



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 318/08

Verkündet am:
22. April 2010
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 276 (Fa), 311 Abs. 2

Zur Pflicht der Treuhandkommanditistin eines Filmfonds, den Anleger über die ihr bekannte wesentliche Einbindung eines großen Vertriebsunternehmens zu unterrichten, dessen Hauptgesellschafter zugleich Mehrheitsgesellschafter der Komplementärin der Beteiligungsgesellschaft war.

BGH, Urteil vom 22. April 2010 - III ZR 318/08 - OLG München

LG München I

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 2010 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dörr, Hucke, Seiters und Tombrink

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 8. Dezember 2008 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 - und insoweit aufgehoben, als es die im Berufungsurteil (S. 6) wiedergegebenen Klageanträge zu I und II gegen die Beklagte zu 1 betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Die Klägerin erwarb auf Vermittlung eines Mitarbeiters der Beklagten zu 3 durch auf Abschluss einer "Beitrittsvereinbarung" gerichtete Erklärung vom 27. Juli 2000 eine Beteiligung an der C. Gesellschaft für internationale Filmproduktion mbH & Co. Dritte Medienbeteiligungs KG (im Folgenden: Fonds III) in Höhe von 250.000 DM zuzüglich 1,3 % Agio. Der Beitritt sollte

- dem von der Komplementärin der Beteiligungsgesellschaft herausgegebenen Prospekt entsprechend - über die Beklagte zu 1, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, als Treuhandkommanditistin nach einem im Prospekt Teil B abgedruckten Vertragsmuster "Treuhandvertrag und Mittelverwendungskontrolle" vorgenommen werden. Die Beklagte zu 1, die im Prospekt in der Rubrik "Partner" als Gründungsgesellschafter bezeichnet wird, hatte ihre Stellung als Kommanditistin durch Abtretung des Geschäftsanteils des Gründungsgesellschafters K. erworben, der seinerseits Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin ist. Zur Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos aus der Filmvermarktung war im Emissionsprospekt vorgesehen, dass für einen Anteil von 80 % der Produktionskosten Sicherheiten bestehen sollten, etwa in Form von Ausfallversicherungen. Nachdem Produktionen nicht den erwünschten wirtschaftlichen Erfolg hatten, erwies sich der Versicherer, die N.

Inc., nach Eintreten der Versicherungsfälle als zahlungsunfähig. Insgesamt erhielt die Klägerin aus der Beteiligung Ausschüttungen von 26,3 %, das sind 33.617,44 €.

2 Erstinstanzlich hat die Klägerin die Treuhandkommanditistin, die Vermittlerin und die Beklagte zu 2, die ein Prospektprüfungsgutachten erstellt hatte, Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus der Beteiligung auf Rückzahlung des eingezahlten Betrags von - unter Berücksichtigung der genannten Ausschüttung - noch 95.867,23 € nebst Zinsen in Anspruch genommen (Antrag zu I). Darüber hinaus hat sie die Feststellung begehrt, dass die Beklagten ihr den Steuerschaden zu ersetzen hätten, der ihr durch eine etwaige nachträgliche Aberkennung von Verlustzuweisungen entstehe (Antrag zu II), und dass sie sie von Ansprüchen freistellen müssten, die die Beteiligungsgesellschaft, deren Gläubiger oder Dritte gegen sie wegen ihrer Stellung als Kommanditistin richten könnten (Antrag zu III). Sie hat - soweit jetzt noch von Interesse - unter ande-

rem einen Prospektmangel und eine Aufklärungspflichtverletzung darin gesehen, dass sie nicht über Provisionszahlungen in Höhe von 20 % für die Eigenkapitalvermittlung an die Beklagte zu 3, die I. - und T.

mbH (im Folgenden: IT GmbH), unterrichtet worden sei. Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der Anträge zu I und II gegen die Beklagte zu 3 entsprochen und sie im Übrigen abgewiesen. Die Klägerin hat die Klageabweisung gegen die Beklagte zu 2 hingenommen und im Übrigen in der Berufungsinstanz die abgewiesene Klage weiterverfolgt, während die Beklagte zu 3 mit ihrer Berufung die Abweisung der Klage beantragt hat. Das Oberlandesgericht hat der Klage hinsichtlich der Anträge zu I und III gegen die Beklagte zu 3 entsprochen sowie bezüglich des Antrags zu II das zusprechende Urteil des Landgerichts aufgehoben und im Übrigen die Berufungen zurückgewiesen. Während des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde ist über das Vermögen der Beklagten zu 3 durch Beschluss vom 19. Januar 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge zu I und II gegen die Beklagte zu 1 (im Folgenden: Beklagte) weiter.

