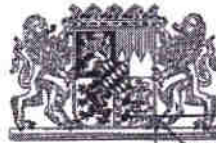


Ausfertigung

Landgericht Würzburg

Az.: 94 O 2526/11



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **RSCW**, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt, Gz.: 11/12337

gegen

Volksbank Raiffeisenbank Würzburg eG, vertreten durch d. Vorstand Rainer Wiederer, Hofstraße 5, 97070 Würzburg

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Schaudt**, Alexanderstr. 5, 70184 Stuttgart, Gz.: 56/12R02

Streithelferin:

DG Anlage Gesellschaft mbH, vertreten durch d. Geschäftsführer Martin Fräsdorf, Gunnar Mängel u. Bernhard Mangel, Hahnstraße 70, 60528 Frankfurt

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **White & Case LLP**, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt, Gz.: 7102726-0001

Streithelferin:

DZ Bank AG, vertreten durch d. Vorstand der Volksbank Raiffeisenbank Würzburg eG, Platz der Republik, 60325 Frankfurt

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **White & Case LLP**, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt, Gz.: 7102726-0001

wegen Schadensersatz

erlässt das Landgericht Würzburg -9. Zivilkammer- durch den Richter am Landgericht Dr. Hitzler als Einzelrichter auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2012 folgendes

Kopie an Mit. Stellungn.	WV.
Kopie an Mit. Stellungn.	Kopie an Mit. Stellungn.
Kopie an Mit. Zahlung	Kopie an Mit. Stellungn.
Kopie an Mit. Telefonatend	Kopie an Mit. Stellungn.

EINGEGANGEN
28. Jan. 2013
RECHTSANWÄLTE

zda Rücksp.

zda

89
Bewf. 28.02.13
Begr. 28.03.13

Endurteil

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 16.049,21 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 17.11.2011 zu bezahlen Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 Dresden, Leipzig, Stammnummer 39.0: 5.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 Dresden, Leipzig, Stammnummer 39.0: 5 in Annahmeverzug befindet.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 Dresden, Leipzig, Stammnummer 39.0: 5 ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt - soweit diese die Steuervorteile übersteigen - und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten wegen der Ausschüttungen erhoben werden können, die die vorstehende Fondsgesellschaft in der Vergangenheit geleistet hat, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB.
4. Die Beklagte wird verurteilt, den Darlehenssaldo des Darlehensvertrags Nr. 320698385 auf Null zu setzen und gegebene Sicherheit freizugeben.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.467,03 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 17.11.2011 zu zahlen.
6. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
7. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

8. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin macht gegen die Beklagte aus abgetretenem und eigenem Recht Schadensersatzansprüche wegen behaupteter fehlerhafter Anlageberatung geltend.

Im Dezember 1996 erwarben die Klägerin und ihr Ehemann, H. [REDACTED], eine Beteiligung an der DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 zum Nominalwert 30.000,00 DM zuzüglich 5 % Agio (vgl. Zeichnungsannahme und Eintragungsbestätigung Anlage K 4).

Am 19.12.1996 erklärte die DG Bank die Zeichnungsannahme und Eintragungsbestätigung zur Stammnummer 39.000 5.

Der Zeichnung vorausgegangen waren Beratungsgespräche des Anlageberaters der Beklagten H. [REDACTED] mit dem Ehemann der Klägerin.

Auf Empfehlung der Beklagten hin finanzierten die Klägerin und deren Ehemann die Beteiligung teilweise durch den Darlehensvertrag Nr. 2000 15 vom 19.12.1996 in Höhe von 24.000 DM, wovon - abzüglich einer Bearbeitungsgebühr von 150 DM - 23.850 DM zur Auszahlung gelangten (Anlage K 1).

Mit Darlehensvertrag Nr. 42 5 über 12.271,02 € erfolgte am 22.01.2002 eine Prolongation des oben genannten Darlehens (Anlage K 2). Eine weitere Prolongation erfolgte mit Darlehensvertrag Nr. 320 8385 über 12.271,01 € (Anlage K 3). Dieser Darlehensvertrag sah erstmals eine Annuität vor, so dass eine Tilgung der Darlehensforderung erfolgen konnte.

Beim DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 handelt es sich um einen geschlossenen Immobilienfonds. Gegenstand des Fonds ist der Erwerb und die Verwaltung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten.

Ausschüttungen gab es bis heute keine.

Die Beklagte erhielt für die streitgegenständliche Beteiligung (jedenfalls) eine Provision in Höhe von 5,5 %. Darüber klärte die Beklagten die Klägerin und den Zedenten freilich nicht auf. Der zuständige Mitarbeiter der Beklagten, [REDACTED] gab vielmehr an, die Beklagte erhalte eine Provision in Höhe von 5 %.

