

---

**Datum:** 23.10.2007  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 19. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 19 U 8/07  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2007:1023.19U8.07.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bochum, 1 O 265/05  
**Schlagworte:** Schadensersatz, Falschberatung, Naturalrestitution  
**Normen:** §§ 249, 251 BGB  
**Leitsätze:**

Wer auf Grund einer Falschberatung einen Kaufvertrag mit einem Dritten schließt, hat gegen den Berater keinen Anspruch auf Naturalrestitution durch Erstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übereignung des anderweitig erworbenen Kaufgegenstandes, sondern auf Schadensersatz in Geld gem. § 251 Abs. 1 BGB.

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17. August 2006 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert.

Auf den Hilfsantrag der Kläger wird festgestellt, dass die Beklagte zum Ausgleich des Vermögensschadens verpflichtet ist, welcher den Klägern aus der dem Ankauf der Eigentumswohnung, Gebäude F-Straße in F, im 4. Obergeschoss hinten rechts, Nr. ### des Aufteilungsplans, eingetragen im Wohnungsgrundbuch von C3, Band ##, Blatt ####, zugrunde liegenden Falschberatung entstanden ist.

Der Kläger zu 1) trägt vorab die Kosten, die durch die Anrufung des unzu-ständigen Landgerichts Aurich entstanden sind. Von den

weiteren Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Kläger 86 % und die Beklagte 14 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Kläger zu 73 % und die Beklagte zu 27 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

---

## **Gründe :**

### **I.**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils verwiesen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts Gegenteiliges ergibt.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Zurückweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Kläger zu Händen eines von diesen zu beauftragenden Notars 53.648,33 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abgabe der im Tenor des angefochtenen Urteils näher bezeichneten notariellen Erklärung der Kläger vor dem beauftragten Notar zu zahlen. Weiter hat das Landgericht festgestellt, dass die Beklagte den Klägern zum Ersatz des weiteren Vermögensschaden im Zusammenhang mit dem Ankauf der im Tenor näher bezeichneten Eigentumswohnung verpflichtet ist, soweit der Schaden mit dem Erwerb der Wohnung, ihren laufenden Unterhaltskosten und einer eventuell zu zahlenden Vorfälligkeitsentschädigung zusammenhängt.

Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, die Beklagte sei den Klägern wegen Schlechterfüllung des zwischen den Parteien im Zusammenhang mit dem Erwerb der streitgegenständlichen Eigentumswohnung geschlossenen Beratungsvertrages zum Schadensersatz verpflichtet. Ein selbstständiger Beratungsvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer einer Immobilie sei dann zu bejahen, wenn der Verkäufer bzw. dessen Erfüllungsgehilfe im Rahmen eingehender Verkaufsgespräche dem Käufer einen ausdrücklichen Rat erteile, oder der Verkäufer dem Käufer als Ergebnis der Verhandlungen ein Berechnungsbeispiel über die Kosten und finanziellen Vorteile des Erwerbs vorlege, welches der Herbeiführung des Geschäftsabschlusses dienen soll. Dass die Beklagte nicht Eigentümerin der Wohnung gewesen, sondern nur als Vertreterin der Eigentümerin Frau Q aufgetreten sei, rechtfertige keine abweichende Beurteilung. Denn die Beklagte habe auch diese Wohnung im Rahmen des von ihr unterhaltenen Strukturbetriebes den Klägern als Interessenten unter dem Gesichtspunkt der Altersvorsorge und der Steuerersparnis angeboten. Sie habe durch ihre individuelle Finanzierungsberatung die Lukrativität des

1

2

3

4

5

Erwerbs einer solchen Wohnung vermitteln wollen.

Hierbei habe sie ihre gegenüber den Klägern bestehende Pflicht, über alle für die Anlageentscheidung maßgeblichen Umstände richtig und vollständig zu beraten, verletzt. Die Beklagte habe die Kläger über die Höhe der auf einer seriösen Grundlage zu kalkulierenden künftigen Mieteinnahmen falsch beraten. Bereits aus der Eigentümerabrechnung für das Jahr 1998 ergebe sich, dass die von dem Mitarbeiter der Beklagten als Mieteinnahme zugrundegelegten 6,50/qm nach Abzug der "Erlösminderung Mieten und Nebenkosten" nicht hätten erzielt werden können. Es sei lediglich ein Erlös von 6,06 DM/qm verblieben. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass ihr die Jahresabrechnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannt gewesen sei. Es sei gerichtsbekannt, dass mehrere Mitarbeiter der Beklagten personenidentisch mit Mitarbeitern der H mbH seien mit der Folge, dass infolge eines anzunehmenden Informationsaustauschs der Beklagten die Jahresabrechnung 1998, die ansteigende Unterdeckung des Mietpools und der Instandsetzungsrücklage sowie die Leerstandsproblematik, zu deren Bekämpfung die Beklagte sogar eigens einen Mitarbeiter abgestellt habe, bekannt gewesen seien.

Der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen stünde auch nicht entgegen, dass die Kläger im Mai 1999 von der Beklagten eine Zahlung von 2.500,- DM entgegen genommen hätten. Mit der Annahme dieser Kulanzzahlung hätten die Kläger auf weitergehende Ansprüche nicht verzichtet.

Die Kläger könnten im Wege der Naturalrestitution von der Beklagten die Rückabwicklung des im Nachgang zur fehlerhaften Beratung geschlossenen notariellen Kaufvertrages verlangen, wobei sich die Abwicklung nach den im Tenor des landgerichtlichen Urteils näher dargestellten Modalitäten richte.

Der auf 53.648,33 € zu berichtigende Zahlungsanspruch der Kläger sei auch nicht im Wege der Vorteilsausgleichung um etwaig erzielte Steuerersparnisse oder Mieteinnahmen zu kürzen. Die Zahlung des Kaufpreises sei der den Klägern entstandene Mindestschaden, da die jährlichen Zinszahlungen nicht durch die erzielten Mieteinnahmen und Steuervorteile ausgeglichen worden seien.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten.

Sie ist der Ansicht, entgegen den Ausführungen des Landgerichts sei zwischen den Parteien ein Beratungsvertrag nicht zustande gekommen. Sie habe lediglich als Verhandlungsgehilfin der Eigentümerin und Verkäuferin der Eigentumswohnung Frau Q die Verhandlungen geführt. Ihre persönliche Inanspruchnahme komme daher nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen einer Eigenhaftung des Vertreters vorliegen würden. Sie habe aber weder besonderes Vertrauen in Anspruch genommen noch ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Abschluss des Geschäfts gehabt. An letzterem fehle es, weil sie eine Provision für den Abschluss des Vertrages nicht erhalten habe. Soweit sie ihre allgemeine Sachkunde in die Verhandlungen eingebracht habe, rechtfertige dies nicht die Annahme eines besonderen Vertrauens. Die für die Rentabilitätsberechnung herangezogenen Informationen beruhten auf Angaben der Verkäuferin, in deren Namen die Angaben gemacht worden seien. Eine Überprüfung der ihr genannten Zahlen habe ihr als Vermittlerin nicht obliegen. Auf die Höhe der tatsächlichen Ausschüttungen aus dem Mietpool habe sie keinen Einfluss gehabt. Sie bestreite, dass der Mietpool unterdurchschnittlich abgeschnitten habe. Sie habe hiervon jedenfalls keine Kenntnis gehabt. Ihre Mitarbeiter, die zeitweise bei der H mbH ausgeholfen hätten, hätten Informationen über eventuelle Leerstände und ein unterdurchschnittliches Abschneiden des Mietpools nicht an die Vertriebsabteilung weitergegeben. Etwaige Schadensersatzansprüche

der Kläger seien jedenfalls durch Entgegennahme der Kulanzzahlung von 2.500,- DM verwirkt, weil sie sich darauf eingestellt habe, das seitens der Kläger nach Entgegennahme des Geldes keine weiteren Ansprüche erhoben werden würden.

Gegenüber der Schadensberechnung des Landgerichts sei einzuwenden, dass die Kläger nur Rückzahlung des von ihnen eingebrachten Eigenkapitals verlangen könnten. Im Übrigen seien sie auf die Freistellung zu verweisen. Die seitens der Kläger erlangten Mieterträge müssten ebenso wie die durch den Erwerb der Wohnung bedingten Steuervorteile im Wege des Vorteilsausgleichs berücksichtigt werden. 12

Die Beklagte beantragt, 13

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 14

Die Kläger beantragen, 15

die Berufung zurückzuweisen, 16

hilfsweise, 17

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass die Beklagte zum Ausgleich des Vermögensschadens verpflichtet ist, welcher ihnen aus der dem Ankauf der Eigentumswohnung Gebäude F-Straße in F, im 4. Obergeschoss hinten rechts, Nr. ### des Aufteilungsplans, eingetragen im Wohnungsgrundbuch von C3, Band ##, Blatt ####, zugrunde liegenden Falschberatung entstanden ist. 18

Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrages. Sie sind der Ansicht, im Rahmen des Schadensausgleichs seien sie so zu stellen, als wenn die Beklagte die ihnen gegenüber bestehenden Beratungspflichten nicht verletzt hätte. In diesem Fall hätten sie die Immobilie nicht erworben. Die Beklagte müsse daher den empfangenen Kaufpreis zurückgewähren. Im Gegenzug erhalte sie die Eigentumswohnung übertragen. Den Hilfsantrag stellten sie im Hinblick auf die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat. 19

Die Beklagte sieht in der ergänzenden Antragsstellung eine Klageänderung. Einer solchen stimme sie nicht zu. 20

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst den damit überreichten Anlagen verwiesen. 21

II. 22

A. 23

Die Berufung der Beklagten hat nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Auf das Rechtsmittel der Beklagten hin war das Urteil des Landgerichts teilweise abzuändern und auf den Hilfsantrag der Kläger hin festzustellen, dass die Beklagte zum Ausgleich des Vermögensschadens verpflichtet ist, welcher den Klägern aus der dem Ankauf der Eigentumswohnung, Gebäude F-Straße in F, im 4. Obergeschoss hinten rechts, Nr. ### des Aufteilungsplans, eingetragen im Wohnungsgrundbuch von C3, Band ##, Blatt ####, zugrunde liegenden Falschberatung entstanden ist. 24

B. 25

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Hauptantrag                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 26 |
| Die Berufung hat Erfolg, soweit sie sich gegen die durch das Landgericht erfolgte Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 53.648,33 € Zug um Zug gegen Abgabe der auf die Übertragung des Wohnungseigentums auf die Beklagte gerichteten und im Tenor des angefochtenen Urteils näher beschriebenen notariellen Erklärung richtet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 27 |
| 1.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 28 |
| Zutreffend ist das Landgericht im Ausgangspunkt allerdings davon ausgegangen, dass die Beklagte den Klägern unter dem Gesichtspunkt der Schlechterfüllung eines selbstständigen Beratungsvertrages nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet ist.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 29 |
| 2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 30 |
| Auf das Verfahren findet gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB das Schuldrecht in seiner vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geltenden Fassung Anwendung.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 31 |
| 2.1.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 32 |
| Zwischen der Beklagten einerseits - vertreten durch ihre Mitarbeiter L, C4 und C - und den Klägern andererseits ist konkludent ein selbstständiger Beratungsvertrag gerichtet auf den Erwerb, die Finanzierung und die Unterhaltung des von den Klägern mit notariellem Vertrag vom 2. 2. 1999 erworbenen Wohnungseigentums geschlossen worden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 33 |
| Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Vertrag auch schon durch die Erteilung von Rat oder Auskunft zustande kommen, wenn diese Entscheidungshilfen für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung sind und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will. Wesentliche Indizien für einen Vertragswillen sind, dass der Auskunftgeber für die Auskunft besonders sachkundig ist oder er ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt. Die Gesamtumstände müssen unter Berücksichtigung der Auffassungen und der Bedürfnisse des Rechtsverkehrs den Rückschluss zulassen, dass beide Teile die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (vgl. BGH NJW 2007, 1362; OLG Düsseldorf, Urteil v. 13. 10. 2004, – 15 U 11/04 – juris; Bamberger/Roth-Czub, BGB, § 675 Rn. 83). Für den Bereich der Anlagenvermittlung hat der Bundesgerichtshof daher die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages bereits bejaht, 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 Vermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt. Der Feststellung weiterer besonderer Merkmale, wie etwa eines eigenen wirtschaftlichen Interesses des Vermittlers an dem Geschäftsabschluss bedarf es nicht. Der Abschluss eines selbstständigen Beratungsvertrages liegt auch dann nahe, wenn dem Käufer als Ergebnis der Verhandlungen ein Berechnungsbeispiel über Kosten und finanzielle Vorteile des Erwerbs vorgelegt wird, das der Herbeiführung des Geschäftsabschlusses dienen soll (vgl. BGH WuM 2004, 45 m.w.N.). | 34 |
| Das Landgericht ist ohne Verstoß gegen formelles oder materielles Recht zu der Feststellung gelangt, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Der Senat ist an diese Feststellung des Landgerichts gebunden, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung begründen könnten, sind nicht vorhanden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 35 |

Die von der Beklagten bzw. deren Mitarbeitern entfaltete Tätigkeit erfüllt die Voraussetzungen, die an die Annahme eines selbstständigen Beratungsvertrages zu stellen sind. Die Aktivitäten der Mitarbeiter der Beklagten haben sich nicht in der bloßen Vermittlung eines Kaufobjekts erschöpft. Die Initiative, den Klägern den Erwerb einer fremdvermieteten Eigentumswohnung nahe zu bringen, ist von dem Mitarbeiter L der Beklagten ausgegangen. Herr L hat telefonisch den Kontakt zu den Klägern gesucht und diese unter Hinweis auf Gesichtspunkte der Altersvorsorge und der Steuerersparnis auf den Kauf einer Eigentumswohnung als Kapitalanlage hingewiesen. Im Rahmen der sich daran anschließenden persönlichen Gespräche hat Herr L sodann den Klägern ein langfristiges Gesamtkonzept vorgestellt, deren Bestandteil der Erwerb von Wohnungseigentum war. Dabei ging es dem Mitarbeiter L nicht ausschließlich oder auch nur vordringlich darum, den Klägern gerade die Eigentumswohnung der Frau Q anzubieten. Wie sich der verantwortlichen Vernehmung des Herrn L v. 4. 9. 2002 entnehmen lässt, hat dieser den Klägern neben der später von diesen erworbenen Wohnung auch andere Wohnungen aus dem eigenen Bestand der Beklagten angeboten. Die Entscheidung der Kläger für die Wohnung von Frau Q beruhte auf den für diese Wohnung gegenüber den anderen Wohnungen niedrigeren Anschaffungskosten. Dass es weder für die Kläger noch für Herrn L auf die konkrete Wohnung Q ankam, lässt sich auch dem Berechnungskonzept ausweislich des Besuchsauftrags v. 29. 1. 1999 entnehmen, das sich im eigentlichen Sinne nicht zentral mit dieser Eigentumswohnung befasst, sondern diese nur als Mittel der Erwirtschaftung eines wirtschaftlichen Vorteils unter Ausnutzung steuerlicher Vorteile behandelt. Über die über den eigentlichen Erwerb der Wohnung hinaus gehenden Begleitumstände, Finanzierung, Verwaltung, steuerliche Abschreibung, hat Herr L den Klägern Auskünfte erteilt. Das allein ist entscheidend (vgl. OLG Hamm, 22. ZS, Urteil v. 15. 1. 2007 – 22 U 125/07 – juris, Rn. 56). Dass die von dem Mitarbeiter L erstellte "Ankaufsberechnung" und deren Zahlenwerk sich in den Besuchsaufträgen vom 29. 1. und 2. 2. 1999 niedergeschlagen und als Entscheidungshilfe für die Kaufentscheidung der Kläger gedient hat, und die Beklagte sich das Verhalten des Herrn L als ihres Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss, wird von der Berufung nicht angegriffen. Zur Überzeugungsbildung der Kläger hat der Mitarbeiter L diesen weiterhin eigenes Prospektmaterial der Beklagten vorgelegt, so zum Beispiel neben einem Werbeblatt auch die Broschüre "Vermögensbildung durch Sachwertsparen". Das Vorgehen der Beklagten unterscheidet sich daher – worauf bereits das Landgericht zutreffend hingewiesen hat - vorliegend nicht von ihrem Vorgehen in den Fällen, in denen sie eigene Wohnungen vermarktet hat.

Dass die Beklagte nicht Verkäuferin und Eigentümerin der den Klägern angebotenen Eigentumswohnung gewesen ist, steht der Annahme des Abschlusses eines selbstständigen Beratungsvertrages nicht entgegen. Die Begründung von selbstständigen Beratungspflichten ist in den Fällen der vorliegenden Art nicht deshalb angenommen worden, weil der Auskunftgeber zugleich der Verkäufer des Kapitalanlageobjekts gewesen ist. Vielmehr hat der Verkäufer neben der ihn treffenden Gewährleistung für die sorgfältige Erfüllung der Beratungspflichten deshalb einzustehen, weil er – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – neben seinen kaufvertraglichen Pflichten auch solche Beratungspflichten übernommen hat.

Aus diesem Grund kommt auch dem Umstand, dass die Beklagte von Frau Q keine Provision für den Verkauf der Eigentumswohnung erhalten hat, keine Bedeutung zu. Die Beklagte haftet allein deshalb, weil sie gegenüber den Klägern zur vollständigen und richtigen Beratung hinsichtlich des Erwerbs der Eigentumswohnung verpflichtet war. Die Kläger durften erwarten, dass die Beklagte ihre Beratungspflichten stets in gleicher Weise unabhängig davon erfüllte, ob als Kapitalanlage die Eigentumswohnung der Frau Q oder eine solche aus

dem eigenen Bestand der Beklagten ausgewählt werden würde.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 39 |
| Die Beklagte hat die ihr gegenüber den Klägern obliegenden Beratungspflichten verletzt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 40 |
| Der Beratungsvertrag verpflichtet den Verkäufer zu richtiger und vollständiger Information über die tatsächlichen Umstände, die für den Kaufentschluss des Interessenten von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können (vgl. BGHZ 123, 126, 129; WM 1988, 95, 96). Bei dem Erwerb einer Immobilie zu Anlagezwecken sind dies vor allem die Aufwendungen, die der Interessent erbringen muss, um das Objekt mit seinen Mitteln erwerben und halten zu können. Die Ermittlung des (monatlichen) Eigenaufwands bildet das Kernstück der Beratung; sie soll den Käufer von der Möglichkeit überzeugen, das Objekt mit seinen Mitteln erwerben und halten zu können. Bei der Berechnung des Eigenaufwands muss der Verkäufer daher auch im Zeitpunkt der Beratung bereits abzusehende ungünstige Veränderungen der Mieteinnahmen oder Unterhaltungskosten berücksichtigen (BGHZ 156, 371, 378). Er verletzt seine Beratungspflichten, wenn er ein in tatsächlicher Hinsicht unzutreffendes, zu positives Bild der Ertragserwartung der Immobilie gibt und den Interessenten dadurch zum Vertragsschluss veranlasst (BGH WM 2005, 69, 70).                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 41 |
| 2.2.1.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 42 |
| Der Beklagten ist vorzuwerfen, dass sie sich über die Leerstandsproblematik der 242 Wohneinheiten umfassenden Wohnungseigentumsanlage nicht informiert hat und die Kläger dementsprechend darüber nicht aufgeklärt hat, bzw. dass sie es unterlassen hat, die Kläger darauf hinzuweisen, dass sie keine aktuellen Angaben zu der Vermietungssituation der Wohnungseigentumsanlage machen könne. Eine Aufklärung über die Vermietungssituation bzw. ein klarstellender Hinweis darauf, dass man dazu keine aktuellen Angaben machen könne, war aber unerlässlich, weil sich diese nicht nur auf die Frage auswirkt, ob die garantierten Mieten in Zukunft zu erzielen seien würden. Leerstände sind auch ein Indiz für die Werthaltigkeit der Immobilie.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 43 |
| Die Entwicklung ab 1996 zeichnete sich durch eine stetige Zunahme der Leerstände aus, die zeitnah zum Vertragsschluss der Kläger am 2. 2. 1999 26 Wohnungen erfasste, und damit gut 10% des Bestandes ausmachte.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 44 |
| Ausweislich des Protokolls zur Mietpoolversammlung v. 2. 7. 1996 für das Jahr 1995 spielte der Leerstand noch keine Rolle. Im Wirtschaftsjahr 1996 waren, wie sich aus dem Protokoll zur Mietpoolversammlung ergibt, 51,5 Leerstände zu verzeichnen. Zum Zeitpunkt der Mitgliederersammlung am 30. 6. 1997 standen 14 Wohnungen leer, 11 weitere Kündigen lagen vor. Auf Anzeigen meldeten sich kaum Interessenten. Im Wirtschaftsjahr 1997 verschlechterte sich, wie sich dem Protokoll zur Mietpoolversammlung v. 16. 6. 1998 entnehmen lässt, nach den eigenen Angaben des Verwalters die Vermietungssituation im Raum F weiter. Ca. 600 Wohnungen stünden in F leer. Der Mietpool verzeichnete 226 Monatsleerstände, die Mindereinnahmen von 137.000,- DM bedingten. Zum Zeitpunkt der Versammlung standen 23 Wohnungen leer, 10 weitere Kündigungen lagen vor, bei denen sich noch kein Nachmieter gefunden hatte. Die Beklagte stellte seit Februar 1998 auf ihre Kosten einen Mitarbeiter frei, der sich allein mit der Vermietung der Wohnungen befasste. Aufgrund der hohen Arbeitslosigkeit in F und der derzeitigen Vermietungssituation sei es – so der Verwalter - äußerst schwierig, die Rückstände abzubauen. Eine Verbesserung der Vermietungssituation im Raum F-Borßum trat im Jahr 1998 nach Aussage des Verwalters nicht ein. Zum Zeitpunkt der Versammlung der Mitglieder des Mietpools, 26. 3. 1999, standen | 45 |

26 Wohnungen leer. Ein Mitarbeiter der Beklagten war weiterhin voll abgeordnet und ausschließlich um Vermietungen bemüht. Erheblich seien – so der Verwalter – die Kosten für die Leerstände, Anzeigen und Renovierungen, um die Wohnungen überhaupt vermietbar zu machen. Im Wirtschaftsjahr 1999 waren in der Anlage insgesamt 121 Leerstandsmonate zu verzeichnen. Aktuell am 16. 6. 2000 standen 32 Wohnungen leer, 9 weitere Kündigungen lagen vor.

Die Beklagte hätte in Erfüllung des zwischen den Parteien bestehenden Beratungsvertrages auf die zurückliegende Entwicklung hinweisen müssen. Tatsächlich hat sie dies nicht getan. Ob überhaupt Leerstände und gegebenenfalls in welchem Umfang vorhanden waren, und wie sich die Entwicklung der Leerstandsproblematik in der Vergangenheit vollzogen hat, war für die Entscheidung eines Käufers erkennbar von Bedeutung, da ihm dies Anhaltspunkte für die Rentierlichkeit seiner Anlage und die Wertbeständigkeit der Wohnungseigentumsanlage lieferte. Dass der Beklagten als Vertriebsgesellschaft über ihre Tätigkeit ihrer Tochtergesellschaft im Mietpool und der Verwaltung diese Zahlen bekannt waren, nachdem sie den Erstvertrieb 1993 abgeschlossen hatte, drängt sich angesichts der vorherstehenden Ausführungen auf, ist letztlich aber nicht entscheidend. Die Beklagte war auch ohne entsprechende Nachfrage der Kläger verpflichtet, sich über die aktuellen Zahlen kundig zu machen, wenn sie die Wohnung als geeignete Anlage in ein Gesamtkonzept eingebunden anbot. Anderenfalls hätte die Beklagte die Kläger unmissverständlich darauf hinweisen müssen, dass sie sich über die aktuelle Situation kein Bild verschafft habe und daher über die Eignung des Objekts keine Aussage treffen könne. Das hat sie aber auch nicht getan. Dass sich für die Zukunft möglicherweise eine positive Entwicklung abzeichnete, vermag die Beklagte nicht zu entlasten. Die von ihr vorgelegten Zeitungsartikel über eine Belebung des Wohnungsmarktes sind wenig aussagekräftig. Dass gerade in F auch für das Marktsegment, dem die Wohnung der Kläger zuzuordnen ist, eine steigende Nachfrage einsetzen würde, ist von der Beklagten nicht dargetan. Ungeachtet dessen, dass eine solche Entwicklung bis Juni 2000 nicht eingetreten ist und sich die Lage vielmehr verschlechterte, hätte es den von der Beklagten ordnungsgemäß beratenen Klägern selbst überlassen bleiben müssen, ob sie dieses Risiko eingehen wollten.

2.2.2. 47

Der Beklagten ist weiterhin anzulasten, dass sie die Kläger nicht darauf hingewiesen hat, dass ihr keine Kenntnisse über die Entwicklung des Mietpools vorlagen, bzw. dass sie sich nicht über die Entwicklung des Mietpools informiert und dementsprechend die Kläger nicht darüber aufgeklärt hat, dass der Mietpool seit Jahren rückläufig war mit der Folge, dass bereits seit dem Jahre 1994 die von der Beklagten in dem für die Kläger aufgestellten Finanzierungskonzept kalkulierte Mieteinnahme von 6,50 DM/qm nicht mehr erzielt werden konnte. Richtige Angaben hierzu waren für die Kläger unverzichtbar. Denn die Ermittlung des monatlichen Eigenaufwandes stellt das Kernstück der Beratung dar. Nur bei zutreffender und umfassender Beratung ist der Erwerber in die Lage versetzt, sich zuverlässig darüber Gewissheit zu verschaffen, ob er das Objekt mit eigenen Mitteln auch in Zukunft halten kann.

Nicht zuletzt durch die Leerstandsproblematik war der Mietpool seit dem Jahre 1995 stetig steigend unterdeckt. Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Kläger in der Klageschrift seien im Jahr 1993 noch 7,58 DM/qm an die Mieter ausgeschüttet worden. Dieser Betrag habe sich im Jahr 1994 auf 5,97 DM/qm, und im Jahr 1995 auf 5,58 DM verringert. Im Jahre 1996 seien 5,04 DM/qm, im Jahr 1997 5,96 DM/qm, im Jahr 1998 4,08 DM/qm und im Jahr 1999 1,67 DM/qm an die Mieter ausgekehrt worden. Aus den im Berufungsverfahren vorgelegten Mietbescheinigungen für die Jahre 1997 bis 1999 ergeben

sich unter Berücksichtigung der Rückbelastungen aus dem Mietpool danach noch geringere Ausschüttungen. So sind im Jahre 1997 4,16 DM/qm, im Jahr 1998 3,95 DM/qm und im Jahr 1999 0,66 DM/qm an die Mieter geflossen. Welche Gründe die gegenüber den kalkulierten 6,50 DM/qm zurückbleibende geringere Ausschüttung in der Vergangenheit hatte, ist nicht weiter aufklärungsbedürftig. Für die Kläger als Erwerber allein entscheidend war, dass sie regelmäßig mindestens 6,50 DM/qm an bereinigten Mieteinnahmen zur Verfügung hatten, da sie der ihnen zuteil gewordenen Beratung folgend hierauf ihre Finanzierung aufgebaut hatten. Angesichts der weit hinter dem kalkulierten Ansatz zurückbleibenden Mieteinnahmen, wäre bei erfolgter zutreffender Beratung der Kläger durch die Beklagte das Scheitern des Finanzierungskonzepts offenkundig gewesen. Anderenfalls hätte die Beklagte die Kläger darauf hinweisen müssen, dass die von ihr in dem Finanzierungsmodell zugrundegelegten Mieteinnahmen von 6,50 DM/qm nicht als gesichert angesehen werden konnten.

2.3. 50

Dass die Beklagte die Schlechterfüllung des zwischen den Parteien bestehenden Beratungsvertrages zu vertreten hat, ergibt sich bereits anhand der vorstehenden Ausführungen, wird dessen ungeachtet aber auch unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches in der bis zum 1. 1. 2002 geltenden Fassung gemäß § 282 BGB vermutet. 51

2.4. 52

Die Kausalität des Beratungsverschuldens der Beklagten für den Abschluss des notariellen Kaufvertrages ist gegeben. Bei einer Aufklärungspflichtverletzung besteht nach gefestigter Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sich der Geschädigte "aufklärungsrichtig" verhalten hätte. Es liegt auf der Hand, dass die Kläger die Eigentumswohnung nicht gekauft hätten, wenn sie gewusst hätten, dass bereits in den zurückliegenden Jahren die kalkulierte Mieteinnahme von 6,50 DM/qm nicht erzielt werden konnte und damit die Basis der Finanzierbarkeit des Ankaufs von Beginn an nicht vorhanden war. 53

2.5. 54

Rechtsfolge ist, dass die Beklagte den Klägern wegen Schlechterfüllung des zwischen den Parteien geschlossenen Beratungsvertrages zum Schadensersatz gem. §§ 249 ff BGB verpflichtet ist. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Die Kläger sind demnach so zu stellen, als wenn sie von der Beklagten richtig und umfassend beraten worden wären. In diesem Fall hätten die Kläger den Kaufvertrag mit Frau Q nicht geschlossen. Zur Rückabwicklung des Kaufvertrages mit Frau Q ist die Beklagte aber nicht in der Lage, weil sie weder über die tatsächlichen noch die rechtlichen Möglichkeiten verfügt, eine Rückübertragung auf die damalige Verkäuferin zu bewirken. Rückabgewickelt werden kann der notarielle Kaufvertrag nur im Verhältnis der damaligen Verkäuferin und Eigentümerin zu den Klägern als Käufer der Wohnung. Die Kläger haben daher, weil die Naturalrestitution nicht möglich ist, gegen die Beklagte gem. § 251 Abs. 1 BGB lediglich einen auf Zahlung von Geld gerichteten Schadensersatzanspruch. Soweit die Kläger unter Hinweis auf die von ihnen vorgelegten Entscheidungen des Oberlandesgerichts Köln v. 13. 12. 1996 und 9. 4. 2003 – 11 U 89/96 und 2 U 52/01 -sowie des Landgerichts Görlitz v. 9. 3. 2000 – 4 O 57/99 - die Auffassung vertreten, eine mögliche Art der Schadensberechnung gehe dahin, dass die Beklagte zur Zahlung des vollen Kaufpreises gegen Übernahme der Wohnung verpflichtet sei, vermag der Senat dem nicht zuzustimmen. Eine solche Schadensberechnung wäre nur dann möglich, wenn die Übertragung des 55

Eigentums an der Wohnung Gegenstand des Leistungsaustauschs zwischen den Parteien, also des Beratungsvertrages, gewesen wäre. Der Haftungsgrund liegt vorliegend aber nicht im Abschluss des Kaufvertrages der Kläger, durch den ihnen erst der Gegenwert der Wohnung zugeflossen ist, sondern bereits in der Falschberatung der Beklagten. Innerhalb dieser Vertragsbeziehung ist aus den oben dargestellten Gründen ein Ausgleich des Schadens durch Naturalrestitution nicht möglich mit der Folge, dass von der Beklagten Schadensersatz in Geld zu leisten ist.

Daraus folgt dass der Hauptantrag, mit dem die Kläger Rückzahlung des von ihnen entrichteten Kaufpreises Zug um Zug gegen Abgabe der auf Übertragung des Wohnungseigentums an die Beklagte gerichteten notariellen Erklärung keinen Erfolg hat. 56

C. 57

Hilfsantrag 58

Der Hilfsantrag, mit dem die Kläger die Feststellung anstreben, dass die Beklagte ihnen zum Ausgleich des Vermögensschadens verpflichtet ist, welcher ihnen aus der dem Ankauf der im Tenor näher bezeichneten Eigentumswohnung zugrundeliegenden Falschberatung entstanden ist, ist zulässig. 59

1. 60

Prozessvoraussetzung für die Feststellungsklage ist neben den allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen einschließlich des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses das schutzwürdige Interesse der Kläger an der alsbaldigen Feststellung. Ein besonderes Feststellungsinteresse der Kläger ist bereits deshalb gegeben, weil die Beklagte ihre Verpflichtung zum Schadensersatz dem Grunde nach in Abrede stellt. 61

2. 62

Soweit die Kläger in der Berufungsinstanz mit dem Hilfsantrag die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten zum Ersatz auch solcher finanzieller Einbußen begehren, die sie erstinstanzlich zum Gegenstand ihrer neben der bereits erstinstanzlich erhobenen Feststellungsklage verfolgten Leistungsklage gemacht haben, stehen dem prozessuale Bedenken nicht entgegen. Insbesondere liegt nicht eine Klageänderung nach § 263 ZPO vor. Die Kläger haben insoweit lediglich eine qualitative Änderung des Klagegegenstandes vollzogen, ohne dass damit eine Änderung des Klagegrundes einher gegangen ist, § 264 Nr. 2 ZPO. Die Kläger haben den gegenüber dem von ihnen erhobenen Hauptantrag vom Senat angemeldeten Bedenken Rechnung getragen, und sind bei unverändert gebliebenem Sachverhalt von der erstinstanzlich erhobenen Leistungsklage mit dem Hilfsantrag insgesamt zu der Feststellungsklage übergegangen (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 25. Aufl., § 264 Rn. 3b). 63

3. 64

Das Feststellungsinteresse der Kläger kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, die Kläger könnten zumindest einen Teil des ihnen in der Vergangenheit entstandenen Schadens bereits im gegenwärtigen Zeitpunkt beziffern und seien daher insoweit auf die Erhebung einer Leistungsklage zu verweisen. Entscheidend ist, dass die Kläger den ihnen durch die Falschberatung entstandenen Gesamtschaden bei Klageerhebung und auch im gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht zu beziffern vermochten bzw. vermögen, weil die Schadensentwicklung immer noch nicht abgeschlossen und noch in der Entwicklung begriffen 65

ist. Ist dies der Fall, so sind die Kläger grundsätzlich nicht gehalten ihre Klage in eine Leistungs- und eine Feststellungsklage zu spalten. Sie dürfen in vollem Umfang Feststellungsklage erheben (BGH VersR 1991, 788 m.w.N.).

4. 66

Die Feststellungsklage ist auch begründet. 67

4.1. 68

Die Beklagte hat die ihr gegenüber den Klägern aus einem zwischen den Parteien geschlossenen selbstständigen Beratungsvertrag resultierende Beratungspflicht schuldhaft verletzt, so dass sie den Klägern zum Ersatz des aus dieser Falschberatung entstandenen und noch entstehenden Schadens verpflichtet ist. Insoweit kann zur Darlegung auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Dass den Klägern durch die Falschberatung ein auszugleichender finanzieller Nachteil entstanden ist ergibt sich bereits daraus, dass die kalkulierten Mieteinnahmen nicht realisiert werden konnten, und damit eine wesentliche Säule der Finanzierung des Vorhabens weggebrochen ist. 69

4.2. 70

Schadensersatzansprüche der Kläger sind durch die von der Beklagten aus Kulanz geleistete Zahlung von 2.500,- DM im Mai 1999 nicht ausgeschlossen. Die Beklagte hat selbst nicht behauptet, dass damit ein Abfindungsvergleich geschlossen worden sei. Von Schadensersatzansprüchen infolge einer Falschberatung der Kläger durch die Beklagte war bis zur Einschaltung der Prozessbevollmächtigten der Kläger auch nicht die Rede. Die Beklagte meint lediglich, die Geltendmachung weiterer Schadensersatzansprüche durch die Kläger sei verwirkt, weil diese den ihnen angebotenen Betrag angenommen und in der Folgezeit keine Ansprüche gestellt hätten. Das begründet nicht die Annahme der Verwirkung. Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend macht, der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht gelten machen werde. Danach ist ein Verwirkungstatbestand nicht festzustellen. Es fehlt bereits an dem Ablauf eines längeren Zeitraums bis zur Geltendmachung des Rechts, der hier 5 ¾ Jahr beträgt. Des weiteren ist nicht erkennbar, aufgrund welcher Umstände sich bei der Beklagten ein Vertrauenstatbestand gebildet haben soll, der diese redlicherweise zu der berechtigten Annahme veranlassen konnte, sie werde aus der dem Ankauf der Eigentumswohnung zugrunde liegenden Falschberatung der Kläger nicht mehr in Anspruch genommen. 71

D. 72

Nebenentscheidungen 73

Die Kostenentscheidung und die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 281 Abs. 3, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 74

Der Senat hat angesichts der von dem Standpunkt des Senats abweichenden Entscheidungen des Oberlandesgerichts Köln hinsichtlich der Frage, ob der durch eine Falschberatung Geschädigte gegen den Schädiger einen Ersatzanspruch auf Erstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übereignung des anderweitig erworbenen Kaufgegenstandes hat, die Revision zugelassen, § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. 75

