
Datum: 03.03.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 31. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 31 U 106/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0303.31U106.08.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 6 O 171/07
Schlagworte: Medienfonds, Rückvergütung, Beratungsvertrag
Normen: § 280 BGB, § 667 BGB, § 241 Abs. 2 BGB, § 346 BGB, § 357 BGB, § 358 BGB, § 254 Abs. 2 BGB, § 242 BGB, § 249 BGB, § 252 BGB, § 849 BGB, § 250 S 2 BGB, § 249 BGB, § 839 BGB, Art. 12 Abs. 1 GG, § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, § 31 d WpHG, § 2 WpHG, § 32 WpHG

Leitsätze:

Banken haben im Rahmen eines Beratungsverhältnisses einen bestehenden Interessenkonflikt im Hinblick auf zu erhaltende Rückvergütungen gegenüber dem Anleger offenzulegen. Dabei ist auch die Höhe der Rückvergütungen aus dem konkreten Geschäft zu benennen.

Tenor:

Auf die Berufungen des Klägers und der Beklagten wird unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 28.08.2008 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 53.784,95 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 08.05.2007 Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung (Nominalbetrag 50.000,-- Euro) an der G GmbH & Co. KG der Frau T sowie aus dem darauf bezogenen

Treuhandvertrag vom 12.09.2003 mit der N GmbH in N2 zu zahlen.

2.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 29.750,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 08.05.2007 Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung (Nominalbetrag 50.000,-- Euro) an der G2 GmbH & Co. KG der Frau T sowie aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 03.05.2004 mit der N GmbH in N2 zu zahlen.

3.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung (Nominalbetrag 50.000,-- Euro) an der G2 GmbH & Co. KG der Frau T sowie aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 03.05.2004 mit der N GmbH in N2, mit gleicher Fälligkeit den Betrag zu zahlen, der der Höhe nach der dann noch beste-henden Verbindlichkeit der Frau T aus dem Darlehensvertrag mit der I AG vom 03.05./28.07.2004 entspricht.

4.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung der Rechte aus den Beteiligungen (Nominalbetrag jeweils 50.000,-- Euro) an der G GmbH & Co. KG der Frau T und aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 12.09.2003 mit der N GmbH in N2 sowie an der G2 GmbH & Co. KG und aus dem darauf bezogenen Treuhandvertrag vom 03.05.2004 mit der N GmbH in N2 in Verzug befindet.

5.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 4.056,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.09.2007 zu zahlen.

6.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, jeden Schaden der Zedentin Frau T aus dem Erwerb und der Finanzierung den Beteiligungen an der G GmbH & Co. KG sowie der G2 GmbH & Co. KG zu ersetzen, der ihr über die ausdrücklich klageweise geltend gemachten Forderungen hinaus ent-standen ist oder noch entstehen wird.

7.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 3.259,29 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.05.2007 zu zahlen.

8.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

9.

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 der Kläger Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus abgetretenem Recht von Frau T (im Folgenden: Zedentin) wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit einer am 12.09.2003 gezeichneten Beteiligung an dem G GmbH & Co.KG (im folgenden G) sowie mit einer am 03.05.2004 gezeichneten Beteiligung an dem G2 GmbH & Co.KG (im folgenden G2) in Anspruch.

3

Unternehmerisches Ziel der beiden G/G2 Medienfonds war die Produktion von Filmen, die über Lizenznehmer vermarktet werden sollten. Der Beitritt zu den Fonds fand über die N GmbH als Treuhandkommanditistin statt. Der Anleger hatte bei Zeichnung eine Bareinlage von 54,5 % zuzüglich 5 % Agio bezogen auf den Nennwert der Kommanditbeteiligung an die Fondsgesellschaften 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 % wurde beim G fakultativ durch ein Darlehen der Beklagten finanziert, welches die Zedentin bis zum 02.07.2005 zurückführte. Bei dem G2 war dieser Betrag obligatorisch durch Aufnahme eines Kredites bei der C 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 hier gleichfalls bis zum 30.11.2014 zinsfrei gestundet. Die Mittel zur Tilgung dieses Darlehens und zur Zahlung

4

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 C 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 bei dem G2 vorgesehen, dass die Fondsgesellschaft zur Besicherung der Anteilsfinanzierungen der finanzierenden Bank ihre Auszahlungsansprüche aus den Schuldübernahmeverträgen verpfändet.

Der Prospekt zum G enthielt auf Seite 40 (Bl. 317 GA) unter Ziffer 10 (Investitionsplanung / Modellrechnung) eine Tabelle zur Investitionsplanung, die unter Nr. 02 eine Mittelverwendung von 8,9% für die Eigenkapitalvermittlung vorsah. In den nachfolgenden Erörterungen dazu hieß es: "Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der W2 AG abgeschlossen. Die Vergütung wird in Höhe von 4,9 % des Beteiligungskapitals beinhaltet eine ggf. anfallende Umsatzsteuer. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die W2 AG das Agio." Ferner wurde darauf hingewiesen, dass das Agio der Eigenkapitalvermittlerin, der W2 AG, zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen dient. Wegen des weiteren Inhalts des Fondsprospekts wird auf Bl. 278 ff. Bezug genommen. 5

