

Ausfertigung

02 O 457/10

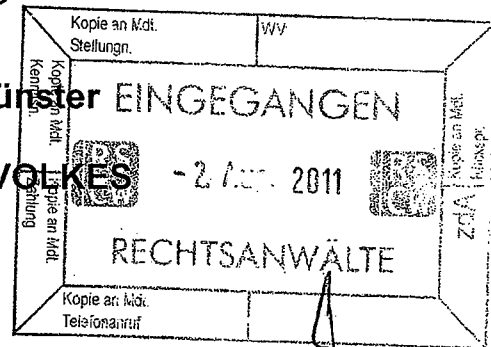


Verkündet am 27.07.2011

Erdmann, Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Landgericht Münster
IM NAMEN DES VOLKES

Urteil



In dem Rechtsstreit

der Frau

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Schulze und Partner,
Georg-Wichtermann-Platz 12 - 14, 97421
Schweinfurt,

g e g e n

die Volksbank Baumberge eG, ges. vertreten durch den Vorstand Werner
Termersch, Lilienbeck 8, 48727 Billerbeck,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Ulrich Schnittker,
Mecklenbecker Str. 239, 48163 Münster,

hat die 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster
auf die mündliche Verhandlung vom 06.07.2011
durch den Richter am Landgericht Niemann als Einzelrichter
für Recht erkannt:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 75.926,95 € nebst Zinsen in Höhe von
5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 04.11.2010 zu

zahlen Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 35 „Berlin, Frankfurt“ Prüske & Dr. Neumann KG, Stammnummer 35.0

II. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der DG-Immobilienanlagegesellschaft Nr. 35 „Berlin, Frankfurt“ Prüske & Dr. Neumann KG, Stammnummer 35.0 in Annahmeverzug befindet.

III. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin von Ansprüchen aller Art freizustellen hat, die in der Zeichnung der Beteiligung an der DG-Immobilienanlage Nr. 35, „Berlin, Frankfurt“ Prüske & Dr. Neumann KG ihre Ursachen haben, insbesondere von Steuernachforderungen durch das zuständige Finanzamt und von Forderungen, die von einem Insolvenzverwalter oder von Dritten wegen der Ausschüttungen erhoben werden können, die die vorstehende Fondsgesellschaft in den Jahren 1999 und 2000 geleistet hat, insbesondere von Rückforderungsansprüchen nach § 172 HGB.

IV. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.880,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 04.11.2010 zu zahlen.

V. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

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

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht Schadensersatz von der Beklagten

wegen einer nach ihrer Auffassung fehlerhaften Anlageberatung des Zeugen Stangen, ihres Vaters, im Dezember 1995, die zu dem Beitritt des Zeugen Stangen am 15.12.1995 zu dem geschlossenen Immobilienfonds

DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 35 „Berlin, Frankfurt“ Prüske & Dr. Neumann KG (im Nachfolgenden: DG-Fonds) mit einer Einlage von 150.000,-- DM zuzüglich 5 % Agio führte.

Die Beklagte war seit vielen Jahren die Hausbank des Zeugen Stangen. Diese hatte Ende des Jahres 1995 unstreitig zumindest einen Betrag in Höhe von 157.000,-- DM zur Geldanlage zur Verfügung. Ende des Jahres 1995 ging der Zeuge Stangen auf die Beklagte zu und äußerte ihr gegenüber den Wunsch, ihn über eine mögliche Anlage des o. g. Betrages zu informieren. Der weitere Inhalt und die Gespräche zwischen dem Zeugen Stangen und Mitarbeitern der Beklagten sind zwischen den Parteien streitig. Jedenfalls zeichnete der Zeuge Stangen im Dezember 1995 den vorgenannten DG-Fonds (Blatt 53 der Akten). Die DG-Bank als Treuhandkommanditistin erklärte die Zeichnungsannahme und bestätigte die Eintragung ins Handelsregister zum 15.12.1995 (Blatt 54 der Akten). Der Zeuge Stangen zahlte am 27.12.1995 den Beteiligungsbetrag in Höhe von 150.000,-- DM sowie das Agio in Höhe von 7.500,-- DM.

