
Datum: 09.03.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 5/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0309.13U5.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 15 O 627/08

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 26. November 2009 (15 O 627/08) unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird - Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der von Herrn X am 30.6.2004 gezeichneten Kommanditbeteiligung an der G 4 GmbH und Co KG im Nominalbetrag von 30.000 € - verurteilt, an die Klägerin 17.850 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 8.11.2008, weitere 1.491,11 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 16.2.2009 sowie weitere 2.457,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 16.2.2009 zu zahlen,

2.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der von Herrn X am 30. Juni 2004 gezeichneten Kommanditbeteiligung an der G 4 GmbH & Co. KG im Nominalbetrag von 30.000,00 € sowie Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte des Herrn X aus dem Darlehensvertrag mit der I, Darlehenskonto Nr. 667xxxxxx (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 X aufgrund dieses Darlehensvertrages an die I zu zahlen hat.

3.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte Zug um Zug gegen die unter Ziffer 1. genannte Abtretung verpflichtet ist, der Klägerin jeden weiteren Schaden (gerichtet auf das negative Interesse) zu ersetzen, der ihr bzw. dem Zedenten im Zusammenhang mit der am 30.6.2004 gezeichneten Beteiligung an der G 4 GmbH und Co KG entstanden ist oder noch entstehen wird.

4.

Es wird weiter festgestellt, dass sich die Beklagte hinsichtlich der Annahme der Abtretung der Rechte aus der von Herrn X gezeichneten Beteiligung in Annahmeverzug befindet.

5.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

6.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

7.

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

8.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes (im Folgenden: Zedent), der sich im Juni 2004 mit einem Betrag von 30.000 € zzgl. 1.500 € Agio an der G 4 GmbH & Co. KG (im Folgenden: G 4 Medienfonds) beteiligt hat, wegen fehlerhafter Aufklärung/Beratung auf Schadensersatz in Anspruch.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands einschließlich der dort gestellten Anträge wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

1

2

3

4

5

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 26. November 2009, auf das im Übrigen wegen der rechtlichen Würdigung durch die Zivilkammer Bezug genommen wird, im Wesentlichen mit folgender Begründung stattgegeben: Die Beklagte habe ihre Beratungspflichten gegenüber dem Zedenten schuldhaft verletzt, weil sie ihn über die ihr unstreitig im Zusammenhang mit den Beteiligungen zufließenden Provisionen nicht aufgeklärt habe. Die Beklagte habe insoweit auch weder die gegen sie sprechende Verschuldensvermutung, noch die zugunsten der Klägerin bzw. des Zedenten eingreifende Vermutung der Schadensursächlichkeit dieser Pflichtverletzung widerlegt. Die Klägerin könne daher - jeweils Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung 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 Beteiligung 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 einer Ersatzpflicht der Beklagten für sämtliche weiter entstehende Schäden.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung wendet sich die Beklagte 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. 6

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Anschlussberufung gegen die teilweise Abweisung ihres Antrags auf Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals sowie die Abweisung ihres Antrags auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für sämtliche weiteren im Zusammenhang mit der Beteiligung entstandenen oder noch entstehenden Schäden. 7

Die Beklagte beantragt, 8

die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen, 9

Die Klägerin beantragt, 10

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen sowie - im Wege der Anschlussberufung - 11

in teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 26. November 2009 12

die Beklagte im Rahmen der Zug um Zug-Verurteilung hinsichtlich des G 4 GmbH und Co KG zu verurteilen, an sie - die Klägerin - aus 17.850 € Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, wenigstens 8%, seit dem 30.6.2004 zu zahlen, sowie 13

festzustellen, dass die Beklagte weiter verpflichtet ist, ihr jeden Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Zeichnung der genannten Beteiligung durch den Zedenten über diese Forderung hinaus entstanden ist oder noch entstehen wird.

Die Beklagte beantragt, 15

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen. 16

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

II. 18

Die Berufung der Beklagten ist weitgehend unbegründet, die Anschlussberufung der Klägerin ist teilweise begründet. Das angefochtene Urteil ist in der Sache lediglich im Zinsausspruch und hinsichtlich des abgewiesenen Feststellungsantrags abzuändern. 19

1. 20

Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte dagegen, dass das Landgericht ihre Haftung wegen schuldhafter Verletzung ihrer vertraglichen Aufklärungspflichten gegenüber dem Zedenten (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) durch unzureichende Aufklärung über ihre Provisionen dem Grunde nach bejaht hat. 21

a) 22

Nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts ist zwischen der Beklagten und dem Zedenten zumindest konkludent ein Beratungsvertrag zustande gekommen. 23

b) 24

Nach der neuen 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 an 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 70. Aufl. 2011, § 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. 25

Insofern ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (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 – weil das Beratungsinteresse möglicherweise beeinflussend - ist, dass die Rückvergütungen umsatzabhängig sind.

