
Datum: 19.02.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 155/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0219.9U155.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 24 O 505/11

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 28.06.2012 verkündete Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 24 O 505/11 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

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

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

I. Die Klägerin erwarb eine Beteiligung an der D mbH & Co. Dritte Ns KG (im folgenden: D III). Die Kapitaleinlage betrug 105.0000,00 DM = 53.685,65 € einschließlich 5 % Agio.

Der Beitritt erfolgte über die D2 Treuhandgesellschaft mbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (im folgenden: D2), die als Treuhandkommanditistin auftrat. Im maßgebenden Zeitpunkt waren Prof. Dr. I sowie Frau Rechtsanwältin C Geschäftsführer der D2. Beide waren auch als Sozien W, I & Partner Rechtsanwälte im Rahmen des Fonds beratend tätig.

1

2

3

4

In dem Verkaufsprospekt waren die Vertriebsprovisionen mit 12 % angegeben. In Wahrheit wurden, wie bereits bei Auflage des Fonds beabsichtigt, Vertriebsprovisionen von 20 % gezahlt. Die Differenz von 8 % wurde den sog. Weichkosten entnommen, die nach dem Prospekt der D GmbH, der Komplementärin der beiden Fondsgesellschaften, zustehen sollten für Konzeption, Werbung, Prospektherstellung und Gründung.

Die Zahlung der Vertriebsprovisionen erfolgte an die J – Beratungsgesellschaft mbH (im folgenden: J-GmbH). Inhaber der J-GmbH war Herr P, der zugleich Mehrheitsgesellschafter der D GmbH war.

Die Klägerin wurde weder über die beabsichtigte Abweichung der Vermittlungsprovision von der Prospektangabe noch über die Verflechtung mit Herrn P informiert. Sie wäre dem Fonds nicht beigetreten, wenn sie über diese Umstände, im Rahmen der Aufklärungspflicht informiert worden wäre.

Am 10.12.2010 wurde über das Vermögen der D2 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin meldete ihre vermeintlichen Schadensersatzansprüche zur Insolvenztabelle an. Die Klägerin verklagte den Insolvenzverwalter vor dem LG München I mit dem Antrag, die Forderung der Klägerin in Höhe von 83.820,49 € in die Insolvenztabelle zum Zwecke der Prüfung aufzunehmen. Mit Schreiben vom 04.10.2012 teilte der Insolvenzverwalter mit, dass derzeit die nachträgliche Feststellung nicht stattfinden könne, weil ein Gläubigerwiderspruch von Seiten des Haftpflichtversicherers bestehe.

Die D2 war zum Beitrittszeitpunkt Mitversicherte einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung bei der Beklagten (XXX 17).

Diese beinhaltete u.a. Klauseln zum Deckungsausschluss wie folgt:

„Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenstiftung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Machtgebers (Berechtigten) oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung“ (§ 4 Nr. 5 AVB – GKA VH 550:03 97.1).

Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung“ (§ 4 Nr. 5 AVB – W – GKA VH 555:01 99.1; 555:02 2000.1).

Die Beklagte, die der D2 zunächst Abwehrschutz geleistete hatte, erklärte gegenüber der D2 mit Schreiben vom 22.7.2010 die Deckungsablehnung wegen wissentlicher Pflichtverletzung und wegen vorsätzlicher Verletzung der Auskunftobliegenheit, nachdem mit Schreiben vom 12.5.2010 ein entsprechender Vorbehalt erfolgt war. Bezüglich des streitgegenständlichen Versicherungsfalles hat die Beklagte unstreitig zu keinem Zeitpunkt Versicherungsschutz geleistet, da die Beklagte von diesem Versicherungsfall erst nach besagter Deckungsablehnung erfahren hatte.

Die Klägerin hat vorgetragen, dass ihr durch den Fondsbeitritt der näher dargelegte Schaden entstanden sei. Die über die prospektmäßig vorgesehenen Beträge hinausgehenden Zahlungen an die J-GmbH seien Vergütungen für anderweitige Leistungen. Es seien erhebliche Provisionen für den Eigenkapitalvertrieb geleistet worden, die pflichtwidrig nicht aus dem Fondsprospekt ersichtlich gewesen seien. Sie habe auch nicht gewusst, dass in der Person des Herrn P eine personelle Verflechtung vorgelegen habe. Die Klägerin hat

außerdem vorgebracht, es liege eine weitere Pflichtverletzung der D2 vor, die zu ihrem Fondsbeitritt geführt habe, da nicht mitgeteilt worden sei, dass es sich bei dem Erlösausfallversicherer, O, um einen Scheinversicherer gehandelt habe. Den Geschäftsführern der D2 seien die tatsächlichen Umstände der Aufklärungspflicht und die Pflicht selbst nicht bekannt und bewusst gewesen.

Die Klägerin hat beantragt,

14

1. festzustellen, dass die Beklagte gegenüber Rechtsanwalt C2 als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Firma D2 Treuhandgesellschaft mbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft – nachfolgend „Insolvenzschnldnerin“ – aus dem zwischen der Insolvenzschnldnerin und der Beklagten abgeschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrag wegen der im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Verletzung der Verpflichtungen der Insolvenzschnldnerin als Treuhandkommanditistin der D Dritte Ns KG gegenüber der Klägerin zur Deckung verpflichtet ist;

15

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.161,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

16

Die Beklagte hat beantragt,

17

die Klage abzuweisen.

18

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Klage sei mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig, da der Klägerin im Hinblick auf die Pflichthaftpflichtversicherung kein Rechtsverlust durch Verjährung drohe. Zudem seien die Haftpflichtansprüche der Klägerin ohnehin verjährt. Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Deckungsausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung liege vor. Insoweit hat sie behauptet, den Geschäftsführern der D2 seien zum Zeitpunkt des Beitritts die Unrichtigkeit des Prospekts betreffend die beiden maßgebenden Umstände bekannt gewesen. Auch seien sie sich der Aufklärungspflicht bewusst gewesen. Schon aus der Aktennotiz vom 12./13.1.1999, die von der Geschäftsführung D2 erstellt worden sei, ergebe sich die Kenntnis der prospektwidrigen Verschiebung der Weichkosten und der personellen Verknüpfung sowie, dass die Geschäftsführer bewusst pflichtwidrig gehandelt hätten im Hinblick auf das Verschweigen gegenüber den Anlegern als Treugebern. Auch die berufliche Stellung der beiden sowie ihre Befassung mit Anlagemodellen als Treuhänder belegten, dass ihnen die Aufklärungspflichten bewusst gewesen seien. Zudem liege der Deckungsausschluss der geschäftsführenden Treuhandtätigkeit vor.

19

Eine Deckung könne auch nicht mit der Begründung verlangt werden, der Schaden sei auch durch eine nicht wissentliche Pflichtverletzung herbeigeführt worden. Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis sei nicht anzunehmen. Schließlich hat die Beklagte Schadensursächlichkeit des Fondsbeitritts und Höhe des Schadens bestritten.

20

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat ausgeführt, inwieweit das Rechtsschutzinteresse bestehe, könne dahinstehen; die Klage sei jedenfalls unbegründet. Die Kammer sei davon überzeugt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des Deckungsausschlusses der Schadensverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung vorlägen. Die Kammer schließe dies aus dem Aktenvermerk W, I u.a. vom 12./13.1.1999 (XXX 5) und dem Anwaltsschreiben der Beklagten vom 25.5.2010 (XXX 31) sowie der Antwort des Prof. I für D2 vom 23.6.2010 (XXX 33) und der Antwort von Frau C (XXX 34). Aus der Aktennotiz ergebe sich, dass Prof. I sowie Frau C positiv bekannt gewesen sei, dass

21

die Eigenkapitalbeschaffungsprovision prospektwidrig nicht 12 % sondern 20 % betrage. Ebenso sei ihnen bekannt gewesen, dass P zu 100 % Geschäftsanteile der J – GmbH gehalten habe. Dass wegen beider Umstände zum Zeitpunkt des Fondsbeitritts eine Aufklärungspflicht bestanden habe, sei anerkannte Rechtsprechung (BGH, v. 25.7.2010 – III ZR 321/08). Soweit die Klägerin vorgetragen habe, die J - GmbH habe in Wirklichkeit 8 % für andere Leistungen erhalten, könne sie nicht gehört werden. Denn dies stehe im Widerspruch zum Vortrag im Insolvenzverfahren und in der Klageschrift hier. Dass der Geschäftsführung der D2 die Verpflichtung bekannt gewesen sei, entsprechende Verflechtungen offen zu legen, ergebe sich bereits aus der beruflichen Stellung. Zudem gehe die Kenntnis der Geschäftsführer der D2 von den Offenlegungspflichten aus dem Bericht vom 30.07.1997 (XXX 10) hervor. Die Urkundenlage sei eindeutig. Gegenbeweis durch Vernehmung der Zeugen Prof. I und Frau C sei nicht zu erheben. Das Zeugnisangebot sei ausdrücklich nur zur Frage erfolgt, welche Angaben die D2 gegenüber der Beklagten gemacht habe.

Die Klägerin könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, Deckungsschutz sei im Hinblick 22 darauf zu gewähren, dass der Prospekt bezüglich der Erlösausfallversicherung einen Mangel aufweise. Der Deckungsausschluss der Wissentlichkeit greife nach Wortlaut, Sinn und Zweck auch dann, wenn derselbe Schaden möglicherweise auch durch eine nicht wissentliche Pflichtverletzung verursacht worden sei. Die Ausschlussklausel sei weder überraschend noch unklar. Die Rechtsprechung zum Trennungsprinzip greife nicht, weil keine rechtskräftigen Feststellungen vorlägen. Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis im Hinblick auf den Abwehrschutz in Verbindung mit der Aktennotiz sei nicht anzunehmen. Es seien keine Anhaltspunkte vorhanden, dass die Beklagte durch die Geschäftsführung der D2 über den wahren Sachverhalt informiert worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angegriffene Urteil und seine Feststellungen Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Sie vertieft ihren erstinstanzlichen 23 Vortrag und macht geltend, das Landgericht habe die Voraussetzungen des Deckungsausschlusses verkannt. Fehlerhaft habe das Gericht nicht berücksichtigt, dass zum Beitrittszeitpunkt der Bundesgerichtshof eine Aufklärungspflicht nicht angenommen habe (BGH, Ur. v. 12.2.2004 – III ZR 359/02 Rn. 31). Zum Zeitpunkt der Zeichnung hätten Frau C und Prof. Dr. I nicht erkannt, dass eine Aufklärungspflicht auch dann bestehe, wenn die Innenprovision nicht aus den Investitionskosten, sondern aus anderen Weichkostenanteilen finanziert worden sei. Die Instanzrechtsprechung sei bis 2008 davon ausgegangen, dass es an der Erheblichkeit gefehlt habe, solange der Weichkostenanteil nicht überschritten werde (OLG München, Ur. 02.02.2011 – 20 U 4382/10). Kein Ausschluss bestehe zudem für nicht wissentliche Pflichtverletzungen. Schließlich stelle die Ausschlussklausel auf wissentliche Verstöße gegen berufliche Pflichten der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ab (BGH, Ur. 26.9.2000 – IV ZR 147/89). Zudem verstoße die Klausel gegen die Vorgabe der §§ 305 ff. BGB.

Mit Schriftsatz vom 08.01.2013 hat die Klägerin ergänzend vorgetragen, sowohl Prof. Dr. I als 24 auch Frau C sei zum maßgebenden Zeitpunkt insbesondere nicht bekannt bzw. bewusst gewesen, dass sie bzw. die D2 als Treuhandkommanditistin verpflichtet gewesen seien, die Anleger darüber aufzuklären, dass der J-GmbH aus dem von den Anlegern erbrachten Weichkostenanteil weitere über die prospektierten Provisionen hinausgehende Provisionen zufließen. Als Geschäftsführer der D2 GmbH seien die Zeugen davon ausgegangen, dass eine Pflicht zu einer entsprechenden Aufklärung nicht bestanden habe, weil es sich lediglich um Verschiebungen innerhalb der Weichkostenanteile gehandelt habe. Auch hinsichtlich der Verflechtung seien den Zeugen und Geschäftsführern der D2 nicht bewusst gewesen, dass Aufklärungspflichten bestanden hätten. Die Aktennotiz vom 13.01.1999 belege die

wissentliche Pflichtverletzung nicht, sie belege zwar Tatsachenkenntnis, lasse aber unter dem maßgeblichen Aspekt der Aufklärungspflichten eine kompetente Subsumtion vermissen, so dass eine entsprechende Pflicht den benannten Zeugen nicht bewusst gewesen sei.

Vor dem Hintergrund der Ausführungen des Landgerichts in dem anlässlich des Termins vom 19.04.2012 ausgehändigten Hinweis (vgl. Anlage BE-XXX 2) habe die Klägerin davon ausgehen dürfen und müssen, dass zu dieser Frage ausreichend vorgetragen und Beweis angetreten sei. 25

Die Klägerin beantragt, 26

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils 27

1. festzustellen, dass die Beklagte gegenüber Rechtsanwalt C2 als Insolvenzverwalter über das Vermögen der D2 Treuhandgesellschaft mbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft – nachfolgend „Insolvenzschildnerin“ – aus dem zwischen der Insolvenzschildnerin und der Beklagten abgeschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrag wegen der im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Verletzungen der Verpflichtungen der Insolvenzschildnerin als Treuhandkommanditistin der D Dritte Ns KG gegenüber der Klägerin zur Deckung verpflichtet ist; 28

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.161,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen. 29

Die Beklagte beantragt, 30

die Berufung zurückzuweisen. 31

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie macht geltend, es sei höchstrichterlich anerkannt, dass zum Zeitpunkt der Fondsbeitritte eine Aufklärungspflicht bestanden habe (vgl. BGH III ZR 321/08). An diese Verhaltensnormen hätte sich die D2 halten müssen. Ihr sei bewusst gewesen, dass die erhöhte 20 % - Provision an ein verflochtenes Unternehmen gegangen sei. 32

Es sei sogar ein Verstoß gegen Elementarwissen des treuhänderisch tätigen Wirtschaftsprüfers festzustellen (vgl. LG Hannover, Anlage BE-XXX 1). Die erst nach Zeichnungszeitpunkt entwickelte Rechtsprechung zur Aufklärung über Innenprovisionen sei nicht auf Treuhänder übertragbar. Deren Pflichten gingen weiter als die der Banken und Anlagenvermittler (dazu BGH NJW-RR 2012, 416, 420 Rn. 39). 33

Der Beweis sei anhand der Urkunden geführt. Zudem gelte der Anscheinsbeweis (KG VersR 2007, 1076). Der Vortrag, dass zum Zeitpunkt der Zeichnung die Zeugen angeblich nicht hätten erkennen können und erkannt nicht hätten, dass eine Aufklärungspflicht bestehe, wenn Innenprovisionen aus anderen Weichkosten finanziert würden, sei neu und unbeachtlich. Einem Beweisantritt zur Ausforschung und „ins Blaue hinein“ sei nicht nachzukommen. Es fehle an Anknüpfungstatsachen und greifbaren Anhaltspunkten. Insbesondere darauf habe das Landgericht auch hingewiesen (BE-XXX 2). Der neuerliche Sachvortrag und die damit verbundenen Beweisangebote seien zum einen verspätet und zum anderen untauglich. Im übrigen habe Prof. Dr. I doch selbst eingeräumt, dass er bei Kenntnis der Tatsachenlage seinen ihm bekannten Hinweispflichten nachgekommen wäre. Nach den eigenen Maßstäben der Verantwortlichen der D2 habe der Prospekt insgesamt kein falsches Bild des Anlageangebots vermitteln dürfen. Wenn die einzelnen und im 34

Prospekt dezidiert aufgegliederten Weichkostenpositionen zweckentfremdet würden und die Treuhandkommanditistin hiervon Kenntnis gehabt habe, habe diese dem Grundsatz der Prospektwahrheit folgend schlechterdings hierüber aufklären müssen.

In der Aktennotiz sei ausdrücklich von einer nicht prospektgemäß vorgesehenen Provision die Rede gewesen. Die Geschäftsführer seien sogar noch weiter gegangen, indem sie in der Aktennotiz ausdrücklich von „nicht nur steuerlichen Gründen“ ausgegangen seien, die dafür gesprochen hätten, die für die Geschäftsführung auf der Hand liegenden Werthaltigkeitsbedenken bei den Anlegern nicht aufkommen zu lassen. 35

Zur Frage der Verflechtung stehe der Vortrag der Klägerin in Widerspruch zu der Aussage I im Verfahren vor dem Oberlandesgericht München – 3 U 2475/07, Prot v. 12-05.2010, S. 10 (BE-XXX 4). Auf die Prüfung weiterer angeblicher Pflichtverletzungen komme es nicht an. Auf Grund schon einer wissentlichen Pflichtverletzung sei jede weitere Pflichtverletzung wegen der Sperrwirkung irrelevant. Die Klausel stelle auf Schadensverursachung ab. Schließlich seien die Voraussetzungen für vorgerichtliche Anwaltskosten nicht gegeben. 36

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend verwiesen. 37

Die zu Informationszwecken beigezogenen Akten 9 U 153/12 OLG Köln = 24 O 483/11 LG Köln, 9 U 158/12 OLG Köln = 24 O 478/11 LG Köln und 9 U 154/12 OLG Köln = 24 O 508/11 LG Köln sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 38

II. Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Klägerin ist nicht begründet. 39

1. Gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen keine Bedenken. Wenn der Haftpflichtanspruch festgestellt und der Entschädigungsanspruch fällig ist, kann der Geschädigte abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung verlangen und hat ein unmittelbares Einziehungsrecht (vgl. BGH VersR 1991, 414; Voit/Knappmann in Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 157 Rn. 3). Diese Voraussetzungen liegen indes nicht vor. In der Haftpflichtversicherung, auch in der Pflichthaftpflichtversicherung, kann der Geschädigte aber auch ein eigenes, aus der Sozialbindung der Haftpflichtversicherung folgendes rechtliches Interesse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO an der Feststellung haben, dass der Versicherer dem Schädiger Deckungsschutz zu gewähren habe (BGH VersR 2009, 1485; VersR 2001, 90; Felsch, r+s 2010, 265, 275; Voit/Knappmann, a.a.O., § 156 Rn.1; Lücke in Prölss/Martin, VVG, 28 Aufl., § 100 Rn. 21). Es ist insbesondere dann gegeben, wenn Verjährung des Deckungsanspruchs droht oder der Versicherer die Leistung ablehnt und der Versicherungsnehmer nichts unternimmt (vgl. BGH VersR 2001, 90) oder der Versicherer auf Anfrage des Geschädigten, ob Versicherungsschutz bestehe, keine oder keine eindeutige Antwort gibt oder die Auskunft verweigert (vgl. BGH VersR 2009, 1485). Ein rechtliches Interesse an der Feststellung ist danach gegeben, wenn die Gefahr besteht, dass dem Geschädigten der Deckungsanspruch als Befriedigungsobjekt verloren geht. So liegt es hier. 40

Im vorliegenden Fall ist zu besorgen, dass der Insolvenzverwalter etwaige Deckungsansprüche nicht geltend machen wird und der Verlust des Anspruchs droht. Zudem hat er mit Schreiben vom 04.10.2012 mitgeteilt, dass wegen Gläubigerwiderspruchs eine Feststellung zur Insolvenztabelle (derzeit) noch nicht stattfinden könne. Soweit die Beklagte auf die mögliche Verjährung des Haftpflichtanspruchs hinweist, steht dies der Annahme eines Feststellungsinteresses der Klägerin vorliegend nicht entgegen. Zwar ist die Verjährung des Anspruchs aus culpa in contrahendo bzw. unerlaubter Handlung unter Berücksichtigung von 41

dem Zeitpunkt des Beitritts und der Kenntnis (vgl. BGH NJW-RR 2008, 1129) zwischen den Parteien umstritten, aber im vorweggenommenen Deckungsprozess – wie hier – ist grundsätzlich auf die Behauptung des Geschädigten abzustellen und nicht über den Haftpflichtanspruch zu entscheiden (vgl. BGH VersR 2001, 90). Danach ist ein Feststellungsinteresse hinsichtlich der behaupteten Pflichtverletzungen wegen der Abweichung der Vermittlungsprovisionskosten und der personellen Verflechtung nicht zu verneinen. Der hier anwendbare § 158c VVG. a.F. ändert daran nichts, weil der streitgegenständliche Leistungsausschluss nicht von der Vorschrift erfasst wird (vgl. OLG Saarbrücken, ZfS 2008, 219).

Soweit allerdings die Klägerin sich allgemein auf eine weitere Pflichtverletzung beruft, da nicht mitgeteilt worden sei, dass es sich bei dem Erlösausfallversicherer, O, um einen Scheinversicherer gehandelt habe, fehlt es an einem schlüssigen Vortrag und an einem rechtlichen Interesse, da insoweit allenfalls ein Abwehranspruch der Versicherungsnehmerin in Betracht käme 42

2. Die Klage ist nicht begründet. Ein Anspruch auf Deckungsschutz aus der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung gemäß § 1 AVB-GKA VH 550:03 97.1; AVB-W – GKA VH 555.01 99.1; 555:02 2000.1 (XXX 17) besteht nicht. 43

a) Nach diesen Bestimmungen gewährt der Versicherer dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit – von ihm selbst oder einer Person, für die er einzustehen hat – begangenen Verstoßes von einem anderen auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird. 44

b) Vorliegend greift jedoch der Leistungsausschluss nach § 4 Nr. 5 AVB – GKA VH 550:03 97.1 bzw. § 4 Nr. 5 AVB-W – GKA VH 555:01 99.1; 555:02 2000.1 ein. Es ist von einer Schadenstiftung bzw. einer Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung auszugehen. 45

Wirksamkeitsbedenken gegen die Klauseln nach § 307 BGB (§ 9 AGBG) bestehen nicht (vgl. BGH VersR 1991, 176; Gräfe/Brügge, Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, 2. Aufl.; E Rn. 223). Die Wirksamkeit der Leistungsausschlussklauseln ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorausgesetzt und nicht beanstandet worden (vgl. nur BGH VersR 1991, 176; VersR 2006, 106). 46

aa) Wissentlich handelt derjenige Versicherungsnehmer, der die verletzten Pflichten positiv kennt. Es muss darüber hinaus feststehen, dass der Versicherungsnehmer die Pflichten gekannt und sich bewusst darüber hinweggesetzt hat (vgl. BGH VersR 2006, 106; VersR 1991, 176; VersR 1986, 647; Senat, VersR 2012, 560; VersR 2009, 250; Senat Beschl. v. 12.5.2009 – 9 U 19/09; VersR 2002, 1371; OLG Hamm OLGR 2000, 9; Lücke, in Prölss/Martin, 28. Aufl., § 4 AVB-Vermögen, Rn. 11 ff, insbes 19 zu WP). So liegt es hier. 47

bb) Der Treuhandkommanditist ist verpflichtet ist, die Anleger sachlich richtig und vollständig über die wesentlichen Punkte der Beteiligung zu informieren. Das umfasst die Informationspflicht über die Höhe der Provision. Dazu gehört auch eine Darstellung der wesentlichen kapitalmäßigen und personellen Verflechtungen (vgl. BGH, Urteil vom 15.7.2010 – III ZR 321/08, Rn. 9 ff, 25 ff., WM 2010, 1537, Fonds III). Es handelt sich dabei um gefestigte Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 1982, 2493; NJW-RR 2007, 1041; WM 2010, 301; NJW-RR 2008, 1129; NJW-RR 2009, 613; Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagenrechts, § 6, Rn. 148; BGH WM 1985, 533; WM 1986, 583; WM 1995, 344). 48

Dass die Aufklärung über die Höhe der Provision zu den für die Beteiligung wesentlichen und somit aufklärungspflichtigen Punkten gehört, liegt auf der Hand. Im Verkaufsprospekt war die Vertriebsprovision mit 12 % angegeben, in Wahrheit wurde eine Vertriebsprovision von 20 % gezahlt. Hinzukommt, dass die erhöhte Provision an ein verflochtenes Unternehmen, J – GmbH, Inhaber P und zugleich Mehrheitsgesellschafter der D GmbH, gezahlt wurde.	49
Zu den für den Anleger für die Entschließung zur Beteiligung maßgeblichen Umständen gehört auch eine Darstellung der wesentlichen kapitalmäßigen und personellen Verflechtungen zwischen Komplementär – GmbH, deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern und den Unternehmen sowie deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, in deren Hand die Beteiligungsgesellschaft die nach dem Prospekt durchzuführenden Vorhaben gelegt hat. Diese durch Rechtsprechung konkretisierten Pflichten des Treuhänders bestanden schon zum Zeichnungszeitpunkt, wie aus den oben zitierten Fundstellen hervorgeht. Die Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten einer als Anlageberater tätigen Bank über Innenprovisionen und Rückvergütungen ist auf den Treuhänder wegen dessen Stellung nicht übertragbar. Sie betrifft die Anlageberatung durch Banken (vgl. BGH NJW – RR 2012, 416).	50
cc) Über diese erkannten Pflichten haben sich Prof. Dr. I und Frau C als Geschäftsführer der D2 bewusst hinweggesetzt.	51
Insoweit gilt zwar nicht der Anscheinsbeweis, aber es kann aus dem äußeren Geschehen und der Fundamentalität der Pflichtverletzung auf die bewusste Pflichtverletzung geschlossen werden (vgl. Senat VersR 2012, 560; jetzt auch LG Hannover, Urt. v. 12.7.2012, BE-XXX 1, Bl. 284; Gräfe/Brügge, Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, 2. Aufl., E Rn. 236 f.). Vorliegend ist von der Verletzung von durch umfangreiche Rechtsprechung untermauerten Kardinalpflichten auszugehen. Sie ist durch die vorgelegten Schriftstücke belegt. Bereits danach ist der Schluss auf wissentliche Pflichtverletzung gerechtfertigt.	52
Bei der Verletzung von Elementarpflichten ist von dem Geschädigten zu verlangen, dass er demgegenüber darlegt, warum das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit entfallen soll (sog. sekundäre Darlegungslast). Daran fehlt es im vorliegenden Fall.	53
Aus dem Aktenvermerk W, I & Partner vom 12./13.01.1999 (Anlage XXX 5) ergibt sich, dass die Provision von 20 % gezahlt wird und dass „zum Ausgleich der nicht prospektgemäß vorgesehenen Provision“ die D GmbH auf die Vergütung für Produktionskosten von 3 % sowie auf 5 % der Vergütung für Konzeption, Werbung, Prospektherstellung und Gründung verzichtet. Zusätzlich ist auf die Stellung des Herrn P hingewiesen. Es heißt nämlich dort, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung grundsätzlich auch dann vorliegen könne, wenn die Leistung, die zu der Vermögensminderung oder verhinderten Vermögenmehrung beim Körperschaftssteuersubjekt, D GmbH führe, nicht unmittelbar an den Gesellschafter, Herrn P, sondern an eine ihm nahestehende Person, die J, erfolge. Darüberhinaus berge „unserer Auffassung nach“ die vorliegende Gestaltung die Gefahr, dass Zweifel hinsichtlich der Werthaltigkeit der prospektierten Leistung der D GmbH betreffend die Absicherung der Produktionskosten, Konzeption und Marketing aufkommen könnten, „die nicht nur aus steuerlichen Gründen vermieden werden sollten“. Es erscheine daher empfehlenswert, die Vertriebsvereinbarung zwischen der D GmbH und der J zu schließen.	54
In einem Schreiben vom 23.06.2010 an die Prozessbevollmächtigten der Beklagten (XXX 33) zu einem Fragenkatalog antwortete Prof. Dr. I, die Ausführungen von Herrn L, dass die J-GmbH als Voraussetzung für ihre Beteiligung bei der Einwerbung des Kommanditkapitals eine Vergütung von 20 % fordere, sage nichts darüber aus, für welche Dienstleistungen diese	55

Vergütung habe gewährt werden sollen. Die D GmbH habe niemals eine Eigenkapitalvermittlungsgebühr von 20 % erhalten, sie sei allerdings der wesentliche Auftragnehmer der Fonds KGs und habe somit prospektmäßig bei allen Fonds Vergütungen von jeweils 20 % erhalten. Der Ausweis einer 20 %igen Eigenkapitalvermittlungsgebühr sei somit jedenfalls missverständlich und gebe den Sachverhalt nicht zutreffend wieder. Er gehe davon aus, dass die Umstände, die Gegenstand der Aktennotiz vom 12.01.1999 gewesen seien, Erwägungen von Herrn L2 gewesen seien, die uns zum Zwecke der Verfassung der Aktennotiz zu Kenntnis gebracht worden seien. In einer Stellungnahme von Frau C vom 23.06.2010 (XXX 33) zur Aktennotiz und zum Fragenkatalog heißt es, dass es sich um Überlegungen von Herrn L2 handele, die nie umgesetzt worden seien. Insoweit handele es sich um eine rein abstrakte Stellungnahme, die von einem unterstellten Sachverhalt ausgehe.

Die Zusammenschau dieser Schriftstücke ergibt, dass Herrn Prof. Dr. I sowie Frau C bekannt gewesen ist, dass prospektwidrig nicht 12 %, sondern 20 % des Anlagebetrages gezahlt werden sollten und wie dies steuerlich zu behandeln sei. Auch lag die Kenntnis vor, dass Herr P zu 100 % die Geschäftsanteile der J-GmbH hielt. Denn der Wortlaut der Aktennotiz ist eindeutig und die späteren unglaublichen Erklärungsversuche in dem Schreiben vom 23.06.2010 setzen die Kenntnis voraus. 56

Wenn von der Klägerin vorgetragen worden ist, „offensichtlich“ sei die J-GmbH mit weiteren Aufgaben, die im Prospekt ausgewiesen seien, beauftragt worden, so dass die J -GmbH Anspruch auf weitere 8 % erhalten habe, steht dies im Widerspruch zum Vortrag in der Klageschrift und im Haftungsverhältnis und ist ohne Substanz. 57

dd) Daran, dass die Verantwortlichen der D2 ihre Pflichten gekannt haben und sich bewusst darüber hinweggesetzt haben, um den Vertrieb nicht zu gefährden, bestehen keine Zweifel. Aus der Aktennotiz geht hervor, dass die Anleger darüber im Unklaren gelassen werden sollten, dass eine nicht im Prospekt vorgesehene Provision in Höhe von 20 % an ein verflochtenes Unternehmen, die J – GmbH gezahlt werden sollte. Das folgt aus dem Hinweis auf die „nicht nur aus steuerlichen Gründen“ bestehenden Bedenken. 58

Die Kenntnis der Offenbarungspflichten ergibt sich zudem aus dem Prospektprüfungsbericht zu D Gesellschaft für Internationale Filmproduktion mbH & Co. Ns KG vom 30.07.1997. Der Inhalt des Berichts spricht für umfangreiche Erfahrungen in der Prospektprüfung. 59

Der Bericht beschäftigt sich u.a. mit „kapitalmäßigen und/oder personellen Verflechtungen zwischen dem Herausgeber des Prospekts und/oder den Vertragspartnern“ der im Bericht genannten Verträge oder den im Bericht genannten Vertragspartnern sowie Abhängigkeiten der mit Kontrollfunktionen beauftragten Personen (XXX 10, Seite 71). Hinsichtlich des Prüfungsauftrages heißt es, dass Zielsetzung der Prüfung vielmehr auch sei, „ob die Darstellung im Prospekt insgesamt kein falsches Bild des Anlageangebots vermittele“ (Seite 8). 60

Schließlich hat Prof. Dr. I vor dem Oberlandesgericht München (3 U 2475/07 (BE – XXX 4), ausgesagt, auf Nachfrage, ob ihm aufgrund seiner langjährigen Beschäftigung mit Kapitalanlageprodukten die Frage der personellen Verflechtung etwas gesagt hätte, antworte er, dass ihm das Thema Verflechtung selbstverständlich bekannt und bewusst gewesen sei und dass insoweit, als dieses ihm bekannt und relevant gewesen wäre, er auch auf entsprechende Hinweispflichten hingewiesen hätte. Daraus ist zu entnehmen, dass ihm der Umfang der Hinweispflichten bewusst gewesen ist. 61

Ob das Verbot widerstreitender Interessenvertretung im Sinne von § 53 WPO betroffen ist, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben.

ee) Soweit die Klägerin jetzt geltend macht, zum Zeitpunkt der Zeichnung hätten die Zeugen C und Prof. Dr. I nicht erkennen können und hätten auch nicht erkannt, ob eine Aufklärungspflicht auch dann bestehe, wenn die Innenprovision nicht aus den Investitionskosten, sondern aus anderen Weichkosten finanziert würden, vielmehr seien die Zeugen davon ausgegangen, dass eine Pflicht zu einer entsprechenden Aufklärung nicht bestanden habe, weil lediglich eine Verschiebung innerhalb der Weichkostenanteile vorliege, handelt es sich – wenn man ausreichende Substanziierung annimmt - um neuen Vortrag, der der Novensperre unterliegt. Die gegenbeweislichen Beweisantritte erster Instanz betreffen nicht die Wissentlichkeit einer Pflichtverletzung. Es bedarf danach einer Zeugenvernehmung nicht. Der jetzige Beweisantritt ist nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zu berücksichtigen. Aus dem Hinweis des Landgerichts (BE-XXX 2, Bl. 294) ist nicht zu entnehmen, dass der Vortrag der Klägerin ausreichend und nicht ergänzungsbedürftig gewesen ist. 63

c) Auf den Leistungsausschluss wegen geschäftsführender Treuhandltätigkeit (§ 4 Nr. 6 a) AVB-W – VH 555:01; 02) kommt es nicht mehr an. Der Deckungsschutz bezieht sich danach nicht auf Haftpflichtansprüche, die dadurch entstehen, dass der Versicherungsnehmer im Bereich des unternehmerischen Risikos, das sich im Rahmen der Ausübung einer versicherten Tätigkeit ergibt, einen Verstoß begangen hat. Ob dies dadurch geschehen ist, dass die D2 den vertraglich vereinbarten Aufgabenbereich verlassen hat und aktiv an der Gestaltung der D-Filmfonds-KG mitgewirkt hat, konnte offen bleiben. 64

d) Auf eine anderweitige Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der Erlösausfallversicherung kann sich die Klägerin nicht mit Erfolg berufen. Der diesbezügliche Vortrag ist – wie ausgeführt – zu allgemein und ohne Substanz. Es kommt danach vorliegend nicht entscheidend darauf an, ob es im Rahmen der maßgebenden Klausel für den Leistungsausschluss genügt, wenn eine wissentliche Pflichtverletzung vorliegt (so OLG Saarbrücken, ZfS 2008, 219). 65

3. Ein Schuldanerkenntnis der Beklagten liegt nicht vor. Es fehlt an konkretem Vortrag dazu, ob die Beklagte in Kenntnis der Umstände Abwehrschutz geleistet habe. Ausweislich des Schriftwechsels hatte die Beklagte keine Kenntnis von der Pflichtverletzung der Geschäftsführung der D2. 66

4. Ein Anspruch auf Erstattung von Anwaltskosten besteht nach alledem nicht. 67

5. Die prozessualen Nebenentscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 68

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO waren nicht gegeben. Die Rechtssache hat keine über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung und eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 69

Streitwert für das Berufungsverfahren: 67.056,39 € 70
