BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 259/07

Verkündet am:
8. Oktober 2009
S t r a u s s
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 2009 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dörr, Dr. Herrmann, Hucke und Tombrink

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Oktober 2007 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 bis 5 - und insoweit aufgehoben, als es die im Berufungsurteil (S. 6 f) wiedergegebenen Klageanträge zu A I 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 das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Der Kläger erwarb durch auf Abschluss einer "Beitrittsvereinbarung" gerichtete Erklärungen vom 29. Mai 1998 eine Beteiligung an der C. M. KG (im Folgenden: Fonds I) und vom 19. Mai 2000 eine Beteiligung an der C. Dritte

KG (im Folgenden: Fonds III) in Höhe von jeweils 50.000 DM zuzüglich 5 % Agio. Der jeweilige Beitritt sollte - den von der Beklagten zu 3, der Komplementärin der Beteiligungsgesellschaften, herausgegebenen Prospekten entsprechend - über die Beklagte zu 1, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, als Treuhandkommanditistin nach einem im jeweiligen Prospekt Teil B abgedruckten Vertragsmuster "Treuhandvertrag" (Fonds I) bzw. "Treuhandvertrag und Mittelverwendungskontrolle" (Fonds III) vorgenommen werden. Die Beklagte zu 1, die im Prospekt zum Fonds III in der Rubrik "Partner" als Gründungsgesellschafter bezeichnet wird, hatte ihre Stellung als Kommanditistin durch Abtretung des Geschäftsanteils des Gründungsgesellschafters K. , des Beklagten zu 4, erworben, der seinerseits Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten zu 3 ist. Beim Fonds I war die Beklagte zu 1 auch Gründungsgesellschafter. Der Beklagte zu 2 ist Geschäftsführer der Beklagten zu 1, der Beklagte zu 5 war ebenfalls Geschäftsführer der Beklagten zu 3. Zur Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos aus der Filmvermarktung war in den Emissionsprospekten vorgesehen, dass für einen Anteil von 80 % der Produktionskosten eine Auszahlungsgarantie bzw. Sicherheiten bestehen sollten, etwa in Form von Ausfallversicherungen. Nachdem Produktionen nicht den erwünschten wirtschaftlichen Erfolg hatten, erwies sich der Versicherer für den Fonds III, die N. Inc., nach Eintreten der Versicherungsfälle als zahlungsunfähig; der Hauptversicherer beim Fonds I, die A. , wandte ein, die Versicherungsbedingungen seien nicht erfüllt. Insgesamt erhielt der Kläger aus der Beteiligung beim Fonds I Ausschüttungen von 57,5 %, das sind 14.699,63 €, und beim Fonds III von 26,3 %, das sind 6.723,48 €.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2 Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger alle Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Von der Beklagten zu 1 hat er wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus den Beteiligungen Rückzahlung der eingezahlten Beträge von - unter Berücksichtigung der genannten Ausschüttungen - noch 32.262,53 € nebst Zinsen begehrt und sich im Übrigen vorwiegend auf Fehler berufen, die der Beklagten zu 1 bei der Mittelverwendungskontrolle unterlaufen sein sollen. Von den übrigen Beklagten hat er wegen des Ausbleibens von Versicherungsleistungen für insgesamt zehn Filme Ersatz eines Mindestschadens von 15.046,59 € nebst Zinsen beansprucht. Darüber hinaus hat er gegen die Beklagten zu 1 und 3 umfangreiche Auskunftsansprüche geltend gemacht, die mit der Mittelverwendung in Zusammenhang stehen, und sich die Bezifferung weiterer Schadensersatzansprüche vorbehalten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im zweiten Rechtszug hat der Kläger die Anträge wiederholt, allerdings die Beklagte zu 1 wegen Fehlern bei der wahrgenommenen Mittelverwendungskontrolle nur noch hilfsweise in Anspruch genommen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat - nur teilweise - zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen auf Rückzahlung der Beteiligungsbeträge, hilfsweise auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Mittelverwendung gerichteten Klageantrag 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 prüft zwar, ob sich die Beklagte nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen im Sinne des verfolgten Hauptantrags schadensersatzpflichtig gemacht haben könnte. Es verneint dies jedoch unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 22. März 2007 (III ZR 98/06 - NJW-RR 2007, 1041), weil der Umfang der von der Beklagten wahrzunehmenden Mittelverwendungskontrolle im Prospekt zutreffend und hinreichend deutlich beschrieben worden sei und nicht eingeschlossen habe, die Bonität der Vertragspartner der Beteiligungsgesellschaft zu überprüfen. Soweit sich der Kläger in der Berufungsinstanz darauf gestützt habe, nicht über die Höhe von Provisionszahlungen an die I.

(im Folgenden: IT GmbH) unterrichtet worden zu sein, sei er mit diesem - nicht hinreichend substanziierten - Vorbringen nach § 531 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Daher bedürfe die Einlassung der Beklagten keiner Erörterung, die über die im Investitionsplan vorgesehenen Provisionen für die Eigenkapitalbeschaffung hinausgehenden Zahlungen an die IT GmbH seien wegen von dieser vorgenommener Werbe- und Marketingmaßnahmen erfolgt, für die der Investitionsplan ein gesondertes Budget vorgesehen habe. Mit näherer Begründung weist das Berufungsgericht auch den auf fehlerhafte Wahrnehmung der Mittelverwendungskontrolle gestützten Hilfsantrag ab.

II.

5 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in einem maßgebenden Punkt nicht stand.

6 1. Zu Recht zieht das Berufungsgericht allerdings für den Hauptantrag auf Rückzahlung der Einlagen Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen in Betracht: Die Beklagte konnte nämlich als Treuhandkommanditistin die Pflicht treffen, 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 aaO S. 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 Beteiligungstreuhänderin 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 der Gesellschaftsverträge, Präambel der Treuhandverträge), war also ohne Mitwirkung der Beklagten nicht möglich.

7 2. Unbegründet sind die Rügen der Revision, der Beklagten sei im Zusammenhang mit der Darstellung von Chancen und Risiken in den Prospektteilen A und B in Bezug auf den Abschluss von Erlösausfallversicherungen eine Verletzung von Aufklärungspflichten vorzuwerfen.

8 Wie der Senat bereits zu dem Fonds Cinerenta III durch Urteil vom 29. Mai 2008 (aaO S. 1130 Rn. 9-13) entschieden hat, wird der Anleger an mehreren Stellen des Prospekts auf Verlustrisiken und auf Risiken hingewiesen, die sich aus der Eingehung von Verträgen mit ausländischen Unternehmen ergeben, so dass für diesen Fonds kein Anlass für die Beklagte bestand, in münd-

licher oder - außerhalb der Hinweise, die sich aus dem im Prospekt abgedruckten Treuhandvertrag ergaben - schriftlicher Form den Anleger vor seinem Beitritt noch einmal über das Ausmaß der Risiken aufzuklären. Der dem Senat vorliegende Prospekt für den Fonds I ist in dieser Hinsicht ebenso zu beurteilen. Im Prospekt Teil A wird auf Seite 19 im Abschnitt "Chancen und Risiken" hervorgehoben, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung mit entsprechenden Risiken handele, die trotz aller Maßnahmen, die das Konzept zum Schutz der Anlegerbeteiligung vorsehe, nicht ausgeschlossen werden könnten. Verbindliche Vorhersagen über die aus der Auswertung eines Films zu erwartenden Erträge seien nicht möglich. Auf S. 11 wird auch der Fall eines Totalverlustes angesprochen. Im Teil B wird darauf hingewiesen, dass Gewinne und/oder Verluste in der Filmbranche weitgehend von der Akzeptanz des Films beim Publikum abhängen und dass die Erfüllung einer Auszahlungsgarantie letztlich von der Bonität der Garantiegeber abhänge. Verträge im Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb der Filme würden nach dem jeweiligen Landesrecht abgeschlossen und könnten daher auch nur nach diesem Recht durchgesetzt werden. Der im Prospekt Teil B abgedruckte Treuhandvertrag weist in § 13 Abs. 3 schließlich darauf hin, dass die Beklagte keine Haftung für die Bonität der Vertragspartner der Gesellschaft oder dafür übernehme, dass die Vertragspartner der Gesellschaft die eingegangenen vertraglichen Pflichten ordnungsgemäß erfüllten. Bei einer Gesamtbetrachtung dieser Angaben konnte der Kläger daher nicht davon ausgehen, dass seine Beteiligung zu einem bestimmten Teil ohne Risiko sei.

9 3. Das angefochtene Urteil kann jedoch nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht zu Unrecht annimmt, die behaupteten Zahlungen von Vertriebsprovisionen in Höhe von 20 % an die IT GmbH könnten eine Haftung der Beklagten nicht begründen.

10 a) Wie der Senat - nach Erlass des hier angefochtenen Urteils - 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).

11 b) Von diesen Grundsätzen, die der Senat in seinen Urteilen vom 12. Februar 2009 noch einmal ausführlich dargestellt hat, ist revisionsrechtlich auch in diesem Verfahren auszugehen. Denn der Kläger hat auch in diesem Rechtsstreit behauptet und unter Beweis gestellt, an die IT GmbH seien nicht offen gelegte Provisionen in Höhe von insgesamt 20 % gezahlt worden. Darüber hinaus hat er Rechnungen der IT GmbH aus der Zeit vor seinem Beitritt zum Fonds III vorgelegt, denen ein Provisionssatz von 20 % zugrunde liegt, und auf zwei Mittelfreigabeabrechnungen zum Fonds II vom 2. Dezember 1998 und 5. Mai 1999 aufmerksam gemacht, in denen die Beklagte von einer Eigenkapitalvermittlungsgebühr von 20 % gesprochen und eine IT-Abrechnung über 20 % vorgenommen hat. Auch wenn der Kläger aus den von ihm vorgelegten Unterlagen nicht in jeder Hinsicht zutreffende Schlüsse gezogen hat, hat er im Kern doch beanstandet, dass Provisionszahlungen für die Eigenkapitalvermittlung in einer vom Investitionsplan des Gesellschaftsvertrags nicht gedeckten Höhe gezahlt worden sind. Er hat damit auf Umstände hingewiesen, in denen der Senat die hinreichende Darlegung eines Prospektfehlers oder einer der Beklagten bekannten Abweichung vom Prospektinhalt gesehen hat. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit im Einzelnen auf das Senatsurteil vom 12. Februar 2009 (III ZR 90/08 aaO) Bezug genommen. Gemessen an diesem - gerade noch hinreichend substanziierten - Vorbringen des Klägers war das Berufungsgericht verpflichtet, sich mit den ihm vorgelegten Urkunden näher zu befassen und den Beweisantritten nachzugehen, nach denen nicht nur beim Fonds II, sondern auch bei den Fonds I und III entsprechend verfahren worden

ist. Auch wenn die vorgelegten Unterlagen nur den Fonds II betrafen, hätte das Berufungsgericht berücksichtigen müssen, dass der hier in den Blick zu nehmende Vorgang einer Zahlung von Provisionen in Höhe von 20 % an die IT GmbH als solcher unstreitig gewesen ist und dass im Wesentlichen die Frage zu klären ist, welche Folgerungen sich hieraus für die Pflichtenstellung der Beklagten ergeben. Das aber hat das Berufungsgericht nicht näher behandelt; jedenfalls kann der Senat in den nicht widerspruchsfreien Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu keine Feststellungen sehen, die im Revisionsverfahren zugrunde zu legen wären.

12 c) Die angefochtene Entscheidung wird auch nicht von der Erwägung getragen, das Vorbringen sei nach § 531 ZPO nicht zuzulassen. Die für das erstmals im zweiten Rechtszug eingeführte Vorbringen maßgebende Bestimmung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO ist nach den bisherigen Feststellungen nicht anwendbar. Wie der Senat in seinem Urteil vom 6. November 2008 entschieden hat, werden die Anforderungen an die Pflichten eines Klägers im Rahmen seiner Prozessführung überspannt, wenn ihm - wie auch hier - ohne nähere Anhaltspunkte der Einwand entgegengehalten wird, seine Anwälte hätten durch Einsichtnahme in die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft schon im erstinstanzlichen Verfahren hierzu näher vortragen können (III ZR 231/07 - NJW-RR 2009, 329, 331 Rn. 15 f). Aus dem vom Berufungsgericht als "unwidersprochen" bewerteten Vorbringen der Beklagten musste der Kläger nicht schließen, dass er gehalten war, seinen Vortrag zum neuen Vorbringen in seiner Berufungsbegründung vom 11. Januar 2007 ergänzen zu müssen. Auf einen entsprechenden Hinweis hätte er - wie die Revision geltend macht - vorgetragen, dass sein Prozessbevollmächtigter erst am 15. Januar 2007 Einsicht in die Akten der Staatsanwaltschaft genommen habe.

13 d) Die Revisionserwiderung hält der Annahme einer möglichen Pflichtverletzung entgegen, die Komplementärin, die Inhaberin eines eigenen gewerblichen 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 handele als in ihrer Funktion als Geschäftsführerin der Beteiligungsgesellschaft und dass die Leistungsverträge uneingeschränkt wirksam und verbindlich seien. Für die Auffassung des Senats (Urteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1132 Rn. 24; vgl. hierzu auch Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 614 f Rn. 11 f), 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.

14 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.) näher begründet hat. Dabei hat er keineswegs, wie die Revisionserwiderung mutmaßt, die Argumente der Beklagten missverstanden. Dem Senat ist in den bisherigen Entscheidungen durchaus bewusst gewesen, dass die Komplementärin nach den Angaben des Emissionsprospekts verschiedene Leistungsverträge mit der Be-

teiligungsgesellschaft 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 Gesellschaftsvertrag 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.

15 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. Sollte sich dieser Vortrag und die Kenntnis der Beklagten von diesen Vorgängen im weiteren Verfahren als richtig herausstellen, liegt in der Annahme einer Pflichtverletzung der Beklagten nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo keine Rechtsfortbildung, mit der sie - als mit Treuhandaufgaben betraute Wirtschaftsprüfungsgesellschaft - nicht hätte rechnen müssen.

16 4. Das angefochtene Urteil ist auch aufzuheben, soweit es über den Hilfsantrag des Klägers erkannt hat. Da nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vorbringen des Klägers nicht ausgeschlossen werden kann, dass sein Hauptantrag Erfolg hat, fehlt es an einer innerprozessualen Bedingung, den hilfsweise gestellten Antrag zu bescheiden. Sollte es im weiteren Verfahren hierauf noch einmal ankommen, ist zu berücksichtigen, dass der Kläger seinen

Schaden, der ihm durch die unzulässige Freigabe von Produktionsmitteln entstanden sein soll, nicht nach dem Anteil seines Beteiligungsbetrags am Gesamtanlagevolumen des Fonds berechnen kann.

III.

17 Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die notwendigen Feststellungen nachgeholt werden können.

18 Im Hinblick auf die Erörterungen in der mündlichen Revisionsverhandlung über die Tragweite der Senatsurteile vom 29. Mai 2008 und vom 12. Februar 2009 für die Darlegungs- und Beweislast gibt der Senat für das weitere Verfahren noch folgende Hinweise.

19 Ob die Beklagte als Treuhandkommanditistin ihre Pflicht verletzt hat, den Kläger als künftigen Treugeber bei Annahme des Vertragsangebots über ihr bekannte regelwidrige Auffälligkeiten zu informieren, die sich so nicht aus der Lektüre des Emissionsprospekts ergeben, steht nach allgemeinen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislast des Klägers. Dabei setzt eine Pflicht der Beklagten allerdings nicht erst dann ein, wenn aus ihrer Sicht feststeht, dass an die IT GmbH für die Vermittlung des Eigenkapitals Provisionen von 20 % fließen sollen. Ihre Haftung setzt auch nicht voraus, dass sie an der vom Kläger behaupteten Verschleierung von Weichkosten in kollusiver Weise mit den Initiatoren zusammengewirkt hat. Eine Pflicht der Beklagten, im Interesse der Treugeber tätig zu werden, konnte vielmehr bereits dann einsetzen, als sie - spätestens im Rahmen ihrer nach dem Treuhandvertrag wahrzunehmenden Aufgaben - auf den Umstand stieß, dass an ein drittes Unternehmen Provisionen von

20 % gezahlt werden sollten. Wie der Senat bereits ausgeführt hat, enthielt der Treuhandvertrag keine Regelung, die eine Berechnung von Vergütungsanteilen dritter Unternehmen im Rahmen der geschuldeten Freigabekontrolle vorsah (vgl. Senatsurteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1132 Rn. 23). Weder der Gesellschaftsvertrag noch der Treuhandvertrag gaben einen Hinweis darauf, dass Provisionen in einer Größenordnung von 20 % zu zahlen waren (vgl. Senatsurteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 616 f Rn. 20, 26). Die vom Kläger vorgelegten Unterlagen über Mittelfreigabeabrechnungen für den Fonds II vom 2. Dezember 1998 und 5. Mai 1999, die seinem Beitritt zum Fonds III vorausgingen, sprechen dafür, dass der Beklagten von ihr selbst berechnete Provisionszahlungen von 20 % an die IT GmbH bekannt waren und es sich aus ihrer Sicht um eine Eigenkapitalvermittlungsgebühr (der C. GmbH) gehandelt hat. Unter diesen Umständen konnte die Beklagte zumindest zu einer Klärung der Hintergründe verpflichtet sein, was es mit diesen Provisionszahlungen auf sich hatte, um ihr weiteres Verhalten gegenüber den Anlegern hierauf einzurichten. Dabei ist es im Rahmen der sekundären Darlegungslast Sache der Beklagten, sich dazu zu erklären, in welcher Weise sie sich um eine Klärung bemüht hat. Sollte sie auf eine Klärung zum maßgeblichen Zeitpunkt verzichtet haben, könnte sie mindestens der Vorwurf treffen, dass sie den Kläger nicht darüber unterrichtet hat, dass Provisionen in einer Größenordnung gezahlt werden, die sich so weder aus dem Gesellschaftsvertrag noch aus dem Treuhandvertrag ergaben. Das Berufungsgericht wird daher im weiteren Verfahren zu prüfen haben, ob auf der Grundlage der vom Kläger vorgelegten Urkunden oder zu erhebenden Beweise eine objektive Pflichtverletzung der Beklagten festzustellen ist, sei es, dass sie es an einer Klärung und Information hierüber hat fehlen lassen, sei es - wenn die vom Kläger angebotenen Beweise ein weitergehendes Beweisergebnis rechtfertigen -, dass sie ihm nicht offen gelegt hat,

dass Vertriebsprovisionen von 20 % an eine Vertriebsgesellschaft gezahlt werden.

20 Kommt das Berufungsgericht zu einer Pflichtverletzung der Beklagten, ist zu prüfen, wie sich der Kläger bei pflichtgemäßem Vorgehen der Beklagten verhalten hätte. In diesem Rahmen kommt dem Kläger eine gewisse Kausalitätsvermutung zugute (vgl. Senatsurteile vom 12. Februar 2009 aaO S. 617 Rn. 27; vom 23. Juli 2009 - III ZR 306/07 aaO Rn. 17).

21 Soll einer Schadensersatzpflicht, die aus einer mangelnden Klärung der Umstände und Hintergründe der Provisionszahlungen von 20 % herzuleiten wäre, entgegengehalten werden, bei einer entsprechenden Klärung hätte sich ergeben, dass 8 % für gesonderte Werbemaßnahmen der IT GmbH zu vergüten gewesen seien, steht dies - gewissermaßen unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens (vgl. hierzu Senatsurteil vom 5. März 2009 - III ZR 17/08 - WM 2009, 739, 740 Rn. 14) - zur Darlegungs- und Beweislast der Beklagten. Dabei dürfen an eine entsprechende Substanziierung des Vortrags keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, soweit es sich um Umstände handelt, die außerhalb der eigentlichen Geschäftstätigkeit der Beklagten liegen, und soweit sie sich nicht auf ihr vorliegende oder ihr zugängliche Unterlagen beziehen kann. Soweit dem Senatsurteil vom 12. Februar 2009 (aaO S. 617 Rn. 28) zu entnehmen sein könnte, die Beklagte müsse sich die

hierfür notwendigen Informationen im Wege eines Auskunftsanspruchs von der Komplementärin oder der IT GmbH verschaffen, hält der Senat daran nicht fest.

Schlick Dörr Herrmann

Hucke Tombrink

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 28.09.2006 - 10 O 299/05 -
OLG München, Entscheidung vom 02.10.2007 - 13 U 5247/06 -