Geschäftsnr.: 2-21 O 43-13

Laut Protokoll
verkündet am 14.10.2013

Daschdamirow, JFA'e

Berufung 16.11.13
Begründung 16.12.13

LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

1.

2.

Kläger

Prozessbevollmächtigte zu 1, 2: Rechtsanw. RSCW Rechtsanwälte
Rückertstr. 25, 97421 Schweinfurt,

gegen

1. DG Anlage Gesellschaft mbH vertr. d. den Geschäftsführer Martin Fräsdorf, Hahnstrasse 70, 60528 Frankfurt am Main,

2. DZ Bank AG vertr. d. d. Vorstand, Platz der Republik, 60325 Frankfurt am Main,

Beklagte

Prozessbevollmächtigte zu 1: Rechtsanw. White & Case LLP
Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt am Main,
Gerichtsfach Nr. 350,

hat das Landgericht Frankfurt am Main - 21. Zivilkammer -
durch Richter am Landgericht Dr. Henke als Einzelrichter
im schriftlichen Verfahren bei Schriftsatznachlassfrist bis zum 07.10.2013
für Recht erkannt:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 42.948,52 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.1.2012 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der Kläger an der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 im Nominalwert von 80.000,- DM.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagten mit der Annahme der Rechte an der mittelbaren Beteiligung der Kläger und DG-Immobilienfonds Nr. 39 im Nominalwert von 80.000,- DM in Annahmeverzug befinden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten des Rechtsstreits als Gesamtschuldner zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand

Die Kläger machen gegen die Beklagten Schadensersatzansprüche in Zusammenhang mit einer Beteiligung am DG-Immobilienfonds Nr. 39 geltend. Die Klägerin ist gelernte Bankkauffrau.

Mit Zeichnungsschein vom 05.11.1996 erwarben die Kläger Anteile am streitgegenständlichen Immobilienfonds für 80.000,- DM zuzüglich 5 % Agio. Im Zeichnungsschein ist Herr H[redacted] als „Berater" genannt. Herr H[redacted] war bei der Süd-West-Bank beschäftigt. Wegen der Einzelheiten des Zeichnungsscheins wird auf Anlage K 1 Bezug genommen.

Bei dem DG-Fonds Nr. 39 handelt es sich um einen geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft. Die Anleger werden nicht unmittelbar Kommanditisten, sondern beteiligen sich über die Beklagte zu 2), die die Beteiligung an dem Fonds treuhänderisch hält. Der Beklagten zu 2) kommt darüber hinaus die Funktion einer Gründungskommanditistin zu. Die Beklagte zu 1) ist ebenfalls Gründungskommanditistin. Der Fonds investierte in Immobilienprojekte in Dresden und Leipzig. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Emissionsprospekt, Anlage B3, Bezug genommen.

Nach dem Fondskonzept war vorgesehen, dass die Anleger ab 1998 Ausschüttungen in Höhe von 4,25 % erhalten sollten. Die Ausschüttungen sollten sich auf 7 % bis zum Jahr 2017 erhöhen. Tatsächlich erfolgte von Anfang an keine Ausschüttung.

Die Kläger erwarben neben der streitgegenständlichen Beteiligung 10 andere geschlossene DG-Fonds.

Am 20.12.2011 reichten die Kläger einen Schlichtungsantrag bei einer Gütestelle ein. Mit Schreiben vom 10.1.2012 teilte die Gütestelle mit, dass das Schlichtungsverfahren gescheitert sei.

Die Kläger sind der Ansicht, der Prospekt sei fehlerhaft. Er kläre nicht hinreichend über Interessenskonflikte auf Seiten der Beklagten auf. Ein Prospektfehler liege insbesondere darin, dass die Beklagte zu 1) als 100%ige Tochtergesellschaft der Beklagten zu 2) eine Vergütung in Höhe von 2,095 Millionen DM erhalten habe, ohne dass dies aus dem Prospekt hinreichend hervorginge. Die Kläger begehren den Ersatz der Nominaleinlage zuzüglich Agio.

Die Kläger beantragen:

1. Die Beklagten werden verurteilt, samtverbindlich an die Kläger 42.948,52 Euro nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 20.12.2011zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 im Nominalwert von 80.000,- DM zuzüglich 5 % Agio.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten sich mit der Annahme aller Rechte an der mittelbaren Beteiligung am DGI Nr. 39 der Kläger im Nominalwert von 80.000,- DM zuzüglich 5 % Agio in Annahmeverzug befinden.

Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten sind der Ansicht, es liege kein Prospektfehler vor. Das OLG Frankfurt am Main habe Prospektfehler in Zusammenhang mit dem DG Immobilienfonds Nr. 39 verneint. Der Prospekt kläre hinreichend über alle relevanten Aspekte der Beteiligung auf. So seien wirtschaftliche Verpflichtungen auf Seite 54 und 55 des Prospekts offen gelegt worden. Im Übrigen fehle es an der Kausalität zwischen einem etwaigen Prospektfehler oder einem Fehler der Beklagten und dem Erwerb der Fondsanteile durch die Kläger. So hätten die Kläger dem Prospekt entnehmen können, dass zwei Tochtergesellschaften der Beklagten zu 1) Leistungen erhielten. Hiervon hätten sie sich nicht vom Erwerb der Beteiligung abhalten lassen. Auch handele es sich bei der

Provision nicht um einen wertbildenden Faktor. Dementsprechend sei nicht anzunehmen, dass sich die Kläger bei zusätzlicher Aufklärung über die Provision vom Erwerb hätten abhalten lassen. Auch der Umstand, dass die Kläger weitere geschlossene Fonds erworben hatten, zeige, dass es an der Kausalität fehle. Des Weiteren fehle es auch an einem Verschulden auf Beklagtenseite. Die Beklagten sind der Ansicht, die Forderung sei verwirkt. Sie erheben die Einrede der Verjährung. Sie sind der Ansicht, der von den Klägern eingereichte Mahnbescheid führe nicht zu einer Hemmung der Verjährung. Denn die Kläger hätten im Antrag fälschlich angegeben, dass der Anspruch nicht von einer Zug-um-Zug-Verurteilung abhängig sei. Die Kläger müssten sich jedenfalls Steuervorteile in Höhe von über 21.000,- Euro anrechnen lassen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze beider Parteien nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 09.09.2013 Bezug genommen. Die Kammer hat die Kläger als Partei zur Kausalität vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 09.09.2013 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist überwiegend begründet.

Den Klägern steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz aus Prospekthaftung „im weiteren Sinne" (§ 280 Abs. 1 BGB) zu.

1)
Die Beklagten sind für diese Ansprüche passiv legitimiert. Ansprüche aus einer Prospekthaftung im weiteren Sinne bestehen, wenn jemand in Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen, ohne Vertragspartner des Anlegers zu sein, in besonderem

Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und der Anleger ihm dieses auch entgegengebracht hat. Dogmatisch wird der Anspruch als Unterfall des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen eingeordnet, der selbst dann eingreift, wenn der persönliches Vertrauen in Anspruch Nehmende nicht persönlich die Vertragsverhandlungen geführt hat.

Die Haftung der Beklagten zu 2) ergibt sich aus ihrer Stellung als Treuhandkommanditistin. Ein Treuhandkommanditist einer Publikums-KG nimmt persönliches Vertrauen in Anspruch. Da sich der Beitritt der Kläger in der Weise vollzog, dass sie einen Treuhandvertrag abschlossen, bestand nach der Rechtsprechung eine eigene Pflicht der Beklagten, unrichtige Prospektangaben von sich aus richtig zu stellen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 29. Mai 2008, III ZR 59/07, juris, Rn. 8; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 9.12.2009, 23 U 2/09, juris).

Die Haftung der Beklagten zu 1) und eine ergänzende Haftung der Beklagten zu 2) ergibt sich aus deren Stellung als Gründungskommanditisten. Gründungskommanditisten sind in das vorvertragliche Schuldverhältnis zu den zu werbenden weiteren Kommanditisten einbezogen. Zwar nimmt bei einer Publikums-KG nicht jeder Gesellschafter persönliches Vertrauen in Anspruch, wohl aber derjenige, der für die Beitrittsentscheidung weiterer Anleger von Bedeutung ist. Das gilt grundsätzlich für alle Gründungskommanditisten, wobei es unerheblich ist, ob sie mitverantwortlich für die Herausgabe des Prospektes waren. Auf Grund ihres Informationsvorsprungs haben sie die Eintretenden zu informieren, falls der dem Eintretenden zu überreichende Prospekt nicht zutreffend und vollständig ist und kein umfassendes Bild über die Risiken der Kapitalanlagen gewährt (vgl. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 13.5.2009, 23 U 64/07 - juris, vgl. auch BGH, Urteil vom 14.7.2003, II ZR 202/02 - juris). Nicht ausschlaggebend ist, dass die Kläger aufgrund des gewählten Treuhand-Modells nicht unmittelbar Gesellschafter geworden sind. Es geht insoweit nicht um das Außenverhältnis, sondern um das Innenverhältnis. Diesbezüglich ist aber in dem Treuhandvertrag bestimmt, dass die Treugeber wirtschaftlich die Stellung eines Kommanditisten erlangen sollen.