Entscheidungsgründe

- 3 Die Revision führt im Umfang der Zulassung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

4 Das Berufungsgericht würdigt die von ihm erhobenen Beweise dahin, dass die IT GmbH - neben der prospektierten Provision von 7 % für die Eigenkapitalvermittlung und dem Agio von in der Regel 5 % - weitere 8 % Provision als Vergütung für pauschale Werbungskosten von der Komplementärin erhalten habe. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, die Klägerin darüber zu informieren, dass die mit dem Vertrieb der Beteiligung befasste IT GmbH auch noch diese Vergütung für pauschale Werbungskosten, also insgesamt 20 % des Beteiligungsbetrags, erhalten sollte. Diese Pflicht beruhe auf dem Umstand, dass die IT GmbH in der Person ihres (früheren) Geschäftsführers und Gesellschafters O. , zugleich Gesellschafter der Komplementärin, mit dieser verflochten gewesen sei und der Beklagten die die Verflechtung begründenden Umstände und die Sonderbehandlung der IT GmbH bekannt gewesen seien.

5 Ungeachtet einer möglichen Aufklärungspflichtverletzung sei die Beklagte nicht schadensersatzpflichtig, weil die Klägerin wegen der Zahlung pauschalierter Werbungskosten keine Ansprüche geltend gemacht und nicht behauptet habe, dass dieser Umstand für sie von entscheidender Bedeutung gewesen sei. Soweit die Klägerin geltend gemacht habe, sie hätte sich an dem Fonds nicht beteiligt, wenn sie Kenntnis von der 20 %igen Provisionszahlung an die IT GmbH gehabt hätte, genüge dies - ungeachtet einer Kausalitätsvermutung - nicht. Der formelhafte Vortrag der Prozessbevollmächtigten der Klägerin in verschiedenen Parallelverfahren habe nicht mit dem Ergebnis der persönlichen Anhörung der jeweiligen Anleger durch den Senat übereingestimmt, weshalb er sich einen persönlichen Eindruck von der Klägerin habe verschaffen wollen. Diese sei jedoch trotz der Anordnung des persönlichen Erscheinens weder zu dem Termin vom 22. September 2008 noch zu dem Termin vom 13. Oktober

2008 erschienen. Der am 18. Oktober 2008 zugestellten Ladung zum Termin vom 20. Oktober 2008, in dem sie aufgrund des Beschlusses vom 13. Oktober 2008 als Partei habe vernommen werden sollen, habe sie keine Folge geleistet. Dabei entschuldige es sie nicht, dass ihre Prozessbevollmächtigte ihr die unrichtige Information gegeben habe, sie müsse zum Termin nicht erscheinen, weil dieser wegen eines noch nicht beschiedenen Ablehnungsantrags und eines deshalb gestellten Terminverlegungsantrags nicht stattfinden werde. Aus dem Verhalten der Klägerin schließe das Berufungsgericht, dass sie ihre Einvernahme nach § 454 ZPO verweigere, und würdige dies dahin, dass die Kausalität des fraglichen Umstands zu verneinen sei.

II.

6 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in verschiedener Hinsicht nicht stand.

7 1. Zu Recht prüft das Berufungsgericht allerdings, ob Ansprüche der Klägerin wegen eines Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen entstanden sind. Hier ist in Betracht zu ziehen, dass die Beklagte als Treuhandkommanditistin die Pflicht treffen konnte, die künftigen Treugeber über alle wesentlichen Punkte aufzuklären, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung waren (vgl. BGHZ 84, 141, 144 f; Senatsurteile vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04 - NJW-RR 2007, 406, 407 Rn. 9; vom 22. März 2007 - III ZR 98/06 - NJW-RR 2007, 1041, 1043 Rn. 15; vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07 - NJW-RR 2008, 1129, 1130 Rn. 8; vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 - NJW-RR 2009, 613, 614 Rn. 8), insbesondere diese über regelwidrige Auffälligkeiten zu informieren. Einer entsprechenden Pflicht war die Beklagte nicht bereits deshalb

enthoben, weil sie mit den Anlegern nicht in einen persönlichen Kontakt trat und ihre Aufgabe als die einer bloßen Abwicklungs- und Beteiligungstreuhanderin verstand. Denn der Beitritt vollzog sich durch Abschluss eines Treuhandvertrags zwischen der Beklagten und dem Treugeber und der Annahme des Beteiligungsangebots durch die Komplementärin (§ 3 Abs. 4, § 4 Abs. 1 Satz 4 des Gesellschaftsvertrags, Präambel des Treuhandvertrags), war also ohne Mitwirkung der Beklagten nicht möglich.

8 2. Das angefochtene Urteil kann jedoch nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht die einer Aufklärungspflicht der Beklagten entgegenstehenden Umstände nicht rechtsfehlerfrei festgestellt und die Ursächlichkeit für die Anlageentscheidung mit einer nicht tragfähigen Begründung verneint hat.

