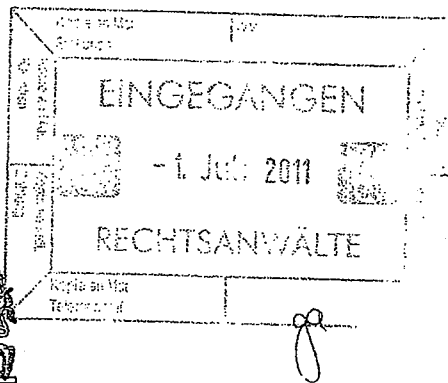


Abschrift

Landgericht München II

Az.: 11 O 6678/10 Fin



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **RSCW Rechtsanwälte**, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt, Gz.: 10/10868

gegen

Raiffeisen/Volksbank Ebersberg eG, vertreten durch d. Vorstand Wolfgang Binder,
Marktplatz 1, 85567 Grafing, Gz.: BLZ 70169384 KTO 153931

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Geno Recht Roland Mayer**, Amalienstraße 9 b -11, 80333 München, Gz.:
54-11-os-sk

Streithelferin:

DZ Bank AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank, Frankfurt am Main, vertreten durch
d. Vorstand, Platz der Republik, 60265 Frankfurt

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **White & Case LLP**, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt, Gz.:
DZB.F110554.MUL.mnp 7199989.9999

wegen Schadensersatz

erlässt das Landgericht München II -11. Zivilkammer- durch den Vorsitzenden Richter am
Landgericht Weickert, den Richter am Landgericht Stadler und den Richter Dr. Thoma am
08.06.2011 auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 08.06.2011 folgendes

Endurteil

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 80.528,47 nebst Zinsen hieraus in
Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.12.2010 zu

zahlen Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 30, Stammnr. 30.0

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 30 Stammnr. 30.0 in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von EUR 1.999,32 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.12.2010 zu zahlen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger $\frac{1}{4}$, die Beklagte $\frac{3}{4}$. Von den Kosten der Nebenintervention trägt der Kläger $\frac{1}{4}$, die übrigen Kosten der Nebenintervention trägt die Nebenintervenientin selbst.
6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags.

Tatbestand

Der Kläger begehrt Schadensersatz aus abgetretenem Recht aus Aufklärungspflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb zweier Immobilienfonds.

Der damalige, inzwischen geschiedene Ehemann der Zeugin Herr , erwarb im Dezember 1990 über den Zeugen Preis, Mitarbeiter der Beklagten, eine Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 26 (im Folgenden: „DGI 26“) im Nominalwert von DM 40.000,- zuzüglich eines Agios von 5% (= DM 2.000,-); mit dem Zeichnungsschein oder vorher wurde der Prospekt übergeben. Die DG-Anlage GmbH nahm die Zeichnung am 14.12.1990 an.

Die Zeugin (im Folgenden: die „Zedentin“) erwarb am 30.09.1992 über den Zeugen Preis, Mitarbeiter der Beklagten, eine Beteiligung an der

DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 30 (im Folgenden: „DGI 30“) im Nominalbetrag von DM 150.000,- zuzüglich 5% Agio (= DM 7.500,-); mit dem Zeichnungsschein oder vorher wurde der Prospekt übergeben. Die Zeichnung wurde am 28.12.1992 angenommen. Bei dem Verkaufsgespräch wies der Zeuge Preis die Zedentin nicht darauf hin, dass die Beklagte überhaupt eine Provision für die Vermittlung bekommt; die Höhe der Provision wurde ebenfalls nicht erwähnt.

Die Zedentin war zum damaligen Zeitpunkt selbständige Steuerberaterin mit einer eigenen Kanzlei. 1997 vermittelte die Zedentin eine Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds der Landesbank Berlin. Dabei erhielt die Zedentin eine Provision.

In den jeweils übergebenen Prospekten für die Fonds DGI 26 und DGI 30 findet sich kein Hinweis zur Höhe der an die Beklagte geflossenen Rückvergütungen bzw. Provisionen; es findet sich auch kein Hinweis darauf, dass die Beklagte überhaupt eine Provision erhalten hat. Aus den Prospekten ist nur ersichtlich, dass das Agio von 5% zur Abdeckung von Eigenkapitalbeschaffungskosten verwendet wird. Die Eigenkapitalvermittlungskosten sind der Höhe nach angegeben; Agio und Eigenkapitalvermittlungsprovision wurden zunächst an die Fonds-Vertriebsgesellschaft, die DG-Anlage GmbH, gezahlt, welche wiederum Vertriebsprovisionen an Anlagevermittler und -berater bezahlte.

Am 23.11.2000 wurde im Treuhänderregister der DGI 26 der bisherige Treugeber Günter Sternkopf durch die Zedentin als Treugeberin ersetzt.

Die vom Ex-Ehemann der Zedentin bzw. der Zedentin erworbenen Fonds DGI 26 und DGI 30 gehören zur Gruppe der „DG Fonds“, die von der DG-Anlage GmbH aufgelegt und vertrieben wurden. Die DG-Fonds sind geschlossene Immobilienfonds, bei denen die Anleger zum einen Ausschüttungen, zum anderen steuerwirksame Verlustzuweisungen erhalten sollen.

Die gezeichneten Fonds DGI 26 und DGI 30 entwickelten sich nicht wie prospektiert; der Fonds DGI 26 schüttete von 1990 bis 1997 insgesamt nur DM 11.200,- aus, der Fonds DGI 30 hat seit 1992 überhaupt keine Ausschüttungen getätigt. Die Anleger, auch die Zedentin, wurden durch die Übersendung jährlicher Rechenschaftsberichte über die Entwicklung der Fonds informiert. Im September 2000 wurden die Anleger informiert, dass es bei dem Fonds DGI 26 große Probleme gab. Für den Fonds DGI 30 ergab sich schon aus dem Rechenschaftsbericht für 1994 die

wirtschaftliche Schieflage.

Mit Schreiben vom 08.12.2010 forderte der Klägervertreter im Auftrag des Klägers von der Beklagten Schadensersatz unter Fristsetzung bis zum 15.12.2010; dabei wurde der Beklagten auch die Rückgabe der beiden Fonds angeboten.

Der Kläger behauptet, die Zedentin habe bei ihrer Anlage Kapitalerhalt und eine moderate, aber gesicherte Rente gewünscht. Es habe deshalb Beratungsgespräche mit der Beklagten gegeben. Die Zeichnung der Anlage DGI 30 sei aufgrund eines Beratungsvertrags mit der Beklagten zustande gekommen. Der Anlageberatungsvertrag sei mindestens dadurch stillschweigend zustande gekommen, dass der Anleger an die Bank wegen einer Geldanlage herangetreten sein und die Bank dann eine Anlage empfohlen habe. Die Zedentin bzw. ihr Ex-Ehemann seien nichts bereits von Anfang an zur Zeichnung der streitgegenständlichen Fonds entschlossen gewesen. Aus dem Beschluss des BGH vom 09.03.2011, XI ZR 191/10 ergebe sich, dass der Erwerb geschlossener Immobilienfonds immer auf einem Anlageberatungsvertrag beruhe.

Der Berater der Beklagten habe ihr die Anlage DGI 30 empfohlen. Der Berater habe behauptet, dass dieses Produkt ein Höchstmaß an Sicherheit, auch für die Altersvorsorge, biete und auch zur Steuerersparnis diene. Der Berater habe gesagt, dass die Beteiligung jederzeit veräußert werden könne, da es einen dafür eingerichteten Zweitmarkt gebe. Auf Risiken sei nicht hingewiesen worden. Die Zedentin sei nicht darauf hingewiesen worden, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung handele, der ein Totalverlustrisiko innewohne. Auch in den Prospekten werde nicht auf das Totalverlustrisiko hingewiesen. Ein Immobilienfonds dürfe von vornherein nicht als Altersvorsorgeprodukt angeboten werden. Einen funktionierenden Zweitmarkt für die Beteiligung habe es nicht gegeben, auf die eingeschränkte Fungibilität sei nicht hingewiesen worden.

Der Ex-Ehemann der Zedentin habe nie Vermittlungstätigkeiten übernommen oder selbständig Fonds-Anteile vertrieben. Auch die Zedentin habe nie erwogen, mit der Beklagten bei der Vermittlung von Beteiligungen generell oder speziell in Bezug auf den Fonds DGI 30 zusammen zu arbeiten.

Die Beklagte habe für die Vermittlung der Fonds DGI 26 und DGI 30 jeweils 8% der Beteiligungssummen als Rückvergütung erhalten. Aus dem Prospekt sei allenfalls erkennbar,

dass ca. 8% der Anlagesumme für Marketing und Eigenkapitalbeschaffung verwendet wurden, aber nicht, dass dieses Geld an die Beklagte geflossen sei. Die Beklagte tauche an keiner Stelle des Prospekts als Empfängerin irgendwelcher Zahlungen auf.

Die Beklagte habe die Zedentin nicht darüber aufgeklärt, dass Provisionen an sie geflossen seien, noch sei die Höhe derselben offen gelegt worden. Die Zedentin habe keine Kenntnis davon gehabt, dass an die Beklagte für die Vermittlung der Fonds Provisionen geflossen seien. Ein Bankkunde müsse auch nicht damit rechnen, dass die beratende Bank Provisionen erhalte. Dies sei mittlerweile durch das Urteil des BGH vom 03.03.2011, III ZR 170/10, bestätigt worden. Die Kenntnis der Höhe der Provision sei für den Kunden entscheidend, damit dieser einen potenziellen Interessenkonflikt der Bank abschätzen könne.

Die Bank müsse über alle ihr zufließenden Rückvergütungen aufklären, unabhängig von der Höhe. Vorliegend habe die Beklagte zweierlei Zahlungen erhalten, zum einen das Agio von 5%, zum anderen eine weitere Innenprovision in Höhe von 3% aus der Beteiligungssumme. Eine Aufklärungspflicht der Bank bestehe nicht nur bei Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen, sondern auch bei Innenprovisionen.

Wären die Zedentin bzw. ihr Ex-Ehemann bei der Beratung auf das Totalverlustrisiko, den nicht funktionierenden Zweitmarkt oder die Rückvergütungen hingewiesen worden, hätten sie nach ihrer Behauptung die Anlagen nicht gezeichnet. Für die Zedentin greife die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens.