2)
Der Prospekt zur Beteiligung ist fehlerhaft.

Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Prospekthaftungsgrundsätzen hat der Prospekt über ein Beteiligungsangebot, der für einen Beitrittsinteressenten im Allgemeinen die einzige Unterrichtungsmöglichkeit darstellt, den Anleger über alle Umstände, die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig zu unterrichten (vgl. BGH, Urteil vom 28.2.2008, III 149/07, zit. nach juris, Rn. 8, m.w.N.). Dazu gehört eine Aufklärung über Umstände, die den Vertragszweck vereiteln können (BGH, a.a.O.). Ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, ist daher nicht allein anhand der wiedergegebenen Einzeltatsachen, sondern nach dem Gesamtbild zu beurteilen, das er von den Verhältnissen des Unternehmens bzw. hier der Anlage vermittelt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1982, II ZR 175/81, NJW 1982, 2823, 2824). Dabei dürfen die Prospektverantwortlichen eine sorgfältige und eingehende Lektüre des Prospekts bei den Anlegern voraussetzen (BGH, Urteil vom 14. Juni 2007, III ZR 300/05, zit. nach juris, Rn. 8).

Der Prospekt zur streitgegenständlichen Beteiligung legt nicht offen, wer Empfänger der im Investitions- und Finanzierungsplan (S. 26) ausgewiesenen Kosten für die Finanzierungsvermittlung und -beratung in Höhe von 2,09 Mio. DM ist. Diese Information hat für den Anleger wesentliche Bedeutung. Insoweit schließt sich die Kammer der Rechtsprechung des OLG Frankfurt zu vergleichbaren Prospektgestaltungen an. Der Prospekt entspricht insoweit - abgesehen von der Höhe der ausgewiesenen Zahlung - jenen Prospekten, die Grundlage der Entscheidungen des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 10.2.2010 (23 U 42/09) und vom 16.11.2011 (23 U 103/11) waren.

Es fehlt ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Beklagte zu 1) die Kosten der Finanzierungsvermittlung für diesen Fonds erhält. Aus dem Prospekt ergibt sich lediglich, dass eine solche Leistung stattgefunden hat und vergütet worden sein soll. Wer Vertragspartner und Zahlungsempfänger ist, erschließt sich aus dem Prospekt nicht. Der Prospekt führt die Beklagte zu 1) auf Seite 54 als Vertragspartner, namentlich

als Konzeptionär, Vertriebskoordinator und Prospektherausgeber auf. Es wird darauf hingewiesen, dass es sich bei ihr um ein „Spezialinstitut der DG-Bank-Gruppe" handelt. Es wird jedoch nicht darüber aufgeklärt, dass es sich bei ihr um eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beklagten zu 2) handelt und dass sie die Finanzierungsvermittlungsprovision vereinnahmt. Ein Anleger braucht aber nicht damit zu rechnen, dass eine Tochtergesellschaft der Beklagten zu 2) einen so hohen Betrag für die Vermittlung eines von der Beklagten zu 2) selbst zu gewährenden Endfinanzierungsdarlehens an eine zum Konzern gehörende Anlagegesellschaft erhält. Eine solche bedeutende Vermögensverschiebung für eine (aus dem Prospekt) nicht erkennbare Leistung ist in hohem Maße aufklärungsbedürftig. Für den potentiellen Anleger kann es von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob gerade mit der Vermittlung der Finanzierungsmöglichkeiten betraute Unternehmen im wohlverstandenen Interesse der Fondsgesellschaft und der Treuhandgesellschafter eine objektive Bewertung gegebener Marktmöglichkeiten vornehmen oder bei der Finanzierungsentscheidung gegebenenfalls interne Belange im Auge zu behalten haben (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 16.11.2011 - 23 U 103/11).

Es kommt nicht darauf an, ob der Vergütung eine werthaltige Gegenleistung gegenüberstand. Denn auch eine angemessene und übliche Vergütung lässt weder die Annahme einer Interessenkollision noch die daraus fließende Aufklärungspflicht entfallen (OLG Frankfurt, Urteil vom 16.11.2011 - 23 U 103/11).

3)
Der Prospektfehler ist kausal für den Schaden in Gestalt der Zeichnung der streitgegenständlichen Fondsbeteiligung gewesen.

Voraussetzung ist, dass der Prospekt bei dem konkreten Vertragsschluss Verwendung gefunden hat. Der Prospekt war Grundlage der Anlageentscheidung der Kläger. Hierfür reicht es aus, dass der Prospekt – wie hier - entsprechend dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaften von den Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage verwendet wird (BGH, Urt. v. 3.12.2007 - II ZR 21/06, Rn. 16, 17; Palandt/Grüneberg, 71. Aufl., § 311 Rn. 70). Die Maßgeblichkeit des Prospekts für die Anwerbung der Kläger kommt

vorliegend im Zeichnungsschein zur Beteiligung zum Ausdruck, wonach der Anleger die Kenntnisnahme des Prospektinhalts bestätigen muss. Sollen die Anleger bestimmungsgemäß auf der Grundlage des herausgegebenen Prospekts geworben werden, fließt notwendigerweise der Prospektinhalt in das einzelne Werbegespräch ein.

Anhaltspunkte dafür, dass die Unrichtigkeit des Prospektes entgegen der Lebenserfahrung nicht kausal für die Anlageentscheidung war, sind nicht dargetan. Die Aufklärungspflichtigen müssen beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte. Die Beklagten haben nichts Erhebliches zu diesem Aspekt vorgetragen, insbesondere nicht dazu, dass den Klägern die im Prospekt verschwiegenen Umstände bekannt gewesen wären.

Eine Widerlegung der Kausalitätsvermutung folgt nicht aus der Vernehmung der Kläger als Partei. Die Klägerin zu 1) hat vorgetragen, sie hätte die Beteiligung in Kenntnis des Umstandes, dass die DG Anlagegesellschaft mbH die Provision erhalten hatte, nicht gezeichnet. Der Kläger zu 2) hat vorgetragen, er habe sich jeweils auf die Angaben der Klägerin verlassen, da diese als Bankkauffrau über entsprechende Fachkunde verfüge. Damit ist das Beweisangebot der Beklagten zumindest unergiebig im Sinne einer Bestätigung des Vortrags der Beklagten geblieben.

Die Kausalität ist auch nicht aufgrund der sonstigen Umstände des Falles widerlegt. Die Beklagten führen lediglich allgemeine Argumente an, die es denkbar erscheinen lassen sollen, dass ein Anleger auch bei zutreffender Aufklärung über den Empfänger der Finanzierungsvermittlungskosten gezeichnet hätte. Dies ist für eine Widerlegung der Kausalitätsvermutung nicht hinreichend. Die Beklagten können sich nicht darauf berufen, der Fehler sei für die Anlageentscheidung der Anleger objektiv unbedeutend. Wäre dies der Fall, läge schon kein Prospektfehler vor. Der Umstand, dass die Zeichnung der Fonds mehr oder weniger große Steuervorteile mit sich brachte, besagt nicht, dass sich die Kläger im Falle einer korrekten Aufklärung gerade für diesen und nicht für einen anderen Fonds mit vergleichbaren Effekten entschieden hätten (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 2.5.2012 - 23 U 39/09). Die Steuervorteile sprechen vor diesem Hintergrund nicht dafür, dass die Kläger auch in Kenntnis des Prospektfehlers gerade

den DG-Fonds Nr. 39 gezeichnet hätten. Denn es kann nicht angenommen werden, dass die angestrebte Steuerersparnis nur mit diesen Fonds zu erreichen war oder dass sämtliche verfügbaren Steuersparfonds in den Zeichnungsjahren an vergleichbaren Prospektfehlern litten. Gegen die Kausalität spricht auch nicht, dass die Kläger sich an 10 anderen geschlossenen Fonds beteiligt hatten. Das mag für die Anlagemotivation der Steuerersparnis sprechen, nicht jedoch dafür, dass die Kläger auch in Kenntnis von dem Umstand gezeichnet hätten, dass die Kosten der Finanzierungsvermittlung für eine Tochtergesellschaft der Konzeptionärin des Fonds vorgesehen sind. Gegen die Kausalität spricht auch nicht, dass es den Klägern um eine hohe Rendite gegangen sei. Denn die Beklagte hat nicht dargelegt, dass eine vergleichbare Rendite mit keiner anderen Anlage erzielbar war.

4)
Das Verschulden der Beklagten hinsichtlich des Prospektfehlers wird indiziert, gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann nicht von einem unvermeidbaren Rechtsirrtum ausgegangen werden.

5)
Die Ansprüche der Kläger sind nicht verjährt.

Die Beklagten können sich zunächst nicht auf die kenntnisabhängige Verjährung berufen. Maßgeblich hierfür ist, wann die Kläger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person der Schuldnerin Kenntnis erlangten oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten erlangen müssen. Die bloße objektive Erkennbarkeit führt noch nicht zum Beginn des Laufs der Verjährungsfrist (OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 13.5.2009, 23 U 64/07 - juris). Die Beklagten haben nicht aufgezeigt, dass die Kläger in verjährungsrelevantem Zeitraum Kenntnis von dem genannten Prospektfehler erlangt haben oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten erlangen müssen. Aus dem Prospekt selbst ist der Fehler nicht herzuleiten. Die Beklagten haben auch nicht aufgezeigt, dass sich der Fehler aus einem Rechenschaftsbericht aufdrängte.

Die Beklagten können sich auch nicht auf den Ablauf der absoluten Verjährungsfrist berufen. Diese wäre zum Jahreswechsel 2011/2012 ausgelaufen. Am 20.12.2011 – d.h. vor Ablauf der absoluten Verjährungsfrist und damit rechtzeitig - reichten die Kläger einen Schlichtungsantrag bei einer Gütestelle ein. Mit Schreiben vom 10.1.2012 teilte die Gütestelle mit, dass das Schlichtungsverfahren gescheitert sei. Daran anschließend war das Verfahren für 6 Monate gehemmt (§ 204 Abs. 2 BGB). Am 10.7.2012 – d.h. noch innerhalb dieser 6-Monatsfrist – beantragten die Kläger einen Mahnbescheid. Dieser wurde den Beklagten am 19./20.7.2012 zugestellt. Daran schloss sich erneut eine sechsmonatige Hemmung an (§ 204 Abs. 2 BGB). Innerhalb dieser Frist kam es am 16./17.1.2012 ausweislich des Aktenausdrucks des Mahngerichts zu einer Verfahrenshandlung der Kläger (Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens), was wiederum eine sechsmonatige Hemmung auslöste (§ 204 Abs. 2 BGB). Innerhalb dieser weiteren Frist wurde die Anspruchsbegründung den Beklagten zugestellt.

6)
Die Berufung der Kläger auf die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheides ist nicht rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig (§ 242 BGB). Hieran ändert der Umstand nichts, dass der Schadensersatzanspruch der Kläger von einer Zug-um-Zug-Gegenleistung abhing und die Kläger dies im Mahnbescheidsantrag nicht erwähnt hatten.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann es einem Kläger im Einzelfall gemäß § 242 BGB untersagt sein, sich auf die verjährungshemmende Wirkung eines Mahnbescheidsantrags zu berufen (BGH VIII ZR 157/11). Dies kann auch dann der Fall sein, wenn ein Kläger im Mahnbescheidsantrag falsche Angaben zur geschuldeten Gegenleistung macht. Wendet man die Grundsätze der genannten Entscheidung auf den vorliegenden Fall an, lässt sich daraus kein rechtsmißbräuchliches Vorgehen der Kläger herleiten.

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung nach dem Willen des Gesetzgebers rechtsmissbräuchliches Verhalten zwar unterbinden soll. Der Gesetzgeber versteht den Begriff „rechtsmissbräuchlich" aber in einem engen

Sinne. Er nennt als Beispiel für einen Rechtsmissbrauch: „Wenn ein Gläubiger in halbjährlicher Folge mehrere gleichgerichtete Anträge einreicht, die stets kurzfristig zurückgenommen werden, liegt die Annahme des Rechtsmissbrauchs nahe" (BT-Drucks. 14/6857, S. 44). Aus diesem vom Gesetzgeber angeführten Beispiel ist ersichtlich, dass er bei der Frage des Rechtsmissbrauchs andere Fallkonstellationen als die streitgegenständliche vor Augen hatte.

Hinzu tritt der Umstand, dass unter den Begriff der „Gegenleistung" im Sinne von § 688 Abs. 2 Satz 1 ZPO, die beim Mahnbescheidsantrag ggf. anzugeben ist, primär Zug-um-Zug-Ansprüche im Sinne von § 320 ff BGB (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) fallen (Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 688, Rn. 3). Solche lagen auch der genannten Entscheidung BGH VIII ZR 157/11 zugrunde. Vorliegend ist die Sachlage anders. Denn die Zug-um-Zug-Gegenleistung resultiert hier nicht aus §§ 320 ff BGB, sondern aus § 273 BGB. Daran sind andere Rechtsfolgen geknüpft: Der Anleger hat im Falle der fehlerhaften Anlageberatung bei geschlossenen Fonds ein Wahlrecht (vgl. § 281 BGB) zwischen dem sog. großen Schadensersatz (einschließlich Rückübertragung der Beteiligung) und dem sog. kleinen Schadensersatz (ohne Rückübertragung der Beteiligung, beispielsweise in Verbindung mit einem Verkauf der Beteiligung auf dem Zweitmarkt). Wählt der Anleger den kleinen Schadensersatz, ist der Anspruch nicht von einer Gegenleistung abhängig; die Beklagte hat dann kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB; die Zug-um-Zug-Verpflichtung entfällt. Nur wenn der Anleger den großen Schadensersatz wählt, kommt es zur Zug-um-Zug-Verurteilung. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber Verjährung und Zulässigkeit eines Mahnverfahrens bei der Wahl zwischen kleinem und großem Schadensersatzanspruch unterschiedlich regeln wollte. Der kleine Schadensersatz kann außerdem zum Teil im großen Schadensersatz enthalten sein. Würde man die Verjährung in einem solchen Fall von der Angabe der Gegenleistung im Mahnbescheidsantrag abhängig machen, müsste man, wenn man konsequent ist, in Fällen wie dem vorliegenden zu einer gespaltenen Verjährung gelangen. Verjährung wäre dann anzunehmen, soweit der eingeklagte Schaden nicht im kleinen Schadensersatzanspruch enthalten ist. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass eine solche gespaltene Verjährung im Interesse des Gesetzgebers liegt.

Weiter ist im Rahmen der rechtlichen Bewertung zu berücksichtigen, dass ein Mahnverfahren selbst bei Gegenleistungsansprüchen des Antragsgegners nicht generell unzulässig ist. So kann das Mahnverfahren statthaft sein, wenn der Antragsteller die Gegenleistung bereits erbracht hat (§ 688 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO; Thomas/Putzo, 30. Aufl., § 688 Rn. 4). Auch darf ein Antragsteller im Mahnbescheidsantrag angeben, er brauche die Gegenleistung nicht anzubieten, weil er sie schon vergeblich angeboten habe; folglich hänge der Anspruch nicht mehr von einer Gegenleistung ab (Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 688 Rn. 8). Daran anknüpfend ist im Zuge der rechtlichen Bewertung zu berücksichtigen, dass die Beklagten nach dem unwidersprochenen Vortrag der Kläger an einer Schlichtung kein Interesse hatten. Vor diesem Hintergrund durften die Kläger davon ausgehen, dass die Beklagten die Erfüllung des Schadensersatzanspruchs der Kläger endgültig ablehnten und sich mit der Annahme der Zug-um-Zug-Leistung in Annahmeverzug befanden (§ 286 Abs. 2 Ziff. 3 BGB). Die Kläger durften demnach annehmen, dass sie Schadensersatz bereits vor Rückübertragung der Fondsanteile verlangen konnten, so dass es auf die Gegenleistung nicht mehr maßgeblich ankam.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass bei einer anderen rechtlichen Bewertung Anleger, die wie im vorliegenden Fall die Rückabwicklung einer Kapitalanlage begehren, einen Mahnbescheidsantrag in einer Fallkonstellation wie dieser möglicherweise generell nicht mehr mit verjährungshemmender Wirkung stellen könnten. Gemäß § 242 BGB und nach der oben genannten BGH-Rechtsprechung sind jedoch lediglich konkrete Rechtsmissbräuche im Einzelfall zu unterbinden; aus der BGH-Rechtsprechung lassen sich keine abstrakt-generellen Grundsätze herleiten, nach denen die verjährungshemmende Wirkung des Mahnverfahrens für einen großen Rechtsbereich (Rückabwicklung geschlossener Fonds nach fehlerhafter Anlageberatung) entfiele. Die Regelung abstrakt-genereller Fragen obliegt primär dem Gesetzgeber. Eine Auslegung von § 242 BGB, nach der die Einreichung eines Mahnbescheides in Fällen wie dem vorliegenden rechtsmissbräuchlich wäre, würde jedoch dem Anliegen des Gesetzgebers widersprechen, die Verjährungshemmung zu

Gunsten des Anlegers zu erleichtern und sogar unterhalb der Schwelle der förmlichen Klageerhebung zu ermöglichen (vgl. BT Drucks. 17/8799, S. 15).

Nimmt man die vorgenannten Umstände zusammen, ist die Berufung der Kläger auf die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheides nicht rechtsmissbräuchlich.

7)
Die Kläger können als Rechtsfolge von den Beklagten Eratz der Schäden verlangen, die aus der Beteiligungsentscheidung entstanden sind. Sie können die Rückzahlung der Anlagesumme (80.000 DM) nebst Agio (5 %) Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung geltend machen. Dies entspricht dem im Tenor genannten Betrag von 42.948,52 €.

8)
Die Kläger müssen sich nicht die mit der Beteiligung vereinnahmten Steuervorteile anrechnen lassen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine Anrechnung nur in Betracht, wenn der geschädigte Anleger aufgrund seiner Beteiligung außerordentlich hohe Erträge erzielt hat, die ihm in steuerlicher Hinsicht auch nach der Rückabwicklung und selbst unter Berücksichtigung einer Steuerpflicht für den durch Urteil zugesprochenen Erstattungsbetrag verbleiben (BGH, Urteil vom 1.3.2011 - XI ZR 96/09). Derartige Vorteile haben die Kläger nicht erzielt. Die Kammer geht davon aus, dass die Schadensersatzleistung, die den Klägern zugesprochen wird, zu versteuern sein wird. Erstattungsbeträge, die Werbungskosten ersetzen, sind im Jahr ihres Zuflusses steuerpflichtige Einnahmen der Einkunftsart, bei der die Aufwendungen vorher als Werbungskosten abgezogen worden sind, beim streitgegenständlichen Immobilienfonds also der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG (BGH, Urt. v. 18.12.2012 - II ZR 259/11, Rn. 18). Dies gilt nicht nur für Finanzierungskosten (BGH, Urt. v. 1.3.2011 - XI ZR 96/09), sondern auch für die aus den Anschaffungskosten hergeleiteten Absetzungen. Die Anschaffungskosten sind der Sache nach Werbungskosten. Soweit sie steuerlich berücksichtigt worden sind, der Anleger also entsprechende Steuervorteile erlangt hat, ist die Schadensersatzleistung bei der Einkunftsart, bei der diese Werbungskosten

geltend gemacht worden sind, hier also bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, zu versteuern (BGH, Urt. v. 18.12.2012 - II ZR 259/11, Rn. 19). Es ist davon auszugehen, dass die Kläger Steuervorteile aus Werbungskosten erlangt haben. Hierfür spricht schon die steuerliche Konzeption des Fonds. Auf S. 36 des Prospekts wird die steuerliche Abschreibung von Werbungskosten und Anschaffungskosten ausdrücklich dargestellt. Es ist mit einer entsprechenden Besteuerung der Schadensersatzleistung zu rechnen.

9)
Die Beklagten sind mit der Annahme der Rechte aus der Beteiligung jedenfalls dadurch in Annahmeverzug geraten, dass sie mit der Klageerwiderung die Annahme endgültig abgelehnt haben (§ 286 Abs. 2 Ziff. 3 BGB).

10)
Der Zinsanspruch beruht auf § 286, 288 BGB. Die Beklagten sind spätestens mit der Zurückweisung der Ansprüche im Schlichtungsverfahren in Verzug geraten (§ 286 Abs. 2 Ziff. 3 BGB). Als Zeitpunkt für den Zinsbeginn ist dementsprechend er 10.1.2012 anzusetzen, weil die Ablehnung der Beklagten ausweislich der Erfolglosigkeitsbescheinigung im Schlichtungsverfahren zu diesem Zeitpunkt vorlag. Die Kläger haben nicht aufgezeigt, dass die Beklagten zu einem früheren Zeitpunkt in Verzug geraten sind.

11)
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 100 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.

Dr. Henke
Richter am Landgericht