Oberlandesgericht
Celle

Kopie an Mdt. Stellungn.
WV
EINGEGANGEN
27. Mai 2013
RECHTSANWÄLTE
Kopie an Mdt. Kenntnis
Kopie an Mdt. Zahlung
Kopie an Mdt. Rücksprache
zdA
Kopie an Mdt. Telekonsult
LA

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

3 U 196/12
2 O 190/11 Landgericht Bückeburg

Verkündet am
22. Mai 2013
Busse,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

1. Volksbank in Schaumburg eG, vertreten durch den Vorstand Joachim Schorling und Reinhard Schreeck, Marktplatz 1, 31675 Bückeburg,

   Beklagte und Berufungsklägerin,

2. DG Anlage Gesellschaft mbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. von Carlowitz, Fräsdorf und Schneider, Hahnstraße 31-35, 60528 Frankfurt,

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

   Streithelferinnen der Beklagten und Berufungsklägerinnen,

Prozessbevollmächtigte zu 1:
Anwaltsbüro GenoRechtAnwälte Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Hannoversche Straße 149, 30627 Hannover,
Geschäftszeichen: 1249/11JM32-sil

Prozessbevollmächtigte zu 2, 3:
Anwaltsbüro White & Case LLP, Bockenheimer Landstraße 20, 60323 Frankfurt,
Geschäftszeichen: 7102726-1208.MUL

gegen

1.

Klägerin und Berufungsbeklagte,

2.

Drittwiderbeklagter,

Prozessbevollmächtigte zu 1, 2:
Anwaltsbüro RSCW Rechtsanwälte, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt,
Geschäftszeichen: 12/02237

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schneider, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Böttcher und die Richterin am Oberlandesgericht Klein für Recht erkannt:

Die Berufungen der Beklagten und der Streithelferinnen gegen das am 2. Oktober 2012 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bückeburg werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte Verzugszinsen nur in Höhe von 4 % zu zahlen hat.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte, mit Ausnahme der Kosten der Streithelferinnen, die diese selbst zu tragen haben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe eines die vollstreckbare Forderung um 20 % übersteigenden Betrages abzuwenden, soweit nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin hat die Beklagte aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes, des Drittwiderbeklagten (im Folgenden nur der Zeuge [redacted]r), auf Rückabwicklung der Beteiligung an der DG Immobilien Anlagegesellschaft Nr. 35 „Berlin, Frankfurt" Prüske & Dr. Neumann KG (im Folgenden nur DG! Fonds 35) über nominal 50.000 DM zzgl. 5 % Agio (insgesamt 52.500 DM = 26.842,83 €) sowie auf Ersatz der aus der Darlehensfinanzierung der Anlage herrührenden Zinsaufwendungen in Höhe von 3.834,69 €, mithin auf Zahlung von insgesamt **30.677,51 €** in Anspruch genommen.

Der bis zu seinem Ruhestand als Lackierer bei der Volkswagen AG angestellte Zeuge Ober erwarb am 15. Mai 1995, wobei die Einzelheiten des insoweit geführten Beratungsgesprächs ebenso wie die Frage, ob überhaupt eine Beratung und Empfehlung durch die Zeugen Dietmar Mensching und Uwe Heinrich Michael Behrendt bzw. einen anderen Mitarbeiter der Beklagten stattgefunden hat, streitig sind, die oben genannte Kommanditbeteiligung (Anlage K 3, Bl. 40 GA I). Zuvor war dem Zeugen [redacted]der Verkaufsprospekt (Anlage K 6, Bl. 70 ff. GA I) überlassen worden. Der Beitritt wurde über eine Treuhandkommanditistin, die Rechtsvorgängerin der dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetretenen Streithelferin zu 2, vollzogen. Mit dem Vertrieb der Fondsanteile war die Streithelferin zu 1, eine Tochtergesellschaft der Streithelferin zu 2, beauftragt.

In dem Prospekt zu dem Fonds heißt es unter der Überschrift „Investitionsplan", dass für die Finanzierungsvermittlung und -beratung von der geplanten Gesamtinvestition von 254.000 TDM Kosten in Höhe von 2.572 TDM vorgesehen seien (S. 19 des Verkaufsprospektes, Anlage K 6, Bl. 89 GA I). Weiter findet sich auf S. 19 des Prospekts, als Fußnote zu dem unter der Überschrift „Finanzierungsplan" mit 168.600 TDM angegebenen Beteiligungskapital der 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." Die Beklagte erhielt, u. a. aus dem Agio, Rückvergütungen in Höhe von acht Prozent der Beteiligungssumme. Der Zeuge [redacted] r finanzierte die Beteiligung über einen mit der Beklagten am 15./18. Mai 1995 abgeschlossenen Darlehensvertrag mit einer Darlehenssumme von 50.000 DM (Anlage K 2, Bl. 38 f. GA I). Auf das Darlehen zahlte der Zeuge [redacted] bislang Zinsen in Höhe von 3.834,69 €. Der Fonds entwickelte sich in der Folgezeit nicht den Erwartungen entsprechend und ist inzwischen von der Insolvenz bedroht.

Die Fondsgesellschaft übersandte den Anlegern Rechenschaftsberichte u. a. für die Geschäftsjahre 1994 bis 1997, in denen sich unter der Überschrift „zusätzliche Erläuterungen zur Bilanz zum 31. Dezember [...]" unter dem Unterpunkt „Passiva" folgende Passage findet: „Unter der Position „Emissionsagio" ist das von den Anlegern über den Nominalbetrag hinaus zu erbringende Agio (5 % [...]), das als Teil der Vertriebskosten den vermittelnden Banken zufließt und somit nicht im Finanzierungsvolumen enthalten ist, ausgewiesen." (vgl. Anlagen S 2, S 3, S 4 und S 12, jeweils Anlagenband). Im Jahr 2004 beauftragte der Zeuge [redacted] r den für die Rechtsanwaltskanzlei Römermann in Hannover tätigen Rechtsanwalt Uwe Borsch, der mit Schreiben vom 20. Dezember 2004 (Anlage B 1, Bl. 150 f. GA I) gegenüber der Beklagten mit Blick auf die drohende Insolvenz des Fonds den Vorwurf einer Falschberatung erhob und um ein Gespräch bzw. Vorschläge zur Bereinigung der Angelegenheit bat. Rechtanwalt Borsch nahm in seinem Schriftsatz auf den Rechenschaftsbericht der DG Anlagegesellschaft für das Jahr 2002 Bezug, nach dessen Inhalt der wirtschaftliche Fortbestand der Fondsgesellschaft erheblich gefährdet sei, was er in Zusammenhang mit - nicht näher spezifizierten - Treuhandgebühren bzw. Geschäftsbesorgungsvergütungen stellte, was es nahe lege, „dass diese Gelder lediglich zu einem anderen Partner der DG Gruppe geflossen" seien. Summiere man dazu die „Vertriebs- und Darlehenseinnahmen der verschiedenen Genossenschaftsbanken," komme man zu dem Ergebnis, dass „ein dreistelliger Millionenbetrag eingeworben und in dem genossenschaftlichen Verbund umverteilt" worden sei.

Der Zeuge [redacted] verfolgte die Angelegenheit gegenüber der Beklagten erst wieder mit Schreiben vom 27. Dezember 2008 weiter (Anlage B 2, Bl. 153 GA I), die mit Schreiben vom 5. März 2009 Stellung nahm und sich hierbei auf die Einrede der Verjährung berief (Anlage B 3, Bl. 154 GA I). In dem daraufhin ergangenen Bescheid des Ombudsmanns vom 31. März 2009 wurde die Beschwerde wegen Verjährung als unzulässig zurückgewiesen (Anlage B 4, Bl. 156 f. GA I). Der Zeuge [redacted] erhielt in den Jahren 1999 und 2000 von der Fondsgesellschaft insgesamt Ausschüttungen in Höhe von 1.533,88 € (Bl. 84 f. GA III). Ferner erhielt der Zeuge [redacted] in den Jahren 1995 bis 2010 von der Fondsgesellschaft Verlustzuweisungen in Höhe von 27.000,45 € (Anlage S 25, Anlagenband sowie Bl. 102 GA II). Er trat mit Abtretungserklärung vom 23. September 2011 seine Ansprüche betreffend den DGI Fonds 35 an die Klägerin ab (Anlage K 1, Bl. 37 GA I).

