
Datum: 08.06.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 55/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0608.13U55.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 15 O 174/09

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 18.2.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (15 O 174/09) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt mit der Klage den Ersatz des Schadens, der dem Zedenten, ihrem Ehemann, durch den Abschluss eines mit der von der Beklagten angeratenen Wertpapiergeschäftes entstanden ist.

Nach einer Beratung durch den Mitarbeiter X der Beklagten erwarb der Zedent im Februar 2007 nach näherer Maßgabe der als Anlage K 7 zur Klageschrift (GA 68) vorgelegten

1

2

3

4

Bestätigung der Beklagten 17 Global Champions Zertifikate (WKN: ISIN DE00A0MJHE1) der Lehman Brothers Treasury CO. B.V., einer niederländischen Tochtergesellschaft der US-Investmentbank Lehman Brothers, zu einem Gesamtbetrag von 22.000 €. Diese Zertifikate sind nach der Insolvenz der Muttergesellschaft wertlos.

Die Klägerin legt der Beklagten Aufklärungsversäumnisse zur Last. Die Beklagte habe weder anleger- noch anlagegerecht beraten, da der Zedent weder zutreffend über die Funktionsweise und die Risiken dieser Form der Vermögensanlage noch auf ein mögliches Totalverlustrisiko hingewiesen worden sei. Auch habe die Beklagte ihren vertraglichen Verpflichtungen zur Beratung nicht genügt, weil sie ihr Eigeninteresse am Vertrieb der Wertpapiere nicht offenbart habe. Die Klägerin hat Ersatz des entstandenen Schadens in Form des aufgewendeten Kapitals nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 21.4.2009 (Rechtshängigkeit) verlangt. 5

Das Landgericht, auf dessen Entscheidung wegen der tatsächlichen Feststellungen, der dort gestellten Anträge und der Einzelheiten der rechtlichen Würdigung Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), hat die Beklagte zur Rückzahlung des Anlagebetrages abzüglich der an den Zedenten ausgeschütteten Bonuszahlung von 1.600 € - Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der Zertifikate - mit der Begründung verurteilt, dass die Beklagte jedenfalls ihre Verpflichtung zur Offenlegung der - unstreitig erhaltenen – Erträge von 3,5 % (sei es in Form einer Vertriebsprovision, sei es in Form einer Gewinnmarge im Rahmen eines Festpreisgeschäftes) verletzt habe und anzunehmen sei, dass der Zedent die Papiere nach der von der Beklagten nicht widerlegten Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht erworben habe. 6

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte unter Aufrechterhaltung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags ihr Klageziel weiter. Sie ist insbesondere der Auffassung, bei richtiger Bewertung handele es sich bei ihrer Rechtsbeziehung zum Rechtsvorgänger der Klägerin nicht um ein Kommissions-, sondern um ein Festpreisgeschäft, in dessen Rahmen Aufklärungspflichten über die von ihr erzielten Margen entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht bestünden. Selbst wenn man dies aber anders sehe, sei die Verpflichtung durch die auf der Rückseite der Wertpapierabrechnungen erteilten Informationen in ausreichender Weise erteilt. Jedenfalls fehle es aber entgegen der Auffassung des Landgerichts an der erforderlichen Kausalität einer etwaigen Aufklärungspflichtverletzung. Es sei lebensnah anzunehmen, dass der Zedent die Zertifikate mit Rücksicht auf die Qualität der Beratung auch dann erworben habe, wenn er von der geringen Marge der Beklagten Kenntnis gehabt habe. Das zeige auch das Anlageverhalten ihrer Kunden im Allgemeinen: Nach Versendung einer allgemeinen Kundeninformation im September 2007 habe sich das Volumen ihrer Zertifikategeschäfte nicht nennenswert verändert, trotz der Finanzkrise gebe es seit Beginn des Jahres 2008 sogar erhebliche Zuwächse. 7

Auf den Hinweis des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 30.3.2011 – wegen dessen Inhalt auf die Sitzungsniederschrift verwiesen wird - hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 19.4.2011 näher zu den Umständen des Zustandekommens der Vertragsbeziehung zum Zedenten vorgetragen; sie ist der Auffassung, dass sich daraus für den Zedenten unzweifelhaft ergeben habe, dass sie – die Beklagte – nicht als Kommissionärin, sondern als Verkäuferin der Zertifikate aufgetreten sei. 8

