



Landgericht Göttingen
Geschäfts-Nr.:
9 O 247/11

Abschrift

Verkündet am: 28. Februar 2012

(Otto) Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In dem Rechtsstreit



der Frau

Klägerin

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanw. Dr. Schulze, Dr. Wilhelm und Finster,
Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 872/09MS05

gegen

Volksbank Einbeck eG, vertreten durch den Vorstand Helmut Schlüter, Erhard Schrad,
Dr. Friedrich-Uhde-Straße 14/16, 37574 Einbeck,

Beklagte

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanw. GenoRechtAnwälte, Hannoversche Straße 149,
30627 Hannover,
Geschäftszeichen: 3091/09KS32-fec

1. Firma DG Anlage Gesellschaft mbH vertr. d. d. Geschäftsführer Dr. Christoph von
Carlowitz, Martin Fräsdorf u. Karl-Heinz Schneider, Hahnstraße 31-35,
60528 Frankfurt/M.,

2. Firma DZ BANK AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank vertr. d. d. Vorstand,
dieser vertr. d. d. Vorstandsvorsitzenden Wolfgang Kirsch, Platz der Republik,
60325 Frankfurt am Main,

Streitverkündete

Prozessbevollmächtigte zu 1, 2: Rechtsanw. White & Case LLP,
Bockenheimer Landstraße 20, 60313 Frankfurt/M.,
Geschäftszeichen: 7199989-9999.MUL.sog

hat die 9. Zivilkammer des Landgerichts Göttingen auf die mündliche Verhandlung vom
24.01.2012 durch die Richterin am Landgericht Schneidewind als Einzelrichterin

für **R e c h t** erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 117.843,96 € zuzüglich Zinsen
hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem

08.02.2011 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der am 25.10.1994 gezeichneten treuhänderisch gehaltenen Beteiligung an der DG Immobilien-Anlage Nr. 34 mit der Stammnummer 34.0 .

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung der Rechte aus der am 25.10.1994 gezeichneten treuhänderisch gehaltenen Beteiligung an der DG Immobilien-Anlage Nr. 34 mit der Stammnummer 34.0 in Verzug befindet.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils vollstreckbaren Betrages.

Tatbestand

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Bank Schadenersatzansprüche aus abgetretenem Recht wegen behaupteter fehlerhafter Anlageberatung geltend.

Der Vater der Klägerin (Zedent), der _____, zeichnete am 25.10.1994 auf eine Empfehlung eines Mitarbeiters der Beklagten eine treuhänderisch für ihn durch die DG Bank Deutsche Genossenschaftsbank gehaltene Kommanditbeteiligung in Höhe von 200.000 DM nebst 5% Agio an dem geschlossenen Immobilienfonds DG-Immobilien-Anlage Nr. 34 „Berlin, Darmstadt, Frankfurt“ Schütze & Dr. Neumann KG. Wegen der Einzelheiten wird auf den Zeichnungsschein verwiesen sowie auf den Prospekt (Anlage K 2, S 13). Der Inhalt des Gesprächs ist zwischen den Parteien streitig. Zur Finanzierung der Beteiligung nahm der Zedent bei der Beklagten ein Darlehen in Höhe von 210.000 DM auf (Anlage K 4). Die Beklagte erhielt für die Vermittlung der Beteiligung das von dem Zedent an die Fondsgesellschaft gezahlte Agio von 5%. Hierüber wurde der Zedent von dem Mitarbeiter der Beklagten nicht mündlich aufgeklärt.

Der Zedent löste den Darlehensvertrag am 18.11.1996 ab.

Mit der im Januar 2011 eingegangenen Klage verlangt die Klägerin die Zahlung der von dem Zedenten an die Beklagte geleisteten Beträge abzüglich der Ausschüttungen, nebst Zinsen als entgangenen Gewinn aus einer Alternativanlage, den sie mit 4% pro Jahr berechnet und hierfür einen Betrag von 66.010,26 € ansetzt. Insgesamt begehrt die Klägerin 119.344,30 €, Zug-um-Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung.

Die Klägerin behauptet,

dass der Zedent nicht über die Risiken eines geschlossenen Fonds mit der Gefahr eines Totalverlusts aufgeklärt worden sei. Der Zedent sei auch nicht darüber informiert worden, dass die Beklagte das Agio als Rückvergütung erhalte und insgesamt eine Vergütung in Höhe von mindestens 8% der Beteiligungssumme erhalten habe. Bei richtiger Beratung hätte der Zedent von der Zeichnung der Anlage Abstand genommen.

Die Klägerin beantragt,

1. *die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 119.344,30 € nebst 5%-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen Zug um Zug gegen Übertragung des Anteils am DG-Immobilienfonds Nr. 34, Stammnummer 34.0: _____ ;*

2. festzustellen, dass die Beklagte sich in Annahmeverzug befindet,
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.237,56 € nebst 5%-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten und die Streitverkündeten beantragen,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte bestreitet, dass der Anleger mögliche Schadenersatzansprüche an die Klägerin abgetreten hat. Sie bestreitet zudem die Schadenshöhe und vertritt die Rechtsauffassung, dass die Klägerin sich Steuervorteile des Anlegers anrechnen lassen müsse.

Bezogen auf das Gespräch vor Zeichnung der streitgegenständlichen Beteiligung behauptet die Beklagte, dass es dem Anleger nicht um eine sichere Anlage zur Altersvorsorge gegangen sei, sondern der Erwerb der Beteiligung der Steueroptimierung gedient habe und dieser daneben auch eine gute Rendite habe erzielen wollen. Darüber hinaus sei der Anleger auf Grundlage des rechtzeitig übergebenen Prospekts hinreichend aufgeklärt worden, insbesondere auch über Provisionen, welche in dem Prospekt ordnungsgemäß ausgewiesen seien. Bezogen auf ihre Verpflichtung zur Aufklärung über Rückvergütungen beruft die Beklagte sich hilfsweise auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum.

Die Beklagte und die Streitverkündeten haben die Einrede der Verjährung erhoben.

Die Streitverkündeten haben den Inhalt des Beratungsgesprächs mit Nichtwissen bestritten und vertreten wie die Beklagte die Auffassung, dass sich die Vermittlungskosten hinreichend aus dem Prospekt ergeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist überwiegend begründet.

A.

I. Der Klägerin stehen wegen der Verletzung der Pflichten aus einem Beratungsvertrag gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche aus abgetretenem Recht aus § 280 Abs. 1 BGB zu. Aufgrund dessen hat die Klägerin Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als hätte sie die streitbefangene Anlage nicht gezeichnet.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

1.) Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Ausweislich der als Anlage zum Schriftsatz vom 09.05.2011 vorgelegten Abtretungserklärung hat der Heinz Henkel der Klägerin im Oktober 2010 die ihm aus der streitgegenständlichen Beteiligung gegen die Beklagte zustehenden Schadenersatzansprüche abgetreten.

2.) Bereits auf Basis des unstreitigen Sachverhalts der Parteien steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass zwischen dem Zedenten und dem Mitarbeiter der Beklagten im Zusammenhang mit der streitbefangenen Anlageentscheidung stillschweigend ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist.

Bei der Anlageberatung zieht der Kapitalanleger einen unabhängigen individuellen Berater hinzu, weil er selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und erst Recht keinen genügenden Überblick über die wirtschaftlichen Zusammenhänge hat. Vom Anlageberater, dem der Anleger weitreichendes persönliches Vertrauen entgegenbringt, erwartet der Anleger nicht nur Informationen über Tatsachen, sondern insbesondere deren fachkundige Bewertung und Beurteilung unter Berücksichtigung seiner persönlichen Verhältnisse. Bei der Anlagenvermittlung hingegen werden regelmäßig nur Auskünfte erwartet, wobei der werbende und anpreisende Charakter der Informationen sowie der geringere Erwartungshorizont des Anlageinteressenten zu berücksichtigen sind (vgl. im Einzelnen Heimann/Edelmann in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Auflage 2007, § 4 Randnummern 2ff.). Unstreitig ist hier, dass der streitgegenständliche Fonds durch den Mitarbeiter der Beklagten ins Gespräch gebracht worden ist. Es spricht daher alles dafür, dass vorliegend nicht nur eine anpreisende Information sondern eine echte Beratung - für die Beklagte bzw. deren Mitarbeiter erkennbar - erwartet wurde und

aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts auch durchgeführt wurde. (vgl. BGHZ 123, 126, 128 und BGH, Urteil vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851, Tz. 10, jeweils m.w.N.).

