
Datum: 16.03.2012
Gericht: Landgericht Siegen
Spruchkörper: 2. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 O 81/11
ECLI: ECLI:DE:LGSi:2012:0316.2O81.11.00

Schlagworte: Anlageberatung, Immobilienfonds, Pflichtverletzung, Informationspflicht, Kick-back, Rückvergütung, Provision, Schadensersatz

Normen: BGB § 280 a. F.; BGB 286 a. F.; BGB § 325 a. F.; BGB § 326 a. F.; BGB § 249

Leitsätze:
Zu der Frage, ob eine Bank, die beim Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds Rückvergütungen der Fondsgesellschaft verschweigt, ihre Pflichten gegenüber dem Kunden verletzt.

Tenor:

I.

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 47.294,50 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 07.12.2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der X Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG, und an der X KG.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der X Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG, und an der X KG, in Verzug befindet.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.264,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.12.2010 zu zahlen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

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

Tatbestand

- Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen angeblich fehlerhafter Anlageberatung und Aufklärungspflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Erwerb von 2 Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds in Anspruch. 1 2
- Der Kläger ist mindestens seit den 1940er Jahren Kunde bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin, der X eG, die seine Hausbank war. Bereits in den Jahren 1982 und 1988 zeichnete der Kläger nach Beratung durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten Beteiligungen an 2 DGI Fonds (Nr. 12 und Nr. 22). 3
- Am 07.12.1992 kam es auf Initiative eines damaligen Mitarbeiters der X eG, Herrn X, zu einem Beratungsgespräch zwischen Herrn X und dem Kläger. Im Rahmen dieses Termins stellte Herr X dem Kläger die Beteiligung an dem geschlossenen Immobilienfond DG-Immobilienanlage Nr. 30 vor. Der Kläger unterzeichnete am 07.12.1992 den Zeichnungsschein über eine Kommanditbeteiligung in Höhe von 40.000 DM zzgl. 5 % Agio, umgerechnet 20.451,68 € zzgl. Agio in Höhe von 1.022,58 € (gesamt: 21.474,26 €). Die Bank als Treuhänderin erklärte mit Eintragungsdatum vom 28.12.1992 die Zeichnungsannahme. Im September 1994, erneut auf Initiative von Herrn X, kam es zu einem weiteren Beratungsgespräch zwischen dem Kläger und Herrn X, in dessen Verlauf der Kläger auf Empfehlung von Herrn X eine Kommanditbeteiligung an dem DGI-Immobilienfond Nr. 34 in Höhe von 50.000 DM zzgl. 5 % Agio (25.546,60 € zzgl. 1.278,23 € = 26.824,83 €) zeichnete. Die Eintragung erfolgte am 30.09.1994. 4
- Für den Vertrieb der beiden o.g. Anlagen erhielt die Beklagte Rückvergütungen von der Fondsgesellschaft, prozentual bezogen auf die jeweilige Beteiligungssumme des Klägers. Unstreitig betrugen diese Rückvergütungen mindestens 6 % der Beteiligungssumme. Hierauf wies der Mitarbeiter der Beklagten den Kläger während der Beratungsgespräche nicht hin. 5
- In den Folgejahren wurden dem Kläger jährlich die Rechenschaftsberichte der Fonds zugesandt. Beide Fonds entwickelten sich sehr negativ, sind insolvenzgefährdet und notleidend. Es droht die Realisierung des Totalverlustrisikos. Hinsichtlich der Beteiligung an dem DGI-Fonds Nr. 30 sind keinerlei Ausschüttungen erfolgt. Betreffend die Beteiligung am DGI-Fonds Nr. 34 erfolgten in den Jahren 1998 und 1999 jeweils Ausschüttungen in Höhe von 2% der Beteiligungssumme von 50.000 DM, d.h. von insgesamt umgerechnet 1.022, 58 €. 6

Mit anwaltlichem Schreiben vom 06.12.2010 wurde die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 17.12.2010 zur Rückzahlung des eingesetzten Kapitals nebst entgangenem Gewinn und Rechtsanwaltskosten aufgefordert. Mit gleichem Schreiben bot der Kläger der Beklagten Zug um Zug gegen den genannten Zahlungsanspruch die Übertragung der Rechte an den Beteiligungen an den beiden streitgegenständlichen Anlagen an. Es folgten Vergleichsgespräche zwischen den Parteien, eine Zahlung erfolgte letztlich nicht. Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.02.2011 forderte der Kläger die Beklagte mit Fristsetzung zur Auskunftserteilung bzgl. der konkreten Höhe der erhaltenen Rückvergütungen auf. Mit Schreiben vom 23.02.2011 teilte die Beklagte daraufhin mit, dass die notwendigen Informationen nicht vorlägen und die Ordner über Rückvergütungen mittlerweile vernichtet seien.

