- Ausfertigung -

Geschäftsnummer:

17 U 22/10
8 O 281/08
Landgericht
Mannheim

Verkündet am
16. November 2010

[redacted]
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe

17. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

[redacted]

- Klägerin / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Witt & Nittel u. Koll., Heidelberg, [redacted]

gegen

Commerzbank AG
vertreten durch d. Vorstand, dieser vertr. d. d. Vorstandsmitglieder [redacted]

- Beklagte / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [redacted]

wegen Forderung

hat der 17. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 02. November 2010 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Dr. Müller-Christmann
Richter am Oberlandesgericht Dr. Schnauder
Richter am Landgericht Hauser

für **Recht** erkannt:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 30.12.2009 – 8 O 281/08 – im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt geändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin [redacted] zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 05.02.2009 zu zahlen, Zug um Zug gegen Abgabe eines Angebots des Herrn [redacted] gegenüber der Beklagten auf Übertragung der von diesem am 29.09.2003 gezeichneten Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 3 GmbH & Co. KG im Nennwert von EUR [redacted] sowie Abtretung aller Rechte aus dieser Beteiligung an die Beklagte.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Annahme des in Ziff. 1 beschriebenen Angebots in Verzug befindet.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weiter gehende Berufung wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen trägt die Klägerin 9 % und die Beklagte 91 %.

IV. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die jeweilige Vollstreckungsschuldnerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Vollstreckungsgläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

VI. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf [redacted] festgesetzt.

Gründe

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten (aus abgetretenem Recht) Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an einem geschlossenen Filmfonds.

Der Lebensgefährte der Klägerin, [redacted] (im Folgenden: Zedent), ein damals [redacted] Jahre alter [redacted] mit einem Bruttojahreseinkommen aus [redacted] von mehr als [redacted] (im Jahr 2003), beteiligte sich Ende September 2003 über eine Treuhänderin mit einer Pflichteinlage von [redacted] € zzgl. 5 % [redacted] Agio als mittelbarer Kommanditist an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 3 GmbH & Co. KG (im Folgenden: VIP Medienfonds 3), einer Gesellschaft, deren Zweck die „weltweite Entwicklung, Produktion, Koproduktion, Verwertung und Vermarktung sowie der Vertrieb von Kino-, Fernseh- und Musikproduktionen und anderen audiovisuellen Produktionen" ist. Er unterzeichnete am 29.09.2003 in den Geschäftsräumen der Filiale [redacted] der Beklagten einen Zeichnungsschein, durch den er der Treuhandkommanditistin den Abschluss eines Treuhandvertrags anbot. Nach dessen Annahme überwies er den Beteiligungsbetrag nebst Agio auf ein Konto der Fondsgesellschaft. Der vom Zedenten erworbene Fondsanteil wurde vereinbarungsgemäß von der [redacted] GmbH treuhänderisch übernommen.

Nach dem Fondsprospekt sollten die Anteile an dem auf ein Volumen von bis zu [redacted] € angelegten Fonds spätestens bis zum 31.12.2003 vollständig vertrieben sein. Die Gesellschaft sollte bis zum 31.12.2011 bestehen und dann wieder aufgelöst und abgewickelt werden. Von den Einlagen der Kommanditisten (ohne Agio) sollten ca. 87,2 % in Produktionskosten (inkl. einer Liquiditätsreserve) investiert werden und die restlichen 12,8 % auf sonstige Fondsnebenkosten entfallen. Bis einschließlich 2004 sollten sämtliche Nettoerlöse in neue dem Gesellschaftszweck entsprechende Projekte investiert werden. Ausschüttungen waren bis dahin nicht geplant, ab 2005 sollten dann jährlich 3,5 % bis 4 % Vorabgewinn an die Gesellschafter ausgeschüttet und nur noch die weiteren Überschüsse reinvestiert werden. Die Schlussausschüttung war für das Jahr 2011 vorgesehen. Steuerlich war der Fonds so konzipiert, dass die Gesellschafter mit ihrer Beteiligung Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen sollten, wobei die durch den Fonds

finanzierten Filmproduktionen als selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter dem Aktivierungsverbot nach § 5 Abs. 2 EStG unterlagen und sämtliche Produktionskosten deshalb sofort abzugsfähige Betriebsausgaben darstellten. Dies sollte zu anfänglichen Buchverlusten führen, die den Anlegern zugewiesen werden sollten. Durch die erwarteten Erlöse aus der Verwertung der produzierten Filme sollte allerdings letztlich ein steuerlicher Gewinn erzielt werden.

Sowohl im beim Vertrieb der Fondsbeteiligungen eingesetzten Werbeflyer als auch in der ausführlichen Fassung des Fondsprospekts (Anl. K 3) wurde der Fonds auf dem Deckblatt als „Garantiefonds" bezeichnet. Im Kurzprospekt (Anl. K 2) hieß es unter anderem: „Garantien: Absicherung von 100 % des Kommanditkapitals ohne Agio mittels Schuldübernahme durch [redacted] AG". Weiter hieß es: „Garantiezahlungen von 100 % des Kommanditkapitals ohne Agio mittels einer Schuldübernahme durch die [redacted] AG". Auch der Langprospekt enthielt mehrfach die Beschreibung: „Absicherung von 100 % des Kommanditkapitals ohne Agio mittels Schuldübernahme durch [redacted] AG" (z. B. S. 7, 11, 22, 30), meist unter Hinweis auf die Erläuterungen auf Seite 73. Auf dieser Seite befand sich ein Hinweis darauf, dass der Anleger das Insolvenzrisiko der [redacted] AG trage und dass der Lizenznehmer aufgrund der Schuldübernahmeverträge von seiner Pflicht zur Erbringung von Schlusszahlungen befreit werde. Weiter wurde auf die Möglichkeit der Entstehung weiterer Kosten aus den Schuldübernahmeverträgen hingewiesen sowie darauf, dass eine Schuldübernahme nur erfolge, wenn der Lizenznehmer an die Schuldübernehmerin einen Betrag in Höhe des Barwertes der übernommenen Zahlungsverpflichtungen sowie die sonstigen nach den Schuldübernahmevereinbarungen zu zahlenden Entgelte bezahle. Zusätzliches Erfordernis sei eine Einigung bezüglich der Höhe des Barwertes.

Auf Seite 27 des Prospekts wird die Schuldübernahme der [redacted] Bank dahin erläutert, dass diese Bank mit schuldbefreiender Wirkung die bezüglich aller realisierten Filme bestehende Verpflichtung des Lizenznehmers gegenüber der Fondsgesellschaft übernehme, Schlusszahlungen in Höhe von 100 % ihres Anteils an den Produktionskosten zu erbringen. In der Rubrik „Risiken" (S. 13) wurde der Hinweis erteilt, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung handle, die im Extremfall zum Totalverlust des investierten Kapitals führen könne. Im Kapitel „Investitionsplanung" (S. 40) wurden die Kosten für die Eigenkapitalvermittlung mit 8,9 % des eingenommenen Kommanditkapitals angegeben. Mit der Eigenkapitalvermittlung sei die [redacted] Beratung für [redacted] AG beauftragt. Diese erhalte für die Organisation und Abwicklung der Eigenkapitalvermitt-

lung sowie wegen der Haftung für die Richtigkeit der Projektinformationen eine Vergütung in Höhe von 8,9 % des Kommanditkapitals und für die Eigenkapitalvermittlung als zusätzliche Vergütung das von den beitretenden Kommanditisten zu erbringende Agio in Höhe von 5 % (S. 68). Weiter enthielt der Prospekt den Hinweis, dass die [redacted] Beratung für [redacted] AG das Recht habe, ihre Rechte und Pflichten aus der Vertriebsvereinbarung auf Dritte zu übertragen (S. 69).

