
Datum: 23.09.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 31. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 31 U 31/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0923.31U31.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 9 O 295/07

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 05.02.2009 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bochum abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

- a) an den Kläger 7.669,38 € nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.01.2008 zu zahlen,
- b) an den Kläger weitere 208.609,64 € nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.06.2008 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung an der L GmbH & Co. in Höhe einer Beteiligungssumme von 320.000,00 DM (163.613,40 €),
- c) an den Kläger 546,69 € nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz aus 285,24 Euro seit dem 04.01.2008 und aus weiteren 261,45 Euro seit dem 11.12.2008 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung abzuwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages, wenn nicht zuvor der Beklagte Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger unterhält zu der Beklagten langjährige und umfangreiche geschäftliche Beziehungen betreffend die zum Teil kreditfinanzierte Anlage von Geld sowie den Abschluss von Kapitallebensversicherungen. Dabei stand der Kläger zum Teil mehrmals pro Woche mit dem Mitarbeiter G der Beklagten in Kontakt, wobei Art und Umfang der Tätigkeit des Zeugen G zwischen den Parteien streitig sind. Zu den im Einzelnen getätigten Depotgeschäften erhielt der Kläger regelmäßig Auszüge und Belege. Unter anderem erwarb der Kläger folgende Beteiligungen, für die die Beklagte die bezeichneten Rückvergütungen erhielt (Bl. 103 ff., 394, 448):

Jahr	Fonds	Zeichnungs- summe (in DM)	Rück-vergütung an Beklagte (in DM)	Gutschrift für Kläger (in DM)
1994	J 9	100.000,-	4.000,-	1.000,-
	J 9	100.000,-		
1994	S 135	200.000,-		2.000,-
1995	C 14	200.000,-		2.000,-
1995	M 5	200.000,-		2.000,-
1996	J 13			1.000,-
1996	J 14	100.000,-		1.000,-
1997	N		13.500,-	1.500,-

Wegen der jeweiligen Höhe des Finanzierungsanteils wird auf die Übersicht Bl. 394 d.A. Bezug genommen.

Am 29.12.1997 erwarb der Kläger nach Vermittlung des Mitarbeiters der Beklagten G unter Vorlage jedenfalls eines 4-seitigen Kurzexposés eine erste Beteiligung an dem im Klageantrag zu 3. näher bezeichneten L in Höhe von 100.000,- DM zzgl. 5% Ausgabeaufschlag.

Die Beklagte finanzierte diese Beteiligung in Höhe von 50.000,- DM mit einem Darlehen und erhielt für die Vermittlung des Geschäfts eine Provision in Höhe von 8 % des Nominalbetrags (8.000,- DM) von Seiten des Fonds. Dem Kläger schrieb sie einige Zeit später 1.000,- DM gut.

Am 21.12.1998 erwarb der Kläger eine zweite Beteiligung an dem vorgenannten Renditefonds in Höhe von 220.000,- DM zzgl. 5 % Ausgabeaufschlag. Die Beklagte gewährte ein Darlehen in Höhe von 120.000,- DM und erhielt auch für dieses Geschäft eine Provision in Höhe von 8 % des Nominalbetrags (17.600,- DM). Dem Kläger schrieb sie 5.060,- DM gut.	8
Mit Wirkung vom 14. Februar 2006 wurde über das Vermögen der L das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger bezifferte die hinsichtlich dieser Beteiligung bis zum 31.12.2007 geleisteten Darlehenszinsen mit 39.914,- Euro — wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf den Schriftsatz vom 20.5.2008 (Bl. 130ff. d. A.) Bezug genommen. Durch eine Broschüre "Kundeninformationen zum Wertpapiergeschäft" informierte die Beklagte den Kläger im September 2007 darüber, dass sie für die Vermittlung von Geschäften in einigen Fällen Platzierungs- und Vertriebsprovisionen erhält. Daraufhin forderte der Kläger die Beklagte auf, eine detaillierte Auskunft über erhaltene Provisionen oder sonstige Vergütungen für alle im Auftrag des Klägers durchgeführten Anlagegeschäfte zu erteilen. Die Beklagte kam dem zunächst nicht nach und erhob den Einwand der Verjährung.	9
Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, die Beklagte bzw. deren Mitarbeiter G hätte ihm vor dem Erwerb der Beteiligung an dem L keinen ausführlichen Emissionsprospekt ausgehändigt und er sei nicht auf das Risiko eines Totalverlustes hingewiesen worden. Er habe auch keine Informationen darüber erhalten, dass die Fonds-KG selbst ihre Investition zu mehr als 50 % des Gesamtinvestitionsvolumens durch Kreditaufnahmen finanziert habe. Zudem sei er nicht darauf hingewiesen worden, dass eine Mietgarantie des Fonds sowohl mit rechtlichen als auch mit wirtschaftlichen Unsicherheiten behaftet gewesen sei. Ferner sei er nicht aufgeklärt worden, dass er seinen Kredit auch bei Verlust der Beteiligung dennoch zurückführen müsse. Auch habe die Beklagte den Erhalt von Innenprovisionen nicht offengelegt. Wäre er diesbezüglich entsprechend informiert worden, hätte er die Beteiligung nicht erworben. Der Kläger hat des Weiteren behauptet, die Frage nach der Möglichkeit eines eintretenden Verlustes sei unter Hinweis auf solide Sicherheiten und die Gesamtkonzeption verneint worden.	10
Der Kläger hat in erster Instanz zunächst beantragt,	11
1.	12
die Beklagte zu verurteilen, an ihn Auskunft und Rechenschaft über sämtliche durch Auftragsausführung erlangte Provisionen, Entgelte oder sonstige Vergütungen durch Dritte, sei es in Geld oder geldwerten Vorteilen seit dem 01.12.1997 zu erteilen, und zwar bezogen auf sämtliche im Rahmen der Geschäftsbeziehung ausgeführten Aufträge, insbesondere, aber nicht ausschließlich betreffend den Erwerb und/oder die Vermittlung von Finanzinstrumenten aller Art, insbesondere von Aktien, Anteilen an Investmentfonds, von Anlagezertifikaten oder sonstigen strukturierten Anleihen, die Vermittlung von fondsgebundener Vermögensverwaltung, den Erwerb verzinslicher Wertpapiere, die Vermittlung von Anteilen an geschlossenen Fonds (z.B. Kommanditanteile oder Treugeberanteile an geschlossenen Immobilienfonds), die Vermittlung und/oder Gewährung von Darlehen jeglicher Art sowie die Vermittlung und/oder den Erwerb von Kapitallebensversicherungen und/oder sonstigen Versicherungen;	13
2.	14
die Beklagte erforderlichenfalls zu verurteilen, die Richtigkeit der zu Ziffer 1. gemachten Angaben an Eides statt zu versichern.	15
	16

