

Gericht	OLG Karlsruhe
Entscheidungstyp	Urteil
Verkündungsdatum	03.03.2009
Aktenzeichen	17 U 371/08

Landgericht Baden-Baden

Aktenzeichen: 1 O 41/07

17. Zivilsenat

V., JAng.e als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

S. B.

- Kläger/Berufungsbeklagter/Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte K.

gegen

C. AG

- Beklagte/Berufungsklägerin/Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte F.

wegen Forderung

hat der 17. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 03. Februar 2009 unter Mitwirkung von Vors. Richter am Oberlandesgericht Dr. Müller-Christmann, Richter am Landgericht Dr. Emunds, Richter am Oberlandesgericht Dr. Schnauder, für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 20. März 2008 - 1 O 41/07 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen dahin abgeändert, dass weiter festgestellt wird, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle durch den ihm zugesprochenen Schadensersatz verursachten steuerlichen Belastungen zu ersetzen.

Die weitergehende Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 62% und die Beklagte 38%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird für den Kläger zugelassen.

Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird auf 20.575 € festgesetzt.

Gründe

I.

Der Kläger verlangt von der beklagten Bank Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Beitritt zu einem Filmfonds.

Der Kläger ist langjähriger Kunde der Beklagten. Auf deren Empfehlung übernahm er mit Beitrittserklärung vom 16. Juli 2001 eine Kommanditeinlage in Höhe von 25.000 € zuzüglich 5% Agio bei der I. KG, einer zur Finanzierung und Verwertung von Kino- und Fernsehfilmen gegründeten Fondsgesellschaft. Vorausgegangen war ein Beratungsgespräch mit dem Zeugen N., einem Anlageberater der Beklagten, der ihm die Beteiligung empfohlen und anhand des Fondsprospekts vorgestellt hatte.

Initiatorin des Fonds war die C. Fonds Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: C), die als mittelbare Tochtergesellschaft der Beklagten zu deren Konzernverbund gehört. Sie hatte sich gegenüber der Fondsgesellschaft verpflichtet, das Kommanditkapital in Höhe von insgesamt 50 Mio. € einzuwerben, und dessen Platzierung garantiert. Dafür stand ihr neben dem fünfprozentigen Agio eine aus dem eingeworbenen Kapital zu entrichtende Vergütung in Höhe von fünf Prozent für die Vermittlung und weiteren drei Prozent für die Platzierungsgarantie zu. Die C wiederum hatte die Beklagte mit der Vermittlung des gesamten Kommanditkapitals beauftragt. Außerdem hatte ihr die Beklagte dessen Platzierung garantiert. Als Gegenleistung sollte die Beklagte jedenfalls das vereinnahmte Agio und zusätzliche von der Erreichung bestimmter Platzierungsquoten abhängige Provisionen für die Vermittlung sowie weitere drei Prozent des Gesamtkapitals für die Platzierungsgarantie erhalten. In dem Fondsprospekt werden sowohl die Konzernzugehörigkeit der C als auch die ihr zustehenden Aufschläge und Vergütungen in Höhe von insgesamt dreizehn Prozent des Kommanditkapitals dargestellt. Die zwischen der C und der Beklagten getroffenen Vereinbarungen sind dort nicht erwähnt. Auch der Zeuge N. hat den Kläger nicht auf diese hingewiesen.

Die wirtschaftliche Situation der Fondsgesellschaft entwickelte sich schlecht. Mit einer im Juni 2006 erstellten Planrechnung wurde den Anlegern in Aussicht gestellt, dass sie bei planmäßiger Beendigung des Fonds zum 31. Dezember 2007 nur rund 20 Prozent des nominalen Kommanditkapitals zurückerhalten würden. Daraufhin bot die A. Vermietungsgesellschaft mbH, eine weitere mittelbare Tochtergesellschaft der Beklagten, den Anlegern an, die Kommanditanteile für 22,7% des Nominalkapitals zu übernehmen und einen Besserungsschein in Höhe des Betrags auszustellen, um den die bis Ende 2011 erfolgten Ausschüttungen den Übernahmepreis übersteigen. Der Kläger nahm dieses Angebot an und trat seinen Anteil gegen Zahlung von 5.675 € ab.

