
Datum: 09.09.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 31. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 31 U 30/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0909.31U30.13.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 6 O 310/11

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 10. Januar 2013 verkündete 2. Teil- und Schlussurteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe: 1

(§ 540 ZPO) 2

A. 3

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückabwicklung verschiedener Wertpapiergeschäfte aus abgetretenem Recht in Anspruch. 4

Der Zedent und Ehemann der Klägerin, Herr T, unterhält bei der Beklagten das streitgegenständliche Wertpapierdepot Nr. #####. Zwischen 1998 und 2001 investierte der Zedent auf Empfehlung einer Mitarbeiterin der Beklagten, Frau H, in verschiedene C-Investmentfonds. Wegen der Anlagegeschäfte im Einzelnen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, Bl. 189 d. GA, Bezug genommen.

Die Beklagte erhielt hierfür von der Kapitalanlagegesellschaft der streitgegenständlichen Investmentfonds jeweils etwa 90 % des Agios als Vertriebsprovision sowie einen Teil der von der Kapitalanlagegesellschaft dem jeweiligen Sondervermögen in Rechnung gestellten Verwaltungskosten. Hierüber klärte die Mitarbeiterin der Beklagten den Zedenten bei Erwerb der Wertpapiere unstreitig nicht auf.

Die Klägerin hat behauptet, dass der Beklagten spätestens seit den 90er Jahren insbesondere aufgrund der Wohlverhaltensrichtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 26.5.1997 bekannt gewesen sei, dass sie zur Aufklärung über erhaltene Rückvergütungen verpflichtet sei. Nach Auffassung der Beklagten sei daher zumindest von einem bedingt vorsätzlichen Handeln auszugehen. Sie trägt in diesem Zusammenhang ferner unwidersprochen vor, dass der Zedent die streitgegenständlichen Wertpapiergeschäfte nicht getätigt hätte, wenn er über die von der Beklagten vereinnahmten Rückvergütungen aufgeklärt worden wäre.

Mit Teilurteil vom 29.3.2012, Bl. 78 d. GA, ist die Beklagte verurteilt worden, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welche Vertriebs- und Vertriebsfolgeprovisionen sowie sonstige Vergütungen und wirtschaftlichen Vorteile sie im Zusammenhang mit der Vermittlung und Verwaltung der in dem Depot mit der Depotnummer #####, Inhaber T, geführten Wertpapiere erhalten hat.

Nachdem die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil vom 29.3.2012 durch Beschluss des Senats vom 27.8.2012 als unzulässig verworfen worden war, hat die Beklagte mit Schreiben vom 12.10.2012, Bl. 155f. d. GA, die entsprechende Auskunft erteilt.

Sodann hat die Klägerin beantragt,

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 70.620,78 € Zug um Zug gegen Abtretung der Wertpapiere in dem Depot mit der Depotnummer #####, Inhaber T, und zwar

IsiN	Bezeichnung	Anteile
LU#####	C-BioTech ##	51,131
DE#####	C-Technologie ##	532,00
LU#####	C-Japan ##	5,00
DE#####	C-EuropaSelect ##	200,00
DE#####	C-EuropaPotential ##	135,00