3.

die Beklagte zur Herausgabe des im Rahmen der Auftragsdurchführung und nach erfolgter 17 Rechnungslegung und Auskunft im Sinne des Klageantrags zu 1. der Höhe nach noch zu bestimmenden Erlangten nebst der Zahlung von 5% Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit an den Kläger zu verurteilen;

4.

18

die Beklagte hilfsweise zu verurteilen, an den Kläger Schadensersatz in einer nach Erteilung 19 der Auskunft und Rechnungslegung noch zu bestimmenden Höhe nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

5.

20

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 285,24 Euro nebst 5% Zinsen über dem 21 Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Den Klageantrag zu 1) hat der Kläger aufgrund von Angaben im Schriftsatz der Beklagten 22 vom 02.04.2008 (Bl. 98 ff. d.A.) einseitig für erledigt erklärt und den Klageantrag zu 2) hat er fallengelassen. Die übrigen Klageanträge hat er sodann neu gefasst und ergänzt.

Er hat sodann beantragt, 23

1.

24

festzustellen, dass der Rechtsstreit hinsichtlich des ursprünglichen Klageantrags zu 1. in de 25 Hauptsache erledigt ist;

2.

26

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 12.526,65 Euro nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz 27 seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

3.

28

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 208.609,64 Euro (168.695,64 Euro + 39.914,- Euro) nebst 29 Verzugszinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit des Schadensersatzantrags zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückübertragung der Beteiligung an der L GmbH & Co. in Höhe einer Beteiligungssumme von 320.000,- DM (163.613,40 Euro);

4.

30

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger jeglichen Schaden zu ersetzen, 31 der ihm aus dem Erwerb der Beteiligung an der L GmbH & Co. in Höhe einer Beteiligungssumme von 320.000,- DM (163.613,40 Euro) sowie des Abschlusses und der frühzeitigen Auflösung der Darlehensverträge Nr. ##### und Nr. #####1 bei der Beklagten noch entstehen wird;

5.

32

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 546,69 Euro nebst 5% Zinsen über dem 33 Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

34

Die Beklagte hat beantragt,	
die Klage abzuweisen.	35
Sie hat im Wesentlichen behauptet, der Kläger habe bei allen in Betracht kommenden Erwerbsgeschäften gewusst, dass die Beklagte Provisionen von den Fondsbetreibern für ihre Vertriebsleistungen erhält und über eine eigene Beteiligung daran verhandelt. Im Übrigen sei der Kläger durch Aushändigung des Fondsprospekts umfassend über die Risiken der Beteiligung aufgeklärt worden.	36
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung unter Berufung auf eine Entscheidung des III. Zivilsenats des BGH vom 12.02.2004 (II ZR 359/02 = WM 04, 631) im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beklagte auch dann, wenn von einem Beratungsvertrag auszugehen sein sollte, nicht zur Offenbarung der Rückvergütungen verpflichtet gewesen sei, weil diese nicht mehr als 15% betragen hätten. Mit einer Rückvergütung iHv. 8-9% habe der Kläger als erfahrener Anleger rechnen müssen. Im Hinblick auf diese Erfahrung des Klägers habe ihm auch nicht ungefragt der Beteiligungsprospekt ausgehändigt werden müssen. Auch die Behauptung des Klägers, der Zeuge G habe Fragen nach dem Risiko der Beteiligung unter Hinweis auf die Sicherheiten und die Gesamtkonzeption des Fonds beantwortet, stelle keine Pflichtverletzung dar. Dem Kläger habe klar sein müssen, dass dies nur eine Eischätzung des Fonds durch den Zeugen als solide darstellte. Die Möglichkeit eines Totalverlustes sei hierdurch aber nicht in Abrede gestellt worden.	37
Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er nunmehr nur noch die Ansprüche wegen Falschberatung hinsichtlich der L Beteiligungen und unterlassener Aufklärung über Kickbacks bei den Fondsgeschäften J Fonds 9, 13 und 14, S 135, C 14, M 5 sowie N weiter verfolgt.	38
Er behauptet, zum Zeitpunkt der Zeichnung der L Fonds nicht über besondere Erfahrungen in Finanzanlagegeschäften verfügt zu haben. Er habe sich vielmehr stets von dem Anlageberater der Beklagten, dem Zeugen G, beraten lassen und diesem zum Teil freie Hand bei der Vornahme von Geschäften gelassen. Zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Geschäfte habe er auch stets noch Wert auf langfristige und sichere Anlagen gelegt, die zur Altersvorsorge für ihn selbst und seine Ehefrau dienen sollten. Aktiengeschäfte habe er erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt.	39
So habe er sich auch bei der Zeichnung der streitgegenständlichen Fondsanteile vom Zeugen G beraten lassen und aufgrund der Beratung die Zeichnung vornehmen lassen. Im Rahmen der Beratung habe der Zeuge G Fragen nach den Risiken der Beteiligung unter Hinweis auf die Mietgarantie als unbegründet beantwortet. Außerdem habe der Zeuge G dem Kläger Zeitungsartikel über den Fonds zukommen lassen (Anl. K30, Bl. 469) und sogar eine Informationsfahrt nach C2 durchgeführt, an der der Zeuge G selbst teilgenommen habe und bei der die Ehefrau des Klägers diesen vertreten habe.	40
Der Kläger behauptet weiterhin, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht gewusst zu haben, dass die Beklagte Rückvergütungen aus den Fondsbeteiligungen L erhalten habe. Hiervon habe er erst durch die Aufklärung im Jahr 2007 im Grundsatz und im Laufe des Prozesses im Detail Kenntnis erhalten.	41
Der Kläger beantragt,	42
abändernd die Beklagte zu verurteilen,	43