Mit der Klage hat er von der Beklagten Ersatz des für die Fondsbeteiligung aufgewendeten Betrags von - nach Abzug des Veräußerungserlöses verbleibenden - 20.575 € und dessen Verzinsung ab 16. Juli 2001 verlangt, zuletzt nur noch Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus dem Besserungsschein. Er hat geltend gemacht, die Beklagte habe ihre Beratungspflichten in mehrfacher Weise verletzt. Zum einen habe der Zeuge N. von in Wahrheit nicht garantierten Mindesterlösen gesprochen und neben den steuerlichen Vorteilen vor allem die vermeintliche Sicherheit der Anlage angepriesen, ohne auf das Risiko eines Totalverlustes hinzuweisen. Die Empfehlung habe auch dem der Beklagten bekannten sicherheitsorientierten Anlegerprofil des Klägers widersprochen. Zum anderen sei der Fondsprospekt fehlerhaft, weil er in einer unvollständigen und rechnerisch falschen

Modellrechnung eine Mindestausschüttung von rund 50 Prozent der Nominaleinlage für den Extremfall in Aussicht stelle, dass sämtliche Filmproduktionen wirtschaftlich fehlschlagen. Außerdem hafte die Beklagte schon deshalb, weil sie ihn nicht auf die ihr zustehende Innenprovision hingewiesen habe. Das ergebe sich aus einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2006 (XI ZR 56/05, NJW 2007, 1876, 1878 f.). Bei pflichtgemäßer Beratung hätte er den Fondsbeitritt unterlassen und sein Geld in anderer Weise gewinnbringend angelegt.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, hat der Klage nach Beweisaufnahme in Höhe von 7.907,23 € nebst Prozesszinsen stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte habe die aus dem unstreitig zustande gekommenen Beratungsvertrag resultierende Pflicht zu anlegergerechter Beratung verletzt. Der von ihr empfohlene Fonds sei für risikobereite oder gewinnorientierte Anleger konzipiert. Bei dem Kläger handele es sich dagegen um einen konservativen Anleger. Er habe eine sichere Anlage gewünscht, bei der er Steuern habe sparen können. Dies habe die Beweisaufnahme gezeigt. Sie habe auch ergeben, dass der Kläger weder auf eine der Steuerersparnis geschuldete Abweichung von seiner bisherigen Anlagestrategie noch auf das Risiko eines Totalverlustes hingewiesen worden sei. Nach der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sei davon auszugehen, dass der Kläger bei richtiger Beratung einer sicheren Anlage den Vorzug gegeben hätte. Er sei daher - trotz des Besserungsscheins - schon jetzt so zu stellen, als hätte er die Fondsbeteiligung nicht gezeichnet. Im Rahmen des Vorteilsausgleichs müsse er sich allerdings die aufgrund der Verlustabschreibung für das Jahr 2001 erzielten Steuervorteile in der zugestanden Höhe von 12.667,77 € anrechnen lassen und den Besserungsschein an die Beklagte abtreten. Einen weitergehenden Schaden in Form entgangener Zinsen habe der Kläger nicht hinreichend dargelegt.

Hiergegen wenden sich beide Parteien mit der Berufung.