LU#####	Cstruktur 2 Chance	94,00
---------	--------------------	-------

zu zahlen,	14
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 20.971,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von	15
5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit	16
(24.11.2011) zu zahlen,	17
• 3. die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 1.999,32 € nebst Zinsen in Höhe	18 19
von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit	20
(24.11.2011) zu zahlen,	21
• 4. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Gegenleistung zu Ziffer 1) in	22 23
Annahmeverzug befindet.	24
Die Beklagte hat beantragt,	25
die Klage abzuweisen.	26
Sie hat die Auffassung vertreten, dass der Vortrag der Klägerin zu einem	27
Anlageberatungsvertrag unsubstantiiert sei.	
Darüber hinaus sei der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß § 37a WpHG	28
verjährt. Die Spezialvorschrift sei einschlägig, da die Beklagte ihre Auskunftspflicht zu den	
hier maßgeblichen Zeitpunkten am 15.5.1998, 3.2.2000, 9.2.2000, 16.5.2000, 22.5.2000,	
11.1.2001 und 18.1.2001 nicht bedingt vorsätzlich verletzt habe. Die Beklagte habe sich	
seinerzeit vielmehr in einem Rechtsirrtum hinsichtlich ihrer Verpflichtung zur ungefragten	
Offenlegung von Provisionen befunden. Die Beklagte hat hierzu unter näheren Darlegungen	
behauptet, dass sie im maßgeblichen Zeitraum zwischen 1998 und 2001 über eine	
Organisation ihrer Geschäftsvorgänge verfügt habe, die ihrer Auffassung nach eine	
hinreichende Umsetzung etwaiger Pflichten seitens des Gesetzgebers, der Rechtsprechung	
oder der Aufsichtsbehörden sichergestellt habe und auch heute noch sicherstellen würde. Bis	
zur Entscheidung des BGH vom 19.12.2006, XI ZR 56/05, habe kein höchstrichterliches Urteil	
vorgelegen, das sich hinreichend deutlich mit der Aufklärungspflicht einer Bank in Bezug auf	
Rückvergütungen bei einer Anlageberatung beschäftigt hätte. Aus den Urteilen des BGH vom	
28.2.1989 und 6.2.1990 habe sich keine offenkundige Pflicht zur Aufklärung über	
Vergütungen im Bereich der Anlageberatung herleiten lassen. Auch dem Urteil des BGH vom	
19.12.2000 sei Entsprechendes nicht zu entnehmen. Der BGH habe vielmehr noch mit Urteil	
vom 24.7.2001 (XI ZR 329/00) entschieden, dass „die Rechtsprechung zu den	
Aufklärungspflichten von gewerblichen Anlagevermittlungsgesellschaften, die telefonisch	
Börsentermingeschäfte anbieten, nicht auf den Effektenhandel von Kreditinstituten	
anwendbar ist“. Auch aus Ziffer 2.2 Abs. 2 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den	
Wertpapierhandel (BAWe) zur Konkretisierung der §§ 31 und 32 WpHG vom 26.5.1997 habe	

sich keine Pflicht zur Offenlegung ergeben. Auch habe keine Anweisung der Verbände existiert, Provisionen im Zusammenhang mit der Anlageberatung ungefragt zu offenbaren.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, Bl. 189ff. d GA., Bezug genommen. 29

Das Landgericht hat die Beklagte mit 2. Teil- und Schlussurteil zur Zahlung von 70.620,78 € Zug um Zug gegen Abtretung der streitgegenständlichen Wertpapiere sowie zur Zahlung von 1.880,20 € nebst Zinsen verurteilt und festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Übertragung der Rechte an den streitgegenständlichen Fondsanteilen in Annahmeverzug befindet. Die weitergehende Klage hat das Landgericht abgewiesen. 30

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt. 31

Die Beklagte rügt zunächst, dass das Landgericht verkannt habe, dass der Vortrag der Klägerin zu dem Vorliegen eines Anlageberatungsvertrages bereits unsubstantiiert und unschlüssig sei. 32

Darüber hinaus greift die Beklagte die Annahme des Landgerichts an, ein Schadensersatzanspruch der Klägerin sei nicht gemäß § 37a WpHG verjährt. Das Landgericht habe verkannt, dass die Regelverjährung der §§ 195, 199 BGB keine Anwendung finde, da auf Seiten der Beklagten ein Rechtsirrtum vorgelegen habe und bereits das bloße Bestehen eines Rechtsirrtums den Vorsatz entfallen lasse. 33

Insoweit gelte der Maßstab, je unklarer die Rechtslage in Bezug auf die Aufklärungspflicht über Rückvergütungen im fraglichen Zeitraum gewesen sei, desto wahrscheinlicher erscheine die Annahme, dass die Beklagte sie nicht gekannt und sich in einem Rechtsirrtum befunden habe. Als Indiz seien darüber hinaus die zentralen Mitteilungen der Verbände und Prüfstellen zu berücksichtigen. 34

