
Datum: 31.01.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 34. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-34 U 110/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0131.I34U110.11.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 1 O 172/09

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 08.06.2011 – 1 O 172/09 – unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

I.

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger zu 1) 9.500,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.08.2009 zu zahlen;

2.

den Kläger zu 1) von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die mittelbar oder unmittelbar aus der Beteiligung an der „W2 GmbH & Co. KG“ im Nennwert von 50.000,00 Euro mit der Kommanditisten-Nummer ##### resultieren;

3.

die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger zu 1) 2.028,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem

jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.08.2009 zu zahlen;

4.

die Verurteilung nach den Anträgen zu Ziffern 1) und 2) erfolgt Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung an der „W2 GmbH & Co. KG“ im Nennwert von 50.000,00 Euro mit der Kommanditisten-Nummer #####.

Im Übrigen wird die Klage des Klägers zu 1) abgewiesen.

II.

1.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger zu 2) 9.500,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.08.2009 zu zahlen;

2.

die Beklagte wird weiter verurteilt, den Kläger zu 2) von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die mittelbar oder unmittelbar aus der Beteiligung an der „W2 GmbH & Co. KG“ im Nennwert von 50.000,00 Euro mit der Kommanditisten-Nummer 312987 resultieren;

3.

die Beklagte wird weiterhin verurteilt, an den Kläger zu 2) 2.028,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.08.2009 zu zahlen;

4.

die Verurteilung nach den Anträgen zu Ziffern 1) und 2) erfolgt Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung an der „W2 GmbH & Co. KG“ im Nennwert von 50.000,00 Euro mit der Kommanditisten-Nummer 312987.

Im Übrigen wird die Klage des Klägers zu 2) abgewiesen.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger als Gesamtschuldner zu 18 % und die Beklagte zu 82 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der jeweiligen Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus diesem Urteil jeweils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000 €.

Gründe:	1
A.	2
Die Kläger nehmen die Beklagte wegen fehlerhafter Anlageberatung auf Schadensersatz und Rückabwicklung ihrer Beteiligung an der "W2 GmbH & Co. KG" (im Folgenden: W2) in Anspruch.	3
Die Kläger – beide Unternehmer aus E – sind langjährige Kunden der Sparkasse E. Mit dem Hinweis, dass die Beklagte auf die Vermögensbe-ratung und die Betreuung sog. "Premiumkunden" spezialisiert sei, wurden die Kläger in Sachen Vermögensanlage von der Sparkasse an die Beklagte verwiesen. Im Jahr 2003 meldete sich deren Geschäftsführer K telefonisch bei ihnen und empfahl ihnen den W2 als steueroptimierte Kapitalanlage. Nach weiteren Telefonaten, in denen der Geschäftsführer K die Kläger über den W2 informierte und für eine Beteiligung an dem geschlossenen Fonds warb, kam es in den Geschäftsräumen der Beklagten zu einem persönlichen Kundengespräch, an dem auch der firmeneigene Prokurist der Kläger teilnahm. Im Verlaufe des Gesprächs wurde den Klägern das Konzept des W2 anhand des ihnen vorab zugesandten Emissionsprospekts nochmals vorgestellt und erläutert. Der genaue Inhalt des Beratungsgesprächs und wer dieses Beratungsgespräch auf Seiten der Beklagten geführt hat, deren Geschäftsführer K – so die Kläger – oder deren Kundenbetreuer Y, ist zwischen den Parteien streitig.	4
Unternehmerisches Ziel des W2 war ausweislich des Fondsprospekts 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 ein Agio in Höhe von 5 %, bezogen auf den Nennwert der Kommanditbeteiligung, an die Fondsgesellschaft zu leisten.	5
In dem Fondsprospekt werden auf Seite 40 in einer tabellarischen Übersicht unter der Überschrift "Mittelverwendung" zu Punkt "02." emissionsbedingte Nebenkosten für die "Eigenkapitalbeschaffung" iHv 8,9 % des Kommanditkapitals ausgewiesen. In den nachfolgenden "Erläuterungen" auf derselben Seite heißt es dazu:	6

"Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der W3 AG abgeschlossen. Die Vergütung in Höhe von 8,9 % des Beteiligungskapitals beinhaltet eine gegebenenfalls anfallende Umsatzsteuer. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die W3 AG das Agio. ..."

