

Geschäftsnummer:

9 U 55/11

25 O 266/09

Landgericht

Stuttgart



Verkündet am
30. Dezember 2011

Oberlandesgericht Stuttgart

9. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil



Im Rechtsstreit

1. _____

- Klägerin / Berufungsklägerin / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte RSCW u. Koll., Rückertstr. 25, 97421 Schweinfurt (08/10943)

2. _____

- Drittwiderbeklagter / Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte RSCW u. Koll., Rückertstr. 25, 97421 Schweinfurt (08/10943)

gegen

Südwestbank AG,

vertreten durch d. Vorstand Dr. Wolfgang Kuhn,

Rotebühlstr. 125, 70178 Stuttgart

- Beklagte / Berufungsbeklagte / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Emsberger u. Koll., Ulmer-Tor-Str. 29, 88400 Biberach

wegen Forderung

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 09. November 2011 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Stehle

Richterin am Oberlandesgericht Schlenker

Richterin am Landgericht Thonhofer

für **Recht** erkannt:

- I. Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten wird das Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 24.03.2011, Az.: 25 O 266/09, teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
 1. Das Versäumnisurteil des Landgerichts Stuttgart vom 28.10.2010, Az.: 25 O 266/09, wird aufgehoben.
 2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 241.469,92 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.09.2008 zu bezahlen, Zug um Zug gegen die Übertragung der Rechte aus den Beteiligungen der Klägerin und ihres Ehemannes, des Drittwiderbeklagten, an folgenden DG-Fonds: 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39 und 40, Stammnummern 26.1, 27.1, 28.1, 30.1, 31.0, 34.1, 35.1, 36.1, 39.1 und 40.
 3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 3.930,81 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 04.07.2009 zu bezahlen.
 4. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Rechte aus den in Ziffer 2 bezeichneten Beteiligungen im Verzug befindet.
 5. Es wird festgestellt, dass dem Drittwiderbeklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb der in Ziffer 2 bezeichneten Beteiligungen und den Beteiligungen am

DG-Fonds Nr. 19, Stammnummern 19.000 5 bzw. 19.000 7, keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zustehen.

6. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen werden die Berufungen zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen - mit Ausnahme der durch die Säumnis im Termin am 28.10.2010 entstandenen Kosten, die die Klägerin zu 99 % und der Drittwiderbeklagte zu 1 % tragen - die Parteien wie folgt:

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten tragen die Klägerin zu 22 %, der Drittwiderbeklagte zu 1 % und die Beklagte zu 77 %. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Beklagte zu 78 % und die Klägerin zu 22 %. Die außergerichtlichen Kosten des Drittwiderbeklagten trägt dieser selbst.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, es sei denn, die Klägerin leistet vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert in beiden Instanzen: € 317.376,77.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Ehemannes, des Drittwiderbeklagten, auf Zahlung von Schadensersatz wegen behaupteter Falschberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Beteiligungen an 11 verschiedenen DG-Fonds in Anspruch. Die Beklagte begehrt drittwiderklagend die Feststellung, dass dem Drittwiderbeklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb dieser Beteiligungen keine Schadensersatzansprüche gegen sie zustehen.

Die Klägerin und ihr Ehemann zeichneten zwischen Dezember 1990 und Dezember 2002 die streitgegenständlichen Beteiligungen, wobei sie sich zwei Mal am Fonds Nr. 19 beteiligten. Die Eheleute bezahlten für die Beteiligungen - aus eigenen Mitteln - insgesamt € 311.376,77 (Nominalbeträge zuzüglich 5 % Agio). Am 17.06.2009 (Anl. K. 5, Bl. 183 d.A.) trat der Ehemann der Klägerin an die Klägerin sämtliche ihm im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen DG-Fonds gegen die Beklagte zustehenden Schadensersatzansprüche ab.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage - unter Aufhebung eines am 28.10.2010 ergangenen Versäumnisurteils, mit dem die Klage abgewiesen und auf die Drittwiderklage festgestellt worden war, dass dem Drittwiderbeklagten im Zusammenhang mit der Vermittlung von geschlossenen Immobilienfonds der DG-Gesellschaft mit den Nummern 19 (zwei Mal), 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39, 40 keine Schadensersatzansprüche zustehen - teilweise stattgegeben. Es ging nach Vernehmung des ehemaligen Mitarbeiters der Beklagten, des Zeugen Hangstörfer, davon aus, dass zwischen der Klägerin und deren Ehemann auf der einen und der Beklagten auf der anderen Seite - bis auf die Beteiligungen am Fonds Nr. 19 - hinsichtlich sämtlicher Fondsbeteiligungen konkludente Beratungsverträge zu Stande gekommen waren. Die Beratung hinsichtlich der Fonds sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter Zugrundelegung der höchstrichterli-