Die Beklagte beantragt, 9

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts die Klage abzuweisen. 10

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

12

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags und bestreitet insbesondere, dass ihr Ehemann von der Beklagten bzw. ihrem Mitarbeiter X in irgendeiner Weise darüber unterrichtet worden sei, dass die Zertifikate im Wege eines Festpreisgeschäftes von der Beklagten veräußert werden sollten und dass sie – die Beklagte – daraus Erträge erziele, die bereits im Kaufpreis enthalten seien. Er sei von der Beklagten lediglich – wenn auch nach Maßgabe ihres erstinstanzlichen Sachvortrags unzureichend – über das Zertifikat als solches beraten worden.

13

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze verwiesen.

14

II.

15

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht ist im Ergebnis zu Recht zu der Auffassung gelangt, dass die Beklagte ihre gegenüber der Klägerin bestehenden Pflichten schuldhaft verletzt hat.

16

1.

17

Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist.

18

Nach der Rechtsprechung hängen Inhalt und Umfang der Beratungspflichten von den Umständen des Einzelfalles ab. Die Beratung muss anleger- und objektgerecht sein (ständige Rspr. vgl. BGH NJW 2006, 2041; NJW 2008, 3700). Zu den Umständen in der Person des Kunden gehören insbesondere dessen Wissensstand über Anlagegeschäfte der vorgesehenen Art und dessen Risikobereitschaft. Der Anlageberater hat außerdem zu berücksichtigen, ob es sich bei dem Kunden um einen erfahrenen Anleger mit einschlägigem Fachwissen handelt und welche Anlageziele der Kunde verfolgt (grundlegend BGHZ 123, 126 ff). Darüber hinaus ist der Berater verpflichtet, das beabsichtigte Anlagegeschäft im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse und Ziele des Anlegers zu bewerten und zu beurteilen. In Bezug auf den Anlagegegenstand hat sich die Beratung auf die jeweiligen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die Anlageentscheidung eine wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den allgemeinen (Konjunkturlage, Entwicklung des Börsen- bzw. Kapitalmarkts) und den speziellen Anlagerisiken, welche sich aus den Besonderheiten des Anlageobjekts ergeben. Mit dem Beratungsvertrag übernimmt die Bank auch die Pflicht, eine allein am Kundeninteresse ausgerichtete Empfehlung abzugeben. Sie muss daher Interessenkollisionen, die das Beratungsziel in Frage stellen und die Kundeninteressen gefährden, vermeiden bzw. diese offen legen. Dieser zivilrechtliche Grundsatz ist aufsichtsrechtlich für den Bereich der dem Wertpapierhandelsgesetz unterfallenden Geschäfte in § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG normiert (BGH BGHZ 170, 226; WM 2009, 405; WM 2010, 1694; WM 2011, 682).

19

2.

20

Diese Verpflichtung hat die Beklagte im vorliegenden Fall dadurch verletzt, dass sie den Rechtsvorgänger der Klägerin über die von ihr aus dem streitgegenständlichen

21

Rechtsgeschäft unstreitig erzielten Erträge und den damit verbundenen Interessenkonflikt im Unklaren gelassen hat.

a. 22

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa WM 2007, 487; WM 2009, 405; WM 2009, 1274) muss eine Bank, die einem Anleger den Erwerb bestimmter Anlageprodukte empfiehlt, diesen ungefragt darauf hinweisen, dass und in welcher Höhe sie umsatzabhängige Rückvergütungen vom Anbieter des Produkts erhält. Die Aufklärung über derartige Rückvergütungen ist notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offen zu legen; sie ist nicht auf den Anwendungsbereich des WpHG beschränkt, sondern – weil sie sich aus dem zivilrechtlich allgemein anerkannten Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten ergibt – zwar aufsichtsrechtlich für den Bereich des Wertpapierhandels normiert worden, beansprucht aber auch für Fälle außerhalb dieses Bereiches Geltung (vgl. KK-WpHG/Möllers § 31 Rdn. 23 m.w.Nachw.; auch Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Auflage 2011, § 654 Rdn. 4). Erst durch die Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen (vgl. Assmann/Schneider/Koller, WpHG 4. Aufl. § 31 Rdn. 74; a.A. Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar 3. Aufl. § 31 WpHG Rdn. 27) und zu beurteilen, ob die Bank ihm einen bestimmten Titel nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient. 23