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe ihre Beratungspflichten verletzt. Die Beratungsleistung sei weder anleger- noch anlagegerecht gewesen. Der Kläger behauptet diesbezüglich, er sei ein mit Kapitalanlagen unerfahrener Anleger. Er habe mit den Anlagen eine Investition zur privaten Altersvorsorge tätigen wollen. Ihm seien die Anlagen von Herrn X als lukrativ, risikolos und steuerlich vorteilhaft beschrieben worden. Eine Risikoauflärung sei nicht erfolgt, auch einen Verkaufsprospekt habe er vor Zeichnung nicht erhalten. Im Rahmen der Beratung im Jahr 1992 sei ihm lediglich das Info-Blatt zu der streitgegenständlichen Anlage übergeben worden. Insbesondere sei er von Herrn X weder auf das Risiko eines Totalverlustes, die geringe Fungibilität der Anlagen noch auf die Gefahr von Nachhaftungs- oder Nachschusspflichten hingewiesen worden. Auf das unternehmerische Risiko sei er auch bei den Anlagen in den 1980er Jahren nicht hingewiesen worden. Der Kläger behauptet, die Beklagte habe Rückvergütungen in Höhe von mindestens 8% der Beteiligungssumme des Klägers erhalten. Er behauptet weiter, dass er, hätte er von den geflossenen Rückvergütungen an die Beklagte gewusst, die streitgegenständlichen Anlagen nicht getätigt hätte.

Der Kläger ist der Ansicht, ihm stehe aufgrund der Falschberatung und der Nichtaufklärung über Rückvergütungen ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der getätigten Beteiligung Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung zu.

Der Kläger beantragt,

1. Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 47.294,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.12.2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der X KG, und an der X KG.
2. Festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung aller Rechte der mittelbaren Beteiligung an der X Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG, und an der X KG, in Verzug befindet.
3. Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger außergerichtlich angefallene Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2.264,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.12.2010 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger bei Zeichnung der Fondsbeteiligung im Jahr 1992 unerfahren im Hinblick auf Kapitalanlagen gewesen sei. Dazu behauptet sie, der Kläger sei

bereits seit ca. 1980 durch die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin im Hinblick auf Anlagemöglichkeiten beraten worden. Hierbei sei dem Kläger neben Spareinlagen und Festgeldanlagen als alternative Möglichkeit auch die Beteiligung an Immobilienfonds vorgestellt worden. Der Kläger habe daher die Funktionsweise geschlossener Immobilienfonds und deren Besonderheiten bereits gekannt. Es sei ihm auch bekannt gewesen, dass "Banken keine Leistungen umsonst erbringen". Zudem bestreitet die Beklagte, dass es dem Kläger bei seinen Anlagen auf absolute Nominalsicherheit ohne Risiko angekommen sei. Dies habe er auch später deutlich zu verstehen gegeben, beispielsweise durch risikobehaftete Anleihen einer türkischen Bank und in sog. Synthetic Basket Bonds im Jahr 2001. Zudem bestreitet die Beklagte, dass die streitgegenständlichen Beteiligungen zum Ausgabezeitpunkt nicht als sicher und geeignet für die Altersvorsorge gegolten hätten.

Die Beklagte behauptet weiter, der Kläger sei bei den Anlageberatungen umfassend, auch über die Risiken, beraten worden. Auch seien Kosten der Anlage angesprochen worden. Sie bestreitet, dass der Kläger bei Kenntnis von internen Rückvergütungen die streitgegenständlichen Anlagen nicht gezeichnet hätte. Zur Höhe der Rückvergütungen behauptet die Beklagte, sie habe für ihre Vermittlungstätigkeit insgesamt allenfalls einmalig 6 % Provision bekommen. 15

Die Beklagte bestreitet zudem den vom Kläger geltend gemachten Schadensumfang. So habe der Kläger aus beiden Fondsbeteiligungen erhebliche Steuervorteile erhalten. Diese müsse er sich anrechnen lassen. Ein Schadensersatzanspruch auf Grundlage eventuell nicht hinreichend transparenter Rückvergütungsabreden könne sich auch nur in Höhe der Rückvergütungen ergeben. 16

