aus dem mit dem Zedenten geschlossenen Beratungsvertrag nicht nur objektiv, sondern auch schuldhaft verletzt.

d) Eine Anrechnung von Steuervorteilen scheidet aus. 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, Urte. v. 31.05.2010 - II ZR 30/09, NJW 2010, 2506 m. w. N.).

Die vom Kläger erzielten Steuervorteile resultieren aus Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung. Solche Steuervorteile werden bei einer Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes durch die Besteuerung der Schadensersatzleistung im Veranlagungszeitraum ihres Zuflusses korrigiert, indem erstattete Werbungskosten als Einkünfte aus der Einkommensart zu qualifizieren sind, in der sie zuvor geltend gemacht wurden. Im Falle der Rückzahlung sind sie also der Besteuerung zu unterwerfen (BGH, Urte. v. 01.03.2011 - XI ZR 96/09, WM 2011,

740). Die Kritik der Streithelferinnen an dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geht fehl. Ein Unterschied zwischen eigen- und fremdfinanzierter Kapitalanlage besteht nur insofern, als in der Konstellation einer fremdfinanzierten Beteiligung zusätzliche Steuervorteile entstehen, nicht jedoch in Bezug auf die grundsätzliche Steuerbarkeit der Ersatzleistung bei der Rückzahlung von Werbungskosten.

Auch von außergewöhnlich hohen Steuervorteilen, die dem Zedenten bzw. der Klägerin verbleiben, ist hier nicht auszugehen. Die Streithelferinnen verweisen hierzu auf Verlustzuweisungen in Höhe von 113.574,02 € bei einer Einlage in Höhe von 200.000,00 DM zzgl. 5% Agio. Soweit ersichtlich, ist der Ausnahmefall ganz außergewöhnlicher Steuervorteile vom Bundesgerichtshof bislang aber erst in einem Fall bejaht worden, in dem der Schädiger behauptet hatte, der Geschädigte erhalte bereits für das erste Jahr eine Verlustzuweisung in Höhe von 100% seiner Zeichnungssumme, obwohl er diese zu weniger als 2/3 eingezahlt hatte; zusätzlich sollten sich besondere Vorteile daraus ergeben, dass es sich um eine Auslandsbeteiligung handelte (BGH, Ur. v. 27.06.1984 - IVa ZR 231/82, VersR 1984, 891). Damit ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar. Der Zedent hat seine Einlage und das Agio in vollem Umfang erbracht. Die erhaltenen Verlustzuweisungen beziehen sich auf den Zeitraum von 1994 bis 2009, erstrecken sich also über 16 Jahre. Berücksichtigt man, dass der Bundesgerichtshof Verlustzuweisungen von 84,5% in zehn Jahren als nicht ausreichend eingestuft hat (BGH, Ur. v. 12.02.1986 - IVa ZR 76/84, NJW-RR 1986, 1102), erscheint die Annahme außergewöhnlich hoher Steuervorteile auch im Streitfall nicht gerechtfertigt.

e) Der Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt. Soweit die Streithelferinnen in diesem Zusammenhang davon ausgehen, dass dem Zedenten sämtliche eine mögliche Haftung auslösenden Umstände mit der Aushändigung des Prospekts im Jahre 1994 bekannt gewesen seien, trifft dies nach dem oben Gesagten nicht zu. Auch für grobe Fahrlässigkeit, also ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße, ist nichts ersichtlich. Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Kunde grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass die ihn beratende Bank eine Rückvergütung

erhält.

f) Ebenso wenig ist Verwirkung anzunehmen. Der Annahme einer wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzulässigen Rechtsausübung der Klägerin steht bereits entgegen, dass sich das Verschweigen der Rückvergütung durch die Beklagte seinerseits als treuwidrig darstellt. Im Übrigen setzt die Annahme von Verwirkung 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, 71. Auflage, § 242 Rn. 95). Auch daran fehlt es. Dass die Beklagte keine Vorkehrungen für Ansprüche wie den streitgegenständlichen getroffen hat, lässt nicht erkennen, dass ihr infolge der verspäteten Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde. Gleiches gilt für den Ablauf handelsrechtlicher Aufbewahrungsfristen. Zudem haben weder der Zedent noch die Klägerin 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).

g) Schließlich ebenfalls zu Recht hat das Landgericht den Annahmeverzug der Beklagten festgestellt. Ein wörtliches Angebot der Klägerin genügt, weil die Beklagte zur Annahme Zug um Zug gegen Leistung von Schadensersatz nicht bereit ist (§§ 295 Satz 1, 298 BGB). Besteht die Kapitalanlage - wie hier - in der Rechtsposition als Treuhandkommanditist, genügt es, wenn der Geschädigte im Rahmen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs als Zug um Zug zu gewährende Leistung die Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Treuhandvertrag anbietet (vgl. BGH, Urt. v. 10.07.2012 - XI ZR 272/10, WM 2012, 1589; ders., Beschl. v. 06.07.2010 - XI ZB 40/09, WM 2010, 1673; ders., Urt. v. 07.12.2009 - II ZR 15/08, WM 2010, 262; OLG Frankfurt, Urt. v. 29.06.2011 - 23 U 410/09, VuR 2011, 463), so dass der Einwand der Streithelferinnen, es hätten die Voraussetzungen für eine Anteilsübertragung durch Vertragsübernahme des Treuhandvertrags gemäß § 9

des Treuhandvertrags herbeigeführt werden müssen, nicht greift. Das hiernach erforderliche und von der Beklagten abgelehnte Angebot hat die Klägerin spätestens mit der Klageerhebung unterbreitet, wobei ihr Antrag im Sinne einer Übertragung der Rechtsposition des Treugebers auszulegen ist. Entsprechend hat das Landgericht im Urteilstenor eine klarstellende Formulierung gewählt.

2. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Des Weiteren erfordern weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Es handelt sich um eine von den Umständen des Einzelfalls geprägte Entscheidung, die anerkannte Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Anwendung bringt. Auch eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 - 4 ZPO).

## II.

Es besteht für die Beklagte und die Streithelferinnen **binnen 3 Wochen** Gelegenheit zur Stellungnahme oder Berufungsrücknahme. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass sich die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens im Falle einer Berufungsrücknahme auf die Hälfte ermäßigen (Nr. 1222 KV GKG).

Herborg

Dr. Redant

Dr. Kohlmeier