
Datum: 16.03.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 4/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0316.13U4.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 15 O 311/08

Tenor:

Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten wird das Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 26. November 2009 - 15 O 311/08 - unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der von Herrn K am 11. Juli 2003 gezeichneten Beteiligung an der G 3 GmbH & Co. KG im Nominalbetrag von 25.000,00 €

a)

an die Klägerin 16.250,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz, maximal 8%, ab dem 19. April 2008 zu zahlen;

b)

an die Klägerin weitere 2.624,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20. August 2008 (Rechtshängigkeit) zu zahlen.

2.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der von Herrn K am 30. Juni 2004 gezeichneten

Beteiligung an der G 4 GmbH & Co. KG im Nominalbetrag von 50.000,00 €

a)

an die Klägerin 29.750,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz, maximal 8%, seit dem 19. April 2008 zu zahlen,

b)

an die Klägerin weitere 718,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20. August 2008 zu zahlen.

3.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte - Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der von Herrn K am 30. Juni 2004 gezeichneten Beteiligung an der G 4 GmbH & Co. KG im Nominalbetrag von 50.000,00 € sowie Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte des Herrn K aus dem Darlehensvertrag mit der I, Darlehenskonto Nr. 6674xxxxx (betr. die Teilfinanzierung der Beteiligung an der G 4 GmbH & Co KG) - verpflichtet ist, an die Klägerin mit gleicher Fälligkeit, spätestens zum 30. November 2014, den Betrag zu zahlen, den Herr K aufgrund dieses Darlehensvertrages an die I zu zahlen hat.

4.

Es wird weiter festgestellt, dass sich die Beklagte hinsichtlich der Annahme der Abtretung der Rechte aus den von Herrn K gezeichneten Beteiligungen zu Ziffer 1. bis 3. in Annahmeverzug befindet.

5.

Die Beklagte wird schließlich verurteilt, an die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus den von Herrn K gezeichneten Beteiligungen zu Ziffer 1. bis 3. weitere 3.085,19 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20. August 2008 zu zahlen.

6.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

7.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Klägerin zu 18% und die Beklagte zu 82%. Die Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes, des Zedenten K, der sich im Juli 2003 mit einem Betrag von 25.000,00 € zzgl. 1.250,00 € Agio an der G 3 GmbH & Co. KG (im Folgenden: G 3 Medienfonds) und im Juni 2004 mit einem Betrag von 50.000,00 € zzgl. 2.500,00 € Agio an der G 4 GmbH & Co. KG (im Folgenden: G 4 Medienfonds) beteiligt hat, wegen fehlerhafter Aufklärung/Beratung auf Schadensersatz in Anspruch. Die Beteiligung an dem G 3 Medienfonds finanzierte der Zedent in Höhe von 10.000,00 € durch ein Darlehen bei der Beklagten, auf das er bis zur Klageeinreichung 1.905,66 € Zinsen zahlte, und im Übrigen aus Eigenmitteln. Die Beteiligung an dem G 4 Medienfonds wurde nach dem Fondskonzept in Höhe von 22.750,00 € durch ein zum 30. November 2014 endfälliges Darlehen bei der I und in Höhe von 29.750,00 € aus Eigenmitteln des Zedenten finanziert.

3

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands einschließlich der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

4

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 26. November 2009 (GA 330 ff.), auf das im Übrigen wegen der rechtlichen Würdigung durch die Zivilkammer Bezug genommen wird, im Wesentlichen stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte habe ihre Beratungspflichten gegenüber dem Zedenten schuldhaft verletzt, weil sie ihn über die ihr unstreitig im Zusammenhang mit den Beteiligungen zufließenden Rückvergütungen nicht aufgeklärt habe. Die Beklagte habe weder die gegen sie sprechende Verschuldensvermutung, noch die zugunsten des Zedenten eingreifende Vermutung der Schadensursächlichkeit ihrer Pflichtverletzung widerlegt. Die Klägerin könne daher - jeweils Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligungen des Zedenten - die Rückzahlung des eingesetzten Eigenkapitals und der auf das Darlehen der Beklagten gezahlten Zinsen sowie die Erstattung der an das Finanzamt entrichteten Säumniszinsen und der durch die vorgerichtliche anwaltliche Inanspruchnahme der Beklagten entstandenen Kosten verlangen. Außerdem sei - wie beantragt - festzustellen, dass die Beklagte bei Fälligkeit den Betrag an die Klägerin zu zahlen habe, den der Zedent aus dem mit der I geschlossenen Darlehensvertrag an diese zu zahlen verpflichtet sei, und dass die Beklagte sich mit der Annahme der angebotenen Übertragung der Fondsbeteiligungen in Annahmeverzug befinde. Teilweise abzuweisen sei die Klage dagegen, soweit die Klägerin entgangene Anlagezinsen ab der Zeichnung der Beteiligungen in Höhe von 8% verlange, insoweit stehe ihr in Anbetracht der seinerzeitigen Zinssituation gemäß § 287 ZPO nur eine Verzinsung in Höhe von Festgeldzinsen mit 4% bis zur Rechtshängigkeit zu sowie ab diesem Zeitpunkt eine Verzinsung mit Prozesszinsen gemäß §§ 291, 288 BGB, maximal aber 8%. Abzuweisen seien – mangels erkennbaren Feststellungsinteresses – auch die Anträge auf Feststellung

5

einer Ersatzpflicht der Beklagten für sämtliche weiter entstehende Schäden.

Beide Parteien haben gegen das Urteil Berufung eingelegt. Die Beklagte wendet sich im Wesentlichen dem Grunde nach gegen die Annahme einer schuldhaften Aufklärungspflichtverletzung bezüglich ihrer Rückvergütungen und deren Ursächlichkeit für die Beteiligungen des Zedenten. Außerdem erhebt sie Einwendungen gegen die zugesprochene Verzinsung des Eigenkapitals, die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten, die Feststellung ihrer Zahlungsverpflichtung für das Darlehen des Zedenten bei der I und gegen die Feststellung ihres Annahmeverzugs hinsichtlich der Beteiligungsübertragungen. Die Klägerin wendet sich nicht gegen die Abweisung ihrer Feststellungsanträge hinsichtlich weiterer Schäden, wohl aber gegen die teilweise Abweisung ihres Antrags auf Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Landgerichts Köln vom 26. November 2009 – 15 O 311/08 - bezüglich der teilweise aberkannten Verzinsung wie folgt teilweise abzuändern:

