

---

**Datum:** 02.11.2009  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 31. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-31 U 53/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2009:1102.I31U53.09.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 11 O 3/09

---

**Tenor:**

Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten wird unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 04.03.2009 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 59.500,-- Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 14.06.2007 Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung (Nominalbetrag 100.000,-- Euro) an der C3 GmbH & Co. KG der Frau L sowie aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 14.07.2004 zu zahlen.

2.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung (Nominalbetrag 100.000,-- Euro) an der C3 GmbH & Co. KG der Frau L sowie aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 14.07.2004, mit gleicher Fälligkeit den Betrag zu zahlen, der der Höhe nach der dann noch beste-henden Verbindlichkeit der Frau L aus dem Darlehensvertrag mit der I AG vom 14.07./11.08.2004 entspricht.

3.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung der Rechte aus der Beteiligung (Nominalbetrag 100.000,-- Euro) an der C3 GmbH & Co. KG der Frau L sowie aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 14.07.2004 in Verzug befindet.

4.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 2.272,-- Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.07.2008 zu zahlen.

5.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, jeden Schaden der Zedentin Frau L aus dem Erwerb und der Finanzierung der Beteiligung an der C3 GmbH & Co. KG zu ersetzen, der ihr über die ausdrücklich klageweise geltend gemachten Forderungen hinaus entstanden ist oder noch entstehen wird.

6.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 3.085,19 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.07.2009 zu zahlen.

7.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

8.

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.

---

## Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin nimmt die beklagte Bank aus abgetretenem Recht von Frau L (im Folgenden: Zedentin) wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit einer am 14.07.2004 gezeichneten Beteiligung an dem C3 GmbH & Co.KG (im folgenden C3) in Anspruch.

3

Unternehmerisches Ziel des C3 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 % Agio 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 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 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. 435 GA) hieß es: "Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der C4 AG abgeschlossen. Die Vergütung wird in Höhe von 4,9 % des Beteiligungskapitals fällig. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die C4 AG das AGIO." Ferner wurde darauf hingewiesen, dass das Agio der Eigenkapitalvermittlerin, der C4 AG, zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen dient. Wegen des weiteren Inhalts des Fondsprospekts wird auf Bl. 404 ff. der beigezogenen Akte I-31 U 126/08 GA verwiesen.

4

Die Beklagte war gemäß einer am 31.03.2004 geschlossenen Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung mit der zur C5 Gruppe gehörenden C4 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 C4 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 Agio gezahlt. Auf die Vereinbarung vom 31.03.2004, Bl. 745 ff. GA, wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

5

6

Die Zedentin war Kundin der Beklagten. Am 14.07.2004 fand in den Räumlichkeiten der Beklagten ein – inhaltlich im Einzelnen streitiges – Gespräch mit dem Mitarbeiter Y statt, in dessen Verlauf dem Zedenten verschiedene Anlagen, u.a. die streitgegenständliche Fondsbeteiligung, vorgestellt wurden. Aufgrund der Empfehlung des Mitarbeiters der Beklagten zeichnete die Zedentin durch Anteilsübernahmeerklärung vom 14.07.2004 eine Beteiligung mit einem ausgewiesenen Wert von 100.000,- € an dem C3 und bot der Treuhandkommanditistin den Abschluss eines Treuhandvertrages zur Verwaltung des Kommanditanteils an. Ebenfalls am 14.07.2004 unterschrieb die Zedentin ein Darlehensvertragsangebot über 45.500,- €, gerichtet an die I AG, und zwar zu den oben genannten Konditionen. Zur Zahlung der Bareinlage und des Agios erteilte sie einen Abbuchungsauftrag über 59.500,- € von ihrem Konto. Unter dem 02.08.2004 erstellte die Beklagte dem Zedenten eine Abrechnung über den Wertpapierkauf C3, Nennwert 100.000,- €, zum Preis von 59,50 % Kurswert, € 59.500,-. Mit Schreiben vom 22.07.2004 bestätigte die Treuhänderin die Annahme des Angebots zur Verwaltung des Kommanditanteils und mit Schreiben vom 11.08.2004 nahm die W2 AG das Vertragsangebot der Zedentin auf Abschluss des Darlehensvertrages unter Mitteilung des Darlehens- und des Zinsstundungskontos an. Die Beklagte erhielt für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligung 8.720,- € (16 % der vermittelten Bareinlage bzw. 8,72 % des Nominalbetrages); hierüber hatte ihr Mitarbeiter die Zedentin im Rahmen des Gesprächs am 14.07.2004 nicht informiert.

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. Mit Anwaltsschreiben vom 30.05.2007 forderte die Zedentin die Beklagte zum Schadensersatz in Höhe von 59.500,- € nebst Zinsen sowie zur Freistellung aus dem Darlehensvertrag bis zum 13.06.2007 auf, wobei sie der Beklagten Zug um Zug die Übertragung der Fondsbeteiligung sowie die Übernahme der Stimmrechte zur Ausübung der Gesellschafterrechte anbot. Mit weiterem Anwaltsschreiben vom 21.06.2007 setzte die Zedentin hinsichtlich der begehrten Freistellung von den übernommenen Kreditverpflichtungen eine Nachfrist bis zum 06.07.2007 und kündigte an, nach Ablauf der Frist diese abzulehnen. Die Zedentin zahlte für die vorgerichtliche Tätigkeit eines Anwalts an diesen Gebühren in Höhe von 3.085,19 €. Sie wandte ferner für Nachzahlungszinsen, die vom Finanzamt wegen verspäteter Leistung der Einkommenssteuer erhoben wurden, 2.272,- € auf.

Mit Vereinbarung vom 15.06.2008 trat die Zedentin ihre gesamten derzeitigen und zukünftigen Ansprüche gegen die Beklagte im Zusammenhang mit der Beteiligung an dem C3 an die Klägerin ab.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich ihrer Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 370 ff. GA) in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss des Landgerichts Essen vom 20.05.2009 (Bl. 392 f. 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 25.07.2008 Zug um Zug gegen Übertragung des Fondsanteils zu zahlen. Ferner hat es die Beklagte zur Zahlung von weiteren 2.272,- € sowie weiteren 3.085,19 € jeweils nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit verurteilt und festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet sei, an die Klägerin mit gleicher Fälligkeit den Betrag zu zahlen, der der Höhe nach der Schuld des Zedenten aus dem Darlehensvertrag mit der I, Darlehenskonto #####, spätestens zum 30.11.2014

entspricht. Die Beklagte sei darüber hinaus verpflichtet, jeden Schaden der Zedentin aus der streitbefangenen Beratungssituation zu ersetzen, die ihr über die ausdrücklich klageweise geltend gemachten Forderungen hinaus entstanden ist oder noch entstehen wird. Wegen der weitergehenden Ansprüche der Klägerin ist die Klage abgewiesen worden.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: 11

Die Beklagte habe Pflichten aus dem zwischen ihr und der Zedentin geschlossenen Beratungsvertrag verletzt. Sie habe es unstreitig unterlassen, die Zedentin 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 nicht dargelegt habe, bei welchen alternativen Anlagen eine Rendite von mindestens 8 % möglich gewesen wäre. Soweit hinsichtlich der Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag mit der I ein Anspruch gegen die Beklagte auf Befreiung von den Verbindlichkeiten bestanden habe, sei dieser aufgrund der erfolglosen Aufforderung, die Zedentin innerhalb der gesetzten Frist von der Haftung freizustellen, gemäß § 250 S. 2 ZPO in einen Geldanspruch übergegangen. Schließlich könne die Klägerin aus abgetretenem Recht für durch Bescheid des Finanzamts belegte Zinsnachzahlungen 2.272,- € und für entstandene außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren 3.085,19 € aus §§ 280, 286 Abs. 1, 2 Nr. 3 BGB erstattet verlangen. Die Beklagte schulde ferner Ersatz jeden Schadens der Zedentin, der ihr neben den bezifferten Beträgen aus der Beratungssituation schon entstanden sei oder noch entstehe. Soweit die Klägerin die Feststellung begehrt habe, 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.