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 wie auch für die Problematik des Verschuldens und die Frage, ob die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens eingreift. 27

Die Entscheidung 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 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 einfachgesetzliche Bedenken gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs sieht 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, 70. Auflage 2011, § 654 BGB Rdn. 4) - schon seit längerem anerkannt und zum Schutz vor vertragswidrigen Interessenkollisionen notwendig und gerechtfertigt. 28

c) 29

Im Streitfall erhielt die Beklagte für den Vertrieb des Fonds unstreitig eine umsatzabhängige Provision; über diese Provision, die nach dem Vorbringen der Beklagten zwischen 8,45 % und 8,72% lag, hätte sie den Zedenten nach den vorgenannten Grundsätzen aufgrund des Beratungsvertrages ungefragt aufklären müssen: 30

aa) 31

Für die Berater der Beklagten bestand angesichts der umsatzabhängigen Provision ein ganz erheblicher Anreiz, Anlegern gerade eine Beteiligung an dem streitgegenständlichen Medienfonds zu empfehlen. Darüber und über den damit verbundenen Interessenkonflikt musste die Beklagte den Zedenten im Rahmen des Beratungsgesprächs unterrichten, um ihn 32

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.

33

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 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.

34

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)	35
Die danach auch im vorliegenden Fall gebotene Aufklärung des Zedenten ist nicht erfolgt.	36
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 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 = WM 2009, 2306 Tz. 31).	37
d)	38
Da die Pflichtverletzung der Beklagten somit objektiv feststeht, wird ihr Verschulden gemäß § 280 Abs.1 S.2 BGB vermutet. Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, sie habe Mitte 2004 davon ausgehen dürfen, ihrer Informationspflicht durch die o.g. Angaben im Fondsprospekt (insgesamt anfallende Vertriebskosten und die Möglichkeit, Dritte als Vertriebspartner einzuschalten) zu genügen, vermag der Senat dieser Auffassung im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH NJW 2010, 2339 ff.) 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 Irrende bei	41

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).

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 Zedenten im Juni 2004 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. § 262 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 f). 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, 46

Verkaufsprospektgesetz, 1999, § 31 WpHG Rdn. 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 Rdn. 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; Kiethe, 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 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 in einem Interessenkonflikt befindet. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte – der begrifflichen Linie des BGH in der Entscheidung vom 27.10.2009 folgend – bei der Frage der Reichweite ihrer Aufklärungspflicht zwischen Rückvergütungen im engeren Sinne einerseits und Vertriebsprovisionen andererseits unterscheiden durfte, denn eine solche Differenzierung ist zum hier maßgeblichen Zeitpunkt in Rechtsprechung und Literatur nicht vertreten worden.

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 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).

Daraus folgt, dass - entgegen der Ansicht der Beklagten – auch keine Beweisaufnahme zum Fehlen eines Organisationsverschuldens und/oder zur fehlenden Vorhersehbarkeit einer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen geboten war. Die von der Beklagten hilfsweise beantragte Zurückweisung des Rechtsstreits zum Zwecke der Erhebung des von ihr diesbezüglich angetretenen Entlastungsbeweises kommt daher nicht in Betracht.

e) 51

52

Dass der Zedent den 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). 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 er den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. An entsprechendem Vortrag fehlt es jedoch:

Soweit die Beklagte behauptet, für die Anlageentscheidungen des Zedenten sei allenfalls die Höhe des zu zahlenden Agios neben der Möglichkeit einer Steuerersparnis und Renditeerzielung sowie die Absicherung der Anlage relevant gewesen, ist das unerheblich. Dass der Zedent dem Anlageberater seine Anlagemotivation mitgeteilt hat, heißt nicht, dass er bei Kenntnis der Provisionshöhe nicht insgesamt von dieser Anlageform abgesehen hätte. Gleiches gilt für das Fehlen vergleichbarer Anlagemöglichkeiten mit geringerer Provision. Im Übrigen ist der Beweisantritt der Beklagten in diesem Zusammenhang (Zeugnis des Beraters T) untauglich, soweit damit eine Kenntnis innerer Tatsachen behauptet werden soll, ohne darzulegen, woher der Zeuge die Kenntnis von diesen inneren Tatsachen hat. 53