chen Rechtsprechung fehlerhaft gewesen, da die Beklagte die Eheleute nicht darauf hingewiesen habe, dass sie als vermittelnde Bank das aus dem Zeichnungsschein ersichtliche Agio von 5 % in voller Höhe als Vermittlungsgebühr und darüber hinaus noch eine weitere Provision erhalten habe, deren Höhe von weiteren 3 % die Beklagte nicht substantiiert bestritten habe. Da die Beklagte die Vermutung der Ursächlichkeit fehlerhafter Aufklärung für den Erwerb der Beteiligungen nicht erschüttert und diese darüber hinaus schuldhaft gehandelt habe, sei die Klägerin so zu stellen, als ob diese und ihr Ehemann die streitgegenständlichen Fondsbeteiligungen, mit Ausnahme der beiden Beteiligungen am Fonds Nr. 19, nicht erworben hätten. Die Beklagte habe damit der Klägerin alle bezahlten Nominalbeträge zuzüglich der für das 5 %ige Agio bezahlten Beträge - mit Ausnahme der für den Fonds Nr. 19 bezahlten Beträge - zu ersetzen. Im Wege der Vorteilsausgleichung seien die von den Eheleuten erhaltenen Ausschüttungen sowie die von diesen erlangten Steuervorteile in Abzug zu bringen, wobei hinsichtlich der Höhe der anzurechnenden Ausschüttungen von den Zahlen der Klägerin auszugehen sei. Die Berücksichtigung der Steuervorteile werde nicht durch den von der Klägerin hilfsweise geltend gemachten entgangenen Gewinn kompensiert, da für einen solchen jede verlässliche Basis zur Schadensschätzung fehle. Die Schadensersatzansprüche der Eheleute seien auch nicht verjährt, weil die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht vorgetragen habe, dass die Eheleute so frühzeitig von den Zahlungen an die Beklagte Kenntnis erlangt hätten, dass die 3-jährige Verjährungsfrist des § 199 BGB nicht durch die Einreichung der Klage habe gehemmt werden können. Die Feststellungsanträge der Klägerin seien zulässig und begründet, da die Beklagte im Rahmen ihrer Schadensersatzpflicht zur Freistellung der Eheleute verpflichtet sei, falls die Klägerin vom Finanzamt wegen der Übertragung der Beteiligungen noch auf Steuerzahlungen in Anspruch genommen werde, und sich zudem die Beklagte mit der Annahme der Beteiligungen im Verzug befinde. Die Drittwiderklage sei hingegen unbegründet. Wenn nämlich die Abtretung des Drittwiderbeklagten an die Klägerin nicht wirksam wäre, stünden die der Klägerin zugesprochenen Ansprüche jedenfalls teilweise doch dem Drittwiderbeklagten zu.

Das Urteil wurde der Beklagten am 28.03.2011 und der Klägerin am 29.03.2011 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 13.04.2011, beim Oberlandesgericht Stuttgart eingegangen am 15.04.2011, legte die Klägerin gegen das Urteil Berufung ein und begründete diese innerhalb verlängerter Berufungsbegründungsfrist mit Schriftsatz vom 01.08.2011.

Auch die Beklagte legte Berufung ein, und zwar mit Schriftsatz vom 27.04.2011, der beim Oberlandesgericht Stuttgart am gleichen Tag einging. Die Berufungsbegründung der Beklagten erfolgte mit Schriftsatz vom 01.08.2008, eingegangen beim Oberlandesgericht Stuttgart am gleichen Tag. Da mit Verfügung des Senats vom 29.06.2011 (Bl. 526 d.A.) auf den Antrag der Beklagten, der auf die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gerichtet war, versehentlich für die Klägerin statt für die Beklagte die Berufungsbegründungsfrist bis 01.08.2011 verlängert wurde, ist die Verfügung als Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist für die Beklagte bis 01.08.2011 auszulegen.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass auch hinsichtlich der Beteiligungen am DG-Fonds Nr. 19 Anlageberatungsverträge zu Stande gekommen seien. Selbst wenn Beratungsverträge hinsichtlich dieser Beteiligungen nicht anzunehmen wären, hätte die Beklagte eine Aufklärung über die an sie fließenden Rückvergütungen geschuldet. Das Landgericht habe zudem entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Steuervorteile in Abzug gebracht, wobei sich auch die Höhe der abgezogenen Steuervorteile als unzutreffend erweise. Schließlich habe das Landgericht den von ihr hilfsweise geltend gemachten entgangenen Gewinn zu Unrecht nicht berücksichtigt. Nach Durchführung der Beweisaufnahme stehe zudem fest, dass sie und ihr Ehemann im Falle der nicht erfolgten Zeichnung der von der Beklagten empfohlenen Immobilienfondsanteile tatsächlich weitere Immobilien erworben hätten, wobei der von ihr angesetzte entgangene Zins von 4 % nicht unrealistisch gewesen sein dürfte.

Die Beklagte hält das Urteil des Landgerichts für falsch, da dieses davon ausgehe, dass zwischen ihr und der Klägerin/deren Ehemann - mit Ausnahme der Beteiligungen am Fonds Nr. 19 - jeweils stillschweigend Beratungsverträge zu Stande gekommen seien. Insbesondere sei die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung fehlerhaft, da es das Landgericht vermieden habe, hinsichtlich der einzelnen Erwerbsvorgänge konkrete Sachverhaltsfeststellungen zu treffen. Die Klägerin und deren Ehemann, bei denen es sich um professionelle Anleger gehandelt habe, hätten sich dann an sie gewandt, wenn diese eine bereits zuvor ausgewählte Beteiligung hätten erwerben wollen. Die Vernehmung des Zeugen Hangstörfer habe keine Erkenntnisse gebracht, die ihre Verurteilung rechtfertige, so dass die Klägerin beweisfällig geblieben sei. Da sie behauptet habe, dass die Klägerin und deren Ehemann Kenntnis davon gehabt hätten, dass sie von der Fondsgesellschaft Vermittlungsprovisionen erhalte, hätte

die Klägerin das Gegenteil beweisen müssen, was dieser durch die Angaben des Zeugen Hangstörfer nicht gelungen sei. Es könne zwar sein, dass die Klägerin und deren Ehemann nicht in jedem Einzelfall gewusst hätten, wie hoch die von ihr vereinnahmte Provision gewesen sei. Maßgeblich sei aber nur, dass den Eheleuten die Tatsache der Provisionierung des Vermittlungsgeschäfts bekannt gewesen sei. Die angeblich unterlassene Aufklärung über die an sie fließenden Provisionen sei darüber hinaus jedenfalls nicht kausal für die Anlageentscheidungen der Klägerin und ihres Ehemannes gewesen. Das Landgericht habe auch bei der Schadensberechnung die Beweislastregeln verkannt. So gehörten die Ausschüttungen zur Darlegung des Schadens und seien nicht im Rahmen von Einwendungen vorzubringen. Im Übrigen seien Ansprüche, die auf eine Pflichtverletzung wegen Verschweigens der Höhe der an sie geflossenen Provisionen gestützt werden, verjährt, da davon auszugehen sei, dass der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten die Tatsache, dass sie für die Vermittlung der Beteiligungen eine Provision erhalten habe, bereits zum Zeitpunkt der Zeichnung der Beteiligungen bekannt gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt habe die Verjährungsfrist zu laufen begonnen. Zudem hätten die Klägerin und der Drittwiderbeklagte über die an sie geflossenen Provisionen schon durch die an diese übersandten Rechenschaftsberichte positive Kenntnis erlangt, so dass etwaige Schadensersatzansprüche zum 31.12.2004 verjährt seien.

Die Klägerin beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 24.03.2011, Az.: 25 O 266/09, wird abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin weitere € 216.813,76 nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 26.09.2008 zu zahlen Zug-um-Zug gegen Übertragung der Beteiligungen der Klägerin und ihres Ehemannes, des Drittwiderbeklagten (), an folgenden zwölf DG-Fonds: Nr. 19 (2 Stück), 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39, 40, Stamm-Nr. 19.(), 19.(), 26.0 (), 27.0 (), 28.0 (), 30.0 (), 31.0 (), 34.0 (), 35.0 (), 36.0 (), 39.0 () und 40.0 ().
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 4.380,15 nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 04.07.2009 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 25.03.2011, Az.: 25 O 266/09, wird abgeändert.
2. Die Klage wird insgesamt abgewiesen.
3. Es wird festgestellt, dass dem Drittwiderbeklagten im Zusammenhang mit der Vermittlung von geschlossenen Immobilien-Fonds der DG Anlage Gesellschaft mbH, Frankfurt, mit den Nr. 19, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39 und 40 keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zustehen.

Die Klägerin und die Beklagte beantragen im Übrigen,

die Berufung der jeweils anderen Partei zurückzuweisen.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf deren Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 511 ZPO statthaften und gemäß den §§ 517, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegten und mit einer Begründung versehenen Berufungen sind zulässig, in der Sache haben sie jedoch nur zum Teil Erfolg.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz aus pVV bzw. § 280 Abs. 1 BGB - hinsichtlich der von ihrem Ehemann an sie abgetretenen Ansprüche i.V.m. § 398 BGB - im Zusammenhang mit den von der Klägerin und ihrem Ehemann erworbenen, streitgegenständlichen Beteiligungen an den DG-Fonds Nr. 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39 und 40 zu. Da, wie auch vom Landgericht zutreffend angenommen, hinsichtlich der beiden Beteiligungen am Fonds Nr. 19 keine Beratungsverträge mit der Beklagten abgeschlossen wurden, bestehen die insoweit von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht. Entgegen der Auffassung der

Klägerin kommt bezüglich dieser Beteiligungen auch ein Anspruch auf Herausgabe der von der Beklagten für die Vermittlung dieser Beteiligungen erhaltenen Provisionen gemäß den §§ 675, 667 BGB nicht in Betracht.

Nachdem von der Klägerin und ihrem Ehemann gezogene Steuervorteile - entgegen der Auffassung des Landgerichts - nicht in Abzug zu bringen sind, musste der Senat über die von der Klägerin für den Fall der Anrechnung von Steuervorteilen gebrachte Hilfsbegründung nicht entscheiden, nach der ihr ein Anspruch auf entgangenen Gewinn zustehe. Ein solcher hätte der Klägerin im Übrigen auch nicht zugestanden.

1.

Zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann auf der einen und der Beklagten auf der anderen Seite kamen hinsichtlich der Beteiligungen der Eheleute an den DG-Fonds Nr. 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39 und 40 Beratungsverträge zu Stande.

a)

Nach ständiger Rechtsprechung kommt ein Beratungsvertrag dann zu Stande, wenn ein Anleger an eine Bank herantritt, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden. Das darin liegende Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages wird stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen (vgl. BGH, Urteil vom 06.07.1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126 - Bond-Urteil). Hingegen kommt lediglich ein Anlagevermittlungsvertrag zu Stande, wenn der Interessent deutlich macht, dass er, auf eine bestimmte Anlageentscheidung bezogen, die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen will und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt (BGH, Urteil vom 13.01.2000, III ZR 62/99, WM 2000, 426; Urteil vom 07.10.2008, XI ZR 89/07, BGHZ 178, 149). Beim Beratungsvertrag treten zur Tatsacheneinrichtung noch Werturteile der Bank über bestimmte Verhältnisse und Risiken, die in eine bestimmte Empfehlung einmünden (Braun/Lang/Loy in: Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 3. Aufl. Rn. 231 m.w.N.). Entscheidend ist, ob der Kunde der Bank zu erkennen gibt, dass er eine fachkundige Bewertung wünscht, oder ob er lediglich, bezogen auf eine bestimmte Anlageentscheidung, fachkundige Informationen erbittet. So kommt ein Beratungsvertrag dann nicht zu Stande, wenn der Kunde mit gezielten Aufträgen zum Kauf bestimmter Wertpapiere an seine Bank herantritt und die

Bank diese Aufträge lediglich ausführt (vgl. BGH, Beschluss vom 12.03.1996, NJW 1996, 1744). In diesem Fall fehlt der besondere persönliche Kontakt, der ein besonderes Vertrauen des Kunden in die Beratungskompetenz der Bank begründen könnte; kommt es tatsächlich nicht zu einer Beratung, können sich daraus rechtlich auch keine Beratungspflichten ergeben.

Für das Vorliegen eines Beratungsvertrages ist grundsätzlich der Anleger darlegungs- und beweisbelastet.

b)

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung ging das Landgericht - nach Vernehmung des damals bei der Beklagten zuständigen Mitarbeiters, des Zeugen Hangstörfer - zu Recht vom konkludenten Zustandekommen von Beratungsverträgen hinsichtlich des Erwerbs der streitgegenständlichen DG-Fondsbeteiligungen, mit Ausnahme der Beteiligungen am DG-Fonds Nr. 19, aus. Der Senat ist an die insoweit vom Landgericht getroffenen Feststellungen, auch soweit dieses davon ausging, dass hinsichtlich der Beteiligungen der Eheleute am DG-Fonds Nr. 19 keine Beratung stattgefunden habe, gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da keine konkreten Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen.

Das Landgericht ging die von der Klägerin und ihrem Ehemann erworbenen Beteiligungen mit dem Zeugen im Einzelnen durch. Der Zeuge gab u.a. an, dass er die Eheleute umfassend über Immobilienanlagen und auch andere Anlageformen beraten habe, andere Anlageformen seien jedoch von diesen nicht gewünscht worden. Die Eheleute hätten im Wesentlichen Festgeldanlagen oder Immobilienanlagen, letztere als Immobilienkauf oder als Beteiligungsfonds, haben wollen. Auf die DG-Immobilienfonds seien sie gekommen, da sie als Bank damit gute Erfahrungen gemacht und diese Fonds, über den Genossenschaftsverbund, fast ausschließlich angeboten hätten. Zusammengefasst gab der Zeuge außerdem an, dass er teilweise mit den Eheleuten vor dem Ausfüllen der Zeichnungsscheine gesprochen habe, teilweise habe er diesen auch die zugehörigen Prospekte mit den darin enthaltenen Blankozeichnungsscheinen übersandt, die Scheine seien dann von den Eheleuten ausgefüllt worden und ihm, nach Beantwortung der von den Eheleuten aufgeworfenen Fragen durch ihn, übergeben

worden. Der Zeuge schilderte auch, dass er mit den Eheleuten ständig im Gespräch gewesen sei, wobei auch Grundsatzgespräche geführt worden seien. Seines Erachtens seien alle DG-Anlagen der Eheleute über die Beklagte vermittelt worden. Er habe den Eheleuten neue Fonds angekündigt und ihnen Informationen zugeschickt.

Diese Angaben des Zeugen zeigen deutlich, dass die Initiative zur Zeichnung der streitgegenständlichen Fonds durch die Eheleute vom Zeugen ausging und er diese den Eheleuten, als für diese geeignete und von der Beklagten als gut befundene Geldanlage, empfohlen hatte.

Zutreffend hat das Landgericht auch angenommen, dass bei den beiden Beteiligungen der Eheleute am Fonds Nr. 19 keine Beratungsverträge zu Stande gekommen sind. Insoweit handelte es sich, anders als bei den übrigen hier streitgegenständlichen Fondsbeteiligungen, um einen Erwerb auf dem Zweitmarkt, den die Eheleute telefonisch beauftragt haben (vgl. Schreiben vom 30.08.1996, Anl. K 11), so dass jedenfalls mangels substantiierten Vortrags der Klägerin von einer Beratung nicht ausgegangen werden kann.

2.

Die Beklagte hat im Zusammenhang mit der Empfehlung der streitgegenständlichen geschlossenen Immobilienfonds ihre Pflicht verletzt, die Klägerin und ihren Ehemann über die von ihr erhaltenen Rückvergütungen aufzuklären. Eine derartige Aufklärung fand weder durch die jeweiligen Anlageprospekte noch durch den Zeugen Hangstörfer statt, auch gab es - entgegen der Behauptung der Beklagten - zwischen den Eheleuten und dem Zeugen Hangstörfer keine Verhandlungen über einen Nachlass hinsichtlich der an die Beklagte fließenden Rückvergütungen.

Die Klägerin hat vorgetragen, dass die Beklagte jeweils zusätzlich zu den 5 % Agio noch weitere 3 % als Rückvergütung erhalten habe. Die Beklagte hat dies nicht substantiiert bestritten, sie hat sich vielmehr bis zuletzt nicht dazu geäußert, in welcher Höhe sie jeweils Rückvergütungen erhalten hat. Erstinstanzlich hatte die Beklagte behauptet, dass den Eheleuten bekannt gewesen sei, dass sie bei originären Neuzeichnungen Provisionen für den Vertrieb erhalte und diese aus den prospektierten Eigenkapitalbeschaffungskosten an sie bezahlt werden. Dies habe sich auch aus dem den

Eheleuten überlassenen Prospektmaterial ergeben. Zwischen dem Drittwiderbeklagten und dem Zeugen Hangstörfer sei es auch regelmäßig zu Verhandlungen über einen Nachlass hinsichtlich der an sie fließenden Provision gekommen. Schließlich habe auf Provisionen ohnehin nur hingewiesen werden müssen, wenn diese höher als 15 % gewesen seien.

a)

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss eine Bank, die Fondsanteile empfiehlt, darauf hinweisen, dass und in welcher Höhe sie Rückvergütungen aus Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten von der Fondsgesellschaft erhält. Wenn sie einen Kunden ohne Zwischenschaltung eines Vermögensverwalters berät, Anlageempfehlungen abgibt und dabei an den empfohlenen Fonds durch Rückvergütungen verdient, sind die Kundeninteressen durch die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen gefährdet. Es besteht die konkrete Gefahr, dass die Bank Anlageempfehlungen nicht allein im Kundeninteresse nach den Kriterien anleger- und objektgerechter Beratung abgibt, sondern zumindest auch in ihrem eigenen Interesse, möglichst hohe Rückvergütungen zu erhalten. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Rückvergütungen einem bestimmten Geschäft unmittelbar zugeordnet werden oder in gewissen Zeitabständen bezahlt werden. Wesentlich ist nur, dass die Rückvergütungen umsatzabhängig sind (BGH, Urteil vom 19.12.2006, XI ZR 56/05, BGHZ 170, 226; vgl. auch BGH, Beschluss vom 09.03.2011, WM 2011, 925).

b)

Zwar ist aufgrund der Vernehmung des Zeugen Hangstörfer davon auszugehen, dass den Eheleuten rechtzeitig vor den jeweiligen Anlageentscheidungen die Prospekte überlassen worden waren und diese sich vor Zeichnung der Anlagen mit dem Inhalt vertraut gemacht hatten. Allerdings lässt sich diesen Prospekten weder die Höhe einer von den Anlegern zu zahlenden Vertriebsprovision noch der Umstand entnehmen, dass diese an die Beklagte als beratende Bank zu bezahlen ist.

Aus den Prospekten - und im Übrigen auch aus den Zeichnungsscheinen selbst, in denen die Bezahlung eines 5%igen Agios ausgewiesen ist - ist damit zwar ersichtlich, dass ein Agio von 5 % auf den Zeichnungsbetrag an die Fondsgesellschaft zu zahlen ist und dass dieser Betrag der Fondsgesellschaft zur Abdeckung weiterer Eigenkapital-

beschaffungskosten zur Verfügung steht. Allerdings lässt sich allein aus dem Begriff der Eigenkapitalbeschaffungskosten nicht ableiten, dass dieser Betrag zwangsläufig nur für Provisionszahlungen an die Beklagte und nicht auch für andere, umsatz- und provisionsunabhängige Aufwendungen wie Schulung und Werbung verwendet wird (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 26.01.2011, 9 U 124/10; Urteil vom 28.07.2010, 9 U 182/09).

c)

Das Landgericht kam zudem nach Vernehmung des Zeugen Hangstörfer in seinem Urteil zutreffend zu dem Ergebnis, dass die Eheleute von diesem nicht darauf hingewiesen worden waren, dass die Beklagte als vermittelnde Bank das aus dem Zeichnungsschein (und den Prospekten) ersichtliche Agio von 5 % in voller Höhe als Vermittlungsgebühr erhielt und darüber hinaus noch eine weitere Provision, deren Höhe von 3 % die Beklagte nicht substantiiert bestritten hat. An diese Feststellungen ist der Senat ebenfalls gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da keine konkreten Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen.

So gab der Zeuge Hangstörfer bei seiner Vernehmung an, dass die Beklagte zusätzlich zu den 5 % Agio noch eine weitere Provision erhalten habe, deren Höhe er allerdings nicht wisse. Bei den streitgegenständlichen Fonds (bis auf den Fonds Nr. 19, der über den Zweitmarkt erworben wurde und bei dem eine Vermittlungsgebühr angefallen sei) sei nicht über einen Nachlass hinsichtlich der Provisionen verhandelt worden. Der Zeuge konnte nicht bestätigen, dass er die Eheleute darüber aufgeklärt hat, dass das 5 %-ige Agio zzgl. einer weiteren Provision an die Beklagte bezahlt werde. Nach den Angaben des Zeugen bei seiner Vernehmung hatte er die Eheleute nicht darauf hingewiesen, dass die Beklagte aus den Geschäften jeweils eine Provision erhalte.

Soweit die Beklagte darauf abstellen wollte, dass für Vermittlungsprovisionen unter 15 % keine Hinweispflicht bestehe, wurde die Rechtslage durch den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 20.01.2009 (XI ZR 510/07, WM 2009, 405) geklärt. Danach betrifft die Rechtsprechung des 3. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, nach der eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen unter 15 % nicht besteht (BGH, ZIP 2007, 871), lediglich Informationspflichten aus einem Vermittlungs- oder Auskunftsvertrag.

Die Pflicht zur Aufklärung über Rückvergütungen besteht im Rahmen eines Beratungsvertrages hingegen unabhängig von deren Höhe. Bei der Rückvergütung geht es um die Aufdeckung einer Gefährdungssituation, bei der es nicht auf die Höhe der Provision ankommen kann (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 15.07.2009, 9 U 164/07, zitiert nach juris). Abgesehen davon geht die Beklagte nunmehr in ihrem - nicht nachgelassenen - Schriftsatz vom 30.11.2011 auch selbst davon aus, dass es sich bei den hier im Streit stehenden Zahlungen an sie um aufklärungspflichtige Rückvergütungen gehandelt hat.

3.

Für den Senat ebenfalls nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend sind darüber hinaus die vom Landgericht getroffenen Feststellungen, nach denen die Verletzung der Aufklärungspflicht kausal für die Anlageentscheidung der Eheleute war.

Denn steht - wie hier in Bezug auf die Rückvergütungen - eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die zu einer Beweislastumkehr führt (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Urteil vom 22.03.2010, II ZR 66/08, zitiert nach juris).

Diese Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt grundsätzlich für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters, also auch für die fehlende Aufklärung über Rückvergütungen (Ellenberger in: Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang, a.a.O., Rn. 954; BGH, Urteil vom 12.05.2009, XI ZR 586/07, WM 2009, 1174). Der Aufklärungspflichtige muss beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte, dieser also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. Die Vermutung greift allerdings dann nicht ein, wenn sich der Anleger bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, wenn es also nicht nur eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gab. Davon kann bei verschwiegenen Rückvergütungen nicht schon wegen deren Geringfügigkeit im Verhältnis zur Anlagesumme ausgegangen werden. Es muss vielmehr aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalls feststehen, dass dem Anleger bei gehöriger Aufklärung mindestens zwei tatsächlich von ihm zu ergreifende Handlungsalternativen zur Verfügung standen (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2011, NJW 2011, 3227).

Konkrete Anhaltspunkte, die die Vermutung erschüttern könnten oder für einen Entscheidungskonflikt der Eheleute sprächen, hat die Beklagte nicht dargelegt.

4.

Die Beklagte, deren Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet wird, hat schuldhaft gehandelt und befand sich nicht in einem Verbotsirrtum. Nach der Entscheidung des Bundgerichtshofs (Beschluss vom 29.06.2010, XI ZR 308/09, zitiert nach juris) kann sich eine Bank jedenfalls für den Zeitraum ab 1990 nicht auf einen vorsatzausschließenden Verbotsirrtum berufen. Da die zeitlich erste der hier streitgegenständlichen DG-Fonds-Beteiligungen am 12.12.1990 gezeichnet wurde, greift damit der Einwand der Beklagten, sie habe sich jeweils in einem den Vorsatz ausschließenden Verbotsirrtum befunden, nicht.

5.

a)

Die Klägerin hat, aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Ehemannes, einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 249 Abs. 1 BGB, der auf die Rückabwicklung der Fondsbeiträge gerichtet ist (BGH, Urteil vom 19.12.2006, XI ZR 56/05, WM 2007, 487). Die Klägerin kann daher die Erstattung der jeweils bezahlten Nominalbeträge nebst Agio abzüglich der erhaltenen Ausschüttungen Zug um Zug gegen die Übertragung der Rechte an den Beteiligungen beanspruchen.

Die Klägerin muss sich die Fondsausschüttungen nach den Regeln des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen, da sie andernfalls besser stünde, als sie ohne die Beteiligung an den Fonds gestanden hätte (BGH, Urteil vom 10.03.2009, XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123; BGH, Urteil vom 24.04.2007, XI ZR 17/06, BGHZ 172, 147). Der Vorteil wird vom Ersatzanspruch abgezogen, ohne dass es einer Gestaltungserklärung oder Einrede der Beklagten als Schädigerin bedarf. Es handelt sich um einen Fall der Anrechnung (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., vor § 249 BGB, Rn. 71). Die Beweislast für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung trägt die Beklagte als Schädigerin (Palandt/Grüneberg, a.a.O., vor § 249, Rn. 75 m.w.N.).

Die Klägerin und ihr Ehemann haben für die Beteiligungen (ausgenommen die Beteiligungen am Fonds Nr. 19) inklusive 5 % Agio einen Gesamtbetrag von DM 525.000,00

(entspricht € 268.428,23) bezahlt. Nach den Angaben der Klägerin (in der von ihr und ihrem Ehemann angefertigten Auflistung - K.28, Bl. 446 d.A.) haben die Eheleute hinsichtlich dieser Beteiligungen Ausschüttungen in Höhe von insgesamt € 26.958,30 erhalten, die Beklagte hatte - unter Bezugnahme auf Prospektangaben (Anl. B 7 bis B 17, Bl. 236 bis 246 d.A.) - Ausschüttungen, die um € 4.013,73 höher liegen, behauptet. Da die Beklagte diese Ausschüttungen jedoch nicht bewiesen hat, sind, wie auch vom Landgericht zutreffend angenommen, die von der Klägerin zugestandenen Ausschüttungen der Berechnung zu Grunde zu legen. Somit ergibt sich ein von der Beklagten zu bezahlender Schadensersatzbetrag in Höhe von € 241.469,92.

b)

Die Klägerin muss sich hingegen im Wege des Vorteilsausgleichs keine Steuervorteile anrechnen lassen, da diese durch eine spätere Besteuerung der Schadensersatzleistung kompensiert werden.

Zu den Steuervorteilen bei einer Investition in - in der Rechtsform einer KG betriebene - geschlossene Investmentfonds, wie sie hier vorliegen, hat der 3. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ausgeführt, dass eine Anrechnung grundsätzlich nicht in Betracht komme, wenn auch die Schadensersatzleistung der Besteuerung unterliege. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn der Schädiger Anhaltspunkte darlege und ggf. beweise, dass der Anleger ungewöhnlich hohe Steuervorteile erzielt habe, die diesem auch verbleiben (BGH, Teil-Urteil vom 15.07.2010, III ZR 336/08, BGHZ 186, 205).

Die Beklagte hatte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz lediglich - unsubstantiiert - vorgetragen, dass durch die Beteiligung an einem Immobilienfonds regelmäßig Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt werden. Konkrete Darlegungen dazu, wie es sich bei den im Streit stehenden Fonds verhält, erfolgten nicht. Soweit die Beklagte zudem im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 30.11.2011 zu - von ihr behaupteten - ungewöhnlich hohen Steuervorteilen der Klägerin und ihres Ehemannes in Bezug auf den Fonds Nr. 30 vorgetragen hat, ist dieser Vortrag jedenfalls gemäß den §§ 525, 296 a ZPO nicht mehr zu berücksichtigen (vgl. auch die Ausführungen unter III.).

Eine Recherche im Internet hat ergeben, dass die Fonds Nr. 26 und Nr. 30 Einkünfte aus Gewerbebetrieb, die übrigen streitgegenständlichen Fonds Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielen. Da jedoch ohnehin in beiden Fällen die Klägerin die Schadensersatzleistung zu versteuern hat, kann dies im Ergebnis dahinstehen.

Hinsichtlich der Beteiligungen an den Fonds Nr. 26 und Nr. 30 stehen die Schadensersatzzahlungen, die die Klägerin von der Beklagten erhalten wird, in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Kommanditbeteiligungen an den geschlossenen Immobilienfonds, sind deshalb dem gewerblichen Bereich zugeordnet und ihrerseits als Betriebseinnahme nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG zu versteuern, so dass nicht von einem dauerhaften Verbleib der früher von der Klägerin und ihrem Ehemann erzielten Steuervorteile auszugehen ist (vgl. auch BGH, Teil-Urteil vom 15.07.2010, III ZR 336/08, a.a.O.; BGH, Urteil vom 17.11.2005, III ZR 350/04, NJW 2006, 499). Soweit die Klägerin und ihr Ehemann hinsichtlich der übrigen Fondsbeteiligungen ihre Aufwendungen als Werbungskosten von ihren Einkünften abgezogen und dadurch Steuervorteile erzielt haben, stellt die von der Beklagten zu bezahlende Schadensersatzleistung einen Rückfluss der Werbungskosten dar, der als Einnahme in der Einkunftsart der Besteuerung unterliegt, in der die Werbungskosten zuvor angefallen sind (BGH, Urteil vom 01.03.2011, XI ZR 96/09, WM 2011, 740; vgl. auch Podewils, DStR 2011, 33 ff.; Podewils, DStR 2009, 752 ff.).

c)

Die Klägerin hat den Klageanspruch in der Höhe, in der eventuell ein Steuerabzug vorzunehmen sei, auf einen ihr - angeblich - entgangenen Gewinn gestützt (vgl. Bl. 292 d.A.). Abgesehen davon, dass sich die Klägerin keine Steuervorteile anrechnen lassen muss, könnte sie auch den von ihr behaupteten entgangenen Gewinn nicht von der Beklagten verlangen.

Die Klägerin behauptet, dass sie und ihr Ehemann bei ordnungsgemäßer Aufklärung das angelegte Geld über eine längere Laufzeit von mindestens 10 Jahren festverzinslich auf dem Kapitalmarkt angelegt und einen Zinssatz von wenigstens 5 % erzielt hätten. Ihrer Berechnung für den entgangenen Gewinn legt sie dann einen Zinssatz von 4 % für die Zeit zwischen den jeweiligen Zeichnungen der Beteiligungen und dem Ein-

tritt der Rechtshängigkeit zugrunde und errechnet daraus - allerdings unter Einschluss der beiden Beteiligungen an dem DG-Fonds Nr. 19 - einen Betrag von € 158.046,15.

Die Klägerin hätte damit jedoch nicht ausreichend dargelegt, dass sie nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen diesen Ertrag mit Wahrscheinlichkeit hätte erwarten dürfen, § 252 BGB. Zwar erleichtert die Norm i.V.m. § 287 ZPO nicht nur die Beweis-, sondern auch die Darlegungslast. Der Geschädigte muss jedoch die Umstände darlegen und beweisen, aus denen sich die „Wahrscheinlichkeit“ eines Gewinns ergibt (BGH, Urteil vom 24.06.2009, VIII ZR 332/07, WM 2009, 1811). Im vorliegenden Fall hatten die Eheleute, wie auch vom Landgericht zutreffend ausgeführt, unstreitig über Jahre hinweg und auch schon vor den streitgegenständlichen Fondsbeteiligungen häufig in Immobilienfonds investiert (vgl. Bl. 175 d.A.), die, wie gerade auch die streitgegenständlichen Beteiligungen zeigen, mit einem Verlustrisiko verbunden waren. Es kann daher entgegen den Ausführungen der Klägerin nicht angenommen werden, dass sie und ihr Ehemann bei pflichtgemäßer Beratung ausschließlich festverzinsliche Anlageformen gewählt oder einen Ertrag in Höhe von mindestens 4 % p.a. erwirtschaftet hätten. Auch die Beweisaufnahme hat, entgegen den Ausführungen der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung, Derartiges nicht ergeben.

d)

Die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten sind unter Zugrundelegung des berechtigten Schadensersatzbetrages in Höhe von € 241.469,92 zu berechnen. Der Klägervertreter hat, von der Beklagten nicht angegriffen, eine 1,6-Gebühr mit der Begründung angesetzt, dass er beide Eheleute vertreten hat. Dieser Ansatz ist zutreffend, zumal die Abtretung der Ansprüche des Ehemannes der Klägerin an die Klägerin erst in der Folgezeit stattgefunden hat. Unter Berücksichtigung einer Auslagenpauschale von € 20,00 und 19 % Umsatzsteuer ergibt sich ein Betrag von € 3.930,81.

6.

Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ist nicht verjährt.

Bis auf die Beteiligung am Fonds Nr. 30, die am 10.12.2002 gezeichnet wurde, lagen die Zeichnungsdaten der hier streitgegenständlichen Fonds zwischen dem 12.12.1990 und dem 11.04.1997. Die jeweiligen Schadensersatzansprüche gemäß § 280 Abs. 1

BGB (Fonds Nr. 30) bzw. aus pVV sind mit dem Erwerb der Beteiligungen entstanden, so dass - bis auf den Schadensersatzanspruch hinsichtlich des Fonds Nr. 30 - die in Rede stehenden Ansprüche zunächst der 30jährigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB a.F. unterlagen (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010, III ZR 203/09, NJW-RR 2010, 1623). Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 S. 1 EGBGB gilt seit dem 01.01.2002 für bis dahin nicht verjährte Schadensersatzansprüche die dreijährige Regelverjährung nach § 195 BGB n.F. Hierbei setzt der Beginn der Frist allerdings das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB voraus, das heißt, der Gläubiger muss von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt haben oder seine diesbezügliche Unkenntnis muss auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Für eine dahingehende Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis trägt der Schuldner - hier also die Beklagte - die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH, a.a.O, m.w.N.).

Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung ist nicht begründet, da die maßgebliche Verjährungsfrist hinsichtlich sämtlicher hier streitgegenständlicher Fondsbeteiligungen bei Einreichung der Klage noch nicht abgelaufen war. Die Verjährung zum 31.12.2004, wovon die Beklagte ausgeht, wäre - abgesehen davon, dass die Zeichnung des Fonds Nr. 30 erst am 10.12.2002 stattfand - nur dann eingetreten, wenn hinsichtlich der Fondsbeteiligungen bis zum 01.01.2002 auch die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns - nämlich Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Aufklärungspflichtverletzung bezüglich der Rückvergütungen - bei den Eheleuten vorgelegen hätten. Denn nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. etwa Urteil vom 09.11.2007, V ZR 25/07, WM 2008, 89) beginnt die Verjährungsfrist für vertragliche Ansprüche, wenn ein Schuldner mehrere offenbarungspflichtige Umstände verschwiegen hat und ihm damit mehrere Beratungsfehler vorzuwerfen sind, für jeden Beratungsfehler gesondert zu laufen.

Bezüglich der nicht offen gelegten Rückvergütungen hat die Beklagte nicht dargetan, dass die Klägerin hiervon bereits zu einem so frühen Zeitpunkt Kenntnis hatte, dass die Klage die Verjährung nicht mehr hätte hemmen können. Vielmehr hat die Beklagte - auch in der Berufungsbegründung - zunächst nur Vermutungen geäußert. Es sei davon auszugehen, dass der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten die Tatsache, dass sie für die Vermittlung eine Provision erhalten habe, bekannt gewesen sei. Soweit die Beklag-

te in der Berufung erstmals vorträgt, dass den, den Eheleuten in der Vergangenheit zugesandten, Rechenschaftsberichten zu entnehmen gewesen sei, dass das 5 %ige Agio der vermittelnden Bank zugeflossen sei, ist dieser Vortrag neu. Von der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten wurde dieser Vortrag als verspätet gerügt und der Zugang dieser Rechenschaftsberichte bestritten, so dass dieser gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen ist. Zudem hat die Beklagte nach den Angaben des Zeugen Hangstörfer über die 5 % Agio hinaus eine weitere Provision erhalten, die in den nunmehr von der Beklagten zitierten Rechenschaftsberichten nicht erwähnt ist.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass der Anspruch der Klägerin im Zusammenhang mit der am 10.12.2002 gezeichneten Anlage auch nicht gemäß dem - zwischenzeitlich aufgehobenen - § 37 a WpHG verjährt ist. Diese Vorschrift ist auf Ansprüche anzuwenden, die in der Zeit vom 01.04.1998 bis zum Ablauf des 04.08.2009 entstanden sind (§ 43 WpHG). Nach § 37 a WpHG verjährt der Anspruch des Kunden gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. § 37 a WpHG greift aber nur bei fahrlässigen Pflichtverstößen. Für Ansprüche aus vorsätzlicher Falschberatung gilt die Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB (vgl. etwa BGH, Urteil vom 19.12.2006, BGHZ 170, 226). Da gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auch der Vorsatz vermutet wird und die Beklagte keine konkreten Umstände dargelegt hat, mit denen sie den Entlastungsbeweis hätte führen können, ist der Schadensersatzanspruch hinsichtlich der am 10.12.2002 gezeichneten Anlage ebenfalls nicht verjährt.

7.

Ein Anspruch der Klägerin gemäß den §§ 675, 667 BGB auf Herausgabe der von der Beklagten - für die Vermittlung der beiden Beteiligungen am DG-Fonds Nr. 19 - erhaltenen Provisionen kommt nicht in Betracht. Vom Landgericht wurde richtig ausgeführt, dass den Eheleuten nach ihren eigenen Angaben bei dem Erwerb von Papieren aus dem Zweitmarkt klar gewesen sei, dass die Beklagte für die Vermittlung eine Vergütung erhalte und diese mit der Beklagten auch über die Ermäßigung der Provision verhandelt hätten.

II.

1.

Da Steuervorteile nicht anspruchsmindernd anzurechnen sind, war über den insoweit von der Klägerin gestellten Hilfsantrag (Bl. 289 d.A.) nicht zu entscheiden.

2.

Dem von der Klägerin gestellten Feststellungsantrag ist stattzugeben, da sich die Beklagte mit der Annahme der von der Klägerin angebotenen Anteile im Verzug befindet. Das Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO ergibt sich aus der Feststellung der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, § 765 ZPO.

3.

Die von der Beklagten als Drittwiderklage erhobene negative Feststellungsklage ist zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2008, V ZR 114/07, NJW 2008, 2852) und - entgegen der Ansicht des Landgerichts - auch begründet. Insbesondere fehlt der Drittwiderklage nicht das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse, wobei unerheblich ist, dass sich der Drittwiderbeklagte nach der Abtretung keiner eigenen Ansprüche mehr berührt hat. Denn die Beklagte kann sich nur dann sicher sein, dass es nicht zu einem Rechtsstreit zwischen dem Drittwiderbeklagten und ihr kommen wird, wenn das Nichtbestehen der mit der Klage verfolgten Ansprüche in diesem Rechtsstreit mit Rechtskraft auch gegenüber dem Drittwiderbeklagten festgestellt wird. Denn die gemäß § 325 Abs. 1 S. 1 ZPO eintretende Rechtskrafterstreckung tritt dann nicht ein, wenn die Abtretung von vornherein nichtig war oder aufgrund einer späteren Anfechtung durch den Ehemann der Klägerin als Zedenten rückwirkend unwirksam wird. Dies kann vom Standpunkt der Beklagten nicht ausgeschlossen werden, zumal diese die Umstände nicht kennt, die zur Abtretung der vertraglichen Ansprüche vom Drittwiderbeklagten auf die Klägerin geführt haben (vgl. BGH, a.a.O.). Da auch der Drittwiderbeklagte davon ausgeht, dass ihm aufgrund der - wirksamen - Abtretung seiner Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Beteiligungen an die Klägerin keine eigenen Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zustehen, hätte er die Drittwiderklage sofort anerkennen müssen, um seiner Kostentragungspflicht zu entgehen.

III.

Der Zinsanspruch resultiert aus den §§ 286, 288 BGB.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 97, 100, 344 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Berechnung des Streitwerts ist zunächst der von der Klägerin eingeklagte Zahlungsbetrag in Höhe von € 311.376,77 zu Grunde zu legen. Über den von ihr gestellten Hilfsantrag ist nicht zu entscheiden, so dass durch diesen gemäß § 45 Abs. 1 S. 2 GKG eine Erhöhung des Streitwerts nicht stattfindet. Auch der Feststellungsantrag hat keinen eigenen Streitwert (vgl. BGH, Beschluss vom 21.12.2010 - XI ZR 185/10, zitiert nach juris). Für die Drittwiderklage, bei der es sich um eine negative Feststellungsklage handelt, ist in Übereinstimmung mit der Festsetzung des Landgerichts lediglich von einem Streitwert bis € 6.000,00 und nicht nochmals vom vollen Streitwert der Klage auszugehen. Denn ungeachtet des Umstandes, dass keine Parteiidentität besteht, sind die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 S. 3 GKG gegeben, da Klage und Drittwiderklage denselben Gegenstand betreffen (vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 24.08.2009, 11 W 34/09, 11 W 39/09, zitiert nach juris).

Soweit die von den Parteien nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsätze, die nicht nachgelassen wurden, neuen Tatsachenvortrag enthalten, ist dieser gemäß den §§ 525, 296 a ZPO verspätet und daher nicht mehr zuzulassen. Die Schriftsätze boten keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

Die Revision war nicht gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. Das Urteil beruht im Wesentlichen auf der Würdigung tatsächlicher Umstände auf der Grundlage der geltenden Rechtsprechung.

Stehle
zugleich für Richter/in Schlenker, die sich im Urlaub befindet.

Thonhofer

Ausgefertigt:

Tietjen
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

