

- Ausfertigung -

Geschäftsnummer:
17 U 221/10
5 O 410/08
Landgericht
Karlsruhe



Verkündet am
12. Juli 2011

Marx, JHSin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe

17. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

EINGEGANGEN

14. Juli 2011

RECHTSANWÄLTE

Im Rechtsstreit

Schweinfurt

- Klägerin / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Schulze u. Koll., Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt (08/10886)

gegen

BBBank e. G.

vertreten durch d. Vorstand Dr. Wolfgang Müller
Herrenstraße 2-10, 76133 Karlsruhe

- Beklagte / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Kuentzle u. Koll., An der Raumfabrik 29, 76227 Karlsruhe
(908/08F01 D5/15514)

Streithelferin:

DZ Bank AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank

vertreten durch d. Vorstandsvorsitzenden Wolfgang Kirsch
Platz der Republik, 60265 Frankfurt

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte White & Case LLP u. Koll., Bockenheimer Landstr. 20, 60323 Frankfurt/Main (DZB.F100948.MUL.vuckoiv7199989)

wegen Schadensersatz

hat der 17. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2011 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Dr. Müller-Christmann

Richter am Oberlandesgericht Lindner

Richterin am Landgericht Dr. Merz

für **Recht** erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 29.10.2010 - 5 O 410/08 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 10.737,13 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 26.09.2008 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung des Dr. [Name] am Immobilienfonds DG Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 30 „Berlin und Neue Länder“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG, Berlin, Stammnummer 30.0 [Name], an die Beklagte.
 2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 837,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 17.12.2008 zu zahlen.
 3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Annahme des Angebots auf Rückübertragung der in Ziff. 1 genannten Beteiligung in Annahmeverzug befindet.
- II. Die Kosten der Streithilfe trägt die Streithelferin. Im Übrigen trägt die Beklagte die Kosten beider Rechtszüge.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.
- V. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird festgesetzt auf 10.737,13 €.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes Dr. (im Folgenden: Anleger oder Zedent) Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds.

Der damals 66 Jahre alte Zedent erwarb am 17.12.1992 auf Empfehlung des Beraters der Beklagten Eggert eine Beteiligung an dem geschlossenen Immobilienfonds DG Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 30 „Berlin und Neue Länder“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG, Berlin, in Höhe von 20.000 DM zzgl. 5 % Agio (Zeichnungsschein, Anlage K 1). Sein Beteiligungsantrag wurde mit Erklärung vom 28.12.1992 angenommen (Anlage K 2). Mit Schreiben des klägerischen Prozessbevollmächtigten vom 11.09.2008 wurden gegenüber der Beklagten unter Fristsetzung zum 25.09.2008 Schadensersatzansprüche angemeldet (Anlage K 3).

Die Klägerin hat die Beklagte mit der am 09.12.2008 eingegangenen und der Beklagten am 16.12.2008 zugestellten Klage auf Erstattung der Beteiligung nebst Agio in Höhe von 10.737,00 EUR zuzüglich Zinsen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung in Anspruch genommen sowie auf Feststellung des Annahmeverzugs und Erstattung außergerichtlich angefallener Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 837,52 EUR nebst Zinsen.

Die Klägerin hat vorgetragen, der Zedent sei in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft beraten worden. Dem Zedenten, der auch eine zusätzliche sichere Altersvorsorge gesucht habe, sei die Beteiligung als sicher empfohlen worden. Die Beklagte sei der ihr obliegenden Aufklärungspflicht nicht nachgekommen. Auf ein Totalverlustrisiko sei ebenso wenig hingewiesen worden wie auf die mangelnde Fungibilität der Beteiligung. Auch über Vertriebskosten, Provisionen und Rückvergütungen sei nicht ausreichend aufgeklärt worden. Eine Aufklärung durch den Emissionsprospekt sei schon deshalb nicht erfolgt, weil dieser dem Zedenten nie übergeben worden sei. Im Übrigen sei der Prospekt fehlerhaft. Verjährung sei nicht eingetreten, da der Zedent erst durch die anwaltliche Beratung am