a) an ihn 7.669,38 € nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 44
Rechtshängigkeit zu zahlen,

b) an ihn Schadensersatz iHv. insgesamt 208.609,64 € nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten 45
über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen
Rückübertragung der Beteiligung an der L GmbH & Co. in Höhe einer Beteiligungssumme
von 320.000,00 DM (163.613,40 €),

c) an ihn 546,69 € nebst Zinsen iHv. 5 Prozent über Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu 46
zahlen.

Die Beklagte beantragt, 47

die Berufung zurückzuweisen. 48

Sie verteidigt das angefochtene Urteil teils unter Wiederholung und Vertiefung ihres 49
erstinstanzlichen Vorbringens. Sie ist der Ansicht, dass das klägerische Berufungsvorbringen
im Wesentlichen neues Vorbringen enthalte, welches nicht zuzulassen sei.

Zwischen ihr und dem Kläger sei kein Beratungsvertragsverhältnis zustande gekommen. Der 50
Kläger habe sich vielmehr stets damit gerühmt, dass ihm in Finanzangelegenheiten niemand
etwas vormachen könne und sei gegenüber den Mitarbeitern der Beklagten ausgesprochen
"selbstbewusst" aufgetreten. Er habe deshalb bei der Beklagten als "beratungsresistent"
gegolten. Der Kläger habe immer genaue Vorstellungen dazu gehabt, wann, mit welchen
Summen und welche Käufe er tätigen wollte. Hinweise des Zeugen G habe er zwar zur
Kenntnis genommen, jedoch nicht beachtet. Seine Kaufentscheidung habe der Kläger stets
aufgrund anderer Informationsquellen (Zeitschriften) und aufgrund steuerlicher
Abschreibungsmöglichkeiten, die er vorab mit seinem Steuerberater besprochen habe,
getroffen. Letzteres sei auch der Grund für die Inanspruchnahme von Teil-Finanzierungen
durch die Beklagte gewesen.

Die Erfahrungheit des Beklagten auch im Erwerb von Anteilen an geschlossenen Fonds zeige 51
sich u.a. daran, dass er bis zum Erwerb der streitgegenständlichen L Fondsanteilen bereits 7
solcher Erwerbsgeschäfte seit 1994 getätigt habe in einem Gesamtvolumen von
1.050.000,00 DM, davon 400.000,00 DM für seine Eltern.

Bezüglich des zweiten Erwerbs von L Fondsanteilen sei es so gewesen, dass der Kläger kurz 52
vor Jahresende 1998 beim Zeugen G angerufen habe und hektisch nach einer
steuersparenden Anlage fragte. Daraufhin habe der Zeuge G dem Kläger das
Beteiligungsangebot vom 15.12.1998 (Anl. K21, Bl. 221) übersandt. Der Kläger sei sodann
am 21.12.1998 mit seinem Steuerberater vorstellig geworden und man habe über die
steuerliche Optimierung der festzulegenden Zeichnungssumme gesprochen. Über die
Beteiligung selbst sei aber nicht gesprochen worden.

Es habe auch nach den jeweiligen Erwerbsgeschäften mit einer einzigen Ausnahme keinen 53
diesbezüglichen Kontakt mehr zwischen den Parteien gegeben. Die Anteilsscheine hätten
sich in einem privaten Portfolio des Klägers befunden, nicht in einem Depot bei der
Beklagten.

Bereits im Jahre 1995 habe der Kläger zudem hochspekulative Geschäfte im Aktien- und 54
Devisenmarkt getätigt und dabei u.a. auch Totalverluste erlitten. So habe er E Aktien
gehalten, die infolge des Konkurses dieses Unternehmens völlig wertlos geworden seien.