- 1 die Beklagte im Rahmen der Zug um Zug – Verurteilung hinsichtlich des Medienfonds G 3 zu verurteilen, an sie aus 66.250,00 € Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, wenigstens 8%, seit dem 11. Juli 2003 zu bezahlen, 89
- 2 die Beklagte im Rahmen der Zug um Zug – Verurteilung hinsichtlich des Medienfonds G 4 zu verurteilen, an sie aus 29.750,00 € Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, wenigstens 8%, seit dem 30. Juni 2003 zu bezahlen. 10

Die Beklagte beantragt, 11

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, 12

sowie 13

das Urteil des Landgerichts Köln vom 26. November 2009 – 15 O 311/08 – abzuändern und die Klage abzuweisen. 14

Die Klägerin beantragt, 15

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 16

Wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens im Berufungsrechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 17

II. 18

Beide Berufungen sind zulässig, aber nur teilweise begründet. Das angegriffene Urteil ist lediglich teilweise bezüglich der Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals abzuändern. 19

1. 20

Die Beklagte wendet sich ohne Erfolg dagegen, dass das Landgericht ihre Haftung wegen schuldhafter Verletzung ihrer vertraglichen Aufklärungspflichten (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) aus den zwischen ihr und dem Zedenten zustande gekommenen Verträgen, bei denen es sich nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts um Beratungsverträge handelte, dem Grunde nach bejaht hat, weil sie die gebotene Aufklärung 21

über ihre Rückvergütungen im Zusammenhang mit den Beteiligungen unterlassen hat. Im Einzelnen gilt:

a)

22

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (WM 2007, 487; WM 2009, 405; WM 2009, 1274; vgl. ferner OLG Celle – Urteil vom 21.10.2009, 3 U 86/09; OLG Stuttgart ZIP 2009, 2185; OLG Dresden ZIP 2009, 2144; OLG Oldenburg BB 2009, 2390) muss eine Bank, die einem Anleger den Erwerb bestimmter Anlageprodukte – seien es Anteile an Aktien- oder Medienfonds, denn der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt ist in beiden Fällen gleich – empfiehlt, diesen ungefragt darauf hinweisen, dass und in welcher Höhe sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält. Diese Aufklärung über die Rückvergütung ist notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offen zu legen; sie ist nicht auf den Anwendungsbereich des WpHG beschränkt, sondern – weil sie sich aus dem zivilrechtlich allgemein anerkannten Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten ergibt – zwar aufsichtsrechtlich für den Bereich des Wertpapierhandels normiert worden, beansprucht aber auch für Fälle außerhalb dieses Bereiches Geltung (vgl. KK-WpHG/Möllers § 31 Rdn. 23 m.w.Nachw.; auch Palandt/Sprau, BGB 68. Aufl. § 654 Rdn. 4). Erst durch die Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen (vgl. Assmann/Schneider/Koller, WpHG 4. Aufl. § 31 Rdn. 74; a.A. Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar 3. Aufl. § 31 WpHG Rdn. 27) und zu beurteilen, ob die Bank ihm einen bestimmten Titel nur deswegen empfiehlt, weil sie selbst daran verdient.

23

Insofern ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (WM 2001, 297) dazu, dass eine Bank, die einem Vermögensverwalter Provisionen und Depotgebühren rückvergütet, ihren Kunden vor Abschluss der vom Vermögensverwalter initiierten Effektengeschäfte darauf hinzuweisen hat, dass sie dadurch eine Gefährdung der Kundeninteressen durch den Vermögensverwalter geschaffen hat, auch auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Wenn eine Bank einen Kunden ohne Zwischenschaltung eines Vermögensverwalters berät, Anlageempfehlungen abgibt und dabei an den empfohlenen Fonds durch Rückvergütungen verdient, sind die Kundeninteressen durch die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen gefährdet. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten. Deshalb ist es geboten, den Kunden über etwaige Rückvergütungen aufzuklären und zwar grundsätzlich unabhängig von der Rückvergütungshöhe. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die Rückvergütungen einem bestimmten Geschäft unmittelbar zugeordnet werden oder in gewissen Zeitabständen gezahlt werden. Wesentlich ist nur, dass die Rückvergütungen umsatzabhängig sind.

24

Der Senat teilt die von der Beklagten geltend gemachten Bedenken gegen die Richtigkeit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht. Das gilt sowohl für die Existenz und Reichweite der angenommenen Aufklärungspflicht, für die Problematik des Verschuldens und der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, wie auch für verfassungsrechtliche Aspekte.

25

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mag den Anwendungsbereich des Art. 12 GG tangieren und einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Beklagten darstellen. Dieser Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist indes durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Bei Entscheidungen von Kunden zu Anlagen in typischerweise nicht geringer Größenordnung werden vollständige Entscheidungsgrundlagen benötigt. Gerade der Vermittlung dieser vollständigen Information dient die Beratung des Anlegers. Erhält er diese

26

Informationen nicht oder nicht vollständig, weil der Berater wegen des eigenen oder des Provisionsinteresses seines Arbeitgebers versucht ist, die Anlageempfehlung an der Provisionshöhe auszurichten, besteht eine erhöhte Gefahr, dass der Kunde eine falsche, für sein Vermögen nachteilige Entscheidung trifft. Auch die „einfachgesetzlichen Bedenken“ der Beklagten gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs teilt der Senat nicht. Jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art ist gegen die Annahme einer mit der Notwendigkeit der Vermeidung von Interessenkonflikten begründeten Aufklärungspflicht nichts einzuwenden. Sie ist – in anderem Zusammenhang (BGH NJW 2004, 154; Palandt/Sprau Kommentar zum BGB, 69. Auflage 2010 § 654 BGB Rdn. 4) - schon seit längerem anerkannt und zum Schutz vor vertragswidrigen Interessenkollisionen notwendig und gerechtfertigt.

Auch die von der Beklagten unter Bezugnahme insbesondere auf einen Aufsatz von Prof. Dr. Q (Pieroth/Hartmann, ZIP 2010, 753 ff.) geäußerten Bedenken hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots teilt der Senat nicht. Wie der Bundesgerichtshof mit ausführlicher und überzeugender Begründung, der sich der Senat anschließt, im Beschluss vom 29. Juni 2010 (XI ZR 308/09, NJW 2010, 2339 ff., insb. Tz. 11) dargelegt hat, stellte sein Urteil vom 19. Dezember 2006 zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen (BGHZ 170, 226 ff.) keine grundlegende Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung oder gar eine richterlicher Rechtsfortbildung dar, sondern beinhaltete lediglich eine bloße Fortführung und weitere Ausformung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Offenlegung von Interessenkollisionen der Bank gegenüber ihren Kunden im Allgemeinen und Rückvergütungen im Besonderen, die für die beteiligten Verkehrskreise bei der gebotenen Sorgfalt bereits ab den Jahren 1989/90 absehbar war. 27

b) 28

Im Streitfall erhielt die Beklagte für den Vertrieb der Fonds unstreitig eine umsatzabhängige Provision; über diese Provision, die nach dem Vorbringen der Beklagten bei dem G 4 Medienfonds zwischen 8,45% und 8,72% der Zeichnungssumme und bei dem G 3 Medienfonds bei 8,25% lag (GA 449), hätte sie den Zedenten nach den vorgenannten Grundsätzen aufgrund des Beratungsvertrages ungefragt aufklären müssen: 29

aa) 30

Für die Berater der Beklagten bestand angesichts der umsatzabhängigen Provision ein ganz erheblicher Anreiz, Anlegern gerade eine Beteiligung an den streitgegenständlichen Medienfonds zu empfehlen. Darüber und über den damit verbundenen Interessenkonflikt musste die Beklagte den Zedenten im Rahmen des Beratungsgesprächs unterrichten, um ihn in die Lage zu versetzen, das Umsatzinteresse der Beklagten einzuschätzen und beurteilen zu können, ob der Berater der Beklagten die Fondsbeteiligungen nur deshalb empfahl, weil die Beklagte daran verdiente. 31

Dass die der Beklagten zugeflossene Provision im Prospekt als Vertriebskosten bzw. Kosten der Eigenkapitalvermittlung bezeichnet wird, während es sich bei Rückvergütungen – wie der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum ausgeführt hat (BGH WM 2008, 2306, juris Tz. 31, siehe auch Nobbe, WuB I G 1. – 5-10 und WuB I G 1. – 11.10) - um Ausgabeaufschläge und Verwaltungsgebühren handelt, die hinter dem Rücken des Kunden von der Gesellschaft umsatzabhängig wieder an die beratende Bank zurückfließen, steht einer Anwendung der o.g. Grundsätze nach Ansicht des Senats nicht entgegen. Ein – die Aufklärungspflicht der beratenden Bank begründender - Interessenkonflikt besteht auch dann, wenn ohne Kenntnis des Kunden, also hinter dessen Rücken, umsatzabhängige Provisionen aus dem Fondsvermögen an die Bank gezahlt werden. Der Senat verkennt nicht, dass es sich bei 32

Innen- und Vertriebsprovisionen um vom Verkäufer oder Emittenten des Anlageprodukts von vorneherein einkalkulierte Kostenbestandteile handelt, die – anders als Rückvergütungen von Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsgebühren – als solche keinen anrühigen Charakter haben und in gewissem Umfang branchenüblich sind (vgl. dazu Nobbe a.a.O.). Gleichwohl hält er die Grundsätze zur Aufklärungspflicht über umsatzabhängige Vergütungen auch im vorliegenden Fall, in dem die beratende Bank unstreitig derartige Provisionen erhalten hat, für anwendbar. Die gegenteilige Betrachtungsweise stellt im Wesentlichen auf das Verhältnis zwischen Verkäufer/Emittent einerseits und seinen Vertriebspartnern (der Bank) andererseits ab. Demgegenüber ist Grund für eine diesbezügliche Aufklärungspflicht der Bank nach dem Verständnis des erkennenden Senats weder eine bestimmte Herkunft derartiger Vergütungen noch eine etwa zu missbilligende oder anzuerkennende Motivation des Verkäufers/Emittenten für ihre Zahlung, sondern allein der infolge dieser Zahlungen bei der beratenden Bank entstehende - eine objektive, am Kundeninteresse orientierte Beratung möglicherweise beeinträchtigende – Interessenkonflikt, über den der Kunde, um das Umsatzinteresse der Bank abschätzen und eine sachgerechte Anlageentscheidung treffen zu können, unterrichtet sein muss. Hierfür kann es nicht darauf ankommen, auf welchem Zahlungsweg und aus welchem „Topf“ die Bank eine umsatzabhängige Vergütung von dem Fonds erhält und wie eine solche Zahlung bezeichnet wird (vgl. Koch BKR 2010, 177, 180 f.); der Kunde wird bei Verschweigen einer solchen Zahlung nicht in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank zutreffend abzuschätzen. Dass Vertriebsprovisionen im Grundsatz branchenüblich sind und ein durchschnittlicher Anleger entsprechende Zahlungen an die – von ihm selbst nicht unmittelbar vergütete - Bank womöglich in Rechnung stellen muss, kann jedenfalls deshalb zu keinem anderen Ergebnis führen, weil nach der o.g. Rechtsprechung des BGH (WM 07, 487 ff. Tz. 24) gerade auch über die Höhe umsatzabhängiger Vergütungen aufzuklären ist.

Die Aufklärungspflicht davon abhängig zu machen, ob an die Bank „klassische“ Rückvergütungen oder sonstige – umsatzabhängige – (Vertriebs)Provisionen gezahlt werden, würde schließlich zu in der Sache wenig plausiblen Ergebnissen führen: Weiß der Anleger oder geht er davon aus, dass die Bank eine Vertriebsprovision erhält, während ihr in Wahrheit darüber hinaus auch noch das Agio zufließt, müsste sie den Anleger hierüber aufklären. Geht der Anleger dagegen davon aus oder weiß (nur), dass die Bank das Agio vereinnahmt, bestünde hinsichtlich einer zusätzlich an die Bank gezahlten Vertriebsprovision keine Aufklärungspflicht, obwohl der Kunde auch in diesem Fall über das konkrete Umsatzinteresse der Bank ersichtlich im Unklaren gelassen wird. Für eine derartige Differenzierung vermag der Senat keinen sachlichen Grund zu erkennen, zumal ein durchschnittlicher Anleger, der von einem „Rückfluss“ des 5%igen Agios an die Bank ausgeht, diese Vergütung - nach der Lebenserfahrung - für abschließend halten wird.

bb) 34

Die danach auch im vorliegenden Fall gebotene Aufklärung des Klägers ist nicht erfolgt: 35

Unstreitig wurde der Zedent mündlich nicht auf die Provisionen der Beklagten hingewiesen. 36

Die Prospektangaben enthielten ebenfalls keine ausreichende Aufklärung. Die Beklagte beruft sich in diesem Kontext zu Unrecht darauf, durch die sich aus dem Prospekt ergebende Mitteilung, dass die für den Vertrieb zuständige G AG berechtigt sei, Dritte als Vertriebspartner einzusetzen, ergebe sich die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlangte Information für den Anleger. Aus dieser allgemein gehaltenen Mitteilung kann selbst bei genügender Aufmerksamkeit nicht abgeleitet werden, dass es sich bei diesem provisionsberechtigten Dritten gerade um die Bank handelt, die ihrem Kunden diese Anlage 37

empfiehlt. Zudem ergibt sich aus dem Prospekt nicht, in welchem Umfang die dort erwähnten Provisionen der Beklagten (und nicht möglicherweise beteiligten Dritten) zufließen sollten. Dies - und nicht nur die Angabe der insgesamt anfallenden Vertriebsprovisionen - ist indessen erforderlich, da nur der Anleger, der auch die Höhe der Rückvergütung kennt, das Umsatzinteresse der Bank vollständig ermessen und abschätzen kann, um abzuwägen, ob es der Bank nur um den Erhalt der Rückvergütung oder die Empfehlung eines für den Anlegers optimalen Produktes geht (so zutreffend OLG Celle a.a.O., Tz. 43 des juris-Ausdrucks sowie Ellenberger, in: Ellenberger/Schäfer/Clouth/ Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier und Derivategeschäft, 2. Aufl., 2009, Rdn. 862). Die Gesamthöhe der Vertriebsprovisionen ist unter dem Aspekt der Werthaltigkeit der Anlage relevant und ausreichend, während der Gesichtspunkt des Interessenkonflikts dagegen die - hier fehlende - Angabe des auf die beratende Bank entfallenden Anteils an den Vertriebskosten erfordert und gebietet. Aus diesem Grund ändert sich an der Aufklärungspflicht der Beklagten - und der Feststellung, dass diese im vorliegenden Fall verletzt ist – auch nichts durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. Oktober 2009 (XI ZR 338/08).

c) 38

Da die Pflichtverletzung der Beklagten danach objektiv feststeht, wird ihr Verschulden gemäß § 280 Abs.1 S.2 BGB vermutet. Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, sie habe in den Jahren 2003 und 2004 davon ausgehen dürfen, ihrer Informationspflicht durch die o.g. Angaben in den Fondsprospekten (insgesamt anfallende Vertriebskosten und die Möglichkeit, Dritte als Vertriebspartner einzuschalten) zu genügen, vermag der Senat dieser Auffassung nicht zu folgen. 39

aa) 40

Nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB muss der Aufklärungspflichtige darlegen und beweisen, dass er eine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (BGH WM 2007, 542; WM 2009, 1274). Zum Vertretenmüssen gehören Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB), so dass die Beklagte bereits für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat. Soweit sich - wie hier - der Aufklärungspflichtige auf einen Rechtsirrtum über Bestehen und Umfang einer konkreten Aufklärungspflicht beruft, ist zu unterscheiden. Während die vorsätzliche Haftung bereits bei einem bloßen Rechtsirrtum entfällt, ist die Haftung wegen Fahrlässigkeit nur bei einem unvermeidbaren Rechtsirrtum ausgeschlossen. An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein strenger Maßstab anzulegen. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten (vgl. BGH WM 2001, 2012). Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum nur dann, wenn der Irrrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Muss er dagegen mit einer solchen abweichenden Beurteilung rechnen, handelt er auch dann sorgfaltswidrig, wenn er seine eigene Rechtsansicht sorgfältig gebildet hat. Auch der Umstand, dass ein Kollegialgericht die Rechtsauffassung des Schuldners gebilligt hat, führt nicht in jedem Fall zu seiner Entlastung. Bei einer in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilten Rechtsfrage ist ein Rechtsirrtum dann nicht unvermeidbar, wenn der Schuldner sich lediglich einer der insoweit vertretenen Auffassungen anschließt. Andernfalls würde das bei ihm liegende Risiko der unzutreffenden Beurteilung der Rechtslage zu Unrecht auf den Gläubiger abgewälzt (BGH NJW 1994, 2754; NJW 1998, 2144; NJW 2001, 3114; NJW 2006, 3271; NJW 2007, 428, OLG Oldenburg BB 2009, 2390; Heße, MDR 2009, 1197/1201). 41

bb) 42

Danach ist das Verhalten der Beklagten als zumindest fahrlässig im Sinne von § 276 BGB einzustufen. 43

Zwar lagen im Zeitpunkt des Anteilserwerbs durch den Kläger im Juli 2003 die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen vom 19. Dezember 2006 (BGHZ 170, 226) und vom 20. Januar 2009 (WM 2009, 405) noch nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2001, 962; WM 2009, 405) ergibt sich die Aufklärungspflicht der Beklagten aber bereits aus dem zivilrechtlich allgemein anerkannten Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten, der entgegen der Auffassung der Beklagten (und mancher Stimmen in der Literatur) keineswegs neu, sondern in der Sache bereits seit langem anerkannt ist und – nicht abschließend, sondern nur beispielhaft - aufsichtsrechtlich für den Bereich des Wertpapierhandels normiert wurde (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG). 44

Zudem hat der Bundesgerichtshof in der eingangs zitierten Entscheidung (NJW 2010, 2339) darauf hingewiesen, dass er bereits in den Jahren 1989 und 1990 in zwei Entscheidungen bei vermittelten Warentermingeschäften heimliche Kick-back-Vereinbarungen zwischen Anlagenvermittler und Broker missbilligt, den Vermittler zur Herausgabe der Rückvergütungen nach §§ 675, 667 BGB für verpflichtet gehalten und dem Berufungsgericht aufgegeben hatte, Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zu prüfen (BGH WM 1989, 1047; WM 1990, 462). Auch in der Literatur sind diese Entscheidungen dahin verstanden worden, dass die Verheimlichung der Rückvergütung nicht nur in Bezug auf die bloße Herausgabepflicht eine Täuschung des Kunden darstellt, sondern auch deswegen, weil die Rückvergütungen die Tätigkeit des Vermittlers zuungunsten des Anlegers beeinflussen (Nassall, WuB IV A § 826 BGB 8.89 unter 3.; Wach, EWIR 1989, 765, 766). 45