Hiergegen richten sich die wechselseitigen Berufungen der Parteien. 13

Die Klägerin meint, ihr stehe ein Anspruch auf weitere Zinsen von mindestens 8 % aus § 252 BGB zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs spreche bei Beträgen in der streitgegenständlichen Höhe eine Vermutung dafür, dass sie einer anderen Anlage zugeführt worden wären. Weitergehender Vortrag zu der alternativen Anlage könne dem Anleger nicht abverlangt werden, da von Anfang an nur eine Anlage ins Auge gefasst worden sei. Die Höhe des Schadens müsse notfalls geschätzt werden. Der geltend gemachte Zinsanspruch werde darüber hinaus als Verzugszins, als Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Verschulden und/oder aus § 849 BGB geschuldet. 14

Hinsichtlich der Übertragung der Beteiligung befinde sich die Beklagte in Annahmeverzug. Die Beklagte habe die Rechtsposition der Zedentin so zu übernehmen, wie sie sich bei diesem als Ergebnis des pflichtwidrigen Verhaltens der Beklagten darstelle. Etwaige 15

Besonderheiten bei der Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung auf die Beklagte fielen in den Risikobereich der schadensersatzpflichtigen Beklagten. Ferner habe die Beklagte unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die Annahme der Gegenleistung verweigere; weitere Angebote oder Maßnahmen wären in dieser Situation reine Förmerei. Dies gelte erst Recht unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Übertragung der Beteiligung und der Rechte aus dem Treuhandvertrag der Mitwirkung der Beklagten bedürfe. Denn die für die Fondsgesellschaft handelnde Fondsverwaltung habe ihre Zustimmungen davon abhängig gemacht, dass die Beklagte an Stelle der ausscheidenden Anleger die finanziellen Verpflichtungen übernehme.

Zu der Berufung der Beklagten trägt die Klägerin vor, diese sei unzulässig, da sie eine hinreichende Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen vermissen lasse. Sie bestreitet, dass der Zedentin ein Fondsprospekt übergeben worden sei und vertritt die Ansicht, die Beklagte habe weder Umstände dargelegt, die die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens widerlegten, noch sei hierzu Beweis zu erheben. 16

Die Klägerin beantragt, 17

1. das Urteil des Landgerichts Essen vom 04.03.2009 teilweise abzuändern und 18

a) die Beklagte zu verurteilen, im Rahmen der Zug-um-Zug-Verurteilung hinsichtlich des C3 der Zedentschaft an sie aus 59.500,- € weitere Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, wenigstens in Höhe von 8 % p.a., seit dem 14.07.2004 bis zum 24.07.2008, sowie in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz, wenigstens in Höhe von 8 % p.a., seit dem 14.08.2008 zu zahlen;

b) festzustellen, dass sich die Beklagte hinsichtlich der Abtretung der Fondsanteile C20 in Annahmeverzug befindet;

2. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 21

Die Beklagte beantragt, 22

1. das Urteil des Landgerichts Essen vom 04.03.2009, Az. 11 O 3/09, 23

abzuändern und die Klage abzuweisen; 24

2. hilfsweise, die Revision zuzulassen; 25

3. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 26

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 C4 AG ihre Tätigkeit auf Dritte übertragen könne, mitgeteilt worden seien, habe der Prospekt den Anlegern einen möglichen Interessenkonflikt hinreichend aufgezeigt. 27

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 28

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.

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 –beraters 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. 29

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. So habe bereits 2001 Ellenberger (Ellenberger, WM 2001, Sonderbeilage Heft 15, S. 5), Mitglied des XI. Zivilsenats, ausgeführt, dass die Unterscheidung zwischen Anlageberater und Anlagevermittler nicht aussagekräftig sei und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf diese Differenzierung nicht mehr entscheidend abstelle. Auch 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. 30

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 31

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. 574 GA) aufgeführten Entscheidungen.

32

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. Für eine analoge Anwendung des WpHG auf geschlossene Fonds habe kein Raum bestanden, da eine planwidrige Regelungslücke nicht vorgelegen habe.

33

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

34

unentgeltlicher Beratungsvertrag, bei dem der Anleger keinerlei Vergütung gezahlt habe und dieser daher nicht in gleicher Weise eine Berücksichtigung seiner Interessen habe verlangen 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 35 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.

Der XI. Zivilsenat habe mit seinem Beschluss vom 20.01.2009 den seinerzeitigen Parteien 36 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.