Die Klägerin hat behauptet, der Zeuge [redacted] sei im Jahr 1995 interessiert gewesen, eine zusätzliche private Altersvorsorge aufzubauen. Er habe deshalb einen bei der Dresdner Bank beschäftigten Freund, Herrn K[redacted] befragt, der empfohlen habe, bei der Beklagten wegen des DG Immobilienfonds Nr. 35 nachzufragen. Aufgrund dessen hätten sich die Klägerin und der Zeuge [redacted] in den Räumlichkeiten der Beklagten in Bad Nenndorf nach dem DGI Fonds 35 erkundigt. Von dem Zeugen M[redacted] sei ihnen daraufhin der Fonds als geeignete zusätzliche Altersvorsorge empfohlen worden, der zusätzlich geeignet sei, Steuersparеffekte zu erzielen. Ferner sei ihnen erläutert worden, dass der Fonds zunächst zwar keine Gewinne ausschütte, dies aber zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen werde. Über Verlustrisiken sei in diesem Zusammenhang nicht gesprochen worden ebenso wenig wie über mögliche Probleme bei der Veräußerung der Beteiligung. Das Produkt sei von dem Berater [redacted] in der Weise angepriesen worden, dass es ein Höchstmaß an Sicherheit für die Altersvorsorge biete. Der Berater M[redacted] habe den Zeugen [redacted] überdies nicht über an die Beklagte geflossene Rückvergütungen in Höhe von 8 % der Beteiligungssumme informiert.

Die Klägerin hat bestritten, dass der Zeuge [redacted] Rechenschaftsberichte der Fondsgesellschaft erhalten bzw. diese inhaltlich zur Kenntnis genommen habe. Die Rechenschaftsberichte für die Jahre 1994 bis 1997 hätten auch nicht im

Jahr 2004 Rechtsanwalt Borsch vorgelegen. Dieser habe auch aus anderer Quelle keine Informationen darüber gehabt, dass von den im Prospekt benannten Kosten der Eigenkapitalbeschaffung zumindest Teile an die Beklagte als Vergütung zurückgeflossen seien.

Die Klägerin hat die Rückerstattung des Einlagebetrages nebst Agio sowie Ersatz der aufgewandten Darlehenszinsen in Höhe von insgesamt 30.677,51 € (26.842,82 € + 3.834,69 €) sowie der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten (1.505,35 €) begehrt; ferner die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten sowie deren weitergehende Verpflichtung zum Schadensersatz.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 30.677,51 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 13. September 2011 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 35, Stammnummer 3 [illegible]96,

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte in der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 35, Stammnummer 35.[illegible]1, in Annahmeverzug befindet,

3. festzustellen, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 35, Stammnummer 35.[illegible]3, ihre Ursache haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten wegen der Ausschüttungen erhoben werden können, die die vorstehende Fondsgesellschaft in der Vergangenheit geleistet hat, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB,

4. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.505,35 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13. September 2011 zu zahlen.

Die Beklagten und die Streithelferinnen haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Über den Antrag der Beklagten, festzustellen, dass dem Drittwiderbeklagten keine Ansprüche aus der Beteiligung am DGI Fonds Nr. 35 mehr zustehen, wurde durch Teilanerkenntnisurteil vom 19. Januar 2012 (Bl. 109 GA II) entschieden.

Die Beklagte und die Streithelferinnen haben bestritten, dass ein Beratungsvertrag zustande gekommen sei und den von der Klägerin geschilderten Verlauf des Beratungsgespräches in Abrede genommen. Vielmehr habe der Zeuge C[redacted] - beraten durch seinen bei der Dresdner Bank beschäftigten Freund - der Beklagten eine bloße Kauforder erteilt. Der Zeuge C[redacted] habe keine Anlage zur Altersvorsorge gesucht, sondern sei an einer Beteiligung zur Steueroptimierung interessiert gewesen. Es habe auch keine Anlageberatung stattgefunden. Tatsächlich sei es gar nicht die Aufgabe des damaligen Leiters der Kreditabteilung Mensching gewesen, potentielle Anleger zu beraten. Die Beratung sei nur auf das Kreditengagement bezogen gewesen. Es komme hinzu, dass im Jahr 1995 der DGI Fonds 35 von der Beklagten gar nicht vertrieben worden sei. Die Darlehensfinanzierung der Beteiligung (Anlage K 2, Bl. 36 f. GA I) sei dem Zeugen O[redacted] von seinem Freund aus Gründen der Steuerersparnis empfohlen worden und nicht durch Mitarbeiter der Beklagten.

Die Beklagte und die Streithelferinnen haben die Einrede der Verjährung erhoben und behauptet, der Zeuge C[redacted] sei durch die im Prospekt enthaltenen Angaben zu den Kosten der Eigenkapitalvermittlung (auf S. 19) sowie durch die o. g. - auf die Verwendung des Emissionsagios bezogenen - Passagen in den Rechenschaftsberichten der Jahre 1994 bis 1997 darüber unterrichtet gewesen, dass die Beklagte aus den Vertriebsprovisionen Rückvergütungen erhalten habe. Jedenfalls Rechtsanwalt Borsch sei im Jahr 2004 aufgrund der ihm vorliegenden

Rechenschaftsberichte und dem Emissionsprospekt bekannt gewesen, dass die Beklagte Vergütungen von der Fondsgesellschaft erhalten habe. Diese Kenntnis bzw. die (zumindest) grob fahrlässige Unkenntnis seines ehemaligen Bevollmächtigten müsse sich der Zeuge O[redacted] nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Ferner müsse sich die Klägerin Steuervorteile auf die Schadensersatzleistung anrechnen lassen, die sich bei einem Spitzensteuersatz von ca. 50 % auf 13.500,22 € beliefen. Die Beklagte hält etwaige Ansprüche für verwirkt, da die handelsrechtlichen Aufbewahrungsfristen des § 257 HGB bereits abgelaufen seien. Der Annahmeverzug sei nicht festzustellen, weil die Klägerin die Zug-um-Zug-Anteilsübertragung nicht ordnungsgemäß angeboten habe. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten seien nicht erstattungsfähig und eine Anrechnung der Ausschüttungen sei seitens der Klägerin zu Unrecht unterblieben.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen [redacted] O[redacted], [redacted] M[redacted] und [redacted] B[redacted] und sodann der Klage - unter Absetzung der erhaltenen Ausschüttungen - mit Ausnahme der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten stattgegeben. Der Einzelrichter hat zur Begründung ausgeführt, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zwischen dem Zeugen O[redacted] und der Beklagten ein Beratungsvertrag zustande gekommen sei. Es habe jedenfalls eine Beratung stattgefunden, die ein Mitarbeiter der Beklagten in den Geschäftsräumen in Bad Nenndorf durchgeführt habe. Dies ergebe sich aus den Angaben des Zeugen O[redacted], der eine tatsächlich durchgeführte Beratung geschildert habe, bei der jedenfalls in einem Gespräch der Zeuge M[redacted] dabei gewesen sei. Überdies lasse sich das Zustandekommen eines Beratungsvertrages aus dem Zeichnungsschein (Anlage K 3, Bl. 40 GA I) und dem Darlehensvertrag (Anlage K 2, Bl. 38 f. GA I) ableiten, da darin jeweils die Beklagte als Beraterbank aufgeführt sei. Dem stünden die Bekundungen des Zeugen B[redacted] dass den Mitarbeitern der Beklagten im Jahr 1995 verboten gewesen sei, den DGI Fonds 35 zu vertreiben, nicht entgegen. Denn die vorgenannten Unterlagen sprächen dafür, dass sich einer der Mitarbeiter über dieses Verbot hinweg gesetzt habe. Die Aussagen der Zeugen M[redacted] und B[redacted] sprächen überdies nicht gegen eine durchgeführte Beratung. Diese hätten sich lediglich nicht mehr an ein konkretes Gespräch erinnern können. Ihre Pflichten aus dem Beratungsvertrag habe die Beklagte dadurch ver-

letzt, dass sie den Zeugen O[redacted] nicht über Rückvergütungen, die ihr unstreitig in Höhe von acht Prozent aus dem Agio sowie aus der Beteiligungssumme zugeflossen seien, informiert hätten. Eine ordnungsgemäße Aufklärung des Zeugen O[redacted] ergäbe sich auch nicht aus dem Prospekt (Anlage K 6), selbst wenn man unterstellte, dass ihn der Zeuge C[redacted]r rechtzeitig vor seiner Anlageentscheidung erhalten habe. Aus dem Prospekt gehe gerade nicht hervor, dass die Beklagte an den Kosten der Eigenkapitalbeschaffung partizipiere. Dass sich die Beklagte mit Blick auf ihre Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht mit Erfolg auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen könne, sei inzwischen höchstrichterlich geklärt. Infolge der Pflichtverletzung sei dem Zeugen C[redacted] der mit der Klage geltend gemachte Schaden - unter Abzug der erhaltenen Ausschüttungen - entstanden, was aufgrund der eingreifenden Kausalitätsvermutung feststehe. Etwaige Ansprüche der Klägerin seien nicht verjährt. Für ihre Behauptung, der Zeuge C[redacted]r bzw. die Klägerin hätten vor dem 16. August 2011, dem Zeitpunkt der Beauftragung ihres derzeitigen Prozessbevollmächtigten, Kenntnis von den an die Beklagte geflossenen Rückvergütungen gehabt, bleibe die Beklagte jedenfalls beweisfällig. Eine solche Kenntnis lasse sich weder aus der Beauftragung von Rechtsanwalt Borsch im Jahr 2004 noch aus den Rechenschaftsberichten der Fondsgesellschaft für die Jahre 1994 bis 1997 ableiten, deren Zugang die Klägerin ohnedies bestritten habe. Der dem Zeugen C[redacted]r infolge der Pflichtverletzung entstandene Schaden belaufe sich demnach auf

den Anlagebetrag zzgl. Agio	26.842,82 €
zzgl. Darlehenszinsen	3.834,69 €
	30.677,51 €
abzgl. der erhaltenen Ausschüttungen	1.533,63 €
zutreffend allerdings	1.533,88 €
insgesamt mithin auf	**29.143,63 €**

