



Landgericht Bückeburg

Geschäfts-Nr.:

1 O 219/10

Abschrift

Verkündet am:

22.11.2011

Dährnich, Justizangestellte,
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Zur Gesch.-Stelle am 22.11.2011



Im Namen des Volkes!

Urteil

In dem Rechtsstreit

1. der Frau ...

Klägerin

2. Herrn ...

Drittwiderbeklagter

Prozessbevollmächtigte zu 1, 2: Rechtsanw. RSCW Rechtsanwälte, Rückertstr. 25,
97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 914/10MS05

gegen

Volksbank in Schaumburg eG vertr. d. d. Vorstand d. vertr. d. d. Vors. Joachim Schor-
ling, Klosterstr. 30, 31737 Rinteln,

Beklagte

Prozessbevollmächtigte: GenoRechtAnwälte Rechtsanwalts-ges. mbH, Hannover-
sche Str. 149, 30627 Hannover,
Geschäftszeichen: 71/11PO32-mis

1. DG Anlage-Gesellschaft mbH vertr. d. d. GF Dr. von Carlowitz, Fräsdorf und Schnei-
der, Hahnstr. 31 - 35, 60528 Frankfurt/M.,

2. DZ BANK AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank vertr. d. d. Vorstand, d.
vertr.d.d. Vorstandsvorsitzenden W. Kirsch, Platz der Republik, 60265 Frankfurt am
Main,

Streitverkündete

Prozessbevollmächtigte zu 1, 2: Rechtsanw. White & Case, Bockenheimer Landstr. 20,
60323 Frankfurt/M.,
Geschäftszeichen: DGANL.F110492.SOL.vuckoiv 7147454.0093

wegen Schadenersatz aus Anlageberatung

hat die 1. Zivilkammer des Landgerichts Bückeburg auf die mündliche Verhandlung vom
02.11.2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Dr. Rass als Einzelrichter

für **R e c h t** erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 50.784,94 € nebst 5%-Punkte Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 8.1.2011 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung am DG-Immobilienfonds Nr. 30, Stammnummer 30.002123.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 30, Stammnummer 30.002123, in Annahmeverzug befindet.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizuhalten hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 30, Stammnummer 30.002123, ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten erhoben werden können; im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen; die Kosten der Nebenintervention hat die Nebenintervenientin selbst zu tragen.
5. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche aufgrund einer Anlageberatung durch die Beklagte. Widerklagend begehrt die Beklagte die Feststellung, dass der Drittwiderbeklagte keine weitergehenden Ansprüche mehr gegen die Beklagte hat.

Der Drittwiderbeklagte erwarb im Dezember 1992 vom Anlageberater der Beklagten Schöttker die streitgegenständliche Beteiligung am DG-Immobilienfonds Nr. 30 mit der Stammnummer 30.002123. Die Beklagte war zu diesem Zeitpunkt die Hausbank des Drittwiderbeklagten. Der Zeuge Schöttker hatte dem Drittwiderbeklagten die Anlage in

den Fonds empfohlen, da diese seiner Ansicht nach den Anlagezielen des Drittwiderbeklagten am ehesten entspräche und zudem den willkommenen Nebeneffekt hätte, Steuern zu sparen. Der Drittwiderbeklagte zeichnete schließlich am 4.12.1992 die Beteiligung an der DG-Immobilienfondsgesellschaft Nr. 30 zum Nominalwert von 80.000,00 DM zzgl. 5 % Agio in Höhe von 4.000,00 DM (Bl. 48 d.A.). Unter dem 28.12.1992 erklärte die DG-Bank (heute DZ-Bank) die Zeichnungsannahme und Eintragsbestätigung zur Stammnummer 30.002123 (Bl. 49 d.A.). Bei dem DG-Fonds Nr. 30 handelt es sich um einen geschlossenen Immobilienfonds, der den Erwerb und die Verwaltung von Grundstücken in Berlin und den neuen Bundesländern zum Gegenstand hat. Bei dem Fonds handelte es sich beim Zeitpunkt des Beitritts des Drittwiderbeklagten um einen so genannten „Blind-Pool“, da in dem Fonds-Prospekt noch keine konkreten Projekte ausgewiesen waren. Konzeptionell waren für die Gesellschafter ab dem Jahre 1995 Ausschüttungen in Höhe von 4 % vorgesehen. Bis heute hat der DGI 30 allerdings noch keine Ausschüttungen geleistet. Zu keiner Zeit entwickelte sich der Fonds wie prospektiert. Er befindet sich seit Jahren in erheblicher wirtschaftlicher Schieflage. Seit dem Jahre 2007 berichteten Medien darüber, dass der Fonds insolvenzgefährdet sei. Aus den aktuellen Rechenschaftsberichten des Fonds ergeben sich aber keinerlei Hinweise, dass aktuell eine Insolvenz bevorstehen könnte. Bezüglich des Agios ist im Fondsprospekt festgehalten:

„Auf das Beteiligungskapital wird ein Agio von 5 % erhoben, das im Investitionsplan nicht enthalten ist. Dieser Betrag ist an die Fondsgesellschaft zu zahlen und steht zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung.“

Hinweise, dass dieses Agio der Beklagten zugute kommen sollte, finden sich im Fondsprospekt nicht. Im Investitionsplan findet sich unter „Gesellschaftskosten“ der weitere Posten „Marketing und Eigenkapitalbeschaffung“, der mit 8 Mio. DM ausgewiesen ist. Wohin diese fließen sollten, wird nicht aufgeschlüsselt, auch nicht, dass überhaupt oder gar in welcher Höhe die Beklagte ihre unstrittig aus der Vermittlung erzielte Provision erhalten hat. Der Prospekt diente als Grundlage des Beratungsgesprächs zwischen dem Drittwiderbeklagten und dem Anlageberater Schöttker.

Da der Drittwiderbeklagte nur über Barkapital von 40.000 DM verfügte, schloss er mit der Beklagten zudem ein Darlehen über weitere 40.000 DM mit der Darlehensnummer 6588.940 ab, das er zur Finanzierung der Anlage aufnahm. Im Verwendungszweck des Darlehensvertrages hieß es dann auch „Teilfinanzierung der Beteiligung an der DG-

Immobilienanlage Nr. 30“ (Bl. 50 d.A.). Am 7.12.1995 schloss der Drittwiderbeklagte bei der Beklagten einen weiteren Darlehensvertrag über 37.500,00 DM ab, der als Sicherheit unter anderem die Abtretung der Rechte an der DG-Immobilienanlage Nr. 30 vorsah und das Darlehen Nr. 6588.940 ablöste (Bl. 52 d.A.).

Mit Schreiben vom 15.12.2010 machte der Drittwiderbeklagte gegenüber der Beklagten Schadensersatzansprüche aus der Vermittlung des Fonds geltend. Er forderte die Beklagte auf, bis zum 22.12.2010 den Nominalbetrag der Beteiligung, das Agio sowie die gezahlten Darlehenszinsen zu erstatten und bot dafür der Beklagten den streitgegenständlichen Fonds an. Bis heute hat die Beklagte keinerlei Zahlung geleistet. Der Drittwiderbeklagte hat für die außergerichtliche Tätigkeit der Prozessbevollmächtigten der Klägerin insgesamt 2.028,36 € entrichtet.

Die Klägerin behauptet, der Drittwiderbeklagte habe ihr seine Ansprüche gegen die Beklagte am 15.12.2010 abgetreten (Abtretungsurkunde Bl. 143 d.A.). Der Drittwiderbeklagte habe beim Erwerb der Beteiligung praktisch keine Erfahrungen mit Finanzprodukten dieser Art besessen und sein Geld bis dahin konservativ in Sparsbüchern oder als Festgeld angelegt; der streitgegenständliche Fonds sei ihm nicht bekannt gewesen. Sein Hauptziel sei es gewesen, mit dem eingesetzten Kapital eine moderate, aber gesicherte Rente zu erzielen; die steuerlichen Effekte seien für ihn ein willkommener Nebeneffekt, aber kein Anlageziel gewesen. Die von der Beklagten für den Abschluss des Anlagevertrages erhaltenen Rückvergütungen hätten mit dem Agio in Höhe von 5 % und einer weiteren Innenprovision von 3 % insgesamt 8 % der Anlagesumme umfasst. Weder die Tatsache als solche noch die Höhe der Rückvergütung sei dem Drittwiderbeklagten im Rahmen des Vertragsabschlusses mitgeteilt worden. Er hätte die Anlage nicht erworben, hätte er gewusst, dass der Beklagten Rückvergütungen zugeflossen seien. Der Drittwiderbeklagte habe erst nach Einschaltung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin erfahren, dass die Beklagte zum Abschluss des streitgegenständlichen Fonds 8 % an Rückvergütungen erhalten habe. Der Drittwiderbeklagte habe für die beiden Darlehen insgesamt 15.326,71 DM Zinsen gezahlt. Die vom Drittwiderbeklagten erzielten Steuervorteile in Höhe von 13.500,00 € seien nicht endgültig bei ihm verblieben, ferner seien sie nicht außergewöhnlich hoch gewesen. Überdies sei dem Drittwiderbeklagten durch die Anlage in den DG-Immobilienfonds Nr. 30 ein Gewinn entgangen. Denn das angelegte Geld hätte auf die Laufzeit von 10 Jahren Zinsen von

wenigstens 5 % p.a. erwirtschaftet, so dass die Klägerin berechtigt sei, Schadenersatz von 4 % zwischen Überlassung der Beträge und Rechtshängigkeit zu begehren. Der Drittwiderbeklagte hätte bei vollumfänglicher Aufklärung von der Anlage in den Fonds Abstand genommen und eine festverzinsliche Anlage zu 4 % Zins gewählt. Hilfsweise wird darauf der Klagantrag gestützt.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Klägerin 50.784,94 € nebst 5%-Punkte Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 8.1.2011 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung am DG-Immobilienfonds Nr. 30, Stammmnummer 30.00: 3.

Festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 30, Stammmnummer 30.00: 3 in Annahmeverzug befindet.

Festzustellen, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizuhalten hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 30, Stammmnummer 30.00: 3 ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten erhoben werden können.

Die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.028,36 € nebst 5%-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 18.2.2011 zu zahlen.

Hilfsweise beantragt die Klägerin,

festzustellen, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG Immobilienanlage Nr. 30, Stammmnummer 30.00: 3 ihre Ursache haben, insbesondere Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder Dritten erhoben werden können.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin beantragen,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend beantragt die Beklagte,

festzustellen, dass dem Drittwiderbeklagten keine Ansprüche gegen die Beklagte aufgrund der Vermittlung bzw. des Beratungsgesprächs vom 4.12.1992 bezüglich der Beteiligung an der DG Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 30 zustehen.

Der Drittwiderbeklagte und die Klägerin beantragen,

die Drittwiderklage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, dem Drittwiderbeklagten sei es im Rahmen des Anlagegesprächs vorwiegend auf eine Steuerersparnis und eine ordentliche Rendite angekommen. Das Darlehen habe dieser aus dem einzigen Grund aufgenommen, um mit einer darlehensfinanzierten unternehmerischen Beteiligung noch mehr Steuern zu sparen. Der Anlageberater Schöttker, der einer der wenigen Berater bundesweit gewesen sei, der auf Rückvergütungen bei sämtlichen Vermittlungsgesprächen von DGI-Fonds hingewiesen habe, habe auch den Drittwiderbeklagten ordnungsgemäß über die von der Beklagten empfangenen Rückvergütungen dem Grunde und der Höhe nach aufgeklärt. Sie selbst habe keine Unterlagen über die mit dem Drittwiderbeklagten vereinbarten Darlehensverträge mehr. Das Provisionsinteresse der Beklagten sei dem Drittwiderbeklagten bei der Zeichnung des Fonds überdies bewusst gewesen, zumal er früher als Handelsvertreter gearbeitet habe. Er hätte den Fonds auch gezeichnet, wenn er gewusst hätte, dass die Beklagte eine Provision für die Vermittlung erhalten hätte. Der Drittwiderbeklagte habe insgesamt Steuervorteile in Höhe von mindestens 21.300,85 € erhalten, da die von der Klägerin in Abzug gebrachten Schuldzinsen nicht abzuziehen seien. Darüber hinausgehend habe der Drittwiderbeklagte einen durchschnittlichen Steuersatz von 50 % gehabt. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung und beruft sich auf Verwirkung.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist bis auf die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten begründet.

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch in Höhe von 50.784,94 € sowie die Feststellungsansprüche gegen die Beklagte zu.

I.

Die Klägerin ist die Anspruchsinhaberin, da zwischen ihr und dem Drittwiderbeklagten eine im Sinne des § 398 BGB ordnungsgemäße Abtretung über dessen Ansprüche gegen die Beklagte vorliegt. Die Beklagte hat zwar eine solche Abtretung zwischen dem Drittwiderbeklagten und der Klägerin zwar bestritten. Die Klägerin hat aber im Sinne des § 416 BGB zu beweisen vermocht, dass sie die Anspruchsinhaberin ist, da sie eine Abtretungsurkunde mit dem Drittwiderbeklagten vom 15.12.2010 vorgelegt hat (Bl. 143 d.A.). Die Beklagte hat die Echtheit der Urkunde nicht bestritten.

II.

Das über das Bestreiten der Beklagten hinausgehende Bestreiten der Drittwiderbeklagten in ihrem Schriftsatz vom 23.3.2011 (Bl. 149 - 151 d.A.), welche den kompletten tatsächlichen Vortrag der Klägerin bestritten hat, wird insoweit nicht gewertet, als sie sich in Widerspruch zum Sachvortrag der Beklagten setzt, insbesondere was das Beratungsgespräch zwischen dem Zeugen Schöttker und dem Drittwiderbeklagten betrifft.

III.

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten ein Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1 und 311 Abs. 2 BGB in Höhe von 50.784,94 € wegen einer Pflichtverletzung der Beklagten

aus dem mit dem Drittwiderbeklagten geschlossenen Beratungsvertrag über die Anlage des Drittwiderbeklagten in der DG-Immobilienanlage Nr. 30 im Dezember 1992 zu.

1.

Die Beklagte und der Drittwiderbeklagte haben einen - zumindest konkludenten - Beratungsvertrag über die Anlageberatung hinsichtlich der DG-Immobilienanlage Nr. 30 abgeschlossen.

Ein solcher Vertrag kommt zustande, wenn ein Anlageinteressent an eine Bank oder einen sonstigen Berater herantritt, um sich über die Anlage seines Vermögens beraten zu lassen (BGHZ 100, 117, 122; BGH NJW 2004, 1868 f.; BGH, BKR 2008, 188 ff.; OLG München, Urteil vom 02.06.2008 - 17 U 5698/07). Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Interessent von sich aus oder auf Initiative der Bank den Berater aufsucht (BGHZ 123, 126 ff. = NJW 1993, 2433 ff. = WM 1993, 1455 ff.).

Die Hürden für die Annahme eines Beratungsvertrages sind demgemäß sehr niedrig anzusetzen. Nach der zitierten Rechtsprechung treffen eine Bank immer bereits dann die Pflichten aus einem Beratungsvertrag, wenn sich ein Gespräch zwischen einem Anlageinteressenten und einem Bankberater entwickelt, in dem eine Anlageentscheidung thematisiert wird und zumindest den Umständen zu entnehmen ist, dass die Bank ihre Sachkunde im Interesse des Kunden einbringen will. Allein die bloße Tatsache, dass ein Beratungsgespräch stattgefunden hat, führt daher faktisch stets auch zur Annahme, dass ein Beratungsvertrag geschlossen wurde. Diese Voraussetzungen sind in dem vorliegenden Fall unproblematisch erfüllt.

2.

Die Beklagte hat auch eine aus diesem Beratungsverhältnis ausgehende Pflicht verletzt, indem sie den Drittwiderbeklagten nicht über die von ihr erhaltene Rückvergütung aufgeklärt hat, die sie für den Vertrieb der Beteiligung an dem streitgegenständlichen Fonds erhalten hat.

a)

Die Kammer geht nach dem vorliegenden Sach- und Streitstand davon aus, dass die Beklagte zur Vermittlung des streitgegenständlichen Fonds eine Rückvergütung in Höhe von 8 % der Anlagesumme erhalten hat. Diesen Sachvortrag der Klägerin hat die Beklagte zwar ausdrücklich bestritten. Doch dieses Bestreiten ist zu unsubstantiiert.

Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe der Rückvergütung grundsätzlich bei der Klägerin. Doch hat diese erst einmal substantiiert vorgetragen, aufgrund welcher Umstände sie davon ausgehen kann, dass die Beklagte eine Rückvergütung in Höhe von 8 % der Anlagesumme erhalten hat. Hierzu hat sie zum einen dargelegt, dass sich diese Gesamtsumme aus dem Agio in Höhe von 5 % der Anlagesumme und den weiteren 8 Mio. DM für "Marketing und Eigenkapitalbeschaffung" ergibt. Diesen Vortrag hat sie überdies durch die Zeugenaussage einer Bankenmitarbeiterin in einem anderen "DGI-30-Verfahren" belegt, die - hier unbestritten - vor dem Landgericht in Karlsruhe bekundet hat, ihr Institut habe eine Rückvergütung in Höhe von 8 % der Anlagesumme erhalten. Ferner hat die Klägerin einen Bericht der C&L Deutsche Revision vom 4.3.1996 vorgelegt, der auf Seite 17 ebenfalls von einer 8%igen Bonifikation an die Vertriebsstellen ausgeht.

Diesem substantiierten Vortrag ist die Beklagte nur mit einem pauschalen Bestreiten entgegengetreten, wobei sie zwar selbst davon ausgeht, eine Rückvergütung erhalten zu haben und lediglich die von der Klägerin behauptete Höhe angreift. Die Beklagte wäre aber verpflichtet gewesen, dem Sachvortrag der Klägerin substantiiert entgegenzutreten, da ihr selbst die streitgegenständlichen Rückvergütungen zugeflossen sind, sie mithin die alleinige Kenntnis über die Höhe der Rückvergütungen hat und sie deshalb in diesem Punkt die sekundäre Darlegungslast trifft.

Die Beklagte verteidigt sich zwar damit, dass sie nach Ablauf der handelsrechtlichen Aufbewahrungspflichten sämtliche Unterlagen vernichtet hat. Dies befreit sie aber noch nicht von ihrer zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislast. Die Beklagte hat auch nicht auf den in der mündlichen Verhandlung vom 2.11.2011 ausdrücklich erteilten Hinweis der Kammer reagiert und in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16.11.2011 weiter substantiiert vorgetragen, weshalb ihr diesbezüglicher Vortrag nicht zu werten ist.

Um einer solchen Situation zu entgehen, in der sich die Beklagte mit ihrem ungenügenden Sachvortrag nunmehr befindet, hätte sie sich mit der Aufbewahrung ihrer Unterla-

gen an den zivilrechtlichen Haftungsvorschriften orientieren müssen. Dass sie dies nicht getan hat, ist ihr eigenes Verschulden und kann nicht der Klägerin angelastet werden, womit die Beklagte die Konsequenzen daraus zu tragen hat.

b)

Für diese Beurteilung ist es unerheblich, ob der Drittwiderbeklagte das Agio zunächst an die Fondsgesellschaft gezahlt und diese sodann der Beklagten den Betrag rückvergütet hat, oder ob die Beklagte sogleich das Agio für sich behalten und nur den reinen Nettoanlagebetrag an die Fondsgesellschaft weitergeleitet hat. Es ist allein entscheidend, wovon der Kunden bei der Vornahme des Geschäftes ausging und nicht die sodann hinter dem Rücken des Kunden tatsächlich vorgenommene Ausgestaltung zwischen der Bank und der Fondsgesellschaft. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Fondsprospektes musste der Drittwiderbeklagten davon ausgehen musste, dass das Agio an die Fondsgesellschaft gezahlt wird.

c)

Die Rückvergütung der Fondsgesellschaft an die Beklagte war hierbei nicht unter dem Gesichtspunkt einer sogenannten Innenprovision zu prüfen, da diese eine völlig andere Fragestellung beinhaltet als die Prüfung einer Rückvergütung. Die (eingeschränkte) Pflicht zur Aufklärung über die Innenprovision knüpft nämlich an die Fehlvorstellung des Kapitalanlegers über die Werthaltigkeit der Anlage an, während es bei der Offenlegung von Rückvergütungen darum geht, den Kunden auf eine Gefährdungssituation, die sich aus der eingeschränkten Unabhängigkeit und Neutralität des Beraters ergibt, hinzuweisen (so auch Fullenkamp, NJW 2011, S. 422). Im vorliegenden Fall greift die Klägerin gerade nicht die Werthaltigkeit des von der Beklagten vermittelten Fonds an, was die Frage einer Innenprovision betreffe, sondern sie bemängelt, die Beklagte habe es nicht offengelegt, dass sie von der Fondsgesellschaft für den Abschluss eine Provision erhalten habe, der Drittwiderbeklagte sich somit nicht sicher sein konnte, dass die Beklagte ihre Anlageempfehlung neutral und unabhängig traf. Insofern stehen die Begriffe der Innenprovision und der Rückvergütung sich nicht ausschließend gegen-

über, sondern eine Innenprovision kann auch als (unrechtmäßige) Rückvergütung gewertet werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.

Nach der Rechtsprechung des für die Bankenhaftung zuständigen XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs muss aber eine Bank, die einem Anleger Fondsanteile empfiehlt, darauf hinweisen, dass und in welcher Höhe sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält. Die Aufklärung über die Rückvergütung sei notwendig, um dem Kunden einen insofern bestehenden Interessenkonflikt der Bank offen zu legen. Erst durch die Aufklärung werde der Anleger in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob die Bank ihm einen bestimmten Titel nur deswegen empfehle, weil sie selbst daran verdiene (BGHZ 170, 226, 234 = NJW 2007, 1876, Tz. 23). Diese Rechtsprechung wurde durch eine weitere Entscheidung des Senats vom 20.01.2009 - XI ZR 510/07 - (NJW 2009, 1416) ausdrücklich auf den Vertrieb von geschlossenen Fonds erstreckt.

Die vom BGH mit dieser Entscheidung (weiter) entwickelte Definition aufklärungspflichtiger Rückvergütungen stellt somit in erster Linie auf die besondere Herkunft und den Zahlungsweg der Zuwendungen ab. Rückvergütungen sollen dadurch gekennzeichnet sein, dass sie aus Teilen der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft gezahlt hat, hinter seinem Rücken umsatzabhängig an die beratende Bank zurückfließen. Diese Voraussetzungen liegen hier - wie nachfolgend aufgeführt - vor.

d)

Der streitgegenständliche Prospekt bezüglich des DG-Immobilienfonds Nr. 30 enthält keine hinreichenden Angaben zu der der Beklagten zukommenden Provision. In dem dem Drittwiderbeklagten ausgehändigten Emissionsprospekt wurden auf Seite 11 zwar auf ein Agio in Höhe von 5 % der Anlagesumme und auf Kosten für "Marketing und Eigenkapitalbeschaffung" in Höhe von 8 Mio. DM hingewiesen. Daraus wird aber nicht hinreichend deutlich, dass die Beklagte bei der Anlageberatung aufgrund einer Vertriebsvereinbarung mit dem Fonds tätig wurde und von diesem eine umsatzabhängige Vergütung erhielt.

Denn die Vertragsbeziehungen des Kunden zu seiner Bank sind regelmäßig davon geprägt, dass die Bank für die jeweiligen Dienstleistungen vom Kunden Entgelte oder Provisionen erhält, etwa Depot- oder Kontoführungsgebühren sowie An- und Verkaufsprovisionen für den Erwerb oder die Veräußerung von Wertpapieren. Demgemäß muss der von seiner Bank bezüglich einer Geldanlage beratene Kunde nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung eigene Interessen verfolgt, weil sie z.B. wie ein freier Anlageberater ein umsatzabhängiges eigenes Provisionsinteresse gegenüber dem jeweiligen Fondsanbieter hat (BGH, Urt. v. 15.04.2010, III ZR 196/09, Tz. 12 - zitiert nach Juris; OLG Frankfurt 19 U 70/10 vom 3.11.2010 Tz. 33 - zitiert nach Juris).

Selbst wenn man annimmt, dass die Bank ihre Leistungen nicht kostenlos erbringt, erschließt sich ihrem Kunden regelmäßig nicht ohne weiteres, ob dies durch eine direkte Vergütung für jeden einzelnen Geschäftsvorgang oder im Rahmen einer Mischkalkulation unter Berücksichtigung ihrer Einkünfte aus sonstigen Bankgeschäften erfolgt (OLG Frankfurt 19 U 70/10 vom 3.11.2010 Tz. 33 - zitiert nach Juris; OLG Karlsruhe, Urt. vom 07.05.2010 – 17 U 88/09, Tz. 41 zitiert nach Juris). Demgemäß musste der Drittwiderbeklagte auch bei Kenntnis des Emissionsprospektes nicht damit rechnen, dass die dort genannte Vergütung für die Eigenkapitalvermittlung und das Agio aufgrund einer Vertriebsvereinbarung in Höhe von mindestens 5 % an die Beklagte zurückfloss. Daran ändert auch nichts der Umstand, dass der Drittwiderbeklagte als selbständiger Handelsvertreter gearbeitet hat und insofern mit Provisionszahlungen vertraut war. Wie oben dargelegt, besteht zwischen der Bank und ihrem Kunden eine grundsätzlich andere Vertragsbeziehung als zwischen einem freien Anlageberater und seinem Kunden. Daraus lassen sich keine Besonderheiten hinsichtlich des Drittwiderbeklagten ableiten, nur weil dieser als selbständiger Handelsvertreter gearbeitet hat.

e)

Die Beklagte hat auch nicht über den Erhalt der Rückvergütung den Drittwiderbeklagten im streitgegenständlichen Beratungsgespräch zwischen dem Anlageberater Schöttker und dem Drittwiderbeklagten hinreichend aufgeklärt. Eine solche Aufklärung hat die Beklagte zwar behauptet, konnte aber aufgrund der in der mündlichen Verhandlung vom 2.11.2011 durchgeführten Beweisaufnahme nicht bestätigt werden.

aa)

Die Aussage des Zeugen Schöttker ist in dieser Hinsicht bereits unergiebig. Zwar bekundete der Zeuge zunächst, den Drittwiderbeklagten über Zahlungen an die Beklagte aus dem Agio aufgeklärt zu haben. Doch hat er auf Nachfrage erklärt, an das konkrete Gespräch mit dem Drittwiderbeklagten keine Erinnerung mehr zu haben, womit die Kammer nicht in der Lage war festzustellen, ob im konkreten Fall eine Aufklärung stattgefunden hat.

bb)

Soweit man davon ausgehen wollte, der Zeuge schließe aus dem Umstand rück, dass er stets seine Kunden über die von der Beklagten erhaltenen Vergütungen aufgeklärt habe und es deshalb im Rahmen der Beratung des Drittwiderbeklagten ebenfalls so gewesen sein müsse, sind hieraus keine Feststellungen mit Beweiswert abzuleiten. Der Zeuge hat nämlich ebenfalls angegeben, er naturgemäß die Kunden nicht über die Rückvergütung aus dem Agio aufgeklärt zu haben, die bereits mehrmals eine Anlage getätigt und diesbezüglich auch keine Fragen mehr gehabt hätten. Da der Drittwiderbeklagte aber nach den Angaben des Zeugen Schöttker gerade zu diesem Anlegerkreis gehörte, er den Drittwiderbeklagten geradezu als "gewieft" beschrieb, kann auch kein Automatismus aus seiner grundsätzlichen Aufklärungsbereitschaft abgeleitet werden, dass der Zeuge den Drittwiderbeklagten im vorliegenden Fall aufgeklärt hat.

cc)

Selbst wenn man entgegen den obigen Ausführungen davon ausgehen wollte, dass die Aussage des Zeugen Schöttker ergiebig gewesen sei, lässt sich diese nach den Grundsätzen der Aussagepsychologie nicht zugunsten der Beklagten werten.

Die Aussage des Zeugen Schöttker ergibt für die Kammer nämlich keinen brauchbaren Grad an Gewissheit in Bezug auf das Beweisthema, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie gänzlich auszuschließen (vgl. dazu Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 286, Rdnr. 18 - 20).

Das Gericht folgt hierbei in ständiger Rechtsprechung der wissenschaftlich bewiesenen Annahme, nach der ein Zeuge mit seiner Aussage weder einer Grundannahme der Glaubhaftigkeit noch der Unglaubhaftigkeit unterliegt (st. Rspr. seit BGH 1 StR 618/99 vom 30.7.1999; NJW 1999, 2746 (2747)). Von dieser Prämisse ausgehend muss das Gericht nicht dem Zeugen nachweisen, dass er die Unwahrheit sagt. Im Gegenteil muss der Zeuge dem Gericht hinreichend viele Anhaltspunkte liefern, aufgrund derer das Gericht sich die Überzeugung bilden kann, dass der Zeuge zumindest von einem subjektiv wahren Erlebnis berichtet.

Um eine solche Feststellung treffen zu können, sind die Instanzgerichte seit der Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1999 gehalten, sich der sogenannten Realkennzeichenanalyse zu bedienen (vgl. BGH a.a.O.). Diese Analysetechnik zur Unterscheidung subjektiv wahrer von erfundenen Berichten beruht im Wesentlichen auf der Überlegung, dass einerseits ein Bericht aus dem Gedächtnis rekonstruiert wird, andererseits eine (bewusst) lügende Person ihre Aussage aus dem gespeicherten Allgemeinwissen neu zu konstruieren hat. Da es eine schwierige Aufgabe mit hohen Anforderungen an die kognitive Leistungsfähigkeit darstellt, eine Aussage über ein (komplexes) Geschehen ohne eigene Wahrnehmungsgrundlage zu erfinden und zudem über längere Zeiträume aufrechtzuerhalten, ist im zweiten Fall die Wahrscheinlichkeit der Schilderung beispielsweise nebensächlicher Details, sogenannter abgebrochener Handlungsketten, unerwarteter Komplikationen oder phänomengemäßer Schilderungen unverstandener Handlungselemente - also das Vorhandensein von Realkennzeichen - gering. Hinzu tritt das Bemühen der lügenden Person, auf sein Gegenüber glaubwürdig zu erscheinen. Daher besteht die begründete Erwartung, dass bewusst falsche Aussagen nur in geringem Ausmaß Selbstkorrekturen und Selbstbelastungen sowie das Zugeben von Erinnerungslücken enthalten (BGH a.a.O. S. 2748).

Vorliegend enthielt die Aussage des Zeugen nicht hinreichend viele Realkennzeichen, als dass das Gericht diese Aussage zur Grundlage seiner Entscheidung machen konnte. Der Zeuge konnte in seiner Vernehmung keinerlei das Beratungsgespräch begleitende Umstände mehr benennen, als dass die Kammer in der Lage gewesen wäre zu überprüfen, ob der Zeuge hier tatsächlich einen erlebnisbasierten Sachverhalt wiedergegeben. Sie hatte auch nicht die Möglichkeit auszuschließen, dass der Zeuge lediglich schemabasiertes Wissen im Rahmen seiner Aussage kund tat. Der Zeuge hat weder auf Fragen nach der Höhe der Anlagesumme noch auch sonstige Fragen zu

Begleitumständen antworten können (was aufgrund des langen Zeitablaufs auch nachvollziehbar ist) und wurde erst in Bereichen wieder sicherer, die zu den Automatismen seines Beratungsgesprächs in diesem Bereich gehörten, wie die Frage nach einem zusätzlichen Darlehen, um Steuereffekte erzielen zu können. Doch auch in diesem Bereich ließ die Erinnerung des Zeugen wieder stark nach, als Einzelheiten abgefragt wurden, die über die standardisierte Vorgehensweise im Rahmen eines Beratungsgesprächs hinausgingen.

Die Kammer war mithin nicht in der Lage, anhand qualitativ hochwertiger Anhaltspunkte festzustellen, ob der Zeuge noch tatsächliche Erinnerungen an das konkrete Gespräch bzw. die für den Immobilienfonds Nr. 30 durchgeführten Aufklärungen hat, weshalb die Beklagte beweisfällig geblieben ist. Dieser Beweisproblematik hätte die Beklagte durch eine schriftliche Dokumentation entgehen können.

dd)

Letztlich bleibt zu bemerken, dass selbst wenn die vom Zeugen erwähnte Aufklärung im vorliegenden Fall tatsächlich stattgefunden hätte, diese nicht ausreichend gewesen wäre.

Der Zeuge will in Bezug auf das in dem Vertrag ausgewiesene Agio seinen von ihm beratenen Kunden jeweils mitgeteilt haben, dass darin auch die Kosten der Beklagten enthalten seien. Eine solche Aufklärung wäre aber im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht ausreichend, da der Zeuge nicht die Höhe der von der Beklagten vereinnahmten Rückvergütung mitgeteilt hätte, die er - wie er im Rahmen seiner Vernehmung angab - selbst nicht wusste. Es ist bereits vom wirtschaftlichen Interesse der Beklagten an einem solchen Abschluss ausgehend ein anderer Ansatz, ob aus einem Teil des Agios die der Beklagten entstandenen Kosten ausgeglichen würden (welche?), oder ob die Beklagte sogar noch einen über das ausgewiesene Agio hinausgehenden Betrag zusätzlich erhalte. Auf dieses wirtschaftliche Interesse stellt der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu unzulässigen Rückvergütungen indes entscheidend ab.

f)

Die Beklagte hat auch nicht zu beweisen vermocht, dass der Drittwiderbeklagte die streitgegenständliche Anlage in Kenntnis des Umstandes erworben hätte, dass die Beklagte für die Vermittlung der Anlage Rückvergütungen erhalten hat.

Der Drittwiderbeklagte hat diese Behauptung der Beklagten in seiner Anhörung nach § 141 ZPO ungefragt und ausdrücklich in Abrede gestellt. Da die Beklagte keinen weitergehenden Beweis für ihre Behauptung angetreten hat, ist sie in dieser Hinsicht beweisfällig geblieben.

g)

Soweit die Beklagte pauschal behauptet, für den Drittwiderbeklagten sei allein die Steuerersparnis relevant gewesen und er allenfalls noch Renditechancen beachtet hätte, trägt sie auch dafür keinerlei konkrete, sich auf den Drittwiderbeklagten beziehende Anknüpfungstatsachen oder Indizien vor. Indes ist selbst dann, wenn es dem Drittwiderbeklagten vornehmlich um diese Zwecke und Effekte gegangen sein sollte, ist noch nichts darüber ausgesagt, wie der Drittwiderbeklagte es gewertet hätte, wenn er gewusst hätte, dass die Beklagte eine - seinen Anlagezielen entsprechende - Anlage jedenfalls auch wegen ihres eigenen Provisionsinteresses empfohlen hätte, mithin ob er nicht vielmehr allein wegen der Gefahr der Verfolgung eigener Interessen durch die Beklagte von einer Zeichnung Abstand genommen hätte (OLG Frankfurt 9 U 99/09 vom 18.8.2010 Tz 49 - zitiert nach Juris). Der Drittwiderbeklagte hat vielmehr im Rahmen seiner Anhörung im Sinne des § 141 ZPO in der mündlichen Verhandlung vom 2.11.2011 einen Erwerb der Anlage vor diesem Hintergrundwissen ausdrücklich in Abrede gestellt.

3.

Die Pflichtverletzung der Beklagten bezüglich des gemeinsamen Beratungsvertrages im Hinblick auf die Vermittlung des DG-Fonds Nr. 30 war auch schuldhaft.

Zwar lagen im Zeitpunkt des ersten Beratungsgesprächs im Dezember 1992 die Entscheidungen des XI. Senats des Bundesgerichtshof zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen vom 19. Dezember 2006 (BGHZ 170, 226 ff.) und vom 20. Januar 2009 (XI ZR 510/07, WM 2009, 405 f.) noch nicht vor. Der XI. Senat hat aber bereits in den Jahren 1989 und 1990 in zwei Entscheidungen (Urteile vom 28. Februar 1989 - XI ZR 70/88, WM 1989, 1047, 1051 und vom 6. Februar 1990 - XI ZR 184/88, WM 1990, 462, 464) bei vermittelten Warendermingsgeschäften 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, Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zu prüfen. In der Literatur sind diese Entscheidungen zu Recht 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 (vgl. Nassall, WuB IV A § 826 BGB 8.89 unter 3.; Wach, EWiR 1989, 765, 766). Aufgrund dessen war für eine Bank bereits ab diesem Zeitpunkt erkennbar, dass auch im Verhältnis zu ihren Kunden bei der - allein in deren Interesse erfolgenden - Beratung über eine Kapitalanlage eine Aufklärungspflicht über solche Umstände besteht, die das Beratungsziel in Frage stellen und die Kundeninteressen gefährden (BGH XI ZR 308/09 vom 29.6.2010 Tz. 5 - zitiert nach Juris). Die Beklagte musste daher bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt damit rechnen, dass eine generelle Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bestand.

Die Aufklärungspflichtverletzung durch den bei der Beklagten angestellten Berater Schöttker muss sich die Beklagte auch zurechnen lassen. Eine Bank muss ihren Geschäftsbetrieb zum Schutz des Rechtsverkehrs so organisieren, dass bei ihr vorhandenes Wissen den Mitarbeitern, die für die betreffenden Geschäftsvorgänge zuständig sind, zur Verfügung steht und von diesen auch genutzt wird (BGH XI ZR 586/07 vom 12.5.2009 Tz. 14 - zitiert nach Juris, vgl. auch BGHZ 135, 202, 205 ff.; Münch-KommBGB/Schramm, 5. Aufl., § 166 Rn. 26 m.w.N.). Danach ist hier ein vorsätzliches Organisationsverschulden der Beklagten gegeben, wenn sie ihre Verpflichtung zur Aufklärung der Kunden gekannt oder zumindest für möglich gehalten hat (bedingter Vorsatz) und es gleichwohl bewusst unterlassen hat, ihre Anlageberater anzuweisen, die Kunden entsprechend aufzuklären (BGH XI ZR 586/07 vom 12.5.2009 Tz. 14 - zitiert nach Juris; Nobbe, ZBB 2009, 93, 104; Koller, ZBB 2007, 197, 201).

Soweit sich die Beklagte in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16.11.2011 darauf beruft, der Zeuge Schöttker habe angegeben, es sei bei der Beklagten eine Anweisung vorhanden gewesen, die Kunden über erhaltene Rückvergütungen aufzuklären, ist dieser Vortrag ohne Substanz. Der Zeuge konnte sich an diesen Punkt nur noch vage in einem Nebensatz erinnern und ihn inhaltlich in keiner Weise ausgestalten, so dass dieser Umstand aufgrund seiner Aussage nicht als feststehend angesehen werden kann. Überdies hat sich die Beklagte selbst im Vorfeld der Vernehmung des Zeugen Schöttker nicht auf eine solche angeblich bestehende Anweisung berufen, geschweige denn eine solche vorgelegt.

4.

Das Interesse der Beklagten an der durch die Fondsgesellschaft gezahlten Rückvergütung war für den Drittwiderbeklagten auch nicht erkennbar. Eine solche Erkennbarkeit hat der Drittwiderbeklagte im Rahmen seiner Anhörung nach § 141 ZPO ausdrücklich abgestritten.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und seiner Bank ist zudem üblicherweise – wie auch hier – auf Dauer gegründet. Die Vertragsbeziehung des Kunden zu seiner Bank ist darüber hinaus regelmäßig davon geprägt, dass die Bank für die jeweiligen banktypischen Dienstleistungen vom Kunden Entgelte oder Provisionen erhält, etwa Depotgebühren, Kontoführungsgebühren sowie An- und Verkaufsprovision für den Erwerb oder die Veräußerung von Wertpapieren. Die Anlageberatung als solche kann sich insbesondere für den langjährigen (Hausbank-)Kunden als Serviceleistung bei bestehender Geschäftsbeziehung oder als eben kostenloses Werbeangebot für Neukunden darstellen. Anders als etwa der Anlagevermittler tritt die Bank gegenüber ihrem Kunden als unabhängiger Finanzberater auf. Der von seiner Bank bezüglich einer Geldanlage beratene Kunde muss deshalb nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung eigene Interessen verfolgt, weil sie zum Beispiel ein umsatzabhängiges eigenes Provisionsinteresse gegenüber dem jeweiligen Fondsanbieter hat. Dementsprechend ist es dem Bankkunden nicht ohne weiteres erkennbar, aufgrund welcher Interessenlage die konkrete Anlageberatung erfolgt und ob sie ausschließlich von seinen Interessen als Anleger bestimmt wird, wenn die Bank verdeckte Rückvergütungen erhält (OLG Brandenburg vom 31.8.2011, 4 U 89/10 - Tz. 48 - zitiert nach Juris).

An diesem Umstand ändert auch nichts die Tatsache, dass der Beklagte zum Vertragsabschluss als selbständiger Handelsvertreter gearbeitet hat. Auch vor seinem wirtschaftlichen Hintergrund musste er nicht davon ausgehen, dass die Beklagte für seine Anlageberatung nicht ihm gegenüber ausgewiesene Provisionen erhalten hat.

5.

Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Verletzung eines verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes der Beklagten bestehen nicht. Eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung liegt - wie oben ausgeführt - gerade nicht vor.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 29.06.2010 (XI ZR 308/09 -Tz. 5 - 9 zitiert nach Juris) ausführlich begründet, weshalb sein Urteil vom 19. Dezember 2006 zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen (BGHZ 170, 226 ff.) keine grundlegende Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung oder gar eine richterliche Rechtsfortbildung darstellt, sondern lediglich eine Fortführung und weitere Ausformung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Offenlegung von Interessenkollisionen der Bank gegenüber ihren Kunden im Allgemeinen und von Rückvergütungen im Besonderen bedeutet die für die beteiligten Verkehrskreise bei der gebotenen Sorgfalt bereits ab den Jahren 1989/90 absehbar war (OLG München vom 17.10.2011, 19 U 2396/11 Tz. 39 - zitiert nach Juris).

6.

Durch die Pflichtverletzung der Beklagten ist der Klägerin ein Schaden entstanden.

a)

Aufgrund der Beratung durch die Beklagte hat der Drittwiderbeklagte den DG-Immobilienfonds Nr. 30 gezeichnet. Dafür hat er unstreitig 80.000,00 DM und ein Agio in Höhe von 4.000,00 DM aufgewandt. Zusätzlich hatte er noch Darlehenszinsen in Höhe von 15.326,71 DM zu begleichen, so dass ihm ein Gesamtschaden in Höhe von umgerechnet 50.784,94 € entstanden ist.

Die Beklagte hat zwar die Höhe der Darlehenszinsen bestritten. Doch auch dieses Bestreiten ist aus den gleichen Gründen wie in Bezug auf die Höhe der von ihr erhaltenen Rückvergütung als zu unsubstantiiert zurückzuweisen. Die Beklagte als Empfängerin der vom Drittwiderbeklagten gezahlten Zinsen wäre verpflichtet gewesen, im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast dem von der Klägerin behaupteten Anspruch substantiiert entgegenzutreten. Dazu wäre die Beklagte auch dem Grunde nach in der Lage gewesen, da sie die Empfängerin der Zinszahlungen des Drittwiderbeklagten war. Sie hat allerdings die von ihr erlangten Zinszahlungen unter Verweis auf die der bei ihr vernichteten Unterlagen nicht vorgetragen oder gar belegt, so dass ihr Bestreiten aus den oben angegebenen Gründen nicht zu werten ist.

b)

Die dem Drittwiderbeklagten tatsächlich zugekommenen steuerlichen Effekte sind im vorliegenden Fall nicht in Abzug zu bringen.

Zwar hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass der Drittwiderbeklagte durch die mit der Anlage unmittelbar verbundenen Verlustzuweisungen insbesondere in den Jahren 1992 bis 1994 namhafte Steuervorteile erzielt hat. In diesen Fällen hat eine Anrechnung dann stattzufinden, wenn der Anleger besonders hohe Steuervorteile erzielt hat und deshalb anzunehmen ist, dass sich die Steuervorteile durch die Steuerlast infolge der Rückabwicklung der Anlage nicht gegenseitig aufheben, sondern ein Vorteil beim Anleger verbleibt (so OLG Celle vom 3.2.2010, 3 U 225/09, UA S. 14 unter Verweis auf BGH WM.2008, 725). Nach dem Hinweis der Kammer vom 30.5.2011 (Bl. 255 d.A.) hat die Klägerin in dieser Hinsicht weiter vorgetragen und steuerliche Vorteile in Höhe von 13.500,00 € behauptet (Bl. 289 d.A.). Diese steuerlichen Vorteile erfüllen aber noch nicht das Kriterium des besonders hohen steuerlichen Vorteils im Sinne der Rechtsprechung des BGH, so dass sie im vorliegenden Fall auch nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind. Dies trifft selbst dann zu, wenn man die von der Beklagten angenommene Summe von 21.300,85 € zugrunde legt.

Der von der Klägerin vorgelegten Berechnung der steuerlichen Vorteile des Drittwiderbeklagten ist die Beklagte zwar noch weitergehend entgegengetreten, doch hat sie, die für diesem Unstand insoweit beweisbelastet ist, keinen alternativen Sachverhalt zur Überprüfung gestellt, nach dem das Kriterium eines besonders hohen steuerlichen

Vorteils erfüllt wäre, so dass dem Vortrag der Beklagten hätte nachgegangen werden müssen. Dazu zählen auch die Ausführungen der Beklagten bzw. der Streithelferin im Hinblick auf Steuervorteile für Rentner/Pensionäre, die allgemeiner Art waren und keinen Bezug auf den hier zu entscheidenden Fall zuließen. Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, im Hinblick auf die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes substantiiert sowohl hinsichtlich des besonders hohen Steuervorteils als auch hinsichtlich des Verbleibens bei der Klägerin vorzutragen. Dies hat sie nicht getan.

c)

Dieser Schaden ist auch kausal auf die Pflichtverletzung der Beklagten aus dem Beratungsvertrag zurückzuführen. Bei einer fehlerhaften Anlageberatung ist bereits der Erwerb der Kapitalanlage aufgrund einer fehlerhaften Information ursächlich für den späteren Schaden, weil der ohne die erforderliche Aufklärung gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist. (BGH XI ZR 586/07 vom 12.5.2009 Tz. 22 - zitiert nach Juris). Steht wie in diesem Fall eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, das heißt, dass der Aufklärungspflichtige beweisen muss, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (BGH XI ZR 586/07 vom 12.5.2009 Tz. 22 - zitiert nach Juris, vgl. auch BGHZ 61, 118, 122; 124, 151, 159 f.; auch BGH, Urteil vom 2. März 2009 - II ZR 266/07, WM 2009, 789, Tz. 6 m.w.N.). Diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters, also auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen (BGH XI ZR 586/07 vom 12.5.2009 Tz. 22 - zitiert nach Juris sowie Ellenberger in Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktiker-Handbuch Wertpapier- und Derivategeschäft Rn. 863). Die insoweit beweisbelastete Beklagte hat zwar behauptet, dass der Drittwiderbeklagte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem von ihm gezeichneten Fonds beigetreten wäre, doch hat sie ihre Behauptung - wie oben bereits dargelegt - nicht weiter substantiiert oder gar Beweis dafür angetreten.

7.

Die Ansprüche der Klägerin sind auch nicht verjährt.

Wenn sich ein Schadensersatzanspruch auf mehrere Beratungsfehler stützen lässt, ist die kenntnisabhängige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 1 BGB für jeden Beratungsfehler getrennt zu beachten. Sie beginnt zu laufen, wenn der Gläubiger Umstände, insbesondere wirtschaftliche Zusammenhänge erkennt, aus denen sich die jeweilige Rechtspflicht zur Aufklärung ergibt. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Schuldner mehrere, voneinander abgrenzbare offenbarungspflichtige Umstände verschwiegen hat (OLG Celle vom 3.2.2010 - 3 U 225/09 - UA Seite 14). Unwidersprochen hat der Drittwiderbeklagte zum ersten Mal von den der Beklagten gewährten Rückvergütungen im Beratungsgespräch mit seinem Prozessbevollmächtigten in unverjährter Zeit erfahren. Etwaige Pflichtverletzungen, auf die sich die Beklagte und die Streithelferin beziehen und aus dem Prospekt oder dem Risiko der Anlage stammen, lassen sich problemlos von der verletzten Pflicht der Beklagten abgrenzen, über die von ihr erzielten Rückvergütungen aufzuklären. Eine in diesem Zusammenhang stehende Pflichtverletzung ist ein eingeständiger Verstoß und unterliegt deshalb auch einer gesonderten Verjährungsfrist.

Einen solchen Verjährungsbeginn löste auch nicht die Mitteilung über die Eigenkapitalbeschaffung im Prospekt aus. Die konkrete Pflichtverletzung der Beklagten - der Erhalt der Rückvergütung - lässt sich gerade nicht aus dem Prospekt ablesen, so dass daraus eben kein Verjährungsbeginn abgeleitet werden kann.

8.

Die Ansprüche der Klägerin sind auch nicht verwirkt.

Ein Recht ist dann verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde (Palandt/ Grüneberg, BGB 70. Aufl., § 242 Rn. 87). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Beklagte als die Verpflichtete ist darlegungs- und beweisbelastet für die Voraussetzungen der Verwirkung (Palandt/ Grüneberg, aaO.

Rn. 96). Die Beklagte hat zu den zu einer Verwirkung führenden Tatsachen, insbesondere zu dem erforderlichen Zeit- und dem in der Person der Klägerin oder des Drittwiderbeklagten liegenden Umstandsmoment, aber nichts vorgetragen.

IV.

Der Klägerin steht der begehrte Freistellungsanspruch ebenfalls zu

Das Feststellungsbegehren ist zulässig, insbesondere besteht das erforderliche Feststellungsinteresse (vgl. KG vom 4.4.2011, 24 U 81/10 - Tz. 87 - zitiert nach Juris). Dieses liegt bereits dann vor, wenn künftige Schadensfolgen, sei es auch nur entfernt, möglich, ihre Art, ihr Umfang und ihr Eintritt indes noch ungewiss sind. Solche künftigen Schadensfolgen sind hier möglich. Dies gilt insbesondere für von einem Insolvenzverwalter zu erhebenden Forderungen. Der streitgegenständliche Immobilienfonds hat noch zu keiner Zeit seines Bestehens einen Gewinn ausgeschüttet. Unwidersprochen sind in den Medien ab dem Jahre 2007 Berichte aufgetaucht, die von einer Insolvenzgefährdung des Fonds berichteten, so dass hier das Feststellungsinteresse besteht. Aber auch die steuerlichen Ansprüche sind von diesem Freistellungsanspruch umfasst (vgl. KG a.a.O.), womit natürlich nicht diejenigen Steuernachforderungen gemeint sind, die der Klägerin aufgrund ihres Obsiegens im hiesigen Verfahren entstehen werden.

V.

Der Zinsanspruch ist aufgrund §§ 291, 288 Abs. 1 BGB begründet.

VI.

Die Beklagte befindet sich mit der Rücknahme der von der Klägerin gehaltenen Anteile auch im Annahmeverzug gemäß § 293 BGB, nachdem der Drittwiderbeklagte sie vorgerichtlich erfolglos zur Rückabwicklung aufgefordert hatte.

VII.

Ein Anspruch auf Erstattung der Rechtsanwaltskosten nach Maßgabe der Nr. 2400 VV-RVG wegen der Anfertigung eines außergerichtlichen Aufforderungsschreibens des Prozessbevollmächtigten der Klägerin besteht hingegen nicht.

Es besteht kein ersatzfähiger Schaden. Ein solcher kann erst *nach* Verzugseintritt entstehen und damit grundsätzlich die Kosten für Rechtsverfolgungsmaßnahmen im Wege des Schadensersatzes erstattet verlangt werden. Dabei sind nur solche Kosten erstattungsfähig, die aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte sowohl zweckmäßig als auch erforderlich sind (BGH Z 127,348 (349)). Vorliegend begründete das Aufforderungsschreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 15.12.2010 aber gerade erst den Verzugseintritt, so dass dieses nicht unter die Voraussetzungen fällt, nach denen ein ersatzfähiger Schaden gegen den Beklagte entstanden ist.

VIII.

Die Drittwiderklage der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.

Wie der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung vom 13.06.2008 - V ZR 114/07 - in einem dem hiesigen Sachverhalt vergleichbaren Fall entschieden hat, sind Drittwiderklagen gegen den Zedenten dann zulässig, wenn der mit der Widerklage verfolgte Anspruch sich auf den mit der Klage verfolgten Anspruch bezieht (BGH a. a. O. Tz. 24 - zitiert nach Juris). Die Aufspaltung in zwei Prozesse, nämlich einmal den der Klägerin gegen die Beklagte auf Schadensersatz und den der Beklagten gegen den Drittwiderbeklagten auf negative Feststellung, dass diesem keine Ansprüche zustehen, brächte prozessökonomisch keine Vorteile, sondern nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nur Mehrbelastungen und zudem das Risiko einander widersprechender gerichtlicher Entscheidungen (BGH a. a. O., Tz. 28).

Für solche Drittwiderklagen ist auch das Feststellungsinteresse in dem Fall zu bejahen, dass sich der Drittwiderbeklagte nach der Abtretung keiner eigenen Ansprüche mehr berührt (so BGH a. a. O., Tz. 31).

Streitgegenstand der Drittwiderklage ist aber die Behauptung der Beklagten, dass dem Drittwiderbeklagten vor der Abtretung bereits keine eigenen Schadensersatzansprüche zugestanden hätten. Aus den vorstehenden Ausführungen der Kammer zur Klage ergibt sich aber gerade, dass zu Gunsten des Drittwiderbeklagten solche Ansprüche bestanden, weshalb die Drittwiderklage abzuweisen war.

IX.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 101 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in § 709 Satz 1 ZPO.

X.

Zwingende Gründe, die mündliche Verhandlung im Sinne des § 156 Abs. 2 ZPO aufgrund des nicht nachgelassenen Schriftsatzes der Beklagten vom 16.11.2011 wiederzueröffnen, liegen nicht vor. Ein Grund, dies im Sinne des § 156 Abs. 1 ZPO zu tun, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Dr. Rass