19.08.2008 auf Beratungs- und Aufklärungsfehler hingewiesen worden sei. Die Klägerin meint, Steuervorteile seien nicht anzurechnen. Ausschüttungen habe der Zedent zu keiner Zeit erhalten.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Die Abtretung von Schadensersatzansprüchen scheitere an § 9 des Treuhandvertrags. Aufklärungsfehler lägen nicht vor, auch sei der Prospekt rechtzeitig übergeben worden. Ferner hat sich die Beklagte auf Verjährung berufen. Annahmeverzug liege mangels tatsächlichen Angebots der Beteiligung nicht vor.

Die dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten als Streithelferin beigetretene DZ Bank ist der Klage ebenfalls entgegengetreten. Sie beruft sich auch darauf, behauptete Aufklärungsfehler seien für die Anlageentscheidung nicht kausal geworden. Im Übrigen sei der geltend gemachte Schaden durch Ausschüttungen und anzurechnende, weil außergewöhnlich hohe Steuervorteile gemindert. Aus Verlustzuweisungen von 11.289 EUR von 1992 bis 2003 hätten bei einem angenommenen Steuersatz von 50 % vermutlich Steuerersparnisse von etwa 5.600 EUR resultiert. Die Aufgabe des Unternehmensanteils sei demgegenüber gem. §§ 16, 34 EStG erheblich steuerbegünstigt. Die Beklagte hat ebenfalls Verjährung eingewendet.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen und der weiteren Einzelheiten des Parteivortragens wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung des Zedenten, des Beraters Eggert, des Geschäftsführers der DG Anlagegesellschaft Fräsdorf und der dort beschäftigten Ute Knöbel als Zeugen abgewiesen. Zwar sei die Klägerin aktivlegitimiert und zwischen dem Zedenten und der Beklagten habe auch ein Beratungsvertrag bestanden. Der Emissionsprospekt sei dem Zedenten zu keinem Zeitpunkt übergeben worden. Beratungsfehler lägen gleichwohl nicht vor. Eine Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen habe im Streitfall nicht bestanden, da der Zedent das Agio nicht über die Beklagte, sondern direkt an die Fondsgesellschaft gezahlt habe. Über ein Totalverlustrisiko habe nicht aufgeklärt werden müssen, diesbezügliche Ansprüche seien jedenfalls verjährt, da der Zedent durch die Rechenschaftsberichte spätestens im Jahr 1999 Kenntnis oder zumindest grob fahrlässige Unkenntnis in Bezug auf die wirtschaftliche Entwicklung des

Fonds gehabt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Ausführungen des Landgerichts wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die die erstinstanzlich geltend gemachten Klageansprüche in vollem Umfang weiterverfolgt. Sie hält an ihrer Auffassung fest, dass Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte bestünden. Es seien, wie sich auch aus der Einvernahme der Zeugin Knöbel ergebe, Rückvergütungen in Höhe von 8 % der Beteiligungssumme an die Beklagte geflossen. Damit seien aufklärungspflichtige Rückvergütungen im Sinne der „Kick-Back“-Rechtsprechung gegeben. Entgegen dem Landgericht komme es nicht auf den Zahlungsfluss an, so dass es unerheblich sei, dass der Zedent das Agio nicht über die Beklagte, sondern direkt an die Fondsgesellschaft gezahlt habe. Anders als ein freier Berater sei die Beklagte als Bank auch zur Aufklärung über diese Rückvergütungen verpflichtet, da der Kunde bei seiner Bank mit einem solchen Interessenkonflikt nicht rechne. Im Rahmen des Beratungsgesprächs sei über Rückvergütungen nicht aufgeklärt worden. Hieraus resultierende Ansprüche seien auch noch nicht verjährt, da die Verjährung für die jeweilige Pflichtverletzung gesondert laufe und der Zedent Kenntnis von der Rückvergütungsproblematik erst am 19.08.2008 durch anwaltliche Beratung erlangt habe.