Ferner wird im unmittelbaren Anschluss an die Tabelle das Agio wie folgt erläutert: 8

"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 W3 AG, zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen." 9

Im Abschnitt "Vertragsgrundlagen" auf Seite 68/69 heißt es zu dem von der Fondsgesellschaft mit der W3 AG (im Folgenden: W3 AG) geschlossenen "Eigenkapitalvermittlungsvertrag" unter anderem wie folgt: 10

"Die W3 AG wird die Vermittlung des beschriebenen Eigenkapitals ... organisieren. Die W311 AG hat das Recht, ihre Rechte und Pflichten aus dieser Vertriebsvereinbarung auf Dritte zu übertragen, und die Verpflichtung, nur die vom W4 zur Verfügung gestellten Beteiligungsunterlagen zu benutzen. Hierfür erhält die W3 AG eine Vergütung in Höhe von 8,9 % des Kommanditkapitals. Das von beitretenden Kommanditisten zu erbringende Agio in Höhe von 5 % ist eine zusätzliche Vergütung für die Eigenkapitalvermittlung. ..."

Wegen der weiteren Einzelheiten des Emissionsprospekts zum W2 wird auf den mit der Klageschrift vom 25.06.2009 in Ablichtung zur Akte gereichten Emissionsprospekt verwiesen (Anlage K-II-1). 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. 13

In Hinsicht auf den W2 war die Beklagte von der W3 AG als Vertriebspartner für die Eigenkapitalvermittlung geworben worden. Die Vertriebsprovision der Beklagten war geregelt in einer zwischen der Fondsgesellschaft, der W3 AG und der Beklagten am 13./16.12.2002 getroffenen "Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung". Auf die Kenntnis des Senats vom Inhalt dieser Vereinbarung sind die Parteien mit Verfügung vom 17.11.2011 (Bl. 222 d.A.) ausdrücklich hingewiesen worden. Die Provisionshöhe war in Abhängigkeit vom Volumen des vermittelten Eigenkapitals im Abschnitt "(5) Vertriebsprovision" wie folgt geregelt: 14

"Beteiligen sich aufgrund der Vermittlung des Vertriebspartners Anleger endgültig und verbindlich an der Fondsgesellschaft, so erhält der Vertriebspartner von der W3 AG im Namen und für Rechnung der Fondsgesellschaft eine Provision in Höhe von: 15

7,5 % ab 16

7,75 % ab 1,0 Mio. Euro – 5,0 Mio. Euro 17

8,0 % ab 5,0 Mio. Euro – 18

des von ihm vermittelten Zeichnungsbetrages ohne Agio. Die Vergütungen werden immer nach dem erreichten Umsatzvolumen p.a. abgerechnet. Das bedeutet, wenn z.B. im Kalenderjahr ein vermitteltes Volumen von 5,0 Mio. Euro Bareinlage erreicht wird, dann beträgt die Provision 8,0 % rückwirkend auf alle Umsätze des lfd. Kalenderjahres. Diese Provision beinhaltet eine etwaig anfallende Umsatzsteuer. ..." 19

Weiter heißt es in der Vereinbarung unter "(3) Durchführung" u.a. wie folgt: 20

*"Der Vertriebspartner verpflichtet sich, bei der Vertriebswerbung und Vertriebsberatung nur 21
Daten und Fakten zu verwenden, die ihm von der W3 AG oder Fondsgesellschaft zur
Verfügung gestellt worden sind. Er ist nicht berechtigt, hiervon – insbesondere von den
Aussagen des Beteiligungsangebotes – abweichende oder darüber hinausgehende Angaben
zu machen..."*

Ferner findet sich in der "Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung" unter "(8) Haftung" 22
folgende Regelung:

*"Der Vertriebspartner stellt die W3 AG von sämtlichen Ansprüchen Dritter frei, die darauf 23
beruhen, dass der Vertriebspartner gegenüber Dritten Angaben gemacht hat, die von den
Unterlagen, Daten und Fakten abweichen, welche von der W3 AG oder der
Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt wurden. ..."*

Am 12.11.2003 zeichneten beide Kläger Anteile am W2 im Gegenwert von jeweils 50.000,00 24
€ zuzüglich eines Agios in Höhe von jeweils 5 % der Beteiligungssumme. In der Annahme,
dass die Beklagte einen Teil des Agios als Provision erhalten würde, vereinbarte jeder der
Kläger bezüglich des Agios einen Erstattungsbetrag in Höhe von 500,00 €. Im Übrigen wurde
– dies ist zwischen den Parteien unstreitig – über eine der Beklagten seitens der
Fondsgesellschaft zufließende Vertriebsprovision nicht gesprochen. Das Beteiligungskapital
zuzüglich des Agios, mithin einen Gesamtbetrag in Höhe von jeweils 52.500,00 € überwiesen
die Kläger anschließend an die Fondsgesellschaft. Auf Rechnung des Klägers zu 2) vom
26.01.2003 (Bd. II, Bl. 364 d.A.) und Rechnung des Klägers zu 1) vom 04.01.2004 (Bd. II, Bl.
363 d.A.) erstattete die Beklagte später den vereinbarten Betrag in Höhe von jeweils 500,00 €
an diese zurück.