Weder ein Organ, noch ein leitender Mitarbeiter der Beklagten habe über relevantes, einen Rechtsirrtum ausschließendes Wissen hinsichtlich einer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen im maßgeblichen Zeitraum verfügt. Zwischen 1998 und 2001 habe überhaupt keine gesicherte Rechtsmeinung zu einer ungefragten Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bestanden. 35

Die Beklagte beantragt, 36

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 37

Die Klägerin beantragt, 38

die Berufung zurückzuweisen. 39

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Auf einen entsprechenden Hinweis des Senats trägt sie ferner zu den Umständen des Erwerbs der streitgegenständlichen Wertpapiere vor. 40

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 41

B. 42

Die Berufung ist zulässig und begründet.	43
I.	44
Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz aus den gemäß Art. 229 § 5 EGBGB fortgeltenden Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung (pVV) i.V.m. § 398 BGB nicht zu.	45
1.	46
Auf der Grundlage des Sach- und Streitstandes ist allerdings entgegen der Auffassung der Beklagten davon auszugehen, dass in Bezug auf die streitgegenständlichen Wertpapiere jeweils ein Beratungsvertrag zwischen dem Zedenten und der Beklagten zustande gekommen ist.	47
Bei der Würdigung des Parteivortrages ist zu berücksichtigen, dass eine Bank regelmäßig Anlagenberaterin und nicht bloße Anlagevermittlerin ist (BGH, Beschluss vom 9.3.2011, XI ZR 191/10, WM 2011, 925, juris-Rdnr. 19). Ein Anlageberatungsvertrag kann auch stillschweigend durch die tatsächliche Aufnahme einer Beratung abgeschlossen werden. Auf wessen Initiative das Beratungsgespräch zustande gekommen ist, ist gleichgültig. Es ist ausreichend, wenn die Bank erkennt, dass der Kunde das Ergebnis der Beratung zur Grundlage seiner Anlageentscheidung machen will (BGH Urteil vom 6.7.1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, juris-Rdnr. 11f. m.w.N.).	48
Allein auf der Grundlage der erstinstanzlichen Ausführungen der Klägerin bestanden zwar Bedenken, ob das Vorbringen in diesem Zusammenhang angesichts des Bestreitens der Beklagten hinreichend substantiiert ist. Nachdem die Klägerin ihr Vorbringen auf einen entsprechenden Hinweis des Senats jedoch präzisiert hat, ist unter Berücksichtigung der von dem Bundesgerichtshof gestellten Anforderungen an die Schlüssigkeit und Substantiiertheit der Darlegungen des Anlegers (dazu BGH, Urteil vom 6.12.2012, III ZR 66/12, WM 2013, 68ff., juris-Rdnr. 10ff.) aber nunmehr ein hinreichendes Vorbringen gegeben. Die Klägerin hat mit der Berufungserwiderung dargelegt, wie und mit welcher Zielsetzung es im Jahr 1998 und 2000 zu Gesprächen zwischen dem Zedenten und seiner langjährigen Kundenbetreuerin, Frau H, gekommen sei. Sie hat ferner ausgeführt, dass jeder einzelnen Anlage eine Auswahl und eine Empfehlung der Beklagten vorausgegangen sei, ohne dass der Zedent hinsichtlich der Asset-Klasse oder hinsichtlich der anbietenden Kapitalanlagegesellschaft irgendwelche Wünsche oder Weisungen gegenüber der Kundenberaterin geäußert habe. Vielmehr habe die Mitarbeiterin der Beklagten dem Zedenten die jeweiligen C-Fonds vorgeschlagen und empfohlen. Diesem Vorbringen ist die Beklagte auch nach einem entsprechenden Hinweis des Senats im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht in erheblicher Weise entgegengetreten. Ein bloßes Bestreiten der Angaben der Klägerin reichte angesichts des nunmehr vorliegenden Sachvortrages nicht aus.	49
2.	50
Abgesehen davon, dass sich die Beklagte selbst mit der Berufung nicht gegen die Qualifizierung der Vertriebsprovisionen als aufklärungspflichtige Rückvergütungen wendet, kann letztlich dahin stehen, ob es sich bei den unstreitig von der Beklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb der streitgegenständlichen Wertpapiere erlangten Vertriebsprovisionen um aufklärungspflichtige Rückvergütungen im Sinne der BGH-Rechtsprechung handelt und die Beklagte insoweit ihre Pflicht zur Aufklärung über diese Rückvergütungen objektiv verletzt hat. Denn ein entsprechender Schadensersatzanspruch ist gemäß §§ 37a, 43 WpHG verjährt und damit gemäß § 214 Abs. 1 BGB nicht mehr	51