Auch im einschlägigen Schrifttum wurde eine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über Rückvergütungen - als Konkretisierung der allgemeinen Aufklärungspflicht über Interessenkollisionen - angenommen (Roth in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 1990, § 12 Rn. 49 f.; Schäfer, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung und Vermögensverwaltung, 1. Aufl. 1993, S. 23 f.; zu § 384 HGB bereits Koller, BB 1978, 1733, 1738 f.; ebenso in der Folgezeit: Koller in Assmann/Schneider, WpHG, 1. Aufl. 1995 und 2. Aufl. 1999, jeweils § 31 Rn. 74; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2000, Rn. 8.194 f. und 16.440; Schäfer, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung und Vermögensverwaltung, 2. Aufl. 1995, S. 28; Schäfer in Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, 1. Aufl. 1997, § 11 Rn. 84 ff.; Schäfer in Schäfer/Müller, Haftung für fehlerhafte Wertpapierdienstleistungen, 1999, S. 62; Schäfer, Wertpapierhandelsgesetz, Börsengesetz, Verkaufsprospektgesetz, 1999, § 31 WpHG Rn. 82; offengelassen von Hopt in Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute - der moderne Schuldturn?, Bankrechtstag 1992, S. 1, 19; allgemein auf die Vermeidung von Interessenkonflikten bzw. deren Offenbarung hinweisend: Claussen, Bank- und Börsenrecht, 1. Aufl. 1996 und 2. Aufl. 2000, jeweils § 6 Rn. 39 ff.) bzw. wurde eine Aufklärung jedenfalls unter bestimmten Bedingungen, insbesondere bei einer bestimmten Höhe der Innenprovision für geboten gehalten (vgl. etwa Wagner, WM 1998, 694 ff; Gallandi, WM 2000, 279 ff; Kieth, NZG 2001, 107; vgl. ferner Nittel/Knöfel, BKR 2009, 411 ff mit einer Übersicht zu Rechtsprechung und Literatur seit 1962). Auch diejenigen Stimmen in der Literatur (Veil, WM 2009, 2194 ff; Zingel/Rieck, BKR 2009, 353 ff) und in der Rechtsprechung (OLG Dresden WM 2009, 1689; OLG Oldenburg BB 2009, 2390), die im Ergebnis ein Verschulden der die Provision verschweigenden Bank ablehnen, konzedieren, dass es – mindestens seit den 90er Jahren – in der Literatur Stimmen gegeben habe, die eine Aufklärungspflicht in der vom Bundesgerichtshof nunmehr 46

angenommenen Reichweite vertreten haben.

Nach alledem musste auf der Grundlage der geführten Diskussion das Bestehen einer Aufklärungspflicht über die der Bank gewährte Rückvergütung für die Beklagte naheliegen. Zumindest konnte ihr - bei einer sorgfältigen Prüfung des Standes der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur - aber nicht verborgen bleiben, dass die Problematik des mit der gewährten Rückvergütung einhergehenden offensichtlichen Interessenkonflikts kontrovers diskutiert wurde. In dieser Situation - angesichts der ergangenen gerichtlichen Entscheidungen und der Literaturveröffentlichungen - handelte sie zumindest fahrlässig, wenn sie dennoch im Vertrauen darauf agierte, dass sich die von ihr bevorzugte Rechtsansicht schließlich durchsetzen und sie mit einer höchstrichterlichen Entscheidung, hinter dem Rücken des zu beratenden Anlegers gezahlte Rückvergütungen seien auch unter 15% offenzulegen, nicht zu rechnen brauche (vgl. Nobbe, WuB I G 1. - 5-10, Anm. zu OLG Dresden vom 24. Juli 2009 - 8 U 1240/08). Das gilt nach den obigen Ausführungen in gleicher Weise, wenn der beratenden Bank Vertriebsprovisionen zufließen und sie sich deshalb gleichermaßen in einem Interessenkonflikt befindet. 47

cc) 48

Dabei kann dahinstehen, ob die vorgenannten Informationen hier auch dem jeweiligen Anlageberater zur Verfügung standen. Die Beklagte wäre jedenfalls verpflichtet gewesen, ihre Mitarbeiter entsprechend aufzuklären und zu schulen. Soweit sie dies – wie es auch nach ihrem eigenen Vortrag der Fall war - unterlassen hat, ergibt sich ihre Haftung ohne Weiteres aus einem Organisationsverschulden (wie hier OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2185 sowie OLG Celle WM 2009, 1794 sowie Urteil vom 21. Oktober 2009 – 3 U 86/09). 49

dd) 50

Einer Beweisaufnahme zum Fehlen eines Organisationsverschuldens und/oder zur fehlenden Vorhersehbarkeit einer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bedurfte es daher – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht. 51

d) 52

Dass der Zedent die Medienfonds bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht gezeichnet hätte, ergibt sich aus der von der Beklagten nicht ausreichend widerlegten Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1329; WM 2009, 274; Beschluss v. 19. Februar 2009, III ZR 154/09; Stackmann, NJW 2009, 3265/68; anders, aber unzutreffend Veit, WM 2009, 2193/2201 sowie Herresthal ZBB 2009, 348/61). 53

Es reicht insoweit nicht aus, dass die Beklagte Handlungsmöglichkeiten aufzeigt, die der Zedent bei pflichtgemäßer Aufklärung gehabt hätte; sie hätte vielmehr substantiiert Anhaltspunkte dafür darlegen und unter Beweis stellen müssen, dass der Zedent den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. An entsprechendem Vortrag fehlt es jedoch: 54

Soweit die Beklagte behauptet, für die Anlageentscheidungen des Zedenten sei allenfalls die Höhe des zu zahlenden Agios, die Möglichkeit einer Steuerersparnis und Renditeerzielung sowie die Absicherung der Anlage relevant gewesen, war ihrem erstinstanzlichen Beweisantritt durch Vernehmung des Zeugen Will (GA 291 f.) bereits deshalb nicht nachzugehen, weil jeglicher Vortrag der Beklagten dazu fehlt, woher der benannte Zeuge die entsprechende Kenntnis von den in sein Wissen gestellten Behauptungen - hierbei handelt 55

es sich um nicht in der Person des Zeugen eingetretene innere Tatsachen des Zedenten - haben soll (vgl. dazu BGH, NJW 1992, 2489; NZB vom 01. August 2007, III ZR 35/07). Soweit die Beklagte außerdem erstmals im Berufungsverfahren zusätzlich Beweis durch Vernehmung des Zedenten angetreten hat (GA 483), ist dieser neue Beweisantritt gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr berücksichtigungsfähig und wäre im Übrigen - mangels tatsächlicher Anknüpfungspunkte - auch in der Sache als Ausforschungsbeweis bzw. Beweisantritt ins Blaue hinein unbeachtlich.