Die Beklagte erhielt für die Vermittlung der Fondsanteile nach der mit der W3 AG 25
geschlossenen Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung eine Provision von zumindest 7,5 %
des vermittelten Nominalkapitals, ohne dass diese den Klägern offen gelegt wurde.

Die Fondsbeteiligungen erbrachten in der Folgezeit nicht den erhofften wirtschaftlichen 26
Erfolg. Insbesondere erkannten die Finanzämter die steuerlichen Verlustzuweisungen der
Fondsgesellschaft letztendlich nicht an.

Mit ihrer Klage begehren die Kläger im Wesentlichen die Rückabwicklung ihrer Beteiligungen 27
an dem W2 sowie entgangenen Gewinn in Höhe von 4 % Zinsen p.a. auf das Anlagekapital in
dem Zeitraum vom 12.11.2003 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit.

Wegen des weiteren Sachverhalts sowie des Vorbringens der Parteien in erster Instanz 28
einschließlich der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug
genommen.

Das **Landgericht** hat der Klage – mit Ausnahme der den Klägern teilweise zurück erstatteten 29
Agien – in vollem Umfang stattgegeben.

Es hat die Beratungsleistungen der Beklagten an dem Maßstab der für Banken geltenden 30
Aufklärungspflichten gemessen und dementsprechend eine Offenlegung der an sie
geflossenen Rückvergütungen – insbesondere auch deren konkrete Höhe – für erforderlich
gehalten. Eine Aufklärungspflichtverletzung hat das Landgericht darin erblickt, dass die
Beklagte die Kläger – unstreitig – nicht über die Höhe der an sie fließenden Provision

informiert habe. Insoweit spreche auch die vergleichsweise geringe Höhe des von den Klägern ausgehandelten Erstattungsbetrags von jeweils 500,00 € dafür, dass sie keine annähernd zutreffende Vorstellung von den tatsächlich gezahlten Rückvergütungen und dem daraus resultierenden Eigeninteresse der Beklagten an der Anlageempfehlung gehabt hätten. Auch der Prospekt habe über die von der Beklagten empfangene Vergütung keinen Aufschluss gegeben.

Im Ergebnis hat das Landgericht die Beklagte daher zur Rückabwicklung der streitbefangenen Anlagegeschäfte, zur Freistellung der Kläger von allen aus den Beteiligungen resultierenden steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen sowie zum Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Kläger und des entgangenen Gewinns für verpflichtet erachtet. Die Kläger hätten - unbestritten - ihr Kapital anderweitig für 4 % Zinsen anlegen können.

31

Mit ihrer dagegen eingelegten Berufung hält die **Beklagte** an ihrer bisherigen Rechtsverteidigung fest und begehrt die Abweisung der Schadensersatzklage.

32

Unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen greift sie mit ihrer Berufung maßgeblich die im angefochtenen Urteil festgestellte Aufklärungspflichtverletzung wegen einer nicht hinreichenden Aufklärung über die erhaltenen Vertriebsprovisionen in Höhe von 7,5 % des Anlagekapitals an. Die Ausführungen des Landgerichts, mit denen es einen Anlageberatungsvertrag angenommen habe, überzeugten nicht und ließen jede gebotene Abgrenzung zwischen einem Beratungs- und einem Anlagevermittlungsvertrag vermissen. In diesen Zusammenhang verbleibt die Beklagte bei ihrer Auffassung, dass sie – auch für die Kunden erkenntlich – als selbständige Anlagevermittlerin am Markt tätig sei. Das Geschäftsmodell sei anders überhaupt nicht verständlich und insbesondere nicht durchführbar. Es sei schlechterdings nicht denkbar, dass sie als selbständige GmbH durch die Muttergesellschaft subventioniert werde. Sie müsse ihren Personal- und Sachaufwand zwingend aus Provisionen finanzieren, die sie nur von den Emittenten oder Vertriebsbeauftragten der vermittelten Produkte erhalten könne, wenn – wie üblich – die Kunden für die Beratung nicht bezahlen wollten. Als freie Anlagevermittlerin habe die Beklagte entsprechend der Rechtsprechung des III. Zivilsenates des BGH nur über solche Vertriebsprovisionen aufklären müssen, die höher als 15 % gelegen hätten.

33

Darüber hinaus weise der vorliegende Fall die Besonderheit auf, dass die Kläger – wie die ausgehandelte Teilerstattung der Agien zeige – Kenntnis davon gehabt hätten, dass die Beklagte für die Vermittlung der Anlage eine Vergütung erhielt. Damit sei der zentrale Grund für die vermeintlich bestehende Aufklärungspflicht entfallen. Darauf, ob die Kläger Kenntnis von der exakten Höhe der Provision gehabt hätten, komme es nicht an, denn das vermeintliche Bestehen einer Interessenkollision und das wirtschaftliche Eigeninteresse einer Bank seien dem Grunde nach unabhängig von der genauen Provisionshöhe. Hinzu komme, dass die Höhe der insgesamt gezahlten Provisionen im Prospekt exakt angegeben gewesen sei. Die Kläger hätten daher "worst-case" davon ausgehen müssen, dass die Beklagte sämtliche oder zumindest den wesentlichen Teil dieser im Prospekt genannten Provisionen erhalten würde. Nach der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH obliege es in diesen Fällen dem Anleger, die konkrete Höhe der Provision zu erfragen. Letztlich belegten auch die empirischen Erfahrungen der Beklagten in den vergangenen zwei Jahren, dass kein Kunde die Informationen über Grund und Höhe der an die Beklagte gezahlten Provisionen zum Anlass genommen habe, von der Anlage abzusehen. In den Fällen, in denen – wie vorliegend – der Kunde Kenntnis von einer an die Beklagte fließenden Provision gehabt habe, sei jedenfalls die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht mehr belastbar.

34

Auf der Rechtsfolgenseite beanstandet die Beklagte die erstinstanzlich zuerkannte Verzinsung von 4 % für eine Alternativanlage. Von den Klägern, die eine steuerorientierte Anlage gezeichnet hätten, sei hierzu nichts vorgetragen.	35
Die Beklagte beantragt,	36
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klagen abzuweisen.	37
Nachdem den Klägern mit Wertstellung zum 03.01.2012 aus den streitbefangenen Fondsbeteiligungen Ausschüttungen in Höhe von jeweils 42.500,00 € zugeflossen sind, beantragen sie nunmehr,	38
die Berufung zurückzuweisen und den durch das Landgericht ausgeurteilten Tenor zu den Ziffern I.1. und II.1. dahin abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger zu 1) und an den Kläger zu 2) jeweils einen Betrag in Höhe von 29.372,12 € nebst Zinsen in Höhe von jeweils 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.01.2012 zu zahlen.	39
Die Kläger verteidigen das ihnen günstige Urteil und treten dem Rechtsmittel der Beklagten – unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens – im Wesentlichen wie folgt entgegen:	40
Schon nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten sei zwischen den Parteien jedenfalls konkludent ein Beratungsvertrag zustande gekommen. Hinsichtlich der Geschäftstätigkeit der Beklagten hätten die Kläger davon ausgehen müssen, dass sie als "Premiumkunden" der Sparkasse in den Genuss einer individuellen und besseren Beratung kommen sollten, die die Beklagte nur an Stelle der Sparkasse vornehmen würde. Schon aus diesem Grunde sei der Pflichtenkreis der Beklagten mit dem einer Bank identisch. Rechtsfehlerfrei sei das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte ihre Beratungspflichten bereits dadurch verletzt habe, dass sie die Kläger nicht über die Höhe der ihr zufließenden Rückvergütungen aufgeklärt habe. Der Interessenkonflikt wachse denklogisch mit der Provisionshöhe. Die Beklagte habe den Klägern in der Beratung ihr tatsächliches wirtschaftliches Eigeninteresse – und damit den Umfang des Interessenkonflikts – nicht offen gelegt, sondern im Gegenteil sogar noch suggeriert, dass sie keinesfalls mehr als das Agio erhalten würde. Insoweit liege hier auch keine von der BGH-Rechtsprechung abweichende Sonderkonstellation, sondern eine vom BGH bereits entschiedene Fallgestaltung vor.	41
Tatsachen, die die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens erschüttern könnten, habe die Beklagte nicht vorgetragen. Die Rechtsauffassung der Beklagten, der zufolge eine falsche Aufklärung über die empfangenen Provisionen harmloser sein solle als eine fehlende Aufklärung, sei mit der BGH-Rechtsprechung nicht zu vereinbaren und liefe darauf hinaus, dass selbst in den Fällen einer bewusst falschen Aufklärung die Vermutung nicht zu Gunsten des Anlegers gelten würde. Die Kläger hätten der Beratung der Beklagten vertraut. Insoweit könnten Parallelen zu einer arglistigen Täuschungshandlung nach § 123 BGB gezogen werden, denn die Beklagte täusche den Anleger über ihr Vertriebsinteresse und damit auch über die Objektivität der gesamten Anlageberatung.	42
Nach Auffassung der Kläger liegt eine weitere Pflichtverletzung der Beklagte darin begründet, dass sie sich aufgrund einer mit der Fondsgesellschaft und der W3 AG geschlossenen Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung verpflichtet habe, bei der Beratung – selbst wider besseren Wissens – nur Daten und Fakten zu verwenden, die ihr von der Fondsgesellschaft oder der W3 AG zur Verfügung gestellt worden seien. Dies begründe einen weiteren schwerwiegenden Interessenkonflikt gegenüber dem Kunden.	43

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	44
B.	45
Die zulässige Berufung der Beklagten erweist sich im Wesentlichen als unbegründet und führt nur im Umfang des den Klägern erstinstanzlich zuerkannten entgangenen Gewinns zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils und zu einer Abweisung der Klagen.	46
I.	47
Den Klägern stehen gegen die Beklagte aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB i.V.m. dem geschlossenen Beratungsvertrag Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung an dem Medienfonds W2 zu.	48
1.	49
Das Landgericht ist in zutreffender Bewertung der Sach- und Rechtslage davon 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, Ur. v. 06.07.1993 – XI ZR 12/93). Die Kläger sind unstreitig von einem Geschäftsführer der Beklagten zunächst telefonisch wegen des W2 kontaktiert und anschließend im Rahmen eines persönlichen Kundengesprächs – dahinstehen kann, ob dieses von dem Geschäftsführer der Beklagten oder deren Mitarbeiter Y geführt worden ist – in den Räumlichkeiten der Beklagten über eine Beteiligung an der streitbefangenen Kapitalanlage beraten worden. In dem Gespräch – die Beklagte bezeichnet dieses ausdrücklich selbst als "Beratungsgespräch" (vgl. Seite 2 der Klageerwidern vom 18.06.2010, Bd. I, Bl. 148 d.A.) – ist den Klägern der W2 anhand des Emissionsprospekts vorgestellt und eine Beteiligung daran empfohlen worden. Damit ist nach dem insoweit unstreitigen Parteivorbringen jedenfalls konkludent ein Beratungsvertrag zustande gekommen. Dass sich die Kläger zu dem Besprechungstermin von ihrem Prokuristen haben begleiten lassen, ändert nichts an der Beratungssituation, zumal der Prokurist unstreitig in keiner Weise in das Gespräch eingegriffen oder in sonstiger Weise auf die Beratungsleistungen der Beklagten Einfluss genommen hat. In diesem Zusammenhang muss sich die Beklagte nicht zuletzt auch auf den Inhalt ihrer sog. "Image-Broschüre" 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.	50
2.	51
Ihre sich aus dem Anlageberatungsvertrag ergebenden Pflichten hat die Beklagte – gleich in zweifacher Hinsicht – verletzt, als sie den Klägern zum einen die Höhe der ihr für den Vertrieb der Fondsbeteiligung zufließenden Rückvergütungen nicht offen legte und diese 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,	52

ob sie als bankmäßig gebundene oder – wie sie selbst geltend macht – als freie, bankenunabhängige Anlageberaterin tätig geworden ist.

a)

53

Die Beklagte hat die Kläger – unstreitig – nicht über die Höhe der ihr aufgrund der Vertriebsvereinbarung mit der Fondsgesellschaft (Abschnitt 5: "Vertriebsprovision") zugeflossenen Rückvergütungen in Höhe von zumindest 7,5% des Nennwerts der gesamten Beteiligung (ohne Agio) aufgeklärt. Die Aufklärung über diese Zahlungen war indes grundsätzlich notwendig, um den Klägern 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 510/07, WM 2009, 405; Beschl. v. 29.06.2010 – XI ZR 308/09, WM 2010, 1694; Beschl. v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925; Beschl. v. 19.07.2011 – XI ZR 191/10).

54

aa)

55

Eine dahingehende Aufklärung war auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil sich den Klägern angesichts des Auftretens der Beklagten oder der Unentgeltlichkeit der Beratungsleistung gleichsam hätte aufdrängen müssen, dass diese von dritter Seite ein Entgelt, mithin vorliegend eine Vertriebsprovision seitens der Emittentin, erhält.

56

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 (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).

57

Auf diesen – nur für unabhängige Anlageberater geltenden – reduzierten Aufklärungsmaßstab kann die Beklagte sich jedoch nicht berufen. Soweit sie die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs für sich in Anspruch nimmt und

58

einwendet, als selbständige Finanzdienstleisterin tätig geworden zu sein, greift ihr Vorbringen nicht.

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. 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).

59

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.

60

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 dieser, und zwar nicht zuletzt durch den Gebrauch des unverkennbaren Firmenlogos der Sparkasse, zu demonstrieren. Sie übernimmt schon damit und auch durch ihre sog. "Image-Broschüre" 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 der Sparkasse wie den Klägern, zu Nutze. Darüber hinaus schöpft sie aus den Geschäftsbeziehungen ihrer Muttergesellschaft und macht diese für sich fruchtbar, indem sie sich Kunden von der Sparkasse gezielt zuführen lässt. Wie die Kläger im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung überzeugend ausgeführt haben, seien sie als Kunden von Mitarbeitern der Sparkasse E in Kapitalanlagefragen "an die Beklagte übergeben" worden. Zur Begründung habe man ihnen gegenüber angegeben, dass sich die Beklagte speziell um "Kunden ab einer gewissen Größenordnung" kümmere und diese bei der Vermögensanlage "besser und spezieller" beraten könne. Sie seien davon ausgegangen, dass es sich bei der Sparkasse E und der Beklagten um "ein und denselben Laden" handeln würde. Wie die Kläger weiter ausgeführt haben, seien die Sparkasse und die Beklagte auch bei Kundenveranstaltungen stets geschlossen und als Einheit aufgetreten. Nach den Angaben der Kläger steht zur Überzeugung des Senats fest, dass diesen in keiner Weise bewusst gemacht worden ist, dass sie den Geschäftsbereich der Sparkasse E verließen und sich mit der Beklagten in die Hände eines selbständigen Unternehmens begeben würden. Eine klare Grenzziehung zwischen der Sparkasse einerseits und der Beklagten andererseits gab es 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. Im Gegenteil wird Kunden wie den Klägern 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 E zuteil werden sollte. 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.

61

In Anbetracht der vorbeschriebenen Umstände mussten die 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 sie – anders als bei der Empfehlung durch einen freien Anlageberater (Schlick, aaO., S. 158) – keineswegs der Vorwurf, sie seien insoweit "blauäugig" davon ausgegangen, die Beklagte werde völlig altruistisch, frei von jedwedem Provisionsinteresse kostenlos für sie tätig. Denn angesichts der Begleitumstände und ihres Status als langjährige, gute Kunden der Sparkasse E durften sie annehmen, 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, zumal die Beklagte ihre Tätigkeit selbst als "Private Banking" bezeichnet.

Nach Auffassung des Senats gebietet dies die Anwendung der zu Beginn zitierten Rechtsprechung des XI. Zivilsenates zur Aufklärungspflicht der Banken über Rückvergütungen. 63

bb) 64

Bei den von der Fondsgesellschaft an die Beklagte geflossenen Zahlungen handelte es sich um aufklärungspflichtige Rückvergütungen. 65

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 (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 (vgl. BGH, Beschl. v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925; Beschl. v. 19.07.2011 – XI ZR 191/10). 66

Die in Rede stehenden Zahlungen waren nicht in diesem Sinne in den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Fondsobjekts 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 der Kläger an die Fondsgesellschaft geleisteten Zahlungen "hinter deren Rücken" umsatzabhängig an die Bank zurück, womit deren besonderes Interesse, gerade diese Beteiligung zu empfehlen, für die Anleger nicht erkennbar war. 67

cc) 68

Über diese Rückvergütungen hat die Beklagte die Kläger nicht ordnungsgemäß aufgeklärt. Soweit die Beklagte darauf verweist, die Kläger seien selbst davon ausgegangen, dass sie (die Beklagte) für ihre Tätigkeit zumindest das Agio erhielt, entlastet sie ihr Vorbringen nicht. 69

Denn dies ändert nichts daran, dass sie zur Aufklärung über die konkrete Höhe der Rückvergütungen verpflichtet war, was unstreitig nicht geschehen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 09.03.2011 – XI ZR 191/10, WM 2011, 925; Beschl. v. 19.07.2011 – XI ZR 191/10). So konnten die Kläger das Interesse der Beklagten an dem von ihr empfohlenen Erwerb der Fondsanteile und die damit verbundene Gefährdung ihrer eigenen Interessen nicht abschließend einschätzen (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226). Die Argumentation der Beklagten, es sei bereits ausreichend, wenn dem Kunden ein vermeintlicher Interessenkonflikt dem Grunde nach bewusst sei, trägt nicht. Da mit der Provisionshöhe zwangsläufig auch das Vertriebsinteresse steigt, kann der Kunde dieses nur bei Kenntnis der genauen Höhe der Vergütung realistisch beurteilen. Nach Würdigung des Senats ist es nicht gerechtfertigt, einer Bank, die ihre Informationspflichten nur unvollständig erfüllt, dies auch noch durch eine Reduzierung des geltenden Aufklärungsmaßstabs zum Vorteil gereichen zu lassen.

Von einer Aufklärungspflichtverletzung kann sich die Beklagte auch nicht durch ihren Hinweis auf den Emissionsprospekt frei zeichnen. Dem Prospekt lässt sich 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 zu entnehmen, dass die W3 AG Empfängerin der dort genannten Vertriebsprovision und des Agios werden sollte. Soweit in dem Prospekt mitgeteilt wird, dass die W3 AG den Vertrieb auf Dritte übertragen kann ("Eigenkapitalvermittlungsvertrag", Seite 68 f. des Fondsprospekts), 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 W3 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 kostenpflichtigen Vertragsverhältnisse der Sparkasse E mit ihm als Bankkunden. Aber selbst unterstellt, dass es sich bei dem im Prospekt auf Seite 68/69 angesprochenen Dritten erkennbar um die Beklagte gehandelt hätte, war damit nach wie vor nicht ersichtlich, in welcher tatsächlichen Höhe Rückvergütungen an diese fließen sollten. Das von der Beklagten bemühte Argument, die Kläger hätten im "worst-case" davon ausgehen müssen, dass die Beklagte die ausgewiesenen Provisionen in voller Höhe oder zum wesentlichen Teil vereinnahmen würde, geht an dem Gebot, das konkrete Vertriebsinteresse der beratenden Bank dem Kunden transparent zu machen, geradewegs vorbei.

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 Bundesgerichtshofs 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 b).

b)

So liegt eine weitere – nach Auffassung des Senats nicht minder schwerwiegende – Pflichtverletzung der Beklagten darin begründet, die Kläger nicht darüber aufgeklärt zu haben, dass sie sich zuvor mit der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung vom 13./16.12.2002 verpflichtet hatte, bei der Vertriebsberatung nur Daten und Fakten zu verwenden, die ihr von der W3 AG oder der Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt worden

waren, und keine hiervon, insbesondere von den Aussagen des Beteiligungsangebots abweichenden oder darüber hinausgehenden Angaben zu machen. Auch dies musste die Beklagte ihrem Kunden jedoch offenbaren.

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 Anlageobjekts – 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).

74

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

75

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.

76

Die Beklagte hat ihre Aufklärungspflichten auch schuldhaft verletzt. 78

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 (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 (vgl. Nobbe, Anm. zu OLG Dresden, Ur. v. 24.07.2009 – 8 U 1240/08, WuB I G 1. – 5.10). 79

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 Bundesgerichtshofs 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. 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. 80

4. 81

Das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten war für die Anlageentscheidung der Kläger kausal. 82

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 (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 (vgl. BGH, Ur. v. 16.11.93 – XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151; 83

Die Beklagte hat dieser ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht genügt. 84

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 Falls 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.). 85

Aufgrund des Vorbringens der Beklagten kann hiervon indes nicht ausgegangen werden. 86

a) 87

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 die 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 sie 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 und ihr Verweis auf hausintern durchgeführte, empirische Erhebungen letztlich rein spekulativ und demzufolge nicht erheblich. Weder der Umstand, dass die Kläger nach ihrem eigenen Vorbringen ihr Kapital für abgesichert hielten, noch die Erwägung, dass es ihnen um eine hohe Steuerersparnis sowie um Renditeerwägungen ging, rechtfertigt die Folgerung, dass die tatsächliche Provisionshöhe, selbst wenn diese vergleichsweise niedrig gewesen sein mag, für sie 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 weisen die Kläger mit aller Deutlichkeit hin – in Frage. Dementsprechend lässt sich auch aus dem Umstand, dass die Kläger die Anlage in der Annahme gezeichnet haben, der Beklagten würde als Vergütung für ihre Vertriebstätigkeit das Agio zufließen, nicht gleichsam folgern, dass sie sich für die Anlage auch in Kenntnis der tatsächlichen Provisionshöhe entschieden hätten. Vielmehr zeigt gerade die von den Klägern hinsichtlich der Agien getroffene Vereinbarung, wonach aus den gezahlten Aufgeldern ein Betrag in Höhe von jeweils 500,00 € zurückerstattet werden sollte, dass ihnen die Höhe der an die Beklagte fließenden Vergütung keineswegs gleichgültig gewesen ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es ebenso treuwidrig, wenn eine Bank denjenigen Anleger, dem es auf die für das vermittelte Anlagegeschäft verdiente Provision erkennbar ankommt, über die Höhe der von ihr tatsächlich vereinnahmten Vertriebsvergütung in falschem Glauben belässt. Die Kenntnis eines Anlegers von dem "ob" einer Provisionszahlung kann eine Bank daher nicht entlasten, anderenfalls würde eine unvollständige Aufklärung noch durch den Verlust des Vermutungstatbestandes auf Anlegerseite prämiert. 88

b) 89

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.

5. 91

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 (vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1981 - IVa ZR 286/80, WM 1982, 90). 92

6. 93

Nach § 249 Abs. 1 BGB können die Kläger verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne die schuldhaften Aufklärungspflichtverletzungen stünden. 94

a) 95

Der Höhe nach steht ihnen zunächst ein Anspruch auf Erstattung ihres Anlagekapitals zzgl. des von ihnen gezahlten Agios in Höhe von jeweils 2.000,00 € zu. Abzüglich der mit Wertstellung zum 03.01.2012 erfolgten Ausschüttungen in Höhe von jeweils 42.500,00 € beläuft sich ihr Rückerstattungsanspruch damit auf jeweils 9.500,00 €. In den bereits entsprechend reduzierten Klageanträgen liegt weder eine Klagerücknahme nach § 269 ZPO noch bewirken die Ausschüttungen eine teilweise Erledigung des Rechtsstreits. Mit Blick auf die in den §§ 4, 15 des Gesellschaftsvertrages geregelte Haftung der Gesellschafter ist derzeit nicht absehbar, inwieweit die Kläger aus dem ausgeschütteten Betrag ggf. Zahlungen an die Fondsgesellschaft zur Auffüllung ihres Kapitalanteils zu leisten haben. Der Streitgegenstand bleibt daher in seinem Umfang unverändert und verschiebt sich lediglich zu Gunsten der unter den Ziffern I.1. bzw. II. 2. ausgeurteilten Freistellungsverpflichtungen der Beklagten. 96

b) 97

Neben dem Anspruch auf Rückzahlung des Anlagekapitals stehen den Klägern (Prozess-) Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 ZPO seit dem 13.08.2009, dem Datum der Rechtshängigkeit, zu. Die Voraussetzungen des § 291 ZPO lagen von da an vor. 98

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 (vgl. BGH, Urt. v. 16.03.1973 – V ZR 118/71, BGHZ 60, 323; Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 323/97, EWIR 99

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

c) 100

Darüber hinaus können die Kläger jedoch keine weiteren Zinsen aus §§ 249, 252 BGB beanspruchen. 101

Die Kläger haben nicht plausibel dargetan, dass sie als Alternativanlage tatsächlich in Termin-, Fest- oder Tagesgeld investiert hätten. Ein bloßes (erstinstanzliches) Nichtbestreiten durch die Gegenseite ersetzt indes nicht eine schlüssige Darlegung der Klageforderung. Angesichts des Umstands, dass es den Klägern zum damaligen Zeitpunkt auch auf die Erzielung von Steuervorteilen ankam, liegt keineswegs auf der Hand, dass sie den nicht unerheblichen Anlagebetrag festverzinslich angelegt hätten. Denn dies hätte ihnen keinerlei Steuervorteile verschafft, sondern mit der Zinsrendite ihre Steuerlast sogar erhöht. Letztlich bleibt rein spekulativ, welche Anlage sie tatsächlich alternativ getätigt hätten. Hierüber können auch die Darlegungs- und Beweiserleichterungen der §§ 252 S. 2 BGB, 287 ZPO nicht hinweg helfen. 102

d) 103

Die Kläger können zudem verlangen, dass die Beklagte sie im Wege der Naturalrestitution nach § 249 S. 1 BGB von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freistellt, die aus der Beteiligung resultieren. 104

e) 105

Ein Schadensersatzanspruch ist – wie von den Klägern bei Antragstellung berücksichtigt – von vorneherein nur mit der Einschränkung begründet, dass gleichzeitig die Vorteile herauszugeben sind, die mit dem schädigenden Ereignis in adäquatem Zusammenhang stehen (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 sind die Kläger als Anlagegesellschafter lediglich wirtschaftlich an der Gesellschaft beteiligt, während ausschließlich der Treuhänder (rechtlich) Kommanditist ist. Die Kläger können und müssen demzufolge allein ihre Rechte aus dem Treuhandverhältnis zur W5 und der Treuhandkommanditbeteiligung übertragen. 106

f) 107

Die Beklagte ist ferner gemäß §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB zur Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Kläger verpflichtet. 108

III. 109

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1 S.1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 110

Eine Zulassung der Revision war in Ermangelung der hierfür erforderlichen Voraussetzungen 112
nicht veranlasst, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache ist weder von grundsätzlicher
Bedeutung noch erfordert sie zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer
einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Revisionsgerichts.