Die Beklagte erhebt im übrigen die Einrede der Verjährung und macht Verwirkung geltend. Hinsichtlich der Beteiligung DGI 30 habe der Kläger seit der vollständig ausgebliebenen Ausschüttung für das Jahr 1995 ab diesem Zeitpunkt und hinsichtlich der Beteiligung DGI 34 seit der im Jahr 1997 ausgebliebenen Ausschüttung, spätestens seit den ab 2000 erneut ausgebliebenen Ausschüttungen, Kenntnis von der fehlenden Ertragskraft der Beteiligungen gehabt. Dies habe der Kläger aus seinen persönlichen Finanzverläufen, aber auch aus den jährlich zugesandten Rechenschaftsberichten erkennen können. Gleichwohl habe er bis zum Jahr 2010 keinerlei Beanstandungen geltend gemacht. 17

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 18

Entscheidungsgründe 19

Die zulässige Klage ist im erkannten Umfang begründet. 20

I. 21

1. 22

Dem Kläger steht ein Anspruch nach den Grundsätzen der pVV wegen schuldhafter Pflichtverletzung im Rahmen eines Anlageberatungsvertrages zu. Gemäß Art. 229 § 5 EGBGB ist das Schuldrecht in seiner bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anzuwenden, da hinsichtlich der Pflichtverletzung auf die Beratungsgespräche in den Jahren 1992 und 1994 abzustellen ist. 23

a)

Die Parteien schlossen in den Jahren 1992 und 1994 nicht lediglich Anlagevermittlungs-, sondern Anlageberatungsverträge. 25

Der Anlageberatungsvertrag ist von einem Anlagevermittlungs- bzw. Auskunftsvertrag abzugrenzen. Bei einem Auskunftsvertrag vertreibt ein Anlagevermittler ein Anlageprodukt ohne Beratung aber mit dem Wissen, dass der Anlageinteressent erkennbar die besonderen Erfahrungen und Kenntnisse des Vermittlers in Anspruch nehmen will (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.2008 – XI ZR 89/07; BGH, Urteil vom 11.09.2003 – III ZR 382/02). Bei einer reinen Anlagevermittlung hingegen geht es dem Anlageinteressenten nicht um den Erhalt einer verbindlichen, richtigen und vollständigen Antwort. Vielmehr ist erkennbar, dass der Vermittler nicht unabhängiger Berater ist, sondern werbend für die zu vermittelnde Anlage in anpreisender Weise tätig wird (vgl. BGH, Urteil vom 12.02.2004 - III ZR 359/02). 26

Ein Anlageberatungsvertrag hat zum Inhalt, dass tatsächlich eine Beratung des Anlageinteressenten stattfindet im Wege einer fachmännischen Bewertung und Empfehlung einer Anlage (vgl. BGH, Urteil vom 13.01.2004 – XI ZR 355/02; BGH, Urteil vom 18.11.2003, XI ZR 322/01). Er kann bereits dann zustande kommen, wenn ein Interessent für eine Anlage an eine Bank herantritt, um über eine Anlage beraten zu werden. In dem Herantreten liegt ein konkludentes Angebot auf Abschluss eines Beratungsvertrages. Durch die Aufnahme eines Beratungsgespräches wird sodann stillschweigend ein Beratungsvertrag abgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 06.07.1993 - XI ZR 12/93, BGH, Urteil vom 14.07.2009 - XI ZR 152/08). Ein Anleger, der sich an seine Bank in dem Bewusstsein wendet, dass er selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und keinen Überblick über die Anlagemöglichkeiten sowie keine Möglichkeit der Einschätzung einer Anlage hat, wird dies im Regelfall mit dem Wunsch nach einer umfassenden Beratung tun. 27

