

Ausfertigung

Geschäftsnummer:
25 O 266/09



Verkündet am
24. März 2011

Handwritten: 17.03.2011 + RSV

Jung, JOSin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Handwritten: Briefing
u. bespr.

Handwritten: led. 24.03.
E 29.03.
led. 24.03.
E 28.03.

Landgericht Stuttgart

25. Zivilkammer

Im Namen des Volkes

Urteil



Im Rechtsstreit

1.

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dres. Schulze, Wilhelm u. Koll., Georg-Wichtermann-Platz 12, 97421 Schweinfurt (943/08MS05)

2.

- Drittwiderbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dres. Schulze, Wilhelm u. Koll., Georg-Wichtermann-Platz 12, 97421 Schweinfurt (943/08MS05)

gegen

Südwestbank AG
vertreten durch d. Vorstand: Dr. Wolfgang Kuhn
Rotebühlstr. 125, 70178 Stuttgart

- Beklagte / Widerklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Emsberger, Tobelander u. Koll., Ulmer-Tor-Str. 29, 88400 Biberach (1013/09TO18)

wegen Forderung

hat die 25. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 03. März 2011 durch den Vors. Richter am Landgericht Schädel als Einzelrichter

für Recht erkannt:

1. Das Versäumnisurteil des Landgerichts Stuttgart vom 28.10.2010
- Az. 25 O 266/09 - wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 94.563,01 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 26.09.2008 zu bezahlen,
Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligungen der Klägerin und ihres Ehemanns, des Drittwiderbeklagten , an folgenden
12 DG-Fonds:
Nr. 19 (2 Stück), 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39, 40,
Stammnummern 19.(), 19.(), 26.(), 27.(), 28.(),
30.(), 31.(), 34.(), 35.0(), 36.0(), 39.(),
40.0().
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von EUR 2.455,20 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 04.07.2009 zu bezahlen.
4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von etwaigen Forderungen des Finanzamts hinsichtlich Steuernachzahlungen oder ähnlichen Forderungen wegen der im Wege der Schadensersatzleistung vorzunehmenden Übertragung der in Ziff. 2 genannten Beteiligungen auf die Beklagte freizustellen.
5. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in Ziff. 2 genannten Beteiligungen im Verzug befindet.
6. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
7. Die Drittwiderklage der Beklagten/ Drittwiderklägerin gegen den Drittwiderbeklagten wird abgewiesen.

8. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte tragen die durch ihre Säumnis am 28.10.2010 verursachten Mehrkosten.

Von den übrigen Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte / Drittwiderklägerin die außegerichtlichen Kosten des Drittwiderbeklagten allein und in voller Höhe.

Von den danach verbleibenden Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 3/4 und die Beklagte / Drittwiderklägerin 1/4.

9. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Streitwert der Klage:

EUR 311.376,77

EUR 41.937,89 (§ 45 (1) 2 GKG - Hilfsanspruch wg. entgang. Gewinn)

= EUR 353.314,66

Streitwert der Drittwiderklage:

EUR 5.001 - 6.000

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die beklagte Bank aus eigenem wie aus abgetretenem Recht ihres Ehemanns, des Drittwiderbeklagten, auf Schadensersatz wegen Falschberatung beim Erwerb der 12 im Tenor genannten (treuhänderischen) Beteiligungen an DG-Fonds in Anspruch (vgl. i.e. die Tabellen mit den einzelnen Fonds-Daten in den Anlagen zu diesem Urteil sortiert nach Fonds-Nr. bzw. nach Zeichnungsdatum). Welche der streitgegenständlichen Fonds vom Zeugen Hangstörfer, einem Angestellten der Beklagten, vermittelt worden sind und in welcher Weise er die Eheleute dabei beraten hat, ist streitig.

Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte (künftig: die Eheleute W.) tragen vor, der Zeuge Hangstörfer habe sie als Mitarbeiter der Beklagten jahrelang betreut und beraten und ihnen häufig aus eigener Initiative die streitgegenständlichen Fonds empfohlen. Er habe die Fondsanteile zu Unrecht als krisensicher, als für die von den Eheleuten gewünschte Altersvorsorge geeignet und trotz des fehlenden Zweitmarkts als jederzeit veräußerbar hingestellt. Außer den allgemein bestehenden Risiken habe er auch verschwiegen, dass die Beklagte die Fonds-Anlagen keiner eigenen Plausibilitätsprüfung unterzogen habe. Die Beklagte habe sich infolge ihrer wirtschaftlichen Verflechtung mit der Treuhänderin der Fonds in einem Interessenkonflikt befunden und zudem jeweils das in den Prospekten ausgewiesene agio von 5% sowie eine weitere Provision von 3% aus dem Nennbetrag erhalten, ohne dass dies den Eheleuten offengelegt worden sei. Diese seien lediglich davon ausgegangen, dass die Beklagte vom agio von 5% einen gewissen Anteil bekomme.

Tatsächlich hätten die Fonds eine negative Entwicklung genommen, da sie von Banken gehaltene Immobilien zu weit überhöhten Preisen angekauft hätten. Bei ausreichender Erkundigung und Studium der Wirtschaftspresse hätte die Beklagte dies erkennen und den Eheleuten vom Erwerb abraten müssen.

Die Prospekte der einzelnen Fonds hätten die Eheleute immer erst erhalten, nachdem sie einen Fonds gezeichnet gehabt hätten.

Soweit in den Prospekten allgemein Vertriebs- bzw. Kapitalbeschaffungskosten aufgeführt seien, habe man den Eheleuten verschwiegen, dass das von ihnen zu zahlende agio von 5% gar nicht im Investitionsplan des Fonds enthalten gewesen sei und nicht nur das agio, sondern auch eine weitere Provision (Rückvergütung) von den Fonds an die Beklagte als Vermittlerin geflossen sei. Zur Aufklärung über solche „Schmiergeldzahlungen“ an sich selbst sei die Beklagte aber nach der Rechtsprechung wegen des sich daraus ergebenden Interessenkonflikts verpflichtet gewesen. Wie hoch diese Zahlungen an die Beklagte im Einzelnen gewesen seien, sei dabei rechtlich irrelevant.

