
Datum: 05.06.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 34. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 34 U 147/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0605.34U147.11.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 2 O 465/10

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 14.09.2011 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund – 2 O 465/10 – wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 14.09.2011 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund - 2 O 465/10 – teilweise hinsichtlich Ziffer 5 des Tenors abgeändert und insoweit wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit betreffend den Schadensersatz wegen der Beteiligung an der W GmbH & Co KG im Umfang von am 13.01.2012 gezahlter 68.000,00 € erledigt ist; insoweit bleibt die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 16.000,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus 84.000,00 € seit dem 28.01.2011 bis zum 12.01.2012 und aus 16.000,00 € seit dem 13.01.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und es verbleibt beim erstinstanzlichen Urteil.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 22 %, die Beklagte zu 78 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar; für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten abzuwenden durch

Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Beschwer der Parteien übersteigt 20.000,-- Euro.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen angeblich fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit von ihr gezeichneten Beteiligungen an den beiden W2 + W GmbH & Co KG (im Folgenden W2 + W) auf Schadensersatz und Rückabwicklung in Anspruch.

Unternehmerisches Ziel der W2 und W war ausweislich des Fondsprospekts die Finanzierung von Filmproduktionen, die im Weiteren über Lizenznehmer vermarktet werden sollten.

Die Klägerin war seit Jahrzehnten Kundin der Stadtsparkasse E2. Sie war auch langjährige Kundin der Beklagten, die eine 100 %ige Tochter der Stadtsparkasse E2 ist.

Ab 2002 wurde die Klägerin von dem Mitarbeiter Q der Beklagten beraten. Dieser suchte die Klägerin, die damals noch als niedergelassene Ärztin berufstätig war, am 25.11.2002 in ihren Praxisräumen auf. Nach einem Beratungsgespräch, dessen Inhalt streitig ist, unterzeichnete die Klägerin eine Beteiligungserklärung über eine Beteiligung an dem **W2** in Höhe von 50.000,00 €. Dabei waren 55 % der Beteiligung als Bareinlage an die Fondsgesellschaft zu erbringen, nebst einem 3 %igen Agio auf den Zeichnungsbetrag in Höhe von 1.500,00 €. Die restliche Einlage von 45 % sollte zunächst fremdfinanziert und schließlich durch die erwirtschafteten Gewinne der Gesellschaft geleistet werden. Bareinlage und Agio leistete die Klägerin in voller Höhe.

Der Prospekt zum W2 enthält auf Seite 34 eine Tabelle zur Investitionsplanung, die unter der Überschrift „Mittelverwendung“ zu Ziffer 04. emissionsbedingte Nebenkosten für die „Eigenkapitalvermittlung“ iHv 8,90 % des Kommanditkapitals ausweist.

In den nachfolgenden „Erläuterungen“ auf der nächsten Seite heißt es dazu:

„Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der C AG abgeschlossen. Die Vergütung in Höhe von 8,9 % des Beteiligungskapitals beinhaltet eine ggf. anfallende Umsatzsteuer. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die C AG das Agio. ...“

Ferner wird im unmittelbaren Anschluss an die Tabelle das Agio wie folgt erläutert:

„Ein Agio in Höhe von 3 % auf die Zeichnungssumme (Kommanditkapital) wird innerhalb von einer Woche nach Zugang der Annahme der Beitrittserklärung zur Zahlung fällig. Es dient der Eigenkapitalvermittlerin, der C AG, zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen.“

Im Abschnitt „12. Vertragsgrundlagen“ auf Seite 62 heißt es zu dem von der Fondsgesellschaft mit der C AG (im Folgenden C AG) geschlossenen

„Eigenkapitalvermittlungsvertrag“ u.a. wie folgt:

„Die C AG wird die Vermittlung des beschriebenen Eigenkapitals ... organisieren. Die C AG hat das Recht, ihre Rechte und Pflichten aus dieser Vertriebsvereinbarung auf Dritte zu übertragen, und die Verpflichtung, nur die vom C2 zur Verfügung gestellten Beteiligungsunterlagen zu benutzen.

13

Hierfür erhält die C AG eine Vergütung von 8,9 % des Kommanditkapitals. Das von den beitretenden Kommanditisten zu erbringende Agio in Höhe von 3 % ist eine zusätzliche Vergütung für die Eigenkapitalvermittlung. ...“

14

Wegen der weiteren Einzelheiten des Emissionsprospekts zum W2 wird auf den mit der Klageschrift vom 30.10.2010 in Ablichtung zur Akte gereichten Emissionsprospekt (Anlage K 1.2) Bezug genommen.

15

Am 12.11.2003 zeichnete die Klägerin nach Beratung durch den Zeugen Q eine Beteiligung an dem **W** Medienfonds in Höhe von 80.000,00 € zuzüglich eines Agios von 5 % in Höhe von 4.000,00 €. Die Klägerin leistete die volle Zeichnungssumme zuzüglich Agio in Höhe von insg. 84.000,00 € an die Fondsgesellschaft.

16

Der Prospekt zum W enthält auf Seite 40 eine Tabelle zur Investitionsplanung, die unter der Überschrift „Mittelverwendung“ zu Ziffer 02. emissionsbedingte Nebenkosten für die „Eigenkapitalvermittlung“ iHv 8,90 % des Kommanditkapitals ausweist.

17

Die nachfolgenden „Erläuterungen“ wie auch die Angaben zum „Eigenkapitalvermittlungsvertrag“ auf Seiten 68/69 des Prospekts entsprechen wortwörtlich derjenigen des W2, mit der einzigen Ausnahme, dass das vom beitretenden Kommanditisten zu erbringende Agio hier 5 % beträgt.

18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Emissionsprospekts zum W wird auf den mit der Klageschrift in Ablichtung zur Akte gereichten Emissionsprospekt (Anlage K 2.2) Bezug genommen.

19

Die Beklagte war in Hinsicht auf den W2 und W von der C AG als Vertriebspartnerin für die Eigenkapitalvermittlung gewonnen worden. Sie erhielt für die Vermittlung der Fondsanteile nach der mit der C AG geschlossenen Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung jeweils Provisionen in einer das Agio übersteigenden Höhe, ohne dass die genaue Höhe der Klägerin offen gelegt wurde.

20

Die Fondsbeteiligungen erbrachten in der Folgezeit nicht den erhofften wirtschaftlichen Erfolg. Insbesondere erkannten die Finanzämter die steuerlichen Verlustzuweisungen der Fondsgesellschaft W letztendlich nicht an.

21

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin im Wesentlichen die Rückabwicklung ihrer Beteiligungen an den W2 und W, die Freistellung von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen sowie entgangenen Gewinn in Höhe von 4 % Zinsen p.a. auf das Anlagekapital im Zeitraum von Zeichnung der Beteiligungen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit.

22

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte habe die ihr aus dem Beratungsvertrag erwachsenen Pflichten verletzt. Die Beklagte habe vor allen pflichtwidrig unterlassen, sie über die Höhe der Provisionen aufzuklären, die ihr im Falle der erfolgreichen Empfehlung der Kapitalanlage zufließen. Über den Verdienst der Beklagten sei nicht gesprochen worden. Auch habe sie hiervon keine Kenntnis gehabt. Entsprechend den Vereinbarungen anderer

23

Banken gehe sie davon aus, dass die Beklagte bei W2 und W Rückvergütungen von bis zu 17 % der Bareinlage erhalten habe. Die Prospekte habe sie jeweils erst zum jeweiligen Beratungsgespräch am Tag der Zeichnung der Beteiligungen erhalten.

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe gewusst, dass sie für die Vermittlung der Beteiligungen eine Vermittlungsprovision von der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft erhalte. Der Prospekt für den W2 habe der Klägerin beim abschließenden Beratungsgespräch bereits mehr als 5 Wochen vorgelegen. Bei der Beratung sei auf die unternehmerischen und steuerlichen Risiken der Beteiligungen und auf die Haftung der gesamten Kommanditeinlage hingewiesen worden. Im Jahr 2003 sei ein Übereinkommen erzielt worden, dass zur Optimierung der Steuersituation negative Einkünfte generiert werden sollten. Die Klägerin sei dabei nach Zuleitung des Prospekts ausführlich über den Medienfonds W informiert worden. Dabei sei die steuerliche Konzeption wie aus dem Prospekt ersichtlich in sich schlüssig gewesen. 24

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung sämtlicher Ansprüche erhoben. Der Klägerin seien deren tatsächlichen Voraussetzungen bekannt, bzw. grob fahrlässig unbekannt geblieben. 25

Wegen des weiteren Sachverhalts sowie des Vorbringens der Parteien in erster Instanz einschließlich der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 26

Das **Landgericht** hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 29.000,00 € (W2) sowie 84.000,00 € (W) nebst Prozesszinsen zu zahlen, sie von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die mittelbar oder unmittelbar aus den gezeichneten Beteiligungen resultieren und zwar Zug um Zug gegen Übertragung ihrer Beteiligung an den beiden Medienfonds. 27

Zur Begründung hat das Landgericht folgendes ausgeführt: 28

Die Klage sei überwiegend begründet. Der Klägerin stünden in der Hauptsache die geltend gemachten Ansprüche wegen Aufklärungspflichtverletzungen aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Anlageberatungsvertrag zu. 29

Die Beklagte habe ihre Pflichten zur anleger- und objektgerechten Beratung verletzt indem sie die Klägerin nicht auf die ihr versprochene Rückvergütung und deren Höhe ungefragt hingewiesen habe. Dabei hat das Landgericht die Beratungsleistungen der Beklagten an dem Maßstab der für Banken geltenden Aufklärungspflichten gemessen und dementsprechend eine Offenlegung der an sie geflossenen Rückvergütungen und deren konkreten Höhe für erforderlich gehalten. Die Beklagte habe die Klägerin – unstreitig – nicht über die Höhe der an sie fließenden Provisionen informiert und hiermit eine Aufklärungspflichtverletzung begangen. Auch der Prospekt habe über die von der Beklagten empfangene Vergütung keinen Aufschluss gegeben. 30

Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, ohne Verschulden gehandelt zu haben. Grundsätzlich werde das Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum der Beklagten liege nicht vor. Hinsichtlich der Kausalität streite für die Klägerin die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. 31

Die Klageforderung sei nicht verjährt. Kenntnis von der Rückvergütung an die Beklagte und deren Höhe habe die Klägerin erst im Prozess erhalten. Es sei auch nicht feststellbar, dass 32

sie sich grob fahrlässig zuvor der Kenntnis verschlossen habe.

Der Klägerin stünden im Zuge der Rückabwicklung der streitbefangenen Anlagegeschäfte Verzugszinsen nach §§ 286, 288 Abs. 1 BGB ab Rechtshängigkeit zu. Darüber hinaus stehe der Klägerin kein Zinsanspruch zu. Es sei unstreitig, dass die Klägerin auch eine steuerwirksame Anlage habe tätigen wollen. Eine festverzinsliche Anlage, die zur Erzielung von Steuervorteilen nicht geeignet sei, stelle sich folglich nicht als wahrscheinlich dar. 33

Mit ihrer dagegen eingelegten Berufung hält die **Beklagte** unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens an ihrer bisherigen Rechtsverteidigung fest und begehrt die vollständige Abweisung der Schadensersatzklage. 34

Die Beweiswürdigung des Landgerichts, wonach es offen bleibe, ob der Zeuge Q die Klägerin auf die von der Beklagten erwartete Provision hingewiesen habe, sei nicht haltbar. Es stelle einen mit dem freien Ermessen nicht mehr vereinbaren Wertungswiderspruch dar, wenn das Landgericht einerseits die eingeschränkte Aussage der Klägerin trotz des langen Zeitablauf als glaubhaft ansehe, andererseits die Aussage des Zeugen Q wegen der langen Zeitdauer als „unwahrscheinlich“ abqualifiziere, obwohl der Zeuge schriftliche Unterlagen über das Gespräch habe und eine belastbare Begründung für seine genaue Erinnerung habe. Nach der glaubhaften und unterlegten Aussage des Zeugen Q stehe fest, dass er die Klägerin auf den Erhalt von Provisionen hingewiesen habe. 35