Der Kläger ist bereits mindestens seit den 1940er Jahren Kunde bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin. Auch hat er unstreitig bereits zuvor über die Beklagte Beteiligungen an anderen geschlossenen Fonds gezeichnet. Es haben Beratungsgespräche zwischen dem Kläger und dem Mitarbeiter der Beklagten stattgefunden, der nach den eigenen Angaben der Beklagten in besonderer Weise dafür qualifiziert war, den Kunden der Rechtsvorgängerin der Beklagten Anlageprodukte anzubieten. Die Tatsache, dass für die Beratung keine gesonderte Vergütung zwischen den Parteien vereinbart worden ist, schließt das Vorliegen eines Beratungsvertrages nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 04.03.1987 - IV a ZR 122/85). Der Kläger durfte vielmehr davon ausgehen, dass solche Beratungsleistungen als Serviceleistungen im Rahmen der gesamten Geschäftsbeziehung mit vergütet sind. 28

b) 29

In der unterlassenen Aufklärung über die von der Fonds-Gesellschaft erhaltenen Vergütungen liegt eine Pflichtverletzung der Beklagten aus dem Beratungsvertrag. Die Beklagte war verpflichtet, den Kläger darüber aufzuklären, dass sie eine Vergütung für den Abschluss einer Anlage der streitgegenständlichen Fonds erhielt und in welcher Höhe diese erfolgte. 30

Aus dem Beratungsvertrag der Parteien ergibt sich die Pflicht der Beklagten, den Kläger über alle für die Anlageentscheidung wesentlichen Umstände zu informieren (vgl. BGH, Urteil vom 06.07.1993 - XI ZR 12/93, sog. Bond-Urteil). Diese Informationspflicht beinhaltet auch die Aufklärung über an die Beklagte geflossene Rückvergütungen (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2006 - XI ZR 56/05, sog. Kick-Back-Urteil). Der BGH hat mit Beschluss vom 31

20.01.2009 (XI ZR 510/07) klargestellt, dass sich die Aufklärungspflicht nicht nur auf § 31 WpHG a.F. stützt, sondern auf den auch in der vorgenannten Norm verkörperten zivilrechtlich anerkannten Grundsatz der Vermeidung von vertragswidrigen Interessenkonflikten. Bei der Offenlegung von Rückvergütungen gehe es um die Frage, ob eine Gefährdungssituation für den Kunden geschaffen werde. Über die Rückvergütungen und die damit verbundenen Interessenkonflikte müsse der Berater den Kunden informieren, um ihn in die Lage zu versetzen, das Umsatzinteresse des Beraters einzuschätzen und beurteilen zu können, ob der Berater die Fondsbeteiligung nur deshalb empfiehlt, weil er selbst daran verdient (vgl. BGH, Beschluss vom 20.01.2009, a. a. O.). Dabei muss eine Bank, die Fondsanteile empfiehlt, insbesondere auch darauf hinweisen, in welcher Höhe sie Rückvergütungen von der Fondsgesellschaft erhält. (BGH, Urteil vom 19.12.2006, a. a. O.; Beschluss vom 20.01.2009, a. a. O.). Diese Rechtsprechung hat der BGH in seinen Beschlüssen vom 09.03.2011, 19.07.2011 und 23.08.2011 (XI ZR 191/10) erneut bestätigt.

Die Beklagte hat vorliegend selbst eingeräumt, dass sie für die streitgegenständlichen Fonds eine Provision von jedenfalls 6% erhalten hat. Schon aufgrund dieser Vergütungshöhe bestand bei der Beklagten und deren Mitarbeitern ein erhebliches Interesse an der Empfehlung des streitgegenständlichen Fonds. Eine Beweisaufnahme hinsichtlich der konkreten Höhe der geflossenen Provisionen ist entbehrlich, da die Aufklärungspflicht nicht erst ab einer bestimmten Höhe der Rückvergütung besteht. Es kommt vielmehr darauf an, dass irgendeine Vergütung an die Beklagte gezahlt wird, über welche der Anleger keine Kenntnis hat (vgl. BGH, Beschluss vom 20.01.2009 - XI ZR 510/07; OLG Hamm, Urteil v. 03.03.2010, 31 U 106/08). Denn entscheidend ist der durch das Vergütungsversprechen hervorgerufenen Interessenkonflikt. Eine Aufklärung über die konkrete Höhe einer Vergütung ist unstreitig nicht erfolgt. Der Umstand, dass – wie die Beklagte behauptet – über "Kosten" der Anlage gesprochen worden sein soll, ersetzt die konkrete Aufklärung über Bestehen und Höhe von Rückvergütungen nicht. 32