Schließlich seien die Eheleute auch nicht über das Risiko eines Totalverlusts ihres Anlagekapitals aufgeklärt worden.

Die Klägerin legt ihrer Schadensberechnung die Anlagebeträge zum Nennwert zzgl. 5% agio zugrunde. Erlangte, der Höhe nach streitigen Ausschüttungen und Steuervorteile bringt sie aus rechtlichen Erwägungen nicht in Abzug.

Vorsorglich beziffert sie die erhaltenen Ausschüttungen mit insgesamt EUR 41.716,10 (vgl. Tabelle) und die erlangten Steuervorteile mit EUR 41.937,89 (Bl.288; K 14/ Bl.335).

Soweit Steuervorteile entgegen ihrer Auffassung doch in Abzug zu bringen seien, stellt die Klägerin dem vorzunehmenden Vorteilsausgleich wegen der Steuervorteile hilfsweise den ihr zu ersetzenden entgangenen Gewinn entgegen. Dieser ergebe sich aus einer über eine Laufzeit von 10 Jahren fiktiv mit 5% anzusetzenden festverzinslichen anderweitigen Kapitalanlage und liege damit höher als die erlangten Steuervorteile. Deren Abzug sei daher insgesamt nicht gerechtfertigt. Jedenfalls müsse die Beklagte die Klägerin bzw. die Eheleute dann von etwaigen Nachforderungen des Finanzamts freistellen.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte unter Aufhebung des im Tenor genannten Versäumnisurteils zu verurteilen, an die Klägern EUR 311.376,77 und wie im Tenor Zinsen zu bezahlen und zwar wie im Tenor Zug um Zug gegen Übertragung der dort aufgeführten Beteiligungen,

2. die Beklagte zur Zahlung vorgerichtlicher Anwaltsgebühren in Höhe von EUR 4.380,15 nebst Zinsen wie im Tenor zu verurteilen,
3. hilfsweise für den Fall der die nach Ziffer 1.) beantragten Schadensersatzleistung mindernden Anrechnung von erzielten Steuervorteilen festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Kläger von etwaigen Forderungen des Finanzamts wegen nachträglicher Aberkennung von Verlustzuweisungen und darauf basierender Forderungen von Steuernachzahlungen oder ähnlich begründeter Forderungen des Finanzamts aufgrund der Beteiligungen der Klägerin an den im Tenor genannten DG-Fonds freizustellen,
4. festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme der Beteiligungen gemäß des Antrags Ziff. 1 im Verzug befindet.

Der Drittwiderbeklagte beantragt, die Drittwiderklage abzuweisen.

Die Beklagte/Drittwiderklägerin beantragt, das im Tenor genannte Versäumnisurteil (gegen die Klägerin und den Drittwiderbeklagten) aufrecht zu erhalten und die weiteren Klaganträge abzuweisen.

Sie bestreitet die klägerischen Forderungen nach Grund und Höhe. Die Zahlungen der Eheleute seien nicht belegt. Nach den vorgelegten Unterlagen sei nicht sicher, welche der streitgegenständlichen Fonds-Beteiligungen der Zeuge Hangstörfer in welcher Höhe überhaupt vermittelt habe. Die Beklagte bestreitet, dass der Zeuge die Eheleute falsch oder unvollständig beraten habe. Letztere hätten in der Regel Zeichnungsscheine eingereicht, ohne dass es überhaupt eine Beratung gegeben habe. Die von den Eheleuten geltend gemachten Beratungspflichten bestünden aus Rechtsgründen nicht und seien überzogen. Die Fonds seien durchaus wirtschaftlich erfolversprechend gewesen.

Die Eheleute übergangen zu Unrecht die erlangten Steuervorteile, welche ihr Hauptmotiv für den Erwerb der Anteile gewesen seien. Diese Vorteile verblieben ihnen

auch dann, wenn die Beteiligungen bei der Schadensabwicklung auf die Beklagte übertragen würden. Dieser Vorgang sei nicht steuerbar und eine Nachversteuerung sei schon infolge des Zeitablaufs ausgeschlossen.

Vorsorglich erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung. Die wirtschaftlich schlechte Entwicklung der Fonds insbesondere wegen einer Änderung in der Steuergesetzgebung sei den Eheleuten schon seit Jahren bekannt gewesen; ebenso die mit den Beteiligungen verbundenen Risiken. Die Eheleute hätten über Jahre hinweg auch sonstige ähnliche Beteiligungen an Fonds erworben.

Ein Beratungsvertrag sei nicht zustande gekommen. Jedenfalls habe es seitens des Zeugen Hangstörfer keine falsche oder unvollständige Beratung gegeben. Dieser habe ausreichend auf die Risiken der Anlage hingewiesen. Den Eheleuten seien auch immer rechtzeitig vor Erwerb die einschlägigen Prospekte überlassen worden. Ihnen seien daher auch die an die Vermittler bezahlten agios und Provisionen bekannt gewesen. Sie hätten sogar in einzelnen Fällen über einen Nachlass bei der Provision verhandelt.

Dass die Beklagte insgesamt 8% für die Vermittlung erhalten habe, bestreitet diese, allerdings ohne offen zu legen, welche Beträge sie im Einzelnen erhalten hat. Es habe aber weder ein Interessenkonflikt der Beklagten vorgelegen, noch seien von den Fonds Immobilien zu überhöhten Preisen oder aus Eigenbeständen beteiligter Banken erworben worden. Die verlangte Plausibilitätsprüfung sei von Fachleuten der mit der Beklagten verbundenen Genossenschaftszentralbank durchgeführt worden. Es liege insgesamt weder eine schuldhafte Pflichtverletzung vor, noch seien die Beanstandungen der Eheleute kausal für den Erwerb gewesen.

Die Beklagte errechnet die den Eheleuten zugeflossenen Steuervorteile aus den Rechenschaftsberichten der Fonds, setzt entsprechend auch die Ausschüttungen ab und gelangt insgesamt zu erheblichen Abzügen (vgl. die Zahlen in den Anlagen). Ein Schaden sei den Eheleuten danach rechnerisch überhaupt nicht entstanden. Den von der Klägerin geltend gemachten entgangenen Gewinn bestreitet die Beklagte mangels eines schlüssigen substantiierten Sachvortrags der Klägerin.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivortrags wird auf die eingereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis dazu erhoben, welche DG-Fonds der Zeuge Hangstörfer an die Eheleute Wieland vermittelt hat und inwieweit dabei eine Beratung stattgefunden hat, durch Vernehmung des Zeugen. Auf die Sitzungsniederschrift vom 03.03.2011 (Bl. 468 ff) wird verwiesen.

Der nach Schluss der Verhandlung eingereichte, nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 14.03.2011 gab dem Gericht keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage ist zulässig. Insbesondere hat die Klägerin für den Fall, dass ihr die Beklagte Schadensersatz schuldet und auf den Schaden die erlangten Steuervorteile anzurechnen sind, auch ein berechtigtes Feststellungsinteresse zu der Frage, ob die Beklagte sie im Rahmen des Schadensersatzes von etwa später noch sich ergebenden Nachforderungen des Finanzamts freizustellen hat.

Auch die Drittwiderklage der Beklagten / Widerklägerin auf negative Feststellung von Ansprüchen des Drittwiderbeklagten ist zulässig, obwohl dieser seine Ansprüche gegen die Beklagte an die Klägerin abgetreten haben will und sich gegenüber der Beklagten keiner Ansprüche berührt. Auf die Rechtsprechung des BGH dazu im Urteil vom 30.09.2010 - Az. Xa ARZ 208/10 - wird verwiesen.

II.

Die Klage ist nach Maßgabe des Tenors der Höhe nach nur teilweise begründet, so dass ihr unter Aufhebung des Versäumnisurteils insoweit stattzugeben war. Im Übrigen war die Klage abzuweisen.

Die Beklagte schuldet der Klägerin Schadensersatz, weil sie in der Person ihres Angestellten Hangstörfer die Eheleute Wieland vor und beim Erwerb der streitgegenständlichen Beteiligungen, ausgenommen bei den beiden DG-Fonds Nr. 19, nicht ausreichend

über die von den Fonds erhaltenen agios und Provisionen aufgeklärt hat. Unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung muss sich die Klägerin dabei die erhaltenen Ausschüttungen der Fonds und gezogene Steuervorteile anrechnen lassen. Die Ansprüche der Klägerin sind, soweit sie berechtigt sind, nicht verjährt.

1. Zwischen der Beklagten und den Eheleuten bzw. teils auch mit dem Drittwiderbeklagten allein sind hinsichtlich der Fonds-Beteiligungen, ausgenommen die Nrn. 19 stillschweigend Beratungsverträge zustande gekommen. Dies ergibt sich aus dem Ablauf der verschiedenen Erwerbsvorgänge, wie sie der Zeuge Hangstörfer zur Überzeugung des Gerichts glaubhaft geschildert hat. Danach hat der Zeuge den Eheleuten in der Regel, sei es mit oder ohne vorherige Absprache die einschlägigen Prospekte mit den Beschreibungen der Anlagekonditionen nebst einem blanko Zeichnungsschein übersandt, die Eheleute haben die Prospekte studiert und anschließend die Zeichnungsscheine meist persönlich beim Zeugen abgegeben und sich dazu vorher noch bestimmte Fragen beantworten lassen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme haben sie sich bei ihren Entscheidungen voll auf den Rat des Zeugen Hangstörfer verlassen. Dass danach bei diesen Anlagen nach den Kriterien der Rechtsprechung eine Beratung stattgefunden hat und damit bei den einzelnen Beteiligungen jeweils konkludente Beratungsverträge zustande gekommen sind, kann bei der vorliegenden Fallgestaltung nicht zweifelhaft sein. Die überlassenen Prospekte in Verbindung mit den nachträglichen mündlichen Erläuterungen dazu waren insgesamt Teil der von der Beklagten durchgeführten Beratung. Insbesondere lag eine solche auch vor, wenn die Eheleute den Zeichnungsschein bereits ausgefüllt zur Bank gebracht haben, da sie ihn nach Aussage des Zeugen an die Beklagte erst nach weiterer Beratung und Beantwortung von Fragen an den Zeugen Hangstörfer übergeben haben. Ein Auftrag zur Weiterleitung des Zeichnungsscheins an die DG ohne vorherige Beratung lag daher auch in solchen Fällen nicht vor.

Anders liegt der Fall bei den beiden bei Zeichnung durch die Eheleute schon länger laufenden Fonds Nr. 19. Nachdem die Eheleute mit der Beklagten über den Vater des Drittwiderbeklagten und später auch allein in ständiger Geschäftsverbindung standen und schon vorher zahlreiche Fonds-Beteiligungen erworben hatten, haben sie bzw. der Drittwiderbeklagte die Beklagte/Drittwiderklägerin beim Fonds Nr. 19 mit der Vermittlung des Erwerbs nicht im Zuge der Emission des Papiers, sondern auf dem

Zweitmarkt beauftragt, ohne sich insoweit weiter persönlich beraten zu lassen. Der Auftrag erfolgte ausweislich des nicht weiter angezweifelten Schreibens der Beklagten vom 30.08.1996 (K 11, 267) telefonisch, so dass von einer Beratung nicht ausgegangen werden kann. Gegenteiliges haben die Eheleute jedenfalls weder substantiiert vorgetragen noch bewiesen.

2. Die Beratung hinsichtlich der übrigen Fonds war nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fehlerhaft. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat eine Bank bei der Vermittlung von Fonds-Beteiligungen als Kapitalanlage den Anleger darüber aufzuklären, dass Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, welche der Kunde an die Fondsgesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die Bank umsatzabhängig zurückfließen. (BGH vom 27.10.2009 - XI ZR 338/08 - WM 2009, 2306 ff., nach juris Rz.31 a.E.). Anders ist dies nur dann, wenn die an die Bank bezahlten Beträge für Eigen- und Fremdkapitalbeschaffung im Fondsprospekt dem Inhalt und der Höhe nach korrekt ausgewiesen sind, sofern der Prospekt dem Anleger rechtzeitig vor seiner Anlageentscheidung übergeben worden ist. Erhält die Bank verdeckte Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen, muss sie den Kunden über diese Rückvergütungen aufklären, damit der Kunde beurteilen kann, ob bei der Bank ein Interessenkonflikt vorliegt und ihre Anlageempfehlung allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung erfolgt ist, oder im Interesse der Bank, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten (BGH vom 19.12.2006 - XI ZR 56/05 - WM 2007,487).
3. Die Beratung der Eheleute durch die Beklagte bzw. den Zeugen Hangstörfer genügte den Anforderungen der Rechtsprechung an den Umfang der Aufklärung über den Erhalt von Provisionen und Rückvergütungen nicht, weil die Beklagte die Eheleute nicht darauf hingewiesen hat, dass sie als vermittelnde Bank das aus dem Zeichnungsschein ersichtliche agio von 5% in voller Höhe als Vermittlungsgebühr erhielt und darüber hinaus noch eine weitere Provision, deren Höhe von weiteren 3% die Beklagte nicht substantiiert bestritten hat.

Aus der glaubhaften Aussage des Zeugen Hangstörfer ergibt sich zur Überzeugung des Gerichts mit aller Deutlichkeit, dass dieser die Eheleute zu keiner Zeit darüber aufgeklärt hat, dass gerade die Beklagte das agio von 5% erhielt; ebenso wenig da-

rüber, dass die Beklagte für die Vermittlung darüber hinaus sogar noch eine weitere Provision erhielt. Die Eheleute wurden darüber völlig im Unklaren gelassen, dass für die sie beratende Beklagte ein offensichtlicher Interessenkonflikt bestand, weil die Beklagte für jeden vermittelten Fonds-Anteil eine entsprechend Provision erhielt, welche betragsmäßig zuvor wirtschaftlich von den Eheleuten als Anlegern getragen und mit dem agio bzw. dem Erwerbspreis voll bezahlt wurde. Ob dieser Vorgang als sog. „Kick-back“ zu bezeichnen ist, kann dahinstehen. Maßgeblich ist, dass die Beklagte die Eheleute nicht über den zugrunde liegenden Interessenkonflikt aufgeklärt hat. Dies macht ihre Beratung fehlerhaft. Das Gericht hält die dahingehende Rechtsprechung des OLG Stuttgart im Urteil vom 24.02.2010 - 9 U 58/09 - , die sich ohne Widersprüche nahtlos in die Rechtsprechung des BGH einfügt, für voll überzeugend.

4. Die Beratung der Eheleute wurde nicht dadurch fehlerfrei, dass einerseits das agio in den Zeichnungsscheinen mit 5% ausgewiesen war und in den Prospekten der DG-Fonds in der dargestellten Kalkulation Kapitalbeschaffungskosten betragsmäßig ausgewiesen sind. (Zur Berücksichtigung der Prospektangaben als Inhalt der Beratung durch die Bank vgl. BGH vom 17.09.2009 - XI ZR 264/08). Aus diesen Angaben ergibt sich zwar, dass die Anleger die genannten Kosten zu tragen hatten. Nicht ersichtlich ist jedoch, dass diese Kosten gerade an die Beklagte als die beratende Bank zurückflossen. Ohne dass es auf die genaue Höhe dieses Rückflusses ankommt, folgt daraus doch, dass die Anleger über den bei der beratenden Bank bestehenden Interessenkonflikt im Unklaren gelassen wurden. Gerade darin liegt aber die fehlerhafte Aufklärung (ebenso OLG Stuttgart aaO).
5. Für die fehlerhafte Beratung haftet die Beklagte schon bei leichter Fahrlässigkeit, welche durch die dargelegte Pflichtverletzung indiziert ist. Die Beklagte ist nicht etwa entschuldigt, weil sie mit einer Aufklärungspflicht hinsichtlich der Zahlungen an sich nicht habe rechnen müssen. Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH nicht der Fall, weil dieser schon in den Jahren 1989 / 1990, d.h. in der Zeit schon vor den streitgegenständlichen Beratungen in verschiedenen Entscheidungen auf die Aufklärungspflichten bei Rückvergütungen hingewiesen hatte (vgl. Beschluss des BGH vom 29.06.2010 - XI ZR 308/09 - mwN - NJW 2010, 2339; BGH vom 20.01.2009 - XI ZR 510/07 nach juris; BGH vom 28.02.1989 - XI R 70/88 nach OLG Stuttgart vom 24.02.2010 - aaO).

6. Aufgrund der Pflichtverletzung der Beklagten ist die Klägerin aus eigenem Recht wie als Zessionarin ihres Ehemanns so zu stellen, als ob die Eheleute die streitgegenständlichen Fonds-Beteiligungen ausgenommen die beiden Nrn. 19 nicht erworben hätten. Die (widerlegbare) Vermutung der Ursächlichkeit der fehlerhaften Aufklärung für den Erwerb hat die Beklagte nicht erschüttert. Da die Eheleute zu keiner Zeit erfahren haben, dass agio und Provision aus ihrem Anlagekapital an die Beklagte geflossen sind, kann nicht angenommen werden, dass sie die Fonds-Beteiligungen auch dann erworben hätten, wenn sie gewusst hätten, dass die Beklagte 8% ihres eingezahlten Kapitals erhielt. Dies gilt auch dann, wenn man davon ausgeht, dass die Eheleute, was sie im Termin eingeräumt haben, allein aus ihrer Lebens- bzw. Anlageerfahrung ohne konkrete Hinweise angenommen haben mögen, dass die Beklagte ausschließlich aus dem agio einen Anteil erhielt. Dass den Eheleuten damit das wahre Ausmaß des bei der Beklagten bestehenden Interessenkonflikts nicht ausreichend klar war, liegt auf der Hand.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Eheleute im Einzelfall über eine Ermäßigung der Provision verhandelt haben mögen. Nach ihrer Darstellung war dies ausschließlich der Fall bei Papieren aus dem Zweitmarkt, wo ihnen klar war, dass die Beklagte für die Vermittlung eine Vergütung erhielt. Daraus folgt jedoch nicht, dass sie auch bei den neu herausgegebenen Beteiligungen Kenntnis von den an die Beklagte geflossenen Zahlungen hatten. Über den Zahlungsfluss hinsichtlich agio und Provisionen bleiben sie gleichwohl völlig im Unklaren. Dies ergibt sich zur Überzeugung des Gerichts aus der Aussage des Zeugen Hangstörfer, der insoweit ausschließlich auf nicht unzureichenden Angaben in den Prospekten verwiesen hat, aber nichts von einer eigenen Aufklärung der Eheleute zu berichten wußte.

7. Ob weitere von den Eheleuten weitgehend ohne ausreichende tatsächliche Substantiierung bzw. mit fraglicher rechtlicher Begründung behauptete Pflichtverletzungen der Beklagten bzw. ihres Mitarbeiters Hangstörfer zu bejahen wären, kann dahinstehen. Auf sie kommt es, nachdem eine fehlerhafte Beratung über die an die Beklagte geflossenen Zahlungen vorliegt und allein schon daraus die Schadensersatzpflicht der Beklagten folgt, nicht mehr an.

8. Die Schadensersatzansprüche der Eheleute wegen fehlerhafter Aufklärung über die Rückvergütungen an die Beklagte sind nicht verjährt. Anzuwenden ist in den vorliegenden Übergangsfällen § 199 BGB n.F., wonach die Eheleute, um die neue Verjährungsfrist von 3 Jahren in Lauf zu setzen, Kenntnis von den Zahlungen an die Beklagte gehabt haben müssen (OLG Stuttgart aaO m.w.N. zur BGH-Rspr.). Auf sonstige Pflichtverletzungen kommt es dabei nicht an, da der Eintritt der Verjährung für jede einzelne Pflichtverletzung gesondert zu prüfen ist (vgl. OLG Stuttgart aaO mwN und BGH vom 21.03.2000 - XI ZR 183/98). Dass die Eheleute von den Zahlungen so frühzeitig Kenntnis gehabt haben, dass die dreijährige Verjährungsfrist abgelaufen war, insbesondere durch die Einreichung der Klage nicht mehr gehemmt werden konnte, ist von der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

9. Nachdem die Beklagte die Klägerin und ihren Ehemann aufgrund der fehlerhaften Beratung so zu stellen hat, wie wenn die Eheleute die streitgegenständlichen Beteiligungen ausgenommen die Nr. 19 nicht gezeichnet hätten, ergibt sich die Höhe des berechtigten Schadensersatzanspruchs wie aus den Tabellen in den Anlagen zum Urteil ersichtlich.
 - a) Grundsätzlich hat die Beklagte den Eheleuten bzw. der Klägerin als Zessionarin der Ansprüche ihres Ehemanns, wie geltend gemacht, alle bezahlten Nennbeträge wie auch die bezahlten Beträge von 5% agio zu ersetzen. Der Gesamtbetrag aller streitgegenständlichen Beteiligungen beläuft sich, wie in den Tabellen dargestellt, auf DM 609.000,00 bzw. EUR 311.376,76.

 - b) Herauszurechnen sind insoweit die Beträge für die Alt-Fonds Nr. 19 einschließlich agio in Höhe von 52.500,00 DM und 31.500,00 DM (Tabelle A - lfd. Nr. 1 und 2), weil insoweit eine Beratung nicht vorlag. Zur besseren Vergleichbarkeit mit den Zahlen der Klägerin werden die Beträge zu den Nrn. 19 inclusive der entsprechenden Ausschüttungen und Steuervorteile in der Tabelle erst am Ende in Abzug gebracht bzw. berücksichtigt.

- c) Die Beklagte wendet mit Recht ein, dass vom Schaden der Eheleute im Wege der Vorteilsausgleichung die erhaltenen Ausschüttungen und die erlangten Steuervorteile in Abzug zu bringen sind.

Dass die Klägerin die Ausschüttungen gegen sich gelten lassen muss, bedarf keiner weiteren Begründung (vgl. OLG Stuttgart aaO).

Der Höhe nach ist bei den Ausschüttungen von den Zahlen der Eheleute auszugehen, aus welchen sich ein Gesamtbetrag in Höhe von EUR 41.716,10 ergibt (vgl. Tabelle und Bl. 467 d.GA). Dass für die Ausschüttungen ein höherer Betrag abgezogen werden müsste, hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht dargetan und nicht unter Beweis gestellt. Soweit sie in ihrer Gegenrechnung die Ausschüttungen auf Grund von Prospektangaben bzw. irgendwelcher Abrechnungsunterlagen aufaddiert, ist dies nicht zulässig oder verwertbar, weil es auf die tatsächlich bei den Eheleuten angekommenen Zahlungen ankommt. Diese können durch die Prospektangaben nicht belegt werden. In der Gesamtabrechnung sind daher, wie von den Eheleuten substantiiert vorgerechnet und zugestanden, Ausschüttungen in Höhe von insgesamt EUR 41.716,10 abzüglich der Beträge für die aus der Abrechnung insgesamt herauszunehmenden Fonds Nr. 19 in Höhe von EUR 13.287,33 bzw. EUR 1.636,12 in Abzug zu bringen, welche in der Tabelle unten als ein Betrag von EUR 14.923,45 zusammengefasst sind. Um diesen Betrag müssen die in der Tabelle zunächst in voller Höhe von EUR 41.716,10 einschließlich der Nrn. 19 berücksichtigten Ausschüttungen rechnerisch wieder vermindert werden.

- d) In gleicher Weise sind nach der Rechtsprechung des BGH im Wege des Vorteilsausgleichs auch die nachhaltig erlangten Steuervorteile der Eheleute in Abzug zu bringen (BGH vom 14.06.2004 - II ZR 393/02 - WM 1984,1077; BGH vom 24.04.2007 - XI ZR 17/06 - WM 2007,1173;).

Solche endgültig verbleibenden Steuervorteile haben die Eheleute erlangt, weil die bei der Schadensabwicklung Zug um Zug vorzunehmende Übertragung der Beteiligungen auf die Beklagte nicht zu versteuern ist. Ein Steuertatbestand liegt insoweit nicht vor. (so BGH vom 17.11.2005 - III ZR 350/04 - WM 2006,174 - nach juris Rz. 8 ff.; ebenso BFH vom 27.06.2006 - IX R 47/04). Die Steuervorteile würden

bei der Abwicklung ohne Grund bei den Eheleuten verbleiben und bei ihnen zu einem im Schadensersatzrecht nicht zu rechtfertigenden Vorteil führen.

Im Übrigen verweist die Beklagte mit Recht darauf, dass jedenfalls inzwischen eine rückwirkende Besteuerung des ursprünglichen Erwerbsgeschäfts infolge Zeitablaufs nicht mehr in Frage kommen dürfte.

Betragsmäßig ist von den von der Beklagten errechneten Steuervorteilen auszugehen. Zwar obliegt es im Rahmen der Vorteilsausgleichung grundsätzlich dem Schädiger, die anzurechnenden Vorteile darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Ist der Schädiger dazu aber nicht in der Lage, weil es um Tatsachen geht, die nur dem Geschädigten bekannt sind und deren Mitteilung dem Geschädigten zumutbar ist, trifft diesen eine sekundäre Darlegungslast (BGH vom 25.01.2011 - II ZR 171/09 - unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, ZIP 2008, 412 Rn. 27; Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 203/08, juris Rn. 31). Danach muss der Anleger die für die Berechnung seiner Steuervorteile nötigen Tatsachen darlegen und insbesondere die einschlägigen Steuerbescheide vorlegen. Kommt er dieser Darlegungslast nicht nach, ist nach § 138 Abs. 3 ZPO von unstreitigen Steuervorteilen in der von der Beklagten behaupteten Höhe auszugehen.

Trotz der Auflage des Gerichts durch Verfügung vom 16.08.2010 (Bl. 215), entsprechende Unterlagen vorzulegen, hat die Klägerin dies nur in rudimentärem Maße getan und sich in unzulässiger Weise darauf zurück gezogen, dass ihr Steuerberater bestimmte Steuervorteile errechnet habe bzw. noch errechnen werde. Dies genügt zur Erfüllung ihrer Darlegungspflicht nicht, weil die Beurteilung des Steuerberaters der Klägerin im Hinblick auf das Bestreiten der Beklagten nicht verwertet werden kann und prozessual als Parteivortrag der Klägerin nicht beweiskräftig ist.

Demgegenüber erscheint die Berechnung der Beklagten nicht von vornherein als un schlüssig, so dass von Steuervorteilen in der von ihr berechneten Höhe von insgesamt EUR 114.825,55 abzüglich der auf die Fonds Nr. 19 entfallenden Vorteile in Höhe von EUR 8.804,45 auszugehen ist. (Diese zu den Nrn. 19 gehörenden und außer Betracht zu lassenden Vorteile werden wie oben bei den Ausschüttungen in der Tabelle erst am Ende korrigierend berücksichtigt.)

10. Die negative Berücksichtigung der Steuervorteile im Rahmen der Vorteilsausgleichung wird nicht durch den von der Klägerin hilfsweise geltend gemachten entgangenen Gewinn kompensiert. Diesen beziffert die Klägerin nicht konkret, macht ihn aber entsprechend der Höhe der von ihr angenommenen Steuervorteile von EUR 41.937,89 (Bl. 288) geltend. Um diesen Betrag eines hilfsweise geltend gemachten Anspruchs der Klägerin erhöht sich im Übrigen auch der Streitwert (§ 45 (1) 2, GKG).

Grundsätzlich schuldet der Schädiger im Rahmen des Schadensersatzes auch entgangenen Gewinn. Aus dem Sachvortrag der Klägerin ergibt sich ein solcher jedoch weder dem Grunde noch der Höhe nach.

Gem. § 252 BGB ist der zu ersetzende Gewinn 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. Die dazu erforderlichen Tatsachen sind von der Klägerin nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich. Die Klägerin trägt schon nicht substantiiert vor, welche Kapitalanlagen die Eheleute konkret und alternativ zu den erworbenen Fonds getätigt hätten. Unstreitig haben sie über Jahre hinweg und auch schon vor den streitgegenständlichen Fonds fast ausschließlich in Immobilienfonds-Beteiligungen investiert, welche sich offensichtlich z.T. durchaus auch zu ihrer Zufriedenheit entwickelt haben und die deshalb wohl auch nicht streitgegenständlich sind. Dass sie bei Erwerb anderer Immobilienfondsbeteiligungen den von ihnen reklamierten Gewinn gemacht hätten, ist weder substantiiert dargelegt noch sonst belegt. Es kann daher nicht mit den Eheleuten davon ausgegangen werden, dass sie den behaupteten, rein theoretisch aus Durchschnittswerten ermittelten Gewinn gemacht hätten. Anzunehmen ist vielmehr, dass sich solche Alternativerwerbe keineswegs anders (negativ) entwickelt hätten als die streitgegenständlichen. Danach hätten sich vergleichbare Verluste auch bei anderen Beteiligungen eingestellt, so dass ein entgangener Gewinn schon dem Grunde nach nicht einfach unterstellt oder gar festgestellt werden kann. Auch sonst könnte die Höhe eines etwaigen entgangenen Gewinns auf Grund der Erwägungen der Eheleute nicht annähernd verlässlich ermittelt werden, obwohl dem Gericht bei der Ermittlung im Rahmen der freien Schadensschätzung ein weiter Spielraum zur Verfügung steht. Insgesamt kann der Klägerin daher kein Schadensersatz in Form eines entgangenen Gewinns zugesprochen werden. Es fehlt dafür jede verlässliche Basis zur Schadensschätzung.

Nach alledem ergibt sich ein Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von insgesamt EUR 94.563,01. Auf die Berechnung in den Anlagen zu diesem Urteil wird im Einzelnen verwiesen. Der Zinsanspruch der Klägerin ergibt sich aus dem Gesetz.

III.

Der Anspruch der Klägerin auf Erstattung von Anwaltsgebühren ist hinsichtlich der Begründung und Berechnungsweise von der Beklagten nicht angegriffen und ergibt sich auf der Grundlage des Anspruchs in der Hauptsache. Der Höhe nach sind die Anwaltsgebühren daher der nur in geringerem Umfang begründeten Hauptforderung anzupassen.

Ausgehend von der im Grundsatz ansonsten nicht angegriffenen Gebührennote des Klägervertreeters ergibt sich unter Berücksichtigung von 2 Auftraggebern bei Ansatz des richtigen geringeren Streitwerts entsprechend dem jetzt festgestellten Klagerfolg für die vorgerichtlichen Anwaltsgebühren der Eheleute folgende Abrechnung:

Streitwert nunmehr: EUR 94.563,01

1,6 Geschäftsgebühr incl. Erhöhungsgebühr	EUR 2.043,20
Auslagenpauschale	<u>EUR 20,00</u>
	EUR 2.063,20
19% USt.	<u>EUR 393,00</u>
	<u>EUR 2.455,20</u>

IV.

Die zulässigen Feststellungsanträge der Klägerin sind begründet.

Sollte die Klägerin vom Finanzamt wegen der Übertragung der Beteiligungen - wenn vielleicht auch nur zu Unrecht - doch noch auf Steuerzahlungen in Anspruch genommen werden, ist die Beklagte im Rahmen ihrer Schadensersatzpflicht zur Freistellung der Eheleute verpflichtet.

Der Verzug mit der Annahme der Beteiligungen ergibt sich aus der unstrittigen Sachlage sowie den obigen Ausführungen zur materiellen Rechtslage.

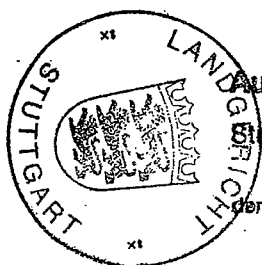
V.

Die Drittwiderklage ist unbegründet, so dass das (negativ) feststellende Versäumnisurteil gegen den Drittwiderbeklagten aufzuheben und die Drittwiderklage abzuweisen war.

Die Beklagte/Drittwiderklägerin hat insoweit die Feststellung begehrt, dass dem Drittwiderbeklagten im Zusammenhang mit der Vermittlung der im Tenor genannten DG-Fonds keine Schadensersatzansprüche zustehen. Diesen negativen Feststellungsantrag hat die Beklagte damit gerechtfertigt, dass mit einer Entscheidung gegenüber der Klägerin noch nicht abschließend geklärt sei, ob dem Drittwiderbeklagten etwa wegen Unwirksamkeit der behaupteten Abtretung seiner Ansprüche an die Klägerin nicht vielleicht doch Ansprüche gegen die Beklagte zustehen könnten. Auf der Basis, dass die Widerklägerin die Abtretung anzweifelt, ist ihr negativer Feststellungsantrag zwar zulässig aber nicht begründet. Sind die Ansprüche nämlich nicht wirksam abgetreten, so stehen die nach den obigen Ausführungen der Klägerin zugesprochenen Ansprüche dann jedenfalls teilweise doch dem Drittwiderbeklagten zu. Für die negative Feststellung im Rahmen der Drittwiderklage ist daher kein Raum. Jedenfalls würde der Widerklägerin insoweit auch das Rechtsschutzinteresse an einer negativen Feststellungsklage fehlen. Die Widerklage ist daher insgesamt unbegründet und unter Aufhebung des Versäumnisurteils abzuweisen.

VI.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 344, 92 (1) ZPO, die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.



Ausgefertigt — Beglaubigt

Stuttgart, den 24. März 2011

Präsidentenbeamter
der Geschäftsstelle des Landgerichtes

Schädel

Anlage A zu 25 O 266/09 Wiefand / Südwestbank (sortiert nach Fonds-Nr.)

lfd. Fonds-Nr.	Bl.	Zeichnungsdatum	Fälligkeits-/Ausgabedatum	Betrag lt. Kläger (nominal)	Kurs in %	Betrag zzgl. agio	Ausschütt. lt. Kläger Bl.467	Ausschüttg. lt. Bekl. bzw. lt. Prospekt	Steuer-vorteile lt. Bekl.
				in DM	lt. Kl.-Tb. Bl.467	105,00%	in EUR	in EUR	in EUR
1	K11,267 ff; 273,274; B1,74+77	15.08.95	15.04.87	50.000,00	100,00%	52.500,00	13.287,33		
2	19	03.09.96	15.04.87	30.000,00	100,00%	31.500,00	1.636,12	46.220,79	8.804,45
3	26	12.12.90	14.12.90	20.000,00	100,00%	21.000,00	1.470,46	2.863,24	4.228,28
4	27	10.05.91	17.07.91	20.000,00	100,00%	21.000,00	1.470,46	1.930,64	4.619,11
5	28	06.10.91	11.12.91	20.000,00	100,00%	21.000,00	1.942,86	1.942,91	1.961,67
6	30	10.12.02	28.12.92	30.000,00	100,00%	31.500,00	0,00	0,00	8.426,50
7	31	14.05.93	25.08.93	100.000,00	100,00%	105.000,00	12.782,30	12.782,30	18.177,96
8	34	19.09.94	30.09.94	30.000,00	100,00%	31.500,00	613,56	613,55	6.841,70
9	35	13.05.95	31.05.95	50.000,00	100,00%	52.500,00	1.533,87	1.533,88	9.891,58
10	36	11.10.95	18.12.95	100.000,00	100,00%	105.000,00	0,00	0,00	26.950,20
11	39	06.10.96	27.12.96	100.000,00	100,00%	105.000,00	0,00	0,00	25.828,17
12	40	11.04.97	25.04.97	30.000,00	100,00%	31.500,00	6.979,14	9.305,51	-904,07
				DM 580.000,00	DM	609.000,00	41.716,10	77.192,82	114.825,55

=	
Anlagebetrag incl. agio	EUR 311.376,76
Ausschüttungen lt. Kl.	EUR -41.716,10
Steuer-vorteile lt. Kl.	EUR -41.937,89
Gesamtbetrag lt. Kl.	EUR 227.722,77
abzgl. Anlagebetrag Nr. 19	
abzgl. Anlagebetrag Nr. 19	
Verringerung Abzug bei Ausschüttung Nr. 19	
Verringerung Abzug bei Steuervorteilen Nr. 19	
berechtigte Ansprüche der Kl.	
	EUR 94.563,01

Gesamtbetrag lt. Bekl.

154.835,11

EUR

abzgl. Anlagebetrag Nr. 19

-52.500,00

EUR

abzgl. Anlagebetrag Nr. 19

-31.500,00

EUR

Verringerung Abzug bei Ausschüttung Nr. 19

14.923,45

lt. Kl.

8.804,45

lt. Bekl.

Anlage B) zu 25 O 266/09 Wieland / Südwestbank (sortiert nach Zeichn.-Datum)

lfd. Fonds-Nr.	Bl.	Zeichnungsdatum	Fälligkeits-/Ausgabedatum	Betrag lt. Klager (nominal)	Kurs in %	Betrag zzgl. agio	Ausschütt. lt. Klager Bl.467	Ausschüttg. lt. Bekl. bzw. lt. Prospekt	Steuer-vorteile lt. Bekl.
				in DM	lt. Kl.-Tabelle Bl.467	105,00%	in EUR	in EUR	in EUR
3	K1,46	12.12.90	14.12.90	20.000,00	100,00%	21.000,00	1.470,46	2.863,24	4.228,28
4	K1,47	10.05.91	17.07.91	20.000,00	100,00%	21.000,00	1.470,46	1.930,64	4.619,11
5	K1,48	06.10.91	11.12.91	20.000,00	100,00%	21.000,00	1.942,86	1.942,91	1.961,67
7	K1,50	14.05.93	25.08.93	100.000,00	100,00%	105.000,00	12.782,30	12.782,30	18.177,96
8	K1,51	19.09.94	30.09.94	30.000,00	100,00%	31.500,00	613,56	613,55	6.841,70
9	K1,52	13.05.95	31.05.95	50.000,00	100,00%	52.500,00	1.533,87	1.533,88	9.891,58
1	K11,267 ff. 273,274; Bl.744-77								
1		15.08.95	15.04.87	50.000,00	100,00%	52.500,00	13.287,33		
10	K1,53	11.10.95	18.12.95	100.000,00	100,00%	105.000,00	0,00	0,00	26.950,20
2	do.	03.09.96	18.12.95	30.000,00	100,00%	31.500,00	1.636,12	46.220,79	8.804,45
11	K1,54	06.10.96	27.12.96	100.000,00	100,00%	105.000,00	0,00	0,00	25.828,17
12	K1,55	11.04.97	25.04.97	30.000,00	100,00%	31.500,00	6.979,14	9.305,51	-904,07
6	K1,49	10.12.02	28.12.92	30.000,00	100,00%	31.500,00	0,00	0,00	8.426,50
				DM 580.000,00	DM	609.000,00	41.716,10	77.192,82	114.825,55

=	
Anlagebetrag incl. agio	EUR 311.376,76
Ausschüttung lt. Kl.	EUR -41.716,10
Steuer-vorteile lt. Kl.	EUR -41.937,89
Gesamtbetrag lt. Kl.	EUR 227.722,77

abzgl. Anlagebetrag Nr. 19

abzgl. Anlagebetrag Nr. 19

Verringerung Abzug bei Ausschüttung Nr. 19

Verringerung Abzug bei Steuervorteilen Nr. 19

berechtigte Ansprüche der Kl.

EUR

311.376,76

-41.716,10

-114.825,55

154.835,11

-52.500,00

-31.500,00

14.923,45

8.804,45

94.563,01

lt. Anlagen

lt. Kl.

lt. Bekl.

Gesamtbetrag lt. Bekl.

lt. Kl.

lt. Bekl.