Der Ehemann der Klägerin trat die Schadensersatzansprüche aus der behaupteten fehlerhaften Kapitalberatung an die Klägerin ab.

Die Beklagte erhob die Einrede der Verjährung.

Die Klägerin behauptet, von der Beklagten vor der Zeichnung des DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 nicht ordnungsgemäß beraten worden sein. Ihr und dem Zedenten sei ein vollständig unzutreffendes Bild der Kapitalanlage dargelegt worden. Es sei überhaupt nicht erklärt worden, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung handele, die in einem Totalverlust enden könnte. Die Anlage sei als sicher bezeichnet worden, wenn auch die letzte Stelle der Verzinsung nicht garantiert werden könne. Risiken seien mit der Beteiligung nicht verbunden, das die Profis der DZ Bank hinter der Beteiligung stünden und sich der genossenschaftliche Finanzverbund den aus einem Scheitern der Anlage drohenden Reputationsverlust nicht leisten könne. Der Fond würde nach einer gewissen Zeit regelmäßige Ausschüttungen leisten, vergleichbar z.B. mit Mieten. Außerdem hätte - so die Beklagte damals im Beratungsgespräch - der Fond den Vorteil, dass im Gegensatz zu Mietobjekten sie sich um nichts kümmern bräuchten. Zudem böte die Anlage die Möglichkeit der Steuerersparnis.

Der Zedent und sie seien darüber hinaus über die Fungibilität der Beteiligung getäuscht worden, da ihnen erklärt worden sei, dass ein Rückkauf der Anteile jederzeit möglich sei. In Wirklichkeit habe es nie einen intakten Zweitmarkt für den Fonds gegeben.

Darüber hinaus habe die Beklagte nicht darüber aufgeklärt, dass sie eine Rückvergütung erhalte. Das habe die Klägerin ebenso wie der Zedent auch erst 2011 durch Einschaltung des (jetzigen) Klägervertreters erfahren. Tatsächlich habe die Rückvergütung 8 % betragen.

Außerdem enthalte der Prospekt Fehler, worüber eben sowenig aufgeklärt worden sei. Bei zutreffender Aufklärung aber hätten sie und der Zedent sich an dem streitgegenständlichen Fonds nicht beteiligt.

Als Schadensersatzanspruch macht die Klägerin den Eigenanteil, Zahlungen auf die Darlehen so-

wie entgangenen Gewinn in Höhe von 4 % p. a. auf den Eigenanteil geltend. Steuervorteile müsse sie sich nicht anrechnen lassen, da die Ersatzforderung zu versteuern sei.

Sie beziffert deshalb den Schaden wie folgt:

Eigenanteil	3.834,69 €
Disagio	76,69 €
Zinsen Darlehen Nr. 20 35	4.106,02 €
Zinsen Darlehen Nr. 42 85	8.031,81 €
<u>Entgangener Gewinn auf Eigenanteil (4 % p. a.)</u>	<u>2.288,17 €</u>
insgesamt	18.337,38 €

Darüber hinaus seien außergerichtlich Rechtsanwaltskosten wie folgt angefallen:

<u>Gegenstandswert: 30.608,39 €</u>	
1,8 Geschäftsgebühr gem. Nr. 2300, Nr. 1008 VV RVG	
Erhöhung um 0,30 (2 Auftraggeber)	1.494,00 €
<u>Auslagenpauschale gem. Nr. 7002 VV RVG</u>	<u>20,00 €</u>
Nettobetrag	1.514,00 €
<u>19 % Umsatzsteuer gem. Nr. 7008 VV RVG</u>	<u>287,66 €</u>
Gesamtbetrag	1.801,66 €

Die Klägerin vertritt die Rechtsauffassung, die Beklagte sei auch zum Ersatz der Rechtsanwaltskosten verpflichtet.

Steuervorteile seien nicht anzurechnen. Dies wäre nämlich nur dann der Fall, wenn sie endgültig beim Anleger verbleiben und außergewöhnlich hoch wären.

Die Beklagte sei allerdings zur Erstattung des entgangenen Gewinns in Höhe von 4 % p.a. gemäß § 252 BGB verpflichtet.

Sie ist zudem der Auffassung, die geltend gemachten Ansprüche seien nicht verjährt.

Die Klägerin beantragt daher:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 18.337,38 nebst 5 %-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 17.11.2011 zu zahlen Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 Dresden, Leipzig, Stammnummer 39.0: 15.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagengesellschaft Nr. 39 Dresden, Leipzig, Stammnummer 39.0: 5 in Annahmeverzug befindet.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizu-

stellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 39 Dresden, Leipzig, Stammmummer 39.0: ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten wegen der Ausschüttungen erhoben werden können, die die vorstehende Fondsgesellschaft in der Vergangenheit geleistet hat, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB.

4. Mit dem Klageantrag Ziffer 4. begehrt die Klägerin, die Löschung des zur Teilfinanzierung aufgenommenen Darlehens. Aufgrund der verschwiegenen Provisionszahlungen ist weder die Klägerin, noch der Zedent verpflichtet, weitere Darlehenszahlungen zu leisten.
5. Die Beklagte wird verurteilt, den Darlehenssaldo des Darlehensvertrags Nr. 32 auf Null zu setzen und gegebene Sicherheit freizugeben.
6. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 1.801,66 nebst 5 %-Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 17.11.2011 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, der Berater [REDACTED] habe die Klägerin und den Zedenten über alle Risiken aufgeklärt. Außerdem habe der Anlagenberater [REDACTED] dem Zedenten mitgeteilt, dass die Beklagte das Agio in Höhe von 5 % zurückerstattet bekäme. Dass sie darüber hinaus eine geringfügige Vertriebsunterstützung von 0,5 % zusätzlich erhalten habe, sei dem Berater damals nicht bekannt gewesen. Ferner hätte sich die Klägerin und der Zedent dafür nicht interessiert, weswegen die Provision und deren Höhe offensichtlich nicht kausal für die Anlageentscheidung des Zedenten gewesen sei.

Darüber hinaus seien die Klägerin und der Zedent sowohl von dem Berater als auch durch den Fondsprospekt über die eingeschränkte Fungibilität informiert worden.

Die Beklagte erklärt ferner, ein Totalverlustrisiko sei tatsächlich nicht gegeben, dies ergäbe sich für die Klägerin und den Zedenten allein schon aus der Tatsache, dass ihnen in den ersten Jahren nach ihrem Fondsbeitritt eine erhebliche Steuergutschrift in Höhe von rund 10.000,00 DM zugeflossen sei und sie dies als Rückzahlung betrachtet hätten.

Des Weiteren sei eine Rückvergütung nicht gegeben. Die Beklagte habe den zu zahlenden Aval in Höhe von 5 % rückerstattet erhalten. Dass die Beklagte darüber hinaus in der Folge 0,5 % Vertriebsunterstützung zusätzlich erhalten habe, sei dem Berater nicht bekannt gewesen.

Der Fondsprospekt enthalte einen deutlichen Hinweis darauf, dass das vom Anleger zu bezahlende Agio der vertreibenden Bank zufließe. Daher könne nicht die Rede davon sein, dass hier ohne Wissen des Anlegers sogenannte Kick-Backs bezahlt worden wären. Eine Aufklärungspflicht sei im Jahre 1996 nicht gegeben gewesen, ihr konsequenterweise auch nicht bekannt gewesen und im Übrigen nicht vorhersehbar gewesen. Nach der damals gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung habe eine Pflicht zu Aufklärung über Provisionen erst dann bestanden, wenn diese über 15 % der Anlagesumme gelegen hätten.

Ein Interessenskonflikt sei bei ihr beim Vertrieb dieser Kapitalanlage von vornherein ausgeschlossen, da es sich hierbei um ein im Verbund von Volks- und Raiffeisenbanken vertriebenes Produkt gehandelt habe, dem sie ein besonderes Maß an Seriosität beigemessen habe. Sie habe keine Rechtsabteilung, sondern sei an das Informationssystem des genossenschaftlichen Verbundes angeschlossen. Mit diesem Informationssystem sei insbesondere, auch im Hinblick auf die streitgegenständliche Kapitalanlage über wirtschaftliche und rechtliche Besonderheiten aufgeklärt worden. Die Frage der Aufklärungsbedürftigkeit über Vertriebsvergütungen sei nie angesprochen worden.

Selbst wenn man von einer Aufklärungsbedürftigkeit über Vertriebsvergütungen bereits im Jahre 1996 ausgehe, hätte sie sich diesbezüglich in einem den Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum befunden. Auch fahrlässiges Verhalten sei nicht gegeben gewesen.

Für die von der Klägerin behauptete Kausalität zwischen angeblichen Beratungsfehlern und Zeichnung der streitgegenständlichen Kapitalanlage sei der Anleger darlegungs- und beweispflichtig. Selbst wenn die Klägerin und der Zedent von an die Beklagte zu bezahlenden Vertriebsvergütungen gewusst hätten, hätten sie dennoch die streitgegenständliche Kapitalanlage gezeichnet.