Spekulationen mit südafrikanischen Rand hätten dem Kläger in einem Jahr Verluste von rd. 100.000,- DM beschert. Darüber habe es weitere hochspekulative Anlagen im Depot des Klägers gegeben. Dabei habe der Kläger alle Dispositionen selbst getroffen und auf Beratung durch die Beklagte verzichtet.	
Die Beklagte meint zudem, dass selbst wenn von einem Beratungsvertrag ausgegangen würde, kein Pflichtenverstoß vorliege und behauptet hierzu, dass der Kläger von den Rückvergütungen Kenntnis gehabt habe. Er habe nämlich stets um einen Anteil hieran gefeilscht und auch bei den streitgegenständlichen Geschäften einen solchen erhalten und zwar beim ersten Mal 1% und beim zweiten Mal 5.060,- DM.	55
Die Höhe der Rückvergütungen sei allerdings dem Kläger nicht offenbart worden, weil der Zeuge G diese nicht gekannt habe.	56
Schließlich meint die Beklagte aber auch, dass die Rückvergütungen nicht offenbarungspflichtig gewesen seien, weil sie die ihrer Ansicht nach maßgebliche Schwelle von 15% nicht überschritten hätten. Soweit der BGH zwischenzeitlich anderweitig entschieden hat, betreffe diese Rechtsprechung nicht Altfälle, weil es insoweit an einem Verschulden wegen Vorliegens eines Rechtsirrtums der Beklagten fehle.	57
Schließlich fehle es aber auch an einer Kausalität zwischen unterlassener Offenbarung und Zeichnung, denn der Kläger hätte im Falle der Offenbarung nicht von der Zeichnung Abstand genommen, sondern nur einen höheren Anteil an der Rückvergütung für sich selbst verlangt, wie sich aus seinem Vortrag im Schriftsatz vom 20.05.2008 (Bl. 123 d.A.) ergebe.	58
Hinsichtlich der klägerseits behaupteten fehlerhaften Erstberatung erhebt die Beklagte zudem die Einrede der Verjährung. Aus dem Schreiben der vormaligen Rechtsanwälte des Klägers Dr. I vom 28.11.2002 (Bl. 431) ergebe sich, dass die Umstände der vermeintlichen Fehlberatung dem Kläger bereits damals bekannt gewesen seien. Im Übrigen habe aber die Beklagte auch durch die quitierte Aushändigung der Fondsprospekte ihrer Beratungspflicht hinsichtlich möglicher Risiken genügt.	59
Wegen des Vorbringens der Parteien im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	60
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen G. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk zur mündlichen Verhandlung vom 24. August 2009 Bezug genommen.	61
II.	62
Die zulässige Berufung ist in der Sache auch begründet.	63
Der Kläger verfügt über einen Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung wegen der schuldhaften Verletzung von Vertragspflichten aus einem Beratungsvertrag (pVV).	64
Ein solcher Beratungsvertrag ist hier hinsichtlich der Fondsbeteiligungen des Klägers zustande gekommen. Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank nach deren Angebot oder von sich aus heran, und macht er deutlich, dass er auf eine (bestimmte) Anlageentscheidung bezogen die besonderen Kenntnisse und Verbindungen der Bank in Anspruch nehmen will, dann liegt darin sein Angebot auf Abschluss eines Auskunfts- oder Beratungsvertrages (BGH NJW 87, 1815). Dieses Angebot nimmt die Bank stillschweigend jedenfalls dadurch an, dass	65

sie die gewünschte Tätigkeit beginnt. Die Bank kann das genannte Verhalten des Anlageinteressenten ebenso wenig als unverbindlich verstehen, wie umgekehrt der als Kunde auftretende Interessent das Handeln der Bank. Ob dabei die Bank für ihre Auskunfts- oder Beratungstätigkeit ein zusätzliches Honorar unmittelbar vom Interessenten und nicht vom Vertreter der Beteiligung erwartet, fordert oder bekommt, ist für die Frage des Vertragsabschlusses mit Haftungsfolgen von untergeordneter Bedeutung (BGH aaO.).

Bereits nach dem Vorbringen der Beklagten hat der Kläger sich kurz vor Jahresende 1998 an den für sie handelnden Privatkundenbetreuer G gewandt und um Benennung einer steuersparenden Anlageform gebeten. Diese Bitte bedeutete nicht weniger als die Frage danach, ob und gegebenenfalls welche Beteiligungen die Beklagte nach ihrem Kenntnisstand zum damaligen Zeitpunkt ihm als einem anlagewilligen Kunden in welchem Maße - oder gegebenenfalls mit welchen bestimmten Einschränkungen - empfehlen könne; anders konnte sie nicht verstanden werden (BGH aaO.). 66

Durch Übersendung des Beteiligungsangebots vom 15.12.1998 (Anl. K21, Bl. 221), spätestens aber durch das Gespräch vom 21.12.1998 in den Geschäftsräumen der Beklagten – wobei dahin stehen kann, ob dieses unter Beteiligung des Steuerberaters des Klägers stattgefunden hat – hat die Beklagte dieses Angebot auch angenommen. Hätte sie die entsprechenden Rechtsfolgen nicht gewollt, so hätte sie in Ansehung des zwar konkludenten, jedoch offensichtlichen Angebotes ausdrücklich hierauf hinweisen müssen. 67

Gegen die Darstellung der Beklagten, wonach der Kläger sich von ihr explizit überhaupt nicht hat beraten lassen wollen, sprechen neben dem oben bereits dargestellten äußeren Ablauf auch die handschriftlichen Empfehlungen des Zeugen G auf den mit Schriftsatz v. 13.08.09 vom Kläger überreichten Depotauszügen (Anl. K29, Bl. 454), mit denen der Zeuge wiederholt konkrete Empfehlungen und Bewertungen zu einzelnen Anlagen abgegeben hat. Hinsichtlich der Vermögensanlage in geschlossenen Fonds spricht insbesondere der Vermerk des Zeugen auf dem Auszug vom 01.12.1997 (Anl. K31, Bl. 470) gegen die Annahme, dass hierzu keine Beratung stattgefunden hat. Dort heißt es: 68

"Ich bin ab 08.12.97 wieder im Haus, dann unterhalten wir uns verstärkt über geschlossene Fonds." 69

Dieser Vermerk spricht bereits nach seinem Wortlaut dafür, dass der Zeuge G durchaus mit dem Kläger das Für und Wider einer Vermögensanlage in geschlossenen Immobilienfonds besprechen wollte und nicht lediglich Anweisungen des Klägers in Empfang nehmen wollte. 70

Der Zeuge G hat zudem in seiner Vernehmung durch den Senat bekundet, dass er mit diesem Vermerk gegenüber dem Kläger ausdrücken wollte, dass er diesem nach Urlaubsrückkehr zeigen wollte, was die Beklagte an geschlossenen Immobilienfonds im Angebot habe. Der jeweils konkret gezeichnete Fonds sei dann stets von ihm, dem Zeugen G, vorgeschlagen worden. Seine eigene Auswahl habe sich dabei einerseits daran orientiert, was die Beklagte im Angebot gehabt habe und welches dieser Angebote insbesondere den steuerlichen Anforderungen des Klägers entsprochen hat. Das Angebot der Beklagten sei in seinem Umfang Ergebnis von Vorprüfungen innerhalb des Sparkassen-Systems gewesen. Aus diesem Angebot habe er, der Zeuge G, sodann in der Regel ein Angebot, in 1998 ausnahmsweise 2 Angebote, für einen Vorschlag an den Kläger ausgewählt, nachdem er dieses anhand der Kriterien des Klägers, insbesondere dessen Wunsch nach einer möglichst hohen Verlustzuweisung, vorgeprüft habe. Nur solche Fondsanlagen hätten in das Anlegerprofil des Klägers gepasst. Das Aussuchen von geeigneten Anlagefonds anhand vom Anleger vorgegebener Kriterien und deren Vorschlag gegenüber dem Anleger entsprechend 71

seinem Anlegerprofil, stellt eine zumindest konkludent vereinbarte Beratungsleistung dar. Es ist nämlich geradezu das Wesensmerkmal einer Beratung, dass der Berater das Vorgeschlagene als den Wünschen und Anforderungen des Anlegers gerecht werdend beschreibt.

Der Aussage des Zeugen G lässt sich ferner entnehmen, dass er den Kläger nicht nur hinsichtlich der steuerrechtlichen Aspekte der Anlage beraten hat indem er den insoweit gestellten Anforderungen durch seine Auswahl gerecht wurde, sondern dass er vielmehr auch eine Risikoberatung hinsichtlich der jeweiligen Anlagen vorgenommen hat. Der Zeuge hat insoweit nämlich bekundet, dass er dem Kläger die vollständigen Fondsprospekte einschließlich der darin enthaltenen Risikobeschreibungen ausgehändigt habe und bei Rückfragen diese auch beantwortet und sich dabei auf den Inhalt des Prospekts gestützt habe. Hierdurch hat der Zeuge G eine Beratungsleistung erbracht, die dem Kläger die Entscheidung für oder gegen die konkrete Anlage erleichtern sollte.

72

Soweit der Kläger erstmalig in der Berufung mit Schriftsatz vom 13.08.09 (hier Bl. 440) vorbringt, dass der Zeuge G nach der ersten Zeichnung des L eine Informationsfahrt nach C2 initiiert habe, an der für den Kläger dessen Ehefrau als Vertreterin und der Zeuge G teilgenommen hätten, kam es angesichts des aufgrund der obenstehenden objektiven Gegebenheiten bereits zu bejahenden Beratungsvertragsverhältnisses hierauf nicht mehr an. Einer Vernehmung der zum Termin als Zeugin hierfür gestellten Ehefrau des Klägers bedurfte es deshalb nicht mehr.

73

Die Beklagte hat auch eine wesentliche Vertragspflicht im Verhältnis zum Kläger verletzt, und zwar im Hinblick auf die von ihr im Zusammenhang mit der Zeichnung der Fonds vereinnahmten Rückvergütungen.

74

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte Rückvergütungen iHv. zwischen 8 und 9 Prozent aus den streitgegenständlichen Geschäften von Seiten der Fondsgesellschaft erhalten hat und dieses selbst nach ihrem eigenen Vortrag zumindest der Höhe nach dem Kläger nicht offengelegt hat. So hat es auch der Zeuge G im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Senat ausdrücklich bestätigt. Die Beklagte war jedoch zur Offenlegung der Rückvergütungen sowohl im Allgemeinen, als auch der Höhe nach verpflichtet.

75

Zwar war nach der früheren Rechtsprechung des BGH (vgl. z.B. Urteile vom 22.03.2007, III ZR 218/06 Rn. 9 = WM 07, 873 und vom 05.06.2007, XI ZR 348/05 Rn. 20 = WM 07, 1367) jedenfalls für solche Anlagegeschäfte, die nicht dem WpHG unterfielen und bloße Vermittlungsgeschäfte darstellten, die Offenbarungspflicht ab einer Rückvergütungshöhe von 15% angenommen worden.

76

Der XI. Senat hat jedoch mehrfach (zuletzt vom 20.01.09, XI ZR 510/07 = WM 09, 459 und vom 12.05.09, XI ZR 586/07 = WM 09, 1274) entschieden, dass ein Berater anders als ein bloßer Vermittler den Anleger auch dann über die tatsächlichen bezahlten Provisionen aufzuklären habe, wenn er sich infolge von Rückvergütungen in einem Interessenkonflikt befindet und zwar unabhängig davon, ob die in der Rechtsprechung zu findende Grenze von 15 % überschritten ist oder nicht (BGH WM 09, 459). Nur bei entsprechender Aufklärung könne ein Anleger erkennen, ob die Anlageempfehlungen allein im Kundeninteresse nach den Kriterien der anleger- und objektgerechten Beratung abgegeben werden, oder - jedenfalls auch - das Interesse der Bank eine Rolle spielt, möglichst hohe Vergütungen zu erhalten. Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an. Es liegt auf der Hand, dass die Frage des Eigeninteresses einer Bank oder Sparkasse im Zusammenhang mit der Beratung über einzelne Anlageprodukte für den Anleger bei seiner Anlageentscheidung von Bedeutung

77

ist. Nur dann, wenn er weiß ob und ggfls. in welcher Höhe das Finanzinstitut aus der Beratungsleistung eigene Vorteile zieht, kann er ermessen, welches Maß an Seriosität der Beratung zukommt.