Die Beklagte erstrebt weiterhin die vollständige Abweisung der Klage. Sie macht geltend, das Landgericht habe infolge unvollständiger und unzutreffender Beweiswürdigung die Anlageziele des Klägers und den Umfang der durchgeführten Risikoaufklärung verkannt. Sie hafte auch nicht wegen der unterbliebenen Aufklärung über die ihr zustehenden Innenprovisionen. Die Grundsätze, die der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem vom Kläger angeführten Urteil entwickelt habe, beruhten auf der Vorschrift des § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, die Teil eines besonderen Pflichtenregimes sei und den fiduziarischen Charakter von Wertpapierdienstleistungen voraussetze. Sie könnten deshalb nicht auf die Beteiligung an einem geschlossenen Fonds übertragen werden. Insoweit folge der XI. Zivilsenat vielmehr der Rechtsprechung des III. Senats, nach der eine Aufklärungspflicht für Innenprovisionen nur bestehe, wenn diese fünfzehn Prozent der Beteiligungssumme überstiegen und im Fondsprospekt nicht korrekt ausgewiesen seien. Beides sei hier nicht der Fall. Eine weitergehende Aufklärungspflicht sei zumindest nicht erkennbar gewesen, weil das Urteil des XI. Zivilsenats erst im Dezember 2006 ergangen sei. Auch die von der Beklagten übernommene Platzierungsgarantie begründe keinen offenbarungspflichtigen Interessenkonflikt. Denn aufgrund der Angaben in dem Prospekt sei dem Anleger klar, dass die C als mittelbare Tochtergesellschaft der Beklagten eine solche Garantie übernommen habe. Aus diesem Grund und wegen der vollständigen Angaben über die Höhe der Vertriebskosten fehle es zugleich an der haftungsbegründenden Kausalität. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens komme dem Kläger nicht zugute, weil für ihn mehrere Möglichkeiten bestanden hätten, aufklärungsrichtig zu handeln. Jedenfalls müsse sich der Kläger die erzielten Steuervorteile anrechnen lassen. Denn der aus einer möglichen Besteuerung des Schadensersatzes resultierende Nachteil gleiche diese Vorteile nicht aus. Außerdem sei die Klageforderung nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 37a WpHG verjährt.

Der Kläger tritt dem entgegen und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen, insbesondere zu der unterbliebenen Aufklärung über die der Beklagten zustehenden Innenprovisionen. Er selbst verfolgt seinen erstinstanzlichen Zahlungsantrag in vollem Umfang weiter und will mit einem - entgegen eigener Darstellung erstmals gestellten - Hilfsantrag für den Fall der Anrechnung erzielter Steuervorteile die Feststellung erreichen, dass die Beklagte zum Ersatz aller steuerlichen

Belastungen verpflichtet ist, die durch ihre Schadensersatzleistungen verursacht werden. Er ist der Ansicht, die Steuervorteile seien nicht anzurechnen, weil sie noch aberkannt werden könnten und eine mögliche Schadensersatzleistung ihrerseits zu versteuern wäre. Jedenfalls dürfe er durch die Anrechnung nicht schlechter gestellt werden, weshalb die Beklagte zumindest die durch den Schadensersatz entstehenden Steuernachteile ausgleichen müsse.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er anlegergerecht beraten wurde. Denn der Anspruch ergibt sich jedenfalls aus der pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung über die von der Beklagten selbst vereinnahmten Rückvergütungen.

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass durch das Beratungsgespräch zwischen dem Kläger und dem für die Beklagten tätigen Zeugen N. konkludent ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist, der die Beklagte verpflichtete, den Kläger anleger- und objektgerecht zu beraten sowie richtig und vollständig über alle für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände aufzuklären. Das entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH NJW 1993, 2433; NJW2006, 2041 m. w. N.) und wird von der Berufung auch nicht beanstandet.

Zu diesen Pflichten gehört auch die Aufklärung über die der Beklagten zustehenden Rückvergütungen aus dem fünfprozentigen Agio und dem für die Fondsgesellschaft eingeworbenen Kapital. Das ergibt sich - wie der Kläger zu Recht ausführt - aus den Grundsätzen, die der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 19. Dezember 2006 (NJW 2007, 1876, 1878 f.) entwickelt hat. Danach muss eine Bank, die Fondsanteile empfiehlt, den Kunden darauf hinweisen, dass und in welcher Höhe sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält. Die Aufklärung über die Rückvergütung ist notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG) offenzulegen. Erst durch die Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob die Bank ihm einen bestimmten Titel nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient. Denn wenn eine Bank ihren Kunden berät, Anlageempfehlungen abgibt und dabei an den empfohlenen Fonds durch Rückvergütungen verdient, sind die Kundeninteressen durch die von der Bank vereinnahmten Rückvergütungen gefährdet. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten.

