
Datum: 16.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 31. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 31 U 80/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1216.31U80.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 11 O 13/09

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 22.04.2009 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 59.500,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.07.2008 Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung der Klägerin (Nominalbetrag 100.000,00 Euro) an der X GmbH & Co.KG sowie aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 15.07.2004 zu zahlen.

2.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von allen bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten freizustellen, die unmittelbar oder mittelbar resultieren aus dem von der Klägerin bei der W2 AG zum Konto mit der Nummer ##### aufgenommenen Darlehen (nomineller Nettodarlehensbetrag: 45.500,00 Euro, Nominalzins 7,475 %, Laufzeit bis 30.11.2014), Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung der Klägerin (Nominalbetrag 100.000,00 Euro) an der X GmbH & Co.KG sowie aus dem darauf

bezogenen Treuhandvertrag vom 15.07.2004.

3.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung der Rechte aus der Beteiligung der Klägerin (Nominalbetrag 100.000,00 Euro) an der X GmbH & Co.KG sowie aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 15.07.2004 in Verzug befindet.

4.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

5.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>G r ü n d e:</u>	1
I.	2
Die Klägerin nimmt die beklagte Bank wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit einer am 15.07.2004 gezeichneten Beteiligung an dem Film und Entertainment X GmbH & Co.KG (im folgenden X) in Anspruch.	3
Unternehmerisches Ziel des X war die Produktion von Filmen, die über Lizenznehmer vermarktet werden sollten. Der Beitritt zum Fonds fand über die W GmbH als Treuhandkommanditistin statt. Nach der Konzeption des Fonds hatte der Anleger bei Zeichnung eine Bareinlage von 54,5 % zuzüglich 5 % X3 bezogen auf den Nennwert der Kommanditbeteiligung an die Fondsgesellschaft zu erbringen; auf diese Bareinlage wurden Ausschüttungen in Höhe von 8 % ab 2006 in Aussicht gestellt. Der restliche Teil des Beteiligungsbetrages in Höhe von 45,5 % war obligatorisch durch Aufnahme eines Kredites bei der W2 AG zu finanzieren, wobei die zu vereinbarende Darlehenslaufzeit mit dem planmäßigen Ende des Fonds – hier der 30.11.2014 – zusammenfiel. Die für die Darlehensvaluta vereinbarten Zinsen wurden gleichfalls bis zum 30.11.2014 zinsfrei gestundet. Die Mittel zur Tilgung des Darlehens und zur Zahlung der Zinsen hatte nach den Angaben in dem zum Fonds aufgelegten Prospekt am Laufzeitende die Fondsgesellschaft zu	4

stellen, und zwar aus Schlusszahlungen aus den noch abzuschließenden Lizenzverträgen, die wirtschaftlich durch eine Schuldübernahme der W2 AG gesichert werden sollten. Zur Sicherung der Rückzahlung des Darlehens und der Zinsen hatte der Anleger seine Beteiligung an der Fondsgesellschaft inklusive aller Vermögensrechte an die finanzierende Bank zu verpfänden. Ferner war vorgesehen, dass die Fondsgesellschaft zur Besicherung der Anteilsfinanzierungen der finanzierenden Bank ihre Auszahlungsansprüche aus den Schuldübernahmeverträgen verpfändet. Auf Seite 63 (Bl. 106 GA) unter Ziffer 8 (Investitionsplanung / Modellrechnung) enthielt der Prospekt eine Tabelle zur Investitionsplanung, die unter Nr. 3 eine Mittelverwendung von 4,9% für die Eigenkapitalvermittlung vorsah. In den nachfolgenden Erörterungen dazu (Bl. 107 GA) hieß es: "Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der X2 AG abgeschlossen. Die Vergütung wird in Höhe von 4,9 % des Beteiligungskapitals fällig. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die X2 AG das X3." Ferner wurde darauf hingewiesen, dass das X3 der Eigenkapitalvermittlerin, der X2 AG, zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen dient. Wegen des weiteren Inhalts des Fondsprospekts wird auf Bl. 45 ff. Bezug genommen.

Die Beklagte war gemäß einer am 31.03.2004 geschlossenen Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung mit der zur VIP Gruppe gehörenden X2 AG als Eigenkapitalvermittlerin geworben worden. Nach dieser Vereinbarung hatte die Beklagte Zeichnungen von Anlegern einzuholen, die beabsichtigten, sich an der Fondsgesellschaft zu beteiligen, wobei die Beklagte im Rahmen der hierzu führenden Gespräche nur Daten und Fakten verwenden durfte, die ihr von der X2 AG oder der Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt worden waren; abweichende oder darüber hinausgehende Angaben zu dem Beteiligungsangebot waren gemäß der Vereinbarung grundsätzlich nicht zulässig. Für ihre Tätigkeit wurde der Beklagten je nach Vermittlungsvolumen eine Vertriebsprovision in Höhe von 15,50 % bis 16 % der von ihr vermittelten Bareinlage (= 54, 5 % des Kommanditkapitals) ohne X3 gezahlt. Auf die Vereinbarung vom 31.03.2004, Bl. 737 ff. GA, wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

5

Der Ehemann der Klägerin war Kundin der Beklagten. Anfang Juli 2004 fand in den Räumlichkeiten der Beklagten ein Gespräch des Ehemanns der Klägerin, der für diese nach Anlagemöglichkeiten für einen Betrag aus dem Vermögen der Klägerin in Höhe von 460.000,00 Euro erkundigte, mit dem Mitarbeiter der Beklagten Y statt, in dessen Verlauf dem Ehemann der Klägerin verschiedene Anlagen, u.a. die streitgegenständliche Fondsbeteiligung, vorgestellt wurden. Aufgrund der Empfehlung des Mitarbeiters der Beklagten zeichnete die Klägerin durch Anteilsübernahmeerklärung vom 15.07.2004 eine Beteiligung mit einem ausgewiesenen Wert von 100.000,- € an dem X und bot der Treuhandkommanditistin den Abschluss eines Treuhandvertrages zur Verwaltung des Kommanditanteils an. Ebenfalls am 15.07.2004 unterschrieb die Klägerin ein Darlehensvertragsangebot über 45.500,- €, gerichtet an die I AG, und zwar zu den oben genannten Konditionen. Zur Zahlung der Bareinlage und des X3s erteilte sie einen Abbuchungsauftrag über 59.500,- € von ihrem Konto.

6

Die Beklagte erhielt für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligung 16 % der vermittelten Bareinlage bzw. 8,72 % des Nominalbetrages; hierüber hatte ihr Mitarbeiter die Klägerin im Rahmen des Gesprächs im Juli 2004 nicht informiert.

7

Die Fondsbeteiligung erbrachte in der Folgezeit nicht den erhofften wirtschaftlichen Erfolg; Ausschüttungen von der Fondsgesellschaft wurden nicht gezahlt. Zudem erkannte das Finanzamt steuerliche Verlustzuweisungen der Fondsgesellschaft nicht an.

8

9

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich ihrer Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 357 ff. GA) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 59.500,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.07.2008 Zug um Zug gegen Übertragung des Fondsanteils zu zahlen. Ferner hat es festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet sei, die Klägerin von allen bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten freizustellen, die unmittelbar oder mittelbar resultieren aus dem von der Klägerin bei der W2 AG zum Konto Nr. ##### aufgenommenen Darlehen. Wegen der weitergehenden Ansprüche der Klägerin ist die Klage abgewiesen worden. 10

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: 11

Die Beklagte habe Pflichten aus dem zwischen ihr und der Klägerin geschlossenen Beratungsvertrag verletzt. Sie habe es unstreitig unterlassen, die Klägerin über die ihr zufließenden Provisionen zu informieren. Der Prospekt habe hinreichende Angaben hierzu nicht enthalten, da zwar Vertriebsausgaben ausgewiesen seien, nicht aber mitgeteilt werde, dass diese nahezu vollständig die Beklagte erhalte. Die unterlassene Aufklärung sei kausal für die Zeichnung der Beteiligung gewesen; zugunsten der Klägerin gelte insoweit die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Die Beklagte habe auch fahrlässig gehandelt. Es habe 2004 keine Rechtsprechung gegeben, die eine Aufklärungspflicht im Rahmen eines Beratungsvertrages verneint habe; eine bloße Anlagevermittlung, bei der eine Aufklärungspflicht erst für Provisionen ab 15 % angenommen werde, liege nicht vor. Soweit die Beklagte sich auf die sog. Kollegialrichtlinie berufe, habe sie keine Entscheidungen im streitgegenständlichen Zeitraum aufgezeigt; Entscheidungen nach 2004 könnten den Fahrlässigkeitsvorwurf nicht ausschließen. Aufgrund der Pflichtverletzung stehe der Klägerin ein Anspruch auf Rückzahlung des Eigenkapitals in Höhe von 59.500,- € nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung zu. Ein Anspruch auf Zinsen vor Rechtshängigkeit komme nicht in Betracht, weil die Klägerin weder die Voraussetzungen für einen Verzugseintritt dargelegt habe, noch dargelegt habe, bei welchen alternativen Anlagen eine Rendite von mindestens 4,5 % möglich gewesen wäre. Außerdem sei die Beklagte gem. § 257 BGB verpflichtet, die Klägerin von allen bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten gegenüber der W2 im Zusammenhang mit dem im Klageantrag bezeichneten Darlehenskonto freizustellen. 12

Soweit die Klägerin die Feststellung verlangt habe, dass die Beklagte verpflichtet sei, sie von allen bestehenden und zukünftigen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, sei die Klage nicht begründet, weil die Klägerin insoweit nicht substantiiert vorgetragen habe, ob ihr überhaupt solche Nachteile entstanden sind oder solche auf sie zuzukommen drohen. 13

Auch soweit die Klägerin die Feststellung begehrte, dass sich die Beklagte mit der Übertragung der Beteiligung in Annahmeverzug befinde, sei die Klage unbegründet. Die Übertragung des Kommanditanteils bedürfe der schriftlichen Zustimmung des Komplementärs; dass diese Voraussetzung vorliege, habe die Klägerin nicht dargelegt. 14

Hiergegen richten sich die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin. 15

Die Beklagte meint, da auf Seite 63 und 91 in dem Fondsprospekt die Höhe der insgesamt anfallenden Vertriebsaufwendungen von 11,9 % (einschließlich 2 % für die Vermittlung der Anteilsfinanzierungsdarlehen) sowie der Umstand, dass die X2 AG ihre Tätigkeit auf Dritte übertragen könne, mitgeteilt worden seien, habe der Prospekt den Anlegern einen möglichen Interessenkonflikt hinreichend aufgezeigt. 16

Selbst wenn sie verpflichtet gewesen wäre, Anleger ungefragt über den auf sie entfallenden Anteil der im Prospekt ausgewiesenen Vertriebskosten aufzuklären, hätte sie jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt. Sie habe durch ihre Rechtsabteilung stets sorgfältig die Rechtsprechung, insbesondere die des Bundesgerichtshofs, zu den Pflichten bei der Anlagevermittlung und Anlageberatung verfolgt und habe die Umsetzung durch organisatorische Hinweise an die für den Anteilsvertrieb zuständige Fachabteilung gesichert, welche wiederum die Erkenntnisse an die einzelnen Vertriebsmitarbeiter weitergegeben habe. Zumindest bis zur Entscheidung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2006 seien ihre Mitarbeiter und Organe davon ausgegangen, dass keine Verpflichtung zur Offenlegung von Provisionen unter 15 % für Anlagevermittler oder –berater bestehe.

17

Sie habe sich daher im Zeitpunkt des Vertriebs in einem Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum befunden. Sie habe auch nicht fahrlässig gehandelt, da im Jahre 2004 aufgrund der seinerzeitigen Rechtsprechung nicht vorhersehbar gewesen sei, dass der Bundesgerichtshof im Jahre 2009 im Rahmen eines Anlageberatungsvertrages eine Verpflichtung annehmen werde, Anlegern unterhalb einer Schwelle von 15 % ungefragt den eigenen Anteil im Prospekt ausgewiesener Vertriebsprovisionen mitzuteilen. Die Pflichten des Anlagevermittlers und –bersaters hinsichtlich einer objektgerechten Aufklärung seien bis zur Entscheidung des BGH vom 20.01.2009 gleich gewesen. Der Anleger sei stets nur über die wertbildenden Umstände einer Kapitalanlage zu informieren gewesen, wobei der Berater zusätzlich die persönlichen Kenntnisse und Anlageziele des Anlegers habe berücksichtigen müssen. Entsprechendes gelte für Entscheidungen zur Prospekthaftung oder zum Immobilienkauf bzw. zur Immobilienfinanzierung. Die Verteilung der insgesamt ausgewiesenen Vertriebsprovision auf die einzelnen Beteiligten sei für die Werthaltigkeit der Anlage nicht relevant. Sie habe auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vertrauen dürfen; mögliche abweichende Stimmen in der Literatur begründeten keinen Fahrlässigkeitsvorwurf.

18

Darüber hinaus sei die Differenzierung zwischen Anlagevermittler und –berater als Abgrenzungskriterium untauglich, da diese in Ermangelung vertraglicher Abreden stets erst nachträglich durch die Gerichte erfolge und wenig praktikabel sei. Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs habe in seinem Urteil vom 25.09.2007 (XI ZR 320/06, BKR 2008, 199) Anlagevermittler und –berater gleich behandelt. Er habe in dieser Entscheidung festgestellt, dass ein Anlageberater seine Pflicht zur Mitteilung einer 15 % übersteigenden (Gesamt-) Vertriebsprovision durch Aushändigung eines dies offen legenden Emissionsprospekts erfüllen könne; insoweit seien für die Anlegerinformation über eine Kapitalanlage allein wertbildende Umstände maßgeblich gewesen. Eine Aufklärungspflicht des Beraters über seinen eigenen Anteil an der Vertriebsprovision habe nach dem Urteil vom 25.09.2007 bei nicht wertpapiermäßig verbrieften Kapitalanlagen nicht bestanden.

19

Einen allgemeinen Grundsatz, wonach bei Vertragsverhältnissen auch Interessenkonflikte, die nicht die Werthaltigkeit einer Kapitalanlage bzw. eines Kaufobjekts betreffen, der Vertragsgegenseite ungefragt mitzuteilen seien, habe es nicht gegeben. Der Bundesgerichtshof habe eine generelle Pflicht zur Mitteilung jeglicher Provisionen vielmehr in seinen Entscheidungen vom 14.03.2002 (NJW 2003, 1811, 1812) sowie vom 02.12.2003 (NJW-RR 2004, 632, 633) ausdrücklich abgelehnt. Gleichfalls habe sie eine Aufklärungspflicht nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2000 (NJW 2001, 962) herleiten können, da diese Entscheidung nur die Pflichten einer Depotbank betroffen habe, nicht aber darüber hinausgehende Aussagen zu Pflichten von unentgeltlich tätigen Anlageberatern oder –vermittlern enthalte. Auch habe sich die Offenlegungspflicht auf die Gewährung von Vergütungen beschränkt; es sei nichts dazu gesagt worden, ob auch

20

erhaltene Vergütungen aufzudecken seien.

Für die zivilrechtliche Fahrlässigkeit und den Vorsatz sei ferner anerkannt, dass kein Verschulden vorliege, wenn ein von mehreren Rechtsunkundigen besetztes Kollegialgericht das fragliche Verhalten als objektiv rechtmäßig angesehen habe (sog. Kollegialgerichtsrichtlinie). Gelte diese sog. Kollegialgerichtsrichtlinie aber im Rahmen von § 839 BGB bei Amtsträgern, so müsse sie erst Recht für Fahrlässigkeit und Vorsatz von Mitarbeitern und Organen von Kreditinstituten gelten, an die geringere Anforderungen zu stellen seien als an Amtsträgern als Teil der Staatsgewalt. Eine Vielzahl von Gerichten, u.a. das OLG Naumburg (Urteil vom 10.10.2007, Az. 2 U 96/07), habe bei geschlossenen Fonds unterhalb einer Schwelle von 15 % Vertriebskosten keine Pflicht zur ungefragten Mittelung der eigenen Vertriebsprovision angenommen; die Beklagte verweist des Weiteren auf die in ihrer Anlage CB B50 (Bl. 615 GA) aufgeführten Entscheidungen.

21

Der Vertrieb von geschlossenen Fonds, so meint die Beklagte, stelle keine Geschäftsbesorgung dar. Mit der Auskunftserteilung und Beratung des Anlegers habe sie lediglich eigene Pflichten wahrgenommen; soweit sie den Zeichnungsschein an die Fondsgesellschaft übersandt habe, sei dieses eine reine Postdienstleistung gewesen. Der Fondsbeitritt sei allein im Rechtsverhältnis zwischen Anleger, Fondsgesellschaft und Treuhänder erfolgt. Im Übrigen habe die 15 % - Schwelle bei Vertriebsprovisionen gemäß der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.07.2005 (NJW 2005, 3208, 3210) auch für Geschäftsbesorger gegolten, so dass sie 2004 erst Recht davon habe ausgehen können, dass sie als Beraterin keine weitergehenden Pflichten treffe, sondern die Mitteilungspflichten über Provisionen bei Anlagevermittlung und Anlageberatung gleich seien. Soweit eine Aufklärungspflicht über jegliche Provisionen auf § 31 WpHG und die Richtlinie des Bundesaufsichtsamts für den Wertpapierhandel (BAWe) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.08.2001 gestützt werde, gelten diese nicht für geschlossene Fonds; diese seien von der Richtlinie ausdrücklich ausgenommen worden. Sie sei davon ausgegangen, dass für nicht wertpapiermäßig verbrieft Kapitalanlagen bewusst ein größerer Spielraum mit geringeren Pflichten gewährt worden sei.

22

Sie – die Beklagte – genieße auch verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz, dass die in den Jahren 2006 und 2009 begründete Rechtsprechung nicht rückwirkend angewendet werde. Hierin läge zudem ein verfassungswidriger und besonders intensiver Eingriff in ihr Recht auf Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und in ihr Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG, ohne dass ein formelles Gesetz dies rechtfertige. Denn eine Rechtsnorm, wonach Anlagevermittler oder –berater verpflichtet seien, ungefragt den auf sie entfallenden Anteil an Vertriebskosten mitzuteilen, existiere nicht. Vielmehr ergebe § 675 Abs. 2 BGB, dass aus einem Rat oder einer Empfehlung keine Haftung folge. Der Gesetzgeber habe in § 31d WpHG für Wertpapierdienstleistungen eine klare Regelung über die Zulässigkeit und Offenlegung von Vertriebsprovisionen getroffen, in der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 16/4028 vom 12.01.2007, S. 54 linke Spalte) aber ausdrücklich abgelehnt, derartige Verpflichtungen auch für den Vertrieb von geschlossenen Fonds aufzustellen. Die von dem XI. Zivilsenat geäußerte Rechtsauffassung, es gebe einen "zivilrechtlich anerkannten Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten", treffe nicht zu; soweit der XI. Zivilsenat Fundstellen zitiert habe, belegten diese die Aussage des Senats nicht. Der Vertrag, der Gegenstand des Beschlusses vom 20.01.2009 gewesen sei, sei weder ein Geschäftsbesorgungsvertrag gewesen noch habe er sich mit Wertpapieren befasst. Es habe sich auch nicht um einen Doppelmaklervertrag gehandelt, sondern vorgelegen habe ein unentgeltlicher Beratungsvertrag, bei dem der Anleger keinerlei Vergütung gezahlt habe und dieser daher nicht in gleicher Weise eine Berücksichtigung seiner Interessen habe verlangen

23

können wie ein Maklerkunde, der eine Vergütung zahle. Entgeltliche Verträge eines Kunden mit dem Kreditinstitut könnten nicht zur Begründung zusätzlicher Pflichten im Rahmen eines unentgeltlichen Beratungsvertrags herangezogen werden. Wer einen Vertragspartner – wie den Kommissionär, Makler oder Steuerberater – bezahle, dürfe darauf vertrauen, dass ausschließlich seine Interessen wahrgenommen würden. Anders sei es aber mit unentgeltlich tätigen Vertragspartnern, da für diese die Pflichten grundsätzlich geringer seien als die eines entgeltlich Tätigen, wie u.a. §§ 599, 690 BGB zeigten. Die Gleichbehandlung beider Konstellationen sei ebenfalls ein Novum des Beschlusses vom 20.01.2009.

Der Bundesgerichtshof habe die Frage der Rückwirkung seiner Rechtsprechung bislang nicht entschieden; das Urteil vom 12.05.2009 (XI ZR 586/07, NJW 2009, 2298) habe nur Aufklärungspflichten bei dem Vertrieb von Wertpapieren betroffen. Aufgrund des § 31 WpHG sei die Vorhersehbarkeit einer Offenlegungspflicht bei diesen Geschäften aber anders zu beurteilen als beim Vertrieb von nicht wertpapiermäßig verbrieften Kapitalanlagen. 24

Der XI. Zivilsenat habe mit seinem Beschluss vom 20.01.2009 den seinerzeitigen Parteien darüber hinaus den gesetzlichen Richter entzogen, weil er aufgrund der entgegenstehenden Rechtsprechung des III. Zivilsenats zu Innenprovisionen verpflichtet gewesen sei, die streitgegenständliche Frage dem Großen Zivilsenat des Bundesgerichtshofs vorzulegen. 25

Die Beklagte ist der Ansicht, dass, selbst wenn sie eine schuldhafte Pflichtverletzung begangen hätte, diese nicht ursächlich für den Beteiligungserwerb gewesen wäre. Für die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bestehe kein Anwendungsbereich, da es vernünftigerweise nicht nur eine, sondern mehrere Möglichkeiten aufklärungsrichtigen Verhaltens gegeben habe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sie in vielen Fällen, in denen Anleger Anstoß an dem X3 genommen hätten, mit dem Anleger verhandelt und an diesen Erstattungszahlungen erbracht hätte. Dies hätte sie auch im vorliegenden Fall getan, wenn dem Anleger das X3 zu hoch gewesen wäre. Für die Entscheidung der Klägerin sei auch unerheblich gewesen, ob sie von den insgesamt ausgewiesenen Vertriebskosten 8,25 % bis 8,72 % erhalte oder weniger; denn die Höhe ihres Anteils habe weder auf die Pflicht des Anlegers zur Zahlung von 5 % X3, noch auf die Werthaltigkeit der Anlage oder die Rentabilitätsüberlegungen des Anlegers Einfluss gehabt. Dass die Provisionshöhe für die Anlegerin nicht entscheidend gewesen sei, ergebe sich auch aus ihrer – so der Vortrag der Beklagten – irrigen Vorstellung, dass das eingesetzte Kapital in voller Höhe abgesichert sei; über die Werthaltigkeit der Beteiligung habe sich die Anlegerin danach keine Gedanken machen müssen. 26

Die Klägerin habe damit dazulegen und zu beweisen, dass sie im Falle einer ungefragten Mitteilung über ihren Anteil an den Vertriebsprovisionen von der Zeichnung Abstand genommen hätte. Substantiierter Vortrag hierzu fehle; tatsächlich habe sich die Klägerin überhaupt keine Gedanken über die Verteilung der im Prospekt insgesamt ausgewiesenen Vertriebsprovisionen gemacht. Für die Anlageentscheidung der Anlegerin relevant seien allein die Möglichkeit der Steuerersparnis und allenfalls noch Renditechancen und die Absicherung der Kapitalanlage durch die Schuldübernahme der C AG bzw. der W2 AG gewesen. Ein Übergehen ihres Beweisangebots sei verfahrensfehlerhaft und verletze ihr rechtliches Gehör und ihren Justizgewährungsanspruch. Die Anlegerin hätte auch deshalb nicht von der Beteiligung Abstand genommen, da es seinerzeit keine Anlage mit einer vergleichbaren, die Einkommenssteuer reduzierenden Verlustabzugsmöglichkeit gegeben und ihre Vertriebsprovision am unteren Rand des üblichen gelegen habe. Dass sie – die Beklagte – ein Eigeninteresse an dem Anteilsvertrieb gehabt habe, habe der Anleger auch gewusst; da er für die Vermittlungs- und Beratungstätigkeit nichts gezahlt habe, habe es auf 27

der Hand gelegen, dass sie für diese Leistungen von der Fondsgesellschaft vergütet werde.

Der Klägerin sei durch Zeichnung der Beteiligung schließlich kein Schaden entstanden, da sie aufgrund einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung im Darlehensvertrag diesen gegenüber der W2 AG widerrufen könne, was die Rückabwicklung des Darlehensvertrages und des Fondsbeitritts als verbundenes Geschäft zur Folge habe. Die Beklagte behauptet, dass die Klägerin den Darlehensvertrag widerrufen habe. Sie meint, auch wenn ein Schaden trotz des Widerrufsrechts verbleibe, wären die Ansprüche der Klägerin nach dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung bei einem etwaigen Schadensersatzanspruch gegen sie zu berücksichtigen. Selbst wenn man – entgegen ihrer Ansicht – einen ersatzfähigen Schaden trotz des bestehenden Widerrufsrechts bejahte, wäre ein Schadensersatzanspruch der Klägerin jedenfalls nach § 254 Abs. 2 BGB in dem Maße zu mindern, in welchem der Anleger den Schaden durch Ausübung seines Widerrufsrechts abwenden oder mindern könne. Denn aus § 254 Abs. 2 BGB ergebe sich die Pflicht der Klägerin, ihr Widerrufsrecht gegenüber der Bank auszuüben. Der Anleger könne durch einfaches Telefaxschreiben seine Belastungen aus dem Darlehensvertrag beseitigen; eine Klage müsse er nicht erheben. Der Anleger habe bei Darlehenswiderruf auch keine weitere Auseinandersetzung mit der W2 AG zu befürchten, da das Darlehen gemäß Ziff. 8 des Darlehensvertrages ohne seine Beteiligung durch die Fondsgesellschaft bedient werde. Eine etwa verbleibende Rechtsunsicherheit bezüglich des Entfallens der Darlehensverbindlichkeiten durch den Widerruf könne durch Streitverkündung im vorliegenden Verfahren beseitigt werden.

28

Der Widerruf beseitige nicht nur den Schadensposten Darlehenszinsen, sondern führe auch zu einer erhöhten Ausschüttung der Fondsgesellschaft an ihre Anleger bei Laufzeitende. Denn wenn die Verpflichtung zur Zahlung von Darlehenszinsen entfalle, könne die Fondsgesellschaft bei Laufzeitende nicht nur 65 % der Bareinlage, sondern 115 % des Anteilskaufpreises ausschütten. Rechtsfolge des Widerrufs sei weiter, dass die Anteilszeichnung zurück abgewickelt werde; es bedürfe hierzu keiner zusätzlichen Aktivität des Darlehensnehmers. Im Vergleich zum Schadensersatzanspruch handele es sich bei dem Widerruf um den vorrangigen Rechtsbehelf; denn das Gesetz weise das Kreditverwendungsrisiko vollständig dem Darlehensgeber zu.

29

Die Klägerin könne sie – die Beklagte – nicht darauf verweisen, nach Übertragung der Fondsbeteiligung und Übernahme des Anteilsfinanzierungsdarlehens das Widerrufsrecht selbst auszuüben. Aufgrund von Stimmen in der Literatur sei nicht auszuschließen, dass sie durch die Übertragung der Fondsbeteiligung und eine Vertragsübernahme des Anteilsfinanzierungsdarlehens das Widerrufsrecht verliere, da sie keine Verbraucherin im Sinne von § 13 BGB sei. Ihre fehlende Verbrauchereigenschaft könne auch einer Abtretung von Zahlungsansprüchen nach Erklärung des Widerrufs durch den Anleger entgegenstehen. Eine Abtretung von § 255 BGB sei nicht eröffnet, da die Klägerin lediglich einen Vermögensschaden, nicht aber einen Sach- oder Rechtsverlust geltend mache. Nachteile seien mit einer Rückabwicklung der Verträge aufgrund eines Widerrufs gegenüber der W2 AG gleichfalls nicht verbunden. Sie – die Beklagte – wäre auch bereit, das Verfahren gemäß § 251 ZPO zum Ruhen zu bringen, bis der Anleger seinen Rückgewähranspruch durchgesetzt habe.

30

Soweit sie zur Zahlung von Zinsen verurteilt worden sei, habe kein Schuldnerverzug vorgelegen. Die Klägerin habe ihr die Übertragung des Anteils nicht ordnungsgemäß angeboten, da u.a. die Zustimmung des Komplementärs, die Zustimmung des Treuhänders und die Zustimmung der W2 AG nicht eingeholt worden seien. Nach § 6 des Gesellschaftsvertrages könne die Treugeberstellung an dem Kommanditanteil auch nur

31

übertragen werden, wenn der Komplementär und die W2 AG zudem mit einer Übertragung des Anteilsfinanzierungsdarlehens einverstanden seien. Sie könne diese Voraussetzungen nicht selbst herbeiführen, da sie im Gegensatz zu dem Anleger keinen Anspruch auf Erteilung dieser Erklärungen habe. Zinsen stünden der Klägerin auch nicht aus § 291 BGB zu, da die Hauptforderung mangels ordnungsgemäßen Anbietens der zu erbringenden Gegenleistung noch nicht fällig sei. Dass der Anleger ohne Zeichnung der Beteiligung das Geld so angelegt hätte, dass er die beantragten Zinsen erzielt hätte, werde in Abrede gestellt; eine andere Anlage hätte im fraglichen Zeitraum auch nicht durchgängig die beantragten Zinsen erwirtschaftet.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, sofern von einer schuldhaften Pflichtverletzung der Beklagten ausgegangen werde, würde von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur fehlenden Fahrlässigkeit bei mangelnder Vorhersehbarkeit und zur Relevanz des Stands der höchststrichterlichen Rechtsprechung abgewichen (NJW-RR 2007, 925, 926; NJW 2005, 3208, 3211; NJW 1963, 651, 654; NJW 1975, 1220, 1222 f.; NJW 2008, 840, 842). Es sei in diesem Falle nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Revision zuzulassen. 32

Die Beklagte beantragt, 33

1. das Urteil des Landgerichts Essen vom 22.04.2009, Az. 11 O 13/09, 34

abzuändern und die Klage abzuweisen; 35

2. hilfsweise, die Revision zuzulassen; 36

Die Klägerin beantragt, 37

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 38

Im Hinblick auf die Berufung der Beklagten verteidigt sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil. Die Beklagte habe um ihrer eigenen Provisionen willen unvollständig und auch falsch beraten, weil dem Anlageziel der Klägerin mit dem Rat zur Zeichnung der Beteiligung am X in keiner Weise Rechnung getragen worden sei. Insbesondere sei nicht darüber beraten worden, dass die konkrete Anlage entgegen der Absicht der Klägerin, eine besonders sichere Geldanlage zu tätigen, mit erhöhten Verlustrisiken und einer unternehmerischen Beteiligung verbunden gewesen sei. Die konkrete Beratung sei auf einen Interessenkonflikt der Beklagten zurückzuführen, die durch nicht offenbarte Rückvergütungen nicht nur im Kunden-, sondern zumindest vornehmlich im eigenen Interesse tätig geworden sei. 39

Die Klägerin behauptet, dass ihr der Fondsprospekt nicht vor der Zusendung der Zeichnungsunterlagen übergeben worden sei und vertritt die Ansicht, die Beklagte habe keine Umstände dargelegt, die die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens widerlegten. 40

Die Klägerin meint zudem, ihr stehe ein Anspruch auf weitere Zinsen von mindestens 4,5 % aus § 252 BGB zu. Hätte sie nicht die Beteiligung an dem X gezeichnet, so hätte sie eine alternative Anlage getätigt und hierbei unter Zugrundelegung der historischen Zinssätze für konservative Anlagen einen Zinsertrag von zumindest 4,5% p.a. erhalten. 41

Hinsichtlich der Übertragung der Beteiligung befinde sich die Beklagte in Annahmeverzug. Sie habe unmissverständlich durch die Verteidigung gegen die Klage zum Ausdruck gebracht, dass sie die Annahme der Gegenleistung verweigere; deshalb habe ein wörtliches Angebot ausgereicht, welches spätestens in der Stellung der Anträge in der erstinstanzlichen 42

mündlichen Verhandlung zu sehen sei.

Im Wege der Anschlussberufung beantragt die Klägerin daher, 43

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils, 44

1. 45

die Beklagte zu verurteilen, an sie € 59.500,00 zu zahlen, zuzüglich Zinsen für das Jahr 46n
Höhe von 4,5 % für den Zeitraum vom 16.07.2004 bis zum 08.07.2008 sowie zuzüglich
Zinsen für das Jahr in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem
09.07.2008, Zug um Zug gegen Übertragung des Anteils in Höhe des Nominalbetrags von €
100.000,00 an der X GmbH & Co.KG, Kommanditistennummer #####,

2. 47

hilfsweise: 48

die Beklagte zu verurteilen, an sie € 59.500,00 zu zahlen, zuzüglich Zinsen für das Jahr 49n
Höhe von 4,5 % für den Zeitraum vom 16.07.2004 bis zum 08.07.2008 sowie zuzüglich
Zinsen für das Jahr in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem
09.07.2008, Zug um Zug gegen Übertragung der wirtschaftlichen Beteiligung der Klägerin in
Höhe von € 100.000,00 an der X GmbH & Co.KG, Kommanditistennummer #####, durch
Abtretung sämtlicher Ansprüche und sonstiger Rechte der Klägerin aus dem Treuhandvertrag
mit der W GmbH und/oder Abgabe und Entgegennahme weiterer Erklärungen und Vornahme
von Handlungen zur Übertragung sämtlicher Rechte der Klägerin aus ihrer Beteiligung an der
X GmbH & Co.KG,

3. 50

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung der wirtschaftlichen 51n
Beteiligung in Höhe von € 100.000,00 an der X GmbH & Co.KG, Kommanditistennummer
#####, in Verzug befindet.

Die Beklagte beantragt, 52

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 53

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten 54
Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II. 55

Gegen die Zulässigkeit der Berufung und der Anschlussberufung bestehen keine Bedenken. 56
Insbesondere ist die Klägerin durch das Urteil des Landgerichts – soweit überhaupt
erforderlich – hinreichend beschwert, da schon die verlangten Mehrzinsen vom 14.07.2004
bis 24.07.2008 in Höhe von mindestens 4,5 % deutlich über 600,- € betragen. Soweit die
Zinsforderung gemäß § 4 ZPO bei der der Festsetzung des Streitwertes unberücksichtigt
geblieben ist, ist dies für die Frage der Höhe der Beschwer ohne Bedeutung (vgl. Zöller-
Heßler, ZPO, 27. Auflage, § 511 Rn. 32). Die Berufungsbegründung der Beklagten genügt
zudem auch den Voraussetzungen des § 520 Abs. 2 ZPO. Die Beklagte legt Umstände dar,
aus denen sich eine Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene
Entscheidung ergeben.

Die Berufung der Beklagten ist überwiegend unbegründet, während die Anschlussberufung der Klägerin teilweise Erfolg hat.	57
1.	58
Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung von 59.500,- € wegen Aufklärungspflichtverletzung aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. mit einem Beratungsvertrag zu.	59
a) Die Feststellung des Landgerichts, dass zwischen der Beklagten und der Klägerin ein Beratungsvertrag geschlossen worden ist, greift die Beklagte mit der Berufung nicht an. Zweifel an der Richtigkeit der Feststellung bestehen angesichts der weiteren, vom Landgericht zugrunde gelegten unstreitigen Tatsachen, dass die Klägerin selbst sowie ihr Ehemann, der zwar Rechtsanwalt ist, nicht aber über besondere Kenntnisse in Anlegerfragen verfüge, nicht über ausreichende Kenntnisse verfügt haben, ohne Beratung in Kapitalanlagegeschäften eine Entscheidung zu treffen, und ihr die Beteiligung von Mitarbeitern der Beklagten vorgestellt und empfohlen worden ist, auch nicht. Die Beklagte hat eine Nebenpflicht aus dem Beratungsvertrag verletzt, indem sie die Klägerin bzw. deren Ehemann nicht über die ihr zugeflossene Provision informiert hat.	60
Eine Bank, die einen Kunden über Kapitalanlagen berät, hat über etwaige Rückvergütungen aufzuklären, und zwar unabhängig von deren Höhe. Die Pflicht bezieht sich nicht nur auf die Beratung über Finanzinstrumente im Sinne des WpHG a.F., sondern auch auf die Beratung über Beteiligungen an geschlossenen Fonds. Der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt ist in beiden Fällen gleich; die Bank muss den Anleger in die Lage versetzen, das Umsatzinteresse der Bank einzuschätzen um beurteilen zu können, ob die Bank und ihr Berater die Fondsbeteiligung nur deshalb empfehlen, weil sie selbst daran verdienen (BGH, WM 2009, 405; BGH Urteil v. 27.10.2009, XI ZR 338/08, veröffentlicht bei juris).	61
Im vorliegenden Fall fällt erschwerend ins Gewicht, dass die Beklagte sich mit Unterzeichnung der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung vom 31.03.2004 verpflichtet hat, grundsätzlich nur Daten und Fakten bei den zukünftigen Gesprächen mit Anlegern zu verwenden, die ihr von der Fondsgesellschaft oder der X2 AG zur Verfügung gestellt worden sind. Nicht nur das Umsatzinteresse der Beklagten stand insoweit einer ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten geleiteten Beratung entgegen, sondern darüber hinaus die mit dem Provisionsversprechen verbundene Verpflichtung der Beklagten, eine eigene Bewertung der Anlage – die der Anleger im Rahmen eines Beratungsgesprächs gerade erwartet – zu unterlassen.	62
Soweit die Beklagte auf die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH (WM 2007, 873) verweist und meint, eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen habe 2004 nur dann bestanden, wenn sie über 15 % betrage, betrifft diese Rechtsprechung nicht verdeckte Rückvergütungen an den Anlagenberater, sondern allgemein von der Fondsgesellschaft versprochene Innenprovisionen, die nicht oder nur unzureichend ausgewiesen werden. Die den Anlagevermittler oder -berater betreffende Offenlegungspflicht wird in diesen Fällen damit begründet, dass eine Innenprovision von mehr als 15 % auf eine geringere Werthaltigkeit und Rentabilität der Anlage schließen ließe; die Offenlegung einer Innenprovision von 15 % wird als anlage- und objektgerechte Aufklärung geschuldet (vgl. BGHZ 158, 110, 118 f.; BGH, BKR 2008, 199 ff.). Auf einen Interessenkonflikt kommt es nicht an, zumal jedenfalls bei der Anlagevermittlung der Anleger ohne weiteres davon ausgehen muss, dass der Vermittler für seine Tätigkeit eine Provision enthält, mithin nicht eine neutrale Stellung einnimmt. Dementsprechend wird der Aufklärungspflicht über Innenprovisionen bereits nachgekommen, wenn diese im Prospekt offenbart werden, ohne den einzelnen Empfänger zu benennen.	63

Denn schon die Angabe der Gesamtprovision ermöglicht es dem Anleger abschätzen zu können, welche Ausgaben für den Vertrieb und welche Ausgaben in die Anlage selbst fließen; ihm wird damit eine korrekte wirtschaftliche Beurteilung seiner Anlageentscheidung eröffnet. Wird ein Vermittler im Rahmen eines Beratungsvertrages tätig, hat er nicht nur über anlage- und objektbezogene Umstände umfassend aufzuklären; er schuldet – wie aufgezeigt – darüber hinaus die Offenlegung von Rückvergütungen an ihn, da die Kundeninteressen durch diese Rückvergütungen unabhängig von deren Umfang gefährdet werden. Denn erhält ein Berater für den Verkauf eines bestimmten Finanzproduktes vom Emittenten oder von sonstigen am Vertrieb Beteiligten Rückvergütungen, steht das Gewinninteresse des Beraters dem Kundeninteresse an einer objektiven Beratung gegenüber. Dieser allein im Rahmen eines Beratungsvertrages auftretende Interessenkonflikt ist der maßgebende Gesichtspunkt, der die Pflicht, über Rückvergütungen zu informieren, begründet. Die von der Beklagten aufgezeigte Rechtsprechung zu Innenprovisionen über 15 % steht einer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen in jeder Höhe im Rahmen eines Beratungsvertrages damit weder entgegen, noch schränkt sie – wie die Beklagte meint – die Aufklärungspflichten eines Beraters über erhaltene Rückzahlungen unter 15 % ein.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.09.2007 (XI ZR 320/06, BKR 2008, 199). Der XI. Zivilsenat hat in dieser Entscheidung allein die Frage erörtert, ob der dort tätige Anlageberater seiner Pflicht zur Aufklärung über Innenprovisionen von über 15 % hinreichend nachgekommen ist, weil er rechtzeitig vor Abgabe der Beitrittserklärungen einen Emissionsprospekt, welcher die Kosten der Eigenkapitalbeschaffung in Höhe von 16,55 % bzw. 18,8 % auswies, übergeben hat. Dass der Berater in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall selbst Rückvergütungen erhalten und diese dem Anleger zudem nicht offen gelegt hat, ist nicht ersichtlich; im Gegenteil ist den Gründen zu entnehmen, dass eine Marketinggebühr von 3 % der Beteiligungssumme offen ausgewiesen war. Aufgrund des Umstands, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen zu verdeckten Rückvergütungen an den Berater getroffen hat, hatte der XI. Zivilsenat keinen Anlass, zu einer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bei Abschluss eines Beratungsvertrages Stellung zu nehmen; insoweit kann aus der Entscheidung nicht geschlossen werden, dass neben einer Aufklärungspflicht über die insgesamt anfallenden Innenprovisionen eine weitere Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht besteht.

Entsprechendes gilt für das von der Beklagten angeführte Versäumnisurteil des Bundesgerichtshofs vom 28.07.2005 (III ZR 290/04, WM 2005, 1998 ff. = NJW 2005, 3208 ff.). Auch in dieser Entscheidung hat der III. Zivilsenat lediglich ausgeführt, dass die aus dem beabsichtigten Geschäftsbesorgungsvertrag folgenden Schutzpflichten der Beklagten "auch" die Pflicht umfassten, auf die versteckte Innenprovision von 18,4 % hinzuweisen. Feststellungen zu verdeckten Rückvergütungen an die Geschäftsbesorgerin enthält das Urteil nicht. Darüber hinaus war die – zudem nur vermeintliche – Geschäftsbesorgerin nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt lediglich als Abwicklungsbeauftragte tätig gewesen; die von ihr geschuldete Tätigkeit diente allein der ordnungsgemäßen Umsetzung des bereits von der Klägerin getroffenen Anlageentschlusses. Ihr Aufgabenbereich war – anders als im vorliegend zu entscheidenden Fall – vertraglich eingeschränkt; Beratungspflichten hinsichtlich der zu treffenden Investitionsentscheidung trafen sie dem Grundsatz nach nicht. Die Offenbarungspflicht der Beklagten über die Innenprovisionen stützte der III. Zivilsenat insoweit auf einen konkreten Wissensvorsprung über den Vertragszweck betreffende wesentliche Umstände, nicht aber auf Aufklärungs- oder Beratungspflichten, die sich grundsätzlich bei dem Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages ergeben können.

Auch die von der Beklagten weiter angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 06.07.1993 (XI ZR 12/93, NJW 1993, 2433) ergibt nicht, dass die Pflichten eines Anlageberaters denen eines Anlagevermittlers entsprechen und dieser daher nur über Provisionen über 15 % aufzuklären hat. Abgesehen davon, dass die genannte Entscheidung sich allein mit den Pflichten eines Anlageberaters befasst, ist erneut nicht ersichtlich, dass in dem zu entscheidenden Fall verdeckte Rückvergütungen an den Berater geflossen sind. Der Bundesgerichtshof hat eine Haftung der Beklagten allein wegen einer nicht anlegergerechten Beratung geprüft. 66

Die Entscheidungen zeigen im Übrigen, dass die Differenzierung zwischen Anlagevermittler und -berater in der Rechtsprechung zu keiner Zeit aufgegeben worden ist. 67

b) Soweit die Beklagte meint, sie sei mit Übergabe des Fondsprospekts ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen, enthält der Prospekt keine Angaben zu einer Beteiligung der Beklagten am Vertrieb gegen Provision. Auf S. 63 des Prospekts wird lediglich ausgeführt, dass ein X3 in Höhe von 5 % der X2 AG zur Abdeckung von Vertriebsaufwendungen zufließt. Auf S. 64 heißt es, dass über die Eigenkapitalbeschaffung ein Vertrag mit der X2 AG abgeschlossen worden sei, die Vergütung werde in Höhe von 4,9 % des Beteiligungskapitals fällig; zuzüglich zu dieser Vergütung erhalte die X2 AG das X3. Soweit in dem Prospekt mitgeteilt wird, dass die X2 AG den Vertrieb auf Dritte übertragen kann, genügt auch diese Angabe nicht. Die Beklagte wird schon nicht als mögliche Dritte ausgewiesen. Erst Recht ist daraus nicht ersichtlich, dass ein Teil des von dem Anleger zu leistenden Betrages an die Beklagte umsatzabhängig zurückfließt, so dass diese ein für den Kunden nicht erkennbares Interesse hatte, gerade diese Beteiligung zu empfehlen, zumal die prozentuale Höhe dieser Provision noch mit zunehmenden Umsatzvolumen anstieg. Dabei macht es hinsichtlich des für das Vorliegen einer aufklärungsbedürftigen Rückvergütung als maßgeblich gehaltenen Interessenkonflikts keinen Unterschied, ob die Beklagte die Provision aus Ausgabeaufschlägen, aus Verwaltungsgebühren oder aus dem Eigenkapitalanteil des Kunden bzw. dem Fondsvermögen erhält. In allen Fällen besteht für die Bank ein systematisch gewollter erheblicher Anreiz, gerade diese Beteiligung dem Anleger zu empfehlen, um eigene Umsatzgewinne zu realisieren, die in dem Prospekt nicht offen gelegt werden. 68

Abgesehen davon, dass der Prospekt schon nicht die erforderlichen Informationen bietet, ist der Prospekt der Klägerin auch nicht so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss – hier die Zeichnung der Beteiligung am 15.07.2004 – übergeben worden, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden konnte. Gemäß der Anteilsübernahmeerklärung wurde der Prospekt erst anlässlich der Zeichnung der Beteiligung am 15.07.2004 zur Verfügung gestellt; etwas anderes behauptet die Beklagte im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast zu einer hinreichenden Aufklärung auch selbst nicht. Dass die Klägerin bzw. ihr Ehemann in der Lage war, den umfangreichen Prospekt im Rahmen des Beratungsgesprächs zu lesen, ist bei lebensnaher Betrachtung ausgeschlossen; die Beklagte verweist insoweit selbst darauf, dass die erforderlichen Informationen sich erst auf Seite 63 und 91 des Prospekts befanden. 69

Soweit die Beklagte auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 24.06.2009 verweist (17 U 307/08, zitiert bei juris), hat das Oberlandesgericht in seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass der Anleger bei Vertragsschluss bereits Kenntnis von den im Prospekt ausgewiesenen Provisionen hatte. Es hat sodann ausgeführt, dass zwar nicht über die Höhe der an die Beklagte für den Vertrieb gezahlten Provisionen aufgeklärt worden sei, die fehlende Aufklärung über die genaue Höhe aber für die Anlageentscheidung des Anlegers – und zwar aufgrund besonderer Umstände des Falles – nicht kausal geworden sei. Die 70

Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt steht der abweichenden Wertung im vorliegenden Fall damit nicht entgegen.

c) Gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Verschulden der Beklagten vermutet. Der Aufklärungspflichtige muss, wenn er sich entlasten will, darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (BGH, XI ZR 264/08, Beschluss vom 17.09.2009; BGH, WM 2009, 1274 ff.). Soweit die Beklagte sich darauf beruft, sie sei am 15.07.2004 einem unvermeidbaren Rechtsirrtum unterlegen, weil sie bzw. ihre mit der Überprüfung der Rechtsprechung betrauten Mitarbeiter aufgrund der Rechtsprechung zur Innenprovision vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2006 (BGHZ 170, 226 ff.) nicht habe erkennen können, dass sie ihre Mitarbeiter anweisen müsse, die Provisionen offen zu legen, lässt dies ein Organisationsverschulden der Beklagten nicht entfallen.

71

aa) Die Einwendung der Beklagten geht bereits deshalb fehl, weil sie entsprechend der vorgelegten Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung vom 31.03.2004 eine über 15 % liegende Provision von der Fondsgesellschaft bzw. dem beauftragten Vertrieb X2 AG erhalten hat. Schon nach der der Beklagten bekannten Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zu Innenprovisionen bei Anlagevermittlungsverträgen hätte diese danach ihre Kunden über die Provision aufklären müssen.

72

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass sie von einer Provision von lediglich bis 8,72 % bezogen auf den Nennwert der Kommanditbeteiligung ausgegangen sei. Die Beklagte ist als Eigenkapitalvermittlerin geworben worden; ihre Provision hat sich insoweit nach der von ihr vermittelten Bareinlage errechnet. Eine entsprechende Regelung enthält Ziff. (5) der Vereinbarung, wonach die Provision 15,50 bis 16 % der "Bareinlage" beträgt. Sowohl für die Beklagte wie für die Kunden stellte sich die Bareinlage auch als eigentlicher Kaufpreis und Wert der Beteiligung dar. Unstreitig ist insoweit, dass nach der Fondskonzeption das Darlehen über 45.500,- € lediglich formal vom Kunden aufgenommen werden sollte. Der Kunde sollte – so sieht es der Fondsprospekt (S. 87 des Prospektes, Bl. 130 GA, sowie S. 93, Bl. 135 GA) vor und etwas Gegenteiliges behauptet die Beklagte auch nicht – grundsätzlich weder mit der Zahlung von Zinsen noch mit der Rückzahlung der Darlehensvaluta belastet sein; diese Verpflichtungen sollte die Fondsgesellschaft tragen, wobei eine Schuldübernahme durch die Darlehensgeberin selbst die Rückzahlungen sicherte. Im Gegenzug wurden dem Kunden allein Ausschüttungen auf die Bareinlage, nicht aber auf den Nennwert der Beteiligung versprochen. Die Beklagte konnte aufgrund dieser Umstände nicht davon ausgehen, es liege – entgegen der ausdrücklichen Angabe in der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung – eine unter der Schwelle von 15 % liegende und damit nicht aufklärungsbedürftige Provision vor, weil – entgegen der ausdrücklichen Angabe in der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung – nicht das vom Kunden eingesetzte Eigenkapital, sondern der Nennwert der Beteiligung maßgebliche Größe für die Berechnung der Provision sei. Ein solcher Irrtum der Beklagten beruhte jedenfalls auf Fahrlässigkeit.

73

bb) Selbst wenn zugunsten der Beklagten – wovon der Senat nicht ausgeht – unterstellt würde, dass der Nennbetrag der Beteiligung maßgebliche Bezugsgröße war und insoweit nur eine Provision von bis 8,72 % erzielt worden ist, hätte die Beklagte ein schuldhaftes Verhalten nicht widerlegt. Dahin gestellt bleiben kann insoweit, ob der Vortrag der Beklagten zu einem fehlenden Verschulden überhaupt hinreichend substantiiert ist. So wird nicht dargelegt, welche Maßnahmen die von ihr mit der Sichtung der Rechtsprechung betrauten Mitarbeiter konkret ergriffen, namentlich, welche Entscheidungen des Bundesgerichtshofs oder sonstige Veröffentlichungen sie ihrer Rechtsauffassung am 15.07.2004 zugrunde gelegt haben und ob umfassend die Rechtsprechung – insbesondere auch einschlägige

74

Entscheidungen des BGH zu verwandten Sachverhalten – ausgewertet worden sind. Soweit die Beklagte sich in der Berufungsinstanz u.a. auf ein Urteil des III. Zivilsenats vom 28.07.2005 (ZR 290/04, WM 2005, 1998 ff.) und ein Urteil des XI. Zivilsenats vom 25.09.2007 (XI ZR 320/06, BKR 2008, 199 ff.) beruft, sind diese Entscheidungen nach dem Abschluss des Beratungsvertrages vom 15.07.2004 ergangen, so dass die Beklagte schon nicht auf diese Entscheidungen – wie sie vorträgt – im Jahre 2004 hat vertrauen können. Die Einwendung der Beklagten trägt jedenfalls auch deshalb nicht, weil sie bei der gebotenen kritischen Prüfung hätte erkennen können, dass sie zur Aufklärung über die Provisionen verpflichtet ist und sie ihre Mitarbeiter entsprechend anweisen muss. Die Beklagte hätte im Hinblick auf ihren behaupteten Rechtsirrtum damit zumindest fahrlässig gehandelt.

75
Zwar ergab sich die Aufklärungspflicht über den Erhalt einer Provision sowie ihrer Höhe nicht unmittelbar aus dem Gesetz, da § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a.F. nicht auf den Vertrieb von geschlossenen Fonds anwendbar war. Die Beklagte bzw. ihre mit der Prüfung der Rechtslage betrauten Mitarbeiter hätten aber erkennen können, dass § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a.F. nicht nur Sachverhalte betrifft, die in den Anwendungsbereich des WpHG fallen, sondern die Norm lediglich einen allgemein anerkannten Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten (vgl. BGHZ 78, 263, 267 f.; BGH, WM 1981, 993; BGH, BB 1994, 2376 f.; BGH, BB 1995, 1502 f.) aufsichtsrechtlich für den Bereich des Wertpapierhandels normiert. Denn ebenso wie bei Wertpapiergeschäften kann es auch im Rahmen der Beratung über einen Anteil an einem geschlossenen Medienfonds zu Interessenkollisionen kommen, falls sich der Berater Rückvergütungen von dem Emittenten oder – wie hier – von dem von der Fondsgesellschaft beauftragten Vertrieb versprechen lässt (vgl. BGH, ZIP 2009, 455, 456; OLG Hamm, 31 U 31/09, S. 20 UA; Nittel/Knöpfel, Die Haftung des Anlageberaters wegen Nichtaufklärung über Zuwendungen – die gar nicht so neue Rechtsprechung des BGH, BKR 2009, 411, 413 f.). Soweit die Beklagte für ihre Rechtsauffassung auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/4028 S. 54 linke Spalte) des § 31d WpHG verweist, wird in der Gesetzesbegründung unter A. I., S. 52 linke Spalte, ausgeführt, dass die gegenwärtigen Regelungen, u.a. des Wertpapierhandelsgesetzes, nur geändert werden, sofern die 2004 in Kraft getretene Finanzmarktrichtlinie dies erfordere (BT-Drs. 16/4028 S. 52 linke Spalte); die Finanzmarktrichtlinie statuierte indes – wie die Gesetzesbegründung unter A. II. ergibt (BT-Drs. 16/4028 S. 52 rechte Spalte) – nur Regelungen für die Ausführung von Wertpapiergeschäften. Die Neufassung von § 31d WpHG lässt insoweit keine Rückschlüsse darauf zu, dass für den Handel von Anlagen, die nicht unter § 2 WpHG fallen, ein größerer Spielraum – wie die Beklagte meint – eingeräumt werden sollte; erst Recht hat sich der Gesetzgeber durch Nichtaufnahme dieser Anlagen unter § 2 WpHG gegen eine Pflicht zur Aufdeckung von Zuwendungen im Sinne des § 31d WpHG entschieden. Regelungen zu geschlossenen Fonds waren aufgrund der insoweit auf Wertpapiergeschäfte beschränkten Vorgaben der Finanzmarktrichtlinie von Anfang an nicht vorgesehen. Darüber hinaus fällt die Gesetzesänderung nicht in den streitgegenständlichen Zeitraum von 2004; die Beklagte hat insoweit schon nicht ihr Verhalten auf diese Begründung stützen können (vgl. OLG Stuttgart, 6U 126/09, Rn. 47 zitiert bei juris).

76
Bei der Pflicht, Provisionen offen zu legen, um Interessenkonflikte zu vermeiden, handelt es sich auch um eine bereits vor 2004 von der Rechtsprechung im Auftragsrecht anerkannte Pflicht. So ist tragender Gedanke des § 667 BGB, dass dem Besorger fremder Geschäfte aus der Geschäftsführung keine Vorteile verbleiben sollen, die seine Unbefangenheit im Verhältnis zu seinem Auftraggeber beeinträchtigen könnten. Der Beauftragte ist insbesondere verpflichtet, Schmiergelder und Provisionen, die er ohne vorherige Billigung des Auftraggebers von Dritten erhält, an diesen herauszugeben, wenn solche Vorteile eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Auftraggebers befürchten lassen (RGZ 99, 31; BGH,

NJW 1963, 649; Palandt-Sprau, BGB, 68. Aufl., § 667 Rn. 3 mwN). Bei dem vorliegenden, aus Sicht des Kunden unentgeltlichen Beratungsvertrag handelt es sich um einen Auftrag (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 68. Aufl., § 675 Rn. 29) mit Geschäftsbesorgungscharakter. Die Bank verpflichtet sich gegenüber dem Kunden, ihn in seinen Vermögensangelegenheiten zu beraten und nimmt damit selbstständig eine wirtschaftliche Tätigkeit wahr, die fremde Vermögensinteressen betrifft (vgl. Harnos, Rechtsirrtum über Aufklärungspflichten beim Vertrieb von Finanzinstrumenten, BKR 2009, 320 Fn. 35 mwN; Nittel/Knöpfel, aaO, BKR 2009, 411, 413). Sie handelt – jedenfalls aus der insoweit maßgeblichen Sicht des Kunden – fremdnützig, indem sie sich um Angelegenheiten kümmert, für die sonst der Kunde zu sorgen hätte. Dass die im vorliegenden Fall an die Beklagte gezahlten Rückvergütungen als sie beeinflussende Zahlungen gedacht waren und diese gemäß der lange vor 2004 begründeten Rechtsprechung zu § 667 BGB dem Auftraggeber hätten aufgedeckt werden müssen, wenn die Beklagte sie einbehalten will (vgl. RGZ 134, 43), steht außer Zweifel (vgl. Nittel/Knöpfel, aaO, BKR 411, 412). Denn Zweck der Zahlungen war gerade, für das Bankinstitut einen zusätzlichen, nicht in den Interessen des Beratungskunden begründeten Anreiz für eine Förderung des Absatzes des Produktes zu schaffen und als Belohnung für die Vermittlung des Geschäftes zu wirken. Der Rechtsprechung zu § 667 BGB hätte die Beklagte insoweit gleichfalls entnehmen können, dass sie zur Offenlegung der Rückvergütungen verpflichtet ist, und zwar nicht nur bei dem Vertrieb von Wertpapieren und Finanzinstrumenten im Sinne des WpHG a.F., sondern bei Beratungen zu allen Kapitalanlagegeschäften (vgl. Heße, aaO, MDR 2009, 1197, 1199).

Eine solche Aufklärungspflicht hätte die Beklagte zudem aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2000 (XI ZR 349/99, ZIP 2001, 230) herleiten können und müssen. Zwar war in diesem Fall die beklagte Bank nicht Gebührenempfängerin, sondern zahlte Gebühren an den Vermögensverwalter. Wenn aber schon die Zahlung an den Vermögensverwalter eine Haftung begründet, weil die Bank für den Vermögensverwalter einen Anreiz geschaffen hat, sowohl bei der Auswahl der Bankverbindung als auch hinsichtlich der Anzahl des Umfangs der für seine Kunden über die Bank abzuwickelnden Geschäfte nicht allein das Interesse der Kunden, sondern auch das eigene Interesse an Vergütungen der Bank zu berücksichtigen, dann haftet sie erst Recht, wenn sie selbst eine Beraterposition einnimmt und Gebühren von der Gesellschaft empfängt, deren Produkte sie empfiehlt. Für den Kunden lag gerade eine vergleichbare Gefährdungslage vor. Insbesondere konnte – wie die Beklagte meint – aufgrund der Entscheidung vom 19.12.2000 nicht davon ausgegangen werden, dass der seinerzeit nicht in Anspruch genommene Vermögensverwalter neben der beklagten Bank keine Pflichtverletzung begangen hat, mithin allein der Zahlende, nicht aber der Zahlungsempfänger Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist (vgl. hierzu nur Balzer, Anmerkung zu oben genannter Entscheidung, ZIP 2001, 232; vgl. ebenfalls BGHZ 78, 263, 267, 268).

77

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass die Rechtsprechung (Urteil vom 14.03.2002, V ZR 308/02, NJW 2003, 1811 f., sowie Urteil vom 02.12.2003, XI ZR 53/02, NJW-RR 2004, 632 f.) es in der Folgezeit abgelehnt habe, eine generelle Pflicht zur Mitteilung jeglicher Provisionen aus dem Urteil vom 19.12.2000 abzuleiten, sie habe sich auf diese Rechtsprechung verlassen können, verkennt sie, dass ihre Haftung nicht aufgrund der Verletzung einer vermeintlichen "generellen Pflicht" besteht, sondern sich ihr Verhalten im Rahmen des geschlossenen Beratungsvertrages als vertragswidrig darstellt. Denn die Pflicht zur Offenbarung der Rückvergütungen und des damit verbundenen Interessenkonfliktes beruhte – wie unter 1a) ausgeführt – darauf, dass die Beklagte aufgrund des Beratungsvertrages nicht nur Interessen eines Dritten (vgl. BGH, NJW 2003, 1811 f.), sondern vorliegend gerade auch der Klägerin wahrgenommen hat. Rückschlüsse für eine entsprechende vertragliche

78

Verpflichtung hätten zudem aus Ziff. 2.2 Abs. 2 der Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel (BAWe) zur Konkretisierung der §§ 31 und 32 WpHG a.F. für das Kommissions-, Festpreis- und Vermittlungsgeschäft der Kreditinstitute vom 26. Mai 1997 (BANz. Nr. 98 vom 3. Juni 1997, S. 6586), nach der eine zivilrechtliche Aufklärungspflicht über die kommissionsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe von Rückvergütungen vorausgesetzt wird, entnommen werden können (ebenso vgl. OLG Celle, Urteil vom 01.07.2009, 3 U 257/08, Rn. 38 zitiert nach juris; Nittel/Knöpfel, aaO, BKR 2009, 411, 415 f.; Heße, Verdeckte Innenprovision und Offenbarungspflicht beim Anlagevermittlungs- und Anlageberatungsvertrag, MDR 2009, 1197, 1201).

Soweit die Beklagte vortragen lässt, sie habe eine Aufklärungspflicht deshalb nicht annehmen müssen, weil sie für die Klägerin unentgeltlich tätig geworden sei, setzt das Zustandekommen eines Beratungsvertrages nicht voraus, dass die Beratung kostenpflichtig erfolgt (vgl. OLG Celle, WM 2008, 1270 ff.; BGH WM 1987, 495 ff.). Die Interessen des Kapitalanlegers werden auch nicht weniger gefährdet, wenn die Beklagte diesen in den Glauben lässt, ihn kostenlos zu beraten, als wenn ein – vermeintlich einziges – Entgelt in Rechnung gestellt wird. In beiden Fällen kann der Kunde nicht erkennen, dass die Beklagte aufgrund der verdeckten Rückvergütungen mit der jeweiligen Empfehlung ein eigenes erhebliches Umsatzinteresse verfolgt (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 06.10.2009, 6 U 126/09, Rn. 39, zitiert nach juris). Soweit die Beklagte meint, der Klägerin habe klar sein müssen, dass sie – die Beklagte – anderweitig eine Provision für die Vermittlung der Anlage erhalte, da sie dem Kunden selbst keine Gebühr berechnet habe, verkennt sie schon, dass nicht nur über den Erhalt von Rückvergütungen, sondern auch über die Höhe der Rückvergütungen aufzuklären ist. Abgesehen davon handelt es sich bei der Behauptung der Beklagten um eine Unterstellung, die durch Tatsachen nicht belegt ist; gerade wenn – wie hier – eine Bank tätig wird, kann sich die Anlageberatung für den Kunden zum einen als Serviceleistung bei bestehender Geschäftsbeziehung oder als eben kostenloses Werbeangebot für Neukunden darstellen (vgl. Nittel/Knöpfel, aaO, BKR 2009, 411, 413). Darüber hinaus darf der Kunde auch im Rahmen einer kostenlosen Beratung erwarten, dass der Berater sein Vertrauen nicht missbraucht, insbesondere dass dieser nicht den Inhalt seiner Ratschläge von Zahlungen interessierter Dritter abhängig macht (vgl. Heße, aaO, MDR 2009, 1197, 1199). Dies gilt für den vorliegenden Fall, wie unter 1a) ausgeführt, im besonderen Maße, da die Beklagte bereits mit Unterzeichnung der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung vom 30.03.2004 für das Provisionsversprechen eine neutrale Beratung der Anleger im Grundsatz aufgegeben hat; die Beklagte war nach der Vereinbarung verpflichtet, grundsätzlich nur die von der Fondsgesellschaft oder der C2 AG zur Verfügung gestellten Daten und Fakten im Beratungsgespräch zu verwenden. Für die Verschuldensfrage ist weiterhin unerheblich, ob Bankinstitute in der Vergangenheit verdeckte Rückvergütungen allgemein nicht offen gelegt haben; denn der Umstand, dass eine Unsitte bzw. Pflichtverletzung weit verbreitet ist, kann diese weder rechtfertigen noch zum Ergebnis haben, dass der Aufklärungspflichtige in diesem Falle schuldlos handelt (vgl. Harnos, aaO, Rechtsirrtum über Aufklärungspflichten beim Vertrieb von Finanzinstrumenten, BKR 2009, 316, 321).

Schließlich musste die Beklagte zumindest von einer erkennbar unklaren Rechtslage ausgehen, da die Frage, ob im Rahmen eines Beratungsvertrages über Kapitalanlagen die Zahlung von Provisionen und Rückvergütungen aufzudecken ist, von der Rechtsprechung – anders als in dem von der Beklagten hierzu angeführten Fall (BGH, NJW 2008, 840, 842) – explizit gerade noch nicht entschieden worden war, und zwar insbesondere weder von dem III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 28.07.2005 (III ZR 290/04, WM 2005, 1998 ff.) noch vom XI. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 25.09.2007 (XI ZR 320/06, BKR 2008, 199 ff.); auf die Ausführungen unter 1a) wird Bezug genommen. In den

Urteilen vom 06.07.1993 (ZIP 1993, 1148 ff.) und 19.12.2000 (ZIP 2001, 230) gab der BGH im Gegenteil zu erkennen, dass die Banken/Kapitalteilnehmer verpflichtet sind, auf die Interessen der Kunden Rücksicht zu nehmen. Ist die Rechtslage aber zumindest unklar und schließt sich der Betroffene – hier die Beklagte – einer Auffassung an, die die Gerichte später nicht teilen, so trägt der Irrrende das Haftungsrisiko. Der Irrrende musste aufgrund der unklaren Rechtslage von Anfang an mit einem Unterliegen in einem Prozess rechnen; hält er dennoch an seine – für ihn günstigere – Rechtsauffassung fest, trifft ihn der Vorwurf der Fahrlässigkeit, auch wenn er seine Rechtsansicht sorgfältig gebildet hat (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 153 f.; NJW 1974, 1903; WM 1972, 589 ff.; Harnos, Rechtsirrtum über Aufklärungspflichten beim Vertrieb von Finanzinstrumenten, BKR 2009, 316, 322).

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass eine Aufklärungsverpflichtung selbst nach 2004 noch von Instanzgerichten verneint worden sei und sie – die Beklagte – nicht klüger als diese sein müsse, entfällt der Verschuldensvorwurf gleichfalls nicht. Die in Amtshaftungssachen entwickelte Kollegialgerichtsrichtlinie, nach der ein Verschulden des Beamten in der Regel zu verneinen ist, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat (vgl. BGHZ 150, 172, 184), kann entgegen der Annahme der Beklagten auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht übertragen werden. Während der hoheitlich handelnde Beamte die Dienstpflicht hat, die in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmungen, auch wenn sie ihm unklar erscheinen oder sich eine Anwendungspraxis noch nicht herausgebildet hat, auf den ihm vorliegenden Fall anzuwenden, geht es hier um eine freie unternehmerische Betätigung der Beklagten, für die sie selbst Verantwortung zu übernehmen hat (vgl. BGH, III ZR 154/08, Beschluss vom 19.02.2009, zitiert bei juris). Dies schließt die Pflicht ein, sich über ihre vertraglichen Pflichten klar zu werden; die Beklagte hätte insoweit auch ohne Not den für sie sicheren Weg wählen und über die von ihr bezogenen Rückvergütungen aufklären können. Insoweit kann dahin stehen, dass es sich bei den in der Anlage CB B50 aufgeführten Entscheidungen fast ausnahmslos um erstinstanzliche Urteile ab 2007 handelt; dass diesen Urteilen im gleichen Zeitraum nicht in gleicher Anzahl erstinstanzliche Entscheidungen mit einer abweichenden Beurteilung zur Verschuldensfrage gegenüber standen, wird von der Beklagten weder behauptet noch ist dies ersichtlich. 81

Die Annahme einer Offenbarungspflicht verstößt ebenfalls nicht gegen das Grundrecht der Beklagten aus Art. 12 Abs. 1 GG. Durch die vertragliche Nebenpflicht, über Rückzahlungen der Fondsgesellschaft im Rahmen eines Beratungsvertrages aufzuklären, wird die Beklagte insbesondere nicht rechtswidrig in ihrer Berufsausübungsfreiheit beschränkt. Soweit die Beklagte rügt, es fehle ein formelles Gesetz, darf die Rechtsprechung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ohne weiteres herleiten, welche Rechte und Pflichten für nicht gesetzlich geregelte Vertragsverhältnisse – wie hier für den Anlageberatungsvertrag – bestehen (vgl. OLG Stuttgart, 6 U 126/09, Rn. 38 ff. zitiert bei juris). Dass ein Schuldverhältnis sich nicht in der Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolgs beschränkt, sondern eine von Treu und Glauben beherrschte Sonderbeziehung ist, die weitere Verhaltens- und Schutzpflichten begründet, stellt § 241 Abs. 2 BGB seit 2002 auch ausdrücklich klar. Auf eine verfassungswidrige Rückwirkung der Rechtsprechung kann sich die Beklagte gleichfalls nicht erfolgreich berufen. Wie aufgezeigt liegt keine Änderung der Rechtsprechung vor; es gab 2004 keine höchstrichterliche Judikatur, die die Einvernahme von verdeckten Rückvergütungen im Rahmen eines Beratungsvertrages als rechtmäßig bewertet hat. 82

Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, der XI. Zivilsenat habe mit seiner Entscheidung vom 20.01.2009 (WM 2009, 405 f.) den damaligen Parteien den gesetzlichen Richter entzogen, weil nicht der Große Zivilsenat des Bundesgerichtshofs angerufen worden sei, stehen die 83

Entscheidungen des III. Zivilsenats zu Innenprovisionen bei der Anlagevermittlung den Entscheidungen vom 20.01.2009 (WM 2009, 405 f.) und 12.05.2009 (WM 2009, 1274 ff.) – wie unter 1a) ausgeführt – nicht entgegen.

d) Steht eine Aufklärungspflichtverletzung – wie hier – fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens; der Aufklärungspflichtige muss ggf. beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (BGH, WM 2009, 1276 ff.). 84

Soweit die Beklagte hierzu behauptet, dass die Provisionshöhe für die Klägerin nicht anlageentscheidend gewesen sei, da sie ihr eingesetztes Kapital in voller Höhe für abgesichert gehalten habe, schließt dies eine Kausalität nicht aus. Die Beklagte verkennt, dass die Aufklärungspflichtverletzung nicht in der Benennung von Provisionen, die die Werthaltigkeit der Anlage beeinflussen, liegt, sondern in dem Verschweigen des Interessenkonflikts, in welchem sie sich aufgrund der Rückvergütungen als Beraterin gegenüber der Klägerin befand. Dass die Klägerin auch bei Aufdeckung der Gewinninteressen der Beklagten der Empfehlung des Mitarbeiters Y gefolgt wäre, ist weder dargelegt noch in geeigneter Weise unter Beweis gestellt. Soweit die Beklagte weiter vorträgt, die Klägerin habe gewusst, dass sie ein Eigeninteresse am Vertrieb habe und für ihre Behauptung Beweis anbietet, wird nicht dargelegt, welche Umstände die als Zeugen benannten Mitarbeiter Y2 und Y überhaupt bestätigen sollen und dass diese – nicht genannten – Umstände Rückschlüsse auf eine vermeintliche Kenntnis der Klägerin zulassen. Unstreitig ist vielmehr, dass die Beklagte die Klägerin über Rückvergütungen ausdrücklich nicht aufgeklärt hat und diese auch nicht aus den bis zur Zeichnung vorgelegten Unterlagen das Provisionsinteresse der Beklagten erkennen konnte. Entsprechendes gilt, soweit die Beklagte behauptet, für den Anleger seien allein die Steuerersparnis und allenfalls noch Renditechancen sowie das Sicherungskonzept der Schuldübernahme für seine Anlageentscheidung erheblich gewesen. Das von der Beklagten benannte Beweismittel ist nicht geeignet, da innere Entscheidungsvorgänge des Anlegers der Wahrnehmung der Mitarbeiter entzogen sind. Dass der Ehemann der Klägerin sich in dem Beratungsgespräch in dem behaupteten Sinne geäußert hat und insoweit auf den inneren Entscheidungsvorgang der Klägerin geschlossen werden könnte, hat die Beklagte weder in erster Instanz noch in der Berufungsinstanz dargetan (vgl. BGH, NJW 1992, 1899 f.; NJW 1992, 2489 f.). 85

e) Da die unterlassene Aufklärung ursächlich für die Anlageentscheidung der Klägerin war, hat diese einen Anspruch auf Erstattung des Eigenkapitalanteils von 59.500,- € gegen die Beklagte. Die Beteiligung an dem Fonds als der von der Klägerin erlangte Vorteil ist im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Die Klägerin hat dies beachtet, indem sie den Anspruch auf Zahlung des streitgegenständlichen Betrages nur Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus dem Treuhandvertrag und gegen Übertragung der Rechte an der Treuhandkommanditbeteiligung geltend macht. 86

Soweit die Beklagte behauptet, die Klägerin habe den Darlehensvertrag widerrufen, deshalb sei ihr kein oder jedenfalls ein geringerer Schaden entstanden, hat sie für ihre Behauptung keinen Beweis angeboten. Die Ansicht der Beklagten, allein das Bestehen des Widerrufsrechts führe dazu, dass ein Vermögensschaden bei dem Anleger entfalle, geht fehl. Ansprüche aus §§ 346, 357, 358 BGB setzen voraus, dass das Widerrufsrecht tatsächlich ausgeübt worden ist. Die Klägerin ist auch nicht – wie die Beklagte meint – gemäß § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet, einen Widerruf gegenüber der I AG zu erklären, wobei dahin gestellt bleiben kann, ob ein Widerrufsrecht aufgrund falscher Belehrung besteht. Zum einen können Zahlungsansprüche in dem Umfang, wie diese gegen die Beklagte geltend gemacht werden, 87

gegenüber der I AG schon nicht durchgesetzt werden. Der Widerruf des Darlehensvertrages wäre allein auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrages und des verbundenen Geschäfts gerichtet; auch wenn die Darlehensgeberin im Rahmen der Rückabwicklung des verbundenen Geschäfts das Eigenkapital zurückzuzahlen hätte und keine Ansprüche mehr aus dem Darlehensvertrag geltend machen könnte, so wäre sie nicht zum Ersatz der darüber hinaus entstandenen und ggf. noch entstehenden Schäden der Klägerin verpflichtet. Schon insoweit ist es der Beklagten verwehrt, die Klägerin auf einen anderen Schuldner zu verweisen, zumal nicht ersichtlich ist, warum der Darlehensgeberin eine gegenüber der (sich pflichtwidrig verhaltenden) Beklagten vorrangige Haftung zukommen sollte. Soweit die Beklagte unter Verweis auf eine Entscheidung des OLG Karlsruhe (Urteil vom 28.03.2006, 17 U 66/05) meint, das Gesetz weise das Kreditverwendungsrisiko allein dem Darlehensgeber zu, gilt dies ausschließlich im Verhältnis zum Darlehensnehmer. Zum anderen ist es der Klägerin nicht zuzumuten, auf eigenes Kostenrisiko einen weiteren Rechtsstreit zu beginnen, obwohl der gegen die Beklagte über zwei Instanzen geführte Rechtsstreit entscheidungsreif ist. Dass die I AG aufgrund eines Widerrufs zur sofortigen Rückabwicklung des Darlehensvertrages und insbesondere zur Rückzahlung des an die Fondsgesellschaft geleisteten Eigenkapitals bereit wäre, stellt die Klägerin in Abrede. Gegenteiliges behauptet auch die Beklagte nicht.

Die Klägerin muss schließlich auch nicht – wie die Beklagte meint – deshalb den Darlehensvertrag widerrufen, damit die Beklagte zumindest nicht die auf die Darlehensverbindlichkeiten noch aufzuwendenden Beträge zu erstatten habe. Der Widerruf des Darlehensvertrages hätte zwar zur Folge, dass die Klägerin von den Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag befreit wären; gegenüber der Darlehensgeberin schuldete die Klägerin aber im Gegenzug die Übertragung der Rechte aus der Beteiligung. Eine weitere Verfolgung des Anspruchs auf Rückzahlung des Eigenkapitals gegen die Beklagte wäre der Klägerin verwehrt, da dieser Anspruch nur durchsetzbar ist, wenn gleichfalls die Übertragung der Rechte an der Beteiligung angeboten wird. Die Beklagte macht im Prozess insoweit ausdrücklich geltend, dass dieses Angebot von der Klägerin noch nicht ordnungsgemäß erfolgt sei und mangels Fälligkeit der Forderung von ihr keine Zinsen auf den Betrag von 59.500,- € geschuldet würden. Soweit die Beklagte weiter meint, dass im Falle des Widerrufs die Darlehenszinsen entfielen und deshalb die Schlusszahlung in vollem Umfang an die Anleger ausgekehrt werden könne, so dass der Anteilskaufpreis zu 115 % abgesichert sei, setzt diese Überlegung nicht nur voraus, dass alle Treuhandkommanditisten ihren jeweiligen Darlehensvertrag widerrufen, sondern auch, dass die Fondsgesellschaft, die die Darlehensvaluten erhalten hat, der Darlehensgeberin keine Nutzungszinsen zu zahlen hat. Darüber hinaus erkennt die Beklagte, dass – wie aufgezeigt – bei einem Widerruf des Darlehensvertrages die Übertragung der Rechte an der Beteiligung geschuldet wird, die Anleger insoweit – zudem erst im Jahre 2014 – keine Ansprüche mehr hieraus herleiten könnten.

f) Neben dem Anspruch auf Zahlung von 59.500,- € stehen der Klägerin Prozesszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins hieraus seit dem 09.07.2008, dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage, aus § 291 BGB zu.

Soweit die Beklagte hiergegen einwendet, die Forderung sei noch nicht fällig, ist der Beklagten zwar zuzugeben, dass Rechtshängigkeitszinsen nach § 291 BGB bei einer Zug um Zug Verurteilung grundsätzlich nicht zuzusprechen sind (vgl. BGH, Entscheidung vom 16.03.1973, V ZR 118/71; Entscheidung vom 14.01.1971, VII, ZR 3/69; vgl. Leif, Zinsen trotz Zug-um-Zug-Verurteilung, MDR 2008, 480). Etwas anderes gilt aber für den Fall, dass sich der Schuldner mit der Annahme der Leistung des Gläubigers in Verzug befindet. Diese

Voraussetzung ist vorliegend gegeben, da die Klägerin der Beklagten mit Zustellung der Klageschrift und dem darin enthaltenen, der materiellen Rechtslage entsprechenden Antrag ein wörtliches Angebot auf Übertragung der Rechte aus dem treuhänderisch gehaltenen Kommanditanteil entsprechend ihres Beteiligungsverhältnisses gemacht hat. Die Beklagte, die spätestens mit Zustellung des Schriftsatzes zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft und dem darin enthaltenen Klageabweisungsantrag dieses Angebot abgelehnt hat, befand sich daher ab Zugang des Angebotes in Annahmeverzug.

Die Rüge der Beklagten, die Übertragung der Beteiligung sei nicht ordnungsgemäß angeboten worden, da diese nach § 7 des Treuhandvertrages der Zustimmung der Treuhänderin und nach § 6 des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung der Komplementärin bedürfe, steht dem Eintritt des Annahmeverzugs ebenso wenig entgegen wie ihr weiterer Einwand, die Übertragbarkeit der Kommanditbeteiligung setze eine vertragliche Übernahme des Anteilsfinanzierungsdarlehens voraus. Die Regelungen in dem Treuhand- und Gesellschaftsvertrag sind nicht auf eine Übertragung von Rechten zugeschnitten, die – wie hier – im Rahmen eines Schadensausgleichs erfolgt. Eine solche, im Rahmen des Schadensausgleichs erfolgte Abtretung hat nur den Sinn, die bei dem Anleger verbleibenden Vorteile abzuschöpfen. Indem die Klägerin die Übertragung der Rechte am Treugut angeboten hat, ist den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung genüge getan worden. Die Beklagte kann nicht verlangen, dass die Klägerin die in dem Treuhand- und Gesellschaftsvertrag erforderlichen Zustimmungen einholt und die Voraussetzungen für eine (vermeintliche) Wirksamkeit der Übertragung herstellt mit der Folge, dass – scheitert der Geschädigte hieran – sie seinen Schadensersatzanspruch nicht durchsetzen kann. Jede andere Wertung würde dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) widersprechen, welchem letztlich der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung zugrunde liegt (vgl. BGHZ 173, 83 ff.). Die Beklagte würde aus ihrem pflichtwidrigen Verhalten Vorteile ziehen, indem sie der Geschädigten nicht nur die Durchsetzung ihres Schadensersatzanspruches verwehren, sondern zudem Verzugs- und Rechtshängigkeitszinsen verweigern könnte. Das Fehlen etwaiger Zustimmungen liegt insoweit allein im Risikobereich der Beklagten (vgl. Beschluss des BGH vom 28.11.2007, III ZR 214/06, zitiert bei juris).

91

Dies gilt erst Recht unter Berücksichtigung des Umstands, dass gemäß § 7 des Treuhandvertrages zwar die Zustimmung des Treuhänders für die Übertragung der Rechte am Treugut erforderlich ist; um die Übertragung der Kommanditbeteiligung – wie § 6 des Gesellschaftsvertrages vorsieht – geht es nicht. Nach Annahme des Übertragungsangebotes der Klägerin hätte die Beklagte diese Zustimmung vom Treuhänder aber jederzeit selbst einholen können. Soweit die Beklagte darauf verweist, dass die Zustimmung zur Übertragung des Treuguts entsprechend § 6 des Gesellschaftsvertrages vom Treuhänder nur erteilt werden müsse, wenn der Erwerber das zur Teilfinanzierung der Einlage aufgenommenen Darlehens und der daraus resultierenden Rechte und Pflichten übernimmt, und die Klägerin oder die Klägerin auch hierfür nicht Sorge getragen habe, verkennt sie, dass es gerade der Beklagten selbst als Schädigerin und Empfängerin des Übertragungsangebotes oblegen hätte, diese Voraussetzung zu schaffen; denn nur die Beklagte, der im Rahmen der Vorteilsausgleichung die Rechte am Treugut verschafft werden sollen, kommt als neue Darlehensnehmerin anstelle der Klägerin in Betracht. Indem die Beklagte trotz des im Klageantrag enthaltenen wörtlichen Angebots der Klägerin hierzu keinerlei Bemühungen unternommen hat, hat sie zudem Mitwirkungspflichten gemäß § 295 BGB verletzt und – wie sie selbst ausführt – die Übertragung des Treuguts vereitelt. Auch aus diesem Grunde besteht am Eintritt des Annahmeverzugs kein Zweifel.

92

93

Der Annahmeverzug scheitert schließlich auch nicht daran, dass die Beteiligung zugunsten der W2 verpfändet ist. Ein im Verhältnis zur Beklagten anrechenbarer Vorteil verbleibt der Klägerin dadurch nicht (vgl. BGH, NJW 1992, 231).

g) Soweit die Klägerin mit der Berufung weitere Zinsen aus 59.500,- € seit dem 16.07.2004 aus §§ 249, 252 BGB geltend macht, war die Anschlussberufung zurückzuweisen. 94

Zwar ist im Rahmen der Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch der entgangene Gewinn im Sinne des § 252 BGB erstattungsfähig. Bei Kapitalanlagen gilt ferner die Regel, dass sich ein derartiger entgangener Gewinn typischerweise daraus ergibt, dass das Eigenkapital nicht ungenutzt geblieben wäre, wenn es nicht in Form der gezeichneten Anlage verwendet, sondern zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre (BGH, NJW 1992, 1223 ff.). Die Klägerin unterlässt aber jegliche Angaben dazu, welche alternative Anlage die Klägerin getätigt hätte. Ohne entsprechenden Vortrag kann im vorliegenden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin alternativ eine Geldanlage gewählt hätte, die einen bestimmten festen Zinssatz als Rendite erbracht und eine entsprechende Schadensschätzung ermöglicht hätte. 95

Ein Anspruch auf die geltend gemachten Zinsen ergibt sich schließlich auch nicht aus § 849 BGB, da weder eine Sache entzogen noch beschädigt worden ist. Die Klägerin macht vielmehr Schadensersatz wegen vertraglicher Aufklärungspflichtverletzung geltend. 96

2. 97

Die Beklagte hat aus den vorstehenden Gründen die Klägerin auch von jeglichen Ansprüchen der W2 im Zusammenhang mit der Finanzierung der streitgegenständlichen Fondsbeteiligung freizustellen. 98

Ein Freistellungsanspruch der Klägerin folgt insoweit aus § 249 Abs. 1 BGB, wonach die Klägerin so zustellen ist, wie sie ohne die Beratung der Beklagten gestanden hätte. Für diesen Fall ist davon auszugehen, dass die Klägerin weder Verträge im Hinblick auf den Erwerb der Fondsbeteiligung noch im Hinblick auf dessen Finanzierung abgeschlossen hätte. Der Freistellungsanspruch besteht allerdings lediglich Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung und aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag. Dies hat die Klägerin zwar in ihrem erstinstanzlich zunächst angekündigten Antrag berücksichtigt. Nach Hinweis des Landgerichts, wonach der Antrag "der Sache nach" (Protokoll vom 22.04.2009, Bl. 354 GA) ein Feststellungsantrag sei, hat die Klägerin diesen jedoch geändert, woraufhin das Landgericht die von ihm festgestellte Freistellungsverpflichtung nicht der Zug-um-Zug-Verurteilung unterworfen hat. Auf die Berufung der Beklagten war das Urteil des Landgerichts insoweit in geringem Umfang abzuändern. 99

3. 100

Auf die Anschlussberufung der Klägerin war festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme des Angebots auf Übertragung der Rechte an der mit Anteilsübernahmeerklärung vom 15.07.2004 erworbenen Beteiligung an der X GmbH & Co.KG sowie auf Übertragung der Rechte aus dem mit der W GmbH geschlossenen Treuhandvertrag in Verzug befindet. Auf die Ausführungen unter 1f) wird verwiesen. Der Antrag der Klägerin, hinsichtlich der Übertragung der "wirtschaftlichen Beteiligung" Annahmeverzug festzustellen, war – wie erfolgt – auszulegen. 101

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 92 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben. Soweit das OLG Dresden mit Entscheidung vom 24.07.2009 (WM 2009, 1689 ff.) und das OLG Oldenburg mit Entscheidung vom 11.09.2009 (11 U 75/08, zitiert nach BeckRS 2009, 26235) einen unvermeidbaren Rechtsirrtum angenommen haben, sind die Gründe dieser Entscheidungen für den vorliegenden Fall nicht tragend. Ein schuldhaftes Verhalten der Beklagten ergab sich – wie ausgeführt – bereits aufgrund der ausgewiesenen Provision von über 15 %; auf einen vermeintlichen Rechtsirrtum der Beklagten kommt es nicht an. Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 12. Mai 2009 (XI ZR 586/07, WM 2009, 1274 ff.) bereits klargestellt, dass von einem zumindest fahrlässigen Verhalten des Anlageberaters bei Verschweigen von Rückvergütungen auszugehen ist, wenn dort ausgeführt wird, dass "die ohne Zweifel vorliegende fahrlässige Beratungspflichtverletzung der Beklagten nach § 37 a WpHG verjährt ist" und an anderer Stelle festgestellt wird, dass die Besonderheit in dem zu entscheidenden Fall darin liege, dass "der Anspruch des Klägers wegen fahrlässig unterlassener Aufklärung, der an sich gegeben ist, wegen der Sonderverjährungsregelung des § 37a WpHG" bereits verjährt sei. Nach dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hat die Bank von dem Anleger gleichfalls keine Gebühr für die Beratungstätigkeit erhoben, sondern Rückvergütungen von der Fondsgesellschaft bzw. deren Vertrieb erhalten. Dass die Entscheidung ausdrücklich nur Geschäfte nach dem WpHG a.F. betrifft, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung im vorliegenden Fall. Denn bei der Verpflichtung des Beraters zur Offenbarung eines Interessenkonflikts handelt es sich – wie ausgeführt – nicht um eine allein im WpHG normierte Pflicht, sondern um einen allgemeinen, von der gesetzlichen Regelung des § 31 WpHG a.F. unabhängig zu beachtenden Grundsatz.

Soweit der Senat der Ansicht ist, ein Widerruf des Darlehensvertrages werde im vorliegenden Fall nicht als Schadensminderungspflicht geschuldet, handelt es sich um eine Entscheidung im Einzelfall; ein Abweichen von höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt nicht vor. Soweit sich die Beklagte auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 08.01.1952 (NJW 1952, 299) bezieht, verhält sich dieses allein zu § 139 BGB. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 04.03.2004 (NJW 2004, 1865) wird lediglich ausgeführt, dass der dortige Kläger nicht aufgrund seiner Schadensminderungspflicht gehalten gewesen sei, den Darlehensvertrag zu widerrufen, da die tatsächlichen Voraussetzungen eines solchen etwaigen Widerrufs nicht festgestellt seien; dass der Geschädigte bei Bestehen eines Widerrufsrechts von diesem auf jeden Fall Gebrauch zu machen hat, besagt die Entscheidung nicht. In dem weiteren zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23.05.1991 (NJW-RR 1991, 1458) wird zwar eine Klage gegen einen Dritten als Schadensminderungspflicht grundsätzlich für möglich gehalten; eine entsprechende Pflicht setze aber – so der III. Zivilsenat – voraus, dass die in Betracht kommende Maßnahme Aussicht auf Erfolg verspreche und dass ihr nicht im Einzelfall Gesichtspunkte der Zumutbarkeit entgegenstünden. Von diesen Grundsätzen ist der Senat in seiner Entscheidung nicht abgewichen. Schließlich erfordert auch die Entscheidung des OLG Celle vom 30.10.2003 (11 U 61/03, OLGR Celle 2004, 153 – 156) nicht die Zulassung der Revision. Dem vom OLG Celle entschiedenen Fall lag abweichend von dem hier zu entscheidenden Fall zugrunde, dass der Kläger tatsächlich sein Widerrufsrecht ausgeübt hatte; das OLG Celle ist nicht davon ausgegangen, dass der Kläger im Rahmen des § 254 Abs. 2 BGB zum Widerruf verpflichtet war. Dass die Beklagte in Parallelverfahren dieselbe Einwendung erhebt, begründet keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO. Diese kommt einer Sache nur zu, wenn sie eine entscheidungserhebliche klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, welche sich in einer unbestimmten Anzahl von Fällen

stellen kann. Die hier vorliegende Frage, wann ein Geschädigter aufgrund seiner Schadensminderungspflicht zu Maßnahmen gegenüber Dritten verpflichtet ist, ist in der Rechtsprechung geklärt; der Senat hat die von der Rechtsprechung hierzu erarbeiteten Grundsätze angewandt. Soweit die Beklagte im konkreten Fall hierzu eine andere Ansicht vertritt, handelt es sich um eine Wertung im Einzelfall; eine grundsätzliche Bedeutung kommt dem nicht zu.