Eine andere Beurteilung rechtfertigt auch nicht der erstmals mit Schriftsatz vom 26. Januar 2011 in der Berufungsinstanz erhobene Einwand der Beklagten, der Zedent habe bereits im Dezember 2002 eine Beteiligung an einem anderen Medienfonds gezeichnet, obwohl er durch den ihm rechtzeitig übergebenen Prospekt (dort Seite 28) auf die dortige Vermittlungsprovision der Beklagten in Höhe von 8,5% hingewiesen worden und sie ihm demnach bekannt gewesen sei. Diese Behauptung ist gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr berücksichtigungsfähig, weil der Klägerin in Rahmen des ihr darauf gewährten Schriftsatznachlasses bestritten hat, dass der Zedent den Langprospekt dieses Fonds erhalten habe; vielmehr sei ihm – nach telefonischer Anwerbung – lediglich ein sog. „Flyer“ übersandt worden, der zu Provisionszahlungen an die Beklagte keinerlei Angaben enthalten habe. Da er auch damals mündlich ebenfalls nicht über solche Zahlungen informiert worden sei, habe er weder den damaligen Fonds noch die streitgegenständlichen Beteiligungen in dem Bewusstsein solcher Zahlungen gezeichnet.

e)

Ein anspruchsminderndes Mitverschulden des Zedenten und/oder der Klägerin gemäß § 254 Abs. 1, Abs. 2 BGB ist nicht ersichtlich.

Ein anspruchsminderndes Mitverschulden wegen unterlassener sorgfältiger Lektüre des Fondsprospekts scheidet - unabhängig davon, ob und wann die Prospekte ausgehändigt wurden - bereits deshalb aus, weil die Rückvergütungen - wie oben ausgeführt – in den Prospekten nicht in der gebotenen Weise ausgewiesen waren.

Soweit die Beklagte außerdem – bezogen auf den teilweise finanzierten Erwerb des G 4 Medienfonds – erstinstanzlich die Ansicht vertreten hat, dem Zedenten sei durch die Zeichnung kein Schaden entstanden, zumindest aber greife § 254 Abs.2 BGB ein, weil er den mit der I zur teilweisen Anteilsfinanzierung geschlossenen Darlehensvertrag wegen einer unzulänglichen Widerrufsbelehrung jederzeit widerrufen könne mit der Folge, dass er von der Bank den gesamten Kaufpreis des Fonds (also nicht nur den darlehensfinanzierten Teil) nebst Agio zurückerhalte, vermag sich der Senat dem - ebenso wie das Landgericht - nicht anzuschließen. Es besteht keine Verpflichtung des Zedenten dazu, sich – allein im Interesse der Beklagten als Schädigerin – an einen Dritten zu halten und diesem gegenüber einen Rechtsstreit mit ungewissem Ausgang zu beginnen, während der vorliegende Rechtsstreit bereits zur Entscheidung reif ist und die Haftung der Beklagten nach dem derzeitigen Sachstand feststeht.

2.

Der Klägerin steht danach - aus abgetretenem Recht des Zedenten gemäß § 398 BGB - ein Anspruch darauf zu, so gestellt zu werden, als wären die Beteiligungen in den Jahren 2003 und 2004 nicht gezeichnet worden. Daraus folgt im Einzelnen:

a)

Die Klägerin hat Anspruch auf Rückzahlung des eingesetzten Eigenkapitals (16.250,00 € und 29.750,00 €) sowie der an die Beklagte gezahlten Darlehenszinsen von 1.905,66 €. 64

Außerdem kann sie die vom Finanzamt mit insgesamt 1.437,00 € nebst Zinsen festgesetzten Nachzahlungszinsen erstattet verlangen, die ohne die Beteiligungen bzw. die nachträgliche Aberkennung der Verlustzuweisung nicht angefallen wären. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des landgerichtlichen Urteils (dort Seite 11 f.) Bezug genommen. Dass der Klägerin bzw. dem Zedenten ein gleich hoher Betrag aus einer Steuererstattung zunächst zur Verfügung gestanden hätte, ist nicht konkret dargetan oder ersichtlich. 65

b) 66

Hinsichtlich der – von beiden Parteien angegriffenen - Verzinsung des Eigenkapitals ist die Entscheidung des Landgerichts indes teilweise abzuändern: 67

aa) 68

Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte allerdings dagegen, dass das Landgericht der Klägerin gemäß § 291, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB Prozesszinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit (20. August 2008) zugesprochen hat. 69

Entgegen der Ansicht der Beklagten scheitert diese Verzinsung nicht daran, dass der Zedent die Zug um Zug - Übertragung seiner Beteiligung nicht in der gebotenen Form angeboten hätte. Da es sich bei dieser Gegenleistung nicht um einen fälligen Gegenanspruch der Beklagten aufgrund eines rechtlichen Vertragsverhältnisses handelt, sondern um eine Zug um Zug – Leistung aufgrund der schadensersatzrechtlichen Vorteilsausgleichung, greift bereits der Einwand der fehlenden Fälligkeit der zu verzinsenden Forderung nicht (vgl. BGH NJW-RR 2005, 170). Außerdem hat der Zedent die von ihm zu erbringende „Übertragung“ der Beteiligung bereits mit dem vorgerichtlichen Aufforderungsschreiben vom 4. April 2008 (Anl. K 14), mithin noch vor der Abtretung an die Klägerin am 2008, unter zweiwöchiger Fristsetzung ordnungsgemäß und in Verzug begründender Weise angeboten, indem er ihr Zug um Zug die „Übertragung der Fondsbeteiligungen“ sowie „bereits jetzt die Übernahme der Stimmrechte zur Ausübung der Gesellschafterrechte“ angeboten hat. Zu weiteren Schritten (etwa der Einholung der Zustimmung des Komplementärs und/oder Treuhänders) war er bei der vorliegenden mittelbaren Beteiligung nicht verpflichtet (vgl. BGH ZIP 2010, 176 Tz. 29; OLG Celle WM 2010, 499 Tz. 72), auch wenn es – wie die Beklagte einwendet - zur Übertragung der Fondsbeteiligungen noch ausstehender Zustimmungen Dritter bedurfte. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. Dezember 2009 (WM 2010, 262, juris Tz. 29) hat der Anleger bei einer – hier gegebenen - mittelbaren Beteiligung über einen Treuhänder mit dem wörtlichen Angebot der Abtretung seiner Rechte aus dem Treuhandvertrag das seinerseits Erforderliche getan. Ein solches Angebot ist hier mit der o.g. Formulierung im Schreiben vom 4. April 2008 erfolgt, von der Beklagten aber nicht angenommen worden. 70

bb) 71

Die vom Landgericht zugesprochene Verzinsung für den Zeitraum von der Zeichnung bis zur Rechtshängigkeit ist jedoch dahingehend abzuändern, dass der Klägerin keine Verzinsung mit 4% Zinsen ab der Zeichnung, dafür aber gesetzliche Verzugszinsen ab dem 19. April 2008 zuzusprechen sind: 72

Ein Anspruch auf Verzinsung ab der Zeichnung steht der Klägerin nicht zu.

