

Landgericht Wiesbaden

Verkündet am:
12.11.2010

Aktenzeichen: 10 O 207/09

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Es wird gebeten, bei allen Eingaben das
vorstehende Aktenzeichen anzugeben



Im Namen des Volkes
Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Kläger

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Cäsar-Preller und Kollegen
Leipziger Str. 35, 65191 Wiesbaden,
Gerichtsfach Nr. 185, Geschäftszeichen: 05327/08

gegen

Nassauische Sparkasse, [REDACTED]

Beklagte

[REDACTED]

hat die 10. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden
durch die Richterin [REDACTED] als Einzelrichterin
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27.08.2010

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 30.300 Euro nebst Zinsen in Höhe
von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 3.3.2010
Zug und Zug gegen Rückübertragung der insgesamt 300 Stück Merrill Lynch

S.A. Naspa CRE.Z. 08.03.11 BSKT Zertifikate, Identifikationsnummer DE000ML0BD92, zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger macht aus eigenem wie aus abgetretenem Recht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Anlageberatung geltend.

Am 29.12.2006 begab sich der Kläger gemeinsam mit seiner Ehefrau, der Zeugin [REDACTED], in die Filiale der Beklagten in der Aunelstraße in Wiesbaden, um sich über mögliche Anlageformen für einen Betrag von 30.000 Euro beraten zu lassen. Das Beratungsgespräch führte der Mitarbeiter der Beklagten, der Zeuge [REDACTED], mit dem Kläger und seiner Ehefrau.

Als Anlageziel hatten der Kläger und seine Ehefrau einen langfristigen Vermögensaufbau mit Ertragserwartungen über den Zinsniveau des Geldmarktes. Der Zeuge [REDACTED] füllte den Bogen „Dokumentation der Kundenangaben in der Anlageberatung“ für den Kläger und seine Ehefrau unter dem Datum vom 29.12.2006 aus. Die Bogen zur Risikoklassifizierung nach WpHG weist eine „risikobewusste“ Einstellung des Klägers und seiner Ehefrau aus. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage K1, Bl. 7 f. d.A. sowie auf Bl. 151 d.A. verwiesen.

In dem Beratungsgespräch empfahl er dem Kläger und seiner Ehefrau den Erwerb von Merrill-Lynch-Zertifikaten, von denen diese daraufhin auch zum Kaufpreis von insgesamt 30.300,- Euro 300 Stück mit Auftrag vom 8.1.2007 erwarben.

Bei dieser Anlageform, dem sog. „Naspa-CreativInvest 6 – Merrill Lynch S.A.“, handelt es sich um eine Wette auf den Verlauf des ML Europe 1 Index im Verhältnis zum Verlauf des DAX-Index. Emittentin dieses Zertifikats ist Merrill Lynch S.A. Die maximale Laufzeit des Zertifikats beträgt 49 Monate. Für die Gewinnchancen kommt es darauf an, ob die Performance des ML Europe 1 Index in den jährlichen Beobachtungszeiträumen im Durchschnitt über der des DAX Index liegt. Ist dies der Fall, werden 8 Prozent der Anlagesumme gezahlt oder bei höherer „Outperformance“ des ML Europe 1 Index gegenüber dem DAX Index dieser höhere Wert gezahlt sowie das Zertifikat wird vorzeitig zurückgezahlt. Liegt der ML Europe 1 Index hingegen zum maßgeblichen Bewertungsstichtag auf oder unter dem Niveau des DAX Index, erfolgt keine Auszahlung und die Beobachtung wiederholt sich in den folgenden Jahren. Bewertungsstichtage waren im vorliegenden Fall der 29.2.2008, der 2.3.2009, der 1.3.2010 und der 1.3.2011. Sofern es bis zum Laufzeitende (hier: 1.3.2011) nicht zu einer besseren Wertentwicklung des ML Europe 1 Index gegenüber dem DAX Index zu den Bewertungsstichtagen gekommen ist, entfällt die Zinszahlung und der Rückzahlungsbetrag der Anleger richtet sich nach der relativen Performance des ML Europe 1 Index gegenüber dem DAX Index. Bei einer negativen Abweichung des ML Europe 1 zum DAX Index von zB 10 Prozent am Ende der Laufzeit erhält der Anleger 90% des Nennwertes ausgezahlt. Der Anleger hat einen Ausgabeaufschlag von 1 Prozent der Anlagesumme zu zahlen.

In der Folgezeit kam es zu einem Kursverfall der Zertifikate. Der Kläger beziffert die Verluste dabei mit 9.153 Euro, da der Kurswert im Zeitpunkt der Klageeinreichung aufgrund der erheblichen Underperformance des ML Europe 1 Index auf 70,62 Euro pro Stück gesunken war.

Mit Schreiben der Beklagten vom 26.9.2008 wurden der Kläger und seine Ehefrau auf die Probleme bei Merrill Lynch und die Übernahme durch die Bank of Amerika hingewiesen. Daraufhin wandten sie sich nach einem persönlichen Gespräch mit Email vom 7.10.2008 an die Beklagte und verlangten Rückabwicklung der Anlage wegen Falschberatung. Hierauf antwortete die Beklagte mit Schreiben vom 3.12.2008 (Bl. 89 f. d.A.) und nach einer weiteren anwaltlichen Zahlungsaufforderung mit weiterem Schreiben vom 16.12.2008 (Bl. 91 d.A.).

Die Beklagte erhielt für die Vermittlung der streitgegenständlichen Zertifikate eine Rückvergütung in Höhe von 4,13 Prozent der Anlagesumme. Über diese Rückvergütung informierte der Zeuge ████████ den Kläger und seine Ehefrau im Rahmen des Anlageberatungsgesprächs vom 29.12.2006 nicht. Der weitere Inhalt des Beratungsgesprächs ist zwischen den Parteien streitig.

Die Beklagte beruft sich auf die Einrede der Verjährung.

Der Kläger behauptet,

der Zeuge [REDACTED] habe ihn und seine Ehefrau nicht über das Risiko der Anlage in die Zertifikate aufgeklärt. Vielmehr habe er – auf ausdrückliche Nachfrage – angegeben, die Anlage sei risikolos und das eingelegte Kapital sei sicher. Es bestehe eine Kapitalgarantie, „schlimmstenfalls“ erhielten die Anleger keine Verzinsung.

Schriftliche Informationen über die Zertifikate seien ihm und seiner Ehefrau bei dem Beratungsgespräch nicht ausgehändigt worden. Auch die Basisinformation über die Vermögensanlage in Wertpapieren seien – entgegen der Dokumentation in dem WpHG-Bogen – nicht übergeben worden. Hintergrund der Kapitalanlage sei gewesen, dass er gemeinsam mit seiner Ehefrau Geld habe sicher anlegen wollen, das zur Ablösung eines Kredits für eine Eigentumswohnung benötigt werden würde.

Der Kläger ist der Auffassung, es sei eine fehlerhafte Beratung und eine mangelhafte Aufklärung über die Risiken der Anlage erfolgt. Dies ergebe sich zum einen daraus, dass nicht darüber aufgeklärt worden sei, dass auch Verluste eintreten könnten. Zum anderen sei auch keine anlegergerechte Beratung erfolgt, da die empfohlenen Zertifikate nicht zu dem langfristigen Anlagehorizont des Klägers und seiner Ehefrau passten. Zudem stelle auch die unterbliebene Aufklärung über die Provision der Beklagten einen Aufklärungsfehler dar. Der Kläger behauptet hierzu, seine Ehefrau und er selbst hätten die Zertifikate mutmaßlich nicht erworben, wenn sie über die Rückvergütung aufgeklärt worden wären. Hierzu gab er im Rahmen seiner informatorischen Anhörung an, er könne nicht genau sagen, was er bei entsprechender Aufklärung über die Rückvergütung getan hätte; jedenfalls aber könne es gut sein, dass er sich etwas anderes hätte empfehlen lassen.

Hinsichtlich der Verjährungseinrede ist der Kläger der Auffassung, es sei zumindest eine Hemmung der Verjährung durch Verhandlung eingetreten, da die Parteien über mehrere Monate Vergleichsverhandlungen geführt hätten (Bl. 85 f.). Zudem sei die Vorschrift des § 37a WpHG bereits deshalb nicht anwendbar, weil die Beklagte vorsätzlich nicht über die Rückvergütungen aufgeklärt habe.

Nachdem der Kläger mit der am 30.10.2009 zugestellten Klage ursprünglich den Ersatz der bereits entstandenen Verluste geltend gemacht hatte, beantragt er nach Klageerweiterung vom 8.1.2010, zugestellt am 3.3.2010,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 30.300 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30 Oktober 2009 Zug um Zug gegen Rückübertragung der insgesamt 300 Stück Merrill Lynch S.A. Naspa CRE.Z. 08.03.11 BSKT Zertifikate, Identifikationsnummer DE000ML0BD92, zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie behauptet,

der Kläger und seine Ehefrau seien durch den Zeugen Kilian ordnungsgemäß über die Chancen und Risiken sowie die Anlagebedingungen der Investition in den „Naspa-CreativInvest 6 – Merrill Lynch S.A.“ aufgeklärt worden. Insbesondere habe der Zeuge Kilian nicht geäußert, dass eine Kapitalgarantie bestehe. Es sei auch nicht so gewesen, dass der Kläger und seine Ehefrau eine risikolose Anlage gewünscht hätten. Es seien Produktdetails, Kosten, Laufzeit sowie das Verlustrisiko der Geldanlage sowie die Abhängigkeit der Anlage vom Konjunkturmarkt, Markt- und Unternehmensrisiken, Branchen- und Währungsrisiken besprochen worden. Dies ergebe sich auch aus der von dem Zeugen [REDACTED] ausgefüllten Anlage zum WpHG-Bogen. Bei dem Kläger und seiner Ehefrau hätten Erfahrungen und Kenntnisse in Geldanlagendingen im mittleren Bereich bestanden, ihre Einstellung sei risikobewusst gewesen. Insbesondere ergebe sich auch bereits aus der Dokumentation, dass dem Kläger und seiner Ehefrau schriftliche Informationen über das Zertifikat ausgehändigt worden seien.

Weiterhin ist die Beklagte der Auffassung, sie habe den Kläger und seine Ehefrau nicht über die Provision in Höhe von 4,13 Prozent der Anlagesumme aufklären müssen. Denn zum damaligen Zeitpunkt sei noch nicht bekannt gewesen, dass der BGH eine Aufklärung über Rückvergütungen verlange. Dies sei erstmals am 19.12.2006 entschieden worden und habe daher bei dem Beratungsgespräch noch nicht bekannt sein können und müssen. Außerdem handele es sich um eine branchenübliche Rückvergütung, die auch bei anderen Kreditinstituten in dieser Höhe angefallen wäre. Schließlich könne auch die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht eingreifen. Selbst wenn man diese aber grundsätzlich in derartigen Fällen anwenden wolle, sei sie im vorliegenden Fall jedoch widerlegt. Dies ergebe sich bereits daraus, dass der Kläger ursprünglich mit der Klage lediglich die

Kursverluste geltend gemacht habe, nicht jedoch Rückabwicklung verlangt habe. Hieran zeige sich bereits, dass man nicht sagen könne, bei Kenntnis der Rückvergütung hätte er die Anlage nicht getätigt. Zudem sei allen Kunden im September 2007 eine Kundeninformation übersandt worden, mit der auf Provisionen hingewiesen worden sei. Auch danach habe der Kläger keinerlei Reklamation vorgenommen. Zudem sei Verjährung eingetreten. Denn nach § 37a WpHG verjährten Ansprüche innerhalb von 3 Jahren ab Zeichnung. Diese Frist sei hier am 8.1.2010 abgelaufen. Die Klageänderung, mit der der Kläger anstelle des kleinen Schadensersatzes im Wege des großen Schadensersatzes die Rückabwicklung verlange, sei jedoch erst mit Schriftsatz vom 8.1.2010 erfolgt, so dass insoweit Verjährung eingetreten sei. Eine Hemmung der Verjährung durch Verhandlung sei nicht eingetreten, da die Beklagte die Ansprüche stets abgelehnt habe.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben aufgrund des Beweisbeschlusses vom 7.5.2010, Bl. 183 d.A., durch Vernehmung der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED]. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 27.8.2010, Bl. 194 ff. d.A. Weiter hat das Gericht den Kläger informatorisch angehört. Wegen des Inhalts der Anhörung wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.3.2010, Bl. 81 ff. d.A.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

Dem Kläger steht aus eigenem sowie aus abgetretenem Recht seiner Ehefrau (§ 398 BGB) gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB zu.

Zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau einerseits und der Beklagten andererseits ist ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen.

Denn ein Anlageberatungsvertrag kommt durch stillschweigende Einigung dann zustande, wenn ein Anlageinteressent an ein Kreditinstitut oder einen sonstigen Vertreter herantritt und nach einer Kapitalanlage fragt, sobald tatsächlich ein Beratungsgespräch geführt wird (BGHZ 123, 126 ff.). Gleiches gilt auch für den Fall, dass die Initiative von dem Vertreter ausgeht und er an den Anleger herantritt, um diesen zu beraten. Auch ohne entsprechende ausdrückliche Abrede kommt stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs ein Vertrag zustande, wenn der Anlageberater erkennt, dass der Kunde aufgrund des Beratungsgesprächs über eine Geldanlage entscheiden will (BGHZ 123, 126 ff.). Vorliegend hat der Zeuge [REDACTED] den Kläger und seine Ehefrau unstreitig über die Anlagemöglichkeiten in die streitgegenständlichen Zertifikate beraten. Dahinstehen kann insoweit, von wem die Initiative für das Beratungsgespräch ausgegangen ist.

Aus diesem Anlageberatungsvertrag trifft die Beklagte die Pflicht zur anlegergerechten und objektgerechten Beratung. Die konkrete Ausgestaltung der Pflichten des Anlageberaters gegenüber dem Kunden hängt entscheidend von den Umständen des Einzelfalles ab.

Ein Anlageberater schuldet die richtige und vollständige Information über die für den Anlageentschluss wesentlichen tatsächlichen Umstände (anlagegerechte Information), BGH NJW-RR 1987, 936. Die Beratung der Bank muß richtig und sorgfältig, dabei für den Kunden verständlich und vollständig sein, die Bank muß zeitnah über alle Umstände unterrichten, die für das Anlagegeschäft von Bedeutung sind. Darüber hinaus schuldet er deren fachkundige Bewertung und Beurteilung unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse, Anlageziele und Risikobereitschaft des Anlegers (anlegergerechte Beratung), BGHZ 123, 126 ff.; BGH BB 1993, 1317 f. Eine anlegergerechte Beratung erfordert, dass der Berater die Anlageziele der Kunden abklärt. Der Umfang der Beratungspflicht hat sich daran auszurichten, ob die beabsichtigte Geldanlage nach dem Anlagehorizont des Kunden „sicher“ sein oder spekulativen Charakter haben soll (BGH NJW 1982, 1095 f.). Dabei trägt der Anleger als Kläger nach den allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für die von ihm behaupteten Pflichtverletzungen.

Im vorliegenden Fall hat der Kläger nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Gerichts nachweisen können, dass der Zeuge [REDACTED] erklärt habe, bei den streitgegenständlichen Zertifikaten bestehe eine Kapitalgarantie. Die Zeugin [REDACTED], deren Aussage im Grundsatz offen und ohne erkennbaren Belastungseifer war, bestätigte zwar, dass sie die Erläuterung des Zeugen [REDACTED] im Beratungsgespräch damals so

verstanden habe, dass allenfalls keine Zinsen erwirtschaftet würden, nicht aber das Kapital verloren gehe. Jedoch konnte sie sich an den genauen Wortlaut der Erklärung des Zeugen nicht erinnern. Der Zeuge [REDACTED] hat insoweit – auch wenn er sich an das konkrete Beratungsgespräch mit dem Kläger und seiner Ehefrau nicht mehr erinnern konnte – überzeugend dargelegt, dass es eine Kapitalgarantie nicht gebe und er in den fraglichen Beratungsgesprächen regelmäßig auf das Totalverlustrisiko hingewiesen habe. Es erscheint fernliegend, dass der Zeuge [REDACTED] zu dem streitgegenständlichen Produkt erläutert haben soll, es bestehe eine Kapitalgarantie. Nachvollziehbar ist hingegen, dass der Zeuge – wie er es auch eingeräumt hat – das Produkt den Kunden als attraktive Geldanlage empfohlen hat, weil es eine marktneutrale Strategie verfolge. Dies mag insbesondere bei der Zeugin [REDACTED] so angekommen sein, als sei das Produkt sicher. Andererseits hat der Zeuge [REDACTED] auf die Bitte des Gerichts, die Chancen und Risiken des Produkts zu erläutern, nicht von sich aus, sondern erst auf Nachfrage auf das Verlustrisiko hingewiesen. Hierbei hat er allerdings deutlich gemacht, dass er normalerweise die als Anlage zum Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 27.8.2010 genommenen Unterlagen oder aber eine entsprechende handschriftliche Aufzeichnung verwende und dass er dabei stets auf das Totalverlustrisiko hinweise. Die Aussage des Zeugen [REDACTED] war im Wesentlichen schlüssig und nachvollziehbar und – trotz seines Eigeninteresses am Ausgang des Verfahrens – ohne erkennbare Entlastungstendenzen. Letztlich stehen sich im vorliegenden Fall damit zwei inhaltlich nicht vereinbare Zeugenaussagen gegenüber, ohne dass einer der beiden Aussagen größeres Gewicht beigemessen werden könnte. Dieses non liquet der Beweisaufnahme geht zu Lasten des für die Pflichtverletzung beweisbelasteten Klägers.

Auf das Emittentenrisiko muss nicht gesondert hingewiesen werden, da hier angesichts der Ratings der Emittentin keinerlei Veranlassung bestand, auf ein besonderes Insolvenzrisiko hinzuweisen. Es genügt vielmehr der allgemeine Hinweis darauf, dass ein Totalverlust für den Fall einer Insolvenz des Emittenten droht. Dieser ist hier bereits in den Basisinweisen über Vermögensanlagen in Wertpapieren enthalten. Insoweit wäre der Kläger, der unterzeichnet hat, diese Basisinformation erhalten zu haben, beweisbelastet dafür, dass diese ihm nicht ausgehändigt worden ist. Dieser Nachweis ist dem Kläger hier nicht gelungen, zumal der Zeuge [REDACTED] entsprechend seiner Dokumentation in der Anlage zum WpHG-Bogen angegeben hat, über dieses Risiko in allgemeiner Form regelmäßig aufgeklärt zu haben. Allein die Aussage der Zeugin [REDACTED] kann auch insoweit allenfalls zu einem non liquet führen, das zu Lasten des Klägers geht.

Zweifelhaft erscheint allerdings, ob der Anlagehorizont ordnungsgemäß von dem Zeugen [REDACTED] ermittelt worden ist und damit, ob eine anlegergerechte Beratung stattgefunden hat.

Der Kläger hat, bestätigt durch die Angaben der Zeugin [REDACTED] erklärt, Hintergrund der Anlage sei gewesen, dass Geld angelegt werden sollte, das in einigen Jahren für die Rückzahlung des Darlehens für eine Eigentumswohnung benötigt wurde. Zwar hat der Kläger nicht behauptet, diesen Umstand dem Zeugen [REDACTED] mitgeteilt zu haben. Der Zeuge [REDACTED] selbst hat angegeben, wenn ihm dies bekannt gewesen wäre, hätte er die streitgegenständlichen Zertifikate nicht empfohlen. Eine anlegergerechte Beratung setzt voraus, dass der Anlageberater den Anlagehorizont des Kunden ermittelt.

Jedoch hat der Zeuge [REDACTED] angegeben, die Ausfüllung des WpHG-Bogens und damit der Anlagehorizont des Klägers und seiner Ehefrau hätten sich für ihn daraus ergeben, dass beide einer Anlageform zugestimmt hätten, bei der es zum Totalverlust kommen kann. Eine genauere Aufklärung der Ziele der Anlage ist seitens des Beraters demnach bereits nach seinen eigenen Angaben nicht erfolgt. Vor dem Hintergrund, dass der Kläger und seine Ehefrau bis dahin nur in konservative Anlageformen investiert hatten, wäre dies – auch unter Berücksichtigung angelesenen Wissen des Klägers – aber durchaus erforderlich gewesen, um eine anlegergerechte Beratung zu gewährleisten. Ebenfalls auf eine nicht sorgfältige Ermittlung der Anlageziele im Beratungsgespräch deutet die Tatsache hin, dass es zwei verschiedene WpHG-Bögen gibt und der Zeuge [REDACTED] dies – ohne sich daran konkret erinnern zu können – darauf zurückführt, dass er in dem Beratungsgespräch nur die für die fraglichen Zertifikate maßgeblichen Punkte ausgefüllt hat und den Bogen später ergänzt hat. Im Ergebnis kann es aber offenbleiben, ob bereits im Unterbleiben der näheren Aufklärung der Anlageziele durch den Zeugen [REDACTED] eine Verletzung der Pflicht zur anlegergerechten Beratung liegt.

Denn die Beklagte hat jedenfalls dadurch ihre Aufklärungspflichten aus dem Anlageberatungsvertrag verletzt, dass sie den Kläger und seine Ehefrau nicht auf die ihr zufließende Provision hingewiesen hat.

Nach der sog. „Kick-back“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein Kreditinstitut den Kunden bei der Empfehlung von Fondsanteilen, bei denen sie verdeckte Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen und jährlichen Verwaltungsgebühren erhält, die Pflicht zur Aufklärung über diese verdeckten Rückvergütungen und zwar unabhängig davon, ob die Höhe der Rückvergütung branchenüblich ist (BGHZ 170, 226 ff.; BGH NJW 2009, 1416 f.). In jüngerer Zeit gab es unterschiedliche erstinstanzliche wie auch zweitinstanzliche Entscheidungen zu der Frage, ob auch Gewinnmargen von Banken in den Anwendungsbereich der durch die „Kick-back“-Rechtsprechung festgelegten Aufklärungspflichten fallen. Das Oberlandesgericht Hamburg hat in einer Entscheidung vom 23.4.2010 (OLG Hamburg, 13 U 117/09, zit. nach juris) ausgeführt, dass im Eigengeschäft

der Banken nicht über Gewinnmargen aufzuklären ist. Hier fehle es an dem für Rückvergütungen charakteristischen Dreipersonenverhältnis (so auch OLG Frankfurt, Ur. v. 29.7.2009, 23 U 76/08). Im vorliegenden Fall handelte es sich nicht um ein Eigengeschäft der Beklagten, da sie nicht selbst Emittentin der Zertifikate war. Daher obliegt der Beklagten nach der „Kick-back“-Rechtsprechung grundsätzlich die Pflicht, über die umsatzabhängige Provision bzw. Rückvergütung aufzuklären. Soweit die Beklagte geltend macht, bei der vorliegend geflossenen Provision handele es sich nicht um eine Rückvergütung im Sinne der „Kick-back“-Rechtsprechung (BGHZ 170, 226 ff.) kann sie mit diesem Einwand im vorliegenden Fall nicht durchdringen. Von der Aufklärungspflicht erfasste Rückvergütungen liegen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an den Emittenten zahlt, hinter dem Rücken des Kunden wieder an die beratende Bank zurückfließen (BGH, Ur. v. 27.10.2009 – XI ZR 338/08; OLG Frankfurt a.M., Ur. v. 21.9.2010 – 9 U 151/09). Die Aufklärungspflicht folgt dabei aus dem allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsgedanken der Vermeidung vertragswidriger Interessenkonflikte: Der strukturell unterlegene Anleger soll in die Lage versetzt werden zu beurteilen, ob die Anlageempfehlung allein nach den Kriterien der anleger- und objektgerechten Beratung oder aber vor dem Hintergrund eines besonderen Eigeninteresses der Bank an der Empfehlung dieses Produkts erfolgt (BGH NJW 2009, 1416 f.).

Gerade ein solcher Fall, in dem umsatzabhängig von dem Kunden an die Emittentin gezahlte Beträge verdeckt an die Beklagte zurückfließen, ist vorliegend gegeben. Soweit sich die Beklagte auf das Urteil des OLG Frankfurt a.M. vom 21.9.2010 (9 U 151/09) beruft, das eine Aufklärungspflichtverletzung für den Fall verneint, dass ein Anlageprodukt ohne Ausgabeaufschläge und Verwaltungsgebühren vertrieben wird, ändert sich dadurch am Bestehen der Aufklärungspflicht der Beklagten im vorliegenden Fall nichts. Zum einen erscheint es bereits fraglich, ob tatsächlich Provisionszahlungen vor dem Hintergrund des Zwecks der Aufklärungspflicht anders behandelt werden können als „Rückvergütungen“ aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsgebühren. Der entscheidende Gesichtspunkt dürfte nach dem Zweck der Aufklärungspflicht eher darin liegen, ob eine Umsatzabhängigkeit der gezahlten Provisionen besteht. Diese Frage kann aber vorliegend dahinstehen, da das hier veräußerte Zertifikat einen Ausgabeaufschlag von 1 Prozent enthielt. Allein die Tatsache, dass der Ausgabeaufschlag geringer ist als die tatsächlich geflossene Provision in Höhe von 4,13 Prozent ändert an der Einordnung der vorliegend geflossenen Provision als Rückvergütung im Sinne der „Kick-back“-Rechtsprechung nämlich nichts. Denn anders als im von der Beklagten zitierten Fall des OLG Frankfurt a.M. vom 21.9.2010 (9 U 151/09) gab es hier einen Ausgabeaufschlag, der damit sogar vollständig an die Beklagte

zurückgeflossen ist, wenn es auch eine über diesen Ausgabeaufschlag hinausgehende Provision gegeben hat (so auch OLG Frankfurt a.M., Ur. vom 1.10.2010, 19 U 64/10 für einen Fall, in dem es ebenfalls um Zertifikate des „Naspa-CreativInvest 6 – Merrill Lynch S.A.“ ging).

Eine Information über die Provision der Beklagten war hier auch nicht deshalb entbehrlich, weil bereits im Rahmen der „Basisinformation über Vermögensanlagen in Wertpapieren“ ein allgemeiner Hinweis auf „mitunter“ gewährte Vertriebsprovisionen enthalten ist. Denn erforderlich ist ein konkreter Hinweis darauf, dass und in welcher Höhe gerade bei dem fraglichen Geschäft umsatzabhängig Provisionen gezahlt werden. Ein derartiger Hinweis ist im vorliegenden Fall unstreitig gerade nicht erfolgt.

Soweit die Beklagte vorliegend geltend macht, sie habe im Zeitpunkt des Beratungsgesprächs noch gar keine Kenntnis von dem Urteil des BGH vom 19.12.2006 (BGHZ 170, 226 ff.) haben können und habe sich deshalb in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden, kann dem nicht gefolgt werden. Vielmehr handelte die Beklagte bei der unterbliebenen Aufklärung schuldhaft. Nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Verschulden vermutet. Diese Verschuldensvermutung ist hier nicht entkräftet worden. Zunächst ist festzustellen, dass die Beklagte bei dem Beratungsgespräch 10 Tage nach Verkündung des fraglichen Urteils des Bundesgerichtshofs durchaus bereits Kenntnis hiervon hätte haben können bzw. müssen. Darüber hinaus hätte sich der Beklagten der Interessenkonflikt, der aus verdeckten Zahlungsrückflüssen resultiert, auch ohne diese Entscheidung aufdrängen müssen. Die Beklagte hätte daher im Rahmen ihrer Organisationspflichten ihre Anlageberater anweisen müssen, die Anleger entsprechend aufzuklären (BGH, Ur. vom 12.5.2009 – XI ZR 586/07). Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum über die Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen kann für die Zeit nach 1990 nicht mehr angenommen werden (BGH, Beschluss v. 29.6.2010 – XI ZR 308/09 – mit ausführlicher Begründung bezüglich der Entwicklung von Rechtsprechung und Schrifttum).

Die Verletzung der Aufklärungspflicht war auch kausal für den eingetretenen Schaden. Denn steht eine schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung fest, besteht im Hinblick auf die Frage, ob die Anlageentscheidung kausal auf der Pflichtverletzung beruht, zugunsten des grundsätzlich beweisbelasteten Klägers die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Diese führt dazu, dass die aufklärungspflichtige Beklagte beweisen muss, dass der Kläger die Anlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung getätigt hätte. Diese Rechtsprechung gilt auch für die unterbliebene Aufklärung über Rückvergütungen (BGH, Ur. vom 12.5.2009 – XI ZR 586/07, Rn 22).

Die insoweit aufgrund der Vermutung mit der Darlegung und dem Beweis entgegenstehender Umstände (OLG Düsseldorf, Urt. vom 23.11.2007 – I-16 U 170/06) belastete Beklagte hat nicht nachweisen können, dass sich der Kläger auch bei vollständiger und richtiger Information über die Zahlungsflüsse auch für die streitgegenständliche Anlage entschieden hätte. Sowohl der Kläger als auch die Zeugin [REDACTED] haben angegeben, dass sie sich die Anlage bei richtiger Aufklärung nochmals überlegt hätten und diese möglicherweise nicht abgeschlossen hätten. Dies genügt, um den Entscheidungskonflikt plausibel erscheinen zu lassen. Der bloße Umstand, dass der Kläger lediglich davon ausgeht, er wäre bei richtiger Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten und nicht mit Sicherheit sagt, er hätte die Anlage nicht getätigt, genügt nicht, um die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens als widerlegt anzusehen. Soweit das Landgericht Frankfurt am Main in einer durch die Beklagten vorgelegten Entscheidung (Urt. vom 6.8.2010, 2-21 O 460/09, Bl. 223 ff. d.A.) die Darlegung eines Entscheidungskonfliktes nicht ausreichen lässt, um von der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens auszugehen, ergibt sich daraus für den vorliegenden Fall nichts anderes. Denn das Landgericht Frankfurt stützt seine Entscheidung darauf, dass es bei der unterbliebenen Aufklärung über Provisionen und deren Höhe nicht nur eine Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gebe. Dieses auch von der Beklagten im hiesigen Verfahren vorgebrachte Argument gegen das Eingreifen der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens überzeugt nicht. Es entspricht vielmehr gerade der Lebenserfahrung und ist nachvollziehbar, dass ein Anleger bei Aufklärung über das Provisionsinteresse des Anlageberaters die Empfehlung kritisch prüfen wird, um dann die Entscheidung für oder gegen die Anlage zu treffen. Damit geht es genau wie in den Fällen der Aufklärung über Heilbehandlungsmaßnahmen eines Arztes um das „Ob“ der Anlage. In Anlage- wie in Arzthaftungsfällen ist es deshalb richtig, von einer grundsätzlich Vermutung dahingehend auszugehen, dass sich der Kunde/Patient der Aufklärung gemäß anders entschieden bzw. in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten wäre.

Die Beklagte hat keine Umstände aufgezeigt, die es plausibel erscheinen lassen, dass sich der Kläger auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung für die Anlage entschieden hätte. Soweit die Beklagte geltend macht, die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens sei schon dadurch widerlegt, dass der Kläger zunächst den kleinen Schadensersatzanspruch geltend gemacht habe, also die Zertifikate habe behalten wollen, überzeugt dies nicht. Allein aus der Art der Schadensgeltendmachung – die unter anderen Voraussetzungen als die Anlageentscheidung selbst erfolgt – kann nicht geschlossen werden, dass der Kläger die Anlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung getätigt hätte. Gleiches gilt auch für das Argument der Beklagten, der Kläger habe auch bei Übersendung eines allgemeinen Schreibens an alle Bankkunden im Jahr 2007, in dem auf Provision und Rückvergütungen hingewiesen wurde, nicht protestiert. Dass dieses Schreiben – sofern man davon ausgeht,

dass der Kläger dieses inhaltlich zur Kenntnis genommen und auf seine zuvor getätigte Anlage bezogen hat – den Kläger nicht zu Protesten veranlasst hat, lässt keinen Bestätigungswillen des Klägers hinsichtlich der getätigten Anlage erkennen. Es liegt auf der Hand, dass die Hemmschwelle eine andere ist, wenn es um Rückgängigmachung einer einmal getroffenen Entscheidung geht im Gegensatz zu der ursprünglichen Entscheidung auf vollständiger Tatsachengrundlage. Erst recht kann es zur Widerlegung der Vermutung nicht genügen, dass Provisionszahlungen branchenüblich sein mögen und der Kunde ohnehin damit rechnen müsse. Dieses allgemeine Argument vermag die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht zu entkräften, zumal der Kunde zwar mit Gewinnmargen der Bank bei eigenen Produkten rechnen mag, im Rahmen der Anlageberatung für Fremdprodukte geht er aber ohne besondere Aufklärung nicht von einem umsatzabhängigen Eigeninteresse der Bank aus. Ebenso wenig kann es ausreichen, dass eine Information über Provisionen in allgemeiner Form in den „Basisinformationen über die Vermögensanlage in Wertpapieren“ enthalten ist, zumal diese – wie dargelegt – nicht hinreichend konkret auf das einzelne Geschäft bezogen ist. Sonstige Umstände, die vorliegend die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens widerlegen könnten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Auch ist der Schadensersatzanspruch des Klägers nicht nach § 37a WpHG verjährt. Danach verjährt der Anspruch des Kunden gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Dies bezieht sich jedoch nur auf einen Anspruch wegen fahrlässiger Pflichtverletzung. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn ist derjenige der Zeichnung der Anlage (BGH, Urt. v. 8.3.2005, XI ZR 170/04).

Ein Anspruch wegen vorsätzlicher Pflichtverletzung verjährt kenntnisabhängig in der Regelverjährungsfrist. Beweisbelastet für das Nichtvorliegen vorsätzlichen Verhaltens bei der Pflichtverletzung ist die Beklagte (BGH, Urt. vom 12.5.2009 – XI ZR 586/07, Rn 22). Die Beklagte hat nicht hinreichend dargelegt, dass sich die Verantwortlichen in einem den Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum befunden haben. Allein der Umstand, dass die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Aufklärungspflicht über „Kick-backs“ 10 Tage vor dem Beratungsgespräch verkündet worden ist, genügt insoweit nicht, um von einem vorsatzausschließenden Rechtsirrtum auszugehen. Es genügt insoweit bedingter Vorsatz, also bereits ein „für-möglich-Halten“ des Bestehens einer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen. Vor dem Hintergrund der bereits zum damaligen Zeitpunkt existierenden