Schließlich seien etwaige Ansprüche der Klägerin verjährt. Kenntnis in Sinne von § 199 Abs. 1 BGB n. F. hätten die Klägerin und der Zedent bereits vor dem 01.01.2002 gehabt. Denn der von ihnen beanstandete fehlende Informationsgehalt erschließe sich ohne weiteres beim Lesen des Prospekts, der ihnen vorgelegen habe. Bereits aus dem Rechenschaftsbericht für das Jahr 1998 und auch aus denen der Folgejahre, sei der Klägerin und dem Zedenten bekannt gewesen, dass die prospektierte Ausschüttung nicht vorgenommen werden konnte. Spätestens seit dem Re-

chenschaftsbericht im Jahr 2000 hätten sie gewusst, dass der Fonds nicht die wirtschaftliche Entwicklung genommen habe, die nach dem Prospekt habe erwartet werden können.

Darüber hinaus seien eventuelle Ansprüche verwirkt, weil die sechsjährige Aufbewahrungsfrist für die Korrespondenz mit Kunden (§ 257 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 4 und 5 HGB) abgelaufen sei. Der Ablauf begründe eine erhebliche Schutzbedürftigkeit der Bank.

Schließlich sei die Schadensberechnung evident fehlerhaft. Entgangener Gewinn stehe der Klägerin nicht zu, weil sie und der Zedent sich nicht alternativ für eine konservative Kapitalanlage mit der Verzinsung von 4 % p. a. entschieden hätten. Sie hätten sich vielmehr aus Gründen der Steuerersparnis und aus Renditegesichtspunkten für die streigegegenständliche Kapitalanlage entschieden.

Steuervorteile seien anzurechnen.

Die geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten seien nicht zu erstatten, da das als Anlage K 5 vorgelegte Anspruchsschreiben der Klägervertreter keine ersatzfähige außergerichtliche Tätigkeit darstelle.

Die Beklagte hat in sowohl der DG Anlagegesellschaft mgH als auch der DZ Bank AG den Streit verkündet.

Die Streitverkündeten sind nach Zustellung der Streitverkündungen jeweils mit Schriftsatz vom 30.03.2012 dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten als Streithelfern beigetreten.

Die Streithelfer führen aus, bei den im Prospekt ausgewiesenen Zahlungen handele sich um Innenprovisionen, nicht um aufklärungsbedürftige Rückvergütungen. Die Prospekte seien fehlerfrei. Einer ausdrücklichen Aufklärung über das Totalverlustrisiko habe es nicht bedurft. Die angeblich unterlassene Aufklärung über Provisionen und angebliche Prospektfehler sei nicht kausal für die Anlageentscheidung der Klägerin und des Zedenten gewesen. Sie hätten mehrere anderweitige Möglichkeiten gehabt. Die fehlende Nachfrage des Zedenten zur Höhe einer etwaigen, der Beklagten zugeflossenen Provision mache deutlich, dass diese für seine Anlageentscheidung nicht von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sei.

Auch über die eingeschränkte Fungibilität sei in dem Fondprospekt hinreichend aufgeklärt worden, dasselbe gelte für die Prospektangaben zur Nachhaftung (§ 172 Abs. 4 HGB).

Entgangener Gewinn stehe der Klägerin nicht zu. Die klägerischen Angaben zu einer anderweit-

gen Geldanlage seien unsubstantiiert. Es entspreche nicht dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge, dass - wie von Klägerseite behauptet - anstelle eines steuersparenden Immobilienfonds das Kapital festverzinslich angelegt worden wäre. Zudem hätte sie auf die behauptete Zinseinnahmen Einkommenssteuer abführen müssen. Steuervorteile in Höhe von ca. 13.855,00 € müsse die Klägerin sich anrechnen lassen. Die Rückabwicklung eines Immobiliengeschäfts stelle kein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft dar.

Das Landgericht Würzburg hat die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2012 persönlich angehört. Insoweit wird Bezug genommen auf das Sitzungsprotokoll vom 18.12.2012 (Bl. 200 - 202 d.A.).

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und überwiegend begründet.

I.

Die Klägerin kann die Rückabwicklung des streitgegenständlichen Anlagegeschäfts verlangen. Ihr steht jedoch kein Schadensersatz in der begehrten Höhe zu.

Die zutreffenden Ausführungen im Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 18.10.2012 (Az.: 8 O 537/11), das in einem Parallellfall zu demselben Fond und unter Beteiligung aller auch hier tätigen Prozessvertreter ergangen ist und auf das ausdrücklich Bezug genommen wird, gelten - *mit den hier vorliegenden tatsächlichen Modifikationen* - uneingeschränkt auch für diesen Rechts-

streits.

1.

Die Klägerin ist nach Abtretung des Schadensersatzanspruchs des Zedenten aktivlegitimiert.

2.

Zwischen den Parteien ist vor der Zeichnung ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen.

3.

Die Beklagte hat den Zedenten und die Klägerin nicht anlagegerecht beraten.

a)

Ob sie über die Risiken der Beteiligung zutreffend aufgeklärt hat, kann dahinstehen. Sie hat jedoch nicht über die konkrete Höhe der Rückvergütung, die sie für die Vermittlung der Anlagen erhalten hat, aufgeklärt.

b)

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört zu einer anlagegerechten Beratung, dass der Berater den Anleger darüber aufklärt, dass und in welcher Höhe die beratende Bank von der Anlagegesellschaft für die Vermittlung einer Anlage umsatzabhängige Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungskosten erhält (BGH, Urteil vom 19.12.2006, Az.: XI ZR 56/05; BGH Beschluss vom 20.01.2009, Az.: XI ZR 510/07; BGH, Beschlüsse vom 09.03.2011, 19.07.2011 und 24.08.2012 jeweils zu XI ZR 191/10; BGH Urteil vom 08.05.2012 Az.: XI ZR 262/10; BGH Urteile vom 16.10.2012, Az.: XI ZR 367/11 und Az.: IX ZR 368/11).

Erhält die Bank bei erfolgreichem Vertrieb die genannten Rückvergütungen, befindet sie sich in einem schwerwiegenden Interessenskonflikt. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen abgibt, bei denen nicht das Kundeninteresse im Vordergrund steht, sondern die

Eigeninteressen der Bank, weil sie an den Rückvergütungen umsatzabhängig verdient. Dieses Eigeninteresse geht über das normale, nicht aufklärungspflichtige Gewinninteresse der Bank hinaus. Damit der Anleger das Eigeninteresse der beratenden Bank einschätzen kann, hat der Berater ihn über die Vergütung sowohl dem Grunde nach als auch der Höhe nach aufzuklären.

c)

Bei der Vertriebsprovision, welche sie nach den Angaben der Beklagten auf 5,5 % der Nominalauflage belaufen hat, handelt es sich um eine aufklärungspflichtige Rückvergütung.

Die umfangreichen Ausführungen der Streithelferinnen betreffen nicht die vorliegende Fallkonstellation.

d)

Die Aufklärung ist auch nicht über die Fondsprospekte erfolgt. Eine ordentliche Aufklärung über Provisionen mittels des Verkaufsprospekts setzt nämlich voraus, dass die Bank dort als Empfängerin von Provisionen ausdrücklich genannt ist (BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 262/10). Das war vorliegend nicht der Fall.

Aus dem Prospekt geht nicht hervor, welcher Anteil des für die Eigenkapitalbeschaffung vorgesehenen Betrages tatsächlich an die Beklagte geflossen ist.

e)

Entscheidend ist aus Sicht des Gerichts aber Folgendes:

Die Beklagte räumte ein, eine Provision in Höhe von 5,5 % erhalten zu haben - aufgeklärt worden sei aber nur über ein Agio in Höhe von 5 %.

Die Ausführungen der Beklagten und der Streithelferinnen zu der Frage, ob und in welchen Konstellationen eine Aufklärung zur Höhe einer Rückvergütung erforderlich ist, liegen damit neben der Sache.

Alleine aus dem Vortrag der Beklagten ergibt sich eine schuldhaftige Pflichtverletzung.

Selbst wenn man argumentieren wollte, eine Aufklärung habe nicht stattgefunden, weil sie nach damaliger Rechtsprechung nicht erforderlich gewesen sein, so ändert dies nichts daran, dass eine *tatsächlich* erfolgte Aufklärung richtig sein muss.

Die Beklagte und die Streithelferinnen wenden insoweit zu Unrecht ein, der Unterschied zwischen

5 % und 5,5 % sei minimal.

Sie verkennen dabei freilich, dass ein Anleger natürlich einen Anspruch auf eine *korrekte* Aufklärung hat.

4.

Die Beklagte handelte schuldhaft.

Das Verschulden wird gesetzlich vermutet, die Beklagte kann jedoch diese Vermutung widerlegen.

Dieser Entlastungsbeweis gelang der Beklagten nicht.

Selbst wenn man auf das Vorbringen der Beklagten als wahr unterstellen würde, dass der Anlageberater der Beklagten [REDACTED] nichts über die Höhe der Rückvergütung (5,5 % statt 5 %) gewusst habe, ergibt es sich nichts anderes. Die Beklagte muss sich vielmehr das Wissen anderer Abteilungen zurechnen lassen (§§ 31, 166 BGB).

Ebenso wenig kann sich die Beklagte mit der Behauptung entlasten, im Rahmen des Informationssystems im genossenschaftlichen Verbund sei eine etwaige Aufklärungspflicht nicht thematisiert worden, so dass sie sich in einem Rechtsirrtum befunden habe, der den Vorsatz ausschließe. Daran sind zwei Gesichtspunkte unrichtig. Erstens geht es vorliegend nicht um vorsätzliche Falschberatung (das Gericht geht insoweit zugunsten der Beklagten davon aus, dass der Anlageberater nicht vorsätzlich die Höhe der Provision falsch darstellte) und zweitens hat der Bundesgerichtshof in dem Beschluss vom 29.06.2010 (XI ZR 308/09) ausgeführt, dass sich der Anlageberater seit 1990 nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum über das Bestehen und den Umfang einer entsprechenden Aufklärungspflicht berufen kann.

Hinzu kommt, dass der Bundesgerichtshof entgegen der Auffassung der Beklagten Banken und Anlagebetrüger keineswegs auf eine Stufe stellt. Es findet sich nämlich auch Rechtsprechung zum Interessenskonflikt im Auftragsrecht (§§ 666 ff. BGB). So erwähnt der Bundesgerichtshof den Interessenskonflikt zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber in einem Urteil vom 24.02.1982 (Iva ZR 206/80). Danach ist ein Beauftragter nicht berechtigt seine eigenen Interessen ohne Rücksicht auf die der Auftraggeber zu verfolgen. Diese Rechtsprechung kann auch auf den Beratungsvertrag, der systematisch als Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizieren ist, angewandt werden.

5.

Die fehlerhafte Beratung war auch für die Anlageentscheidung der Klägerin und des Zedenten kausal.

Insoweit kann sich die Klägerin und der Zedent auf die Vermutung stützen, dass sie bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Anlagen nicht gezeichnet hätten.

Die Vermutung greift auch, wenn der Anlageberater *nicht* über Rückvergütungen aufgeklärt hat (BGH, Urteil vom 08.05.2012 – XI ZR 262/10). Erst Recht aber gilt sie dann, wenn - aus welchen Gründen auch immer - der Anlageberater *falsch* über die Höhe der Vertriebsvergütung aufklärte. Diese Vermutung konnte die Beklagte nicht widerlegen.

Die Beklagte beruft sich darauf, dass sich die Klägerin und der Zedent auch bei einer Aufklärung über die Vertriebsvergütung in Höhe von insgesamt 5,5 % die Anlage gezeichnet hätten. Entgegen ihrer Auffassung trägt die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für die Widerlegung der Vermutung des anlegerichtigen Verhaltens. Nach neuester Rechtsprechung genügt es nicht, dass dem Anleger bei gehöriger Aufklärung mindestens zwei tatsächlich mögliche Handlungsalternativen zur Verfügung standen, er sich also in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte (BGH, Beschluss vom 09.03.2011 – XI ZR 191/10; anders jetzt BGH Urteil vom 08.05.2012 – XI ZR 262/10). Diesen Beweis hat die Beklagte nicht erbracht.

Sie konnte nicht beweisen, dass der Zedent darüber aufgeklärt worden ist, dass sie zumindest 5,5 % Agio als Vertriebsvergütung erhält. Allein die Behauptung, die Klägerin und der Zedent hätten Steuern sparen wollen, reicht nicht. Steuerersparnis als Anlageziel kann die Vermutung anlegerichtigen Verhaltens widerlegen, muss es aber nicht (BGH Urteil vom 08.05.2012 XI ZR 262/10). Die Beklagte behauptet auch selbst nicht, der Klägerin und dem Zedenten alternative Anlageformen vorgestellt zu haben.

Dass die Beklagte dem Zedenten mitteilte, es fließe ein Agio in Höhe von 5 % an sie, ändert daran nichts. Die Angabe war - wie dargestellt - nicht zutreffend.

Es kann nun - anders als von der Beklagten angenommen - nicht unterstellt werden, der Zedent und die Kläger hätten sich auch bei Kenntnis des weiteren Vertriebskostenzuschusses in Höhe von 0,5 % für dieselbe Anlage entschieden.

Der Differenzbetrag erscheint zwar auf den ersten Blick nicht gravieren, wenn man lediglich die Prozentzahl betrachtet. Zum einen aber kann sich - in Abhängigkeit von der Anlagesumme - abso-

lut gesehen dadurch ein erheblicher Betrag ergeben. Zum anderen aber liegen die Renditen verschiedener Kapitalanlagen sehr häufig nahe beieinander. Auch eine weitere Rückvergütung von 0,5 % kann damit ein wichtiges Entscheidungskriterium für die eine oder die andere Anlageform sein.

6.

Der Klägerin und dem Zedenten ist durch die streigegegenständliche Beteiligung ein Vermögensschaden entstanden.

a)

Die Klägerin kann daher zunächst die Einlagen einschließlich Agio sowie Zinsen aus den Darlehensverträgen zurückverlangen (vgl. Klageantrag Ziffer 1.) und auch die Löschung des zur Teilfinanzierung aufgenommenen Darlehns sowie die Freigabe der gestellten Sicherheiten verlangen (Klageantrag Ziffer 5.).

Der Klageantrag Ziffer 4. ist aus Sicht des Gerichts kein eigener Klageantrag, sondern nur die Begründung für den Klageantrag Ziffer 5.

b)

Im Rahmen der Vorteilsausgleichung muss die Klägerin der Beklagten die Rechte aus der Beteiligung übertragen.

c)

Steuervorteile sind nicht anzurechnen. Die Fondsgesellschaft erwirtschaftete Verluste, welche die Klägerin und der Zedent steuermindernd absetzen konnten. Die Streithelferinnen benennen die Steuervorteile auf ca. 13.855, 00 €. Diese sind zwar grundsätzlich im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.

Der Bundesgerichtshof sieht allerdings von der Anrechnung von Steuervorteilen ab, wenn der Anleger durch die gerichtliche Entscheidung auch steuerliche Nachteile hat (BGH, Teil-Urteil vom 15.07.2010, Az.: III ZR 336/08). Dies ist der Fall, wenn die zuerkannte Schadensersatzforderung ebenfalls der Besteuerung unterliegt oder der Kläger im Rahmen der Vorteilsausgleichung seine

Kapitalanlage überträgt und dieser Vorgang steuerpflichtig ist.

Die Anlagegesellschaft bezieht ihre Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i. S. v. § 21 EStG. Jedoch muss auch bei einer Anlagegesellschaft, die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt, keine zwingende Anrechnung von Steuervorteilen erfolgen, jedenfalls soweit die von der Beklagten zu leistende Schadensersatzzahlung einen Rückfluss der Werbungskosten darstellt, die im Jahr der Zuflusses als Einnahme wiederum der Besteuerung unterliegt. Dies gilt jedenfalls für die Sonderwerbungskosten der Klägerin und des Zedenten, also die Werbungskosten, die aus der Teilfinanzierung resultieren, mithin die Darlehenszinsen. Wie es sich mit den Verlustzuweisungen verhält, die bei der Gesellschaft selbst angefallen sind und im Wege der gesonderten und einheitlichen Feststellung (§§ 179 ff. AO) der Klägerin und dem Zedenten zugewiesen wurden, kann hier dahinstehen. Diesbezüglich handelt es sich nicht unmittelbar um Werbungskosten. Nach Auffassung des Gerichts reicht vorliegend der Rückfluss der Sonderwerbungskosten, um eine Besteuerung der Schadensersatzleistung herbeizuführen, welche wiederum eine Anrechnung von Steuervorteilen ausschließt.

d)

Die Klägerin und der Zedent können hingegen keinen entgangenen Gewinn verlangen.

Nach § 252 Satz 2 BGB gilt als entgangener Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten werden können.

Wie die Klägerin und der Zedent den Anlagebetrag investiert hätten, wären sie richtig beraten worden, ist nicht bekannt. Jedenfalls erscheint die Anlage in festverzinsliche Wertpapiere fernliegend. Insbesondere die Teilfinanzierung der Einlage spricht dagegen, da die damit erzielte Hebelwirkung mit den genannten Anlagen nicht möglich gewesen wäre.

Zutreffend führt der Bundesgerichtshof im Urteil vom 24.04.2012 (XI ZR 360/11) aus, dass es schon nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, dass eine Geldanlage überhaupt Gewinn abwirft. Erst recht gilt das für eine Verzinsung von 4 % p. a.

Insoweit ist die Klage daher abzuweisen.

7.

Der Anspruch ist nicht verjährt.

Die Verjährung ist für jede einzelne Pflichtverletzung gesondert zu prüfen. Die noch im Jahre 2011 eingegangene Klage haben die Verjährung jedenfalls für den Zeitraum ab 2008 gehemmt. Dass die Klägerin oder der Zedent bereits zuvor Kenntnis davon hatten, dass die Beklagte eine Vertriebsprovision in Höhe von 5,5 % erhalten hatte, trägt die Beklagte selbst nicht vor.

8.

Der Anspruch ist auch nicht verwirkt.

Der Ablauf der handelsrechtlichen Aufbewahrungsfrist reicht dafür nach Auffassung des Gerichts alleine nicht aus. Weitere Gesichtspunkte zu dem für die Verwirkung erforderlichen Zeit- und Umstandsmoment tragen die Beklagte und die Streithelferinnen nicht vor.

9.

Die Beklagte befindet sich mit der Annahme der Abtretung der Rechte aus der streitgegenständlichen Beteiligung in Annahmeverzug, so dass auch der Klageantrag Ziffer 2 Erfolg hat.

10.

Die Klägerin hat im Rahmen des Schadensersatzanspruchs auch Anspruch auf die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, sie von Ansprüchen freizustellen, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG Immobilien-Anlagengesellschaft Nr. 39 "Dresden, Leipzig", Stammnummer 39.038845 ihr Ursache haben, allerdings nur in dem im Tenor ausgesprochen Umfang.

Abzuweisen war der Feststellungsantrag (Klageantrag Ziffer 3), soweit die Klägerin Ersatz sämtlicher Steuernachteile begehrt.

Wie oben dargelegt unterbleibt die Anrechnung der Steuervorteile bei der Berechnung des Schadens nur deshalb, weil die Schadensersatzleistung jedenfalls hinsichtlich des Rückflusses von Werbungskosten zu versteuern ist. Diese Steuerlast muss damit aber auch bei der Klägerin verbleiben. Sie kann nicht ihre Steuerlast vollständig auf die Beklagte abwälzen, so dass die Rückab-

wicklung der Anlage gänzlich steuerfrei erfolgt. Ohne Zeichnung der Anlage nämlich hätte die Klägerin ebenfalls Einkommensteuer zahlen müssen.

Der Freistellungsanspruch besteht somit nur insoweit als die Klägerin bzw. der Zedent keine anderweitigen Steuervorteile hatten.

Damit ist die Klage in Ziffer 3 im Übrigen abzuweisen.

11.

a)

Der Anspruch auf Verzinsung ergibt sich aus Verzug (§§ 286, 288 Abs. 1 BGB).

b)

Gleiches gilt für den Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten. Diese kann die Klägerin jedoch nicht in der geltend gemachten Höhe verlangen. Da sie lediglich Ersatz einer 1,3-Geschäftsgebühr aus dem zugrunde liegenden Streitwert von 28.320,22 € verlangen kann zuzüglich Erhöhung um 0,3 für zwei Auftraggeber.

Die sogenannte Toleranzrechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 13.01.2011 – IX ZR 110/10), welche die Klägerin für sich in Anspruch nehmen will, gilt erst jenseits einer 1,3-Regelgebühr (BGH Urteil vom 11.07.2012, Az.: VIII ZR 323/11). Dass hier eine außergewöhnliche Schwierigkeit vorliegt, ist nicht dargetan und auch ersichtlich, da die Rechtslage spätestens seit der höchstrichterlichen Entscheidung der Bundesgerichtshofs vom 24.08.2011 (Az.: XI ZR 191/10) höchstrichterlich geklärt ist.

Die Beklagte dringt mit ihrem Einwand, die außergerichtlichen Schreiben des Klägers hätten lediglich der Vorbereitung eines Prozesses gedient, nicht durch. Bis zum Eintritt der Verjährung am 31.12.2011 nämlich wäre ausreichend Zeit für eine außergerichtliche Einigung gewesen; eine außergerichtliche Einigung hätte im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung auch nahe gelegen.

12.

Die Ausführungen des Klägers im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 08.01.2013 geben keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

II.

Die Kosten der Entscheidung beruht auf § 92 ZPO.

Dabei hat beim Streitwert der Anspruch auf entgangenen Gewinn außer Betracht zu bleiben. Wird der entgangene Gewinn als gleich bleibender Hundertsatz einer bestimmten Summe geltend gemacht, handelt es sich um eine Nebenforderung gemäß §§ 43 Abs. 1 GKG, 4 ZPO, die sich nicht auf den Streitwert auswirkt (BGH Beschluss vom 08.05.2012, Az.: XI ZR 261/10).

Vorliegend verlangt die Klägerin pauschal 4 % auf die Eigenkapitalanteile. Damit handelt es sich um eine Nebenforderung, auch wenn sie den Betrag ausgerechnet hat (BGH Beschluss vom 25.03.1998, Az.: VIII ZR 298/97). Der Streitwert errechnet sich damit aus dem Zahlungsantrag abzüglich des auf den entgangenen Gewinn entfallenden Betrag.

Der Klageantrag Ziffer 2, Feststellung des Annahmeverzugs, wirkt sich ebenfalls nicht streitwert erhöhend aus, weil wirtschaftliche Identität besteht (vgl. Zöller, ZPO, 29. Auflage 2012, RdNr. 16 zu § 3 "Annahmeverzug").

Daraus ergibt sich für den Streitwert ein Gesamtbetrag 28.320,22 €.

Das Teil-Unterliegens der Klägerin im Klageantrag Ziffer 3. Ist allenfalls mit 10 % des für *diesen* Antrags anzusetzenden Streitwertes zu bewerten.

Somit ist das Unterliegen der Klägerin insgesamt geringfügig i.S.d. § 92 Abs. 2 ZPO, so dass die Beklagte die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.

III.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1, 2 ZPO.

gez.

Dr. Hitzler
Richter am Landgericht


Verkündet am 22.01.2013

gez.
Romig, JSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit
der Urschrift

Würzburg, 23.01.2013


Romig, JSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle