Oberlandesgericht Köln, 13 U 33/09

Datum:	17.03.2010
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	13. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	13 U 33/09
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2010:0317.13U33.09.00

Vorinstanz:	Landgericht Aachen, 1 O 310/08

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 22.1.2009 (1 O 310/08) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, Zug-um-Zug gegen Abtretung der Rechte der Klägerin aus der Kommanditbeteiligung an der W. an die Klägerin 25.936,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszins - höchstens aber 8% Zinsen - seit dem 11.7.2008 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagten aus dem Universaldarlehensvertrag vom 14.6.2003 über netto 12.000 € keine Rechte mehr gegenüber der Klägerin und deren Ehemann, Herrn C., zustehen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeden weiteren Schaden (gerichtet auf das negative Interesse) zu ersetzen, der ihrem Ehemann, Herrn C., im Zusammenhang mit dem Beitritt zum W. entstanden ist oder noch entstehen wird.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, an die Klägerin über den in Ziffer 1 genannten Betrag hinaus weitere 1.677 € sowie 1.958,74 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 11.7.2008, zu zahlen.

Es wird ferner festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Abtretung der Rechte der Klägerin aus der Beteiligung an der W. in Verzug befindet.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e : 1

I. 2

Die Klägerin, deren Ehemann sich im Mai 2003 mit einem Betrag von 30.000 € - in Höhe von 12.000,00 € finanziert durch ein von der Klägerin und ihrem Ehemann unter dem 14.6.2003 gemeinschaftlich bei der Beklagten aufgenommenes Universaldarlehen Nr. 613108xxxx (Anlage K 12 zur Klageschrift) - über eine Treuhänderin an der W. (im Folgenden: W.) beteiligt hat, nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes wegen fehlerhafter Aufklärung/Beratung auf Schadensersatz in Anspruch. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes einschließlich der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). 3

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 22.1.2009 (GA 228 ff.), auf das im Übrigen wegen der rechtlichen Würdigung durch die Zivilkammer Bezug genommen wird, mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte habe die ihr aufgrund des zustande gekommenen Anlageberatungsvertrages obliegenden Pflichten nicht verletzt. Es sei weder ein Prospekt- noch ein Beratungsfehler ersichtlich. Die Beklagte habe ihre Verpflichtung zur Prüfung des Emissionsprospektes auf Plausibilität erfüllt. Der Prospekt habe auch zutreffend und in ausreichender Form auf den wirtschaftlichen Hintergrund der Schuldübernahmen hingewiesen. Auch die schlagwortartige Bezeichnung der Anlage als „Garantiefonds“ auf dem Titelblatt des Prospektes sei im Prospekt selbst im Einzelnen und ausreichend erläutert. Eine Haftung der Beklagten ergebe sich schließlich auch nicht im Zusammenhang mit den Angaben im Prospekt zur Zahlung einer Innenprovision. Die dahingehenden Prospektangaben seien weder irreführend noch unzutreffend. 4

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung macht die Klägerin geltend, die Kammer sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Innenprovision unterhalb der vom Landgericht genannten Schwelle nicht bestehe. Tatsächlich bestehe eine solche Pflicht nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes – die 5

ausdrücklich auch für die Beteiligungen an Medienfonds gelte – bei der Anlageberatung unabhängig von dieser nur in anderem Zusammenhang relevanten Bemessungsgrenze. Im Übrigen sei die Beurteilung des Landgerichts aber auch unrichtig, soweit es von einer zutreffenden Aufklärung über die gegen einen Ausfall vorgesehenen Sicherungsmechanismen ausgegangen sei. Dem stehe schon die Bezeichnung der Anlage als „Garantiefonds“ und zahlreiche andere, die tatsächlich vorhandenen Risiken verharmlosenden Darstellungen entgegen, die sich durch den gesamten Inhalts des Prospektes zögen.

Die Klägerin beantragt, 6

1. die Beklagte in Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 22.1.2009 (1 O 310/08) zu verurteilen, Zug-um-Zug gegen Abtretung (hilfsweise: Übertragung) der Kommanditbeteiligung an der W. an die Klägerin 25.936,07 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % seit dem 30.5.2003 zu zahlen. 7

2. festzustellen, dass der Beklagten aus dem Universaldarlehensvertrag vom 14.6.2003 über netto 12.000 € keine Rechte mehr gegenüber dem Kläger und dessen Ehefrau (richtig: der Klägerin und deren Ehemann) zustehen, 8