3.) Die aus diesem Beratungsvertrag herrührenden Pflichten hat der Mitarbeiter der Beklagten - dieser nach § 278 BGB zurechenbar - verletzt, denn der Zedent ist nicht über die an die Beklagte fließende Rückvergütung aufgeklärt worden.

Bei der Vergütung, die die Beklagte erhalten hat, nämlich das Agio von 5%, handelt es sich um eine aufklärungspflichtige Rückvergütung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2011, Az.: XI ZR 50/11).

Nach dieser Rechtsprechung ist eine Bank aus dem Beratungsvertrag verpflichtet, über an sie fließende Rückvergütungen aus Vertriebsprovisionen aufzuklären (vgl. BGH, Ur. v. 19.12.2006 - XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 22 f.; BGH, Beschl. v. 20.01.2009 - XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 12 f., Beschl. v. 9.03.2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 20). Aufklärungspflichtige Rückvergütungen sind - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die im Gegensatz zu Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie zum Beispiel Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, so dass beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen kann, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt, so dass der Anleger das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen kann (BGH, Ur. v. 19.12.2006, Az.: XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226 Rn. 23; BGH, Beschl. v. 20.01.2009, Az.: XI ZR 510/07, WM 2009, 405 Rn. 12 f., BGH, Beschl. v. 9.03.2011, Az.: XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 25). So liegt der Fall hier. Die Beklagte hat zugestanden, dass ihr die Vergütung aus dem offen ausgewiesenen Agio zugeflossen ist. Das Agio war indes vom Zedenten an die Fondsgesellschaft zu zahlen. Dass im Fondsprospekt darauf hingewiesen wird, dass das Agio der Fondsgesellschaft zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung steht (vgl. S. 19 des Prospekts, dort Fußnote 1), lässt nicht mit der gebotenen Klarheit erkennen, dass und in welcher Höhe die dort namentlich nicht genannte Beklagte an dem Agio teilhaben würde. Selbst wenn man der Textstelle des Prospekts entnehmen könnte, dass auch die Beklagte einen Teil des Agios erhalten sollte, so enthält der Prospekt jedenfalls nicht die - notwendige - Information, in welcher Höhe Rückvergütungen an die Beklagte geflossen sind (vgl. BGH, Beschl. v. 9.03.2011 - XI ZR

191/10, WM 2011, 925 Rn. 27; vgl. auch OLG Braunschweig, Urt. v. 28.06.2011, Az.: 7 U 58/09, dort S. 22, 2. Absatz; vgl. OLG Braunschweig, Beschl. v. 10.08.2011, Az.: 1 U 56/10, dort S. 6 u. 7).

Unstreitig ist eine mündliche Aufklärung hierüber durch den Berater der Beklagten nicht erfolgt, vielmehr hat sich die Beklagte insoweit darauf berufen, dass die Provision in dem rechtzeitig übergebenen Prospekt ordnungsgemäß ausgewiesen sei. Dies ist jedoch nicht der Fall.

4.) Die nach alledem vorliegende Pflichtverletzung erfolgte auch schuldhaft.

Die Beklagte handelte zumindest fahrlässig, weil sie hätte erkennen können, dass durch die umsatzabhängige Provision ein Interessenkonflikt besteht, über den aufgeklärt werden musste. Gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird das Verschulden vermutet. Daher obliegt dem Aufklärungspflichtigen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er die Pflichtverletzung nicht schuldhaft begangen hat (BGH WM 2009, 1274 ff.).

Die Beklagte kann sich insoweit nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen.

Eine Bank, die einen Kunden im Rahmen der Anlageberatung nicht auf an sie zurückgeflossene Rückvergütungen hinweist, kann sich jedenfalls für die Zeit nach 1990 nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über das Bestehen und Umfang einer entsprechenden Aufklärungspflicht berufen (vgl. BGH, Beschl. v. 29.06.2010, Az.: XI ZR 308/09).

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 08.12.2011, 1 BvR 2514/11).

5.) Die Aufklärungspflichtverletzung war auch ursächlich für die Anlageentscheidung. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Zedent bei ordnungsgemäßer Aufklärung dennoch für die Anlage entschieden hätte. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung spricht bei Fehlern der Aufklärung über Innenprovisionen eine auf die Lebenserfahrung gegründete tatsächliche Vermutung dafür, dass sich der Anleger bei einer Aufdeckung der Gesamthöhe der Provisionen gegen die Anlage entschieden hätte (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 685 [688] Rdnrn. 24, 28). Diese Vermutung müsste die Beklagte durch konkreten, zu beweisenden Vortrag entkräften (so ausdrücklich BGH NJW-RR 2007, 925 ff.). Die Beklagte hat die Kausalitätsvermutung nicht widerlegt.

Ohne Erfolg bleibt in diesem Zusammenhang der Einwand der Streitverkündeten, die Kausalitätsvermutung finde keine Anwendung, weil es auch Sicht des Anlegers mehrere Möglichkeiten aufklärungsrichtigen Verhaltens gegeben habe bzw. diesem mehrere Handlungsmöglichkeiten als die Abstandnahme von der Anlage zur Verfügung gestanden hätten. Die Streitverkündete hat die von ihr dargestellten als theoretisch denkbaren Handlungsalternativen bereits nicht in einen konkreten Bezug zu dem Kläger gestellt. Im Übrigen spricht die Lebenserfahrung dafür, dass ein Anleger, der weiß, dass eine Anlageempfehlung auf dem eigenen Provisionsinteresse der beratenden Bank beruht, diese Empfehlung typischerweise kritischer würdigen wird, als wenn ihm dies verborgen bleibt und er annehmen darf, die Bank orientiere sich in erster Linie an seinen persönlichen Interessen (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 16.03.2011, Az.: 19 U 126/10). Selbst wenn der Kunde davon ausgeht, dass die Bank eine Provision erhält, muss er deren Größenordnung wissen, um beurteilen zu können, ob ihm der Fonds aus objektiven Gründen empfohlen wird, oder ob die Bank in erster Linie „gewinnorientiert“ berät (OLG München, Urt. v. 15.11.2010, Az.: 17 U 3102/10).

Darüber hinaus steht der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht entgegen, dass den Zedenten beim Beitritt zum Fonds auch andere Motive -etwa steuerliche Effekte- geleitet haben mögen. Es sind auch keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Höhe der an die Beklagte fließenden Provision für die Anlageentscheidung irrelevant gewesen wäre. Dieser Umstand war zumindest mitursächlich, was ausreichend ist. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Vertriebsprovision –wie die Streitverkündeten behaupten- für wertbildende Eigenschaften der Anlage und ihre Rentabilität nicht relevant gewesen seien. Denn die Aufklärung über die der Bank zugute kommenden Rückvergütungen dient demgegenüber nicht der Information über die Werthaltigkeit oder die Renditechancen der Anlage, sondern der Offenlegung eines Interessenkonflikts der beratenden Bank. Selbst wenn die Behauptungen der Beklagten insoweit zuträfen, ließe das keine Rückschlüsse darauf zu, wie sich der Zedent auf die Offenlegung des durch den Erhalt der Rückvergütungen begründeten Interessenkonflikts der Beklagten hin verhalten hätte.

6.) Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte ist nicht verjährt.

Die Klägerin macht mit der Klage keine Ansprüche aus Prospekthaftung im engeren Sinne gegen den/die Herausgeber des Prospekts geltend, auf die Übergabe des Prospekts im Rahmen der Zeichnung ist daher nicht abzustellen. Vorliegend kommt es für den Beginn

der Verjährungsfrist vielmehr auf die Kenntniserlangung von den hier anspruchsbegründenden Umständen an. Insoweit fehlt es bereits an hinreichend substantiiertem Sachvortrag zu der erhobenen Einrede der Verjährung. Bezogen auf die maßgebliche Pflichtverletzung finden sich bereits keine konkreten Darlegungen, woraus sich die Kenntniserlangung ergeben soll. Es ergibt sich aus dem Prospekt kein zutreffendes Bild über an die Beklagte geflossene Rückvergütung. Ausgehend von der Prospektübergabe konnte der Zedent daher keine Kenntnis hiervon haben, da er hierüber gerade nicht unterrichtet wurde. Es liegt auch kein Fall der Verwirkung –insbesondere unter Bezug auf das Umstandsmoment- vor.

7.) Nach alledem haftet die Beklagte aus §§ 280 Abs. 1, 278 BGB auf Schadensersatz. Die Klägerin kann hierbei das sog. negative Interesse geltend machen, sie ist mithin so zu stellen, als ob sie die streitgegenständliche Beteiligung nicht gezeichnet hätte.

Von der Schadensersatzleistung sind im konkreten Fall keine Steuervorteile abzuziehen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 01.03.2011, Az.: XI ZR 96/09, WM 2011, 740, Rn. 8 ff; Urt. v. 15.07.2010, Az.: III ZR 336/08, BGHZ 186, 205, Rn. 36 ff) sind Steuervorteile nicht anzurechnen, wenn die Rückabwicklung des Kapitalanlageerwerbs (hier: die Verurteilung der Beklagten zum Ersatz des negativen Schadens) zu einem Zufluss beim Anleger und damit verbunden zu einer Besteuerung führt, die dem geschädigten Anleger die erzielten Steuervorteile wieder nimmt. Eine Anrechnung von Steuervorteilen kommt nur dann in Betracht, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass trotz der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben; die Darlegungs- und Beweislast hierfür trifft die Beklagten (BGH, Urt. v. 31.05.2010, Az.: II ZR 30/09, WM 2010, 1310 = NJW 2010, 2506, Rn. 26).

Der hier ausgeurteilte Rückfluss der Beteiligungssumme ist als steuerpflichtige Rückerstattung von Werbungskosten zu qualifizieren.

Die von dem Zedenten erzielten Steuervorteile resultieren unstreitig aus geltend gemachten Verlusten für Vermietung und Verpachtung, also aus Werbungskosten (vgl. Anlage S 45 ff.). Steuervorteile, die sich wie hier zunächst aus Werbungskosten ergeben haben, werden jedoch bei einer Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes (wie hier) im Veranlagungszeitraum ihres Zuflusses (§ 11 Abs. 1 EStG) als Einkünfte in derjenigen Einkommensart qualifiziert, also der Steuer unterworfen, in der sie zuvor geltend gemacht wurden (BGH, Urt. v. 01.03.2011, Az.: XI ZR 96/09; vgl. auch OLG

München, Urt. v. 28.10.2011, Az.: 5 U 5544/10; OLG München, Urt. v. 12.09.2011, Az.: 19 U 28/11).

Zwar hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs früher die Auffassung vertreten, Beträge, die der Anleger für den Erwerb einer Beteiligung (dort wie hier: an einer Immobilienfonds-KG) aufgewendet hat, seien in steuerlicher Hinsicht als Anschaffungskosten, nicht als Werbungskosten anzusehen (BGH, VUrt. v. 06.02.2006, Az.: II ZR 329/04, WM 2006, 905 = NJW 2006, 2042, Rn. 19). An dieser Rechtsprechung hält der II. Zivilsenat aber nicht mehr fest. Dies ergibt sich daraus, dass er in dem Urteil vom 31.05.2010 (Az.: II ZR 30/09, WM 2010, 1310 = NJW 2010, 2506), dem gleichfalls eine Beteiligung an einer Immobilienfonds-KG zugrunde lag (Rn. 1), ohne weiteres von der Steuerpflichtigkeit des zufließenden Schadensersatzbetrages ausgeht (Rn. 24) und im Folgenden lediglich die Voraussetzungen der Anrechenbarkeit erörtert (Rn. 25 f).

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Zedent nicht - als unmittelbarer Eigentümer - Immobilieneigentum erworben hat, sondern einem in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft organisierten Immobilienfonds beigetreten sind (zur Bejahung der Qualifikation der Einkünfte einer Fonds-KG als solche aus Vermietung und Verpachtung siehe BGH, Urt. v. 7.11.2005, Az.: III ZR 350/04, WM 2006, 174, Rn. 10). Daher sind die vom BGH entwickelten Grundsätze über die Besteuerung der Schadensersatzleistung bei Rückabwicklung eines Immobilienerwerbs (Urt. v. 01.03.2011, a.a.O.) auch bei Rückabwicklung des Erwerbs einer treuhänderischen Beteiligung an einem Immobilienfonds anzuwenden (OLG Hamm, Urt. v. 14.10.2009, Az.: 8 U 12/09, DStR 2010, 182, Rn. 34 f).

Die Klägerin wird daher die ihr hier zugesprochene Urteilssumme, so sie ihr tatsächlich zufließt, gegenüber dem Finanzamt als Einkünfte zu erklären und zu versteuern haben.

Dass es zu besonderen, dauerhaft verbleibenden Steuervorteilen gekommen ist, hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht schlüssig behauptet. Sie hat insbesondere keine Umstände darlegt, auf deren Grundlage anzunehmen wäre, dass der Klägerin auch nach Anrechnung der aus der Ersatzleistung resultierenden Steuerlast außergewöhnliche Steuervorteile verbleiben.

II.

Die Klage ist auch der Höhe nach weitgehend begründet.

Es gilt Folgendes:

1.) Die Klägerin kann zunächst die für den Erwerb der Fondsbeteiligung aufgewendeten Gelder ersetzt verlangen, jedoch nur in Höhe von 117.843,96 € (121.934,30 €- 4.090,34 €).

Die Klägerin kann von der Beklagten die von ihr geleisteten Tilgungszahlungen ersetzt verlangen. Diese sind von der Beklagten nicht qualifiziert bestritten worden. Insoweit erscheint bereits fraglich, ob die Beklagte den Empfang der Tilgungszahlungen und die Rückführung des Darlehens überhaupt bestreiten will, da sie selbst mit Schriftsatz vom 11.07.2011 vorgetragen hat, dass das Darlehen im November 1996 vollständig zurückgezahlt worden sei.

Ersatz für geleistete Zinszahlungen kann die Klägerin hingegen nur in Höhe von 14.563,00 € mit Erfolg geltend machen. Bezogen auf die geleisteten Zinszahlungen hat die Beklagte diese in dem genannten Schriftsatz im Einzelnen für die jeweiligen Jahre aufgeschlüsselt und mit einer Gesamtsumme von 14.563,00 € beziffert. Diese konkretisierte Darstellung ist von der Klägerin nicht bestritten worden.

Danach war der Berechnung für die für den Erwerb der Fondsbeteiligung aufgewendeten Gelder ein Betrag von 210.000 DM = 107.371,30 € + 14.563,00 € zugrunde zu legen.

Hiervon abzuziehen waren die von der Klägerin angesetzten Ausschüttungen in Höhe von 4.090,34 €. Ausweislich der Anlagen S 39, S 40, S 41 erfolgte lediglich in den Wirtschaftsjahren 1998 und 1999 eine Ausschüttung in Höhe von 2% der Beteiligungssumme. Unter Zugrundelegung der in den Anlagen S 45 ersichtlich Beteiligungssumme von 102.258,38 € ergibt dies eine Ausschüttung von 2.045,17 €, mithin insgesamt 4090,34 €. Anhaltspunkte für weitere Ausschüttungen sind auf der Grundlage der vorgelegten Rechenschaftsberichte und Veranlagungsfeststellungen nicht ersichtlich. Derartige Anhaltspunkte hat die für eine Vorteilsanrechnung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte, bei der ausweislich der Anlage K 2 auf ein bei ihr geführtes Konten die Verbuchung der Ausschüttungen erfolgte, auch nicht dargetan.

2.) Darüber hinaus steht der Klägerin kein Anspruch auf entgangenen Gewinn zu. Hierauf weist das Gericht, da die Klägerin die Zuerkennung eines solchen bereits nicht beantragt hat, hierzu jedoch in der Klageschrift vorgetragen hat, lediglich klarstellend hin.

Denn sie hat nicht schlüssig dargelegt, dass der Zedent ohne die streitgegenständliche Fondsbeteiligung einen Gewinn im Umfang einer jährlichen Verzinsung des Beteiligungsbetrages von mindestens 4 % erzielt hätte. Nach § 252 Satz 2 BGB gilt der

Gewinn als entgangen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Nach der Rechtsprechung des BGH ist einem Kapitalanleger, der durch schuldhaft unrichtige Angaben bewogen wurde, einer Publikumsgesellschaft beizutreten, nicht nur seine Einlage, sondern auch der Schaden zu ersetzen, der sich typischerweise daraus ergibt, dass Eigenkapital in solcher Höhe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt geblieben, sondern zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre (BGH, NJW 1992, 1223). Ein solcher Schaden ist der Klägerin bereits deshalb nicht zu ersetzen, weil der Zedent die Beteiligung durch ein Darlehen finanziert hat, dessen Zinsen ihm als Schaden zu ersetzen sind, sodass daher von „gebundenem Eigenkapital“ von vorneherein keine Rede sein kann.

3.) Ab Rechtshängigkeit stehen der Klägerin die geltend gemachten Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 117.843,96 € aus den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB zu. Die Zinspflicht nach § 291 BGB ist eine materiellrechtliche Folge der Rechtshängigkeit und setzt lediglich die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des Leistungsbegehrens voraus (Palandt/Grüneberg, BGB, § 291 Rn. 5). Die Zug-um-Zug Verurteilung steht dem nicht entgegen (Palandt/Grüneberg BGB, § 291 Rn. 6 m. w. N. und BGH, Urteil vom 21.10.2004, Az.: III ZR 323/03).

4.) Die Klägerin hat daneben als Nebenforderung jedoch keinen Anspruch auf Erstattung nicht anrechenbarer außergerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren. Es ist seitens der Klägerin bereits nicht hinreichend vorgetragen, dass und welcher Prozessbevollmächtigte -Rechtsanwälte Hahn oder der im hiesigen Verfahren beauftragte Prozessbevollmächtigte eine ersatzfähige außergerichtliche Tätigkeit erbracht hat. Insbesondere sind die Voraussetzungen eines Ersatzes dieser Gebühren als Verzugsschaden nicht dargetan (§§ 280, 286 BGB). Hinzu kommt, dass die Voraussetzungen eines Zahlungsanspruches nicht dargelegt sind, denn die Klägerin hat schon nicht angegeben, dass die anwaltlichen Gebühren (und an wen) von ihr tatsächlich auch gezahlt worden sind.

5.) Im Rahmen der Vorteilsausgleichung stehen der Klägerin die oben unter 1.) und 3.) aufgeführten Ansprüche nur Zug-um-Zug gegen die Übertragung der Rechte aus der streitbefangenen Beteiligung zu. Sonst wäre die Klägerin besser gestellt, als ohne deren Zeichnung. Eine Zug-um-Zug Verurteilung gegen Übertragung der Beteiligung selbst kommt nicht in Betracht, da sich der Zedent nur mittelbar und damit wirtschaftlich an dem

streitgegenständlichen Fonds beteiligt hat, also selbst keinen Kommanditanteil hält. Eine unmittelbare Beteiligung liegt durch die Treuhandgesellschaft vor.

6.) Ebenso war festzustellen, dass sich die Beklagte insoweit in Annahmeverzug befindet, da die Klägerin die im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu übertragenden Rechte ordnungsgemäß angeboten hat.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs.2 Nr.1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

Schneidewind