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Bank dem Kunden die Beteiligung an einem geschlossenen Fonds empfiehlt. Hiervon ist der Senat bereits in einer anderen, nicht veröffentlichten Entscheidung ausgegangen (Urt. v. 15. April 2008, 17 U 58/07, nicht rechtskräftig). Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2006 betrifft allerdings Anteile an einem Aktienfonds und damit Wertpapiere im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 2 WpHG. Für die dort formulierten Grundsätze ist dieser Unterschied jedoch nicht von Bedeutung. Denn der Bundesgerichtshof hat die Pflicht der Bank zur Aufklärung über die ihr zufließende Rückvergütung gerade nicht auf die öffentlich-rechtlichen Verhaltensregeln des Wertpapierhandelsgesetzes gestützt, sondern auf den privatrechtlichen Beratungsvertrag zwischen der Bank und ihrem Kunden. Für die in § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG normierte Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden, hat er zudem ausdrücklich klargestellt, dass sie zwar - auch schon vor ihrer am 1. November 2007 in Kraft getretenen Neuregelung - durch sachgerechte Information des Kunden erfüllt werden konnte, dass der zivilrechtliche Schutzzweck einer solchen Informationspflicht aber nicht weiter geht als die Aufklärungs- und Beratungspflichten aus einem Beratungsvertrag oder aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (BGH NJW 2007, 1876, 1878).

Bei vertraglichen Pflichten besteht auch kein Grund, die Empfehlung eines Aktienfonds nach anderen Maßstäben zu beurteilen als die Empfehlung eines geschlossenen Fonds. Die Verhaltensregeln der §§ 31 ff. WpHG können zwar, soweit ihnen anlegerschützende Funktion zukommt, für Inhalt und Reichweite vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten von Bedeutung sein (BGH a. a. O.). Die vertragliche Pflicht, Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten offenzulegen, ist aber nicht nur im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG anzuerkennen. Sie ergibt sich vielmehr unmittelbar aus dem durch die Rückvergütung begründeten Interessenkonflikt und der damit verbundenen Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse abgibt. Diese Gefahr ist bei Aktienfonds nicht größer als bei anderen Fondsanlagen.

Auch aus Sicht der Bank besteht insoweit kein erheblicher Unterschied. Sie ist aufgrund des Beratungsvertrags zu einer an den Interessen des Kunden orientierten Beratung verpflichtet und muss diesen wahrheitsgemäß, richtig und vollständig über alle Umstände unterrichten, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Diese weitgehenden Pflichten rechtfertigen sich aus dem Vertrauen, das der Kunde ihr entgegenbringt (vgl. nur BGH NJW-RR 2007, 621 f. m. w. N.). Gerade darin unterscheidet sich die beratend tätige Bank von einem Anlagevermittler, der im Interesse des Kapitalsuchenden und mit Rücksicht auf die von diesem versprochene Provision den Vertrieb einer bestimmten Kapitalanlage übernommen hat. Einem solchen Vermittler tritt der Anlageinteressent selbstständiger und in dem Bewusstsein gegenüber, dass der werbende und anpreisende Charakter der Aussagen im Vordergrund steht (vgl. nur BGH NJW-RR 1993, 1114 f. m. w. N.). Schon deshalb muss die Bank ihren Interessenkonflikt offenlegen, wenn sie eine Provision oder andere Rückvergütungen für den Vertrieb erhält und gleichwohl beratend tätig wird. Diese Offenbarungspflicht besteht unabhängig von der Art der Anlage und hat insbesondere nichts mit dem - von der Beklagten hervorgehobenen - fiduziarischen Charakter von Wertpapiergeschäften zu tun.

Inwiefern sich die eingeschränkte Fungibilität der Beteiligung an einem geschlossenen Fonds auf die vertragliche Pflicht zur Offenbarung von Interessenkonflikten auswirken soll, erschließt sich nicht. Die Beklagte hat in erster Instanz zwar zu Recht darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber Anteile an geschlossenen Fonds bei der Anpassung des Wertpapierhandelsgesetzes an die europäischen Finanzmarktrichtlinien weiterhin aus dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgeklammert hat, weil es an der Vergleichbarkeit zu Aktien und an der Standardisierung mangelt und sie in der Regel nicht geeignet sind, am Kapitalmarkt gehandelt zu werden (vgl. die Begründung zum Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 16. Juli 2007, BT-Drs. 16/4028, S. 54). Es mag auch sein, dass das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2006 die im Zuge dieser Gesetzesänderung normierten Informationspflichten nach §§ 31 Abs. 1 Nr. 2, 37 Abs. 1 Nr. 2 WpHG im Bereich des Vertragsrechts vorweggenommen hat (vgl. etwa Rößler NJW 2008, 554, 556). Daraus folgt aber nicht, dass auch der Anwendungsbereich der vertraglichen Offenbarungspflicht auf uneingeschränkt handelbare Fondsanteile beschränkt wäre.

Eine solche Beschränkung ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Aufklärungspflicht des Anlagevermittlers bei verdeckten Innenprovisionen (vgl. nur BGH NJW-RR 2007, 925, 926 m. w. N.). Danach muss der Vermittler den Anleger grundsätzlich nur auf eine nicht im Anlageprospekt ausgewiesene Innenprovision von fünfzehn Prozent und mehr hinweisen. Nach einem Urteil des XI. Zivilsenats vom 25. September 2007 (BKR 2008, 199, 200) gilt das zwar auch für eine Bank, die ihrem Kunden den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds empfiehlt. Entgegen der Auffassung der Berufung wird in dieser Entscheidung aber weder kargestellt noch angedeutet, dass die Rechtsprechung zur Offenbarungspflicht bei Rückvergütungen nicht auf geschlossene Fonds übertragbar wäre. Das Urteil vom 19. Dezember 2006 wird dort nicht einmal erwähnt, und es ist auch nicht ersichtlich, dass die Bank in dem zur Entscheidung stehenden Fall selbst an den Innenprovisionen teilgehabt hätte. Vielmehr weist der Kläger in der Berufungserwiderung zu Recht auf die unterschiedliche Schutzrichtung der beiden Pflichten hin. Über Innenprovisionen muss der Anleger aufgeklärt werden, weil sie keine

Gegenleistung für die Schaffung von Sachwerten darstellen und deshalb auf eine geringere Werthaltigkeit des Objekts und eine geringere Rentabilität der Anlage schließen lassen (vgl. BGH NJW 2004, 1732, 1734). Diese Aufklärungspflicht besteht daher nur bei überdurchschnittlich hohen Innenprovisionen, aber unabhängig davon, wer diese Provisionen erhält. Auf ihr selbst zustehende Rückvergütungen muss die beratende Bank dagegen schon deshalb hinweisen, weil sie einen Interessenkonflikt und damit die konkrete Gefahr begründen, dass die Anlage nicht allein im Kundeninteresse empfohlen wird. Diese Offenbarungspflicht trifft daher nur den Anlageberater und gilt auch nur für dessen Rückvergütungen; sie besteht aber nicht erst dann, wenn deren Höhe die Werthaltigkeit der Anlage in Frage stellt.

Dementsprechend hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem - nach Schluss der mündlichen Verhandlung ergangenen - Beschluss vom 20. Januar 2009 (XI ZR 510/07, zitiert nach Juris, Tz. 12) ausdrücklich klargestellt, dass die in seinem Urteil vom 19. Dezember 2006 (NJW 2007, 1876, 1878 f.) entwickelten Grundsätze zur Aufklärungspflicht einer beratenden Bank über erhaltene Rückvergütungen auch auf den Vertrieb von Medienfonds anwendbar sind. Diese Entscheidung betrifft - ausweislich des hier als Anlage B 8 vorgelegten Urteils der Vorinstanz - die Vermittlung desselben Medienfonds und einen auch sonst weitgehend parallel gelagerten Sachverhalt.

Danach war die Beklagte aufgrund des Beratungsvertrags verpflichtet, den Kläger über die Vereinbarungen mit der C und die ihr zustehenden Rückvergütungen von mehr als acht Prozent aufzuklären, um den daraus resultierenden Interessenkonflikt offenzulegen. Das gilt umso mehr, als die Beklagte die Platzierung des gesamten Kommanditkapitals garantiert hatte. Denn dadurch wurden der Interessenkonflikt und die damit verbundene Gefahr eigennütziger Anlageempfehlungen erheblich verstärkt (BGH Beschl. v. 20. Januar 2009, XI ZR 510/07, zitiert nach Juris, Tz. 13). Aus dem Garantievertrag war die Beklagte nämlich verpflichtet, die Kommanditeinlagen selbst zu zeichnen oder zeichnungswillige Dritte zu benennen, wenn es ihr nicht gelang, bis zum 30. Juni 2001 einen Teilbetrag von 40 Mio. € und bis zum 31. Oktober 2001 die gesamten 50 Mio. € zu platzieren.

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2006 steht dem nicht entgegen, dass der Kläger selbst keine Vergütung für die Beratung und die Vermittlung der Fondsbeteiligung zu zahlen hatte und deshalb vermuten konnte, dass die Beklagte an den Vertriebskosten partizipiere. Denn jedenfalls was die Größenordnung der möglichen Rückvergütung und die Platzierungsgarantie angeht, war er aufklärungsbedürftig. Ohne deren Kenntnis konnte er das Interesse der Beklagten an dem empfohlenen Erwerb der Fondsbeteiligung und die damit verbundene Gefährdung seiner Interessen nicht richtig einschätzen (vgl. BGH NJW 2007, 1876, 1879). Aus dem gleichen Grund lässt auch die aus dem Prospekt ersichtliche Konzernzugehörigkeit der Fondsgesellschaft die Aufklärungspflicht nicht entfallen. Sie lässt zwar auf ein wirtschaftliches Interesse der Beklagten schließen; die Größe der daraus resultierenden Gefahr kann der Anleger aber nur einschätzen, wenn er von den Rückvergütungen und der Platzierungsgarantie weiß. Auch dies ergibt sich unmittelbar aus dem Urteil vom 19. Dezember 2006, das ebenfalls die Empfehlung eines konzerneigenen Fonds zum Gegenstand hatte.

Die Beklagte hat die gebotene Aufklärung des Klägers unterlassen. Diese Pflichtverletzung hat sie auch zu vertreten. Der Umstand, dass die hier zugrunde gelegte Entscheidung des Bundesgerichtshofs erst im Dezember 2006 ergangen ist, entlastet sie nicht. Denn diese Entscheidung (NJW 2007, 1876, 1878) knüpft ausdrücklich an ein Urteil vom 19. Dezember 2000 an, in dem der Bundesgerichtshof bereits klargestellt hatte, dass eine Bank die dem Vermögensverwalter ihres Kunden gewährten Rückvergütungen wegen des damit verbundenen Interessenkonflikts offenlegen muss (BGH NJW 2001, 962, 963). Aufgrund dieses Urteils, das alsbald in bankrechtlichen Fachzeitschriften veröffentlicht wurde (vgl. etwa WM 2001 [Heft 6], 297 ff.), musste die Beklagte zum Zeitpunkt der Beratung Mitte Juli 2001 damit rechnen, dass sie auch zur Offenbarung eigener Rückvergütungen verpflichtet ist. Das gilt umso mehr, als dies in der Literatur schon länger vertreten wurde (vgl. nur Assmann/Schneider/Koller, WpHG, 2. Aufl. 1999,

§ 31 Rdn. 72 ff.) und die aufgrund von § 35 Abs. 2 WpHG a. F. ergangene Richtlinie des Bundesaufsichtsamts (abgedruckt ebenda § 35 Rdn. 7) unter Nr. 2.2 Abs. 2 bereits eine entsprechende Pflicht für Wertpapiergeschäfte vorsah. Bei der im Bankverkehr gebotenen Sorgfalt hätte die Beklagte die mit dem Vertrieb der streitgegenständlichen Fondsbeteiligung befassten Anlageberater daher entsprechend instruieren oder auf andere Weise für eine Unterrichtung der Anleger sorgen müssen. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in dem erwähnten Beschluss vom 20. Januar 2009 (XI ZR 510/07, zitiert nach Juris, Tz. 13) die Entscheidungserheblichkeit der Pflichtverletzung uneingeschränkt bejaht, obwohl die Fondsbeteiligung in dem dort zu beurteilenden Parallelfall bereits im Mai 2001 vermittelt worden war.

Bei pflichtgemäßer Offenbarung des bestehenden Interessenkonflikts hätte der Kläger die empfohlene Fondsbeteiligung nicht erworben. Das ergibt sich aus der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die auch bei der pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen Anwendung findet. In dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2006 wird diese Vermutung zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber als selbstverständlich vorausgesetzt (vgl. Schäfer/Schäfer BKR 2007, 160, 166). Denn dort weist der Bundesgerichtshof für den Fortgang des damaligen Verfahrens eigens darauf hin, dass der Kläger die Kausalität der Pflichtverletzung für den Abschluss derjenigen Wertpapiergeschäfte zu beweisen hat, bei denen keine Rückvergütungen gezahlt wurden (BGH, NJW 2007, 1876, 1879). Er geht also ohne weiteres davon aus, dass für die von der Aufklärungspflicht erfassten Geschäfte die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt. Die Angaben des Klägers bei seiner persönlichen Anhörung in erster Instanz rechtfertigen keine andere Beurteilung.