Die Beklagte ist der Ansicht, selbst wenn sie eine schuldhafte Pflichtverletzung begangen 37 hätte, wäre diese nicht ursächlich für den Beteiligungserwerb gewesen. 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 Agio genommen hätten, mit dem Anleger verhandelt und an diesen Erstattungszahlungen erbracht hätte. Dies hätte sie auch im vorliegenden Fall getan, wenn dem Anleger das Agio zu hoch gewesen wäre. Für die Entscheidung der Zedentin 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 % Agio, noch auf die Werthaltigkeit der Anlage oder die Rentabilitätsüberlegungen des Anlegers Einfluss gehabt. Dass die Provisionshöhe für den Anleger nicht entscheidend gewesen sei, ergebe sich auch aus seiner – so der Vortrag der Klägerin – irrigen Vorstellung, dass das eingesetzte Kapital in voller Höhe abgesichert sei; über die Werthaltigkeit der Beteiligung habe sich der Anleger danach keine Gedanken machen müssen.

Die Klägerin habe damit dazulegen und zu beweisen, dass die Zedentin im Falle einer 38 ungefragten Mitteilung über ihren Anteil an den Vertriebsprovisionen von der Zeichnung Abstand genommen hätte. Substantiiertes Vortrag hierzu fehle; tatsächlich habe sich die Zedentin überhaupt keine Gedanken über die Verteilung der im Prospekt insgesamt ausgewiesenen Vertriebsprovisionen gemacht. Für die Anlageentscheidung des Anlegers 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 – Vernehmung des Mitarbeiters Y2 – sei verfahrensfehlerhaft und verletze ihr rechtliches Gehör und ihren Justizgewährungsanspruch. Der Anleger 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 der Hand gelegen, dass sie für diese Leistungen von der Fondsgesellschaft vergütet werde.

Der Zedentin 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 Zedentin den Darlehensvertrag widerrufen habe. Sie meint, auch wenn ein Schaden trotz des Widerrufsrechts verbleibe, wären die Ansprüche der Zedentin 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 Zedentin, 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. 39

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. 40

Die Zedentin 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 Zedentin 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. 41

Soweit sie zur Zahlung von Zinsen verurteilt worden sei, habe kein Schuldnerverzug vorgelegen. Die Klägerin habe ihr die Übertragung des Anteils nicht ordnungsgemäß 42

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 Kommanditeil auch nur 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.

Schließlich habe das Landgericht zu Unrecht die Feststellung getroffen, dass sie der Zedentin jeden weiteren Schaden zu erstatten habe; sie habe im Falle der Verletzung von Pflichten eines Anlagevermittlungs- oder Anlageberatungsvertrages lediglich das negative Interesse, nicht aber das vom Urteilstenor mit umfasste positive Interesse, namentlich entgangene Steuervorteile, zu ersetzen. 43

Soweit das Landgericht unter Ziffer 2. die Feststellung zur Zahlungspflicht aus dem Darlehensvertrag getroffen habe, fehle ein Feststellungsinteresse wegen Vorgeflichkeit der Leistungsklage. Die Darlehensverbindlichkeit hätte beziffert werden können, da es sich um ein endfälliges Darlehen mit festem Zinssatz handele. Weiter widerspreche die Feststellung der übrigen Tenorierung. Die Klägerin begehre bereits mit ihrem Zahlungsantrag Zug um Zug die Rückabwicklung der streitgegenständlichen Beteiligung; die Übertragung der Beteiligung setze aber gemäß § 6 Abs. S 1 des Gesellschaftsvertrages voraus, dass zugleich die Rechte und Pflichten des Anteilsfinanzierungsdarlehens im Wege einer Vertragsübernahme erfolge. Nach der Tenorierung des Landgerichts erhalte die Klägerin die Freistellung von dem Anteilsfinanzierungsdarlehens doppelt, nämlich durch Übernahme des Darlehensvertrages im Rahmen der Zug um Zug Verurteilung und darüber hinaus durch Zahlung in Höhe der Verbindlichkeiten gemäß der unter Ziffer 2. getroffenen Feststellung. Ferner habe der zugrunde liegende Freistellungsanspruch der Zedentin gemäß § 399 BGB nicht an die Klägerin abgetreten werden können. Eine Wandlung des Freistellungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch bereits bei der Zedentin, der dann abgetreten werden könne, komme nicht in Betracht. 44

Mangels Schuldnerverzugs könne die Klägerin ebenfalls nicht Rechtsanwaltskosten erstattet verlangen. Ein Schadensersatzanspruch sei auch deshalb nicht gegeben, weil die außergerichtliche Aufforderung nicht zweckmäßig gewesen sei. Den Prozessbevollmächtigten der Klägerin sei aus dutzenden von ihnen betreuten Parallelverfahren bekannt gewesen, dass sie – die Beklagte – die Klageforderung ablehne. 45

Die Beklagte vertritt die Auffassung, werde von einer schuldhaften Pflichtverletzung der Beklagten ausgegangen, werde von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur fehlenden Fahrlässigkeit bei mangelnder Vorhersehbarkeit und zur Relevanz des Stands der höchstrichterlichen 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. 46

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 47

Der in dem Verfahren I-31 U 126/08 überreichte Fondsprospekt hat vorgelegen und ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 02.11.2009 gewesen.

II.	49
Gegen die Zulässigkeit der wechselseitigen Berufungen bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist die Klägerin durch das Urteil des Landgerichts gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 BGB hinreichend beschwert, da schon die verlangten Mehrzinsen vom 14.07.2004 bis 24.07.2008 in Höhe von mindestens 8 % deutlich über 600,- € betragen. Soweit die Zinsforderung gemäß § 4 ZPO bei 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 – entgegen der Ansicht der Klägerin – 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.	50
Die Berufung der Klägerin ist weitgehend begründet, während die Berufung der Beklagten nur in geringem Umfang Erfolg hat.	51
1.	52
Der Klägerin steht aus abgetretenem Recht ein Anspruch auf Zahlung von 59.500,- € wegen Aufklärungspflichtverletzung aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. mit einem Beratungsvertrag zu. Auf ihre Berufung waren weitere Verzugszinsen seit dem 14.06.2007 auf diesen Betrag zuzusprechen (§§ 286, 288 BGB).	53
a) Die Feststellung des Landgerichts, dass zwischen der Beklagten und der Zedentin 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 Zedentin selbst nicht über ausreichende Kenntnisse verfügt hat, 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 Zedentin nicht über die ihr zugeflossene Provision in Höhe von 8.720,- € informiert hat.	54
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).	55
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 C4 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	56

der Anlage – die der Anleger im Rahmen eines Beratungsgespräches gerade erwartet – zu unterlassen.

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 treffende 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. 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.

57

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.

58

59

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 diene 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. 60

Die Entscheidungen zeigen im Übrigen, dass die Differenzierung zwischen Anlagevermittler und -berater in der Rechtsprechung zu keiner Zeit aufgegeben worden ist. 61

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 Agio in Höhe von 5 % der C4 AG zur Abdeckung von Vertriebsaufwendungen zufließt. Auf S. 64 heißt es, dass über die Eigenkapitalbeschaffung ein Vertrag mit der C4 AG abgeschlossen worden sei, die Vergütung werde in Höhe von 4,9 % des Beteiligungskapitals fällig; zuzüglich zu dieser Vergütung erhalte die C4 AG das Agio. Soweit in dem Prospekt mitgeteilt wird, dass die C4 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. 62

Abgesehen davon, dass der Prospekt schon nicht die erforderlichen Informationen bietet, ist der Prospekt der Zedentin auch nicht so rechtzeitig vor dem Vertragsschluss – hier die Zeichnung der Beteiligung am 14.07.2004 – übergeben worden, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden konnte. Gemäß der Anteilsübernahmeerklärung wurde der Prospekt erst anlässlich der Zeichnung der Beteiligung am 14.07.2004 zur Verfügung gestellt; etwas anderes behauptet die Beklagte im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast zu einer hinreichenden Aufklärung auch selbst nicht. Dass die Zedentin 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.

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 Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt steht der abweichenden Wertung im vorliegenden Fall damit nicht entgegen. 64

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 14.07.2004 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. 65

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 C4 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. 66

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. So hat die Beklagte in ihrer Abrechnung vom 02.08.2004 (Bl. 767 GA) den "Kaufpreis" und Kurswert für die Beteiligung nicht nur selbst mit 59.500,- € beziffert. Unstreitig ist auch, 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. 447 der Beiakte, sowie S. 93, Bl. 450 der Beiakte) 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 67

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.

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 14.07.2004 zugrunde gelegt haben und ob umfassend die Rechtsprechung – insbesondere auch einschlägige 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 14.07.2004 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.

68

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-

69

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).

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).

70

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

71

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).

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 Zedentin wahrgenommen hat. Rückschlüsse für eine entsprechende vertragliche 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 Zedentin 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 Zedentin 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).

74

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.

75

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. 76

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 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. 77

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.). 78

Soweit die Beklagte hierzu behauptet, dass die Provisionshöhe für die Zedentin nicht anlageentscheidend gewesen sei, da sie sein 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 Zedentin befand. Dass die Zedentin 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 Zedentin habe gewusst, dass sie ein Eigeninteresse am Vertrieb habe und für ihre Behauptung Beweis anbietet, wird nicht dargelegt, welche Umstände der als Zeuge benannte Mitarbeiter Y2 überhaupt bestätigen soll und dass diese – nicht genannten – Umstände Rückschlüsse auf eine vermeintliche Kenntnis der Zedentin zulassen. Unstreitig ist vielmehr, dass die Beklagte die Zedentin 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 – Vernehmung des Mitarbeiters Y2 – ist nicht geeignet, da innere Entscheidungsvorgänge des Anlegers der Wahrnehmung des Mitarbeiters entzogen sind. Dass die Zedentin sich in dem Beratungsgespräch in dem behaupteten Sinne geäußert hat und insoweit auf den inneren Entscheidungsvorgang geschlossen werden könnte, hat die Beklagte weder in erster Instanz noch in der 79

Berufungsinstanz dargetan (vgl. BGH, NJW 1992, 1899 f.; NJW 1992, 2489 f.). Abgesehen davon ist dieses Beratungsgespräch nach dem Vortrag der Beklagten in erster Instanz (Bl. 225 GA) nicht mit dem als Zeugen benannten Mitarbeiter Y2, sondern mit dem Mitarbeiter Y geführt worden.

e) Da die unterlassene Aufklärung ursächlich für die Anlageentscheidung der Zedentin war, hat die Klägerin einen Anspruch auf Erstattung des Eigenkapitalanteils von 59.500,- € gegen die Beklagte. Die Beteiligung an dem Fonds als der von der Zedentin 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.

80

Soweit die Beklagte behauptet, die Zedentin 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 Zedentin bzw. 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, 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 zurückzahlen 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 Zedentin 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 bzw. der Zedentin 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.

81

Die Zedentin 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 bzw. die Zedentin von den Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag befreit wären; gegenüber der Darlehensgeberin schuldete die Zedentin 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

82

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 verkennt 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 Zinsen in Höhe von 5 83 Prozentpunkten über dem Basiszins hieraus seit dem 14.06.2007 aus den §§ 286, 288 BGB zu. Die Zedentin hat die Beklagte mit Schreiben vom 30.05.2007 zur Zahlung des Betrages von 59.500,- € bis zum 13.06.2007 aufgefordert; die Beklagte befand sich aufgrund des Schreibens seit dem 14.06.2007 in Verzug mit der Zahlung.

Soweit die Beklagte hiergegen einwendet, die Forderung sei noch nicht fällig, ist der 84 Beklagten zwar zuzugeben, dass sowohl Verzugs- als auch 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 befand. Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben, da die Zedentin der Beklagten mit Schreiben vom 30.05.2007 die Übertragung der Rechte aus dem treuhänderisch gehaltenen Kommanditanteil entsprechend ihres Beteiligungsverhältnisses angeboten und die Beklagte das Angebot der Zedentin durch Verstreichenlassen der Frist zumindest konkludent endgültig abgelehnt hat.

Die Rüge der Beklagten, die Übertragung der Beteiligung sei nicht ordnungsgemäß 85 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 Zedentin die Übertragung der Rechte am Treugut angeboten hat, ist den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung genüge getan worden. Die Beklagte kann nicht verlangen, dass die Zedentin bzw. 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.

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 Zedentin 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 Zedentin auch hierfür nicht Sorge getragen habe, verkennt sie, dass es gerade der Beklagten selbst als Schädigerin und Empfängerin des Übertragungsangebotes obliegen 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 Zedentin in Betracht. Indem die Beklagte trotz der Aufforderung der Zedentin vom 30.05.2007 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.

86

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

87

g) Soweit die Klägerin mit der Berufung weitere Zinsen aus 59.500,- € seit dem 14.07.2004 aus §§ 249, 252 BGB geltend macht, war die Berufung zurückzuweisen.

88

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 Zedentin getätigt hätte; sie trägt vor, die Zedentin habe sich seinerzeit hierüber keine Gedanken gemacht. Ohne entsprechenden Vortrag kann im vorliegenden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass die Zedentin alternativ eine Geldanlage gewählt hätte, die einen bestimmten festen Zinssatz als Rendite erbracht und eine entsprechende Schadensschätzung ermöglicht hätte. Im Gegenteil ist unstreitig, dass es der Zedentin im Anlagezeitpunkt gerade auf Steuervorteile ankam; insoweit erscheint es sogar nahe liegend, jedenfalls aber nicht ausgeschlossen, dass – wäre vorliegend nicht die streitgegenständliche Beteiligung gezeichnet worden – statt des vorliegenden Fonds ein anderer Fonds mit entsprechenden Verlustzuschreibungen gewählt worden wäre. Dass der Zedentin aber bei der Wahl eines alternativen steuerbegünstigten Fonds eine Rendite zugeflossen wäre, die dem von ihr geltend gemachten Zinsanspruch entspricht, kann auch unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweiserleichterungen der §§ 252 S. 2 BGB, 287 ZPO nicht festgestellt werden. Für Anlagen in geschlossene Fonds der vorliegenden Art lassen sich auf gesicherter Grundlage keine Durchschnittsrenditen ermitteln, zumal bei Anlegern, die steuerbegünstigten Fonds beitreten, nicht vorrangig Ertragserwartungen im Vordergrund stehen, sondern andere Ziele wie die Realisierung von Steuervorteilen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14.10.2009, 8 U 1/09, S. 9 f. UA).

89

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. 90

2. 91

Soweit die Klägerin die Feststellung begehrt, dass die Beklagte an sie mit gleicher Fälligkeit den Betrag zu zahlen hat, der der Höhe nach der dann noch bestehenden Schuld aus dem Darlehensvertrag entspricht, hat die Klägerin bzw. ihr Prozessbevollmächtigter im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 02.11.2009 klar gestellt, dass der Antrag lediglich auf den Betrag gerichtet ist, der bei Inanspruchnahme der Zedentin noch geschuldet wird, nicht aber auf eine Zahlung der ursprünglichen Schuld von 45.500,- € zuzüglich vertraglicher Zinsen. Ein Zahlungsanspruch der Klägerin in diesem Umfang besteht aus § 250 S. 2 BGB, allerdings gleichfalls lediglich Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung und aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag. Auf die Berufung der Beklagten war das Urteil des Landgerichts insoweit in geringem Umfang abzuändern. 92

Die weiteren Einwendungen der Beklagten tragen nicht. Soweit die Beklagte meint, die Zedentin habe den Anspruch nicht wirksam an die Klägerin abtreten können, trifft dies allein für den ursprünglichen Befreiungsanspruch aus § 249 BGB zu. Dieser kann grundsätzlich nur an den Gläubiger der zu tilgenden Schuld abgetreten werden (Palandt-Grüneberg, 68. Aufl., § 399 Rn. 4 mwN). Der ursprüngliche Freistellungsanspruch der Zedentin aus § 249 Abs. 1 BGB hat sich indes aufgrund der Schreiben des Zedenten vom 30.05.2007 und vom 21.06.2007 gemäß § 250 S. 2 BGB in einen Geldersatzanspruch umgewandelt (vgl. Münchener Kommentar-Oetker, 5. Aufl., § 249 Rn. 29; Palandt-Heinrichs, BGB, 68. Aufl., Vorb v § 149 Rn. 46). Allein dieser Zahlungsanspruch aus § 250 S. 2 BGB, der u.a. von der Abtretungsvereinbarung vom 15.06.2008 erfasst wird, ist streitgegenständlich. Soweit für einen Zahlungsanspruch aus § 250 S. 2 BGB Voraussetzung ist, dass der geforderte Betrag tatsächlich notwendig sein muss, um die Haftungsfreistellung herbei zu führen (BGH, WM 1992, 1074 ff.), ist dies durch die Klarstellung des Antrags sicher gestellt; die Beklagte hat nur dann und in dem Umfang zu leisten, wenn und soweit die Zedentin aus dem Darlehensvertrag vom 14.07./11.08.2004 wegen einer fälligen Forderung in Anspruch genommen wird. Da der Umfang der Verpflichtung der Zedentin noch nicht feststeht, weil nach dem Fondsprospekt die Fondsgesellschaft grundsätzlich vorrangig für die Rückzahlungsverpflichtungen der Darlehensnehmer eintreten soll, kann die Beklagte die Klägerin nicht auf eine vorrangige Leistungsklage verweisen; der von ihr zu zahlende Betrag ist derzeit nicht bezifferbar. Die Klägerin "erhält" die Freistellung von dem Anteilsfinanzierungsdarlehens – wie die Beklagte meint – schließlich auch nicht doppelt zugesprochen; soweit die Beklagte im Rahmen der Zug um Zug Verurteilung bei Übertragung der Rechte an der Beteiligung zur Übernahme der Darlehensverbindlichkeiten verpflichtet ist, kann die Klägerin die Übernahme der Verbindlichkeiten nicht gegen die Beklagte durchsetzen. Die Beklagte könnte ohne weiteres auf die Übertragung der Rechte an der Fondsbeteiligung verzichten mit der Folge, dass die Klägerin nicht aus dem Darlehensvertrag entlassen wird. Insoweit bedurfte es – wie erfolgt – einer gesonderten Verurteilung der Beklagten. 93

3. 94

Gleichfalls war auf die Berufung der Klägerin festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme des Angebots auf Übertragung der Rechte an der mit Anteilsübernahmeerklärung vom 14.07.2004 erworbenen Beteiligung an der Film & Entertainment C3 GmbH & Co.KG sowie auf Übertragung der Rechte aus dem mit der W GmbH geschlossenen 95

Treuhandvertrag in Verzug befindet. Auf die Ausführungen unter 1f) wird verwiesen. Der Antrag der Klägerin, hinsichtlich der Übertragung der "streitbefangenen Fondsanteile" Annahmeverzug festzustellen, war – wie erfolgt – auszulegen.

4.

96

Der Klägerin steht ferner aus abgetretenem Recht ein Anspruch auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.085,19 € zu. Die Kosten sind aufgrund der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches durch die Zedentin entstanden; die Schadensersatzpflicht der Beklagten erstreckt sich gemäß § 249 BGB auf diese Kosten (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 249 Rn. 38 f.). Auf die Frage, ob bei Beauftragung des Anwalts bereits Schuldnerverzug eingetreten war, kommt es – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht an. Soweit die Beklagte meint, die Beauftragung eines Rechtsanwalts sei nicht zweckmäßig gewesen, da sie stets Ansprüche abgelehnt habe, ist schon nicht dargelegt, dass die Zedentin hiervon bei Beauftragung ihres Prozessbevollmächtigten Kenntnis hatte. Des weiteren war die Beauftragung unabhängig von dem späteren Verhalten der Beklagten erforderlich, da die Zedentin aufgrund der schwierigen Sach- und Rechtslage einer anwaltlichen Beratung bedurfte; insbesondere ist nicht erkennbar, dass die Zedentin selbst die Beklagte mit Zahlungsverpflichtungen bzw. mit der Annahme der Beteiligung in Verzug hätte setzen sowie eine Frist zur Freistellung aus dem Darlehensvertrag mit Ablehnungsandrohung hätte bestimmen können. Weiter schuldet die Beklagte die Erstattung gezahlter Nachzahlungszinsen in Höhe von 2.272,- €. Angriffe zu der Höhe der jeweils geltend gemachten Positionen enthält die Berufung nicht. Der Anspruch auf Zinsen in gesetzlicher Höhe jeweils seit Rechtshängigkeit (25.07.2008, Bl. 105 GA) folgt aus § 291 BGB.

97

5.

98

Die Beklagte ist gemäß §§ 249, 280 Abs. 1 BGB i. V. mit dem Beratungsvertrag verpflichtet, jeden weiteren Schaden der Zedentin zu ersetzen, soweit nicht bereits gesondert hierüber entschieden worden ist. Der Besorgnis der Beklagten, die vom Landgericht gewählte Formulierung schließe nicht aus, dass sie auch zum Ersatz des positiven Interesses verpflichtet sei, ist durch Klarstellung des Urteilstenors Rechnung getragen worden. Eine Abänderung des Urteils ist hierin nicht enthalten, da das Landgericht nach seinen Entscheidungsgründen nicht die Feststellung hat treffen wollen, dass die Beklagte auch bezüglich des positiven Interesses haftet; selbst die Klägerin hat ihren Antrag nicht in diesem Sinne verstanden.

99

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 92 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 100 711 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

101

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 102 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 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 hat 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.