
Datum: 13.10.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 34. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-34 U 53/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:1013.I34U53.10.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 12 O 191/09

Tenor:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 57.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.02.2009 zu zahlen.

2.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von allen unmittelbaren und mittelbaren Verbindlichkeiten aus den Darlehen Nr. ##### und ##### bei der Y-Bank AG freizustellen.

3.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle steuerlichen Nachteile, die er dadurch erleidet, dass er von den Finanzbehörden nicht sogleich unter Berücksichtigung seiner Beteiligung an der W 4 GmbH & Co. KG im Nennwert von 100.000,00 Euro mit der Kommanditisten-Nr. ##### einkommensteuerrechtlich veranlagt wurde, und alle weiteren wirtschaftlichen Nachteile, soweit sie auf der Beteiligung beruhen, zu ersetzen.

Zu Ziffern I. 1. bis 3. jeweils Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte und Pflichten des Klägers aus dem Treuhandvertrag mit der W3 GmbH betreffend die mittelbare Stellung eines Kommanditisten der W 4 GmbH & Co. KG im Nennwert von 100.000,00 Euro mit der Kommanditisten-Nr. #####.

4.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebots des Klägers auf Übertragung der Rechte und Pflichten des Klägers aus dem Treuhandvertrag mit der W2 GmbH betreffend die mittelbare Stellung eines Kommanditisten der W 4 GmbH & Co. KG im Nennwert von 100.000,00 Euro mit der Kommanditisten-Nr. ##### in Verzug befindet.

5.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits insgesamt trägt die Beklagte.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des Klägers abzuwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages, soweit nicht der Kläger zuvor Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

V.

Die Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000 €.

I.	2
Der Kläger nimmt die Beklagte wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit einer Beteiligung an dem W 4 GmbH & Co. KG (im folgenden W 4) in Anspruch.	3
Unternehmerisches Ziel des W 4 war ausweislich des Fondsprospektes die Finanzierung von Filmproduktionen, die im Weiteren über Lizenznehmer vermarktet werden sollten. Der Beitritt zu dem Fonds fand über eine Treuhandkommanditistin, die W GmbH statt. Hierfür war seitens der Anleger neben der Bareinlage von 54,5 % ein Agio in Höhe von 5 % bezogen auf den Nennwert der Kommanditbeteiligung an die Fondsgesellschaft zu leisten. Der restliche Teil des Beteiligungsbetrages in Höhe von 45,5 % war durch Aufnahme eines Kredites bei der Y-Bank AG (im folgenden Y-BANK) zu finanzieren, wobei die zu vereinbarende Darlehenslaufzeit mit dem planmäßigen Ende des Fonds zusammenfiel. Die hierfür vereinbarten Darlehenszinsen wurden bis dahin zinsfrei gestundet.	4
Der Prospekt zum W 4 enthält auf Seite 63 unter „8. Investitionsplanung / Modellrechnung“ eine Tabelle zur Investitionsplanung, die unter Nr. 03 eine Mittelverwendung von 4,9 % für die Eigenkapitalvermittlung vorsieht. In den nachfolgenden Erörterungen dazu heißt es wie folgt:	5
<i>„Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der W5 AG abgeschlossen. Die Vergütung wird in Höhe von 4,9 % des Beteiligungskapitals fällig. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die W5 AG das Agio“</i>	6
Ferner wird im unmittelbaren Anschluss an die Tabelle das Agio wie folgt erläutert:	7
<i>„Ein Agio in Höhe von 5 % auf die Zeichnungssumme (Kommanditkapital) wird innerhalb einer Woche nach Zugang der Annahme der Beitrittserklärung zur Zahlung fällig. Es dient der Eigenkapitalvermittlerin, der W5 AG, zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen.“</i>	8
Schließlich heißt es im Abschnitt „12. Vertragsgrundlagen“ auf Seite 91 zu dem mit der W5 AG (im Folgenden W5 AG) geschlossenen „Eigenkapitalvermittlungsvertrag“ u.a. wie folgt:	9
<i>„... Die W5 AG wird die Vermittlung und Einwerbung des Eigenkapitals organisieren und abwickeln und ist berechtigt, Dritte als Vertriebspartner einzusetzen. ...</i>	10
<i>Für die Vermittlung der Anteile erhält die W5 AG eine Vergütung in Höhe von 4,9% des platzierten Kommanditkapitals sowie das Agio in Höhe von 5% und für die Übernahme der Platzierungsgarantie eine Vergütung von 2% des vermittelten Kommanditkapitals. ...“</i>	11
Wegen der weiteren Einzelheiten des Prospektes zum W 4 wird auf die als Anlage K1 zur Klageschrift zu den Akten gereichte Kopie desselben Bezug genommen.	12
Die Beklagte ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Sparkasse E. Sie wirbt mit einer sog. Imagebroschüre unter dem Firmenlogo der Sparkasse als eigenem Firmenbestandteil für ihre als „Private Banking“ bezeichnete Tätigkeit. Wegen der Einzelheiten der vorgenannten Broschüre wird auf die als Anlage zum Schriftsatz der Beklagten vom 31.08.2010 (Bl. 326 ff. d.A.) zu den Akten gereichte Kopie desselben Bezug genommen.	13
Die Beklagte war mit der W5 AG als Vertriebspartner für die Eigenkapitalvermittlung geworben worden. Ausweislich des Abschnitts „(5) Vertriebsprovision“ der am 28.04./21.06.2004 mit der Fondsgesellschaft und der W5 AG geschlossenen Vertriebs- und	14

Vergütungsvereinbarung – auf die Kenntnis des Senates vom Inhalt dieser Vereinbarung sind die Parteien mit Verfügung vom 17.05.2011 und vom 24.05.2011 ausdrücklich hingewiesen worden – erhielt die Beklagte für ihre Tätigkeit eine Vergütung i.H.v. 13,0 % der von ihr vermittelten Bareinlage (54,5% des Kommanditkapitals) ohne Agio.

In der Vereinbarung heißt es unter „(3) Durchführung“ u.a. wie folgt: 15

„Der Vertriebspartner verpflichtet sich, bei der Vertriebswerbung und Vertriebsberatung nur Daten und Fakten zu verwenden, die ihm von der W5 AG oder Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt worden sind. Er ist nicht berechtigt, hiervon – insbesondere von den Aussagen des Beteiligungsangebotes – abweichende oder darüber hinausgehende Angabe zu machen...“ 16

Ferner findet sich unter „(8) Haftung“ folgende Regelung: 17

„Die Bank stellt die W5 AG von sämtlichen Ansprüchen Dritter frei, die darauf beruhen, dass der Vertriebspartner gegenüber Dritten Angaben macht, die von den Unterlagen, Daten und Fakten abweichen, welche von der W5 AG oder der Fondsgesellschaft zu Verfügung gestellt wurden bzw. nachträglich mit ihr abgestimmt wurden. ...“ 18

Der Kläger ist seit 1999 Kunde der Beklagten. Er erwarb in der Vergangenheit verschiedene Kapitalanlagen über die Beklagte und wurde im Rahmen dieser Geschäftsbeziehung seit etwa 2001 durch deren Kundenberater D betreut. Nachdem der Kundenberater D den Kläger zunächst telefonisch kontaktiert und ihm den Medienfonds W 4 als Kapitalanlage empfohlen hatte, kam es am 07.12.2004 zu einem Beratungsgespräch im Hause des Klägers. Im Rahmen dieses Gesprächs, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist, wurde dem Kläger der Medienfonds W 4 vorgestellt und der insgesamt 117 Seiten umfassende Emissionsprospekt übergeben; die Zeichnungsscheine hatte der Kundenberater bereits vorausgefüllt. Gegenstand der Besprechung war unstreitig, dass die Beklagte für die Vermittlung der Fondsanteile eine Vergütung von der Fondsgesellschaft erhielt. Angaben zur Höhe dieser Vergütung wurden – dies ist ebenfalls unstreitig – von dem Kundenberater D nicht gemacht. Der Kläger ging nach seinem Vorbringen davon aus, es handele sich bei der Provisionszahlung um das von ihm zu erbringende Agio in Höhe von 5 % der Zeichnungssumme. Da er nicht bereit war, einen solchen Betrag an Vermittlungskosten zu zahlen, einigte er sich mit dem Kundenberater D darauf, dass die Hälfte des von ihm zunächst in voller Höhe an die Fondsgesellschaft zu entrichtenden Agios, mithin ein Betrag in Höhe von 2.500,00 € wieder zurückfließen und an seine Tochter gezahlt werden sollte. 19

Am Ende des etwa zweistündigen Gesprächs zeichnete der Kläger durch Anteilsübernahmeerklärung vom 07.12.2004 eine Beteiligung mit einem ausgewiesenen Wert von 100.000,00 € zzgl. Agio an dem W 4. Entsprechend der übernommenen Beteiligung überwies er anschließend 59.500,00 € (den von ihm zu erbringenden Beteiligungsanteil von 54,5 % zzgl. des Agios von 5 %) auf das Konto der Fondsgesellschaft; vereinbarungsgemäß floss das Agio später hälftig an seine Tochter zurück. Der restliche Beteiligungsbetrag von 45,5 % wurde durch das für alle Anleger obligatorische Darlehen bei der Y-Bank AG finanziert. 20

Die Beklagte erhielt für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligung aufgrund des Vertrages mit der Eigenkapitalvermittlerin eine Provision in Höhe von zumindest 7,085 % des vermittelten Nominalkapitals. 21

Die Fondsbeteiligungen erbrachten in der Folgezeit nicht den erhofften wirtschaftlichen Erfolg. Insbesondere erkannten die Finanzämter die zunächst von ihnen akzeptierten steuerlichen Verlustzuweisungen der Fondsgesellschaft letztlich nicht an.

Wegen der weiteren Darstellung des Sachverhaltes sowie des Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 23

Das **Landgericht** hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben, dabei aber (versehentlich) über den Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten hinsichtlich des Angebots des Klägers auf Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Treuhandvertrag nicht erkannt. Im Hinblick auf das weitere Feststellungsbegehren hat es die Beklagte für verpflichtet erachtet, den Kläger – Zug um Zug „gegen Übertragung“ der vom ihm gezeichneten Beteiligung an der W4 GmbH & Co. KG – von allen wirtschaftlichen und steuerlichen Nachteilen freizustellen. 24

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit der Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. 25

Die **Beklagte** reklamiert bezogen auf die prozessuale Vorgehensweise des Landgerichts Verfahrensfehler. Sie rügt die unterbliebene Zeugenvernehmung ihres vorbereitend zum Termin geladenen Mitarbeiters D und sieht es als verfahrensfehlerhaft an, dass die Kammer ihr nicht die beantragte Schriftsatzfrist gewährt habe, um zu den Äußerungen des Klägers im Termin vorzutragen. 26

In der Sache stellt die Beklagte die von dem Landgericht bejahten Haftungsvoraussetzungen wegen einer fehlerhaften Anlageberatung in Abrede. 27

Das Landgericht habe verkannt, dass sie als selbständige Tochtergesellschaft der Sparkasse ausschließlich als Vermittlerin von Kapitalanlagen tätig und in ihrer Funktion und Stellung anderen selbständigen Finanzdienstleistern vergleichbar sei. Dementsprechend beschränke sich ihre Produktauswahl – was dem Kläger als mehrjährigem Kunden bekannt gewesen sei – auch nicht auf das Angebot der „Sparkassen-Produkte“. Ihre Einnahmen erziele sie ausschließlich aus Vertriebsprovisionen, weshalb sie im konkreten Zeichnungsschein auch als „Vertrieb“ bezeichnet worden sei. Das Landgericht habe daher auf die Tätigkeit der Beklagten zu Unrecht die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Aufklärung über Innenprovisionen angewandt. 28

Im Weiteren wendet sich die Beklagte rechtlich gegen die Annahme eines Beratungsvertrages sowie gegen die in erster Instanz bejahte Aufklärungspflichtverletzung. Ihr Kundenberater D habe im Rahmen der Erläuterung der Prospektangaben auf Seite 91 daraufhin hingewiesen, dass die Beklagte aus der dort für die W5 AG genannten Provision ihrerseits eine Vergütung für die Eigenkapitalbeschaffung erhält. Ausweislich des Prospektes habe die W5 AG beim Vertrieb ausdrücklich Dritte einsetzen dürfen. Im Übrigen sei dem Kläger selbst klar gewesen, dass ihr (der Beklagten) jedenfalls das Agio zufließen würde. 29

Nach Auffassung der Beklagten fehlt es darüber hinaus sowohl an einer für die Anlageentscheidung des Klägers kausalen als auch an einer schuldhaften Aufklärungspflichtverletzung. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens greife zu Gunsten des Klägers nicht, weil er selbst von dem Rückfluss einer Vertriebsprovision an die Beklagte in Höhe des Agios ausgegangen sei und dementsprechend um ihre (vermeintliche) Interessenkollision gewusst habe. Ihr fehlendes Verschulden begründet die Beklagte mit 30

einem unvermeidbaren Rechtsirrtum; der von dem Landgericht angeführten Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2000 habe sie eine Aufklärungspflicht über Provisionszahlungen nicht entnehmen können.