Steuervorteile müsse sich die Klägerin hierauf nicht anrechnen lassen, da sie die Ersatzleistung ihrerseits zu versteuern habe, weshalb bei typisierter Betrachtung nach § 287 ZPO davon ausgegangen werden könne, dass sich Vor- und Nachteile in etwa aufheben würden. Die Beklagte befinde sich im Hinblick auf die Übertragung der Fondsbeteiligung auch in Annahmeverzug, weshalb dieser festzustellen

sei ebenso wie die Ersatzpflicht der Beklagten für künftige Nachteile, wovon indessen die mit der Versteuerung der Ersatzleistung zusammenhängenden steuerlichen Nachteile auszunehmen seien. Ein Anspruch auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten sei nicht hinreichend dargelegt. Verzugszinsen stünden der Klägerin ab dem 13. September 2011, aufgrund des Anspruchsschreibens ihrer Prozessbevollmächtigten vom 29. August 2011 (Bl. 41 f. GA I), zu. Letztlich seien Ansprüche auch nicht verwirkt, da jedenfalls zum Umstandsmoment Sachvortrag der Beklagten fehle.

Hiergegen wenden sich die Beklagte und die Streithelferinnen mit ihren Berufungen, mit der sie ihr auf Abweisung der Klage gerichtetes erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiterverfolgen. Sie halten an ihren Auffassungen fest, dass zwischen dem Zeugen C r und der Beklagten kein Beratungsvertrag zustande gekommen sei; der Beratungsvertrag sei bei zutreffender Würdigung des Beweisergebnisses auch nicht bewiesen. Gegen einen Beratungsvertrag mit der Beklagten spreche schon der Sachvortrag der Klägerin, wonach ein Freund den DGI 35 empfohlen habe, was der Zeuge C r nicht habe ausschließen können. Tatsächlich habe der Zeuge C auch nicht mehr sicher sagen können, ob er tatsächlich von dem Zeugen M beraten worden sei. Vor diesem Hintergrund habe das Gericht nicht unterstellen dürfen, dass irgendein (dritter) Mitarbeiter der Beklagten die Beratung durchgeführt habe. Überdies habe das Landgericht die Aussagen der Zeugen B und M nicht gewürdigt. Deren Angaben sei zu entnehmen, dass beide den Zeugen C nicht beraten hätten. Der Zeuge M habe angegeben, dass er mit dem Geschäftsbereich „Anlageberatung" gar nicht befasst gewesen sei und der Zeuge B habe bekundet, dass er weder die Klägerin noch den Zeugen C gekannt habe und dass der DGI Fonds 35 zum damaligen Zeitpunkt von der Beklagten gar nicht aktiv verkauft worden sei. Nicht erwogen habe das Landgericht überdies die bei dem Zeugen O offenbar gewordenen Erinnerungslücken ebenso wie seine Motivation, für die Klägerin günstig auszusagen, da er selbst die wahre Partei des Rechtsstreits sei. Demgemäß habe das Landgericht die Behauptung der Klägerin, dass ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen sei, nicht als bewiesen ansehen dürfen. Zumindest seien die Zeugen erneut vom Senat zu vernehmen.

Fehlerhaft habe das Landgericht überdies das Eingreifen der Einrede der Verjährung verneint. Rechtsanwalt Borsch habe sich im Jahr 2004 aufdrängen müssen, dass die Beklagte Provisionen erhielt, was überdies in seinem Schreiben Anklang gefunden hätte, weshalb er in Bezug auf die Höhe - soweit von Interesse - hätte nachfragen müssen. Demnach habe grob fahrlässige Unkenntnis des Bevollmächtigten des Zeugen O[redacted]vorgelegen, der - ebenso wie Banken ab den 90er Jahren - von der Verpflichtung zur Aufklärung über Rückvergütungen Kenntnis habe haben müssen, die sich die Klägerin nach § 166 BGB zurechnen lassen müsse. Überdies fehlerhaft habe das Landgericht Steuervorteile nicht angerechnet. Da es sich um Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung handele, sei die Ersatzleistung nicht zu versteuern und die Klägerin sei in Bezug auf die erzielten Vorteile ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen.

Die Streithelferinnen vertreten überdies die Auffassung, der Zeuge C sei durch den Prospekt (Anlage K 6) zutreffend über Rückvergütungen aufgeklärt worden. Jedenfalls sei eine etwaige Pflichtverletzung nicht kausal für den geltend gemachten Schaden, da sich der Zeuge C aufgrund des Bestehens mehrerer Handlungsalternativen in einem Entscheidungskonflikt befunden habe. Ferner sei die Kausalitätsvermutung dadurch widerlegt, dass der Zeuge C in Kenntnis (aus dem Prospekt) dessen, dass an die Beklagte ein Teil der Innenprovision und des Agios geflossen sei, die Beteiligung erworben habe. Zudem habe der Zeuge C vergleichbare Produkte nicht kostengünstiger erhalten können und die Anlage allein zur Steuerersparnis erworben. Daraus ergebe sich, dass der Zeuge C r jedenfalls in Bezug auf die Höhe der Rückvergütungen bei der Beklagten habe nachfragen müssen. Ansprüche des Zeugen C seien mit Ablauf des 31. Dezember 2007 verjährt, da in dem Schreiben vom 20. Dezember 2004 (Anlage B 1, Bl. 150 GA I) das „Fließen von Geldern innerhalb der DG-Gruppe" angesprochen worden sei, was eine Kenntnis des Rechtsanwalts von Rückvergütungen impliziere, die der Zeuge O sich zurechnen lassen müsse. Ferner habe der Rechtsanwalt aufgrund des ihm überlassenen Prospektes Kenntnis gehabt. Ansprüche der Klägerin seien überdies verwirkt und das Landgericht habe den Annahmeverzug zu Unrecht festgestellt. Ferner seien Steuervorteile in Höhe von 13.500 € anzurechnen. Da es sich um Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung handele, die der Fonds erzielt habe, sei der Erstattungsbetrag nach Ablauf der

Spekulationsfrist nicht (mehr) steuerbar. Letztlich habe das Landgericht der Klägerin zu Unrecht Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zugesprochen, wenngleich eine Schadensersatzforderung schon vor dem 1. Mai 2000 fällig gewesen wäre, weshalb § 288 BGB in der vor dem 1. Mai 2000 geltenden Fassung Anwendung finde, der Zinssatz mithin lediglich 4 % betrage.

Die Beklagte und die Streithelferinnen haben beantragt,

> unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Bückeburg vom 2. Oktober 2012 die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen.

Sie hat ihre Klage hinsichtlich der Zinsforderung, soweit der Zinssatz 4 % übersteigt, mit Schriftsatz vom 3. April 2013 (Bl. 116 GA IV) zurückgenommen, dem die Beklagte aber nicht zugestimmt hat.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie regt an, soweit der Senat der Auffassung sei, dass es sich bei den Zahlungen an die Beklagte nicht um Rückvergütungen gehandelt habe, dass Verwirkung eingetreten sei und eine Anrechnung von Steuervorteilen stattzufinden habe, die Revision zuzulassen. Hinsichtlich der von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung vertritt sie die Auffassung, dass für das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen nach § 199 Abs. 1 BGB die Kenntnis der Höhe der Rückvergütungen erforderlich sei. Letztlich sei die Beweiswürdigung des Landgerichts zutreffend, welches zu Recht festgestellt habe, dass ein Beratungsvertrag zwischen der Beklagten und dem Zeugen [redacted] zustande gekommen sei.

I.

Die zulässige Berufung der Beklagten und der Streithelferinnen ist unbegründet. Sie hat lediglich in dem Umfang Erfolg, in dem die Klägerin ihre Klage mit Blick auf die Höhe des Zinssatzes, soweit dieser 4 % übersteigt, ohnehin zurückgenommen hat.

1. Der Klägerin steht aus abgetretenem Recht des Zeugen C · (§ 398 BGB) ein auf Rückabwicklung der Fondsbeteiligung sowie auf Ersatz der für die Kreditfinanzierung der Beteiligungssumme aufgewandten Darlehenszinsen gerichteter Schadensersatzanspruch aus dem zwischen dem Zeugen O[redacted] und der Beklagten geschlossenen Anlageberatungsvertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB wegen unterlassener Aufklärung über an die Beklagte geflossene Rückvergütungen zu, und zwar in Höhe von 29.143,63 €, Zug um Zug gegen Rückgabe der Beteiligung an die Beklagte. Ferner hat die Klägerin Anspruch darauf, dass das Bestehen des Annahmeverzuges der Beklagten mit der Rücknahme der Beteiligung sowie ihre Verpflichtung, weitere Schäden, die aus der Beteiligung entstehen können, in dem vom Landgericht ausgesprochenen Umfang auszugleichen sind, festgestellt wird.

a) Das Landgericht hat auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme in nach § 286 ZPO nicht zu beanstandender Weise, das Zustandekommen eines Beratungsvertrages zwischen dem Zeugen O[redacted] und der Beklagten festgestellt, aufgrund dessen die Beklagte dazu verpflichtet war, den Zeugen C · 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. Der Einzelrichter des Landgerichts, der sich von dem Zeugen O[redacted] einen persönlichen Eindruck verschafft hat, hat dessen Ausführungen für glaubhaft erachtet und der Senat hat für eine gegenteilige Annahme keine An-

haltspunkte. Die Beklagte und die Streithelferinnen versuchen mit der Berufung im Ergebnis lediglich erfolglos, ihre eigene Würdigung des Beweisergebnisses an die Stelle derjenigen des Landgerichts zu setzen. Zwar ist im Ausgangspunkt ihrer Argumentation zutreffend, dass kein Beratungsvertrag zustande kommt, wenn ein Kunde anderweitig beraten ist (vgl. BGH, Urt. v. 27. Febr. 1996 - XI ZR 133/95, WM 1996, 664, hier zitiert nach juris, Leitsatz) oder der Bank (nur) gezielte Aufträge erteilt und keine Beratung wünscht (BGHZ 139, 36, hier zitiert nach juris, 3. Leitsatz). Indessen hat das Landgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme einen entsprechenden Sachverhalt, wonach der Zeuge C keine Beratung wünschte und lediglich eine konkrete Kauforder erteilt hat, nicht festgestellt. Vielmehr hat es der Einzelrichter zu Recht als bewiesen angesehen, dass der Zeuge O[redacted] an einen - namentlich nicht mehr bekannten - Mitarbeiter der Beklagten herangetreten ist, um sich wegen der beabsichtigten Anlage von diesem beraten zu lassen und auch beraten worden ist. Dabei ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob der Zeuge C bereits zuvor von seinem bei der Dresdner Bank beschäftigten Freund, Herrn K[redacted], den „Tipp" erhalten hat, sich explizit wegen des DGI Fonds 35 an die Beklagte zu wenden. Denn der Zeuge O hat angegeben, dass er sich zu dem Zeitpunkt, zu dem er bei der Beklagten erschienen sei, noch nicht sicher gewesen sei, welche Anlage er habe zeichnen wollen. Dies spricht gegen eine gezielte Order des Zeugen C , ihm eine Beteiligung an dem DGI Fonds 35 zu veräußern. Zu Recht ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass die von dem Zeugen B[redacted] bekundete Vorgabe im Hause der Beklagten, den DGI Fonds 35 nicht zu vertreiben, nicht entscheidend dafür spricht, dass der Zeuge C lediglich einen gezielten Auftrag erteilt und keine Beratung gewünscht habe. Denn aus den schriftlichen Unterlagen geht unzweifelhaft hervor, dass die Beteiligung an dem DGI Fonds 35 tatsächlich über die Beklagte vertrieben worden ist, was denknotwendig darauf schließen lässt, dass sich ein Angestellter der Beklagten über diese Direktive hinweggesetzt hat. Sowohl aus dem Zeichnungsschein (Anlage K 3, Bl. 40 d. A.) als auch aus dem Darlehensvertrag (Anlage K 2, Bl. 38 f. GA I) geht hervor, dass der hier in Rede stehende Fondsanteil über die Beklagte veräußert und von dieser finanziert worden ist. Eine Erklärung dafür, auf welche Weise gleichwohl auf dem Zeichnungsschein der Stempelaufdruck in das für die Vermittlerbank vorgesehene Feld gelangt und aus welchem Grund die Kontonummer der Beklagten als Vermittlerbank eingetragen ist,

haben weder die Beklagte noch die bei ihr angestellten Zeugen M[redacted] und B[redacted] zu geben vermocht. Außerdem heißt es in dem Darlehensvertrag unter „Verwendungszweck" explizit: „Zeichnung DG Immobilienfonds Nr. 35." Welche Veranlassung die Beklagte haben sollte, die Beteiligung zu finanzieren, ohne diese selbst zu vertreiben, erschließt sich nicht.

Der Zeuge O r hat zudem für das Landgericht glaubhaft bekundet, dass eine Beratung tatsächlich stattgefunden habe. Die Durchführung einer Beratung geht bereits daraus hervor, dass der Zeuge C r den Emissionsprospekt (Anlage K 6) erhalten hat, was unstreitig ist, und dessen Inhalt zum Teil erörtert wurde. Dass sich der Zeuge C nicht mehr im Einzelnen an den Inhalt des Beratungsgespräches sowie daran, welche Teile des Prospektes damals durchgegangen wurden, erinnern kann, spricht - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht gegen die Glaubhaftigkeit seiner Angaben. Da der Vorgang mehr als 15 Jahre zurück liegt, wäre es eher erstaunlich, wenn der Zeuge sich noch an alle Einzelheiten des Gesprächs erinnern würde. Ebenfalls zu Recht hat es das Landgericht - aufgrund derselben Erwägung - nicht als maßgeblich angesehen, dass der Zeuge O[redacted] nicht mehr genau erinnern konnte, welcher Mitarbeiter der Beklagten ihn damals beraten hat. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob der Zeuge M[redacted], wie sich der Zeuge O[redacted] zu erinnern meinte, an einem der Gespräche teilgenommen hat, was im Übrigen mit der Kreditfinanzierung der Beteiligung im Zusammenhang gestanden haben kann, die zum Aufgabengebiet des Zeugen M[redacted] gehörte. Letztlich ist - wie vom Landgericht festgestellt - ausreichend, wenn einer der Mitarbeiter der Beklagten die Beratung durchgeführt hat, wodurch mit der Beklagten stillschweigend ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist.

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, Urt. v. 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, Urt. v. 21. März 2006 - XI ZR 83/05, WM 2006, 851 ff., juris Rn. 12 und v. 27. Okt. 2009, a. a. O., 2305).

aa) Es kann dahinstehen, ob die Empfehlung, in den Fonds zu investieren, mit Blick auf das von der Klägerin behauptete vorrangige Anlageziel der Altersvorsorge anlegergerecht war. Ungeachtet dessen lässt sich aber nicht sagen, dass der Erwerb eines geschlossenen Immobilienfonds zur Altersvorsorge generell und ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls ungeeignet ist, weil er mit besonderen Risiken behaftet ist (BGH, Urt. v. 27. Okt. 2009 - XI ZR 337/08, juris Rn. 27 f.). Nur dem ausschließlich auf Sicherheit bedachten Kunden darf eine Verlustrisiken bergende unternehmerische Beteiligung nicht angeboten werden (BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, juris Rn. 18 und v. 22. Juli 2010 - III ZR 203/09). Dass diese Einschätzung vorliegend auf den Zeugen O[redacted] zutraf, ist von der Klägerin schon nicht hinreichend dargetan.

bb) Ebenso offen bleiben kann, ob der Zeuge C[redacted] anlässlich des dem Erwerb der Fondsanteile vorausgegangenen Beratungsgesprächs unzutreffend bzw. unvollständig über die Risiken der Beteiligung - insbesondere über das Totalverlustrisiko - aufgeklärt worden ist. Ob über das Risiko der Anlage gesprochen wurde, wofür bereits seine Angabe Anhalt bietet, der Emissionsprospekt, der auf S. 24 ff. Angaben auch zu den Risiken der Investition enthält, sei überreicht worden, konnte der Zeuge O[redacted] bei seiner Vernehmung nicht mehr angeben. Der Beweis einer fehlerhaften Aufklärung dürfte damit - insoweit - von der Klägerin nicht geführt worden sein.

cc) Die Beklagte war aber jedenfalls verpflichtet, den Zeugen C über die ihr zufließenden Rückvergütungen, die unstreitig 8 % betragen haben, zu informieren, was - jedenfalls in Bezug auf deren Höhe - unterblieben ist.

(1) Aufklärungspflichtige Rückvergütungen liegen vor, wenn aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen, wie Ausgabeaufschlägen oder auch Verwaltungsgebühren, die der Kunde direkt oder über die Bank an den Emittenten bzw. die Fondsgesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken Provisionen ganz oder teilweise an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen, sodass die Bank ein für den Kunden nicht erkennbares eigenes Interesse hat, gerade diese Beteiligung zu empfehlen (BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337, juris Rn. 17). Vorliegend sind aus den im Emissionsprospekt (auf S. 19) offen ausgewiesenen Kosten der Eigenkapitalbeschaffung sowie dem Agio, welches an die Fondsgesellschaft zu zahlen war (vgl. Zeichnungsschein Anlage K 3, Bl. 40 GA I), hinter dem Rücken des Zeugen Ober Teile an die Beklagte als beratende Bank umsatzabhängig zurückgeflossen, weshalb ein die Beklagte zur Aufklärung verpflichtender Interessenkonflikt vorlag, der für den Anleger nicht zu erkennen war.

(2) Dass der Zeuge O im Rahmen des Beratungsgespräches über die Rückvergütungen nicht explizit informiert worden ist, ist zwischen den Parteien unstreitig. Der Zeuge C hat weder die Information erhalten, dass die Beklagte an dem Agio bzw. dem Beteiligungskapital partizipiere, noch wurde ihm mitgeteilt, dass dies in Höhe von 8 % der Fall war. Soweit die Streithelferinnen mit der Berufungsbegründung die Auffassung vertreten, grundsätzlich bestünden bezüglich ihrer Gewinninteressen keine Aufklärungspflichten der Bank, betrifft die von ihnen in Bezug genommene Entscheidung (BGH, Urteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10) ein Zwei-Personen-Verhältnis, während hier eine Dreieckskonstellation gegeben ist, in der es für den Anleger gerade nicht erkennbar ist, dass die im Rahmen der Beratung auf Seiten des Kunden tätig werdende Bank von dritter Seite - der Fondsgesellschaft - Vergütungen erhält.

Der Zeuge O ist auch nicht durch die Angaben auf S. 19 des Fondsprospektes ausreichend über die Provisionen und deren Empfänger aufgeklärt worden. Gemäß S. 19 des Verkaufsprospektes war das Agio an die Fondsgesellschaft zu zahlen. Der Hinweis im Fondsprospekt, das Agio stehe der Fondsgesellschaft als Bestandteil der Eigenkapitalbeschaffungskosten zur Verfügung, lässt gerade nicht mit der gebotenen Klarheit erkennen, dass und in welcher Höhe die dort namentlich nicht genannte Beklagte an dem Agio sowie an den weiteren Vergütungen teilhaben würde. Selbst wenn man - wie nicht - der vorstehend zitierten Textstelle des Prospekts 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. insb. BGH, Beschluss vom 29. November 2011 - XI ZR 50/11, zitiert nach juris Rn. 13 zu einem vergleichbaren Prospekt, betreffend einen anderen DGI Fonds).

c) Durch die unzureichende Aufklärung ist dem Anleger auch 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 fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist. Steht die Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den 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, Beschluss vom 9. März und 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10; vgl. auch Ellenberger in: Ellenberger/Schäfer/ Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl., Rn. 1074).

Soweit sich die Streithelferinnen darauf berufen, dass sich der Zeuge O in einem Entscheidungskonflikt befunden habe, weshalb die Kausalitätsvermutung nicht eingreife, kommt es in Kapitalanlagefällen nicht darauf an, ob ein Kapitalan-

leger bei gehöriger Aufklärung vernünftiger Weise 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 Beweislastumkehr nicht zu vereinbaren (BGH, Urt. v. 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, Umdr. Rn. 33). Die Beklagte und die Streithelferinnen haben auch keine Tatsachen behauptet, die geeignet wären, die Kausalitätsvermutung zu entkräften. Überdies bliebe die Beklagte für den in diesem Zusammenhang gehaltenen Tatsachenvortrag beweisfällig, weil sie Beweis hierfür nicht angetreten hat. Aus dem Verkaufsprospekt ging - wie schon gesagt - die erforderliche Information darüber, dass die Beklagte Rückvergütungen erhalten hat und in welcher Höhe dies der Fall war, nicht hervor, weshalb sich daraus keine gegen die Kausalität sprechenden Anhaltspunkte ableiten lassen. Allein der Umstand, dass der Zeuge O r für vergleichbare Produkte in etwa vergleichbare Kosten hätte aufwenden müssen, der bereits ohne die erforderliche Substanz behauptet wurde, ist ohne Bedeutung, da dies nichts darüber aussagt, wie er sich entschieden hätte, wenn die Beklagte ihm vor seiner Anlageentscheidung den durch die Annahme von Rückvergütungen hervorgerufenen Interessenkonflikt offengelegt hätte. Letztlich ist auch die - von der Beklagten unbelegte - Behauptung, die Anlage habe der Steuerersparnis gedient, für die Kausalität ohne Bedeutung. Dies schließt für sich genommen nicht aus, dass der Zeuge O , ordnungsgemäß aufgeklärt, auf die Beteiligung an dem DGI Fonds 35 verzichtet und sich für eine andere Anlage, ggf. bei einer anderen Bank, entschieden hätte.

Demgegenüber hat die Klägerin behauptet, ordnungsgemäß aufgeklärt hätte der Zeuge O r die Anlage nicht erworben.

d) Die Ansprüche der Klägerin 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- und Beratungsfehler geht, sind die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB für jede einzelne Pflichtverletzung getrennt zu prüfen (BGH, Urt. v. 22. Juli 2010 - III ZR 203/09, WM 2010, 1690 ff.).

aa) Dass der Zeuge C der in seiner Vernehmung durch das Landgericht (entgegen den Ausführungen des Beklagtenvertreters in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat) angegeben hat, nicht gewusst zu haben, dass die Bank Provisionen bekommt (vgl. Bl. 96 GA III) - bereits vor der erstmals im Jahr 2011 erfolgten Beratung durch die 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 die Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB) erheben, bereits nicht mit der erforderlichen Substanz vor. Jedenfalls bleiben sie für ihre in diesem Zusammenhang stehenden tatsächlichen Behauptungen beweisfällig, da sie Beweis hierfür nicht angetreten haben. Zwar hängt in den Fällen, in denen ein Anleger weiß, dass die ihn beratende Bank für den Vertrieb der empfohlenen Kapitalanlage eine Rückvergütung erhält, deren Höhe ihm die Bank vor seiner Anlageentscheidung nicht mitgeteilt hat, der Beginn der Verjährungsfrist seines Schadensersatzanspruchs wegen verschwiegener Rückvergütungen nicht von der Kenntnis der genauen Höhe der Rückvergütung ab (BGH, Urteil vom 26. Februar 2013 - XI ZR 498/11, Leitsatz). Indessen ergeben sich schon nach dem Vorbringen der Beklagten und der Streithelferinnen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge C vor dem Jahr 2011, mithin in bis zur Klageerhebung (am 28. September 2011) verjährter Zeit, überhaupt Kenntnis davon erlangt hat, dass der Beklagten aus Immobilienfondsanteilverkäufen generell Rückvergütungen zufließen, woraus der Zeuge ggf. hätte schließen können, auch bei der hier in Rede stehenden Investition habe die Beklagte Rückvergütungen erhalten. Wie bereits dargelegt, lässt sich dem Verkaufsprospekt (auf S. 19) nicht entnehmen, dass es gerade die Beklagte war, die an den Kosten der Eigenkapitalbeschaffung partizipieren sollte. Selbst wenn man also unterstellen wollte, was von der Beklagten nicht einmal explizit vorgetragen wurde, dass der Zeuge C den Prospekt so rechtzeitig vor seiner Anlageentscheidung erhalten hat, dass er dessen Inhalt sorgfältig zur Kenntnis zu nehmen verpflichtet war (BGH, Urteil vom

6. März 2008 - III ZR 298/05, WM 2008, 725 Rn. 9), ergäbe sich daraus keine Aufklärung über Rückvergütungen. Den Prospekt im Nachhinein inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen, war der Zeuge C r ohnehin nicht verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - III ZR 99/09, juris Rn. 19).

Eine entsprechende Kenntnis des Zeugen C r lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass die Fondsgesellschaft Rechenschaftsberichte für die Jahre 1994 bis 1997 versandt hat, in denen als zusätzliche Erläuterung zur Bilanz eine Passage aufgenommen wurde, aus der hervorgeht, dass das in der Bilanz genannte „Emissionsagio" als Teil der Vertriebskosten den vermittelnden Banken zufließt (Anlagen S 2 bis S 4 sowie S 12, Anlagenband). Daraus lässt sich, zumal in dem Verkaufsprospekt unter der Überschrift „Investitions- und Finanzierungsplan" auch die die Zwischen- und Endfinanzierungen gewährleistenden Banken erwähnt werden und in diesem Zusammenhang Finanzierungsvermittlungs- und Finanzierungsberatungskosten angesprochen werden, jedenfalls nicht sicher entnehmen, dass gerade die namentlich nicht genannte Beklagte das Agio erhalten hat. Überdies hat die Klägerin bestritten, dass der Zeuge C die Rechenschaftsberichte erhalten und zur Kenntnis genommen hat. Da die Beklagte für ihre Behauptung, die Rechenschaftsberichte seien dem Zeugen C zugegangen und von diesem zur Kenntnis genommen worden, keinen Beweis angetreten hat, bleibt sie hierfür beweisfällig.

Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt maßgeblich von demjenigen, der der von der Beklagten und den Streithelferinnen in Bezug genommenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe (Urteil vom 9. August 2011 - 17 U 4/11, juris Rn. 12 ff., Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch Beschluss des BGH vom 3. April 2012 - XI ZR 383/11) zugrunde lag. Denn in dem dortigen Verfahren hatte das Landgericht die Feststellung getroffen, dass der Anleger zu einem späteren Zeitpunkt sicher Kenntnis von der Provisionspraxis der beklagten Bank erhalten hatte, woraus er ableiten konnte, dass die Bank auch bei den früheren Anlagen in entsprechender Weise verfahren war. Ferner lag für den Anleger die Annahme, dass die Bank eine Provision erhalten und deren Höhe dem (dortigen) Kläger verschwiegen hatte, insbesondere deshalb nahe, weil er aufgrund seiner Betriebszugehörigkeit eine Bonifikation aus der Provision erhalten

hatte. Von einem vergleichbaren Kenntnisstand kann vorliegend in Bezug auf den Zeugen C nicht die Rede sein. Dass der Zeuge C aufgrund von Verhandlungen über Provisionen (bzw. aus schriftlichen Unterlagen) „sicher" wusste, dass die Bank für jede Anlageberatung eine Provision erhielt, deren Höhe sie jedoch pflichtwidrig nicht offen gelegt hatte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Dezember 2010 - 6 U 30/10, juris Rn. 34), ist von der Beklagten weder vorgetragen noch lassen sich Anhaltspunkte hierfür ersehen. Der anspruchsbegründende Aufklärungsmangel liegt nämlich nur dann für den Anleger ohne Kenntnis der tatsächlich vereinnahmten Provision offen zutage, wenn er ersichtlich weder im Prospekt noch im Beratungsgespräch oder auf andere Weise konkret von dem Anlageberater über die erzielten Provisionseinnahmen aufgeklärt worden ist, aber gleichwohl weiß, dass die Bank solche erhalten hatte (OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 36). Vorliegend wusste der Zeuge C r indessen nicht, dass die Bank Rückvergütungen, ganz gleich in welcher Höhe, erhalten und ihm verschwiegen hat. Auch der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Februar 2013 (a. a. O.) lag eine andere Konstellation zugrunde, in der der Anleger wusste, dass die ihn beratende Bank Provisionen für das von ihm getätigte Anlagegeschäft erhielt, deren Höhe ihm die Bank nicht mitgeteilt hat (a. a. O., Tz. 29).

Von der nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderlichen Tatsachenkenntnis des Zeugen C ist auch nicht aufgrund einer Zurechnung des Wissens des den Zeugen im Jahr 2004 vertretenden Rechtsanwalts Borsch nach § 166 Abs. 1 BGB auszugehen. Zwar kommt grundsätzlich eine Wissenszurechnung der Kenntnis (bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis) als Voraussetzung für den Beginn der Regelverjährung analog § 166 Abs. 1 BGB in Betracht (Palandt- Ellenberger, BGB, 72. Aufl., § 166 Rn. 9 und § 199 Rn. 24). Indessen lässt sich ein entsprechendes Wissen bereits nicht unter Berücksichtigung des Sachvortrages der Beklagten und der Streithelferinnen feststellen. Wie bereits dargelegt, ergibt sich die Tatsache, dass die Beklagte Rückvergütungen von der Fondsgesellschaft erhalten hat, explizit weder aus dem Prospekt noch aus den Rechenschaftsberichten 1994 bis 1997. Überdies ist von der Beklagten weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt worden, dass Rechtsanwalt Borsch diese Unterlagen im Jahr 2004 vorgelegen haben. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus dem Inhalt seines Schreibens vom 20. Dezember 2004 (Anlage B 1, Bl. 150 f. GA I), in dem - nur allgemein - im

Zusammenhang mit der drohenden Insolvenz der Fondsgesellschaft von Treuhand- und Geschäftsbesorger-Vergütungen, die innerhalb der DG-Gruppe geflossen seien, die Rede ist. Dieser Aspekt betrifft aber gerade nicht den im Zusammenhang mit Rückvergütungen stehenden Interessenkonflikt, sondern die durch Gebühren geschmälerte Wirtschaftlichkeit der Anlage. Erwähnt wird überdies in dem Schreiben nur der Rechenschaftsbericht der DG Anlagengesellschaft für das Jahr 2002, der einen Hinweis auf die Verwendung des Emissionsagios gerade nicht enthält, woraus aber nicht abgeleitet werden kann, Rechtsanwalt Borsch hätten auch die übrigen Rechenschaftsberichte vorgelegen. Dafür, dass Rechtsanwalt Borsch der Emissionsprospekt vorlag, ergeben sich aus dem Schreiben keinerlei Anhaltspunkte.

bb) Der Klägerin bzw. dem Zeugen C ist auch keine grobe Fahrlässigkeit i. S. v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB zur Last zu legen. Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können (BGH, Urteil vom 11. November 2009 - VI ZR 247/08, NJW-RR 2010, 681 ff., juris Rn. 13). Soweit die Beklagte aus der unterbliebenen Kenntnisnahme vom Inhalt des Verkaufsprospekts den Vorwurf grob fahrlässiger Unkenntnis abzuleiten beabsichtigt, ergeben sich daraus – wie schon gesagt – für sich genommen keine Verdachtsmomente, die es nahe legten, die Beklagte habe für die Beratung Rückvergütungen erhalten. Zudem legt die Beklagte bereits nicht dar, dass der Zeuge O den Prospekt so rechtzeitig vor seiner Anlageentscheidung erhalten hat, dass er dessen Inhalt sorgfältig zur Kenntnis zu nehmen verpflichtet war (BGH, Urteil vom 6. März 2008 - III ZR 298/05, WM 2008, 725, Rn. 9). Den Prospekt im Nachhinein inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen, war der Zeuge C ohnehin nicht verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - III ZR 99/09, juris Rn. 19). Nichts anderes gilt für die Rechenschaftsberichte der Jahre 1994 bis 1997, unterstellt, der Zeuge C r hätte sie erhalten und diese enthielten ausreichende Hinweise auf

an die Beklagte seitens der Fondsgesellschaft geflossene Rückvergütungen. Die Verpflichtung, betreffend eine in der Vergangenheit erworbene Beteiligung übersandte Unterlagen daraufhin durchzusehen und auszuwerten, ob die für die Anlageentscheidung maßgeblichen Umstände seitens der beratenden Bank vollständig und zutreffend offenbart wurden, liefe auf eine „Kontrolle" des Beraters hinaus, dem der Anleger vertraut, in deren Unterlassen gerade kein in subjektiver und objektiver Hinsicht „grobes Verschulden gegen sich selbst" zu sehen ist (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010, a. a. O., Rn. 19). Überdies stehen, nachdem die Anlageentscheidung getroffen ist und die damit verbundenen Kosten (Agio) gezahlt sind, der wirtschaftliche Erfolg der Anlage und allenfalls noch die damit zu erzielenden Steuerersparnisse im Focus des Anlegers, weshalb die unterbliebene Kenntnisnahme der Erläuterungen zur Darstellung von Kostenpositionen in der Bilanz der Gesellschaft allenfalls als leicht fahrlässig zu bewerten wäre.

Für den Gläubiger besteht ferner keine generelle Obliegenheit, im Interesse des Schädigers an einem möglichst frühen Beginn der Verjährungsfrist die Initiative zur Klärung des Schadenshergangs und der Person des Schädigers zu ergreifen (BGH, Urteil vom 11. November 2009, a. a. O. Rn. 15). Deshalb bestand weder für den Zeugen O[redacted] bzw. die Klägerin noch für den im Jahr 2004 beauftragten Rechtsanwalt Borsch die Verpflichtung, bei der Beklagten nach der von ihr erhaltenen Rückvergütung nachzufragen. Eine zurechenbare grob fahrlässige Unkenntnis des damaligen Bevollmächtigten i. S. v. § 166 Abs. 1 BGB lässt sich deshalb ebenso wenig feststellen. Denn Unterlagen, auf deren Grundlage sich für den im Jahr 2004 mit der Angelegenheit betrauten Rechtsanwalt erschloss, dass die Beklagte Rückvergütungen erhalten hatte, lagen ihm - feststellbar - nicht vor und waren ersichtlich auch nicht Gegenstand der durch den Zeugen O[redacted] erteilten Informationen und zu deren Erteilung bestand auch keine Pflicht, um dem Rechtsanwalt die Erfüllung seiner Aufgabe, den maßgeblichen Sachverhalt festzustellen, um eine zuverlässige Grundlage für sein weiteres Vorgehen zu haben (vgl. Vill in Zugehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chap, Handbuch der Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rn. 563, 568), zu ermöglichen. Ersichtlich ging es bei dem Mandat im Jahr 2004 auch um die - nach Ausbleiben der Ausschüttungen - gefährdete wirtschaftliche Situation des Fonds und die über die damit zusammenhängenden

Risiken - so der Vorwurf - unzureichende Aufklärung. Dafür, dass Rechtsanwalt Borsch darüber hinaus mit der zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit Rückvergütungen erforderlichen Tatsachenfeststellung betraut worden ist, was Voraussetzung einer Zurechnung seines Wissens nach § 166 Abs. 1 BGB wäre (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - III ZR 298/11, juris Rn. 19), bestehen keine Anhaltspunkte.

Letztlich ergibt sich das Wissen des damaligen Bevollmächtigten auch nicht aus dem Umstand, dass Banken jedenfalls für die Zeit nach 1990 ihre Aufklärungspflicht in Bezug auf Rückvergütungen kennen mussten (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 ff.). Diese Rechtskenntnis von der abstrakten Verpflichtung, über Rückvergütungen aufklären zu müssen, musste zwar auch der den Zeugen C im Jahr 2004 vertretende Rechtsanwalt haben. Indessen lässt sich seine für eine Wissenszurechnung erforderliche Tatsachenkenntnis davon, dass die Beklagte bzw. generell Banken beim Vertrieb von Immobilienfondsanteilen Rückvergütungen erhalten, wie schon gesagt, gerade nicht feststellen. Erst recht nicht angenommen werden kann in diesem Zusammenhang eine grob fahrlässige Unkenntnis des Rechtsanwalts. Dementgegen trifft Banken, was die Beklagte und die Streithelferinnen bei ihrer Argumentation verkennen, der Vorwurf einer Pflichtverletzung im Zusammenhang mit ihrer Rechtskenntnis bezüglich der Verpflichtung über Rückvergütungen aufzuklären, schon bei leichter Fahrlässigkeit.

e) 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 eingestellt hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Umstandsmoment). Es kann dahinstehen, ob der zwischen der Anlageentscheidung und der Klageerhebung liegende Zeitraum von etwa 16 Jahren als solcher die Annahme des für die Verwirkung erforderlichen Zeitmoments bereits vor Ablauf der dreijährigen Regelverjährungsfrist des § 195 BGB überhaupt rechtfertigt (vgl. Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 242 Rn. 97 m. w. N.). Jedenfalls ist weder er-

sichtlich noch dem Parteivortrag zu entnehmen, dass die Klägerin bzw. der Zeuge O[redacted] bei der Beklagten in zurechenbarer Weise einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben, aufgrund dessen die Beklagte sich berechtigterweise darauf einrichten durfte, der Zeuge C[redacted] werde ihr gegenüber seine Rechte nicht mehr geltend machen. Soweit das Oberlandesgericht München in zwei Entscheidungen, die Ansprüche aus Börsenterminhandel bzw. aus einer Bankverbindung betrafen (Urteil vom 17. November 2005 - 19 U 2487/05 und Beschl. 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-backs) entgegen, dass durch diese ebenfalls der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 242 BGB berührt wird. Es widerspräche der Intention von Treu und Glauben gemäß § 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 sie in Bezug auf das Verhalten des Anlegers Vermögensdispositionen getroffen hat (vgl. dazu OLG Frankfurt, Urt. v. 15. Okt. 2008 - 23 U 1706/08, juris Rn. 87). Daneben ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte die für die Auseinandersetzung mit dem Anspruch der Klägerin erforderlichen Unterlagen vernichtet hätte oder über keine hinreichenden Rückstellungen verfügte, um deren Forderung zu bedienen.

f) Die Höhe des Schadens beläuft sich auf den Anlagebetrag zzgl. Agio (26.842,82 €) sowie die tatsächlich getätigten Aufwendungen für die Darlehensfinanzierung des Anlagebetrages in Höhe von 3.834,69 € abzgl. der erhaltenen Ausschüttungen in Höhe von 1.533,88 €, mithin auf **29.143,63 €**.

Soweit die Streithelferinnen mit Nichtwissen bestreiten, dass aufgrund des Darlehensvertrages vom Darlehensnehmer Darlehenszinsen in Höhe von 3.834,69 € aufgewandt wurden, ist dies unbeachtlich, da sich die Streithelferinnen nicht in

Widerspruch zum Sachvortrag der Hauptpartei setzen dürfen (§ 67 2. HS ZPO), die ihrerseits die Zahlungen nicht bestritten hat und insoweit auch über eigene Kenntnisse verfügt, da sie Darlehensgeberin ist.

g) Etwaige Steuervorteile muss sich die Klägerin nicht anspruchsmindernd anrechnen lassen. Zwar hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass der Zeuge O[redacted] durch die mit der Anlage unmittelbar verbundenen Verlustzuweisungen in Höhe von 27.000,45 € (Anlage S 25, Anlagenband sowie Bl. 102 GA II) im Zeitraum 1995 bis 2010 Steuervorteile erzielt haben dürfte, die die Streithelferinnen - unter Berücksichtigung eines Spitzensteuersatzes von ca. 50 % - mit 13.500,22 € beziffert haben. 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. Mai 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 gemäß §§ 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 die Steuerersparnisse nach dem Inhalt des Prospekts maßgeblich auf den während der Bauzeit anfallenden Kosten, die für Zwischenfinanzierung, 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. Daneben kam für die in Berlin (im Fördergebiet) gelegene Immobilie die Sonderabschreibung nach § 4 FördG zum Tragen (vgl. Seite 27 des Verkaufsprospekts, Anlage K 6, Bl. 97 GA I). Demnach beruhten die von dem Zeugen O[redacted] aus seiner Beteiligung erzielten Steuervorteile konzeptgemäß auf ihm von der Fondsgesellschaft zugewiesenen Verlusten aus Vermietung und Verpachtung, mithin auf Werbungskosten. Das Konzept des Fonds war u. a. darauf ausgerichtet, dem Anleger die Verluste aus den Werbungskosten während der Bauphase (Zwischenfinanzierungskosten, Disagio pp.) anteilig zuzuweisen (vgl. Anlagen K 6, Bl. 97 GA I).

Mithin ist davon auszugehen, dass die dem Zeugen C [redacted] 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, Urteil vom 1. März 2011, 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 Beklagten 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 Zu-

flusses steuerpflichtige Einnahmen in der Einkommensart sind, bei der die Aufwendungen 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 Streithelferinnen 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, Urteil vom 27. Januar 1993 - IX R 269/87, juris Rn. 13). Dass die Treugeber im Rahmen der hier in Rede stehenden Fondsbeteiligung Inhaber der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten aus den abgeschlossenen Verträgen, aus denen die den Anlegern zugewiesenen Verluste resultierten, werden sollten, ist dem Fondsprospekt (auf Seite 27) zu entnehmen, in dem es heißt: *„Die Treugeber wurden durch das Treuhandverhältnis so gestellt wie ein unmittelbar an der Fondsgesellschaft beteiligter Kommanditist."* Zudem ist in dem Prospekt explizit auf die vorstehend zitierte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes hingewiesen worden. 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, Urteil vom 1. März 2011, a. a. O., Rn. 13).

Ferner nicht durchgreifend ist der weitere von den Streithelferinnen angeführte Aspekt, dass die Rückabwicklung eines Anschaffungsgeschäftes kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft i. S. v. § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG darstelle, was zwar zutrifft, vgl. insoweit BFH, Urt. v. 27. Juni 2006 - IX R 47/04, juris Leitsatz und eine Besteuerung der angestrebten Schadensersatzleistung nach Ablauf der zehnjährigen Spekulationsfrist in entsprechender Anwendung der Vorschrift bei der Rückabwicklung eines Beteiligungserwerbs ausgeschlossen sei. Da § 23 Abs.1 Nr. 1 Satz 1 EStG darauf abzielt, Spekulationsgewinne zu besteuern, was nach einer zehnjährigen Frist nicht mehr angemessen erscheint, vorliegend indes ein Spekulationsgeschäft nicht in Rede steht, sondern Schadensersatzleistungen, kommt eine analoge Anwendung nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2012 - II ZR 259/11, Umdruck Tz. 15 f., m. w. N. aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes). Überdies sind auch die Anschaffungskosten der Sache nach Werbungskosten, die nur nicht im Zeitpunkt ihres Abflusses angesetzt werden können, sondern ratierlich als AfA gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG geltend zu machen sind, weshalb auch insoweit Erstattungsbeträge, die Werbungskosten ersetzen, im Jahr ihres Zuflusses (§ 11 Abs. 1 Satz 1 EStG) steuerpflichtige Einnahmen der Einkunftsart, bei der die Aufwendungen vorher als Werbungskosten abgezogen worden sind, darstellen (BGH, a. a. O., Tz. 18 f.), wobei auch unerheblich ist, ob der Fonds Sonderabschreibungen nach §§ 1, 4 FördG in Anspruch genommen hat (a. a. O. Tz. 21).

Schon daraus ist erkennbar, dass dem Zeugen O[redacted] Steuervorteile bei einer Rückabwicklung seiner Kapitalanlage voraussichtlich nicht oder nur in einem geringen Umfang verbleiben werden. Die Beklagte sowie die Streithelferinnen tragen auch keine Tatsachen vor, aus denen sich ergäbe, ob und in welcher Höhe dem Zeugen O[redacted] Steuervorteile verbleiben würden. Ferner liegt nach dem Vorbringen der Beklagten im Zusammenhang mit dem in dem Emissionsprospekt dargestellten steuerlichen Konzept keine Konstellation vor, in der eine nähere Prüfung der Berechnung der steuerlichen Vor- und Nachteile veranlasst wäre. Eine Ausnahme

ist trotz Steuerbarkeit der Ersatzleistung allenfalls bei ungewöhnlich hohen Steuervorteilen denkbar, die jedoch vor allem bei anfänglichen Verlustzuweisungen von über 100 %, die über die Einlageleistung hinausgehen, in Betracht zu ziehen sind (BGH, Urteil vom 1. März 2011, a. a. O.). Konkrete Anhaltpunkte für solche außergewöhnlichen Steuervorteile sind hier nicht ersichtlich.

Zwar haben die Streithelferinnen vorgetragen, der Zeuge O[redacted] hätte insgesamt zwischen 1995 und 2010 Verlustzuweisungen in Höhe von 27.000,45 € (Bl. 102 GA II und Anlage S 25, Anlagenband) erhalten, die über die Einlageleistung hinausgingen. Allerdings lagen die Anfangsverluste mit 11.676,41 € im Jahr 1995 unterhalb der Einlageleistung. Die in den Folgejahren zugewiesenen Verluste waren demgegenüber gering und beliefen sich nur noch im Jahr 1996 auf 8.740,80 € und im Jahr 1997 auf 334,73 € und in den folgenden Jahren auf Beträge zwischen minimal 175,99 € und maximal 929,73 €, was nicht maßgeblich zur Reduzierung der Steuerlast des Anlegers 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 Betriebseinnahmen außergewöhnlich hohe Steuervorteile nachhaltig verbleiben werden. Dabei ist es zunächst Sache des Schädigers, Tatsachen zu behaupten, aus denen sich das Verbleiben außergewöhnlicher Steuervorteile ergibt (vgl. 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 Zeugen O[redacted] 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 (etwa durch den Eintritt ins Rentenalter) 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 genau 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.

2. Die Verurteilung der Beklagten zur Leistung von Schadensersatz ist davon abhängig, dass der Zeuge O[redacted] Zug um Zug seine Beteiligung an dem DGI Fonds 35 auf die Beklagte überträgt. In diesem Zusammenhang hat die Klägerin einen Anspruch auf Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebotes auf Übertragung der Beteiligung und Annahme der Abtretung der Rechte aus dieser Beteiligung in Verzug befindet, was spätestens aufgrund ihres Klagabweisungsantrages der Fall ist (vgl. BGH, Urt. v. 28. Okt. 1987 - VIII ZR 206/86, WM 1987, 1496, 1498). Ein Interesse an der Feststellung des Annahmeverzuges (§ 256 ZPO) ist schon im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung (§§ 756, 765 ZPO) anzunehmen. Etwaige gesellschaftsrechtliche Schwierigkeiten bei der Übertragung der Fondsbeteiligung unterfallen hierbei der Risikosphäre der schadensersatzpflichtigen Beklagten (BGH, Urt. v. 10. Juli 2012 - XI ZR 272/10).

3. Der Anleger hat grundsätzlich Anspruch, im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB so gestellt zu werden, wie er stünde, hätte es die schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung nicht gegeben. Dies bedeutet, dass die haftende Bank auch verpflichtet ist, den Anleger von sonstigen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen, die sich aus der Anlageentscheidung ergeben. Dementsprechend besteht regelmäßig ein auf eine Feststellung gemäß § 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 Ursache 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 das Landgericht den Feststellungsantrag bereits zutreffend dahingehend eingeschränkt, dass davon nicht die Versteuerung der ausgeurteilten Schadensersatzleistung betroffen ist. Darüber hinaus denkbar bleiben Nachschusspflichten gemäß § 172 Abs. 4 HGB, da der Zeuge O[redacted] immerhin Ausschüttungen aus dem DGI Fonds 35 erhalten hat. Zudem ist nicht auszuschließen, dass er bis zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft durch Übertragung der Anteile weitere Ausschüttungen erhält, die dann ggf. rückabzuwickeln sind.

4. Verzugszinsen stehen der Klägerin gemäß §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB - wie vom Landgericht zugesprochen - ab dem 13. September 2011 zu. Der Zinssatz beträgt allerdings nur 4 % p. a. (worauf die Klägerin ihren Anspruch durch Teilklagerücknahme mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 3. April 2013 beschränkt hat), da § 288 BGB in der bis zum 30. April 2000 geltenden Fassung auf die hier in Rede stehende Forderung Anwendung findet (Art. 229 § 1 Satz 3 EGBGB), weil die Forderung gegen die Beklagte bereits vor diesem Zeitpunkt fällig war. Fällig ist eine Forderung ab dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger die Leistung verlangen kann (Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 271 Rn. 1), im Zweifel - und so auch hier - sofort (§ 271 Abs. 1 BGB) mit der Entstehung des Anspruchs; hier auf Schadensersatz. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Anleger, der aufgrund einer fehlerhaften Kapitalanlageberatung gezeichnet hat, regelmäßig schon aufgrund des Erwerbs geschädigt und selbst bei voller Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung berechtigt, im Wege des Schadensersatzes die Rückabwicklung zu fordern (BGH, Urteil vom 8. März 2005 - XI ZR 170/04, BGHZ 162, 306, Rn. 17; Urt. v. 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, BGHZ 186, 152, Rn. 24; Urt. v. 24. März 2011 - III ZR 81/10, WM 2011, 874, Rn. 9). Demnach ist vorliegend der Anspruch des Zeugen O[redacted] bereits mit der Zeichnung der Kapitalanlage im Jahr 1995 entstanden, weil die aufgrund einer fehlerhaften Beratung getätigte Kapitalanlageentscheidung bereits für sich genommen einen Schaden darstellt.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 und § 100 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen bei deren Vorliegen die Revision zuzulassen ist (§ 543 Abs. 2 ZPO), sind nicht gegeben.

Schneider Dr. Böttcher Klein

Ausgefertigt

Justizangestellte als
Urkundenbeamtin der
Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT 83 CELLE