Soweit sich die Beklagte mit der Behauptung, dem Kläger sei nicht zuletzt wegen der bereits in den 1980er Jahren getätigten ähnlichen Anlagen in geschlossene Immobilienfonds bewusst gewesen, dass Banken nicht unentgeltlich Beratungsleistungen anbieten, darauf berufen möchte, eine Aufklärung über die Rückvergütung sei wegen der Kenntnis des Klägers hiervon entbehrlich gewesen, vermag dies nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen. Denn der Kläger hat bereits bestritten, hinsichtlich dieser getätigten Anlagen über Rückvergütungen aufgeklärt worden zu sein. Die Beklagte ist dem nicht substantiiert entgegen getreten. Zudem ist der Kläger von der Beklagten jedenfalls hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Anlagen unstreitig nicht über die konkrete Höhe der Rückvergütungen aufgeklärt worden. Die Aufklärungspflicht der Banken bezieht sich aber nach höchstrichterlicher Rechtsprechung insbesondere auch auf die konkrete Höhe (BGH, Urteil vom 19.12.2006, a. a. O.; Beschluss vom 20.01.2009, a. a. O.). 33

Eine andere Wertung ist auch nicht deshalb zu treffen, weil der Kläger keine Vergütung an die Beklagte bezahlt hat. Daraus ergibt sich nämlich nicht zwingend, dass die Beklagte dann anstatt vom Kläger von der Fondsgesellschaft bezahlt wurde. Auch ist der Kläger nicht weniger schützenswert als ein zahlender Kunde. Der nicht zahlende Kläger darf ebenso davon ausgehen, dass er umfassend beraten und sein Vertrauen nicht missbraucht wird (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03.03.2010 - 31 U 106/08). Das objektive Pflichtenprogramm eines Anlageberaters ist durch eine Unentgeltlichkeit nicht reduziert (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 06.01.2009 – 6 U 126/09). Insbesondere sind die Interessen des Klägers auch nicht weniger gefährdet als die anderer Kunden. 34

c)

Es ist auch ein Verschulden der Beklagten in Bezug auf den Verstoß gegen ihre Aufklärungspflichten gegeben. Das Verschulden der Beklagten wird durch die Pflichtverletzung indiziert (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil v. 07.06.2011, 17 U 249/10). Die Voraussetzungen für eine Exkulpation muss daher die Beklagte darlegen und beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2009 – XI 586/07). Hierzu fehlt es an Vortrag seitens der Beklagten. 36

Die Beklagte kann sich diesbezüglich auch nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen, mit der Begründung, dass zum Zeitpunkt der hier streitgegenständlichen Anlageberatung die Entscheidungen des BGH zur Aufklärungspflicht über Rückvergütungen vom 19.12.2006 (XI ZR 56/05) und vom 20.01.2009 (XI ZR 510/07) noch nicht vorlagen. An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums, welcher Voraussetzung für den Wegfall der Fahrlässigkeit ist, sind strenge Maßstäbe anzulegen. Der Schuldner hat die Rechtslage sorgfältig zu prüfen und, soweit erforderlich, Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten (vgl. BGH, Urteil vom 04.07.2001 – VIII ZR 279/00). Grundsätzlich trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen. Er handelt schuldhaft, wenn er damit rechnen musste, dass das zuständige Gericht möglicherweise einen anderen Rechtsstandpunkt einnehmen könnte als er selbst (BGH, Urteil vom 29.06.2010 - XI ZR 308/09). 37

Die Beklagte hat jedenfalls fahrlässig gehandelt, weil ein eventueller Rechtsirrtum vermeidbar war. Bereits vor den Jahren 1992 bzw. 1994 gab es Entscheidungen, aus denen erkennbar war, dass Vergütungen an Berater hätten aufgedeckt werden müssen. So führt der BGH (Urteil vom 29.06.2010 - XI ZR 308/09) bei der Beurteilung der Unvermeidbarkeit eines Rechtsirrtums über die Aufklärungspflicht zutreffend aus, dass er bereits in den Jahren 1989 und 1990 in zwei Entscheidungen (Urteile vom 28.02.1989 - XI ZR 70/88 und vom 06.02.1990 - XI ZR 184/88) bei vermittelten Warentermingeschäften heimliche Kick-back-Vereinbarungen zwischen Anlagevermittler und Broker missbilligt, den Vermittler zur Herausgabe der Rückvergütungen nach §§ 675, 667 BGB für verpflichtet gehalten und dem Berufungsgericht aufgegeben hat, Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zu prüfen. Bereits daraus ergibt sich, dass Absprachen, die dem Kunden gegenüber zu Interessenkonflikten führen können, aufzudecken sind. Der BGH (Urteil vom 29.06.2010 - XI ZR 308/09) führt weiter aus, dass auch in der Literatur diese Entscheidungen zu Recht dahin verstanden worden seien, dass die Verheimlichung der Rückvergütung nicht nur in Bezug auf die bloße Herausgabepflicht eine Täuschung des Kunden darstelle, sondern auch deswegen, weil die Rückvergütungen die Tätigkeit des Vermittlers zuungunsten des Anlegers beeinflussen. Genau dies stellt die Gefahr von Vergütungen an den Berater, welche dem Kunden nicht bekannt sind, dar. Ohne eine Aufklärung darüber kann der Kunde die Neutralität seines Beraters nicht zutreffend abschätzen, sondern ist interessewidrigen Umständen bei der Beratung ohne Kenntnis und Hinderungsmöglichkeit unterworfen. Dadurch wird das Beratungsziel infrage gestellt und werden die Kundeninteressen gefährdet, ohne dass der Kunde etwas davon mitbekommt. 38

Der BGH legt in seinem Urteil vom 29.06.2010 (XI ZR 308/09) anhand zahlreicher Beispiele überzeugend dar, dass auch im einschlägigen Schrifttum schon in den 90er Jahren eine Aufklärungspflicht des Anlageberaters über Rückvergütungen angenommen worden sei. Die Aufklärungspflicht sei als Konkretisierung der allgemeinen Aufklärungspflicht über Interessenkollisionen angesehen worden. 39

Die Beklagte musste deshalb zumindest von einer erkennbar unklaren Rechtslage ausgehen, da die konkrete Frage, ob im Rahmen eines Beratungsvertrages über Kapitalanlagen 40

gezahlte Provisionen und Rückvergütungen aufzudecken sind, von der Rechtsprechung explizit gerade noch nicht dahingehend entschieden worden war, dass eine Aufklärungspflicht nicht besteht. Wenn eine unklare Rechtslage besteht und sich hinsichtlich einer bestimmten Frage noch keine einheitliche Rechtsprechung gebildet hat und insbesondere auch noch keine höchstrichterlichen Entscheidungen vorliegen, dann trifft den Betroffenen ein besonderes Risiko. Wenn er sich in einer solchen Situation nämlich einer Meinung anschließt, die die Gerichte später nicht teilen, trifft ihn das Haftungsrisiko. Der Schuldner darf das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage nicht dem Gläubiger zuschieben (vgl. BGH, Urteil vom 25.06.2006 – VIII ZR 102/06; OLG Hamm, Urteil vom 03.03.2010 - 31 U 106/08). Er handelt in diesem Fall fahrlässig, weil er sich erkennbar im Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in welchem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht hätte ziehen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06; BGH, Urteil vom 18.12.1997 – I ZR 79/95). Deshalb liegt fahrlässiges Verhalten vor, auch wenn der Betroffene seine Rechtsansicht sorgfältig gebildet hat, solange er aber aufgrund der unklaren Rechtslage mit einem Unterliegen im Prozess rechnen musste (vgl. OLG Hamm, 03.03.2010, 31 U 106/08; BGH, Urteil vom 18. 4. 1974 – KZR 6/73).

Zuletzt hat der BGH mit Beschluss vom 19.07.2011 (Az. XI ZR 191/10) nochmals seine Auffassung bekräftigt, dass sich eine anlagenberatende Bank jedenfalls für die Zeit nach 1990 hinsichtlich ihrer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen kann. 41

Auf den Vortrag der Parteien zu weiteren Pflichtverletzungen der Beklagten aus dem Beratungsvertrag kommt es daher nicht an. 42

d) 43

Die Pflichtverletzung der Beklagten ist auch kausal für die Entscheidung des Klägers, den streitgegenständlichen Fonds zu zeichnen. Denn für den Kläger streitet die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens (vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2009 - XI ZR 586/07, Beschluss vom 09.03.2011, Az. XI 191/10). Dies bedeutet, dass der Aufklärungspflichtige, also die Beklagte, beweisen muss, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte, er also den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. 44