Bei dem DG-Fonds handelt es sich um einen geschlossenen Immobilienfonds, der bereits im September 1992 unter der Firmierung DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 35 „Frankfurt, Hahnstraße“ Schütze KG aufgelegt und im Oktober 1994 in DG-Immobilien-Anlagegesellschaft Nr. 35 „Berlin, Frankfurt“ Prüske & Dr. Neumann KG unbenannt wurde.

Gemäß § 2 des Gesellschaftsvertrages ist Gegenstand des Fonds der Erwerb und die Verwaltung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, insbesondere der Erwerb von Grundstücken in Berlin sowie der Erwerb eines Erbbaurechts in Frankfurt, deren Bebauung sowie Vermietung und Verwaltung der Objekte. Zur Vereinfachung der Verwaltung werden die Beteiligungen der Anleger über die DG-Bank (jetzt DZ-Bank) als Treuhandkommanditistin im eigenen Namen, jedoch auf fremde Rechnung treuhänderisch gehalten, wobei die Treugeber gemäß des Treuhandvertrages in das Treugeberregister eingetragen werden.

Die Fondsgesellschaft erwarb in Berlin-Mitte ein Gebäudekomplex in dem Quartier Schützenstraße, Charlottenstraße, Zimmerstraße und Markgrafenstraße sowie das Erbbaurecht an dem Grundstück Hahnstraße in Frankfurt, auf dem sie ein Bürogebäude und ein Rechenzentrum errichtete.

Die Beklagte erhielt eine Provision in Höhe von 8 Prozent der jeweiligen Beteiligungssumme, die sich aus dem Agio von 5 % und weiteren 3 %, die im Prospekt als Eigenkapitalbeschaffungskosten bezeichnet waren, zusammensetzte. Der Prospekt enthält auf Seite 19 (Bl. 181 d.A.) einen „Investitions- und Finanzierungsplan“. Nach dem Finanzierungsplan setzt sich die Gesamtfinanzierung von 254 Mio. DM im Wesentlichen zusammen aus Beteiligungskapital von 168,6 Mio.

DM und Fremdkapital. Eine klein gedruckte Anmerkung zum Beteiligungskapital lautet: „ 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.“ Im Investitionsplan findet sich unter der Rubrik Gesellschaftskosten die Position „Eigenkapitalbeschaffung 5.058 TDM“. Weitere Erläuterungen enthält der Prospekt nicht. Die Beklagte klärte den Zeugen Stangen nicht darüber auf, dass sie bei Zeichnung der Beteiligung eine Provision erhält.

Der Zeuge Stangen erhielt Ausschüttungen in Höhe von 4.601,52 €.

Mit einem Schreiben vom 30.10.2004 wandte sich der Zeuge Stangen an die Beklagte und problematisierte die Entwicklung des DG-Fonds. Er thematisierte „die Vertriebs- und Darlehenseinnahmen der verschiedensten Genossenschaftsbanken“ sowie „die Gefahr eines Totalverlustes“ seiner Geldanlage. Bezüglich des genauen Wortlauts des Schreibens wird auf dieses konkret Bezug genommen (Blatt 156 der Akten). Mit Schreiben vom 21.11.2005 rügten die damaligen Bevollmächtigten des Zeugen Stangen angebliche Beratungsfehler der Beklagten in Bezug auf die Geeignetheit der Anlage in einen geschlossenen Immobilienfonds zur Altersvorsorge, die Fungibilität der Anlage, das Risiko des Totalverlustes sowie eine mangelhafte Aufklärung über die s.g. weichen Kosten und forderten die Beklagte zur Leistung von Schadensersatz auf. Hinsichtlich des genauen Wortlauts des Schreibens wird auf dieses Bezug genommen (Blatt 158 der Akten). Mit Schreiben vom 30.12.2005 wies der Prozessbevollmächtigte der Beklagten eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten zurück und machte die Einrede der Verjährung geltend. Im Mai 2009 forderte der Zeuge Stangen die Beklagte zur Auskunft über etwaig erhaltene Provisionen auf. Dies lehnte die Beklagte ab. Mit Schreiben vom 20.10.2010 forderten die jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 123.741,-- € Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung bis zum 03.11.2010 auf. Dies lehnte die Beklagte ab. Mit Vereinbarung vom 30.11./01.12.2010 trat der Zeuge Stangen etwaige Ansprüche auf Grund einer fehlerhaften Beratung in Bezug auf die Zeichnung der streitgegenständlichen Beteiligung an die Klägerin ab.

