BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 4/08

Verkündet am:
17. Dezember 2009
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 2009 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dörr, Dr. Herrmann, Hucke und Tombrink

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. Dezember 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die im Berufungsurteil (S. 4) wiedergegebenen Klageanträge zu I und II 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 Die Klägerin erwarb durch auf Abschluss einer "Beitrittsvereinbarung" gerichtete Erklärung vom 16. Dezember 1999 eine Beteiligung an der C. Gesellschaft für internationale Filmproduktion mbH & Co. Dritte Medienbeteiligungs KG (im Folgenden: Fonds III) in Höhe von 50.000 DM zuzüglich 5 % Agio. Der Beitritt sollte - dem von der Komplementärin der Beteiligungsgesellschaft herausgegebenen Prospekt entsprechend - über die Beklagte, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, als Treuhandkommanditistin nach ei-

nem im Prospekt Teil B abgedruckten Vertragsmuster "Treuhandvertrag und Mittelverwendungskontrolle" vorgenommen werden. Die Beklagte, 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. , nach Eintreten der Versicherungsfälle als zahlungsunfähig. Insgesamt erhielt die Klägerin aus der Beteiligung Ausschüttungen von 26,3 %, das sind 6.723,49 €.

2 Erstinstanzlich hat die Klägerin die Treuhandkommanditistin und eine weitere Beklagte, 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 20.119,33 € 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 anderem einen Prospektmangel und eine Aufklärungspflichtverletzung darin gesehen, dass sie nicht über Provisionszahlungen in Höhe von 20 % für die Eigenkapitalvermittlung an die I. - und T. gesellschaft mbH (im Folgenden:

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

IT GmbH) unterrichtet worden sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin nur noch die Treuhandkommanditistin in Anspruch genommen und sich - neben anderem - nach Schluss der mündlichen Verhandlung darauf gestützt, aus der für die Produktionskosten vorgesehenen Summe seien prospektwidrig die Prämien für die Erlösausfallversicherung gezahlt worden. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat beschränkt auf die Anträge zu I und II zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren gegen die 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 verneint Schadensersatzansprüche der Klägerin in der Sache. Soweit es um die an die IT GmbH gezahlten Provisionen gehe, sei die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu verdeckten Innenprovisionen weder auf die Beklagte in ihrer konkreten Rolle noch auf Medienfonds als Anlagegegenstand ohne weiteres übertragbar. Die Beklagte sei nicht gehalten gewesen, die Interessenten darüber aufzuklären, dass die IT GmbH für ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit der Vermittlung von Anlegern annähernd 20 % der jeweils geleisteten Einlagen erhalten sollte. Denn der Prospekt habe aufgeführt, dass die Komplementärin für die Eigenkapitalvermittlung sowie für Werbung,

Gründung und Prospekterstellung Vergütungen von insgesamt ca. 20 % des Zeichnungskapitals erhalten sollte. Die Klägerin habe daher damit rechnen müssen, dass 25 % des von ihr bezahlten Betrags nicht in die Filmproduktion fließen, sondern als "weiche Kosten" verwendet würden. Die Fondsgesellschaft (gemeint wohl: die Komplementärin) sei nicht gehindert gewesen, die Erbringung von Leistungen im Rahmen der von ihr eingegangenen Eigenkapitalsvermittlungsverpflichtungen und im Bereich der Werbung auf Dritte zu übertragen und diesen eine Vergütung hierfür zu gewähren, die sich an den eingeworbenen Geldern orientiert habe. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, sich als Voraussetzung für eine Zahlungsfreigabe Werbungsverträge des Fonds III zeigen zu lassen. Die Mittelfreigabeabrechnung vom 14. Dezember 1999 beweise nicht, dass die Beklagte Provisionszahlungen an die IT GmbH von 20 % willentlich freigegeben habe und dadurch ein Schaden der erst am 16. Dezember 1999 beigetretenen Klägerin entstanden sei. Sie gebe auch keinen Anhalt für eine "offizielle", für die Anleger bestimmte, und eine "inoffizielle", nicht für die Anleger bestimmte Abrechnung. Auch aus der den Fonds I betreffenden Anlage K 52b, die nach dem Vortrag der Klägerin von einem Angestellten der Beklagten erstellt worden sein solle, ergebe sich keine hinreichende Schlussfolgerung auf das Wissen des verantwortlichen Geschäftsführers der Beklagten, die IT GmbH solle nicht gerechtfertigte Provisionsanteile erhalten. Dass die Prämien für die Erlösausfallversicherungen dem Produktionskostenanteil zu entnehmen seien, begründe keinen Prospektmangel, da ein aufmerksamer Leser des Prospekts in der Lage sei, die einzelnen Positionen des Investitionsplans dem jeweilig zu Begünstigenden zuzuordnen.

II.

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

6 1. Zu Recht prüft das Berufungsgericht, 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 - was das Berufungsgericht möglicherweise anders gesehen hat - 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 des Gesellschaftsvertrags, Präambel des Treuhandvertrags), war also ohne Mitwirkung der Beklagten nicht möglich.

7 2. 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.

8 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).

9 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 die Klägerin hat auch in diesem Rechtsstreit behauptet, die IT GmbH habe vom Fonds I an durchgängig für die Vermittlung von Eigenkapital eine Provision von 20 % erhalten, was der Beklagten bekannt gewesen sei. Sie hat sich insoweit auf ein Schreiben des Geschäftsführers K. der Komplementärin vom 19. Januar 1998 an den Gesellschafter der Komplementärin und der IT GmbH O. und auf dessen Angaben bei der Steuerfahndungsstelle des Finanzamts München I vom 4. Juli 2002 bezogen. Soweit es die Beklagte selbst betrifft, hat sie auf eine handschriftliche Unterlage zum Fonds I hingewiesen, die nach dem Vorbringen der Klägerin von einem früheren Mitarbeiter der Beklagten herrühren und belegen soll, in welcher Weise die Zahlung einer Provision von 20 % ermöglicht werden könne. Ferner hat sie sich auf die Mittelfreigabeabrechnung der Beklagten vom 14. Dezember 1999 zum Fonds III bezogen, in der für die IT GmbH Provisionen in einer Höhe von 20 % berechnet werden. Die Klägerin hat damit im Kern beanstandet, dass Provisionszahlungen für die Eigenkapitalvermittlung in einer vom Investitionsplan des Gesellschaftsvertrags nicht gedeckten Höhe gezahlt worden sind, und 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 S. 615 f Rn. 16-20) Bezug genommen. Gemessen an diesem

Vorbringen der Klägerin durfte das Berufungsgericht die Klage nicht als unschlüssig ansehen, sondern musste sich mit den ihm vorgelegten Urkunden und Beweisantritten näher befassen. Da die Zahlung von Provisionen in Höhe von 20 % an die IT GmbH als solche unstreitig gewesen ist, war im Wesentlichen die Frage zu klären, welche Folgerungen sich hieraus für die Pflichtenstellung der Beklagten ergeben.

10 c) Die Beklagte hat der Annahme einer möglichen Pflichtverletzung entgegengehalten, 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.

11 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 - juris und BeckRS 2009, 86779 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 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.

12 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 cul-

pa in contrahendo keine Rechtsfortbildung, mit der sie - als mit Treuhandaufgaben betraute Wirtschaftsprüfungsgesellschaft - nicht hätte rechnen müssen.

13 3. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung erhobene Rüge der Klägerin, aus dem Prospekt ergebe sich nur unzulänglich, dass die Kosten für die Erlösausfallversicherung nicht in der Position "Produktabsicherung" und nicht in den sonstigen "Weichkosten" enthalten, sondern zu Lasten der Produktionskosten gegangen seien, gab dem Berufungsgericht zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zu Recht keinen Anlass. Der Senat hält diese Rüge in der Sache für unbegründet, wie er im Urteil vom 12. Februar 2009 (III ZR 90/08 aaO S. 617 f Rn. 29-31) im Einzelnen näher dargelegt hat.

14 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.

15 Wie die Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung 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.

16 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. Das Berufungsgericht wird daher, soweit sich der Zahlungsantrag als begründet erweist, in der Sache näher prüfen müssen, welche steuerlichen Folgen sich aus diesem Sachverhalt ergeben und ob sie hinreichenden Anlass bieten, sie im Sinne des gestellten Feststellungsantrags schadensersatzrechtlich zu berücksichtigen. Die Parteien haben im weiteren Verfahren Gelegenheit, sich zu diesen Fragen näher zu äußern.

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, die Klägerin als künftige Treugeberin 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 der Klägerin. 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 von der Klägerin 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 von der Klägerin vorgelegten Unterlagen über die Mittelfreigabeabrechnung für den Fonds III vom 14. Dezember 1999, die dem Beitritt der Klägerin vorausging, sprechen dafür, dass der Beklagten von ihr selbst berechnete Provisionszahlungen von 20 % an die IT GmbH bekannt waren (vgl. auch Senatsurteil vom 8. Oktober 2009 - III ZR 207/07 aaO Rn. 17). 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 die Klägerin nicht darüber unterrichtet hat, dass Provisionen in einer Größenordnung gezahlt werden, die sich so weder aus dem Gesellschaftsvertrag noch aus dem Treuhandvertrag ergaben. Das Berufungsge-

richt wird daher im weiteren Verfahren zu prüfen haben, ob auf der Grundlage der von der Klägerin 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 von der Klägerin angebotenen Beweise ein weitergehendes Beweisergebnis rechtfertigen -, dass sie der Klägerin 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 die Klägerin bei pflichtgemäßem Vorgehen der Beklagten verhalten hätte. In diesem Rahmen kommt der Klägerin 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 20.12.2006 - 29 O 16219/05 -
OLG München, Entscheidung vom 12.12.2007 - 3 U 2186/07 -