durchsetzbar.

3.	52
Auch das Landgericht ist insoweit zunächst noch zutreffend davon ausgegangen, dass jedenfalls ein Schadensersatzanspruch wegen fahrlässiger Pflichtverletzung gemäß § 37a WpHG a.F. i.V.m. § 43 WpHG verjährt ist und eine Haftung der Beklagten lediglich bei einer vorsätzlich falschen Anlageberatung in Betracht kommt, bei der es bei der deliktischen Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB verbleibt (BGH, Urteil vom 8.3.2005, XI ZR 170/04).	53
Der Auffassung des Landgerichts, wonach eine zumindest bedingt vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung zu bejahen ist, ist jedoch nicht zu folgen.	54
a)	55
Dass die Beraterin der Beklagten, Frau H, den Zedenten vorsätzlich falsch beraten hätte, behauptet die Klägerin selbst nicht. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Mitarbeiterin der Beklagten eine Schädigung des Zedenten bei der Beratung in Kauf genommen hätte.	56
b)	57
Auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstandes kann aber auch hinsichtlich der Beklagten selbst weder Vorsatz hinsichtlich einer unterlassenen Aufklärung noch ein vorsätzliches Organisationsverschulden festgestellt werden.	58
aa)	59
Nach der – insoweit auch von dem Landgericht herangezogenen - maßgeblichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.5.2009 (XI ZR 586/07, WM 2009, 1274, juris-Rdnr. 14) muss eine beratende Bank ihren Geschäftsbetrieb zum Schutz des Rechtsverkehrs so organisieren, dass bei ihr vorhandenes Wissen den Mitarbeitern, die für die betreffenden Geschäftsvorgänge zuständig sind, zur Verfügung steht und von diesen auch genutzt wird. Ein vorsätzliches Organisationsverschulden ist danach dann gegeben, wenn die Bank ihre Verpflichtung zur Aufklärung der Kunden gekannt oder zumindest für möglich gehalten hat (bedingter Vorsatz) und es gleichwohl bewusst unterlassen hat, ihre Anlageberater anzuweisen, die Kunden entsprechend aufzuklären.	60
Der BGH hat in seiner Entscheidung ausdrücklich klargestellt, dass die Darlegungs- und Beweislast für ein nichtvorsätzliches Handeln den Anlageberater trifft. Wer sich auf einen den Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum beruft, muss diesen auch darlegen und beweisen (BGH, a.a.O., juris-Rdnr. 20). Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat vorzutragen und ggfs. zu beweisen, dass es trotz Kenntnis der Auskunfts- und Herausgabepflichten des Geschäftsbesorgers nach §§ 675, 666, 667 BGB bzw. des Kommissionärs nach §§ 383, 384 Abs. 2 HGB und der dazu veröffentlichten Rechtsprechung sowie der darauf Bezug nehmenden BAWe – Richtlinie vom 26.5.1997 eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht erkannt und auch nicht für möglich gehalten hat und es deswegen auch nicht im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit unterlassen hat, seine Anlageberater zur Aufklärung der Kunden zu verpflichten (BGH, a.a.O., juris-Rdnr. 21).	61
Ob es dem Anleger angesichts der Tatsache, dass das Fehlen von Vorsatz eine negative Tatsache betrifft, gleichwohl obliegt, zunächst Umstände darzulegen, aus denen er ableitet,	62