b. 24

Ob diese Rechtsprechung – wie das Landgericht unter Hinweis auf den zivilrechtlich allgemein anerkannten Grundsatz der Vermeidung von Interessenkonflikten angenommen hat – ohne weiteres auf jeden Erwerb/Vertrieb einer Kapitalanlage und damit auch auf Zertifikate zu übertragen ist, erscheint dem Senat zwar zweifelhaft: Werden Zertifikate – wie im Streitfall von der Beklagten behauptet – im Wege des Festpreisgeschäfts vertrieben, d.h. verkauft die beratende Bank die von ihr zuvor vom Emittenten zu einem geringeren Preis erworbenen Wertpapiere zu einem höheren Betrag aus ihrem eigenen Bestand an den Kunden, muss dieser angesichts des bei einem Verkauf auf der Hand liegenden Gewinnerzielungsinteresses der Bank über die reine Gewinnmarge grundsätzlich nicht aufgeklärt werden (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.10.2010 - 19 U 127/120; OLG Hamburg, BB 2010, 1098; in Bezug auf Eigenprodukte der Bank (Zinsswaps) auch BGH WM 2011, 682). 25

Im vorliegenden Fall kann jedoch offen bleiben, ob der Zedent die Zertifikate von der Beklagten im Wege eines Festpreis- oder Eigengeschäftes erworben hat oder ob die Beklagte für ihn insoweit auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages als Kommissionärin gehandelt hat, denn auch bei Annahme eines Festpreisgeschäftes hat die Beklagte ihre Aufklärungspflicht gegenüber dem Zedenten verletzt: 26

aa) Bei Vorliegen eines Kommissionsgeschäftes – welches bei Aufträgen zum Kauf von Wertpapieren den Regelfall darstellt (vgl. BGH NJW-RR 2002, 1344, 1345) und wofür bereits der Inhalt der von der Beklagten zitierten (S. 16 der Klageerwidernung – Bl. 106 GA), mit dem behaupteten Festpreisgeschäft nicht ohne weiteres in Einklang zu bringenden Broschüre "Informationen zum Wertpapiergeschäft" (danach ist die Vergütung der Bank bei Eigenzertifikaten im Festpreis enthalten, während sie bei – wie hier – Fremdzertifikaten vom jeweiligen Emittenten für ihre Dienst- und Beratungsleistungen u.a. eine einmalige Vertriebsprovision von bis zu 3,5% erhält) ebenso spricht wie die dem Zedenten erteilte, eine Auftragsausführung und einen Ausführungspreis an der Frankfurter Börse ausweisenden und damit selbst nach dem Vortrag der Beklagten (S. 15 der Klageerwidernung – Bl. 105 GA) bis 27

auf die fehlende Berechnung einer Ausführungsprovision einem Kommissionsgeschäft entsprechenden Wertpapierabrechnung vom 7.2.2007 (Anlage K 7 zur Klageschrift) - war die Beklagte nach den Grundsätzen der oben unter a) angeführten Kick-back-Rechtsprechung des BGH verpflichtet, über die Höhe an sie vom Emittenten gezahlter (Vertriebs)provisionen (hier: 3,5%) aufzuklären. Die von der Beklagten in diesem Kontext zitierte Entscheidung des BGH vom 27.10.2009 (XI ZR 338/08 - WM 2009, 2306 ff., Tz. 31), wonach aufklärungspflichtige Rückvergütungen nur vorliegen, wenn Teile der vom Kunden über die Bank an die Fondsgesellschaft gezahlten Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren hinter dem Rücken des Kunden umsatzabhängig an die Bank zurückfließen, steht einer Aufklärungspflicht nicht entgegen. Der BGH hat insoweit mit Beschluss vom 9.3.2011 (XI ZR 191/10) ausdrücklich klargestellt, dass sich die Aufklärungspflicht der beratenden Bank nicht auf Ausgabeaufschläge und Verwaltungsgebühren beschränkt, sondern auch auf ohne Wissen des Kunden umsatzabhängig an sie gezahlte Vertriebsprovisionen erstreckt.