Soweit die Beklagte behauptet hat, der Umstand, dass die Provision auf die Anlageentscheidung des Zedenten keinen Einfluss gehabt habe, folge auch aus dessen früheren – unstreitigen – Beteiligungen an den Fonds „D 140“ und „G 2“, ist das Vorbringen unzureichend. Die Beklagte hat nämlich nicht vorgetragen, dass der Zedent im Zusammenhang mit der Zeichnung dieser früheren Beteiligungen auf die Zahlung einer Provision an die Beklagte hingewiesen wurde; wie dem Senat aus diese Fonds betreffenden Verfahren weiß, ergibt sich das auch nicht aus den dazu aufgelegten Prospekten. Soweit sich die Beklagte mit der Berufungsbegründung erstmals auf das Zeugnis des Zedenten gestützt hat, ist dieser Beweisantritt verspätet und damit prozessual unbeachtlich (§ 531 Abs. 2 ZPO), nachdem die Klägerin den zugrunde liegenden Sachvortrag ausreichend bestritten hat. 54

Die von der Beklagten behauptete Möglichkeit einer Reduzierung des Agios in Verhandlungen besagt nichts darüber, dass für den Zedenten damit erkennbar gewesen wäre, dass die Beklagte für ihre Beratung überhaupt eine Provision erhielt und sich daher in einem Interessenkonflikt befand. 55

Selbst wenn schließlich der Vortrag der Beklagten, es habe seinerzeit keine vergleichbaren Kapitalanlagemöglichkeiten in geschlossenen Fonds mit einer einkommensteuerreduzierenden Verlustabzugsmöglichkeit gegeben, bei denen die Vertriebsprovision für das vertreibende Kreditinstitut geringer war als die vorliegend an die Beklagte gezahlte Vergütung, zutreffen sollte, schließt auch das nicht aus, dass der Zedent bei Kenntnis von diesen Provisionen generell von dieser Anlageform abgesehen hätte. 56

f) 57

Ein anspruchsminderndes Mitverschulden des Zedenten gemäß § 254 BGB ist nicht ersichtlich. Insbesondere ein anspruchsminderndes Mitverschulden wegen unterlassener sorgfältiger Lektüre des Fondsprospekts scheidet - unabhängig davon, ob und wann die Prospekte ausgehändigt wurden - bereits deshalb aus, weil die Vergütungen der Beklagten - wie oben ausgeführt - in dem Prospekt nicht in der gebotenen Weise ausgewiesen waren. 58

2. 59

Der Klägerin steht danach – aus abgetretenem Recht des Zedenten - gegen die Beklagte ein Anspruch darauf zu, so gestellt zu werden, als wäre die Beteiligung im Juni 2004 nicht gezeichnet worden. Daraus folgt im Einzelnen:	60
a)	61
Die Klägerin hat Anspruch auf Rückzahlung des eingesetzten Eigenkapitals (17.850 €). Außerdem kann sie die vom Finanzamt mit insgesamt 1.491,11 € festgesetzten Nachzahlungszinsen erstattet verlangen, die ohne die Beteiligungen bzw. die nachträgliche Aberkennung der Verlustzuweisung nicht angefallen wären.	62
Dabei muss sie sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (WM 2010, 1641 und WM 2010, 1310) etwaige Steuervorteile des Zedenten aus der Beteiligung nicht anrechnen lassen, weil die Schadensersatzleistung ebenfalls wieder zu versteuern ist. Anhaltspunkte dafür, dass der Zedent unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe, dauerhafte Steuervorteile erzielt hat, liegen nicht vor (vgl. BGH, Beschluss vom 9. April 2009 - III ZR 89/08 sowie Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08 = WM 2010, 262).	63
b)	64
Außerdem hat die Klägerin Anspruch auf Verzinsung dieses Betrages aus Verzug gemäß §§ 286, 288 BGB mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 8.11.2008 (Anlage K 12 zur Klageschrift). Ein Anspruch auf weitergehende Verzinsung bereits ab der Zeichnung der Beteiligung aus dem Gesichtspunkt entgangener Anlagezinsen kann dagegen nach dem gegebenen Sachvortrag - entgegen der Annahme des Landgerichts - nicht bejaht werden.	65
aa)	66
Die Voraussetzungen für eine Verzinsung des Anlagebetrages ab der Zeichnung wegen entgangenen Gewinns gemäß §§ 249, 252 BGB sind nicht substantiiert dargetan.	67
Grundsätzlich kann dem Anleger zwar als Teil des negativen Interesses auch ein Anspruch auf Zahlung von entgangenen Anlagezinsen unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns zustehen (BGH NJW 1992, 1223). Die Klägerin hat aber nicht ausreichend vorgetragen, dass und gegebenenfalls wie der Zedent den in den Medienfonds investierten Betrag anderweitig angelegt hätte, wenn es zu den streitgegenständlichen Anlagen nicht gekommen wäre. Ihr pauschal gehaltenes Vorbringen in erster Instanz, er würde den Betrag „anderweitig gewinnbringend angelegt“ und dabei eine Rendite von „wenigstens 8 %“ erzielt haben, (GA 15) reicht für eine Schätzung entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB, § 287 ZPO nicht aus. Hierauf hat bereits die Beklagte erstinstanzlich hingewiesen. 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), rechtfertigt hier keine andere Beurteilung, weil auch danach kein ausreichender Anhalt dafür gegeben ist, welche Art von Anlageform der Zedent alternativ gewählt hätte. Dass es sich hierbei – wie vom Landgericht angenommen – um Festgeld und nicht um eine andere, risikoreichere und im Ergebnis weniger gewinnbringende Anlage gehandelt hätte, lässt sich in Anbetracht des der Beteiligung vorausgehenden Anlageverhaltens des Zedenten – der nach dem nicht hinreichend bestrittenen Vorbringen der Beklagten (Bl. 175 GA) zuvor bereits in Medienfonds investiert hatte - nicht hinreichend sicher feststellen. Das gilt auch für den ergänzenden Vortrag der Klägerin in zweiter Instanz – soweit dieser überhaupt gemäß § 531 Abs. 2 ZPO berücksichtigungsfähig wäre –, der Zedent würde eine „der sich bekanntlich	68