Diesbezüglich ist die Beklagte ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen. Sie behauptet lediglich pauschal, dass der Kläger bei Kenntnis von internen Rückvergütungen zwischen der Emissionsbank und der Beklagten die in Rede stehenden Anlagen nicht gezeichnet hätte. Soweit sich die Beklagte diesbezüglich auf die bereits in den 1980er Jahren getätigten Anlagen durch den Kläger beruft, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Dieser Einwand wäre lediglich dann beachtlich, wenn der Kläger diese Anlagen in Kenntnis dort geflossener Rückvergütungen getätigt hätte (BGH, Beschluss vom 23.07.2011, a. a. O.), was der Kläger bestritten hat. Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. 45

e) 46

Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht verjährt. 47

Die kenntnisunabhängige Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB war zum Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheides am 28.01.2011 noch nicht abgelaufen. Gemäß § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB verjähren sonstige Schadensersatzansprüche ohne Rücksicht auf die 48

Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 10 Jahren von ihrer Entstehung an. Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB richtet sich die Verjährung der geltend gemachten Ansprüche aus pVV ab dem 01.01.2002 nach dem seit diesem Tag geltenden BGB, weil die Verjährungsfrist nach neuem Recht kürzer ist als die nach § 195 BGB a.F., die 30 Jahre betrug. Allerdings beginnt diese kürzere Frist nicht ab dem Entstehungszeitpunkt des Anspruches, sondern erst ab dem 01.01.2002 zu laufen, Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB.	
Der Anspruch des Klägers ist auch nicht gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB verjährt. Der Kläger hatte vor dem Jahr 2010 keine Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen, namentlich den geflossenen Rückvergütungen. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat keine Umstände dargetan, aus denen sich eine frühere Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers ergeben würde. Allein aus dem Ausbleiben der Ausschüttungen konnte der Kläger nicht schließen, dass und in welcher Höhe Rückvergütungen von der Fondsgesellschaft an die Beklagte geflossen sind. Auch aus den jährlich übersandten Rechenschaftsberichten und den Finanzverläufen der Fondsbeteiligungen lässt sich eine derartige Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis nicht schließen.	49
Auf die weiteren, vom Kläger geltend gemachten Pflichtverletzungen kommt es insoweit nicht an, da die Verjährung grundsätzlich für jede Pflichtverletzung gesondert zu prüfen ist (BGH, Urteil vom 09.11.2007 – V ZR 25/07).	50
f)	51
Der Kläger hat seinen Anspruch auf Schadensersatz entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht verwirkt. Ein Recht ist verwirkt, wenn es der Berechtigte längere Zeit nicht geltend gemacht hat (sog. Zeitmoment) und sich der Verpflichtete darauf eingerichtet hat und auch darauf einrichten durfte, dass es der Berechtigte nicht mehr geltend machen werde (sog. Umstandsmoment).	52
Zwar hat der Kläger seine Rechte aus der Verletzung des Beratungsvertrages erstmals im Jahr 2010 gegenüber der Beklagten geltend gemacht. Allerdings fehlt es für die Verwirkung jedenfalls am Umstandsmoment. Das Umstandsmoment erfordert, dass der Berechtigte durch seine Untätigkeit einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat und der Verpflichtete im Hinblick darauf Vermögensdispositionen getroffen hat (Palandt-Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 242 Rn. 95 m. w. N.). Zu derartigen Vermögensdispositionen oder Vertrauensinvestitionen trägt die Beklagte jedoch nichts vor.	53
2.	54
Die Schäden des Klägers sind in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu ersetzen.	55
a)	56
Mit dem Klageantrag zu 1) begehrt der Kläger Rückgewähr seines eingesetzten Barkapitals Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte aus den streitgegenständlichen Beteiligungen. Dem Kläger steht insoweit Schadensersatz in Form des negativen Interesses gem. § 249 Abs. 1 BGB zu.	57
Entgegen der Ansicht der Beklagten ist von ihr nicht lediglich der Betrag der konkret geflossenen Rückvergütungen zu ersetzen. Der Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der PVV ist grundsätzlich auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet; der	58

Geschädigte ist so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Ohne die Pflichtverletzung der Beklagten hätte der Kläger die streitgegenständlichen Anlagen nicht getätigt. Insoweit greift für ihn die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens (s.o.), der die Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten ist.

Schadensmindernd im Wege der Vorteilsausgleichung sind jedoch die unstreitig erfolgten Ausschüttungen von 1.022,58 € zu berücksichtigen. Der vom Kläger eingesetzte und durch die Beklagte Zug um Zug zu erstattende Betrag von 48317,08 € (42.000 DM + 52.500 DM) vermindert sich daher auf 47.294,50 €. 59

Nicht schadensmindernd sind allerdings etwaige Steuervorteile des Klägers anzurechnen. Eine derartige Anrechnung ist nicht vorzunehmen, da diese Vorteile regelmäßig dadurch ausgeglichen werden, dass die vom Kläger erhaltenen Schadensersatzzahlungen als steuerliche Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit gewertet werden und damit selbst steuerpflichtig sind (vgl. OLG München, Urteil vom 08.02.2010 - 17 U 2966/09; BGH, Urteil vom 15.07.2010 - III ZR 336/08). 60

b) 61

Der Anspruch des Klägers auf Verzugszinsen ergibt sich aus §§ 280 Abs.1, Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB. Die Forderung des Klägers ist trotz der Zug-um-Zug-Verurteilung fällig. Zwar sind Verzugszinsen wie auch Rechtshängigkeitszinsen grundsätzlich bei einer Zug-um-Zug-Verurteilung nicht auszusprechen (vgl. BGH, Urteil vom 16.03.1973 – V ZR 118/71; BGH, Urteil vom 14.01.1979 – VII ZR 3/69). Grundlage der Zug-um-Zug-Verurteilung ist vorliegend jedoch nicht ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten im Sinne von § 320 BGB, sondern das dem allgemeinen Schadensersatzrecht innewohnende Prinzip der Vorteilsausgleichung. Der Schadensersatzanspruch ist mithin von vornherein nur mit der Maßgabe begründet, dass gleichzeitig die Vorteile herausgegeben werden (BGH, Urteil vom 21.10.2004 - III ZR 323/03). Die Beklagte tritt der Klage in diesem Fall nicht mit einem Gegenanspruch entgegen, sondern mit Einwendungen zu Anspruchsgrund und –höhe, die auf die Fälligkeit des Schadensersatzanspruches an sich jedoch keine Auswirkungen haben (vgl. zur Verzinsungspflicht bei Zug-um-Zug-Verurteilung auch OLG Brandenburg, Urteil vom 13.10.2010 - 4 U 25/10). 62

Mit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches mit Schreiben vom 06.12.2010 und Aufforderung zur unverzüglichen Überweisung des geltend gemachten Schadensbetrages hat der Kläger durch seinen Bevollmächtigten die Beklagte wirksam gem. § 286 BGB gemahnt. Dem Zinsanspruch ab dem 07.12.2010 steht nicht entgegen, dass der Beklagten im Schreiben eine Frist zur Zahlung "spätestens bis zum 17.12.2010" gesetzt worden ist. Denn der Kläger hat klargestellt, dass er den Gesamtbetrag "unverzüglich" fordere, sodass seine Erklärung so zu verstehen ist, dass Verzug sofort mit Zugang des Schreibens erfolgen sollte (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 286 Rn. 17). 63

c) 64

Dem Feststellungsantrag der Klägerin zu Ziff. 2) war stattzugeben, da die Beklagte sich mit der Annahme der Übertragungen der streitgegenständlichen Beteiligungen im Verzug befindet gem. § 293 BGB. Der Beklagten ist mit Schreiben vom 06.12.2010 die Übertragung der Rechte an den streitgegenständlichen Kommanditbeteiligungen durch den Kläger angeboten worden. Dieses Angebot hat die Beklagte nicht angenommen. 65

d) 66

Dem Kläger steht zudem ein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von EUR 2.264,33 € zuzüglich Zinsen in gesetzlicher Höhe seit dem 07.12.2010 zu. Denn diese Kosten sind aufgrund der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch den Kläger entstanden. Die Schadensersatzpflicht des Beklagten erstreckt sich gem. § 249 BGB auch auf diese Kosten (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 69. Aufl., § 249 Rn. 57). Anzusetzen war insoweit die vom Kläger geltend gemachte 1,8-Geschäftsgebühr. Aufgrund des Umfangs der Sache und der schwierigen rechtlichen Materie erachtet die Kammer eine über der Mittelgebühr liegende Gebühr für angemessen. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs.1, Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB.	67
II.	68
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.	69
III.	70
Die Bewilligung einer Schriftsatzfrist war nicht geboten, da die Kammer keine rechtlichen Hinweise erteilt hat und alle relevanten Umstände des Falles von den Parteien schriftsätzlich erörtert worden sind.	71
IV.	72
Der Streitwert wird auf 47.294,50 € festgesetzt.	73