9 a) Wie der Senat für den Fonds III (Urteile vom 29. Mai 2008 aaO S. 1131 ff Rn. 17-26; vom 6. November 2008 - III ZR 231/07 - NJW-RR 2009, 329 ff Rn. 5-14; vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 - aaO S. 614 ff Rn. 9-26) und den Fonds II (Teilurteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 119/08 - juris und BeckRS 2009, 7718 Rn. 8-25) entschieden hat, war die Beklagte nach den in den damaligen Verfahren revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalten verpflichtet, den Anleger darüber zu informieren, dass die mit dem Vertrieb der Beteiligung befasste IT GmbH hierfür eine Provision von 20 % beanspruchte und erhalten sollte. Er hat dies wie folgt begründet: Der Gesellschaftsvertrag enthalte für die vorgesehene Mittelverwendung einen Investitionsplan, nach dem in die Beschaffung des Eigenkapitals 7 % des Beteiligungskapitals fließen solle. Darüber hinaus ergebe sich aus den Verträgen zur Durchführung der Investition, dass die Komplementärin, die sich zur Vermittlung des Zeichnungskapitals verpflichtet hatte, zusätzlich das Agio von 5 % erhalten sollte (Urteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1131 Rn. 18; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 -

aaO S. 614 Rn. 11). Demgegenüber habe der Anleger vorgetragen und in verschiedener Weise belegt, dass an die IT GmbH für die Vermittlung des Eigenkapitals 20 % geflossen seien (Urteil vom 29. Mai 2008 aaO Rn. 19; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 - aaO S. 615 f Rn. 16-18). Die Komplementärin sei an die Beachtung des Investitionsplans gebunden und nicht berechtigt gewesen, über die ihr zufließenden Mittel nach ihrem Belieben zu verfügen (Urteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1132 Rn. 24; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 - aaO S. 614 f Rn. 12). Vor diesem Hintergrund könne nicht unbeantwortet bleiben, wie die Tätigkeitsbereiche der Eigenkapitalvermittlung und der Werbung im Hinblick auf die hierfür zu beanspruchende Vergütung voneinander abzugrenzen seien (Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 - aaO S. 615 Rn. 13 f).

10 Diesen Grundsätzen wird die Würdigung der Beweisaufnahme durch das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, nicht gerecht.

11 aa) Das Berufungsgericht nimmt auf der Grundlage der Aussagen der Zeugen K. und O. an, die IT GmbH habe die weiteren 8 % nicht als Provision (für die Vermittlung), sondern als pauschale Werbungskosten aus den Einnahmen der Komplementärin erhalten. In der Tat haben beide Zeugen bekundet, es sei eine entsprechende mündliche Vereinbarung geschlossen worden, die den Zweck gehabt habe, "Vertriebsleute und Anleger" beziehungsweise "Kunden und Anlageberater" für die Beteiligungsgesellschaft zu gewinnen. Beide Zeugen haben hervorgehoben, die Vertriebsprovision und der Werbungskostenzuschuss seien streng voneinander unterschieden worden.

12 bb) Das Berufungsgericht geht offenkundig davon aus, die Vereinbarung pauschaler Werbungskosten sei für sich betrachtet, also zunächst ohne Berücksichtigung der zwischen der IT GmbH und der Komplementärin bestehenden Verflechtung, prospektgemäß und löse daher eine Aufklärungspflicht der Beklagten nicht aus. Insoweit rügt die Revision mit Recht, dass sich das Berufungsgericht bei seiner Würdigung mit verschiedenen Gesichtspunkten nicht auseinandergesetzt hat, die dafür sprechen, dass es sich bei der zusätzlichen Provision für die IT GmbH um deren Vergütung für ihre Tätigkeit als großes Vertriebsunternehmen gehandelt hat.

13 (1) Das Berufungsgericht geht nicht auf die von der Klägerin vorgelegten Rechnungen der IT GmbH vom 30. Oktober 1998 und 26. Oktober 1999 ein, in denen der Komplementärin - mit dem Hinweis, der Rechnungsbetrag enthalte keine Mehrwertsteuer - 20 % für die Vermittlung des Eigenkapitals in Rechnung gestellt werden. Beide Rechnungen betreffen zwar den Fonds II, den Aussagen der Zeugen K. und O. ist jedoch zu entnehmen, dass es die nämliche mündliche Provisionsabrede für die Fonds II, III und IV gegeben habe. Das Berufungsgericht beschäftigt sich auch nicht mit den beiden Rechnungen der IT GmbH vom 3. August 2000, in denen - wiederum mit dem Hinweis, der Rechnungsbetrag enthalte keine Mehrwertsteuer - für den Fonds III jeweils für dieselben geworbenen Anleger Eigenkapitalvermittlungsprovision von 12 % und ein Zuschuss zur Eigenkapitalvermittlungsgebühr von 8 % berechnet werden. Schließlich würdigt es das von K. unterzeichnete Schreiben der Komplementärin vom 11. Mai 1998 an die IT GmbH zu Händen von O. nicht, in dem davon gesprochen wird, K. wolle gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten "insistieren, dass die der IT zustehenden 20 %-Vertriebskosten ebenfalls auf das KG-Konto überwiesen werden, von dem ich dann sofort die Mittel an die IT weiterleiten werde". Diese urkundlichen Beweismittel sprechen

dafür, dass - entgegen den Aussagen der vernommenen Zeugen - in der Rechnungsstellung und Handhabung keine strenge Unterscheidung zwischen der Eigenkapitalvermittlung von Gesellschaftsanteilen, die nach § 4 Nr. 8 Buchst. f UStG nicht der Umsatzsteuerpflicht unterliegt, und Werbemaßnahmen, für die diese Befreiung nicht gilt, vorgenommen wurde (vgl. Senatsbeschluss vom 17. Dezember 2009 - III ZR 319/08 - WM 2010, 301 Rn. 2).