Der Prospekt zum G2 enthielt auf Seite 63 unter Ziffer 8 (Investitionsplanung / Modellrechnung) ebenfalls eine solche Tabelle, die unter Nr. 3 eine Mittelverwendung von 4,9% für die Eigenkapitalvermittlung vorsah. In den nachfolgenden Erörterungen dazu (Bl. 442 GA) hieß es: "Der Vertrag über die Eigenkapitalbeschaffung wurde mit der W2 AG abgeschlossen. Die Vergütung wird in Höhe von 4,9 % des Beteiligungskapitals fällig. Zuzüglich zu dieser Vergütung erhält die W2 AG das Agio." Auch hier wurde ferner darauf hingewiesen, dass das Agio der W2 AG zur zusätzlichen Abdeckung von Vertriebsaufwendungen dient. Wegen des weiteren Inhalts des Fondsprospekts wird auf Bl. 379 ff. Bezug genommen. 6

Die Beklagte war gemäß einer am 21.07./15.08.2003 geschlossenen Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung mit der zur W Gruppe gehörenden W2 AG als Eigenkapitalvermittlerin für den G 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 W2 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 nach Erreichen eines Mindestvolumens von 5 Mio. Euro eine Vertriebsprovision in Höhe von 8,25% der Zeichnungssumme ohne Agio gezahlt. Auf die Vereinbarung Bl. 832 ff. GA, wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. 7

Die Beklagte war außerdem gemäß einer am 31.03.2004 geschlossenen Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung mit der W2 AG als Eigenkapitalvermittlerin für den G2 geworben worden. Auch diese Vereinbarung enthielt die oben genannten Restriktionen zur Verwendung von Daten und Fakten. Für ihre Tätigkeit wurde der Beklagten je nach Vermittlungsvolumen bei einem Mindestvolumen von 5 Mio. Euro 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. 1639 ff. GA, wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. 8

Die Zedentin war Kundin der Beklagten. Im September 2003 und Mai 2004 fanden in den Räumlichkeiten der Beklagten – inhaltlich im Einzelnen streitige – Gespräche mit der Mitarbeiterin C2 statt, in deren Verlauf der Zedentin verschiedene Anlagen, u.a. die streitgegenständlichen Fondsbeteiligungen, vorgestellt wurden. Aufgrund der Empfehlung der Mitarbeiterin der Beklagten zeichnete die Zedentin durch Anteilsübernahmeerklärung vom 12.09.2003 eine Beteiligung mit einem ausgewiesenen Wert von 50.000,- € an dem G und bot der Treuhandkommanditistin den Abschluss eines Treuhandvertrages zur Verwaltung des Kommanditanteils an. Unter dem 29.10.2003 (Bl. 64 GA) erstellte die Beklagte der Zedentin eine Abrechnung über den Wertpapierkauf G mit einem Nennwert und Ausgabepreis von 50.000,- €.

Außerdem zeichnete die Zedentin durch Anteilsübernahmeerklärung vom 03.05.2004 eine Beteiligung mit einem ausgewiesenen Wert von 50.000,- € an dem G2 und bot abermals der Treuhandkommanditistin den Abschluss eines Treuhandvertrages zur Verwaltung des Kommanditanteils an. Ebenfalls am 03.05.2004 unterschrieb die Zedentin ein Darlehensvertragsangebot über 22.750,- €, gerichtet an die I AG, und zwar zu den oben genannten Konditionen. Zur Zahlung der Bareinlage und des Agios erteilte sie einen Abbuchungsauftrag über 29.750,- € von ihrem Konto. Mit Schreiben vom 28.07.2004 nahm die C AG das Vertragsangebot der Zedentin auf Abschluss des Darlehensvertrages unter Mitteilung des Darlehens- und des Zinsstundungskontos an. 10

Die Beklagte erhielt für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligung an dem G eine Provision in Höhe von 8,25 % der Zeichnungssumme ohne Agio sowie für die Vermittlung der streitgegenständlichen Beteiligung an dem G2 16 % der vermittelten Bareinlage bzw. 8,72 % des Nominalbetrages; hierüber hatte ihre Mitarbeiterin die Zedentin im Rahmen der geführten Gespräche nicht informiert. 11

Die Fondsbeteiligungen erbrachten in der Folgezeit nicht den erhofften wirtschaftlichen Erfolg; Ausschüttungen von der Fondsgesellschaft wurden nicht gezahlt. Zudem erkannte das Finanzamt steuerliche Verlustzuweisungen der Fondsgesellschaften nicht an. Mit Anwaltsschreiben vom 10.04.2007 forderte die Zedentin die Beklagte zum Schadensersatz in Höhe von 53.784,95,- € nebst Zinsen bzgl. der Beteiligung am G, in Höhe von 29.750,- € nebst Zinsen bzgl. der Beteiligung am G2 sowie zur Freistellung aus dem Darlehensvertrag mit der I bis zum 13.04.2007 auf, wobei sie der Beklagten Zug um Zug die Übertragung der Fondsbeteiligungen sowie die Übernahme der Stimmrechte zur Ausübung der Gesellschafterrechte anbot. Die Zedentin zahlte für die vorgerichtliche Tätigkeit eines Anwalts an diesen Gebühren in Höhe von 3.259,29 €. Sie wandte ferner für Nachzahlungszinsen, die vom Finanzamt wegen verspäteter Leistung der Einkommenssteuer erhoben wurden, 4.056,- € auf. 12

Mit Vereinbarung vom 30.04.2007 trat die Zedentin ihre gesamten derzeitigen und zukünftigen Ansprüche gegen die Beklagte im Zusammenhang mit der Beteiligung an den G und G2 an den Kläger ab. 13

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich ihrer Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 1135 ff. GA) in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss vom 29.09.2008 (Bl. 1189 GA) Bezug genommen. 14

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 83.534,95 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.05.2007 Zug um Zug gegen Übertragung der Fondsanteile zu zahlen. Ferner hat es die Beklagte zur Zahlung von weiteren 7.315,29 € jeweils nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit verurteilt und festgestellt, 15

dass die Beklagte verpflichtet sei, an den Kläger 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 den streitbefangenen Beratungssituationen zu ersetzen, der ihr über die ausdrücklich klageweise geltend gemachten Forderungen hinaus entstanden ist oder noch entstehen wird. Wegen der weitergehenden Ansprüche des Klägers ist die Klage abgewiesen worden.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt:

16

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. Die Prospekte hätten 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 des Klägers gelte insoweit die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Aufgrund der Pflichtverletzung stehe dem Kläger ein Anspruch auf Rückzahlung des Eigenkapitals in Höhe von 83.534,95 € nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligungen zu. Ein Anspruch auf Zinsen vor Rechtshängigkeit komme nicht in Betracht, weil der Kläger nicht dargelegt habe, bei welchen alternativen Anlagen eine Rendite von mindestens 5% über dem Basiszinssatz 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 der Kläger aus abgetretenem Recht für durch Bescheide des Finanzamts belegte Zinsnachzahlungen 4.056,- € und für entstandene außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren 3.259,29 € 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 den Beratungssituationen schon entstanden sei oder noch entstehe. Soweit der Kläger 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 der Kläger nicht dargelegt.

17

Hiergegen richten sich die wechselseitigen Berufungen der Parteien.

18

Der Kläger meint, ihm stehe ein Anspruch auf weitere Zinsen von mindestens 5 % über dem Basiszinssatz 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.

19

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

20

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 wiederholt und vertieft der Kläger sein bisheriges Vorbringen. 21

Der Kläger beantragt, 22

1. das Urteil des Landgerichts Essen vom 28.08.2008 teilweise abzuändern und 23

a) die Beklagte zu verurteilen, im Rahmen der Zug-um-Zug-Verurteilung an ihn weitere 24
Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 53.784,95 € vom
12.09.2003 bis zum 02.05.2004, sowie aus 83.534,95 € vom 03.05.2004 bis zum 08.05.2007
zu zahlen;

b) festzustellen, dass sich die Beklagte hinsichtlich der Abtretung der Fondsanteile G25 und G26
in Annahmeverzug befindet;

2. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 26

Die Beklagte beantragt, 27

1. das Urteil des Landgerichts Essen vom 28.08.2008 abzuändern 28

und die Klage abzuweisen; 29

2. hilfsweise, die Revision zuzulassen; 30

3. die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 31

Die Beklagte meint, da in den Fondsprospekten die Höhe der insgesamt anfallenden 32
Vertriebsaufwendungen sowie der Umstand, dass die W2 AG ihre Tätigkeit auf Dritte
übertragen könne, mitgeteilt worden seien, hätten die Prospekte den Anlegern einen
möglichen Interessenkonflikt hinreichend aufgezeigt.

Selbst wenn sie verpflichtet gewesen wäre, Anleger ungefragt über den auf sie entfallenden 33
Anteil der in den Prospekten ausgewiesenen Vertriebskosten aufzuklären, hätte sie jedenfalls
nicht schuldhaft gehandelt. Sie habe durch ihre Rechtsabteilung stets sorgfältig die
Rechtsprechung, insbesondere die des Bundesgerichtshofs, zu den Pflichten bei der
Anlagevermittlung und Anlageberatung verfolgt und habe die Umsetzung durch
organisatorische Hinweise an die für den Anteilsvertrieb zuständige Fachabteilung gesichert,
welche wiederum die Erkenntnisse an die einzelnen Vertriebsmitarbeiter weitergegeben
habe. Zumindest bis zur Entscheidung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom
19.12.2006 seien ihre Mitarbeiter und Organe davon ausgegangen, dass keine Verpflichtung
zur Offenlegung von Provisionen unter 15 % für Anlagevermittler oder –berater bestehe.

Sie habe sich daher im Zeitpunkt des Vertriebs in einem Vorsatz ausschließenden 34
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.

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.

35

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 erhaltene Vergütungen aufzudecken seien.

36

Für die zivilrechtliche Fahrlässigkeit und den Vorsatz sei ferner anerkannt, dass kein Verschulden vorliege, wenn ein von mehreren Rechtskundigen 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

37

% Vertriebskosten keine Pflicht zur ungefragten Mittelung der eigenen Vertriebsprovision angenommen; die Beklagte verweist des Weiteren auf die in ihrer Anlage CB 50 (Bl. 1584 GA) aufgeführten Entscheidungen.

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.

38

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

39

Der Bundesgerichtshof habe die Frage der Rückwirkung seiner Rechtsprechung bislang nicht entschieden; das Urteil vom 12.05.2009 (XI ZR 586/07, NJW 2009, 2298) habe nur Aufklärungspflichten bei dem Vertrieb von Wertpapieren betroffen. Aufgrund des § 31 WpHG sei die Vorhersehbarkeit einer Offenlegungspflicht bei diesen Geschäften aber anders zu beurteilen als beim Vertrieb von nicht wertpapiermäßig verbrieften Kapitalanlagen. 40

Der XI. Zivilsenat habe mit seinem Beschluss vom 20.01.2009 den seinerzeitigen Parteien darüber hinaus den gesetzlichen Richter entzogen, weil er aufgrund der entgegenstehenden Rechtsprechung des III. Zivilsenats zu Innenprovisionen verpflichtet gewesen sei, die streitgegenständliche Frage dem Großen Zivilsenat des Bundesgerichtshofs vorzulegen. 41

Die Beklagte ist der Ansicht, selbst wenn sie eine schuldhafte Pflichtverletzung begangen 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 dessen – so der Vortrag des Klägers – 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. 42

Der Kläger habe damit dazulegen und zu beweisen, dass die Zedentin im Falle einer ungefragten Mitteilung über ihren Anteil an den Vertriebsprovisionen von der Zeichnung Abstand genommen hätte. Substantiierter Vortrag hierzu fehle; tatsächlich habe sich die 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 E AG bzw. der C AG gewesen. Ein Übergehen ihres Beweisangebots – Vernehmung der Mitarbeiterin C3 (gemeint ist wohl C2) – 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. 43

Der Zedentin sei durch Zeichnung der Beteiligung am G2 schließlich kein Schaden entstanden, da sie aufgrund einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung im Darlehensvertrag diesen gegenüber der C 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 44

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 des Klägers 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 C 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.

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 handle es sich bei dem Widerruf um den vorrangigen Rechtsbehelf; denn das Gesetz weise das Kreditverwendungsrisiko vollständig dem Darlehensgeber zu. 45

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 C 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. 46

Soweit sie zur Zahlung von Zinsen verurteilt worden sei, habe kein Schuldnerverzug vorgelegen. Der Kläger habe ihr die Übertragung des Anteils nicht ordnungsgemäß angeboten, da u.a. die Zustimmung des Komplementärs, die Zustimmung des Treuhänders und die Zustimmung der C AG nicht eingeholt worden seien. Nach § 6 des Gesellschaftsvertrages könne die Treugeberstellung an dem Kommanditanteil auch nur übertragen werden, wenn der Komplementär und (beim G2) die C 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 dem Kläger 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 47

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. 48

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 handle. Weiter widerspreche die Feststellung der übrigen Tenorierung. Der Kläger begehre bereits mit ihrem Zahlungsantrag Zug um Zug die Rückabwicklung der streitgegenständlichen Beteiligung; die Übertragung der Beteiligung setze aber gemäß § 6 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages voraus, dass zugleich die Rechte und Pflichten des Anteilsfinanzierungsdarlehens im Wege einer Vertragsübernahme erfolge. Nach der Tenorierung des Landgerichts erhalte der Kläger 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 den Kläger abgetreten werden können. Eine Wandlung des Freistellungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch bereits bei der Zedentin, der dann abgetreten werden könne, komme nicht in Betracht. 49

Mangels Schuldnerverzugs könne der Kläger ebenfalls nicht Rechtsanwaltskosten erstattet verlangen. Ein Schadensersatzanspruch sei auch deshalb nicht gegeben, weil die außergerichtliche Aufforderung nicht zweckmäßig gewesen sei. Den Prozessbevollmächtigten des Klägers sei aus dutzenden von ihnen betreuten Parallelverfahren bekannt gewesen, dass sie – die Beklagte – die Klageforderung ablehne. 50

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. 51

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 52

II. 53

Gegen die Zulässigkeit der wechselseitigen Berufungen bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist der Kläger durch das Urteil des Landgerichts gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 BGB hinreichend beschwert, da schon die verlangten Mehrzinsen vom 12.09.2003 bis 08.05.2007 in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz 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 des Klägers – auch den Voraussetzungen des § 520 Abs. 2 ZPO. Die 54

Beklagte legt Umstände dar, aus denen sich eine Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben.

Die Berufung des Klägers ist weitgehend begründet, während die Berufung der Beklagten nur in geringem Umfang Erfolg hat. 55

1. 56

Dem Kläger steht aus abgetretenem Recht ein Anspruch auf Zahlung von 53.784,95 € bzgl. der Beteiligung am Medienfonds G und von 29.750,00 € bzgl. der Beteiligung am Medienfonds G2 wegen Aufklärungspflichtverletzung aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. mit einem Beratungsvertrag zu. Auf seine Berufung waren weitere Verzugszinsen seit dem 24.04.2007 auf diese Beträge zuzusprechen (§§ 286, 288 BGB). 57

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 Provisionen informiert hat. 58

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). 59

Im vorliegenden Fall fällt erschwerend ins Gewicht, dass die Beklagte sich mit Unterzeichnung der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarungen vom 21.07./15.08.2003 und 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 W2 AG zur Verfügung gestellt worden sind. Nicht nur das Umsatzinteresse der Beklagten stand insoweit einer ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten geleiteten Beratung entgegen, sondern darüber hinaus die mit dem Provisionsversprechen verbundene Verpflichtung der Beklagten, eine eigene Bewertung der Anlage – die der Anleger im Rahmen eines Beratungsgesprächs gerade erwartet – zu unterlassen. 60

Soweit die Beklagte auf die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH (WM 2007, 873) verweist und meint, eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen habe 2003/2004 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, 61

BKR 2008, 199 ff.). Auf einen Interessenkonflikt kommt es nicht an, zumal 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 abzuschätzen, welche Ausgaben für den Vertrieb und welche Ausgaben in die Anlage selbst fließen; ihm wird damit eine korrekte wirtschaftliche Beurteilung seiner Anlageentscheidung eröffnet. Wird ein Vermittler im Rahmen eines Beratungsvertrages tätig, hat er nicht nur über anlage- und objektbezogene Umstände umfassend aufzuklären; er schuldet – wie aufgezeigt – darüber hinaus die Offenlegung von Rückvergütungen an ihn, da die Kundeninteressen durch diese Rückvergütungen unabhängig von deren Umfang gefährdet werden. Denn erhält ein Berater für den Verkauf eines bestimmten Finanzproduktes vom Emittenten oder von sonstigen am Vertrieb Beteiligten Rückvergütungen, steht das Gewinninteresse des Beraters dem Kundeninteresse an einer objektiven Beratung gegenüber. Dieser allein im Rahmen eines Beratungsvertrages auftretende Interessenkonflikt ist der maßgebende Gesichtspunkt, der die Pflicht, über Rückvergütungen zu informieren, begründet. Die von der Beklagten aufgezeigte Rechtsprechung zu Innenprovisionen über 15 % steht einer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen in jeder Höhe im Rahmen eines Beratungsvertrages damit weder entgegen, noch schränkt sie – wie die Beklagte meint – die Aufklärungspflichten eines Beraters über erhaltene Rückzahlungen unter 15 % ein.

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

Entsprechendes gilt für das von der Beklagten angeführte Versäumnisurteil des Bundesgerichtshofs vom 28.07.2005 (III ZR 290/04, WM 2005, 1998 ff. = NJW 2005, 3208 ff.). Auch in dieser Entscheidung hat der III. Zivilsenat lediglich ausgeführt, dass die aus dem beabsichtigten Geschäftsbesorgungsvertrag folgenden Schutzpflichten der Beklagten "auch" die Pflicht umfassten, auf die versteckte Innenprovision von 18,4% hinzuweisen. Feststellungen zu verdeckten Rückvergütungen an die Geschäftsbesorgerin enthält das Urteil nicht. Darüber hinaus war die – zudem nur vermeintliche – Geschäftsbesorgerin nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt lediglich als Abwicklungsbeauftragte tätig gewesen; die von ihr geschuldete Tätigkeit diente allein der ordnungsgemäßen Umsetzung des bereits von der Zedentin 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. 64

Die Entscheidungen zeigen im Übrigen, dass die Differenzierung zwischen Anlagevermittler und -berater in der Rechtsprechung zu keiner Zeit aufgegeben worden ist. 65

Die Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs hat durch dessen Urteile vom 27.10.2009 (XI ZR 338/08, Rn. 31, WM 2009, 2306, vorgehend OLG Frankfurt, Urt. v. 15.10.2008 - 23 U 17/06, Juris; XI ZR 337/08, WM 2009, 2303, vorgehend OLG Frankfurt, Urt. v. 15.10.2008 - 23 U 348/05, OLGR Frankfurt 2009, 488) keine Einschränkung erfahren. Der Bundesgerichtshof hat hervorgehoben, dass es sich dort (1) - anders als im vorliegenden Fall - nicht um eine umsatzabhängige Provision handelte und (2) zudem eine Vergütung an die Bank schon in dem Prospekt zutreffend angegeben war, welcher dem Anleger rechtzeitig übergeben worden war (XI ZR 338/08, Rn. 31; vgl. auch OLG Frankfurt, 23 U 17/06 bei Juris-Rn. 52). Im Übrigen war die Bank auch auf dem Titelblatt des Prospekts genannt (OLGR Frankfurt 2009, 488). 66

b) Soweit die Beklagte meint, sie sei mit Übergabe der Fondsprospekte ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen, steht dem entgegen, dass die Prospekte keine Angaben zu einer Beteiligung der Beklagten am Vertrieb gegen Provision enthalten. Dort (S. 40 G, S. 63 G2) wird lediglich ausgeführt, dass ein Agio in Höhe von 5 % der W2 AG zur Abdeckung von Vertriebsaufwendungen zufließt. Auf den jeweiligen Folgeseiten heißt es, dass über die Eigenkapitalbeschaffung ein Vertrag mit der W2 AG abgeschlossen worden sei, die Vergütung werde in Höhe von 8,9% (G) bzw. 4,9% (G2) des Beteiligungskapitals fällig; zuzüglich zu dieser Vergütung erhalte die W2 AG das Agio. Soweit in den Prospekten mitgeteilt wird, dass die W2 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. 67

Abgesehen davon, dass die Prospekte schon nicht die erforderlichen Informationen bieten, sind die Prospekte der Zedentin auch nicht so rechtzeitig vor den jeweiligen Vertragsschlüssen – hier die Zeichnung der Beteiligungen am 12.09.2003 und am 03.05.2004 – übergeben worden, dass ihr Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden konnte. Gemäß den Anteilsübernahmeerklärungen wurden die Prospekte erst anlässlich der Zeichnung der jeweiligen Beteiligungen 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, die umfangreichen Prospekte im Rahmen des Beratungsgesprächs zu lesen, ist bei lebensnaher Betrachtung ausgeschlossen.

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. 69

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 seinerzeit 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. 70

aa) Die Einwendung der Beklagten geht hinsichtlich des Medienfonds G2 bereits deshalb fehl, weil sie entsprechend der vorgelegten Vertriebs- und Vergütungsvereinbarung vom 31.03.2004 für den Medienfonds G2 eine über 15 % liegende Provision von der Fondsgesellschaft bzw. dem beauftragten Vertrieb W2 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. 71

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass sie von einer Provision von lediglich bis 8,72 % bezogen auf den Nennwert der Kommanditbeteiligung ausgegangen sei. Die Beklagte ist als Eigenkapitalvermittlerin geworben worden; ihre Provision hat sich insoweit nach der von ihr vermittelten Bareinlage errechnet. Eine entsprechende Regelung enthält Ziff. (5) der Vereinbarung, wonach die Provision 15,50 bis 16 % der "Bareinlage" beträgt. Sowohl für die Beklagte wie für die Kunden stellte sich die Bareinlage auch als eigentlicher Kaufpreis und Wert der Beteiligung dar. Unstreitig ist, dass nach der Fondskonzeption das Darlehen lediglich formal vom Kunden aufgenommen werden sollte. Der Kunde sollte – so sieht es der Fondsprospekt (S. 87 des Prospektes, Bl. 465 GA sowie S. 93, Bl. 471 GA) vor und etwas Gegenteiliges behauptet die Beklagte auch nicht – grundsätzlich weder mit der Zahlung von Zinsen noch mit der Rückzahlung der Darlehensvaluta belastet sein; diese Verpflichtungen sollte die Fondsgesellschaft tragen, wobei eine Schuldübernahme durch die Darlehensgeberin selbst die Rückzahlungen sicherte. Im Gegenzug wurden dem Kunden 72

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) Aber auch in Bezug auf den Medienfonds G mit einer Provision von 8,25% und selbst wenn zugunsten der Beklagten hinsichtlich des Medienfonds G2 – 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, hat 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 seinerzeit 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 hier in Rede stehenden Beratungsvertrages ergangen, so dass die Beklagte schon nicht auf diese Entscheidungen – wie sie vorträgt – im Jahre 2003/2004 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.

73

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-

74

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 nicht 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 2003/2004; 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 2003 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. Die im vorliegenden Fall an die Beklagte gezahlten Rückvergütungen waren als sie beeinflussende Zahlungen gedacht und als solche gemäß der lange vor 2003/2004 begründeten Rechtsprechung zu § 667 BGB dem Auftraggeber aufzudecken (vgl. RGZ 134, 43; Nittel/Knöpfel, aaO, BKR 411, 412). Denn Zweck der Zahlungen war gerade, für das Bankinstitut einen zusätzlichen, nicht in den Interessen des Beratungskunden begründeten Anreiz für eine Förderung des Absatzes des Produktes zu schaffen und als Belohnung für die Vermittlung des Geschäftes zu wirken. Der Rechtsprechung zu § 667 BGB hätte die Beklagte insoweit gleichfalls entnehmen können, dass sie zur Offenlegung der Rückvergütungen verpflichtet ist, und zwar nicht nur bei dem Vertrieb von Wertpapieren und Finanzinstrumenten im Sinne des WpHG a.F., sondern bei Beratungen zu allen Kapitalanlagegeschäften (vgl. Heße, aaO, MDR 2009, 1197, 1199).

Eine solche Aufklärungspflicht hätte die Beklagte zudem aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2000 (XI ZR 349/99, ZIP 2001, 230) herleiten können und müssen. Zwar war in diesem Fall die beklagte Bank nicht Gebührenempfängerin, sondern zahlte Gebühren an den Vermögensverwalter. Wenn aber schon die Zahlung an den Vermögensverwalter eine Haftung begründet, weil die Bank für den Vermögensverwalter einen Anreiz geschaffen hat, sowohl bei der Auswahl der Bankverbindung als auch hinsichtlich der Anzahl und des Umfangs der für seine Kunden über die Bank abzuwickelnden Geschäfte nicht allein das Interesse der Kunden, sondern auch das Eigeninteresse an Vergütungen der Bank zu berücksichtigen, dann haftet sie erst Recht, wenn sie selbst eine Beraterposition einnimmt und Gebühren von der Gesellschaft empfängt, deren Produkte sie

empfiehlt. Für den Kunden lag gerade eine vergleichbare Gefährdungslage vor. Insbesondere konnte – wie die Beklagte meint – aufgrund der Entscheidung vom 19.12.2000 nicht davon ausgegangen werden, dass der seinerzeit nicht in Anspruch genommene Vermögensverwalter neben der beklagten Bank keine Pflichtverletzung begangen hat, mithin allein der Zahlende, nicht aber der Zahlungsempfänger Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist (vgl. hierzu nur Balzer, Anmerkung zu oben genannter Entscheidung, ZIP 2001, 232; vgl. ebenfalls BGHZ 78, 263, 267, 268).

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. 77

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). 78

Soweit die Beklagte vortragen lässt, sie habe eine Aufklärungspflicht deshalb nicht annehmen müssen, weil sie für die Zedentin unentgeltlich tätig geworden sei, steht dem entgegen, dass das Zustandekommen eines Beratungsvertrages nicht voraussetzt, dass die Beratung kostenpflichtig erfolgt (vgl. OLG Celle, WM 2008, 1270 ff.; BGH WM 1987, 495 ff.). Die Interessen des Kapitalanlegers werden 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 79

interessierter Dritter abhängig macht (vgl. Heße, aaO, MDR 2009, 11197, 1199). Dies gilt für den vorliegenden Fall, wie unter 1a) ausgeführt, im besonderen Maße, da die Beklagte bereits mit Unterzeichnung der Vertriebs- und Vergütungsvereinbarungen vom 21.07./15.08.2003 und 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 W2 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).

80

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/Kapitalmarktteilnehmer 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 seiner – für ihn günstigeren – 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).

81

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.

82

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, kann sie hieraus nichts für sich herleiten. Die Rechtsprechung darf 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 Verfassungswidrigkeit der Rückwirkung der Rechtsprechung kann sich die Beklagte gleichfalls nicht erfolgreich berufen. Wie aufgezeigt liegt keine Änderung der Rechtsprechung vor; es gab 2003/2004 keine höchstrichterliche Judikatur, die die Einvernahme von verdeckten Rückvergütungen im Rahmen eines Beratungsvertrages als rechtmäßig bewertet hat.

83

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, folgt der Senat dem nicht, denn die Entscheidungen des III. Zivilsenats zu Innenprovisionen bei der Anlagevermittlung stehen den Entscheidungen vom 20.01.2009 (WM 2009, 405 f.) und 12.05.2009 (WM 2009, 1274 ff.) – wie unter 1a) ausgeführt – nicht entgegen. Im Übrigen würde sich ein etwaiger solcher Verstoß auf das vorliegende Verfahren auch nicht auswirken.

84

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.).

85

Soweit die Beklagte hierzu behauptet, dass die Provisionshöhe für den Anleger nicht anlageentscheidend gewesen sei, da er sein eingesetztes Kapital 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 der Anleger auch bei Aufdeckung der Gewinninteressen der Beklagten der Empfehlung des Anlageberaters gefolgt wäre, ist nicht hinreichend dargelegt. Insoweit reicht es insbesondere nicht aus, darauf zu verweisen, dass im Wirtschaftsleben stets damit zu rechnen sei, dass ein Leistungserbringer nicht unentgeltlich arbeite. Selbst unter Zugrundelegung dieser Prämisse folgt daraus nicht zwangsläufig, dass ein Anleger damit rechnen muss, dass sein Berater umsatzabhängig von dem konkret abzuschließenden Geschäft profitiert und das sogar volumenabhängig, nämlich bei beiden Medienfonds ab dem vermittelten Mindestvolumen von 5 Mio. Euro und beim Medienfonds G2 zusätzlich gestaffelt. Denkbar waren vielmehr auch andere Motivationslagen auf Seiten der Bank, etwa eine vorab für die Aufnahme in die Angebotspalette der Bank gezahlte pauschale Vergütung seitens der Fondsgesellschaft. Die Beklagte hat nichts dazu vorgetragen, welche Äußerungen der Anleger im konkreten Beratungsgespräch getan haben soll, aus denen sich für den Kundenberater herleiten ließ, dass der Anleger von einer umsatzabhängigen Provision für die Bank ausging und deren Höhe für sie bedeutungslos war.

86

Soweit sich die Beklagte zum Beweis ihrer Behauptung, der Anleger habe gewusst, dass sie ein Eigeninteresse am Vertrieb habe, auf das Zeugnis ihres Mitarbeiters beruft, ist nicht dargelegt, welche Umstände dieser überhaupt bestätigen soll und dass diese – nicht genannten – Umstände Rückschlüsse auf eine vermeintliche Kenntnis des Anlegers zulassen. Unstreitig ist vielmehr, dass die Beklagte den Anleger über Rückvergütungen ausdrücklich nicht aufgeklärt hat und dieser 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 Kundenberaters – ist hierzu nicht geeignet, da innere Entscheidungsvorgänge des Anlegers der Wahrnehmung des Mitarbeiters entzogen sind. Dass der Anleger 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 Berufungsinstanz dargetan (vgl. BGH, NJW 1992, 1899 f.; NJW 1992, 2489 f.). 88

Allein die pauschale Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 01. 02. 2010 zu einem angeblich ausschließlich auf Steuersparinteressen gerichteten und von verdeckten Provisionszahlungen an sie unbeeinflussbaren inneren Erwerbswillen des Anlegers, reicht somit als substantiiertes Vorbringen zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung nicht aus, zumal Anhaltspunkte für ein derartiges eingeschränktes Beratungsinteresse des Anlegers nicht ersichtlich sind. 89

Dem weiteren Beweisantritt der Beklagten hierzu auf Vernehmung des Anlegers als Zeugen, der auf eine reine Ausforschung hinauslief, musste deshalb ebenfalls nicht nachgegangen werden. 90

e) Da die unterlassene Aufklärung ursächlich für die Anlageentscheidung der Zedentin war, hat der Kläger einen Anspruch auf Erstattung des Eigenkapitalanteils von 53.784,95 € beim Medienfonds G und von 29.750,00 € beim Medienfonds G2 gegen die Beklagte. Die Beteiligung an dem Fonds als der von der Zedentin erlangte Vorteil ist im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Der Kläger hat dies beachtet, indem er 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. 91

Soweit die Beklagte behauptet, die Zedentin habe im Fall der Medienfonds G2 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. der Kläger 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 zurückzuzahlen hätte und keine Ansprüche mehr aus dem Darlehensvertrag 92

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, den Kläger 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 dem Kläger 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 der Kläger in Abrede. Gegenteiliges legt auch die Beklagte nicht dar.

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 der Kläger 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 dem Kläger 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 vom Kläger noch nicht ordnungsgemäß erfolgt sei und mangels Fälligkeit der Forderung von ihr keine Zinsen auf den verlangten Betrag von 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.

93

f) Neben dem Anspruch auf Zahlung des Eigenkapitals stehen dem Kläger Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins hieraus seit dem 24.04.2007 aus den §§ 286, 288 BGB zu. Die Zedentin hat die Beklagte mit Schreiben vom 10.04.2007 zur Zahlung der Beträge iHv. 53.784,95 € und iHv. 29.750,00 € bis zum 13.04.2007 aufgefordert. Die gesetzte 3-Tages-Frist ist dabei allerdings zu kurz bemessen, weshalb der Senat hier die angemessene Frist von 14 Tagen zugrunde gelegt hat. Die Beklagte befand sich mithin aufgrund des Schreibens seit dem 24.04.2007 in Verzug mit der Zahlung.

94

Soweit die Beklagte hiergegen einwendet, die Forderung sei noch nicht fällig, ist der 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

95

Verzug befand. Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben, da die Zedentin der Beklagten mit Schreiben vom 10.04.2007 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 angeboten worden, da diese gemäß des Treuhandvertrages der Zustimmung der Treuhänderin und gemäß 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. der Kläger 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, aus welchem letztlich der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung folgt (vgl. BGHZ 173, 83 ff.). Die Beklagte würde aus ihrem pflichtwidrigen Verhalten Vorteile ziehen, indem sie der Geschädigten nicht nur die Durchsetzung ihres Schadensersatzanspruches verwehren, sondern zudem Verzugs- und Rechtshängigkeitszinsen verweigern könnte. Das Fehlen etwaiger Zustimmungen liegt insoweit allein im Risikobereich der Beklagten (vgl. Beschluss des BGH vom 28.11.2007, III ZR 214/06, zitiert bei juris).

96

Dies gilt erst recht unter Berücksichtigung des Umstands, dass gemäß des Treuhandvertrages zwar die Zustimmung des Treuhänders für die Übertragung der Rechte am Treugut erforderlich ist; um die Übertragung der Kommanditbeteiligung – wie der 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 aufgenommene Darlehen und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten übernimmt, und der Kläger oder die Zedentin auch hierfür nicht Sorge getragen habe, verkennt sie, dass es gerade der Beklagten selbst als Schädigerin und Empfängerin des Übertragungsangebotes oblegen hätte, diese Voraussetzung zu schaffen; denn nur die Beklagte, der im Rahmen der Vorteilsausgleichung die Rechte am Treugut verschafft werden sollen, kommt als neue Darlehensnehmerin anstelle der Zedentin in Betracht. Indem die Beklagte trotz der Aufforderung der Zedentin vom 10.04.2007 hierzu keinerlei Bemühungen unternommen hat, hat sie zudem Mitwirkungspflichten gemäß § 295 BGB verletzt und die Übertragung des Treuguts vereitelt. Auch aus diesem Grunde besteht am Eintritt des Annahmeverzugs kein Zweifel.

97

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

98

g) Soweit der Kläger mit der Berufung weitere Zinsen aus §§ 249, 252 BGB geltend macht, war die Berufung zurückzuweisen. 99

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.). Der Kläger unterlässt aber jegliche Angaben dazu, welche alternative Anlage die Zedentin getätigt hätte. 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). 100

Ein Anspruch auf die geltend gemachten Zinsen ergibt sich schließlich auch nicht aus § 849 BGB, da weder eine Sache entzogen noch beschädigt worden ist. Der Kläger macht vielmehr Schadensersatz wegen vertraglicher Aufklärungspflichtverletzung geltend. 101

2. 102

Soweit der Kläger 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 der Kläger bzw. sein Prozessbevollmächtigter im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 03.03.2010 klargestellt, 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 zuzüglich vertraglicher Zinsen. Ein Zahlungsanspruch des Klägers 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. 103

Die weiteren Einwendungen der Beklagten tragen nicht. Soweit die Beklagte meint, die Zedentin habe den Anspruch nicht wirksam an den Kläger 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 104

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 04.05./28.07.2004 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 den Kläger nicht auf eine vorrangige Leistungsklage verweisen; der von ihr zu zahlende Betrag ist derzeit nicht bezifferbar. Der Kläger "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 der Kläger 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 der Kläger nicht aus dem Darlehensvertrag entlassen wird. Insoweit bedurfte es – wie erfolgt – einer gesonderten Verurteilung der Beklagten.

3. 105

Gleichfalls war auf die Berufung des Klägers festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme des Angebots auf Übertragung der Rechte an den erworbenen Beteiligungen an den Fonds sowie auf Übertragung der Rechte aus den mit der N GmbH geschlossenen Treuhandverträgen in Verzug befindet. Auf die Ausführungen unter 1f) wird Bezug genommen. Der Antrag des Klägers, hinsichtlich der Übertragung der "streitbefangenen Fondsanteile" Annahmeverzug festzustellen, war – wie erfolgt – auszulegen. 106

4. 107

Dem Kläger steht ferner aus abgetretenem Recht ein Anspruch auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.259,29 € 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 4.056,00 Euro. Angriffe zu der Höhe der jeweils geltend gemachten Positionen enthält die Berufung nicht. Der Anspruch auf Zinsen in gesetzlicher Höhe jeweils seit Rechtshängigkeit folgt aus § 291 BGB. 108

5. 109

110

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 der Kläger hat seinen Antrag nicht in diesem Sinne verstanden.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 92 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 111 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben (§ 543 Abs. 2 Satz 1 112 ZPO). Zur Frage einer schuldhaften Verletzung des Beratungsvertrags liegt nach Auffassung des Senats mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 20.01.2009 (XI ZR 510/07) bereits eine maßgebliche Entscheidung des Revisionsgerichts vor. Im Übrigen weicht der Senat, wie ausgeführt, nicht von höchstrichterlicher oder anderer obergerichtlicher Rechtsprechung ab.