Die Mitarbeiter der Beklagten hätten beim Vertrieb der DG-Fonds interne Beratermappen verwendet. Aus dieser Mappe ergebe sich, dass die DG-Fonds als wertgesicherte Altersvorsorge empfohlen werden sollten. Aus der Mappe sei des Weiteren ersichtlich, dass die DG-Fonds für die Beklagte hohe Provisionen brächten und die Beklagte deshalb einen hohen Anreiz zur Empfehlung dieser Fonds gehabt habe.

Der Ex-Ehemann der Zedentin, Herr Günter Sternkopf, habe der Zedentin im Rahmen einer Scheidungsauseinandersetzung sämtliche ihm zustehende Ansprüche aus der mittelbaren Beteiligung an der DGI 26 übertragen. Die Beteiligung sei „im Rahmen des vorgenommenen Zugewinnausgleichs im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auf die Zedentin übertragen“ worden. Insofern seien auch Schadensersatzansprüche des Ex-Ehemanns der Zedentin im

Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Zedentin übergegangen.

Die Zedentin wiederum habe ihre eigenen Schadensersatzansprüche und die von ihrem Ex-Ehemann erhaltenen Ansprüche an den Kläger abgetreten. Eine Abtretung der Ansprüche an einen Prozesskostenfinanzierer sei zwar erwogen worden, aber nicht zustande gekommen.

Die Ansprüche seien nicht verjährt, da die Zedentin erst nach Einschaltung des Klägervertreters am 22.11.2010 erfahren habe, dass die Beklagte eine Provision in Höhe von 8% kassiert habe. Bezüglich dieser Pflichtverletzung habe die kenntnisabhängige Verjährungsfrist daher erst Ende 2010 zu laufen begonnen. Auch verwirkt seien die Ansprüche nicht, da von der Beklagten kein Umstandsmoment vorgetragen sei; der Ablauf handelsrechtlicher Aufbewahrungsfristen reiche dafür nicht aus.

Der Zedentin sei ein Schaden von EUR 96.276,26 entstanden. Der Schaden ergebe sich aus den Einzahlungen in die Fonds in Höhe von DM 189.500,- abzüglich der Ausschüttungen in Höhe von DM 11.200,-. Steuervorteile müsse sich die Zedentin nicht anrechnen lassen, da diese nicht endgültig bei ihr verbleiben würden. Auch die Schadensersatzleistungen an den Kläger würden versteuert werden müssen, da die Einkünfte aus den Fonds gewerblicher Natur gewesen seien.

Die außergerichtlichen Anwaltskosten ergäben sich aus einer 1,5-Gebühr aus einem Gegenstandswert von EUR 96.276,26.

Der Kläger beantragt deshalb:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 96.276,26 nebst 5%-Punkte Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 16.12.2010 zu zahlen Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an den DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 26 Stammnummer 26.0 und DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 30 Stammnummer 30.0

2.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 26 Stammnummer

26.0. und DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 30 Stammnummer 30.0: in Annahmeverzug befindet.

3.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte den Kläger von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 26 Stammnummer 26.0: und an der DG-Immobilienanlage Nr. 30 Stammnummer 30.0: ihre Ursache haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten wegen Ausschüttungen erhoben werden können, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB.

4.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von EUR 2.440,69 nebst 5%-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 16.12.2010 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers. Der Ex-Ehemann der Zedentin habe dieser nur die Beteiligung an DGI 26 abgetreten, nicht aber etwaige Schadensersatzansprüche. Auch die Abtretung der Ansprüche der Zedentin aus den Fonds DGI 26 und DGI 30 an den Kläger sei nicht erfolgt. Die Beklagte bestreitet, dass ein Prozesskostenfinanzierungsvertrag zwischen der Zedentin und der SLB nicht zustande gekommen sei.

Schadensersatzansprüche bestünden auch dem Grunde nach nicht; die Zedentin bzw. ihr Ex-Ehemann seien ordnungsgemäß aufgeklärt worden.

Der Klägervortrag zu den Beratungsgesprächen sei unsubstantiiert; die Beratermappe sei erst am 04.09.1992 an die Beklagte verschickt worden und habe deshalb nicht als Grundlage für ein Beratungsgespräch 1990 dienen können. Die Mitarbeiter der Beklagten könnten sich an die Gespräche in den Jahren 1990 oder 1992 nicht mehr erinnern, die Aufbewahrungsfristen für die Unterlagen seien lange abgelaufen. Die Beklagte könne deshalb zu den Inhalten der Gespräche nicht substantiiert vortragen; das Zustandekommen eines Anlageberatungsvertrags wird

bestritten. Die Beklagte bestreitet, dass über das Verdienstinteresse der Beklagten gesprochen worden sei. Mangels Anlageberatungsvertrag habe über Rückvergütungen auch gar nicht aufgeklärt werden müssen; die Klagepartei habe sogar unstreitig gestellt, dass kein Anlageberatungsvertrag vorgelegen habe. Aus den Unterlagen ergebe sich nicht, dass eine Anlageberatung über die streitgegenständlichen Fonds stattgefunden habe. Die DG-Fonds seien jedenfalls nicht zur Altersvorsorge, sondern rein als Steuersparmodelle vertrieben worden. Für die Altersvorsorge habe die Beklagte andere Produkte angeboten.

Grundsätzlich seien vor jeder Anlageentscheidung mehrere Gespräche geführt und der Prospekt übergeben worden. Zwei bis drei Tage danach sei der Kunde nach seiner Entscheidung gefragt worden.

Aus einer Gesprächsdokumentation aus dem Jahr 2000 ergebe sich, dass die Zedentin damals als Anlegerin risikobereit und spekulativ eingestellt gewesen sei. Im Jahr 2000 habe die Zedentin zahlreiche riskante Anlagen gehabt, die alle nicht der Altersversorgung dienen konnten.

Es sei bei der Vermittlung des Fonds DGI 30 ausdrücklich über die Tatsache gesprochen worden, dass die Beklagte für die Vermittlung ein Entgelt vereinnahme. Die Beklagte, die Zedentin und deren Ex-Ehemann hätten im streitgegenständlichen Zeitraum (September 1992) erwogen, bei der Vermittlung von DG-Fonds und anderen Beteiligungen zusammen zu arbeiten. Die Zedentin habe als Steuerberaterin Mandanten gehabt, die an Steuersparfonds interessiert gewesen seien. Auch der Ex-Ehemann habe nebenberuflich diverse Kapitalanlagen vermittelt. Die Zedentin und ihr Ex-Ehemann hätten an den Provisionen der Beklagten beteiligt werden sollen, wobei die Höhe des Anteils der Zedentin vom Vertriebsvolumen abhängen sollte. Im Zuge dessen sei der Zedentin auch die Beratermappe ausgehändigt worden.

Außerdem habe die Beklagte keine aufklärungspflichtigen Rückvergütungen erhalten. Sie habe nur nicht-aufklärungspflichtige Innenprovisionen erhalten. Diese seien auch im Verkaufsprospekt ausgewiesen. Die Angabe „Eigenkapitalvermittlungskosten“ im Prospekt sei ausreichend um den Anleger darauf hinzuweisen, dass die Bank ein Entgelt erhalte. Das Verdienstinteresse der Beklagten sei auch offensichtlich; ein Anleger könne nicht erwarten, dass die Bank kostenlos eine Anlageberatung erbringe. Die streitgegenständlichen Fonds seien konzerninterne bzw. „hauseigene Fonds“ gewesen, so dass das Verdienstinteresse der Beklagten offensichtlich gewesen sei. Beim Vertrieb hausinterner Produkte müsse über das Verdienstinteresse der Bank

nicht aufgeklärt werden. Dass die Bank mit ihren Produkten Gewinn machen wolle, sei jedem Anleger klar.

Der BGH habe mit Urteil vom 03.03.2011, III ZR 170/07 bestätigt, dass ein Hinweis im Verkaufsprospekt auf die Zahlung von Eigenkapitalvermittlungskosten als Aufklärung in Bezug auf das Verdienstinteresse des Anlageberaters ausreiche. Es sei nicht erheblich, ob die Beratung durch einen freien Anlageberater oder durch eine Bank erfolgt sei.

Falls die Prospektinformation nicht ausreichend sei, liege jedenfalls kein Verschulden der Beklagten vor; in den 1990er Jahren sei noch nicht erkennbar gewesen, dass auch über Provisionen aufgeklärt werden müsse. Damals sei noch nicht absehbar gewesen, dass der BGH seine Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten so verschärfen werde.

Solange Provisionen wie vorliegend weniger als 15% betragen, müsse darüber nicht aufgeklärt werden.

Die Beklagte wisse nicht mehr, ob und wenn ja in welcher Höhe sie Provisionen für die streitgegenständlichen Beteiligungen vereinnahmt habe. Auf jeden Fall habe sie nicht mehr erhalten, als was an Eigenkapitalvermittlungsprovision an die DG-Anlage GmbH geflossen sei. Von der Fonds-Gesellschaft habe die Beklagte gar keine Zahlungen erhalten, vielmehr habe sie nur eine Vertriebsvergütung von der DG-Anlage GmbH erhalten.

Eine Nichtaufklärung über Provisionen der Beklagten sei für die Anlageentscheidung der Zedentin jedenfalls nicht kausal gewesen. Die Klagepartei trage nicht vor, warum bei Kenntnis von der Provision die Anlageentscheidung nicht getroffen worden wäre. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens greife für die Zedentin nicht, da es nicht nur eine bestimmte Möglichkeit einer Reaktion auf die vollständige Aufklärung gegeben habe. Die geflossenen Provisionen seien im Vergleich zu den erwarteten Steuervorteilen so gering gewesen, dass sie auf die Anlageentscheidung keinen Einfluss gehabt hätten. Außerdem greife die Vermutung nicht, wenn die Provisionen branchenüblich sind und eine gewisse Schwelle nicht überschreiten. Es sei abwegig, dass ein Anleger eine Anlage nur deshalb nicht zeichne, weil die Bank daran verdiene. Kunden würden auch Produkte erwerben, bei denen sie wüssten, dass Provisionen gezahlt werden. Außerdem habe die Zedentin aufgrund des Prospekts gewusst, dass Eigenkapitalvermittlungskosten bezahlt werden, so dass es lebensfremd sei, dass die Kenntnis

der Zedentin davon, dass dieses Geld auch an die Beklagte fließt, entscheidungserheblich gewesen sei.