bb) Geht man demgegenüber mit der Beklagten davon aus, dass sie die Zertifikate aus ihrem eigenen Bestand im Wege eines Festpreisgeschäftes an den Zedenten verkauft hat und nimmt weiter an, dass die Beklagte mit der einmaligen Vertriebsprovision lediglich ihre Gewinnmarge realisiert hat, mag sie zwar – wie oben dargelegt – nicht nach den Grundsätzen der sog. Kick-back-Rechtsprechung verpflichtet gewesen sein, den Zedenten über die Höhe dieser Marge aufzuklären. Eine so weitgehende, auch die (Höhe der) Gewinnmarge aus einem Wertpapierverkauf umfassende Aufklärungspflicht der Bank ist dieser, die Vermittlung von Kapitalanlagen durch die beratende Bank und nicht einen Wertpapierkauf betreffenden Rechtsprechung (BGHZ 170, 226, 234 ff.; WM 2009, 405 und 1274) nicht zu entnehmen. 28

1. Nach Auffassung des Senats oblag es der Beklagten – wie der Senat mit Urteil vom 4. Mai 2011 in einem Parallelverfahren (13U165/10) entschieden hat - in diesem Fall aber, den Zedenten unmissverständlich zumindest auf ihre – neben der Beraterrolle bestehende – Verkäufereigenschaft und den daraus folgenden Interessenkonflikt hinzuweisen. Dass ein Verkäufer – und damit auch ein Kreditinstitut in dieser Funktion – mit dem Verkauf von Produkten Gewinne erzielt und sich insoweit in einem offenkundigen Interessenkonflikt befindet, kann einer Aufklärungspflicht dann nicht entgegen gehalten werden, wenn der Kunde – anders als bei der Empfehlung von Eigenprodukten der Bank, bei denen das Eigeninteresse der Bank offensichtlich ist (vgl. BGH WM 2011, 682; 2010, 885) - diesen Sachverhalt nicht kennt und er das Kreditinstitut hinsichtlich des ihm empfohlenen Fremdprodukts als neutralen, allein den Kundeninteressen verpflichteten Berater ansieht. Nur bei einer – für die gebotene Aufklärung allerdings auch ausreichenden - Offenlegung des Umstands, dass zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande kommt, kann der Kunde das mit dem Verkauf von Produkten typischerweise verbundene Umsatzinteresse der ihn beratenden Bank erkennen (vgl. auch OLG Karlsruhe WM 2011, 353, 355 unter Hinweis auf BGH WM 2002, 1687). 29

2. Die danach im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erforderliche Offenlegung der - unterstellten – Verkäufereigenschaft der Beklagten lässt sich ihrem Vorbringen nicht entnehmen. Die Beklagte hat – auch auf den ausdrücklichen Hinweis des Senats im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 30.3.2011 – im Rahmen der ihr jedenfalls obliegenden sekundären Darlegungslast mit Schriftsatz vom 19.4.2011 nicht schlüssig vorgetragen, dem Zedenten gegenüber ausreichend deutlich gemacht zu haben, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Vertrag um ein Eigen- oder Festpreisgeschäft handelt und der Zedent die Zertifikate unmittelbar von der Beklagten als Verkäuferin erwirbt. 30