Durch den Erwerb der Fondsbeteiligung ist dem Kläger auch ein Schaden entstanden. Ob er aufgrund des Besserungsscheins noch in den Genuss weiterer Ausschüttungen kommt, ist insoweit unerheblich. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Anleger, der aufgrund einer fehlerhaften Empfehlung eine für ihn nachteilige Kapitalanlage erworben hat, in der Regel bereits durch deren Erwerb geschädigt (vgl. nur BGH NJW 2005, 1579, 1580 m. w. N.).

Die dem angefochtenen Urteil zugrunde liegende Schadensberechnung wird von der Beklagten nicht angegriffen. Sie ist auch nicht zu beanstanden. Insbesondere hat das Landgericht zu Recht nur die zugestandenen Steuervorteile von 12.667,77 € in Abzug gebracht. Die Beklagte hat zwar zunächst einen Betrag von 12.722,50 € errechnet; gegen die von dem Kläger vorgelegte Berechnung seines Steuerberaters hat sie aber keine Einwendungen mehr erhoben.

Die Klagforderung ist schließlich auch nicht verjährt. Entgegen der Auffassung der Berufung richtet sich die Verjährung nicht nach § 37a WpHG. Denn diese Vorschrift gilt - im Unterschied zu der von der Beklagten verletzten Aufklärungspflicht - nur für Ansprüche wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften. Dass die kenntnisabhängige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB vor Klageerhebung abgelaufen wäre, behauptet die Beklagte nicht.

III.

Die zulässige Berufung des Klägers hat nur im Hilfsantrag Erfolg.

Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass die durch die Verlustzuweisung der Fondsgesellschaft erzielten Steuervorteile im Rahmen der Vorteilsausgleichung auf den zu ersetzenden Schaden anzurechnen sind und dass der Kläger keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn hat.

Hinsichtlich der Steuervorteile hat sich der Senat (Urt. v. 30. Dezember 2008, 17 U 197/08, zitiert nach Juris, Tz. 62 f.) der Auffassung des Oberlandesgerichts München (Urt. vom 7.2.2008, 19 U 3041/07, zitiert nach Juris, Tz. 111 ff.) angeschlossen. Danach entspricht die Berücksichtigung erst künftiger Nachteile wie etwa der zukünftigen Besteuerung einer Ersatzleistung im Ausgangspunkt nicht der auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung beschränkten tatrichterlichen Schadensfeststellung. Zwar muss der Richter bei der Schadensbetrachtung im Rahmen des § 287 ZPO auch in die Zukunft blicken (BGH NJW-RR 2001, 1450). Steuersparmodelle, wie sie hier zu

beurteilen sind, zeichnen sich jedoch dadurch aus, dass sie dem Anleger in einer bestimmten Einkommenslage einen endgültigen Steuervorteil vermitteln sollen. Wird die Anlage später im Wege des Schadensersatzes rückabgewickelt, gibt es nach Auffassung des Senats keine Grundlage für eine Vermutung oder Schätzung dahin, dass sich frühere Steuervorteile und spätere Steuernachteile (bei Zufluss der Ersatzleistung) auch nur annähernd entsprechen (anders BGH NJW 2006, 499; NJW2008, 649, 650 und 2773, 2774). In nicht wenigen Fällen werden sich die steuerrechtlich erheblichen Anknüpfungstatsachen über die Jahre hinweg grundlegend geändert haben, etwa dann, wenn sich die Anleger finanziell übernommen haben, wenn sie inzwischen den Familienstand geändert oder den Beruf gewechselt haben und wenn sie arbeitslos geworden oder in Ruhestand gegangen sind. Hier kommt hinzu, dass der Kläger in dem Jahr der Verlustzuweisung hohe außerordentliche Einnahmen aus der Ausübung von Aktienoptionen seines Arbeitgebers hatte. Schließlich besteht bei einer anderen Entscheidung die Gefahr, dass der Anleger wirtschaftlich besser gestellt würde, als wenn er überhaupt keine Anlage getätigt hätte, weil die steuerrechtliche Lage bei Rückabwicklung einer Vermögensanlage keineswegs klar und unumstritten ist (vgl. BGH NJW 2006, 499, 501; NJW2008, 2773, 2774). Das gilt erst recht, wenn wie hier die schadensrechtliche Rückabwicklung nicht im Vertragsverhältnis, sondern gegenüber einer dritten Person (der Beklagten) erfolgt.