Beim Fonds DGI 30 sei der Zedentin bekannt gewesen, dass Provisionen an die Beklagte flossen; dass sie die Höhe nicht erfragte, zeige, dass die Höhe für ihre Anlageentscheidung nicht von Relevanz gewesen sei. Zudem habe die Gegenseite ein steuersparendes Anlageprodukt gewollt; einzig passendes Produkt sei ein geschlossener Immobilienfonds gewesen. Provisionen seien bei diesen Produkten branchenüblich gewesen und hätten von der Zedentin gar nicht vermieden werden können. Selbst wenn die Zedentin eine sichere Altersvorsorgeanlage gewollt hätte, wäre ihr eine Lebens- oder Rentenversicherung empfohlen worden, bei der die Beklagte ebenfalls eine Provision kassiert hätte.

Die Verkaufsprospekte für die Fonds DGI 26 und DGI 30 seien fehlerfrei. Zwar hätten sich die darin enthaltenen Prognosen nicht erfüllt, was aber aus einer ex ante-Sicht nicht erkennbar gewesen sei. Die Zahlen in den Prospekten seien in sich schlüssig gewesen. Etwaige Prospektfehler wären für die Beklagte nicht erkennbar gewesen; als Anlagevermittlerin habe sie nur auf Plausibilität prüfen müssen; selbst bei Annahme eines Beratungsvertrags habe nur eine Prüfung mit kritischem Sachverstand erfolgen müssen. In beiden Fällen wären Fehler nicht erkennbar gewesen. Der Zeuge Preis, der die streitgegenständlichen Beteiligungen vermittelt habe, habe keine vom Prospekt abweichenden Aussagen gemacht. Der Begriff „Totalverlustrisiko“ müsse weder in der Beratung noch im Prospekt verwendet werden.

Aus dem Prospekt ergebe sich, dass die Fonds DGI 26 und DGI 30 unternehmerische Beteiligungen seien. Auch die beschränkte Veräußerbarkeit sei aus dem Prospekt ersichtlich. Die Eigenkapitalvermittlungskosten ergäben sich aus dem Prospekt.

Die Schadensberechnung des Klägers sei unschlüssig. Er müsse sich Steuervorteile anrechnen lassen. Die Zedentin habe außerordentliche Steuervorteile gehabt. Hinsichtlich des Fonds DGI 26 sei die Zedentin nicht geschädigt, da sie diesen von ihrem Ex-Ehemann geschenkt erhalten habe.

Zudem seien alle Ansprüche der Zedentin bereits verjährt. Schon Ende der 1990er Jahre habe die Zedentin Kenntnis davon gehabt, dass sich die Fonds nicht wie prospektiert entwickelten. Die Kenntnis ergebe sich aus den fehlenden Ausschüttungen und aus den verschickten jährlichen Rechenschaftsberichten. Aufgrund der jährlichen Geltendmachung der Verlustzuweisungen bei der eigenen Steuererklärung habe die Zedentin von Anfang an gewusst, dass sie eine spekulative

Unternehmensbeteiligung und keine sichere Altersvorsorgeanlage erworben habe. Dass die Anlagen nicht mündelsicher gewesen seien, habe die Zedentin auch aus den bei Zeichnung übergebenen Prospekten erkennen können. Für den Beginn der Verjährungsfrist sei nicht die Kenntnis von allen Pflichtverletzungen erforderlich; ausreichend sei, dass so viele Beratungsfehler bekannt seien, dass eine Klageerhebung zumutbar sei. Die Wertlosigkeit des Fonds DGI 26 sei bereits 2000 bekannt gewesen. Auch der Umstand, dass Eigenkapitalvermittlungskosten anfielen, ergebe sich aus dem Prospekt und sei der Zedentin schon seit den 1990er Jahren bekannt gewesen. Zumindest habe sich der Zedentin der Verdacht aufdrängen müssen, dass auch die Beklagte Provisionen kassierte.

Schließlich seien alle Ansprüche der Zedentin verwirkt. Die Vorgänge lägen 17 bzw. 19 Jahre zurück, die Beklagte habe dazu keine Unterlagen mehr. Der Ablauf der handelsrechtlichen Aufbewahrungsfrist für Unterlagen erfülle das Umstandsmoment der Verwirkung.

Die Kick-Back-Rechtsprechung des BGH stelle zudem eine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung dar. Sie sei eine richterliche Rechtsfortbildung und sei erst 2009 auf alle Anlageberatungen ausgedehnt worden. 2000 sei dies noch nicht erkennbar gewesen. Der Vertrauensschutz gebiete deshalb den Ausschluss der Rückwirkung der Rechtsprechungsanforderungen.

Die Streithelferin trägt vor, dass die Prospekte für die Fonds DGI 26 und DGI 30 fehlerfrei seien. Die Prospekte klärten fehlerfrei über die Innenprovisionen auf. Ein Prospektfehler im Hinblick auf eine Aufklärung über Rückvergütungen liege nicht vor, da über solche nicht aufgeklärt werden müsse. Es sei durch zahlreiche Gerichtsurteile belegt, dass die Prospekte für DGI 26 und DGI 30 fehlerfrei seien.

Aus den Angaben zum Investitions- und Finanzierungsplan im Prospekt ergäbe sich, wie viel Kapital für die Eigenkapitalvermittlung aufgewendet wurde. Mehr Aufklärung über Innenprovisionen sei im Prospekt nicht möglich.

Die Streithelferin bestreitet, dass die Beklagte eine Provision in Höhe von 8% erhalten habe.

Über Rückvergütungen müsse allenfalls im Rahmen eines Anlageberatungsvertrags aufgeklärt werden, der vorliegend unstreitig nicht bestanden habe. Zudem hätte der Kläger nicht

vorgetragen, dass Rückvergütungen geflossen seien. Er verwechsle Rückvergütungen mit Innenprovisionen. Eine aufklärungspflichtige Rückvergütung liege nur dann vor, wenn Teile der Ausgabeaufschläge, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahle, an die Bank zurückfließen. Vorliegend sei das Agio aber nicht über die Beklagte, sondern direkt vom Anleger an die Fonds-Gesellschaft geflossen und erst von dort zurück an die Beklagte.

Der Beschluss des BGH vom 09.03.2011, XI ZR 191/09, sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da er einen VIP Medienfonds betraf und die Entscheidung auf die Angabe unzutreffender Zahlungsempfänger im Prospekt gestützt sei.

Zudem habe die Zedentin aus dem Prospekt erkennen können, dass auch die Beklagte eine Provisionszahlung erhalten habe.

Außerdem sei es für jeden Anleger, also auch für die Zedentin, offensichtlich gewesen, dass eine Bank bei einer Anlageberatung ein eigenes Provisionsinteresse habe.

Eine etwaige unterlassene Aufklärung über Rückvergütungen sei nicht kausal für die Anlageentscheidung gewesen. Es gehe nicht um eine mangelhafte Aufklärung in Bezug auf einen Werthaltigkeitsfaktor der Beteiligung selbst. Die Höhe der Vermittlungsprovision falle im Vergleich zu den Steuervorteilen wirtschaftlich nicht ins Gewicht. Die Provision habe auf die Werthaltigkeit der Anlage keinen Einfluss gehabt. Für die Zedentin bzw. ihren Ex-Ehemann hätten die zu erzielenden Steuervorteile im Vordergrund gestanden. Die Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten sei den Anlegern bekannt gewesen.

Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens greife vorliegend nicht, da die Zedentin bzw. ihr Ex-Ehemann mehrere andere Handlungsalternativen gehabt hätten und es keinen Entscheidungskonflikt gegeben habe. Die Anleger hätten entweder trotz Kenntnis die Fonds erwerben können oder eine andere Kapitalanlage erwerben können oder auf die Steuersparmöglichkeiten verzichten können.

Sonstige Prospektfehler lägen ebenfalls nicht vor. Der Prospekt weise auf alle Risiken ausreichend hin. Über ein Totalverlustrisiko müsse nicht ausdrücklich aufgeklärt werden, da dieses bei einer Immobilieninvestition ein ganz allgemeines Risiko sei. Das Risiko, die gesamte Einlage zu verlieren, werde aus dem Prospekt deutlich. Die eingeschränkte Fungibilität werde im

Prospekt detailliert beschrieben; insbesondere werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass keine Garantie für eine jederzeit mögliche Veräußerbarkeit übernommen werde. Außerdem habe ein liquider Zweitmarkt bestanden; die DG Anlage GmbH habe dafür eine Plattform eingerichtet. Auf das mögliche Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB müsse im Prospekt nicht hingewiesen werden, da eine solche Gefahr nicht bestehe.

Hinsichtlich des Schadens müsse sich die Zedentin ihre Steuervorteile anrechnen lassen, sofern sie dauerhaft bei ihr verblieben. Den Kläger träfe insoweit eine sekundäre Darlegungslast. Die Rückabwicklung des Anschaffungsgeschäfts sei kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft. Die Zedentin bzw. ihr Ex-Ehemann müssten somit keine Steuerforderungen befürchten. Beim Fonds DGI 26 hätten Verlustzuweisungen von EUR 17.742,16 geltend gemacht werden können, mithin habe sich eine Steuerersparnis von ca. EUR 8.800,- ergeben. Beim Fonds DGI 30 hätten die Verlustzuweisungen EUR 84.670,67 betragen, was eine Steuerersparnis von ca. EUR 42.300,- bedeute. Die Zedentin bzw. ihr Ex-Ehemann würden außerordentliche Steuerersparnisse erzielen, weil sie ins Rentenalter eintreten. Bei einer etwaigen Rückabwicklung der Fondsanschaffung könne die Zedentin die Steuerbegünstigung nach § 16 Abs. 4 EStG sowie den ermäßigten Steuersatz nach § 34 Abs. 3 EStG in Anspruch nehmen.

Schließlich ist auch die Streithelferin der Ansicht, dass etwaige Ansprüche verjährt und verwirkt seien. In den jährlichen Rechenschaftsberichten werde unter anderem schon seit 2001 darauf hingewiesen, dass die Gesellschaft Insolvenz anmelden könne und die gesamte Einlage verloren sein könne.

Die Freistellungsansprüche des Klägers seien unbegründet. Es drohe keine Insolvenz der Fonds. Rückforderungsansprüche nach § 172 Abs. 4 HGB könnten von vornherein nicht bestehen.

Der Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten bestehe nicht, weil kein Verzug vorgelegen habe. Außerdem sei der Klägervertreter nicht vorprozessual tätig geworden; sein Schreiben vom 22.11.2010 sei schon Teil der Klagevorbereitung gewesen.

Die Klage wurde am 30.12.2010 anhängig und am 09.02.2011 rechtshängig. Die DZ Bank AG trat dem Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 08.03.2011 auf Seiten der Beklagten als Streithelferin bei.

Für den weiteren Sachverhalt wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf das

Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 08.06.2011 verwiesen. Beweis wurde nicht erhoben.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und hinsichtlich der Ansprüche in Bezug auf den Fonds DGI 30 auch begründet.

A) Fonds DGI 26

Der Fonds DGI 26 wurde vom Ex-Ehemann der Zedentin 1990 gezeichnet. Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzungen dem Ex-Ehemann gegenüber sind nicht ersichtlich, so dass diesem von vornherein keine Schadensersatzansprüche zustanden, die er im Rahmen der Scheidung an die Zedentin hätte übertragen können.

Ein Anlageberatungsvertrag zwischen dem Ex-Ehemann und der Beklagten wird von dem darlegungs- und beweisbelasteten Kläger nicht vorgetragen. Auf S. 10 der Klage werden in wenigen Sätzen nur die Daten der Zeichnung der Anlage durch den Ex-Ehemann aufgezählt. Die Umstände und die Vorgeschichte der Zeichnung werden nicht erläutert. Es wird nicht geschildert, dass dieser Zeichnung eine Anlageberatung durch den Zeugen Preis (oder einen anderen Mitarbeiter der Beklagten) vorausging; der Inhalt einer etwaigen Beratung sowie falsche Aussagen eines Mitarbeiters der Beklagten im Rahmen einer Beratung werden nicht vorgetragen. Die Anlageziele und Vorkenntnisse des Ex-Ehemanns werden nicht erläutert.

Im Übrigen hat die Beklagte zu recht darauf hingewiesen, dass selbst der Vortrag zu den Zeichnungsdaten widersprüchlich ist, da der Kläger behauptet, der Ex-Ehemann habe am 17.12.1990 die Beteiligung gezeichnet, die DG-Anlage GmbH habe aber schon am 14.12.1990 die Zeichnung angenommen. Die Klagepartei hat diesen Widerspruch nicht aufgelöst.

Die „Beratermappe“ (Anlage K 7), auf die sich die Klagepartei für den angeblichen Inhalt von Beratungsgesprächen stützt, wurde unstreitig erst 1992 verfasst, kann also nicht Anleitung für eine Beratung durch die Beklagte im Jahr 1990 gewesen sein.

Beweis für einen etwaigen Beratungsvertrag zwischen dem Ex-Ehemann der Zedentin und der Beklagten hat der Kläger ebenfalls nicht angeboten.

Selbst wenn dem Ex-Ehemann Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zugestanden hätten, sind solche nicht wirksam an die Zedentin übertragen worden. Unstreitig hat die Zedentin im Rahmen der Scheidung von ihrem Mann die mittelbare Beteiligung am Fonds DGI 26 erhalten. Schadensersatzansprüche aus einem Beratungsvertrag mit der Beklagten sind nicht untrennbar mit der Gesellschaftsbeteiligung an einem Fonds verbunden und gehen nicht automatisch mit über. Vielmehr bedürfte es einer gesonderten Abtretung; eine solche ist vorliegend nicht ersichtlich. Der Kläger behauptet lediglich eine „Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen des Zugewinnausgleichs“; der Zugewinnausgleich ist keine Gesamtrechtsnachfolge. Beim Zugewinnausgleich werden nicht einzelne Vermögensgegenstände übertragen, sondern eine Vermögensbilanz erstellt und der Überschuss durch eine eigene Forderung ausgeglichen (§ 1378 BGB). Infolge eines Zugewinnausgleichs nach den gesetzlichen Regeln (§§ 1372 ff. BGB) kann die Zedentin also keine Einzelforderungen ihres Ex-Ehemanns erhalten haben. Dass die Zedentin und ihr Ex-Ehemann eine eigene, von den gesetzlichen Regelungen abweichende Aufteilung ihrer Vermögen vorgenommen und im Rahmen dessen einzelne Vermögenswerte und Ansprüche übertragen hätten, ist nicht ersichtlich.

Ob die Zedentin ihre Ansprüche wirksam an den Kläger abgetreten hat, kann somit dahinstehen, ebenso wie die Frage, ob etwaige Schadensersatzansprüche aus der Zeichnung des Fonds DGI 26 inzwischen verjährt oder verwirkt wären.

Hinsichtlich der Beteiligung am Fonds DGI 26 stehen dem Kläger keine Schadensersatzansprüche zu, demzufolge auch keine Freistellungsansprüche. Annahmeverzug der Beklagten mit der Rücknahme dieses Fonds liegt nicht vor.

B) Fonds DGI 30

Hinsichtlich der Beteiligung am Fonds DGI 30 standen der Zedentin Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten aus einem Beratungsvertrag zu, die wirksam an den Kläger abgetreten wurden.

I. Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation des Klägers ist gegeben. Da es um eigene Schadensersatzansprüche der Zedentin geht, ist nur entscheidend, ob die Zedentin diese Ansprüche an den Kläger abgetreten hat. Davon ist das Gericht aufgrund des in der mündlichen Verhandlung vom 08.06.2011

vorgelegten Abtretungsvertrags vom 22.12.2010/04.01.2011 (Anlage P 1 zum Protokoll vom 08.06.2011) überzeugt. Aus diesem von der Zedentin und dem Kläger unterschriebenen Schriftstück ergibt sich eindeutig, dass die Zedentin alle Ansprüche aus der Beratung durch die Beklagte im Zusammenhang mit der Zeichnung des Fonds DGI 30 „vollständig, uneingeschränkt und endgültig“ an den Kläger abgetreten hat.

Zwar hat die Klagepartei mit Schriftsatz vom 14.04.2011 als Anlage K 12 eine falsche Abtretungserklärung vorgelegt; dabei handelt es sich um einen Prozesskostenfinanzierungsvertrag zwischen der Zedentin und der Firma SLB, der eine Abtretung der Schadensersatzansprüche an den Prozesskostenfinanzierer vorgesehen hätte. Das bei Gericht eingereichte Exemplar dieses Vertrags ist vom Prozesskostenfinanzierer nicht unterzeichnet; die Klagepartei trägt vor, dass die Prozesskostenfinanzierung nicht zustande gekommen sei, was von der Beklagtenseite bestritten wird. Dieses Bestreiten der Beklagtenpartei ist jedoch unbehelflich; die Beklagtenseite müsste vielmehr vortragen, dass die Ansprüche doch an den Prozesskostenfinanzierer abgetreten sind und dies auch unter Beweis stellen. Beides ist nicht geschehen.

II. Anspruchsgrundlage

Dem Kläger stehen gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Pflichten aus einem Anlageberatungsvertrag zu. Der Kläger stützt sein Begehren ausschließlich auf konkrete Aufklärungspflichtverletzungen aus einem Beratungsvertrag mit der Beklagten; Prospekthaftungsansprüche im engeren oder weiteren Sinne macht er nicht geltend, es werden auch keine Prospektfehler vom Kläger behauptet.

Die Beklagte und die Streithelferin tragen zwar vor, dass die Klagepartei Prospektfehler behaupten würde, dies ist aber nicht zutreffend. Aus diesem Grund ist es auch unbehelflich, dass der Prospekt für den Fonds DGI 30 völlig korrekt und fehlerfrei sein mag und in zahlreichen Gerichtsentscheidungen als fehlerfrei bestätigt worden sein mag. Die umfangreichen Ausführungen der Streithelferin zum Nichtbestehen von Prospekthaftungsansprüchen und zur Fehlerfreiheit des Prospekts liegen neben der Sache, da der Prospekt überhaupt nicht Streitgegenstand ist. Auch die Erkennbarkeit etwaiger Prospektfehler für die Beklagte oder ein Verschulden daran, sind unerheblich.

Eine Haftung der Streithelferin wird von der Klagepartei nicht behauptet, entscheidend ist allein, ob die Beklagte – völlig unabhängig vom Prospekt – bei einer Beratung der Zedentin Pflichten verletzt hat.

III. Beratungsvertrag

Die Zeichnung des Fonds DGI 30 durch die Zedentin im Jahr 1992 erfolgte aufgrund eines Beratungsvertrags mit der Beklagten. Zwar ist die Behauptung der Klagepartei, der BGH habe entschieden, dass Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds immer aufgrund eines Beratungsvertrags zustande kämen, unzutreffend, da es sich dabei um Tatsachenfragen handelt, die nicht allgemeinverbindlich vom BGH vorgegeben werden können.

Allerdings hat der BGH in seinem Beschluss vom 09.03.2011, XI ZR 191/10, tatsächlich festgestellt, dass eine Bank beim Vertrieb von Fonds regelmäßig Anlageberaterin und nicht nur Anlagevermittlerin ist. Dies war auch im vorliegenden Fall so. Auch die Beklagte hat nicht nur die Fonds DGI 26 und DGI 30 vermittelt, sondern Interessenten eine Vielzahl verschiedenster eigener und fremder Kapitalanlageprodukte angeboten. Die Beklagte trägt selbst vor, dass die Zedentin bei ihr noch diverse Aktienfonds gezeichnet habe.

Die Anforderungen an das Zustandekommen eines Beratungsvertrags mit der Bank sind gering; es ist ausreichend, dass ein Anleger bei seiner Anlageentscheidung die Hilfe eines Kreditinstituts in Anspruch nimmt und sich die Bank dabei auf eine Beratung einlässt (BGHZ 123, 126). Der Kläger hat substantiiert vorgetragen, dass die Zedentin nicht von vornherein gerade zur Zeichnung des Fonds DGI 30 entschlossen war, sondern sich vom Zeugen Preis als Mitarbeiter der Beklagten über eine Anlagemöglichkeit zur Altersvorsorge beraten lassen wollte und dass der Zeuge Preis den Fonds DGI 30 als sichere Anlage mit Steuersparmöglichkeiten empfohlen habe.