14 (2) Das Berufungsgericht hat sich ferner nicht die nach dem Streitstoff erhebliche Frage vorgelegt, wie im Hinblick auf die Regelungen im Investitionsplan und die ergänzenden Ausführungen zum Inhalt der Leistungsverträge Werbemaßnahmen im Rahmen der Konzeption des Fonds von einer Werbung abzugrenzen sind, die die IT GmbH als großes Vertriebsunternehmen zur Bewerbung der insgesamt von ihr vertriebenen Produkte betrieben hat. Wie der Senat - nach Erlass des hier angefochtenen Urteils - für den Fonds III entschieden hat, kann im Hinblick auf die Regelungen im Investitionsplan nicht jegliche Werbetätigkeit nach der Budgetposition "Konzeption, Werbung, Prospekt, Gründung" abgerechnet werden, sondern es sind übliche Werbemaßnahmen, die der Eigenkapitalvermittlung dienen, hiervon auszunehmen (vgl. eingehend hierzu Senatsurteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 - aaO S. 614 f Rn. 11-14). Nähere Feststellungen zur Werbetätigkeit der IT GmbH hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Immerhin kann bereits den hier wiedergegebenen Aussagen der Zeugen K. und O. entnommen werden, dass es um Anlegerwerbung und um die Information von "Vertriebsleuten" und "Anlageberatern" ging, also um Maßnahmen, die mit der Gewinnung von Anlegern in engem Zusammenhang stehen.

15 cc) Die Beklagte kann der Annahme einer möglichen Pflichtverletzung nicht entgegenhalten, die Komplementärin, die Inhaberin eines eigenen gewerb-

lichen Unternehmens sei, das Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betreibe, habe - nicht als Gesellschafterin, sondern als Dritte - mit der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft Leistungsverträge geschlossen, die mit ihrem wesentlichen Inhalt und der versprochenen Vergütung im Emissionsprospekt bekannt gemacht worden seien. Es unterliege nicht dem geringsten rechtlichen Zweifel, dass die Komplementärin als Dritte im Rahmen der Leistungsverträge in anderer Funktion und mit anderen Rechten und Pflichten handle als in ihrer Funktion als Geschäftsführerin der Beteiligungsgesellschaft und dass die Leistungsverträge uneingeschränkt wirksam und verbindlich seien. Für die Auffassung, die Komplementärin sei bei der Verwendung ihrer aufgrund der Leistungsverträge erworbenen Mittel an den in § 6 des Gesellschaftsvertrags enthaltenen Investitionsplan gebunden, gebe es keine rechtliche Begründung. Für das Handeln der Komplementärin als Dritte, wozu der Abschluss und die Ausführung der genannten Leistungsverträge zählten, gelte nur das Recht ihrer eigenen Satzung und nicht der Gesellschaftsvertrag der Beteiligungsgesellschaft.

- 16 Diese Überlegungen rechtfertigen eine andere Beurteilung nicht, wie der Senat bereits in seinen Urteilen vom 23. Juli 2009 (III ZR 306/07 - juris und BeckRS 2009, 22376 Rn. 14 f; III ZR 323/07 - juris und BeckRS 2009, 22724 Rn. 14 f; III ZR 2/08 - juris und BeckRS 2009, 22723 Rn. 10 f) und 8. Oktober 2009 (III ZR 207/07 - WM 2009, 2358, 2359 f Rn. 11 ff; III ZR 259/07 - juris und BeckRS 2009, 86780 Rn. 13 ff; III ZR 241/08 - juris und BeckRS 2009, 86437 Rn. 11 ff) näher begründet hat. Dem Senat ist in den bisherigen Entscheidungen durchaus bewusst gewesen, dass die Komplementärin nach den Angaben des Emissionsprospekts verschiedene Leistungsverträge mit der Beteiligungsgesellschaft abgeschlossen hat, auf die der Senat im Einzelnen eingegangen ist. Die Wirksamkeit und Verbindlichkeit dieser Verträge, die die Komplementärin als Geschäftsführerin der Beteiligungsgesellschaft - nach dem Gesell-

schaftsvertrag von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit - mit sich abgeschlossen hat, ist nicht Gegenstand des anhängigen Verfahrens. Sie ist auch für die Frage, ob der Beklagten eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen ist, nicht vorgreiflich.

- 17 Nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Vorbringen geht es vielmehr um den von den Anlegern erhobenen Vorwurf, die Initiatoren hätten die wahre Provisionshöhe für die Einwerbung des Beteiligungskapitals in den maßgeblichen Prospektangaben verschleiert, um die Beteiligung an den Mann bringen zu können. Unterstellt man dies als richtig, wird ein entsprechendes Verhalten der Initiatoren und Gründungsgesellschafter nicht dadurch pflichtgemäß, dass die an dieser Abrede beteiligte Komplementärin als Dritte mit der Beteiligungsgesellschaft Leistungsverträge abschließt, die diese Verschleierung absichern sollen.
- 18 b) Ist danach hier revisionsrechtlich davon auszugehen, dass die Beklagte zu einer Aufklärung der Klägerin über die Höhe der von der IT GmbH beanspruchten Provisionen verpflichtet war, wird die angefochtene Entscheidung nicht von der Überlegung getragen, es fehle an der Kausalität dieses Umstands für deren Anlageentscheidung.
- 19 aa) Die Klägerin hat vorgetragen, sie hätte sich nicht beteiligt, wenn sie Kenntnis von Provisionen in Höhe von 20 % an die IT GmbH gehabt hätte. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Das ist - anders als das Berufungsgericht meint - zunächst einmal ein hinreichender Vortrag (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2009 - III ZR 31/08 - juris und BeckRS 2010, 01124 Rn. 13). Unterstellt man nämlich eine Pflichtverletzung der Beklagten, ist zu prüfen, wie sich die Klägerin bei pflichtgemäßem Vorgehen der Beklagten verhalten hätte.

Die Beklagte hätte ihrer Aufklärungspflicht zwar dadurch genügen können, dass sie darauf hingewirkt hätte, den Prospekt um entsprechende Angaben zu ergänzen; da dies aber nicht geschehen ist, konnte die Aufklärung nur in der Weise vorgenommen werden, dass die Klägerin bei ihrem Beitritt konkret über die entsprechenden Umstände informiert wurde. In diesem Rahmen kommt der Klägerin eine gewisse, auf die Lebenserfahrung gegründete Kausalitätsvermutung zugute (vgl. Senatsurteile vom 6. November 2008 - III ZR 290/07 - juris und BeckRS 2008, 23805 Rn. 19; vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 - aaO S. 617 Rn. 27; vom 23. Juli 2009 - III ZR 306/07 - aaO Rn. 17), die letztlich auf dem Umstand beruht, dass es aus der Sicht des Senats für den Vertrieb einer Kapitalanlage einen wesentlichen Unterschied macht, ob hierfür (nur) 12 % oder 20 % des Eigenkapitals aufgebracht werden müssen (vgl. Senatsurteile vom 29. Mai 2008 aaO S. 1132 Rn. 22; vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 - aaO S. 616 f Rn. 24). Die Kausalitätsvermutung sichert das Recht des Anlegers, in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob er in ein bestimmtes Projekt investieren will oder nicht. Um sie zu widerlegen, muss der Aufklärungspflichtige jedenfalls darlegen, dass der einzelne Anleger den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08 - NJW 2010, 1077, 1079 Rn. 24). Soweit die Revision in diesem Zusammenhang rügt, mangels entsprechenden Vorbringens der Beklagten habe das Berufungsgericht nicht die Vernehmung der Klägerin als Partei nach § 448 ZPO anordnen dürfen, übersieht sie, dass die Beklagte, worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist, entsprechenden Vortrag gehalten hat.

- 20 bb) Das Berufungsgericht war aber nicht nach § 454 Abs. 1, § 446 ZPO berechtigt, die behauptete Tatsache nach freier Überzeugung als unwahr anzusehen; denn die Klägerin hat es nicht abgelehnt, sich vernehmen zu lassen.

Ihre Prozessbevollmächtigte hat im Termin vom 13. Oktober 2008 angegeben, wenn der Senat eine Parteivernehmung beabsichtige, werde sie dies ihrer Mandantin raten und sie werde sich dann als Partei vernehmen lassen. Die Gründe, mit denen die Klägerin ihr Fernbleiben im Termin vom 20. Oktober 2008 entschuldigte, brachten keine Änderung dieses Standpunkts zum Ausdruck und ließen sich deshalb nicht als Weigerung interpretieren, sich zu dem - vom Berufungsgericht im Beweisbeschluss nicht einmal formulierten - Beweis-thema vernehmen zu lassen. Denn die Klägerin war von ihrer Prozessbevollmächtigten dahin informiert worden, der Termin vom 20. Oktober 2008 werde wegen eines Terminverlegungsantrags und eines noch nicht beschiedenen Ablehnungsantrags nicht stattfinden. Diese Information war zwar ungesichert, weil der Verhandlungstermin tatsächlich (noch) nicht verlegt worden war; allerdings durfte die Prozessbevollmächtigte der Klägerin erwarten, über die Ablehnung ihres Terminverlegungsantrags rechtzeitig vor dem Termin unterrichtet zu werden, was infolge eines Versehens der Geschäftsstelle unterblieben ist. Es kommt hinzu, dass die Klägerin erst am 18. Oktober 2008 und damit unter Verletzung der Frist des § 217 ZPO geladen worden ist, die auch bei einer Ladung zu einer Parteivernehmung zu beachten ist (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 454 Rn. 3; Musielak/Huber, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 454 Rn. 2, § 450 Rn. 2; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 454 Rn. 4; MünchKomm ZPO/Schreiber, 3. Aufl. 2008, § 454 Rn. 2; PG/Müller-Christmann, ZPO, 1. Aufl. 2010, § 454 Rn. 3; Hk-ZPO/Pukall, 3. Aufl. 2009, § 454 Rn. 2). Das Berufungsgericht hat auch nicht, wie es nach § 454 Abs. 2 ZPO geboten war, im Termin vom 20. Oktober 2008 zur Hauptsache verhandelt, nachdem es - wie hier - von der Anberaumung eines erneuten Vernehmungstermins absehen wollte. Gleichwohl hat es "aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Oktober 2008" entschieden. Die Revisionserwiderung macht zwar darauf aufmerksam, das Berufungsgericht sei im Hinblick auf frühere Termine, in denen mündlich

verhandelt worden sei, befugt gewesen, gemäß § 251a ZPO nach Lage der Akten zu entscheiden. Von dieser Möglichkeit hat es jedoch ersichtlich keinen Gebrauch gemacht.

21 cc) Die Kausalität kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, die Klägerin sei durch falsche Angaben der Beklagten zu 3, die zu deren Verurteilung geführt hätten, zu ihrer Anlageentscheidung veranlasst worden. Es geht im Verhältnis zu den Beklagten zu 1 und 3 um zwei unterschiedliche Pflichtverletzungen, für die die Klägerin jeweils die Kausalität behauptet hatte. Vor dem Hintergrund und dem Sinn der Kausalitätsvermutung (siehe oben 2 b aa) musste sie nicht näher begründen, weshalb die der Beklagten vorgeworfene Aufklärungspflichtverletzung "ebenso kausal" für ihre Anlageentscheidung gewesen sei. Dass dem Berufungsgericht dies als ausgeschlossen erschien, genügt als Begründung daher nicht.

22 3. Das Berufungsurteil hat auch keinen Bestand, soweit es um die mangelnde Aufklärung über die Verflechtung der IT GmbH mit der Komplementärin in der Person des Gesellschafters O. geht.

23 a) Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings von einer entsprechenden Aufklärungspflicht der Beklagten aus.

24 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Prospekt über ein Beteiligungsangebot, der für einen Beitrittsinteressenten im Allgemeinen die einzige Unterrichtungsmöglichkeit darstellt, den Anleger über alle Umstände, die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig zu unterrichten (vgl. BGHZ 79, 337, 344; 116, 7, 12; 123, 106, 109 f; BGH, Urteile vom 29. Mai 2000 - II ZR 280/98 -

NJW 2000, 3346; vom 6. Februar 2006 - II ZR 329/04 - NJW 2006, 2042, 2043 Rn. 7; Senatsurteil vom 14. Juni 2007 - III ZR 125/06 - WM 2007, 1503 f Rn. 9). Dazu gehört auch eine Darstellung der wesentlichen kapitalmäßigen und personellen Verflechtungen zwischen einerseits der Komplementär-GmbH, ihren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern und andererseits den Unternehmen sowie deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, in deren Hand die Beteiligungsgesellschaft die nach dem Emissionsprospekt durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt hat (vgl. BGHZ 79, 337, 345; BGH, Urteile vom 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93 - NJW 1995, 130; vom 7. April 2003 - II ZR 160/02 - NJW-RR 2003, 1054, 1055; Senatsurteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1132 f Rn. 25; vgl. auch allgemein Urteil vom 4. März 1987 - IVa ZR 122/85 - NJW 1987, 1815, 1817, insoweit ohne Abdruck in BGHZ 100, 117), und der diesem Personenkreis gewährten Sonderzuwendungen oder Sondervorteile (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1985 - II ZR 41/84 - WM 1985, 533, 534; vom 10. Oktober 1994 aaO; vom 7. April 2003 aaO).

25 bb) Wie der Senat bereits in seinen Urteilen vom 29. Mai 2008 (aaO) und 12. Februar 2009 (III ZR 90/08 aaO S. 617 Rn. 25; III ZR 119/08 aaO Rn. 24) entschieden hat, musste in dem Emissionsprospekt herausgestellt werden, welche Rolle der IT GmbH bei der Verwirklichung des Vorhabens zukam. Das beruht auf zwei Gesichtspunkten. Zum einen ging es um die Person ihres Mehrheitsgesellschafters und seinerzeitigen Geschäftsführers O. . Er war nach den Angaben im Prospekt zusammen mit K. Gesellschafter der Komplementärin mit Anteilen von mehr als 25 %; nach den Bekundungen der Zeugen K. und O. hielt der Letztere eine Mehrheitsbeteiligung von 60 % (vgl. auch Senatsurteile vom 12. Februar 2009 aaO). Er war daher in der Lage, bestimmenden Einfluss auf die C. GmbH in ihrer Eigenschaft so-

wohl als Geschäftsführerin der Fondsgesellschaft als auch als mit bestimmten Aufgaben der Fondsgesellschaft betrautes Drittunternehmen auszuüben. Zum anderen beherrschte er als Geschäftsführer und aufgrund seiner Beteiligung, die er nach seiner Erinnerung mit einer Größenordnung von 77 % angegeben hat, die IT GmbH, die als Folge der Gewinnung von Anlegern Provisionen von 20 % erhielt und so stark in die Verwirklichung des Vorhabens eingebunden war, dass sie mit 36,02 % einen erheblichen Teil der Anleger für diesen Fonds einwarb. Dabei spielt es für die Pflicht, über diese personelle und kapitalmäßige Verflechtung und die mit ihr verknüpften Sondervorteile zu informieren, angesichts des Umstands, dass im Prospekt hierzu jegliche Angaben fehlen, keine Rolle, ob die IT GmbH nur mit Aufgaben der Eigenkapitalvermittlung oder zusätzlich mit Werbemaßnahmen beauftragt war und ob die mit der Komplementärin ausbedungene Vergütung üblich oder angemessen war. Handelte es sich, wie die Klägerin in erster Linie geltend macht und wofür die bereits angeführten Indizien sprechen, um eine Vergütung für die Eigenkapitalvermittlung, liegt nicht nur ein Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag, sondern im Verhältnis zu anderen mit der Eigenkapitalbeschaffung betrauten Unternehmen auch eine Sonder-(Besser-)Behandlung vor, womit sich die Gefahr einer Interessenkollision zum Nachteil der beitretenden Anleger verwirklicht hätte. Aber auch dann, wenn es einen nach Inhalt und Umfang klaren, schriftlich fixierten Auftrag der IT GmbH gegeben hätte, bestimmte der Komplementärin zugewiesene Aufgaben außerhalb der eigentlichen Kapitalvermittlung vorzunehmen, wäre es für die Anleger von erheblichem Interesse gewesen, hierüber unterrichtet zu werden. Das liegt gerade bei Werbemaßnahmen eines großen Vertriebsunternehmens nahe, weil sich hierbei immer die Frage aufdrängen wird, ob diese Werbemaßnahmen im eigenen Interesse dieses Unternehmens durchgeführt werden oder ob sie in besonderer Weise der Fondsgesellschaft zugute kommen. Gerade weil es schwierig und problematisch ist, eine klare Abgrenzung zwischen Wer-

bemaßnahmen für die Fondsgesellschaft und der "Einwerbung" von Gesellschaftskapital vorzunehmen oder - wie es hier in Streit steht - im Nachhinein eine nähere Klärung hierüber herbeizuführen, muss dem Anleger bei seinem Beitritt die Gelegenheit zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung gegeben werden. Das gilt in besonderem Maße dann, wenn es - wie hier nach den Bekundungen der Zeugen K. und O. anzunehmen ist - nur mündliche Abreden gegeben hat. Dass es sich bei allem um Vergütungsansprüche der Komplementärin handelte, über die sie als Drittunternehmen prinzipiell nach ihren Vorstellungen verfügen durfte, ändert nichts an den Erwartungen der Anleger, die sie im Hinblick auf die Darstellung im Investitionsplan über die Verwendung der Mittel haben durften.

26

cc) Die Pflicht der Prospektverantwortlichen, die Anleger über die Einbindung der IT GmbH zu unterrichten, ist nicht deshalb zu verneinen, weil der Prospekt hinreichend über die der Komplementärin gewährten Sondervorteile Auskunft gibt. Die Beklagte hat zwar dem Sinne nach eingewendet, aus der Information über diese - jetzt von ihr als "extrem hoch", "überhöht" und "exorbitant" bezeichneten - Sondervorteile folge, dass die Gesellschafter der Komplementärin deren Nutznießer seien. Das ist aber zu kurz gegriffen. Denn viele Anleger werden die der Komplementärin übertragenen Aufgaben - ungeachtet des Systems von Leistungsverträgen, die die Fondsgesellschaft mit ihr geschlossen hat - als solche ansehen, für deren Bewältigung diese bereits aufgrund ihrer Geschäftsführerstellung der Fondsgesellschaft verantwortlich ist. Diese im Prospekt enthaltene Information ist daher aus der Sicht des Senats nicht mit der fehlenden Aufklärung über die gesellschaftsrechtliche Verflechtung der IT GmbH und die ihr übertragenen Aufgaben zu vergleichen.

- 27 dd) Das Berufungsgericht hat auch rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Beklagte, die nicht selbst prospektverantwortlich ist, zu einer Aufklärung der Klägerin verpflichtet war, weil ihr die maßgebenden Umstände bekannt waren. Sie wusste aufgrund ihrer eigenen Berechnungen im Rahmen der Mittelfreigabe, dass die IT GmbH Provisionen von 20 % erhielt, und ihr waren auch die Verflechtungen zwischen diesem Unternehmen und der Komplementärin in der Person O. bekannt, was das Berufungsgericht - unbeanstandet von der Revisionserwiderung - dem Schreiben der Beklagten vom 9. Februar 1998 auf eine Publikation des Direkten Anlegerschutzes vom 16. Januar 1998 entnommen hat, in der auf diese Verflechtung hingewiesen wurde. Als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, zu deren Berufsbild nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 WPO auch die Wahrnehmung von Treuhandaufgaben gehört, musste sie wissen, dass ein Prospekt über wesentliche kapitalmäßige und personelle Verflechtungen zwischen der Komplementär-GmbH, ihren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern einerseits und den Unternehmen sowie deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern andererseits, in deren Hand die Beteiligungsgesellschaft die durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt hat, informieren muss.
- 28 b) Eine Schadensersatzpflicht der Beklagten lässt sich jedoch nicht mit der Begründung verneinen, die Klägerin habe ihre Ansprüche nicht darauf gestützt, dass an die IT GmbH pauschalisierte Werbungskosten gezahlt worden seien. Wie zu 2 a bb ausgeführt, fehlt es bereits an einer fehlerfreien Feststellung, dass es sich bei den zusätzlichen Zahlungen in Höhe von 8 % um eine pauschale Vergütung für Werbeaufwendungen gehandelt hat. Im Übrigen ist es für die Aufklärungspflicht wegen des Verflechtungsgesichtspunkts nicht von Bedeutung, für welche Zwecke diese zusätzlichen Zahlungen geleistet worden sind. Es genügt daher, dass die Klägerin, wie die Revision mit Recht rügt, auf

die Verflechtung und die Kenntnis der Beklagten sowie darauf hingewiesen hat, dass die IT GmbH eine im Prospekt nicht offengelegte Sondervergütung erhalten habe. Auch unter dem Gesichtspunkt der Kausalität kommt es nicht auf die Bezeichnung der Mehrvergütung an. Wie oben näher dargelegt (siehe oben 2 b), genügen die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht, die dem Anleger zugute kommende Kausalitätsvermutung als widerlegt anzusehen.

29 4. Das angefochtene Urteil kann auch insoweit nicht bestehen bleiben, als das Berufungsgericht den Feststellungsantrag der Klägerin auf Ersatz von Steuerschäden aufgrund einer nachträglichen Aberkennung von Verlustzuweisungen abgewiesen hat.

30 Wie die Klägerin im Revisionsverfahren näher ausgeführt hat, verfolgt sie mit diesem Antrag nicht, die Beklagte wegen eines eigenständigen Fehlers auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, etwa auch in dem Fall, dass ihr mit einer "Rückgabe" der Beteiligung verbundener Zahlungsantrag unbegründet wäre. Vielmehr will sie, wenn ihr Zahlungsantrag Erfolg hat und es zu einer entsprechenden Schadensersatzleistung der Beklagten sowie zu einer Übertragung der Rechte aus der Beteiligung kommt, mit diesem Antrag sicherstellen, dass sie über die notwendige Versteuerung der Ersatzleistung hinaus nicht auch noch die Verlustzuweisung verliert.

31 Da das Ziel dieses Antrags damit unmittelbar die Frage betrifft, wie weit - ausschließlich auf der Rechtsfolgenseite - die aus einer Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten folgende Schadensersatzverpflichtung reicht, ist das Feststellungsinteresse der Klägerin nicht zu verneinen. In der Sache besteht in der von der Klägerin gewünschten Nichtanrechnung von Steuervorteilen auf ihren Schadensersatzanspruch und der Versteuerung der Ersatzleistung ein Zusammenhang, der es im Allgemeinen, sofern nicht außerordentliche Steuervorteile vorliegen, entbehrlich macht, eine nähere Berechnung vorzunehmen (vgl. BGHZ 74, 103, 114 ff; BGH, Urteil vom 27. Juni 1984 - IVa ZR 231/82 - NJW 1984, 2524; Senatsurteil vom 17. November 2005 - III ZR 350/04 - NJW 2006, 499 Rn. 8).

32 Dieser Zusammenhang würde gestört, wenn die Verlustzuweisung nachträglich aberkannt würde. Allerdings führt dies nicht zu einem Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Steuervorteile, die bisher auf der Anerkennung der Verlustzuweisung beruhten. Denn im Rahmen des hier verfolgten Schadensersatzanspruchs, der dahin geht, so gestellt zu werden, als hätte sich die Klägerin nicht beteiligt, besteht kein (Erfüllungs-)Anspruch auf den Eintritt von Folgen, die sich aus der Beteiligung selbst ergeben. Bei einer Aberkennung von Verlustzuweisungen und einer damit einhergehenden steuerlichen Nachforderung kommt aber wegen der hierauf zu entrichtenden Zinsen ein Schadensersatzan-

spruch in Betracht, auf den die Vorteile aus der über Jahre währenden Anerkennung von Verlustzuweisungen anzurechnen wären.

Schlick

Dörr

Hucke

Seiters

Tombrink

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 04.01.2008 - 34 O 15870/05 -

OLG München, Entscheidung vom 08.12.2008 - 21 U 2058/08 -