



Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

3 U 90/12
11 O 354/10 Landgericht Hannover

Verkündet am
14. November 2012
Busse,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro RSCW Rechtsanwälte, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 12/01423

gegen

Hannoversche Volksbank eG, vertreten durch den Vorstand Jürgen Wache,
Kurt-Schumacher-Straße 19, 30159 Hannover,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro Nahme & Reinicke, Leisewitzstraße 41/43, 30175 Hannover,
Geschäftszeichen: 32015/10 SK/Z

Beteiligte:

DZ BANK AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank, Frankfurt am Main, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden, Platz der Republik, 60265 Frankfurt,

Streithelferin der Beklagten,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro White & Case LLP, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt, Geschäftszeichen: 7147454-0053.MUL.ansh

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schneider, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Landwehr und die Richterin am Oberlandesgericht Klein für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 30. Mai 2012 (11 O 354/10) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 251.729,07 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligungen an den DG Immobilienanlagegesellschaften
Nr. 20, Stammnummer 20.017105;
Nr. 28, Stammnummer 28.017105;
Nr. 30, Stammnummer 30.017105;
Nr. 31, Stammnummer 31.017105;
Nr. 34, Stammnummer 34.017105;
Nr. 36, Stammnummer 36.017105;
Nr. 43, Stammnummer 43.043688.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligungen an den DG Immobilienanlagegesellschaften
Nr. 20, Stammnummer 20.017105;
Nr. 28, Stammnummer 28.017105;
Nr. 30, Stammnummer 30.017105;
Nr. 31, Stammnummer 31.017105;
Nr. 34, Stammnummer 34.017105;
Nr. 36, Stammnummer 36.017105;
Nr. 43, Stammnummer 43.043688,
in Verzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in den Zeichnungen der Beteiligungen an den DG Immobilienanlagen
Nr. 20 Stammnummer 20.017105;
Nr. 28, Stammnummer 28.017105;
Nr. 30, Stammnummer 30.017105;
Nr. 31, Stammnummer 31.017105;
Nr. 34, Stammnummer 34.017105;
Nr. 36, Stammnummer 36.017105;
Nr. 43, Stammnummer 43.043688,
ihren Ursprung 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 vorstehenden Fondsgesellschaften geleistet haben, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

- II. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Beklagte 91 % und die Klägerin 9 % zu tragen, mit Ausnahme der Kosten der Streithelferin, von denen die Klägerin 9 % und die Streithelferin 91 % tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte, mit Ausnahme der Kosten der Streithelferin, die diese selber trägt.

- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die jeweilige Vollstreckung der Gegenseite gegen Sicherheitsleistung in Höhe eines die vollstreckbare Forderung um 20 % übersteigenden Betrages abzuwenden, soweit nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Streithelferin wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe eines die vollstreckbare Forderung um 20 % übersteigenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Streithelferin Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht ihrer Mutter, Frau [REDACTED] (im Folgenden Zedentin), die ihren Ehemann, [REDACTED] (im Folgenden Erblasser), allein beerbt hat, von der Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Erwerb von Kapitalanlagen.

Die Zedentin erwarb aufgrund der Beratung und Empfehlung des damaligen Mitarbeiters und heutigen Vorstands der Beklagten, Jürgen Wache, am 21. Dezember 1987 eine Beteiligung an der DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 20 „Kassel am Weinberg und Augsburg Ibis Hotel“, Liebherr und Schütze KG über nominal 100.000 DM zzgl. fünf Prozent Agio (vgl. Zeichnungsannahme und

Eintragungsbestätigung, Anlage K 1, Anlagenband Kläger I). Die Anlagesumme finanzierte die Zedentin teilweise mit der Valuta aus einem am 30. Dezember 1987 (Anlage K 3, Anlagenband Kläger I) und einem weiteren am 2. Dezember 1991 (Anlage K 2, Anlagenband Kläger I) geschlossenen Darlehensvertrag. Im Jahr 1991 beteiligte sich die Zedentin - ebenfalls beraten durch Jürgen Wache - mit einer Beteiligungssumme von 100.000 DM zzgl. fünf Prozent Agio an der **DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 28** „Lahr und Frankfurt am Main“ Schütze KG (vgl. Zeichnungsschein, Anlage K 4 sowie Zeichnungsannahme und Eintragungsbestätigung vom 11. Dezember 1991, Anlage K 5, jeweils Anlagenband Kläger I). Die Beteiligungssumme finanzierte die Zedentin teilweise aus der Valuta eines mit der Beklagten am 2. Dezember 1991 abgeschlossenen Darlehensvertrages (Anlage K 7, Anlagenband Kläger I). Eine weitere, ebenfalls darlehensfinanzierte Beteiligung, auf der Grundlage einer Beratung durch Jürgen Wache, erfolgte im Dezember 1992 in Höhe einer Beteiligungssumme von 100.000 DM zzgl. Agio an der DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 30 „Berlin und neue Länder“ Heinz Liebherr Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG. Im Jahr 1993 beteiligte sich die Zedentin, beraten durch Jürgen Wache, in Höhe einer Beteiligungssumme von 50.000 DM zzgl. 5 % Agio an der **DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 31** „Berlin-Mitte, Holzmarktstraße 15 - 18“ Schütze & Dr. Neumann KG (vgl. Zeichnungsschein Anlage K 11, Anlagenband Kläger I). Die Beteiligungssumme finanzierte sie mit einem am 7. September 1993 mit der Beklagten abgeschlossenen Darlehensvertrag (Anlage K 12, Anlagenband Kläger I). Am 24. Januar 1994 erfolgte, beraten durch Jürgen Wache, eine weitere Beteiligung der Zedentin an der **DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 34** „Berlin, Darmstadt, Frankfurt“ Schütze & Dr. Neumann KG (Zeichnungsschein Anlage K 13, Anlagenband Kläger I sowie Zeichnungsannahmebestätigung vom 15. Dezember 1994, Anlage K 15, Anlagenband Kläger I). Die Beteiligungssumme finanzierte sie mit der Valuta eines mit der Beklagten am 16. Dezember 1994 geschlossenen Darlehensvertrages (Anlage K 14, Anlagenband Kläger I). Eine weitere Beteiligung der Zedentin über eine Beteiligungssumme von 50.000 DM zzgl. 5 % Agio erfolgte, beraten durch Jürgen Wache, im Oktober 1995 an der **DG Immobilien Anlagengesellschaft Nr. 36** „Seniorenresidenz Oberursel“ Kreft & Dr. Neumann KG (vgl. Zeichnungsschein vom

21. Oktober 1995, Anlage K 16, sowie Zeichnungsannahme und Eintragungsbestätigung vom 18. Dezember 1995, Anlage K 17, jeweils Anlagenband Kläger I). Ebenfalls beraten durch Jürgen Wache, beteiligte sich der Erblasser im November 1997 mit einer Beteiligungssumme von 100.000 DM zzgl. 5 % Agio an der **DG Immobilien Anlagengesellschaft Nr. 43** „Berlin, Pariser Platz 3“ Dr. Neumann & Brüske KG (vgl. Zeichnungsschein vom 13. November 1997, Anlage 18, Anlagenband Kläger I). Wann die Anleger die für jeweilige Anlage herausgegebenen Emissionsprospekte (für den DGI 20 = Anlage K 21, den DGI 28 = Anlage K 22, für den DGI 31 = Anlage K 24, für den DGI 34 = Anlage K 25, für den DGI 36 = Anlage K 26 und für den DGI 43 = Anlage K 27, jeweils Anlagenband Kläger I) erhalten haben, ist streitig.

Aus den jeweiligen Beteiligungen sind - soweit für das Berufungsverfahren noch von Interesse - der Zedentin bzw. dem Erblasser folgende Ausschüttungen zugeflossen:

DGI 20	46.016,27 €
DGI 28	9.714,55 €
DGI 31	6.391,15 €
DGI 34	1.022,58 €
DGI 43	<u>18.917,80 €</u>
Gesamt:	82.062,35 €.

Der Zedentin und dem Erblasser sind - soweit für das Berufungsverfahren noch von Interesse - von den jeweiligen Fondsgesellschaften folgende steuerlich relevante Verluste zugewiesen worden:

DGI 20	32.878,04 €	vgl. Bl. 245 d. A., Anlage S 71, Anlagenband Streithelfer III
DGI 28	32.835,67 €	vgl. Bl. 246 d. A., Anlage S 72, Anlagenband Streithelfer III
DGI 31	33.504,00 €	vgl. Bl. 248 d. A., Anlage S 74, Anlagenband Streithelfer III

DGI 34	26.936,11 €	vgl. Bl. 249 d. A., Anlage S 75, Anlagenband Streithelfer III
DGI 36	28.694,15 €	vgl. Bl. 250 d. A., Anlage S 76, Anlagenband Streithelfer III
DGI 43	42.354,62 €	vgl. Bl. 251 d. A., Anlage S 77, Anlagenband Streithelfer III

Aufgrund der vorstehend genannten Verlustzuweisungen haben die [REDACTED] folgende Steuervorteile erzielt:

DGI 20	6.112,09 €	vgl. Bl. 352 d. A., Anlage S 81, Anlagenband Streithelfer V
DGI 28	10.535,92 €	vgl. Bl. 352 d. A., Anlage S 81, Anlagenband Streithelfer V
DGI 31	6.238,56 €	vgl. Bl. 352 d. A., Anlage S 81, Anlagenband Streithelfer V
DGI 34	5.994,82 €	vgl. Bl. 352 d. A., Anlage S 81, Anlagenband Streithelfer V
DGI 36	7.943,04 €	vgl. Bl. 352 d. A., Anlage S 81, Anlagenband Streithelfer V
DGI 43	1.282,08 €	vgl. Bl. 352 d. A., Anlage S 81, Anlagenband Streithelfer V
Gesamt	38.106,52 €	
	[rechnerisch	
	38.106,51 €]	

Soweit die Zedentin aufgrund ihrer Beteiligung an dem DGI 30 weitere Steuervorteile in Höhe von 16.807,45 € erhalten hat, die das Landgericht von dem der Klägerin zugesprochenen Schadensersatzbetrag nicht abgesetzt hat, weshalb sich Steuervorteile insgesamt auf **54.913,97 €** [rechnerisch zutreffend 54.913,96 €] belaufen, sind diese nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Die Klägerin, die behauptet, die jeweiligen Beteiligungen hätten der zusätzlichen Altersvorsorge der Zedentin und des Erblassers, die einen Blumengroßhandel geführt haben, gedient, hält die jeweilige Beratung durch Herrn Wache für nicht anleger- und objektgerecht, insbesondere sei fehlerhaft nicht über die der Beklagten zugeflossenen Rückvergütungen in Höhe von acht Prozent der jeweiligen Beteiligungssumme aufgeklärt worden. Sie begehrt die Rückabwicklung der jeweiligen

Beteiligungen in Höhe der Nominalbeträge	281.210,53 €
zzgl. der jeweiligen Agien	14.060,53 €
	295.271,06 €
zzgl. der Darlehensagien	14.091,72 €
sowie Darlehenszinsen und Kosten	24.434,49 €
Gesamt	333.797,27 €
<u>abzgl. Ausschüttungen in Höhe von</u>	<u>56.707,46 €</u>
mithin insgesamt	<u>277.083,92 €</u>
[rechnerisch zutreffend	277.089,81 €]

Steuervorteile hält die Klägerin für nicht anrechenbar.

Dem sind die Beklagte und die auf ihrer Seite beigetretene Streithelferin entgegengetreten, die die am 18. Dezember 2008 erfolgte Abtretung der Ansprüche an die Klägerin (Bl. 1 Anlagenband Kläger II) für unwirksam hält sowie die Beratung durch ihren jetzigen Vorstand Jürgen Wache für anleger- und objektgerecht. Rückvergütungen in Höhe von acht Prozent erhalten zu haben, hat die Beklagte bestritten. Ferner hat sie sich auf Verjährung und Verwirkung etwaiger Ansprüche der Klägerin berufen und gemeint, diese müsse sich die erzielten Steuervorteile ebenso wie Ausschüttungen anrechnen lassen. Die Streithelferin vertritt die Auffassung, dass eine anleger- und objektgerechte Aufklärung der Zedentin sowie des Erblassers schon aus den Prospekten hervorgehe und sich die Klägerin auf ihren Anspruch jedenfalls Steuervorteile in Höhe von insgesamt 54.913,97 € anrechnen lassen müsse sowie (unter Berücksichtigung des von der Klägerin selbst vorgenommenen Abzugs in Höhe von 56.707,46 €) weitere Ausschüttungen in Höhe von 25.354,85 €.

Das Landgericht hat die Zedentin als Zeugin zur Frage der Kausalität der unterbliebenen Aufklärung über Rückvergütungen für ihre Anlageentscheidung vernommen. Die Kammer hat sodann der Klage - unter Abzug von Steuervorteilen für die Beteiligungen an den DGI-Fonds 20, 28, 31, 34, 36 und 43 in Höhe von 38.106,52 € - sowie weiterer (unstreitig der Zedentin zugeflossener) Ausschüttungen in Höhe von 25.354,85 €, überwiegend (in Höhe von 213.622,55 €) stattgegeben. Die Kammer hat zur Begründung ausgeführt, dass die unterbliebene Aufklärung der Zedentin und des Erblassers über an die Beklagte geflossene Provisionen, ungeachtet der Streitfrage, in welcher Höhe sie solche erhalten habe, diese zur Rückabwicklung der jeweiligen Kapitalanlage berechtige, da aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme die Kausalitätsvermutung nicht widerlegt sei. Schadensersatzansprüche seien weder verjährt noch verwirkt. Im Hinblick auf die Schadenshöhe seien von der Klageforderung weitere Ausschüttungen in Höhe von 25.354,85 € abzusetzen. Ferner müsse sich die Klägerin für die Beteiligungen an den DGI-Fonds Nr. 20, 28, 31, 34, 36 und 43 Steuervorteile - insgesamt in Höhe von 38.106,52 € - anrechnen lassen. Da die Fonds ihre Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielten und die den Anlagern seitens der jeweiligen Fondsgesellschaft zugewiesenen Verluste Werbungskosten aus der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung beträfen, sei von einer Steuerbarkeit der Schadensersatzleistung nicht auszugehen, weshalb eine Anrechnung der Steuervorteile nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 17. Nov. 2005 - III ZR 350/04) nicht unterbleiben könne. Mit Blick auf die Beteiligung an dem DGI-Fonds Nr. 30, komme demgegenüber eine Anrechnung der erzielten Steuervorteile nicht in Betracht, weil die Zedentin insoweit Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt habe und deshalb von einer Versteuerung der Ersatzleistung auszugehen sei.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie verfolgt unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens ihren erstinstanzlichen Antrag, soweit das Landgericht diesen infolge der Anrechnung von Steuervorteilen abgewiesen hat, weiter. Sie hält auch mit Blick auf die Beteiligungen an den DGI-Fonds 20, 28, 31, 34, 36 und 43 eine Anrechnung von Steuervorteilen für nicht gerechtfertigt, da die der Klägerin zufließende Schadensersatzleistung ebenfalls der Besteuerung unterliege, nämlich als steuerpflichtige Rückerstattung von Werbungskosten. Zu-

dem bestünden auch keine Anhaltspunkte für außergewöhnlich hohe verbleibende Steuervorteile der Klägerin, welche nur anzunehmen seien, wenn im ersten Jahr der Beteiligungen die Verlustzuweisungen die Einlage übersteigen würden.