dass die beratende Bank vorsätzlich gehandelt hat (so z.B. OLG München, Beschluss vom 27.3.2012, 5 U 4137/11, BKR 2013, 262, OLG Stuttgart, Urteil vom 10.10.2012, 9 U 87/12, WM 2013, 377f. = BKR 2013, 164f.), wofür nach Auffassung des Senats viel spricht, kann vorliegend dahin stehen. Denn nach dem Sach- und Streitstand ist auch bei Zugrundelegung der sich aus der Entscheidung des BGH vom 12.5.2009 ergebenden Darlegungs- und Beweislastverteilung davon auszugehen, dass sich die Beklagte zum Zeitpunkt der hier streitgegenständlichen Beratungen in einem vorsatzausschließenden Rechtsirrtum befunden hat.

bb) 63

Die Beklagte hat in substantiiert Weise dargelegt, dass sie es nicht im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit unterlassen hat, ihre Kundenberater anzuweisen, über etwaige Rückvergütungen aufzuklären. Unter näherer Darlegung ihrer internen Strukturen hat sie behauptet, dass den im Hause der Beklagten für die Umsetzung etwaiger Pflichten zuständigen Personen nicht bewusst gewesen sei, dass die Beklagte über an sie fließende Provisionen aus den Ausgabeaufschlägen ungefragt aufzuklären hatte. Darüber hinaus hat sie insbesondere auch auf die Mitteilungen bzw. Rundschreiben ihres Dachverbandes verwiesen, denen – unstreitig - Gegenteiliges nicht zu entnehmen war. Auch von dem für die Beklagte zuständigen D-Verband wurde im hier maßgeblichen Zeitraum keine Pflicht zur individuellen Offenlegung von Rückvergütungen angenommen und wurden demgemäß auch keine entsprechende Handlungsempfehlungen gegenüber den Sparkassen ausgesprochen. Ausgehend von der im Rahmen des Berufungsverfahrens vorgelegten Stellungnahme des D-Verbandes sah die gesamte Kreditwirtschaft Provisionen, die eine Bank/Sparkasse als Gegenleistung für ihre Vertriebsleistung erhält, als nicht von der Richtlinie des BAWe zur Konkretisierung der §§ 31, 32 WpHG vom 26.5.1997 erfasst an. 64

Damit hat die Beklagte entgegen der Auffassung der Klägerin schlüssig dargelegt, sich in einem Rechtsirrtum befunden zu haben. Schon bei dem Vorliegen eines bloßen Rechtsirrtums entfällt aber die vorsätzliche Haftung (BGH, Urteil vom 29.6.2010, XI ZR 308/09, juris-Rdnr. 3). 65

Eine abweichende rechtliche Würdigung ergibt sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte über eine eigene Rechtsabteilung verfügt. Der Umstand, dass die Rechtsabteilung der Beklagten den zu diesem Zeitpunkt ergangenen Urteilen des BGH (hier vor allem den Urteilen vom 28.2.1989, AZ: XI ZR 70/88 sowie vom 6.2.1990, AZ: XI ZR 184/88) und insbesondere der Wohlverhaltensrichtlinie (hier Ziffer 2.2. Abs. 2) eine generelle Aufklärungspflicht über Rückvergütungen hätte entnehmen können, rechtfertigt für sich allein nicht die Annahme, dass diese eine entsprechende Aufklärungspflicht auch tatsächlich erkannt oder zumindest für möglich gehalten hat. Dass die Beklagte insoweit auf die Fachkenntnis ihres Verbandes vertraut hat, ohne dessen Auffassung selbst noch einmal zu überprüfen, ist zwar möglicherweise pflichtwidrig, ein mindestens bedingt vorsätzliches Handeln in dem Sinne, dass die Beklagte vor einer eindeutigen Rechtslage die Augen verschlossen hätte, kann hieraus jedoch nicht abgeleitet werden. 66

Zur schlüssigen Darlegung eines – lediglich Vorsatz ausschließenden – Rechtsirrtums auf Seiten der Beklagten war es auch nicht erforderlich, dass die Beklagte darlegt, welche internen Überlegungen und konkreten rechtlichen Überprüfungen (z.B. in der Form von Rechtsgutachten) sie veranlasst hat. Es bedurfte hierzu auch keiner umfassenden und kritischen Auseinandersetzung der Beklagten mit den in den Gründen des BGH vom 29.6.2010, XI ZR 308/09, genannten und gewürdigten Gerichtsentscheidungen sowie mit den 67

in der Literatur vertretenen Rechtsansichten. Erforderlich wären entsprechende Darlegungen nur dann, wenn die Beklagte sich auf einen „unvermeidbaren bzw. entschuldbaren“ Rechtsirrtum berufen würde, der jegliches Verschulden, also auch Fahrlässigkeit, ausschließt (arg. ex BGH, Beschluss vom 29.6.2010, XI ZR 308/09, WM 2010, 1694, juris-Rdnr. 10). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.

cc) 68

Dem substantiierten Vorbringen der Beklagten ist die Klägerin nicht in erheblicher Weise entgegen getreten. 69

Für die hier wesentliche Frage der Verjährung kommt es – worauf die Beklagte im Rahmen der Berufungsbegründung zutreffend hingewiesen hat - nicht darauf an, ob die Beklagte bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt damit rechnen musste, dass eine generelle Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bestand, ob also der Rechtsirrtum vermeidbar war. Entscheidend ist vielmehr, ob sich die Beklagte überhaupt in einem – wenn auch möglicherweise vermeidbaren - Rechtsirrtum befand. 70

Die Beklagte hat im Rahmen der Berufungsbegründung ferner zu Recht darauf hingewiesen, dass für die Annahme von Vorsatz auch ein voluntatives Element dergestalt erforderlich ist, dass die Beklagte bewusst gegen etwaige ihr bekannte Aufklärungspflichten verstoßen hat (BGH, Urteil vom 15.7.2010, III ZR 321/08, juris-Rdnr. 40). 71

Anhaltspunkte, aus denen sich abweichend von dem substantiierten Vorbringen der Beklagten zum Vorliegen eines Rechtsirrtums Rückschlüsse auf ein vorsätzliches Handeln der Beklagten und in diesem Zusammenhang insbesondere auf eine bewusst pflichtwidrige Verletzung der Aufklärungspflicht zum Nachteil des Zedentin ergeben, sind nicht ersichtlich und auch von der Klägerin nicht dargelegt worden. 72

Soweit die Klägerin pauschal behauptet, der Beklagten sei spätestens seit den 90er Jahren (positiv) bekannt, dass ihr eine Verpflichtung zur Aufklärung über erhaltene Rückvergütungen obliege und damit zumindest von einem bedingt vorsätzlichen Handeln auszugehen sei, rechtfertigt ihr weiteres Vorbringen eine entsprechende Schlussfolgerung nicht. Die Klägerin begründet ihre Behauptung nämlich unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 16.3.2011 allein damit, dass unter Berücksichtigung der seinerzeit ergangenen Rechtsprechung, der in der Literatur geführten Diskussion und der Regelungen in der Wohlverhaltensrichtlinie des BAWe vom 26.5.1997 davon auszugehen sei, dass das Verschweigen von Rückvergütungen nicht nur fahrlässig, sondern sogar vorsätzlich erfolgt sei. Diese Erwägungen tragen indes die Annahme vorsätzlichen Handelns nicht. Wie bereits dargelegt kann insbesondere auch bei Berücksichtigung der zu dieser Frage bis zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beratungen ergangenen Rechtsprechung, der bis dahin geführten Diskussion im Schrifttum und der Wohlverhaltensrichtlinie des BAWe vom 26.5.1997 nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, die Beklagte habe tatsächlich erkannt oder in missbräuchlicher Weise nicht erkannt, dass auch ihr eine entsprechende Verpflichtung obliegt. Auch der BGH hat nach Auswertung der hierzu ergangenen Rechtsprechung bis zum Jahr 2003 und der Literatur bis zum Jahr 2000 nicht etwa das Vorliegen eines Rechtsirrtums an sich verneint. Er ist vielmehr auch unter Einbeziehung der Tatsache, dass die Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 26.5.1997 zum Zeitpunkt der dort maßgeblichen Beratung bereits erlassen worden war, zu dem Ergebnis gelangt, dass von einem Rechtsirrtum der beklagten Bank auszugehen sei, dieser aber nicht entschuldbar sei. Dementsprechend hat der BGH in dem ähnlich gelagerten Fall eine Haftung der beklagten Bank wegen einer **fahrlässigen** Aufklärungspflichtverletzung 73

bejaht (BGH, XI ZR 308/09, WM 2010, 1694, juris-Rdnr. 4ff.).

Da damit auch ausgehend von dem Klägervorbringen die Annahme eines mindestens bedingt vorsätzlich Verhalten der Beklagten nicht begründet ist, ist das Vorbringen insgesamt schon nicht erheblich. Auf ein bloßes Bestreiten durfte sich die Klägerin vorliegend nämlich schon wegen des substantiierten Vorbringens der Beklagten zum Bestehen eines Rechtsirrtums nicht beschränken. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen zu Ziffer I. 2. b) bb) verwiesen. Bereits bei Zugrundelegung der sich aus der Entscheidung des BGH vom 12.5.2009 (a.a.O.) ergebenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast kommt demnach eine Haftung der Beklagten wegen vorsätzlichen Verhaltens nicht in Betracht. 74

Darüber hinaus kann nach Auffassung des Senats aber ohnehin ohne entgegenstehende Indizien regelmäßig ausgeschlossen werden, dass eine Bank ihre Mitarbeiter in Kenntnis der Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens anhält, die eigenen Kunden fehlerhaft zu beraten. Im Grundsatz kann unterstellt werden, dass eine Bank ihre Kunden ordnungsgemäß und entsprechend den gesetzlichen Vorgaben beraten will. Insbesondere begründet auch allein ein objektiver Beratungsfehler keine Vermutung eines vorsätzlichen Verhaltens (Senat, Urteil vom 31.7.2013, 31 U 31/13; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.3.2011, 23 U 69/10, OLG Stuttgart, Urteil vom 10.10.2012, 9 U 87/12, WM 2013, 377f.). Zutreffend weist auch das Oberlandesgericht Stuttgart in diesem Zusammenhang darauf hin, dass davon ausgegangen werden kann, dass eine Bank im Regelfall eine Dienstleistung an ihren Kunden erbringen und mit diesem die Geschäftsbeziehung dauerhaft fortsetzen will und sie daher selbst ein Interesse an einer fehlerfreien und qualitativ hochwertigen Beratung hat (OLG Stuttgart, Urteil vom 10.10.2012, 9 U 87/12, NJW 2013, 320ff., juris-Rdnr. 12). Ein entsprechendes Interesse folgt nach Auffassung des Senats ferner daraus, dass sich die Bank nicht sehenden Auges Schadensersatzansprüchen ihrer Anleger aussetzen will, die nicht lediglich auf die Herausgabe der erlangten Provisionen, sondern auf die Rückabwicklung des gesamten Geschäftes gerichtet sind. 75

Nach allem kann auf der Grundlage des Parteivorbringens nicht von einem vorsätzlichen Handeln der Beklagten ausgegangen werden. 76

II. 77

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet schon deshalb aus, weil der Zedent lediglich einen reinen Vermögensschaden erlitten hat, der von der Norm nicht erfasst wird. 78

Für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263, 266 StGB oder § 31 Abs. 1 WpHG fehlt es aus den dargelegten Gründen am Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des eigenen Handels. Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB ist mangels Vorsatz zu verneinen. 79

III. 80

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 81

IV. 82

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Entscheidung weicht insbesondere bei der Frage der Darlegungslast nicht von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab. 83