Der Zedent erwarb die Fondsbeteiligung auf Vermittlung der Beklagten, die hierfür von der Fondsgesellschaft eine auf die Zeichnungssumme bezogene Provision von 8,25 % erhielt, was dem Zedenten nicht mitgeteilt wurde. Vor seiner Beteiligung am VIP Medienfonds 3 hatte der Zedent im Sommer 2003 auf Vermittlung der Beklagten bereits Beteiligungen an einem geschlossenen Immobilienfonds und an einem von einer Konzerntochter der Beklagten aufgelegten Schiffsfonds erworben. Alle drei Fondsbeteiligungen wurden dem Zedenten unter Hinweis auf die damit verbundenen Steuervorteile empfohlen.

Der Fonds entwickelte sich nicht wie geplant, insbesondere weil die Finanzbehörden der steuerlichen Konzeption nachträglich die Anerkennung versagten. Der Zedent hat sämtliche ihm im Zusammenhang mit seiner Beteiligung am VIP Medienfonds 3 gegen die Beklagte zustehenden Ansprüche am 25.08.2008 an die Klägerin abgetreten. Nach dem Gesellschaftsvertrag bedarf eine Übertragung des Anteils der Zustimmung der Komplementärin.

Vor dem Landgericht hat die Klägerin geltend gemacht, zwischen dem Zedenten und der Beklagten sei aufgrund der seit Mai/Juni 2003 bei mehreren Gelegenheiten geführten Beratungsgespräche ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen. Im Rahmen der Anlageberatung sei dem Zedenten von den Mitarbeitern der Beklagten die Beteiligung am VIP Medienfonds 3 empfohlen und dabei versichert worden, dass durch die Garantie der [redacted] eine Rückzahlung des Anlagebetrages an die Anleger gewährleistet sei. Ein Risiko sei – außer im Falle einer kaum vorstellbaren Insolvenz der [redacted] – ausgeschlossen. Daneben biete der Fonds eine ansprechende Rendite und hohe Steuervorteile.

Hierdurch sei das tatsächlich bestehende Verlustrisiko verschleiert worden, denn die Schuldübernahme der [redacted] habe keineswegs die Einlagenrückzahlungsansprüche der Anleger gesichert, sondern lediglich die von den Lizenznehmern der Filme

an die Fondsgesellschaft zu leistenden Zahlungen, während eine tragfähige Sicherung gegen einen wirtschaftlichen Misserfolg der produzierten Filme nicht vorhanden gewesen sei. Einen Hinweis darauf, dass ein Großteil des angelegten Kapitals gar nicht in Filmprojekte investiert, sondern – entgegen der im Prospekt dargestellten Konzeption – als Gegenleistung für die übernommene Schuldübernahme zu Gunsten der späteren Lizenznehmer an die [redacted] gezahlt worden sei, habe der Zedent von der Beklagten nicht erhalten. Auch dem Fondsprospekt, der ihm ohnehin erst am Tag der Zeichnung der Fondsbeteiligung ausgehändigt worden sei und zahlreiche weitere Fehler enthalte, sei dies nicht zu entnehmen gewesen. Im Nachhinein habe dieser Umstand dazu geführt, dass das zuständige Betriebssitzfinanzamt die zunächst akzeptierte Anerkennung dieser Zahlung als Produktionskosten widerrufen habe, was wiederum zur Rücknahme der gegenüber dem Wohnsitzfinanzamt des Zedenten angegebenen Verlustzuweisungen und zu einer Steuernachforderung für das Jahr 2003 in Höhe von [redacted] (inkl. Zinsen) geführt habe. Ebenso wenig habe die Beklagte den Zedenten über die an sie selbst fließenden Provisionen aufgeklärt.

In Kenntnis all dieser Umstände hätte der Zedent den Fonds nicht gezeichnet, sondern den Kapitalbetrag fest angelegt. Die Beklagte müsse daher der Klägerin neben dem Anlagebetrag auch den dem Zedenten entgangenen Gewinn ersetzen, der bei mindestens 4 % des angelegten Kapitals gelegen hätte. Ferner müsse die Beklagte den Zedenten von sämtlichen mit der Fondsbeteiligung zusammenhängenden steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freistellen. Auf diese Ansprüche anrechenbare Ausschüttungen habe es nicht gegeben. Steuervorteile des Zedenten müsse sie sich nicht anrechnen lassen, nachdem das Finanzamt die erteilten Grundlagenbescheide widerrufen habe, weil nur ein geringer Teil des Geldes in die Produktion von Filmen geflossen sei. Soweit sie der Beklagten im Gegenzug die Fondsbeteiligung übertragen müsse, sei sie nur zu einer Mitwirkung im Rahmen des ihr bzw. dem Zedenten Möglichen verpflichtet. Dem genüge ihr Angebot zur Übertragung der Beteiligung mit ergänzender Abtretung der Rechte aus der Beteiligung, da der Zedent die hierfür erforderliche Zustimmung der Komplementärin bzw. des Treuhänders nicht erzwingen könne. Mit der Annahme dieses Angebots befinde die Beklagte sich in Verzug.

Die Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, die Anlage sei dem Zedenten, der gezielt um Informationen zu diesem Fonds gebeten habe und mit dem daher kein Beratungs- sondern lediglich ein Anlagevermittlungsvertrag zustande gekommen sei, anhand des von ihr sorgfältig geprüften Prospekts unter zutreffender Erläuterung der

Schuldübernahme und unter Hinweis auf das unternehmerische Risiko dargestellt worden. Eine garantierte Rückzahlung der vollständigen Einlage sei dem Zedenten dabei nicht versprochen worden. Die Bedeutung der Schuldübernahme durch die [redacted] sei zutreffend erläutert worden. Im Zeitpunkt des Vertriebs der Fondsbeteiligungen habe sie von der steuerlichen Anerkennungsfähigkeit der Fondskonzeption ausgehen dürfen. Eine prospektwidrige Verwendung der Mittel des Fonds habe sie nicht vorhersehen können. Wie hoch der Vertriebsaufwand insgesamt gewesen sei, habe der Zedent dem ihm rechtzeitig ausgehändigten Prospekt entnehmen können. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur Offenlegung der marktüblichen Vertriebsprovision habe nicht bestanden. Jedenfalls sei eine solche Verpflichtung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Anteilsvertriebs für sie nicht zu erkennen gewesen. Im Übrigen fehle es an einer Kausalität für die Anlageentscheidung des Zedenten, der den insgesamt anfallenden Vertriebsaufwand dem Prospekt habe entnehmen können. Zumindest müsse sich der Zedent (und damit auch die Klägerin) ein Mitverschulden entgegenhalten lassen, da er diese Umstände bei pflichtgemäßer Lektüre des Prospekts hätte erkennen müssen. Eine Verurteilung zum Schadensersatz könne allenfalls Zug um Zug gegen eine Übertragung der Beteiligung erfolgen, wobei es aufgrund der Vertragsgestaltung nur um eine Übernahme des Treuhandvertrages gehen könne. Dass der Zedent durch die Fondsbeteiligung steuerliche Nachteile erlitten habe, werde bestritten. Vielmehr seien die durch die Verlustzuweisungen erlangten Steuervorteile auf eine Ersatzleistung anzurechnen.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der genauen Formulierung der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf die in dem angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die zuletzt auf Zahlung von [redacted] nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abgabe eines Angebots des Zedenten auf Übertragung seiner Fondsbeteiligung an die Beklagte (mit dessen Annahme diese in Verzug sei) sowie auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Freistellung des Zedenten von allen aus der Fondsbeteiligung resultierenden steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen gerichtete Klage nach Vernehmung des Zedenten und eines Mitarbeiters der Beklagten abgewiesen. Es hat den Feststellungsantrag für unzulässig und die Klage im Übrigen für unbegründet erklärt. Die Klägerin habe bereits das Zustandekommen eines Anlageberatungsvertrags nicht beweisen können, sodass von einer bloßen Vermittlungstätigkeit der Beklagten auszugehen sei. Ferner habe die Klägerin nicht bewiesen, dass der Zedent über die

