



EINGEGANGEN

03. Jan. 2011

HAHN RECHTSANWÄLTE
Partnerschaft

**HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES**

Geschäftszeichen:

13 U 233/09
309 O 320/08

Verkündet am:

22.12.2010

Singh

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin/ter der
Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r: Rechtsanwälte Hahn, Reinemann & Partner ,
Marcusallee 38, 28359 Bremen
(/TW/br)

g e g e n

Sparda Bank Hamburg eG
vertreten durch den Vorstand
Präsident-Krahn-Straße 16-17
22765 Hamburg

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

Nebenintervenientin:

DG ANLAGE Gesellschaft mbH,
vertreten durch die Geschäftsführer Martin Fräsdorf,
Gunnar Mängel und Bernhard Wardel,
Hahnstraße 70, 60528 Frankfurt

Verfahrensbevollmächtigte/r:

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 13. Zivilsenat, durch

Panten, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht
zur Verth, Richterin am Oberlandesgericht
Dr. Büßer, Richter am Landgericht

nach der am 24.11.2010 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 05.11.2009 hinsichtlich der Zinsen dahin gehend abgeändert, dass die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz auf einen Betrag von 22.366,82 Euro seit dem 17.05.2008 und auf einen Betrag von 16.055,36 Euro seit dem 01.06.2008 zu zahlen.
2. Im Übrigen werden die Berufungen zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte, mit Ausnahme der Kosten der Nebenintervention, die die Nebenintervenientin trägt.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch den Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Rückabwicklung einer Beteiligung an dem geschlossenen Immobilienfonds „DG Immobilien-Anlage Nr. 36 Seniorenresidenz Oberursel“ sowie Schadensersatz. Er stützt seine Klage auf eine Vielzahl behaupteter Aufklärungspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Zeichnung der Anlage am 27.10.1995 in den Geschäftsräumen der Beklagten im Anschluss an ein Gespräch mit dem Zeugen ; einem Mitarbeiter der Beklagten. Der Inhalt dieses Gesprächs ist ebenso streitig wie die Fra-

ge, ob dem Kläger drei Tage zuvor der Anlage-Prospekt (Anlagen K 1 und K 2) ausgehändigt worden war.

Die Nebenintervenientin ist Kommanditistin, Konzeptionärin, Vertriebskoordinatorin und Prospektherausgeberin der Fondsgesellschaft.

Die Beklagte erhielt für die Vermittlung des Klägers das von diesem an die Fondsgesellschaft gezahlte Agio in Höhe von 5 %. Dies war dem Zeugen [Name] nicht bekannt.

Es wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 22.366,82 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.05.2008, hilfsweise seit Rechtshängigkeit, zu verurteilen; Zug um Zug gg. Übertragung der Anteile, die Beklagte zur Zahlung weiterer 16.055,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2008, hilfsweise Rechtshängigkeit, zu verurteilen und festzustellen, dass die Beklagte zum Ersatz aller künftigen Schäden verpflichtet ist, die dem Kläger durch die Beteiligung entstehen.

Das Landgericht hat der Klage in Bezug auf die Zahlungsanträge vollumfänglich stattgegeben, Zinsen allerdings jeweils erst ab dem 03.06.2008 zugesprochen. Den Feststellungsantrag hat es abgewiesen. Das Landgericht hat diese Entscheidung wie folgt begründet:

Die Beklagte habe die ihr aus einem Beratungsvertrag - der deshalb vorliege, weil sich der Kläger an den Zeugen [Name] gewandt habe, um einen Geldbetrag anzulegen - resultierenden Aufklärungspflichten dadurch verletzt, dass der Zeuge [Name] den Kläger nicht über das mit der Anlage verbundene Totalverlustrisiko aufgeklärt habe. Dies stehe aufgrund der Anhörung des Klägers und der Aussage der Zeugin [Name] (Ehefrau des Klägers) fest. Der Zeuge [Name] habe diese Angaben nicht widerlegt, zumal er keine konkreten Erinnerungen an das Beratungsgespräch hatte. Selbst wenn das Beratungsgespräch wie üblich verlaufen sei, indem der Zeuge den Kläger über sämtliche im Prospekt genannten Punkte aufgeklärt hatte, hätte die Beklagte ihren Hinweispflichten nicht genüge getan, da es im Prospekt an einem Hinweis auf das Totalverlustrisiko fehle. Zwar müsse der Begriff „Totalverlust“ nicht genannt werden, der Kläger habe jedoch auf das Risiko hingewiesen werden müssen, sein eingesetztes Kapital zu verlieren. Deshalb könne auch offenbleiben, ob der Klä-

ger – wie von der Beklagten behauptet – den Prospekt bereits drei Tage vor dem Beratungsgespräch erhalten habe. Der Prospekt enthalte an keiner Stelle einen Hinweis auf das Insolvenzrisiko der Fondsgesellschaft. Es werde auch nicht darauf hingewiesen, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung handelt, welche Folgen sich hieraus für den Anleger ergeben können und den hieraus folgenden Zusammenhang zwischen Insolvenz der Fondsgesellschaft und Totalverlustrisiko des Anlegers (wird ausgeführt, S. 8/9). Dem durchschnittlichen Anleger dränge sich nach den Angaben im Prospekt der Gesamteindruck auf, dass er mit seiner Beteiligung ein begrenztes Risiko eingehe (wird ausgeführt (S. 8/10).

Das Verschulden der Beklagten, die sich das Verschulden des Zeugen zurechnen lassen müsse, werde vermutet.

Der Anspruch sei nicht verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 199 BGB, der nach Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB vorliegend anwendbar sei, habe erst mit der Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis des Klägers von der Pflichtverletzung beginnen können. Die Beklagte habe nicht substantiiert dargelegt, dass der Kläger schon vor dem Sommer 2005 (Eingang der Klage am 29.08.2008, Zustellung am 09.09.2008) Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von dem Beratungsfehler bezüglich des Totalverlustrisikos gehabt habe. Die von der Beklagten angeführten Umstände im Hinblick auf die drohende Insolvenz der Fondsgesellschaft seien unerheblich, da der Beklagte ja gerade nicht darüber aufgeklärt worden sei, dass diese Insolvenz zum Verlust der Einlage führen könne.

Die Beratungspflichtverletzung sei ursächlich für den Schaden des Klägers gewesen. Für den Kläger streite die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens; bei ordnungsgemäßer Aufklärung wäre im Kläger auch kein Entscheidungskonflikt ausgelöst worden. Der Kläger habe in seiner Anhörung erklärt, vor und nach Zeichnung der streitgegenständlichen Anlage nur festverzinsliche Wertpapiere gekauft zu haben.

Der Kläger könne deshalb zunächst die Rückzahlung der Einlage zzgl. Agio (26.842,82 Euro) verlangen, müsse sich hiervon aber Steuervorteile anrechnen lassen. Diese habe er mit 4.476 Euro beziffert, die Nebenintervenientin habe diesen Betrag unstreitig gestellt. Das pauschale Bestreiten der Beklagten sei unerheblich, da sie selbst die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe der Steuervorteile trage.

Darüber hinaus könne der Beklagte auch den ihm entgangenen Gewinn in Höhe von 16.055,36 Euro geltend machen. Maßgeblich sei, wie sich die Vermögenslage des Klägers bei Abstandnahme von der streitgegenständlichen Anlage entwickelt hätte. Dabei könne grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das investierte Eigenkapital typischerweise nicht ungenutzt geblieben, sondern anderweitig zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre. Der Kläger habe nachvollziehbar

dargetan, dass er den eingesetzten Betrag in Bundesschatzbriefe Typ B angelegt hätte (S. 12/13).

Die Feststellungsklage sei zulässig, aber unbegründet. Der Kläger habe nicht hinreichend dargetan, dass der Eintritt künftiger Schäden wahrscheinlich ist. Er habe lediglich pauschal behauptet, dass ihm im Falle der Insolvenz des Fonds die Aberkennung von Steuervorteilen drohe.

Die Zinsentscheidung beruhe auf §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien und die Nebenintervenientin Berufung eingelegt.

Die Berufung des Klägers richtet sich gegen die Zurückweisung des Feststellungsantrags und der weitergehenden Zinsanträge. Außerdem hat er seine Klage um 2.341,92 Euro (vorgerichtliche Anwaltskosten) erweitert. Die Beklagte und die Nebenintervenientin begehren vollumfängliche Klageabweisung.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte befinde sich seit dem 17.05.2008 im Schuldnerverzug, nachdem seinen Prozessbevollmächtigten am 16.05.2008 das Schreiben der Beklagten vom 15.05.2008 (Anlage K 13) zugegangen ist, aus dem sich die ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung der Beklagten ergebe. Zinsen auf den entgangenen Gewinn könne er ab dem 01.06.2008 beanspruchen, da die Schadensberechnung auf den 31.05.2008 erfolgte.

Er behauptet, für die außergerichtliche Vertretung seien Anwaltskosten in Höhe von 2.341,92 Euro entstanden, die seine Rechtsschutzversicherung ausgeglichen habe (Anlage BK 2). Er meint, diese Erweiterung seiner Klage sei als Klageänderung gemäß §§ 525, 264 Nr. 2 ZPO ohne Weiteres zulässig.

Er behauptet weiter, es sei nicht ausgeschlossen, dass er Steuernachzahlungen wie bereits 2006 und 2007 leisten müsse (Anlage S 41). Das Interesse an der Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten liege deshalb vor. Hinzu komme, dass ein Feststellungsurteil zur endgültigen Streitbeilegung führen könne, da es sich bei der Beklagten um eine Bank handelt.

Der Kläger beantragt,
die Beklagte zu verurteilen,

an den Kläger weitere Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für einen Betrag in Höhe von 22.366,82 Euro seit dem 17.05.2008

und für einen Betrag in Höhe von 16.055,36 Euro seit dem 01.06.2009 zu zahlen;

an die HDI Gerling-Versicherung Rechtsschutzschadenregulierungs GmbH weitere 2.341,92 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.05.2008 – hilfsweise seit Rechtshängigkeit – zu zahlen;

festzustellen, dass die Beklagte zum Ersatz aller weiteren und zukünftigen Schäden des Klägers verpflichtet ist, die durch die Beteiligung an der DG Immobilien-Anlage Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“ Kreft & Dr. Neumann KG, Stamm-Nr. 36.035767, entstanden sind und noch entstehen werden.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.

Darüber hinaus beantragen sie,
das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 05.11.2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin sind der Ansicht, die Ursächlichkeit einer pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung über die Zahlung des Agio an die Beklagte stehe nicht fest. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sei nicht anwendbar, da sich der Kläger bei pflichtgemäßer Aufklärung in einem Interessenkonflikt befunden hätte.

Der Beklagten sei die Pflichtverletzung auch nicht vorwerfbar. Im Jahr 1995 sei keine Bank davon ausgegangen, dass über eine Rückvergütung aufzuklären sei. Es habe auch keine Geldanlagen der vorliegenden Art gegeben, bei denen eine Bank keine Provision erhalten habe.

Sie halten die Einrede der Verjährung aufrecht.

Die Heranziehung von Bundesschatzbriefen Typ B für die Bemessung des entgangenen Gewinns sei untauglich, da auch bei festverzinslichen Wertpapieren die Anlage nicht sicher

sei, sondern von der Solvenz des Anleiheschuldners abhängen. Der Kläger habe auch nicht bewiesen, dass er alternativ in Bundesschatzbriefe investiert hätte, zumal es lebensfremd sei, dass er statt einer Anlage im grauen Kapitalmarkt Bundesschatzbriefe gewählt hätte.

II.

Die zulässigen Berufungen der Beklagten und der Nebenintervenientin sind unbegründet (1.). Die zulässige Berufung des Klägers hat in geringem Umfang Erfolg (2.).

1. Berufung der Beklagten und der Nebenintervenientin

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Beklagte zur Rückgewähr des Anlagebetrages und zum Ersatz des entgangenen Gewinns des Klägers verurteilt. Die Beklagte hat eine aus dem Beratungsvertrag mit dem Kläger entstandene Aufklärungspflicht schuldhaft verletzt und dadurch Schäden verursacht.

a) Dass zwischen den Parteien ein Beratungsvertrag bestand, stellt auch die Beklagte in der Berufung nicht mehr in Abrede.

b) Ob die Beklagte eine aus dem Beratungsvertrag resultierende Pflicht zur Aufklärung über das Totalverlustrisiko verletzte, wie es das Landgericht angenommen hat, erscheint auf der Grundlage der erstinstanzlich getroffenen Feststellungen zweifelhaft, kann im Ergebnis aber offenbleiben.

Jedenfalls hat die Beklagte den Kläger pflichtwidrig nicht darüber aufgeklärt, dass das von ihm an die Fondsgesellschaft gezahlte Agio in Höhe von 5 % an sie ausgezahlt wird. Hierzu war sie jedoch verpflichtet, um den Kläger in die Lage zu versetzen, erkennen zu können, ob sich die Beklagte bei der Beratung von eigennützigen Motiven lenken lässt (vgl. BGH NJW 2009, 1416, 1417 m. w. N.).

Dass der Zeuge den Kläger auf diese Rückvergütung nicht hingewiesen hat, ist unstreitig. wusste gar nicht, dass das Agio der Beklagten zufließen sollte.

Eine pflichtgemäße Aufklärung wäre auch dann nicht erfolgt, wenn der Kläger den Prospekt rechtzeitig vor der Zeichnung gehabt hat. Zwar hätte die Beklagte ihre Aufklärungspflichten erfüllt, wenn der Kläger vor der Zeichnung in der Lage war, anhand des Prospekts die Zahlung an die Beklagte zu erkennen. Aus dem Prospekt geht je-

doch nicht hinreichend deutlich hervor, dass die Beklagte das Agio erhalten sollte. Auf Seite 15 wird lediglich darauf hingewiesen, dass das Agio „zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten“ zur Verfügung steht. Hieraus kann ein durchschnittlicher Anleger nicht erkennen, dass die Bank, mit der er über einen Beratungsvertrag verbunden ist, als Eigenkapitalbeschaffer im Sinne des Prospekts fungiert und dafür honoriert wird. Gegen eine hinreichende Deutlichkeit des Prospekts spricht zudem der Umstand, dass selbst der Zeuge ; der nach eigener Aussage stets anhand dieses Prospekts beraten hat, diesem offenkundig nicht entnehmen konnte, dass das Agio an die Beklagte fließt.

c) Dass der Kläger in Kenntnis des Eigeninteresses der Beklagten die Fondsbeteiligung nicht gezeichnet hätte, wird zunächst vermutet. Die Beklagte hat diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen gilt (BGH NJW 2009, 2298, 2299), nicht widerlegt. Sie hat auch nicht gezeigt, dass sich der Kläger bei richtiger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, so dass die Vermutung ausnahmsweise nicht greifen würde (BGH NJW 2002, 2703, 2704). Es fehlt an einem hinreichenden Tatsachenvortrag der Beklagten, warum der Kläger auch dann, wenn er gewusst hätte, dass die Beklagte ein erhebliches eigenes Interesse an der Vermittlung der Fondsbeteiligung hatte, diese trotzdem gezeichnet hätte. Vielmehr spricht die Lebenserfahrung dafür, dass ein Anleger, der weiß, dass eine Anlageempfehlung auf dem eigenen Provisionsinteresse der beratenden Bank beruht, diese Empfehlung typischerweise kritischer würdigen wird, als wenn ihm dies verborgen bleibt und er annehmen darf, die Bank orientiere sich in erster Linie an seinen persönlichen Interessen (vgl. OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 03.11.2010, 19 U 84/10, juris Rn. 64).

d) Das Verschulden der Beklagten wird ebenfalls vermutet. Dies folgt zwar, anders als das Landgericht meint, nicht unmittelbar aus § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, da nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB das alte Schuldrecht anzuwenden ist, denn der Beratungsvertrag wurde (spätestens) am 27.10.1995 geschlossen. Auch im alten Recht galt jedoch eine Beweislastumkehr (§ 282 BGB a.F. analog) für den hier gegebenen Fall, dass die Schadensursache aus dem Gefahrenbereich hervorgegangen ist, für den der Schuldner im Zweifel die Verantwortung trägt (BGH NJW 1980, 2186).

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass sie eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen im Jahr 1995 noch nicht kennen musste. Wie der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 29.06.2010 ausgeführt hat, kann sich

eine Bank, die einen Kunden im Rahmen der Anlageberatung nicht auf an sie zurückgeflossene Rückvergütungen hinweist, jedenfalls für die Zeit nach 1990 nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über Bestehen und Umfang einer entsprechenden Aufklärungspflicht berufen (BGH NJW 2010, 2339, 2340). Der Senat schließt sich dieser Rechtsauffassung, die durchweg von den Oberlandesgerichten geteilt wird (vgl. die Nachweise des BGH), an. Wie die ausführlichen Nachweise in dem Beschluss belegen, war bereits vor 1990 in der Literatur die Auffassung herrschend, dass über Rückvergütungen aufgeklärt werden müsse. Die Urteile des BGH aus den Jahren 1989 und 1990 sind in der Wissenschaft ebenfalls in diesem Sinne verstanden worden (vgl. wiederum die Nachweise des BGH). Die Beklagte hätte deshalb bei sorgfältiger Analyse der Urteile und des Meinungsstandes in der Literatur erkennen müssen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung eine solche Aufklärungspflicht als Konkretisierung der allgemeinen Aufklärungspflicht über Interessenkollisionen für geboten hält. Hieran würde sich nichts ändern, wenn im Jahr 1995 tatsächlich keine Bank in der Bundesrepublik eine derartige Aufklärungspflicht angenommen hätte, wie es die Beklagte in der Berufungsverhandlung behauptet hat. Dem angebotenen Sachverständigenbeweis ist deshalb nicht nachzugehen. Dies gilt ebenso für die Behauptung, zu dieser Zeit habe gar nicht die Möglichkeit bestanden, eine Anlage der hier streitigen Art ohne Zahlung einer Provision an die vermittelnde Bank zu erwerben. Damit ist zum einen nicht gesagt, dass die Provision stets verdeckt gezahlt wurde, zum anderen wird nicht behauptet, dass der Kläger dies wusste.

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf zurückziehen, dass der Zeuge nicht wusste, dass das Agio an die Beklagte fließt. Sie hat im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs dafür Sorge zu tragen, dass bei ihr vorhandenes Wissen den Mitarbeitern, die für die betreffenden Geschäftsvorgänge zuständig sind, zur Verfügung steht (vgl. BGH NJW 2009, 2298).

e) Die Beklagte ist nicht berechtigt, die Schadensersatzleistungen an den Kläger zu verweigern, denn der geltend gemachte Anspruch ist nicht verjährt (§ 214 Abs. 1 BGB). Die Beklagte hat nichts vorgetragen, das darauf schließen lässt, dass der Kläger so rechtzeitig Kenntnis von der Agio-Rückzahlung an die Beklagte erlangte hatte, dass die Verjährungsfrist bei Eingang der Klage am 29.08.2008 (§ 167 ZPO) bereits abgelaufen war.

Die behauptete Kenntnis der drohenden Insolvenz der Fondsgesellschaft ist hierbei unerheblich. Sie könnte zwar die Verjährungsfrist in Bezug auf eine unterlassene

Aufklärung über das Totalverlustrisiko in Gang gesetzt haben, nicht jedoch im Hinblick auf die hier maßgebliche Pflicht zur Aufklärung über die Rückvergütung, wofür diese Kenntnis keine Hinweise geliefert hätte. Der Beginn der Verjährung muss für jede Pflichtverletzung selbständig bestimmt werden (vgl. BGH NJW 2008, 506, 507).

f) Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht dem Kläger sowohl die Vergütung der Anlagesumme als auch den aus einer Alternativanlage entgangenen Gewinn als Schaden zugesprochen.

aa) Die Ausführungen des Landgerichts zur Rückabwicklung der Beteiligung werden von den Berufungen nicht angegriffen.

bb) In Bezug auf den geltend gemachten entgangenen Gewinn hat das Landgericht zutreffend darauf abgestellt, dass der Kläger einen Gesamtbetrag investieren wollte und nach der Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass er diesen Betrag bei Abstandnahme vom streitgegenständlichen Geschäft anderweitig angelegt hätte (vgl. BGH NJW 1992, 1223). Hierin liegt der wesentliche Unterschied zu der von der Nebenintervenientin zitierten Entscheidung des Kammergerichts vom 06.09.2007, 4 U 166/06.

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist es, als Alternativanlage zur Schadensschätzung Bundesschatzbriefe Typ B heranzuziehen. Soweit sich die Nebenintervenientin auf einen Beschluss des Kammergerichts vom 17.07.2007, 24 Kap 9/07, bezieht, in dem es als völlig fernliegend bezeichnet wird, dass ein „Anleger des grauen Kapitalmarkts“ alternativ Bundesschatzbriefe erworben hätte, fehlt es an einer Darlegung, warum es sich bei dem Kläger um einen solchen Anleger handelt. Unabhängig davon, ob der Kläger die Funktionsweise der Anlage durchschaut hatte, genügt die erstmalige Zeichnung einer Fondsbeteiligung nicht, um auszuschließen, dass er alternativ festverzinsliche Wertpapiere gezeichnet hätte.

2. Berufung des Klägers

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen über die erstinstanzliche Verurteilung hinaus gehenden Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen gemäß §§ 280 Abs. 1, 3, 286, 288 Abs. 1 BGB. Die darüber hinaus mit der Berufung verfolgten Anträge waren zurückzuweisen.

a) Zu Unrecht hat das Landgericht den Zinsbeginn auf den 03.06.2008 festgesetzt. Der Kläger kann Zinsen auf den zurückzuzahlenden Anlagebetrag seit dem 17.05.2008 (aa) und auf den entgangenen Gewinn seit dem 01.06.2008 (bb) verlangen.

aa) Die Beklagte befand sich mit der Rückzahlung des Anlagebetrages an den Kläger seit dem 16.05.2008 in Verzug. An diesem Tag ist dem Klägervertreter das Schreiben vom 15.05.2008 (Anlage K 13) zugegangen, in dem die Beklagte ernsthaft und endgültig Zahlungen an den Kläger verweigert (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Dies wird insbesondere am letzten Satz deutlich: *„Meine Mandantin bittet um Verständnis, daß vor diesem Hintergrund der von Ihrem Mandanten geltend gemachte Schadensersatzanspruch zurückgewiesen werden muß.“*

bb) Der Kläger hat seinen entgangenen Gewinn bis zum 31.05.2008 berechnet, so dass die Beklagte aufgrund der zuvor dargestellten Erfüllungsverweigerung Zinsen hierauf seit dem 01.06.2008 schuldet.

b) Der erstmals im Berufungsverfahren erhobene Antrag des Klägers auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten an seine Rechtsschutzversicherung ist unzulässig, da er nicht auf Tatsachen gestützt werden kann, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO). Die Beklagte hat Tatsachen, die den Anspruch des Klägers begründen sollen, in der Berufungserwiderung vom 30.06.2010 bestritten. Der Kläger hat nicht dargetan, warum er diese Anspruch nicht bereits erstinstanzlich vorgetragen hat (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).

c) Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Feststellungsklage zurückgewiesen. Sie ist unzulässig. Der Kläger hat auch im Berufungsverfahren sein rechtlich schützenswertes Interesse an der Feststellung einer weiter gehenden Ersatzpflicht der Beklagten nicht hinreichend konkret dargetan. Es bleibt nach wie vor offen, aus welchem Grund ihm welche weiteren Schäden drohen. Das Feststellungsinteresse ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil es sich bei der Beklagten um eine Bank handelt. Dies kann allenfalls die Subsidiarität einer Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage entfallen lassen (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 27. Auflage 2009, § 256 Rn. 8 m. w. N.), hierauf kommt es vorliegend aber nicht an.

3. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat der Beklagten trotz des Teilunterliegens des Klägers mit seiner Berufung die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt, da die im Verhältnis zum Streitwert der Berufung in Höhe von 41.059,40 Euro (s. Beschluss vom heutigen Tage) gemessene Zuvielforderung des Klägers von 2.541,92 Euro (ca. 6 %) geringfügig war und nur geringfügig höhere Kosten von ca. 8 % veranlasst hat.

4. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die Grundsätze der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und des Verschuldens in Bezug auf die unterlassene Aufklärung über die Rückvergütung sind höchstrichterlich entschieden und vom Senat lediglich auf den konkreten Einzelfall übertragen worden.

Panten

zur Verth

Dr. Büßer