Was ihr Vorbringen zum Verlauf des Beratungsgesprächs mit dem Zedenten im Februar 2007 31
angeht, erschöpft es sich darin, dass in dem fraglichen Gespräch von einem – festen -
Kaufpreis und von Erträgen der Beklagten "aus dem Verkauf" die Rede gewesen sei. Allein
daraus kann ein durchschnittlicher Anleger aber nicht hinreichend sicher ableiten, dass im
konkreten Fall gerade die ihn beratende Bank der Verkäufer ist und nicht der Emittent. Die
Tatsache, dass die Zertifikate - durch den Anleger oder die Bank – überhaupt in irgendeiner
Form "gekauft" werden müssen bzw. "verkauft" werden, besagt noch nichts zu der Frage, ob
es gerade die Bank ist, die die Verkäuferrolle einnimmt. Die von der Beklagten vorgetragenen
Erklärungen ihres Mitarbeiters X konnten sich aus der insoweit maßgeblichen Sicht des
Zedenten daher auch auf einen Kauf der Zertifikate vom Emittenten – mit der Bank als
Kommissionär – beziehen.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Vortrag der Beklagten, dass sich beide Parteien 32
"geeignet" hätten, "dass die Beklagte verpflichtet" sei, "die Zertifikate zu dem vereinbarten
Kaufpreis zu übertragen". Dabei handelt es sich um nicht mehr als die Wiedergabe der nach
dem Gesetz (§ 433 BGB) erforderlichen Voraussetzungen für die Annahme eines
Kaufvertrages, ohne dass deutlich wird, inwieweit dem entsprechende Erklärungen der
handelnden Personen zugrunde gelegen haben und inwieweit der Klägerin die sich daraus
ergebenden rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen bewusst gewesen sind. Dem
durchschnittlichen Anleger dürften diese rechtlichen Differenzierungen regelmäßig nicht klar
sein; aus der Vereinbarung eines festen Preises kann er ohnehin nicht zuverlässig schließen,
dass ihm damit die Bank als Verkäuferin mit Eigeninteressen gegenüber tritt. Das gilt im
vorliegenden Fall umso mehr, als die Beklagte ihren Vortrag – soweit man ihn nach dem
Vorstehenden überhaupt als ausreichend für das Zustandekommen eines
Festpreisgeschäftes zu verstehen hat - selbst relativiert hat ("Selbst wenn der Zeuge X
aufgrund mangelnder Rechtskenntnis davon ausgegangen wäre, dass die Zertifikate im
Wege eines Kommissionsgeschäftes verkauft werden...").

Auch der sonstige Vortrag der Beklagten und die dem Zedenten erteilte 33
Wertpapierabrechnung vom 7.2.2007 (Anlage K 7; GA 68) reichen für die Annahme einer
Offenlegung ihrer Verkäufereigenschaft nicht aus: Soweit es in der von der Beklagten
zitierten Broschüre "Informationen zum Wertpapiergeschäft" (GA 106) heißt, dass der Kunde
fremde Zertifikate zu einem festen Preis unmittelbar von der Bank erwirbt (Kaufvertrag), ist
das schon deshalb ohne Belang, weil diese Broschüre sämtlichen Kunden – also auch dem
Zedenten – nach dem Vorbringen der Beklagten erst im September 2007, also rund sieben
Monate nach Vertragsschluss übersandt wurde und deshalb die erforderliche Aufklärung
nicht – rechtzeitig - bewirken konnte. Dass dem Zedenten die Broschüre – spätestens – bei
Vertragsschluss vorlag, behauptet die Beklagte nicht. Gleiches gilt für die dem Zedenten erst
nach Vertragsschluss erteilte Wertpapierabrechnung vom 7.2.2007 - soweit sich aus der
fehlenden Berechnung einer Ausführungsprovision und der Überschrift "Kauf von
Wertpapieren" überhaupt ein tragfähiger Hinweis auf die Verkäuferrolle – gerade - der
Beklagten herleiten lässt. Dass der Zedent bei Vertragsschluss aus anderen Gründen davon
ausgegangen sein könnte, die Beklagte stehe ihr als Verkäuferin gegenüber, ist nicht
ersichtlich.

Schließlich hat die Beklagte das vorliegend zu beurteilende Rechtsgeschäft noch im Rahmen 34
der Berufungsbegründung (dort S. 9; GA 320) im Zusammenhang mit Ausführungen zur
Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für die Anlageentscheidung des
Rechtsvorgängers der Klägerin als "Geschäftsbesorgungsvertrag" qualifiziert.