Chancen und Risiken der Fondsbeteiligung unrichtig informiert worden sei. Für die Anlageentscheidung des Zedenten relevante Prospektfehler habe die Klägerin nicht aufgezeigt, im Übrigen gehöre die Beklagte nicht zum Kreis der Prospektverantwortlichen und hafte insbesondere nicht für Abweichungen vom Prospekt bei der tatsächlichen Durchführung des Projekte des Fonds. Über die ihr zufließenden Provisionen habe die Beklagte den Zedenten nicht aufklären müssen, da die Vertriebskosten im Prospekt korrekt angegeben worden seien und insgesamt weniger als 15 % des anzulegenden Kapitals betragen hätten. Außerdem sei eine etwaige Fehlvorstellung des Zedenten über die Höhe des der Beklagten zufließenden Provisionsanteils für dessen Anlageentscheidung nicht kausal gewesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie in Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihre bisherigen Klaganträge weiter verfolgt. Sie rügt die Einschätzung des Landgerichts, die Beklagte sei gegenüber dem Zedenten lediglich als Anlagevermittlerin tätig geworden, als fehlerhaft. Da der Zedent um eine sachkundige Bewertung der ihm von der Beklagten empfohlenen Fondsbeteiligung gebeten habe, sei vielmehr ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen, der die Beklagte dazu verpflichtet habe, den Zedenten darüber aufzuklären, dass sie für den Vertrieb der Beteiligung von der Fondsgesellschaft eine Vergütung von 8,25 % erhalten habe. Aufklärungspflichtig sei insbesondere die – dem Zedenten nicht bekannte – konkrete Höhe dieser Rückvergütung gewesen. Auch über den im Prospekt nicht richtig dargestellten Umstand, dass 70 % des Eigenkapitals nicht in Filmproduktionen investiert, sondern als Entgelt für die Schuldübernahme zu Gunsten des Lizenznehmers an die [redacted] gezahlt werden mussten, sowie darüber, dass auch die steuerliche Konzeption des Fonds nicht unumstritten gewesen sei, weil wegen der Verlustzuweisungsmöglichkeit Bedenken gegen die einkommensteuerrechtliche Einordnung der Anleger als Mitunternehmer bestanden hätten, habe die Beklagte den Zedenten pflichtwidrig nicht aufgeklärt. Dass der Zedent die Beteiligung auch bei korrekter Aufklärung über diese Umstände erworben hätte, habe die Beklagte nicht bewiesen. Daher sei ihr die Beklagte zum Schadensersatz verpflichtet. Dabei stehe ihr auch ein Ersatz des entgangenen Gewinns zu. Denn der Zedent hätte den Betrag nicht ungenutzt lassen und sicherheitsorientiert anlegen wollen. Bei einer sicheren Anlage hätte er mindestens 4 % erzielen können.

Die Klägerin beantragt, in Abänderung des landgerichtlichen Urteils

1. die Beklagte zur Zahlung von [redacted] € zzgl. Zinsen hieraus in Höhe von 4 % seit dem 29.09.2003 bis zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit und ab diesem Zeitpunkt Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verurteilen;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Zedenten von allen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die mittelbar oder unmittelbar aus der vom Zedenten am 29.09.2003 gezeichneten Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 3 GmbH & Co. KG im Nennwert von EUR [redacted] resultieren;

3. auszusprechen, dass die Verurteilung gemäß den Anträgen zu 1 und 2 Zug um Zug erfolgt gegen Abgabe eines Angebots des Zedenten gegenüber der Beklagten auf Übertragung der von diesem am 29.09.2003 gezeichneten Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 3 GmbH & Co. KG im Nennwert von EUR [redacted] sowie Abtretung aller Rechte aus dieser Beteiligung an die Beklagte;
   hilfsweise: auszusprechen, dass die Verurteilung gemäß den Anträgen zu 1 und 2 Zug um Zug erfolgt gegen Übertragung der vom Zedenten am 29.09.2003 gezeichneten Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 3 GmbH & Co. KG im Nennwert von EUR [redacted] an die Beklagte;

4. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebots auf Übertragung der vom Zedenten am 29.09.2003 gezeichneten Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 3 GmbH & Co. KG im Nennwert von EUR [redacted] sowie Abtretung der Rechte aus dieser Beteiligung in Verzug befindet;
   hilfsweise: festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme der Übertragung der vom Zedenten am 29.09.2003 gezeichneten Beteiligung an der Film & Entertainment VIP Medienfonds 3 GmbH & Co. KG im Nennwert von EUR [redacted] in Verzug befindet.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

und verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie macht im Wesentlichen geltend, den Zedenten unter Zuhilfenahme des inhaltlich fehlerfreien Prospekts zutreffend über die Chancen und Risiken der Beteiligung aufgeklärt und dabei auch hinsichtlich der Garantiekomponente und der steuerlichen Anerkennungsfähigkeit des Fonds keinen falschen Eindruck erweckt zu haben. Die genaue Höhe der der Beklagten zugeflossenen Vertriebsprovision sei für die Anlageentscheidung des Zedenten nicht kausal gewesen. Zu einer Aufklärung hierüber sei sie auch nicht verpflichtet gewesen.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig und überwiegend begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte nach §§ 280 Abs. 1, 398 BGB Anspruch auf Schadensersatz, da die Beklagte schuldhaft Aufklärungspflichten aus dem mit dem Zedenten zustande gekommenen Anlageberatungsvertrag verletzt hat.

1. Zu Recht hat das Landgericht allerdings die Klage abgewiesen, soweit die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zu Freistellung des Zedenten von den (über die Zahlung der Einlage hinausgehenden) steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen aus seiner Beteiligung am VIP Medienfonds 3 begehrt. Insoweit ist die Klage unzulässig. Anders als mit ihrem Zahlungsantrag Ziff. 1 macht die Klägerin mit diesem Feststellungsantrag keine eigenen, durch die am 25.08.2008 vereinbarte Abtretung erworbene Ansprüche geltend, sondern tritt in gewillkürter Prozessstandschaft für den Zedenten auf, dessen – nach der Formulierung des Antrags insoweit bei ihm verbliebenen – Ansprüche sie gegenüber der Beklagten durchsetzen will, ohne darzulegen, welches schutzwürdiges Interesse sie hieran hat. Solch ein Interesse wird auch mit der Berufungsbegründung nicht aufgezeigt. Allein das Interesse, dem Zedenten die Position eines Zeugen zu verschaffen, reicht hierfür – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – nicht aus. Mangels Vorliegens der Voraussetzungen einer

(zulässigen) gewillkürten Prozessstandschaft hat das Landgericht den Feststellungsantrag Ziff. 2 deshalb zu Recht als unzulässig abgewiesen.

Hinsichtlich der übrigen Klaganträge ist die Zulässigkeit der Klage nicht im Streit.