3. die Beklagte verpflichtet ist, ihrem Ehemann C. jeden Schaden (gerichtet auf das negative Interesse) zu ersetzen, der ihm über diese Forderungen hinaus im Zusammenhang mit dem Beitritt zum W. entstanden ist oder noch entstehen wird 9

4. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 1.677 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 11.7.2008 zu zahlen. 10

5. festzustellen, dass die Beklagte hinsichtlich der Abtretung der Fondsanteile in Annahmeverzug befindet. 11

6. Die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 1.958,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 11.7.2008 zu zahlen. 12

sowie hilfsweise: 13

a. die Beklagte zu verurteilen, Rechnung zu legen über die ihr im Hinblick auf den im Antrag zu Ziffer 1 bezeichneten Fonds zugeflossenen Gelder und geldwerten Vorteile 14

b. die Beklagte zu verurteilen, den sich nach Rechnungslegung ergebenden Betrag an die Klägerin zu bezahlen, 15

Die Beklagte beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen. 17

Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, verteidigt die Entscheidung des Landgerichts zur Frage der Reichweite der Aufklärungspflicht über die von der Fondsgesellschaft vorgesehenen Sicherungsregelungen und vertritt die Auffassung, die Klägerin sei ausreichend über von ihr vereinnahmte Vertriebsprovisionen aufgeklärt worden. Aus dem Prospekt ergebe sich nämlich, dass die W. berechtigt sei, Dritte als Vertriebspartner einzusetzen. Das stelle einen ausreichenden Hinweis auf die Möglichkeit eines Interessenkonfliktes dar. Eine weitergehende Aufklärungspflicht bestehe nicht. Insofern unterscheide sich der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt wesentlich von der der 18

Entscheidung des BGH vom 20.1.2009 (XI ZR 501/07) zugrunde liegenden Fallgestaltung. Selbst wenn man das anders sehen wollte, fehle es jedenfalls am Verschulden; auch greife die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens insoweit nicht ein. Im Hinblick auf die Möglichkeit eines Widerrufs der Beteiligung sei es auch ausreichend, wenn der Prospekt im Zeitpunkt der Zeichnung vorgelegen habe. Selbst wenn man dies anders sehe, fehle es an einem Verschulden, da sie mangels entgegenstehender höchstrichterlicher Rechtsprechung davon habe ausgehen dürfen, ihren Pflichten durch Prospektübergabe bei Zeichnung zu genügen. Jedenfalls treffe die Klägerin ein Mitverschulden, weil sie den Prospekt nicht sorgfältig zur Kenntnis genommen habe.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges lägen nicht vor, weil die Übertragung der Kommanditbeteiligung nur in einer nach § 298 BGB nicht ausreichenden Weise angeboten worden sei. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens im Berufungsrechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 20

II. 21

Die Berufung ist ganz überwiegend begründet. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung des zwischen dem Rechtsvorgänger der Klägerin und der Beklagten zustande gekommenen Vertrages, bei dem es sich nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts um einen Beratungsvertrag handelt, bis auf einen Teil der eingeklagten Zinsen zu (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB). 22

Es kann dahinstehen, ob die Beklagte ihre Pflicht zur Aufklärung des Anlegers über das zu den für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umständen gehörende Totalverlustrisiko, auf das der Anleger klar und unmissverständlich vom Berater/Vermittler hinzuweisen ist, bzw. über die im Prospekt vorgestellten Sicherungsmechanismen im vorliegenden Fall verletzt hat. Die Beklagte ist jedenfalls ihrer Verpflichtung, dem Rechtsvorgänger der Klägerin gegenüber die an sie ausgekehrte Provision ungefragt offen zu legen, in schuldhafter Weise nicht nachgekommen. Daraus ergibt sich für die Klägerin aus abgetretenem Recht ein Anspruch auf Rückabwicklung der streitgegenständlichen Beteiligung. Im Einzelnen gilt: 23

1. 24

Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (WM 2007, 487; WM 2009, 405; WM 2009, 1274; vgl. ferner OLG Celle – Urteil vom 21.10.2009, 3 U 86/09; OLG Stuttgart ZIP 2009, 2185; OLG Dresden ZIP 2009, 2144; OLG Oldenburg BB 2009, 2390) muss eine Bank, die einem Anleger den Erwerb bestimmter Anlageprodukte – seien es Anteile an Aktien- oder Medienfonds, denn der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt ist in beiden Fällen gleich - empfiehlt, diesen ungefragt darauf hinweisen, dass und in welcher Höhe sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält. Diese Aufklärung über die Rückvergütung ist notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offen zu legen; sie ist nicht auf den Anwendungsbereich des WpHG beschränkt, sondern – weil sie sich aus dem zivilrechtlich allgemein anerkannten Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten ergibt – zwar aufsichtsrechtlich für den Bereich des Wertpapierhandels normiert worden, beansprucht aber auch für Fälle außerhalb diese Bereiches Geltung (vgl. KK-WpHG/Möllers § 31 Rdn. 23 m.w.Nachw.; auch Palandt/Sprau, BGB 68. Aufl. § 654 Rdn. 4). Erst durch die Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen (vgl. Assmann/Schneider/Koller, WpHG 4. Aufl. § 31 Rdn. 74; a.A. 25

Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar 3. Aufl. § 31 WpHG Rdn. 27) und zu beurteilen, ob die Bank ihm einen bestimmten Titel nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient. Insofern ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (WM 2001, 297) dazu, dass eine Bank, die einem Vermögensverwalter Provisionen und Depotgebühren rückvergütet, ihren Kunden vor Abschluss der vom Vermögensverwalter initiierten Effektengeschäfte darauf hinzuweisen hat, dass sie dadurch eine Gefährdung der Kundeninteressen durch den Vermögensverwalter geschaffen hat, auch auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Wenn eine Bank einen Kunden ohne Zwischenschaltung eines Vermögensverwalters berät, Anlageempfehlungen abgibt und dabei an den empfohlenen Fonds durch Rückvergütungen verdient, sind die Kundeninteressen durch die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen gefährdet. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten. Deshalb ist es geboten, den Kunden über etwaige Rückvergütungen aufzuklären und zwar grundsätzlich unabhängig von der Rückvergütungshöhe. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die Rückvergütungen einem bestimmten Geschäft unmittelbar zugeordnet werden oder in gewissen Zeitabständen gezahlt werden. Wesentlich ist nur, dass die Rückvergütungen umsatzabhängig sind.

Der Senat teilt die von der Beklagten geltend gemachten Bedenken gegen die Richtigkeit der Entscheidung des BGH nicht. Das gilt sowohl für die Existenz und Reichweite der angenommenen Aufklärungspflicht wie auch für die Problematik des Verschuldens und die Frage, ob die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens eingreift (zu diesen beiden Punkten unten Ziffer 3 und 4). 26

Die Entscheidung des BGH mag den Anwendungsbereich des Art. 12 GG tangieren und einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Beklagten darstellen. Dieser Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist indes durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Bei Entscheidungen von Kunden zu Anlagen in typischerweise nicht geringer Größenordnung werden vollständige Entscheidungsgrundlagen benötigt. Gerade der Vermittlung dieser vollständigen Information dient die Beratung des Anlegers. Erhält er diese Informationen nicht oder nicht vollständig, weil der Berater wegen des eigenen oder des Provisionsinteresses seines Arbeitgebers versucht ist, die Anlageempfehlung an der Provisionshöhe auszurichten, besteht eine erhöhte Gefahr, dass der Kunde eine falsche, für sein Vermögen nachteilige Entscheidung trifft. Auch die „einfachgesetzlichen Bedenken“ der Beklagten gegen die Entscheidung des BGH teilt der Senat nicht. Jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art ist gegen die Annahme einer mit der Notwendigkeit der Vermeidung von Interessenkonflikten begründeten Aufklärungspflicht nichts einzuwenden. Sie ist – in anderem Zusammenhang (BGH NJW 2004, 154; Palandt/Sprau Kommentar zum BGB, 69. Auflage 2010 § 654 BGB Rdn. 4) - schon seit längerem anerkannt und zum Schutz vor vertragswidrigen Interessenkollisionen notwendig und gerechtfertigt. 27

2. 28

Im Streitfall erhielt die Beklagte eine umsatzabhängige Provision, über die sie den Ehemann der Klägerin nach den vorgenannten Grundsätzen aufgrund des Beratungsvertrages ungefragt hätte aufklären müssen: Wie die Beklagte selbst unter Hinweis auf S. 40 und 69 des - nicht zur Gerichtsakte gereichten, seinem Inhalt nach jedoch unstreitigen -Prospekts vorträgt (S. 23 des Schriftsatzes vom 10.6.2009 – GA 368), wurden 8,9% des Fondskapitals sowie das Agio von weiteren 5% - insgesamt also 13,9% bezogen auf die jeweilige Beteiligung - für Vertriebsaufwendungen ausgegeben. Davon erhielt die Beklagte eine auf die 29

Zeichnungssumme bezogene Provision in Höhe von 8,25%. Für die Berater der Beklagten bestand angesichts dessen ein ganz erheblicher Anreiz, Anlegern gerade eine Beteiligung an dem streitgegenständlichen Medienfonds zu empfehlen. Darüber und über den damit verbundenen Interessenkonflikt musste die Beklagte den Ehemann der Klägerin im Rahmen des Beratungsgesprächs unterrichten, um ihn in die Lage zu versetzen, das Umsatzinteresse der Beklagten einzuschätzen und beurteilen zu können, ob die Beklagte - ihr Berater - die Fondsbeteiligung nur deshalb empfahl, weil sie daran verdiente.

Dass die der Beklagten zugeflossene Provision im Prospekt als Vertriebskosten bezeichnet wird (Bl. 349 unten GA), während es sich bei Rückvergütungen – wie der BGH in einem jüngeren Urteil klargestellt hat (Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 338/08 Tz. 31) - um Ausgabeaufschläge und Verwaltungsgebühren handelt, die hinter dem Rücken des Kunden von der Gesellschaft umsatzabhängig wieder an die beratende Bank zurückfließen, steht nach Auffassung des Senats einer Anwendung der Grundsätze zur Aufklärungspflicht über aus dem Fondskapital gewährte Rückvergütungen an die beratende Bank nicht entgegen. Für das Vorliegen eines die Aufklärungspflicht der beratenden Bank begründenden Interessenkonflikts kann es nur darauf ankommen, dass, unabhängig davon, ob es sich um eine Rückvergütung in dem oben angesprochenen engeren Sinne handelt, ohne Kenntnis – hinter dem Rücken – des Kunden umsatzabhängige Provisionen an die Bank gezahlt werden. So liegt es hier, da sich die Provision der Beklagten nach dem – anteilig von den einzelnen Anlegern aufgebrachten – Fondskapital bestimmt. 30

Die Beklagte beruft sich in diesem Kontext zu Unrecht darauf, durch die sich aus dem Prospekt ergebende Mitteilung, dass die für den Vertrieb zuständige W. berechtigt sei, Dritte als Vertriebspartner einzusetzen (S. 68 f des Prospektes), ergebe sich die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verlangte Information für den Anleger. Aus dieser allgemein gehaltenen Mitteilung kann bei selbst bei genügender Aufmerksamkeit nicht abgeleitet werden, dass es sich bei diesem provisionsberechtigten Dritten gerade um die Bank handelt, die ihrem Kunden diese Anlage empfiehlt. Zudem ergibt sich aus dem Prospekt nicht, in welchem Umfang die dort erwähnten Provisionen der Beklagten (und nicht möglicherweise beteiligten Dritten) zufließen sollten. Dies ist indessen erforderlich, da nur der Anleger, der auch die Höhe der Rückvergütung kennt, das Umsatzinteresse der Bank vollständig ermessen und abschätzen kann, um abzuwägen, ob es der Bank nur um den Erhalt der Rückvergütung oder die Empfehlung eines für den Anlegers optimalen Produktes geht (so zutreffend OLG Celle a.a.O., Tz. 43 des juris-Ausdrucks sowie Ellenberger, in: Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier und Derivategeschäft, 2. Aufl., 2009, Rdn. 862). Aus diesem Grund ändert sich an der Aufklärungspflicht der Beklagten - und der Feststellung, dass diese im vorliegenden Fall verletzt ist – auch nichts durch die Entscheidung des BGH vom 27.10.2009 (XI ZR 338/08). 31

3. 32

Da die Pflichtverletzung feststeht, wird das Verschulden der Beklagten gemäß § 280 Abs.1 S.2 BGB vermutet. Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, sie habe im Jahr 2003 davon ausgehen dürfen, ihrer Informationspflicht im Hinblick auf die Widerrufsmöglichkeit des Anlegers durch die Prospektübergabe im Zeichnungstermin zu genügen, vermag der Senat dieser Auffassung nicht zu folgen. 33

An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein strenger Maßstab anzulegen. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten. Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum nur 34

dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Muss er dagegen mit einer solchen abweichenden Beurteilung rechnen, handelt er auch dann sorgfaltswidrig, wenn er seine eigene Rechtsansicht sorgfältig gebildet hat. Auch der Umstand, dass ein Kollegialgericht die Rechtsauffassung des Schuldners gebilligt hat, führt nicht in jedem Fall zu seiner Entlastung. Bei einer in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilten Rechtsfrage ist ein Rechtsirrtum dann nicht unvermeidbar, wenn der Schuldner sich lediglich einer der insoweit vertretenen Auffassungen anschließt. Andernfalls würde das bei ihm liegende Risiko der unzutreffenden Beurteilung der Rechtslage zu Unrecht auf den Gläubiger abgewälzt (BGH NJW 1994, 2754; NJW 1998, 2144; NJW 2001, 3114; NJW 2006, 3271; NJW 2007, 428, OLG Oldenburg BB 2009, 2390; Palandt/Grüneberg, Kommentar zum BGB, 69. Auflage 2010, § 276 BGB Rdn. 22; Heße, MDR 2009, 1197/1201).

Voranzustellen ist, dass die Beklagte fehlendes Verschulden nicht aus der Kollegialgerichtsrichtlinie herleiten kann. Anlass, die für das Amtshaftungsrecht entwickelte Kollegialgerichtsrichtlinie auch auf Vertragsverhältnisse anzuwenden, besteht nach Auffassung des Senats nicht. Dies steht im Einklang mit einer neueren Entscheidung des - zugleich für das Amtshaftungsrecht zuständigen - III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, in der es ebenfalls um einen Filmfonds ging (Entscheidung vom 19.2.2009 – III ZR 154/08). Zudem kommt die Richtlinie nur zum Tragen, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die (Amts-)Tätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat. Hier geht es hingegen um die Frage, ob die Unkenntnis von der Offenlegungspflicht unverschuldet war. 35

Unter Berücksichtigung der eingangs dargelegten Maßstäbe ist das Verhalten der Beklagten als zumindest fahrlässig im Sinne von § 276 BGB einzustufen. 36

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (NJW 2001, 962; WM 2009, 405) ergibt sich die Aufklärungspflicht der Beklagten aus dem zivilrechtlich allgemein anerkannten Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten, der entgegen der Auffassung der Beklagten (und mancher Stimmen in der Literatur) keineswegs neu, sondern in der Sache bereits seit langem anerkannt ist und – nicht abschließend, sondern nur beispielhaft - aufsichtsrechtlich für den Bereich des Wertpapierhandels normiert worden ist (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 WphG). 37

Dass Zahlungen dieser Art für den Geschäftsbesorger einen zusätzlichen, nicht in den Interessenbereich des Auftraggebers fallenden Anreiz für eine Förderung des provisionierten Produktes schaffen können (dazu aus der Literatur (Nittel/Knöpfel, BKR 2009, 411 ff), liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Begründung. Ebenso ist seit langem anerkannt, dass es keine Rechtfertigung für einen Berater gibt, seinen Vertragspartner über Umstände im Unklaren zu lassen, die für seine Willensentscheidung erkennbar von elementarer Bedeutung sind und die den Vertragszweck gefährden oder vereiteln können. Auch die BAWe-Richtlinie vom 26. Mai 1997 war der Beklagten unstreitig seit langem – und jedenfalls zu einem weit vor dem Erwerb der Fondsanteile durch den Kläger liegenden Zeitpunkt – bekannt. 38

In Übereinstimmung mit dieser grundsätzlichen Rechtslage hat der BGH bereits in seinem - ebenfalls weit vor der hier streitgegenständlichen Anlage veröffentlichten und allgemein bekannt gewordenen – Urteil vom 19.12.2000 (NJW 2001, 962) entschieden, dass ein Vermögensverwalter eine mit der depotführenden Bank geschlossene Vereinbarung über die Zahlung von Rückvergütungen offenzulegen hat. Entgegen einer in der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Dresden BKR 2009, 428; ebenso etwa Zingel/Rieck, BKR 2009, 353 39

ff, Herdegen, WM 2009, 2202 sowie Veil, WM 2009, 2193 ff) vertretenen Auffassung handelt es sich dabei nicht um die nicht verallgemeinerungsfähige und auf den vorliegenden Fall nicht übertragbare Regelung einer ganz speziellen Situation (nämlich der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens für den Bereich der Vermögensverwaltung), sondern – den angesprochenen allgemeinen Grundsätzen folgend – um die Regelung des bereits angesprochenen Interessenkonfliktes, der sich – nicht nur für den Vermögensverwalter, sondern in gleicher Weise auch für den Anlageberater – aus der Entgegennahme von Provisionen von dritter Seite ergibt.

Im Übrigen ist – darauf hat bereits das OLG Celle mit Recht hingewiesen (WM 2009, 1794) - die Rechtsfrage einer Aufklärungspflicht über kick-back-Zahlungen in Literatur und Rechtsprechung schon seit langem kontrovers diskutiert worden. Bereits im Jahre 1996 hatte das Oberlandesgericht Stuttgart (VuR 1996, 333) entschieden, dass Anlageberater dann über interne Provisionen aufklären müssen, wenn dadurch im Zusammenhang mit anderen Umständen besondere Gefahren für den Anleger verbunden sind. Damit bestand zumindest ab diesem Zeitpunkt eine unsichere Rechtslage. Auch in der einschlägigen Fachliteratur wurde eine Aufklärung jedenfalls unter bestimmten Bedingungen, insbesondere bei einer bestimmten Höhe der Innenprovision für geboten gehalten (vgl. etwa Wagner, WM 1998, 694 ff; Gallandi, WM 2000, 279 ff; Kiethe, NZG 2001, 107; vgl. ferner Nittel/Knöfel, BKR 2009, 411 ff mit einer Übersicht zu Rechtsprechung und Literatur seit 1962). Auch diejenigen Stimmen in der Literatur (Veil, WM 2009, 2194 ff; Zingel/Rieck, BKR 2009, 353 ff) und in der Rechtsprechung (OLG Dresden WM 2009, 1689; OLG Oldenburg BB 2009, 2390), die im Ergebnis ein Verschulden der die Provision verschweigenden Bank ablehnen, konzedieren, dass es – mindestens seit den 90er Jahren – in der Literatur Stimmen gegeben habe, die eine Aufklärungspflicht in der vom BGH nunmehr angenommenen Reichweite vertreten haben. 40

Dem gegenüber betrifft die vom III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes entwickelte Rechtsprechung, wonach Innenprovisionen von 15 % und mehr offen zu legen sind, den Aspekt der damit verbundenen Auswirkungen auf die Werthaltigkeit der Anlage und ist mit dem hier im Vordergrund stehenden Interessenkonflikt des - vermeintlich neutralen - Beraters, der ein eigenes Interesse am Verkauf der Anlage hat, nicht vergleichbar. Die Beklagte entnimmt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (zuletzt der Entscheidung vom 25.9.2007 – BKR 2008, 199 -) auch zu Unrecht einen Grundsatz des Inhalts, dass über Innenprovisionen nur bei einem Schwellenwert von mehr als 15 % und nur dann aufzuklären sei, wenn es sich bei der streitigen Provision um einen „wertbildenden Umstand“ handele. Eine solche Einschränkung lässt sich dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht entnehmen; die gegenteilige Auffassung (auch vertreten von Brocker/Langen in einer Entscheidungsanmerkung zu BGH BKR 2008, 199) beruht auf einem Missverständnis hinsichtlich des Inhaltes der Entscheidung, die sich mit der Problematik der verdeckten Innenprovision unter dem Gesichtspunkt des Interessenwiderstreites nicht befasst. 41

Nach allem musste auf der Grundlage der geführten Diskussion das Bestehen einer Aufklärungspflicht über die der Bank gewährte Rückvergütung für die Beklagte naheliegen. Zumindest konnte ihr - bei einer sorgfältigen Prüfung des Standes der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur - aber nicht verborgen bleiben, dass die Problematik des mit der gewährten Rückvergütung einher gehenden offensichtlichen Interessenkonflikts kontrovers diskutiert wurde. In dieser Situation handelte die Beklagte – wenn sie im Vertrauen darauf, dass sich die von ihr bevorzugte Rechtsansicht schließlich durchsetzen werde - aber zumindest fahrlässig. Dabei kann dahinstehen, ob die vorgenannten Informationen dem jeweiligen Anlageberater zur Verfügung standen. Die Beklagte wäre jedenfalls verpflichtet 42

gewesen, ihre Mitarbeiter entsprechend aufzuklären und zu schulen. Soweit sie dies – wie es auch nach ihrem eigenen Vortrag der Fall war - unterlassen hat, ergäbe sich ihre Haftung aus einem Organisationsverschulden (wie hier OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2185 sowie OLG Celle WM 2009, 1794 sowie Urteil vom 21.10.2009 – 3 U 86/09).

4. 43

Dass der Rechtsvorgänger der Klägerin dem Medienfonds bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht beigetreten wäre, ergibt sich aus der von der Beklagten nicht ausreichend widerlegten Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1329; WM 2009, 274; Beschluss v. 19.02.09, III ZR 154/09; Stackmann, NJW 2009, 3265/68; anders, aber unzutreffend Veit, WM 2009, 2193/2201 sowie Herresthal ZBB 2009, 348/61). Es reicht insoweit nicht aus, wenn die Beklagte vorträgt, der Rechtsvorgänger der Klägerin hätte in Kenntnis der Rückvergütungen möglicherweise über das Agio verhandelt und dabei günstigere Konditionen erhalten, weil es sich dabei um eine durch nichts belegte, spekulative Erwägung handelt. Infolgedessen hätte die Beklagte - was aber nicht geschehen ist – konkrete und über die bloße theoretische Möglichkeit einer vom Zedenten initiierten und zu einem günstigeren Ergebnis geführten Verhandlung über die vertraglichen Konditionen hinausgehende Anhaltspunkte für einen solchen Verlauf vortragen müssen. 44

5. 45

Die Klägerin, deren Rechtsvorgänger aufgrund der Pflichtverletzung der Beklagten den Anteil erworben hat, ist so zu stellen, als wäre die streitgegenständliche Beteiligung nicht gezeichnet worden. Dann hätte der Zedent den im Klageantrag zu Ziffer 1) genannten Betrag nicht aufgewendet. Die Höhe der vom Zedenten gemachten Aufwendungen ist zwischen den Parteien unstreitig. Er setzt sich zusammen aus dem Eigenkapitalanteil von 18.000 €, dem Agio von 1.500 €, Tilgungsleistungen von 2000 € sowie Zahlung auf Zinsen in Höhe von 4.436,07 €. Ein Anspruch auf Ersatz dieses Betrages steht der Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der – von ihrem Ehemann gemäß der auf eine umfassende Abtretung sämtlicher Rechte im Zusammenhang mit der fraglichen Gesellschaftsbeteiligung gegen alle Beteiligten gerichteten Vereinbarung vom 23.6.2008 (Bl. 79 GA) damit ebenfalls an sie abgetretenen – Rechte aus Kommanditbeteiligung zu. 46

Dagegen besteht ein Anspruch auf die beantragten Zinsen in Höhe von 8 % seit dem Zeitpunkt der Beteiligung nicht. Grundsätzlich kommt zwar ein auf die Zahlung von Zinsen gerichteter Anspruch des Anlegers unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns in Betracht (BGH NJW 1992, 1223). Die Klägerin hat aber im vorliegenden Fall nicht ausreichend vorgetragen, dass (und gegebenenfalls wie) sie bzw. der Zedent den in den Medienfonds investierten Betrag anderweitig angelegt hätte, wenn es zu der streitgegenständlichen Anlage nicht gekommen wäre. Auch die für eine Bewertung nach § 287 ZPO notwendigen Schätzgrundlagen lassen sich dem Vortrag der Klägerin nicht entnehmen. 47

Soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 11.03.2010 unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Naumburg vom 23.12.2009 (2U 96/07) die Ansicht vertritt, der Zinsanspruch ergebe sich in Höhe eines Betrages von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins (auch) unter dem Gesichtspunkt, dass die Beklagte zur Herausgabe gezogener bzw. schuldhaft nicht gezogener Nutzungen verpflichtet sei, vermag der Senat dem nicht zu folgen: Was den Eigenkapitalanteil in Höhe von 18.000,00 € und das Agio in Höhe von 1.500,00 € betrifft, sind diese Beträge vom Ehemann der Klägerin unmittelbar an die Fondsgesellschaft gezahlt worden mit der Folge, dass die Beklagte weder Nutzungen noch die Möglichkeit der 48

Nutzungsziehung für sie bestanden hat. Im Hinblick auf die Tilgungs- und Zinsbeträge (6.436,07 €), die aufgrund des Darlehensvertrages vom 14.6.2003 an die Beklagte geflossen sind, scheidet ein Zinsanspruch unter dem Gesichtspunkt der Nutzungsherausgabe – ungeachtet der Frage, ob ein derartiger Anspruch im Rahmen des hier allein geltend gemachten Schadensersatzanspruches wegen fehlerhafter Beratung überhaupt möglich wäre – jedenfalls deshalb aus, weil die Klägerin substantiiert dargelegt hat, wann genau sie welche Raten und Zinsbeträge an die Beklagte geleistet hat und diese der Beklagten daher zur Nutzung zur Verfügung standen.

Andererseits besteht kein Grund dafür, dass sich die Klägerin bzw. der Zedent eine Steuerersparnis im Zusammenhang mit der etwaigen steuerlichen Geltendmachung von Darlehenszinsen anrechnen lassen muss. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (NJW 2006, 499) ist für eine solche Anrechnung angesichts der regelmäßigen Verpflichtung des Anlegers, die von der Bank empfangene Ersatzleistung zu versteuern, nur dann Raum, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Anleger außergewöhnliche Steuervorteile erhalten hat. Hierfür ergeben sich aber aus dem Vortrag der Parteien keinerlei Hinweise. 49

Ebenfalls hat die Klägerin einen Anspruch auf Freistellung von sämtlichen Verbindlichkeiten, die ihr und dem Zedenten aus und im Zusammenhang mit der gemeinschaftlichen Darlehensaufnahme vom 14.6.2003 entstanden sind und auf die Feststellung, dass die Beklagte für sämtliche weitere Schäden im Zusammenhang mit seinem Beitritt zum W. in vollem Umfang ersatzpflichtig ist (gerichtet auf das negative Interesse). 50

Die Klägerin hat ferner einen Anspruch auf die geltend gemachten Prozesszinsen. Zwar setzt diese Verpflichtung die Fälligkeit der Hauptforderung voraus, kann also nicht bestehen, wenn der Forderung die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entgegensteht. Im vorliegenden Fall geht es indessen nicht um die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, das heißt um die Geltendmachung eines auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhenden fälligen Gegenanspruchs durch die Beklagte. Vielmehr ist Grundlage des hier in Rede stehenden Zug-um-Zug-Vorbehalts das dem allgemeinen Schadensersatzrecht innewohnende Prinzip der Vorteilsausgleichung, das bewirkt, dass die Schadensersatzpflicht der Beklagten nur gegen Herausgabe der Vorteile erfüllt zu werden braucht, die mit dem schädigenden Ereignis in adäquatem Zusammenhang stehen. Der Schadensersatzanspruch ist von vornherein nur mit der Einschränkung begründet, dass gleichzeitig die Vorteile herausgegeben werden. Dazu bedarf es keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schuldners. Daher besteht keine innere Rechtfertigung dafür, die Beklagte, die der Klage mit sachlichen Einwendungen, nicht aber mit einem Zurückbehaltungsrecht, entgegengetreten ist, von der Pflicht zur Zahlung von Prozesszinsen zu befreien. Mit der Auferlegung der Prozesszinsen verwirklicht sich hier nämlich lediglich das allgemeine Risiko eines jeden Schuldners, dessen Verteidigungsvorbringen sich im Laufe eines jahrelangen Rechtsstreits als im Ergebnis nicht durchgreifend erweist. Ebenso wenig sind sachliche Gründe dafür erkennbar, der Klägerin, die mit dem Angebot des Vorteilsausgleichs das ihrerseits Erforderliche getan hatte, die Nutzungsvorteile des ihr rechtmäßig zustehenden Schadensersatzbetrags in Form der Prozesszinsen vorzuenthalten (BGH NJW-RR 2005, 170; Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Auflage 2010, § 291 BGB Rdn. 5). 51

Aus der soeben angesprochenen Entscheidung des BGH sowie dem Urteil des BGH vom 7.12.2009 (ZIP 2010, 176 Tz. 29) ergibt sich im Übrigen auch, dass die Voraussetzungen für die von der Klägerin begehrte Feststellung des Annahmeverzuges bestehen. Die Klägerin hat mit dem wörtlichen Angebot der Übertragung des Fondsanteils das ihrerseits Erforderliche 52

getan. Dazu genügt es, sofern die Anlage – wie im vorliegenden Fall – in der Vertragsposition als Treugeber besteht, wenn der Anleger als von ihm Zug-um-Zug zu gewährende Leistung die Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Treuhandvertrag anbietet. Der Anleger muss im Wege der Vorteilsausgleichung nur diejenigen Vorteile herausgeben, die er tatsächlich erlangt hat. Ihm kann daher nicht entgegengehalten werden, dass die Herausgabe der erlangten Vorteile der Zustimmung Dritter bedarf.

Über die sich aus dem Tenor zu Ziffer 1 ergebenden Zahlungsansprüche hinaus hat die Klägerin weiter einen Anspruch auf Ausgleich der vorgerichtlichen angefallenen Anwaltskosten in Höhe von 1.958,74 € und einen Anspruch auf Zahlung von 1.677 € für an das Finanzamt gezahlte Zinsen im Zusammenhang mit der nachträglichen Einforderung von Einkommenssteuer jeweils nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit in gesetzlicher Höhe. Die gegenüber diesem zuletzt genannten Schadensbetrag gemachten Einwendungen der Beklagten greifen nicht durch. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Klägerin bzw. dem Zedenten ein gleichhoher Betrag aus einer Steuererstattung zunächst zur Anlage zur Verfügung gestanden hat. 53

7. 54

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs.2 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 55

Der Senat lässt die Revision im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsauffassungen in der obergerichtlichen Rechtsprechung zur Frage des Verschuldens einer Bank hinsichtlich der Verletzung ihrer Pflicht zur Aufklärung des Anlegers über den Erhalt von kick-back-Zahlungen zu. 56

Berufungsstreitwert: bis zum 17.2.2010: 39.913,74 € ; danach 34.349,81 € 57

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE