

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 18.849,12 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 02.07.2011 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligungen an der DG-Immobilien-Anlagengesellschaft Nr. 26, Stammnummer 26.0: , und an der DG-Immobilien-Anlagengesellschaft Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“, Stammnummer 36.0: .
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligungen an der DG-Immobilien-Anlagengesellschaft Nr.26, Stammnummer 26.0 } , und an der DG-Immobilien-Anlagengesellschaft Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“, Stammnummer 36.0: 1, in Annahmeverzug befindet.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligungen an der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 26, Stammnummer 26.0: und Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“, Stammnummer 36.0: ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt - mit Ausnahme von Forderungen des Finanzamtes, die aus der Rückabwicklung der Beteiligung an der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 26, Stammnummer 26.0: erwachsen - oder von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten wegen der Ausschüttungen erhoben werden können, den die vorstehende Fondsgesellschaft in der Vergangenheit geleistet hat, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.242,53 Euro nebst 5 %-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 02.07.2011 zu zahlen.
5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
6. Auf die Drittwiderklage wird festgestellt, dass dem Drittwiderbeklagten keine Schadensersatzansprüche wegen seiner Beteiligung an den Fonds der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 26 „Wachstumsfonds Ost“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG mit der Beteiligungs-Nr. 26.0: } und an der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“ Krefit und Dr. Neumann KG mit der Beteiligungsnummer 36.0: 1, gegen die Beklagte zustehen.
7. Im Übrigen wird die Drittwiderklage abgewiesen.

8. Von den Gerichtskosten trägt die Klägerin 25 %, die Beklagte 60 % und der Drittwiderbeklagte 15 %. Die Kosten der Klägerin trägt die Beklagte zu 64 %. Die Kosten der Beklagten trägt die Klägerin zu 25 % und der Drittwiderbeklagte zu 15 %. Die Kosten des Drittwiderbeklagten trägt die Beklagte zu 50 %. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Kosten selbst.

9. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Die Klägerin und der Beklagte können die Vollstreckung durch den Gegner (bzgl. Klägerin: Beklagte; bzgl. Beklagter: Drittwiderbeklagter) jeweils durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des jeweils für den Gegner aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils durch ihn zu vollstreckenden Betrages leistet.

Streitwert: Klage: 37.211,39 Euro (Klagantrag Ziff. 1: 32.211,39 Euro;
Klagantrag Ziff. 3: 5.000,00 Euro)
Drittwiderklage: 16.105,70 Euro

Tatbestand

Die Parteien streiten in Klage und (Dritt-)Widerklage um mögliche - z.T. aus abgetretenem Recht hergeleitete - Ansprüche der Klägerin bzw. des Drittwiderbeklagten wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit der Zeichnung zweier Kapitalanlagen (Kapitalanlage DG-Fonds Nr. 26 im Jahr 1990, gezeichnet durch den Drittwiderbeklagten sowie Kapitalanlage DG-Fonds Nr. 36, gezeichnet durch die Klägerin und den Drittwiderbeklagte im Jahr 1995).

Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte sind Eheleute. Bei der Beklagten handelt es sich um ein Bankinstitut, das die Klägerin und den Drittwiderbeklagten bereits vor dem streitgegenständlichen Zeitraum, also vor 1990, in Geldanlagefragen beraten hatte.

Im Dezember 1990 fand ein Beratungsgespräch statt, in dem der damals bei der Beklagten angestellte Zeuge Enderle dem Drittwiderbeklagten die streitgegenständliche Anlage DG-Immobilien-Anlage-Fonds Nr. 26 „Wachstumsfonds Ost - Heinz Liebherr VerwaltungsGmbH & Co. KG“ (*im Weiteren: „DG Nr. 26“*) vorstellte. Der Inhalt dieses Beratungsgesprächs ist zwischen den Parteien streitig.

Am 05.12.1990 zeichnete (nur) der Drittwiderbeklagte einen Zeichnungsschein DG Nr. 26 (*Anlage K2*) mit einem Anlagenominalwert von 30.000,00 DM sowie weiteren 5 % Agio. Mit Schreiben vom 14.12.1990 erfolgte die Zeichnungsannahme und Eingangsbestätigung von Seiten der DG-Bank als Treuhandkommanditistin (*Anlage K3*).

Im Jahr 1995 kam es zur Zeichnung einer weiteren Kapitalanlage, diesmal durch den Drittwiderbeklagten und die Klägerin: Am 13.10.1995 zeichneten diese den DG-Immobilien-Anlage-Fonds Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel - Kreft & Dr. Neumann KG“ (*Anlage K4*) mit einem Nominalwert von weiteren 30.000,00 DM sowie 5 % Agio (*im Weiteren: „DG Nr. 36“*). Am 18.12.1995 erfolgte die Zeichnungsannahme und Eingangsbestätigung von Seiten der DG-Bank (Gründungs- und Treuhandkommanditistin des DG Nr. 36) (*Anlage K5*).

Hinsichtlich dieser Anlage steht zwischen den Parteien im Streit, ob bzw. mit welchem Inhalt hier ein Beratungsgespräch durch den bei der Beklagten beschäftigten Zeugen Enderle stattgefunden hat.

Mit Schreiben vom 15.06.2011 zeigte der Klägervertreter gegenüber der Beklagten die Vertretung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten an, monierte eine fehlerhafte Beratung durch die Beklagte hinsichtlich der Anlagefonds DG Nr. 26 und DG Nr. 36 und forderte die Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 32.211,39 € (Rückzahlung der Einlagesummen zzgl. Agio bzgl. beider Anlagefonds) bis spätestens 01.07.2011.

Mit Abtretungsvereinbarung vom 25.08.2011 (*Anlage K 1*) trat der Drittwiderbeklagte etwaige „aus de[n] Beteiligungen sowie den zu Grunde liegenden Beratungsleistungen der Südwestbank AG resultierenden Ansprüche ... vollständig und uneingeschränkt“ an die Klägerin ab, die diese Abtretung annahm.

Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte tragen vor,

bezüglich beider Kapitalanlagen, nämlich sowohl bezüglich des DG Nr. 26 im Jahr 1990 als auch bezüglich des DG Nr. 36 im Jahr 1995, sei die Klägerin auf Grund erfolgter Abtretung aktivlegitimiert.

Die Beklagte bzw. der für sie handelnde Zeuge Enderle, der sowohl im Jahr 1990 als auch im Jahr 1995 beratend tätig geworden sei, habe den zwischen der Beklagten und dem Drittwiderbeklagten (bzw. für den DG Nr. 36 auch mit der Klägerin) geschlossenen Anlageberatungsvertrag verletzt.

Der Zeuge Enderle habe nicht darüber aufgeklärt, dass hier die Beklagte wegen der Zeichnung dieser Kapitalanlage erhebliche Provisionen erwarten habe können und auch erhalten habe. Bezüglich beider Fonds habe eine Interessenkollision bei der Beklagten bestanden, die eine Rückvergütung erhalten habe, ohne dies zu offenbaren. Die Beklagte habe wegen der Provisionen ein hohes Eigeninteresse am Verkauf gehabt. Im Prospekt zu dem DG Nr. 26 (*Anlage K8*) sei an keiner Stelle erwähnt, dass die Beklagte Provisionen erhalten habe, sondern es finde sich allein eine Aussage über ein Agio.

Tatsächlich habe die Beklagte eine Rückvergütung in Höhe von 8 % erhalten.

Auch sei hinsichtlich des DG Nr. 36 sowohl die im Prospekt ausgewiesenen 5 % Agio als auch die 3 % Eigenkapitalbeschaffungskosten (*vgl. Anlage K 9, Seite 14 und 15 im Prospekt zu DG 36*) an die Beraterbank geflossen.

Außerdem habe die Beklagte auch ihre Pflichten dahingehend verletzt, dass hinsichtlich der Sicherheit bzw. des Risikos des Totalverlusts hier falsche Angaben gemacht worden seien.

Sowohl bezüglich des DG Nr. 26 als auch hinsichtlich des DG Nr. 36 sei verschwiegen worden, dass hier mit der Beteiligung das Risiko eines Totalverlusts verbunden sei. Den DG Nr. 26 habe der Zeuge Enderle als sicher dargestellt. Das Risiko eines Totalverlusts sei nicht erwähnt worden, sondern der Fonds sei als Altersvorsorgemodell angepriesen worden. Weder hinsichtlich des DG Nr. 26 noch hinsichtlich des DG Nr. 36 sei im Prospekt ein Hinweis auf das Risiko des Totalverlusts enthalten.

Im Weiteren seien die Klägerin und der Drittwiderbeklagte auch falsch über die Fungibilität der Anlage aufgeklärt worden. Der Anlagefonds DG Nr. 26 sei als veräußerbar dargestellt worden. Hinsichtlich der Fonds Nr. 26 und 36 habe es entgegen der Mitteilung der Beklagten keinen funktionierenden Zweitmarkt gegeben und diesen gebe es auch heute nicht.

Zudem sei der Beklagten eine Pflichtverletzung dahingehend vorzuwerfen, dass sich in den übergebenen Prospekten fehlerhafte Angaben befänden. So sei der Prospekt zum Anlagefonds Nr. 36 inhaltlich fehlerhaft im Hinblick auf die Finanzierung/Umsetzung des Konzepts durch den als Projektplaner maßgeblich an dem Konzept beteiligten Herrn Zimmer.

Das Verschweigen der Provisionen und die Prospektfehler sei kausal für die Anlageentscheidung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten gewesen seien.

Hinsichtlich der vorgeworfenen Pflichtverletzung der verschwiegenen Provisionen könne sich die Beklagte hier nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen (*BGH, Urteil vom 29.06.2010, XI ZR 308/09*).

Klägerin und Drittwiderbeklagter sind daher der Ansicht, dass der entstandene Schaden zu ersetzen sei.

Dieser betrage insgesamt 32.211,39 Euro, nämlich die Anlagesumme von 30.000,00 DM aus dem DG Nr. 26 sowie das Agio in Höhe von 1.500,00 DM, weitere 30.000,00 DM aus dem DG Nr. 36 und 1.500,00 DM, was insgesamt unter Umrechnung in Euro die Summe von 32.211,39 Euro ergebe. Steuervorteile oder Ausschüttungen seien nicht in Abzug zu bringen.

Die Forderungen seien auch nicht verjährt, da Klägerin und Drittwiderbeklagter erst mit Einschaltung des Klägerevertreters im Juni 2011 Kenntnis davon erhalten hätten, dass hier die Beklagte Provisionen im dargestellten Umfang erhalten hätten.

Die Drittwiderklage der Beklagten sei unzulässig, weil es am notwendigen Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) fehle, weil der Drittwiderbeklagte selbst im Falle einer Rückabtretung von Ansprüchen durch die Klägerin wegen § 325 ZPO kein weiteres Verfahren gegen die Beklagte betreiben könne. Es stehe zudem im Hinblick auf die klägerseits geltend gemachten Feststellungsanträge (Klaganträge Ziff. 2 und 3) doppelte Rechtshängigkeit entgegen. Im Übrigen sei die Drittwiderklage auch unbegründet, weil dem Drittwiderbeklagten zwar keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zustünden, dies aber allein aus der unstreitig wirksam erfolgten Abtretung an die Klägerin resultiere.

Die Klägerin beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 32.211,39 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 02.07.2011 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligungen an der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 26, Stammnummer 26.011111 und an der DG-Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“, Stammnummer 36.011111.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligungen an der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr.26.011111 und Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“, Stammnummer 36.011111 in Annahmeverzug befindet.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 26, Stammnummer 26.011111 und Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“, Stammnummer 36.011111 ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt oder von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten wegen der Ausschüttungen erhoben werden können, den die vorstehende Fondsgesellschaft in der Vergangenheit geleistet hat, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.801,66 Euro nebst 5 %-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 02. Juli 2011 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt im Wege der Drittwiderklage:

Es wird festgestellt, dass dem Drittwiderbeklagten Schadensersatzansprüche wegen seiner Beteiligung an den Fonds der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 26 „Wachstumsfonds Ost“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG mit der Beteiligungs-Nr. 26.011111 und an der DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 36 „Seniorenresidenz Oberursel“ Kreft und Dr. Neumann KG mit der Beteiligungsnummer 36.011111, gegen die Beklagte weder zustanden noch zustehen.

Der Drittwiderbeklagte beantragt

Abweisung der Drittwiderklage.

Die Beklagte trägt vor.

es sei hinsichtlich des Anlagefonds DG Nr. 36 bereits kein Beratungsverhältnis ersichtlich. Ein Beratungsgespräch mit Angestellten der Beklagten habe nicht stattgefunden.

Falls eine Beratung doch stattgefunden haben sollte, sei diese aber ordnungsgemäß und unter Hinweis auf Provisionen erfolgt, insbesondere sei auf Seite 14 des Prospektes auf Eigenkapitalbeschaffungskosten im Umfang von 3 % und das Agio auf Seite 15 des Prospekts hingewiesen worden (*Anlage K 9*).

Auch hinsichtlich des Anlagefonds DG Nr. 26 sei der Drittwiderbeklagte darüber informiert gewesen, dass die Beklagte eine Provision erhalte. Im Gespräch über die Verwendung des 5 %-igen Agio und über die Seite 15 des Emissionsprospektes (*Anlage K 8*) sei auch die Mitteilung erfolgt, dass das Agio ggfls. zusammen mit weiteren Betriebskosten an die Beklagte fließe. Die Beklagte habe entgegen der Darstellung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten keine 8 % Provision erhalten.

Hinsichtlich des Vorwurfs der fehlerhaften Aufklärung über die Sicherheit bzw. das Risiko des Totalverlusts im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Anlagen sei für den Anlagefonds DG Nr. 26 im Prospekt auf Seite 16 auf die Risiken des Fonds hingewiesen worden sei (*Anlage 8*). Auch sei besprochen worden, dass es sich um eine Unternehmensbeteiligung handle, die auch mit Verlusten einhergehen könne. Es seien die Risikoszenarien auf Seite 16 des Prospekts mit dem Drittwiderbeklagten durchgegangen worden. Verlustrisiken seien aus dem Prospekt bekannt. Eine Aufklärung über einen möglichen Totalverlust im Falle einer möglichen Insolvenz sei nicht geschuldet gewesen, da die Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds einer Publikums-AG mit dem Anleger im Hinblick auf die Thematik der Vermietung von Immobilien nicht fremd sei und der Anleger daher um die Risiken wisse, die er mit einer unternehmerischen Beteiligung eingehe.

Bezüglich des Vorwurfs fehlerhafter Aufklärung zur Fungibilität ergebe sich aus dem übergebenen Prospekt (*Anlage 8 - dort Seite 16*), dass hier eine entsprechende Aufklärung erfolgt sei.

Für den Vorwurf fehlerhafter Beratung wegen möglicher Provisionen fehle es jedenfalls an einem Verschulden der Beklagten, da sich diese in einem unvermeidlichen Rechtsirrtum befunden habe. Im Jahr 1990 habe noch keine Aufklärungspflicht hinsichtlich Provisionen bestanden.

Bei der Schadenshöhe sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin und der Drittwiderbeklagte sich hier die erhaltenen Steuervorteile in Anrechnung bringen lassen müssten. Ebenso seien die erhaltenen Ausschüttungen in Anrechnung zu bringen. Hinsichtlich des DG-Fonds Nr. 26 lägen Steuervorteile in einer Größenordnung von 7.043,56 Euro vor und es seien Ausschüttungen in Höhe von 4.294,77 Euro erfolgt. Beim DG-Fonds Nr. 36 seien zwar keine Ausschüttungen erfolgt, es seien aber Steuerrückerstattungen in Höhe von 9.067,51 Euro geflossen.

Im Übrigen erhebe die Beklagte die Einrede der Verjährung. Die wirtschaftliche Lage der DG-Fonds sei der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten bereits seit langem bekannt gewesen. So habe der DG-Fonds Nr. 26 seit dem Jahr 1998 keine Ausschüttungen mehr getätigt; für den DG-Fonds Nr. 36 habe es überhaupt keine Ausschüttungen gegeben. Auch sei der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten bereits seit der Zeichnung bekannt gewesen, dass Provisionen an die Beklagte geflossen seien. Zur genauen Höhe der Provisionen hätten sie ggf. nachfragen müssen und ohne entsprechende Nachfrage liege grob fahrlässige Unkenntnis vor.

Die Beklagte habe im Übrigen hinsichtlich der Drittwiderklage ein Feststellungsinteresse dahin, dass dem Drittwiderbeklagten Ansprüche aus den streitgegenständlichen Kapitalanlagen nicht zustehen. So behaupte die Klägerin zwar, der Drittwiderbeklagte habe die ihm gegen die Beklagte im Zusammenhang mit seinen Beteiligungen an den streitgegenständlichen Fonds zustehenden Ansprüche an die Klägerin abgetreten; zum Nachweis werde die Abtretungsvereinbarung vom 25.08.2011 (*Anlage K1*) vorgelegt, der nur zu entnehmen sei, dass der Drittwiderbeklagte Ansprüche gegen die Beklagte übertrage, nicht jedoch solche aus seinen Beteiligungen. Die Beklagte habe daher ein Interesse an der gerichtlichen Feststellung, dass auch dem Drittwiderbeklagten Schadensersatzansprüche gegenüber der Beklagten originär nicht zugestanden hätten und solche auch heute nicht zustehen.

Zum weiteren Vortrag der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Beraters Georg Enderle. Zum Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll zur Sitzung vom 09.01.2012 (*Bl. 103-121 der Akten*) verwiesen. Auf eben jenes Protokoll wird auch zum Ergebnis der Anhörung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist weitgehend begründet; erfolglos bleibt die Klage nur insoweit, als der Klägerin die Ausschüttungen beim DG Nr. 26 sowie die bezüglich des DG Nr. 36 erhaltenen Steuervorteile in Abzug zu bringen sind (**A.**). Die Drittwiderklage ist teilweise zulässig und - soweit sie zulässig ist - auch begründet, nämlich soweit die Feststellung begehrt wird, dass dem Widerbeklagten aktuell keine Ansprüche (mehr) gegen die Beklagte zustehen (**B.**).

A.

Die zulässige Klage ist weitgehend begründet.

Der Klägerin steht gemäß § 280 Abs. 1 BGB aus abgetretenem (I.) bzw. eigenem Recht Schadensersatz sowohl bezüglich des Anlagefonds DG Nr. 26 (II.) als auch bezüglich des Anlagefonds DG Nr. 36 (III.) in der Gesamthöhe von 18.849,12 Euro zu, da bezüglich beider Kapitalanlagen der Beklagten zurechenbar jedenfalls nicht über den Umstand aufgeklärt wurde, dass der Beklagten bei Zeichnung dieser Anlagen Vertriebsprovisionen in Gestalt einer Rückvergütung in Höhe von mindestens 5 bzw. im Fall des Nr. 36 auch in Form einer Innenprovision i.H.v. insgesamt 8 % zufließen würden.

I.

Die Klägerin ist auch bezüglich der durch ihren Ehemann vorgenommenen Zeichnungen aktiv legitimiert, da ihr mit der Abtretungserklärung vom 25.08.2011 hinsichtlich der Zeichnung der Anlagefonds DG Nr. 26 und DG Nr. 30 durch den Drittwiderbeklagten die „aus de[n] Beteiligungen sowie den zu Grunde liegenden Beratungsleistungen der Südwestbank AG resultierenden Ansprüche ... vollständig und uneingeschränkt“ abgetreten wurden und sie diese Abtretung angenommen hat (*Anlage K 1*).

II.

Hinsichtlich des Anlagefonds DG Nr. 26 steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 11.810,93 Euro zu.

Zwischen den Parteien besteht ein Schuldverhältnis in Gestalt eines Anlageberatungsvertrages (1.). Diesen hat die Beklagte verletzt, da der für sie tätige Berater, der Zeuge Enderle, jedenfalls über den Umstand nicht aufgeklärt hat, dass der Beklagten für den Fall des Abschlusses der Kapitalanlage eine Vertriebsprovision (in Form einer Rückvergütung) in Höhe von 5 % der Anlagesumme zufällt (2.). Insoweit kann dahinstehen, ob auch weitere Pflichtverletzungen der Beklagten dahin vorliegen, dass über die Sicherheit bzw. das Totalverlustrisiko nicht aufgeklärt wurde, die Fungibilität der Anlage fehlerhaft dargestellt wurde und insoweit gegebenenfalls fehlerhafte Prospektangaben gegeben sein könnten.

Diese Pflichtverletzung hat kausal zu einem Schaden geführt (3.), die Beklagte kann sich nicht auf fehlendes Verschulden berufen (4.). Im Rahmen der Schadensberechnung ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin bzw. der Drittwiderbeklagte hier von Ausschüttungen in Höhe von 4.294,77 Euro profitiert haben, Steuervorteile sind dagegen nicht zu berücksichtigen, so dass sich eine zu ersetzende Summe von 11.810,93 Euro ergibt (5.). Der Anspruch ist auch nicht verjährt (6.).

1.

Hinsichtlich des Anlagefonds Nr. 26 ist zwischen den Parteien unstreitig ein Anlageberatungsvertrag zu Stande gekommen; die Parteien sind sich insoweit hier einig, dass durch den Zeugen Enderle eine Anlageberatung (nicht nur bloße Anlagevermittlung) erfolgt ist. Ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB ist damit gegeben.

2.

Die Beklagte hat ihre Pflichten aus diesem Schuldverhältnis verletzt, da der für die Beklagte handelnde Zeuge Enderle entgegen einer bestehenden Verpflichtung nicht über den Umstand aufgeklärt hat, dass die Beklagte bei Abschluss einer derartigen Kapitalanlage eine Vertriebsprovision erhält.

- a) Im Rahmen eines Anlageberatungsvertrages, wie er hier vorliegt, schuldet der Beratende eine anleger- und objektgerechte Beratung. U.a. besteht auch eine Aufklärungspflicht dahin, ob der Berater eine Vertriebsprovision (in Gestalt einer Rückvergütung und/oder einer Innenprovision) erhält (*vgl. ausführlich c*)).
- b) Nach Angaben des für die Beklagte als informierter Vertreter im Termin vom 09.01.2012 anwesenden Herrn Dr. Sch erhielt die Beklagte seinerzeit im Jahr 1990 für die Anlage Nr. 26 eine Provision in Höhe von 5 %, nämlich das Agio (*Protokoll Seite 10, Bl. 112 der Akten*). Da es sich hier um eine Vertriebsprovision aus einem Ausgabeaufschlag handelt, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahlt und diese „hinter dessen Rücken“ an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließt, handelte es sich als Untergruppe der Vertriebsprovision um eine Rückvergütung. Dieser ist eigen, dass, weil dem Kunden nicht offenbart worden ist, dass die für die Anlagegesellschaft ausgewiesene Vorauszahlung per Agio wieder an die beratende Bank zurückfließt, ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Interesse der beratenden Bank besteht, gerade diese Beteiligung zu empfehlen.
- c) Die Beklagte bzw. der für sie tätige Zeuge Enderle ist seiner diesbezüglichen Pflicht zur Aufklärung nicht nachgekommen. Hat ein Kunde beim Erwerb von Investmentfonds ausgewiesene Ausgabeaufschläge und Verwaltungsgebühren über die Depotbank an die

Fondsgesellschaft zu zahlen und erhält die beratende Bank aus diesen Beträgen hinter dem Rücken des Kunden Rückvergütungen als Vertriebsprovisionen, so muss sie den Kunden ungefragt darüber aufklären, da dem Kunden der Interessenkonflikt der Bank offen zu legen ist und die konkrete Gefahr besteht, dass die Bank wegen der mit der Rückvergütung bewusst geschaffenen Vertriebsanreizen eine Empfehlung abgibt, die nicht allein den Kriterien der anleger- und objektgerechten Beratung im Kundeninteresse erfolgt, sondern im eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten. Zu einer fundierten Entscheidungsgrundlage gehört nicht nur das „Ob“ der Rückvergütung, sondern auch deren Höhe. Steht deren Höhe nicht fest, ist sie zumindest der Größenordnung nach anzugeben. Ohne deren Kenntnis kann der Anleger das Umsatzinteresse der Bank nicht richtig einschätzen (vgl. insg. BGH, Urteil vom 19.12.2006, IX ZR 56/05, BGHZ 170, 226).

- d) Vorangeschickt sei, dass, unabhängig davon, wann der Prospekt für die Anlage die DG-Nr. 36 übergeben wurde, jedenfalls aus dem Prospekt selbst keine ausreichende Informationen darüber ersichtlich ist, dass der Beklagten eine Vertriebsprovision in Gestalt einer Rückvergütung zufließen würde. Soweit auf Seite 15 des Prospekts (*Anlage K 8*) zwar die Rede davon ist, dass ein 5 %iges Agio anfällt, bei dem es sich um Anschaffungsnebenkosten des jeweiligen Anlegers handle, reicht dies nicht aus, um hier von einer ausreichenden Aufklärung über eine Rückvergütung auszugehen. Denn für die Aufklärung über eine Rückvergütung reicht es nicht aus, wenn im Fondsprospekt zwar ein Agio offen ausgewiesen ist, dieses aber laut Prospekt an die Fondsgesellschaft zu zahlen ist und im Prospekt nicht darauf hingewiesen wird, dass und insbesondere in welcher Höhe die dort namentlich nicht genannte Bank an dem Agio teilhaben würde (vergleiche BGH, Beschluss vom 29.11.2011, XI 50/11, BeckRS 2012, 00398).
- e) Auch im persönlichen Gespräch wurde der Drittwiderbeklagten nach Überzeugung des Gerichts nicht über den Umstand aufgeklärt, dass hier eine Vertriebsprovision an die Beklagte (zurück-)fließen würde:
- (1) Der Drittwiderbeklagte hat im Rahmen seiner informatorischen Anhörung nachvollziehbar angegeben, dass nicht im Gespräch gewesen sei, was die Beklagte davon haben könnte, wenn er die DG 26-Anlage zeichne. Ihm sei klar gewesen, dass die Fondsgesellschaft das Agio bekomme. Über das Agio sei mit den Zeugen Enderle explizit nicht gesprochen worden, da die Zahlung eines Agio ja gängige Übung sei. Für ihn, den Drittwiderbeklagten, sei es so gewesen, dass diese fünfprozentige Agio etwa für Fondsprospekte und sonstige Kosten verwendet werden sollte. Seiner Ansicht nach würden üblicherweise Provisionen bei der Bankgeschäften ausgewiesen, nach seiner Erfahrung etwa bei Aktien und Rentenpapieren. Hier sei entsprechendes nicht ausge-

wiesen worden. Er, der Drittwiderbeklagte, sei, nachdem er vom Umstand der Provisionszahlungen erfahren habe, insbesondere von der Höhe der angefallenen Provisionen überrascht gewesen. Bei anderen Geschäften wie etwa Aktien sei es vielleicht ein Prozent Provision, mit dem gerechnet werden müsse. Hier sei von 8 % die Rede und dies stehe in keinem Verhältnis. Ihm, dem Drittwiderbeklagten, gehe es dabei darum, dass dadurch, dass ein Agio an die Bank gehe, das Geld, das in die Anlage komme, immer weniger werde, hier hätten sich alle viel bedient (*vergleiche insgesamt Protokoll Seite 4 f., Bl. 106 f. der Akten*).

Diese Angaben hält das Gericht, obwohl das streitgegenständliche Beratungsgespräch bereits 22 Jahre zurückliegt, für nachvollziehbar, insbesondere weil der Drittwiderbeklagte hier ausgeführt hat, dass ihm aus anderen Beratungsgesprächen grundsätzlich bekannt sei, dass ein Agio anfalle, er aber grundsätzlich auch damit rechne, dass hier angegeben werde, wenn die beratende Bank hier in irgendeiner Weise profitiere. Hinzu kommt auch, dass angesichts der Darstellung im Prospekt nachvollziehbar ist, dass eine Aufklärung dahin, dass das Agio an die beratende Bank fließen soll, nicht erfolgt ist. Denn die Darstellung im Prospekt geht hier gerade davon aus, dass es sich um ein Agio handelt, das für Anschaffungsnebenkosten verwendet wird, ohne dass hier näher ausgeführt ist, worum es sich dabei konkret handelt und insbesondere, dass dieses unmittelbar an die beratende Bank fließen soll. Insofern ist nachvollziehbar, dass der Drittwiderbeklagte hier meinte, Anschaffungsnebenkosten seien etwa Kosten, die durch den Vertrieb der Anlage entstehen, also etwa Prospektkosten. Vom Anleger hier zu erwarten, dass er etwa die auf Seite 15 des Prospekts dargestellte Unterscheidung zwischen dem fünfprozentigen Agio und den Konzeptions- und Vertriebskosten vornimmt und sich hier aus dieser Darstellung klarmacht, dass es hier einerseits Konzeptions- und Vertriebskosten gibt und andererseits ein 5 %iges Agio, stellt eine zu hohe Anforderung an den Anleger dar, zumal auch nach dieser Unterscheidung noch immer nicht klar ist, dass das Agio an die beratende Bank zurückfließt.

- (2) Dem entgegen hat der Berater der Beklagten, der Zeuge Enderle, angegeben, sich an das konkrete Beratungsgespräch mit dem Drittwiderbeklagten nicht erinnern zu können. Er könne nicht einmal sagen, ob er hier ein bzw. mehrere Gespräche mit dem Drittwiderbeklagten oder dessen Ehefrau geführt habe. Der Zeuge gab an, nur vom allgemeinen Standard berichten zu können.

Im Gespräch mit den Kunden über den Anlagefonds DG Nr. 26 sei nach diesem allgemeinen Standard auch der Investitionsplan besprochen worden. Es sei selbst selbstverständlich Gesprächsgegenstand gewesen, um was es sich bei den dort angeführten 5 % Agio handle. Er, der Zeuge, habe nie das Gefühl gehabt, sich beim Thema Kosten

zurückgehalten zu haben und es sei so, dass beim Agio jeder nachgefragt habe. Der Kunde habe typischerweise gefragt, was das Agio sei und er habe hierauf erklärt, dass es sich um Vertriebskosten handle, die „die Bank“ bekomme; bei „der Bank“ handle es sich im vorliegenden Fall eben um die Südwestbank.

Er habe, obwohl dies aus Seite 15 des Prospekts nicht hervorgehe, beschrieben, dass die 5 % an die Bank gehen. Es handle sich um Vertriebskosten an der Bank. Den Unterschied zwischen Konzeption- und Vertriebskosten einerseits und den Anschaffungsnebenkosten (also dem Agio) andererseits, könne er nicht genau schildern, weil das ganze Jahr schon 20 Jahre her sei; er gehe davon aus, dass implizit immer darüber gesprochen worden sei, dass es sich bei den 5 % um eine Provision für die Bank handle. Es sei Standard gewesen und sei es auch heute noch, dass 99 der Prozent der Kunden fragten, was das Agio eigentlich sei. Hierbei komme die Rede darauf, wofür diese 5 % verwendet werden konnte würden, nämlich dafür, dass eine Provision an die beratende Bank gezahlt werde. Dies sei damals Standard gewesen und heute ein Muss. Er, der Zeuge, verschweige eine solche Provision nicht. Wenn ihn ein Kunde frage, dann sage er dem Kunden, dass das Ganze an die Bank gehe. Was sei, wenn ein Kunde nicht Frage, könne er einfach nicht sagen. Er könne nicht sagen, was er mit dem Drittwiderbeklagten vor 20 Jahren besprochen habe. Er könne nur sagen, dass die Frage nach dem Agio mit hundertprozentiger Sicherheit komme und er dann erkläre, was er zuvor bereits geschildert habe. Auch im Zeichnungsschein sei das 5 %-ige Agio schon nochmals erwähnt (*vergleiche insgesamt Protokolle Seite 11 ff., Bl. 113 ff. der Akten*).