Die Klägerin beantragt,

1. In Abänderung des Urteils des Landgerichts Hannover vom 30. Mai 2012, Az. 11 O 354/10, wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin weitere 38.106,52 € nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. Dezember 2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an den DG Immobilien Anlagegesellschaften
Nr. 20, Stammnummer 20.017105;
Nr. 28, Stammnummer 28.017105;
Nr. 30, Stammnummer 30.017105;
Nr. 31, Stammnummer 31.017105;
Nr. 34, Stammnummer 34.017105;
Nr. 36, Stammnummer 36.017105;
Nr. 43, Stammnummer 43.043688.

2. für den Fall, dass es bei dem Abzug der Steuervorteile verbleibt,

die Revision zuzulassen.

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil, soweit das Landgericht die Klage wegen der Anrechnung von Steuervorteilen abgewiesen hat. Steuervorteile seien zu Recht vom Landgericht in Abzug gebracht worden, da von einer Besteuerung der Ersatzleistung unter keinem Gesichtspunkt auszugehen sei. Die Schadensersatzleistung unterfalle dem privaten Vermögensbereich der Klägerin bzw. der Zeden-tin, weshalb kein privates Veräußerungsgeschäft vorliege. Eine Versteuerung un-

ter dem Gesichtspunkt des § 21 EStG komme nicht in Betracht, da ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit Gebrauch oder Nutzung des überlassenen Gegenstandes fehle. Demnach sei auch nicht von einer Rückerstattung vorab abzogener Werbungskosten auszugehen, da Anschaffungskosten in Rede stünden, die nicht bei den erzielten Einkünften in Abzug gebracht werden könnten. Ferner liege keine Veräußerung nach § 23 EStG vor, sondern die Rückabwicklung der ursprünglichen Anschaffung, die nach Ablauf der zehnjährigen Spekulationsfrist steuerfrei sei. Ferner seien keine Gründe für eine nachträgliche Aberkennung der Steuervorteile ersichtlich. Letztlich verblieben der Klägerin, unterbliebe der Abzug, außergewöhnlich hohe Steuervorteile, da sie die Ersatzleistung - wie schon gesagt - nicht versteuern müsse. Soweit sich eine Steuerbarkeit im Zusammenhang mit der Darlehensfinanzierung der Immobilienfondsbeteiligungen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (XI ZR 96/09) ergebe, liege eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen eigen- und fremdfinanzierten Immobilien vor, weshalb diese Rechtsprechung von vornherein nicht überzeuge.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes, insbesondere auch im Hinblick auf die dort wiedergegebenen in erster Instanz gestellten Anträge, wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen sowie auf den Inhalt der vor dem Senat gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Sie führt zur teilweisen Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 38.106,52 €.

Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz im Wege der Rückabwicklung der streitgegenständlichen Immobilienfondsbeteiligungen wegen der pflichtwidrig unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen Zug um Zug gegen Rückgabe der Beteiligungen verurteilt. Rechts

fehlerhaft hat das Landgericht demgegenüber in Bezug auf die Immobilienfonds-beteiligungen, hinsichtlich derer Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt worden sind, auf die Schadensersatzleistung Steuervorteile angerechnet, weshalb das Urteil insoweit abzuändern ist.

Im Einzelnen:

1. Der Klägerin - gegen deren Aktivlegitimation nach Vorlage der Abtretungserklärung vom 18. Dezember 2010 (Anlagenband Kläger II) keine Bedenken bestehen - steht aus abgetretenem Recht der Zedentin (§ 398 BGB) gegen die Beklagte gemäß § 280 Abs. 1 BGB ein auf Rückabwicklung der Fondsbeteiligungen gerichteter Schadensersatzanspruch aus dem zwischen der Beklagten und der Zedentin bzw. dem Erblasser geschlossenen Anlageberatungsvertrag wegen der unterbliebenen Aufklärung über Rückvergütungen in Höhe von **251.729,07 €** zu, Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus den Beteiligungen.

Die Beklagte hat den - nach dem unstreitigen Parteivorbringen - vor dem jeweiligen Erwerb der Fondsbeteiligungen zustande gekommenen Beratungsvertrag schuldhaft dadurch verletzt, dass der für sie tätig gewordene Anlageberater Jürgen Wache die Zedentin bzw. den Erblasser nicht über die für die Vermittlung der Anlagen an sie seitens der Fondsgesellschaft gezahlten Rückvergütungen informiert hat. Eine ordnungsgemäße Aufklärung über Rückvergütungen ergibt sich weder unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten aus dem Inhalt des Beratungsgespräches noch aus dem jeweiligen Fondsprospekt (vorgelegt als Anlagen K-21 ff., Anlagenband Kläger I). Demgemäß kommt es auf die Streitfrage, wann die Zedentin bzw. der Erblasser den jeweiligen Prospekt erhalten haben, nicht an. Denn selbst wenn sie diesen rechtzeitig vor ihrer Anlageentscheidung erhalten hätten, genügte deren Inhalt nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung über Rückvergütungen, die neben dem „Ob“ der Rückvergütung auch deren Höhe offenlegen muss (BGHZ 170, 226).

Zur näheren Begründung kann auf die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des landgerichtlichen Urteils verwiesen werden, die zum Grund mit der Berufung nicht angegriffen wurden.

2. Die Höhe des Schadensersatzes beläuft sich auf den Anlagebetrag zzgl. Agien sowie Darlehenszinsen und -kosten (333.797,27 €) abzgl. erhaltener Ausschüttungen (82.062,35 €), mithin - wie von der Klägerin begehrt (Urteilssumme erster Instanz: 213.622,55 € zzgl. abzogener Steuervorteile: 38.106,52 €) auf **251.729,07 €**.

Etwaige Steuervorteile muss sich die Klägerin - entgegen der Auffassung des Landgerichts - auch für die DGI-Fonds 20, 28, 31, 34, 36 und 43 nicht anrechnen lassen. Zwar hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass die Zedentin und der Erblasser durch die mit der jeweiligen Anlage unmittelbar verbundenen Verlustzuweisungen Steuervorteile erzielt haben dürften, die sie für den DGI-Fonds Nr. 20 mit 6.112,09 €, den DGI-Fonds Nr. 28 mit 10.535,92 €, den DGI-Fonds Nr. 31 mit 6.238,56 €, den DGI-Fonds Nr. 34 mit 5.994,82 €, den DGI-Fonds Nr. 36 mit 7.943,04 € und den DGI-Fonds Nr. 43 mit 1.282,08 € beziffert haben, insgesamt mithin für die vorgenannten Fondsbeteiligungen **38.106,51 €**. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine Anrechnung von Steuervorteilen aber grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs zu einer Besteuerung führt, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt (BGH, Urteil vom 1. März 2011 - XI ZR 96/09, WM 2011, 740 ff., juris Rn. 8 m. z. w. N.). Da das Gericht über die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung zu entscheiden hat (§ 287 Abs. 1 ZPO) und eine exakte Errechnung von Steuervorteilen unter Gegenüberstellung der tatsächlichen mit der hypothetischen Vermögenslage angesichts der vielfältigen Besonderheiten und Möglichkeiten der konkreten Besteuerung und ihrer unterschiedlichen Entwicklung in verschiedenen Besteuerungszeiträumen häufig einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, müssen in der Regel keine Feststellungen dazu getroffen werden, in welcher genauen Höhe sich die Versteuerung der Ersatzleistung auswirkt (BGH, a. a. O., m. w. N.).

Bei einer gewerblich tätigen Gesellschaft ist eine Versteuerung der Ersatzleistung gemäß §§ 15, 16 EStG ohne weiteres anzunehmen. Dies betrifft vorliegend die Beteiligung der Zedentin an dem DGI-Fonds Nr. 30, in Bezug auf den das Landge-

richt - im Berufungsverfahren nicht mehr streitgegenständlich - dadurch erzielte Steuervorteile nicht in Abzug gebracht hat. Soweit eine Fondsgesellschaft allerdings nicht gewerblich tätig ist, sondern eine bloße Vermögensverwaltungsgesellschaft darstellt, erschöpfen sich ihre Einkünfte in Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG). Beim Anleger kommt dann vor allem eine Versteuerung der Ersatzleistung unter dem Gesichtspunkt des Rückflusses von Werbungskosten (§ 9 EStG) in Betracht.

Vorliegend beruhen mit Blick auf die oben genannten Beteiligungen nach dem Inhalt der jeweiligen Prospekte die Steuerersparnisse maßgeblich auf den während der Bauzeit anfallenden Kosten, die für Zwischenfinanzierungskosten, Disagio und bestimmte Vermittlungs- und Garantiegebühren bei der Fondsgesellschaft als Werbungskosten im Bereich der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung entstehen und den Anlegern als Verluste zugewiesen werden sollten. Für den DGI-Fonds Nr. 20 heißt es in dem Prospekt (Anlage K 21, Anlagenband Kläger I) auf S. 10: *„Der Zeichner der DG Immobilienanlage Nr. 20 ist wirtschaftlich Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens der Fondsgesellschaft und kommt daher in den Genuss der gleichen steuerlichen Vergünstigungen wie der Bauherr bzw. Immobilienkäufer. Während der Bauzeit fallen Werbungskosten im Bereich der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung an. Sie setzen sich u. a. aus Zwischenfinanzierungskosten, Disagio, Garantie- und Vermittlungsgebühren zusammen und bewirken für die Zeichner entsprechende Verlustzuweisungen.“* In dem Prospekt für den DGI-Fonds Nr. 28 (Anlage K 22, Anlagenband Kläger I) findet sich auf S. 12 ein entsprechender Passus. Auch für den DGI-Fonds Nr. 31 finden sich in dem Prospekt (Anlage K 24, Anlagenband Kläger I) auf S. 19 vergleichbare Ausführungen. Für den DGI-Fonds Nr. 34 enthält der Prospekt (Anlage K 25, Anlagenband Kläger I) auf S. 27 entsprechende Angaben. Der Prospekt für den DGI-Fonds Nr. 36 (Anlage K 26, Anlagenband Kläger I) enthält auf S. 22 ebenfalls ähnliche Ausführungen zu den steuerlich geltend zu machenden Werbungskosten. Dasselbe gilt für den Prospekt des DGI-Fonds Nr. 43 (Anlage K 27, Anlagenband Kläger I). Dort finden sich auf S. 38 entsprechende Angaben zu den aus Zwischenfinanzierungskosten, Disagio und bestimmten Vermittlungsgebühren herrührenden Verlustzuweisungen, die den Anlegern als Treugebern, die durch das Treuhandverhältnis so gestellt wurden, als wären sie unmittelbar als Komman-

ditisten an der Fondsgesellschaft beteiligt, seitens der Fondsgesellschaft zugewiesen werden. Daneben kam für die DGI-Fonds Nr. 31, 34 und 43 - mit Blick auf den Teil der im Fördergebiet gelegenen Immobilien der jeweiligen Fonds - die Sonderabschreibung nach § 4 FöGebG zum Tragen. Demnach beruhten die von der Zedentin und dem Erblasser aus ihren Beteiligungen primär erzielten Steuervorteile konzeptgemäß auf ihnen von der Fondsgesellschaft zugewiesenen Verlusten aus Vermietung und Verpachtung, mithin auf Werbungskosten. Das Konzept der jeweiligen Fonds war u. a. darauf ausgerichtet, dem Anleger die Verluste aus den Werbungskosten während der Bauphase (Zwischenfinanzierungskosten, Disagio pp.) anteilig zuzuweisen (vgl. Anlagen K 21 ff., Anlagenband Kläger I). Aufgrund dessen hat die Streithelferin auch die von ihr behaupteten Steuervorteile errechnet. Als weitere steuerliche Abzugsmöglichkeiten in Betracht kamen für die Zedentin die Zinsaufwendungen für die zur Finanzierung der DGI-Fonds Nr. 20, 28, 31 und 34 aufgenommenen Darlehen.

Mithin ist davon auszugehen, dass die der Zedentin aufgrund der steuerlichen Berücksichtigung der genannten Werbungskosten entstandenen Vorteile bei einer Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes durch die Besteuerung der Ersatzleistung wieder korrigiert werden (vgl. BGH, a. a. O., Rn. 13 m. w. N. aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs). Die Vereinnahmung einer Schadensersatzleistung in der vorliegenden Konstellation stellt den Rückfluss der Werbungskosten dar, der - ebenso wie der Rückfluss von Betriebsausgaben - der Besteuerung als Einnahme in der Einkunftsart, in der die Werbungskosten zuvor angefallen sind, unterliegt (Kirchhoff in: Kirchhoff, EStG, 10. Aufl., § 8 Rn. 13).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Streithelferin in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. November 2005 (III ZR 350/04, WM 2006, 174 ff., juris Rn. 12 ff.). Denn darin ist lediglich ausgeführt, dass die vom dortigen Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Annahme, es gehe um den Ersatz von Aufwendungen für Werbungskosten, nicht rechtfertige. Demgegenüber enthält die Entscheidung (a. a. O.) den Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (Urt. v. 23. März 1993 - IX R 67/88, juris Leitsatz), wonach Beträge, die Werbungskosten ersetzen, im Jahr des Zuflusses steuerpflichtige Einnahmen in der Einkommensart sind, bei der die Auf-

wendungen vorher als Werbungskosten abgezogen wurden. Der Bundesfinanzhof hebt hier, worauf sich der Bundesgerichtshof ausdrücklich beruft, gerade auch bei Schadensersatzleistungen, die den Finanzierungsaufwand für Kapitalanlagen ersetzen sollen, auf das Eingreifen eines solchen Rückflusses ab.

Entgegen der Auffassung der Streithelferin ist vorliegend eine Besteuerung der Schadensersatzleistung nach § 9 EStG nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil der wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Gebrauch bzw. der Nutzung des der Fondsgesellschaft überlassenen Gegenstandes i. S. v. § 21 EStG fehlt. Vielmehr setzt die Zurechnung der Einkünfte beim Treugeber lediglich voraus, dass der Treuhänder ausschließlich auf Rechnung und Gefahr des Treugebers handelt und dieser nach Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses und nach den sonstigen Umständen gegenüber dem Treuhänder eine derart beherrschende Stellung einnimmt, dass er wirtschaftlich die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis trägt (BFH, Urt. v. 27. Jan. 1993 - IX R 269/87, juris Rn. 13). Dass die Treugeber im Rahmen der hier in Rede stehenden Fondsbeteiligungen jeweils Inhaber der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten aus den jeweils abgeschlossenen Verträgen, aus denen die den Anlegern zugewiesenen Verluste resultierten, werden sollten, ist den jeweiligen Fondsprospekten - wie schon gesagt - zu entnehmen, die zum Teil sogar explizit auf die vorgenannte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes hinweisen. Demgegenüber macht es für die steuerliche Behandlung keinen Unterschied, ob die früheren Werbungskosten von dem damaligen Vertragspartner zurückgezahlt oder von einem Dritten erstattet werden. Erforderlich ist nur, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der Zahlung und den Einnahmen besteht, der darin liegt, dass dem Anleger im Rahmen der Rückabwicklung sämtliche Schäden aus dem finanzierten Erwerb und damit auch sämtliche Werbungskosten, die infolge des Erwerbs entstanden sind, zu ersetzen sind, zu denen auch die Schuldzinsen und Kosten gehören, die im Rahmen des Erwerbs des Vermietungsobjektes entstanden sind (BGH, Urt. v. 1. März 2011, a. a. O., Rn. 13).

In diesem Zusammenhang besteht überdies die von der Streithelferin angenommene Ungleichbehandlung von Investitionen, die aus Eigenmitteln finanziert werden sowie solchen, die darlehensfinanziert sind, tatsächlich nicht. Wie sich den jeweiligen Fondsprospekten entnehmen lässt, resultieren die hier in Abzug ge-

brachten Werbungskosten maßgeblich aus Finanzierungskosten, die die Fondsgesellschaft als Treuhänderin im Rahmen der Anschaffung bzw. Errichtung der jeweiligen Fondsimmobilien aufgewandt hat. Dass darüber hinaus Darlehenszinsen von der Zedentin aufzuwenden waren, um ihre jeweilige Einlage zu finanzieren, die darüber hinaus steuerlich absetzbar waren, stellt einen weiteren Aspekt dar, der nach dem Inhalt des von der Streithelferin vorgelegten Gutachtens des Steuerberaters Honebrink (Anlage S 81, Anlagenband Streithelfer V) bei der Berechnung der hier in Rede stehenden Steuervorteile indes nicht zum Tragen gekommen ist. Denn bei der Berechnung der Steuervorteile wurden nur die seitens der Fondsgesellschaft der Zedentin und dem Erblasser zugewiesenen Verluste der Gesellschaft in den Blick genommen und nicht die darüber hinaus aus Darlehensverträgen resultierenden Schuldzinsen. Es heißt darin auf S. 3: *„Die dabei jeweils zugerechneten Fondsergebnisse wurden den Aufstellungen der DG Anlagegesellschaft mbH über den der Eltern der Klägerin zugerechneten einkommensteuerlichen Ergebnisse des Fonds entnommen.“* Mithin sind der Berechnung der Steuervorteile nur die Verlustzuweisungen der jeweiligen Fondsgesellschaften zugrunde gelegt worden, nicht aber die darüber hinaus aufgewandten Darlehenszinsen.

Ferner nicht durchgreifend ist der weitere von der Streithelferin angeführte Aspekt, dass die Rückabwicklung eines Anschaffungsgeschäftes kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft i. S. v. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG darstellt, was zwar zutrifft (vgl. insoweit BFH, Urt. v. 27. Juni 2006 - IX R 47/04, juris Leitsatz). Vorliegend resultieren nach dem jeweiligen steuerlichen Konzept, das den Fondsprospekten entnommen werden kann, die der Zedentin und dem Erblasser zugewiesenen Verluste indessen nicht (in erster Linie) auf Anschaffungskosten, sondern darauf, dass im Zusammenhang mit der Finanzierung der Anschaffung Kosten entstanden waren, die als Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung (§ 9 EStG) zu Steuervorteilen führten und nunmehr im Rahmen der Rückabwicklung, die als Rückfluss der Werbungskosten anzusehen ist (s. o.), zu steuerlichen Nachteilen der Anleger führen (BGH, Urt. v. 1. März 2011, a. a. O., Rn. 13).

Eine Ausnahme ist trotz Steuerbarkeit der Ersatzleistung allenfalls bei ungewöhnlich hohen Steuervorteilen denkbar, die jedoch vor allem bei Verlustzuweisungen von über 100 %, die über die Einlageleistung hinausgehen, in Betracht zu ziehen sind (BGH, Urt. v. 1. März 2011, a. a. O.). Konkrete Anhaltspunkte für solche außergewöhnlichen Steuervorteile sind hier nicht ersichtlich. Zwar hat die Streithelferin vorgetragen, die Zedentin und der Erblasser hätten für den DGI 20 insgesamt (zwischen 1987 und 1996) Verlustzuweisungen in Höhe von 32.878,07 € (Bl. 245 d. A., Anlage S 71, Anlagenband Streithelferin), für den DGI 28 insgesamt (zwischen 1991 und 2009) Verlustzuweisungen in Höhe von 32.835,67 € (Bl. 246 d. A., Anlage S 72, Anlagenband Streithelferin) sowie für den DGI 31 insgesamt (zwischen 1993 und 2009) Verlustzuweisungen in Höhe von 33.504 € (Bl. 248 d. A., Anlage S 74, Anlagenband Streithelferin) erhalten. Ferner hat die Streithelferin vorgetragen, die Zedentin habe für den DGI 34 insgesamt (zwischen 1994 und 2009) Verlustzuweisungen in Höhe von 26.936,11 € (Bl. 249 d. A., Anlage S 75, Anlagenband Streithelferin), für den DGI 36 insgesamt (zwischen 1995 und 2009) 28.694,15 € (Bl. 250 d. A., Anlage S 76, Anlagenband Streithelferin) sowie für den DGI 43 insgesamt (in den Jahren 1997 und 1998) Verlustzuweisungen in Höhe von 42.354,62 € erhalten, die - jedenfalls für die DGI 31, 34 und 36 - über die Einlageleistung hinaus gehen. Allerdings lagen die Anfangsverluste beim DGI 31 mit 8.431,32 € im Jahr 1993 und für den DGI 34 mit 7.626,61 € im Jahr 1994 und für den DGI 36 mit 9.550,77 € im Jahr 1995 unterhalb der Einlageleistung. Die in den Folgejahren ausgewiesenen Verluste waren demgegenüber gering und beliefen sich für den DGI 31 im Jahr 1994 auf nur noch 6.902,03 €, 1995 auf 5.991,26 € und 1996 auf 3.117,43 € sowie in den Folgejahren auf Beträge zwischen minimal 33,48 € und maximal 4.339,77 €. Für den DGI 34 betragen die Verluste in dem Jahr 1995 3.996,38 € sowie im Jahr 1996 4.117,45 €. In den Folgejahren waren es nur noch zwischen maximal 2.448,32 € und minimal 442,74 €. Für den DGI 36 beliefen sich die in den Folgejahren zugewiesenen Verluste nur auf 2.267,38 € für das Jahr 1996 sowie auf 2.845,36 € für das Jahr 1997. In den Folgejahren beliefen sich die Verluste lediglich auf maximal 2.597,05 € und minimal 49,59 €. Diese Beträge dürften nicht maßgeblich zur Reduzierung der Steuerlast der Zedentin und des Erblassers beigetragen haben.

Hinzu kommt, dass die Beklagte und die Streithelferin schon keine Umstände dargelegt haben, aus denen abzuleiten wäre, dass der Zedentin auch in Anbetracht der Versteuerung der zu erstattenden Werbungskosten außergewöhnlich hohe Steuervorteile nachhaltig verbleiben werden. Dabei ist es zunächst Sache des Schädigers, Tatsachen zu behaupten, aus denen sich das Verbleiben außergewöhnlicher Steuervorteile ergibt (BGH, Urt. v. 1. März 2011, a. a. O., Rn. 14). Wenngleich an den Vortrag des Schädigers keine hohen Anforderungen zu stellen sind, fehlt hier bereits jeglicher Tatsachenvortrag der Beklagten dazu, aus welchem Grund die Versteuerung der Schadensersatzleistung dem Zedenten die erzielten Steuervorteile nicht wieder (weitgehend) nehmen sollte, wobei sich weder ein auf eine zwischenzeitliche Absenkung des Spitzensteuersatzes noch ein auf einer Verschlechterung der Einkommenssituation zurückzuführender Steuervorteil als außergewöhnlich darstellt (BGH, Urt. v. 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, WM 2010, 1310 ff., juris Rn. 29 ff.; Urt. v. 15. Juli 2010 - III ZR 336/08 = BGHZ 186, 205 ff., juris Rn. 53 f.).

Ungeachtet dessen würde die Annahme hoher Verlustzuweisungen nur dazu führen, dass Vor- und Nachteile genauer zu berechnen wären (BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 - III ZR 336/08 = BGHZ 186, 205 ff., juris Rn. 55), wofür die Beklagte und die auf ihrer Seite beigetretene Streithelferin ihrerseits die Darlegungs- und Beweislast tragen. Konkrete Tatsachen haben sie dazu jedoch nicht vorgetragen.

3. Eine weitergehende Schadensersatzverpflichtung, die vom Landgericht als Feststellung zuerkannt wurde, soweit sie die Freistellung von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt betrifft, nachdem nunmehr - anders als vom Landgericht entschieden - eine Anrechnung von Steuervorteilen unterbleibt, allenfalls noch mit Blick auf etwaige Steuerzinsen denkbar. Aufgrund der Rückabwicklung der Beteiligungen (aus dem Gesichtspunkt des Rückflusses von Werbungskosten i. S. v. § 9 EStG) vom zuständigen Finanzamt gestellte Steuernachforderungen kann die Klägerin dem gegenüber nicht von der Beklagten erstattet verlangen, da diese gerade Ursache für die unterbliebene Anrechnung von Steuervorteilen sind.

4. Der Anspruch der Klägerin auf Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ergibt sich aus § 280 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB i. V. m. dem außergerichtlichen Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 16. November 2010, mit dem die Beklagte zur Zahlung des geltend gemachten Betrages bis zum 30. November 2010 aufgefordert worden ist. Mit Ablauf dieses Datums befand sich die Beklagte daher in Verzug.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Revision zuzulassen ist (§ 543 Abs. 2 ZPO), sind nicht gegeben.

Schneider

Dr. Landwehr

Klein