Auf die Tatsache, dass über die Höhe der Provisionen nicht gesprochen worden sei, komme es bei dieser Beweislage nicht an. Wenn eine Aufklärung über die Provision erfolgt sei, bestehe eine Obliegenheit des Anlegers, sich nach deren Höhe konkret zu erkundigen, wenn diese für ihn von Bedeutung sei. Die Ausführungen des Landgerichts, die Klägerin habe keinen Anlass gehabt, nach der Höhe der Provision zu fragen, seien daher unzutreffend. Überdies könne die Zahlung einer Provision an die Beklagte auch aus den Prospekten entnommen werden. Hier sei der ausdrückliche Hinweis enthalten, dass Kosten für Eigenkapitalbeschaffung anfallen und dass die Vertriebsgesellschaft berechtigt sei, Unteraufträge an Dritte zu erteilen. Kein verständiger Anleger habe die Vorstellung, dass einerseits die vermittelnde Bank keine Provision erhalte, andererseits aber unbeteiligte Dritte eine Provision erhalten würden. 36

Die Beklagte verbleibt bei ihrer Auffassung, dass sie für den Kunden erkennbar als selbständiger Finanzdienstleister am Markt tätig sei. Als freie Anlageberaterin habe die Beklagte entsprechend der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH nur über solche Vertriebsprovisionen aufklären müssen, die höher als 15 % gelegen hätten. Die Argumentation des Landgerichts, sie sei gleichsam ein verlängerter Arm der Sparkasse E2, sei in keiner Weise belastbar. Die Frage, ob sie ein freier Anlageberater sei oder eine unselbständige Unterabteilung der Sparkasse E2 hänge nach Ansicht der Beklagten nicht von der subjektiven Wahrnehmung eines Kunden ab; es handele sich vielmehr um eine objektive Tatsache. Die Klägerin habe schon in der Vergangenheit Geschäfte mit ihr in ihren Geschäftsräumen getätigt und habe hieraus zweifelsfrei entnehmen können, dass es sich bei ihr um eine eigenständige Gesellschaft handle. Die Eigenständigkeit der Beklagten sei der Klägerin bekannt gewesen, was sich bereits aus der von dieser unterzeichneten Betreuungseinverständnis-/Datenschutzerklärung (s. Bl. 250 d.A.) ergebe. 37

Die These des Landgerichts, die Klägerin habe davon ausgehen können, die Beratung sei im Interesse der Mutter (Sparkasse E2) am Erhalt und der Fortführung der Kontoverbindung erfolgt und damit abgegolten, sei abwegig. Es sei ökonomisch nicht möglich und rechtlich unzulässig aus den Kontoführungsgebühren und/oder Kreditzinsen eine Spezialabteilung für 38

Anlageberatung zu subventionieren.

Das Landgericht habe fehlerhaft die notwendige Kausalität bejaht. Wenn – wie vorliegend – der Kunde Kenntnis von der Zahlung einer Provision an die Beklagte gehabt habe, bestünde keine Vermutung und erst recht kein Beweis dahingehend, dass die Klägerin nicht gezeichnet hätte, wenn sie Kenntnis von der tatsächlichen Höhe der Provision gehabt hätte. 39

Die Beklagte beruft sich weiter auf Verjährung. Da die Klägerin Kenntnis von der Zahlung einer Provision an die Beklagte gehabt hätte, hätte sie seit 2002 zumindest eine grob fahrlässige Unkenntnis von den näheren Umständen, weil sie nicht nachgefragt hätte. 40

Im Übrigen habe das Landgericht einen Anspruch der Klägerin auf entgangenen Gewinn zu Recht abgewiesen. Nach den gesamten Umständen des Einzelfalles sei es nach der Beweisaufnahme im vorliegenden Fall gerade nicht wahrscheinlich gewesen, dass die Klägerin alternativ eine festverzinsliche Anlage gewählt hätte. Der Klägerin sei es in erster Linie um Erzielung von Steuervorteilen gegangen. 41

Die Beklagte beantragt, 42

die Klage unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung sowie unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin insgesamt abzuweisen. 43

Nachdem der **Klägerin** mit Wertstellung zum 13.01.2012 aus der streitgegenständlichen Beteiligung W Ausschüttungen in Höhe von 68.000,00 € zugeflossen sind und diese darüber hinaus mit einem am 01.03.2012 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Anschlussberufung eingelegt hat, hat die Klägerin den Rechtsstreit in Höhe der erfolgten Zahlung für erledigt erklärt und beantragt nunmehr, 44

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und das Urteil des Landgerichts zu den Ziffern 1. und 5. dahin abzuändern, dass die Beklagte weiter verurteilt wird, 45

1. 46

an die Klägerin 29.000,00 € zuzüglich Zinsen hieraus vom 01.11.2002 in Höhe von 4 % bis zum 27.01.2011 und ab dem 28.01.2011 Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen. 47

5. 48

an die Klägerin 16.000,00 € zuzüglich Zinsen aus 84.000,00 € in Höhe von 4 % seit dem 01.11.2003 bis zum 27.01.2011 und ab dem 28.01.2011 Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz bis zum 13.01.2012 und aus 16.000,00 € ab dem 14.01.2012 zu zahlen. 49

Die Klägerin verteidigt das Urteil des Landgerichts und tritt dem Rechtsmittel der Beklagten unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt entgegen: 50

Die Beklagte müsse sich wie eine Bank behandeln lassen, da sie eine Tochter der Sparkasse E2 sei und sie (die Klägerin) in dem Glauben gelassen habe, sie tätige Geschäfte mit der Sparkasse E2. Die Beklagte habe das Vertrauen der Sparkasse E2 in Anspruch genommen. Mit dem Gewinnabführungsvertrag sei auch das Argument der Beklagten erstickt, es hätte klar sein müssen, dass der private Finanzdienstleister etwas verdienen müsse. Die Aufteilung sei eher organisatorischer Art. 51

Rechtsfehlerfrei sei das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte ihre Beratungspflichten dadurch verletzt habe, dass sie die Klägerin im Beratungsgespräch nicht über die Höhe der ihr zufließenden Rückvergütungen aufgeklärt habe. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass eine Aufklärung anhand des ohnehin zu spät übergebenen Prospekts erfolgt sei. Die Prospekte seien zur Aufklärung nicht geeignet gewesen. Aus der dort ausgewiesenen Berechtigung der C AG, Dritte als Vertriebspartner einzusetzen, lasse sich für den Anleger nicht erkennen, dass die Beklagte ein solcher Vertriebspartner sei, dass das Agio an die Beklagte fließe und vor allem in welcher Höhe die Beklagte darüber hinaus Rückvergütungen erhalte. Der bei der Beklagten bestehende und aufklärungspflichtige Interessenkonflikt komme in den Prospekten zu W2 und W nicht einmal ansatzweise zum Ausdruck.	52
Tatsachen, welche die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens erschüttern könnten, lägen nicht vor. Bei Kenntnis der Rückvergütungen, insbesondere deren Höhe, hätte sie von einer Zeichnung abgesehen.	53
Die Beklagte habe die Pflichtverletzung zu vertreten. Bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt hätte sie damit rechnen müssen, dass eine generelle Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bestand.	54
Die Forderungen seien auch nicht verjährt. Sie habe erst im Jahr 2010 Kenntnis von ihren Schadensersatzansprüchen erlangt.	55
Das Landgericht habe aber zu Unrecht keinen entgangenen Gewinn zugesprochen. Es sei hinreichend dargelegt worden, dass sie (die Klägerin) auf eine sichere Anlage setzen wollte. Zur Schätzung der Zinshöhe nach § 287 ZPO sei danach auf den Zinssatz festverzinslicher Anlagen mit einer langen Laufzeit abzustellen, wobei sie eine Mindestrendite von 4 % p.a. erzielt hätte. Es wäre von ihr in eine sichere Anlage mit Kapitalschutz und Verzinsung investiert worden, die Durchschnittsrendite von 4 % sei dabei noch konservativ angesetzt. Bei den Beteiligungen W2 und W habe es sich nicht um Steuerspar-, sondern um Steuerverschiebemodelle gehandelt. Da es keinen dauerhaften Steuerspareffekt gegeben habe, könne diese Motivation auch nicht für eine alternative Anlage entscheidend sein. Überdies habe es sich bei W2 und W um Garantiefonds gehandelt. Die Frage, ob sie bei einer Alternativanlage ein Steuersparmodell mit unsicherer Rendite gezeichnet hätte, sei angesichts der Sicherheitsorientierung zu verneinen. Zumindest sei hilfsweise für den Zeitraum zwischen Zeichnung und Rechtshängigkeit ein Inflationsausgleich zu geben, da in diesem Zeitraum die Gelder entsprechend weniger wert geworden seien.	56
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	57
B.	58
I.	59
Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.	60
Der Klägerin steht aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs.2 BGB i.V.m. dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Beratungsvertrag ein Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz von 29.000,00 € (W2) und 16.000,00 € (W) nebst („Prozess-„) Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu, und zwar Zug um Zug gegen Abgabe eines Angebots auf Übertragung der gezeichneten Beteiligungen an den	61

Medienfonds W2 und W sowie Abtretung aller Rechte aus diesen Beteiligungen an die Beklagte.

1. 62

Das Landgericht ist in zutreffender Bewertung der Sach- und Rechtslage und nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien 2002 und 2003 jeweils ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen ist. Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank oder – wie hier – ein 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). Die Beklagte schuldete daher eine anleger- und objektgerechte Beratung. 63

2. 64

Die Beklagte hat die ihr aus dem Anlageberatungsvertrag obliegenden Pflichten verletzt, indem sie die Klägerin im Zuge der Beratungen zur Zeichnung der Beteiligungen W2 und W nicht über die Höhe der ihr für den Vertrieb der Medienfondsbeteiligungen zufließenden Rückvergütungen aufgeklärt hat. 65

a) 66

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte die Klägerin nicht umfassend über die genaue Höhe der ihr aufgrund der Vertriebsvereinbarung mit den Fondsgesellschaften zugeflossenen Rückvergütungen in jedenfalls das jeweilige Agio übersteigender Höhe aufgeklärt hat. Sie hat die Klägerin damit nicht ordnungsgemäß über die konkrete Höhe ihrer Vertriebsprovision belehrt. 67

Die Aufklärung über diese Zahlungen war indes grundsätzlich notwendig, um der Klägerin als Kundin einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Beklagten, und zwar zwischen ihrem eigenen Umsatzinteresse einerseits und ihren Aufklärungspflichten als Anlageberaterin gegenüber ihren Kunden andererseits offenzulegen. 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. BGH, Urt. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226; BGH Urt. v. 12.05.2009 – XI ZR 586/07, WM 2009, 1274; BGH Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 338/08, WM 2009, 2306; BGH Beschl. v. 20.01.2009 – XI ZR 510/07, WM 2009, 405; BGH Beschl. v. 29.06.2010 – XI ZR 308/09, WM 2010, 1694; BGH Beschl. v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925; BGH Beschl. v. 19.07.2011 – XI ZR 191/10). 68

Eine dahingehende Aufklärung war auch nicht etwa entbehrlich, weil sich der Klägerin angesichts der Unentgeltlichkeit der Beratungsleistung gleichsam hätte aufdrängen müssen, dass die Beklagte von dritter Seite ein Entgelt, mithin vorliegend die Vertriebsprovision seitens der Emittentin erhält. 69

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 (ggf. vermittelt 70

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 einem 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 (BGH Ur. v. 03.03.2011 – III ZR 170/10, WM 2011, 640; BGH Ur. v. 15.04.2010 – III ZR 196/09, WM 2010, 885; Schlick, Die aktuelle Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH zum Kapitalanlagerecht, WM 2011, 154, 158).

- b) 71
- Die Beklagte kann sich im vorliegenden Fall jedoch auf diesen ausschließlich für unabhängige Anlageberater geltenden reduzierten Aufklärungsmaßstab nicht berufen. 72
- Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg auf die Rechtsprechung des III. Senats des Bundesgerichtshofs stützen und einwenden, als selbständige Finanzberaterin bestehe keine Verpflichtung gegenüber ihren Kunden, ungefragt über eine von ihr bei der empfohlenen Anlage erwartete Provision aufzuklären. 73
- Denn bei der Beklagten handelt es sich gerade nicht um einen im Sinne der vorzitierten Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs freien da bankenunabhängigen Anlageberater. 74
- Mit der Auslagerung der Anlageberatung aus dem Tätigkeitsbereich der Sparkasse E2 auf die Beklagte mag zwar eine gesellschaftsrechtliche Ausgliederung vollzogen worden zu sein. Dies macht die Beratungsgesellschaft jedoch nicht automatisch zu einem freien Anlageberater im oben genannten Sinne (Senat 34 U 55/10 in diesem Sinne auch OLG München, Ur. v. 15.02.2011 – 5 U 4507/10; OLG Düsseldorf Beschluss v. 09.05.2011 – I 14 U 12/11). Es kommt vielmehr 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. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. etwa die Senatsurteile v. 14.07.2011 – 34 U 55/10 sowie v. 31.01.2012 – 34 U 110/11). 75
- Hiervon kann vorliegend bei der Beklagten ersichtlich nicht ausgegangen werden. Die Beklagte dokumentiert mit ihrer gesellschaftsrechtlichen Eigenständigkeit nach außen hin keineswegs ihre Unabhängigkeit von der Sparkasse E2. Sie nutzt vielmehr den Umstand, dass die Sparkasse ihre Alleingesellschafterin ist, dafür, ihr besonderes Näheverhältnis zu dieser, und zwar nicht zuletzt durch den Gebrauch des unverkennbaren Firmenlogos der Sparkasse zu demonstrieren und übernimmt schon damit deren sog. Corporate-Identity-Konzept. Dabei macht sich die Beklagte bewusst den Vertrauensvorsprung der Sparkasse und zwar vor allem gegenüber deren langjährigen Kunden wie der Klägerin zu Nutze. 76

Die Beklagte hat das besondere Vertrauen in Anspruch genommen, das Kunden gerade in die Anlageberatung durch eine Bank haben. Dabei wurde der Klägerin selbst nach dem Vorbringen der Beklagten in keiner Weise bewusst gemacht, dass sie den Geschäftsbereich „ihrer“ Sparkasse E2 verließ und sich mit der Beklagten in die Hände eines selbständigen Unternehmens begeben würde.

Die Beklagte vermag ihr Vorbringen, der Klägerin sei die Eigenständigkeit der Beklagten bekannt gewesen, auch nicht mittels der von ihr vorgelegten Betreuungseinverständnis-/Datenschutzerklärung zu untermauern. Zunächst stammt diese von der Klägerin unterzeichnete Erklärung aus dem Jahr 2006, während die Beteiligungen zuvor in den Jahren 2002 und 2003 gezeichnet worden waren. 78

Deutlich wird aber auch, dass die Beklagte unter Nutzung der bei der Sparkasse E2 bekannten Kundendaten an deren Kunden (wenn auch mit deren Einverständnis) herantritt und die Anlageberatungen durchführt. Durch eine Ausgliederung der Beratungstätigkeit auf eine 100 %ige Sparkassentochter bei gleichzeitiger Nutzung von der Sparkasse bekannten Kundendaten und Angaben zu Vermögensverhältnissen zum Zwecke der Einfädlung von Beratungsgesprächen wird der bestehende Interessenkonflikt nicht behoben. Eine effektiver Schutz des Bankkunden vor den Gefahren einer von Eigeninteressen beeinflussten Beratung kann nicht durch Auslagerung der Beratungstätigkeit erreicht werden, wenn das formal rechtlich selbständige Drittunternehmen die Erkenntnisse der Bank und die dort vorhandenen Kundendaten sowie vor allem das Vertrauen des Bankkunden in die Integrität seiner Bank für die Herbeiführung und Durchführung einer Anlageberatung planmäßig und mit Wissen und Wollen der Bank nutzt (OLG München, Urt. V. 29.03.2011 – 5 U 4680/10 – juris -). 79

Eine klare Grenzziehung zwischen der Sparkasse einerseits und der Beklagten andererseits gab es gerade nicht, geschweige denn war für Kunden erkennbar, dass 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. Kunden wie der Klägerin wurde im Gegenteil der Eindruck vermittelt, dass ihnen als „Premiumkunden“ mit der Betreuung durch die ausgegliederte Beratungsgesellschaft nunmehr eine ganz individuelle und besonders qualifizierte Beratung seitens der Sparkasse E2 zuteil werden sollte. Denn allein der Firmenbestandteil „Private Banking“ in Zusammenhang mit dem unverkennbaren Firmenlogo der Sparkasse suggeriert dem Kunden, dass es sich hierbei lediglich um eine besondere Sparte der Sparkasse E2 für vermögende Privatkunden handelt. Zu diesem Eindruck trägt auch die gleichlautende Ortsbezeichnung „E2“ in der vollständigen Firmenbezeichnung der Beklagten bei. Auch 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 Anlageberaterin. 80

In Anbetracht der vorbeschriebenen Umstände musste die Klägerin ohne nähere Aufklärung nicht damit rechnen, dass der Beklagten als Beratungsgesellschaft seitens der Emittentin der Fonds, respektive deren Vertriebsgesellschaft, ein Entgelt für die Vermittlung der streitgegenständlichen zwei Fondsanlagen zufließt. Hierbei trifft sie – anders als bei der Empfehlung durch einen freien Anlageberater – keineswegs der Vorwurf, sie ginge insoweit „blauäugig“ davon aus, die Beklagte werde völlig altruistisch, frei von jedweden Provisionsinteresse kostenlos für sie tätig. Denn angesichts der Begleitumstände durfte sie annehmen, die vertragliche Beziehung zur Beklagten als Beratungsgesellschaft sei – im Unterschied zu BGH, Urt. V. 03.03.2011 – III ZR 170/10, WM 2011, 640 – gleichsam in ihre Geschäfts- und im Übrigen auch Vertrauensbeziehung zur Sparkasse E2 „eingebettet“. Dies 81

rechtfertigt die Anwendung der Aufklärungspflicht von Banken über den Erhalt von Rückvergütungen. Damit durfte die Klägerin als langjährige gute Kundin der Sparkasse E2 davon ausgehen, die Beklagte als deren 100 %ige Tochtergesellschaft partizipiere letztlich an den Entgelten wie z.B. den Kontoführungsgebühren, die diese regelmäßig im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehung für ihre jeweiligen Dienstleistungen vom Kunden erhält.

c) 82

Bei den an die Beklagte geflossenen Zahlungen handelte es sich jeweils um aufklärungspflichtige Rückvergütungen. 83

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 (BGH, Urt. V. 27.10.2009 – XI ZR 338/08, WM 2009, 2306; Beschluss 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 (BGH, Beschluss v. 19.07.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 1506; Beschluss v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925). 84

Die in Rede stehenden Provisionszahlungen waren hinsichtlich beider Fondsanlagen nicht in den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Fondsobjekts versteckt und minderten demnach nicht die Werthaltigkeit des jeweiligen Anlagevermögens, sondern flossen aus den im jeweiligen Fondsprospekt zu W2 und W offen ausgewiesenen Vertriebskosten. Die Beklagte blieb in beiden Emissionsprospekten als (letztendliche) Empfängerin solcher Provisionen ungenannt. Damit flossen die zuvor seitens der Klägerin an die Fondsgesellschaft geleisteten Zahlungen „hinter deren Rücken“ umsatzabhängig an die Beklagte zurück, womit deren besonderes Interesse, gerade diese Beteiligungen zu empfehlen, für die Klägerin als Anlegerin nicht erkennbar war. 85

d) 86

Über diese Rückvergütungen ist die Klägerin von der Beklagten nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden. 87

aa) Die Klägerin wurde in den Beratungsgesprächen unstreitig nicht über die konkrete Höhe der Rückvergütungen aufgeklärt, so dass sie das Interesse der Beklagten an dem jeweils von ihr 2002 und 2003 empfohlenen Erwerb der Fondsanteile zu W2 und W und die damit verbundene Gefährdung ihrer eigenen Interessen nicht abschließend einschätzen konnte. Die Argumentation der Beklagten, der Zeuge Q habe die Klägerin darauf hingewiesen, dass sie eine Provision erhalte und es sei ausreichend, wenn dem Kunden ein vermeintlicher Interessenkonflikt dem Grunde nach bewusst sei, trägt vorliegend nicht. Da mit der Provisionshöhe zwangsläufig auch das Vertriebsinteresse steigt, kann der Kunde dieses nur bei Kenntnis der genauen Höhe der Vergütung realistisch beurteilen. Insoweit ist die hier anzuwendende Rechtsprechung des XI. Senats des Bundesgerichtshofs zu 88

aufklärungspflichtigen Rückvergütungen so zu verstehen, dass die Höhe der Provisionszahlungen dem Anleger immer ungefragt offenbart werden muss

Es kann danach offen bleiben, ob der Zeuge Q die Klägerin in den Beratungsgesprächen 2002 und 2003 grundsätzlich darüber informiert hat, dass die Beklagte eine Provision erhält. 89

bb) Die Klägerin ist auch nicht durch die beiden Emissionsprospekte darauf hingewiesen worden, dass die Beklagte eine Rückvergütung in das jeweilige Agio übersteigender Höhe für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligungen erhält. 90

Beiden Fondsprospekten ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte auch nur teilweise in den Genuss der dort ausgewiesenen Vertriebsprovisionen oder des Agios kommen sollte. Vielmehr lässt sich den dortigen Angaben allenfalls entnehmen, dass die C AG Empfängerin der dort genannten Vertriebsprovision sowie des Agios werden sollte. Soweit dem Prospekt nach die C AG berechtigt sein sollte, den Vertrieb auf Dritte zu übertragen, ergibt sich hieraus nicht ohne weiteres, dass damit die Beklagte gemeint sein könnte. Aus der Vertriebstätigkeit der Beklagten für sich genommen, musste die Klägerin nicht notwendig den Schluss ziehen, diese werde auch an den der C AG zustehenden Kosten der Eigenkapitalvermittlung beteiligt. Vielmehr konnte sie gleichermaßen annehmen, das Interesse der Beklagten beschränke sich auf den Abschluss und die Aufrechterhaltung der üblicherweise auf Dauer angelegten kostenpflichtige Vertragsverhältnisse der Sparkasse E2 mit ihr als Bankkundin. Aber selbst wenn man annehmen könnte, dass es sich bei dem in den Prospekten angeführten Dritten jeweils um die Beklagte handeln sollte, so ist den Prospekten jedenfalls nicht zu entnehmen, in welcher tatsächlichen Höhe Rückvergütungen an die Beklagte geflossen sind. Gerade die konkrete Höhe der Provisionszahlung ist aber erheblich und muss dem Kunden ungefragt offen gelegt werden (BGH, Urt. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 22; BGH Beschluss v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925). Dieser Verpflichtung ist die Beklagte im vorliegenden Fall nicht nachgekommen. Auf die Entscheidung der Frage, ob die beiden Prospekte überhaupt rechtzeitig an die Klägerin übergeben worden sind, kommt es danach nicht an. 91

3. 92

Die Beklagte hat ihre Aufklärungspflichten auch schuldhaft verletzt. 93

Grundsätzlich ist das Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vermuten. Damit muss der Aufklärungspflichtige, wenn er sich entlasten will, darlegen und beweisen, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Zum Vertreten müssen gehören Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB), so dass die Beklagte bereits für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat. Soweit sich die Beklagte 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 der nach der einschlägigen Rechtslage zweifelhaften Rechtslage zumindest mit der Möglichkeit rechnen musste, dass das zuständige Gericht einen anderen Rechtsstandpunkt vertritt (BGH Beschluss 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 (Nobbe, Anm. zu OLG Dresden, Urt. v. 24.07.2009 – 8 U 1240/08, WuB I G 1.-5.10). 94

Die Beklagte handelte in diesem Sinne schuldhaft. Denn sie handelte im Hinblick auf den behaupteten Rechtsirrtum zumindest fahrlässig. Bei der gebotenen kritischen Prüfung hätte sie, und zwar auch schon vor den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur Aufklärungspflicht von Rückvergütungen (BGH Urteil v. 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 Provision und deren Höhe verpflichtet war. 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, Beschluss 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. Das Landgericht hat demnach mit zutreffender Begründung ein Verschulden der Beklagten angenommen.	95
4.	96
Das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten war für die Anlageentscheidung der Klägerin kausal.	97
Der Anleger kann sich, sofern eine Aufklärungspflichtverletzung 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 (vgl. u.a. BGH Ur. 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 (BGH, Ur. v. 16.11.1993 – XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151; BGH Ur. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05, ZIP 2007, 518).	98
Die Beklagte hat dieser ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht genügt.	99
Die Annahme des Landgerichts, wonach nicht davon auszugehen ist, dass die Klägerin auch bei Aufklärung über die Rückvergütung und deren Höhe die streitgegenständlichen Beteiligungen gezeichnet hätte, ist nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat in ihrer mündlichen Anhörung dargestellt, dass sie bei Kenntnis der an die Beklagten fließenden Provision von mehr als 1 bis 2 % der Zeichnungssumme vermutlich nicht gezeichnet hätte.	100
Zwar greift die Vermutung aufklärungswidrigen 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, Ur. v. 16.11.1993 – XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151; BGH Ur. 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 zur Verfügung standen (BGH, Beschluss v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.	101
Selbst wenn im Falle einer Aufklärungspflichtverletzung im Hinblick auf die an die beratende Bank fließenden Rückvergütungen generell mehrere Handlungsalternativen denkbar sein	102

mögen, heißt dies für sich genommen keineswegs zwangsläufig, dass sich im konkreten Fall de facto auch für die Klägerin ein echter Entscheidungskonflikt im vorgenannten Sinne ergeben hätte. Konkrete Umstände dafür, dass sich für sie vernünftigerweise tatsächlich mindestens zwei ernsthafte Handlungsalternativen eröffnet hätten, sind weder ohne weiteres ersichtlich noch von der Beklagten substantiiert vorgetragen worden. Mangels tatsächlicher Anhaltspunkte sind ihre diesbezüglichen Annahmen letztlich rein spekulativ und demzufolge nicht erheblich.

Die bloße Erwähnung, dass es der Klägerin letztlich in erster Linie um eine Reduzierung der Steuerlast gegangen sei und dass offenbar kein Interesse an der Kenntnis der Höhe der tatsächlichen Provisionszahlungen bestanden hätte, rechtfertigt nicht die Folgerung, dass die tatsächliche Provisionshöhe für die Klägerin nicht anlageentscheidend war. Konkrete Tatsachen und Äußerungen der Klägerin hierfür hat die Beklagte diesbezüglich nicht dargetan und unter Beweis gestellt. Dabei kann offenbleiben, ob die Beklagte, wie von ihr auch im Berufungsvorbringen behauptet, in den Beratungsgesprächen über das Bestehen einer Provisionszahlung aufgeklärt hat. Die Kenntnis eines Anlegers von dem „ob“ einer Provisionszahlung kann eine Bank nicht entlasten, anderenfalls würde eine unvollständige Aufklärung noch durch den Verlust des Vermutungstatbestandes auf Anlegerseite prämiert.

5. 104

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 genießt (vgl. BGH Urt. v. 25.11.1981 – Iva ZR 286/80, WM 1982, 90).

6. 106

Schließlich ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die von der Klägerin erhobenen Schadensersatzansprüche nicht verjährt sind. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den einen Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Für eine dahingehende Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis trägt der Schuldner – hier also die Beklagte - die Darlegungs- und Beweislast.

Die Verjährung beginnt zu laufen, wenn der Anleger die Umstände, insbesondere die wirtschaftlichen Zusammenhänge kennt, aus denen sich die jeweilige Rechtspflicht des Beraters zur Aufklärung ergibt (BGH Urt. v. 24.03.2011 – III ZR 81/10, WM 2011, 596). Im vorliegenden Fall steht nicht fest, dass die Klägerin, die am 30.12.2010 Klage erhoben hat, bereits vor Beginn des Jahres 2007 Kenntnis von den an die Beklagte tatsächlich gezahlten Rückvergütungen hatte.

Auch eine grob fahrlässige Unkenntnis dieser Umstände lässt sich nicht feststellen. Eine solche ist nur dann anzunehmen, wenn dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt und nicht beachtet hat, was ihm im gegebenen Fall hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können, weil sich ihm den Anspruch begründende Umstände förmlich aufgedrängt haben, er davor aber letztlich die Augen verschlossen hat (BGH, Urt. v. 22.07.2010 – III ZR

203/09, WM 2010, 1690). Genau die Tatsache, dass die Beklagte hinter dem Rücken der Klägerin eine über das Agio hinausgehende Provision erhielt, gehört aber zum anspruchsbegründenden Tatbestand der Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten (OLG München Urt. v. 13.02.2012 – 19 U 3892/11 – juris). Für die Klägerin bestand vorliegend kein Anlass, damit zu rechnen, dass der Beklagten eine nicht offen ausgewiesene Rückvergütung gewährt würde.

Selbst wenn die Beklagte über den Zeugen Q tatsächlich über das „ob“ einer Provision aufgeklärt haben sollte, beruht die Unkenntnis der Klägerin von der tatsächlichen Vergütung der Beklagten nach den obigen Maßstäben nicht auf grober Fahrlässigkeit. Ihr musste sich daraus nicht die Pflichtwidrigkeit der Beklagten wegen Verschweigens verschleierte mitteilungspflichtiger Rückvergütungen aufdrängen. 110

7. 111

Die Klägerin kann gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne die schuldhaften Aufklärungspflichtverletzungen der Beklagten stünde. 112

a) Der Klägerin steht zunächst ein Anspruch auf Erstattung ihres Anlagekapitals zzgl. des von ihr gezahlten Agios zu. Hinsichtlich des W2 beträgt der Rückabwicklungsbetrag 29.000,00 €. Bei dem W beläuft sich der Rückerstattungsanspruch der Klägerin abzüglich der mit Wertstellung zum 13.01.2012 erfolgten Ausschüttungen der Fondsgesellschaft in Höhe von 68.000,00 € auf insg. noch 16.000,00 €. 113

b) Die Klägerin hat weiter Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 ZPO seit dem 28.01.2011, dem Datum der Rechtshängigkeit. 114

c) Die Klägerin kann verlangen, dass die Beklagte sie im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 S. 1 BGB von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freistellt, die aus den Beteiligungen W2 und W resultieren und die sie dadurch erleidet, dass sie nicht sogleich ohne Berücksichtigung der Beteiligungen einkommensteuerlich veranlagt worden ist. 115

d) Zum Zwecke der Vorteilsausgleichung hat die Klägerin der Beklagten ihrerseits das Erlangte Zug um Zug herauszugeben. Dies betrifft die Treuhandbeteiligungen an den W2 und W. Insoweit ist die Abtretung aller Rechte aus dieser Beteiligung ausreichend. Für die Abtretung ihrer Rechte aus den Beteiligungen hat die Klägerin durch das mit der Klage abgegebene Angebot auf Übertragung alles ihrerseits Erforderliche getan. Mit der Annahme befindet sich die Beklagte spätestens seit Klageerhebung in Verzug. 116

II. 117

Es war festzustellen, dass der Rechtsstreit hinsichtlich der Beteiligung der Klägerin an W in Höhe von 68.000,00 € erledigt ist. 118

Am 13.01.2012 erhielt die Klägerin einen Betrag in Höhe von 68.000,00 € von der Fondsgesellschaft ausbezahlt. Die Fondsgesellschaft W befindet sich mittlerweile in Liquidation. Der ausgeschüttete Betrag betrifft Mittel, die „während der Liquidation voraussichtlich entbehrlich sind“ (vgl. Schreiben der C2 3 GmbH & Co. KG i.L. vom 16.01.2012, Anlage IV K 2.1). 119

Die Beklagte hat insoweit der Erledigungserklärung der Klägerin nicht zugestimmt. Die Klage war aber, wie oben ausgeführt, von Anfang an zulässig und begründet. Der Betrag ist danach 120

entsprechend der klägerischen Berechnung auf die ursprüngliche Hauptforderung zu verrechnen.

III. 121

Soweit das Landgericht einen Anspruch der Klägerin auf weitere Zinsen von 4 % p.a. seit Zeichnung der jeweiligen Fondsbeteiligung unter dem Gesichtspunkt entgangenen Gewinns verneint und die Klage insoweit abgewiesen hat, hat diese rechtzeitig Anschlussberufung eingelegt mit der sie den Anspruch auf entgangenen Gewinn weiter verfolgt und sich gegen die erstinstanzliche Kostenquote wendet. 122

Die Berufung der Klägerin bleibt ohne Erfolg. 123

1. 124

Die Klägerin hat zur Untermauerung ihres Anspruchs auf weitere Zinsen aus §§ 249, 252 BGB keine konkret bezeichnete alternative Anlage dargelegt, die sie 2002, bzw. 2003 anstelle von W und VIP 4 getätigt hätte. 125

Sie hat in ihren Ausführungen in der Berufungsschrift weiter nicht plausibel dargetan, dass sie als Alternativanlage tatsächlich in Termin, Fest- oder Tagesgeld mit einer festen, kontinuierlichen Verzinsung investiert hätte. Angesichts des Umstands, dass es der Klägerin zum damaligen Zeitpunkt vor allem auch auf die Erzielung von Steuervorteilen nach Veräußerung ihrer Arztpraxis ankam, liegt keinesfalls auf der Hand, dass sie die nicht unerheblichen Anlagebeträge festverzinslich angelegt hätte. Denn dies hätte ihr keine Steuervorteile verschafft, sondern mit der Zinsrendite ihre Steuerlast sogar erhöht. Ein besonderes Sicherheitsbedürfnis hat die Klägerin bei ihrer Anlage in Medienfonds gerade nicht erkennen lassen. Vor allem gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin in eine sichere Anlage mit Kapitalschutz und fester Verzinsung investiert hätte. Es bleibt letztlich rein spekulativ, welche Anlage sie wirklich alternativ getätigt hätte. Auch die zu Gunsten der Klägerin greifenden Darlegungs- und Beweiserleichterungen der §§ 252 S. 2 BGB, 287 ZPO können hierüber nicht hinweg helfen. 126

2. 127

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht unter der Prämisse einer Abweisung der weitergehenden Zinsansprüche der Klägerin eine Kostenquote gebildet hat. 128

Die Klägerin macht mit ihrem Anspruch auf weitere Zinszahlungen ab Zeichnung der Fondsbeteiligungen entgangenen Gewinn geltend. Hierbei handelt es sich um einen echten, eigenständigen Schadensersatzanspruch, der sich auf den Gegenstandswert auswirkt und nicht um eine streitwertneutrale Nebenforderung entsprechend den Prozesszinsen. 129

IV. 130

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 131

V. 132

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache ist weder von grundsätzlicher Bedeutung noch erfordert sie zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die 133

Entscheidung des Revisionsgerichts.