c. 35

Eine ausreichende – für die Offenlegung des Interessenkonflikts erst recht genügende - Aufklärung des Zedenten über die von der Beklagten aus dem Geschäft erzielten Erträge (mindestens also die 3,5 %ige Vertriebsprovision) ist nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt ebenfalls nicht erfolgt.	36
aa) Dies ergibt sich - was die Provisionshinweise in der dem Zedenten erst Monate nach dem streitgegenständlichen Rechtsgeschäft zugänglich gemachten Broschüre "Informationen zum Wertpapiergeschäft" oder etwaige Hinweise auf der Rückseite der Wertpapierabrechnung betrifft – ohne weiteres aus den vorstehenden Ausführungen.	37
bb) Dass der Zedent über die fraglichen Erträge mündlich und vor dem Erwerb der Zertifikate unterrichtet worden sei, hat die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 19.4.2011 behauptet. Dieser Vortrag ist allerdings – nachdem die Klägerin ihn ausdrücklich bestritten hat (Schriftsatz vom 5.5.2011 - GA 466 ff.) - verspätet und damit prozessual unbeachtlich (§ 531 Abs. 2 ZPO). Er widerspricht überdies dem gesamten Vorbringen der Beklagten in erster Instanz und im Rahmen ihres Berufungsvorbringens bis zum Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 30.3.2011. Bereits im Rahmen der Klageerwiderung hat die Beklagte den Inhalt des mit dem Zedenten geführten Beratungsgesprächs aus ihrer Sicht – einschließlich der Behauptung einer ausdrücklichen, umfassenden und detaillierten Aufklärung über die Funktionsweise und aller mit der Anlage verbundenen Risiken - ausführlich geschildert, ohne dabei eine Unterrichtung des Zedenten über die erzielten Erträge zu erwähnen. Vielmehr heißt es in dem maßgeblichen Zusammenhang (S. 29 der Klageerwiderung - GA 119) lediglich, dass sich ein Hinweis auf die Erträge "in den erst im September 2007 übersandten "Informationen zum Wertpapiergeschäft" befunden habe. Daraus konnte nur der Schluss gezogen werden, dass eine darüber hinausgehende mündliche Information gerade nicht behauptet werden sollte. Dass der Vortrag der Beklagten in diesem Sinne zu verstehen war, ergibt sich schließlich auch daraus, dass sie selbst eine rechtliche Verpflichtung zur Offenlegung ihrer Erträge mehrfach ausdrücklich in Abrede gestellt hat (S. 27 ff der Klageerwiderung - GA 117 ff; S. 4 ff. der Berufungsbegründung - GA 328 ff).	38
Der Vortrag im Schriftsatz vom 19.4.2011, der Zedent sei von dem Berater X ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Beklagte aus dem Verkauf der Zertifikate Erträge erzielt, war der Beklagten auch nicht nachgelassen. Der Beklagten sollte – auf der Grundlage ihres vorstehenden, in der mündlichen Verhandlung erörterten und eine mündliche Aufklärung des Zedenten über erzielte Erträge/Provisionen gerade ausschließenden Sachvortrags - vielmehr nur Gelegenheit gegeben werden, dazu vorzutragen, ob und gegebenenfalls auf welche Weise sie zumindest ihre Verkäuferrolle gegenüber dem Zedenten offen gelegt hat. Die ihr damit eingeräumte Möglichkeit, zu einem bislang nicht problematisierten rechtlichen Gesichtspunkt auch in tatsächlicher Hinsicht vorzutragen, berechtigt die Beklagte indessen nicht dazu, einen völlig neuen und ihrem bisherigen Vorbringen eklatant widersprechenden Sachvortrag in den Rechtsstreit einzuführen.	39
3.	40
Da die Pflichtverletzung der Beklagten somit objektiv feststeht, wird ihr Verschulden gemäß § 280 Abs.1 S.2 BGB vermutet.	41
Dies gilt aufgrund der Entscheidung des BGH vom 29.6.2010 (NJW 2010, 2339) nicht nur für den Fall, dass die Beklagte im Streitfall als Kommissionärin auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages für den Zedenten tätig geworden ist, sondern auch bei Annahme eines Festpreisgeschäftes. Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, sie habe zum	42