Der Senat ist davon überzeugt, dass die Beklagte den Kläger weder darüber aufgeklärt hat, dass sie von den jeweiligen Fondsgesellschaften Rückvergütungen erhielt, noch über die Höhe solcher Rückvergütungen. 78

Der Vortrag der Beklagten, wonach der Zeuge G dem Kläger jeweils in Aussicht gestellt haben soll, dass die T ihm einen Teil ihrer Provisionen rückerstatten werde und dem Kläger anhand der Überweisungsbelege bzw. Kontoauszüge klar sein musste, dass es die Beklagte war, die ihm die jeweiligen Bonifikationen ausbezahlt, ist bereits nicht ausreichend substantiiert. Insoweit fehlt es im Rahmen der sekundären Darlegungslast der Beklagten bereits an genauem Vortrag dazu, welche Angaben der Zeuge G gegenüber dem Kläger hierzu wann gemacht haben soll. 79

Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass sie den Kläger nicht für aufklärungsbedürftig gehalten habe, weil dieser eine Beteiligung verlangt und erhalten habe (Schriftsatz vom 23.07.2009, Bl. 406). Diese Sichtweise der Beklagten spricht dafür, dass sie den Kläger tatsächlich auch nicht aufgeklärt hat. 80

Der Umstand, dass der Kläger Bonifikationen im Zusammenhang mit seinen Fondszeichnungen verlangt hat, rechtfertigt auch nicht den Rückschluss darauf, dass er Kenntnis darüber hatte, dass die Beklagte diese Bonifikationen aus Rückvergütungen der Fondsgesellschaften refinanzierte und darüber hinaus noch einen eigenen Vorteil hieraus zog. 81

Da es zudem die Beklagte war, die mit der Abwicklung der Fondszeichnungen beauftragt war und nach Vorstellung des Klägers bei den Fondsgesellschaften die Bonifikationen erwirkte, musste der Kläger allein anhand des Absenders der jeweiligen Gutschriften nicht zwingend davon ausgehen, dass die Bonifikationen aus dem Vermögen der Beklagten stammten. In Betracht kam vielmehr auch, dass die Beklagte Zahlungen der Fondsgesellschaften nur durchgereicht hat. 82

Der Kläger hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat auch überzeugend und nachvollziehbar ausgeführt, dass er davon ausgegangen sei, dass die Beklagte abgesehen von den Gewinnen aus den Finanzierungsgeschäften keinen eigenen Vorteil von dritter Seite aus den Fondsgeschäften erhalte und er hinsichtlich der Bonifikationen angenommen habe, dass diese seitens der Fondsgesellschaft aufgrund entsprechender Nachfrage seitens des Zeugen G gezahlt worden seien. Dies habe er deshalb angenommen, weil der Zeuge G ihm gegenüber entsprechende Erklärungen abgegeben habe. 83

Von der Richtigkeit dessen ist der Senat auch nach der durchgeführten Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen G überzeugt. Zwar hat der Zeuge G zuletzt bekundet, dem Kläger ausdrücklich gesagt zu haben, dass seitens der Fondsinitiatoren Provisionen an die T flossen. Insoweit ist seine Aussage aber nicht glaubhaft, denn diese zuletzt gemachte Angabe des Zeugen steht im Widerspruch zu vorangegangenen Angaben. Der Zeuge hatte zuvor noch ausgesagt, dass es in den Gesprächen mit dem Kläger um eine "Reduzierung von Kosten" gegangen sei, sodann hat der Zeuge umformuliert und ausgesagt es sei um eine "Beteiligung an Erträgen" gegangen, bevor er schließlich die definitive Festlegung auf eine Offenbarung von Provisionen vorgenommen hat. Diese Aussageentwicklung, sowie der Umstand, dass der Zeuge während dieses Teils der Aussage sichtlich darum bemüht war, 84

eine der Beklagten günstige Aussage zu machen und dabei einen nervlich angespannten Eindruck vermittelt hat, der nicht allein der Vernehmungssituation geschuldet schien, begründet Zweifel an der Richtigkeit der zuletzt vorgenommenen Festlegung des Zeugen. Der Senat ist vielmehr davon überzeugt, dass die zuerst gemachte Angabe des Zeugen, wonach es dem Kläger bei der Aushandlung der Bonifikation um eine "Reduzierung von Kosten" gegangen sei, zutreffend ist. Insoweit handelt es sich um die vom Zeugen auf entsprechende Befragung spontan gemachte Aussage, die er noch recht unbefangen gemacht hat, während die nachfolgenden inhaltlichen Änderungen der Erkenntnis geschuldet schienen, dass die zunächst gemachte Angabe der Beklagten, seinem Arbeitgeber, ungünstig sein würde. Zudem ist aber auch eine Offenlegung der Rückvergütungen nicht mit der weiteren Aussage des Zeugen in Einklang zu bringen, wonach er gegenüber dem Kläger erklärt habe, dass er bei der jeweiligen Emittentin nachfragen werde, was diese an die Beklagte zahlen werde und was die Beklagte sodann dem Kläger erstatten werde. Für ein solches Vorgehen hat es keine Veranlassung gegeben, weil die Höhe der an sie fließenden Rückvergütungen der Beklagten unstreitig von Anfang an bekannt war und die jeweiligen Emittenten mit den Bonifikationszahlungen an den Kläger nichts zu tun hatten. Der Zeuge brauchte mithin lediglich im Hause der Beklagten Rücksprache zu halten und hat dies auch nach seinem weiteren Bekunden ausschließlich getan. Die Ankündigung einer Rückfrage bei der Emittentin kann daher nur dem Ziel gedient haben, den Kläger im Glauben zu lassen, dass es die Emittentin sei, die seine Bonifikation zahlt.

Der Senat ist deshalb in Ansehung des Aussagegehaltes und des Aussageverhaltens des Zeugen G davon überzeugt, dass dieser dem Kläger nicht mitgeteilt hat, dass die Beklagte aus den jeweiligen Fondsgeschäften eigene Vorteile in Form von Rückvergütungen erhielt. 85

Unabhängig hiervon hat die Beklagte aber auch schon dadurch gegen ihre Vertragspflichten verstoßen, indem sie den Kläger unstreitig nicht über die Höhe der geflossenen Rückvergütungen aufgeklärt hat. Dies hat auch der Zeuge G bezüglich der von ihm mit dem Kläger geführten Gespräche nochmals ausdrücklich bestätigt. Selbst wenn der Kläger den Fondsprospekt erhalten haben sollte, was streitig ist, so lässt sich daraus auch nur das Agio iHv. 5% entnehmen, nicht aber die weitergehenden Rückvergütungen, die nach Aussage des Zeugen G gänzlich unabhängig vom Agio anfielen. 86

Selbst wenn der Kläger davon ausgegangen wäre, dass es sich bei den an ihn rückerstatteten Beträgen um Teilbeträge von Rückerstattungen an die Beklagte handelte, so blieb er, was die Größenordnung der Rückvergütungen angeht, aufklärungsbedürftig. Ohne deren Kenntnis konnte er das Interesse der Beklagten an dem empfohlenen Erwerb von Fondsanteilen und die damit verbundene Gefährdung seiner Interessen nicht richtig einschätzen (XI ZR 56/05 = WM 07, 487). 87

Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Im Rahmen des Beratungsvertragsverhältnisses hat die Beklagte Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Insoweit ist bei einer Bank ein strenger Maßstab anzulegen (BGH NJW 94, 2754). 88

Verletzt eine Bank ihre Pflicht, den Kunden vollständig über Rückvergütungen aufzuklären, trägt sie die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie nicht schuldhaft gehandelt hat (BGH, Entsch. v. 12.05.2009, XI ZR 586/07 = WM 09,1274). Die Beklagte müsste also vortragen und unter Beweis stellen, dass sie trotz Kenntnis des Beratungsvertragsverhältnisses und der dazu veröffentlichten Rechtsprechung eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht erkannt hat oder bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht hätte erkennen können und sie es deswegen auch nicht im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit unterlassen hat, ihre Anlageberater zur Aufklärung der Kunden zu verpflichten. 89

Insoweit beruft sich die Beklagte auf die frühere Rechtsprechung des BGH (auch zum Zeitpunkt der Zeichnung) bzgl. des Schwellenwertes von 15% und meint, sie habe davon ausgehen dürfen, dass auch im Beratungsvertragsverhältnis eine ungefragte Aufklärung über Rückvergütungen, die unterhalb dieser Schwelle blieben, nicht erforderlich war. 90

Dem steht jedoch entgegen, dass es sich bei der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht um eine Abkehr von der früheren Rechtsprechung handelt. Der Bundesgerichtshof hat vielmehr klargestellt, dass "unabhängig" von der 15%-Grenze eine Offenbarungspflicht "auch dann" bestehe, wenn ein Interessenkonflikt vorliege. Der XI. Senat hat damit lediglich die Offenbarungspflichten innerhalb der Fallgruppe eines Interessenkonflikts, die schon immer bestanden hat, verdeutlicht. 91

Die schuldhafte Vertragspflichtverletzung der Beklagten ist auch kausal für den Schadenseintritt beim Kläger geworden. 92

Die Vermutung, dass ein Anleger bei pflichtgemäßer Beratung eine Anlage nicht gezeichnet hätte, gilt auch dann, wenn die Pflichtverletzung in der unterbliebenen Aufklärung über versprochene Innenprovisionen liegt (BGH WM 09, 455; BGH ZIP 2005, 1599; BGH VersR 2006, 653). 93

Die Beklagte hat die Kausalitätsvermutung nicht erschüttert und erst recht nicht widerlegt. Vielmehr ist als Vermutung davon auszugehen, dass nach der Lebenserfahrung der Kläger in Kenntnis des Umstandes, dass knapp 9% des gezeichneten Kapitals, welches er zu einem größeren Teil finanziert hat, an die Beklagte zurückfloss, dem Vorschlag des Beraters kritischer gegenüber gestanden und seiner Empfehlung bei einem solch starken Eigeninteresse der Beklagten nicht gefolgt wäre. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger einmal vorgetragen hat, dass er sich dann mit einem Anteil von nur 1% nicht zufrieden gegeben hätte, denn daraus ergibt sich nicht im Umkehrschluss, dass er gleichwohl an der Anlage – ohne weitere Beratung – festgehalten hätte. Dieser Vortrag des Klägers, den er im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat erläutert hat, ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass er seine Bereitschaft zur Zeichnung der Fondsanteile ins Verhältnis zur Höhe des Eigeninteresses der Beklagten gesetzt hätte. Hätte nämlich die Beklagte dem Kläger einen höheren, evtl. den größeren oder aber gar den vollen Anteil an der Provision überlassen, so wäre ihr Eigeninteresse an der Zeichnung entsprechend gesunken. 94

Der Kläger hat zudem aber auch überzeugend und nachvollziehbar im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat ausgeführt, dass er bei Kenntnis des Eigeninteresses der Beklagten vom Erwerb der Fondsbeteiligungen abgesehen hätte, weil er zum fraglichen Zeitpunkt alternative Anlagemöglichkeiten in Form von Immobilienerwerb ins Auge gefasst hatte. Dies steht zur Überzeugung des Senats nicht im Widerspruch zu den schriftsätzlichen Ausführungen des Klägers bzgl. eines höheren Beteiligungsverlangens hinsichtlich der Rückvergütungen. Die Frage, wie sich der Kläger verhalten hätte, wenn er zum maßgeblichen Zeitpunkt umfassend über die Rückvergütungen informiert gewesen wäre, lässt sich naturgemäß in der Retrospektive nur in einer gewissen Bandbreite wahrscheinlicher Verhaltensweisen beantworten, weil der Kenntnis- und Erfahrungsstand zum heutigen Zeitpunkt ein anderer ist, als damals. Die Beantwortung dieser Frage ist mithin teilweise hypothetischer Natur. Beiden genannten möglichen Verhaltensweisen ist es aber eigen, dass der Kläger jedenfalls die Zeichnung der Fondsanteile so, wie sie letztlich erfolgt ist, nicht vorgenommen hätte. 95

Dies findet sich auch durch die bekundete Einschätzung des Zeugen G als dem unmittelbar den Kläger beratenden Mitarbeiter der Beklagten bestätigt, der es als unsicher angesehen 96

hat, dass der Kläger im Falle der Kenntnis der Rückvergütungen und ohne einen höheren Anteil hieran nach dem ersten Fondsgeschäft weitere solche vorgenommen hätte.

Der Kläger kann daher Schadensersatz in Form der Rückabwicklung der erworbenen Kapitalanlage verlangen, was er hinsichtlich der L-Fonds auch mit dem Antrag zu 1b) in unstreitiger Höhe begehrt.

97

Der Kläger hat zudem einen Anspruch gegen die Beklagte auf Auskehrung der vereinnahmten Rückvergütungen für die Beteiligungen an den Fonds J 9 (Zeichnung 1994, Zeichnungssumme 100.000,-) und N aus §§ 667, 662 BGB. Da die Beklagte bei der Abwicklung der Fondsbeteiligungen die Geschäfte des Klägers führte, ist sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich gem. § 667 BGB verpflichtet, alles herauszugeben, was sie aus der Geschäftsführung erlangt hat; dazu gehören auch "Provisionen", Geschenke und andere Sondervorteile, die dem Beauftragten von dritter Seite zugewandt worden sind und die eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Auftraggebers befürchten lassen; dass sie nach dem Willen des Dritten gerade nicht für den Auftraggeber bestimmt waren, bleibt dabei unbeachtlich (BGH NJW 01, 2476).

98

Die Klägerin hat unstreitig für die Beteiligung an dem Fonds J 9 eine Rückvergütung von 4.000,- DM erlangt und den Kläger lediglich mit 1.000,- DM hieran beteiligt, so dass insoweit noch 3.000,- DM auszukehren sind. Zudem hat sie für die Beteiligung an dem Schiffsfonds N eine Rückvergütung in Höhe von 13.500,- DM erlangt und den Kläger lediglich mit 1.500,- DM hieran beteiligt, so dass insoweit noch 12.000,- DM auszukehren sind. Dies ergibt in der Summe einen noch auszukehrenden Betrag von 15.000,- DM, was in neuer Währung dem Klagebetrag zu Ziffer 1a) entspricht.

99

Soweit der Kläger weitergehende Auskehrungsansprüche in Höhe von 4.857,27 Euro geltend gemacht hat, hat er insoweit die Klage in der mündlichen Verhandlung vom 24. August 2009 zurückgenommen.

100

Dass dem Beklagten auf seinen Anspruch anrechenbare (vgl. BGH, Urteil vom 24.4.2007 – XI ZR 17/06), unverfallbare Steuervorteile entstanden sind, die er ohne die streitgegenständliche Fondsbeteiligung nicht erzielt hätte, ist von der für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Vorteilsausgleichung primär darlegungspflichtigen Beklagte nicht substantiiert vorgetragen worden. Zwar dürfen an ihr Vorbringen insoweit keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, weil sie zu mit dem Anteilserwerb zusammenhängenden Steuervorteilen des Klägers aus eigener Kenntnis keine näheren Angaben machen kann.

101

Im Bereich der Überschusseinkünfte - wozu auch die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zählen (vgl. §§ 2 I 1 Nr. 6, II 1 Nr. 2, 21 I 1 Nr. 1 EStG) – gilt jedoch das Zu- und Abflussprinzip (§ 11 EStG). Mithin wird es zwar nicht zu einem Nachzahlungsanspruch des Finanzamts kommen, denn eine rückwirkende Korrektur findet nicht statt. Gleichwohl kann der Kläger den Steuervorteil nicht behalten, da er im Veranlagungszeitraum des Rückzahlungszeitpunkts (nachträglich) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung hat, die zu einem erhöhten Steuerzahlungsanspruch des Finanzamts führen wird.

102

Die Ansprüche des Klägers sind auch nicht verjährt.

103

Die Verjährungsfrist beträgt vorliegend nach den Übergangsvorschriften 3 Jahre ab Kenntniserlangung, §§ 195, 199 BGB, frühestens aber ab 01.01.2002. Hinsichtlich der Höhe der Rückvergütungen für die Fonds J 9 und N kommt eine Kenntnis des Klägers erst mit Zugang des gegnerischen Schriftsatzes vom 07.02.2008 in Betracht. Die Höhe der

104

Rückvergütungen für die übrigen Fondsbeteiligungen ist bis heute nicht klar, so dass insgesamt die Annahme eines Verjährungseintritts nicht in Betracht kommt.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Die ausgerichteten Zeitpunkte für den jeweiligen Verzinsungsbeginn entsprechen den jeweiligen Zeitpunkten der Rechtshängigkeit der Ansprüche. 105

Der Kläger hat zudem einen Anspruch auf Erstattung verauslagter Anwaltsgebühren als notwendige Kosten der Rechtsverfolgung gem. § 280 I, II, 286 BGB in unstreitiger Höhe. 106

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1 u. 2, 269 Abs. 3 S. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat davon abgesehen, dem Kläger im Hinblick auf seine teilweise Klagerücknahme an den Kosten zu beteiligen, weil seine Zuvielforderung verhältnismäßig geringfügig war und keine höheren Kosten veranlasst hat. 107

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind solche des Einzelfalls oder höchststrichterlich bereits geklärt. 108