
Datum: 08.07.2010
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-6 U 136/09
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2010:0708.I6U136.09.00

Tenor:

I.

Auf die Berufung des Klägers wird das am 19. August 2009 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf – 9 O 279/08 – abgeändert und insgesamt wie folgt neugefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

1.

an den Kläger einen Betrag in Höhe von 59.500,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. Januar 2008 Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem mit Zeichnungsschein vom 7. Dezember 2004 begründeten Treuhandvertrag mit der M. GmbH über die Zeichnung eines Anteils in Höhe des Nominalbetrages von 100.000,- € an der F. GmbH & Co. KG zu zahlen.

2.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem mit Zeichnungs-schein vom 7. Dezember 2004 begründeten Treuhandvertrag mit der M.GmbH über die Zeichnung eines Anteils in Höhe des Nominalbetrages von 100.000,- € an der F. GmbH & Co. KG sowie Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus dem vom Zedenten M.F. F. M.F. bei der B.AG zur Teilfinanzierung der am 7. Dezember 2004 gezeichneten

Anteile aufgenommenen Darlehens mit Fälligkeit zum 30. November 2014 den Betrag zu zahlen, der der Höhe nach dem Betrag entspricht, der zur Ablösung des von dem Zedenten M.F. bei der B.AG zur Teilfinanzierung der am 7. Dezember 2004 gezeichneten Anteile aufgenommenen Darlehens erforderlich ist.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

1

A.

2

Der Kläger verlangt aus abgetretenem Recht von der Beklagten, einer freien Finanzdienstleisterin, wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit der Beteiligung an der F. GmbH & Co. KG (nachfolgend: M) Schadensersatz nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung einer am 7. Dezember 2004 gezeichneten Beteiligung. Darüber hinaus begehrt er Feststellung einer zukünftigen Zahlungsverpflichtung der Beklagten wegen Verbindlichkeiten eines vom Zedenten, Herrn M.F., H. Str. 16, H im T, zur Anteilsfinanzierung bei der B.AG aufgenommenen und am 30. November 2014 fälligen Darlehens. Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

3

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er sein Klagebegehren weiterverfolgt.

4

Der Kläger rügt die Verletzung materiellen Rechts.

5

1.

6

Zu Unrecht gehe das Landgericht davon aus, dass zwischen dem Zedenten und der Beklagten lediglich ein Anlagevermittlungs- und kein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen sei. Auf der Grundlage des erstinstanzlichen Sachvortrages des Klägers komme nur der Abschluss eines Anlageberatungsvertrages in Betracht. Denn der Kläger habe bereits erstinstanzlich ausdrücklich vorgetragen, dass es dem Zedenten bei dem Abschluss des Anlagegeschäftes nicht nur darauf angekommen sei, Steuern zu sparen. Es sei ihm vielmehr auch darauf angekommen, eine geeignete Geldanlage zur Altersvorsorge zu finden. Hierüber habe der Zedent von der Beklagten eine Bewertung und eine Beratung erwartet. Unter

7

Berücksichtigung dieser Anlageziele des Zedenten habe die Beklagte diesem den MeM als Steuersparmodell vorgestellt. Eine bestimmte Geldanlage habe der Zedent nicht begehrt. Dass der Beklagten die Anlageziele des Zedenten auch bewusst gewesen seien, zeige sich daran, dass der für die Beklagte tätige Zeuge B. den noch zögerlichen Zedenten schließlich mit dem Argument zur Zeichnung des VIP 4 bewegt habe, dass das eingesetzte Kapital zu 100 % sicher sei und er schlimmstenfalls keinen Gewinn erzielen würde.

Selbst wenn der Zedent ein bestimmtes Anlageziel verfolgt hätte, stünde allein dieser Umstand dem Zustandekommen eines Beratungsvertrages nicht entgegen. Denn Voraussetzung für das Zustandekommen eines Anlageberatungsvertrages sei es nicht, dass in der Beratung das vom Anleger verfolgte Anlageziel erst gemeinsam mit dem Berater entwickelt werden müsse. Nur weil ein Anleger nach einer "sicheren Kapitalanlage" suche, stelle sich ein Beratungsgespräch nicht als bloßes Vermittlungsgespräch dar.

2.

Die Beklagte habe ihre Pflichten aber auch dann verletzt, wenn es im Streitfall lediglich zum Abschluss eines Auskunftsvertrages gekommen wäre. Denn allein durch die Übergabe des Prospektes über den MeM habe sie ihrer Auskunftspflicht nicht genügt.

3.

Im Streitfall komme es indes entscheidend darauf an, dass die Beklagte den Zedenten über erhaltene Vergütungen nicht aufgeklärt habe. Ein Anlageberater sei nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verpflichtet, seinen Kunden über die ihm versprochenen Innenprovisionen aufzuklären. Hierbei stehe der Vertrauensschutz des Anlegers im Vordergrund, da Interessenkonflikte zu vermeiden seien. Wenn ein Anlageberater Anlageempfehlungen ausspreche und im Falle der erfolgreichen Vermittlung Vergütungen erhalte, bestehe die konkrete Gefahr, dass der Berater die Anlageempfehlung nicht ausschließlich im Kundeninteresse nach Maßgabe einer anleger- und objektgerechten Beratung abgebe, sondern zumindest auch im eigenen Interesse handele. Er müsse den Kunden deshalb auf diesen Widerstreit hinweisen. Aufgrund der erkennbaren und schützenswerten Erwartungen des Zedenten sei auch die Beklagte im Rahmen des abgeschlossenen Beratungsvertrages verpflichtet gewesen, den Zedenten über die von ihr erwarteten Vergütungen aufzuklären, um die Interessenkollision offen zu legen und dem Zedenten die Möglichkeit zu geben, die Umsatzinteressen der Beklagten einschätzen zu können. Nur eine solche Unterrichtung wäre geeignet gewesen, den Zedenten in die Lage zu versetzen, selbst zu beurteilen, ob die Beklagte bei ihrer Beratung das Interesse des Zedenten über das eigene Interessen an der von ihr zu erzielenden Provision stelle. Dieser Aufklärungspflicht sei die Beklagte nicht nachgekommen. Denn unstrittig habe der Zeuge B dem Zedenten keinen Hinweis auf Innenprovisionen der Beklagten gegeben. Die erforderliche Aufklärung sei auch nicht durch die Übergabe des Fondsprospektes ersetzt worden. Denn allein der darin enthaltene Hinweis auf eine entgeltliche Tätigkeit Dritter reiche nicht aus, den Kunden auf bestehende Interessenkonflikte aufmerksam zu machen. Es sei vielmehr ein ausdrücklicher persönlicher Hinweis erforderlich gewesen.

In diesem Zusammenhang sei unerheblich, ob der Zedent habe vermuten können, dass die Beklagte Innenprovisionen bezieht. Denn für die Einschätzung des Interessenkonfliktes sei nicht nur die Tatsache, dass Innenprovisionen bezahlt würden von Bedeutung. Für eine Bewertung des Ausmaßes des Interessenkonfliktes sei insbesondere auch entscheidend, die Höhe der konkreten Provision zu erfahren. Diese sei jedoch weder aus dem Prospekt zu entnehmen gewesen, noch habe der Zeuge B diese dem Zedenten gegenüber genannt.

Einer konkreten Nachfrage des Zedenten über die genaue Höhe der im Prospekt allgemein dargestellten Vergütungshöhe habe es nicht bedurft. Denn die Aufklärungspflicht über Vergütungen bestehe unabhängig von allgemeinen Prospektangaben. Eine Pflicht zur Aufklärung über Vergütungen würde zudem in ihr Gegenteil verkehrt, wenn den Kunden grundsätzlich eine Obliegenheit zur Nachfrage etwaiger Vergütungen sowie deren Höhe treffen würde.	14
4.	15
Die fehlende Aufklärung des Zedenten über die Vergütungen der Beklagten sei auch für die Anlageentscheidung des Zedenten ursächlich gewesen. Denn zu seinen Gunsten streite die vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewendete widerlegliche Vermutung, dass der Kunde bei ordnungsgemäßer Aufklärung von der Anlageentscheidung abgesehen hätte. Im Streitfall sei es der Beklagten nicht gelungen, diese Vermutung zu widerlegen. Anhaltspunkte dafür, dass der Zedent bei zutreffender Aufklärung gleichwohl den Fonds gezeichnet hätte, seien von der Beklagten weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.	16
5.	17
Die erbrachte Beratung sei auch nicht objektgerecht gewesen. Der Zedent habe im Rahmen des Beratungsgespräches deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er eine zur Altersvorsorge geeignete Kapitalanlage suche und ohne Garantie seines eingesetzten Kapitals eine solche Anlage nicht zeichnen wolle. Die Beklagte habe ihm eine Kapitalgarantie zugesichert. Darüber hinaus sei die Bezeichnung des Medienfonds als "Garantiefonds" irreführend, weil eine Garantie entgegen dieser Überschrift im Emissionsprospekt nicht vorgesehen sei.	18
Der Kläger beantragt,	19
dass Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 19. August 2009, 9 O 279/08, aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 59.500,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. Januar 2008 Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem mit Zeichnungsschein vom 7. Dezember 2004 begründeten Treuhandvertrag mit der M.GmbH über die Zeichnung eines Anteils in Höhe des Nominalbetrages von 100.000,- € an der F. GmbH & Co. KG zu zahlen,	20
sowie	21
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem mit Zeichnungsschein vom 7. Dezember 2004 begründeten Treuhandvertrag mit der M.GmbH über die Zeichnung eines Anteils in Höhe des Nominalbetrages von 100.000,- € an der F. GmbH & Co. KG sowie Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus dem vom Zedenten M.F. bei der B.AG zur Teilfinanzierung der am 7. Dezember 2004 gezeichneten Anteile aufgenommenen Darlehens mit Fälligkeit zum 30. November 2014 den Betrag zu zahlen, der der Höhe nach dem Betrag entspricht, der zur Ablösung des von dem Zedenten M.F. bei der B.AG zur Teilfinanzierung der am 7. Dezember 2004 gezeichneten Anteile aufgenommenen Darlehens erforderlich ist.	22
Die Beklagte beantragt,	23
die Berufung zurückzuweisen.	24
1.	25

Die Beklagte ist der Auffassung, dass das Landgericht zutreffend von dem Abschluss lediglich eines Auskunftsvertrages und nicht eines Beratungsvertrages ausgegangen sei. Ihrer Auskunftspflicht sei die Beklagte nachgekommen, da sie den Zedenten anhand der Prospektunterlagen, die ihm – dies ist unstrittig – rechtzeitig vor Zeichnung der Kapitalanlage ausgehändigt worden seien, die mit dem Medienfonds verbundenen Risiken aufgezeigt habe. Zudem habe die Beklagte im Rahmen ihrer Aufgabe als Vermittlerin des MeM das Beteiligungsangebot der Fondsgesellschaft anhand des Prospektes auf Plausibilität im Hinblick auf die Tragfähigkeit der steuerlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen überprüft, soweit ihr dies möglich und zumutbar gewesen sei. Diese Plausibilitätsprüfung habe nichts Nachteiliges ergeben, denn der Verkaufsprospekt gebe ein in sich schlüssiges Gesamtbild des Beteiligungsobjektes wieder.	26
2.	27
Demgegenüber stelle der Kläger das Auskunftsgespräch zwischen dem Zeugen B. und dem Zedenten unrichtig dar. Richtig sei vielmehr, dass es dem Zedenten ausschließlich auf die Erlangung in Aussicht gestellter Steuervorteile aus der Beteiligung angekommen sei. Der Zedent habe gegenüber dem Zeugen B. zu keinem Zeitpunkt geäußert, auf der Suche nach einer "sicheren" Kapitalanlage oder einer "Altersvorsorge" zu sein. Ebenso wenig habe der Zeuge B. behauptet, dass es sich bei dem MeM um eine sichere Kapitalanlage zur Altersvorsorge handle. Der Zeuge B habe gegenüber dem Zedenten vielmehr keinerlei Angaben oder Zusicherungen gemacht, die von dem Inhalt des Prospektes abgewichen seien. Der dem Zedenten ausgehändigte Prospekt sei von der Beklagten nicht nur ausreichend auf seine Plausibilität geprüft worden, sondern inhaltlich auch fehlerfrei.	28
3.	29
Die vom Kläger bemühte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu verdeckten Vergütungen sei im Streitfall nicht einschlägig, da zum Einen lediglich ein Anlagevermittlungsvertrag geschlossen worden sei, zum Anderen sei bezüglich einer geschuldeten Aufklärung über Provisionen auf die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes abzustellen, der keine gesonderte Aufklärungspflicht über Provisionen fordere, solange der Prospekt rechtzeitig überreicht werde, die Provisionen in dem Prospekt korrekt ausgewiesen seien und jedenfalls nicht 15 % überschritten. So liege der Fall auch hier.	30
4.	31
Auch bei Vorliegen eines Anlageberatungsvertrages könne der Beklagten eine Pflichtverletzung nicht vorgeworfen werden. Denn die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den sogenannten "Kick-back`s" gelte nur für Banken, nicht aber für Finanzdienstleister, wie die Beklagte es sei. Bisher habe der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung auf bankunabhängige Anlageberater nicht übertragen. So habe auch das OLG Celle in seinem Urteil vom 11. Juni 2009 – 11 U 140/08 (BKR 2009, 384 ff.) – entschieden, dass ein bankunabhängiger Anlageberater, der vom Anleger keine gesonderte Vergütung erhalte, über Provisionen der Initiatoren der Geldanlage nicht aufzuklären brauche, weil die Interessenlage im Falle bankunabhängiger Anlageberatung anders als bei Banken sei. Denn ein Bankkunde müsse nicht zwingend damit rechnen, dass die Bank Vergütungen für ihre Vermittlungstätigkeit erhalte. Bei Banken sei es vielmehr durchaus möglich, dass die Anlageberatung eine Serviceleistung im Rahmen der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Kunden und der Bank darstelle. Dieser Umstand stelle einen grundlegenden Unterschied zu der Position eines Finanzdienstleisters dar, bei dem es für	32

den Kunden klar erkennbar sei, dass dieser sich über Provisionen aus den vermittelten Geschäften finanziere und daher auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Vermittlung habe. Ein versteckter vertragswidriger Interessenkonflikt, der eine gesonderte Offenbarung der Provisionen rechtfertige, sei in einem solchen Fall nicht gegeben. Auch im Dienstvertrags- und Maklerrecht gelte eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten sei. Bei Versicherungsmaklern sei es seit Jahrzehnten akzeptierter Handelsbrauch, dass die Vergütung des Versicherungsmaklers nicht durch den Versicherungsnehmer erfolge, in dessen Auftrag er tätig werde, sondern durch das Versicherungsunternehmen. Diese ständig geübte Praxis stelle einen Handelsbrauch dar, der nicht Grundlage einer Schadensersatzhaftung sein könne. Hiervon unterscheide sich die Interessenlage einer Bank grundlegend.

5. 33

Der Kläger verkenne auch, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur auftrags- bzw. kommissionsrechtlichen Auskunfts- und Herausgabepflicht unter Hinweis auf die Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel (BAWe) zur Konkretisierung der §§ 31, 32 WpHG in ihrer Fassung vom 26. Mai 1997 auf die Beklagte nicht anwendbar sei, da es sich bei der Beklagten nicht um ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des WpHG handele. Die BAWe-Richtlinie vom 26. Mai 1997 sei für die Beklagte nicht maßgeblich. Aus diesem Grunde seien auch die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 12. Mai 2009 – XI ZR 586/07 – und vom 20. Januar 2009 – XI ZR 510/07 - nicht übertragbar, da der Bundesgerichtshof offensichtlich nur Wertpapierdienstleistungsunternehmen, zu denen auch Banken gehörten, im Blick gehabt habe.

6. 35

Zudem habe der Bundesgerichtshof noch jüngst klargestellt, dass nicht jede Innenprovision eine verdeckte Rückvergütung im Sinne der "Kick-back" - Rechtsprechung sei (BGH vom 27. Oktober 2009 – XI ZR 383/08 -). Als Innenprovision bezeichne der Bundesgerichtshof ausdrücklich nur die im Verkaufsprospekt angegebenen Kosten der Eigenkapitalbeschaffung. Sogar eine beratende Bank könne demzufolge ihre diesbezüglichen Aufklärungspflichten mittels überreichten Verkaufsprospektes erfüllen. Voraussetzung sei lediglich, dass diese Provisionen in dem Prospekt dem Inhalt und der Höhe nach richtig ausgewiesen seien. Dieser Rechtsprechung habe sich auch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit Urteil vom 19. August 2009 – 15 U 98/09 (BB 2009, 2334 ff.) – und vom 24. Juli 2009 – 17 U 307/08 (OLGR Frankfurt 2009, 828 ff.) – angeschlossen.

7. 37

Von besonderer Bedeutung sei im Streitfall auch, dass dem Kläger, dem immerhin ein Teil der Provisionen durch die Beklagte erstattet worden sei, grundsätzlich Kenntnis davon gehabt habe, dass die Beklagte Provisionen erhalten hat.

8. 39

Jedenfalls treffe die Beklagte kein Verschulden. Denn sie sei bis heute davon überzeugt, dass sie selbst als Anlageberaterin von einer Verpflichtung zur besonderen Aufklärung über Provisionen nicht betroffen sei. Jedenfalls im Dezember 2004 habe sie nicht damit rechnen müssen und auch nicht wissen können, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

zur besonderen Aufklärungspflicht bezüglich Vergütungen auch auf bankunabhängige Berater und zwar für sämtliche Kapitalanlageprodukte, d.h. auch außerhalb des WpHG, übertragen werden könne. Dies sei der Beklagten nicht bekannt gewesen. Eine Ausweitung der "Kick-back" - Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf geschlossene Beteiligungen habe dieser erstmals in seiner Entscheidung vom 20. Januar 2009 – XI ZR 510/07 – vorgenommen. Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf bankunabhängige Berater habe der Bundesgerichtshof bis heute nicht bestätigt.

9. 41

Schließlich fehle es auch an der für eine Schadensersatzhaftung erforderlichen Kausalität. 42
Denn für den Kläger streite nicht die Kausalitätsvermutung. Wie schon das Oberlandesgericht Frankfurt in seinem Urteil vom 24. Juni 2009 – 17 U 307/08 (OLGR Frankfurt 2009, 828 ff.) – ausgeführt habe, greife in Fällen wie dem vorliegenden die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens dann nicht, wenn der Anleger Anlass zu weiterer Nachfrage gehabt habe. Dies sei im Streitfall indes der Fall gewesen, da der Zedent gewusst habe, dass die Beklagte Provisionen für ihre Vermittlungstätigkeit erhält. Wäre es ihm bei seiner Anlageentscheidung auf die Höhe der Provision angekommen, so hätte er nachfragen können und müssen.

10. 43

Schließlich habe der Kläger den dem Zedenten entstandenen Schaden nicht hinreichend 44
dargetan. Im Wege der Vorteilsausgleichung seien erhaltene Steuervorteile des Zedenten schadensmindernd anzurechnen. Nach der derzeitigen Bewertung der Finanzbehörden seien jedenfalls die Steuervorteile aus 20 % der anteiligen Produktionskosten anerkennungsfähig. Der Schadensersatz lasse die Anerkennung dieser Steuervorteile nicht entfallen. Zudem sei die Anerkennung der weitergehenden Steuervorteile Gegenstand eines Verfahrens vor den Finanzgerichten, wo gegenwärtig im Verfahren über den einstweiligen Rechtsschutz ein Vergleichsvorschlag des Gerichtes, nämlich mit einer Anerkennung von 35 %, im Raum stehe. Steuervorteile seien damit lediglich reduziert, nicht aber gänzlich verloren.

Im Streitfall sei zudem ohne weiteres denkbar, dass der Zedent mit seiner Beteiligung im 45
Beitrittsjahr 2004 einen höheren Steuervorteil erzielt habe, als der Kläger bzw. der Zedent an Steuern auf eine etwaige Schadensersatzleistung heute zahlen müsse. Die Angabe anzurechnender Steuervorteile bzw. der Besteuerungsgrundlagen sei zudem als Teil der sekundären Darlegungslast Voraussetzung eines schlüssigen Klagevorbringens zu Grund und Umfang des Anspruchs.

11. 46

Einem eventuellen Schadensersatzanspruch wäre zudem entgegen zu halten, dass der 47
Zedent gegen die gebotene Schadensminderungspflicht verstoßen haben dürfte, wenn er den sämtlichen Anlegern von der B.AG angebotenen Vergleich nicht angenommen haben sollte. Die B. Bank AG habe sämtlichen Treuhandkommanditisten des MeM angeboten, eine Kapitalerhaltungsgarantie bezogen auf das eingesetzte Eigenkapital in Höhe von 95 % zu gewähren sowie auf die persönliche Inanspruchnahme aus dem Darlehen endgültig zu verzichten. Dieses Angebot sei auch dem Zedenten unterbreitet worden. Hierzu müsse er sich erklären.