Zeitpunkt der Beratung im Februar 2007 davon ausgehen dürfen, über das Erzielen von Erträgen aus Festpreisgeschäften der vorliegenden Art nicht aufklären zu müssen, da eine entsprechende Verpflichtung frühestens seit der zum damaligen Zeitpunkt aber noch nicht veröffentlichten Entscheidung des BGH vom 19.12.2006 diskutiert worden sei, vermag dies weder das Eingreifen der – gesetzlichen - Vermutung in Frage zu stellen noch ihre Widerlegung zu begründen. Die Pflichtverletzung der Beklagten liegt – ein Festpreisgeschäft unterstellt – nicht darin, dem Zedenten ihre daraus erzielten Erträge – die Gewinnmarge - nicht offenbart zu haben, sondern darin, dass sie nicht auf ihre "Doppelrolle" als Beraterin und Verkäuferin hingewiesen hat. Gerade diese "Doppelrolle" kennzeichnet – für die Beklagte erkennbar - den aufklärungspflichtigen Konflikt zwischen der Verpflichtung zur Wahrung des Kundeninteresses einerseits und der Verfolgung ihres – legitimen – Umsatzinteresses andererseits. Für die Annahme eines unvermeidbaren, auch fahrlässiges Verhalten ausschließenden Rechtsirrtums der Beklagten ist angesichts dessen kein Raum. Das gilt umso mehr, als Nr. 4.3 Abs. 5 S. 1 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel vom 26.5.1997 (BANz 1997, 6586) bei Festpreisgeschäften eine Verpflichtung der Bank zu einem Hinweis auf das Zustandekommen eines Kaufvertrages ausdrücklich vorsieht (vgl. dazu BGH NJW-RR 2002, 1345).

4.

43

Die mangelnde Aufklärung über die an die Beklagte geflossenen Provisionen war kausal für die Anlageentscheidung des Zedenten. Dies folgt aus der für diesen sprechenden, grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters geltenden tatsächlichen Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens (BGH NJW-RR 2007, 1329; WM 2009, 274; WM 2009, 789; WM 2009, 1274; WM 2011, 682; Stackmann, NJW 2009, 3265/68; anders, aber unzutreffend Veit, WM 2009, 2193/2201 sowie Herresthal ZBB 2009, 348/61), die die Beklagte nicht hat widerlegen können. Soweit sie erstinstanzlich auf spätere Anlagegeschäfte des Zedenten verwiesen hat, ist dies aus den bereits vom Landgericht angeführten Gründen, auf die der Senat zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen Bezug nimmt, nicht geeignet, die Vermutung zu widerlegen. Ebenso wenig kann aus dem (nach der Behauptung der Beklagten trotz zwischenzeitlicher Information über Erträge unveränderten) Anlageverhalten einer Vielzahl anderer Anleger ein Rückschluss darauf gezogen werden, wie sich speziell der Zedent bei einer rechtzeitigen und inhaltlich zureichenden Unterrichtung über die Vergütung der Beklagten oder deren Verkäuferfunktion verhalten hätte. Schließlich reicht auch eine – von der Beklagten behauptete – allgemeine Kenntnis des typischen Anlegers davon, dass eine Bank ihre Beratungsleistungen im Allgemeinen nicht unentgeltlich erbringe, schon deshalb nicht aus, die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zu widerlegen, weil die Bank bei – wie auch im Streitfall – Verwahrung der vom Kunden erworbenen Wertpapiere im Depot regelmäßig Depotgebühren erhebt und der Kunde mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon ausgehen kann, dass sich die Bank hierdurch ihre Dienstleistung vergüten lässt.

44

5.

45

Was den Umfang des danach - unabhängig von der Frage, ob auch ein Widerruf der vertraglichen Erklärung des Zedenten nach den Vorschriften über Fernabsatzgeschäfte in Betracht kommt - bestehenden Schadensersatzanspruchs der Klägerin angeht, nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug. Die Klägerin kann verlangen, so gestellt zu werden, als wären die Zertifikate im Februar 2007 nicht erworben worden. Das führt zu einem Rückzahlungsanspruch in der im Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung genannten Höhe nebst Rechtshängigkeitszinsen Zug-um-Zug gegen Abtretung

46

der Rechte an den streitgegenständlichen Wertpapieren.

6. 47

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 48

Der Senat lässt die Revision im Hinblick auf die in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte unterschiedlich beurteilte (vgl. OLG Frankfurt a.M., Urt. vom 1.12.2010 – 17 U 3/10; OLG Karlsruhe a.a.O.) und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bisher nicht abschließend geklärte Frage zu, inwieweit die Bank bei der Beratung von Anlegern im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wertpapieren im Wege eines Festpreisgeschäftes zur Offenlegung ihrer Rolle als Verkäuferin verpflichtet ist. 49

Streitwert des Berufungsverfahrens: 15.545,01 € 50