Die Beklagte und die Streithelferin tragen vor, es sei unstreitig, dass kein Beratungsvertrag vorgelegen habe. Dies ist offensichtlich unzutreffend, da der Kläger eindeutig vorträgt, dass ein Beratungsvertrag vorgelegen habe und diese Behauptung auch nie zurückgenommen hat. Im Übrigen ist das Bestreiten der Beklagten und der Streithelferin zum Beratungsvertrag unsubstantiiert.

Die Beklagtenpartei beruft sich darauf, dass sich ihre Mitarbeiter an die Vorgänge aus dem Jahr 1992 nicht mehr erinnern könnten; dies mag so sein, befreit die Beklagte aber nicht von der Verpflichtung zu substantiiertem Vortrag. Auf S. 9 der Klageerwiderung trägt die Beklagte nur vor, dass sich aus ihren Unterlagen nicht ergäbe, ob ein Beratungsgespräch zwischen dem Ex-Ehemann der Zedentin und dem Zeugen Preis stattgefunden habe. Auf S. 16 der Klageerwiderung schreibt die Beklagte, sie „geht davon aus, dass keine Anlageberatung stattfand“. Dies ist kein ausreichendes Bestreiten des Klägervortrags zum Beratungsgespräch. Die Beklagte trägt nicht vor, warum die Zeichnung eines geschlossenen Immobilienfonds über einen Bankberater keine Anlageberatung, sondern eine bloße Anlagevermittlung sein soll.

Im Übrigen trägt die Beklagte selbst vor, dass der Zeuge Preis üblicherweise mehrere Gespräche mit Anlegern vor der Anlageentscheidung geführt habe, den Prospekt übergeben habe und den Anlegern mehrere Tage Bedenkzeit gegeben habe. Dies spricht eher für eine Anlageberatung als für eine bloße Vermittlung.

Mangels substantiierten Bestreitens der Beklagten ist somit vom Vorliegen eines Beratungsvertrags zwischen der Zedentin und der Beklagten auszugehen.

IV. Pflichtverletzung

Im Rahmen dieses Anlageberatungsvertrags mit der Zedentin hat die Beklagte zumindest ihre Aufklärungspflicht in Bezug auf die geflossenen Provisionen verletzt und haftet dem Kläger deshalb auf Schadensersatz.

1. Aufklärungspflicht in Bezug auf geflossene Provisionen

Die Beklagte bzw. ihr Anlageberater Preis hätten die Zedentin bei Zeichnung der Beteiligung an dem Fonds DGI 30 ausdrücklich darauf hinweisen müssen, dass auch die Beklagte für die Vermittlung dieser Anlage eine Provision erhielt und welche Höhe diese Provision hatte. Eine solche Mitteilung ist unstreitig nicht erfolgt.

Die Beklagte hat für die Beteiligung der Zedentin am Fonds DGI 30 eine Provision in Höhe von 8% erhalten. Dies ist von der Klagepartei konkret vorgetragen worden und von der Beklagten nicht oder wiederum nur unzureichend bestritten worden. Der Vortrag der Beklagten zur Provision ist widersprüchlich: Einerseits bestreitet sie mangels Erinnerung und mangels Unterlagen, dass sie

überhaupt Provisionen erhalten haben will, andererseits trägt sie vor, dass sie jedenfalls nicht mehr Provisionen erhalten habe als im Prospekt ausgewiesen. An anderer Stelle behauptet sie, die Zedentin habe gewusst, dass die Beklagte Provisionen vereinnahmt und habe sogar einen Teil davon erhalten sollen. Derart widersprüchlicher und unentschiedener Vortrag genügt den Anforderungen an ein substantiiertes Bestreiten nicht. Zwar ist der Vorgang lange her, ob die Beklagte bei der Vermittlung von DG-Fonds Provisionen erhalten hat, hätte die Beklagte aber auch nach 20 Jahren intern noch klären können; zumindest die Größenordnung der Provisionen hätte sich ebenfalls noch feststellen lassen. Die Beklagte stützt ihre Verteidigung hauptsächlich darauf, dass für alle Kapitalanlagen Provisionen gezahlt würden und dass das Verdienstinteresse der Banken evident sei; dann kann sie nicht andererseits behaupten, nicht zu wissen, ob sie für die Vermittlung des Fonds DGI 30 Provisionen kassiert hat. Im Schriftsatz vom 04.05.2011 (S. 3) schließlich gesteht die Beklagte ausdrücklich zu, dass sie Vertriebsvergütungen von der DG-Anlage GmbH erhalten hat. Damit steht fest, dass die Beklagte Provisionen bzw. Rückvergütungen erhalten hat; zur Höhe hat die Beklagte nichts vom Klägervortrag Abweichendes vorgetragen, so dass von einer Provisionshöhe von 8% auszugehen ist.

Die Beklagte war verpflichtet, die Zedentin darauf hinzuweisen, dass und in welcher Höhe sie Provisionen erhält. Diese Aufklärungspflicht besteht nicht erst ab einem Schwellenwert von 15%, sondern ist von der Höhe unabhängig.

Die Beklagte ist kein freier Anlageberater, sondern eine Bank. In dem von der Beklagtenseite selbst zitierten Urteil des BGH vom 03.03.2011, III ZR 170/10, werden die unterschiedlichen Aufklärungspflichten für Banken und freie Berater abgegrenzt.

Nach dieser Rechtsprechung des BGH, die im Beschluss vom 09.03.2011, XI ZR 191/10, noch einmal verdeutlicht wird und der sich auch die Kammer anschließt, ist der entscheidende Unterschied zwischen einem freien Anlageberater und einer Bank, dass der Anleger bei einem freien Anlageberater weiß, dass er als Anleger mit seiner Beteiligungssumme und dem Agio auch den Anlageberater finanziert, weil der Anlageberater die Beratung nur gegen Entgelt vornimmt, eine Bezahlung des Beraters aber nur aus den Einzahlungen des Anlegers erfolgen kann. Aus diesem Grund ist jedem Anleger auch bewusst, dass freie Anlageberater ein erhebliches Eigeninteresse an der Vermittlung von Anlagen haben, bei denen sie selbst möglichst hohe Provisionen kassieren.

Die Situation bei einer Bank ist eine andere. Zwischen dem Anleger und seiner Bank bestehen in der Regel langjährige Geschäftsbeziehungen mit einer Vielzahl von Verträgen (Kontoführung, Depotverträge, Kreditkartenfinanzierungsverträge, Darlehen und andere Finanzierungen), bei denen der Kunde seiner Bank jeweils Gebühren und Aufwandsentschädigungen bezahlt. Ein Bankkunde darf deshalb damit rechnen, dass eine Anlageberatung nicht gesondert vergütet werden muss. Im Gegenzug muss ein Anleger gerade nicht damit rechnen, dass die Bank mit der Empfehlung von Anlagen ein eigenes Provisionsinteresse verfolgt; vielmehr kann ein Kunde erwarten, dass die Bank eine neutrale und ausschließlich das Interesse des Kunden berücksichtigende Beratung vornimmt. Nach Ansicht des BGH ist für die Aufklärungspflicht tragend „der Gedanke des Vertrauensschutzes sowie der Aufdeckung (potentiell) vertragszweckgefährdender Interessenkonflikte“ (BGH, Urt. v. 03.03.2010, III ZR 170/10, Tz. 15). „Der von seiner Bank bezüglich einer Kapitalanlage beratene Kunde muss nicht damit rechnen, dass die Bank bei der Anlageberatung vornehmlich eigene Interessen an der Einnahme von (nicht offen gelegten) Rückvergütungen verfolgt“ (BGH, a.a.O., Tz. 19).

Vor diesem Hintergrund muss die Bank den Anleger bei einer Beratung immer darüber aufklären, wenn sie selbst auch Zahlungen aus dem Agio oder der Beteiligungssumme erhält, selbst wenn diese Zahlungen verhältnismäßig gering sind. „Erst die Aufklärung über die genaue Höhe der Rückvergütung versetzt den Kunden in die Lage, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen“ (BGH, a.a.O., Tz. 15). Deshalb sind bei einer Bank sogar Provisionen von „nur“ 1 – 2% aufklärungspflichtig.

Aus welcher Quelle die Rückvergütungen stammen, ob die Zahlungen aus den Ausgabeaufschlägen oder der Beteiligungssumme stammen, ist unerheblich. Der BGH hat mit seinem Beschluss vom 09.03.2011, XI ZR 191/10, ausdrücklich klargestellt, dass jegliche Zahlungen, die im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage an eine beratende Bank fließen, offen gelegt werden müssen. Die Aufklärungspflicht besteht „unabhängig davon, aus welcher angegebenen Quelle die Rückvergütung an die beratende Bank fließt“ (BGH, a.a.O., Tz. 24). Wenn – um dem Kunden eventuelle Interessenkonflikte der beratenden Bank offenzulegen – der Anleger schon darüber aufgeklärt werden muss, dass aus den offen ausgewiesenen Vertriebskosten Provisionen bzw. Rückvergütungen an die Bank fließen, muss der Kunde erst recht darüber informiert werden, wenn versteckte Innenprovisionen aus dem Anlagebetrag selbst an die Bank fließen. Die Gefahr, dass die Bank bei der Anlageberatung eigene Verdienstinteressen verfolgt und den Anleger nicht neutral berät, besteht unabhängig davon, aus welcher Quelle die Bank Provisionen für die vermittelte Anlage erhält. Aus demselben Grund ist

es unerheblich, ob die Beteiligungssumme und das Agio vom Anleger direkt an die Fonds-Gesellschaft gezahlt werden oder ob das Geld über die Bank an die Fonds-Gesellschaft fließt.

Das Verdienstinteresse der Bank ist auch nicht offensichtlich. Entgegen der Beklagtenbehauptung hat der BGH gerade nicht entschieden, dass die Bank nicht darüber aufklären müsse, dass sie am Vertrieb von Anlagen auch selbst mitverdient. In dem von der Streithelferin zitierten Urteil des BGH vom 22.03.2011, XI ZR 33/10, ging es um eigene Produkte der Bank, die von der Bank gegen einen Kaufpreis verkauft (und nicht nur vermittelt!) wurden; wenn die Bank eigene Produkte verkauft und dafür vom Kunden einen Kaufpreis bezahlt erhält und dabei Gewinne macht, muss sie die Gewinnmarge nicht offen legen, denn dass ein Verkäufer an seinem Verkauf und aus dem erhaltenen Kaufpreis Gewinn gemacht, ist allgemein bekannt. Vorliegend hat die Beklagte aber keine eigenen Produkte verkauft, sondern hat über Produkte eines anderen Anbieters beraten. Eine Beratung durch eine Bank in Bezug auf den Verkauf eines Produkts durch einen Dritten impliziert nach dem oben Gesagten gerade nicht, dass die Bank damit ein eigenes Verdienstinteresse verfolgt. Nur wenn der Anleger der beratenden Bank offen ein Beraterhonorar zahlt, ist für den Kunden offensichtlich, dass die Bank auch mit der Anlageberatung Geld verdienen will.

Die Rechtsprechung des BGH zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen und Innenprovisionen, insbesondere das Urteil des BGH vom 03.03.2011, III ZR 170/10 und der Beschluss des BGH vom 09.03.2011, XI ZR 191/10, sind nicht verfassungswidrig. Eine unzulässige Rückwirkung ist nicht ersichtlich. Zur Begründung wird insoweit auf das Urteil des BGH vom 29.06.2010, XI ZR 308/09 verwiesen. Demzufolge war schon seit zwei BGH-Entscheidungen aus den Jahren 1989 und 1990, d.h. vor der streitgegenständlichen Beratung im Jahr 1992, erkennbar, dass Banken über erhaltene Provisionen aufklären müssen; diese Rechtsprechung ist seitdem nur fortgeführt und ausgebaut worden, aber nicht erst in den letzten Jahren neu geschaffen und auch für Altfälle angewendet worden.

2. Erfüllung der Aufklärungspflicht

a) Im Prospekt

Eine Aufklärung über die von der Beklagten erhaltenen Zahlungen ist entgegen der Behauptung der Beklagten und der Streithelferin vorliegend nicht bereits durch den Prospekt erfolgt. Unstreitig

steht im Prospekt nicht, dass auch die Beklagte Empfängerin von Zahlungen ist oder auch nur, dass generell die vermittelnden Banken Provisionen erhalten. Der Ausweis der Eigenkapitalvermittlungskosten im Prospekt mag ausreichend sein, wenn es um freie Anlageberater geht; nach den Grundsätzen des Beschlusses des BGH vom 09.03.2011, XI ZR 191/10, Tz. 27, muss bei der Beratung durch eine Bank aber ausdrücklich die Bank als Zahlungsempfängerin von Provisionen oder Eigenkapitalbeschaffungskosten benannt sein.

Der Beschluss des BGH vom 09.03.2011, XI ZR 191/10, ist auf den vorliegenden Fall anwendbar. Dass sich der Beschluss auf einen VIP Medienfonds und nicht auf einen geschlossenen Immobilienfonds bezog, ist unerheblich, da der BGH darin eindeutig allgemeine Grundsätze für Provisionszahlungen an beratende Banken aufgestellt hat. Es ist auch nicht zutreffend, dass der BGH die Aufklärungspflichtverletzung damit begründet hätte, dass im Prospekt falsche Zahlungsempfänger genannt seien; dies spielt in der Entscheidung keine Rolle. Tragend für den Beschluss ist vielmehr, dass die beratende Bank als Zahlungsempfänger weder im Prospekt benannt noch sonst darüber aufgeklärt wurde.

b) Kenntnis der Zedentin

Beklagte und Streithelferin tragen vor, dass die Zedentin gewusst habe, dass die Beklagte für den Vertrieb des Fonds DGI 30 Provisionen erhalten habe, zum einen, weil die Zedentin als Steuerberaterin gewusst habe, dass alle Kapitalanlagen nur mit Provisionen vertrieben werden, zum anderen, weil in Bezug auf den Fonds DGI 30 eine Vertriebspartnerschaft mit der Zedentin geplant gewesen sei, in deren Rahmen auch über die Verteilung der Provisionen gesprochen worden sei.

Nach den oben dargelegten Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung muss ein Kunde gerade nicht davon ausgehen, dass eine Bank bei einer Anlageberatung grundsätzlich und immer Provisionen kassiert, d.h. ein Anleger, auch wenn er Steuerberater ist, muss nicht zwangsläufig damit rechnen, dass die ihn beratende Bank selbst auch an dem Vertrieb verdient. Aus demselben Grund entfällt die Aufklärungspflicht der Beklagten nicht deshalb, weil die Zedentin selbst einmal Immobilienfonds vertrieben und dabei Provisionen kassiert hat.

Die angeblich erwogene Vertriebskooperation der Beklagten mit der Zedentin in Bezug auf den Fonds DGI 30 wurde von der Beklagten von Anfang an vorgetragen und unter Beweis gestellt (vgl.

S. 15 der Klageerwiderung) und ist vom Kläger erst in der mündlichen Verhandlung vom 08.06.2011 bestritten worden. Die Beklagtenseite behauptet, dass geplant gewesen sei, der Zedentin einen Teil der Provision der Beklagten zukommen zu lassen, abhängig von der Höhe des Vertriebsvolumens. Selbst wenn man aber unterstellt, dass die Zedentin aufgrund dieser Kooperationsgespräche grundsätzlich wusste, dass gerade auch die Beklagte für den Vertrieb der DGI 30-Fonds Provisionen erhielt, ist die Beklagte damit ihrer Aufklärungspflicht noch nicht ausreichend nachgekommen. Die Zedentin hätte auch über die konkrete Höhe der an die Beklagte fließenden Zahlungen informiert sein müssen: Auch in dem Fall, der dem Beschluss des BGH vom 09.03.2011, XI ZR 191/10, zugrunde lag, war nicht auszuschließen, dass dem Anleger die beratende Bank als Empfänger von Rückvergütungen bekannt war, was aber für die Aufklärung nicht ausreichend war; „selbst wenn daraus [= aus dem Prospekt] jedoch hervorgehen sollte, dass damit auch die Beklagte [= die Bank] gemeint war, so ist dem Prospekt jedenfalls nicht zu entnehmen, in welcher Höhe Rückvergütungen an die Beklagte geflossen sind. Insbesondere auch die Höhe der Rückvergütung muss aber nach der Senatsrechtsprechung von der Bank ungefragt offen gelegt werden“ (BGH, a.a.O., Tz. 27). Über die Höhe der 1992 an die Beklagte geflossene Provision für die Vermittlung des DGI 30-Fonds ist unstreitig nicht aufgeklärt worden. Es ist auch nicht vorgetragen, dass die Beklagte im Rahmen dieser Kooperationsgespräche über den gemeinsamen Vertrieb erfahren hätte, wie hoch die Provision der Beklagten war. Da die Beklagte nicht einmal mehr wissen will, ob und wenn ja welche Provisionen sie bei der Vermittlung des DGI 30-Fonds erhalten hat, kann sie auch nicht vortragen, die Zedentin über deren Höhe richtig aufgeklärt zu haben.

Die Zedentin ist somit bei Zeichnung des DGI 30-Fonds zumindest nicht über die Höhe der an die Beklagte geflossenen Provision aufgeklärt worden, obwohl die Beklagte verpflichtet war, dies ungefragt offen zu legen. Dies begründet eine Vertragsverletzung der Beklagten.

3. Sonstige Pflichtverletzungen

Ob die Beklagte weitere Beratungspflichten gegenüber der Zedentin verletzt hat, insbesondere ob die Fonds als Altersvorsorge empfohlen wurde, über das Totalverlustrisiko nicht aufgeklärt wurde oder über den unzureichenden Zweitmarkt nicht ausreichend informiert wurde, kann deshalb dahin stehen. Hinsichtlich all dieser weiteren Pflichtverletzungen dürften Ersatzansprüche ohnehin lange verjährt sein, da die Zedentin als Steuerberaterin spätestens mit der ersten Geltendmachung von Verlustzuweisungen in ihrer Steuererklärung wusste, dass sie eine

unternehmerische Beteiligung mit Totalverlustrisiko gezeichnet hatte; die schlechte wirtschaftliche Entwicklung, das Insolvenzrisiko und das Risiko des Verlusts der Einlagen war der Zedentin seit Anfang der 2000er Jahre aus den Rechenschafts- und Geschäftsberichten bekannt.

V. Kausalität

Der Kläger behauptet, die Zedentin hätte die Anlage nicht gezeichnet, wenn sie von den Provisionen und deren Höhe gewusst hätte. Dies wird von der Beklagtenseite bestritten; für die Zedentin greift aber entgegen der Beklagtenbehauptung die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens.

Dass die Provisionshöhe im Vergleich zu den erhofften wirtschaftlichen Vorteilen aus der Anlage vernachlässigbar war und auf die Werthaltigkeit der Anlage keinen Einfluss hatte, ist dabei unerheblich. Anders als bei einem freien Anlageberater, bei dem die Aufklärungspflicht in Bezug auf Provisionen darauf gestützt wird, dass diese die Werthaltigkeit der Anlage beeinflussen können, ist bei einer beratenden Bank der entscheidende Gesichtspunkt der potentielle Interessenkonflikt der Bank und die Möglichkeit des Anlegers, die Beratungsempfehlung der Bank vor dem Hintergrund von deren Eigeninteresse abschätzen zu können. Die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens soll dieses Recht des Anlegers, in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider über die Investition zu befinden, absichern (BGH, Urt. v. 31.05.2010, II ZR 30/09, Tz. 17). Für die Entkräftung der Vermutung ist es deshalb nicht ausreichend, dass der Anleger bei Kenntnis des verschwiegenen Umstands mehrere Reaktionsmöglichkeiten gehabt hätte und ein Entscheidungskonflikt bestanden hätte (BGH, a.a.O.).

In seinem Beschluss vom 09.03.2011, XI ZR 191/10, hat der BGH ausdrücklich entschieden, dass die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gerade auch bei verschwiegenen Rückvergütungen der Bank greift und dass allein die Geringfügigkeit der Provision im Verhältnis zur Anlagesumme die Vermutung nicht entkräftet (BGH, a.a.O., Tz. 33 f.). Damit ist das von der Streithelferin zitierte Urteil des OLG Frankfurt vom 19.08.2009, 17 U 98/09, widerlegt. Auch die weitere Argumentation der Streithelferin, dass die Provision auf die Werthaltigkeit der Anlage keinen Einfluss hatte und deshalb eine unterlassene Aufklärung über Provisionen andere Folgen habe als eine unterlassene Aufklärung über Risikofaktoren, steht im Widerspruch zur

Rechtsprechung des BGH und verkennt den Grund für die Aufklärungspflicht: Eine Bank sollte im Rahmen eines Anlageberatungsvertrag neutral und objektiv eine von ihr geprüfte Anlage empfehlen, die nach ihrer Ansicht genau den Interessen und Wünschen des Anlegers entspricht; zu diesem Zweck sollte eine wertneutrale Beratung und Aufklärung über alle Vorteile und Risiken erfolgen. Wenn aber die Bank selbst an der Vermittlung der Anlage mitverdient und deshalb ein erhebliches Eigeninteresse an der Empfehlung dieser Anlage hat, besteht die Gefahr, dass die Aufklärung unvollständig ist, Vorteile übertrieben und Risiken verharmlost werden. Um also entscheiden zu können, ob die Aufklärung über die Risikofaktoren einer Anlage verlässlich ist, muss ein Anleger wissen, ob die Bank an dem Geschäft beteiligt ist (und wenn ja wie hoch) oder tatsächlich neutral ist. Das Offenlegen von Eigeninteressen der Bank und von potenziellen Interessenkonflikten ist demnach Grundvoraussetzung für eine überlegte Entscheidung des Anlegers und für die Beurteilung der weiteren Aufklärung durch die Bank und deshalb keinesfalls weniger bedeutsam oder entscheidungserheblich als die Aufklärung über einzelne Risikofaktoren wie Totalverlustrisiko, Fungibilität, Sicherheit etc.

Zwar ist es richtig, dass die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens widerlegt sein kann, wenn der Anleger in Kenntnis der gezahlten Provisionen weiterhin eine vertrauensvolle Geschäftsbeziehung zur Bank unterhält, wie in dem von der Streithelferin zitierten Urteil des OLG München vom 26.10.2009, 17 U 3136/09; vorliegend ist aber nicht ersichtlich, dass die Zedentin in Kenntnis der Provisionszahlungen an die Beklagte mit dieser noch lange vertrauensvolle Geschäftsbeziehungen unterhalten hätte.

Ein konkreter Entscheidungskonflikt der Zedentin in Bezug auf die streitgegenständliche Anlage bei Kenntnis von der Höhe der an die Bank fließenden Provision ist von der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten nicht vorgetragen worden. Dass die Zedentin unter allen Umständen genau die streitgegenständliche Anlage zeichnen wollte und dies auch bei Kenntnis der Aufklärungspflichtverletzung getan hätte, ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass der Fonds DGI 30 so außergewöhnliche Vorteile für die Zedentin geboten hätte, dass sie gerade diesen Fonds unter allen Umständen gezeichnet hätte. Da es sich um einen üblichen und standardmäßigen geschlossenen Immobilienfonds handelte, gab es zum damaligen Zeitpunkt noch zahlreiche andere vergleichbare Fonds von anderen Anbietern, in die die Zedentin hätte investieren können. Unabhängig davon, ob die Zedentin eine sichere Altersvorsorge suchte, wie vom Kläger behauptet, oder ein reines Steuersparmodell, wie von der Beklagten behauptet, gab es eine Vielzahl von anderen Anlagemöglichkeiten für die Zedentin.

Der Umstand, dass ein Anleger nicht nur entscheiden kann, eine Anlage zu tätigen oder nicht, sondern immer auch die Möglichkeit hat, statt dessen eine andere Anlage zu tätigen, begründet noch keinen Entscheidungskonflikt, denn dann würde die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nie greifen. Einem Anleger stehen immer mehrere vergleichbare Anlagemöglichkeiten zur Wahl; entscheidend ist jedoch, ob der Anleger gerade in Bezug auf eine bestimmte Anlage sich im Entscheidungskonflikt befindet.

Im vorliegenden Fall greift für die Zedentin und damit für den Kläger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, d.h. dass die Zedentin die Anlage nicht getätigt hätte, wenn sie über den Umstand, dass und in welcher Höhe die Beklagte an der Vermittlung des Fonds mitverdient, informiert worden wäre. Diese Vermutung hat die Beklagtenseite nicht widerlegt. Die Pflichtverletzung war demnach kausal für die Zeichnung des Fonds und damit für den Schaden der Zedentin.

VI. Verschulden

Das Verschulden der Bank hinsichtlich der Aufklärungspflichtverletzung wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Die Beklagte konnte ihr Verschulden nicht widerlegen. Die Beklagte hätte bei der Beratung der Zedentin 1992 wissen können und müssen, dass sie ihren Beratungskunden ihr Provisionsinteresse offen legen muss. Wie der BGH in seinem Urteil vom 29.06.2010, XI ZR 308/09, Tz. 4 ff., ausgeführt hat, gab es schon 1989 und 1990 die ersten BGH-Urteile zur Offenlegungspflicht bei Rückvergütungen und Provisionen und auch die ersten dementsprechenden Stimmen im Schrifttum. Der BGH hat deshalb ausdrücklich entschieden, dass eine Bank bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt schon seit Anfang der 1990er Jahre damit rechnen musste, dass eine generelle Aufklärungspflicht über Rückvergütungen bestand (BGH, a.a.O., Tz. 10).

VII. Schaden

Aufgrund ihres Schadensersatzanspruchs kann die Zedentin bzw. der Kläger verlangen, so gestellt zu werden, als ob die Anlage nie getätigt worden wäre, d.h. die Rückzahlung der Einlage gegen Übertragung der Beteiligung verlangen.

Die Höhe der geleisteten Einzahlung ist unstrittig, ebenso wie die Tatsache, dass es bei dem Fonds DGI 30 keine Ausschüttungen gab. Der Schaden der Zedentin besteht deshalb in den eingezahlten DM 150.000,- + DM 7.500,- Agio = DM 157.500,- = EUR 80.528,47.

Steuervorteile muss die Zedentin sich nicht anrechnen lassen. Unstrittig hat die Zedentin aufgrund der Verlustzuweisungen aus dem Fonds Steuervorteile in nicht unerheblicher Höhe erzielt. Es handelt sich dabei jedoch nicht um außergewöhnliche Steuervorteile, so dass eine Anrechnung nicht vorzunehmen ist. Anzuwenden sind dabei die vom BGH in seinen Urteilen 31.05.2010, II ZR 30/09 und vom 15.07.2010, III ZR 336/08, Tz. 34 ff., festgelegten bzw. bestätigten Grundsätze: Demnach sind Steuervorteile eines Anlegers grundsätzlich nicht auf dessen Schadensersatzanspruch anzurechnen, wenn die Schadensersatzleistung oder die Rückabwicklung der Anlage ebenfalls zu versteuern sind und keine Anhaltspunkte für erzielte außergewöhnliche Steuervorteile bestehen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür liegt beim Schädiger.

Die Zedentin bzw. der Kläger müssten die Schadensersatzleistung ihrerseits wiederum versteuern. Entgegen der Behauptung der Streithelferin ist auch die vorliegende Rückabwicklung des Fonds-Erwerbs ein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft nach §§ 15, 16 EStG. In dem von der Streithelferin zitierten Urteil des BGH vom 17.11.2005, III ZR 350/04, wurde ein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft bei der Rückabwicklung einer Fonds-Zeichnung nur abgelehnt, weil der Anleger aus dem Immobilienfonds keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb, sondern nur aus Vermietung und Verpachtung hatte, da es sich um eine reine Vermögensverwaltungsgesellschaft handelte; bei dem Fonds DGI 30 handelt es sich aber um einen gewerblich tätigen Immobilienfonds, so dass die Anleger Einkünfte bzw. Verluste aus Gewerbebetrieb geltend machen konnten. Die Zedentin war steuerlich Mitunternehmerin, weswegen eine etwaige Schadensersatzleistung in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der unternehmerischen Beteiligung steht und deshalb als Betriebseinnahme zu versteuern wäre (vgl. BGH, Ur. v. 17.11.2005, III ZR 350/04, NJW 2006, 499).

Da die Zedentin bzw. der Kläger künftige Schadensersatzzahlungen demnach versteuern müssen, kommt es darauf an, ob ihnen trotz der Versteuerung noch außergewöhnliche Steuervorteile verbleiben.

Die Höhe der erlangten Steuervorteile als solche stellt keinen außergewöhnlichen Steuervorteil dar; in dem dem Urteil des BGH vom 15.07.2010, III ZR 336/08, zugrunde liegenden Fall reichten selbst Steuervorteile in Höhe von 60% der Einlageleistung allein nicht als „außergewöhnlicher“ Steuervorteil aus. Vielmehr hätte die Beklagtenpartei darlegen müssen, „dass den erlangten Vorteilen [keine] auch nur annähernd vergleichbaren Nachteile bei der zukünftigen Besteuerung der Ersatzleistung gegenüberstünden“ (BGH, a.a.O., Tz. 46). Dies hat sie vorliegend nicht getan.

Auch dass die Zedentin bzw. der Kläger bei einer Versteuerung der Schadensersatzleistung Freibeträge und Steuerbegünstigungen in Anspruch nehmen können, führt nicht zu einem außergewöhnlichen Vorteil. Der BGH hat in seinem Urteil vom 15.07.2010, III ZR, 336/08, ausdrücklich entschieden, dass Tarifiermäßigungen nach § 34 Abs. 1 - 3 EStG bei der Besteuerung von Ersatzleistungen den Schädiger nicht entlasten (BGH, a.a.O., Tz. 52); selbiges muss auch für einen etwaigen Freibetrag nach § 16 EStG gelten.

Als außergewöhnlichen Steuervorteil hat es der BGH angenommen, wenn die Verlustzuweisungen die Einlageleistung überschreiten (BGH, a.a.O., Tz. 55); das ist vorliegend aber unstreitig nicht der Fall gewesen.

Warum das Alter der Zedentin von 62 Jahren und ein (vielleicht) baldiger Renteneintritt der Zedentin zu einem außergewöhnlichen Steuervorteil führen soll, wie von der Streithelferin vorgetragen, ist nicht ersichtlich.

VIII. Verjährung, Verwirkung

Der Schadensersatzanspruch der Zedentin ist weder verjährt noch verwirkt. Die Verjährungsfrist bei Verletzung vertraglicher Aufklärungs- oder Beratungspflichten beginnt nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erst ab Kenntnis des Geschädigten von der Pflichtverletzung und dem Schädiger, wobei der Schädiger einen früheren Kenntniszeitpunkt darlegen und beweisen muss. Die Verjährungsfrist beginnt für jede Pflichtverletzung einzeln und läuft für jeden Beratungsfehler gesondert (BGH, Urt. v. 09.11.2007, V ZR 25/07, NJW 2008, 506); die Rechtsansicht der Streithelferin, dass die Zedentin schon bei Kenntnis von einer „ausreichenden“ Anzahl von Pflichtverletzungen hätte Klage erheben müssen, ist unzutreffend. Der Kläger hat dargelegt, dass die Zedentin erst im Rahmen einer anwaltlichen Beratung Ende 2010 davon erfahren hätte, dass und in welcher Höhe die Beklagte für die Vermittlung der streitgegenständlichen Fonds Provisionen erhalten hat. Die

Beklagte hat keinen früheren Kenntniszeitpunkt dargelegt. Mangels Kenntnis begann die Verjährungsfrist deshalb erst nach dem 31.12.2010 zu laufen und war bei Klageerhebung noch nicht abgelaufen.

Verwirkung liegt ebenfalls nicht vor. Zwar ist durch den Zeitablauf von fast 20 Jahren zwischen Pflichtverletzung und Klageerhebung das Zeitmoment unzweifelhaft erfüllt. Das Umstandsmoment der Verwirkung ist jedoch nicht gegeben. Allein aus dem Umstand, dass die handelsrechtlichen Aufbewahrungsfristen für die Unterlagen zur Beratung aus dem Jahr 1992 bereits lange abgelaufen sind und die Beklagte deshalb keine Dokumente zu dem streitgegenständlichen Vorgang mehr hat, begründet kein berechtigtes Vertrauen der Beklagten darauf, dass sie aus der Beratung aus dem Jahr 1992 nicht mehr in Anspruch genommen werden würde. Eine Verwirkung setzt ein irgendwie geartetes Verhalten des Gläubigers voraus, aus dem der Schuldner zu recht schließen darf, dass der Gläubiger seinen Anspruch nicht mehr geltend macht. Es reicht deshalb nicht aus, wenn der Schuldner selbst die Umstände schafft. Zudem ist nicht vorgetragen, dass die Beklagte als Schuldnerin irgendwelche Vermögensdispositionen im Vertrauen darauf, dass die Zedentin keine Ansprüche mehr geltend macht, getroffen hätte.

IX. Rückabwicklung

Als Inhalt des Schadensersatzanspruchs kann die Zedentin bzw. der Kläger verlangen, so gestellt zu werden, als ob die Anlage nie gezeichnet worden wäre. Der Kläger muss deshalb die mittelbare Beteiligung am Fonds an die Beklagte übertragen und die Beklagte dem Kläger die Einlageleistungen erstatten. Die Beklagte ist dem Kläger deshalb zur Zahlung EUR 80.528,47 verpflichtet. Mit Schreiben vom 08.12.2010 hat der Klägerevertreter die Beklagte zur Zahlung der Schadensersatzleistung bis zum 15.12.2010 aufgefordert und gleichzeitig die (Rück-)Übertragung der Fondsbeteiligungen angeboten (Anlage K 6); eine Zahlung innerhalb dieser Frist ist nicht erfolgt, so dass sich die Beklagte seit dem 16.12.2010 mit der Leistung in Verzug befindet und dem Kläger Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB schuldet.

C) Annahmeverzug

Unstreitig hat der Kläger der Beklagten mit Antwortschreiben vom 22.12.2010 die Rückgabe der Beteiligung angeboten (vgl. Anlage K 6). Da die Beklagte aufgrund des Schadensersatzanspruchs des Klägers zur Rückabwicklung verpflichtet ist, befindet sie sich

nach dem ausdrücklichen Angebot des Klägers mit der Rücknahme in Annahmeverzug.

D) Freistellung

Der Freistellungsanspruch des Klägers ist unbegründet. Eine Begründung für den Anspruch liefert der Kläger nicht. Nach der Rückübertragung der Beteiligung an die Beklagte droht dem Kläger bzw. der Zedentin keine Inanspruchnahme aus der Beteiligung am DGI 30-Fonds mehr. Eine drohende Insolvenz des Fonds DGI 30 und eventuelle Ansprüche des Insolvenzverwalters gegen die nur mittelbar beteiligten Anleger sind nicht ersichtlich. Zahlungspflichten nach § 172 Abs. 4 HGB sind ebenfalls nicht zu befürchten, da die Anleger keine Kommanditisten, sondern nur Treugeber sind und zum anderen ohnehin keine Ausschüttungen an die Anleger erfolgt sind, die zurückgefordert werden könnten.

E) Vorgerichtliche Anwaltskosten

Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten steht dem Kläger dem Grunde nach aus § 280 Abs. 1 BGB zu. Da der Kläger einen Schadensersatzanspruch aufgrund einer Vertragspflichtverletzung geltend macht, sind die notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung selbst ersatzfähiger Schaden. Entgegen der Ansicht der Streithelferin ist ein Verzug der Beklagten nicht Voraussetzung für eine Ersatzfähigkeit, da der Anspruch nicht auf § 286 BGB gestützt wird.

Die Streithelferin behauptet, der Klägervertreter habe keine vorgerichtliche Tätigkeit für den Kläger erbracht; das Schreiben vom 08.12.2010 sei ein vorbereitendes Schreiben für die spätere Klage gewesen. Das Schreiben habe nicht der außergerichtlichen Erledigung der Streitigkeit dienen sollen. Die Beklagtenseite hat aber nicht behauptet, dass der Klägervertreter schon bei seiner vorgerichtlichen Tätigkeit einen unbedingten Klageauftrag gehabt hätte; auch ist das dreiseitige Schreiben vom 08.12.2010 (Anlage K 6) noch keine ausführliche Anspruchsbegründung, die eine Klageschrift schon vorwegnehmen würde. Vor allem aber ist nicht ersichtlich, dass die Zedentin bzw. der Kläger schon am 08.12.2010 eine außergerichtliche Einigung nicht (mehr) angestrebt hätten. Der Klägervertreter weist in seinem Schreiben vom 08.12.2010 ausdrücklich auf zahlreiche zu Gunsten seiner Mandanten ergangene Gerichtsentscheidungen in Bezug auf DG-Fonds hin, in der Hoffnung, die Beklagte zu einer freiwilligen Rückabwicklung zu bewegen. Aus diesem Grund waren die Schadensersatzansprüche zum damaligen Zeitpunkt auch noch nicht an den Kläger abgetreten, da die Gewinnung einer Zeugenstellung für die Zedentin damals

mangels unmittelbar bevorstehenden Gerichtsverfahren noch nicht nötig war. Die Zedentin durfte zur Durchsetzung ihrer Ansprüche anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen und der Klägervertreter ist auch vorgerichtlich für die Zedentin tätig geworden, so dass der Zedentin ein Schadensersatzanspruch auf Ersatz auch der vorgerichtlichen Anwaltskosten zusteht, der ebenfalls mit dem Vertrag vom 22.12.2010/04.01.2011 an den Kläger abgetreten wurde.

Ersatzfähig sind allerdings nur Anwaltsgebühren aus einem Gegenstandswert von EUR 80.528,47, da nur insoweit ein berechtigter Schadensersatzanspruch der Zedentin besteht. Aus diesem Gegenstandswert kann auch nur eine 1,3-Geschäftsgebühr nach §§ 13, 14 RVG, Nr. 2300 VV RVG verlangt werden, keine 1,5-Gebühr, wie vom Kläger eingeklagt. Eine höhere Gebühr als 1,3 kann nur bei umfangreicher oder schwieriger Tätigkeit verlangt werden; die Klagepartei hat die 1,5-Gebühr nicht begründet und hat nicht vorgetragen, dass die vorgerichtliche Tätigkeit umfangreich oder schwierig gewesen wäre; angesichts des dreiseitigen vorgerichtlichen Schreibens vom 08.12.2010 (Anlage K 6) ist eine solche umfangreiche oder schwierige Tätigkeit auch nicht ersichtlich.

Eine 1,3-Geschäftsgebühr aus EUR 80.528,47 ergibt (inkl. Kostenpauschale und MWSt.) EUR 1.999,32.

F) Kosten, Vollstreckbarkeit

Der Kläger obsiegt bei seinem Hauptantrag auf Zahlung von Schadensersatz hinsichtlich des Fonds DGI 30 mit EUR 80.528,47 und unterliegt hinsichtlich des Fonds DGI 26 mit EUR 15.747,79. Zudem unterliegt er mit seinem Klageantrag Ziffer 3., der mit EUR 10.000,- zu bewerten ist (vgl. den Streitwertbeschluss vom 08.06.2011). Der Kläger unterliegt insgesamt mit EUR 25.747,79, d.h. mit einer Quote von 24,22%. Er muss deshalb nach § 92 Abs. 1 ZPO ein Viertel der Kosten des Rechtsstreits tragen, die Beklagte die übrigen $\frac{3}{4}$. Von den Kosten der Nebenintervention muss der Kläger nach §§ 92 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO ebenfalls ein Viertel tragen, den Rest ihrer Kosten trägt die Streithelferin selbst.

Die Vollstreckbarkeit für den Kläger ergibt sich aus § 709 S. 1, 2 ZPO. Beklagte und Streithelferin können aus dem Urteil nur $\frac{1}{4}$ ihrer Anwaltskosten vollstrecken, was bei einem Streitwert von EUR 106.276,26 über der Schwelle des § 708 Nr. 11 ZPO liegt.

Streitwert

Der Streitwert des Klageantrags Ziffer 1. beträgt EUR 96.276,26. Der Antrag Ziffer 2. (Feststellung des Annahmeverzugs) hat keinen eigenen Streitwert. Der Streitwert des Antrags auf Freistellung von künftigen Ansprüchen gegen den Kläger aus den Fonds hat einen Streitwert von EUR 10.000,-. Der Antrag Ziffer 4. ist eine Nebenforderung und deshalb nicht streitwertbestimmend.

gez.

Weickert
Vorsitzender Richter
am Landgericht

Stadler
Richter
am Landgericht

Dr. Thoma
Richter

Verkündet am 08.06.2011

gez.
Amthor, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle