
Datum: 01.08.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 103/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0801.13U103.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 3 O 57/10

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 27.4.2011 (3 O 57/10) unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 163.211,90 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 24.2.2010 zu zahlen.

2. Die Beklagte wird ferner verurteilt, den Kläger von allen Ansprüchen freizustellen, die mittelbar oder unmittelbar aus der bei der I.bank über einen Darlehensbetrag von 280.187,95 € abgeschlossenen obligatorischen Anteilsfinanzierung für die vom Kläger am 21.10.2000 gezeichnete Beteiligung an der N. GmbH und Co H. Produktions KG J. im Nennwert von 511.286,77 € resultieren.

3. Die Beklagte wird ferner verurteilt, den Kläger von allen weiteren steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen (gerichtet auf das negative Interesse) freizustellen, die mittelbar oder unmittelbar aus der von ihm am 21.10.2000 gezeichneten Beteiligung an der N. GmbH und Co H. Produktions KG J. im Nennwert von 511.291,88 € resultieren und die ohne Zeichnung nicht eingetreten wären.

- zu Ziffer 1 bis 3 jeweils Zug-um-Zug gegen Abtretung der Rechte aus der Beteiligung an der vorgenannten Beteiligung an die Beklagte und hinsichtlich der Verurteilung zur Freistellung von den Ansprüchen aus dem Darlehensvertrag bei der I.bank (Ziffer 2) auch Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Rechte aus diesem Darlehensverhältnis.

4. Es wird ferner festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebots auf Übertragung der vorgenannten Beteiligung sowie mit der Annahme der Abtretung der Rechte aus dieser Beteiligung in Verzug befindet.

5. Wegen des weitergehenden Zinsanspruchs wird die Klage abgewiesen.

6. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

7. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung und verschwiegener Rückvergütungen im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Anteils an dem Medienfonds N. GmbH und Co H. Produktions KG J. am 21.10.2000 im Wert von 511.291,88 € (1 Mio. DM) in Anspruch. Den Anlagebetrag finanzierte er mit 231.103,93 € Eigenkapital und in Höhe von 280.187,95 € durch ein Darlehen der I.bank vom 21.10./3.11.2000.

Mit der Klage verlangt er von der Beklagten die Rückzahlung des von ihm aufgewendeten Eigenkapitals von 231.103,93 € abzüglich erhaltener Ausschüttungen von 67.892,03 €, mithin einen Betrag von 163.211,90 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 4 % als entgangenen Gewinn für den Zeitraum von der Zeichnung bis zur Rechtshängigkeit, die Freistellung von allen Ansprüchen aus dem Darlehensvertrag mit der I.bank, die Freistellung von allen weiteren sich aus der Beteiligung ergebenden Nachteilen Zug-um-Zug gegen Abgabe eines Angebotes zur Übertragung der Beteiligung und Abtretung aller aus dieser Beteiligung bestehenden Rechte sowie die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 27.4.2011 (GA 403 ff.), auf das wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens, der dort gestellten Anträge sowie der landgerichtlichen Feststellungen und rechtlichen Würdigung durch die Zivilkammer Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO), abgewiesen. Die Beklagte habe ihre sich aus dem stillschweigend geschlossenen Beratungsvertrag ergebenden Pflichten gegenüber dem Kläger nicht schuldhaft verletzt. Die Empfehlung eines Filmfonds sei für den spekulativ eingestellten und von der Aussicht auf Steuerersparnis motivierten Kläger anlegergerecht gewesen. Auch gegen die Grundsätze einer anlagegerechten Beratung habe die Beklagte nicht verstoßen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass der Kläger den Emissionsprospekt so rechtzeitig vor der Zeichnung erhalten habe, dass ausreichend Gelegenheit bestanden habe, sich mit den Risiken der Anlage vertraut zu machen. Der Prospekt selbst enthalte eine ausreichend deutliche Aufklärung über die mit der Anlage verbundenen Risiken. Diese Risiken habe der Zeuge G., der für den Kläger zuständige Berater, in dem Beratungsgespräch vom 21.10.2000 auch nicht verharmlosend dargestellt; jedenfalls habe der Kläger den ihm obliegenden Beweis des Gegenteils nicht führen können. Eine Aufklärung über an die Beklagte gezahlte Provisionen sei nach der Entscheidung des BGH vom 27.10.2009 (XI ZR 338/08) nicht erforderlich, da es sich nicht um Vertriebsprovisionen im Sinne dieser Rechtsprechung, sondern um in den Anlagebetrag eingepreiste und daher nicht aufklärungspflichtige Innenprovisionen gehandelt habe.

Mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung wendet sich der Kläger gegen die Annahme des Landgerichts, dass die Beklagte ihre Aufklärungspflichten erfüllt habe. Bei richtiger Bewertung sei weder mündlich – durch den Zeugen G. - noch durch den Sachlage nur verschleiern den Prospekt eine den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes genügende Aufklärung über die Risiken der Anlage erfolgt. Bei zutreffender Betrachtung – und unter Beachtung der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Begriff der aufklärungspflichtigen Rückvergütungen – könne auch nicht zweifelhaft sein, dass die Beklagte verpflichtet gewesen sei, den Kläger nicht nur darüber aufzuklären, dass sie von der Fondsgesellschaft für die vom Kläger gezeichnete Beteiligung eine Vergütung erhalten habe, sondern auch über deren Höhe.

Der Kläger beantragt,

in Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 27.4.2011

1.

die Beklagte zur Zahlung von 163.211,90 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 4 % aus 231.103,93 € vom 1.1.2000 bis zum 31.12.2002, aus 165.319,98 € vom 1.1.2003 bis zum 31.12.2003, aus 163.583,02 € vom 1.1.2004 bis zum 31.12.2004, aus 163.397,46 € vom 1.1.2005 bis zum 31.12.2005 sowie aus 163.211,90 € vom 1.1.2006 bis zum 24.2.2010 und aus dem zuletzt genannten Betrag in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit diesem Zeitpunkt zu verurteilen,	10
2.	11
die Beklagte weiter zu verurteilen, den Kläger von allen Ansprüchen, die mittelbar oder unmittelbar aus der bei der I.bank über einen Darlehensbetrag von 280.187,95 € abgeschlossenen obligatorischen Anteilsfinanzierung für die vom Kläger am 21.10.2000 gezeichnete Beteiligung an der N. GmbH und Co H. Produktions KG J. im Nennwert von 511.286,77 € freizustellen,	12
3.	13
die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von allen weiteren steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die mittelbar oder unmittelbar aus der vom Kläger am 21.10.2000 gezeichneten Beteiligung an der N. GmbH und Co H. Produktions KG J. im Nennwert von 511.291,88 € resultieren und die ohne Zeichnung nicht eingetreten wären.	14
- die Anträge zu 1. bis 3. jeweils Zug-um-Zug gegen Abgabe eines Angebots des Klägers gegenüber der Beklagten auf Übertragung der vorgenannten Beteiligung und Abtretung aller Rechte aus dieser Beteiligung an die Beklagte	15
4.	16
festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebots auf Übertragung der vorgenannten Beteiligung sowie mit der Annahme der Abtretung der Rechte aus dieser Beteiligung in Verzug befindet.	17
Die Beklagte beantragt,	18
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	19
Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags. Die Feststellungen des Landgerichts zur rechtzeitigen Übergabe des Prospektes seien ebenso richtig wie die Beurteilung des Prospektinhaltes selbst. Was die Vertriebsprovisionen angehe, so sei sie schon mangels eines Anlageberatungsvertrages nicht zu einer Aufklärung des Klägers verpflichtet gewesen. Selbst wenn man aber von einer Verpflichtung zur Aufklärung auch im vorliegenden Fall ausgehe, sei diese durch die inhaltlich zutreffenden Angaben in dem Emissionsprospekt erfüllt, jedenfalls aber nicht schuldhaft verletzt worden. Aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles könne schließlich die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht zur Anwendung kommen.	20
Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens im Berufungsrechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	21
<u>II.</u>	22

Die zulässige Berufung des Klägers hat auch in der Sache Erfolg. Die Beklagte ist dem Kläger in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang wegen einer pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung über die von ihr im Zusammenhang mit dem Geschäft erzielten Erträge zum Schadensersatz verpflichtet. Lediglich hinsichtlich der verlangten Anlagezinsen (entgangener Gewinn) war die Klage abzuweisen. Im Einzelnen gilt:

1. 23

24

Nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts ist zwischen den Parteien zumindest konkludent ein Beratungsvertrag zustande gekommen, indem die Beklagte dem Kläger aktiv die streitgegenständliche Anlage vorgestellt, empfohlen und ihn insoweit beraten hat (vgl. etwa BGHZ 123, 126). Soweit die Beklagte – auch mit der Berufungserwiderung – sich lediglich als Anlagevermittlerin sieht, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie selbst eingeräumt hat, an den Kläger nicht nur einen Prospekt zum hier streitgegenständlichen Fonds, sondern auch zu einem sog. „Sachsenfonds“ verschickt zu haben (GA 219). Damit ist eine Einordnung der Beklagten als bloße „Abwicklungsstelle“ (GA 192) nicht vereinbar. Es kommt hinzu, dass der Berater G. im Rahmen seiner Vernehmung glaubhaft darüber berichtet hat, dass es während seiner Urlaubsabwesenheit einen Termin des Klägers mit seinen Kollegen O. und Q. gegeben habe, bei dem nicht nur der streitgegenständliche Fonds, sondern auch der Sachsenfonds besprochen worden sei. Zudem hat der Zeuge G. ausführlich darüber berichtet, dass der Kläger mit dem Ansinnen einer steueroptimierten Anlage an die Beklagte herantreten sei und er ihn – nach ausführlicher Einarbeitung in den ihm zuvor nicht bekannten Prospekt – nicht nur darüber beraten, sondern ihn wegen der steuerlichen Aspekte an seinen Steuerberater verwiesen habe. Dass die Beklagte damit nicht – wie es für einen bloßen Anlagevermittler kennzeichnend ist – im Interesse des Kapitalsuchenden tätig geworden ist, liegt auf der Hand.

2. 25

a. 26

27

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa WM 2007, 487; WM 2009, 405; WM 2009, 1274) muss eine Bank, die einem Anleger den Erwerb bestimmter Anlageprodukte – seien es Anteile an Aktien- oder an 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 dieses 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) und zu beurteilen, ob die Bank ihm einen bestimmten Titel nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient.

28

Insofern ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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 (WM 2001, 297), 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 – weil das Beratungsinteresse möglicherweise beeinflussend – ist, dass die Rückvergütungen umsatzabhängig sind.

- b. 29
- Im Streitfall erhielt die Beklagte für den Vertrieb des Fonds unstreitig eine umsatzabhängige Provision; über diese Provision hätte sie den Kläger nach den vorgenannten Grundsätzen aufgrund des Beratungsvertrages ungefragt aufklären müssen: 30
- Für den Berater der Beklagten bestand angesichts der umsatzabhängigen Provision ein ganz erheblicher Anreiz, dem Anleger gerade eine Beteiligung an dem streitgegenständlichen Filmfonds zu empfehlen. Darüber und über den damit verbundenen Interessenkonflikt musste die Beklagte den Kläger im Rahmen des Beratungsgesprächs unterrichten, um ihn in die Lage zu versetzen, das Umsatzinteresse der Beklagten einzuschätzen und beurteilen zu können, ob der Berater der Beklagten die Fondsbeteiligungen nur deshalb empfahl, weil die Beklagte daran verdiente. 31
- Dass die der Beklagten zugeflossene Provision im Prospekt als Vertriebskosten bzw. Kosten der Eigenkapitalvermittlung (Prospekt Seite 49; GA 72) bezeichnet wird, während es sich bei Rückvergütungen – wie der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum ausgeführt hat (BGH WM 2008, 2306, juris Tz. 31, siehe auch Nobbe, WuB I G 1. – 5-10 und WuB I G 1. – 11.10) – um Ausgabeaufschläge und Verwaltungsgebühren handelt, die hinter dem Rücken des Kunden von der Gesellschaft umsatzabhängig wieder an die beratende Bank zurückfließen, steht einer Anwendung der o.g. Grundsätze nicht entgegen. Durch die Entscheidungen des BGH vom 9.3. und 29.7.2011 (XI ZR 191/10) ist geklärt, dass aufklärungspflichtige Rückvergütungen nicht nur dann vorliegen, wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen, sondern – unter dem jetzt auch vom BGH explizit in den Mittelpunkt seiner Argumentation gestellten Gesichtspunkt des gegenüber dem Kunden verborgen gehaltenen Interessenkonfliktes – auch dann, wenn es sich um Teile der offen ausgewiesenen Vertriebskosten handelt, bei denen nur verheimlicht wird, dass sie letztlich an die Bank zurückfließen, die ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse hat, gerade diese Beteiligung zu empfehlen. 32
- Nach diesem Verständnis liegt der Grund für eine diesbezügliche Aufklärungspflicht der Bank weder in einer bestimmten Herkunft derartiger Vergütungen noch in einer etwa zu missbilligenden oder anzuerkennenden Motivation des Verkäufers/Emittenten für ihre Zahlung, sondern allein in dem infolge dieser Zahlungen bei der beratenden Bank entstehenden – eine objektive, am Kundeninteresse orientierte Beratung möglicherweise beeinträchtigenden – Interessenkonflikt, über den der Kunde, um das Umsatzinteresse der Bank abschätzen und eine sachgerechte Anlageentscheidung treffen zu können, unterrichtet 33

sein muss. Hierfür kann es nicht darauf ankommen, auf welchem Zahlungsweg und aus welchem „Topf“ die Bank eine umsatzabhängige Vergütung von dem Fonds erhält und wie eine solche Zahlung bezeichnet wird (vgl. Koch BKR 2010, 177, 180 f.); der Kunde wird bei Verschweigen einer solchen Zahlung nicht in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank zutreffend abzuschätzen. Dass Vertriebsprovisionen im Grundsatz branchenüblich sind und ein durchschnittlicher Anleger entsprechende Zahlungen an die – von ihm selbst nicht unmittelbar vergütete - Bank womöglich in Rechnung stellen muss, kann jedenfalls deshalb zu keinem anderen Ergebnis führen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (WM 2007, 487 ff. Tz. 24) gerade auch über die Höhe umsatzabhängiger Vergütungen aufzuklären ist.

Schließlich hat der Bundesgerichtshof mit den Beschlüssen vom 9. März und vom 29. Juli 2011 (XI ZR 191/10) ausdrücklich festgestellt, dass die im Urteil vom 27. Oktober 2009 genannten Quellen möglicher (aufklärungspflichtiger) Rückvergütungen nicht abschließend gemeint waren, sondern es darauf ankomme, dass die beratende Bank als Empfängerin der Rückvergütungen ungenannt bleibe und damit beim Kunden eine Fehlvorstellung über die Neutralität ihrer Beratungsleistung entstehe. 34

Soweit die Beklagte mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 25.7.2012 geltend macht, dass sie stets bestritten habe, dass es sich um aufklärungspflichtige Rückvergütungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gehandelt habe, ist wiederum auf den Inhalt des Prospekt (dort S. 49) und die darin enthaltenen Regelungen für die Vergütung von Vertriebspartnern zu verweisen. Danach waren die von der Beklagten vereinnahmten Provisionen nicht in den für die Produktion vorgesehenen Kosten versteckt, sondern flossen aus den offen ausgewiesenen Kosten der "Eigenkapitalvermittlung" an die Beklagte. Auf einen Abfluss aus dem Agio kommt es nicht entscheidend an (BGH WM 2012, 1337). Demzufolge handelte es sich schon begrifflich nicht um versteckte Innenprovisionen, bei denen eine Aufklärungspflicht möglicherweise erst ab einer Schwelle von 15 % der Anlagesumme bestehen würde. Der „Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens“ wird daher zu Unrecht geltend gemacht. 35

c. 36

Die danach auch im vorliegenden Fall gebotene Aufklärung des Klägers ist nicht erfolgt: 37

Unstreitig wurde der Kläger mündlich nicht auf die genaue Höhe der Provisionen der Beklagten hingewiesen. Zwischen den Parteien besteht zwar Einigkeit darüber, dass dem Kläger im Zeitpunkt der Beratung bewusst war, dass die Beklagte für ihre Beratungsleistung eine – auch im Berufungsverfahren hinsichtlich ihrer Höhe streitige - Provision erhielt. Der Zeuge G. hat im Rahmen seiner Vernehmung eingeräumt, dem Kläger die Höhe der Provision auch auf dessen Nachfrage nicht mitgeteilt zu haben (Protokoll der Beweisaufnahme vor dem Landgericht; GA 383 R). Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, an der er auch nach nochmaliger Überprüfung festhält, dass von einer ausreichenden Aufklärung des Anlegers nur die Rede sein kann, wenn ihm nicht nur die Tatsache an sich bekannt ist, dass die Bank für ihre Beratungstätigkeit eine Vergütung erhält, sondern er auch deren genaue Höhe kennt, weil er nur so das Maß der Neutralitätsgefährdung einschätzen kann. Dass dem Kläger im vorliegenden Fall bekannt gewesen sein mag, dass die Beklagte überhaupt eine Provision erhielt, ist daher ebenso wenig relevant wie eine eventuelle Kenntnis der „Größenordnung“ dieser Zahlung. 38

Die Prospektangaben enthielten ebenfalls keine ausreichende Aufklärung. Aus dem Prospekt ergibt sich nämlich nicht, in welchem Umfang die dort im Zusammenhang mit der Vergütung 39

für die Eigenkapitalvermittlung erwähnten Beträge gerade der Beklagten zufließen sollten. Dies - und nicht nur die Angabe der insgesamt anfallenden Vertriebsprovisionen oder der Mitteilung, dass bei der Vermittlung auch Dritte eingeschaltet werden können - 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 BGH WM 2011, 640; Ellenberger, in: Ellenberger/Schäfer/Clouth/ Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier und Derivategeschäft, 2. Aufl., 2009, Rdn. 862). Die Gesamthöhe der Vertriebsprovisionen ist unter dem Aspekt der Werthaltigkeit der Anlage relevant und ausreichend, während der Gesichtspunkt des Interessenkonflikts die - hier fehlende - Angabe des auf die beratende Bank entfallenden Anteils an den Vertriebskosten erfordert und gebietet.

3. 40

Da die Pflichtverletzung der Beklagten somit objektiv feststeht, wird ihr Verschulden gemäß § 280 Abs.1 S.2 BGB vermutet. Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, sie habe im Oktober 2000 davon ausgehen dürfen, ihrer Informationspflicht durch die o.g. Angaben im Fondsprospekt zu genügen, ist dieser Auffassung im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH NJW 2010, 2339 ff.) nicht zu folgen. 41

Nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB muss der Aufklärungspflichtige darlegen und beweisen, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (BGH WM 2007, 542; WM 2009, 1274). Zum Vertretenmüssen gehören Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB), so dass die Beklagte bereits für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat. Soweit sich - wie hier - der Aufklärungspflichtige 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 ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein strenger Maßstab anzulegen. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten (vgl. BGH WM 2001, 2012). Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrrende 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; Heße, MDR 2009, 1197/1201). 42

Danach ist das Verhalten der Beklagten als zumindest fahrlässig im Sinne von § 276 BGB einzustufen. 43

Zwar lagen im Zeitpunkt des Anteilserwerbs durch den Kläger im Oktober 2000 die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen vom 19. Dezember 2006 (BGHZ 170, 226) und vom 20. Januar 2009 (WM 2009, 405) noch nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2001, 962; WM 2009, 405) 44

ergibt sich die Aufklärungspflicht der Beklagten aber bereits 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 in § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG normiert wurde (BGH NJW 2010, 2339; Urteil vom 8.5.2012 – XI ZR 262/10).

4. 45

Die mangelnde Aufklärung über die an die Beklagte geflossenen Provisionen war kausal für die Anlageentscheidung des Klägers. 46

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte. Diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt für alle Aufklärung- und Beratungsfehler des Anlageberaters und auch dann, wenn Rückvergütungen pflichtwidrig nicht offengelegt werden. Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine Beweiserleichterung im Sinne eines Anscheinsbeweises, sondern um eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung (BGH WM 2010, 972; WM 2011, 925). Entgegen der im Schriftsatz der Beklagten vom 11.7.2012 zum Ausdruck kommenden Auffassung entspricht diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zumindest seit der Entscheidung vom 16.11.1993 (XI ZR 214/92 = BGHZ 124, 151; vgl. insoweit ferner BGH NJW-RR 2007, 1329; WM 2009, 1274; WM 2009, 789; WM 2009, 1274; WM 2011, 682; BGHZ 189, 13; Urteil vom 8.5.2012 – XI ZR 262/10) und der ständigen Rechtsprechung des Senats. Neu an der von der Beklagten herangezogenen Entscheidung des BGH vom 8.5.2012 ist lediglich, dass danach die Kausalitätsvermutung nicht nur dann eingreift, wenn der Anleger bei gehöriger Aufklärung vernünftigerweise nur eine Handlungsalternative gehabt hätte, er sich also nicht in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, sondern stets bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung. Demzufolge besteht auch kein Grund zu der Annahme, ein auf die Vernehmung des klagenden Anlegers als Partei gerichteter Antrag der beklagten Bank (§ 445 ZPO) sei zuvor unzulässig gewesen und könne erst nach Kenntnis der Entscheidung des BGH vom 8.5.2012 in zulässiger Weise gestellt werden. 47

Nach dem Ergebnis der Anhörung des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 6.6.2012 ist der Beklagten der ihr obliegende Nachweis nicht gelungen, dass der Kläger den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen und die fragliche Anlageentscheidung gleichwohl getroffen hätte. Der Kläger hat im Rahmen seiner Anhörung – nach dem persönlichen Eindruck, den der Senat von ihm gewonnen hat, in glaubhafter Weise – angegeben, dass er die fragliche Anlage nicht gezeichnet hätte, wenn er von der an die Beklagte geflossenen Vergütung und deren Höhe gewusst hätte. Er hat eingeräumt, dass die Ersparnis von Steuern - bzw. in seinem Fall genauer die Verschiebung der Veranlagung hinsichtlich der bei ihm im fraglichen Zeitraum angefallenen Veräußerungserlöse – eine Motivation für seine Anlage gewesen sei; infolge des Werteverfalls der Aktien des Neuen Marktes im Allgemeinen und der seines Unternehmens im Speziellen habe aus seiner Sicht akuter Handlungsbedarf bestanden. Andererseits sei er schon vor der fraglichen Anlage, erst recht aber seitdem ein konservativer, auf Sicherheit bedachter Anleger, der zu keinem Zeitpunkt nach dem streitgegenständlichen Anlagegeschäft in spekulative Anlageformen investiert habe. Dass die Beklagte ihn zum damaligen Zeitpunkt als „spekulativ orientiert“ eingestuft habe, liege 48

offensichtlich nur daran, dass er zu diesem Zeit in seinem Depot Aktien geführt habe, bei denen es sich aber um solche des eigenen, soeben verkauften Unternehmens gehandelt habe.

Vor diesem Hintergrund kann der der Beklagten obliegende Beweis, dass der Kläger die streitgegenständliche Anlage auch bei einer vollständigen Unterrichtung über die an die Beklagte geflossene Vergütung getätigt hätte, nicht als geführt angesehen werden. Das gilt umso mehr, als nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Beschluss vom 9.4.2009 – III ZR 89/08; Urteil vom 8.5.2012 – XI ZR 262/10) der Umstand, dass ein Anleger eine steueroptimierte Anlage wünscht, der Kausalitätsvermutung nicht entgegensteht.

Soweit die Beklagte nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz – nämlich mit Schriftsatz vom 11.7.2012 (GA 583 ff) - außerdem erstmals die Parteivernehmung des Klägers beantragt hat, ist dieser Beweisantritt gemäß § 531 Abs. 2 ZPO verspätet und nicht mehr berücksichtigungsfähig. Aus den bereits erwähnten Gründen war eine Parteivernehmung nicht etwa bis zu der von der Beklagten angeführten Entscheidung des BGH vom 8.5.2012 unzulässig. Es besteht daher auch kein Grund für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Überdies hat der Kläger in seiner mündlichen Anhörung gemäß § 141 Abs. 1 ZPO zu seiner Anlagemotivation und zu dem Einfluss einer Kenntnis von der an die Beklagte gezahlten Vergütung und deren Höhe ausführliche Angaben gemacht und – wie ausgeführt - glaubhaft dargelegt, dass in der Tat zwar erzielbare Steuerstundungseffekte ein Grund für die Zeichnung der Beteiligung gewesen seien, er aber gleichwohl bei Kenntnis von der erheblichen Provision der Beklagten von dieser Anlageform abgesehen haben würde. Auch die Beklagte hatte Gelegenheit, den Kläger in diesem Zusammenhang zu befragen. Es kann nicht angenommen werden, dass eine förmliche Parteivernehmung unter diesen speziellen Umständen – ungeachtet der formellen Verschiedenheiten beider Erkenntnisquellen – zu weiteren oder anderen Feststellungen hätte führen können.

5.

Ein anspruchsminderndes Mitverschulden des Klägers gemäß § 254 BGB ist nicht ersichtlich. Insbesondere ein anspruchsminderndes Mitverschulden wegen unterlassener sorgfältiger Lektüre des Fondsprospekts scheidet - unabhängig davon, ob und wann die Prospekte ausgehändigt wurden - bereits deshalb aus, weil die Vergütungen der Beklagten - wie oben ausgeführt – in dem Prospekt nicht in der gebotenen Weise ausgewiesen waren.

6.

Dem Kläger steht – und zwar unabhängig davon, wie sich der gezeichnete Fonds bisher wirtschaftlich entwickelt hat oder noch entwickeln wird - gegen die Beklagte ein Anspruch darauf zu, so gestellt zu werden, als hätte er die Beteiligung im Oktober 2000 nicht gezeichnet. Daraus folgt im Einzelnen:

a.

Der Kläger hat Anspruch auf Rückzahlung des für die Beteiligung aufgewendeten (Eigenkapital)Betrages abzüglich der erhaltenen (unstreitigen) Ausschüttungen. Dabei muss er sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (WM 2010, 1641 und WM 2010, 1310) etwaige Steuervorteile aus der Beteiligung nicht anrechnen lassen, weil die Schadensersatzleistung ebenfalls wieder zu versteuern ist. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe,

dauerhafte Steuervorteile erzielt hat, liegen nicht vor (vgl. BGH, Beschluss vom 9. April 2009 - III ZR 89/08 sowie Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08 = WM 2010, 262).

b. 57

aa. 58

Ein Anspruch auf die geltend gemachte Verzinsung ab dem Zeitpunkt des Erwerbs der Beteiligung entgangenen Gewinn steht dem Kläger nicht zu. Grundsätzlich kann dem Anleger zwar als Teil des negativen Interesses auch ein Anspruch auf Zahlung von entgangenen Anlagezinsen unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns zustehen (BGH NJW 1992, 1223). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 24.4.2012 – XI ZR 360/11) kann nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge aber nicht mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden, dass sich ein zur Verfügung stehender Geldbetrag zumindest in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes von 4 % verzinst. Zudem erfordert die Zuerkennung eines dahingehenden Anspruchs konkreten Sachvortrag des Anlegers dazu, welche Anlage er statt der streitgegenständlichen erworben und welchen Gewinn er daraus erzielt hätte (BGH XI ZR 262/10; juris-Tz. 67). Daran fehlt es im vorliegenden Fall, in dem der Kläger lediglich angegeben hat, er hätte den Betrag „festverzinslich“ angelegt. 59

bb. 60

Die vom Kläger begehrte Verzinsung des Eigenkapitals mit 5%-Punkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit ergibt sich aus § 291 BGB. 61

c. 62

Der Anspruch auf Ersatz dieses Betrages steht dem Kläger Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus seiner Beteiligung an der N. GmbH und Co H. Produktions KG J. zu (vgl. BGH, WM 2010, 262 – Juris-Ausdruck Tz.28 f.); in diesem Sinne ist der von ihm gestellte Antrag („Abgabe eines Angebotes auf Übertragung der Beteiligung“ und „Abtretung aller Rechte aus der Beteiligung“) auszulegen. 63

d. 64

Dem Kläger steht vor diesem Hintergrund auch – ebenfalls Zug-um-Zug gegen Abtretung der Rechte aus der Beteiligung - der geltend gemachte Anspruch auf Freistellung von allen Verbindlichkeiten aus dem mit der I.bank geschlossenen Darlehensvertrag zu. Dieser Anspruch des Klägers besteht allerdings nicht nur Zug um Zug gegen Übertragung (Abtretung) der Rechte aus der Beteiligung, sondern zusätzlich - unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung - auch Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Rechte aus dem genannten Darlehensverhältnis. 65

e. 66

Ebenfalls hat der Kläger einen Anspruch auf die Feststellung, dass die Beklagte für sämtliche weitere Schäden im Zusammenhang mit seinem Beitritt zu dem Filmfonds in vollem Umfang ersatzpflichtig ist (gerichtet auf das negative Interesse – insoweit war die Formulierung des Klageantrags zu Ziffer 3 im Tenor klarzustellen). Angesichts der noch nicht definitiv geklärten steuerlichen Bewertung des Fonds und der derzeit noch fortdauernden Gesellschafterstellung (mit daraus resultierenden Haftungsrisiken) besteht durchaus die Möglichkeit eines weiteren Schadenseintritts, so dass das erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerseite gegeben ist. Auch die – für die Begründetheit erforderliche – Wahrscheinlichkeit eines weiteren 67

Schadenseintritts ist aus diesen Gründen zu bejahen.

f. 68

Schließlich sind auch die Voraussetzungen für die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten gegeben. 69

7. 70

Der Anspruch des Klägers ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht verjährt. Die Verjährung richtet sich im vorliegenden Fall nach §§ 195, 199 BGB. Die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis des Klägers hinsichtlich der Verletzung der Pflicht der Beklagten zur Aufklärung über die an sie geflossene Rückvergütung kann nicht bereits darin gesehen werden, dass der Kläger bereits zum Zeitpunkt des Beratungsgesprächs gewusst habe, dass ihm eine Information über die genaue Höhe der Provision vorenthalten worden, er demzufolge aber über die tatsächlichen Grundlagen seines sich daraus ergebenden Schadensersatzanspruchs unterrichtet und deshalb auch in der Lage gewesen sei, seinen Anspruch – zumindest mittels einer Feststellungsklage – gerichtlich geltend zu machen (so OLG Düsseldorf GWR 2011, 91; ebenso OLG Köln, 18. Zivilsenat - Urteil vom 9.2.2012, 18 U 95/11). 71

Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Weil sich die Aufklärungspflicht und ihre Verletzung in den „Rückvergütungsfällen“ sowohl auf eine Provisionsgewährung dem Grunde nach als auch auf die genaue Höhe der Provision beziehen, muss das auch Anknüpfungspunkt für den Beginn der kenntnisabhängigen Verjährung sein. Der Anleger muss also – damit der Lauf der Verjährungsfrist in Gang gesetzt wird – entweder von dem Grund und der genauen Höhe der tatsächlich gezahlten Provision nachträglich positive Kenntnis erlangen oder hierüber grob fahrlässig in Unkenntnis sein. 72

Bei richtiger Bewertung hat demzufolge ein Anleger, der (nur) davon ausgeht, die Bank erhalte für ihre Beratung/Vermittlung eine ihm der Höhe nach nicht genau bekannte Provision, noch nicht Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von allen anspruchsbegründenden Umständen. Unzweifelhaft ist zunächst, dass der Kläger keine positive Kenntnis der tatsächlichen Provisionshöhe hatte. Die Kenntnis bzw. die Annahme, dass die Bank eine Vergütung erhalte, begründet aber auch keine grob fahrlässige Unkenntnis von der tatsächlichen Provisionshöhe. Anders könnte das nur zu beurteilen sein, wenn der Anleger für die Zahlung einer höheren als der von ihm angenommenen Provision greifbare Anhaltspunkte hatte, deren Missachtung grob fahrlässig wäre. Das kann für den vorliegenden Fall – mangels entgegenstehenden Vortrags der Beklagten und mangels irgendwelcher Anhaltspunkte aus den Angaben des Klägers – nicht angenommen werden. Der Kläger sah vielmehr – ebenso wie nach der Lebenserfahrung der durchschnittliche Anleger in vergleichbaren Fällen - die von ihm vermutete, für ihn der Größenordnung bzw. der Obergrenze nach subjektiv feststehende Provision als abschließend an. Die Sichtweise der Beklagten zur Verjährung differenziert daher nicht – wie es geboten wäre - zwischen Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis der tatsächlich gezahlten höheren Provision einerseits und der – in derartigen Fällen denknotwendig stets vorliegenden - Kenntnis des Anlegers davon, dass ihm keine Angaben zur Höhe gemacht wurden andererseits. Es ist nicht einzusehen, dass der Anleger unter diesen Umständen – nur weil er eine regelmäßig als abschließend angesehene Provision unterstellt – von seinem Standpunkt aus Anlass hat oder haben könnte, eine Klage auf Rückabwicklung oder eine Feststellungsklage zu erheben. 73

Daraus ergibt sich: Die erforderliche Kenntnis bzw. die grob fahrlässige Unkenntnis auch der genauen Provisionshöhe lässt sich nicht durch die Kenntnis des Anlegers von der unterbliebenen Aufklärung über die Höhe der Provision ersetzen. Diese Kenntnis hat jeder Anleger, dem die Höhe der Provision nicht offenbart wird; sie ist aber nicht gleichbedeutend mit der Kenntnis von der konkreten Provisionshöhe. Konsequenz der gegenteiligen Auffassung wäre letztlich eine Nachfragepflicht des Anlegers, die sich allerdings aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu dieser Problematik nicht herleiten lässt und auch in der Sache nicht einleuchtet.

Der Anspruch des Klägers ist nach allem nicht verjährt. 75

8. 76

Die Kostenfolge ergibt sich aus den § 91 Abs.1, 92 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 77

Der Senat lässt die Revision hinsichtlich der Frage der Verjährung des Anspruchs des Klägers zu (Ziffer 7 der Entscheidungsgründe) im Hinblick auf die abweichenden Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des 18. Zivilsenats des OLG Köln zu (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO). Im Übrigen besteht ein Anlass, die Revision zuzulassen, nicht. Die Sache hat insoweit weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Es handelt sich insoweit um die Anwendung rechtlich geklärter Grundsätze auf den Einzelfall. 78

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 493.399,85 €. 79