Das Gericht kann unter Zugrundelegung der Aussage des Zeugen Enderle nicht die Überzeugung gewinnen, dass entgegen der überzeugenden Darstellung des Drittwiderbeklagten eine Aufklärung über die 5 %ige Rückvergütung aus dem Agio erfolgt ist. Es ist für das Gericht bereits schwer vorstellbar, dass der Zeuge tatsächlich auf Frage eines Kunden nach dem Zweck des Agio sofort dargestellt hat, dass es sich um eine Zahlung handelt, die - obwohl laut Prospekt an die Anlagegesellschaft zu entrichten - unmittelbar wieder an die beratende Bank zurückfließt. Dass gerade im Fall des Drittwiderbeklagten eine solche Aufklärung erfolgt sein soll, ist für das Gericht durch die Angaben des Zeugen Enderle nicht belegt. Dieser will auf die - mit 99 %-iger Sicherheit kommende - Frage nach dem Zweck des Agio dessen Verwendung immer geschildert haben. Der Drittwiderbeklagte hat nachvollziehbar geschildert, dass (und warum) er nach der Verwendung des Agio nicht gefragt habe und, dass ihm aber das Thema einer möglichen Provision der Beklagten nicht gleichgültig war und ihm dies - wäre ihm darüber berichtet worden - in Erinnerung geblieben wäre.

Mangels Aufklärung über die erhaltene Vertriebsprovision hat die Beklagte ihre Pflichten aus dem zwischen dem Drittwiderbeklagten und der Beklagte verletzt.

3.

Diese Pflichtverletzung hat auch kausal einen beim Drittwiderbeklagten eingetretenen Schaden bewirkt. Für ihn streitet sowohl die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens als auch seine glaubhaften Angaben im Rahmen seiner Anhörung.

- a) Steht eine Aufklärungspflichtverletzung fest, muss der Aufklärungspflichtige beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte. Die Vermutung greift dann nicht ein, wenn sich der Anleger in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte. Dies ist allerdings nicht bereits wegen der Geringfügigkeit der Rückvergütung im Verhältnis zur Anlagesumme der Fall. Die Darlegungs- und Beweislast für einen solchen Entscheidungskonflikt trägt – genauso wie für die Widerlegung der Vermutung – die Bank, deren Aufklärungspflichtverletzung feststeht (*vgl. insg. BGH, Beschluss vom 09.03.2011, vom 19.07.2011 – XI ZR 191/10 in WM 2011, 925 ff. und 1506 ff.*).

Dies ist der Beklagten nicht gelungen.

- b) Der Drittwiderbeklagte hat im Rahmen seiner Anhörung (auch) für den DG Nr. 26 und die dort unstreitig angefallene Provision der Beklagten plausibel geschildert, dass es für ihn, den Drittwiderbeklagten, schon ein Punkt gewesen sei, wofür das Agio verwendet werde (dies im Hinblick darauf, dass diejenigen Kosten, die seiner Ansicht nach durch das Agio finanziert worden wären – etwa die Fondsprospekte –, nun aus dem Anlagevermögen zu finanzieren seien). Es könne schon sein, dass er gegebenenfalls misstrauisch geworden wäre, wenn er erfahren hätte, dass die Beklagte eine Provision erhalte, nämlich misstrauisch dahin, dass die Empfehlung zur Anlage nur deswegen erfolgte, welcher eine Provisionszahlung im Hintergrund stehe. Dies könne er, der Drittwiderbeklagte, zwar nicht genau sagen, er könne aber sagen, dass, wenn der Berater ihm dies gesagt hätte, er denn jedenfalls „nachgebohrt“ hätte.

Angesichts dieser Angaben ist das Gericht überzeugt, dass der Drittwiderbeklagte bei ordnungsgemäßer Aufklärung den DG Nr. 26 nicht wie geschehen gezeichnet hätte, sondern angesichts des bei der Beklagten möglicherweise bestimmenden Interessenskonflikts hiervon Abstand genommen hätte.

Ein Entscheidungskonflikt dahin, dass der Drittwiderbeklagte zwischen mehreren Varianten aufklärungsrichtigen Verhaltens eine bestimmte Variante gewählt oder nicht gewählt hätte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

4.

Die Beklagte kann sich nicht auf fehlendes Verschulden berufen (§ 280 Absatz 1 S. 2 BGB). Insbesondere kann die Beklagte sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen, da auch im Zeitpunkt der Beratung, die hier im Dezember 1990 stattgefunden hat, eine Aufklärung über Vertriebsprovisionen in Gestalt von Rückvergütungen erforderlich war.

Ein Aufklärungspflichtiger handelt schuldhaft, wenn er damit rechnen musste, dass das zuständige Gericht einen anderen Standpunkt zur Frage der Provisionsaufklärung einnehmen werde als er selbst der Auffassung ist. Der Bundesgerichtshof hat bereits in den Jahren 1989 und 1990 in zwei Entscheidungen heimliche Kick-Beck-Vereinbarungen zwischen Anlagevermittlern und Programm missbilligt (*BGH, Urteil vom 28.02.1989 in BeckRS 2010, 17069* und *BGH, Urteil vom 06.02.1990 in NJW-RR 1990, 604*). Eine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über Rückvergütungen – als Konkretisierung der allgemeinen Aufklärungspflicht über Interessenkollisionen – wurde zu diesem Zeitpunkt auch im Schrifttum angenommen. Daher kann sich eine Bank, die ihren Kunden bei der Anlageberatung nicht auf an sie geflossene Rückvergütungen hingewiesen hat, jedenfalls für die Zeit nach 1990 nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über das Bestehen einer entsprechenden Aufklärungspflicht berufen (*BGH, Beschluss vom 29.06.2010, XI ZR 308/09 in ZIP 2010, 1335*). Dem stehen auch die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 15.04.2010 (*III ZR 196/09 in WM 2010, 885*) und vom 03.03.2011 (*III ZR 170/10 = WM 2011, 640*) nicht entgegen, da diese freie Anlageberater betreffen und bei diesen anders als bei einer Bank für den Kunden, der selbst keine Provision zahlt, auf der Hand liegt, dass der Berater von der Kapitalsuchenden Anlagegesellschaft Vertriebsprovisionen erhält, die jedenfalls so geschäftlich gesehen dem vom Kunden an die Anlagegesellschaft gezahlten Betrag entnommen werden.

Im vorliegenden Fall hat die Beratung im Dezember 1990 stattgefunden. Hierbei handelt es sich zwar nicht um den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Zeitraum „nach 1990“, allerdings liegt der Beratungszeitpunkt unmittelbar vor dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Zeitraum und die in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.06.2010 angeführten Urteile aus dem Jahre 1989 und 1990 waren gemäß ihrem Datum (*BGH, Urteil vom 28.02.1989 in BeckRS 2010, 17069* und *BGH, Urteil vom 06.02.1990 in NJW-RR 1990, 604*) bekannt, als das streitgegenständliche Beratungsgespräch stattgefunden hat.

5.

Der entstandene, hinsichtlich des DG Nr. 26 ersatzfähige Schaden beträgt 11.810,93 Euro (Anlagesumme 30.000,00 DM = 15.338,76 Euro zzgl. Agio 1.500,00 DM = 766,94 Euro abzgl. Ausschüttungen 4.294,77 Euro).

Im Rahmen der Schadensberechnung ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin bzw. der Drittwiderbeklagte hier von Ausschüttungen in Höhe von 4.294,77 Euro profitiert haben; Steuervorteile sind nicht in Abzug zu bringen.

- a) Die zwischen den Parteien unstreitig gebliebenen Ausschüttungen in Höhe von 4.294,77 Euro (*Bl. 57 der Akten*) muss sich die Klägerin anspruchsmindernd anrechnen lassen.
- b) Ein weiterer Abzug im Hinblick auf mögliche Steuervorteile ist nicht vorzunehmen, da im Rahmen der Rückabwicklung der hinsichtlich des DG Nr. 26 zu zahlende Betrag steuerpflichtig (und damit nicht anzurechnen) ist und eine ausnahmsweise Anrechnung mangels außergewöhnlich hoher Steuervorteile nicht zu erfolgen hat.

(1) Ob eine spätere Minderung des Vermögensschadens den Schadensersatzanspruch beeinflusst, ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen. Zu den anzurechnenden Vorteilen gehören grundsätzlich auch Steuern, die der Geschädigte in Folge der Schädigung erspart, wobei dies voraussetzt, dass die Rückabwicklung des Erwerbs nicht zu einer Besteuerung führt, die dem Geschädigten die Vorteile wieder nimmt. Eine Anrechnung von Steuervorteilen kommt auch im Falle einer Steuerpflichtigkeit bei Rückabwicklung aber ausnahmsweise dennoch in Betracht, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass trotz der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben. Sowohl für die Höhe der erzielten Vorteile, als auch für die künftigen Nachteile trägt der Schädiger die Darlegungs- und Beweislast, wobei den Geschädigten jedoch eine sekundäre Darlegungslast trifft (*BGH, Urteil vom 15.07.2010, III ZR 336/08 in WM 2010, 1641 sowie BGH, Urteil vom 01.03.2011, XI ZR 96/09 in ZIP 2011, 868*).

(2) Bei (Rück-)Zahlungen im Rahmen der Rückabwicklung des DG Nr. 26 handelt es sich unstreitig um Einkünfte aus Gewerbebetrieb, die der Besteuerung unterliegen (§ 15 EStG), so dass der Grundsatz greift, wonach eine Anrechnung ausscheidet, weil durch die Steuerpflichtigkeit der erlangte Steuervorteil wieder „wegfällt“.

(3) Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nicht angezeigt, da die hierfür notwendige Voraussetzung des Verbleibs außergewöhnlich hoher Steuervorteile weder dargelegt noch bewiesen ist.

Die Beklagte trägt hierzu vor, der Drittwiderbeklagte habe auf Grund von Verlustzuweisungen im Umfang von 82,90 % Steuervorteile in Höhe von 7.043,56 Euro erhalten, was im Verhältnis zur Anlagesumme zzgl. Agio (31.500,00 DM = 17.895,22 Euro) einen Anteil von 39,36 % ausmache (*Bl. 57 der Akten*).

Außergewöhnlich hohe Steuervorteile, die zu einer ausnahmsweisen Anrechnung auf den Schadensersatz führen, liegen etwa dann vor, wenn der Geschädigte Verlustzuweisungen erhalten hat, die über seine Einlageleistungen hinausgehen (BGH, Urteil vom 01.03.2011, XI ZR 96/09 in WM 2011, 740), was hier nicht der Fall ist. Für den von der Beklagten vorgetragene Anteil von ca. 40 % kann das Gericht einen außergewöhnlichen Steuervorteil nicht erkennen. Dies zum Einen unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.07.2010 (III ZR 336/08) bei einem „Steuervorteilsanteil“ von nur ca. 40 % ein außergewöhnlicher Vorteil nicht vorliegt, wenn dort bei einem Anteil von 60 % ein außergewöhnlicher Vorteil nicht ohne Weiteres gesehen werden konnte (BGH, Teilurteil vom 15.07.2010, III ZR 336/08, Rn. 44 nach juris). Auch die Verlustzuweisungen mit 82,90 % sind nicht ausreichend (vgl. etwa BGH, Urteil vom 12.02.1986, IVa ZR 76/84 in NJW-RR 1986, 1102, wo Verlustzuweisungen von 84,5 % nicht als relevant betrachtet wurden). Zum Anderen fehlt ein Vortrag dahin, inwiefern hier beim Anleger diese Vorteile auch verbleiben (und nicht nur in der Vergangenheit entstanden sind); es obliegt dem Beklagten im Rahmen seiner Behauptungs- und Darlegungslast nicht nur, die in der Vergangenheit angefallenen Steuervorteile zu bezeichnen und zur Anlagesumme ins Verhältnis zu setzen, sondern der Beratende muss zudem auch dem Anleger ggf. entstehende steuerliche Nachteile darstellen und diese zu den genannten Vorteilen in Beziehung setzen, um seiner Behauptungs- und Darlegungslast zu genügen (BGH, Teilurteil vom 15.07.2010, III ZR 336/08, Rn. 46 nach juris), was der Vortrag des Beklagten aber nicht leistet.

Schließlich genügt ein bloßer Hinweis darauf, dass der Drittwiderbeklagte/die Klägerin zwischenzeitlich das Rentenalter erreicht hätten und daher außerordentlicher Ertrag nicht mehr zu versteuern sei (Bl. 63 der Akten), ebenfalls nicht, um einen außergewöhnlich hohen Steuervorteil zu begründen.

6.

Der Anspruch ist auch nicht verjährt.

Die Beklagte erhebt zwar die Einrede der Verjährung. Erfolgreich könnte diese nur sein, wenn die Klägerin bzw. der Drittwiderbeklagte bereits in verjährter Zeit Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis hinsichtlich der hier durchgreifenden Pflichtverletzung bezüglich Provisionen gehabt hätten. Der Vortrag der Beklagte zur wirtschaftlichen Lage des DG 26 (keine Ausschüttungen seit 1996) (Bl. 58 der Akten) betrifft allenfalls die Frage der Sicherheit bzw. der Verlustrisiken des fraglichen Fonds, nicht aber Kenntnis hinsichtlich Vertriebsprovisionen. Für die Frage der Verjährung ist jedoch jede einzelne Pflichtverletzung, die vorgeworfen wird, einzeln zu betrachten. Die Kläger tragen zu den Provisionen vor, dass Kenntnis hinsichtlich der Provisionen erst

durch Einschaltung des Klägervertreters im Juni 2011 erlangt worden sei. Die dem entgegengesetzte Behauptung der Beklagten (*Bl. 58 der Akten*), der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten sei schon seit der Zeichnung bekannt gewesen, dass Provisionen geflossen seien, ist nach Überzeugung des Gericht nicht zutreffend (*vgl. A. II. 2.*), so dass eine Kenntnis (oder auch grob fahrlässige Unkenntnis mangels von der Beklagten geforderten Nachfrage auf eine - nicht erfolgte - abstrakte Mitteilung zu Provisionen) nicht gegeben ist. Die Einrede der Verjährung greift somit nicht.

III.

Auch hinsichtlich des Anlagefonds DG Nr. 36 steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch, der sich auf 7.038,19 Euro beläuft.

Zwischen den Parteien besteht ein Schuldverhältnis in Gestalt eines Anlageberatungsvertrages, weil nach Überzeugung des Gerichts auch im Jahre 1995 eine Beratung durch die Beklagte erfolgt ist (1.). Die Pflichten aus diesem Schuldverhältnis hat die Beklagte verletzt, da auch hier eine Aufklärung über Vertriebsprovision (hier in Form einer Rückvergütung und Innenprovision) in Höhe von 8 % der Anlagesumme nicht erfolgt ist (2.).

Auch diese Pflichtverletzung hat kausal zu einem Schaden geführt (3.), wobei sich die Beklagte für das Jahr 1995 erst recht nicht auf fehlendes Verschulden berufen kann (4.). Für die Schadenshöhe sind Ausschüttungen nicht zu berücksichtigen, die erhaltenen Steuervorteile sind aber in Abzug zu bringen (5.). Verjährung steht nicht entgegen (6.).

1.

Nach Überzeugung des Gerichts besteht auch für die gezeichnete Anlage DG Nr. 36 ein Schuldverhältnis in Gestalt eines Anlageberatungsvertrages zwischen den Parteien. Zwar bestreitet die Beklagte, dass ein solches Beratungsverhältnis zu Stande gekommen sei, weil eine Beratung durch die Beklagte nicht vorgelegen habe, da die Klägerin und der Drittwiderbeklagte von sich aus die Anlage gezeichnet hätten, ohne Beratungsleistungen in Anspruch genommen zu haben. Nach Überzeugung des Gerichts trifft aber die im Rahmen der informatorischen Anhörung getätigte ausführliche Darstellung des Drittwiderbeklagten zu, wonach auch der Zeichnung der Anlage DG 36 ein Beratungsgespräch mit dem Zeugen Enderle vorausgegangen sei. Der Drittwiderbeklagte hat die Gegebenheiten ausführlich geschildert. Er sei mit Herrn Enderle das Fondsprospekt durchgegangen und dieser habe Sachen im Prospekt gelb markiert, die aus seiner Sicht wesentlich gewesen seien. Diese gelben Markierungen fanden sich im vom Drittwiderbeklagten mitgebrachten Prospekt (*Protokoll Seite 6 f., Bl. 108 f. der Akten*). Der Zeuge Enderle hat bestätigt, dass er im Rahmen von Beratungsgesprächen Anstreichungen im zugehörigen Prospekt machen, entweder mit Kugelschreibern oder aber mit gelbem Textmarker

(Protokoll Seite 18, Bl. 120 der Akten), was zu den Angaben des Drittwiderbeklagten passt. Schließlich findet sich auch auf der Antrag (Anlage K 4) mit dem Stempel der Beklagten.

Insgesamt ist das Gericht daher davon überzeugt, dass der Drittwiderbeklagte und die Klägerin die Anlage nicht von sich aus ohne Beratung durch die Beklagte zeichneten, sondern der Zeichnung eine Beratung durch den für die Beklagte handelnden Zeugen Enderle vorausging, weswegen ein Schuldverhältnis in Gestalt eines Anlageberatungsvertrages vorliegt.

2.

Auch für den DG-Fonds Nr. 36 liegt die Pflichtverletzung vor, weil die Beklagte bzw. der Zeuge Enderle nicht über Vertriebsprovisionen – hier in Gestalt von Rückvergütungen und Innenprovisionen – aufgeklärt hat.

a) Wie bereits ausgeführt (s.o. A. II. 2. a), c)) ist die Bank zur Aufklärung über Vertriebsprovisionen in Gestalt von Rückvergütungen verpflichtet.

Auch hinsichtlich des DG Nr. 36 wurde nach Überzeugung des Gerichts hierüber nicht aufgeklärt. Zwar hat der Zeuge Enderle angegeben, wie beim „26-er“ regelmäßig über die Verwendung des Agio aufgeklärt zu haben. Das Gericht hält aber die Angaben des Drittwiderbeklagten, der die Beratungssituation hier noch in Erinnerung hatte und auch nachvollziehbare Angaben machen konnte, für überzeugend. Der Drittwiderbeklagte gab an, dass weder die Verwendung des Agio, noch mögliche weitere Zahlungen an die Beklagte Gesprächsinhalt gewesen seien. Er sei davon ausgegangen, dass das Agio bei der Fondsgesellschaft verbleibe (Protokoll Seite 6 f., Bl. 108 f. der Akten). Die Angaben des Zeugen Enderle vermag das Gericht dagegen nicht zu Grunde legen, zumal der Zeuge Enderle sich nicht einmal mehr konkret daran erinnern konnte, ob er den DG Nr. 36 überhaupt verkauft habe (Protokoll Seite 18., Bl. 120 der Akten).

Insbesondere ist auch im Prospekt zur Nr. 36 eine entsprechende Angabe zu Vertriebsprovisionen nicht für den Anleger erkennbar enthalten (vgl. ausdrücklich zum DG Nr. 36: BGH, Beschluss vom 29.11.2011, XI ZR 50/11), so dass - unabhängig vom Zeitpunkt der Übergabe - eine Aufklärung hieraus ebenfalls nicht zu entnehmen ist.

b) Außerdem ist die Bank immer weiteren auch verpflichtet, über Innenprovisionen aufzuklären. Innenprovisionen sind nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen, die aus dem Anlagevermögen gezahlt werden. Über diese muss ungefragt aufgeklärt werden, weil sie Einfluss auf die Werthaltigkeit der vom Anleger erworbenen Anlage haben und deswegen bei diesem insoweit eine Fehlvorstellung herbeiführen können (vergleiche insgesamt BGH, Beschluss vom 09.03.2011, vom 19.07.2011 und vom 24.08.2011 – IX ZR 191/10 in WM

2011, 925 ff., 1506 ff. und 1804 ff., OLG Stuttgart, Urteil vom 29.10.2010, 6 U 208/09 in BeckRS 2010, 28710).

Angesichts des Umstandes, dass hier anders als bei der Nr. 26 nicht nur 5 % Vertriebsprovision geleistet wurden, sondern mindestens - nämlich nach eigenem Vortrag der Beklagten - 8 %, erfolgte hier zwangsläufig eine Entnahme aus dem Anlagebetrag, so dass hier in jedem Fall eine Innenprovision geleistet wurde.

Sogar unter Zugrundelegung der Angaben des Zeugen Enderle wurde hierüber nicht aufgeklärt: Der Zeuge Enderle gab an, er habe für den DG Nr. 36 wie beim „26-er“ hinsichtlich des Agios aufgeklärt. Seiner Erinnerung nach seien 5 % Provision an die Beklagte geflossen, ihm sei nicht bekannt, dass darüber hinaus noch weitere Beträge an die Beklagte geflossen seien (*Protokoll Seite 18., Bl. 120 der Akten*). Über die tatsächlich im Umfang von 8 % geflossene Vertriebsprovision hat der Zeuge Enderle daher in jedem Fall nicht aufgeklärt.

Mangels ausreichender Aufklärung über die angefallenen Vertriebsprovisionen liegt danach eine Pflichtverletzung der Beklagten vor.

3.

Auch hinsichtlich des DG Nr. 36 ist nach der Anhörung des Drittwiderbeklagten und auf Basis der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens eine Kausalität gegeben.

4.

Für das Jahr 1995 kann sich die Beklagte erst recht nicht auf fehlendes Verschulden berufen, weil sie sich jedenfalls für die Zeit nach 1990 nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über das Bestehen einer entsprechenden Aufklärungspflichtpflicht berufen kann (*BGH, Beschluss vom 29.06.2010, XI ZR 308/09 in ZIP 2010, 1335*).

5.

Bezüglich des DG Nr. 36 ist ein Schaden von 7.038,19 Euro zu ersetzen (Anlagesumme 30.000,00 DM = 15.338,76 Euro zzgl. Agio 1.500,00 DM = 766,94 Euro abzgl. Steuervorteile 9.067,51 Euro).

- a) Hinsichtlich des DG Nr. 36 gab es unstreitig keine Ausschüttungen, so dass hier ein entsprechender Abzug anders als bei der Nr. 26 nicht vorzunehmen ist.
- b) Abzuziehen sind aber die beklagtenseits dargelegten und von Klägerseite nicht substantiiert bestrittenen Steuervorteile in Höhe von 9.067,51 Euro.

Im Gegensatz zum DG Nr. 26 handelt es sich bei den im Rahmen einer Rückabwicklung zu erstattenden Beträge unstreitig um Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (*vgl. auch Seite 2 des Prospekts - Anlage K 9*), die nicht zu versteuern sind (*vgl. dazu BGH, Urteil vom 17.11.2005, III ZR 350/04 in NJW 2006, 499*). Da damit der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten als Anleger durch die Steuervorteile ein Vermögensvorteil zugeflossen ist, dem kein Vermögensnachteil in Form einer Steuerpflichtigkeit des Rückzahlungsbetrages gegenübersteht, ist die Steuerersparnis von 9.067,51 € als Vorteil anzurechnen, also von der zu ersetzenden Summe in Abzug zu bringen.

6.

Der bezüglich der DG Nr. 36 damit bestehende Schadensersatzanspruch ist ebenfalls nicht verjährt. Der klägerische Vortrag zum Thema Provisionen, wonach die Klägerin bzw. der Drittwiderbeklagte Kenntnis hinsichtlich der Provisionen erst durch Einschaltung des Klägervertreters im Juni 2011 erlangt haben, ist nicht widerlegt (*vgl. im Übrigen A. II. 6.*).

IV.

Zu ersetzender Schaden sind außerdem die vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten, allerdings nur aus einem Gegenstandswert bis 19.000,00 Euro unter Zugrundelegung des o.g. ersatzfähigen Betrages. Anzusetzen ist eine übliche 1,3-Gebühr. Für die klägerseits verlangte 1,8-Gebühr besteht kein Anlass. Es ergibt sich eine Summe von 1.242,53 Euro (787,80 Euro x 1,3 = 1.024,14 Euro + 20,00 Euro = 1.044,14 Euro x 1,19 = 1.242,53 Euro).

V.

Verzugszinsen hat die Beklagte entsprechend der mit vorgerichtlichem Schriftsatz des Klägervertreters vom 17.06.2011 (*Anlage K 6*) gesetzten Frist bis 01.07.2011 ab 02.07.2011 zu leisten.

VI.

Die Beklagte befindet sich nach vorgerichtlicher Ablehnung von Ansprüchen der Klägerin bzw. des Drittwiderbeklagten, spätestens aber mit Klagabweisungsantrag der Beklagten im Annahmeverzug. Dessen Feststellung ist im Hinblick auf die dann ohne tatsächliches Angebot durchführbare Zwangsvollstreckung dienlich und insbesondere ein diesbezügliches Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) ist gegeben.

VII.

Der Schadensersatzanspruch der Klägerin umfasst auch sämtliche weiteren denkbaren Schäden, die durch Geltendmachung von Rechten Dritter noch zu Tage treten können. Auszuneh-

men sind allerdings Forderungen des zuständigen Finanzamts aus der streitgegenständlichen Rückabwicklung des DG Nr. 26 und diesbezüglich zu erwartende Steuerforderungen, da diese zu Gunsten der Klägerin im Rahmen der Schadensberechnung zum DG Nr. 26 eingeflossen sind (keine Reduzierung der Schadensersatzsumme auf Grund Vorteilsausgleichs wegen Steuerbarkeit der von der Beklagten zu zahlenden Summe und somit Wegfall des erlangten Steuervorteils); andernfalls verbliebe der erlangte Steuervorteil, ohne dass der zugunsten der Klägerin eingestellte „Ausgleich“ dieses Vorteils durch Steuerbarkeit des Rückzahlungsbetrages Berücksichtigung fände.

B.

Die Drittwiderklage ist nur teilweise zulässig (I.), nämlich soweit es um die Feststellung geht, dass dem Drittwiderbeklagten gegenwärtig keine Ansprüche mehr gegen die Beklagte zustehen. Diesbezüglich ist sie auch begründet (II.).

I.

Die Drittwiderklage ist nur teilweise zulässig. Ihrer Zulässigkeit steht weder § 33 ZPO (1.) noch doppelte Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) (2.) entgegen. Ein Feststellungsinteresse im Rahmen des § 256 ZPO besteht allerdings nur soweit, als die Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen zum jetzigen Zeitpunkt begehrt wird. Hinsichtlich möglicher Ansprüche des Drittwiderbeklagten in der Vergangenheit fehlt es an einem Feststellungsinteresse (3).

1.

Der Drittwiderklage steht § 33 ZPO nicht entgegen. Dieser setzt im Grundsatz zwar voraus, dass einer der Widerbeklagten auch der Kläger ist, ausnahmsweise kommt aber auch eine isolierte Drittwiderklage in Betracht, wenn - wie vorliegend - gegen den Zedenten Widerklage erhoben wird und die zu erörternden Gegenstände der Klage und der Widerklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten durch dessen Einbeziehung in den Rechtsstreit verletzt werden (*BGH, Urteil vom 13.06.2008, V ZR 114/07 in NJW 2008, 2852*). Hier beruhen die in Klage und Widerklage geltend gemachten Zahlungs- und Feststellungsansprüche jeweils auf dem identischen Lebenssachverhalt und die bei der Sachentscheidung zu berücksichtigen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sind dieselben. Eine Aufspaltung in zwei Verfahren wäre prozessökonomisch nicht sinnvoll und würde die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen in sich bergen.

2.

§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO hindert die Widerklage entgegen der Auffassung des Drittwiderbeklagten ebenfalls nicht, da es für eine doppelte Rechtshängigkeit bereits an der Identität der beteiligten Parteien fehlt.

3.

Die Beklagte hat auch ein ausreichendes Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO, allerdings nur bezüglich des Teils des Klagantrages. Die Beklagte hat ein Interesse (nur) an der Feststellung, dass dem Drittwiderbeklagten gegen die Beklagte keine Schadensersatzansprüche wegen seiner Beteiligung an den Fonds Nr. 26 und Nr. 36 zustehen.

Sieht sich ein Beklagter im Rahmen eines Rechtsstreits mit der Forderung eines Klägers konfrontiert, die dieser auf Grundlage einer Abtretung geltend macht, so ist eine isolierte Drittwiderklage gegen den Zedenten dieser Klagforderung, mit der die Feststellung beantragt wird, dass dem Zedenten keine Ansprüche zustehen, zulässig, auch wenn der Zedent sich nach der Abtretung keiner eigenen Ansprüche mehr berührt. Denn der Beklagte kann nur dann sicher sein, dass es zu keinem weiteren Rechtsstreit mit dem Zedenten der Forderung kommen wird, wenn er das Nichtbestehen der mit der Klage verfolgten Ansprüche in diesem Rechtsstreit mit Rechtskraft auch gegenüber dem Zedenten feststellen lässt. Zwar verweist der Drittwiderbeklagte vorliegend zurecht darauf, dass bei einer Rückabtretung des Anspruchs durch die Klägerin einer Geltendmachung gegen die Beklagte § 325 ZPO entgegenstehen würde. Nur durch die erhobene Drittwiderklage kann die Beklagte allerdings sicherstellen, dass der Drittwiderbeklagte nach Beendigung des Rechtsstreits zwischen Klägerin und Beklagter und etwaigem Unterliegen der Klägerin Ansprüche gegen die Beklagte mit dem Argument geltend macht, die Abtretung an die Klägerin sei - aus welchen Gründen auch immer -nichtig oder unwirksam gewesen (vgl. insgesamt BGH, Urteil vom 13.06.2008, V ZR 114/07 in NJW 2008, 2852).

Nicht zulässig ist aber der weitergehende Feststellungsantrag der Beklagten dahin, dass dem Drittwiderbeklagten gegen die Beklagte auch keine Schadensersatzansprüche wegen seiner Beteiligung an den Fonds Nr. 26 und Nr. 36 zustanden. Ein Feststellungsinteresse dahin, dass der Drittwiderbeklagte in der Vergangenheit (bereits vor der Abtretung an die Klägerin) zu keinem Zeitpunkt zustanden, ist nicht ersichtlich.

II.

Der Feststellungsantrag der Beklagten ist - soweit er zulässig ist - auch begründet, da dem Drittwiderbeklagten auf Grund der auch von seiner Seite nicht bestrittenen Abtretung an die Klägerin keine Schadensersatzansprüche (mehr) gegen die Beklagte zustehen (s.o. A. I.).

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO unter Anwendung der Grundsätze der sog. Baumbach'schen Formel, wobei im Rahmen der Drittwiderklage wegen der teilweisen Erfolglosigkeit der Drittwiderklage (nämlich soweit eine Feststellung für Ansprüche in der Vergangenheit begehrt war), ein jeweils hälftiges Obsiegen/Unterliegen für die Beklagte und den Drittwiderbeklagten eingestellt wurde.

D.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO (für die Beklagte und den Drittwiderbeklagten) bzw. auf § 709 Satz 1, 2 ZPO (für die Klägerin).

E.

Die Streitwertbestimmung erfolgt unter Ausübung des in § 3 ZPO eingeräumten Ermessens. Für die Drittwiderklage ist in unter Heranziehung von Anlagesumme und Agio des von Klägerin und Drittwiderbeklagten gleichermaßen gezeichneten DG Nr. 36 die Summe von 16.105,70 Euro zu Grunde gelegt, da nach § 45 Abs. 1 Satz 1, 3 GKG ein eigenständiger Wert der Widerklage einzustellen ist, wenn es sich nicht um den selben Gegenstand handelt. Um den selben Gegenstand handelt es sich nur dann, wenn sich die Ansprüche dergestalt gegenseitig ausschließen, dass die Zuerkennung des einen Anspruchs notwendig die Aberkennung des anderen Anspruchs bedingt (vgl. *BGH, Beschluss vom 16.12.1964, VIII ZR 47/63 in NJW 1665, 444*). Ein solches Ausschlussverhältnis liegt hier hinsichtlich des DG Nr. 26 vor, bei dem die Klägerin nur im Falle wirksamer Abtretung Anspruchsinhaberin sein kann und in diesem Fall ein Anspruch des Drittwiderbeklagten ausgeschlossen wäre. Anders liegt es im Fall des DG Nr. 36, den beide Ehegatten gezeichnet haben, so dass eine erfolgreiche Geltendmachung der Klagansprüche diesbezüglich etwa auch bei unwirksamer Abtretung möglich ist und einen Anspruch des Drittwiderbeklagten nicht ausschliesse.


Baudis
Richterin