Die Klägerin beantragt:

1. In Abänderung des Urteils des Landgerichts Karlsruhe vom 29.10.2010, Az. 5 O 410/08 wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 10.737,13 € nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 26.09.2008 zu zahlen Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung des Dr. [Name] am DGI Nr. 30, Stammnummer 30.0 [Name].
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 837,52 € nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Berufung. Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und hält im Berufungsrechtszug die Einrede der Verjährung aufrecht.

Die Streithelferin der Beklagten schließt sich dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung an. Sie macht weiter geltend, die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens könne für die behauptete Nichtaufklärung über Rückvergütungen nicht gelten, da diese keine Auswirkungen auf die Werthaltigkeit der Beteiligung selbst hätten. Auch sei lebensfremd anzunehmen, dass es für den Zedenten nur die Handlungsmöglichkeit gegeben habe, von der konkreten Anlage Abstand zu nehmen. Die Vermittlungsprovision falle im Vergleich zu der Höhe der langfristig zu erzielenden Steuervorteile nicht ins Gewicht. Die Streithelferin hält auch ihren Verwirkungseinwand unter Verweis auf den Ablauf der sechsjährigen handelsrechtlichen Aufbewahrungsfrist aufrecht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Der Berater der Beklagten hat pflichtwidrig nicht über Rückvergütungen aufgeklärt. Die hieraus resultierende Schadensersatzforderung ist nicht verjährt. Die Klägerin muss sich die dem Zedenten entstandenen Steuerersparnisse nicht unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung schadensmindernd anrechnen lassen.

1. Zwischen dem Zedenten und der Beklagten ist ein Beratungsvertrag zustande gekommen. Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass die Beklagte zur anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet war. Dies beinhaltet die Verpflichtung, den Anleger über alle Umstände und Risiken, die für die Anlageentscheidung Bedeutung haben, richtig und vollständig zu informieren.
2. Im Streitfall oblag der Beklagten die Verpflichtung, den Anleger darüber aufzuklären, dass ihr von der Fondsgesellschaft für die Vermittlung des streitgegenständlichen Fonds eine Vertriebsprovision gezahlt wurde.
 - a) Der Senat geht davon aus, dass die Beklagte für den Vertrieb der Anlage Rückvergütungen von der Fondsgesellschaft erhalten hat. Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, die Beklagte habe eine Vertriebsprovision von 8 % erhalten. Dies

hat die Beklagte auch in der Berufungsinstanz ohne nähere Begründung bestritten. Nach der Vernehmung der Zeugin Knöbel durch das Landgericht steht allerdings zur Überzeugung des Senats fest, dass die Beklagte für den Vertrieb Rückvergütungen erhalten hat. Die Zeugin Knöbel hat bei ihrer Vernehmung widerspruchsfrei ausgesagt, dass eine Vertriebsprovision von insgesamt 8 % in der Kalkulation des Fonds enthalten war, bestehend aus dem Agio in Höhe von 5 % und einer Innenprovision in Höhe von 3 %. Sie hat weiter bestätigt, dass die Banken für die Vermittlung der Anlage Provisionen erhalten haben. Wie hoch diese gewesen seien, wisse sie nicht. Den Zeichnungsbetrag und das Agio habe die Fondsgesellschaft erhalten, von einem Sammelkonto sei das Geld danach auf ein anderes Konto der Fondsgesellschaft transferiert worden. Aus diesen Geldern seien dann auch die Vermittlungsprovisionen an die Banken gegangen.

Danach steht zur Überzeugung des Senats fest, dass Vertriebsprovisionen von bis zu 8 % vorgesehen waren und dass tatsächlich auch Provisionen von der Fondsgesellschaft an die Banken gewährt wurden.

- b) Bei den von der Klägerin behaupteten und von der Zeugin Knöbel bestätigten Vermittlungsprovisionen handelte es sich um aufklärungspflichtige Rückvergütungen im Sinne der BGH-Rechtsprechung.

Nach den Grundsätzen der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2006 (NJW 2007, 1876) muss eine Bank, die Fondsanteile empfiehlt, den Kunden darauf hinweisen, dass sie Rückvergütungen aus Aufgabeeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält. Die Aufklärung über die Rückvergütung ist notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offen zu legen. Erst durch die Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob die Bank ihm einen bestimmten Titel nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient (BGH, NJW 2007, 1876, Rn. 22, 23).

- c) Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ist es für das Umsatzinteresse der Bank und damit für das Aufklärungsbedürfnis des Kunden ohne Bedeutung, ob die Rückvergütung aus Beträgen entnommen wird, die vom Anleger direkt an die Fondsgesellschaft gezahlt wurden, oder ob sie über die Bank

an die Fondsgesellschaft übermittelt wurden (so auch Senatsurteil vom 07. Juni 2011 - 17 U 249/10; BGH, Beschluss vom 09.03.2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 bzgl. Medienfonds). Der BGH hat klargestellt, dass die in dem Grundsatzurteil vom 19. Dezember 2006 als Quelle der Rückvergütungen erwähnten „Ausgabeaufschläge und Verwaltungsgebühren“ nur beispielhaft genannt sind. Die Fehlvorstellung über die Neutralität der Beratungsleistung der Bank entsteht dabei unabhängig davon, aus welcher offen angegebenen Quelle die Rückvergütung an die beratende Bank fließt. Entscheidend ist, ob Rückvergütungen hinter dem Rücken des Anlegers an die beratende Bank zurückfließen, so dass der Anleger das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen kann (BGH, Beschluss vom 09.03.2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925, Rn. 24, 25).

Daher bestand eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen schon deshalb, weil aus dem vom Anleger an die Fondsgesellschaft gezahlten Agio eine Vertriebsprovision an die Beklagte gezahlt wurde.

- d) Auch der Einwand der Streithelferin, der Anleger müsse mit einem Provisionsinteresse der beratenden Bank rechnen, greift nicht durch. Während es für den Kunden eines nicht bankmäßig gebundenen, freien Anlageberaters auf der Hand liegen muss, dass der Anlageberater von der kapitalsuchenden Anlagegesellschaft Vertriebsprovisionen erhält und seine Leistungen insgesamt nicht kostenlos erbringt, muss der von seiner Bank bezüglich einer Geldanlage beratene Kunde nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung eigene Interessen, etwa ein eigenes Provisionsinteresse verfolgt (BGH, Urteil vom 15.04.2010 - III ZR 196/09, WM 2010, 885).
- e) Die Rechtsprechung zur Offenbarungspflicht bei Rückvergütungen ist auf geschlossene Fonds übertragbar (Senat, Urteil vom 07.05.2010 - 17 U 92/09, juris Rn. 37). Die nach der Rechtsprechung des BGH bestehende Aufklärungspflicht über Innenprovisionen schließt die Annahme einer hiervon unabhängigen Offenbarungspflicht über Rückvergütungen bei geschlossenen Immobilienfonds nicht aus. Der Aufklärungspflicht über Innenprovisionen und über Rückvergütungen liegen nämlich unterschiedliche Schutzrichtungen zugrunde. Über Innenprovisionen muss der Anleger aufgeklärt werden, weil sie keine Gegenleis-

tung für die Schaffung von Sachwerten darstellen und deshalb auf eine geringere Werthaltigkeit des Objekts und eine geringere Rentabilität der Anlage schließen lassen. Auf ihr selbst zustehende Rückvergütungen muss die beratende Bank dagegen deshalb hinweisen, weil sie einen Interessenkonflikt und damit die konkrete Gefahr begründen, dass die Anlage nicht allein im Kundeninteresse empfohlen wird (Senat, a. a. O., juris Rn. 37, 38).

3. Die Beklagte hat den Zedenten über Rückvergütungen nicht aufgeklärt. Sie hat selbst nicht behauptet, den Anleger bei dem Beratungsgespräch mündlich auf Vertriebsprovisionen hingewiesen zu haben. Ob in dem Emissionsprospekt der streitgegenständlichen Anlage eine ausreichende Aufklärung zu sehen ist, kann dahinstehen. Das Landgericht hat bindend (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) festgestellt, dass dem Zedenten ein Prospekt zu keinem Zeitpunkt übergeben wurde (Urteil S. 16). Eine Pflichtverletzung der Beklagten besteht daher schon darin, dass sie nicht über die gezahlten Rückvergütungen aufgeklärt hat. In welcher Höhe Vertriebsprovisionen geflossen sind, kann insofern dahinstehen.
4. Das Vertretenmüssen wird gem. § 282 BGB a.F. (jetzt § 280 1 S. 2 BGB) vermutet. Hiergegen bringt die Beklagte nichts vor.
5. Die unterlassene Aufklärung über die Rückvergütungen war für die Zeichnung der Anlage auch ursächlich. Für den Zedenten streitet die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens.
 - a) Steht eine Aufklärungspflichtverletzung fest, greift für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ein. Das bedeutet, dass der Aufklärungspflichtige beweisen muss, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte, er also den Hinweis, wäre er erteilt worden, unbeachtet gelassen hätte. Diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters, also auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen (BGH, WM 2009, 1274, Rn. 22; Senat, Urteil vom 07.05.2010 - 17 U 92/09, juris Rn. 61). Der Einwand der Streit Helferin, die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sei nur bei Aufklärungsfehlern über wesentliche Faktoren der Beteiligung gerechtfertigt, greift daher nicht.

- b) Die Beklagte hat die Vermutung auch nicht dadurch erschüttert, dass sie einen konkreten Entscheidungskonflikt des Anlegers dargelegt hätte. Zwar greift die Vermutung dann nicht ein, wenn sich der Anleger bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden, wenn es also nicht nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gegeben hätte. Es muss aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalles feststehen, dass dem Anleger bei gehöriger Aufklärung mindestens zwei tatsächlich von ihm zu ergreifende Handlungsalternativen zur Verfügung standen (BGH, Beschluss vom 09.03.2011 - XI ZR 191/10 Rn. 34 bzgl. Rückvergütungen).

Hierzu hat die Beklagte nichts Konkretes dargelegt. Insbesondere kann bei verschwiegenen Rückvergütungen nicht schon wegen deren Geringfügigkeit im Verhältnis zur Anlagesumme von einem Entscheidungskonflikt ausgegangen werden (BGH, Beschluss vom 09.03.2011 - XI ZR 191/10, Rn. 34). Auch aus der Absicht, Steuern zu sparen, lässt sich ein Entscheidungskonflikt allein nicht begründen. Gerade bei einem Immobilienfonds geht es auch um eine werthaltige Anlage. Ein Entscheidungskonflikt ist daher nicht schon deshalb anzunehmen, weil der Anleger mit erheblichen Steuervorteilen geworben wurde, jedenfalls wenn eine gehörige Aufklärung über wertbildende Faktoren unterblieben ist (BGH, WM 2010, 972 Rn. 19).

Nichts anderes kann bei der mangelnden Aufklärung über Rückvergütungen gelten. Denn ein Anleger, der weiß, dass die Anlageempfehlung auf dem eigenen Provisionsinteresse der beratenden Bank beruht, wird diese Empfehlung typischerweise kritischer würdigen als wenn ihm dies verborgen bleibt, und er deswegen annehmen darf, die Bank orientiere sich in erster Linie an seinem persönlichen Interesse (Senat, Urteil vom 07.05.2010 - 17 U 92/09, juris Rn. 62).

Dass der Zedent auch bei Kenntnis von den Rückvergütungen und der hieraus resultierenden Interessenkollision in einem Entscheidungskonflikt gewesen wäre, legt die Beklagte nicht dar. Vielmehr spricht die Aussage des als Zeugen vernommenen Anlegers, es sei ihm auch um eine Alterssicherung gegangen, wenn er damals gewusst hätte, dass die Bank für die Vermittlung der Fondsanteile etwas erhalten soll, wäre er sofort stutzig geworden und hätte den Anteil

nicht gekauft, gegen einen Entscheidungskonflikt.

Die Beklagte hat die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens daher nicht zu erschüttern vermocht.

- d) Die Beklagte hat die Vermutung auch nicht widerlegt. Dafür hätte sie darlegen und beweisen müssen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte, weil er den richtigen Rat oder Hinweis nicht befolgt hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2011 - XI ZR 191/10, Rn. 33). Hierzu trägt die Beklagte indessen nichts vor. Insbesondere ist nicht behauptet, dass der Zedent frühere Anlagen auch in Kenntnis von Rückvergütungen gezeichnet hatte.

6. Der Schadensersatzanspruch ist auch nicht verjährt.

Dabei beginnt die kenntnisabhängige Verjährungsfrist bei mehreren Beratungsfehlern für jeden Beratungsfehler gesondert zu laufen (BGH WM 2008, 89). Im Streitfall kommt es daher auf die Kenntnis des Zedenten von der unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen an. Hierzu hat die Klägerin unbestritten vorgetragen, dass Kenntnis von der Rückvergütungsproblematik erst durch den klägerischen Prozessbevollmächtigten am 19.08.2008 vermittelt wurde. Bei Eingang der Klage am 09.12.2008 war Verjährung gem. §§ 195, 199 BGB (i.V. m. Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB) daher noch nicht eingetreten.

Unerheblich ist, ob die Ersatzansprüche, welche zusätzlich aus einem unterlassenen Hinweis auf ein Totalverlustrisiko resultieren könnten, insofern bereits verjährt wären.

7. Gem. § 249 Abs. 1 BGB hat die Beklagte daher der Klägerin den dem Zedenten entstandenen Schaden zu ersetzen.

- a) Dieser Schaden besteht zum einen in den Kosten, die für den Erwerb der Kapitalanlage aufgewendet wurden. Dies sind 20.000 DM, zzgl. 5 % Agio, insgesamt 21.000 DM, entsprechend 10.737,13 €, zu zahlen Zug um Zug gegen Rückübertragung der streitgegenständlichen Beteiligung.

- b) Auf Antrag der Klägerin ist auch festzustellen, dass sich die Beklagte mit der

Annahme des Angebots auf Rückübertragung der Beteiligung in Annahmeverzug befindet. Die Beklagte ist auch nicht mit dem Argument zu hören, mangels eines tatsächlichen Angebots liege kein Annahmeverzug vor. Ein tatsächliches oder wörtliches Angebot ist nämlich dann entbehrlich, wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung beharrt (BGH, NJW 2001, 287). Die Beklagte hat im Prozess stets die Auffassung vertreten, nicht zum Schadensersatz verpflichtet zu sein. Spätestens damit sind weitere ausdrückliche Angebote der Rückübertragung der Beteiligung entbehrlich geworden.

- c) Die Klägerin durfte sich zur vorgerichtlichen Geltendmachung ihrer Ersatzansprüche auch anwaltlicher Hilfe bedienen, sodass die entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten als Teil des ersatzfähigen Schadens gem. § 249 BGB zu erstatten sind. Die nicht bestrittene Höhe bemisst sich wie folgt:

Gegenstandswert:	10.737,13 €	
1,3 Geschäftsgebühr, §§ 13, 14, Nr. 2300 VV RVG:	683,80 €	
zzgl. Pauschale, Nr. 7002 VV RVG:	20,00 €	
Zwischensumme netto:	703,80 €	
zzgl. 19 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 VV RVG:	133,72 €	
Gesamt:	837,52 €	

- d) Der Zinsauspruch folgt hinsichtlich der Hauptforderung aus § 288 Abs. 1 BGB, hinsichtlich der Rechtsanwaltskosten aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Die Beklagte befand sich unstreitig infolge der Mahnung vom 11.09.2008 unter Fristsetzung zum 25.09.2008 ab 26.09.2008 in Verzug.
8. Der Ersatzanspruch der Klägerin ist auch nicht um Ausschüttungen zu kürzen. Die Klägerin hat unbestritten vorgetragen, dass der streitgegenständliche Fonds keinerlei Ausschüttungen geleistet hat.
9. Die Klägerin muss sich auch keine Steuervorteile des Zedenten anrechnen lassen.
- a) Grundsätzlich kommt eine Anrechnung von Steuervorteilen, die sich aus einer Kapitalanlage ergeben, im Schadensersatzprozess des Anlegers nicht in Betracht, wenn, wie dies regelmäßig der Fall ist, auch die Schadensersatzleistung der Besteuerung unterliegt. Eine nähere Berechnung ist nur dann erforderlich, wenn Anhaltspunkte für außergewöhnliche Steuervorteile bestehen, die dem Geschädigten unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung verbleiben, oder er gar Verlustzuweisungen erhalten hat, die über seine Einlageleistungen hinausgehen. Für solche Umstände trägt der Schädiger die

Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil v. 15.07.2010 - III ZR 336/08, WM 2010, 1641; BGH, Urteil v. 01.03.2011 - XI ZR 96/09, WM 2011, 740).

- b) Soweit sich die Beklagte sich darauf beruft, der Zedent könne aufgrund der Regelungen in § 16 und § 34 EStG außergewöhnlich hohe Steuervorteile bei der Versteuerung des Aufgabegewinns nutzen, begründet dies jedenfalls keine außergewöhnlichen Steuervorteile. Hierzu hat der BGH entschieden, dass rechnerische Vorteile, die sich daraus ergeben können, dass dem Geschädigten eine Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 1, 3 EStG zugutekommt, keine außergewöhnlichen Steuervorteile darstellen, die den Schädiger von seiner Schadensersatzpflicht entlasten müssten (BGH, WM 2010, 1641, Rn. 52; BGH NJW 1984, 2524, Rn. 34).
- c) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Höhe der Verlustzuweisungen. Zwar hat die Streithelferin der Beklagten Verlustzuweisungen von 11.289 EUR angeführt, was den Einlagebetrag von 10.737 EUR tatsächlich übersteigen würde, allerdings bezogen auf den gesamten Zeitraum 1992 - 2003. Dies rechtfertigt unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung kein Anrechnung von Steuervorteilen. In einem Fall, in dem der BGH ausnahmsweise eine Anrechnung für möglich gehalten hatte, standen bereits im ersten Jahr Verlustzuweisungen in Höhe von 105 % der nominellen Zeichnungssumme im Raum, die der Anleger wiederum nur zu 2/3 eingezahlt hatte (BGH NJW 1984, 2524). Dieser Fall ist daher mit dem Streitfall nicht vergleichbar. Demgegenüber wurden Verlustzuweisungen von 84,5 % in 10 Jahren nicht als relevant angesehen (BGH NJW-RR 1986, 1102).
- d) Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Anrechnung von Steuervorteilen sind daher nicht dargelegt.
10. Der Einwand der Verwirkung greift ebenfalls nicht durch. Der Verweis auf den Ablauf der Aufbewahrungsfrist des § 257 HGB begründet allein nicht den Einwand der Verwirkung.

Ein Recht ist verwirkt, wenn es illoyal verspätet geltend gemacht wird. Dieser Tatbestand des Verstoßes gegen Treu und Glauben liegt nach ständiger Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn zu dem Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die bei objektiver Betrachtungsweise das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen. Die bloße - auch lang währende - Untätigkeit des Berechtigten als solche schafft noch keinen Vertrauensstatbestand für die Bank, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Der Umstand, dass die handelsrechtliche Aufbewahrungsfrist längst abgelaufen und die Beklagte nicht mehr im Besitz von Unterlagen ist, ändert daran nichts (vgl. BGH, Urteil vom 04.06.2002 - XI ZR 361/01, zitiert nach juris; OLG Karlsruhe OLGR 2007, 392).

11. Da die Klage daher in vollem Umfang begründet ist, hatte die Berufung der Klägerin Erfolg.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91, 101 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

Gem. § 63 Abs. 2 GKG war der Streitwert für den Berufungsrechtszug festzusetzen.

Dr. Müller-Christmann
Vors. Richter am
Oberlandesgericht

Lindner
Richter am
Oberlandesgericht

Dr. Merz
Richterin am Landgericht

Ausgefertigt:



Marx, Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