bietenden, sicheren alternativen Anlageformen ..., als da sind u.a. längerfristige Bundesanleihen, Festgeld oder Geldmarktfonds“ (GA 599) gewählt haben.

Eine Verzinsung des Eigenkapitals unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe gezogener bzw. schuldhaft nicht gezogener Nutzungen gemäß §§ 990, 987 Abs. 2, 819 Abs. 4, 292 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht. Die Beklagte hat das - unmittelbar an den Fonds gezahlte - Eigenkapital selbst nicht erhalten und damit weder Nutzungen daraus 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) betraf die - hier nicht vorliegende - Rückabwicklung eines mit dem Fondsbeitritt verbundenen Darlehensvertrages nach dessen Widerruf nach dem Haustürwiderrufsgesetz. Soweit die Klägerin außerdem geltend macht, die Beklagte habe einen eigenen, herauszugebenden Nutzen durch die Zahlungen der Fondsgesellschaft sowie durch weitere, geldwerte Leistungen gehabt, handelt es sich um einen anderen Streitgegenstand. Diese Vorteile resultieren zudem nicht aus der (Nicht-)Nutzung des Anlagebetrages und werden auch nicht in dessen Verzinsung „verkörpert“.

Schließlich liegen auch die Voraussetzungen für die von der Klägerin geltend gemachte Verzinsung gemäß §§ 826, 849 BGB mangels unerlaubter Handlung der Beklagten - insbesondere in subjektiver Hinsicht - nicht vor.

bb)

Die Klägerin kann jedoch die Verzinsung des Anlagebetrages mit Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 286 Abs. 1, § 288 BGB ab dem 8.11.2008 verlangen. Die Klägerin hat die Beklagte mit Schreiben vom 24.10.2008 (Anlage K 12 zur Klageschrift) erfolglos zur Erstattung des Eigenkapitals bis zu dem genannten Datum aufgefordert und damit in Verzug gesetzt.

Dem kann die Beklagte 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. Der Zedent hat in dem o.g. Schreiben Zug um Zug die „Übertragung der Fondsbeteiligungen“ sowie „bereits jetzt die Übernahme der Stimmrechte zur Ausübung der Gesellschafterrechte“ angeboten. Dies war zur Begründung des Annahmeverzugs ausreichend, 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 24.10.2008 erfolgt, von der Beklagten aber nicht angenommen worden.

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

cc)

Lediglich ergänzen ist anzumerken, dass das Landgericht der Klägerin – anders als die Beklagte meint – zu Recht (jedenfalls) eine Verzinsung des Eigenkapitals mit Prozesszinsen ab Rechtshängigkeit gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB zugesprochen hat

78

Zwar weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass eine solche Zinspflicht die Fälligkeit der Hauptforderung voraussetzt und danach nicht bestehen kann, wenn der Forderung die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entgegensteht. Im vorliegenden Fall geht es indessen nicht um die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, das heißt um die Geltendmachung eines auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhenden fälligen Gegenanspruchs durch die Beklagte. Vielmehr ist Grundlage des hier in Rede stehenden Zug-um-Zug-Vorbehalts das dem allgemeinen Schadensersatzrecht innewohnende Prinzip der Vorteilsausgleichung, das bewirkt, dass die Schadensersatzpflicht der Beklagten nur gegen Herausgabe der Vorteile erfüllt zu werden braucht, die mit dem schädigenden Ereignis in adäquatem Zusammenhang stehen. Der Schadensersatzanspruch ist von vornherein nur mit der Einschränkung begründet, dass gleichzeitig die Vorteile herausgegeben werden. Dazu bedarf es keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schuldners. Daher besteht keine innere Rechtfertigung dafür, die Beklagte, die der Klage mit sachlichen Einwendungen, nicht aber mit einem Zurückbehaltungsrecht, entgegengetreten ist, von der Pflicht zur Zahlung von Prozesszinsen zu befreien. Mit der Auferlegung der Prozesszinsen verwirklicht sich hier nämlich lediglich das allgemeine Risiko eines jeden Schuldners, dessen Verteidigungsvorbringen sich im Laufe eines jahrelangen Rechtsstreits als im Ergebnis nicht durchgreifend erweist. Ebenso wenig sind sachliche Gründe dafür erkennbar, der Klägerin, die mit dem Angebot des Vorteilsausgleichs das ihrerseits Erforderliche getan hatte, die Nutzungsvorteile des ihr rechtmäßig zustehenden Schadensersatzbetrags in Form der Prozesszinsen vorzuenthalten (BGH NJW-RR 2005, 170; Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Auflage 2011, § 291 BGB Rdn. 5).

79

Im Übrigen kann die Beklagte der Klägerin nach den obigen Ausführungen unter bb) auch in der Sache nicht den Einwand mangelnder Fälligkeit mangels ordnungsgemäßen Angebots der Zug um Zug-Leistung entgegenhalten.

80

c)

81

Der Anspruch auf Ersatz der o.g. Beträge steht der Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der Kommanditbeteiligung des Zedenten an der 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 des „Anteils“) auszulegen und die Tenorierung im angefochtenen Urteil („Übertragung“ der Beteiligung) klarzustellen.

82

d)

83

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.

84

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. 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 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. 85

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. 86

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, 70. Aufl.2011, § 355 Rdn.3), auszuüben. 87

e) 88

Die Ersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich der aus Schadensersatzgesichtspunkten gemäß § 249 BGB ebenfalls – wiederum Zug um Zug gegen Abtretung der Beteiligungsrechte - zu erstattenden vorgerichtlichen Anwaltskosten der Klägerin bzw. des Zedenten hat bereits das Landgericht zutreffend angenommen. Der Einwand der Beklagten, das außergerichtliche Vorgehen sei unzweckmäßig und ersichtlich nicht kostenschonend gewesen, greift nicht. Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass nur eine 0,65 Gebühr in Ansatz gebracht werden könne (GA 584), betrifft dies allenfalls die Anrechnung auf die Verfahrensgebühr und führt nicht zu einer Reduzierung der hier (allein) geltend gemachten Geschäftsgebühr. 89

f) 90

Die Klägerin hat des weiteren Anspruch auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für sämtliche weitere Schäden im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Beteiligung. Das erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin ist - entgegen der Ansicht des Landgerichts - auch ohne konkreten Vortrag zu etwaigen an das Finanzamt zu zahlenden Zinsen bereits aufgrund der noch nicht geklärten steuerlichen Bewertung des Fonds und der derzeit noch fortdauernden Gesellschafterstellung des Zedenten (mit daraus resultierenden Haftungsrisiken) zu bejahen. Gleiches gilt für die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Schadenseintritts. Den Bedenken des Landgerichts hinsichtlich der - seiner Auffassung nach 91

- zu weiten Fassung des Feststellungsantrags (Einbeziehung auch des positiven Interesses) ist die Klägerin durch klarstellende Beschränkung des Antrags auf das negative Interesse im Rahmen der Begründung der Anschlussberufung gerecht geworden.

g) 92

Schließlich sind auch die Voraussetzungen für die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten nach den obigen Ausführungen gegeben, weil der Zedent der Beklagten die Abtretung seiner Beteiligungsrechte mit Schreiben vom 24.10.2008 in annahmeverzugsbegründender Weise gemäß §§ 298, 294 BGB angeboten hat. 93

3. 94

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 95

4. 96

Im Hinblick auf die höchstrichterlich nicht geklärte genaue Definition aufklärungspflichtiger Provisionen der beratenden Bank wird insoweit die Revision zugelassen. 97

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 44.000 € festgesetzt. 98