



Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

3 U 18/12

6 O 338/10 Landgericht Hildesheim

Verkündet am
17. Oktober 2012
Busse,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

_____ ,
Klägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro RSCW Rechtsanwälte, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 12/00335

gegen

1. Volksbank Peine eG, vertreten durch den Vorstand Gerhard Brunke,
Am Markt 2, 31224 Peine,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin,

2. DG Anlage Gesellschaft mbH, vertreten durch die Geschäftsführer
Dr. Christoph von Carlowitz u. a., Hahnstraße 70, 60528 Frankfurt,
3. DZ Bank AG, Deutsche Zentral- Genossenschaftsbank, Frankfurt am Main,
vertreten durch den Vorstand Wolfgang Kirsch u.a., Platz der Republik,
60265 Frankfurt am Main,

Streithelfer der Beklagten und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte zu 1:
Anwaltsbüro GenoRechtAnwälte Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Hannoversche Straße 149, 30627 Hannover,
Geschäftszeichen: 197/12KS32-fec

Prozessbevollmächtigte zu 2, 3:
Anwaltsbüro White & Case LLP, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt,
Geschäftszeichen: 7147454-0079.MUL.mnp.

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 2012 durch die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Böttcher, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Landwehr und die Richterin am Oberlandesgericht Klein für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin und unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels sowie der Berufung der Beklagten und der Streithelferinnen wird das Urteil des Einzelrichters der 6. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim vom 4. Januar 2012 teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 74.392,97 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über
 2. dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 23. Dezember 2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligungen an den DG Immobilienfonds Nr. 32, Stammnummer 32.0[REDACTED] und Nr. 39, Stammnummer 39.0[REDACTED].
 3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG Immobilienanlage Nr. 32, Stammnummer 32.0[REDACTED] und Nr. 39, Stammnummer 39.0[REDACTED] in Annahmeverzug befindet.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Rückforderungsansprüchen gemäß § 172 Abs. 4 HGB freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an den DG Immobilienanlagen Nr. 32, Stammnummer 32.02 [REDACTED], und Nr. 39, Stammnummer 39.02 [REDACTED], ihre Ursache haben.

5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

- II. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Beklagte 54 % und die Klägerin 46 % zu tragen, mit Ausnahme der Kosten der Streithelferinnen zu 1 und 2, von denen die Klägerin je 46 % zu tragen hat. Im Übrigen tragen die Streithelferinnen ihre Kosten selbst.
- 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 jeweilige Vollstreckung der Streithelferinnen wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe eines die vollstreckbare Forderung um 20 % übersteigenden Betrages abzuwenden, wenn nicht
- IV. die jeweilige Streithelferin Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes, Herrn Friedrich Behrens (im Folgenden Zedenten), von der Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Erwerb von Kapitalanlagen.

Der Zedent erwarb im Jahr 1993 auf Empfehlung des für die Beklagte tätigen Beraters Rump eine Beteiligung an der DG Immobilienanlagegesellschaft Nr. 32 „Chemnitz, Essen“ Schütze & Dr. Neumann KG über nominal 100.000,00 DM (51.129,20 €) zuzüglich 5 % Agio (2.556,46 €) sowie im Jahr 1996, ebenfalls beraten durch den Mitarbeiter der Beklagten Rump, eine Beteiligung an der DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 39 „Dresden, Leipzig“ Krefl & Prüske KG (im Folgenden DGI 39) über nominal 50.000,00 DM (25.564,60 €) zuzüglich 5 % Agio in Höhe von 2.500,00 DM (1.278,29 €). Die Einzelheiten der insoweit geführten Beratungsgespräche sind ebenso streitig wie der Umstand, ob der Zedenten den jeweiligen Verkaufsprospekt für den DGI Nr. 32 (Anlage K 5, gesondert geheftet) bzw. für den DGI 39 (Anlage K 6, gesondert geheftet) bereits einige Tage vor der Zeichnung der Anlage oder erst beim Erwerb der Immobilienfondsanteile erhalten hat. Der Beitritt wurde jeweils für den DGI 32 am 25. November 1993 (Anlage K 1, gesondert geheftet) und für den DGI 39 am 27. Dezember 1996 (Anlage K 2, gesondert geheftet) über eine Treuhandkommanditistin, die Rechtsvorgängerin der dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz beigetretenen Streithelferin zu 2, vollzogen. Mit dem Vertrieb der Fondsanteile war die Streithelferin zu 1, eine Tochtergesellschaft der Streithelferin zu 2, beauftragt. Die Streithelferin zu 2 war neben der Streithelferin zu 1 an der Konzeption und Gestaltung der Fonds sowie der jeweiligen Prospekte beteiligt.

In dem Prospekt zu dem DGI Fonds 32 heißt es unter der Überschrift „*Investitions- und Finanzierungsplan*“, für die Finanzierungsvermittlung und -beratung seien Kosten in Höhe von 1.139 TDM bzw. für die Eigenkapitalbeschaffung solche in

Höhe von 1.657 TDM vorgesehen (vgl. S. 10 des Verkaufsprospektes, Anlage 5). Weiter findet sich auf S. 11 des Prospekts unter der Fußnote 1 folgender Hinweis: „Auf das Beteiligungskapital wird ein Agio von 5 % erhoben, das im Investitionsplan nicht enthalten ist. Dieser Betrag ist an die Fondsgesellschaft zu zahlen und steht zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung.“ Auf S. 29 f. des Prospekts sind die Vertragspartner im Einzelnen aufgeführt. Auf der Prospektrückseite ist das Logo der Volks- und Raiffeisenbank abgedruckt, verbunden mit dem Hinweis: „über 2.900 Volksbanken/Raiffeisenbanken und andere Kreditgenossenschaften“. In dem Prospekt zu dem DGI Fonds 39 heißt es unter der Überschrift „Investitions- und Finanzierungsplan“, für Konzeptions-, Vertriebskoordination und Marketing seien Kosten in Höhe von 4.841 TDM bzw. für die Eigenkapitalbeschaffung solche in Höhe von 3.141 TDM (3 % bezogen auf das zu beschaffende Eigenkapital) vorgesehen (vgl. S. 26 des Verkaufsprospektes, Anlage K 6). Weiter findet sich auf S. 27 des Prospekts unter der Fußnote 1 folgender Hinweis: „Auf das Beteiligungskapital wird ein Agio von 5 % erhoben, das im Investitionsplan nicht enthalten ist. Dieser Betrag in Höhe von 5.690 TDM ist von den Zeichnern an die Fondsgesellschaft zu zahlen und steht zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung“. Aus dem jeweiligen Agio und den vorstehend bezifferten Vertriebskosten für die Fonds DGI 32 und 39 erhielt die Beklagte Rückvergütungen, die die Klägerin - von der Beklagten unangegriffen - mit 8 % beziffert, was die Streithelferinnen hingegen in zweiter Instanz bestritten bzw. für unsubstantiiert gehalten haben (Bl. 454 d. A.).

Die beiden Fonds entwickelten sich schlecht. Die prognostizierten Ausschüttungen blieben im Wesentlichen aus. Der Zedent erhielt aus dem DGI Fonds 32 in den Jahren 1995 bis 1997 insgesamt Ausschüttungen in Höhe von 6.135,50 € (vgl. Anlage S 37, gesondert geheftet). Der DGI Fonds 39 schüttete demgegenüber nicht aus. Verlustzuweisungen erhielt der Zedent für den DGI Fonds 32 im Zeitraum 1993 bis 2008 in Höhe von 41.596,44 € (vgl. Bl. 135 d. A. sowie Anlagenkonvolut S 35, gesondert geheftet), die zu einer Steuerersparnis in Höhe von ca. 20.798,00 € führten. Aus der Beteiligung an dem DGI Fonds 39 erhielt der Zedent Verlustzuweisungen in Höhe von 27.133,86 € (Bl. 136 d. A. sowie Anlagenkonvolut S 36, gesondert geheftet), die zu Steuerersparnissen in Höhe von ca. 13.567,00 € führten.

Der Zedent hat seine Ansprüche betreffend die DGI Fonds 32 und 39 mit Abtretungserklärung vom 16. Dezember 2010 an die Klägerin abgetreten (vgl. Bl. 172 d. A.), die eine nicht anleger- und anlagegerechte Aufklärung des Zedenten, insbesondere eine unzureichende Aufklärung über die der Beklagten zugeflossenen Rückvergütungen behauptet hat und nunmehr aus abgetretenem Recht folgenden Schadensersatz begehrt:

Rückerstattung der jeweiligen Beteiligungen	
aus dem DGI Fonds 32 in Höhe von	51.129,20 €
zuzüglich Agio	2.556,46 €
sowie aus dem DGI Fonds 39 in Höhe von	25.564,60 €
zuzüglich 5 % Agio in Höhe von	1.278,23 €
Gesamt:	80.528,47 €
[rechnerisch zutreffend	80.528,49 €]
sowie entgangenen Gewinn in Höhe von	51.611,74 €;
insgesamt mithin	<u>132.140,21 €.</u>

Sie macht im Zusammenhang mit dem begehrten entgangenen Gewinn geltend, dass der Zedent - zutreffend aufgeklärt über Rückvergütungen sowie die mit den Beteiligungen zusammenhängenden Risiken - in eine festverzinsliche Anlage (Bundesschatzbriefe) investiert hätte, woraus er 5 % Zinsen p. a. erzielt hätte, weshalb ihm zumindest 4 % Zinsen (nach Maßgabe der Zinsberechnung auf Bl. 47 d. A.) zustünden. Ferner hat die Klägerin die Feststellung des Annahmeverzuges mit Blick auf die mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 15. Dezember 2010 (Anlage K 3, gesondert geheftet) Zug um Zug angebotene Rückübertragung der jeweiligen Beteiligungen begehrt sowie die Freistellung von jeglichen weiteren, mit den Kommanditbeteiligungen zusammenhängenden Verbindlichkeiten. Darüber hinaus hat sie vorprozessuale Rechtsanwaltskosten für die Tätigkeit ihres Prozessbevollmächtigten (Schreiben vom 15. Dezember 2010, mit dem die Beklagte zum Schadensersatz bis zum 22. Dezember 2010 aufgefordert wurde) in Höhe von 2.715,58 € (1,5 Geschäftsgebühr nach §§ 13, 14 Nr. 2300 VV RVG) verlangt.

Die Beklagte und die Streithelferin zu 1. sind dem entgegengetreten mit der Auffassung, vorliegend habe die Beklagte keine Rückvergütungen, sondern Innenprovisionen erhalten, worüber hingegen der jeweilige Verkaufsprospekt hinreichend aufkläre. Ebenso ausreichend sei die Risikoaufklärung des Zedenten anhand des Prospektes gewesen. Eine etwaige Aufklärungspflichtverletzung sei zumindest nicht ursächlich für den geltend gemachten Schaden, da der Zedent durch den Prospekt jedenfalls generell über das Provisionsinteresse der Beklagten informiert gewesen sei, was ihn indessen nicht zu einer zu erwartenden Nachfrage veranlasst hätte. Die Beklagte hat sich ferner auf einen unvermeidbaren Verbotssirrtum berufen und in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Erkennbarkeit der für Banken bestehenden Aufklärungspflicht über Rückvergütungen seit Beginn der 90er Jahre verfassungswidrig sei. Ansprüche seien jedenfalls verjährt, da Kenntnis des Zedenten von Rückvergütungen aufgrund der ihm rechtzeitig überlassenen Prospekte bereits 1993 bzw. 1996 bestanden habe. Soweit er den Prospekt nicht zur Kenntnis genommen habe, liege grob fahrlässige Unkenntnis vor. Die Streithelferin zu 1 hat sich darüber hinaus auf Verwirkung etwaiger Ansprüche berufen. Neben den Ausschüttungen müsse sich die Klägerin Steuervorteile anrechnen lassen. Da vorliegend keine betrieblichen Einkünfte in Rede stünden, sondern nur solche aus Vermietung und Verpachtung, sei eine Versteuerung der Schadensersatzleistung nicht zu erwarten; weshalb dem Zedenten vorliegend ohne eine Anrechnung hohe Steuervorteile verbleiben würden. Entgangenen Gewinn könne die Klägerin von vornherein nicht ersetzt verlangen, weil sie schon nicht hinreichend dargelegt habe, dass der Zedent in festverzinsliche Anlagen investiert hätte. Dass mit einer ebenfalls steuersparenden Alternativanlage eine durchschnittliche Rendite von 4 % p. a. erzielt worden wäre, lege die Klägerin überdies nicht schlüssig dar. Ansprüche auf Feststellung des Annahmeverzuges bestünden ebenso wenig wie solche auf Freistellung von Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit den jeweiligen Beteiligungen, zu denen die Klägerin schon nicht näher vortrage.

Das Landgericht hat der Klage auf der Grundlage der Annahme einer Pflichtverletzung der Beklagten infolge unzureichender Aufklärung über Rückvergütungen, die die Beklagte nach dem unstreitigen Parteivorbringen in Höhe von 8 % aus dem Agio sowie den weiteren Verwaltungsvergütungen erhalten habe, zum Teil statt-

gegeben. Insbesondere sei in den jeweiligen Prospekten keine hinreichende Aufklärung über Rückvergütungen enthalten. Die Pflichtverletzung sei auch schuldhaft und die Beklagte habe die für die Klägerin streitende Kausalitätsvermutung nicht entkräftet. Ein Mitverschulden des Zedenten sei ebenso wenig festzustellen wie die für den Beginn der Verjährung erforderliche Tatsachenkenntnis vor Beauftragung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin im Jahr 2010. Denn der Prospekt kläre gerade nicht hinreichend darüber auf, dass und in welcher Höhe der Beklagten Rückvergütungen seitens der Fondsgesellschaft gezahlt worden seien. Letztlich seien Ansprüche der Klägerin auch nicht verwirkt, weil schon nach dem Vorbringen der Beklagten nicht ersichtlich sei, inwieweit sie sich auf das Unterbleiben einer Inanspruchnahme durch den Zedenten eingerichtet habe. Auf die Schadensersatzforderung in Höhe von 80.528,47 € seien Ausschüttungen aus dem DGI 32 in Höhe von 6.135,50 € sowie Steuervorteile aus beiden Beteiligungen in Höhe von 34.365,00 € anzurechnen, weshalb der Klägerin Schadensersatz nur zuzusprechen sei in Höhe von **40.027,97 €.**

Einen Anspruch auf entgangenen Gewinn habe die Klägerin nicht, da nicht zu anzunehmen sei, dass der Zedent im Falle zutreffender Aufklärung über Rückvergütungen in Bundesschatzbriefe investiert und die hier geltend gemachte Rendite von 4 % p. a. durchgehend erzielt hätte. Letztlich könne die Klägerin auch nicht den Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.715,58 € verlangen. Dass der Klägerin bzw. dem Zedenten insoweit ein Schaden entstanden sei, lasse sich schon nach ihrem eigenen Vorbringen nicht feststellen.

Hiergegen wenden sich die Klägerin und die Beklagte sowie die Streithelferinnen mit ihren wechselseitigen Berufungen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Antrag in vollem Umfang weiter. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen. Insbesondere hält sie Steuervorteile für nicht anrechenbar, da diese nicht außergewöhnlich hoch seien und die Schadensersatzleistung ebenfalls der Besteuerung unterliege. Selbst wenn vorliegend Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt worden seien und Werbungskosten steuerlich hätten geltend gemacht werden können, unterläge

die Schadensersatzleistung ebenfalls der Besteuerung. Dauerhaft verbleibende Steuervorteile seien demnach von der Beklagten und den Streithelferinnen nicht schlüssig dargelegt worden. Entgangener Gewinn sei in dem geltend gemachten Umfang zu ersetzen. Ordnungsgemäß aufgeklärt, hätte der Zedent das Geld über eine längere Laufzeit mit 4 % verzinst angelegt. Im Hinblick auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg vom 21. Juli 2011, betreffend den DGI Fonds 26 (1 U 135/10), meint die Klägerin, die Revision sei zuzulassen, soweit ihr entgangener Gewinn nicht zugesprochen werde. Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten hält sie für erstattungsfähig, da es hierfür des Nachweises der Zahlung nicht bedürfe.

Die Klägerin beantragt,

1. in Abänderung des Urteils des Landgerichts Hildesheim vom 4. Januar 2012, Az. 6 O 338/10, wird die Beklagte verurteilt, weitere 92.112,24 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 23. Dezember 2010 an die Klägerin zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung an den DG Immobilienfonds Nr. 32, Stammmummer 32.0[REDACTED] und 39, Stammmummer 39.0[REDACTED].
2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.715,58 € nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 23. Dezember 2010 an die Klägerin zu zahlen.

Die Beklagte und die Streithelferinnen beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil, soweit die Klage abgewiesen wurde. Die der Höhe nach unstreitigen Steuervorteile seien vom Landgericht zu Recht in Abzug gebracht worden. Da die jeweilige Schadensersatzleistung nicht im Zusammenhang mit den steuerlich geltend gemachten Werbungskosten stünde, komme es zu keiner Versteuerung in Form der Rückerstattung vorher abgezogener Werbungskosten. Anschaffungskosten für private Kapitalanlagen seien nicht bei den mit der Kapitalanlage erzielten Einkünften in Abzug zu bringen. Anhaltspunkte dafür, dass dem Zedenten Verlustzuweisungen wieder aberkannt würden, bestünden überdies nicht. Entgangener Gewinn sei von der Klägerin nicht hinreichend dargelegt. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten könne sie nicht erstattet verlangen. Es sei schon nicht ersichtlich, dass ein gesondertes Mandat für die vorgerichtliche Vertretung der Klägerin bestanden habe. Das Schreiben des Klägervertreters vom 15. Dezember 2010 habe offenkundig nur die Folgen eines sofortigen Anerkenntnisses nach § 93 ZPO verhindern sollen. Eine reale vorprozessuale Tätigkeit sei dagegen nicht entfaltet worden.

Mit ihrer Berufung verfolgen die Beklagte und die Streithelferinnen ihren erstinstanzlichen auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag weiter, soweit die Beklagte verurteilt worden ist. Sie machen weiterhin geltend, dass hier nicht Rückvergütungen, sondern Innenprovisionen in Rede stünden, worüber der Prospekt hinreichend aufkläre. Die Streithelferinnen vertreten darüber hinaus die Auffassung, dass bereits kein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen sei und die Klägerin Rückvergütungen in Höhe von 8 % nur ins Blaue hinein behauptet habe. Über die genaue Höhe der Provisionen sei eine Aufklärung nicht erforderlich gewesen. Jedenfalls sei eine Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden nicht kausal. Der Zedent habe sich vielmehr in einem Entscheidungskonflikt befunden. Außerdem habe er den Verdienst der Beklagten aus dem Prospekt gekannt, was ihn von der Zeichnung nicht abgehalten habe. Ansprüche seien verjährt, da die Prospekte die jeweiligen Informationen enthielten und deren unterbliebene Kenntnisnahme jedenfalls den Vorwurf grober Fahrlässigkeit begründeten. Verwirkung sei wegen des Ablaufes der Aufbewahrungsfrist nach § 257 HGB eingetreten. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang behauptet, keine Vorkehrungen für Rückforderungsansprüche getroffen zu haben. Die Streithelferinnen haben darüber hinaus die Auffassung vertreten, dass ein Angebot auf Übertragung der Komman-

ditbeteiligungen nicht ausreiche, um die Beklagte in den Annahmeverzug zu versetzen. Auch der Freistellungsanspruch sei unbegründet, weil weitere drohende Schäden nicht hinreichend dargelegt worden seien.

Die Beklagte und die Streithelferinnen beantragen,

unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten und der Streithelferinnen zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, soweit die Beklagte verurteilt worden ist.

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

II.

Die Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg. Demgegenüber bleibt die Berufung der Beklagten und der Streithelferinnen erfolglos.

Der auf Schadensersatz gerichtete Zahlungsanspruch ist - mit Ausnahme des darin enthaltenen entgangenen Gewinns - überwiegend begründet. Ferner kann die Klägerin die begehrte Feststellung des Annahmeverzuges verlangen. Demgegenüber ist der Antrag auf Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzpflicht teilweise unbegründet; er hat nur hinsichtlich einer denkbaren Nachschusspflicht des Anlegers gem. § 172 Abs. 4 HGB Erfolg. Anspruch auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat die Klägerin nicht.

Im Einzelnen:

1. Der Klägerin – gegen deren Aktivlegitimation nach Vorlage der Abtretungserklärung vom 16. Dezember 2010 (Bl. 172 d. A.) keine Bedenken bestehen – steht gegenüber der Beklagten aus abgetretenem Recht des Zedenten (§ 398 BGB) ein auf Rückabwicklung der Fondsbeteiligungen gerichteter Schadensersatzanspruch aus dem zwischen der Beklagten und dem Zedenten geschlossenen Anlageberatungsvertrag gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen der unterlassenen Aufklärung über an die Beklagte gezahlte Rückvergütungen in Höhe von 74.392,97 € Zug um Zug gegen Rückgabe der Beteiligungen zu. Den darüber hinaus geltend gemachten entgangenen Gewinn (51.611,74 €) hat die Klägerin bereits nicht schlüssig dargelegt.

a) Zwischen den Parteien ist ein Beratungsvertrag zustande gekommen, aufgrund dessen die Beklagte dazu verpflichtet war, den Zedenten anlage- und anlegergerecht zu beraten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGHZ 123, 126, 128) kommt ein Beratungsvertrag bereits dadurch zustande, dass ein Anlageinteressent an ein Kreditinstitut oder umgekehrt das Kreditinstitut an den Kunden herantritt, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden oder zu beraten. Dabei erfolgt der Abschluss des Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs. Ob die Initiative vom Anlageinteressenten oder vom Kreditinstitut ausgeht, ist dabei ebenso unerheblich wie der Umstand, ob für die Beratung eine besondere Vergütung vereinbart wird.

Soweit die Streithelferinnen mit ihrer Berufung die Auffassung vertreten, es sei kein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen, ist ihr Vorbringen unbeachtlich, weil sich der Streithelfer zu dem Vortrag der Hauptpartei nicht in Widerspruch setzen darf (§§ 74, 67 ZPO). Die Beklagte hat das Zustandekommen eines Beratungsvertrages vor Abschluss der hier in Rede stehenden Geschäfte vorliegend nicht in Abrede gestellt. Danach hat der Berater Rump den Zedenten vor seiner jeweiligen Entscheidung, in DGI Fonds zu investieren, beraten und eine entsprechende Empfehlung ausgesprochen. Tatsachenvortrag, der dem entgegenstehen

würde, haben die Streithelferinnen auch nicht gehalten. Vielmehr beschränken sie sich auf das bloße Bestreiten eines Anlageberatungsvertrages mit Nichtwissen, gem. § 138 Abs. 4 ZPO.

b) Auf der Grundlage des Anlageberatungsvertrages war die Beklagte zu einer anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet.

Dabei hängen Inhalt und Umfang der Beratungspflichten von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Person des Anlegers und seiner Vorerfahrung, ab. Die Beratung richtet sich einerseits nach dem Wissensstand, der Risikobereitschaft und dem Anlageziel des Kunden und muss andererseits die allgemeinen und speziellen Risiken, die sich aus den besonderen Umständen des Anlageobjekts ergeben, thematisieren. Der Berater schuldet dem Kunden eine zutreffende, vollständige und verständliche Mitteilung von Tatsachen sowie darüber hinaus eine fachmännische Bewertung, um eine dem Anleger und der Anlage gerecht werdende Empfehlung abgeben zu können (BGHZ 123, 126 ff.; BGH, Urteil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 337/08, WM 2009, 2303, 2304). Während die Aufklärung des Kunden über diese Umstände richtig und vollständig zu sein hat, muss die Bewertung und Empfehlung des Anlageobjekts unter Berücksichtigung der genannten Gegebenheiten ex ante betrachtet lediglich vertretbar sein. Das Risiko, dass sich eine Anlageentscheidung im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Kunde (BGH, Urteile vom 21. März 2006 - IX ZR 83/05, WM 2006, 851 ff., juris Rn. 12, und vom 27. Oktober 2009 a. a. O., 2305).

aa) Es kann dahinstehen, ob die Empfehlung, in die beiden Fonds zu investieren, mit Blick auf das von der Klägerin behauptete vorrangige Anlageziel der Altersvorsorge anlegergerecht war.

bb) Ebenso offenbleiben kann, ob der Zedent anlässlich der dem Erwerb der jeweiligen Fondsanteile vorausgegangenen Beratungsgespräche unzutreffend bzw. unvollständig über die Risiken der Beteiligung - das Verlustrisiko, die Nachschusspflicht - bzw. deren eingeschränkte Fungibilität aufgeklärt worden ist.

cc) Die Beklagte war jedenfalls verpflichtet, den Zedenten über ihr zufließende Rückvergütungen, die nach dem von der Beklagten unbestrittenen Vortrag der Klägerin 8 % betragen haben, zu informieren, was der Berater Rump unstreitig bei beiden Fonds nicht explizit getan hat. Ausreichende Informationen sind auch den Prospekten für die DGI 32 und 39 nicht zu entnehmen, weshalb weiterhin offenbleiben kann, ob und wann der Zedent die jeweiligen Prospekte erhalten hat.

Auch insoweit die Streithelferin zu 1 in erster Instanz gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestritten hat, dass die Beklagte derartige Zahlungen erhalten hat, ist dieses - wie bereits dargelegt - nach §§ 74, 67 ZPO unbeachtlich. Das Landgericht ist in diesem Zusammenhang überdies zutreffend davon ausgegangen, dass die Streithelferin zu 1 als Beteiligte an der Entwicklung des jeweiligen Fondskonzepts sowie der Prospekte eigene Kenntnisse in Bezug auf Rückvergütungen und deren Höhe gehabt haben muss, weshalb sie solche nicht mit Erfolg mit Nichtwissen bestritten kann. Die Höhe der von der Klägerin bezeichneten Rückvergütungen stimmt im Übrigen mit den Prospektangaben überein, wonach nicht nur das 5 %ige Agio für die Kosten der Anwerbung von Eigenkapital verwendet werden sollte, sondern auch ein Betrag von 3 % des zu beschaffenden Eigenkapitals (vgl. S. 26 und 27 des Verkaufsprospektes für den DGI 39, Anlage K 6) bzw. weitere 1.210 TDM für Konzeption, Vertriebskoordination und Marketing sowie 1.657 TDM für die Eigenkapitalbeschaffung (S. 10 und 11 des Verkaufsprospektes für den DGI Fonds Nr. 32, Anlage K 5). Dem Senat ist ferner aus einer Vielzahl von Parallelverfahren betreffend verschiedene DGI Fonds bekannt, dass die Beklagte vergleichbare Zahlungen erhalten hat (vgl. 3 U 225/09, 167/09, 100/10, 172/11 und 199/11).

Die Beklagte und die Streithelferinnen können weiterhin nicht damit gehört werden, dass es sich bei den von der Beklagten empfangenen Leistungen nicht um Rückvergütungen i. S. d. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handele.

Aufklärungspflichtige Rückvergütungen liegen vor, wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen, sodass diese ein für den Kunden nicht erkennbares besonderes Inte-

resse daran hat, gerade diese Beteiligung zu empfehlen (BGH, Beschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, Umdruck Tz. 23; Urteil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 338/08, WM 2009, 2306, Rn. 31): Als Quelle der Rückvergütungen kommen aber darüber hinaus auch alle sonstigen - regelmäßig umsatzabhängigen - Provisionen in Betracht, die im Gegensatz zu Innenprovisionen nicht im Anlagebetrag enthalten (versteckt) sind, sondern aus offen ausgewiesenen Positionen gezahlt werden, sodass beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen kann, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt, weshalb der Anleger das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen kann (BGH, Beschluss vom 9. März 2011, a. a. O., Tz. 24 und 25).

Solche Rückvergütungen hat die Beklagte erhalten, wobei nicht von Bedeutung ist, ob sie die an sie geflossenen Rückvergütungen aus den prospektierten Provisionen oder dem Agio oder aus beidem erhalten hat. Soweit die Beklagte beanstandet, der Anlagebetrag nebst Agio sei von dem Zedenten unmittelbar an die Fondsgesellschaft gezahlt worden, ohne die Beklagte mit einzubeziehen, ist dies ohne Bedeutung. An dem für die Einordnung einer Zahlung als Rückvergütung maßgeblichen Drei-Personen-Verhältnis (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, Tz. 4) ändert dies nichts. Es stellt keinen wesentlichen Unterschied dar, ob die offen ausgewiesenen Provisionen über den Umweg der beklagten Bank erst zur Fondsgesellschaft und von dort wieder an sie zurückgeflossen sind oder ob der erste Zahlungsweg „verkürzt“ war. Die maßgebliche Dreiecks-konstellation wird dadurch nicht berührt. Der mit der Rückvergütung zusammenhängende Aspekt der Heimlichkeit und der dadurch entstandene Interessenkonflikt auf Seiten der beklagten Bank bleibt in beiden Fällen gleich (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 29. Oktober 2010 - 6 U 208/09, juris Rn. 40).

Rückvergütungen erhalten zu haben, hat die Beklagte dem Zedenten im Rahmen seiner der jeweiligen Kapitalanlageentscheidung vorausgegangenen Beratung nicht offenbart. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss eine Bank beim Vertrieb von Beteiligungen an geschlossenen Fonds den Anleger über erhaltene Rückvergütungen informieren - und zwar unabhängig von deren Höhe

(BGH, Beschluss vom 20. Januar 2009 - XI ZR 510/07; BGHZ 170, 226 ff.; Beschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10). Nur der Anleger, der die Höhe der Rückvergütungen kennt, kann das Umsatzinteresse der Bank vollständig ermes- sen und abschätzen, um abzuwägen, ob es der Bank nur um den Erhalt der Rück- vergütung oder die Empfehlung eines für den Anleger optimalen Produkts geht (Ellenberger, in: Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, in: Praktikerhandbuch Wertpa- pier und Derivategeschäft, 3. Aufl., Rn. 948). Diese Pflicht ist Ausfluss des im Wertpapierhandelsgesetz normierten, aber auch im Zivilrecht allgemeingültigen Grundsatzes der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten. Dass im Rahmen der jeweiligen Beratungsgespräche seitens des Mitarbeiters der Beklag- ten Rump die von der Fondsgesellschaft für die Vermittlung des Eigenkapitals vereinbarte Vergütung thematisiert worden wäre, behauptet die Beklagte nicht. Erst recht wurde der Zedent nicht über die Höhe der Rückvergütungen informiert.

Der Zedent ist auch nicht durch die Angaben auf S. 10, 11 des Fondsprospekts für den DGI Fonds 32 sowie auf S. 26, 27 des Fondsprospekts für den DGI Fonds 39 ausreichend über die Provisionen und deren Empfänger aufgeklärt worden. Nach den dortigen Angaben auf S. 11 des Fondsprospekts für den DGI Fonds 32 und auf S. 27 des Fondsprospekts für den DGI Fonds 39 war das Agio an die Fonds- gesellschaft zu zahlen. Der Hinweis in den Fondsprospekten, das Agio stehe der Fondsgesellschaft zur Abdeckung weiterer Eigenkapitalkosten zur Verfügung, lässt gerade nicht mit der gebotenen Klarheit erkennen, dass und in welcher Höhe die dort namentlich nicht genannte Beklagte an dem Agio teilhaben würde. Dies gilt gleichermaßen für die darüber hinaus ausgewiesenen Provisionen, hinsichtlich des DGI 32 von weiteren 1.210 TDM bzw. 1.657 TDM sowie für den DGI 39 von weiteren 3 % für die Beschaffung von Eigenkapital. Dass es gerade die Beklagte sein würde, die an dem Agio und den Kosten der Eigenkapitalbeschaffung partizi- piert, lässt sich - in Bezug auf den Prospekt für DGI 32 - auch nicht dem Hinweis auf S. 29 f. auf die genannten Vertragspartner entnehmen, unter denen die Be- klagte selbst explizit gar nicht aufgeführt ist. Lediglich auf der letzten Seite des Prospektes findet sich, allerdings schon ohne Zusammenhang mit der Überschrift „*Vertragspartner*“, ein allgemeiner Hinweis auf die Volks- und Raiffeisenbanken. Nichts anderes gilt für den Prospekt betreffend den DGI 39, auf dessen letzter Sei- te (S. 57) unter der Überschrift „*unsere Partner im Finanzverbund*“ auch die Volks-

und Raiffeisenbanken genannt sind. Selbst wenn man aber – wie nicht - den vorstehend genannten Textstellen in den beiden Prospekten entnehmen könnte, dass auch die Beklagte einen Teil des Agios (bzw. der weiteren Provisionen) erhalten sollte, fehlt die - notwendige - Information, in welcher Höhe Rückvergütungen an die Beklagte geflossen sind (vgl. insbesondere auch BGH, Beschluss vom 29. November 2011 - XI ZR 50/11, zit. nach juris Rn. 13 zu einem vergleichbaren Prospekt, betreffend einen anderen DGI Fonds).

c) Die Beklagte kann ferner nicht damit durchdringen, sie habe sich in den Jahren 1993 und 1996 in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden.

Wie der Bundesgerichtshof bereits mit Beschluss vom 29. Juni 2010 (XI ZR 308/09, WM 2010, 1694, Rn. 5 ff. m. w. N.) entschieden und eingehend begründet hat, kann sich eine anlageberatende Bank jedenfalls in der Zeit nach 1990 hinsichtlich ihrer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen. Dass verheimlichte Rückflüsse aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen aufklärungspflichtig sind, konnte der veröffentlichten Rechtsprechung zum Zeitpunkt der hier in Rede stehenden Anlageberatung entnommen werden, wie der Bundesgerichtshof für einen Medienfonds entschieden hat (Beschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506 Rn. 10 ff. m. w. N.), was für einen geschlossenen Immobilienfonds gleichermaßen gilt. Die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht (ZIP 2012, 164 Rn. 15) nicht zur Entscheidung angenommen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, Umdruck Rn. 25). An die darin enthaltene Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht ist der Senat gebunden (§ 31 Abs. 1 BVerfGG).

d) Durch die unzureichende Aufklärung ist dem Zedenten ein kausaler Schaden entstanden.

Bei fehlerhafter Anlageberatung ist bereits der Erwerb der Kapitalanlage aufgrund der fehlerhaften Information ursächlich für den späteren Schaden, weil der ohne die erforderliche Aufklärung gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der feh-

lerhaften Aufklärung beeinflusst ist. Steht die Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für die Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um einen Anscheinsbeweis, sondern um eine echte Beweislastumkehr, d. h. der Aufklärungspflichtige muss beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07). Dies gilt nicht nur für die fehlerhafte Aufklärung über das Risiko des Verlustes der Einlage, sondern auch mit Blick auf die unterbliebene Aufklärung über Rückvergütungen (BGH, Beschlüsse vom 9. März und 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10; vgl. auch Ellenberger, a. a. O., Rn. 954 ff.).

Soweit sich die Beklagte und die Streithelferinnen in diesem Zusammenhang darauf berufen haben, dass sich der Zedent in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, hat der Bundesgerichtshof in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung klargestellt, dass es bei Kapitalanlagefällen nicht darauf ankommt, ob ein Kapitalanleger bei gehöriger Aufklärung vernünftigerweise nur eine Handlungsalternative gehabt hätte, er sich also nicht in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte. Das Abstellen auf das Fehlen eines Entscheidungskonflikts ist mit dem Schutzzweck der in Kapitalanlagefällen eingreifenden Beweislastumkehr nicht zu vereinbaren. Die Beweislastumkehr greift daher stets bereits bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung ein (BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, Umdruck Rn. 33).

Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang auch keine Tatsachen behauptet und unter Beweis gestellt, die geeignet wären, die Kausalitätsvermutung zu widerlegen. Demgemäß war weder dem Beweisantritt der Streithelferin zu 1 (mit Schriftsatz vom 9. August 2011, Bl. 219 f. d. A.), den Zedenten als Zeugen zu ihrer Behauptung, dieser hätte „auch in Kenntnis der angeblichen Prospekt- bzw. Aufklärungsfehler gezeichnet“, nachzugehen, noch war - wie erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 26. September 2012 seitens der Beklagten beantragt - die Klägerin als Partei (§ 445 Abs. 1 ZPO) für ihre Behauptung zu vernehmen, „dass die Eheleute auch gezeichnet hätten, wenn sie über den Verdienst der Beklagten aufgeklärt wären“.

Zwar ist dem im Zusammenhang mit der Behauptung einer Beklagten, der Kläger hätte die Anlage auch bei Kenntnis von Rückvergütungen erworben, gestellten Beweisantrag auf Parteivernehmung grundsätzlich nachzukommen, weil für den Fall, dass sich dieser Sachvortrag in der Beweisaufnahme als richtig herausstellte, die fehlende Kausalität der Pflichtverletzung bewiesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 a. a. O. Tz. 39). Sind indessen Gegenstand der beantragten Vernehmung eines Zeugen innere Vorgänge bei einer anderen Person, die der direkten Wahrnehmung des zu Vernehmenden naturgemäß entzogen sind, bedarf es der Darlegung äußerer Umstände, die unmittelbarer Gegenstand der Beweisaufnahme sein sollen (BGH, a. a. O. Tz. 44). Nichts anderes kann gelten, wenn die Parteivernehmung einer Person beantragt wird, die sich selbst nicht an der in Rede stehenden Anlage beteiligt hat. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang überdies darauf hingewiesen, dass bei einer Parteivernehmung ein Missbrauch zur Ausforschung besonders naheliegt und deshalb zu prüfen ist, ob ein unbeachtlicher Beweisermittlungsantrag vorliegt, wobei jedoch zu bedenken ist, dass der Beweisführer grundsätzlich nicht daran gehindert ist, Tatsachen zu behaupten, über die er keine genauen Kenntnisse hat, die er aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Gleichmaßen Anwendung finden müssen diese Grundsätze auf den - hier gegebenen - Fall, dass die Vernehmung des Anlegers als Zeuge begehrt wird, der seine Ansprüche durch Abtretung übertragen hat und nur aus diesem Grund (formal) nicht Partei des Rechtsstreits ist. Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liege in diesen Fällen vor, wenn der Beweisführer ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt (BGH, a. a. O., Tz. 40). In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall lag eine unzulässige Ausforschung schon deshalb nicht vor, weil die dortige Beklagte Anhaltspunkte dafür vorgetragen hatte, die zumindest in ihrer Gesamtschau dafür sprachen, dass der dortige Kläger den Fonds auch in Kenntnis der Rückvergütungen gezeichnet hätte. Hierzu gehörten das behauptete Anlageziel des (dortigen) Klägers, dass es ihm allein auf die Steuerersparnis und allenfalls noch auf Renditechancen und das (dort im Raum stehende) Sicherungskonzept durch die Schuldübernahme ankam, sowie der Umstand, dass er bereits zuvor eine Beteiligung an einem anderen (dort) Filmfonds in Kenntnis von Provisionszahlungen an die beratende Bank geschlossen hatte.

Vorliegend hat die Klägerin vorgetragen, dem Zedenten sei es bei der jeweiligen Anlage primär auf eine zusätzliche private Altersvorsorge angekommen, wobei die Steuerersparnisse lediglich einen willkommenen Nebeneffekt dargestellt hätten. Demgegenüber hat die Beklagte angegeben, dem Zedenten sei es primär um Steueroptimierung gegangen. Dies reicht indessen nicht aus, um der unter Beweis gestellten Behauptung der Beklagten den nötigen substantiellen Anhalt zu geben. Tatsächliche Anhaltspunkte, die auf einen solchen Wunsch hindeuten würden, etwa dass der Zedent zuvor bereits vergleichbare Steuersparmodelle erworben hatte, werden von der Beklagten nicht vorgetragen. Überdies steht der grundsätzliche Wunsch nach einer Steuerersparnis für sich betrachtet der Kausalitätsvermutung nicht entgegen (BGH, a. a. O., Tz. 53). Weitere Indizien fehlen. Insbesondere gibt es hier - anders als in der Fallgestaltung, die dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Mai 2012 zugrunde lag (XI ZR 262/10, a. a. O., Tz. 41) - keinen Anhalt dafür, dass der Zedent vor oder nach den in Rede stehenden Geschäften eine vergleichbare Kapitalanlage in Kenntnis von in Form von Rückvergütungen gezahlter Provisionen gezeichnet hat. Das Vorbringen der Beklagten und der Streit- helferinnen dazu, wie sich der Zedent im Falle der Aufklärung über Rückvergütungen verhalten hätte, bezieht sich hingegen nur auf allgemeine Vermutungen, die auf jeden Anleger zutreffen können, bzw. auf Mutmaßungen über innere Tatsachen beim Zedenten. Ausreichende Indizien, die entweder allein oder in ihrer Gesamtheit den Schluss auf die unter Beweis gestellte Haupttatsache - ggf. auch ohne Beweisaufnahme - zulassen würden bzw. streitige äußere Umstände, die auf innere Vorgänge hinweisen und deshalb eine Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zedenten als Zeugen und/oder der Klägerin als Partei gebieten würden, sind ebenfalls nicht gegeben. Es kommt hinzu, dass die Klägerin selbst keine Anlageentscheidung getroffen hat, sondern ihr Ehemann, der Zedent. Demnach kommt es darauf, wie sich die Klägerin selbst entschieden hätte, wenn sie von der Beklagten über die an sie fließenden Rückvergütungen informiert worden wäre, ersichtlich nicht an. Soweit der Beweisantrag der Beklagten darauf gerichtet war, ihre Behauptung zu belegen, der Zedent hätte sich im Falle der Aufklärung über Rückvergütungen gleichfalls für die Investition in die DGI Fonds 32 und 39 entschieden, diente der Beweisantrag - wie dargelegt - ebenfalls erkennbar der unzulässigen Ausforschung. Indiztatsachen, die für sich genommen oder in einer Ge-

samtschau geeignet wären, die behauptete Haupttatsache - fehlende Kausalität der Pflichtverletzung - zu belegen, über die die Klägerin als Partei im Rahmen ihrer Vernehmung Angaben hätte machen können, sind von der Beklagten bzw. den Streithelferinnen nicht vorgetragen, worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat.

Demgegenüber hat die Klägerin vorgetragen, ordnungsgemäß aufgeklärt, hätte der Zedent die jeweiligen Anlagen nicht erworben.

e) Die Ansprüche des Zedenten sind auch nicht verjährt.

Gemäß der Regelung in den hier anzuwendenden §§ 195, 199 BGB (vgl. Art. 229, § 6 Abs. 1 und 4 EGBGB) beginnt der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Soweit es um den Vorwurf verschiedener Aufklärungs- oder Beratungsfehler geht, sind die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB für jede einzelne Pflichtverletzung getrennt zu prüfen (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - III ZR 203/09 a. a. O. Tz. 13).

Dass der Zedent bereits vor der erstmals im Jahr 2010 erfolgten Beratung durch den Prozessbevollmächtigten der Klägerin Kenntnis von der Möglichkeit, Schadensersatzansprüche wegen einer unterlassenen Aufklärung über Rückvergütungen gegen die Beklagte geltend zu machen, erlangt hat, tragen die Beklagte und die Streithelferinnen, die jeweils die Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) erheben und demgemäß für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Verjährung darlegungs- und beweisbelastet sind, bereits nicht vor. Die - wie dargelegt - maßgebliche Kenntnis des Zedenten von der Höhe der Rückvergütungen und dem damit im Zusammenhang stehenden Interessenkonflikt lag auch nicht aufgrund des Inhaltes der ihm spätestens bei Zeichnung der jeweiligen Anlage überreichten Verkaufsprospekte vor. Die Prospekte enthalten gerade keine ausreichende Aufklärung über den Umstand, dass an die Beklagte Rückvergütungen geflossen sind, erst recht nicht mit Blick auf deren Höhe. Demnach kommt es auf den mit der

Berufung gehaltenen Einwand der Streithelferinnen, dass der Verjährungsbeginn 1993 bzw. 1996 im Falle der unterbliebenen Kenntnisnahme von dem Inhalt der Verkaufsprospekte auf grober Fahrlässigkeit i. S. v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB beruhe, für die der Schuldner - hier die Beklagte - die Darlegungs- und Beweislast trägt, nicht an. Überdies reicht zur Annahme grob fahrlässiger Unkenntnis des Anlegers die unterbliebene genaue Lektüre eines Prospekts, der ggf. die Zahlung einer Rückvergütung vermuten ließe, nicht aus (BGH, Beschluss vom 29. November 2011 - XI ZR 50/11, Umdruck, Tz. 19). Die allgemeine Kenntnis davon, dass die Banken sich für die Vermittlung von Geschäften an verbundene Unternehmen vergüten lassen, welche hinsichtlich des Zedenten vorliegend unterstellt werden kann, vermittelte ohnehin nicht die erforderliche Kenntnis über den bei Abschluss der hier in Rede stehenden Geschäfte jeweils bestehenden Interessenkonflikt der Bank, der – wie schon gesagt – die Offenlegung der genauen Höhe der Rückvergütungen erfordert.

f) Die Ansprüche der Klägerin sind ferner nicht verwirkt (§ 242 BGB).

Die Verwirkung eines Rechts tritt ein, wenn es vom Berechtigten über längere Zeit nicht geltend gemacht worden ist (Zeitmoment) und der andere Teil sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einstellen durfte und auch tatsächlich darauf eingestellt hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Umstandsmoment). Die erforderliche Dauer des Zeitablaufs richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Zu berücksichtigen sind vor allem Art und Bedeutung des Anspruchs, die Intensität des vom Berechtigten geschaffenen Vertrauenstatbestandes und das Ausmaß der Schutzbedürftigkeit des Verpflichteten. Soweit das Oberlandesgericht München unter Berücksichtigung dessen in zwei Entscheidungen, die Ansprüche aus Börsenterminhandel bzw. aus einer Bankverbindung betrafen (Urteil vom 17. November 2005 - 19 U 2487/05 und Beschluss vom 27. März 2006 - 19 U 5845/05), wegen der handelsrechtlichen Aufbewahrungsfrist des § 257 HGB für Handelsbriefe die Verwirkung von Ansprüchen angenommen hat, steht der Annahme der Verwirkung von Ansprüchen aufgrund heimlich hinter dem Rücken des Kunden gezahlter Vergütungen (Kick-Back) entgegen, dass durch diese ebenfalls der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 242 BGB berührt wird. Es widerspräche der Intention von Treu und Glauben

gem. § 242 BGB, wenn man Verwirkung gerade für Sachverhalte wie den vorliegenden heranzöge, bei dem der Vertragspartner über einen besonders langen Zeitraum eine offenbarungspflichtige Tatsache treuwidrig verheimlicht hat. Es kommt hinzu, dass das für die Annahme von Verwirkung erforderliche Vertrauensmoment fehlt, weil auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten nicht erkennbar ist, dass diese in Bezug auf das Verhalten der Zedenten als Anleger Vermögensdispositionen getroffen hat (vgl. dazu OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Oktober 2008 - 23 U 1706/08, juris Rn. 87). Allein der Umstand, dass die Beklagte - wie sie vorgetragen hat - meinte, aus Sachverhalten die die Jahre 1993 und 1996 betrafen, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, reicht nicht aus, um anzunehmen, das Umstandsmoment sei erfüllt. Vielmehr wäre es notwendig, dass die Beklagte in dieser Hinsicht Dispositionen getroffen hätte, was sie indessen gerade nicht explizit vorträgt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte für die Auseinandersetzung mit dem Anspruch des Zedenten erforderliche Unterlagen vernichtet hätte oder über keine hinreichenden Rückstellungen verfügte, um die Forderungen von Anlegern, die in von ihr empfohlene DGI Fonds investiert haben, zu bedienen.

g) Ein Mitverschulden hat das Landgericht mit zutreffenden Erwägungen verneint. Der Anleger ist nicht gehalten, anhand des Studiums eines erst bei Abschluss der Kapitalanlage überreichten Prospekts die Angaben seines Beraters im Nachhinein auf deren Richtigkeit hin zu überprüfen. Unterlässt er dies, kann ihm demgemäß nicht der Vorwurf eines Verschuldens gemacht werden. Die gegenteilige, von der Beklagten und ihren Streithelferinnen vertretene Auffassung verkennt, dass es dem Anleger gerade nicht „als grobes Verschulden gegen sich selbst“ zum Vorwurf reichen kann, dass er seinem Berater vertraut (BGH, Urteil vom 22. September 2011 – III ZR 186/10, juris Rn. 10).

h) Die Höhe des Schadens beläuft sich auf den Anlagebetrag zuzüglich Agio (80.528,47 €) abzüglich der erhaltenen Ausschüttungen (6.135,50 €), mithin auf 74.392,97 €.

i) Etwaige Steuervorteile muss sich die Klägerin nicht anspruchsmindernd anrechnen lassen. Zwar hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass der Zedent durch die mit der jeweiligen Anlage unmittelbar verbundenen Verlustzuweisungen Steuervorteile erzielt haben dürfte, die sie für den DGI Fonds Nr. 32 mit ca. 20.798,00 € und den DGI Fonds 39 mit ca. 13.567,00 € beziffert hat. 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. zahlr. 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 gem. §§ 15, 16 EStG ohne weiteres anzunehmen. 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 nach dem Inhalt der jeweiligen Prospekte (S. 19 DGI Fonds 32 und 36 f. DGI Fonds 39) die Steuerersparnisse maßgeblich auf den während der Bauzeit anfallenden Kosten, die für Zwischenfinanzierungskosten, Disagio und bestimmte Vermittlungsgebühren bei der Fondsgesellschaft als Werbungskosten im Bereich der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung entstehen und den Anlegern als Verluste zugewiesen werden sollten. Daneben kam - jeden-

falls für einen Teil der von den Fonds gehaltenen Immobilien - die Sonderab-schreibung nach § 4 FöGebG zum Tragen. Demnach können auch die von dem Zedenten erzielten Steuervorteile vorliegend nur auf ihm von der Fondsgesell-schaft zugewiesenen Verlusten aus Vermietung und Verpachtung, mithin auf Wer-bungskosten, beruhen. Das Konzept der jeweiligen Fonds war u. a. darauf ausge-richtet, dem Anleger die Verluste aus den Werbungskosten während der Bau-phase (Zwischenfinanzierungskosten, Disagio pp.) anteilig zuzuweisen (vgl. Anla-ge K 5, S. 19 und Anlage K 6, S. 36). Aufgrund dessen haben die Streithelferinnen auch die von ihnen behaupteten Steuervorteile errechnet. Mithin ist davon auszu-gehen, dass die dem Zedenten aufgrund der steuerlichen Berücksichtigung der genannten Werbungskosten entstandenen Vorteile bei einer Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes durch die Besteuerung der Ersatzleistung wieder korrigiert werden (BGH, a. a. O., Rn. 13 m. w. N. aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs). Die Vereinnahmung einer Schadensersatzleistung in der vor-liegenden Konstellation stellt den Rückfluss der Werbungskosten dar, der - eben-so 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 den Streithelferinnen in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. November 2005 (III ZR 350/04, WM 2006, 174 ff., juris Rn. 12 f.). Denn darin ist lediglich ausge-führt, dass die vom dortigen Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die An-nahme, 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 (Urteil vom 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 Aufwendungen vorher als Werbungskosten abgezogen wurden. Der Bundesfi-nanzhof hebt hier, worauf sich der Bundesgerichtshof ausdrücklich beruft, gerade auch bei Schadensersatzleistungen, die den Finanzierungsaufwand für Kapitalan-lagen ersetzen sollen, auf das Eingreifen eines solchen Rückflusses ab.

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, Urteil vom 1. März 2011, a. a. O.). Konkrete Anhaltspunkte für solche außergewöhnlichen Steuervorteile sind hier nicht ersichtlich. Zwar hat die Streithelferin zu 1 vorgetragen, der Zedent hätte für den DGI 32 insgesamt (zwischen 1993 und 2008) Verlustzuweisungen in Höhe von 41.596,44 € (Bl. 135 d. A. und Anlage S 35, Anlagenband) sowie für den DGI 39 insgesamt (im Zeitraum 1996 bis 2006) Verlustzuweisungen in Höhe von 27.133,86 € (Bl. 136 d. A. und Anlage S 36, gesondert geheftet) erhalten, die - jedenfalls für den DGI 39 - über die Einlageleistung hinausgehen. Allerdings lagen die Anfangsverluste beim DGI 32 mit 18.195,53 € im Jahr 1993 und für den DGI 39 mit 20.976,75 € im Jahr 1996 unterhalb der Einlageleistung. Die in den Folgejahren zugewiesenen Verluste waren demgegenüber gering und beliefen sich für den DGI 32 im Jahr 1994 nur noch auf 6.096,89 € und in den Folgejahren auf Beträgen zwischen minimal 55,40 € und maximal 7.773,15 € sowie für den DGI 39 im Jahr 1997 auf 1.753,83 € und in den Folgejahren auf Beträge zwischen minimal 83,01 € und maximal 1.301,13 €, was nicht maßgeblich zur Reduzierung der Steuerlast des Zedenten beigetragen haben dürfte.

Hinzu kommt, dass die Beklagte und die Streithelferinnen schon keine Umstände dargelegt haben, aus denen abzuleiten wäre, dass dem Zedenten 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, Urteil vom 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 einer zwischenzeitlichen Absenkung des Spitzensteuersatzes noch ein auf einer Verschlechterung der Einkommenssituation zurückzuführender Steuervorteil als außergewöhnlich darstellt (BGH, Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, WM 2010, 1310 ff., juris Rn. 29 ff.; Urteil vom 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 beigetretenen Streithelferinnen ihrerseits die Darlegungs- und Beweislast tragen. Konkrete Tatsachen haben sie dazu jedoch nicht vorgetragen.

i) Die Klägerin kann indessen nicht den Ersatz entgangenen Gewinns (§ 252 BGB), den sie mit 51.611,74 € auf der Basis von Erträgen, die eine Investition in Bundesschatzbriefe bzw. andere längerfristig festverzinsliche Wertpapiere ergeben hätte, berechnet (vgl. Bl. 47 d. A).

Zwar ist nicht zu verkennen, dass zugunsten des Anlegers die Vermutung streitet, dass verfügbares Kapital in der Regel nicht ungenutzt bleibt (BGH, Urteil vom 2. Dezember 1991 - II ZR 142/90, WM 1992, 143). Es ist aber vom Anspruchsteller darzulegen, dass es nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zumindest wahrscheinlich war, dass in dem nicht abgeschlossenen Geschäft Gewinne erzielt worden wären (BGH, Urteil vom 9. Mai 2000 - XI ZR 159/99, WM 2000, 1441). Daraus folgt indessen gerade nicht die Vermutung, dass sich die Anleger bei ordnungsgemäßer Beratung bzw. Prospektinformation für eine Geldanlage in Form eines festverzinslichen Sparbriefes bzw. eines Bundeswertpapiers entschieden hätten (BGH, Urteil vom 24. April 2012 - XI ZR 360/11, Umdruck Rn. 17). Vorliegend ist bereits nichts dafür ersichtlich, warum der Zedent sein Geld, anstelle in einen geschlossenen Immobilienfonds zu investieren, bei ordnungsgemäßer Aufklärung in festverzinsliche Papiere angelegt und insoweit auf jegliche Steuersparmöglichkeit verzichtet hätte. Allein der Umstand, dass die Klägerin behauptet hat, der Zedent sei an einer sicheren Altersvorsorge interessiert gewesen, rechtfertigt dies für sich genommen nicht, zumal der Zedent nach dem von der Klägerin unwi-

dersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten nicht unerhebliche Steuerspareffekte erzielt hat. Ob der Zedent hingegen mit einem vergleichbaren Anlagemodell den nunmehr in Anspruch genommenen Gewinn erwirtschaftet und nicht etwa gleichermaßen Verluste erzielt hätte, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin hat auch nichts dazu vorgetragen, dass der Zedent sein übriges Vermögen ausschließlich oder auch nur überwiegend in derartige festverzinsliche Wertpapiere angelegt hätte.

2. Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges hat Erfolg, denn die Beklagte befand sich spätestens mit dem Klageabweisungsantrag mit der Annahme der ihr angebotenen Abtretung der Fondsanteile in Annahmeverzug (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1987 - VIII ZR 206/86, WM 1987, 1496, 1498). Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus §§ 756, 765 ZPO. Besteht die Kapitalanlage in der Rechtsposition als Treuhandkommanditist, genügt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wenn der Geschädigte im Rahmen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs als Zug um Zug zu gewährende Leistung die Abtretung sämtlicher Rechte aus der Beteiligung bzw. dem Treuhandvertrag anbietet. Denn das Gegenrecht des Schädigers kann sich nur auf die Rechtsposition beziehen, die der geschädigte Kapitalanleger aufgrund der Zeichnung der - mittelbaren oder unmittelbaren - Fondsbeteiligung erworben hat (BGH, Beschluss vom 6. Juli 2010 - XI ZB 40/09, WM 2010, 1673 Rn. 14). Dass die Übertragung der Fondsanteile von der Zustimmung Dritter abhängig ist, ist unerheblich, da etwaige gesellschaftsrechtliche Schwierigkeiten bei der Übertragung der Fondsbeteiligung der angeordneten Zug-um-Zug-Leistung nicht entgegenstehen und überdies dem Risikobereich des Schädigers unterfallen (BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 - XI ZR 272/10, Umdruck Rn. 12).

3. Der auf Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzverpflichtung gerichtete Antrag ist gem. § 256 Abs. 1 ZPO zulässig, aber nur zum Teil begründet.

Der Anleger hat grundsätzlich Anspruch im Wege der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB so gestellt zu werden, wie er stünde, hätte es die schuldhaft Aufklärungspflichtverletzung nicht gegeben. Dies bedeutet, dass die haftende

Bank auch verpflichtet ist, den Anleger von sonstigen steuerlichen oder wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die sich aus der Anlageentscheidung ergeben. Dementsprechend besteht regelmäßig ein auf eine Feststellung gem. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtetes Interesse des Anlegers:

Vorliegend hat die Klägerin geltend gemacht, festzustellen, dass die Beklagte sie von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die ein Insolvenzverwalter oder ein Dritter wegen der Ausschüttungen erheben kann, die die Fondsgesellschaft geleistet hat, was insbesondere auf Rückforderungsansprüche nach § 172 Abs. 4 HGB bezogen ist.

Was die Steuernachforderungen anbelangt, hat die Klägerin nicht konkretisiert, worin diese bestehen sollen. Soweit es um Steuernachteile geht, die mit der Besteuerung der Ersatzleistung im Zusammenhang stehen, scheidet ein Feststellungsanspruch dennotwendig aus, denn wegen der unterbliebenen Vorteilsanrechnung (vgl. vorstehend) hat dieser Gesichtspunkt außer Betracht zu bleiben. Soweit darüber hinaus eine Vermögensgefährdung insoweit denkbar erscheint, als der Zedent die erhaltenen steuermindernden Verlustzuweisungen nachträglich verliert (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2010 - III ZR 324/08, juris Rn. 28 ff.), fehlt konkreter Tatsachenvortrag, aus welchem Grund vorliegend eine nachträgliche Aberkennung der Verlustzuweisungen erfolgen soll. Ebenso wenig gibt es Anhalt für eine nachträgliche Korrektur der Steuerfestsetzung gem. § 173 oder § 175 AO.

Möglich bleibt aber eine Nachschusspflicht gem. § 172 Abs. 4 HGB. Immerhin hat der Zedent in den Jahren 1995 bis 1997 Ausschüttungen aus dem DGI Fonds 32 erhalten. Zudem ist nicht auszuschließen, dass er bis zu seinem Ausscheiden aus den jeweiligen Gesellschaften durch Übertragung der Anteile weitere Ausschüttungen erhält, die dann ggf. rückabzuwickeln sind.

4. Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.715,58 € für die außerprozessuale Tätigkeit des Klägervertreters sind der Klägerin nicht als Schaden zu ersetzen. Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Klägerin be-

reits nichts dazu dargelegt hat, dass ihre Prozessbevollmächtigten zunächst einen ausschließlich auf die außergerichtliche Vertretung gerichteten Auftrag von ihr erhalten haben. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass diese die geltend gemachte Forderung gegenüber der Klägerin bereits geltend gemacht haben und diese von ihr ausgeglichen worden ist, weshalb ihr insoweit schon nach ihrem eigenen Vorbringen kein Schaden entstanden ist.

5. 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 15. Dezember 2010 (Anlage K 3), mit dem die Beklagte zur Zahlung des geltend gemachten Betrages bis zum 22. Dezember 2010 aufgefordert worden ist. Mit Ablauf dieses Datums befand sich die Beklagte daher in Verzug.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 101 Rn. 4; Zöller/Heßler vor § 511, Rn. 24, 3. Absatz); die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO: Die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Revision zuzulassen ist (§ 543 Abs. 2 ZPO), sind nicht gegeben.

Dr. Böttcher

Dr. Landwehr

Klein