
Datum: 19.09.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 34. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 34 U 49/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0919.34U49.06.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 16 O 230/04

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 26. Januar 2006 wird zurückgewiesen, mit der Maßgabe, dass die vom Landgericht ausgerichtete Verzinsung in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.02.2005 entfällt und insoweit die Klage abgewiesen wird.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen sich durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht zuvor der Kläger Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000,00 €.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe	1
I.	2
Die Beklagte zu 1) kauft Altwohnbestände auf, nimmt an ihnen Renovierungsmaßnahmen vor und verkauft sie nach Aufteilung in Wohnungseigentum weiter.	3
Die Parteien streiten über das Bestehen von Schadensersatzansprüchen, die der Kläger im Zusammenhang mit dem Erwerb einer solchen Eigentumswohnung geltend macht.	4
Der Kläger erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 17.10.2000 von der Beklagten zu 1), deren Komplementär der Beklagte zu 2) ist, die seinerzeit nicht vermietete Eigentumswohnung O-str. xx, 4. OG links, Nr. 278 des Aufteilungsplans, zu einem Kaufpreis von 186.930 DM = 95.575,79 €.	5
In § 5 des not. Vertrages heißt es:	6
"Dem Käufer ist bekannt, dass der Vertragsgegenstand vermietet ist."	7
Der Kaufvertrag wurde vollzogen.	8
Zugleich schlossen der Kläger und eine Schwestergesellschaft der Beklagten zu 1), die H GmbH, deren geschäftsführender Gesellschafter ebenfalls der Beklagte zu 2) ist, einen Vertrag über die Einziehung und Verwendung von Mieteinnahmen (Mietpool), wonach die Beklagte zu 1) als Verwalterin tätig werden, die Miete dieser und anderer Wohnung vereinnahmen, eine Instandhaltungsrücklage bilden, die Maßnahmen zur Instandhaltung treffen sowie die Hausgelder bezahlen und die verbleibenden Gesamtmieteinnahmen sodann nach dem Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen an die Poolmitglieder auszahlen sollte.	9
Die Finanzierung des Wohnungskaufs erfolgte neben Eigenkapital iHv. 11.930,00 DM über zwei Bausparverträge und ein Vorfinanzierungsdarlehen mit der C, zu deren Absicherung eine Grundschuld in Höhe der Gesamtdarlehenssumme von 175.000,00 DM bestellt wurde (Bl. 56) und zu dessen Auszahlungsvoraussetzung der Beitritt zu einem Mietpool gemacht wurde, der nur mit Zustimmung der Bausparkasse gekündigt werden kann.	10
Diesen Vertragsabschlüssen waren Beratungsgespräche des Klägers mit Mitarbeitern der Beklagten zu 1) vorangegangen, im Rahmen derer diese auch das gewählte Finanzierungsmodell vorgeschlagen, beworben und vermittelt haben. Tenor der Beratungsgespräche war im Wesentlichen, dass es sich bei dem Erwerb der Immobilie um eine wertbildende Form der Altersvorsorge handele. Dem Kläger wurden verschiedene Unterlagen übergeben, u.a. eine Musterrentabilitätsberechnung hinsichtlich der Belastung sowie sog. Besuchsaufträge vom 16.10.2001, aus denen sich ein Refinanzierungsanteil von 603,00 DM monatlich aus Mieteinnahmen entnehmen lässt.	11
Unstreitig entwickelte sich insbesondere der Mietpool bereits ab dem Erwerbsjahr negativ. Der Kläger erbrachte deshalb gem. entsprechender Beschlüsse der Mietpoolversammlung folgende Nachzahlungen:	12
2001 DM 524,16 € 268,00	13
2002 € 301,50	14
	15

2003 € 723,60

Außerdem wurde ab Mai 2003 die Ausschüttung aus dem Mietpool um 1,00 Euro/qm = 67,00 Euro gekürzt. 16

Die Vermietung der Wohnung gelang erst für einen Zeitraum vom 01.12.2004 bis 28.02.2006. 17

Der Kläger vertrat in erster Instanz die Auffassung, dass zwischen den Parteien neben dem Kaufvertrag auch ein Beratungsvertrag bzgl. des Finanzierungsgeschäfts zustandegekommen sei. Er hat hierzu behauptet, beides sei gemeinsam in einem Paket vertrieben worden. Die sich aus diesem Beratungsvertrag ergebenden Vertragspflichten habe die Beklagte zu 1) durch ihre Mitarbeiter verletzt, denn das Objekt weise mit Rücksicht auf die Restnutzungsdauer, die der Kläger ausgehend vom Baujahr 1969-71 und einer rentablen Gesamtnutzungsdauer von 80 Jahren mit noch 49-51 Jahren (bei Vertragsschluss) errechnet hat, sowie im Hinblick auf die lange Darlehensfinanzierung eine mangelnde Rentabilität auf. 18

Außerdem nehme die Ankaufsberechnung nur eine punktuelle Betrachtung vor und berücksichtige nicht die Kostensteigerung. 19

Ferner sei der Kaufpreis in Anbetracht des Ertragswerts der Wohnung überhöht und die in der Vertriebsinformation angegebenen Beträge zu den Mieteinnahmen und Kostenpauschalen seien unzutreffend. 20

Es sei auch nicht darauf hingewiesen worden, dass es zu bereits absehbaren Nachzahlungen auf Unterdeckungen des Mietpools und der Instandhaltungsrücklage kommen könne. In diesem Zusammenhang seien die Nebenkosten zu niedrig und unseriös angesetzt worden. 21

Der Vertrieb als Altersvorsorgemodell für den bei Vertragsschluss 54 Jahre alten Kläger sei zudem in Anbetracht der Länge der Finanzierungsdauer grob fehlerhaft. 22

Entgegen der Angaben in der Vertriebsinformation erfahre die Wohnung in Wirklichkeit auch keine Wertsteigerung, sondern verliere vielmehr an Wert. 23

Auch ergäben sich anstatt steigender Mieteinnahmen, die ihm als garantiert suggeriert worden seien, tatsächlich sinkende. 24

All das sei der Beklagten zu 1) bereits bei den Beratungsgesprächen bekannt gewesen, dem Kläger aber nicht offenbart worden. 25

Gleiches gelte für die Eigenarten der Bausparfinanzierung, die Länge des Finanzierungsmodells und die Höhe der (Gesamt-) Belastungen. 26

Ferner habe die Beklagte den Kläger zur Kündigung einer kapitalbildenden Lebensversicherung bei der H gedrängt und das Kündigungsschreiben für ihn aufgesetzt. 27

Außerdem habe die Beklagte den Kläger nicht darüber aufgeklärt, dass die vertriebene Wohnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vermietet gewesen sei, was zudem im Widerspruch zu § 5 des not. Vertrages stehe. Diesen Widerspruch nahm der Kläger zum Anlass, mit Schriftsatz vom 05.08.2005 den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. 28

Der Kläger hat beantragt, 29

30

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn zu Händen eines von dem Kläger zu beauftragenden Notars 112.436,39 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Abgabe folgender notarieller Erklärung des Klägers vor dem beauftragten Notar:

"Ich bin eingetragener Eigentümer des im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts 31
Neumünster von Neumünster Blatt #####1 eingetragenen Wohnungseigentums, bestehend
aus einem 83/10.000stel Miteigentumsanteil an dem Grundstück im Rechtssinn, G1, Flur X C,
Flurstück xx verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung mit der Nr. 278 des
Aufteilungsplans im Gebäude O-Straße.

Ich verpflichte mich hiermit, das vorbezeichnete Wohneigentumsrecht auf die I & Do. KG, 32
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter L und an diesen persönlich zu
übertragen, frei von der in Abteilung III des Wohnungsgrundbuchs eingetragenen Grundschuld
der C AG in Höhe von 175.000,00 DM.

Ich erteile hierzu der I & Do. KG und Herrn L persönlich die Vollmacht, in meinem Namen 33
unter Befreiung der Beschränkung des § 181 BGB, die Auflassung zu erklären.

Ich erteile mein Einverständnis mit einer Weisung der I & Do. KG und des Herrn L an den 34
unterzeichnenden Notar, den eingehenden Zahlungsbetrag zur Ablösung der in Abteilung III
des Wohnungsgrundbuchs eingetragenen Grundschuld der C AG zu verwenden.

Ich bewillige die Eintragung der I & Do. KG und des Herrn L als Eigentümer unter der 35
aufschiebenden Bedingung, dass Zahlungseingang in Höhe des durch die Klage geforderten
Betrages nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit
Rechtshängigkeit auf dem Konto des unterzeichnenden Notars erfolgt und ein etwaig
überschießender Betrag an mich auszukehren ist."

2. festzustellen, dass die Beklagten dem Kläger auch jeden weiteren ab 01.01.2004 36
entstandenen und entstehenden Schaden, der im Zusammenhang mit dem Erwerb des im
Antrag zu 1.) bezeichneten Grundbesitzes steht, zu ersetzen haben.

Die Beklagten haben beantragt, 37

die Klage abzuweisen. 38

Sie bestritten einen Vertrieb der Wohnung im Paket mit der Bausparfinanzierung und 39
behaupteten, diese sei nur eine von mehreren Finanzierungsmöglichkeiten gewesen.
Gleiches gelte für den Beitritt zum Mietpool, der dem Kläger freigestellt gewesen sei.
Außerdem habe der Kläger gem. § 2 Nr. 3 des Mietpollvertrages kündigen können, was er
jedoch – unstreitig – nicht getan hat.

Im Übrigen bestritten sie das Vorliegen der klägerseits behaupteten Beratungsfehler, weil die 40
behaupteten Beratungspflichten entweder (so) nicht bestanden hätten oder aber erfüllt
worden seien.

Insbesondere sei die Mietpoolkalkulation nicht zu niedrig ausgefallen, denn die negative 41
Entwicklung sei für sie nicht vorhersehbar gewesen. Diese sei nicht auf Umstände, die im
Objekt begründet liegen, zurückzuführen, sondern vielmehr auf den allgemeinen Rückgang
am Mietmarkt, der auch zu einem erhöhten Leerstand im vorliegenden Objekt geführt habe.
Bei der Aufstellung der Kalkulation sei sie, die Beklagte, vom Mietspiegel der Stadt O und
ihren eigenen Erfahrungen in diesem Markt ausgegangen, sowie von ihr seitens der

Voreigentümerin HMM zugesicherten Mieteinnahmen iHv. 332.759,65 DM (nur für die Wohnungen).

Der Leerstand der streitgegenständlichen Wohnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei zufällig gewesen und habe sich jederzeit ändern können. Die Klausel in § 5 des not. Vertrages habe lediglich dazu dienen sollen, den Kläger vor der Fehlerwartung eines alsbald möglichen Selbstbezuges zu schützen. Ein etwaiges Anfechtungsrecht sei zudem verfristet, weil der Kläger – was unstreitig ist – kurz nach der Unterzeichnung des Kaufvertrages die Wohnung besichtigt habe und mithin dann Kenntnis vom Leerstand hatte. 42

Bezüglich der Geeignetheit des Objekts als Altersvorsorge sei auch zu berücksichtigen, dass der Kläger beabsichtigt habe, im Rentenalter selbst die Wohnung zu beziehen. 43

Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen M2, M und I2 (Sohn des Klägers) vollumfänglich stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass es der Beklagten oblegen habe, den Kläger darüber aufzuklären, dass die verkaufte Wohnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vermietet war. Dieser Umstand sei von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung für den Kläger gewesen, denn durch den Vermietungsstand werde eine Aussage über die Renatbilität der Wohnung getroffen. 44

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren auf Klageabweisung gerichteten Sachantrag unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrags weiter verfolgen. 45

Sie rügen insbesondere, dass das Landgericht zu Unrecht angenommen habe, der Kläger habe vor Vertragsschluss keine Kenntnis vom Leerstand der Wohnung gehabt. Die Vernehmung des Zeugen M2 habe ergeben, dass ein Bekannter des Klägers die Wohnung vorher besichtigt habe. Daraus folge die Kenntnis des Klägers vom Leerstand. 46

Im Übrigen stelle der Leerstand aber für den Kläger auch keinen Nachteil dar. Im Gegenteil sei die Wohnung während des Leerstandes wenigstens nicht abgewohnt worden, was im Hinblick auf eine mögliche spätere Eigennutzung nur von Vorteil sein könne. Der Vermietungsstand sei für den Kläger bei Vertragsschluss auch keineswegs wesentlich gewesen, da das (totale) Ausfallrisiko ja durch den Mietpool abgesichert gewesen sei. 47

Die Beklagten meinen zudem, dass infolge der unstreitigen Besichtigung der leerstehenden Wohnung durch den Kläger kurz nach Vertragsschluss und die anschließende Untätigkeit Verwirkung eingetreten sei. 48

Der Kläger verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vortrags. 49

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Terminsniederschriften. 50

II. 51

Die zulässige Berufung ist in der Sache nicht begründet, denn das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz bejaht. 52

Ein solcher folgt hier aus den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung, die gem. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB Anwendung finden. 53

Zwischen den Parteien ist neben den rein kaufvertraglichen Anspruchsbeziehungen auch ein selbständiger Beratungsvertrag zustande gekommen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 99, 638; NJW 01, 2021; NJW 03, 1811; NJW 04, 64) kommt zwischen den Kaufvertragsparteien dann ein Beratungsvertrag iSv. § 675 BGB zustande, wenn der Verkäufer im Zuge eingehender Vertragsverhandlungen dem Käufer, entweder auf Befragen oder durch Vorlage eines Berechnungsbeispiels über Kosten und finanzielle Vorteile des Erwerbs, das der Herbeiführung des Geschäftsabschlusses dienen soll, einen ausdrücklichen Rat erteilt.	54
Die von der Beklagten zu 1) für den Kläger erstellten "Besuchsaufträge" und die Musterrentabilitätsberechnung erfüllen diese Anforderungen.	55
Sie belegen, dass dem Vertragsabschluss Vertragsverhandlungen vorausgingen, in denen eine auf den Kläger zugeschnittene "Einnahmen- und Ausgaben-" Rechnung unter Berücksichtigung der Finanzierungszinsen, der Sparleistung für das Bausparen, der Verwaltungskosten und der Mieteinnahmen sowie der vermögenswirksamen Leistungen erstellt wurde. Der Besuchsauftrag weist dabei einen Eigenaufwand vor Steuern von 612,00 DM aus und entspricht damit der ebenfalls überreichten Musterrentabilitätsberechnung, die auch einen Eigenaufwand vor Steuern von 612,00 DM ausweist. Der in dem Besuchsauftrag ermittelte Aufwand des Klägers diene diesem offensichtlich als wesentliche Entscheidungshilfe für den Kaufvertragsabschluss.	56
Dass die in Erscheinung getretenen Mitarbeiter der Beklagten zu 1) für diese aufgetreten sind, wird von den Beklagten nicht bestritten. Die Vollmacht zur Beratung ergibt sich aus der Vertriebsstruktur (vgl. BGHZ 156, 371, 375; BGH NJW 03, 1811, 1812).	57
Aus dem Beratungsvertragsverhältnis war die Beklagte zu 1) verpflichtet, dem Kläger und seiner Ehefrau richtige und vollständige Informationen über die tatsächlichen Umstände zu geben, die für den Kaufentschluss von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können.	58
Gegen diese Verpflichtung hat die Beklagte zu 1) verstoßen, indem sie dem Kläger verschwiegen hat, dass die ihm zum Kauf angebotene Wohnung zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen und des Vertragsschlusses nicht vermietet war und sogar gegenteilig in § 5 Abs. 6 des notariellen Kaufvertrages vom 17.10.2000 wahrheitswidrig beurkunden ließ, dass die Wohnung vermietet sei. Letzteres berechtigt den Kläger zwar nicht (mehr) zur Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB, wobei dahinstehen kann, ob hierin überhaupt ein Anfechtungsgrund gesehen werden kann. Denn jedenfalls ist eine Anfechtung gemäß § 124 BGB verfristet, da der Kläger unstreitig schon kurze Zeit nach der Beurkundung durch eine Besichtigung der Wohnung von deren Leerstand und damit von einer etwaigen Täuschung Kenntnis erlangt hat und seitdem mehr als ein Jahr vergangen ist.	59
Der Leerstand der Wohnung war jedoch von der Beklagten zu 1) im Rahmen des Beratungsvertragsverhältnisses ungefragt mitzuteilen, denn hierbei handelt es sich um eine tatsächliche Information, die für die Kaufentscheidung des Klägers offensichtlich von wesentlicher Bedeutung war.	60
Soweit die Beklagten mit der Berufung vorbringen, aus der erstinstanzlichen Vernehmung des Zeugen M2 ergebe sich, dass der Kläger vor Vertragsschluss Kenntnis vom Leerstand gehabt habe und es mithin keiner weiteren Aufklärung bedurft habe, dringen sie hiermit nicht durch. Die Aussage des Zeugen M2 ist diesbezüglich nämlich nicht ergiebig, denn dieser konnte sich nicht erinnern, ob ein Bekannter des Klägers sich die konkrete Wohnung oder nur	61

das Umfeld angeschaut hatte. Die Besichtigung nur des Umfeldes der Wohnung ist aber nicht ausreichend, um eine Kenntnis über den Vermietungsstand zu begründen. Den für die ihnen günstige Behauptung beweispflichtigen Beklagten ist daher der Beweis durch diese Aussage nicht gelungen.

Der Vermietungsstand einer zu Anlagezwecken erworbenen Eigentumswohnung ist grundsätzlich für den Erwerber von wesentlicher Bedeutung, denn in der Regel bemisst sich danach der anfängliche Ertrag der Wohnung. Eine nicht vermietete Mietwohnung erbringt regelmäßig keinen Ertrag, produziert andererseits aber Kosten und stellt daher meist eine ungeeignete Kapitalanlageform für den durchschnittlichen Anleger dar. Neben der Frage der aktuellen monatlichen Einnahmen aus der Wohnung gibt aber der aktuelle Vermietungsstand auch rudimentäre Auskunft über die Werthaltigkeit der Eigentumswohnung, denn eine über den Zeitraum der Kaufvertragsverhandlungen nicht vermietete Wohnung kann Anlass zu der Besorgnis geben, dass sie auch langfristig nicht rentierlich vermietet werden kann – sei es wegen der allgemein ungünstigen Platzierung der Wohnung am Mietmarkt aufgrund äußerer Faktoren (z.B. Lage, überdurchschnittlicher Bevölkerungsrückgang in der Gemeinde etc.) oder wegen des Zustandes der Wohnung bzw. der Wohnanlage selbst. Ein über mehrere Monate oder – wie hier – gar mehrere Jahre andauernder Leerstand der Wohnung beeinflusst daher durchaus den Ertragswert und mithin den Verkehrswert der Wohnung, der bei Kapitalanlegern von besonderem Interesse ist.

62

Der Senat verkennt nicht, dass die streitgegenständliche Wohnung vorliegend im Rahmen eines Mietpools verwaltet und vermarktet wird und mithin die tatsächlich erzielte Miete für die konkrete Wohnung für den Kläger gerade nicht den tatsächlichen Ertrag darstellt. Dieser besteht vielmehr in der Ausschüttung aus dem Mietpool, die vorliegend – wegen des weitgehenden Totalausfalls der Mieteinnahmen bei der Wohnung – höher als der tatsächliche Ertrag der konkreten Wohnung liegt. Jedoch ist der nachhaltig erzielbare Rohertrag im Rahmen der Wertermittlung nicht die einzige Komponente, sondern vielmehr spielt hierbei auch der Substanzwert eine Rolle, der von der Teilnahme am Mietpool unbeeinflusst ist.

63

Zudem ist jedoch zum einen zu berücksichtigen, dass – wie auch die Beklagten stets betonen – die Teilnahme am Mietpool unter der Voraussetzung der Zustimmung der C AG gem. § 3.2 des Mietpoolvertrages vom 17.10.2000 kündbar ist und ggfls. der konkrete Ertrag der Wohnung wieder maßgeblich wäre. Zum anderen ist jedoch auch für solche Kapitalanleger, die eine Wohnung erwerben wollen, die dauerhaft am Mietpool partizipiert, deren mittel- bis langfristiger Leerstand von Bedeutung. Es erscheint nämlich naheliegend, dass im Falle der Mitteilung des andauernden Leerstandes der Erwerber, hier also der Kläger, die Gründe hierfür hinterfragt hätte und die Werthaltigkeit des Mietpools einer kritischen Würdigung unterzogen hätte. Der Verkauf einer langfristig leerstehenden Wohnung und deren Vermittlung in den Mietpool stellt zunächst einmal eine Belastung für den Mietpool mit der zwangsläufigen Folge einer Reduzierung der Mietpolausschüttung dar. Zwar ist ein Leerstand von Wohnungen des Mietpools während der Dauer der Teilnahme immer als typisches Risiko zu gewärtigen, die Vermittlung von bereits anfänglich leerstehenden Wohnungen in den Mietpool stellt allerdings eine besondere Belastung für den Mietpool dar, weil sich das Risiko bereits verwirklicht hat. Selbst ein unerfahrener Kapitalanleger hätte dies erkannt und ggfls. sein Engagement überdacht, weshalb die Aufklärung über den Leerstand zu den Beratungspflichten der Beklagten zu 1) gehörte.

64

Soweit dies wie ausgeführt bei einem Unterlassen der hier gebotenen Aufklärung über den Leerstand gilt, so gilt es erst recht für den Fall der hier vorliegenden Täuschung durch aktives Tun in Form der Angabe im notariellen Kaufvertrag, wonach die Wohnung zum Zeitpunkt des

65

Vertragsschlusses vermietet gewesen sei.

Durch die mangelhafte Beratung der Beklagten zu 1) hat der Kläger auch einen Schaden erlitten. Der Mietpool hat sich von Anfang an defizitär entwickelt. 66

Ausgehend von den jeweils vom Mietpool an den Kläger ausgekehrten Beträgen abzüglich der erbrachten Nachzahlungen ergibt sich eine durchschnittliche monatliche Rendite pro Quadratmeter im Jahr 2000 von 8,25 DM, im Jahr 2001 von 7,60 DM, im Jahr 2002 von 3,85 Euro und im Jahr 2003 von 2,65 Euro. 67

Die dem Kläger in Musterberechnung und Besuchsauftrag mitgeteilte Rendite von 8,25 DM/m² (4,22 €/m²) erzielte dieser tatsächlich mithin nur im Jahr 2000. In den Jahren 2001 bis 2003 bedingte eine ständige Unterdeckung des Mietpoolkontos, die auch zum Jahresende 2004 nicht behoben war, eine fortschreitende Herabsenkung der Rendite infolge ständiger Nachzahlungen, sowie der Verringerung der Mietpoolausschüttung um 1,00 €/qm ab Mai 2003. Angesichts dessen hat der Senat keine Zweifel, dass der Mietpool objektiv in die Verlustzone geraten ist. 68

Nachzahlungen, Kürzung der Mietpoolausschüttung seit Mai 2003 und die offensichtlich einhergehende Einbuße im am Ertragswert orientierten Verkehrswert der Immobilie stellen den Schaden des Klägers dar. 69

Es besteht auch ein Ursachenzusammenhang zwischen Beratungspflichtverletzung und Kaufvertragsabschluss. Derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, der Geschädigte also den Hinweis unbeachtet gelassen und auch bei wahrheitsgemäßen Tatsachenangaben den Vertrag so wie geschehen geschlossen hätte (vgl. BGH NJW 1998, 302, 302). Diesen Beweis haben die Beklagten nicht geführt. Sie haben insbesondere weder bewiesen, dass die Motivation des Klägers zum Erwerb der Wohnung zu einem erheblichen Teil in einer beabsichtigten Eigennutzung bestanden hat, noch dass bei einer unterstellten Absicht dieser Art die Werthaltigkeit der Wohnung für die Kaufentscheidung ohne Belang gewesen wäre. Der Kläger hat noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eine beabsichtigte Eigennutzung verneint. Die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen waren insoweit nicht ergiebig, denn der Zeuge M hat nur bekundet, dass der Kläger "vorhatte, eventuell nach Norddeutschland zu ziehen" während die Zeugin M2 erinnerte, "dass er äußerte, im Alter selber nach O ziehen zu wollen." Diese Angaben, deren Gehalt mehr im Etwaigen und Unbestimmten blieben, erbringen nicht den Beweis, dass die Kaufmotivation des Klägers zu einem beträchtlichen Teil auf einer beabsichtigten Eigennutzung beruhte. Allenfalls lässt sich ihnen entnehmen, dass eine solche in entfernter Zukunft nicht ausgeschlossen war. 70

Nach alledem hat das Landgericht dem Grunde nach daher zu Recht einen Schadensersatzanspruch wegen Falschberatung bejaht, wobei sich die Haftung des Beklagten zu 2) aus §§ 161 I, II, 128, 1 HGB ergibt. 71

Als Rechtsfolge kann der Kläger verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn er den streitgegenständlichen Kaufvertrag und den zur Finanzierung des Kaufpreises geschlossenen Darlehensvertrag nicht abgeschlossen hätte, § 249 I BGB. 72

In diesem Fall wäre er nicht Eigentümer der streitgegenständlichen Wohnung geworden; ferner hätte er das Darlehen nicht aufgenommen und das erworbene Eigentum nicht mit einer Grundschuld belastet. Der Kläger kann mithin Ersatz desjenigen Schadens verlangen, der 73

sich aus dem eingesetzten Eigenkapital, den erbrachten Nachzahlungen zum Mietpool, den Zinszahlungen auf das Vorausdarlehen sowie der Darlehensvaluta abzüglich der erzielten Mieteinnahmen in der vom Landgericht zutreffend ausgeurteilten Höhe zusammensetzt, Zug-um-Zug gegen Rückübertragung der Eigentumswohnung.

Das landgerichtliche Urteil wurde jedoch insoweit abgeändert, als dort eine Verzinsung des Zahlbetrages ausgeurteilt wurde. Die Verpflichtung des Schuldners, eine Geldschuld vom Eintritt der Rechtshängigkeit an zu verzinsen (§ 291 BGB), setzt die Fälligkeit der Schuld voraus. Diese ist insoweit nicht eingetreten, als den Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht und sie dieserhalb nur zur Zahlung Zug-um-Zug verurteilt worden sind. Das Zurückbehaltungsrecht begründet eine verzögerliche Einrede mit der Wirkung, dass die Forderung noch nicht fällig i. S. des § 291 Satz 1 Halbsatz 2 BGB ist. Einer Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes bedurfte es vorliegend nicht, weil der Kläger dem Gegenrecht der Beklagten bereits durch Stellung des Zug-um-Zug-Antrages Rechnung getragen hat (BGH NJW 73, 1234). 74

Das Landgericht hat jedoch zu Recht die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten für weitergehende Schäden ausgesprochen. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass der Kläger zu einer abschließenden Bezifferung des entstandenen Schadens derzeit nicht in der Lage ist. Ob einzelne Positionen derzeit bereits bezifferbar sind, ist für die Zulässigkeit des Feststellungsantrags im Übrigen unerheblich und beseitigt die Zulässigkeit der Feststellungsklage insoweit nicht (Musielak/Foerste, 4. Aufl., § 256, Rn. 14). 75

In der Sache ist das Feststellungsbegehren nach den Rechtgrundsätzen der positiven Vertragsverletzung begründet, denn der Kläger kann von den Beklagten auch weitergehende, ihm entstandene und auf das Beratungsverschulden zurückzuführende Schäden ersetzt verlangen. 76

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 77

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 78

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen hierfür gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben sind. Der Rechtssache kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu, eine Entscheidung des Revisionsgerichts in dieser Sache ist zur Fortbildung des Rechts oder für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht erforderlich. 79

80