

OLG Frankfurt 14. Zivilsenat

20.10.2009

14 U 98/08

Urteil

Leitsatz

1. Ein Kreditinstitut, das einen Kunden über eine Kommanditbeteiligung an einem Medienfonds berät, muss den Kunden über den Erhalt von Provisionen, die einen Interessenkonflikt bei der Anlageberatung begründen können, auch dann aufklären, wenn die Provisionen einen Wert von 15 % des Anlagekapitals unterschreiten (Anschluss BGH Beschluss vom 20. Januar 2009, XI ZR 510/07).

2. Ein unvermeidbarer Rechtsirrtum des Kreditinstituts über diese Aufklärungspflicht im Jahr 2001 kommt nur in Betracht, wenn das Kreditinstitut in tatsächlicher Hinsicht darlegt, dass es die Rechtslage gründlich geprüft hat, gegebenenfalls erforderlichen Rechtsrat eingeholt und die einschlägige höchst richterliche Rechtsprechung sorgfältig beachtet hat.

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Fulda vom 17. April 2008 abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 41.150 € nebst Zinsen in Höhe von 2 % Zinsen für die Zeit vom 15.6.2001 bis 1.8.2007 sowie 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 2.8.2007 zu zahlen Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte des Klägers aus dem Besserungsschein der B ...gesellschaft mbH.

Wegen des weitergehenden Zinsanspruchs wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung des Klägers gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

1

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen angeblicher fehlerhafter Anlageberatung auf Schadensersatz in Anspruch.

2

Der Kläger war Kunde einer Filiale der Beklagten in O1. Aufgrund einer Empfehlung von deren Mitarbeiterin A beteiligte er sich mit einer Beitrittserklärung vom 15.06.2001 (Bd. I Bl.11 d.A.) an einem E Fonds Im Einzelnen war diese Beteiligung wie folgt gestaltet:

3

Die Beklagte ist alleinige Aktionärin der D und C AG in O2 (Bd. I Bl. 74, 32 d.A.). 100-prozentige Tochtergesellschaft dieser AG ist die E ...gesellschaft mbH, deren verantwortlicher Tätigkeitsbereich in der Prospektherausgabe, Fondsverwaltung, Eigenkapitalvermittlung, Platzierungsgarantie und Marketing bestand (im Folgenden: E GmbH). Die E GmbH gab unter Verwendung eines Prospekts ein Angebot zur Kommanditistenbeteiligung an der F GmbH & Co. ... KG (kurz: F KG) heraus unter der Bezeichnung E1 Fonds Als einzuwerbendes Kommanditkapital incl. Liquiditätsreserve waren 50.010.000 EUR vorgesehen (Bd. I Bl. 39 d.A.). Für die Vermittlung des Kommanditkapitals stand der E GmbH aufgrund entsprechender Vereinbarungen mit der F KG eine Vergütung von 5% des bis zum 14.12.2001 gezeichneten Kommanditkapitals zu, also 2.500.000 EUR (Bd. I Bl. 39 d.A.), ferner eine Platzierungsgarantie von 3% des noch benötigten Kommanditkapitals, mithin 1.500.000 EUR (Bd. I Bl. 40 d.A.). Von den neuen Kommanditisten wurde ferner ein Agio in Höhe von 5% der Kommanditbeteiligung erhoben, das der E GmbH ebenfalls zustand (Bd. I Bl. 11, 39 d.A.).

4

Die Beklagte schloss unter dem 16.05.2001 eine „Vereinbarung über die Vermittlung von Kommanditkapital“ mit der E GmbH (Bd. I Bl. 225 d.A.), wonach die Beklagte für das von ihr angeworbene Kommanditkapital eine Vermittlungsvergütung von 5% des vermittelten Kommanditkapitals erhalten sollte, maximal jedoch in Höhe des durch die Bank für die E vereinnahmten Agios. Eine weitere Vereinbarung dieser Vertragsparteien sah die Weitergabe der Platzierungsgarantie von 3% an die Beklagte vor (Bd. I Bl. 229 d.A.).

5

Die vom Kläger gezeichnete Beteiligung entwickelte sich nicht wie erwartet. Ausschüttungen wurden bisher nicht vorgenommen. Der Kläger nahm deshalb ein von der B unterbreitetes Angebot an, wonach er 22,70 % seines eingesetzten Kommanditkapitals, mithin 11.350 €, als Kaufpreis erhalten hat. Die B verpflichtete sich in dem Kaufvertrag, falls sie aus den Beteiligungen bis zum Ende der Laufzeit

zum 31.12.2011 Ausschüttungen erhalten sollte, die den Kaufpreis für die Beteiligung überschreiten, hiervon 100 % an die ehemaligen Anleger auszuzahlen (Bd. I Bl. 105 d.A.). Der Kläger berechnet seinen Schaden der Gestalt, dass er von der Einlage von 52.500 € einschließlich 5 % Agio den von der B gezahlten Kaufpreis von 11.350 € abzieht. Die Differenz von 41.150 € ist Gegenstand der Klage.

6

Der Kläger stützt seine Schadensersatzforderung darauf, dass er von der Beklagten vor der Zeichnung der Beteiligung nicht ausreichend aufgeklärt worden sei. Insbesondere habe die Beklagte die von ihr vereinnahmten Innenprovisionen nicht offengelegt. Hierzu sei sie verpflichtet gewesen, da insoweit ein Interessenkonflikt für eine anleger- und objektgerechte Beratung bestanden habe. Außerdem seien die Risiken in dem Emissionsprospekt (Bd. I Bl. 12 ff d.A.) nicht hinreichend beschrieben worden, wofür die Beklagte einzustehen habe. Auch die Mitarbeiterin der Beklagten A habe die Anlage als sicher und rentabel dargestellt. Die Beklagte ist der Auffassung, der Kläger sei über die Kapitalanlage ausreichend informiert worden. Es liege keine Aufklärungspflichtverletzung vor. Sie sei deshalb zum Schadensersatz nicht verpflichtet.

7

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

8

Das Landgericht hat durch Urteil vom 17.4.2008 (Bd. I Bl. 380 ff d.A.) die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

9

Die Beklagte sei nicht zum Schadensersatz verpflichtet, da nicht festgestellt werden könne, dass sie bei der Beratung des Klägers Aufklärungspflichten verletzt habe. Hinsichtlich der angeblich überhöhten Innenprovisionen habe keine Aufklärungspflicht der Beklagten bestanden, da die Innenprovisionen allenfalls insgesamt 13 % des Anlagekapitals betragen hätten. Nach der Rechtsprechung des BGH müssten aber Innenprovisionen von weniger als 15 % nicht ungefragt offenbart werden. Der Emissionsprospekt enthalte auch eine zutreffende und ausreichende Beschreibung der Chancen und Risiken der vom Kläger gezeichneten Beteiligung. Der Kläger sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass es sich bei der von ihm gezeichneten Beteiligung um eine Unternehmensbeteiligung handle, und die Möglichkeit eines Totalverlustes der Kommanditeinlage bestehe. Das Risiko eines Totalverlustes sei an mehreren Stellen des Prospektes angesprochen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne auch nicht festgestellt werden, dass die Zeugin A den Kläger individuell falsch beraten habe. Zwar habe die Zeugin A die Anlage auch als sicher und rentabel bezeichnet. Sie habe aber zugleich auf das Risiko eines Totalverlustes verwiesen. Der Kläger habe ein zutreffendes Bild von seiner Beteiligung vermittelt bekommen, weshalb der Beklagten ein Aufklärungsversäumnis nicht angelastet werden könne.

10

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung des Klägers.

11

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte habe die von ihr vereinnahmten Innenprovisionen offenlegen müssen. Dabei sei unerheblich, ob die Gesamthöhe der Provisionen die Grenze von 15 % erreiche, denn der BGH habe in seiner jüngsten Rechtsprechung die Aufklärungspflicht auch bei geringeren Innenprovisionen bejaht, wenn ein Interessenkonflikt bestehe. Da sich hier die Beklagte eine Platzierungsprovision habe versprechen lassen, sei ein starkes Eigeninteresse der Beklagten an der Vermittlung der Beteiligungen gegeben gewesen, was zu einem Interessenkonflikt führe. Bei Kenntnis dieser Umstände hätte er, der Kläger, diese Beteiligung nicht gezeichnet. Der Prospekt stelle im übrigen die Risiken und Chancen nicht zutreffend dar. Die Aussage, dass selbst dann, wenn alle Filme "floppen" würden, sich aus den Garantien in Höhe von 60 % der Produktionskosten die Ausschüttungen auf ca. 50 % reduzierten, sei falsch, da Rechenbeispiele eindeutig geringere Ausschüttungen ergäben. Insoweit habe auch das OLG Oldenburg eine unzutreffende und zu optimistische Information durch den Prospekt angenommen. Schon aus diesem Grunde hafte die Beklagte wegen Falschberatung. Im übrigen sei er aber auch durch die Zeugin A falsch beraten worden, da diese die Anlage als sicher und rentabel dargestellt habe, was den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspreche.

12

Der Kläger beantragt,

13

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 41.150 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 15.6.2001 zu zahlen;
hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, 41.150 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 15.6.2001 an ihn zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung seiner Rechte aus dem Besserungsschein an die Beklagte;
weiter hilfsweise für den Fall, dass das Gericht die erhaltenen Steuervorteile auf den Schadensersatz anrechnen will, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm jeden weiteren Schaden zu ersetzen, der aus der steuerlichen Belastung resultiert, die ihre Ursache in den aufgrund des Rechtsstreits zu erbringenden Schadensersatzleistungen an die Beklagte haben.

14

Die Beklagte beantragt,

15

die Berufung zurückzuweisen.

16

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

17

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die im Berufungsrechtszug zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

18

Die an sich statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig, und sie hat auch in der Sache Erfolg.

A.

19

Die Klageforderung von 41.150 € ist aus positiver Vertragsverletzung bzw. § 280 Abs. 1 BGB begründet, weil die Beklagte den Kläger beim Erwerb seiner Beteiligung an der F KG schuldhaft fehlerhaft beraten hat.

20

1. Eine Prospekthaftung im engeren Sinne wird vom Kläger nicht geltend gemacht (Bd. I Bl. 9 d.A.) und kommt mangels einer Prospektverantwortlichkeit der Beklagten auch nicht in Betracht. Der Kläger kann die Beklagte jedoch wegen Verletzung von Aufklärungspflichten aus einem Beratungsvertrag auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, denn zwischen den Parteien ist im Zusammenhang mit dem Erwerb der streitgegenständlichen Beteiligung des Klägers ein Beratungsvertrag im Unterschied zu einem bloßen Vermittlungsvertrag zustande gekommen. Nach der Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, kommt ein Beratungsvertrag regelmäßig konkludent zustande, wenn im Zusammenhang mit der Anlage eines Geldbetrages tatsächlich eine Beratung stattfindet. Das in dem Ersuchen des Kunden nach einer Beratung liegende Angebot auf Abschluss eines Beratungsvertrages wird von der Bank durch die Aufnahme des Beratungsgespräches angenommen (vgl. BGH VuR 2008, 25). Hier haben zwischen dem Kläger und der Mitarbeiterin der Beklagten A ein oder auch mehrere Beratungsgespräche über die Beteiligung an der F KG stattgefunden. Dabei wurden auch die Vor- und Nachteile des E Fonds erörtert. Damit haben die Parteien einen Beratungsvertrag abgeschlossen. Inhalt und Umfang des Beratungsvertrages hängen vom Einzelfall ab. Die Beratung muss anlage- und objektgerecht sein. Maßgeblich sind einerseits der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel des Kunden, andererseits die allgemeinen Risiken, wie Konjunkturlage und die Entwicklung des Kapitalmarktes, sowie die speziellen Risiken, die sich aus den besonderen Umständen des Anlageobjektes ergeben (vgl. BGHZ 123, 126, 128 f; BGH NJW 2008, 3700 f; BGH VuR 2008, 25). Beratungsdefizite, die Umstände in der Person des Kunden betreffen, sind nicht ersichtlich. Das Anlageprofil (Bd. I Bl. 112 d.A.) entsprach den Wünschen und Vorstellungen des Klägers. Ihm kam es nicht allein

auf die Renditeerwartung, sondern auch auf die steuerlichen Verlustabschreibungen an.

21

2. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH hat die Beklagte aber ihre Pflicht zur Aufklärung über die von ihr von der E GmbH vereinnahmten Vergütungen verletzt.

22

a) Der BGH hat mit Beschluss vom 20.1.2009, XI ZR 510/07, (NJW 2009, 1416 ff) das Urteil des OLG Naumburg vom 10.10.2007, 2 U 96/07, aufgehoben und zurückverwiesen, das nach dem Tatbestand des Berufungsurteils ebenfalls den hier in Rede stehenden Fonds und damit einen vergleichbaren Sachverhalt betraf. Der BGH beanstandete, dass das OLG Naumburg unter Bezugnahme auf das Urteil des 3. Zivilsenats des BGH vom 22.3.2007 sich lediglich mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob die beklagte Bank über Innenprovisionen von weniger als 15 % habe aufklären müssen. Damit habe das OLG lediglich die Informationspflichten aus einem Anlagevermittlungsvertrag oder Auskunftsvertrag behandelt, nicht aber die Pflichten aus einem vom Berufungsgericht selbst festgestellten Beratungsvertrag, der weitergehende Pflichten begründe. Insbesondere sei das OLG Naumburg mit keinem Wort auf die vom Kläger in der Berufungsbegründung bereits zitierte Entscheidung des 11. Zivilsenats des BGH vom 19.12.2006 (BGHZ 170, 226 ff) eingegangen, in der der BGH über die Aufklärungspflichten bei Vorliegen von Rückvergütungsvereinbarungen entschieden habe. Nach dem Beschluss des BGH vom 20.1.2009 ist die Aufklärungspflicht eines Kreditinstitutes beim Vertrieb eines Medienfonds an der Entscheidung des BGH vom 19.12.2006 (BGHZ 170, 226 ff) zu orientieren. In Fortführung dieser Rechtsprechung stellt der 11. Zivilsenat des BGH in seinem Beschluss vom 20.1.2009 klar, dass das Senatsurteil (BGHZ 170, 226, 234 ff) auch auf den Vertrieb von Medienfonds durch eine Bank anwendbar sei. Bei der Offenlegung von Rückvergütungen gehe es um die Frage, ob eine Gefährdungssituation für den Kunden geschaffen werde. Deshalb sei es geboten, den Kunden über etwaige Rückvergütungen aufzuklären, und zwar unabhängig von der Rückvergütungshöhe. Dabei mache es keinen Unterschied, ob der Berater Aktienfonds oder Medienfonds vertreibe, denn der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt sei in beiden Fällen gleich. Der Senat habe zwar § 31 Abs. 1 Nr. 2 WPHG a.F. im Zusammenhang mit der Pflicht zur Vermeidung eines Interessenkonfliktes angeführt, seine Ausführungen zum Interessenkonflikt aber nicht auf den Anwendungsbereich des WPHG beschränkt. In § 31 Abs. 1 Nr. 2 WPHG sei lediglich der zivilrechtlich allgemein anerkannte Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten aufsichtsrechtlich für den Bereich des Wertpapierhandelsgesetzes normiert worden, der aber allgemein gelte. Aufgrund des Beratungsvertrages sei die beklagte Bank verpflichtet gewesen, den Kläger darüber aufzuklären, dass sie von dem C-Fonds, gemeint ist die E GmbH, für die Vermittlung des Fondsanteils ein Agio in voller Höhe noch weitere Vergütungen bekam (BGH NJW 2009, 1416 ff).

23

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen war die Beklagte im Streitfall verpflichtet, den Kläger über die ihr aus der Vereinbarung mit der E GmbH vom 16.5.2001 zustehenden Vergütungen aufzuklären. Nach dieser Vereinbarung erhielt die Beklagte

für das von ihr vermittelte Kommanditkapital eine Gebühr von 5 %. Darüber hinaus waren bei einer vollen Erfüllung der für die einzelnen Filialen der Beklagten festgelegten Platzierungsquoten weitere Provisionen bis zu 100.000 DM vorgesehen. Außerdem erhielt die Beklagte eine Platzierungsgarantie. Die Beklagte hatte schließlich auch gegenüber der E GmbH die Platzierung der Fondsanteile garantiert und gegebenenfalls eine Selbsteintrittsverpflichtung übernommen. Damit war ein erheblicher Anreiz für die Beklagte geschaffen, die hauseigenen Produkte zu vertreiben, so dass gegenüber dem Kläger ein Interessenkonflikt bestand, der Zweifel daran aufkommen lassen konnte, ob die Beklagte die Beratung des Klägers tatsächlich anlage- und objektgerecht vorgenommen hat. Zwar konnte der Kläger ohne weiteres erkennen, dass die Beklagte mit der von ihm erworbenen Beteiligung ein hauseigenes Produkt vertrieb, weil der Fonds mit ihrem Namen verbunden war. Die wirtschaftliche Verflechtung der Beklagten mit der E GmbH und der F KG ging auch aus dem Anlageprospekt auf Seiten 2 und 62 hervor, weil dort die Beteiligungsverhältnisse offengelegt sind. Damit war aber das Ausmaß des Interessenkonflikts der Beklagten beim Vertrieb der Fondsanteile noch nicht erkennbar, denn ohne genaue Kenntnis der Höhe der von der Beklagten vereinnahmten Vergütungen für den Vertrieb der Fondsanteile konnte der Kläger das eigene Umsatzinteresse der Beklagten nicht einschätzen. Die Beklagte war deshalb verpflichtet, gegenüber dem Kläger offenzulegen, welche Vergütungen sie für den Vertrieb der Fondsanteile und deren Platzierung erhielt. Dies ist unstreitig nicht geschehen. Zwar wird auf Seite 27 und 28 des Prospektes darauf hingewiesen, dass Eigenkapitalkosten von 5 % und eine Platzierungsgarantie von 3 % anfallen sowie auf das noch einzuwerbende Kommanditkapital ein Agio von 5 % erhoben wird, das im Investitionsplan noch nicht berücksichtigt sei. Diese Vergütungsregelungen betreffen jedoch lediglich das Verhältnis zwischen der F KG und der E GmbH. Welche Vergütungen die Beklagte für den Vertrieb von Fondsanteilen erhält, ist im Prospekt nicht erwähnt. Dabei kommt es entgegen der im Hinweisbeschluss des Senats geäußerten Auffassung, die im Schriftsatz der Beklagten vom 14.9.2009 inhaltlich noch einmal vertieft wird, nicht darauf an, ob es sich bei den von der Beklagten vereinnahmten Vergütungen um Rückvergütungen oder um Innenprovisionen handelt. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH besteht der entscheidende Gesichtspunkt für eine Aufklärungspflicht der Bank darin, dass wegen der dem Kunden nicht bekannten Vergütung der beratenden Bank ein Interessenkonflikt existiert, der zur Folge haben kann, dass die Bank bei ihrer Anlageempfehlung zumindest auch durch Eigeninteresse geleitet gewesen sein könnte (so auch OLG Dresden, Urteil vom 18.12.2008, 8 U 1240/08). Die Beklagte hat deshalb durch die Nichtoffenlegung der von ihr vereinnahmten Vergütungen für den Vertrieb von Fondsanteilen gegenüber dem Kläger eine ihr obliegende Aufklärungspflicht verletzt.

24

3. Die Verletzung der Aufklärungspflicht durch die Beklagte war auch ursächlich für die Anlageentscheidung des Klägers. Steht eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Das bedeutet, dass der Aufklärungspflichtige beweisen muss, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte, der gebotene Hinweis also nicht beachtet worden wäre. Das hat der BGH auch im Bereich der unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen im Bereich des Wertpapierhandels ebenfalls in Fortführung seines Urteils vom 19.12.2006 angenommen (vgl. BGH Urteil vom 12.5.2009, XI ZR 586/07, NJW 2009, 2289). Für einen unterlassenen Hinweis über

empfangene Vergütungen beim Vertrieb eines Medienfonds kann sinnvoller Weise nichts anderes gelten. Die Beklagte führt zur Kausalität aus, die Entscheidung des BGH enthalte insoweit ein obiter dictum über den weiteren Verfahrensgang. Darauf kommt es indes nicht an, weil der sachliche Gehalt der Entscheidung zutreffend ist. Die Beklagte macht unter Bezug auf Literatur, Buck-Heeb Juris PR-BKR 7/2009 geltend, allein bei einer als relevant anzusehenden Vergütung von 15 % könne angenommen werden, dass ein vernünftiger Kunde bei Kenntnis der Vergütung von der Anlage Abstand genommen hätte. Eine solche Einschränkung der Kausalitätsvermutung enthält die BGH Entscheidung jedoch nicht, obwohl dort die Rückvergütung deutlich unter 15 % lag. Die Einschränkung kann auch so nicht vorgenommen werden, denn schließlich reicht bereits die Mitursächlichkeit zur Annahme der Kausalität aus. Im Streitfall führt die Beklagte aus, dem Kläger sei es vornehmlich um Steuerersparnisse gegangen, weswegen er kein Interesse an den Verdiensthintergründen der Beklagten gehabt habe. Dies erscheint jedoch nicht zwingend, denn es geht um die Einschätzung des Kunden, welchen Stellenwert die Anlageempfehlung des Beraters hat, ob es sich also um eine von unmittelbarem finanziellen Interesse unbeeinflusste Empfehlung oder um eine möglicherweise durch Provisionsinteressen mitgesteuerte und damit auch durch sachfremde Gesichtspunkte gefärbte Beratung handelte. Es lässt sich hier nicht zuverlässig beurteilen, wie sich der Kläger bei Kenntnis der von der Beklagten vereinnahmten Vergütungen entschieden hätte. Seine Behauptung, er hätte sich bei Kenntnis der von der Beklagten kassierten Vergütungen gegen die Beteiligung entschieden, ist mithin nicht widerlegt. Nach der Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens ist deshalb ein Kausalzusammenhang zwischen der Aufklärungspflichtverletzung durch die Beklagte und der Anlageentscheidung des Klägers gegeben.

25

4. Die Beklagte hat die Verletzung der Aufklärungspflicht auch gemäß §§ 276, 278 BGB zu vertreten. Dabei wird gemäß § 282 BGB a.F. bzw. § 280 Abs. 1 BGB n.F. ein Verschulden der Beklagten vermutet, so dass die Beklagte darlegen und beweisen muss, dass sie kein Verschulden an der Aufklärungspflichtverletzung trifft.

26

a) Ein unvermeidbarer Rechtsirrtum, wie ihn das OLG Dresden in seinem Urteil vom 24.7.2009, 8 U 1240/08 (Bd. III Bl. 166 d.A.) und das OLG Oldenburg mit Urteil vom 11.9.2009, 11 U 75/08 (Bd. III Bl. 218 ff d.A.) angenommen haben, würde zunächst voraussetzen, dass der Schuldner die Rechtslage gründlich geprüft, erforderlichen Rechtsrat eingeholt und die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachtet hat. Entschuldigt wäre er nur dann, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (vgl. BGH NJW 2007, 428 ff). Die tatsächlichen Voraussetzungen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums hat die Beklagte hier nicht dargetan, denn sie trägt lediglich eine Historie der Rechtsprechung des BGH vor, ohne dass daraus hervorgeht, welche rechtlichen Überlegungen sie angestellt und ob sie gegebenenfalls Rechtsrat mit welchem Ergebnis eingeholt hat. Der Umstand, dass hier die zugrunde gelegte Entscheidung des BGH erst am 19.12.2006 ergangen ist, entlastet die Beklagte nicht, denn diese Entscheidung (BGH NJW 2007, 1876, 1878) knüpft ausdrücklich an ein Urteil des BGH vom 19.12.2000 an, in dem der BGH bereits klargestellt hatte, dass eine Bank, die dem Vermögensverwalter eines Kunden gewährten

Rückvergütungen wegen des damit verbundenen Interessenkonfliktes offenlegen muss (vgl. BGH NJW 2001, 962, 963). Aufgrund dieser Entscheidung, die alsbald in bankrechtlichen Fachzeitschriften veröffentlicht wurde, wie etwa WM 2001, 297 f, musste die Beklagte schon zum Zeitpunkt der Beratung des Klägers Anfang Juni 2001 damit rechnen, dass sie zur Offenbarung eigener Vergütungen verpflichtet war, weil insoweit aus Sicht des Kunden ein Interessenkonflikt bestehen konnte. Dies gilt umso mehr, als dies in der Literatur schon längere Zeit vertreten wurde (so ausdrücklich OLG Karlsruhe, Urteil vom 3.3.2009, 17 U 1149/07, Bd. III Bl. 48). Da gefestigte höchstrichterliche Entscheidungen zu der Frage nicht vorlagen, ob auch außerhalb des Anwendungsbereiches des WPHG eigene Vergütungen beim Vertrieb von Kapitalanlagen zu offenbaren sind, musste die Beklagte eine solche Rechtsauffassung, wie sie der BGH nunmehr entwickelt hat, auch in Betracht ziehen, so dass ein unvermeidbarer Rechtsirrtum der Beklagten nicht angenommen werden kann.

27

b) Soweit das OLG Dresden und das OLG Oldenburg eine gegenteilige Auffassung vertreten und hierfür maßgeblich darauf abstellen, dass der BGH seine Rechtsprechung geändert und eine nicht vorhersehbare neue Aufklärungspflicht begründet habe, kann dem bereits im Ausgangspunkt nicht gefolgt werden, weil der BGH nach seiner Auffassung die Rechtsprechung nicht geändert, sondern fortgeführt hat. Der BGH hatte lediglich für den Bereich der Anlagevermittlung geschlossener Immobilienfonds den Grundsatz entwickelt, dass eine Bank Innenprovisionen von mehr als 15 % dem Anleger offenbaren müsse, weil eine über 15 % hinausgehende Innenprovision ungewöhnlich hoch sei und der Abfluss dieser Mittel den Sachwert der Kapitalanlage beeinträchtigen könne (vgl. BGH NJW 2004, 1732). An dieser Rechtsprechung hält der BGH auch weiterhin fest (vgl. BGH NJW-RR 2008, 1229). Wie sich aus dem Beschluss des BGH vom 20.1.2009 (NJW 2009, 1416 ff) ergibt, hat der BGH nach seinem eigenen Verständnis daneben aber in Beratungsfällen eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bei Anlagegeschäften angenommen, wie der Verweis auf seine Entscheidung vom 19.12.2006 und die weitere Entscheidung vom 10.12.2000 zeigt. Der BGH hat also nach seinem Verständnis nicht eine frühere, gefestigte Rechtsprechung geändert, sondern eine bereits bestehende Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht bei Rückvergütungsvereinbarungen fortentwickelt. Deshalb steht der neuen Rechtsprechung des BGH auch nicht der Einwand des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbotes entgegen. Der BGH hat auch selbst keinen Anlass gesehen, seine neue Rechtsprechung in zeitlicher Hinsicht einzuschränken und länger zurückliegende Beratungsverträge aus dieser Rechtsprechung auszuklammern. Er hat im Gegenteil in seinem Beschluss vom 20.1.2009 die Entscheidungserheblichkeit der Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten bejaht, obwohl in diesem Fall die zu beurteilende Beratung bereits im Mai 2001 stattgefunden hatte. Daraus kann nur gefolgert werden, dass der BGH am Verschulden der Beklagten weder unter dem Gesichtspunkt eines rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbotes noch unter dem Gesichtspunkt eines unvermeidbaren Rechtsirrtums Zweifel gehabt hat. Darauf deutet auch der Hinweis in dem BGH-Urteil vom 12.5.2009 (NJW 2009, 2289) hin, in welchem der BGH in anderem Zusammenhang bei der Erörterung der Frage, ob eine Verjährung nach § 37 a WPHG wegen vorsätzlicher Aufklärungspflichtverletzung zu verneinen sei, angenommen hat, es liege unzweifelhaft eine fahrlässige Aufklärungspflichtverletzung vor. Im Streitfall hat deshalb die Beklagte ihre Pflicht zur Aufklärung über die ihr zustehenden Provisionen fahrlässig verletzt.

5. Wegen der schuldhaften Aufklärungspflichtverletzung hat die Beklagte dem Kläger im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als ob er die Beteiligung an der F KG nicht gezeichnet hätte. In diesem Fall hätte der Kläger die Anlagesumme einschließlich des Agios von 5 % in Höhe von insgesamt 52.500 € nicht gezahlt und anderweitig verwenden können. Allerdings ist auf seinen Schaden der von der B gezahlte Kaufpreis von 11.350 € anzurechnen, so dass ein Restschaden des Klägers von 41.150 € verbleibt. Ausschüttungen, die auf den Schaden anzurechnen wären, hat es unstreitig nicht gegeben. Soweit der Kläger aus der Vereinbarung mit der B bis zum 31.12.2011 möglicherweise noch Ausschüttungen erlangen kann, ist dieser Anspruch im Wege der Vorteilsausgleichung an die Beklagte abzutreten, was der Kläger mit seinem Hilfsantrag beantragt hat, so dass dies im Urteil durch eine Zug-um-Zug-Verurteilung auszusprechen war.

Auf den Schadensersatzanspruch von 41.150 € muss sich der Kläger nicht etwaige Steuervorteile anrechnen lassen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass Steuervorteile jedenfalls dann nicht angerechnet werden, wenn die Schadensersatzleistung selbst besteuert wird (vgl. BGH NJW 2008, 649 und 2773; 2004, 1868; 1979, 1449; OLG Frankfurt, Urteil vom 1.4.2009, 23 U 121/06). Auch wenn dies keine exakte Gegenüberstellung der tatsächlichen und hypothetischen Vermögenslage sein mag, lässt sich damit ein weitgehender Ausgleich von Steuervorteilen und Steuernachteilen erzielen, so dass eine ins einzelne gehende und kaum noch nachzuvollziehende Darlegung vermieden wird (§ 287 ZPO). Im vorliegenden Fall unterliegt die Schadensersatzforderung des Klägers der Steuerpflicht. In steuerlicher Hinsicht ist § 15 Abs. 1 Ziffer 2, 16 EStG maßgebend. Nach der Rechtsprechung des BGH (VersR 2006, 413 ff), der sich seinerseits auf die Rechtsprechung des BFH bezieht, gelten bezüglich eines Kommanditisten, der steuerlich Mitunternehmer ist, alle Zahlungen, die er im wirtschaftlichen Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der KG erhält, als Betriebseinnahmen und sind deshalb zu versteuern. Zu ihnen gehört auch die hier geltend gemachte Schadensersatzleistung im Zusammenhang mit der Zug-um-Zug gegen Schadensersatz vorzunehmende Rückgabe der Rechte aus der Beteiligung (vgl. die Urteile des OLG Frankfurt vom 14.5.2008, 23 U 175/06 und 23 U 177/05 bei Juris; OLG München Urteil vom 4.3.2008, 5 U 4081/05). Im Hinblick darauf ist eine nähere Berechnung und Berücksichtigung der vom Kläger möglicherweise gezogenen steuerlichen Vorteile nicht erforderlich.

Etwas anderes gilt nur, wenn es Anhaltspunkte für außergewöhnliche Steuervorteile gibt (vgl. BGH WM 2008, 725 ff). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Soweit die Beklagte auf ein Urteil des BGH vom 17.11.2005, III ZR 350/04, verweist, betraf das einen anders gelagerten Fall einer Beteiligung an einem Immobilienfonds, bei der es um die Steuerbarkeit von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ging. Im Streitfall war der Kläger im Gegensatz dazu steuerlich Mitunternehmer der KG (vgl. den Emissionsprospekt 7.3.2.1 Seite 40, Bd. I Bl. 54 d.A.). Für den Fall, dass der Kommanditist steuerlich Mitunternehmer der KG ist, hat der BGH wiederholt entschieden, für ihn seien alle Zahlungen, die er im wirtschaftlichen Zusammenhang

mit seiner Beteiligung an der KG erhalte, Betriebseinnahmen gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EStG. Stehe die Schadensersatzforderung in einem solchen wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Kommanditbeteiligung, müsse sie dem gewerblichen Bereich zugeordnet und als Betriebseinnahme nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG versteuert werden (vgl. BGHZ 74, 103, 114 unter Bezugnahme auf BFH BStBl. 1977 II Seite 220; BGH, Urteile vom 27.6.1984, IV a ZR 231/82, NJW 1984, 2524; vom 14.1.2002, II ZR 40/00, NJW 2002, 1711, 1712). Da der Kläger hier seinen Schadensersatzanspruch im Zusammenhang mit seiner Kommanditbeteiligung erhalten hat und versteuern muss, sind ihm mögliche Steuervorteile auf seinen Schadensersatzanspruch nicht anzurechnen. Die Klageforderung in Höhe von 41.150 € ist begründet.

B.

31

Der zuerkannte Zinsanspruch ist für den Zeitraum vom 15.6.2001 bis zur Klageerhebung am 1.8.2007 nach §§ 280, 252 BGB unter dem Gesichtspunkt des entgangenem Gewinns gerechtfertigt, da der Kläger behauptet, er hätte den Anlagebetrag ohne die Beteiligung anderweitig gewinnbringend anlegen können. Insoweit konnte er jedoch in dem fraglichen Zeitraum auf dem Kapitalmarkt keine Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz erzielen. Der Senat schätzt deshalb den Mindestschaden gemäß § 287 ZPO auf entgangene Zinsen in Höhe von 2 % jährlich. Mit der Klagezustellung ist die Zinsforderung von 5 % über dem Basiszinssatz unter dem Gesichtspunkt des Zahlungsverzuges aus §§ 286, 288 BGB begründet.

III.

32

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Abs. 2, da die Beklagte mit Ausnahme eines geringen Teils des Zinsanspruches in vollem Umfang unterlegen ist. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

33

Die Revision ist gemäß § 543 ZPO zuzulassen, weil bezüglich einer Vielzahl gleichgelagerter Rechtsstreitigkeiten betreffend den streitgegenständlichen Medienfonds unterschiedliche Entscheidungen der Oberlandesgerichte vorliegen. Auch wenn der BGH zwischenzeitlich durch seinen Beschluss vom 20.1.2009 die Streitfrage zur Aufklärungspflicht bezüglich von Rückvergütungen bei Medienfonds entschieden hat, ist unter den Oberlandesgerichten weiterhin streitig, ob der Beklagten ein Verschulden anzulasten ist. Diese Rechtsfrage bedarf weiterhin höchstrichterlicher Klärung, weshalb die Revision zuzulassen ist.