Die Klägerin behauptet:

Der Zeuge Stangen habe eine sichere Anlage zur Altersvorsorge gesucht. Die Mitarbeiterin der Beklagten, die Zeugin Füchter, habe den DG-Fonds empfohlen. Ferner habe noch eine telefonische Beratung durch den Zeugen Dahl stattgefunden. Beide Mitarbeiter der Beklagten hätten bestätigt, die Anlage sei sicher. Als Nebeneffekt könnten Steuern gespart werden. Auf Risiken sei nicht hingewiesen worden. Die Veräußerung auf einen Zweitmarkt sei möglich. Es sei nicht darauf hingewiesen worden, dass es sich um eine unternehmerische Beteiligung mit dem

Risiko des Totalverlusts handelt. Diese Aufklärungsfehler seien auch kausal für die Anlageentscheidung des Zeugen Stangen gewesen.

Die Klägerin meint:

Bei den von der Beklagten bezogenen Provisionen handele es sich um Rückvergütungen im Sinne der s.g. Kickback-Rechtsprechung des BGH. Hierüber ist der Zeuge Stangen nicht gesondert aufgeklärt worden – was zwischen den Parteien unstrittig ist –. Auch der Prospekt sei fehlerhaft. Hier liege ein Anlageberatungsvertrag vor. Etwaige in der Vergangenheit erzielte Steuervorteile des Zeugen Stangen müsse sich die Klägerin nicht im Wege des Vorteilsausgleichs entgegenhalten lassen, da dem Zeugen Stangen diese Steuervorteile nicht dauerhaft verblieben. Die Schadensersatzleistung selbst sei wiederum steuerpflichtig.

Die Klägerin beantragt,

wie erkannt.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie behauptet:

Der Zeuge Stangen sei auf die Beklagte zwecks Geldanlage zugekommen. Diese habe dem Zeugen Stangen drei Vorschläge gemacht. Dabei sei auch der streitgegenständliche Fonds gewesen. Diese Vorschläge habe der Zeuge Stangen aber abgelehnt. Er sei dann später aber wieder von sich aus auf die Beklagte zugekommen und habe den streitgegenständlichen Fonds zeichnen wollen. Der Zeuge Stangen habe bereits seit dem Jahr 2004 Kenntnis davon gehabt, dass die Beklagte als Kreditinstitut Provisionen für den Vertrieb des DG-Fonds vereinnahmte. Diesbezüglich beruft sie sich auf das Schreiben des Zeugen Stangen vom 30.10.2004. Es ergebe sich zudem daraus, dass der Zeuge Stangen schon früh anwaltlich beraten gewesen sei.

Hierzu meint sie:

Die geltend gemachten Schadensersatzansprüche seien jedenfalls verjährt. Entscheidend sei allein, dass der Zeuge Stangen gewusst habe, dass die Beklagte Provisionen erhält. Auf die konkrete Kenntnis der Höhe der Provision, komme es nicht an. Zumindest habe der Zeuge Stangen grob fahrlässig keine Kenntnis von die den Anspruch begründenden Tatsachen erlangt. Die haftungsauslösenden Umstände drängten sich auf Grund der Information in dem Prospekt geradezu auf.

Sie meint weiter:

Es handele sich hier um Innenprovisionen und nicht um Rückvergütungen. Diese ergäben sich mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Prospekt. In Bezug auf die Innenprovision bestehe keine besondere Aufklärungspflicht. Es handele sich hier um eine Anlagevermittlung.

Wegen der weitergehenden Rechtsansichten und des Sachvortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen Stangen, Füchter und Dahl. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Terminprotokoll vom 06.07.2011 (Blatt 442 der Akten) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet. Der Beklagte haftet der Klägerin aus positiver Vertragsverletzung (i.V.m. Artikel 229 § 5 EGBGB) im Zusammenhang mit einem Anlagenberatungsvertrag. Da das Vertragsverhältnis vor dem 01.01.2002 begründet wurde, findet gem. Artikel 229 § 5 EGBGB altes Recht i. d. F. bis zum 01.01.2002 Anwendung.

I. Zwischen den Parteien ist ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen. Nimmt ein Anlageinteressent bei einer konkreten Anlageentscheidung die Hilfe eines Kreditinstituts in Anspruch und lässt diese sich auf eine Beratung ein, kommt auch ohne eine entsprechende ausdrückliche Abrede und ohne Vereinbarung eines Entgelts ein Beratungsvertrag zustande. Ein stillschweigender Vertragsschluss ist bereits zu bejahen, wenn der Berater erkennt, dass der Kunde das Ergebnis der Beratung zur Grundlage seiner Anlageentscheidung machen will (BGHZ 123, 126/128). Der Abschluss des Beratungsvertrages erfolgt zumindest stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs. Eine Bank ist regelmäßig Anlageberaterin und nicht lediglich eine Anlagevermittlerin (BGH Urt. v. 09.03.2011, Az. XI /R 191/10, Tz 19; OLG Hamm Urt. v. 29.03.2011, Az. 34 U 144/09, Tz 72; jeweils zitiert nach Juris).

Die konkrete Ausgestaltung des Beratungsgesprächs kann hier dahinstehen, da nach den oben dargelegten Voraussetzungen in jedem Fall ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen ist. Der Zeuge Stangen hat sich hier unstreitig an die Beklagte gewandt, um sich von ihr über die Anlage des ihm zur Verfügung stehenden Geldbetrages beraten zu lassen. Dem ist die Beklagte, nach Darstellung der Klägerin und des Zeugen Stangen durch die Zeugen Füchter und

Dahl nachgekommen. Nach Darstellung der Beklagten habe der Zeuge Stangen seitens ihrer Mitarbeiter zunächst drei knapp gehaltene Vorschläge bekommen, die ihn zunächst nicht zufriedengestellt hätten. Dann sei er von sich aus wieder auf die Beklagte zugekommen und habe einen der ursprünglichen Vorschläge, den nunmehr streitgegenständlichen Fonds, zeichnen wollen. So hat denn auch der von der Beklagten benannte Zeuge Dahl bestätigt, dass Gespräche des Zeugen Stangen sowohl mit ihm als auch mit dem Niederlassungsleiter der Beklagten diesbezüglich stattgefunden hätten. Darauf bezieht sich ja auch das von dem Zeugen Dahl erstellte Beratungsprotokoll vom 22.12.1995 (Blatt 52 der Akten). Dabei spielt es keine Rolle, ob der Zeuge Stangen nach dem ersten Gespräch keinen der von der Beklagten vorgeschlagenen Fonds habe zeichnen wollen, dann aber später wieder von sich aus auf die Beklagte zugekommen sein sollte und die streitgegenständliche Anlage gezeichnet hat. Der Beratungsvertrag war durch das Erstgespräch zustande gekommen und wandelt sich nicht dadurch in einen Auskunftsvertrag, dass der Kunde sich zwischenzeitlich noch etwaig anderweitig informiert. Die Anlageentscheidung beruhte für die Beklagte erkennbar weiter auch auf der Erstberatung.

II. Die Beklagte hat die sich aus diesem Beratungsvertrag ergebenden Beratungs- und Aufklärungspflichten verletzt. Der Berater hatte den Kunden über alle für die Anlageentscheidung wesentlichen Umstände zu informieren und die erteilten Informationen fachkundig zu beurteilen (BGH NJW-RR 93, 1114). Er schuldet eine „anlegergerechte“ und „objektgerechte“ Beratung (Schöneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., § 280, Rn. 48, 49).

Die Pflichtverletzung der Beklagten liegt hier darin, dass sie von der Fondsgesellschaft eine Rückvergütung erhalten hat und darüber unstreitig den Zeugen Stangen nicht aufgeklärt hat. Die Beklagte hat von der Fondsgesellschaft eine Provision in Höhe von 8 % des Nominalanlagebetrages erhalten. Die Provision setzte sich aus dem Agio in Höhe von 5 % und aus einem weiteren Teilbetrag von 3 % des Beteiligungskapitals zusammen. Aus dem Prospekt geht für den Anleger nicht hinreichend deutlich hervor, dass die Beklagte hier eine Provision erhält. Wie das Oberlandesgericht Stuttgart, dem sich die Kammer schließt, ausgeführt hat (OLG Stuttgart Ur.t.v. 15.07.2009, Az. 9 U 164/07, Tz 24 ff., zitiert nach Juris), ist aus den Angaben auf Seite 19 des Prospektes in Verbindung mit der dort abgedruckten Fußnote für den Anleger eben nicht hinreichend erkennbar, dass auch die beratenden Banken eine Provision erhalten. Richtig und vollständig wären die Prospektangaben nur, wenn ihnen ohne weiteres entnommen werden könnte, dass die eigene Hausbank, diejenigen Kosten anteilig als Vermittlungsprovision erhält, die als solche der Eigenkapitalbeschaffung ausgewiesen sind und darüber hinaus den Betrag, den der Anleger als Agio an den Fonds entrichtet hat. Das ist nicht der Fall. Es wird zudem nicht deutlich, wer die Gelder letztendlich kassiert. Hier ist auch

weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass dem Zeugen Stangen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst war, dass die Beklagte eine Provision erhält. Der Zeuge Stangen hat glaubhaft bekundet, Eigenkapitalbeschaffungskosten als Kosten zur Beschaffung von Kapital durch Aufnahme von Krediten durch die Fondsgesellschaft verstanden zu haben.

Die von der Beklagten bezogene Provision stellt auch eine Rückvergütung im Sinne der s. g. Kickback-Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 1876) dar.

Aufklärungspflichtige Rückvergütungen sind danach – regelmäßig umsatzabhängige – Provisionen, die im Gegensatz zu Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie z. B. Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, so dass beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen kann, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt, so dass der Anleger das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade diese Anlage nicht erkennen kann (BGH, Beschluss vom 09.03.2011, Az. XI ZR 191/10, Tz 25 zitiert nach Juris).

Für das Agio liegt die Umsatzabhängigkeit auf der Hand, da dessen Höhe unmittelbar von der Höhe der gezeichneten Anlage abhängt.

Diese Rückvergütungen sind aufklärungspflichtig, da die Kundeninteressen durch die von der Bank erhaltenen Rückvergütungen gefährdet sind. 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 gezahlt werden. Wesentlich ist nur, dass die Rückvergütungen umsatzabhängig sind (BGH Ur. v. 19.12.2006, Az. XI ZR 56/06, Tz 23, zitiert nach Juris; entspricht NJW 2007, 1876).

Ferner ist hier unbeachtlich, dass die Vermittlungsprovision unter 15 % liegt. Die Rechtsprechung des BGH, nach der eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen unter 15 % nicht besteht (BGH ZIP 2007, 871) betrifft lediglich Informationspflichten aus einem Vermittlungs- oder Auskunftsvertrag. Wie das OLG Stuttgart in dem vorgenannten Urteil ausgeführt hat, besteht die Pflicht zur Aufklärung bei Rückvergütungen aber unabhängig von deren Höhe im Rahmen eines Beratungsvertrages. Bei der Rückvergütung geht es um die Aufdeckung einer Gefährdungssituation, bei der es nicht auf die Höhe der Provision ankommen kann (so auch OLG Hamm Ur. v. 29.03.2011, Az. 34 U 144/09, Tz 75 zitiert nach Juris). Selbst wenn man aus dem Prospekt hätte schließen können, dass auch die Beklagte Provision erhält, wäre der Zeuge Stangen, was die Größenordnung der

Rückvergütungen angeht, aufklärungspflichtig geblieben. Ohne deren Kenntnis konnte er das Interesse der Beklagten an dem empfohlenen Erwerb von Fondsanteilen und die damit verbundene Gefährdung der Interessen nicht richtig einschätzen (vgl. dazu BGH Urf.v. 19.12.2006, Az. XI ZR 56/05, Tz 24, zitiert nach Juris).

III. Die Beklagte handelte hierbei auch schuldhaft. Für die fehlerhafte Aufklärung haftet die Beklagte grundsätzlich bereits bei leichter Fahrlässigkeit, § 276 BGB. Dazu bedarf es keines besonderen Vorbringens der Klägerin. Das Verschulden ist durch die Pflichtverletzung indiziert. Das ausnahmsweise die Voraussetzungen eines Nichtvertretenmüssens gegeben sind, muss die Beklagte darlegen und beweisen, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. § 282 BGB a.F.). Dazu hat sie nichts vorgetragen.

IV. Das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten war für die Anlageentscheidung des Zeugen Stangen auch kausal. Der Anleger kann sich, sofern eine Aufklärungspflichtverletzung feststeht, grundsätzlich auf die tatsächliche Vermutung aufklärungspflichtigen Verhaltens, die zu einer Beweislastumkehr führt, berufen. Diese Vermutung aufklärungspflichtigen Verhaltens gilt für alle Aufklärungsfehler eines Anlageberaters, also auch für die fehlerhafte Aufklärung über Rückvergütungen. Damit muss der Aufklärungspflichtige darlegen und beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erworben hätte, also den richtigen Rat oder Hinweis nicht befolgt hätte (OLG Hamm Urf. v. 23.03.2011, Az. 34 U 144/09 m.w.N., zitiert nach Juris). Dazu hat die Beklagte nichts vorgetragen. Der Zeuge Stangen hat bekundet, er hätte die Anlage nicht gezeichnet, wenn er von den Rückvergütungen gewusst hätte.

V. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ist nicht verjährt. Nach § 6 Abs. 1 EGBGB finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung auf die an diesem Tag bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Hier richtet sich die Verjährung nach Artikel 229 § 6 Abs. 4 EGBGB, wenn die Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. länger ist als die Verjährungsfrist des § 195 BGB n. F.. Die neue, kürzere Frist nach §§ 195, 199 BGB n. F. rechnet sich frühestens ab dem 01.01.2002. Für den Fristbeginn maßgeblich sind die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB n. F.. Ansonsten bleibt es bei der Höchstfrist von 10 Jahren nach § 199 Abs. 4 BGB n.F.. Die Frist des § 199 Abs. 4 BGB n. F. ist hier noch nicht abgelaufen.

Nach der Beweisaufnahme steht nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. vorliegend erfüllt sind. Der Zeuge Stangen hatte keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den von der Beklagten bezogenen Rückvergütung. Erst recht hatte er keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Höhe der Rückvergütung. Die diesbezüglich

darlegungs- und beweisbelastete Beklagte leitet die zumindest grob fahrlässige Unkenntnis des Zeugen Stangen aus seinem Schreiben vom 30.10.2004, dem Umstand, dass er anwaltlich beraten war, dem Rechenschaftsbericht 2002 und den Prospektangaben ab. Diese Umstände führen aber nicht dazu, dass die Voraussetzungen der grob fahrlässigen Unkenntnis des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. erfüllt sind.

Wie oben ausgeführt, lässt sich aus den Angaben im Prospekt weder erkennen, dass die Beklagte eine Provision erhält noch in welcher Höhe sie eine Provision erhält. Auch aus der Tatsache, dass der Zeuge Stangen bereits im Jahr 2005 anwaltlich beraten war, folgt keine grobfahrlässige Unkenntnis. Aus dem Schreiben der damaligen Prozessbevollmächtigten vom 21.11.2005 ergibt sich keine Kenntnis von Provisionszahlungen der Fondsgesellschaft an die Beklagte. Aus den Prospektangaben ist auch für einen Rechtsanwalt nicht mit hinreichender Deutlichkeit ersichtlich, ob und in welcher Höhe gerade die Beklagte eine Provision erhält. Die Beklagte hat zudem weder vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die damaligen Bevollmächtigten des Zeugen Stangen den Prospekt kannten noch dazu, dass die damaligen Prozessbevollmächtigten aus anderen Umständen hätten wissen müssen, dass und in welcher Höhe die Beklagte eine Provision erhält. Soweit der Zeuge Stangen durch die BGH-Rechtsprechung im Jahr 2007 bzw. durch Beauftragung der Kanzlei Tilp im Jahr 2007 von den Provisionszahlungen und deren Höhe erfahren haben sollte, ist dies unbeachtlich, da die Klage noch vor Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.20010 am 27.12.2010 zugestellt worden ist.

Auch das Schreiben des Zeugen Stangen vom 30.10.2004 vermag nicht zur Überzeugung des Gerichts zu beweisen, dass der Zeuge wusste, dass die Beklagte eine Provision erhält. Die Passage in dem Schreiben des Zeugen Stangen vom 30.10.2004 (Blatt 156 der Akten) „summiert man dazu die Vertriebs- und Darlehenseinnahme der verschiedensten Genossenschaftsbanken,....“ bedeutet nicht zwingend, dass der Zeuge Stangen Kenntnis davon hatte, dass die Beklagte für die Vermittlung der Anlage eine Provision erhalten hat. Davon, dass der Zeuge wusste, dass die Beklagte eine Provision erhalten hat, ist in dem Schreiben nicht die Rede. Der Zeuge Stangen hat im Rahmen der Zeugenvernehmung bestritten, davon gewusst zu haben. Er sei davon ausgegangen, dass das Agio an die Fonds-Gesellschaft zu zahlen ist. In dem vorgenannten Schreiben spricht er zudem unbestimmt von der „DG-Gruppe“. Dazu passt seine Aussage, dass er mit Vertriebsseinnahmen alle die Einnahmen gesehen hat, die in das genossenschaftliche System geflossen sind. So bezieht er sich dann auch auf die im Prospekt genannten Gesellschaften. Er hat zudem bekundet, dass die im Prospekt genannten Eigenkapitalbeschaffungskosten von ihm so verstanden worden sind, dass es sich dabei um Kosten dafür handelt, dass der Fonds Kredite aufnimmt und sich so weiteres Kapital beschafft. Auch aus dem Rechenschaftsbericht für das Jahr 2002 (Blatt 204 der Akten) konnte der Zeuge Stangen nicht erkennen, dass die Beklagte

eine Provision erhält. Dies ergibt sich auch nicht aus den Erläuterungen zu den sonstigen betrieblichen Aufwendungen auf Blatt 18 des Rechenschaftsberichtes (Blatt 221 der Akten). Die Beklagte hat weder konkret vorgetragen noch unter Beweis gestellt, dass der Zeuge Stangen die Rechenschaftsberichte aus den Vorjahren, aus denen sich evtl. nähere Erläuterungen zu der von der Beklagten bezogenen Provision ergeben, erhalten hat. Die insgesamt verbleibenden Zweifel gehen zu Lasten der insoweit beweisbelasteten Beklagten.

Weiter hat die Beklagte weder dargelegt noch bewiesen, dass der Zeuge Stangen von der konkreten für der von der Beklagten bezogenen Provision Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis gehabt hat. Diese ergibt sich wie bereits dargelegt so nicht aus dem Anlageprospekt und dem Rechenschaftsbericht für das Jahr 2002. Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehören die Kenntnis der Person des Gläubigers, der unterlassenen Aufklärung und des Anfallens sowie der Höhe der Provision bzw. der Rückvergütung (vgl. BGH, Urt.v. 19.12.2006, Az. XI ZR 56/05, Tz 24, OLG Hamm, Urt.v. 29.03.2011, Az. 34 U 144/09, Tz 73, OLG Hamm, Urt. v. 23.09.2009, Az. 31 U 31/09, Tz 91; zitiert nach Juris).

VI. Der Höhe nach ergibt sich der Schadensersatzanspruch aus dem Nominalbetrag zuzüglich Agio in Höhe von 80.528,47 €. Davon sind die erhaltenen Ausschüttungen in Höhe von unstreitig 4.601,52 € abzuziehen, so dass der geltend gemachte Betrag verbleibt. Etwaig seitens des Zedenten, des Zeugen Stangen, in der Vergangenheit erzielte Steuervorteile sind hier im Wege des Vorteilsausgleichs nicht zu berücksichtigen. Die Darlegungs- und Beweislast für die anzurechnenden Steuervorteile treffen die Beklagte, wobei die Klägerin selbst eine sekundäre Darlegungslast hat (vgl. OLG Stuttgart, a.a.O., Tz 45). Die Beklagte hat hier nicht zu durch den Zeugen Stangen konkret erzielte Steuervorteile für den Zeitraum 1995 bis zum jetzigen Zeitpunkt vorgetragen.

Zudem kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Anrechnung von Steuervorteilen grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs zu einer Besteuerung führt, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt (BGH, Urt.v. 01.03.2011, Az XI ZR 96/09, Tz.8 m.w.N., zitiert nach Juris). Die Rückabwicklung der streitgegenständlichen Beteiligung führt wegen der Gewerblichkeit des DG-Fonds zu Einkünften aus Gewerbebetrieb gem. § 15 EStG, da es sich bei der Beteiligung um eine Mitunternehmerschaft i. S. von § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG handelt. Daher sind gem. § 16 EStG alle Zu- und Abflüsse von Beginn bis zur Beendigung der Beteiligung als steuerpflichtige Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit zu sehen. Daher sind zuvor erzielte Steuervorteile wieder auszugleichen.

VII. Die Feststellungsanträge zu Ziffer 2 und 3 sind ebenfalls begründet. Hinsichtlich des Feststellungsanspruches zu Ziffer 2 ergibt sich das daraus, dass die

Beklagte die geltend gemachten Ansprüche nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist erfüllt hat und die Klägerin ein Interesse daran hat, das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen gem. § 756 Abs. 1 ZPO festgestellt zu wissen. Gleiches gilt für den Feststellungsantrag zu Ziffer 3. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin auf Grund der Beteiligung Ansprüchen des Finanzamtes, des Insolvenzverwalters oder von anderen Dritten ausgesetzt ist.

VIII. Die Zinsforderung ergibt sich aus §§ 286, 288 BGB. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch umfasst auch die außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren, mit denen die Klägerin belastet ist. Diese ergeben sich bei einem Streitwert von zumindest 75.926,95 € der vorgerichtlich geltend gemacht worden ist bei einer Geschäftsgebühr des § 13, 14, Nr. 2300 VV RVG von 1,3, einer Pauschale für Post und Telekommunikation von 20,-- € und einer Umsatzsteuer von 19 % in Höhe der geltend gemachten 1.880,20 €.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 709 ZPO.

Niemann

Ausgefertigt

Erdmann, Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle 7