Rechtsprechung zur Pflicht zur Offenbarung verdeckter Rückvergütungen (BGH WM 1989, 1047, 1051 und WM 1990, 462, 464) sowie der bekannten Auskunfts- und Herausgabepflichten des Geschäftsbesorgers nach §§ 675, 666, 667 BGB hat die Beklagte keine hinreichenden Gründe vorgetragen, warum sie das Bestehen einer entsprechenden Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht wenigstens für möglich gehalten haben will (vgl. auch BGH Ur. vom 12.5.2009 – XI ZR 586/08 Rn. 4, wo für ein Beratungsgespräch im Jahr 2000 bereits mindestens von Fahrlässigkeit ausgegangen wird). Soweit die Beklagte sich darauf beruft, dass der Bundesgerichtshof noch im Jahr 1997 entschieden habe, dass ein Anlageberater über Provisionen nur aufklären müsse, wenn ein Schwellenwert von 15% überschritten sei (BGH, Ur. v. 25.9.2007 – VI ZR 320/06), kann dies ebenfalls nicht genügen, um einen vorsatzausschließenden Rechtsirrtum zu begründen. Denn bei dieser Aufklärungspflicht über die Höhe der Provisionen geht es um die Rentabilität der Anlage, während bei der Aufklärung über verdeckte Rückvergütungen die strukturelle Unterlegenheit des Anlegers ausgeglichen werden soll.

Aber auch der Anspruch wegen fahrlässiger Pflichtverletzung ist noch in unverjährter Zeit geltend gemacht worden. Der Auftrag über den Erwerb der Zertifikate datiert vom 8.1.2007. Verjährung nach § 37a WpHG wäre damit am 8.1.2010 eingetreten. Die Klage wurde jedoch bereits am 29.10.09 zugestellt. Darauf, dass zunächst nur der Anspruch auf „kleinen“ Schadensersatz und nicht auf Rückabwicklung geltend gemacht wurde, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Denn nach § 213 BGB tritt die Hemmung auch für Ansprüche ein, die aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind. Diese Voraussetzungen sind hier für die Ansprüche auf „großen“ und „kleinen“ Schadensersatz erfüllt (vgl. Staudinger/Peters, BGB, Neubearbeitung 2009, § 213 BGB Rn. 6 f.). Soweit die Beklagte einwendet, der Anspruch sei erst nach Ablauf der Verjährungsfrist auch auf die Nichtaufklärung über Rückvergütungen gestützt worden, kann sie hiermit ebenfalls nicht durchdringen. Denn insoweit wird lediglich die Begründung des Anspruchs ausgewechselt. Maßgeblich für die Hemmungswirkung ist aber der prozessuale Streitgegenstand (BGH NJW 1988, 965; 2009, 56). Dieser bleibt vorliegend aber gerade derselbe. Denn die Pflichtverletzung ist insgesamt der Vorwurf der nicht objektgerechten Beratung im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 29.12.2006. Die Hemmung der Verjährung ist somit bereits mit Klageerhebung eingetreten.

Darüber hinaus ergibt sich aus den Schreiben der Beklagten vom 3.12.2008 (Bl. 89 f. d.A.) und insbesondere vom 16.12.2008 (Bl. 91 d.A.) ein „Verhandeln“ im Sinne des § 203 BGB und damit eine entsprechende Hemmung der Verjährung. Denn für ein „Verhandeln“ im Sinne des § 203 BGB genügt bereits jeder Meinungs-austausch über den Anspruch (Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Auflage 2010, § 203 BGB Rn. 2). Indem die Beklagte darauf verweist, die begehrte Rückzahlung von 30.300,- Euro weiterhin abzulehnen, das Schreiben

jedoch zur weiteren Veranlassung an ihre Versicherung weiterzuleiten, die sich mit dem Kläger in Verbindung setzen werde, ist ein solcher Meinungsaustausch eingeleitet. Das Ende der Hemmung tritt – wenn sich eine Partei – hier die Versicherung der Beklagten – nicht mehr meldet, dann ein, wenn nach Treu und Glauben mit dem nächsten Schritt zu rechnen gewesen wäre (Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Auflage 2010, § 203 BGB Rn. 4), was sicherlich nicht vor dem Ablauf von 3 Monaten angenommen werden kann.


Der Kläger kann mithin von der der Beklagten aus eigenem wie aus abgetretenem Recht seiner Ehefrau Schadensersatz verlangen. Dieser Schadensersatzanspruch ist nach § 249 BGB gerichtet auf Rückzahlung des für die Anlage eingesetzten Betrages Zug um Zug gegen Übertragung der Wertpapiere gerichtet (Palandt-Grüneberg, BGB, 69. Auflage 2010, § 280 Rn. 50).

Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 291 BGB. Dabei war der geltend gemachte Anspruch so auszulegen, dass Zinsen erst ab Rechtshängigkeit der Klageänderung geltend gemacht werden.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte aufgrund ihres Unterliegens zu tragen, § 91 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 1 ZPO.


Ausgefertigt
Wiesbaden, den


als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle