

# VOLLTEXTSERVICE

## *Alternative Geldanlagen: Besser gut beraten lassen*

*OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 21.06.2017, Az. 17 U 160/16*

### **Gründe**

Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen das Urteil des Landgerichts, mit dem dieses sie zur Zahlung eines Betrages in Höhe von insgesamt 1.534.899,-- € Zug um Zug gegen die Abtretung der Rechte an im Einzelnen bezeichneten Immobilienfonds verurteilt sowie die Verpflichtung zur Freistellung von sämtlichen etwaigen Rückzahlungsansprüchen der im Einzelnen bezeichneten Fondsgesellschaften festgestellt hat.

Die Klägerin ist eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts mit Sitz in Stadt1, welche ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige und mildtätige Zwecke im Sinne des Abschnitts "steuerbegünstigte Zwecke" der Abgabenordnung verfolgt. Die Errichtung der Stiftung gründete auf einem von dem Vorstandsvorsitzenden der Klägerin (Im Folgenden: Vorstand) eingebrachten Aktienpaket der Firma D AG in Stadt2. Der Vorstand der Klägerin, welcher selbst privat in den Jahren 1995 und 2005 in geschlossene Immobilienfonds investierte, trat im Herbst 2004 in Kontakt mit dem bei der Beklagten mit der Anlageberatung betrauten Zeugen X, um im Zusammenhang mit der geplanten Veräußerung der im Vermögen der Klägerin stehenden 1.184.452 Aktien der vormaligen D AG den daraus zu erwartenden Veräußerungserlös rentabel für die Stiftung der Klägerin anzulegen. Der Vorstand der Klägerin war zuvor langjähriger Vorstand der D AG, wo er bis zuletzt als Aufsichtsratsvorsitzender tätig war. In einem Dokumentationsbogen vom 06.04.2005 (Anlage B 2) gab der Vorstand der Klägerin an, bezüglich wachstumsorientierter Anlageprodukte ausreichende Kenntnisse zu besitzen. In dem Fragebogen zur Vermögensoptimierung vom 04.07.2007 (Anlage B 1) findet sich die Erklärung, seit ca. 40 Jahren die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen für fundierte Anlageentscheidungen in den Bereichen Euro- Geldmarktfonds, festverzinsliche Wertpapiere öffentlicher Emittenten, Aktienfonds, Rentenfonds, offene Immobilienfonds, Index-Fonds, Dachfonds, Aktien (Einzeltitel), Fremdwährungs- und Aktienanleihen zu besitzen.

Nach der Veräußerung der ersten Tranche von Aktien der D AG, die der Vorstand in die Klägerin eingebracht hatte, im Jahre 2004 kam es im Zusammenhang mit der beabsichtigten Anlegung des Erlöses zu Kontakten zwischen den Parteien, wobei der für die Beklagte mit der Betreuung der Klägerin betraute Zeuge X dem Vorstand der Klägerin eine Investition in den Immobilienfonds "A 1 geschlossener Immobilienfonds für ... GmbH & Co. KG" (im Folgenden: A 1...- Fonds) empfahl.

### **WINHELLER**

#### **Rechtsanwalts-gesellschaft mbH**

Tower 185

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37

60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80

Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-Mail: [info@winheller.com](mailto:info@winheller.com)

Internet: [www.winheller.com](http://www.winheller.com)

Frankfurt | Karlsruhe | Berlin

Hamburg | München

Gegenstand eines weiteren am 10.12.2004 geführten Gesprächs waren u. a. auch steuerrechtliche Fragen, welche für die Klägerin durch den für diese tätigen Steuerberater G geklärt werden sollten, während die Beklagte durch Anfrage bei dem Bankhaus F nach dessen Mitteilung vom 01.03.2005 feststellen ließ, dass die Gemeinnützigkeit der Klägerin auch in den Niederlanden anerkannt sei. Zur Vornahme der erbetenen Überprüfung durch den Steuerberater G überließ die Beklagte diesem durch Einwurf in den Briefkasten der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei "G & Partner" den Fondsprospekt des A ...-Fonds, welchen die Klägerin am 21.03.2005 zu einem Nominalbetrag von 500.000 € zuzüglich 5 % Agio und damit insgesamt 525.000 € zeichnete. Von dem davon auf das Agio entfallenden Betrag von 25.000 € erhielt die Klägerin vereinbarungsgemäß den hälftigen Betrag von 12.500 € durch die Beklagte erstattet. Während die frühestmögliche Kündigungsmöglichkeit dieser Beteiligung zum 31.12.2014 bestand, erhielt die Klägerin in der Folgezeit jährlich unterschiedlich hohe jährliche Ausschüttungen, wegen derer im Einzelnen auf die Aufstellung auf Seite 30 f. der Klageschrift Bezug genommen wird.

Nach dem Anfang 2005 von der Klägerin erzielten Erlös aus der Veräußerung von weiteren 608.471 Aktien der D AG in Höhe von 3,6 Millionen Euro unterbreitete die Beklagte der Klägerin am 28.04.2005 einen sich auf mehrere alternative Anlagemöglichkeiten erstreckenden schriftlichen Anlagevorschlag, auf dessen Inhalt wegen der Einzelheiten im Übrigen Bezug genommen wird (Anlage K 10). Zu den insoweit empfohlenen Anlagemöglichkeiten zählte auch die Beteiligung an der B Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. ...-KG (im Folgenden: B Fonds bzw. I Leasing Fonds ...). Dieser Immobilienfonds bezog sich auf eine Investition in zwei Büroimmobilien in Stadt3. Auf der Grundlage eines Anfang Mai 2005 zwischen dem Vorstand der Klägerin und dem Zeugen X geführten Beratungsgesprächs zeichnete die Klägerin unter dem 12.05.2005/18.05.2005 (Anlage B 10) die Beteiligung an dem B Fonds zum Nennwert von 1.000.000 € zuzüglich 5 % Agio. Von dem Agio erhielt die Klägerin im Anschluss daran einen Betrag von 30.000 € erstattet, während sie anschließend vor Klageerhebung Auszahlungen in Höhe von insgesamt 387.192,35 € vereinbarte, wegen derer auf die Aufstellung auf Seite 31 der Klageschrift Bezug genommen wird.

Auf der Grundlage einer im April 2006 durch den Mitarbeiter der Beklagten X vorgenommenen Anlageberatung zeichnete der Vorstand der Klägerin für diese am 03.04.2006 eine Beteiligung an dem Fonds "C Beteiligungs-GmbH & Co. KG (im Folgenden: C-Fonds) in Höhe einer Beteiligungssumme von 1.000.000 € zuzüglich 5 % Agio und damit in Höhe von insgesamt 1.050.000 €. Auch auf diese Anlage erhielt die Klägerin einen Anteil des Agios in Höhe von 25.000 € durch die Beklagte erstattet, während sie bis 2014 Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 607.500 € erzielte.

Zuletzt beteiligte sich die Klägerin am 13.06.2008 an der A 2 geschlossenen Immobilienfonds für ... GmbH & Co. KG (im Folgenden: A 2 ...-Fonds) in Höhe eines Beteiligungskapitals von 500.000 € zuzüglich 5 % Agio. Entsprechend der von dem Zeugen X erteilten Zusage erhielt die Klägerin von dem Agio einen Teilbetrag von 12.500 € rückerstattet.

Im Rahmen der vorprozessual zwischen den Parteien geführten Verhandlungen vereinbarten diese ausweislich der Schreiben der Beklagten vom 17.12.2013 (Anlage K 14 - Bl. 177 d.A.) und vom 26.04.2014 (Anlage K 15 - Bl. 178 d.A.) einen Verjährungsverzicht der Beklagten, welcher zuletzt zeitlich auf den 30.08.2014 begrenzt war. Nach der Einleitung eines Güteverfahrens mit Schriftsatz vom 01.08.2014 (Anlage K 16 - Bl. 179 ff. d.A.) stellte die angerufene Gütestelle mit Beschluss vom 18.11.2014 (Anlage K 17 - Bl. 203 d.A.) das Scheitern des Güteverfahrens fest. Mit der am 18.5.2015 bei Gericht eingegangenen und am 17.06.2015 zugestellten Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt der Aufklärungspflichtverletzung in Anspruch.