Die **Beklagte** beantragt, 31

die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils sowie unter Zurückweisung der Berufung des Klägers abzuweisen; 32

hilfsweise unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Rechtsstreit an das Landgericht Dortmund zurückzuverweisen. 33

Der **Kläger** beantragt, 34

unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Beklagte weiter zu verurteilen: 35

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte Zug um Zug gegen Abgabe eines Angebots des Klägers gegenüber der Beklagten auf Übertragung der vom Kläger gezeichneten Beteiligung an der W4 GmbH & Co. KG im Nennwert von 100.000,00 € (Kommanditisten-Nr. #####) und der Abtretung der Rechte aus dieser Beteiligung verpflichtet ist, den Kläger von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die mittelbar oder unmittelbar aus der vom Kläger gezeichneten Beteiligung an der W4 GmbH & Co. KG im Nennwert von 100.000,00 € (Kommanditisten-Nr. #####) resultieren. 36

2. Er wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebots auf Übertragung der vom Kläger gezeichneten Beteiligung an der W4 GmbH & Co. KG im Nennwert von 100.000,00 € (Kommanditisten-Nr. #####) sowie der Annahme der Abtretung der Rechte aus dieser Beteiligung in Verzug befindet. 37

Der **Kläger** verteidigt das angefochtene Urteil, soweit dadurch seiner Klage stattgegeben worden ist. Mit seinem Rechtsmittel begehrt er weiterhin die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten hinsichtlich seines Angebots auf Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Treuhandvertrag. Darüber hinaus beanstandet er die Tenorierung des Freistellungsantrages bezüglich der von ihm Zug-um-Zug zu erbringenden Gegenleistung in Form der „Übertragung aller Rechtspositionen“, weil dadurch ihm als Geschädigten die rechtlichen Risiken der Übertragung aufgebürdet würden. 38

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen. 39

II. 40

Die zulässige Berufung der Beklagten ist überwiegend unbegründet, wohingegen die Berufung des Klägers in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg hat. 41

1. 42

Dem Kläger steht aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB i.V.m. dem von den Parteien geschlossen Beratungsvertrag ein Anspruch auf Zahlung von 57.0000,00 € (54,5% des Beteiligungsbetrages zzgl. 2,5 % Agio) nebst („Prozess-“) Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.02.2009 zu, und zwar Zug-um-Zug gegen Übertragung seiner Rechte und Pflichten aus dem Treuhandvertrag mit der Treuhandkommanditistin 43

hinsichtlich seiner Beteiligung an dem Medienfonds W 4.

- a) 44
- Das Landgericht ist in zutreffender Bewertung der Sach- und Rechtslage davon 45
ausgegangen, dass zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag und nicht lediglich ein
Anlagevermittlungsvertrag geschlossen worden ist. Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank
oder – wie hier – 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 (sog. „Bond-Entscheidung“, BGH, Urt. v. 06.07.1993 – XI
ZR 12/93). Der Kläger ist unstreitig von seinem Kundenberater D zunächst telefonisch wegen
des Medienfonds W 4 kontaktiert und am 07.12.2004 schließlich in seinem Hause zum
Zwecke der Beratung über die Kapitalanlage aufgesucht worden. In dem Kundengespräch
hat der Mitarbeiter D dem Kläger die streitgegenständliche Anlageform vorgestellt und ihm
eine Beteiligung daran empfohlen. Damit ist nach dem unstreitigen Parteivorbringen
jedenfalls konkludent ein Beratungsvertrag zustande gekommen. In diesem Zusammenhang
muss sich die Beklagte auch auf den Inhalt ihrer sog. „Image-Broschüre“ (Anlage zum
Schriftsatz der Beklagten vom 31.08.2010) verweisen lassen, in der sie die
Vermögensberatung als Kernstück ihrer Tätigkeit bewirbt und gerade in ihrer Eigenschaft als
Vermögensberaterin das Vertrauen ihrer Kunden in Anspruch nimmt.
- b) 46
- Die sich aus dem Anlageberatungsvertrag ergebenden Pflichten hat die Beklagte in einer 47
zum Schadensersatz verpflichtenden Weise – in zweifacher Hinsicht – verletzt, als sie dem
Kläger zum einen die Höhe der ihr für den Vertrieb der Fondsbeteiligung zufließenden
Rückvergütungen nicht offen legte und ihn zum anderen auch nicht darüber aufklärte, dass
sie sich gegenüber der Fondsgesellschaft grundsätzlich verpflichtet hatte, im Rahmen der mit
ihren Kunden zu führenden Beratungsgespräche ausschließlich die ihr hierfür von der
Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellten Vertriebsunterlagen zu nutzen und keine hierüber
hinausgehenden Angaben zu machen. Letztere Aufklärungspflichtverletzung trifft die
Beklagte unabhängig von der Frage, ob sie als bankmäßig gebundene oder – wie sie selbst
geltend macht – als freie, bankenunabhängige Anlageberaterin tätig geworden ist.
- aa) 48
- Die Beklagte hat den Kläger – unstreitig – nicht über die Höhe der ihr aufgrund der 49
Vertriebsvereinbarung mit der Fondsgesellschaft (Abschnitt 5: „Vertriebsprovision“) zugewiesenen Rückvergütung in Höhe von 7,085% des Nennwertes der gesamten Beteiligung (ohne Agio) aufgeklärt. Die Aufklärung über diese Zahlungen war indes grundsätzlich notwendig, um dem Kläger als Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Beklagten, und zwar zwischen ihrem eigenen Umsatzinteresse einerseits und ihren Aufklärungspflichten als Anlageberater gegenüber ihrem Kunden andererseits offen zu legen. Denn erst durch die Aufklärung darüber, dass und vor allem auch in welcher Höhe derlei Rückvergütungen fließen, wird der Anleger in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Beklagten selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob die Anlageempfehlung allein in seinem (Kunden-) Interesse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung erfolgt ist oder im Interesse der Beklagten daran, möglichst hohe Vergütungen zu erhalten (vgl. zur diesbezüglichen Beratungspflicht von Banken BGH, Urt. v. 19.12.2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226; Urt. v. 12.05.2009 – XI ZR 586/07, WM 2009, 1274; Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 338/08, WM 2009, 2306; Beschl. v. 20.01.2009 – XI ZR

- (1) 50
- Eine dahingehende Aufklärung war auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil sich dem Kläger angesichts der Unentgeltlichkeit der Beratungsleistung gleichsam hätte aufdrängen müssen, dass die Beklagte von dritter Seite ein Entgelt, mithin vorliegend eine Vertriebsprovision seitens der Emittentin erhält. 51
- Zwar liegt es für einen Anleger, der sich durch einen bankenunabhängigen Anlageberater beraten lässt und diesem selbst keinerlei Entgelt oder Provision zahlt, regelmäßig auf der Hand, dass der Anlageberater von der kapitalsuchenden Anlagegesellschaft (gegebenenfalls vermittelt über einen Hauptvertriebsbeauftragten) Vertriebsprovisionen erhält, die jedenfalls wirtschaftlich betrachtet dem vom Anleger an die Anlagegesellschaft gezahlten Betrag entnommen werden. Die vertraglichen Beziehungen zwischen einem Kunden und einem Anlageberater sind regelmäßig nicht in eine dauerhafte Geschäftsbeziehung eingebettet, aufgrund derer der Anlageberater von seinem Kunden Entgelte oder Provisionen erhält. Da der freie Anlageberater mit der Beratung sein Geld verdienen muss, kann damit berechtigter Weise nicht angenommen werden, er würde diese Leistungen insgesamt kostenlos erbringen. Dem Anleger ist damit die Provisionsvergütung des Beraters durch den Kapitalsuchenden und der damit (möglicherweise) verbundene Interessenkonflikt aufgrund seiner doppelten vertraglichen Bindung, nämlich aus der Vertriebsvereinbarung mit dem Kapitalsuchenden oder dessen Hauptvertriebsbeauftragten einerseits und aus dem Beratungsvertrag mit dem Anleger andererseits, bewusst (zu vgl. BGH, Urt. v. 03.03.2011 – III ZR 170/10, WM 2011, 640 in Bestätigung des Urt. v. 15.04.2010 – III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 = WM 2010, 885; Schlick, Die aktuelle Rechtsprechung des III. Zivilsenates des BGH zum Kapitalanlagerecht, WM 2011, 154, 158). 52
- Auf diesen – nur für unabhängige Anlageberater geltenden – reduzierten Aufklärungsmaßstab kann die Beklagte sich jedoch nicht berufen. Soweit sie die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes für sich in Anspruch nimmt und einwendet, als selbständige Finanzdienstleisterin tätig geworden zu sein, trägt ihr Vorbringen nicht. 53
- Denn bei der Beklagten handelt es sich gerade nicht um einen im Sinne der vorzitierten Rechtsprechung des III. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes freien, da bankenunabhängigen Anlageberater. Mit der Auslagerung der Anlageberatung aus dem Tätigkeitsbereich der Sparkasse E auf die Beklagte mag zwar eine gesellschaftsrechtliche Ausgliederung vollzogen worden sein. Dies macht die Beratungsgesellschaft jedoch nicht automatisch zu einem freien Anlageberater im oben genannten Sinne (in diesem Sinne auch OLG München, Urt. v. 15.02.2011 – 5 U 4507/10, BKR 2011, 215 mit Anmerkung Schnauder, jurisPR-BKR 5/2011 Anm. 5). 54
- Vielmehr kommt es darauf an, ob die Beratungsgesellschaft sich aus der – für die Erkennbarkeit des Provisionsinteresses maßgeblichen – Sicht des Kunden nach außen als von der Bank nicht nur gesellschaftsrechtlich, sondern auch im Übrigen als von dieser im Unternehmensverbund unabhängige Beraterin darstellt. 55
- Dies trifft auf die Beklagte ersichtlich nicht zu. In ihrer Außendarstellung dokumentiert sie keineswegs ihre Unabhängigkeit von der Sparkasse E. Vielmehr nutzt sie den Umstand, dass die Sparkasse ihre Alleingesellschafterin ist, dafür, um ihr besonderes Näheverhältnis zu 56

dieser, und zwar nicht zuletzt durch den Gebrauch des unverkennbaren Firmenlogos der Sparkasse zu demonstrieren. Sie übernimmt schon damit und auch durch die von ihr selbst vorgelegte sog. „Image-Broschüre“ (Anlage zum Schriftsatz der Beklagten vom 15.10.2010) deren sog. Corporate Identity-Konzept. Indem sie mit deren Erfahrung und deren Referenzen wirbt, macht sie sich bewusst deren Vertrauensvorsprung, und zwar vor allem gegenüber langjährigen Kunden wie dem Kläger zu Nutze. Die vermeintlich klare Grenze zwischen der Sparkasse einerseits und der Beklagten andererseits verschwimmt für den Kunden, wenn die Beklagte sich zur technischen Abwicklung der Facilities der Sparkasse als – so die eigene Formulierung der Beklagten – einer Art Back-Office bedient und beispielsweise dort ihre Kundenkonten gegen Zahlung eines Entgeltes unterhält. Dass der Sinn und Zweck der Ausgliederung des Anlage-Know-Hows auch die Separierung der wirtschaftlichen Verantwortung als eigenständige Handelsgesellschaft, die sich aus eigenen Erträgen finanzieren muss, sein sollte, wird dem Kunden in dieser Form nicht ohne weiteres klar. Im Gegenteil wird Kunden wie dem Kläger der Eindruck vermittelt, dass ihnen mit der Betreuung durch die ausgegliederte Beratungsgesellschaft nunmehr eine ganz individuelle und besonders qualifizierte Beratung seitens der Sparkasse E zuteil wird. Denn allein der Firmenbestandteil „Private Banking“ suggeriert dem Kunden, dass es sich hierbei lediglich um eine besondere Sparte der Sparkasse für vermögende Privatkunden handelt. Dass die Beklagte nicht ausschließlich hauseigene Produkte der Sparkasse zu ihrer Angebotspalette zählt, unterscheidet sie nicht von der Sparkasse selbst und macht sie nicht zu einer von dieser unabhängigen Beraterin. Nichts anderes gilt für den Umstand, dass sich ihr Firmenstempel im Zeichnungsschein unter der Überschrift „Vertrieb“ findet.

In Anbetracht der vorbeschriebenen Umstände musste der Kläger ohne nähere Aufklärung nicht damit rechnen, dass der Beklagten als Beratungsgesellschaft seitens der Emittentin des Fonds respektive deren Vertriebsgesellschaft ein Entgelt für die Vermittlung der streitgegenständlichen Fondsanlage zufließt. Hierbei trifft ihn – anders als bei der Empfehlung durch einen freien Anlageberater (Schlick, aaO., S. 158) – keineswegs der Vorwurf, er ginge insoweit „blauäugig“ davon aus, die Beklagte werde völlig altruistisch, frei von jedweden Provisionsinteresse kostenlos für ihn tätig. Denn angesichts der Begleitumstände durfte er annehmen, die Beklagte als 100%ige Tochtergesellschaft der Sparkasse E partizipiere letztlich an den Entgelten wie z.B. den Kontoführungsgebühren, die diese regelmäßig im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehung für ihre jeweiligen Dienstleistungen vom Kunden erhält; zumal die Beklagte ihre Tätigkeit selbst als „Private Banking“ bezeichnet.

Dies rechtfertigt die Anwendung der zu Beginn zitierten Rechtsprechung des XI. Zivilsenates zur Aufklärungspflicht der Banken über Rückvergütungen.

(2)

Bei den an die Beklagte geflossenen Zahlungen handelte es sich sodann nicht „lediglich“ um nicht ohne weiteres aufklärungspflichtige Innenprovisionen, sondern um aufklärungspflichtige Rückvergütungen.

Derlei aufklärungspflichtige Rückvergütungen sind - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die anders als Innenprovisionen nicht etwa aus dem Anlagevermögen abfließen und auf dessen Werthaltigkeit Einfluss haben, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen gezahlt werden, so dass beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen kann, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt, so dass dieser das besondere Interesse an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen kann (zu vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 338/08, WM 2009, 2306; Beschl. v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925). Die

Fehlvorstellung über die Neutralität der Beratungsleistung der Bank, der mit der Aufklärungspflicht über Rückvergütungen begegnet werden soll, beruht allein darauf, dass die beratende Bank als Empfängerin der Rückvergütung ungenannt bleibt. Sie entsteht unabhängig davon, ob die Rückvergütung beispielsweise aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsgebühren oder aber aus einer anderen offen angegebenen Quelle an die beratende Bank fließt (zu vgl. BGH, Beschl. v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925; Beschl. v. 19.07.2011 – XI ZR 191/10).

Die in Rede stehenden Zahlungen waren nicht in diesem Sinne in den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Fondsobjektes versteckt und minderten demnach nicht die Werthaltigkeit des Anlagevermögens, sondern flossen aus den im Fondsprospekt offen ausgewiesenen Vertriebskosten. Die Beklagte blieb hierin als (letztendliche) Empfängerin solcher Provisionen ungenannt. Damit flossen die zuvor seitens des Klägers an die Fondsgesellschaft geleisteten Zahlungen „hinter dessen Rücken“ umsatzabhängig an die Bank zurück, womit deren besonderes Interesse, gerade diese Beteiligung zu empfehlen, für den Anleger nicht erkennbar war.

62

(3)

63

Über diese Rückvergütungen hat die Beklagte den Kläger – unstreitig – nicht ordnungsgemäß aufgeklärt. Im Rahmen des Beratungsgesprächs zwischen dem Kläger und dem Kundenberater D ist zwar thematisiert worden, dass der Beklagten eine Vertriebsprovision seitens der Fondsgesellschaft zufließen würde. Die Höhe dieser Vergütung ist dabei jedoch – dies ist unstreitig – von ihrem Mitarbeiter D nicht offen gelegt worden. Soweit die Beklagte darauf verweist, der Kläger sei selbst davon ausgegangen, dass sie (die Beklagte) für ihre Tätigkeit zumindest das Agio erhielt, entlastet sie ihr Vorbringen nicht. Denn dies ändert nichts daran, dass sie zur Aufklärung über die konkrete Höhe der Rückvergütungen verpflichtet gewesen wäre (zu vgl. BGH, Beschl. v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925; Beschl. v. 19.07.2011 – XI ZR 191/10). Andernfalls konnte der Kläger das Interesse der Beklagten an dem von ihr empfohlenen Erwerb der Fondsanteile und die damit verbundene Gefährdung seiner eigenen Interessen nicht abschließend einschätzen (vgl. hierzu BGH, Urte. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226). Bei diesem Sachverhalt hat es einer Vernehmung des Mitarbeiters D nicht bedurft. Mit Blick darauf, dass der maßgebliche Inhalt des Beratungsgesprächs bereits in der Klageschrift vom 30.12.2008 (Bl. 1 ff. d.A.) dargelegt worden ist und die haftungsrelevanten Tatsachen zwischen den Parteien unstreitig sind, war das Landgericht auch nicht gehalten, der Beklagten die beantragte Schriftsatzfrist zu gewähren.

64

Von einer Aufklärungspflichtverletzung kann sich die Beklagte auch nicht durch ihren Hinweis auf den Emissionsprospekt frei zeichnen. Unabhängig davon, dass dieser dem Kläger erst in dem Beratungsgespräch am 07.12.2008 – und damit jedenfalls zu spät – übergeben worden ist, lässt sich dem Fondsprospekt nicht entnehmen, dass die Beklagte auch nur teilweise in den Genuss der dort ausgewiesenen Vertriebsprovisionen oder des Agios kommen sollte. Vielmehr ist den dortigen Angaben allenfalls zu entnehmen, dass die W5 AG Empfängerin der dort genannten Vertriebsprovision und des Agios werden sollte. Soweit in dem Prospekt mitgeteilt wird, dass die W5 AG den Vertrieb auf Dritte übertragen kann, ergibt sich hieraus schon nicht ohne weiteres, dass damit die Beklagte gemeint sein könnte. Allein aus der Vertriebstätigkeit der Beklagten musste der Anleger nicht notwendig den Schluss ziehen, diese werde an den der W5 AG zustehenden Kosten der Eigenkapitalvermittlung beteiligt. Vielmehr konnte er gleichermaßen annehmen, das Interesse der Beklagten beschränke sich hierbei auf den Abschluss und die Aufrechterhaltung der üblicherweise auf Dauer angelegten

65

kostenpflichtigen Vertragsverhältnisse der Sparkasse E mit ihm als Bankkunden. Aber selbst wenn man davon ausginge, dass klar war, dass es sich bei dem im Prospekt auf Seite 93/94 angesprochenen Dritten um die Beklagte handeln sollte, war damit nach wie vor nicht ersichtlich, in welcher tatsächlichen Höhe Rückvergütungen an die Beklagte fließen sollten.

Unbeschadet dieser Pflichtverletzung wegen des Verschweigens der an sie geflossenen Rückvergütungen würde die Beklagte – dies lässt die Berufung außer Acht – aber selbst dann nicht von ihrer Haftung frei, wenn sie als bankenunabhängige Anlageberaterin anzusehen und dementsprechend in Anwendung der Rechtsprechung des III. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes nicht zur Aufklärung über sog. Kick-Back-Zahlungen verpflichtet gewesen wäre. Denn von dieser Problematik gänzlich unabhängig, fällt der Beklagten jedenfalls eine weitere, zum Schadensersatz führende Verletzung ihrer Beraterpflichten zur Last (vgl. dazu nachstehend unter bb)).

66

bb) 67

So liegt eine weitere – nach Auffassung des Senats nicht minder schwerwiegende –Pflichtverletzung der Beklagten darin begründet, den Kläger nicht darüber aufgeklärt zu haben, dass sie sich zuvor mit der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung vom 28.04./21.06.2004 verpflichtet hatte, bei der Vertriebsberatung nur Daten und Fakten zu verwenden, die ihr von der W5 AG oder der Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt worden waren, und keine hiervon, insbesondere von den Aussagen des Beteiligungsangebotes abweichenden oder darüber hinausgehenden Angaben zu machen. Auch dies musste die Beklagte ihrem Kunden jedoch offenbaren. 68

Die übernommene Verpflichtung begründete für die Beklagte von vorneherein die konkrete Möglichkeit eines Interessenkonflikts im Rahmen zukünftiger Beratungsgespräche mit Anlegern über die in Rede stehende Beteiligungsform. Eine dem bestmöglichen Interesse des Anlegers entsprechende eigenständige Anlageberatung - und dies ist das eigentliche Anliegen des Kunden - war der Beklagten damit nämlich nicht mehr selbstverständlich möglich. Denn eine solche Beratung muss nicht nur anleger-, sondern auch anlagegerecht sein. Das setzt in Bezug auf das Anlageobjekt eine gleichermaßen richtige wie vollständige Beratung und Aufklärung gerade auch über die speziellen Risiken, die sich aus den besonderen Umständen des Anlageobjekts ergeben, voraus. Diese darf sich, und zwar auch und gerade beim Vertrieb von Fondsbeteiligungen nicht etwa von vorneherein auf den Emissionsprospekt und sonstige Vertriebsunterlagen der Fondsgesellschaft oder der von dieser beauftragten Vertriebsgesellschaft beschränken. Vielmehr ist ein Berater, der solche Beteiligungen anbietet, verpflichtet, dem Kunden sämtliche für die Anlageentscheidung relevanten Daten des Anlageobjektes – und insoweit trifft ihn eine Pflicht zur Überwachung allgemein verfügbarer wie sonst üblicher Informationsquellen – mitzuteilen (BGH, Urt. v. 06.07.1993 – XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126). 69

Soweit die Beklagte sich einerseits im Hinblick auf die in Rede stehende Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung uneingeschränkt vertragskonform verhalten wollte, konnte sie sich andererseits gegenüber ihrem Kunden nicht mehr bedenkenlos zu einer anlagegerechten Beratung im vorgenannten Sinne verpflichten. Denn eine solche Beratung konnte sie nicht mehr von vorneherein unter allen Umständen gewährleisten. Vielmehr lief sie prinzipiell Gefahr, dem Anleger Risiken des Anlageobjektes nicht von sich aus offenbaren zu können, sofern sich die entsprechenden Daten nicht aus den ihr zur Verfügung gestellten Vertriebsunterlagen ergaben. Stattdessen war sie aufgrund der ihrem Wortlaut nach insoweit unmissverständlichen Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung zum Stillschweigen verpflichtet. Einer in einem solchen Fall von vorneherein und uneingeschränkt 70

vertragskonformen Aufklärung des Anlegers stand damit nicht nur ihr eigenes Provisionsinteresse, sondern gegebenenfalls sogar das Risiko einer Inanspruchnahme aus Ziffer (8) der Vereinbarung entgegen.

Wenn die Beklagte sich zum Abschluss einer derartigen Vertriebsvereinbarung trotz der damit verbundenen konkreten Möglichkeit eines solchermaßen schwerwiegenden, da ihre grundlegenden Beratungspflichten betreffenden Interessenkonflikts entschied, war sie zumindest verpflichtet, ihren Kunden hierüber von vornherein unmissverständlich zu informieren. Eine solche Aufklärung ist nicht nur notwendig, um dem Kunden das damit verbundene prinzipielle Risiko einer womöglich nicht ohne weiteres zuverlässigen Beratung vor Augen zu halten, um es ihm sodann selbst zu überlassen, ob er dieses einzugehen bereit ist. Vielmehr handelt es sich für den Anleger auch um eine wichtige Information zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Beklagten als Anlageberaterin. Eine sachgerechte Entscheidung, ob er deren Dienste überhaupt in Anspruch nehmen soll, obwohl diese mit dem vorherigen Abschluss der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung die Möglichkeit eines solchen Interessenkonflikts und der damit einhergehenden Gefährdung von Kundeninteressen aus Provisionsinteressen in Kauf nimmt, ist ihm ohne entsprechende Aufklärung regelmäßig nicht möglich.

71

c)

72

Die Beklagte hat ihre Aufklärungspflichten auch schuldhaft verletzt.

73

Gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Verschulden der Beklagten vermutet. Damit muss der Aufklärungspflichtige darlegen und beweisen, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Zum Vertretenmüssen gehören Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB), so dass die Beklagte bereits für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat. Soweit sich der Aufklärungspflichtige – und dies macht die Beklagte ausschließlich hinsichtlich der verschwiegenen Rückvergütungen und nicht etwa auch bezüglich des weiteren sich aus der Vertriebsvereinbarung ergebenden Interessenkonfliktes geltend – auf einen Rechtsirrtum über Bestehen und Umfang einer konkreten Aufklärungspflicht beruft, ist zu unterscheiden. Während die vorsätzliche Haftung bereits bei einem bloßen Rechtsirrtum entfällt, ist die Haftung wegen Fahrlässigkeit nur bei einem unvermeidbaren Rechtsirrtum ausgeschlossen. An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind insoweit strenge Maßstäbe anzulegen. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen und, soweit erforderlich, Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten. Grundsätzlich trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen. Er handelt bereits dann schuldhaft, wenn er bei einer nach der einschlägigen Rechtsprechung zweifelhaften Rechtslage zumindest mit der Möglichkeit rechnen musste, dass das zuständige Gericht einen anderen Rechtsstandpunkt vertritt (zu vgl. BGH, Beschl. v. 29.06.2010 – XI ZR 308/09, WM 2010, 1694). Es ist ihm insoweit nicht gestattet, den Gläubiger mit dem Risiko seiner rechtlichen Fehleinschätzung zu belasten (zu vgl. Nobbe, Anm. zu OLG Dresden, Urt. v. 24.07.2009 – 8 U 1240/08, WuB I G 1. – 5.10).

74

Die Beklagte handelte in diesem Sinne schuldhaft. Denn sie handelte im Hinblick auf den behaupteten Rechtsirrtum zumindest fahrlässig. Sie hätte bei der gebotenen kritischen Prüfung, und zwar auch schon vor den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur Aufklärungspflicht von Rückvergütungen vom 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226, und vom 20.01.2009 – XI ZR 510/07, WM 2009, 405, erkennen können, dass sie zur Aufklärung über die Provisionen verpflichtet war.

75

76

Die Beklagte hätte dies nämlich spätestens aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2000 – XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235, herleiten können und auch müssen. Die Beklagte, die sich – wie oben ausgeführt - nach ihrem äußeren Auftreten gerade nicht als bankenunabhängiger Anlageberater gerierte und das Geschäfts- und Vertrauensverhältnis der Sparkasse zu ihren Kunden für ihre Anlageberatung nutzte, musste damit rechnen, dass sie damit die gleichen Aufklärungspflichten wie die Sparkasse traf. Gleichmaßen wie eine Bank (vgl. zu deren Verschulden im Einzelnen mit den entsprechenden Nachweisen BGH, Beschl. v. 29.06.2010 – XI ZR 308/09, WM 2010, 1694) musste sie demzufolge aus der vorzitierten Entscheidung unschwer auf ihre Verpflichtung zur Aufklärung über eine von ihr geschaffene Gefährdung von Kundeninteressen schließen.

d) 77

Das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten war für die Anlageentscheidung kausal. 78

Der Anleger kann sich, sofern eine Aufklärungspflichtverletzung – wie dies hier der Fall ist – feststeht, grundsätzlich auf die tatsächliche Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die zu einer Beweislastumkehr führt, berufen. Diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters, also auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen (zu vgl. u.a. BGH, Urt. v. 12.05.2009 – XI ZR 586/07, WM 2009, 1274). Damit muss der Aufklärungspflichtige darlegen und beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte, also den richtigen Rat oder Hinweis nicht befolgt hätte (zu vgl. BGH, Urt. v. 16.11.93 – XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151; Urt. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05, ZIP 2007, 518). 79

Die Beklagte hat dieser ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht genügt. 80

Zwar greift die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht ein, wenn sich der Anleger bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, wenn es also nicht nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungspflichtigen Verhaltens gab (BGH, Urt. v. 16.11.93 – XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151; Urt. v. 07.05.2002 – XI ZR 197/01, BGHZ 151, 5). Allerdings muss hierfür aufgrund konkreter Umstände des Falles feststehen, dass dem Anleger bei gehöriger Aufklärung mindestens zwei tatsächlich von ihm zu ergreifende Handlungsalternativen zu Verfügung standen (BGH, Beschl. v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925.). 81

Aufgrund des Vorbringens der Beklagten kann hiervon indes nicht ausgegangen werden. 82

aa) 83

Selbst wenn im Falle einer Aufklärungspflichtverletzung im Hinblick auf die an die beratende Bank fließenden Rückvergütungen generell mehrere Handlungsalternativen denkbar sein mögen, heißt dies für sich genommen keineswegs zwangsläufig, dass sich im konkreten Fall de facto auch für den Kläger ein echter Entscheidungskonflikt im vorgenannten Sinne ergeben hätte (so in einem vergleichbaren Fall auch OLG Celle, Urt. v. 21.04.2010 – 3 U 202/09, BeckRS 2011, 11300). Konkrete Umstände dafür, dass sich für ihn vernünftigerweise tatsächlich mindestens zwei ernsthafte Handlungsalternativen eröffnet hätten, sind weder ohne weiteres ersichtlich noch von der Beklagten vorgetragen worden. Mangels tatsächlicher Anhaltspunkte sind ihre diesbezüglichen Annahmen letztlich rein spekulativ und demzufolge nicht erheblich. Weder der Umstand, dass der Kläger nach seinem eigenen Vorbringen sein Kapital für abgesichert hielt, noch die Erwägung, dass es ihm um eine hohe Steuerersparnis sowie um Renditeerwägungen ging, rechtfertigt die Folgerung, dass die tatsächliche 84

Provisionshöhe, selbst wenn diese vergleichsweise niedrig gewesen sein mag, für ihn nicht anlageentscheidend war. Die Gründe für die Aufklärungspflicht über den mit der umsatzabhängigen Rückvergütung begründeten Interessenkonflikt werden hiermit nämlich nicht relativiert. Denn nicht die Beteiligungsform, sondern die Beratungsqualität und damit die Glaubwürdigkeit der Beklagten als Berater stehen aufgrund deren Aufklärungspflichtverletzung – und hierauf weist der Kläger zu Recht hin – in Frage. Dementsprechend lässt sich aus dem Umstand, dass der Kläger die Anlage in der Annahme gezeichnet hat, der Beklagten würde als Vergütung für ihre Vertriebstätigkeit das Agio zufließen, nicht gleichsam folgern, dass er sich für die Anlage auch in Kenntnis der tatsächlichen Provisionshöhe entschieden hätte. Vielmehr zeigt gerade die von dem Kläger hinsichtlich des Agios getroffene Vereinbarung, wonach das Aufgeld hälftig an seine Tochter zurückzuerstatten war, dass die Höhe der an die Beklagte fließenden Vergütung für seine Anlageentscheidung keineswegs gleichgültig gewesen ist. Darüber hinaus hat die Beklagte konkrete Äußerungen des Klägers, die zwingend den Schluss zuließen, angesichts der mit der in Rede stehenden Anlageform zu erzielenden Steuerersparnis seien für den Anleger sämtliche übrigen Erwägungen, und zwar auch die Zuverlässigkeit des Beraters von untergeordneter Bedeutung gewesen, nicht dargetan.

bb) 85

Im Falle der Aufklärung über die mit der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung übernommene Verpflichtung, den Anleger ausschließlich anhand der von der Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellten Unterlagen zu beraten, hat die Beklagte eine vernünftige Handlungsalternative ohnehin nicht aufgezeigt. Eine solche ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich. Im Gegenteil ist es schwer vorstellbar, dass ein Anleger selbst im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung über einen solchen Umstand, der die Zuverlässigkeit der Beratung per se in Frage stellt, die Anlage nichtsdestotrotz, und zwar allein auf Empfehlung der Beklagten erworben hätte. 86

e) 87

Der Informationspflichtige kann dem Geschädigten grundsätzlich auch nicht gemäß § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten, er habe den Angaben nicht vertrauen dürfen und sei deshalb für den entstandenen Schaden mitverantwortlich. Derjenige, der einen Sachkundigen hinzuzieht, gibt nämlich damit zu erkennen, dass er auf dem betreffenden Fachgebiet nicht die erforderlichen Kenntnisse hat und auf fremde Hilfe angewiesen ist, so dass sein Vertrauen besonderen Schutz verdient (zu vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1981 - IVa ZR 286/80, WM 1982, 90). 88

2. 89

Nach § 249 Abs. 1 BGB kann der Kläger verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne die schuldhaften Aufklärungspflichtverletzungen stünde. Der Höhe nach steht ihm zunächst ein Anspruch auf Erstattung des Eigenkapitalanteils zzgl. des von ihm gezahlten hälftigen Agios zu. 90

a) 91

Neben dem Anspruch auf Rückzahlung des Eigenkapitals stehen dem Kläger (Prozess-) Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 ZPO seit dem 17.02.2009, dem Datum der Rechtshängigkeit, zu. Die Voraussetzungen des § 291 ZPO lagen von da an vor. 92

93

Der maßgebliche Hauptanspruch war zu diesem Zeitpunkt fällig und durchsetzbar. Der Zug-um-Zug-Vorbehalt steht der Fälligkeit der zuerkannten Hauptforderung im vorliegenden Fall nicht entgegen. Zwar wird die Fälligkeit einer Forderung dadurch ausgeschlossen, dass der Schuldner ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 274 BGB geltend macht oder der Gläubiger diesem mit seinem Klageantrag dadurch Rechnung trägt, dass er sogleich die Verurteilung nur Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung begehrt (zu vgl. BGH, Urt. v. 16.03.1973 – V ZR 118/71, BGHZ 60, 323; Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 323/97, EWIR 1999,105). Jedoch trägt die Einschränkung zur Zahlung (nur) Zug um Zug im vorliegenden Fall nicht etwa einem Zurückbehaltungsrecht, sondern allein dem im Schadensersatzrecht geltenden Prinzip der Vorteilsausgleichung Rechnung (zu vgl. BGH, Urt. v. 21.10.2004 – III ZR 323/03, NJW-RR 2005, 170). Danach sind bei der Feststellung des herzustellenden Zustandes die beiderseitigen Vorteile und Nachteile gemäß § 249 BGB zu berücksichtigen, ohne dass es hierfür eines besonderen Verlangens, insbesondere keiner (Zurückbehaltungs-) Einrede des Schuldners bedarf (zu vgl. BGH, Urt. v. 12.05.1958 – II ZR 103/57, WM 1958, 776).

Während damit der Kläger, der dem Prinzip der Vorteilsausgleichung im Übrigen bereits durch die Formulierung seines erstinstanzlichen Klageantrages Rechnung getragen hat, in den Genuss der Nutzungsvorteile des ihm rechtmäßig zustehenden Schadensersatzbetrages in Form der Prozesszinsen kommt, verwirklicht sich für die Beklagte lediglich das generelle Risiko eines jeden Schuldners, dessen Verteidigungsvorbringen sich im Laufe des Rechtsstreits als letztlich nicht durchgreifend erweist (zu vgl. BGH, Urt. v. 21.10.2004 – III ZR 323/03, NJW-RR 2005, 170). 94

b) 95

Darüber hinaus kann der Kläger jedoch keine weiteren Zinsen aus §§ 249, 252 BGB beanspruchen. Seine Berufung ist insoweit unbegründet. 96

Der Kläger hat nicht plausibel dargetan, dass er als Alternativanlage tatsächlich in Termin-, Fest- oder Tagesgeld investiert hätte. Angesichts des Umstandes, dass es ihm zum damaligen Zeitpunkt auch auf die Erzielung von Steuervorteilen ankam, liegt keineswegs auf der Hand, dass er den nicht unerheblichen Anlagebetrag festverzinslich angelegt hätte. Denn dies hätte ihm keinerlei Steuervorteile verschafft, sondern mit der Zinsrendite seine Steuerlast erhöht. Auch wenn der Kläger im Senatstermin am 13.10.2011 ergänzend ausgeführt hat, grundsätzlich auch in Festgeld investiert zu haben, bleibt letztlich rein spekulativ, welche Anlage er tatsächlich alternativ getätigt hätte. Hierüber können letztlich auch die Darlegungs- und Beweiserleichterungen der §§ 252 S. 2 BGB, 287 ZPO nicht hinweg helfen. 97

c) 98

Durch die Zug-um-Zug-Einschränkung der Hauptforderung ist dem Prinzip der Vorteilsausgleichung Rechnung zu tragen. Danach ist ein Schadensersatzanspruch von vorneherein nur mit der Einschränkung begründet, dass gleichzeitig die Vorteile – und diese bestehen hier in der Beteiligung an dem Fonds – herauszugeben sind, die mit dem schädigenden Ereignis in adäquatem Zusammenhang stehen (zu vgl. BGH, Urt. v. 21.10.2004 – III ZR 323/03, NJW-RR 2005, 170). Zu berücksichtigen ist hierbei, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Fonds um eine sog. PublikumsKG handelt. Damit ist der Kläger als Anlagegesellschafter lediglich wirtschaftlich an der Gesellschaft beteiligt, während ausschließlich der Treuhänder (rechtlich) Kommanditist ist. Der Kläger kann und muss demzufolge allein seine Rechte aus dem Treuhandverhältnis zur W2 GmbH und der Treuhandkommanditbeteiligung übertragen. Dementsprechend waren die Klageanträge 99

auszulegen. Denn vernünftigerweise bietet der Kläger nur die Rechtsposition an, die er aufgrund der Zeichnung erworben hatte (zu vgl. BGH, Beschl. v. 06.07.2010 – XI ZB 40/09, WM 2010, 1673). Allein dies entspricht, und zwar auch aus Sicht der Beklagten der recht verstandenen Interessenlage beider Parteien (vgl. zur Auslegung von Prozesshandlungen: Zöller-Greger, 28. Aufl., Vor § 128 ZPO, Rn. 25 m.w.N.).

Etwaige Schwierigkeiten bei der Übertragung der Beteiligung im Hinblick auf im Treuhand- und/oder im Gesellschaftsvertrag angeordnete Zustimmungserfordernisse stehen der angebotenen Zug-um-Zug-Leistung nicht entgegen. Mit der Übertragung der Rechte aus dem Treuhandverhältnis steht es der Beklagten frei, diese Zustimmungen selbst einzufordern. Hierbei sich ergebende Schwierigkeiten fallen in den Risikobereich der schadensersatzpflichtigen Beklagten und nicht in denjenigen des geschädigten Klägers (zu vgl. BGH, Beschl. v. 28.11.2007 – III ZR 214/06, BeckRS 2007, 65138; Beschl. v. 06.07.2010 – XI ZB 40/09, WM 2010, 1673; OLG Celle, Urt. v. 21.10.2009 – 3 U 94/09, WM 2010, 499; OLG Hamm, Urt. v. 03.03.2010 – 31 U 106/08, BeckRS 2010, 08982).

d) 101

Die Beklagte ist ferner gemäß § 280 Abs. 1 BGB verpflichtet, den Kläger im Wege der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB von den Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag mit der Y-BANK freizustellen, und zwar wiederum mit der vorgenannten Zug-um-Zug-Einschränkung. 102

e) 103

Der Kläger kann zudem verlangen, dass die Beklagte ihn im Wege der Naturalrestitution nach § 249 S. 1 BGB von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freistellt, die aus der Beteiligung an dem W 4 resultieren. Soweit der Kläger die sprachliche Fassung der Zug-um-Zug-Verurteilung des erstinstanzlichen Urteils beanstandet und hierdurch das Übertragungsrisiko auf seiner Seite sieht, wird seinem Begehren durch die jetzige Fassung des Tenors Rechnung getragen. 104

f) 105

Auf die Berufung des Klägers war schließlich festzustellen, dass sich die Beklagte im Hinblick auf das Angebot des Klägers auf Übertragung seiner Rechte und Pflichten aus der Treuhandvertrag in Annahmeverzug (§§ 293, 295 BGB) befindet. Die Beklagte hat dieses mit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs Zug um Zug erfolgte Angebot durch den Antrag auf Klageabweisung bestimmt und endgültig abgelehnt hat. 106

III. 107

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Kläger ist in verhältnismäßig geringfügigem Umfang und letztlich nur mit einer Nebenforderung unterlegen, die keine höheren Kosten veranlasst hat. Der Senat hat es deshalb für angemessen erachtet, der Beklagten die gesamten Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. 108

IV. 109

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gem. § 543 Abs.2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache ist weder von grundsätzlicher Bedeutung noch erfordert sie zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des 110

Revisionsgerichts.