74

Für eine Erstattung als entgangener Gewinn gemäß §§ 249, 252 BGB fehlt es – auch unter Berücksichtigung ihres weiteren Vortrags im Schriftsatz vom 16. Februar 2011 – an hinreichend substantiiertem Vortrag. Es trifft zwar zu, dass dem Anleger – wie vom Landgericht angenommen – als Teil des negativen Interesses auch ein Anspruch auf Zahlung von entgangenen (Anlage-)Zinsen unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns zustehen kann (BGH NJW 1992, 1223). Die Klägerin hat aber im vorliegenden Fall nicht ausreichend vorgetragen, dass und insbesondere wie der Zedent die in die Medienfonds investierten Beträge anderweitig angelegt hätte, wenn es zu den streitgegenständlichen Anlagen nicht gekommen wäre. Ihr pauschaler Vortrag in der Klageschrift (Seite 16 = GA 16), der Zedent hätte das Geld „anderweitig gewinnbringend angelegt und so Erträge erzielt in Höhe von wenigstens 8% p.a.“ genügt den Anforderungen an die substantiierte Darlegung einer Alternativanlage nicht, worauf die Beklagte bereits in der Klageerwiderung hingewiesen hat (dort Seite 45 = GA 129R). Die Klägerin kann sich insoweit auch nicht auf die Vermutung, dass Eigenkapital in solcher Höhe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt geblieben, sondern zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre (vgl. BGH NJW 1992, 1223, juris Tz. 14), berufen, weil auch danach kein ausreichender Anhalt dafür gegeben ist, welche Art von Anlageform der Zedent alternativ gewählt hätte; dass es sich hierbei um Festgeld – wie vom Landgericht angenommen – und nicht etwa um eine andere, risikoreichere und evtl. weniger gewinnbringende Anlage gehandelt hätte, ist dem Vortrag der Klägerin nicht zu entnehmen. Einer solchen Annahme steht zudem entgegen, dass die Klägerin erstinstanzlich eine Alternativverzinsung von immerhin 8% geltend gemacht hat, was nicht für ein ausschließlich konservatives, risikoscheues Anlageverhalten spricht. Andere tatsächliche konkrete Anhaltspunkte, die die Annahme einer grundsätzlich konservativen Anlageausrichtung des Zedenten hinreichend tragen könnten, sind von der – insoweit darlegungspflichtigen – Klägerin nicht dargetan. Das gilt auch für ihren ergänzenden zweitinstanzlichen Vortrag – soweit dieser nicht ohnehin gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist –, dem zufolge der Zedent eine „der sich bekanntlich bietenden, sicheren alternativen Anlageformen“ gewählt haben würde, „als da sind u.a. längerfristige Bundesanleihen, Festgeld oder Geldmarktfonds“ (Berufungsbegründung Seite 3 = Bl. 507 GA), zumal die Behauptung einer sicheren Alternativanlage nicht ganz mit der erstinstanzlichen Behauptung einer anderweitig gewinnbringenden Anlage von mindestens 8% in Einklang zu bringen ist. Damit fehlt es auch an ausreichendem Vortrag zu den für eine Bewertung nach § 287 ZPO notwendigen Schätzgrundlagen, so dass – anders als im landgerichtlichen Urteil angenommen – auch im Wege der Schadensschätzung eine Verzinsung in Höhe von 4%-Festgeldzinsen bis zur Rechtshängigkeit nicht zugesprochen werden kann.

75

Soweit die Klägerin die Ansicht vertritt, ihr Zinsanspruch ergebe sich jedenfalls (auch) unter dem Gesichtspunkt, dass die Beklagte gemäß §§ 990, 987 Abs. 2, 819 Abs. 4, 292 BGB zur Herausgabe gezogener bzw. schuldhaft nicht gezogener Nutzungen verpflichtet sei (GA 508), vermag der Senat dem angesichts der Tatsache, dass die Beklagte selbst das vom Zedenten gezahlte Eigenkapital, dessen Verzinsung begehrt wird, nicht erhalten hat, nicht zu folgen. Da dieses Eigenkapital unmittelbar an die Fondsgesellschaft gezahlt wurde, hat die Beklagte weder daraus Nutzungen gezogen noch die Möglichkeit der Nutzungsziehung gehabt. Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. März 2009 (XI ZR 33/09 = NJW 2009, 3572, 3574 Tz. 29) ist insoweit nicht einschlägig; sie betraf die Rückabwicklung eines mit dem Fondsbeitritt

76

verbundenen Darlehensvertrages nach dessen Widerruf nach dem Haustürwiderrufsgesetz.

Die Voraussetzungen für eine - von der Klägerin weiter angeführte - Verzinsung gemäß § 849 BGB sind mangels unerlaubter Handlung der Beklagten nicht gegeben; insbesondere vermag der Senat der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht des Klägervertreters, es sei von einem vorsätzlichen betrügerischen Verhalten der Beklagten auszugehen, nicht zu folgen. 77

(2) 78

Die Klägerin kann aber Verzugszinsen gemäß § 286 Abs. 1, § 288 BGB ab dem 19. April 2008 in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz, maximal 8%, verlangen. 79

Der Zedent hat die Beklagte mit Schreiben vom 4. April 2008 (Anl. K 14) zur Erstattung ihrer Einlage in beide Fonds binnen zwei Wochen ab Datum dieses Schreibens, d.h. bis zum 18. April 2008 aufgefordert, so dass die Beklagte sich ab dem 19. April 2008 in Zahlungsverzug gemäß § 286 Abs. 1 BGB befand. Dem kann die Beklagte – wie oben ausgeführt - nicht entgegenhalten, die geltend gemachten Forderungen seien noch nicht fällig gewesen, weil der Zedent die ihm obliegende Gegenleistung in Form der Übertragung seiner Beteiligung nicht in einer Gläubigerverzug begründenden Weise angeboten habe. 80

Gemäß § 288 Abs. 1 BGB steht der Klägerin daher ab dem 19. April 2008 eine Verzinsung des Eigenkapitals mit 5%-Punkten über dem Basiszinssatz, maximal 8%, zu. 81

d) 82

Etwaige Steuervorteile (des Zedenten) muss die Klägerin sich nicht anrechnen lassen, denn der Schadensersatzanspruch ist ebenfalls wieder zu versteuern. In einem solchen Fall ist im Hinblick auf § 287 ZPO eine Anrechnung nur geboten, wenn – wofür die darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nichts vorgetragen hat – der Zedent unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe, dauerhafte Steuervorteile in Höhe des Anlagebetrages erzielt hat (vgl. nur BGH, Beschl. v. 9. April 2009, III ZR 89/08; Urt. v. 7. Dezember 2009, II ZR 15/08, WM 2010, 262). 83

e) 84

Der Anspruch auf Ersatz der o.g. Beträge steht der Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus den Kommanditbeteiligungen des Zedenten an der G Medien Fonds 3 GmbH & Co. KG und G Medien Fonds 4 GmbH & Co. KG zu (vgl. BGH, WM 2010, 262 – Juris-Ausdruck Tz.28 f.); in diesem Sinne war der von ihr gestellte Antrag (Abtretung der „Anteile“) auszulegen und die Tenorierung klarzustellen. 85

f) 86

Der Klägerin steht vor diesem Hintergrund auch der geltend gemachte Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zu, bei Fälligkeit an sie denjenigen Betrag zu zahlen, den der Zedent aufgrund des mit der I geschlossenen Finanzierungsvertrags an diese zu zahlen verpflichtet ist. 87

Der Einwand der Beklagten, der vom Landgericht angenommene Übergang von einem Befreiungs- in einen Schadensersatzanspruch gemäß § 250 Satz 2 BGB scheitere daran, dass die Klägerin bzw. der Zedent tatsächlich (noch) nicht mit einer Verbindlichkeit aus dem - am 30. November 2014 endfälligen - Darlehensvertrag mit der I beschwert sei, greift nicht. 88

Die von ihr angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 1993, 1137, 1138) betraf einen Fall, in dem der Geschädigte die Forderung, von der er Befreiung verlangte (einen Steuerbescheid), selbst noch mit einem Rechtsbehelf bekämpfte und dadurch grundsätzlich zum Ausdruck brachte, dass er deren Beseitigung noch für möglich hielt. Entsprechende Schritte – insbesondere ein Widerruf der darlehensvertraglichen Willenserklärung - hat der Zedent hier aber bezüglich der Darlehensverpflichtung gegenüber der I nicht eingeleitet. Außerdem hat der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung ausdrücklich ausgeführt, dass gerade in einem solchen Fall eines noch nicht endgültig gesicherten Anspruchs des Dritten grundsätzlich die - hier erhobene - Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht der richtige Weg ist (BGH a.a.O. Seite 1139). Danach greift auch der weitere Einwand der Beklagten nicht, es stehe noch gar nicht fest, ob der Zedent aufgrund des Darlehensvertrages tatsächlich selbst Zahlungen leisten müsse.

Soweit die Beklagte außerdem eine - als solche ungerechtfertigte - Besserstellung der Klägerin bzw. des Zedenten beanstandet, weil sie bei Übertragung der Fondsbeteiligung (gemäß ihrer Zug um Zug Verurteilung) nach dem Gesellschaftsvertrag ohnehin auch den Darlehensvertrag des Zedenten mit der I und damit auch dessen daraus evtl. resultierende Verpflichtungen übernehmen müsse, wird dem bereits dadurch Rechnung getragen, dass die festgestellte Verpflichtung - wie sich aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils (dort Seite 12) ausdrücklich ergibt - nur besteht, soweit der Zedent bei Fälligkeit tatsächlich selbst zu einer Zahlung verpflichtet ist. Zur Klarstellung wurde der Tenor der Verurteilung der Beklagten entsprechend umformuliert. 89

Da die Feststellung der Zahlungspflicht danach erst ab Fälligkeit der Verbindlichkeiten gegenüber der I greift, ist - anders als die Beklagte meint - auch keine Abzinsung der dann evtl. geschuldeten Zahlung vorzunehmen. 90

Dieser Anspruch der Klägerin besteht allerdings nicht nur – wie beantragt - Zug um Zug gegen Übertragung (Abtretung) der Rechte aus der Kommanditbeteiligung an der G Medien Fonds 4 GmbH & Co. KG, sondern zusätzlich - unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung - auch Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Rechte aus dem genannten Darlehensverhältnis. Nur so wird nämlich die Beklagte in die Lage versetzt, ein dem Zedenten möglicherweise zustehendes Widerrufsrecht, welches isoliert nicht abtretbar wäre (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 355 Rz.3), auszuüben. 91

g) 92

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich zugleich, dass die Voraussetzungen für die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten gegeben sind. Anders als die Beklagte meint, lag mit dem Angebot der Abtretung der Fondsanteile mit Schreiben des Zedenten vom 4. April 2008 (Anl. K 14) ein ausreichendes Angebot gemäß §§ 298, 294 BGB vor. 93

h) 94

Hinsichtlich der – ebenfalls Zug um Zug - zu erstattenden vorgerichtlichen Anwaltskosten der Klägerin bzw. des Zedenten hat bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass der Einwand der Beklagten, das außergerichtliche Vorgehen sei unzumutbar und ersichtlich nicht kostenschonend gewesen, nicht greift. Auf die diesbezüglichen, in keiner Weise ergänzungsbedürftigen Ausführungen wird Bezug genommen; das Vorbringen der Berufung der Beklagten gibt keinen Anlass zu weiteren Ausführungen. Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass nur eine 0,65 Gebühr in Ansatz gebracht werden könne (GA 490), betrifft dies 95

allenfalls die Anrechnung auf die Verfahrensgebühr und führt nicht zu einer Reduzierung der hier (allein) geltend gemachten Geschäftsgebühr. § 15a RVG n.F., der allerdings auch auf Altfälle anwendbar ist (vgl. BGH, Beschl. V. 3. Februar 2010 – XII ZB 177/09 – AGS 2010, 106 f.), greift insoweit nicht ein.

3.	96
Die Kostenentscheidung folgt für die erste Instanz aus § 92 Abs. 1 ZPO, für die zweite Instanz aus § 92 Abs.2 Nr.1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.	97
Der Senat lässt die Revision im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsauffassungen in der obergerichtlichen Rechtsprechung zur Frage des Verschuldens einer Bank hinsichtlich der Verletzung ihrer Pflicht zur Aufklärung des Anlegers über den Erhalt von „Kick-Back-Zahlungen“ zu.	98
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird – entsprechend der erstinstanzlichen Festsetzung und gemäß § 45 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 und 3 GKG – auf 99.641,35 € festgesetzt.	99