Die Klägerin hat zur Begründung der auf die vorstehend beschriebenen Fondsbeteiligungen gerichteten Rückgewähransprüche geltend gemacht, der Vorstand der Klägerin habe den Zeugen X auf die sich nach dem Hessischen Stiftungsgesetz und der damit übereinstimmenden Regelung in § 3 ihrer Satzung ergebende Notwendigkeit hingewiesen, dass das Kapital im Zusammenhang mit der Beteiligung ungeschmälert in seinem Wert erhalten bleiben müsse. Dementsprechend habe der Zeuge X auch erklärt, die Fondsbeteiligungen seien im Einzelnen von der Beklagten überprüft und als für die Stiftung und ihre Zwecke geeignet erachtet worden. Auf den Hinweis des Vorstands der Klägerin hinsichtlich der von dieser erwarteten kapitalerhaltenden und sicher ertragsbringenden Anlage habe der Zeuge X jeweils auf die besondere Eignung der empfohlenen Beteiligungen für diese Zwecke hingewiesen, ohne über den Charakter der unternehmerischen Beteiligung an den geschlossenen Immobilienfonds sowie das mit der Beteiligung verbundene Risiko des Totalverlustes aufzuklären. In sämtlichen Fällen habe der Zeuge X nicht auf die Risiken im Zusammenhang mit der hohen Fremdfinanzierungsquote und die von Anfang an geplanten Auszahlungen der Ausschüttungen aus der Liquidität hingewiesen, wodurch von Anfang an nicht nur kein Kapitalerhalt, sondern auch keine Erträge zur Erfüllung des Stiftungszwecks hätten erwirtschaftet werden können. Der Gewinnerwartung bei dem B-Fonds habe eine völlig überzogene Mieterwartung von 16,24 € pro Quadratmeter zugrunde gelegen, welche nicht auf einer realistischen Kalkulation beruht hätte. Während der Zeuge X bei dem C-Fonds die von Anfang an geplante Handhabung verschwiegen habe, wonach die Gewinnauszahlung durch Auszahlung der Liquidität habe kompensiert werden sollen, sei auch bezüglich dieser Fondsbeteiligung der Stiftungszweck nicht zu erreichen gewesen. Bezüglich des A 2 ...-Fonds habe der Zeuge X sämtliche allgemeinen Risiken verschwiegen und mit keinem Wort darauf hingewiesen, dass die Fondsbeteiligung keine kapitalerhaltende Anlage darstelle. Hinsichtlich der von der Beklagten insgesamt erzielten Vertriebsprovisionen habe der Zeuge X nur von dem Agio gesprochen und erklärt, die Beklagte sei selbstverständlich bereit, ihren Verdienst mit der Stiftung der Klägerin zu teilen bzw. einen Teil an die Klägerin zurückzuzahlen. Bei pflichtgemäßer Aufklärung durch die Beklagte hätte die Klägerin in allen Fällen die geschlossenen Fondsbeteiligungen nicht gezeichnet. Stattdessen hätte die Klägerin auf der Grundlage der Geldmarktsätze im Monatsbericht der Deutschen Bundesbank zum Dezember 2013 insgesamt Zinsen in Höhe von 348.413,26 € erwirtschaftet.

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Im Übrigen hat sie geltend gemacht, dem Vorstand der Klägerin sei hinsichtlich der streitgegenständlichen Kapitalanlageprodukte jeweils rechtzeitig vor der Zeichnung der jeweilige Emissionsprospekt ausgehändigt worden. Indem der Vorstand der Klägerin selbst bereits im Jahr 1995 zwei geschlossene Immobilienfonds erworben habe und sich am 23.07.2002 an dem US-Immobilienfonds "H" beteiligt habe, habe er fundierte Kenntnisse bezüglich der Anlageentscheidung besessen und für die Klägerin im Dokumentationsbogen nach § 31 Abs. 2 WPHG vom 08.07.2003 die für die Klägerin zutreffende Risikoklasse 4 als zweithöchste Risikoklasse angegeben. Insoweit sei die Klägerin sowohl durch die einige Monate vor Zeichnung übergebenen Emissionsprospekte als auch den Zeugen X ausdrücklich auf den Charakter der mit der Zeichnung der geschlossenen Immobilienfonds verbundenen unternehmerischen Beteiligungen, das damit einhergehende Totalverlustrisiko sowie die sonstigen Chancen und Risiken der gezeichneten Beteiligungen hingewiesen worden. Indem der Zeuge X anlässlich seiner Beratung über die wesentlichen Chancen und Risiken der Kapitalanlage informiert habe, sei es der Klägerin auf die Generierung von langfristigen, hohen Ausschüttungen angekommen. Der Zeuge X habe jeweils auf die den Beteiligungen zugrunde liegenden Fremdfinanzierungsquoten einschließlich des Risikos des Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung und der Laufzeit der jeweiligen Fondsbeteiligungen sowie den über das Agio hinausgehenden Teil der von der Beklagten erhaltenen Vertriebsvergütung hingewiesen. Indem der Zeuge X den Vorstand der Klägerin darüber aufgeklärt habe, dass die Beklagte für die jeweilige Kapitalvermittlung eine Vergütung erhalte, habe dieser auch erklärt, das Agio stelle nicht die gesamte Vergütung der Beklagten dar. Der Kläger hätte unabhängig davon auch dann gezeichnet, wenn er um die genaue Höhe der tatsächlich über das Agio hinaus erzielten Vertriebsvergütung gewusst hätte.

Zur ergänzenden Darstellung des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht hat auf der Grundlage der persönlichen Anhörung des Vorstands der Klägerin sowie der Vernehmung der Zeugen G und X der Klage durch das am 26.07.2016 verkündete Urteil überwiegend stattgegeben. Zur Begründung hat es darauf abgestellt, nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, dass seitens der Beklagten hinsichtlich sämtlicher Anlageentscheidung keine anlegergerechte Beratung erfolgt sei. Während bereits auf der Grundlage der Angaben des Zeugen X vom Zustandekommen eines Beratungsvertrages auszugehen sei, sei die Empfehlung der Zeichnung der geschlossenen Immobilienfonds in Kenntnis der Satzung der Klägerin und der diese treffenden stiftungsrechtlichen Vorgaben nicht anlegergerecht gewesen. Aufgrund der Risiken geschlossener Immobilienfonds seien diese im Hinblick auf die Notwendigkeit des Kapitalerhalts für Stiftungen generell ungeeignet, so dass die Beklagte ungeachtet allenfalls ebenso begründeter ergänzender Schadensersatzansprüche der Stiftung gegenüber dem Vorstand nicht von ihrer Beratungspflicht entbunden worden sei. Angesichts der stiftungsrechtlichen Unvereinbarkeit der Anlageform komme es auf die vom Zeugen X erwähnende Gesamtstrategie der Neustrukturierung des Vermögens nicht an, zumal die betroffenen Anlageprodukte einen Anteil von über 10 % des neu strukturierten Gesamtvermögens ausmachten. Der Haftung unter dem Gesichtspunkt der festgestellten Pflichtverletzung könne die Beklagte auch kein Mitverschulden der Klägerin entgegenhalten, zumal wirtschaftliche Kenntnisse des zeichnenden Vorstands im Rahmen der Bewertung der Anlageentscheidung nicht überbetont werden dürften. Im Übrigen habe sich die Beklagte erfolglos auf die Einrede der Verjährung berufen, da vor der von der Klägerin ab dem 05.07.2010 eingeräumten Kenntnis hinsichtlich der gewinnunabhängigen Ausschüttungen allein aus den Mitteilungen der Emittentin noch keine korrekte Einordnung von einem nicht über überdurchschnittliche Kenntnisse verfügenden Anleger möglich sei. Im Übrigen sei auch nicht von einer groben Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Beauftragung des Zeugen G auszugehen. Neben dem Zug um Zug gegen Rückgabe der gezeichneten Anlagen zu zahlenden Betrag von 1.534.899,00 € könne die Klägerin im Übrigen die Feststellung der Verpflichtung zur Freistellung von Ansprüchen Dritter sowie einen entgangenen Gewinn in Höhe von 348.413,26 € auf der Grundlage des in der Zeit zwischen 2006 und 2014 alternativ zu erzielenden Jahresfestgeldsatz verlangen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung. Sie geht von einem Verfahrensfehler infolge der Missachtung des gesetzlichen Richters im Sinne des Art. 101 GG aus. Der die Entscheidung fällende Einzelrichter habe mit Ablauf des 5. Juni 2016 die Kammer verlassen, weshalb ihm eine Entscheidung aufgrund des in der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2016 bis zum 5. Juli 2016 gewährten Schriftsatznachlasses nicht mehr möglich gewesen sei.

Soweit das Landgericht im Übrigen von einer Pflichtwidrigkeit im Hinblick auf die Missachtung stiftungsrechtlicher Vorgaben ausgegangen sei, habe es die Frage der anlegergerechten Beratung nicht anhand der einzelnen Kapitalanlagen festmachen dürfen, sondern unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens darauf abstellen müssen, ob eine möglicherweise risikoreichere Kapitalanlage als Beimischung zu einem insgesamt risikogerechten Portfolio gleichwohl anlegergerecht gewesen sei. Zumindest habe die Anlegergerechtigkeit einer Beratung nicht allein deshalb verneint werden dürfen, weil der Anleger nach seinem Vortrag eine sichere Kapitalanlage gewünscht oder vorgetragen habe, der geschlossene Immobilienfonds passe nicht zu seinem Anlageziel "Altersvorsorge". Eine Verpflichtung der Beklagten zur Wahrung etwaiger stiftungsrechtlicher Vorgaben hinsichtlich des im Stiftungsrecht verankerten Werterhaltungsgebotes habe bei der Beratung nicht bestanden, weil einerseits der Erwerb eines geschlossenen Immobilienfonds grundsätzlich mit dem gebotenen Erhalt des Stiftungsvermögen vereinbar sei, während es gerade angesichts der Erfahrungen des Vorstands der Klägerin mit zuvor von ihm selbst gezeichneten geschlossenen Immobilienfonds keiner Risikohinweise bedurft hätte und die in Rede stehenden vier Fondsbeteiligungen der Risikobe-

reitschaft der Klägerin in vollem Umfang entsprochen hätten. Die Vereinbarkeit mit den Anlagezielen der Klägerin ergebe sich aus den expliziten Angaben ihres Vorstands und früheren Stifters, Kapitalanlagen mit einer hohen Rendite erwerben zu wollen. Bei der Zeichnung der streitgegenständlichen geschlossenen Immobilienfonds habe es sich stets um eine Beimischung zu dem sonstigen Stiftungsvermögen mit hinreichender Risikodiversifizierung gehandelt. Der Vorstand der Klägerin habe dem Zeugen X im Übrigen mitgeteilt, dass es nach der Auskunft der für die Klägerin zuständigen Stiftungsaufsicht keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Investition des Stiftungsvermögens in die geschlossenen Immobilienfonds gebe, zumal die Klägerin in ihrem Stiftungsvermögen bis heute Kapitalanlagen halte, welche wesentlich risikoreicher als die streitgegenständlichen Immobilienfonds seien. Indem der Vorstand der Klägerin von Anfang an die Gewinnunabhängigkeit der Ausschüttungen, das Totalverlustrisiko und die Gefahr eines vollständigen Wertverlustes gekannt habe, worauf im Übrigen durch die jeweils rechtzeitig vor der Zeichnung übergebenen Prospekte und die Beitrittserklärungen sowie die späteren Mitteilungen nochmals hingewiesen worden sei, habe die Verjährungsfrist jeweils mit dem Schluss des Jahres zu laufen begonnen, in dem die Kapitalanlagen gezeichnet worden seien. Der Vorstand der Beklagten habe um die von der Beklagten jeweils erlangten Rückvergütungen gewusst und die streitgegenständlichen Anlagen auch dann gezeichnet, wenn er um deren konkrete Höhe gewusst hätte. Hinsichtlich der von der Klägerin im Jahr 2006 erworbenen Fonds seien die Ausschüttungen im Jahre 2009 entgegen der Prognose ausgeblieben, sodass die Klägerin spätestens seit diesem Zeitpunkt gewusst habe, mit den streitgegenständlichen Beteiligungen keine risikolosen Kapitalanlagen erworben zu haben. Soweit im Übrigen auch der Steuerberater der Klägerin den ersten Prospekt gelesen habe, müsse sich die Klägerin das daraus abzuleitende Wissen als Wissensvertreter entsprechend dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Im Übrigen bestehe kein Anspruch auf entgangenen Gewinn, da es der Klägerin als Anlegerin nicht gelungen sei, die notwendigen Anknüpfungspunkte bezüglich der alternative vorzunehmenden Anlageentscheidung darzulegen und zu beweisen. Zumindest fehle es an einem hinreichend plausiblen Vortrag dazu, alternativ in eine Anlage mit einem Durchschnittszins von 2,02 % bis 2,71 % investiert zu haben. Während der Feststellungsantrag zu Ziff. 2 mangels hinreichender Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts unzulässig sei, komme auch ein Rückzahlungsanspruch der Fondsgesellschaft gegenüber der Klägerin nicht in Betracht.

Hinsichtlich einer zum 15.2.2017 für den B- Fonds erfolgten Ausschüttung in Höhe von 40.000,- € haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt vom 26.07.2016, - Aktenzeichen: 2-12 O 189/15 - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Streithelferin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 26.07.2016 - Aktenzeichen: 2-12 O 189/15 - aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung nach Maßgabe der übereinstimmenden Erledigungserklärung zurückzuweisen.

Sie verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die angefochtene Entscheidung. Entgegen dem Vortrag der Beklagten habe die Klägerin zu keinem Zeitpunkt das Stiftungskapital in Aktien der D AG

angelegt, sondern diese als Stiftungskapital in die Stiftung eingebrachten Aktien nach und nach gemäß dem Stiftungszweck angelegt. Spätestens aus dem Verkauf der letzten D Aktien im Jahr 2005 folge, dass die Stiftung kein risikoaffines Anlageverhalten verfolgt habe. Während die unternehmerische Erfahrung des Vorstands der Klägerin im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die D AG keine Rückschlüsse auf die Fondsbeteiligungen zulasse, habe der Vorstand auch aus den privat gezeichneten geschlossenen Immobilienfonds zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beteiligungen noch keine negativen Erfahrungen erlangt. Aus der Risikobereitschaft des Vorstands der Klägerin könne nicht auf die Risikoneigung der Klägerin selbst geschlossen werden. Prospekte hinsichtlich der streitgegenständlichen Fonds habe diese jedenfalls vor der Zeichnung nicht erhalten, während sie Ausschüttungsmittelungen erstmals im Jahre 2010 erhalten habe.

Die Streithelferin hat sich auf die Mitteilung des Beitritts auf Seiten der Beklagten beschränkt.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist statthaft und zulässig; sie führt jedoch in der Sache selbst nur teilweise zum Erfolg.

Das angefochtene Urteil leidet entgegen der Argumentation der Beklagten nicht bereits an einem zu seiner Aufhebung führenden Verfahrensfehler. Insoweit kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg darauf berufen, der das Urteil fällende Einzelrichter sei bereits mit Ablauf des 5. Juni 2016 aus der Kammer ausgeschieden und deshalb angesichts eines am 31.05.2016 zugunsten der Beklagten gewährten Schriftsatznachlasses bis zum 5. Juli 2016 nicht mehr zur Entscheidung berufen gewesen, so dass der Grundsatz des gesetzlichen Richters beeinträchtigt worden sei. Tritt nach Schluss der mündlichen Verhandlung und vor Fällung des Urteils aufgrund der Änderung des Geschäftsverteilungsplans ein Richterwechsel ein, so ist das erkennende Gericht grundsätzlich zwar dann nicht ordnungsgemäß besetzt, wenn entgegen § 156 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht die mündliche Verhandlung wiedereröffnet, sondern ein Urteil verkündet wird, das von dem mittlerweile ausgeschiedenen Richter unterschrieben worden ist. Diese Konstellation ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Gefällt ist ein Urteil im Sinne des § 309 ZPO dann, wenn es abschließend beraten und abgestimmt worden ist. Insoweit war es dem in der mündlichen Verhandlung amtierenden Richter, der ausweislich seiner dienstlichen Stellungnahme erst mit Ablauf des 06.06.2016 aus der 12. Zivilkammer ausgeschieden war, ohne weiteres möglich, dieses Urteil auf der Grundlage sämtlicher bis zum 05.07.2016 eingehender Schriftsätze zu verfassen. Dass die Verkündung der Entscheidung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgte, ist für die Wahrung der Garantie des gesetzlichen Richters ohne Bedeutung. Unabhängig davon war die Garantie des gesetzlichen Richters auch im Hinblick darauf unbeachtlich, dass die Geschäftsverteilung des Landgerichts Frankfurt am Main unter Ziff. IV ausweislich der dienstlichen Erklärung des zur Entscheidung berufenden Richters folgende Regelung enthält:

"Soweit in einem Verfahren bereits ein Verkündungstermin gem. § 310 ZPO bestimmt ist, bleiben die Kammern für die zu verkündenden Entscheidungen in ihrer bisherigen Besetzung zuständig.

Dies gilt auch für Wechsel in der Besetzung der Kammer während des Kalenderjahres, soweit das wechselnde Kammermitglied weiterhin einem Spruchkörper des Landgerichts Frankfurt am Main zugewiesen ist."

Damit ist klagestellt, dass ungeachtet des Wechsels in eine andere Kammer die Mitgliedschaft in dem zuvor zugewiesenen Spruchkörper bis zur Verkündung der Entscheidung aufrechterhalten bleibt. Auch wenn den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme bis zum 05.07.2016 gewährt wurde, ändert dies zudem auch nichts an dem Umstand, dass das Urteil aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31.05.2016 ergan-

gen ist. Es handelte sich auch nicht um einen Fall der Gewährung von Schriftsatznachlass gem. § 283 Satz 1 ZPO, sondern lediglich um die Einräumung der Möglichkeit, gem. § 285 Abs. 1 ZPO zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen.

Im Übrigen gilt im Berufungsverfahren aufgrund der Regelung des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO die gesetzgeberische Grundentscheidung zugunsten der Aufrechterhaltung der Ausgangsentscheidung trotz eines wesentlichen Verfahrensfehlers. Selbst wenn von einer unzutreffenden Besetzung des Gerichts infolge des Ausscheidens des im Termin zur mündlichen Verhandlung amtierenden Richters mit Ablauf des ... 2016 auszugehen wäre, könnte der darin liegende Verfahrensfehler nur in den Grenzen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen. Ungeachtet des vorliegenden Antrags der Beklagten liegen die weiteren Voraussetzungen der Aufhebung und Zurückverweisung nicht vor, da aufgrund des Verfahrensfehlers keine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig geworden ist. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwieweit aufgrund einer Nichtberücksichtigung des im Schriftsatz der Beklagten vom 05.07.2016 enthaltenen Vorbringens eine dadurch bedingte weitere Beweisaufnahme unterblieben sein könnte. Insoweit führt selbst eine Verletzung des Grundsatzes des gesetzlichen Richters und die darauf beruhende fehlerhafte erstinstanzliche Entscheidung nicht stets zur Notwendigkeit einer Zurückweisung an das Gericht des ersten Rechtszuges, indem das Berufungsgericht auch in einem derartigen Fall grundsätzlich selbst in der Sache entscheiden kann (BGH, Beschluss vom 17.03.2008, NJW 2008, 1672 [BGH 17.03.2008 - II ZR 313/06]).

Die Klage selbst ist über den Zahlungsanspruch hinaus auch insoweit zulässig, als gem. Ziff. 2 der Klage die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Freistellung von etwaigen Rückzahlungsansprüchen der jeweiligen Fondsgesellschaften in Anspruch genommen hat. Das insoweit notwendige Feststellungsinteresse ergibt sich aus der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines denkbaren Rückgriffs gegen die Klägerin als Treugeberin, welche im Falle der Abtretung des Freistellungsanspruchs durch den Treuhandkommanditisten an einen Gesellschaftsgläubiger in Betracht kommt (OLG Hamm, Urteil vom 29. 09.2016 - 34 U 231/15 -, juris, Rn. 120)

Der Berufung muss jedoch zumindest dem Grunde nach der Erfolg versagt bleiben, soweit sich die Beklagte gegen den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen einer Verletzung der vertraglichen Beratungspflicht aus dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Beratungsvertrag wendet.

In Einklang mit dem insoweit zutreffenden Ergebnis der angefochtenen Entscheidung steht der Klägerin gegen die Beklagte zunächst ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 1.534.899,- € abzüglich des im Hinblick auf die am 15.02.2017 an die Klägerin geflossene Ausschüttung erledigten Teils in Höhe von 40.000,- € und damit ein zum Schluss der mündlichen Verhandlung begründeter Anspruch in Höhe von noch 1.494.899,- € Zug- um Zug gegen Abtretung der streitgegenständlichen Beteiligungen zu.

Im Ansatz zutreffend ist das Landgericht zunächst von einem zwischen den Parteien zustande gekommenen Beratungsvertrag ausgegangen. Dieser kommt regelmäßig konkludent bereits dann zustande, wenn im Zusammenhang mit der geplanten Anlage eines dem Anlageinteressenten zur Verfügung stehenden Geldbetrages tatsächlich eine Beratung stattfindet (BGH, Urteil vom 25.06.2002 - XI ZR 218/01 -, Juris, Rn. 38). Dementsprechend ist zwischen den Parteien unstrittig geblieben, dass der für die Beklagte tätige Zeuge X den Vorstand der Klägerin im Zusammenhang mit der beabsichtigten Anlage des aus der Veräußerung der Stammaktien der D AG erzielten Erlöses beraten hat. Während der Zeuge X danach dem Vorstand der Klägerin neben weiteren in Betracht kommenden Investments auch die streitgegenständlichen Beteiligungen an den geschlossenen Immobilienfonds vorstellte, nachdem er zuvor mit der Feststellung des konkret auf die Klägerin bezogenen Beratungsbogens die bestehende Anlageerfah-

rung bzw. die zugrunde zu legende Risikobereitschaft aufgeklärt hatte, entspricht dies der typischen Aufklärung der anlageberatenden Bank im Rahmen eines zumindest konkludent zustande gekommenen Beratungsvertrages.

Aus dem Beratungsvertrag war die Beklagte als anlageberatende Bank zu einer anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet. Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich sind einerseits der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel der Kunden und andererseits die allgemeinen Risiken, wie etwa die Konjunkturlage und die Entwicklung des Kapitalmarktes, sowie die speziellen Risiken, die sich aus den Besonderheiten des Anlageobjektes ergeben können (BGH, Urteil vom 09.05.2000 - XI ZR 159/99 -, WM 2000, 1441; BGH, Urteil vom 14.07.2009 - XI ZR 152/08 -, WM 2009, 1647, Rn. 49). Insoweit müssen im Rahmen der von der anlageberatenden Bank geschuldeten anlegergerechten Beratung insbesondere die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des jeweiligen Anlegerinteressenten berücksichtigt und insbesondere das Anlageziel, die Risikobereitschaft und der Wissensstand des Anlageinteressenten abgeklärt werden. Die empfohlene Anlage muss dabei unter Berücksichtigung der verfolgten Anlageziele auf die persönlichen Verhältnisse des jeweiligen Kunden zugeschnitten sein (BGH, Urteil vom 27.10.2009 - XI ZR 337/08 -, Juris, Rn. 25).

Soweit die Beklagte der Klägerin gem. § 280 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der vertraglichen Aufklärungspflicht zum Schadensersatz verpflichtet ist, vermag allerdings die das landgerichtliche Urteil tragende Begründung für die Verletzung der Verpflichtung zur anlegergerechten Beratung, wonach der Zeuge X angesichts der ihm bekannten Satzung der Klägerin und der darin geregelten Notwendigkeit des Kapitalerhalts zur Realisierung des Stiftungszwecks dem Vorstand der Klägerin die konkrete Zeichnung der geschlossenen Immobilienfonds nicht habe empfehlen dürfen, zumindest unter diesem Gesichtspunkt keinen haftungsbegründenden Beratungsfehler zu rechtfertigen.

Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang zur Begründung der Annahme einer pflichtwidrigen Beratung im Ansatz unwidersprochen darauf abstellt, dass dem Zeugen X bereits vor den ersten Beratungsgesprächen die Satzung der Klägerin mit samt der darin enthaltenen Vorgabe des § 3 Nr. 2 bekannt war, wonach im Interesse des langfristigen Bestands der Stiftung das Stiftungsvermögen ungeschmälert in seinem Wert zu erhalten war, vermag dieser Gesichtspunkt entgegen der Annahme des Landgerichts allein im Hinblick auf die mit einer unternehmerischen Beteiligung verbundenen Risiken der Zeichnung eines geschlossenen Immobilienfonds noch keine Haftung wegen einer nicht anlegergerechten Beratung zu rechtfertigen. Zwar ist es zutreffend, dass dem generellen stiftungsrechtlichen Gebot des Kapitalerhalts im vorliegenden Fall auch nicht entgegenstand, dass der ursprünglich eingebrachte Kapitalstock der neu errichteten Stiftung aus dem Aktienpaket der D AG bestand. Die Klägerin war insoweit ausweislich der gezielt betriebenen Veräußerung des Aktienkapitals gerade bestrebt, die damit einhergehenden Risiken durch die Veräußerung der Stammaktien und die in Frage stehende Anlegung des Erlöses zu reduzieren.

Soweit die der beklagten Bank obliegende Pflicht zur anlegergerechten Beratung gebietet, ein den Kenntnissen des Anlegers und seiner Risikobereitschaft entsprechendes Anlageportfolio zu empfehlen, hat die Beklagte zunächst der daraus resultierenden Notwendigkeit der darauf bezogenen Aufklärung durch die notwendigen Erhebungen im Zusammenhang mit der Erstellung des WpHG-Bogens Rechnung getragen, wobei der Vorstand die für die Klägerin zugrunde zu legende Risikobereitschaft mit der Risikoklasse 4 und damit der zweithöchsten Risikoklasse angegeben hatte. Indem es der Klägerin nach der eigenen Darstellung darauf ankam, einerseits das Stiftungskapital zu erhalten und andererseits Ausschüttungen zum Bestreiten der Investitionen im Rahmen des Stiftungszweckes zu erreichen, stellt die Empfehlung der Investitionen eines Teils des Stiftungskapitals in geschlossene Immobilienfonds mit den damit einhergehenden Risiken einer unternehmerischen Beteiligung jedenfalls auf der Grundlage der eigenen Anga-

ben der Klägerin zu ihrer Risikoneigung allein noch keine unvereinbare Abweichung von der Anlagestrategie der Klägerin dar.

Ungeachtet einer bestehenden Kenntnis der Beklagten von dem von der Klägerin zu wählenden Grundsatz des Kapitalerhalts kann allein aus der Empfehlung der konkret gezeichneten Beteiligungen jedoch noch keine nicht anlegergerechte Beratung hergeleitet werden. Insoweit war der Zeuge X nach Ansicht des Senats allein zur Wahrung der stiftungsrechtlich gebotenen Vorgaben des Kapitalerhalts nicht gehalten, im Rahmen der von ihm geleisteten Beratung wegen damit nicht vereinbarer Risiken generell von der Empfehlung geschlossener Immobilienfonds abzusehen. Auch wenn der Zeuge X wusste, dass die Klägerin aus stiftungsrechtlichen Gründen allgemein gehindert war, das Stiftungskapital durch Risikogeschäfte zu mindern, bedeutet dies keineswegs, dass wegen der bei den geschlossenen Immobilienfonds aufgrund der damit verbundenen unternehmerischen Entscheidung bestehenden Verlustrisiken, welche sich etwa aus der Art der Fremdfinanzierung und der Unsicherheit der Entwicklung von erzielbaren Mieten und aufzubringenden Darlehenszinsen ergeben, die Empfehlung der streitgegenständlichen Anlagen bei pflichtgerechter Beratung ausgeschlossen wären (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 28. Januar 2015 - 1 U 32/13- juris, Rn. 17ff.)

Der Annahme der Unvereinbarkeit der Empfehlung geschlossener Immobilienfonds als Teil des Stiftungsvermögens steht bereits entgegen, dass die Empfehlung einer unternehmerischen Beteiligung trotz des damit regelmäßig verbundenen Verlustrisikos zumindest dann keinen Verstoß gegen die Verpflichtung zur anlegergerechten Beratung darstellt, wenn diese Investition in Einklang mit der Darstellung des Vorstandes des Klägers als Beimischung zu einem konservativ gestalteten Wertpapierdepot getätigt wurde. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass regelmäßig das Risiko eines hohen oder vollständigen Kapitalverlusts gering ist, weil ungeachtet der sonstigen wirtschaftlichen Entwicklung des Fonds jedenfalls der Sachwert des Vermögens erhalten bleibt, selbst wenn die Erträge den Erwartungen nicht entsprechen (vgl. BGH Urt. v. 11.12.2014, III ZR 365/13 NZG 2015, 235, [BGH 11.12.2014 - III ZR 365/13] juris, Rn. 13). Gerade für das Anlagevermögen von Stiftungen ist es in Einklang mit der Darstellung des Vorstandes der Klägerin im Rahmen seiner Vernehmung als Partei wichtig, entsprechende Erträge zur Finanzierung der stiftungsmäßigen Zwecke zu erwirtschaften. Dementsprechend sind geschlossene Immobilienfonds auch für eine ergänzende Altersvorsorge nicht schlechthin oder generell ungeeignet (BGH, Urteil vom 16. März 2017 - III ZR 489/16 -, juris, Rn22; BGH, Urteil vom 06. Dezember 2012 - III ZR 66/12 -, NJW-RR 2013, 296-297).

Auch wenn die Beklagte generell gehalten gewesen sein mag, die Interessen der Treugeber (Anleger) sachverständig wahrzunehmen und alles Erforderliche zu tun, um deren Beteiligung und ihren wirtschaftlichen Wert zu erhalten und zu mehren, und demgemäß alles zu unterlassen, was dieses Ziel gefährden könnte, geht diese Verpflichtung nach Ansicht des Senats nicht so weit, sich allein wegen der stiftungsrechtlichen Vorgaben des Kapitalerhalts an der Empfehlung der streitgegenständlichen Beteiligungen gehindert zu sehen. Abgesehen davon, dass es in erster Linie im Übrigen Aufgabe des Stiftungsvorstandes selbst ist, den aufsichtsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden (OLG Dresden, Beschluss vom 10.02.2004 - 8 U 2225/03 -, juris, Rn.18 f.), bedeutet die allgemein geltende Verpflichtung zur Erhaltung des Stiftungskapitals im Einklang mit der Argumentation der Beklagten keineswegs, dass lediglich Investitionen in Anlageprodukte mit garantiertem Kapitalerhalt zulässig gewesen wären. Auch wenn geschlossene Immobilienfonds grundsätzlich mit dem Risiko des Totalverlustes behaftet sind, erscheint es gleichwohl mit dem generell geltenden Gebot des Erhalts des Stiftungskapitals vereinbar, in Form einer sog. Diversifikation auch geschlossene Immobilienfonds mit einem längerfristigen Anlagehorizont in das Portfolio mit aufzunehmen. Dementsprechend sind gerichtsbekannt weit bedeutsamer als Privatanleger bei Investitionen in Immobilienfonds die institutionellen Großkunden wie Versicherer, Pensionskassen, Versorgungswerke, wobei auch Stiftungen und Kirchen immer mehr Kapital in solche Fonds investieren. Wollte man die beratende Bank an der Empfehlung geschlossener Immobilienfonds gegenüber Stiftungen hindern, könnten die Stiftungsvorstände damit das Risiko der allein von ihnen

getroffenen Anlageentscheidungen auf die sie beratenden Banken abwälzen (OLG Dresden, Beschluss vom 10.02.2004 - 8 U 2225/03 -, a.a.O., Rn.19)

Während aus den vorstehenden Gründen nicht bereits allein aus der Empfehlung der geschlossenen Immobilienfonds selbst ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur anlegergerechten Beratung abgeleitet werden kann, kann auch auf der Grundlage der Vernehmung des Vorstands der Klägerin als Partei sowie des Zeugen X nicht zur Überzeugung des Senats festgestellt werden, dass der Vorstand der Klägerin als Voraussetzung der Investition in eine Anlage auf den damit unbedingt zu wahrenden Kapitalerhalt hingewiesen und der Zeuge hinsichtlich der tatsächlich gezeichneten Anlagen erklärt habe, die einzelnen Fondsbeteiligungen seien von der beratenden Bank geprüft und unter Berücksichtigung dieser Vorgaben auch geeignet. Zwar hat der Vorstand der Klägerin im Rahmen seiner Parteivernehmung bekundet, am Ende der jeweiligen Beratungsgespräche davon überzeugt gewesen zu sein, dass damit eine hohe Sicherheit gewährleistet gewesen sei; über die Risiken im Zusammenhang mit den jeweils gezeichneten Anlagen sei nie gesprochen worden. Während sich aus den Angaben des Klägers bereits entnehmen lässt, dass es ihm genauso auf einen möglichst hohen Ertrag ankam, wobei ihm der Zusammenhang zwischen den mit dem Steigen der Zinsen regelmäßig verbundenen Steigen der Risiken durchaus geläufig war, stehen diesen Angaben zur angeblich fehlenden Risikoaufklärung die Bekundungen des Zeugen X entgegen. Ohne dass dieser sich noch an die verschiedenen mit dem Vorstand der Klägerin geführten Gespräche im Detail zu erinnern vermocht hat, hat er durchaus nachvollziehbar dargelegt, in allen Fällen entsprechender Beratungen über geschlossene Immobilienfonds jeweils vorab den dazu vorliegenden Fondsprospekt an den jeweiligen Interessenten übergeben zu haben. Während er diese Umstände zumindest teilweise aus seinen Aufzeichnungen habe nachvollziehen können, habe er vor der Zeichnung geschlossener Immobilienfonds entsprechend einem bestimmten Muster in sämtlichen Fällen mit den Interessenten über das Totalverlustrisiko sowie die allgemeinen Chancen und Risiken gesprochen.

Die Angaben des Zeugen X sind in sich nachvollziehbar und glaubhaft. Er hat nachvollziehbar darauf hingewiesen, sich nicht mehr an die konkret geführten Gespräche erinnern zu können. Dies steht dem Wert der Angaben allerdings nicht entgegen, indem er hinsichtlich des regelmäßig entsprechend einem festen Muster ablaufenden Beratungsgespräch zu bekunden vermocht hat, dass er sich gerade gegenüber dem Vorstand der Klägerin im Hinblick auf die besonders großen Zeichnungssummen zu einer besonderen Sorgfalt verpflichtet sah. Anhaltspunkte für ein sachwidrig mit seiner Aussage verfolgtes Interesse sind nicht erkennbar geworden. Der Zeuge hat insoweit auch ohne Umschweife eingeräumt, nicht mit den Anlageinteressenten über die zugunsten der beratenden Bank über das Agio hinaus geflossenen Rückvergütungen gesprochen zu haben.

Soweit sich die Angaben des Vorstand der Klägerin als Partei sowie des Zeugen X teilweise im Detail widersprechen, vermag der Senat eine Überzeugung dahingehend, dass die Angaben des als Partei vernommenen Vorstands der Klägerin glaubhafter wäre als die des Zeugen X nicht zu bilden. Dies gilt nicht zuletzt auch im Hinblick darauf, dass der als Partei vernommene Vorstand der Klägerin naturgemäß ein nicht unerhebliches eigenes Interesse am Obsiegen im vorliegenden Rechtsstreit besitzt, welches eine gewisse Zurückhaltung bei der Bewertung seiner Angaben gebietet, auch wenn konkrete Anhaltspunkte für eine bewusst unrichtige Aussage nicht ersichtlich geworden sind.

Indem sich die Angaben der Parteien hinsichtlich der geltend gemachten tatsächlichen Voraussetzungen für eine nicht anlegergerechte Beratung beweislos gegenüberstehen, indem nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Zeuge X den Vorstand der Klägerin über die Risiken im Zusammenhang mit der jeweiligen Zeichnung einer unternehmerischen Entscheidung einschließlich des damit verbunden Totalverlustrisikos hingewiesen hat, scheidet damit eine Haftung der Beklagten gem. § 280 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der geltend gemachten Verletzung der Verpflichtung zur anlegergerechten Beratung aus.

Dies gilt in gleicher Weise im Hinblick auf die auch nach der Beweisaufnahme nicht zu widerlegende Übergabe des jeweiligen Fondsprospekts in einem ausreichend weiten Zeitraum vor der späteren Zeichnung. Indem der Fondsprospekt in allen Fällen hinreichend über das unternehmerische Risiko der Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds aufklärt, kann es als Mittel der Aufklärung genügen, wenn dem Anlageinteressenten rechtzeitig vor dem Vertragsschluss ein Prospekt über die Kapitalanlage überreicht wird, sofern der Prospekt nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln und er dem Anlageinteressenten so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss übergeben wird, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 24.04.2014, III ZR 389/12, NJW-RR 2014, 1075, Tz. 9; Urteil vom 26.02.2013, XI ZR 345/10, JurBüro 2013, 418, Tz. 33; Urteil vom 08.05.2012, XI ZR 262/10, WM 2012, 1337, Tz. 20 f.). Einen rechtzeitig übergebenen Prospekt muss der Anleger im eigenen Interesse sorgfältig und eingehend durchlesen. Wurde der Anleger ordnungsgemäß mittels Übergabe eines fehlerfreien Prospektes aufgeklärt, nimmt er die Informationen jedoch nicht zur Kenntnis, geht das grundsätzlich zu seinen Lasten (vgl. BGH, Urteil vom 26.02.2013, XI ZR 345/10, JurBüro 2013, 418, Tz. 33).

Mit der nicht zu widerlegenden rechtzeitigen Übergabe des Fondsprospekts scheidet auch eine Aufklärungspflichtverletzung hinsichtlich der Verpflichtung zur objektgerechten Beratung betreffend den von der Klägerin aufgeführten Gesichtspunkt der fehlenden Fungibilität bei geschlossenen Immobilienfonds aus, da sich darüber ein hinreichend deutlicher Hinweis im Fondsprospekt befindet. Diesem gilt auch für den von der Klägerin als weitere Aufklärungspflichtverletzung beanstandete Unterlassung des Hinweises darauf, dass die Gewinnunabhängigkeit der Ausschüttungen mangels erwirtschafteter Überschüsse mit der Gefahr der Einlagenrückgewähr und der damit einhergehenden Gefahr der Inanspruchnahme auf Rückzahlung verbunden war. Auch in dieser Hinsicht bieten die jeweiligen Fondsprospekte, deren rechtzeitige Übergabe unwiderlegt zugrunde zu legen ist, ausreichende Angaben zur sachgerechten Aufklärung der Anlageinteressenten.

Letztlich können die vorstehend angesprochenen Aufklärungsmängel jedoch dahingestellt bleiben, da die Haftung der Beklagten für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Anlageberatung gem. § 280 Abs. 1 BGB in Höhe von 1.494.899,- € Zug- um Zug gegen Abtretung der streitgegenständlichen Beteiligungen auf der Grundlage der fehlenden Aufklärung über die Höhe der jeweils über das Agio in Höhe von 5 % hinaus von der Beklagten im Zusammenhang mit der Anlageberatung erzielten Provisionen gerechtfertigt ist.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist eine Bank aus dem Anlageberatungsvertrag verpflichtet, über das Ob und die konkrete Höhe der von ihr vereinnahmten Rückvergütungen ungefragt aufzuklären. Aufklärungspflichtige Rückvergütungen in diesem Sinne sind - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die im Gegensatz zu versteckten Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie z.B. Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbar wird, sondern hinter dem Rücken der Anleger erfolgt. Hierdurch kann beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen, er kann jedoch das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen (Beschluss des BGH vom 09.03.2011, XI ZR 191/11, WM 2011, 925 [BGH 09.03.2011 - XI ZR 191/10]; Urteil des BGH v 08.05.2012, XI ZR 262/10). Vorliegend handelt es sich demnach um aufklärungspflichtige Rückvergütungen.

Soweit die Beklagte die Erlangung einer über das Agio hinausgehenden Vergütung bei den ... Fonds in Höhe von 7,47 % (Bl.11. d.A.), bei dem B- Fonds in Höhe von 8 % (Bl. 14 d.A.) eingeräumt, jedoch die von der Klägerin mit der Klageschrift zur Höhe der von ihr erzielten Vertriebsprovisionen dargelegten Rückvergütungen und beim "C" von 7,5% (Bl. 16 d.A.) der Höhe nach bestritten hat, ist zunächst nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auf der Grundlage

der übereinstimmenden Aussagen des Zeugen X und des Klägers als Partei davon auszugehen, dass die Beklagte über die über das Agio hinaus erlangte umsatzabhängige Vergütung nicht aufgeklärt hat. Soweit die Beklagte sich damit verteidigt, der Zeuge X habe die Klägerin darauf hingewiesen, dass das Agio lediglich ein Teil der Vertriebsvergütung der Beklagten darstelle, genügt dies zwar nicht für die notwendige Aufklärung über die Höhe der erlangten Rückvergütungen. Was das auf S. 68 der Klageerwiderung (Bl. 114 d.A.) erfolgte Bestreiten der über das 5 %-ige Agio hinausgehenden Höhe der Rückvergütungen betrifft, genügt das Vorbringen der Beklagten nicht ihrer eigenen Darlegungslast in diesem Bereich. Während sich die Klägerin mit ihrem Sachvortrag im Rahmen ihrer grundsätzlich für die anspruchsbegründenden Tatsachen geltenden Darlegungs- und Beweislast an den Angaben zu den Eigenkapitalvermittlungskosten und sonstigen Weichkosten orientieren durfte, wäre es der Beklagten aufgrund der mit ihr vereinbarten Vertriebsvergütung ohne weiteres möglich gewesen, die präzise Höhe zu benennen.

Steht damit wie vorliegend in Bezug auf Rückvergütungen eine der Beklagten vorzuwerfende Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die zu einer Beweislastumkehr führt. Die aufklärungspflichtige Bank muss ihrerseits beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte, weil er den richtigen Rat oder Hinweis nicht befolgt hätte (BGH, Urteile vom 16. November 1993 - XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 159 f.; vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, ZIP 2007, 518, 521 Rn. 27, und vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 Rn. 22, jeweils m.w.N.).

Die Beklagte hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch die vermutete Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den eingetretenen Schaden nicht zu widerlegen vermocht. Die Beklagte, welche die Darlegungs- und Beweislast für die Behauptung trifft, hat nicht zu beweisen vermocht, dass die Klägerin die Beteiligungen auch bei gehöriger Aufklärung über die von der Beklagten generierte Rückvergütung erworben hätte. Insoweit hat sie nicht den Nachweis dafür zu erbringen vermocht, dass die Klägerin auch in Kenntnis der tatsächlichen Höhe der von der Beklagten erlangten Vertriebsvergütungen gezeichnet hätte.

Der zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung benannte Zeuge X hat glaubhaft bekundet, keine Angaben zu etwaigen tatsächlichen Anhaltspunkten dafür machen zu können, wie sich die Klägerin in Kenntnis der tatsächlichen Höhe der von der Beklagten erlangten Rückvergütungen bei ihrer Anlageentscheidung verhalten hätte. Auch die dazu getätigten Angaben des persönlich vernommenen Vorstandes der Klägerin sind nicht geeignet die Kausalitätsvermutung zu beseitigen. Jener hat insoweit dargelegt, er hätte die Zeichnung der jeweiligen Anlage unterlassen, wenn er gewusst hätte, dass der Bank über das 5 %-ige Agio hinaus ein weiterer Verdienst zugewiesen worden wäre. Diese Darstellung hat er durchaus plausibel damit begründet, dass er die Zeichnung dann deshalb unterlassen hätte, weil mit der Erhöhung des Verdienstes der Bank zugleich auch das Interesse der Bank an dem Zustandekommen des Anlagegeschäftes entsprechend erhöht worden wäre. Der Vorstand der Klägerin hat einleuchtend erklärt, er habe sich bei einem ihm vertrauten Verdienst der Bank bei Aktiengeschäften von nur 0,5 % insoweit beim besten Willen nicht vorstellen können, dass die Bank mehr als 5 % hätte verdienen können. Unabhängig von der Frage der Glaubhaftigkeit der Aussage des Vorstandes der Klägerin ist diese jedenfalls nicht geeignet, die Kausalitätsvermutung in Zweifel zu ziehen. Dies gilt auch für die Äußerung, ihm sei bei einer fiktiven Vergütung von 7 % letztlich egal, ob die Bank oder die Emittentin eine solche Vergütung erhalte. Insoweit ließ der Vorstand der Klägerin damit lediglich erkennen, dass ihm diese Vertriebsvergütung in beiden Fällen zu hoch gewesen sei.

Neben dem vorstehend begründeten Zahlungsanspruch kann die Klägerin gegenüber der Beklagten auch die Feststellung der Verpflichtung zur Freistellung von sämtlichen etwaigen Rückforderungsansprüchen geltend machen.

Gegenüber dem zuerkannten Schadensersatzanspruch kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung berufen. Nach § 199 Abs. 2 Nr. 1 BGB begann die kenntnisunabhängige zehnjährige Verjährungsfrist für den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch mit der Zeichnung der jeweils eingegangenen Beteiligung an den geschlossenen Immobilienfonds. Soweit die Haftung der Beklagten für die ihr vorwerfbare Aufklärungspflichtverletzung darauf gestützt wird, dass die Beklagte den Kläger nicht über die Höhe der von ihr im Zusammenhang mit dem jeweiligen Geschäft erzielten Provisionen aufgeklärt habe, kommt eine früher einsetzende kenntnisabhängige Verjährung gem. § 199 Abs. 1 i.V.m. § 195 BGB vorliegend nicht in Betracht.

Die 3-Jahresfrist nach § 199 BGB beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Grob fahrlässig in diesem Sinn handelt der Gläubiger, wenn seine Unkenntnis darauf beruht, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maß verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen (BGH, Urteil v. 23.09.2008 - Az. XI ZR 253/07, juris-Rz. 34; Palandt-Ellenberger, § 199 Rz. 39). Dies gilt etwa dann, wenn sich dem Gläubiger die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben und er leicht zugängliche Informationsquellen nicht genutzt hat (OLG Hamm, Urteil vom 31.03.2014 - Az. 31 U 193/13, juris). Für die Annahme einer ausreichenden Kenntnis der Klägerin von den den Anspruch begründenden Umständen i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der Vorstand der Klägerin habe aufgrund seiner bisherigen Anlageerfahrung gewusst, dass die Beklagte im Zusammenhang mit der Anlageberatung Rückvergütungen über das Agio hinaus erhalte. Insoweit liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor, dass die Klägerin um das über das Agio hinausgehende Vergütungsinteresse der Beklagten gewusst und damit Kenntnis aller für einen Schadensersatzanspruch relevanten Umstände besessen habe.

In Fällen des Schadensersatzes wegen unzureichender Aufklärung muss der Geschädigte zwar nicht die Rechtspflicht des Schädigers zur Aufklärung kennen. Insoweit genügt vielmehr die Kenntnis derjenigen tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Aufklärungspflicht ergibt (BGH, Urteile vom 29. Januar 2002 - XI ZR 86/01, WM 2002, 557, 558, vom 28. Mai 2002 - XI ZR 150/01, WM 2002, 1445, 1447 und vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346 Rn. 27; BGH, Urteile vom 2. April 1998 - III ZR 309/96, BGHZ 138, 247, 252, vom 14. März 2002 - III ZR 302/00, BGHZ 150, 172, 186 und vom 11. Januar 2007 - III ZR 302/05 - juris). Grundsätzlich erfordert der Verjährungsbeginn des Schadensersatzanspruches wegen verschwiegener Rückvergütung nicht die Kenntnis des Anlegers von deren konkreter Höhe. Die beratende Bank muss den Anleger zwar über Grund und Höhe einer Rückvergütung ungefragt aufklären, so dass die unterlassene Mitteilung über die Höhe der Rückvergütung ein anspruchsbegründender Umstand ist, von dem ein Anleger dennotwendig bereits dann positive Kenntnis hat, wenn er weiß, dass die ihn beratende Bank überhaupt Provisionen für das von ihm getätigte Anlagegeschäft erhält (vgl. BGH, Urteil vom 26.02.2013 - XI ZR 498/11, juris Rn. 40). Von diesem Umstand hat ein Anleger dennotwendig bereits dann positive Kenntnis, wenn er weiß, dass die ihn beratende Bank Provisionen für das von ihm getätigte Anlagegeschäft erhält, deren Höhe ihm die Bank nicht mitteilt (BGH, Urteil vom 26. Februar 2013 - XI ZR 498/11 -, BGHZ 196, 233-243; BGH, Urteil vom 08.04.2014 - XI ZR 341/12, juris).

So liegt der Fall aber hier nicht. Dem für die Klägerin handelnden Vorstand war nicht zuletzt im Hinblick auf die insoweit zwischen den Parteien über eine teilweise Rückzahlung geführten Verhandlungen zwar bekannt, dass die Beklagte das offen ausgewiesene Agio erhielt. Indem die Beklagte nicht zu beweisen vermocht hat, die Klägerin sei darauf hingewiesen worden, bei dem Agio handele es sich nur um einen Teil der erlangten Vergütung, kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin darüber hinaus um von der Beklagte bezogene Provisionen gewusst hätte. Auch wenn die Beklagte ihrerseits nicht ausdrücklich darauf hingewiesen haben sollte, das Agio stelle die einzige

Vergütung dar, kommt eine Verjährung der streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche nicht in Betracht, weil dann die Klägerin als Anlegerin unwiderlegt der Meinung sein konnte, mit dem offen zwischen den Parteien zugrunde gelegten Agio über die Höhe der Rückvergütung pflichtgemäß aufgeklärt worden zu sein. Mangels sonstiger von der Beklagten darzulegenden und beweisenden Umstände fehlt es danach an der Kenntnis der tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Verletzung der Aufklärungspflicht durch die beratende Bank ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 26.02.2013 a.a.O.; Urteil vom 04.02.2014, Az. XI ZR 398/12). Es kann demnach nicht festgestellt werden, dass der Klägerin tatsächliche Umstände bewusst gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben seien, wonach sich die Beklagte in einem Konflikt zwischen der Wahrung der klägerischen Interessen im Rahmen der Beratung und des eigenen wirtschaftlichen Interesses an der Vergütung für die Vermittlung der Beteiligung befunden habe.

Die Berufung der Beklagten führt jedoch insoweit zum Erfolg, als sie sich gegen die Zuerkennung entgangenen Gewinns in Höhe von 348.413,26 € durch das Landgericht wendet.

Soweit danach von einer Aufklärungspflichtverletzung hinsichtlich der Höhe der erzielten Rückvergütungen durch die Beklagte auszugehen ist, so ist die Klägerin gemäß § 249 BGB so zu stellen, als hätte sie die streitgegenständliche Beteiligung nicht gezeichnet. Gemäß § 252 BGB kommt ein Anspruch auf entgangenen Gewinn grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn davon auszugehen wäre, dass die Klägerin alternativ zur streitgegenständlichen Beteiligung einer alternative Investitionsentscheidung getroffen hätte, bei der nach allgemeiner Lebenserfahrung von der Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung in einer bestimmten Höhe auszugehen wäre. Die insoweit notwendige Wahrscheinlichkeit im Sinne von § 252 aufgrund einer zeitnahen alternativen Investitionsentscheidung der geschädigten Klägerin kann nur anhand ihres Tatsachenvortrages beurteilt werden, für welche konkrete Form der Kapitalanlage sie sich ohne das schädigende Ereignis entschieden hätte. Während grundsätzlich die Annahme eines zu schätzenden Mindestschadens unabhängig vom konkreten Parteivortrag nicht zulässig ist (BGH, Urteil vom 2012, NJW 2012, 2427, [BGH 08.05.2012 - XI ZR 262/10] Rn. 64), kann zwar nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in aller Regel davon ausgegangen werden, dass der infolge der Veräußerung des Aktienbestandes erzielte Erlös nicht ungenutzt bei der Klägerin liegen geblieben sondern einer Nutzung zugeführt worden wäre. Allerdings vermag der im konkreten Fall pauschal erhobene Hinweis, die Klägerin habe alternativ die zur Verfügung stehende Liquidität in Tagesgeld investiert, nicht geeignet, zur Grundlage einer konkreten Schätzung gemäß § 287 ZPO herangezogen zu werden. Allein aus dem Umstand, dass die Klägerin zur Wahrung ihres satzungsgemäßen Zwecks darauf hätte bedacht sein müssen, die aus der Veräußerung des Aktienpakets stammenden Erträge kapitalsicher anzulegen, kann noch nicht die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung gemäß § 252 BGB hergeleitet werden. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger alternativ in Festgeldanlagen investiert hätte, besteht bereits deshalb nicht, weil eine solche konservative Anlageform mit den streitgegenständlichen Kapitalanlagen nicht vergleichbar ist und kaum dem Bestreben nach der Erzielung entsprechender Rendite genügt hätte. Der Vorstand der Klägerin hat in diesem Zusammenhang selbst die Bedeutung der zu erwirtschaftenden Beträge für die stiftungsmäßig verfolgten Zwecke herausgestellt.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. Insoweit konnte die Zuviel Forderung durch die Klägerin hinsichtlich des entgangenen Gewinns gem. § 92 Abs. 2 ZPO unberücksichtigt bleiben, indem diese streitwertmäßig nicht zu berücksichtigen war, verhältnismäßig gering ausfiel und keine besonderen Kosten verursachte.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.