Entgangener Gewinn steht dem Kläger nicht zu. Zweifelhaft ist bereits, ob der Klageantrag diesen Schaden überhaupt umfasst. Der Kläger hat zwar Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. Juli 2001 verlangt, aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass damit der durch eine anderweitige Anlage erzielbare Gewinn geltend gemacht werden soll. Er hat die Ersatzfähigkeit dieses Gewinns vielmehr unabhängig von dem Zinsanspruch begründet und die Bestimmung der Höhe ausdrücklich in das Ermessen des Gerichts gestellt. Diese Frage bedarf jedoch keiner abschließenden Klärung, weil der Kläger den entgangenen Gewinn auch nicht hinreichend dargelegt hat. Auch für eine Schadensschätzung nach §§ 252 BGB, 287 ZPO benötigt der Richter konkrete Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen, die eine Gewinnerwartung wahrscheinlich machen (vgl. nur BGH NJW 2004, 1945, 1946 f. m. w. N.). Solche Tatsachen hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht vorgetragen. Die pauschale Behauptung, er hätte das Geld gewinnbringend und sicher angelegt, hat das Landgericht zu Recht nicht für ausreichend erachtet.

Der erstmals in zweiter Instanz gestellte Hilfsantrag ist zulässig und begründet.

Die Voraussetzungen des § 533 ZPO sind erfüllt. Die Klageänderung ist sachdienlich, weil sie die vollständige Erledigung des Streitstoffs ermöglicht und dadurch ein neuer Prozess verhindert wird. Neue Tatsachen müssen dabei nicht zugrunde gelegt werden.

Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist ebenfalls gegeben. Insbesondere kommt eine Leistungsklage nicht in Betracht, weil noch nicht feststeht, ob und in welcher Höhe die Schadensersatzleistung der Beklagten besteuert wird oder ihretwegen sogar eine Aberkennung der Verlustzuweisung droht.

Der Feststellungsantrag ist in vollem Umfang begründet. Denn nach dem oben Gesagten hat die Beklagte dem Kläger aufgrund der Verletzung des Beratungsvertrags auch die durch ihre Schadensersatzleistung verursachten Steuernachteile zu ersetzen.

IV.

Die Revision ist für den Kläger wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen, weil die Anrechnung der Steuervorteile höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt ist (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Für die Beklagte wird die Revision nicht zugelassen, weil keiner der in § 543 Abs. 2 ZPO bestimmten Gründe vorliegt. Die in der Rechtsprechung umstrittene Frage, ob eine Bank den Kunden auch bei der Empfehlung eines geschlossenen Fonds auf ihr zustehende Rückvergütungen hinweisen muss, hat der Bundesgerichtshof in dem oben zitierten Beschluss vom 20. Januar 2009 geklärt.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO. Bei den Kosten des ersten Rechtszugs ist - wie schon in der Kostenentscheidung des Landgerichts - berücksichtigt, dass der Kläger die unbedingt erhobene Klage in dem zweiten Verhandlungstermin auf eine Zug um Zug-Verurteilung beschränkt hat. Bei den Kosten des Berufungsrechtszugs wirkt sich - in gleichem Umfang - zu seinem Nachteil aus, dass er den erfolgreichen Feststellungsantrag schon in erster Instanz hätte stellen können und deshalb gemäß § 97 Abs. 2 ZPO die gesamten auf seine Berufung entfallenden Kosten zu tragen hat. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Streitwert beträgt - wie in erster Instanz - 20.575 €. Hiervon entfallen 12.667,77 € auf die Berufung des Klägers und 7.907,23 € auf die Berufung der Beklagten.