12. 48

49

Die Beklagte hält die von ihr erstinstanzlich erhobene Einrede der Verjährung auch im Berufungsverfahren ausdrücklich aufrecht.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den Schriftsatz des Klägers vom 2. Juli 2010 sowie den Inhalt des Fondsprospektes und die nachfolgenden tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen. 50

B. 51

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht mit den aus dem Tenor ersichtlichen Einschränkungen Anspruch auf Zahlung von 59.500,- € nebst den aus dem Tenor ersichtlichen Zinsen sowie einen Anspruch auf Feststellung mit dem aus dem Tenor ersichtlichen Inhalt. 52

I. 53

Der Kläger hat gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 59.500,- € wegen schuldhafter Verletzung von Aufklärungspflichten der Beklagten gegenüber dem Zedenten anlässlich des Erwerbs einer am 7. Dezember 2004 gezeichneten Beteiligung an dem MeM. 54

Entgegen der Ansicht des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung ist die Beklagte ihrer aus einem Beratungsvertrag (nachstehend 1.) mit dem Zedenten folgenden Hinweispflicht auf die infolge einer Vergütung bestehende Interessenkollision (nachstehend 2.) schuldhaft (nachstehend 3.) nicht nachgekommen. Dies war für die Beteiligung des Zedenten an dem MeM ursächlich (nachstehend 4.). Ihm ist dadurch ein Schaden entstanden, da er bei ordnungsgemäßer Aufklärung die strittige Beteiligung nicht erworben und die dadurch erforderlich gewordenen Aufwendungen nicht getätigt hätte (nachstehend 5.). Daher kann der Kläger als Zessionar der daraus resultierenden Ersatzforderungen von der Beklagten verlangen, so gestellt zu werden, als ob der Zedent dem Fonds nicht beigetreten wäre. 55

Anspruchsgrundlage für die aus einer fehlerhaften Anlageberatung erwachsenen Schadensersatzforderungen des Klägers sind §§ 280 Abs. 1, 398 BGB. 56

1. 57

Entgegen der vom Landgericht und der Beklagten vertretenen Rechtsauffassung ist es zwischen ihr und dem Zedenten anlässlich der Zeichnung der strittigen Beteiligung im Jahr 2004 zum Abschluss eines Beratungs- und nicht lediglich eines Anlagevermittlungsvertrages gekommen. 58

Denn ein Beratungsvertrag kommt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes regelmäßig konkludent zustande, wenn im Zusammenhang mit der Anlage eines Geldbetrages tatsächlich eine Beratung stattfindet. Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden heran, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden bzw. zu beraten, so wird das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen (vgl. BGH BKR 2008, 199 – juris Tz. 12; BGHZ 123, 126 – juris Tz. 12; BGHZ 100, 117, 118 f.). 59

Danach ist für den Abschluss des Beratungsvertrages ohne Bedeutung, ob der Zedent von sich aus bei seiner Geldanlage die Dienste und Erfahrungen der Beklagten in Anspruch nehmen wollte oder ob der Anlageberater der Beklagten ihn zu einem Gespräch über die Anlage seines Geldes aufgefordert hat. Denn die unstreitig stattgefundenen Verhandlungen hatten in jedem Fall eine konkrete Anlageentscheidung des Zedenten zum Gegenstand. Der Anlageberater stellte diesem auch unstreitig den strittigen MeM an Hand des Emissionsprospektes vor und unterstützte ihn bei seiner Entscheidung, dem Fonds beizutreten. Auch nach dem Vorbringen der Beklagten in ihrer Klageerwiderung hat ihr Mitarbeiter B. den Zedenten auf der Grundlage des Emissionsprospektes über die Chancen und Risiken sowie das Geschäftsmodell der strittigen Kapitalanlage aufgeklärt. Damit liegen die Voraussetzungen eines Beratungsvertrages vor (vgl. dazu auch Ulrich Wiechers, Vortrag: Kontinuität und Fortentwicklung: Ein Jahr Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 19. März 2010, II. 1. a).

Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es für die Frage, ob ein Beratungs- oder ein Vermittlungsvertrag, der als Auskunftsvertrag den Vermittler zudem ebenfalls zur vollständigen und richtigen Information über alle Umstände verpflichtet, die für den Anlageentschluss von besonderer Bedeutung sind (BGH NJW-RR 2007, 925; BGH NJW 2005, 1120; Hesse, Verdeckte Innenprovision und Offenbarungspflicht beim Anlagevermittlungs- und Anlageberatungsvertrag, MDR 2009, 1197 (1199)), nicht darauf an, ob der Anleger für die beanspruchte Dienstleistung des Anlageberaters ein Entgelt entrichtet. Denn ein Beratungsvertrag kommt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits dann zustande, wenn der Anlageinteressent – wie hier - an eine Bank oder sonstigen Finanzdienstleister mit der Bitte um Beratung herantritt und diese/dieser das erbetene Gespräch aufnimmt (BGHZ 123, 126 – juris Tz. 12; vgl. dazu auch Nittel/Knöpfel, Die Haftung des Anlageberaters wegen Nichtaufklärung über Zuwendungen, BKR 2009, 411 (413)). Seine Rechtfertigung findet ein solcher Vertragsschluss, der in aller Regel durch schlüssiges Verhalten und zu Beginn nachfolgender Verhandlungen vollzogen wird, in dem schutzwürdigen Interesse des Anlageinteressenten, sich im Rahmen seiner zu treffenden Entscheidung kompetenter Hilfe zu bedienen. Denn ein Anlageinteressent wird einen Anlageberater im Allgemeinen dann hinzuziehen, wenn er selber keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und keinen genügenden Überblick über wirtschaftliche Zusammenhänge hat. Er erwartet dann nicht nur die Mitteilung von Wirtschaftsdaten, sondern insbesondere deren fachkundige Bewertung und Beurteilung. Geht der Anlageberater hierauf ein, bringt er mit Rechtsbindungswillen zum Ausdruck, die an ihn herangetragene Aufgabe erfüllen zu wollen.

2. 62

Die sich aus dem Abschluss eines Beratungsvertrages ergebenden Pflichten hat die Beklagte verletzt, weil sie den Zedenten anlässlich der Beitrittszeichnung im Dezember 2004 nicht darüber aufgeklärt hat, dass sie für ihre erfolgreiche Empfehlung von der Fondsgesellschaft eine Provision in nicht offengelegter Höhe bezieht.

a) 64

Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Klägers in seinem Schriftsatz vom 3. Juli 2009 (GA 189) zahlte die Fondsgesellschaft an die Beklagte für die erfolgreiche Empfehlung von Fondsbeteiligungen eine Provision in Höhe von mindestens 8,25 % der Zeichnungssumme. Unstreitig hat der für die Beklagte handelnde Anlageberater dies dem Zedenten im Rahmen des im Jahr 2004 erklärten Beitritts zum Fonds VIP 4 nicht mitgeteilt. Die Zahlung einer Provision in dieser Höhe an die Beklagte ergab sich auch nicht aus dem

- b) 66
- Die Beklagte handelte pflichtwidrig, weil sie auf der Grundlage des mit dem Zedenten geschlossenen Beratungsvertrages verpflichtet war, diesem gegenüber offenzulegen, dass sie für eine erfolgreiche Empfehlung der strittigen Fondsbeteiligungen von den Kapitalsuchenden eine Vergütung in Höhe von mindestens 8,25 % der Zeichnungssumme erhalten würde. 67
- Eine solche Aufklärungspflicht folgt bereits aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, die insbesondere einem Beratungsvertrag immanent sind und nach denen jeder Vertragspartner zur Aufdeckung vertragswidriger Interessenkonflikte verpflichtet ist (BGH WM 2009, 405 (406); Palandt-Sprau, BGB, 68. Aufl., § 654 Rn. 4). Sie ergibt sich darüber hinaus auch aus der besonderen Rechtsnatur eines Anlageberatungsvertrages als eines seinem Wesen nach auf die Besorgung fremder Geschäfte gerichteten Vertrages. Harnos ist deshalb unter Bezugnahme auf andere gewichtige Meinungen in der Kommentar-Literatur der Auffassung, dass es sich bei einem Beratungsvertrag, wie er auch im Streitfall geschlossen wurde, um einen besonderen Typ eines Geschäftsbesorgungsvertrages im Sinne des § 675 BGB handele (Rafael Harnos, Rechtsirrtum über Aufklärungspflichten beim Vertrieb von Finanzinstrumenten, BKR 2009, 316 (321) m.w.N.). Die Bank verpflichtete sich gegenüber dem Kunden, ihn in seinen Vermögensangelegenheiten zu beraten und nehme damit selbständig eine wirtschaftliche Tätigkeit wahr, die fremde Vermögensinteressen, nämlich die Entscheidung für oder gegen eine Investition in eine Kapitalanlage, betreffe. Sie handele hierbei fremdnützig, indem sie sich um Angelegenheiten kümmere, für die sonst der Kunde zu sorgen habe und müsse deshalb dessen Interessen umfassend wahren. Aus der Sicht des Kunden sei es dabei unerheblich, über welchen Erwerb welchen Produktes er beraten werde, da es für ihn entscheidend darauf ankomme, umfassend und richtig über die Grundlagen seiner zu treffenden Anlegentscheidung aufgeklärt zu werden. Im Ergebnis kann eine dogmatische Klassifizierung eines Anlageberatungsvertrages der vorliegenden Art als eines besonderen Typs eines Geschäftsbesorgungsvertrages im Sinne des § 675 BGB - wofür Harnos überzeugende rechtliche Argumente zusammenträgt - indes dahinstehen, da auch die sich aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag ergebende Pflicht zur Interessenwahrung Ausdruck des allgemeinen und das private Vertragsrecht insgesamt beherrschenden Rechtsgedankens fairen und Interessenkonflikte vermeidenden Handelns der Vertragsparteien ist. Wie sich aus § 667 BGB, der auch im Rahmen von Geschäftsbesorgungsverträgen nach § 675 Abs. 1 BGB Anwendung findet, ergibt, beherrscht dieser Rechtsgedanke nicht nur das Auftragsrecht; er findet darüber hinaus letztlich in der Vorschrift des § 242 BGB seinen umfassenden Niederschlag und gilt insbesondere dann, wenn wie bei Beratungsverträgen der vorliegenden Art Vertragsgegenstand gerade die Auslotung der Angemessenheit der ins Auge gefassten Kapitalanlage unter dem Blickwinkel der Interessen des Anlegers ist. 68
- Soweit die Beklagte der Auffassung ist, aus den §§ 1, 2 WpHG folge, dass die in § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG festgeschriebene Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten im Streitfall nicht gelte, weil Medienfonds nicht dem Anwendungsbereich des WpHG unterworfen seien, verkennt sie, dass durch diese Vorschriften die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten nicht begründet, sondern lediglich einer aufsichtsrechtlichen Kontrolle zugeführt wird. Ihrem Kern nach bestand die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkollisionen und Interessenwahrung auch bereits vor der Schaffung des WpHG durch das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz vom 26. Juli 1994 (BGBl. I S. 1749) und den 69

späteren Änderungen der §§ 31 ff. WpHG bis hin zur Einführung des § 31 d WpHG durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 16. Juli 2007, BGBl. I 1330. Für alle Verträge, die die Wahrnehmung von Interessen des Vertragspartners wie z.B. Aufträge, Geschäftsbesorgungsverträge im Sinne der §§ 675 BGB, 383 ff. HGB sowie Beratungsverträge der vorliegenden Art zum Gegenstand haben, gilt im deutschen Recht der Grundsatz, dass der Auftragnehmer/Geschäftsbesorger/Kommissionär oder Berater fremdnützig bestmöglich im Interesse seines Auftraggebers zu verfahren hat. Nach §§ 675 Abs. 1, 667 BGB, 383 ff. HGB muss der Auftragnehmer sogar dasjenige, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus seiner Geschäftsbesorgung erlangt, an den Auftraggeber herausgeben. Aus dieser Sicht stellen sich die §§ 31 ff. WpHG ebenso wie Ziffer 2.2 Abs. 2 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel (BAWe) nur als Konkretisierungen dieses Rechtsgedankens dar. Es wäre wenig verständlich, wenn das Aufsichtsrecht und das in seinem Kern seit dem 1. Januar 1900 durch die Einführung des BGB geltende deutsche Privatrecht in dieser Hinsicht auseinanderlaufen würden (Assmann/Schneider-Koller, WpHG, 4. Aufl., vor § 31 Rn. 19 m.w.N.).

Bezieht ein Anlageberater im Falle einer erfolgreichen Empfehlung einer Kapitalanlage vom Kapitalsuchenden ein Entgelt, sei es als "Rückvergütung", "Provision", "Zuwendung", "Vergütung" oder "Kick-back" – verschiedene Begriffe für den gleichen wirtschaftlichen Vorgang –, so befindet er sich in einem Interessenkonflikt zu seinem Rat suchenden Kunden, der eine objektive und ausschließlich seine Interessen berücksichtigende Beurteilung und Bewertung der ins Auge gefassten Geldanlage wünscht. Der Berater hat seine Eigeninteressen deshalb dem Kunden gegenüber offenzulegen, um dem Kunden eine eigene Beurteilung zu ermöglichen, ob die ausgesprochene Empfehlung durch das dem Berater vom Kapitalsuchenden versprochene Entgelt beeinflusst oder in der Tat objektiv für den Kunden interessengerecht ist. Legt er seine Doppelrolle als Vermittler des Kapitalsuchenden und Berater des Investitionswilligen nicht offen, missbraucht er das in ihn gesetzte Vertrauen in eine frei von eigenen und nur an den Interessen des Kunden ausgerichtete Empfehlung (vgl. BGHZ 170, 226 – juris Tz. 23; BGH WM 2009, 406 – juris Tz. 13).

Aufgrund des Beratungsvertrags war die Beklagte verpflichtet, den Zedenten darüber aufzuklären, dass sie von der Fondsgesellschaft für die Vermittlung der Fondsanteile eine Provision in Höhe von mindestens 8,25 % der Zeichnungssumme bekam. Für den Berater der Beklagten bestand danach ein ganz erheblicher Anreiz, Anlegern gerade die strittigen Medienfonds zu empfehlen. Darüber und über den damit verbundenen Interessenkonflikt musste die Beklagte den Zedenten im Rahmen des Beratungsgesprächs informieren, um ihn in die Lage zu versetzen, das Umsatzinteresse der Beklagten einschätzen und beurteilen zu können, ob die Beklagte und ihr Berater die Fondsbeteiligung nur deshalb empfahlen, weil sie selbst daran verdienten.

c) 72

Nichts anderes ergibt sich aus den Urteilen des Bundesgerichtshofes vom 19. Dezember 2006, XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 ff. und 12. Mai 2009, XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 ff. sowie seinem Beschluss vom 20. Januar 2009, XI ZR 510/07, WM 2009, 406 f., in denen der Bundesgerichtshof unter anderem den Gleichklang von zivilrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Schutzpflichten nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB einerseits und §§ 31 ff. WpHG andererseits betont hat und folgerichtig zu dem Ergebnis kommt, dass es für die Pflicht zur Offenlegung von Vergütungen unerheblich sei, ob die ins Auge gefasste Kapitalanlage dem Anwendungsbereich des WpHG unterliege oder nicht. Ziel dieser

Rechtsprechung ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass ein Anlageberater Anlageempfehlungen für den Kunden unerkannt nicht nur im Kundeninteresse, sondern auch in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse ausspricht. Durch eine rechtzeitige Aufklärung des Kunden, die durch die Einfügung des § 31 d Abs. 1 Nr. 2 WpHG inzwischen Einzug auch in den aufsichtsrechtlichen Pflichtenkatalog der §§ 31 ff. WpHG gefunden hat, wird diesem nach dem Gesetz von jeher zu vermeidenden Interessenkonflikt vorgebeugt. Hierbei kommt es grundsätzlich allein auf den Schutz entgegengebrachten Vertrauens und damit weder auf die Quelle der Zuwendungen noch auf die konkrete Form der ins Auge gefassten Kapitalanlage an (vgl. auch Nittel/Knöpfel, Die Haftung des Anlageberaters wegen Nichtaufklärung über Zuwendungen, BKR 2009, 411, 413 f.).

d) 74

Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten gelten die vorbezeichneten Grundsätze nicht nur für Banken, die im eigenen Kundengeschäft Geldanlagen vertreiben oder vermitteln, sondern auch für andere Finanzdienstleister, deren wesentlicher Geschäftszweck auf die Vermarktung und Vermittlung von Geldanlageprodukten gerichtet ist. 75

aa) 76

Dies ergibt sich schon daraus, dass die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze, nach denen jeder Vertragspartner zur Aufdeckung vertragswidriger Interessenkonflikte verpflichtet ist, jedem Anlageberatungsvertrag immanent sind, ob nun der Berater dem Kunden nur durch das konkrete Anlagegeschäft oder auch im übrigen und dauerhaft geschäftsmäßig verbunden ist. Denn Anknüpfungspunkt einer solchen Aufklärungspflicht ist nicht, wie die Beklagte dies unter Berufung auf das Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 11. Juni 2009 – 11 U 140/08 – BKR 2009, 384 ff. – juris Tz. 20 ff., das der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit Urteil vom 15. April 2010, III ZR 196/09 allerdings bestätigt hat – meint, der Umstand der Entgeltlichkeit erbrachter Dienstleistungen, die sich im Rahmen dauerhafter Geschäftsbeziehungen, wie sie etwa ein Bankkunde zu seiner Bank unterhält, im Rahmen bloßer Serviceleistungen anders darstellen kann, als im Rahmen einmaliger Geschäftskontakte zu sonstigen Finanzdienstleistern. Anknüpfungspunkt einer solchen Aufklärungspflicht ist vielmehr das vom Kunden seinem Berater gegenüber berechtigterweise entgegengebrachte Vertrauen, die angebotene Beratungsleistung vordringlich in seinem eigenen Interesse zu erhalten, da Kern einer jeden Beratung die Wahrung der Interessen des Beratenen und nicht derjenigen des Beraters oder sonstiger Dritter ist. Interessenkonflikte hat deshalb jeder offen zu legen, der sich in einer vergleichbaren Konfliktsituation unabhängig davon befindet, ob er für seine Beratungsleistung über die nicht offen gelegten umsatzabhängigen wirtschaftlichen Vorteile hinaus ein Entgelt verlangt oder nicht. 77

bb) 78

Der Senat sieht sich an der von ihm vertretenen Rechtsauffassung nicht durch das Urteil des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 15. April 2010, III ZR 196/09, gehindert, da aus der Sicht des Senats – wie sich aus Vorstehendem ergibt - die Konfliktsituation einer beratenden Bank mit derjenigen eines freien Beraters grundsätzlich vergleichbar und daher die Rechtsprechung des XI. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes zur Aufklärungspflicht der Banken auf den freien Finanzdienstleister übertragbar ist. Dem steht auch nicht eine gegebenenfalls andere Sichtweise und Erwartungshaltung des Kunden gegenüber einer Bank einerseits und einem freien Finanzdienstleister andererseits entgegen. Denn eine für beide Branchen einheitliche Aufklärungspflicht ist vordringlich an der objektiv vergleichbaren Situation eines bestehenden Interessenkonfliktes auszurichten. Dass ein Kunde damit 79

rechnen muss, dass sein Vertragspartner von dritter – am in Rede stehenden Geschäft interessierter – Seite (mit)finanziert wird, ändert nämlich am Bestehen des Eigeninteresses des Beraters, das die Objektivität seiner Beratung als zweifelhaft erscheinen lässt, nichts. Genau dieser Gesichtspunkt ist aber der Ansatz für die Aufklärungspflicht, deren Befolgung den Kunden in die Lage versetzen soll, sich selbst ein Bild vom Ausmaß der möglichen Beeinflussung des Beraters durch wirtschaftliche Vorteile im Falle erfolgreicher Vermittlung zu machen.

cc) 80

Aus diesem Grunde ist der Kunde, wie der Bundesgerichtshof bereits in seinem Urteil vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 – juris Tz. 24 – entschieden hat, nicht nur über das "Ob" einer Provision, sondern auch über deren Höhe aufzuklären. Von daher schadet es im Streitfall nicht, dass die Beklagte dem Zedenten einen Teil des von diesem zu entrichtenden Agios bei Vertragsschluss zurück erstattet hat und dem Zedenten hierdurch bekannt war, dass die Beklagte für die erfolgreiche Vermittlung des Anlagegeschäftes von dritter Seite eine Vergütung erhielt. Denn ohne Kenntnis der Höhe der Vergütung konnte er das Interesse der Beklagten an dem empfohlenen Erwerb von Fondsanteilen und die damit verbundene Gefährdung seiner Interessen nicht richtig einschätzen (vgl. BGHZ 170, 226 – juris Tz. 24). Ohne Belang ist in diesem Zusammenhang, ob durch die grundsätzliche Kenntnis des Zedenten von Provisionszahlungen an die Beklagte eine rechtlich relevante Pflicht zu weiteren Nachfragen zur Höhe der bezogenen Provision begründet worden ist, da dies – wie auch die Beklagte erkannt hat – die an späterer Stelle zu erörternde Frage betrifft, ob unterlassene Nachfragen die zu Gunsten des Anlegers streitende Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens entfallen lässt.

dd) 82

Auch die Begründung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes in seinem Urteil vom 15. April 2010 vermag den Senat nicht zu überzeugen. 83

(1) 84

Im Kern argumentiert der BGH damit, dass der Kunde eines freien Beraters – anders als ein Bankkunde – damit rechnen müsse, dass der Berater Provisionen vereinnahme, weil er davon lebe, während die Bank sich im wesentlichen aus anderen Quellen finanziere. Dieser Unterschied rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung bei der Verpflichtung zur Aufklärung. Der Bank obliege eine ungefragte Offenbarung, dem Berater nur eine auf Nachfrage. Das überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Denn schon dieser Ausgangspunkt erscheint fragwürdig, da der Kunde auch bei einer Bank weiß, dass diese für einen Emittenten nicht kostenlos Kapital platziert. Auch hier muss ein Kunde deshalb mit Zahlungen an die Bank rechnen. Abgesehen davon prägen die vom Bundesgerichtshof zur Begründung der differenzierenden Betrachtungsweise herangezogenen Umstände unter den heutigen Gegebenheiten das Verhältnis zwischen Kunde und Bank auch gar nicht mehr in dem Maße, dass ihnen eine wirklich nachhaltige Bedeutung für die vom Bundesgerichtshof angenommene Sichtweise zukäme. 85

Ein geeignetes Argument findet sich insbesondere nicht darin, ob der Kunde zu seinem Berater in einem einmaligen oder in einem dauernden Geschäftskontakt steht. Denn zum einen entscheidet die Dauerhaftigkeit der Geschäftsbeziehung nicht über die Notwendigkeit erforderlicher Transparenz. Zum anderen ist fraglich, ob der in jener Entscheidung postulierte "Bankkunde", der seine finanziellen Angelegenheiten ausschließlich und dauerhaft über 86

"seine Bank" abwickelt, auch heute noch der Realität entspricht. Im Zeitalter des Internets sind Vergleichsdaten über Bankkosten, Anlageangebote etc. jedem zugänglich. Dieser Markt hat sich ebenso wie viele andere Märkte geöffnet. Den nur einer Bank zuzuordnenden "Bankkunden" gibt es oftmals nicht mehr. Kunden "streuen" ihr Kapital den Marktanziehungen entsprechend nicht nur unter Banken, sondern auch unter Banken und freien Finanzdienstleistern. Umgekehrt, ist nicht nachvollziehbar, warum eine über einen unabhängigen Finanzdienstleister getroffene Anlageentscheidung die Vermutung einmaligen Geschäftskontaktes begründen soll. Die Dauerhaftigkeit eines Geschäftskontaktes ist als generelles Kriterium erforderlicher Transparenz bestehender Interessenkonflikte schon wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall ungeeignet. Zudem machte es nur Sinn, wenn der "Bankkunde" sich infolge eines Gebührenkatalogs "seiner" Bank gerade wegen der Dauerhaftigkeit seiner Geschäftsbindung auf einen stillschweigenden "Service-Rabatt" einstellen könnte, der die Offenlegung verborgener Interessenkonflikte in besonderem Maße erforderlich machen würde. Der Realität des Geschäftslebens entspricht dies indes ebenso wenig, wie ein freier Finanzdienstleister bei Mehrfachkunden keinen stillschweigenden Rabatt gewährt. Bereits der hier zu entscheidende Fall streitet für diese Geschäftspraxis, da dem Kläger durch die Beklagte ein nicht unerheblicher Nachlass auf das zu zahlende Agio gewährt worden war. Auch der Bankkunde weiß vielmehr, dass sich "seine Bank" Service grundsätzlich bezahlen lässt.

Selbst aber wenn es anders wäre, ist nicht nachvollziehbar, warum ein unterschiedlicher Erwartungshorizont der Kunden zu einer Verlagerung von Pflichten, die an einen in beiden Fällen völlig identischen Interessenkonflikt anknüpfen, gerechtfertigt sein sollte. Die Schutzbedürftigkeit des Kunden ist nicht deshalb eine andere, weil er in einem Fall mit Zahlungen rechnen muss und in dem anderen Fall nicht. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, warum der Bundesgerichtshof hier zu einer Differenzierung kommt, die dazu führt, dass er die Kunden freier Berater zur Einschätzung des konkreten Ausmaßes des Interessenkonflikts zu einer Nachfrage verpflichten will. Die darin liegende Besserstellung freier Berater lässt sich mit einem unterschiedlichen Erwartungshorizont der Kunden nicht rechtfertigen. Eine tragfähige Begründung ergibt sich auch nicht aus den vom Bundesgerichtshof angeführten Umständen. 87

(2) 88

Vor allem aber verkehrt der III. Zivilsenat in seinem Urteil vom 15. April 2010 das im Übrigen vom XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in ständiger Rechtsprechung zu Grunde gelegte Regel-Ausnahme-Schema im Anlegerrecht und insbesondere im Rahmen von Aufklärungspflichten eines Anlageberaters ohne überzeugende Begründung in sein Gegenteil (vgl. dazu BGH, Urteil vom 15.04.2010, III ZR 196/09, NSW BGB § 676 (BGH-intern) – juris Tz. 11). 89

(a) 90

Ein Kapitalanleger ist im Rahmen eines Beratungsvertrages, dessen Gegenstand eine Anlageentscheidung ist, grundsätzlich über wirtschaftliche Vorteile des Beraters, die dieser von der Anlagegesellschaft mittelbar oder unmittelbar bezieht, aufzuklären. Dies gebietet – wie bereits ausgeführt worden ist - der das Zivilrecht beherrschende Grundsatz, nach dem Interessenkonflikte offen zu legen sind. Vor dem Hintergrund der nach wie vor herrschenden schweren Finanzmarktkrise gewinnt dieser Grundsatz besondere Bedeutung, da zweifelsfrei mangelnde Transparenz wirtschaftlicher Zusammenhänge eine wichtige Ursache falscher Investitionsentscheidungen war. Dies gilt nicht nur für institutionelle Anleger, sondern im Besonderen auch für Privatanleger, die oftmals in Unkenntnis wirtschaftlicher 91

Zusammenhänge ihr Geld "verspielt" haben. Warum für einen privaten Kapitalanleger nach den Ausführungen des III. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes "auf der Hand liegt", dass der Anlageberater von der kapitalsuchenden Anlagegesellschaft Vertriebsprovisionen erhält, die "jedenfalls wirtschaftlich betrachtet" dem vom Kunden an die Anlagegesellschaft gezahlten Betrag entnommen werden, erschließt sich dem Senat nicht. Denn gerade die Kompetenz einer zutreffenden "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" entscheidet oftmals maßgeblich über den Erfolg oder Misserfolg der getätigten Investition. Zu dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise gehört indes nicht lediglich die pauschale Kenntnis, dass "wohl noch Kosten" mit zu tragen sein werden, sondern auch die Fähigkeit, zukünftige Marktentwicklungen und – wie hier – steuerliche Behörden- und Gerichtsentscheidungen mit in Betracht ziehen und Wirtschaftlichkeitsberechnungen anstellen zu können. Verfügt ein Anleger hier über besondere Fähigkeiten, so wird an ihn – wie bereits der Bundesgerichtshof in seinem "Bond-Urteil" (BGHZ 123, 126 ff. – juris Tz. 14 ff.) ausgeführt hat – möglicherweise ein anderer Maßstab anzulegen sein, als an denjenigen, der diese Fähigkeiten nicht erlernt hat. Dem Grundsatz nach aber ist der Kunde umfänglich aufzuklären. Erst besondere in der Person des Kunden liegende Umstände rechtfertigen, ihn ausnahmsweise anders zu beurteilen. Dies darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, ist nicht Sache des Kunden, sondern des Beraters. Hierbei ist ohne Belang, ob es sich dabei um eine Bank oder um einen freien Finanzdienstleister handelt, da der Kunde seinem Berater als solchen gegenübertritt und das gewünschte Beratungsprofil an seinen Interessen und nicht an den berufstypischen Strukturen des sich ihm als Berater anbietenden Finanzdienstleisters ausrichtet. Vor diesem Hintergrund hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes bereits in seinem Urteil vom 19. Dezember 2006, XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 ff., überzeugend ausgeführt, dass eine Aufklärung über Vergütungen auch dann notwendig ist, wenn diese einem Vermögensverwalter zugute kommen, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt offen zu legen, und dass hierbei nicht nur das "Ob" einer solchen Vergütung, sondern insbesondere auch die konkrete Höhe offen zu legen ist (BGH a.a.O. – juris Tz. 22, 23). Legt der Berater allerdings schlüssig dar und kann er es im Zweifel auch beweisen, dass besondere Gründe in der Person des Kunden ausnahmsweise dessen Aufklärungsbedürftigkeit entfallen lassen, mag im Einzelfall – wie hier nicht - eine andere Entscheidung gerechtfertigt sein. Der Grundsatz der Aufklärungsbedürftigkeit bleibt hiervon indes unberührt.

(b)

92

Es ist auch nicht ersichtlich, dass das grundsätzliche Wissen eines am Geschäftsleben teilnehmenden Kunden, dass üblicherweise keiner unentgeltlich arbeitet, ausreichen soll, ihm den Schutz vor dem Missbrauch gleichwohl seinen Geschäftspartnern entgegengebrachten Vertrauens zu versagen. Auch ist es nicht gerechtfertigt, ihm diesen Schutz zu versagen, weil er im Durchschnitt betrachtet in der Lage ist, allgemeine wirtschaftliche Betrachtungsweisen im Rahmen zu treffender Anlageentscheidungen zu entwickeln. Denn durchschnittliches Wissen um allgemeine wirtschaftliche Zusammenhänge reicht als Grundlage zu treffender Anlageentscheidung oftmals nicht aus, um die Komplexität der Kapitalanlage im Kern zutreffend zu erfassen. Weiß der Berater um bezifferbare Kosten in Form von Vergütungen, die ihm aus dem Kapital des Kunden zufließen und damit das zu Spekulationszwecken angelegte Kapital verringern, muss er diese dem Kunden offen legen, um ihm zum einen die bestmögliche Kalkulationsgrundlage zu eröffnen und zum anderen das Ausmaß seines Eigeninteresses an einem Vertragsschluss kundzutun. Dies gilt gleichermaßen für eine beratende Bank wie für einen freien Finanzdienstleister, da es dem Gebot erforderlicher Transparenz entspringt, das aus der Sicht eines durchschnittlich gebildeten Kunden zu definieren ist.

93

(c)

94

Es reicht auch nicht aus, dem Kunden in Ansehung all dieser Umstände eine Obliegenheit zu Erfragung näherer Umstände aufzuerlegen. Denn auch die Fähigkeit, gezielt die Wirtschaftlichkeit der Anlageentscheidung erfragen zu können, entspricht nicht ohne weiteres den Kompetenzen, die von einem durchschnittlich gebildeten Kunden erwartet werden können. Nach der Auffassung des Senats wird bei dieser Argumentation zudem im Kern verschleiert, dass die Notwendigkeit, seine eigenen Interessen durch gezieltes Nachfragen trotz der Hinzuziehung eines Beraters selber wahr zu nehmen, nicht die Frage des Bestehens grundsätzlicher Aufklärungspflichten berührt, sondern Fragen der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der im Einzelfall begründeten Aufklärungsbedürftigkeit einerseits und der Kausalität zwischen einer pflichtwidrigen Aufklärung und dem geltend gemachten Schaden andererseits. Auf die an späterer Stelle unter Ziffer I. 4 gemachten Ausführungen zur Kausalität wird insoweit verwiesen. Dies gilt für beratende Banken gleichermaßen wie für freie Finanzdienstleister, weil auch hier dem Geschehen ausgehend von einem durchschnittlichen Kunden zentrale Bedeutung zukommt. Auch hier gilt unter Bezugnahme auf bereits gemachte Ausführungen, dass es unter Berücksichtigung des Regel-Ausnahmeschemas der konkreten Darlegung und gegebenenfalls des Beweises besonderer Umstände im Einzelfall bedarf, die entweder eine Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden entfallen lassen, oder die grundsätzlich geltende Vermutung aufklärungsgerechten Handelns des Kunden im Rahmen der zu treffenden Anlageentscheidung widerlegen. Ob allerdings die vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewendete Vermutungsregel aufklärungsrichtigen Verhaltens, deren Anwendung bisher das konkrete Ausmaß von Provisionszahlungen völlig unberücksichtigt lässt, uneingeschränkt ihre Berechtigung hat, bedarf möglicherweise erneuter Diskussion, kann im Streitfall indes dahin stehen, da Gründe, die ein Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung rechtfertigen würden, weder dargetan, noch ersichtlich sind. Auch insoweit verweist der Senat auf die unter Ziffer I. 4. folgenden Ausführungen.

95

e)

96

Verfehlt ist auch die Auffassung der Beklagten, im Streitfall stehe einer Aufklärungspflicht der Beklagten die Rechtsprechung des III. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes zur Offenlegung versteckter Innenprovisionen entgegen. Nach dieser Rechtsprechung ist im Rahmen von Anlagevermittlungsverträgen, die Immobilienfonds zum Gegenstand haben, eine Aufklärung über erhaltene Innenprovisionen erst dann erforderlich, wenn die Innenprovision die Grenze von 15 % der Kapitalsumme überschreitet (BGHZ 158, 110 ff.; BGH WM 2007, 873 ff.). Es gehöre zu den für einen Anleger bedeutsamen Umständen im Rahmen einer Anlageentscheidung, ob in dem Gesamtaufwand für eine Immobilienanlage, die im Prospekt regelmäßig als rentables Renditeobjekt dargestellt wird, eine erheblich überdurchschnittliche Innenprovision stecke. Ein Anleger brauche nicht ohne weiteres mit Vertriebskosten, die der Kapitalanlage nicht zugute kommen, in einer Größenordnung von mehr als 15 % zu rechnen (BGH WM 2007, 873 – juris Tz. 9).

97

Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist diese Rechtsprechung hier indes nicht einschlägig. Denn ihr liegen Sachverhalte zugrunde, in denen den Anlegern durch die unterlassene Aufklärung über sogenannte "versteckte Innenprovisionen" die Grundlage einer sachgerechten Prüfung der Werthaltigkeit des Objekts und der Rentabilität der Anlage entzogen oder zumindest verzerrt wurde. Geldabflüsse, die dem Objekt entzogen werden, in das – sei es im Wege des Erwerbs oder durch Beteiligung an geschlossenen oder auch offenen Fonds – investiert werden soll, berühren nach dieser Rechtsprechung die

98

Werthaltigkeit des Objektes ab einem Schwellenwert von 15 % der Kapitalsumme in einem Maße, dass die Schutzbedürftigkeit des Anlegers eine entsprechende Aufklärung erfordere. Anders verhält es sich bei den hier strittigen Vergütungen, die nicht nur die Werthaltigkeit der Kapitalanlage berühren, sondern die unter Umständen zweifelhafte Qualität der von kompetenter Seite ausgesprochenen Anlageempfehlung, mithin das entgegengebrachte Vertrauen. Ein in Geld messbarer Schwellenwert macht bei den hier zur Entscheidung anstehenden Rechtsfragen keinen Sinn, da Vertrauen im Gegensatz zur Werthaltigkeit eines Objektes einem solchen Maßstab entzogen ist. Richtig ist, dass es sich auch bei den hier strittigen Vergütungen begrifflich um "versteckte Innenprovisionen" handeln kann; richtig ist auch, dass auch Vergütungen die Werthaltigkeit und Rentabilität der Kapitalanlage berühren können. Ihre Offenlegung dient indes in dem hier zu entscheidenden Fällen anders als in jenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vordringlich der Stabilisierung entgegengebrachten Vertrauens in den durch kompetente Beratung beeinflussten Kapitalmarkt und nicht dem Schutz berechtigter Rentabilitätsabwägungen. Denn nur wer Vergütungen kennt, kann Ratschläge auf Eigeninteressen und dadurch motivierte Verzerrung in der Darstellung der Kapitalanlage prüfen. Ob im Streitfall über das missbrauchte Vertrauen hinaus auch über die Werthaltigkeit getäuscht worden ist, kann von daher dahinstehen. Zweifel an einer solchen Täuschung sind insoweit berechtigt, als die von der Beklagten vereinnahmten Vergütungen wertmäßig in den in den strittigen Prospekten ausgewiesenen Vertriebskosten unstreitig bereits enthalten waren und in die Rentabilitätsabwägungen des Zedenten vor der zu treffenden Anlageentscheidung einbezogen werden konnten.

- f) 99
- Der bestehenden Aufklärungsbedürftigkeit steht der Inhalt des Emissionsprospektes nicht entgegen, da der Emissionsprospekt keinerlei Hinweise auf die konkret an die Beklagte geleisteten Vergütungen enthält. 100
- Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27.10.2009 – XI ZR 338/08 – führt zu keiner anderen Beurteilung. Die von der Beklagten vertretene Auffassung, sie habe jedenfalls Vergütungen nicht "hinter dem Rücken" (vgl. BGH WM 2009, 2306 – juris Tz. 31) ihrer Kunden bezogen, weil in den Emissionsprospekten ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass Vertriebsprovisionen an "Dritte" gezahlt würden, und für den Anleger erkennbar gewesen sei, dass sie die "Dritte" gewesen sei, überzeugt nicht. Denn selbst bei sorgfältiger Lektüre der Prospekte (vgl. BGH NJW-RR 2008, 1365 – juris Tz. 9) sprach nichts dafür, dass es sich bei den dort erwähnten "Dritten" notwendigerweise um die Beklagte handelte, die dort gerade nicht namentlich erwähnt worden war. Dass der Mitarbeiter ecker der Beklagten im Rahmen der Anlageberatung in irgendeiner Form zu erkennen gegeben hat, dass sie - die Beklagte - die "Dritte" sei, behauptet auch die Beklagte nicht. 101
- Der Emissionsprospekt lässt im Übrigen erkennen, dass die diesbezüglichen Vergütungen u.a. auch aus dem vom jeweiligen Anleger zu zahlenden Agio finanziert worden sind. Soweit der BGH in seiner Entscheidung die Auffassung vertreten sollte, dass eine Aufklärungspflicht allein dann besteht, wenn die Vergütung der beratenden Bank ausschließlich aus dem Agio oder gesondert ausgewiesenen Verwaltungsgebühren gezahlt wird, hält der Senat diese Betrachtungsweise für zweifelhaft, denn der Interessenkonflikt der Bank bei der Beratung hängt nicht davon ab, aus welchem "Topf" der Gesamtfinanzplanung ihre Vergütung im Ergebnis gezahlt wird, sondern davon, dass sie prozentual am Vertriebs Erfolg partizipiert und damit in ihrer Objektivität der vertriebenen Kapitalanlage gegenüber beeinflusst sein kann. Wie bereits ausgeführt worden ist, rechtfertigt sich die Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden bei den hier strittigen wirtschaftlichen Vorteilen nicht daraus, dass die an die Beklagte 102

geleisteten Vergütungen die Werthaltigkeit des Fonds negativ beeinflussen, sondern daraus, dass die von der Beklagten ausgesprochene Empfehlung durch ein nicht unerhebliches und durch eine nicht offengelegte Vergütung hervorgerufenes Eigeninteresse motiviert sein kann. Warum dieses Eigeninteresse nur dann für die Anlageentscheidung eines Kunden von aufklärungsbedürftiger Relevanz sein soll, wenn es aus dem Agio oder Verwaltungsgebühren finanziert wird, erschließt sich dem Senat auch deshalb nicht, weil es im Kern durch die Höhe des erzielten wirtschaftlichen Vorteils wesentlich geprägt wird und nicht durch die Herkunft der Vergütung in der Kalkulation der Fondsinstitute. Entscheidend ist das Vertrauen des Anlegers in die Objektivität der ihm gemachten Anlageempfehlung.

g) 103

Ob darüber hinaus eine Verletzung von Beratungspflichten der Beklagten auch insoweit in Betracht kommt, dass der Emissionsprospekt den MeM auf seinem Titelblatt in irreführender Weise als "Garantiefonds" bezeichnet, kann im Ergebnis dahinstehen. Dies erscheint dem Senat allerdings zweifelhaft, da der gewählten Überschrift auf der Titelseite durchaus auch lediglich der Charakter einer anpreisenden Werbung beigemessen werden kann. Denn im Prospekt selber wird eine Garantie im Rechtssinne nicht erwähnt und auch nicht der Anschein einer solchen erweckt.

3. 105

Die Beklagte verletzte ihre Aufklärungspflicht auch schuldhaft im Sinne des § 276 BGB. Nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird das Verschulden widerleglich vermutet, das nach § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit umfasst. Da im Streitfall Verjährung nach den hier anwendbaren §§ 195, 199 Abs. 1 BGB nicht eingetreten ist (nachfolgend a) – die kürzere Verjährungsfrist des § 37 a WpHG gilt im Streitfall nicht, da der strittige Medienfonds nach §§ 1, 2 WpHG nicht unter den Anwendungsbereich des WpHG fällt -, kann sie die gegen sie sprechende Vermutung schuldhaften Handelns nur widerlegen, wenn sie schlüssig darlegt und gegebenenfalls beweist, dass sie sich in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befand (nachfolgend b). Denn nur ein solcher vermag den Fahrlässigkeitsvorwurf auszuräumen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes muss der Schuldner auch für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn er diesem fahrlässig erlegen ist. Dies ist indes bereits dann der Fall, wenn die Rechtslage nach der einschlägigen Rechtsprechung, die der Schuldner sorgfältig zu prüfen und zu beachten hat, zweifelhaft war. Denn es kann dem Schuldner nicht gestattet sein, das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage einfach dem Gläubiger zuzuschieben (BGH NJW 1972, 1045 – juris Tz. 8, 9; Palandt-Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 276 Rn. 22). Da die Beklagte eine juristische Person ist, muss sie sich das Wissen ihrer Mitarbeiter gemäß § 166 Abs. 1 BGB ebenso wie ein fahrlässiges Organisationsverschulden zurechnen lassen. Hiervon ist auszugehen, wenn ihre Organe von der bestehenden Aufklärungspflicht hätten wissen können, infolge vorwerfbarer Nachlässigkeit aber nicht gewusst haben und demzufolge ihre Mitarbeiter auf die Informationspflicht nicht hingewiesen haben (vgl. dazu BGH WM 2009, 1274 – juris Tz. 14).

a) 107

Verjährung ist nicht eingetreten. Denn das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 195, 199 Abs. 1 BGB kann nicht festgestellt werden, da nichts dafür spricht, dass der Zedent in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem von ihm am 7. Dezember 2004 erklärten Beitritt zum MeM, d.h. bis zum 31. Dezember 2004, Kenntnis von etwaigen von der Beklagten nicht offengelegten Vergütungen erhalten hat. Dies behauptet auch die Beklagte nicht. Mit Ablauf des 31. Dezember 2004 konnte die dreijährige Verjährungsfrist der §§ 195, 199 Abs. 1

BGB indes nur zu laufen beginnen, wenn der Zedent bereits bis zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt hätte. Sein am 9. Januar 2008 zugestellter Mahnbescheid und das im Jahr 2008 eingeleitete Klageverfahren erfolgten deshalb vielmehr innerhalb der Verjährungsfrist und hemmten einen späteren Fristablauf, § 204 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB.

b) 109

Die Beklagte hat die gegen sie sprechende Vermutung schuldhaften Handelns nicht widerlegt. 110

aa) 111

Die Beklagte hat bereits nicht schlüssig dargetan, dass sich ihre Organe oder ihre Mitarbeiter im Zeitpunkt der hier strittigen Anlageentscheidungen in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befanden. Denn bei der Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden, handelt es sich um eine allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts und insbesondere dem Auftragsrecht seit jeher anhaftende Pflicht, die über die §§ 667, 675 BGB, 384 ff. HGB hinaus auch in § 654 BGB und schließlich in § 242 BGB ihren Ausdruck findet. Sie ist Grundlage einer von jeher bestehenden Vertrauenshaftung, die nicht erst durch die Einführung der §§ 241 Abs. 2, 311 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eine gesetzliche Grundlage erfahren hat. 112

bb) Die Beklagte hatte im Jahr 2004 auch unter Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung keinen Anlass zu der Annahme, zu der tatsächlich gebotenen Aufklärung zweifelsfrei nicht verpflichtet zu sein. Denn bereits im Jahr 2001 wurde die Rechtsfrage einer Aufklärungspflicht über Vergütungen in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert. Schon 1996 hatte das Oberlandesgericht Stuttgart entschieden, dass Anlageberater dann über interne Provisionen aufklären müssen, wenn dadurch im Zusammenhang mit anderen Umständen besondere Gefahren für den Anleger verbunden sind (OLG Stuttgart VuR 1996, 333, 396 – juris Orientierungssatz). Den Vertrieb des Anlageproduktes hatte in jenem Fall keine Bank, sondern eine unabhängige Vermittlungsgesellschaft übernommen. Eine wichtige Aussage über den Umfang der Aufklärungspflichten traf der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 19. Dezember 2000, XI ZR 349, 99, BGHZ 146, 235 ff. (WestLB). Danach müsse eine Bank den Kunden auf eine Provisions- und Gebührenteilungsvereinbarung hinweisen, die sie mit einem Vermögensverwalter abgeschlossen habe. Indem sie den Verwalter für die Bereitstellung von Kunden rückvergüte, trage sie dazu bei, dass dieser sein eigenes Vermögensinteresse bei der Auswahl des Kreditinstitutes berücksichtigen werde. Dies widerspreche dem Interesse des Anlegers und müsse deswegen aufgedeckt werden (BGHZ 146, 235 – juris Tz. 18-20). Damit bestand schon zumindest ab dem Jahr 2000 eine unsichere Rechtslage, dass nämlich insbesondere die in der WestLB-Entscheidung aufgedeckte Aufklärungspflicht nicht auch in anderen Fallkonstellationen mit vergleichbaren Interessenkonflikten gilt, an denen nicht nur Banken, sondern auch durchaus auch sonstige Finanzdienstleister beteiligt sein können. Im Rahmen der ihr obliegenden Pflicht zur sorgfältigen Prüfung der Rechtslage, hätte der Beklagten diese Rechtsprechung bekannt sein können. Auch in der einschlägigen Fachliteratur wurde eine Aufklärung jedenfalls unter bestimmten Bedingungen, insbesondere bei einer bestimmten Höhe der Innenprovision für geboten gehalten (vgl. etwa Wagner, WM 1998, 694 ff. – juris Abstract; Gallandi, WM 2000, 279, 285 f. – juris Abstract). Auch diese Diskussion beschränkte den Kreis der Aufklärungspflichtigen nicht lediglich auf Banken, sondern wegen der Allgemeingültigkeit der Offenbarungspflicht von Interessenkonfliktes auch auf Immobilienmakler und sonstige Anlagevermittler. Hat die Beklagte hierauf nicht reagiert und dies nicht zum Anlass 113

genommen, vorsorglich entsprechende Anweisungen gegenüber ihren Beratern auszusprechen, handelte sie fahrlässig.

cc) 114

Auch das normierte Recht gab Anlass zu Zweifeln. So ergab sich nicht nur aus den §§ 675, 667, 654 BGB, 384 ff. HGB eine im deutschen Zivilrecht verankerte Interessenwahrungspflicht. Durch die bereits im Jahr 2003 geltenden §§ 31 f. WpHG stellte der Gesetzgeber darüber hinaus einen ausdrücklichen Bezug dieser Pflichten zum Kapitalmarkt her, die in der hierzu erlassenen Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel zur Konkretisierung der §§ 31 und 32 WpHG für das Kommissions-, Festpreis- und Vermittlungsgeschäft der Kreditinstitute vom 26. Mai 1997 (BAWe), (BAnz. Nr. 98 vom 3. Juni 1997, Seite 6586), nach der eine – in diesen Vorschriften unterstellte - zivilrechtliche Aufklärungspflicht über die kommissionsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe von Vergütungen besteht, eine weitere Konkretisierung erfuhr. Auch wenn im Streitfall die §§ 31 f. WpHG nicht unmittelbar anwendbar sind und es sich bei der BAWe lediglich um eine Verwaltungsvorschrift handelt, so hätte die Beklagte gleichwohl Kenntnis davon haben können und auch müssen, dass Vergütungen nach der Auffassung des Gesetz- und Verordnungsgebers einen Interessenkonflikt auslösen und einem Kreditinstitut nicht in jedem Fall und damit nicht zweifelsfrei zustehen, dass vielmehr eine entsprechende Aufklärung geboten ist. Dabei kann dahinstehen, ob die vorgenannten Informationen dem jeweiligen Anlageberater zur Verfügung standen. Denn die Beklagte wäre jedenfalls verpflichtet gewesen, ihre Mitarbeiter entsprechend aufzuklären und zu schulen. Soweit sie dies unterlassen hat, ergäbe sich ihre Haftung aus einem Organisationsverschulden (vgl. dazu auch BGH WM 2009, 1274 – juris Tz. 14, 15).

4. 116

Zugunsten des Klägers streitet die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die die Beklagte nicht widerlegt hat. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei fehlerhafter Anlageberatung bereits der Erwerb der Kapitalanlage aufgrund einer fehlerhaften Information ursächlich für den späteren Schaden, weil der ohne die erforderliche Aufklärung gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist. Auf die Gründe, warum die Kapitalanlage später im Wert gefallen ist, kommt es nicht an. Steht eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, das heißt, dass der Aufklärungspflichtige beweisen muss, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. Diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters, also auch für die fehlende Aufklärung über Vergütungen (BGH WM 2009, 1274 – juris Tz. 22 m.w.N.).

Die Vermutungswirkung entfällt im Streitfall entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht deshalb, weil der Zedent spätestens durch die Rückerstattung eines Teils des von ihm gezahlten Agios Kenntnis von einem Provisionsbezug der Beklagten hätte haben können oder tatsächlich hatte. Soweit das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in seinem Urteil vom 24. Juni 2009 – 17 U 307/08, OLG Frankfurt 2009, 828 ff. – die Auffassung vertritt, dass ein Anleger, der sowohl durch den Prospekt als auch durch den Anlageberater darauf hingewiesen worden sei, dass dieser im Zusammenhang mit der Abwicklung von Anlagebeteiligungen eine Vergütung vom Kapitalsuchenden erhält, durch eine mangelnde Nachfrage zur genauen Höhe der Innenprovision deutlich mache, dass diese für seine Anlageentscheidung ohne Bedeutung sei, überzeugt dies den erkennenden Senat nicht. Zum einen steht dies in Widerspruch zu dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 19. Dezember

2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 – juris Tz. 24 - , in dem der Bundesgerichtshof ausgeführt hat, dass insbesondere auch über die Höhe der Provision aufzuklären sei. Zum anderen blieben für den Anwendungsbereich der vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewendeten Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens – wollte man eine Pflicht zur Nachfrage statuieren – nur solche Fälle übrig, in denen der Kunde von Provisionszahlungen überhaupt keine Kenntnis erlangt hat. In allen anderen Fällen würde dagegen der Schutz der Anleger wegen der Nichtanwendbarkeit dieser Vermutungsregel in nicht gerechtfertigter Weise verkürzt. Denn in den meisten Fällen ist zumindest die Zahlung eines Agios üblich. Eine durch den Wegfall der Kausalitätsvermutung bewirkte faktische Beschränkung der Aufklärungspflicht auf Fälle völliger Unkenntnis des Kunden von Provisionszahlungen entbehrt vielmehr jeder sachlichen Rechtfertigung, da für eine Einschätzung der Intensität des Interessenkonfliktes des Beraters und der damit verbundenen Gefährdung der Interessen des Kunden nicht nur die Tatsache einer Provisionszahlung als solche, sondern auch deren Höhe von erheblicher Relevanz ist. Eine Pflicht zur Nachfrage des Anlegers zur nicht offen gelegten Vergütungen würde eine Abkehr von der vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewendeten Vermutungsregel bedeuten, die der Bundesgerichtshof bisher nicht ausgesprochen hat. Da die Beklagte auch im Übrigen keine konkreten Umstände dargetan hat, die den Rückschluss zulassen könnten, dass sich der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die wirtschaftlichen Vorteile in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, muss davon ausgegangen werden, dass er von der Anlageentscheidung für diesen Fall Abstand genommen hätte.

5. Nach §§ 249 ff. BGB ist der Kläger nach alledem so zu stellen, wie der Zedent stehen würde, hätte er sich nicht an dem MeM beteiligt. Die Höhe des ihm entstandenen Schadens beläuft sich auf 59.500,- €. Denn dieser Schaden ist dem Zedenten durch den Erwerb der Fondsbeteiligung entstanden. Wer durch ein haftungsbegründendes Verschulden zu einer Kapitalanlage veranlasst wird, die er ohne dieses Verhalten nicht erworben hätte, ist in der Regel bereits durch den Erwerb geschädigt, ohne dass es auf die objektive Werthaltigkeit der Anlage ankommt (vgl. BGH NJW 2005, 1579, 1580 m.w.N.). 119

Der Kläger hat deshalb aus abgetretenem Recht Anspruch auf Zahlung eines der Beteiligung am Fonds VIP 4 entsprechenden Betrages sowie des hierauf gezahlten Agios in Höhe von 5 % der gezeichneten Beteiligungssummen abzüglich von der Beklagten bei Vertragsschluss erstatteter 2.000,- € in Höhe von insgesamt 59.500,- €, allerdings nur Zug um Zug gegen Übertragung der im Tenor näher bezeichneten Rechte in Höhe eines Nominalbetrages von 100.000,- € an der F VIP 4 Medienfonds GmbH & Co. KG. 120

Steuervorteile sind hierauf nicht anzurechnen, weil die Rückabwicklung der Beteiligung im Rahmen des Schadensersatzes zu einer Nachversteuerung führt und die Beklagte nicht dargelegt hat, dass dem Zedenten danach außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben (vgl. BGH NJW 2008, 350, 351; BGH NJW 2008, 2773, 2775; OLG Düsseldorf, 9. Zivilsenat, Urteil vom 30. November 2009, I-9 U 30/09 – zitiert nach juris). Soweit die Beklagte in ihrer Berufungserwiderung vorträgt, dass nach der derzeitigen Bewertung der Finanzbehörden Steuervorteile jedenfalls aus 20 % der anteiligen Produktionskosten anerkennungsfähig seien, ist ihr Vorbringen substanzlos, da ihm Tatsachen, die im Streitfall eine nachprüfbare Grundlage für eine tatsächliche Anerkennung bieten könnten, nicht entnommen werden können. Auch ihr weiteres Vorbringen, dass die Anerkennung der weitergehenden Steuervorteile Gegenstand eines Verfahrens vor den Finanzgerichten sei, wo gegenwärtig im Verfahren über den einstweiligen Rechtsschutz ein Vergleichsvorschlag des Gerichtes über eine Anerkennung von 35 % im Raum stehe, ist ohne Belang, da auch hier ein konkreter 121

Bezug zum Steuerfall des Zedenten fehlt.

6.	122
Für die Prüfung eines etwaigen Mitverschuldens des Zedenten gemäß § 254 Abs. 1 BGB ist im Streitfall kein Raum, da auch die Beklagte nicht vorträgt, aufgrund welcher Umstände dieser den bestehenden Interessenkonflikt hätte erkennen und hierauf reagieren können.	123
a)	124
Soweit sie ein Mitverschulden des Zedenten bemüht, weil dieser Kenntnis vom Inhalt des Emissionsprospekts hätte haben können, steht dies in keinerlei sachlichem Zusammenhang mit der haftungsbegründenden Pflichtverletzung der Beklagten, da auch der Emissionsprospekt keine Auskunft darüber gab, dass und in welcher Höhe Vergütungen an die Beklagte gezahlt werden.	125
b)	126
Soweit die Beklagte der Auffassung ist, der Zedent habe gegen die gebotene Schadensminderungspflicht für den Fall verstoßen, dass er den sämtlichen Anlegern von der B.AG angebotenen Vergleich nicht angenommen haben sollte, erschöpft sich ihr Vorbringen in bloßen Mutmaßungen und ist von daher unbeachtlich.	127
c)	128
Für ein etwaiges und von Amts wegen zu berücksichtigendes Mitverschulden bietet der vorgetragene Sachverhalt keine Anhaltspunkte.	129
7.	130
Die Forderung des Klägers ist nach §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB, 696 Abs. 3 ZPO mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem Eintritt der Rechtshängigkeit durch Zustellung des Mahnbescheides am 9. Januar 2008 (GA 5) zu verzinsen, wobei der Kläger Zinsen erst ab dem 10. Januar 2008 geltend gemacht hat.	131
II.	132
Der zu Ziffer 2) der Klageschrift gestellte Feststellungsantrag ist ebenfalls zulässig und begründet.	133
1.	134
Ihm fehlt nicht bereits das Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO. Denn es besteht keine allgemeine Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage; vielmehr ist eine Feststellungsklage trotz der Möglichkeit, Leistungsklage zu erheben, zulässig, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt (st. Rspr. BGH WM 1996, 1986 – juris Tz. 11 m.w.N.). Dies gilt erst recht, wenn – wie hier – mit der Feststellungsklage die Feststellung der Verpflichtung zur Erbringung einer zukünftigen Leistung begehrt wird, der nach der Auffassung der klagenden Partei ein Übergang von einem Freistellungsanspruch zu einem Zahlungsanspruch gemäß § 250 Satz 2 BGB vorausgegangen sein soll. Das Festhalten der klagenden Partei an einem auf Freistellung von einer Verbindlichkeit gerichteten Leistungsantrag gegenüber einem auf	135

Feststellung eines zukünftigen Zahlungsanspruchs gerichteten Feststellungsantrag ist unter diesem Gesichtspunkt prozesswirtschaftlich nicht vorzugswürdig, zumal der Kläger im Streitfall nur eigene Rechte verfolgt und eine Übertragung eines Freistellungsanspruches des Zedenten gegen die Beklagte auf den Kläger wegen des Bestehens eines Abtretungsverbot gemäß § 399 BGB zudem nicht in Betracht kommt.

2. 136

Dem Kläger steht indes der geltend gemachte Anspruch auf zukünftige Zahlung zu. Denn der dem Zedenten gegen die Beklagte grundsätzlich zustehende Anspruch auf Freistellung von den Verbindlichkeiten des mit der Hypo- und Vereinsbank AG geschlossenen Darlehensvertrages hat sich bereits jetzt schon gemäß § 250 Satz 2 BGB in einen Zahlungsanspruch umgewandelt, weil die Beklagte dessen Erfüllung endgültig verweigert hat und weil ein solcher Zahlungsanspruch von der auch zukünftige Ansprüche umfassenden Abtretungserklärung des Zedenten (Anlage K 1 GA 23) erfasst ist. 137

a) Der Zedent kann grundsätzlich von der Beklagten die Freistellung von den Verbindlichkeiten des Darlehensvertrages fordern, da er den strittigen Darlehensvertrag mit der B. Bank AG nicht abgeschlossen hätte, wäre er von der Beklagten ordnungsgemäß über die vereinbarten Vergütungen aufgeklärt worden, §§ 249, 257 BGB. 138

Einem Freistellungsanspruch stehen nicht die Regelungen des Gesellschaftsvertrages der Fondsgesellschaft VIP 4 entgegen. Insbesondere kommt § 6 des Gesellschaftsvertrages, nach dem Kommanditanteile nur zusammen mit der Übernahme der zur Teilfinanzierung geschlossenen Darlehensverträge – was im umgekehrten Falle ebenso Geltung beanspruchen müsste - übertragen werden können, nicht zum Zuge. Denn weder bei der im Rahmen der Schadensregulierung vom Kläger geschuldeten Zug um Zug Leistung noch bei einer etwaigen Freistellung von Verbindlichkeiten des notwendigerweise geschlossenen Darlehensvertrages, findet eine Übertragung von Kommanditanteilen statt, wie § 6 des Gesellschaftsvertrages dies voraussetzt. 139

Die von der Treuhänderin als Kommanditistin übernommene Rechtsposition bleibt vielmehr durch die vom Kläger im Wege des Zug um Zug Ausgleichs geschuldeten "Übertragung" der bloß wirtschaftlichen und nicht gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Zedenten an der Fondsgesellschaft unberührt. Denn Gegenstand der Rechtsposition des Zedenten ist keine gesellschaftsrechtliche Kommanditbeteiligung, sondern sind nur die ihm durch den geschlossenen Treuhandvertrag eingeräumten Rechte. Auch bei einer Übertragung dieser Rechte auf die Beklagte ist und bleibt die Treuhänderin, die M.GmbH, Kommanditistin der Fondsgesellschaft. Dem steht auch nicht § 1 Nr. 3 des Treuhandvertrages zum Fonds VIP 4 entgegen, nach dem die Regelungen des Gesellschaftsvertrages auch im Rahmen des Treuhandvertrages gelten sollen. Denn Regelungsgegenstand des § 6 des Gesellschaftsvertrages sind die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung einer Kommanditbeteiligung möglich sein soll. Eine solche Kommanditistenstellung hatte der Zedent indes zu keinem Zeitpunkt inne. Im Rahmen der hier durchzuführenden Übertragung von Rechten bzw. Freistellung von Darlehensverbindlichkeiten findet eine Übertragung von gesellschaftsrechtlichen Kommanditanteilen nicht statt. Dass auch eine solche Übertragung von Rechten aus einem Treuhandvertrag nur gegen Übernahme des Darlehensvertrages mit der Bayrischen Hypo- und Vereinsbank AG geschehen soll, sieht § 6 des Gesellschaftsvertrages der Fondsgesellschaft VIP 4 nicht vor. 140

b) 141

142

Allerdings konnte der Zedent den Anspruch auf Freistellung von den Verbindlichkeiten aus dem mit der Hypo- und Vereinsbank AG geschlossenen Darlehensvertrag nicht wirksam an den Kläger abtreten, da ein Freistellungsanspruch grundsätzlich nach § 399 BGB einem Abtretungsverbot unterliegt. Nach § 399 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung seines Inhalts erfolgen kann. Eine solche inhaltliche Veränderung wird indes durch eine Abtretung an einen Dritten bewirkt, weil die Pflicht zur Freistellung allein gegenüber dem Schuldner der Verbindlichkeit besteht (BGH WM 1993, 1557 – juris Tz. 16). Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn die Abtretung an den Gläubiger der Verbindlichkeit erfolgt, von der freizustellen ist (BGHZ 12, 136, 141; BGHZ 41, 203, 205; BGH WM 1993, 1557, 1559 m.w.N.). So liegt der Fall hier jedoch nicht, da Gläubigerin der Darlehensverbindlichkeiten nicht der Kläger, sondern die B.. Bank AG ist.

c) 143

Gleichwohl hat der Zedent aber auch die sich aus dem strittigen Darlehensverhältnis mit der B.AG ergebenden Ersatzansprüche gegen die Beklagte wirksam an den Kläger abgetreten, da sich der zunächst auf Freistellung gerichtete Ersatzanspruch des Zedenten, entsprechend § 250 Satz 2 BGB in einen Zahlungsanspruch umgewandelt hat und ein solcher Zahlungsanspruch einem Abtretungsverbot nach § 399 BGB nicht unterliegt. 144

Die Voraussetzungen des § 250 Satz 2 BGB liegen vor. Der Kläger verfolgt mit seinem Antrag die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihm am 30. November 2014 einen Geldbetrag in Höhe von mindestens 79.246,72 € für diejenigen Kosten zu zahlen, die dem Zedenten M.F. durch die an diesem Tag anstehende Ablösung des bei der B. Bank AG aufgenommenen Darlehens zur Teilfinanzierung seines Anlagebetrages entstehen werden. Diese Kosten beziffern sich nach dem unwidersprochenen Sachvortrag des Klägers mindestens auf 79.246,72 €, da die Darlehensvaluta 45.500,- € und die anfallenden Zinsen 33.746,72 € betragen werden. 145

Der Kläger kann bereits jetzt von der Beklagten zukünftige Zahlung verlangen. Zwar kommt die Umwandlung eines Freistellungsanspruchs gemäß § 250 Satz 2 BGB in einen Zahlungsanspruch grundsätzlich erst bei Fälligkeit der Verbindlichkeit in Betracht, von der freizustellen ist. Wird jedoch – wie hier – eine Kapitalanlage ver- und betrieben, die aus einem komplexen Geflecht von Rechten und Rechtsverhältnissen besteht, und sieht sich der Kapitalanleger einer Mehrzahl von Vertragspartnern gegenüber (von einer provisionsbeteiligten Beraterin über eine Treuhänderin zu einer Fondsgesellschaft und einer darlehensgebenden Bank), ohne hierauf Einfluss auszuüben zu können, so muss ihm zu gewährender Schadensersatz zumindest unter temporären Gesichtspunkten einheitlich gewährt werden. Eine zeitliche Aufspaltung der Loslösung von einem solch komplexen Gesamtgeschäft würde den mit einer rechtlich zutreffenden Bewertung der entstandenen Rechtsbeziehungen ohnehin in aller Regel überforderten Anleger unzumutbar belasten. Dies gilt erst Recht, wenn – wie hier – der Abschluss eines Darlehensvertrages mit einer von der Fondsgesellschaft vorgeschriebenen Bank zwingend erforderlich ist. Leugnet zudem der zum Schadensersatz Verpflichtete nachhaltig und endgültig jedwede Verantwortung für den entstandenen Schaden, auch wenn dessen Ausgleich nach den Bedingungen des Anlagegeschäftes teilweise erst in der ferneren Zukunft fällig wird, so kommt eine Umwandlung in einen Zahlungsanspruch entsprechend § 250 Satz 2 BGB bereits in dem Zeitpunkt der Schadensklärung in Betracht. 146

Ausgehend von diesen Grundsätzen schuldet die Beklagte dem Kläger bereits jetzt zukünftige Zahlung, deren Feststellung der Kläger mit seinem Klageantrag zu Ziffer 2) 147

begehrt. Denn die Beklagte hat durch ihr Verhalten vor und während des Rechtsstreits unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, den geforderten Schadensersatz nicht leisten zu wollen. Dies reicht für die Annahme einer Verzug begründenden Erfüllungsverweigerung auch nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich aus (vgl. nur BGH WM 1993, 1557 – juris Tz. 17; BGH WM 2004, 422 – juris Tz. 16). Hierbei schadet es nicht, dass der vorliegende Rechtsstreit nicht zwischen dem ursprünglichen Inhaber des Freistellungsanspruches – dem Zedenten M.F. – und der Beklagten, sondern mit dem Kläger geführt wird. Denn die Beklagte hat ihre grundsätzliche Erfüllungsverweigerung bereits vorprozessual gegenüber dem Zedenten als dem damaligen Anspruchsinhaber zum Ausdruck gebracht.

Da der Kläger im Termin am 10. Juni 2010 hinsichtlich des neuformulierten Feststellungsantrages eine Verpflichtung zur Abtretung der Rechte aus dem Darlehensvertrag im Rahmen einer Zug um Zug Verurteilung anerkannt hat, war auch diese entsprechend zu tenorieren. 148

III. 149

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO. 150

VI. 151

Die Revision wird gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zugelassen, soweit der Senat von der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes in seinem Urteil vom 15. April 2010, III. ZR 196/09, abweicht. 152

Streitwert für das Berufungsverfahren: bis zu 125.000,- € 153

59.500,00 € (Zahlungsklage) 154

63.397,38 € (Feststellungsantrag, Abschlag 20 %) 155