2. Insoweit ist die Klage auch ganz überwiegend begründet. Denn die Beklagte hat vertragliche Informationspflichten verletzt, die ihr gegenüber dem Zedenten oblagen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist zwischen dem Zedenten und der Beklagten nicht nur ein Anlagevermittlungs-, sondern ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen, als dieser sich mit dem Wunsch nach Informationen über die Vor- und Nachteile einer Beteiligung am VIP Medienfonds 3 an die Beklagte gewandt hat. Zum Abschluss solch eines Vertrags kommt es bereits dann, wenn ein Anlageinteressent an eine Kapitalanlageprodukte vertreibende Bank mit dem Wunsch nach einer Beratung über eine Kapitalanlage herantritt und zwischen beiden daraufhin tatsächlich ein Beratungsgespräch geführt wird. Das Zustandekommen solch eines Vertrags lässt sich vorliegend nicht mit der Begründung verneinen, Gegenstand des Gesprächs sei ausschließlich die Möglichkeit einer Beteiligung am VIP Medienfonds 3 gewesen, der Zedent habe sich also mit einer bereits weitgehend vorgefassten Anlageentscheidung an die Beklagte gewandt und von dieser allenfalls noch zusätzliche Informationen gewünscht. Denn zum einen würde auch dies für das Zustandekommen eines Beratungsvertrags ausreichen, sofern der Anlageinteressent seine endgültige Anlageentscheidung von der fachkundigen Bewertung und Beurteilung eines bestimmten Anlageprodukts durch die Bank abhängig machen will. Zum anderen waren dem Gespräch vom 29.09.2003, bei dem es nur noch um den VIP Medienfonds 3 ging, unstreitig mehrere frühere Gespräche im Juni und Juli 2003 vorausgegangen, in denen der Zedent die Mitarbeiter der Beklagten um eine seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen und seinen Anlagezielen entsprechende Beratung und um die Empfehlung von hierzu passenden Anlageprodukten gebeten hatte, worauf ihm die Beklagte zunächst die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds und an einem Schiffsfonds empfohlen hatte, bevor sie telefonisch ein weiteres Mal Kontakt zum Zedenten aufgenommen und ihn darauf hingewiesen hat, dass auch die Beteiligung an dem streitgegenständlichen Medienfonds noch zu seinem in erster Linie auf die Erlangung steuerlicher Vorteile ausgerichteten Anlageprofil passen würde. Dies hat auch der Zeuge [redacted] bestätigt. Es war also keineswegs so, dass der Zedent gezielt von der Beklagten letzte Informationen über ein von ihm selbst ausge-

wähltes Anlageprodukt wünschte, sondern die Beklagte trat ein weiteres Mal an ihn heran, um seinen bereits einige Wochen zuvor geäußerten Wunsch nach Empfehlung von zu seiner wirtschaftlichen Situation passenden Anlagemöglichkeiten zu befriedigen. Deshalb nahm der Zedent auch nicht nur die technischen Dienstleitungen der Beklagten für den Erwerb der Beteiligung in Anspruch, sondern erwartete von dieser eine umfassende Information und fachkundige Bewertung des Anlageprodukts. Die Auffassung des Landgerichts, zwischen dem Zedenten und der Beklagten sei lediglich ein Anlagevermittlungsvertrag zustande gekommen, wird vom Ergebnis der Beweisaufnahme deshalb nicht getragen.

3. Aus diesem Beratungsvertrag war die Beklagte verpflichtet, den Zedenten richtig und vollständig über alle für seine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände aufzuklären. Hiergegen hat die Beklagte verstoßen, indem sie den Kläger unstreitig nicht über die ihr zufließende Rückvergütung in Höhe von 8,25 % aufgeklärt hat. Darüber hinaus genügt die nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten anhand des Prospekts erfolgte Erläuterung auch hinsichtlich der erforderlichen Risikoaufklärung nicht den Anforderungen an eine anleger- und objektgerechte Beratung.

a) Die Provisionszahlung in Höhe von mindestens 8,25 % des gezeichneten Kapitals, die die Beklagte für die Vermittlung des Zedenten als weiteren Anleger im VIP Medienfonds 3 unstreitig von der Fondsgesellschaft (bzw. von der [redacted] Beratung für [redacted] AG aus dem von der Fondsgesellschaft an diese weitergeleiteten Teil der Kommanditeinlage) erhalten hat, stellt eine aufklärungspflichtige Rückvergütung dar, die als Teil der vom Zedenten an die Fondsgesellschaft gezahlten Beträge hinter seinem Rücken umsatzabhängig an die Beklagte zurückfloss, sodass diese ein für den Zedenten nicht erkennbares besonderes Interesse hatte, gerade diese Beteiligung zu empfehlen. Denn auch wenn der Fondsprospekt den Umfang der an die [redacted] Beratung für [redacted] AG insgesamt zu zahlenden Vertriebskosten angab, konnte der Zedent dem nicht entnehmen, dass und in welcher Höhe gerade die Beklagte Zahlungen erhalten würde.

Nach den vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 19. Dezember 2006 (BGHZ 170, 226) entwickelten Grundsätzen muss eine Bank, die Fondsanteile empfiehlt, den Kunden nicht nur darauf hinweisen, dass sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält, sondern auch in welcher Höhe dies erfolgt (BGH a.a.O. Tz. 22). Die Aufklärung über die

Rückvergütung ist notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offenzulegen. Erst durch diese Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob die Bank ihm ein bestimmtes Produkt nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient. Denn wenn eine Bank ihren Kunden berät, Anlageempfehlungen abgibt und dabei an den empfohlenen Fonds durch Rückvergütungen verdient, sind die Kundeninteressen gefährdet. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten.

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Bank dem Kunden die Beteiligung an einem geschlossenen Medienfonds empfiehlt. Das Urteil vom 19. Dezember 2006 betrifft zwar Anteile an einem Aktienfonds und damit Wertpapiere im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 2 WpHG. Für die dort formulierten Grundsätze ist dieser Unterschied jedoch nicht von Bedeutung. Denn der Bundesgerichtshof hat die Pflicht der Bank zur Aufklärung über die ihr zufließende Rückvergütung gerade nicht auf die öffentlich-rechtlichen Verhaltensregeln des Wertpapierhandelsgesetzes gestützt, sondern auf den privatrechtlichen Beratungsvertrag zwischen der Bank und ihrem Kunden. Für die in § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG normierte Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden, hat er zudem ausdrücklich klargestellt, dass der zivilrechtliche Schutzzweck einer solchen Informationspflicht nicht weiter geht als die Aufklärungs- und Beratungspflichten aus einem Beratungsvertrag oder aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB.

Bei vertraglichen Pflichten besteht auch kein Grund, die Empfehlung eines Aktienfonds nach anderen Maßstäben zu beurteilen als die Empfehlung eines geschlossenen Fonds. Die Verhaltensregeln der §§ 31 ff. WpHG können zwar, soweit ihnen anlegerschützende Funktion zukommt, für Inhalt und Reichweite vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten von Bedeutung sein (BGH a.a.O.). Die vertragliche Pflicht, Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten offenzulegen, ist aber nicht nur im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG anzuerkennen. Sie ergibt sich vielmehr unmittelbar aus dem durch die Rückvergütung begründeten Interessenkonflikt und der damit verbundenen Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse abgibt. Diese Gefahr ist bei Aktienfonds nicht größer als bei anderen Fondsanlagen.

Auch aus Sicht der Bank besteht insoweit kein erheblicher Unterschied. Sie ist aufgrund des Beratungsvertrags zu einer an den Interessen des Kunden orientierten Beratung verpflichtet. Diese weitgehenden Pflichten rechtfertigen sich aus dem Vertrauen, das der Kunde ihr entgegenbringt (vgl. nur BGH NJW-RR 2007, 621 f. m. w. N.). Gerade darin unterscheidet sich die beratend tätige Bank von einem Anlagevermittler, der im Interesse des Kapitalsuchenden und mit Rücksicht auf die von diesem versprochene (Innen-)Provision den Vertrieb einer bestimmten Kapitalanlage übernommen hat. Einem solchen Vermittler tritt der Anlageinteressent selbstständiger und in dem Bewusstsein gegenüber, dass der werbende und anpreisende Charakter der Aussagen im Vordergrund steht (BGH NJW-RR 1993, 1114 f., und NJW-RR 2010, 1064, zum nicht bankmäßig gebundenen Anlageberater). Schon deshalb muss die Bank ihren Interessenkonflikt offenlegen, wenn sie eine umsatzabhängige Rückvergütung für den Vertrieb erhält und gleichwohl beratend tätig wird. Diese Offenbarungspflicht besteht unabhängig von der Art der Anlage und hat insbesondere nichts mit dem fiduziarischen Charakter von Wertpapiergeschäften zu tun.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Aufklärungspflicht des Anlagevermittlers bei verdeckten Innenprovisionen (vgl. nur BGH NJW-RR 2007, 925, 926). Danach muss ein Vermittler den Anleger zwar grundsätzlich nur auf eine nicht im Anlageprospekt ausgewiesene Innenprovision von 15 % und mehr hinweisen, was nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. September 2007 auch für eine Bank gilt, die ihrem Kunden den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds empfiehlt (BGH BKR 2008, 199, 200). In dieser Entscheidung wird aber weder klargestellt noch angedeutet, dass die Rechtsprechung zur Offenbarungspflicht bei Rückvergütungen nicht auf geschlossene Fonds übertragbar wäre. Zu einer Auseinandersetzung mit den in seinem Urteil vom 19. Dezember 2006 klargestellten Grundsätzen hatte der Bundesgerichtshof dort vielmehr keinen Anlass, weil nach den (vom Senat als Berufungsgericht getroffenen) tatsächlichen Feststellungen nicht ersichtlich war, dass die Bank selbst an den Innenprovisionen teilgehabt hätte.

Den Pflichten des Anlagevermittlers zur Aufklärung über eine Innenprovision und den Pflichten des Anlageberaters zur Aufklärung über Rückvergütungen liegen auch unterschiedliche Schutzrichtungen zu Grunde. Über Innenprovisionen muss der Anleger aufgeklärt werden, weil sie keine Gegenleistung für die Schaffung von Sachwerten darstellen und deshalb auf eine geringere Werthaltigkeit des Objekts und ei-

ne geringere Rentabilität der Anlage schließen lassen (vgl. BGH NJW 2004, 1732, 1734). Diese Aufklärungspflicht besteht daher nur bei überdurchschnittlich hohen Innenprovisionen, aber unabhängig davon, wer diese Provisionen erhält. Auf ihr selbst zustehende umsatzabhängige Rückvergütungen muss die beratende Bank dagegen schon deshalb hinweisen, weil diese einen Interessenkonflikt und damit die konkrete Gefahr begründen, dass die Anlage nicht allein im Kundeninteresse empfohlen wird. Diese Offenbarungspflicht trifft daher nur den Anlageberater und gilt auch nur für dessen Rückvergütungen; sie besteht aber nicht erst dann, wenn deren Höhe die Werthaltigkeit der Anlage in Frage stellt. Wie der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 20. Januar 2009 (NJW 2009, 1416) ausdrücklich klargestellt hat, sind die im Urteil vom 19. Dezember 2006 entwickelten Grundsätze zur Aufklärungspflicht einer beratenden Bank über erhaltene Rückvergütungen deshalb auch auf den Vertrieb von Medienfonds anwendbar, und zwar unabhängig von der Höhe der Rückvergütungen.

Einer Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall steht auch nicht entgegen, dass der Zedent selbst an die Beklagte keine Vergütung für die Beratung und die Vermittlung der Fondsbeteiligung zu zahlen hatte. Denn dass die Beklagte hierfür eine Vergütung von dritter Seite bekommen würde, ergab sich hieraus nicht. Es liegt zwar nahe, dass die Beklagte ihre Leistungen nicht kostenlos erbringen würde. Ob dies durch eine direkte Vergütung für jeden einzelnen Geschäftsvorgang oder im Rahmen einer Mischkalkulation unter Berücksichtigung ihrer Einkünfte aus sonstigen Bankgeschäften erfolgt, erschließt sich dem Kunden aber regelmäßig nicht ohne Weiteres. Damit ist es aus seiner Sicht auch nicht ausgeschlossen, dass die Anlageberatung und Produktempfehlung im Rahmen der bereits bestehenden Bankgeschäfte als Serviceleistung erfolgt, die gerade nicht gesondert zu vergüten ist und an welcher die Bank unmittelbar auch nichts verdient. Aber selbst wenn der Zedent vermutet hätte, dass die Beklagte eine Vergütung für die Vermittlung der Fondsbeteiligung erhalte, was bezüglich des Disagios nach seiner Darstellung der Fall war, war er jedenfalls hinsichtlich deren Größenordnung aufklärungsbedürftig. Denn ohne deren Kenntnis konnte er das Interesse der Beklagten an dem empfohlenen Geschäft und die damit verbundene Gefährdung seiner Interessen nicht richtig einschätzen (vgl. BGHZ 170, 226).

Entgegen der Annahme der Beklagten ergibt sich auch aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. Oktober 2009 (BGH WM 2009, 2306) nichts anderes.

Darin hat der Bundesgerichtshof zwar ausgeführt, dass es ausreichen könne, wenn die an die beratende Bank gezahlten Beträge bereits im Fondsprospekt dem Inhalt und der Höhe nach korrekt ausgewiesen sind, und der Prospekt rechtzeitig übergeben wird. In jenem Fall fehlte es jedoch an einem umsatzabhängigen Zurückfließen von Teilen der vom Anleger gezahlten Ausgabeaufschläge an die beratende Bank, welches ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse begründete, gerade diese Beteiligung zu empfehlen. Im Unterschied hierzu ergab sich im vorliegenden Fall aus dem Prospekt des VIP Medienfonds 3 weder hinreichend deutlich, dass die Beklagte (und nicht nur die nach dem Prospekt mit der Eigenkapitalbeschaffung beauftragte [redacted] Beratung für [redacted] AG) von der Fondsgesellschaft Zahlungen erhielt, deren Höhe sich am Umfang der von ihr vermittelten Fondsbeteiligungen orientierte, noch sind diese Rückvergütungen der Höhe nach korrekt ausgewiesen. Darüber, dass die Beklagte eine Vertriebsprovision erhielt, die das vom Zedenten bezahlte Agio (in Höhe von 5 % der Einlage) noch deutlich überstieg, haben die Mitarbeiter der Beklagten den Zedenten auch mündlich unstreitig nicht aufgeklärt.

b) Die Beklagte hat darüber hinaus ihre Pflicht verletzt, den Zedenten über die mit der Fondsbeteiligung verbundenen Risiken vollständig und wahrheitsgemäß zu belehren.

Nach ihrem eigenen Vorbringen ist die Erläuterung des Fonds anhand des vorgelegten Prospekts erfolgt. Dies ergab nicht nur die Vernehmung des Zeugen [redacted] sondern wird auch durch die Aussage des Zeugen [redacted] nicht in Frage gestellt. Vielmehr gab dieser selbst an, vor dem abschließenden Gespräch in der Filiale Weinheim bei einem Termin in Mannheim über den Fonds informiert worden zu sein, und zwar anhand von Unterlagen, die seinen Gesprächspartnern vorgelegen hätten. Er wollte auch nicht ausschließen, dass ihm zum Abschluss dieses Gesprächs, das etwa eine Woche vor dem abschließenden Termin in [redacted] stattgefunden habe, der Prospekt des Fonds ausgehändigt worden sei, auch wenn er insoweit keine zuverlässige Erinnerung mehr hatte. Die Darstellung der Beklagten, dass der Zedent anhand des Prospekts über den Fonds informiert worden sei, wurde von der für einen Beratungsfehler darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin deshalb nicht widerlegt. Auch dass der Zedent von den Mitarbeitern der Beklagten abweichend vom Prospektinhalt aufgeklärt wurde, konnte die Klägerin nicht beweisen. Deshalb ist die Darstellung der Beklagten zugrunde zu legen.

Der Prospekt ist aber irreführend und deshalb entgegen der Auffassung des Landgerichts geeignet, die Entscheidungsbildung des Anlegers durch Verschleierung der bestehenden Risiken nachteilig zu beeinflussen. Durch die bereits auf dem Deckblatt herausgehobene und zumindest missverständliche Bezeichnung als „Garantiefonds" wird der falsche Eindruck erweckt, der Anlagebetrag sei durch eine Garantie abgesichert. Wie die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen, insbesondere das interne Schreiben der Beklagten an ihre Regionalfilialleiter vom 21.03.2003, zeigen, unterlag die Beklagte bzw. jedenfalls ein Teil ihrer Mitarbeiter offenbar selbst einer solchen Fehlvorstellung. Dies ist ein starkes Indiz dafür, dass auch der Zeuge [redacted] den Zedenten nicht mit einer über die Formulierungen des Prospekts hinausgehenden Deutlichkeit über die Risiken einer Beteiligung am VIP Medienfonds 3 aufgeklärt hat. Letztlich hat der Zeuge dies auch bestätigt, als er angab, mit dem Zedenten den Prospekt durchgegangen zu sein und ihn anhand der dortigen Zusammenstellung der Chancen und Risiken über die Beteiligung informiert zu haben. Denn der Zeuge hat ausdrücklich erklärt, über keine über den Inhalt des Prospekts hinausgehenden Informationen über den VIP Medienfonds 3 verfügt und sich deshalb auf den Prospektinhalt verlassen zu haben. Seine Darstellung, darauf hingewiesen zu haben, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung handle, die neben Chancen auch Risiken aufweise, stimmt mit dem Inhalt des Fonds auch durchaus überein. Dieser allgemeine Hinweise reichte angesichts der plakativen Bezeichnung des VIP Medienfonds 3 als Garantiefonds jedoch nicht aus. Denn in Wahrheit konnte von einer Garantie keine Rede sein, sondern bestand unstreitig das Risiko von Verlusten bis hin zu einem Totalverlust der Einlage. Dieses Risiko wurde durch die Bezeichnung als Garantiefonds jedoch in erheblicher Weise verschleiert. Denn die zugrunde liegende Schuldübernahme betraf unstreitig nicht die Ansprüche der betroffenen Anleger, sondern allein die Verpflichtungen des Lizenznehmers gegenüber der Fondsgesellschaft. Dabei stand nicht einmal fest, dass die Schuldübernahme überhaupt eintreten würde, weil diese sowohl von einer durch nichts gesicherten vorherigen Zahlung durch den Lizenznehmer selbst, als auch von einer Einigung über die Höhe des zu zahlenden Barwerts abhing.

Dass diese Umstände dem Prospekt bei eingehender Lektüre entnommen werden können, führt zu keinem anderen Ergebnis. Angesichts der plakativen Bezeichnung als „Garantiefonds" einerseits und der nicht nur für einen Laien schwer verständlichen Erläuterung der Funktionsweise der Schuldübernahme andererseits bestand die naheliegende Gefahr eines Irrtums über den tatsächlichen Umfang der beste-

henden Risiken. Insbesondere lag es nahe, dass der an anderer Stelle erfolgte Hinweis auf die bei einer unternehmerischen Beteiligung allgemein bestehenden Verlustrisiken lediglich als theoretische, angesichts der genannten Sicherungsmechanismen aber gänzlich unwahrscheinliche Möglichkeit missverstanden werden könnte. Vor diesem Hintergrund hätte aus der Sicht eines sorgfältigen und gewissenhaften Anlageberaters Veranlassung bestanden, nicht nur die Funktionsweise der Schuldübernahme zu erläutern, sondern unmissverständlich darüber aufzuklären, dass eine Garantie für die Rückzahlung der Einlage an den einzelnen Anleger entgegen der irreführenden Darstellung im Prospekt nicht bestanden hat und die dargestellten Risiken auch durch die Schuldübernahme nicht verringert wurden.

Dass dies im Streitfall erfolgt wäre, ist nicht zu erkennen. Die Beklagte hat vor dem Landgericht lediglich geltend gemacht, dem Zedenten sei die Anlage, das unternehmerische Risiko und die Schuldübernahme wie im Prospekt dargestellt zutreffend erläutert worden. Eine darüber hinausgehende Anpreisung als sehr sicher oder garantiert sei ebenso wenig erfolgt wie die Erklärung, dass der Zedent 100 % seiner Einlage zurückerhalte. Mehr hat auch der Zeuge [redacted] nicht bestätigt. Das Unterlassen solcher Anpreisungen und die im Übrigen der Darstellung im Prospekt folgenden Hinweise auf das unternehmerische Risiko bzw. die Funktionsweise der Schuldübernahme reichte nach Vorstehendem aber nicht aus, um die unrichtige Vorstellung von einer „Garantie" zu korrigieren. Vielmehr wäre eine detaillierte Aufklärung über die Reichweite der mit der Schuldübernahme durch die [redacted] verbundenen Absicherung der Einlage des einzelnen Anlegers erforderlich gewesen. Dass diese hierdurch allenfalls mittelbar und keineswegs zu 100 % gesichert wurde, ist dem Fondsprospekt jedoch gerade nicht in der gebotenen Klarheit zu entnehmen, sodass ausgeschlossen werden kann, dass der Zedent mündlich ausreichend über die finanziellen Risiken seiner Beteiligung am VIP Medienfonds 3 aufgeklärt worden ist, zumal auch der Zeuge [redacted] dies nicht behauptet hat. Einer Wiederholung der Beweisaufnahme bedurfte es angesichts der insoweit inhaltlich eindeutigen Angaben des Zeugen [redacted] nicht.

c) Diese Pflichtverletzungen hat die Beklagte auch zu vertreten. Gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird das Verschulden bezüglich einer unzureichenden Aufklärung des Anlageinteressenten vermutet. Daher trägt die aufklärungspflichtige Bank die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie die Pflichtverletzung nicht schuldhaft begangen hat (BGH WM 2009, 1274 ff.). Dabei sind nach ständiger Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen. Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum, der ohnehin nur hinsichtlich der Verpflichtung zur Aufklärung über die erhaltenen Rückvergütungen zu erwägen wäre, nur dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH NJW 2007, 428, 430 m.w.N.). Auf einen schuldausschließenden unvermeidbaren Rechtsirrtum über ihre Verpflichtung, ihren Kunden im Rahmen einer Anlageberatung auf an sie zurückgeflossene umsatzabhängige Rückvergütungen hinzuweisen, kann sich eine Bank jedoch bereits für die 1990er-Jahre nicht mehr berufen (vgl. BGH NJW 2010, 239). Im Jahr 2003 war diese Verpflichtung erkennbar.

d) Zu Gunsten der Klägerin ist auch davon auszugehen, dass der Zedent bei pflichtgemäßer Offenbarung des bestehenden Interessenkonflikts und ausreichender Aufklärung über die Risiken der Beteiligung die ihm empfohlene Fondsbeteiligung nicht erworben hätte. Die gegenteilige Feststellung des Landgerichts beruht auf einer Verkennung der Beweislast. Steht die Verletzung einer Aufklärungspflicht fest, spricht für deren Ursächlichkeit für den Erwerb der finanziell nachteiligen Kapitalanlage die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Entgegen der Ansicht der Beklagten gilt dies auch bei der pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen (BGH WM 2009, 1274, Tz. 22).

Dass im Streitfall weitere Verhaltensalternativen ernsthaft in Betracht gekommen wären, die einer Anwendung dieser Grundsätze entgegen stehen könnten (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 280 Rdnr. 39), ist nicht zu erkennen. Ein Anleger, der weiß, dass die Anlageempfehlung auf dem eigenen Provisionsinteresse der beratenden Bank beruht, wird diese typischerweise kritischer würdigen, als wenn ihm dies verborgen bleibt, und er deswegen annehmen darf, die Bank orientiere sich in erster Linie an seinem persönlichen Interesse. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass der Zedent die Anlageentscheidung in Kenntnis des bestehenden Interessenkonflikts nicht getroffen hätte, zumal die Beteiligung entgegen der zumindest irreführenden Bezeichnung als Garantiefonds mit dem Risiko eines Totalverlustes behaftet war. Dass jedenfalls das Sicherungskonzept für den Zedenten anlageentscheidend war, hat er bei seiner Vernehmung durch das Landgericht auch ausdrücklich bestätigt.

Damit obliegt der Beklagten der Nachweis, dass der Zedent einen entsprechenden

Hinweis auf die Rückvergütung und das Fehlen der suggerierten Sicherheiten unbeachtet gelassen und die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte (BGH WM 2009, 789 Tz. 6). Substantiierter Vortrag der Beklagten hierzu ist aber zumindest hinsichtlich des vermeintlichen Sicherheitskonzepts des Fonds nicht erfolgt. Dass der Zedent nach eigener Darstellung davon ausging, dass das fünfprozentige Agio an die Beklagte fließe, schließt eine kritischere Würdigung ihrer Neutralität in Kenntnis der tatsächlich geflossenen Provision nicht aus. Dass der Zedent einräumt, die ihm in Aussicht gestellten Steuervorteile hätten seine Anlageentscheidung maßgeblich beeinflusst, steht seinem gleichzeitig bestehenden Wunsch nach einem limitierten Verlustrisiko nicht entgegen. Dass dies sein Anlageziel war, hat der Zeuge [redacted] jedoch durchaus plausibel erläutert, ohne dass dies durch die Angaben des Zeugen [redacted] in Frage gestellt wird. Den Beweis, dass der Zedent auch bei richtiger Information über die an die Beklagte geflossene Provision und insbesondere über die Sicherheit seiner Einlage die Fondsbeteiligung erworben hätte, hat die Beklagte deshalb nicht geführt. Auch insoweit war keine Wiederholung der Beweisaufnahme geboten. Denn die gegenteilige Feststellung des Landgerichts bezieht sich zum einen lediglich auf den Kausalzusammenhang zwischen einer vollständigen Aufklärung über die Höhe der Rückvergütungen und der Anlageentscheidung des Zedenten, also nicht auf die Ursächlichkeit der unzulänglichen Risikoaufklärung für den Erwerb der Beteiligung am VIP Medienfonds 3. Zum anderen hat das Landgericht seine Überzeugung von der fehlenden Kausalität der nicht vorhandenen Kenntnis über die genaue Höhe der an die Beklagte zurückgeflossenen Vertriebsprovision ersichtlich ohne Beachtung der für die Klägerin streitenden Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gebildet und daher falsche Beweisanforderungen zugrunde gelegt. Die vom Landgericht geäußerten Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zedenten mögen zwar gewisse Zweifel an seiner Aussage begründen, dass er die Beteiligung am VIP Medienfonds 3 in Kenntnis der Höhe der hinter seinem Rücken an die Beklagte geflossenen Vertriebsprovision nicht erworben hätte. Um das Gegenteil zu beweisen und insbesondere die Vermutung zu widerlegen, dass die der Reichweite der „Garantie" von wesentlicher Bedeutung für seine Anlageentscheidung war, reicht das unbestreitbare Interesse des Zedenten am Prozessausgang jedoch nicht aus und andere Beweismittel stehen der Beklagten nicht zur Verfügung.

e) Die der Höhe nach unstreitigen Aufwendungen des Zedenten für den Erwerb der Fondsbeteiligung stellen auch einen ersatzfähigen Schaden dar. Nach § 249 Abs. 1

BGB ist die Beklagte verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Anleger, der auf Grund einer fehlerhaften Empfehlung eine für ihn nachteilige Kapitalanlage erworben hat, in der Regel bereits durch deren Erwerb geschädigt (BGHZ 115, 214). Deshalb hat die Klägerin, an die der Zedent seine Ersatzansprüche abgetreten hat, Anspruch auf Erstattung der für den Erwerb der Beteiligung gezahlten [redacted] Hierauf anzurechnende Ausschüttungen hat der Zedent aus dem Fonds unstreitig nicht erhalten.

f) Die Klägerin muss sich auch kein Mitverschulden des Zedenten nach § 254 BGB entgegen halten lassen. Dass bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Zedenten mitgewirkt hat, ist nicht zu erkennen. Solche Umstände hat die hierfür darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Soweit sie geltend macht, der Zedent habe es schuldhaft unterlassen, sich anhand des Prospekts näher über die Fondsbeteiligung zu informieren, kommt es hierauf nicht an. Unabhängig davon, ob der Zedent den Prospekt rechtzeitig vor der Zeichnung der Fondsbeteiligung erhalten hat, ergab sich daraus nämlich kein Hinweis auf die eine Aufklärungspflicht auslösende Interessenkollision der Beklagten. Dass und in welcher Höhe sie selbst eine Provision erhalten würde, wurde in dem Prospekt unstreitig nicht erwähnt. Hinsichtlich der Reichweite der „Garantie" ist der Prospekt sogar irreführend. Unabhängig hiervon kann die Beklagte ihrer Haftung für eine fehlerhafte Beratung und Aufklärung über die für die Anlageentscheidung erheblichen Umstände nicht dadurch entgehen, dass sie die Klägerin auf die Einholung anderweitiger Informationen verweist. Insbesondere war der Zedent nicht verpflichtet, sich nach einer ihm verborgen gebliebenen Innenprovision zu erkundigen (BGH NJW-RR 2008, 1365). Dies liefe Sinn und Zweck des Beratungsvertrags zuwider.

g) Von der Schadensersatzleistung sind auch keine Steuervorteile abzuziehen. Denn dass der Zedent aus der Beteiligung nachhaltige Steuervorteile erlangt hat, ist nicht ersichtlich. Die für anzurechnende Steuervorteile darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat insbesondere nicht substantiiert dargelegt, dass der Zedent aus der Fondsbeteiligung einen unverfallbaren Steuervorteil erlangt hat. Vielmehr ist offensichtlich das Gegenteil der Fall. Die Verlustzuweisung, die im Jahr 2003 zu einer Steuerersparnis von ca. [redacted] geführt hatte, wurde ihm ausweislich des geänderten Einkommensteuerbescheids vom 31.07.2009 nachträglich wieder entzogen, nachdem die Grundlagenbescheide des Finanzamts München II, in denen eine

steuerliche Absetzbarkeit der durch den Fonds erwirtschafteten Verluste zunächst anerkannt worden war, widerrufen worden sind.

Im Übrigen handelt es sich bei der Beteiligung am VIP Medienfonds 3 um eine nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG einkommensteuerpflichtige Unternehmensbeteiligung, weshalb auch die Ersatzleistung der Einkommensteuer unterworfen ist, entweder unmittelbar als Betriebseinnahme nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG oder als Veräußerungsgewinn nach § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG. Unter dieser Voraussetzung käme ein Anrechnung von Steuervorteilen jedoch nur in Betracht, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Zedent außergewöhnlich hohe Steuervorteile erlangt hätte, die ihm bzw. der Klägerin auch unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung verbleiben (BGH NJW 2010, 2506; WM 2010, 1641). Hierfür ist jedoch nichts ersichtlich. Auch die insoweit darlegungspflichtige Beklagte trägt hierzu nichts vor.

h) Die Klägerin kann auch die geforderten Prozesszinsen beanspruchen (§§ 291, 288 Abs. 1 BGB). Die Zinspflicht nach § 291 BGB ist eine materiell-rechtliche Folge der Rechtshängigkeit und setzt lediglich die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des Leistungsbegehrens voraus (Palandt/Grüneberg, BGB, § 291 Rdnr. 5). Beide Voraussetzungen sind erfüllt. Zwar kann eine Verzinsung entfallen, wenn dem Anspruch die Einrede des nichterfüllten Vertrags oder ein vom Schuldner geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht entgegen steht. Das gilt allerdings nicht, wenn der Schuldner Schadensersatz Zug um Zug gegen Vorteilsausgleichung zu leisten hat (Palandt/Grüneberg, a.a.O, m. w. N.).

Unabhängig hiervon hat die Klägerin der Beklagten die im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu übertragenden Rechte ordnungsgemäß angeboten. Mit der Ablehnung des wörtlichen Angebots auf Übertragung aller Rechte aus der Beteiligung ist die Beklagte in Annahmeverzug geraten (§§ 293, 295 BGB). Hierfür genügte es, dass der Zedent der Beklagten die Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Treuhandvertrag anbot, was unstreitig geschehen ist. Dies gilt auch dann, wenn die Übertragung der Fondsanteile – wie hier – von der Zustimmung eines Dritten abhängig ist (BGH NJW-RR 2010, 1295). Durch dieses Angebot hat die Beklagte es selbst in der Hand, die für die Übertragung der Beteiligung bzw. der Treugeberstellung erforderlichen Zustimmungen einzuholen. Dass damit das Risiko einer Verweigerung der Zustimmung auf die Beklagte verlagert wird, steht dem nicht entgegen. Denn die Vorteils-

ausgleichung darf den Geschädigten nicht unzumutbar belasten und den Schädiger nicht unbillig begünstigen (Palandt/Grüneberg, BGB, vor § 249 Rdnr. 68). Es wäre aber unbillig, dem Geschädigten im Falle einer Verweigerung der Zustimmung einen Ersatz der ihm entstandenen Schäden zu versagen. Denn auch dieses Risiko resultiert letztlich aus der Pflichtverletzung der Beklagten. Es ist daher nicht von dem Geschädigten, sondern von dem Schädiger zu tragen.

i) Die Klägerin hat allerdings nicht schlüssig dargelegt, dass der Zedent ohne die streitgegenständliche Fondsbeteiligung einen Gewinn im Umfang einer jährlichen Verzinsung des Beteiligungsbetrages von 4 % erzielt hätte. Nach § 252 Satz 2 BGB gilt der Gewinn als entgangen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Auch wenn dem Tatrichter insoweit nach § 287 ZPO ein Schätzungsermessen eingeräumt ist, erfordert dies konkrete Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen, die eine Gewinnerwartung wahrscheinlich machen (vgl. nur BGH NJW 2004, 1945, 1946 f., m. w. N.).

Solche Tatsachen hat die hierfür darlegungs- und beweisbelastete Klägerin nicht dargelegt. Auch die Berufungsbegründung enthält insoweit keinen substantiierten Tatsachenvortrag. Die pauschale Behauptung, der Zedent hätte das Geld gewinnbringend und sicher angelegt, reicht hierfür nicht aus. Auch wenn die allgemeine Lebenserfahrung dafür sprechen mag, dass er den Betrag angelegt hätte, ergibt sich hieraus noch nicht, dass tatsächlich – etwa mit dem Erwerb eines festverzinslichen Wertpapiers – eine Verzinsung in der genannten Höhe erzielt worden wäre. Wie er den Betrag angelegt hätte, ist letztlich offen. Etwaige Zinserträge wären außerdem nach § 20 EStG in voller Höhe einkommensteuerpflichtig gewesen, da der Zedent – wie die vorgelegten Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2003 bis 2005 belegen – den Sparerfreibetrag nach § 20 Abs. 9 EStG (bzw. § 20 Abs. 4 EStG a. F.) bereits vollständig ausgeschöpft hatte. Der Zedent hat selbst angegeben, ihn hätten vor allem die zu erwartenden hohen Steuervorteile zur Zeichnung der Anlage bewogen. Es liegt deshalb nahe, dass er auch ohne die streitgegenständliche Pflichtverletzung eine Anlageform gewählt hätte, mit der er einen die Einkommensteuer mindernden Verlustabzug hätte erlangen können. Solche Anlageformen sind aber typischerweise gerade nicht mit einer festen Verzinsung bzw. garantierten Rendite, sondern mit bloßen Gewinnchancen bei entsprechenden Risiken verbunden (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2009 - 9 U 30/09 - Tz. 48; OLG Hamm, Urteil vom

25.11.2009 - 31 U 70/09 - Tz.83, jeweils zitiert nach juris). Dass der Zedent die streitgegenständliche Beteiligungsform aufgrund der „Garantie" für sicher hielt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn nach seinem eigenen Vorbringen ging er dabei nur von einer vollen Rückzahlung des Anlagebetrages aus. Dass er darüber hinaus mit einer garantierten Rendite mindestens im Umfang eines festverzinslichen Wertpapiers gerechnet hat, ergibt sich hieraus aber nicht. Insoweit erfolgte die Klagabweisung daher im Ergebnis zu Recht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 und 2, 709 S. 2 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Frage, inwieweit eine Bank im Rahmen der Anlageberatung über die ihr hinter dem Rücken des Anlageinteressenten zufließenden umsatzabhängigen Rückvergütungen aufklärungspflichtig ist, ist mittlerweile höchstrichterlich geklärt. Der Senat weicht insoweit auch nicht von den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 27.10.2009 und 15.04.2010 ab. Auch ansonsten liegen die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vor. Der Senat hat nicht nur selbst bereits in mehreren– der Beklagten bekannten – Parallelfällen vergleichbar entschieden (z. B. die Urteile vom 03.03.2009 – 17 U 149/07 und 17 U 371/08 – sowie vom 07.05.2010 – 17 U 88/09 und 17 U 113/09 –), sondern befindet sich mit seiner Rechtsprechung auch in Übereinstimmung mit zahlreichen Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte zum selben Fonds bzw. dem ähnlich konzipierten VIP Medienfonds 4 (z. B. OLG Frankfurt, Urt. v. 30.06.2010 – 19 U 20/10 – und vom 15.09.2010 – 19 U 69/10 –; OLG München, Urt. v. 12.07.2010 – 19 U 5240/09 –, vom 08.07.2010 – 17 U 5149/09 – und vom 08.02.2010 – 17 U 2097/09 –, jeweils zitiert nach juris), sodass weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordern.

Die Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren beruht auf §§ 47 Abs. 1, 63 Abs. 2 GKG. Der unzulässige Feststellungsantrag wurde wie in erster Instanz mit [redacted] bewertet.

Dr. Müller-Christmann
Vors. Richter am
Oberlandesgericht

Dr. Schnauder
Richter am
Oberlandesgericht

Hauser
Richter am Landgericht

Ausgefertigt:

[redacted] Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KARLSRUHE