
Datum: 25.10.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 25/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:1025.22U25.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 1 O 115/05

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20. Dezember 2006 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin und der Drittwiderbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des von ihnen jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

A.

2

Die Klägerin verlangt von den Beklagten aus eigenem und abgetretenem Recht ihres ehemaligen Lebensgefährten Rückabwicklung eines Kaufvertrages über eine Eigentumswohnung und weitergehenden Schadensersatz, während die Beklagten mit der gegen den Zessionar gerichteten Widerklage die Feststellung des Nichtbestehens von - abtretbaren - Ansprüchen des Widerbeklagten begehren. Wegen der Sachverhaltsdarstellung im Einzelnen wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils vom 20.12.2006 verwiesen.

3

Dass Landgericht hat durch das angefochtene Urteil unter Abweisung der Widerklage der Klage im Wesentlichen stattgegeben und die Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 94.225,98 € nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen von ihnen abzugebende notariell beglaubigte Erklärungen zur Rückauflassung der fraglichen Eigentumswohnung verurteilt und ferner die Verpflichtung der Beklagten zur weiteren Schadensersatzleistung und das Bestehen des Annahmeverzuges festgestellt. 4

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, eine Beratungspflichtverletzung seitens der Beklagten zu 1) liege darin, dass die von ihr vorgenommene Kalkulation einer Mieteinnahme von 8,30 DM/m² (7,59 DM/m² nach Bereinigung um die Verwaltungskosten von 50,00 DM : 71 m²) im Ergebnis zu optimistisch gewesen und in den Jahren 1996 bis 2005 nicht erreicht worden sei. Ausgehend von dem von den Beklagten in der vorgelegten Sollmietenliste vom 01.05.1996 mitgeteilten durchschnittlichen Netto-Mietzins von 9,11 DM/m² und einer nach Darstellung der Beklagten einkalkulierten Instandhaltungsrücklage von insgesamt 1,03 DM/m² (0,60 DM/m² für das Gemeinschaftseigentum und 0,43 DM/m² für das Sondereigentum) sei eine Mieteinnahme von lediglich 8,08 DM/m² und damit weniger als die prognostizierten 8,30 DM/m² verblieben. Im Hinblick auf die bereits seit dem Erwerbsjahr eingetretenen Unterdeckungen sei bezüglich des Vorliegens einer Beratungspflichtverletzung zudem von einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der Beklagten auszugehen. Die Beklagten hätten jedoch nicht dargelegt, dass das Fehlgehen ihrer Kalkulation auf nicht vorhersehbaren Gründen beruhe. Zudem hätten sie pflichtwidrig kein Mietausfallwagnis im Mietpoolbereich einkalkuliert. Die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede greife im Übrigen nicht durch, da die am 13.01.2005 erfolgte Zustellung der am 30.12.2004 eingereichten Klage die Verjährung gehemmt habe und auch eine Beendigung der Hemmung durch Nichtbetreiben des Rechtstreits im Sinne des § 204 Abs. 2 BGB nicht vorliege. 5

Die Widerklage sei zwar zulässig, jedoch angesichts der zu bejahenden Beratungspflichtverletzung unbegründet. 6

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit welcher sie ihre erstinstanzlichen Anträge auf Abweisung der Klage und Stattgabe der Widerklage weiter verfolgen. 7

Sie machen geltend, das Landgericht habe zu Unrecht eine Beweislastumkehr für das Vorliegen einer Beratungspflichtverletzung vorgenommen. Allein aufgrund der erst nach Kaufvertragsabschluss eingetretenen Unterdeckung des Mietpools könne jedoch kein Rückschluss auf eine falsche Kalkulation bei Vertragsschluss gezogen werden. Es habe sich vorliegend erst im weiteren Verlauf des Jahres 1996 sowie den Folgejahren eine relativ kurzfristige andere Entwicklung gezeigt. Soweit die Beklagte zu 1) die seit dem Jahre 1996 angefallenen Unterdeckungen im Jahre 1997 durch einen einmaligen Zuschuss ausgeglichen habe, spreche dies nicht gegen eine seriöse Kalkulation. Denn es seien bewusst einige Wohnungen freigehalten worden für Käufer, die an einer Eigennutzung interessiert gewesen seien. Insofern sei die Beklagte zu 1) durch den Zuschuss nur ihren Verpflichtungen nachgekommen. 8

Auch ein Leerstandsrisiko sei in der Kalkulation berücksichtigt worden. 9

Konkret sei die Kalkulation mit einer Mieteinnahme von 8,30 DM/m² (nach Abzug anteiliger Verwaltungskosten 7,59 DM/m²) nicht erkennbar zu optimistisch gewesen und habe auch auf einer korrekten und seriösen Marktanalyse beruht. Die streitgegenständlicher Wohnung sei seit August 1996 zu einer Bruttomiete von 9,93 DM/m² vermietet gewesen. Nach Abzug der Kosten für die WEG -Verwaltung in Höhe von 40,00 DM sowie der Kosten für die 10

Mietpoolverwaltung sowie der Rücklagen für das Gemeinschaftseigentum in Höhe von 0,60 DM/m² und für das Sondereigentum in Höhe von 0,43 DM/m² ergebe sich ein Nettobetrag von 8,20 DM/m², der über der kalkulierten Mieteinnahme von 7,59 DM/m² liege.

Soweit das Landgericht – ohne einen Hinweis auf diese Absicht in der mündlichen Verhandlung – anhand des auf der Leerstandsliste per 01.05.1996 ausgewiesenen Betrages von 9,11 DM/m² eine Berechnung der nach Abzug der Instandhaltungsrücklagen erzielbaren Miete vorgenommen habe, sei diese Liste bei Kaufvertragsabschluss inhaltlich nicht mehr aktuell gewesen. Bei einem entsprechenden Hinweis des Landgerichts hätten sie, die Beklagten, die Liste der nach dem 01.05.1996 vorgenommenen Neuvermietungen überreicht. 11

Zum Verkaufszeitpunkt habe von den vormals 7 Leerwohnungen nur noch eine Wohnung leer gestanden. Eine Wohnung sei an einen Eigennutzer verkauft und fünf Wohnungen vermietet worden zu einer Durchschnittsnettomiete von 9,42 DM/m². Zwischenzeitlich gekündigte Wohnungen seien ebenfalls direkt wieder vermietet worden, und zwar zu Wohnungsmieten von 10,00 DM/m² und 10,50 DM/m² jeweils zuzüglich Staffelmietvereinbarung. Zum 01.11.1996 habe es folgenden Mietertrag gegeben (GA 748): 12

$150.285,76 \text{ DM} : 16.027,51 \text{ m}^2 = 9,38 \text{ DM/m}^2$ 13

Die Mietpoolabrechnung für 1996 umfasse im Übrigen 7 Monate, da der Vorverwalter die Juni-Miete im Juli 1996 auf das Mietpoolkonto eingezahlt habe. 14

Die eingetretenen Mietpoolunterdeckungen beruhten auf unterschiedlichsten Faktoren, die nicht vorhersehbar gewesen seien. Zunächst sei aus dem bis dahin bestandenen Mietermarkt ein Vermietermarkt geworden. Aufgrund des gestiegenen Angebotes seien auch die Ansprüche der Mieter gestiegen, was wiederum erhöhte Aufwendungen für die Modernisierung der Wohnungen erforderlich gemacht habe. Zudem sei im Vorfeld der EXPO in Hannover ein erhöhter Bedarf an Wohnraum erwartet worden, weswegen viele Neubauten errichtet worden seien. Dieser Bedarf sei überschätzt worden, so dass sich die Leerstände negativ entwickelt hätten. Daneben habe die Unterdeckung auf mangelnder Zahlungsmoral der Mieter beruht, was sich bereits in der Mietpoolabrechnung für 1997 in der Position "Erlösminderung Mieten" in Höhe von 26.669,72 DM zeige. 15

Da im Übrigen die Instandhaltungsrücklage für das Gemeinschaftseigentum ständig überdeckt gewesen sei, zeige sich, dass sie nicht fehlerhaft kalkuliert worden sei. 16

Die von der Klägerin erstinstanzlich vorgetragene weiteren Beratungspflichtverletzungen lägen ebenfalls nicht vor. 17

Über die Finanzierungsform mit Darlehnstilgung über zwei nacheinander anzusparende Bausparverträge, die Entwicklung der Ansparraten, Zinssätze, Zinsbindung und die Laufzeit der Finanzierung sei ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Es habe sich auch um eine geeignete und marktübliche Finanzierung gehandelt. Der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten seien verschiedene Finanzierungsformen vorgestellt worden. 18

Auch über Aufgaben, Funktion und Risiken des Mietpools sei ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Keineswegs sei durch die angegebene Mieteinnahme von 8,30 DM/m² eine Mietgarantie suggeriert worden. 19

Der von der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten gezahlte Kaufpreis von 2.490,00 DM/m², der noch um die von der Beklagten zu 1) getragenen Nebenkosten zu bereinigen sei, sei 20

auch keineswegs sittenwidrig überhöht, wie sich aus den erstinstanzlich vorgelegten Gutachten der Sachverständigen N und I2 für jeweils andere in derselben Wohnanlage gelegene Wohnungen und den dort ermittelten Verkehrswerten von 2.200,00 DM/m² bzw. 2.189,00 DM/m² ergebe.

Zudem beständen Bedenken gegen Art und Weise der Schadensberechnung der Klägerin. Als Schadensersatz könne sie allenfalls Rückzahlung des gezahlten Eigenkapitals sowie der bereits gezahlten Darlehensraten verlangen. Im Übrigen habe sie allenfalls bezüglich der noch zu leistenden Raten einen Freistellungsanspruch. Mieterträge und Steuervorteile seien im Wege des Vorteilsausgleichs in Abzug zu bringen. Da seit Kaufvertragsabschluss mehr als 10 Jahre vergangen seien, könne es nicht mehr zur Rückforderung der AfA kommen. Die Rückabwicklung sei nach aktueller BFH-Rechtsprechung nicht steuerpflichtig. 21

Mangels Fälligkeit des Anspruchs im Hinblick auf die Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung seien auch Verzugszinsen nicht geschuldet. 22

Das Feststellungsbegehren der Klägerin sei wegen bestehender Bezifferungsmöglichkeit der Schäden und des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig. Jedenfalls sei der Antrag auch unbegründet, da der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zustehe und im Übrigen anzurechnende Mieten und Steuervorteile schon beim Feststellungsantrag zu berücksichtigen seien. Zudem werde die Einrede der Verjährung wiederholt. Es werde zur Überprüfung gestellt, ob die Zustellung der Klage am 13.01.2005 noch als " demnächst" im Sinne des § 167 ZPO anzusehen sei. Die Klägerin sei nach Vorliegen der Klageerwidernung mit Schriftsatz vom 26.07.2005, abgesehen von einer Stellungnahme zur Zulässigkeit der Drittwiderklage, untätig geblieben, so dass 6 Monate später, somit im Januar/ Februar 2006, die Hemmung nach § 204 Abs. 2 BGG beendet worden sei. 23

Die Drittwiderklage sei zulässig und mangels Vorliegens eines Schadensersatzanspruchs auch begründet. 24

Die Beklagten beantragen nunmehr, das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 20.12.2006 abzuändern und 25

1. die Klage abzuweisen, 26

2. auf die Widerklage festzustellen, dass dem Drittwiderbeklagten keine Ansprüche, insbesondere keine Schadensersatzansprüche, gegenüber den Beklagten aus Anlass des notariellen Kaufvertrages vom 14.10.1996 des Rechtsanwalts Dr. Q als amtlich bestellten Vertreters des Notars Dr. T in H (Urkundenrolle ###/1996) und den in diesem Zusammenhang geführten Vertragsanbahnungsgesprächen zustehen. 27

Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte beantragen, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Sie verteidigen das angefochtene Urteil und treten dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen. 30

Im Senatstermin vom 25.10.2007 sind die Klägerin und der Drittwiderbeklagte persönlich angehört worden gem. § 141 ZPO. Ferner hat der Senat den Zeugen Q2 vernommen. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Zeugenaussage wird auf den dazu gefertigten Berichterstattevermerk verwiesen. 31

B. Die Berufung bleibt erfolglos.

I. Der von der Klägerin teils aus eigenem, teils aus abgetretenem Recht geltend gemachte Schadensersatzanspruch ergibt sich dem Grunde nach aus positiver Vertragsverletzung eines zwischen der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten einerseits und der Beklagten zu 1) andererseits im Zusammenhang mit den Kaufvertragsverhandlungen zustande gekommenen Beratungsvertrages. 33

1. Die Haftung des Beklagten zu 2) als persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1) folgt dabei aus §§ 161 Abs. 3, 128 HGB. Auch wenn zwischen der Haftung der Gesellschaft und derjenigen des Gesellschafters kein echtes Gesamtschuldverhältnis bestehen mag, sind jedoch die Regeln über die Gesamtschuld anwendbar, wenn dies unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessen der Beteiligten im Einzelfall angemessen ist. Dies ist für die Gesellschaft als originär Verpflichtete grundsätzlich zu bejahen; sie haftet mit dem Gesellschafter jedenfalls "wie ein Gesamtschuldner" (vgl. Palandt-Sprau, 66. Aufl., BGB, § 714 Rn 15 unter Hinweis auf BGHZ 146, 341). Die Tenorierung, wonach die Beklagten "als Gesamtschuldner" verurteilt worden sind, ist für den Beklagten zu 2) erkennbar nicht nachteilig, zumal er gem. § 129 I HGB auch stets die der Gesellschaft zustehenden Einwendungen gegen den Anspruch geltend machen kann. 34

2. Im Ausgangspunkt wird auch von den Beklagten nicht bezweifelt, dass zwischen der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten einerseits und der Beklagten zu 1) andererseits ein Beratungsvertrag zustande gekommen ist, da die Erwerber der Eigentumswohnung vor dem Abschluss des notariellen Kaufvertrages von den für die Beklagte zu 1) auftretenden Vermittlern beraten und ihnen hierbei verschiedene Unterlagen mit Berechnungen (Musterrentabilitätsberechnung, Finanzierungsplan, Aufwandsermittlung, Besuchsaufträge) vorgelegt worden sind. Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. NJW 2004, 64; WuM 2005, 205) kommt zwischen dem Verkäufer und dem Käufer einer Immobilie ein Beratungsvertrag zustande, wenn der Verkäufer im Zuge eingehender Vertragsverhandlungen dem Käufer einen ausdrücklichen Rat erteilt oder dem Käufer als Ergebnis der Verhandlungen ein Berechnungsbeispiel über Kosten und finanzielle Vorteile des Erwerbs vorlegt, die den Käufer zum Vertragsabschluss bewegen sollen. Soweit sich die Verkäuferseite hierbei anderer Personen als Vertreter bedient, ergibt sich deren stillschweigende Bevollmächtigung zum Abschluss des Beratungsvertrages aus den Umständen (§ 167 BGB). 35

Ein 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. 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 dabei das Kernstück der Beratung, da diese den Käufer von der Möglichkeit überzeugen soll, 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. Schließt der Käufer auf Empfehlung des Beratenden zudem einen Mietpoolvertrag ab, durch den die hieran Beteiligten die gemeinsame Verwaltung und Instandhaltung des jeweiligen Sondereigentums übernehmen, muss der Beratende bei der Berechnung des Eigenaufwands auch das damit verbundene Kostenrisiko, etwa in Form einer angemessenen Rücklage für die Instandhaltung des Sondereigentums, berücksichtigen. Wenn er hierbei ein in tatsächlicher Hinsicht unzutreffendes, zu positives Bild der Ertragserwartung der Immobilie zeichnet und dem 36

Interessenten dadurch zum Vertragsschluss veranlasst, verletzt er seine Beratungspflichten (vgl. BGH WM 2005, 69, 70; WuM 2005, 205). Nichts anderes gilt bezüglich der Pflicht zur Berücksichtigung des Kostenrisikos auch unter dem Gesichtspunkt, dass mögliche Mietausfälle durch Wohnungsleerstände oder uneinbringliche Mietforderungen durch Kalkulierung einer ausreichenden Reserve berücksichtigt werden müssen. Denn auch dieses Risiko hat Einfluss auf den Eigenaufwand des Käufers und hat Auswirkungen auf die Möglichkeit, das Objekt mit seinen Mitteln erwerben und halten zu können. Bei dem vorgesehenen Beitritt zu einem Mietpool ist daher das darin liegende Risiko, nicht nur die Lasten der Unvermietbarkeit der eigenen Wohnung, sondern auch die anteiligen - Lasten der Unvermietbarkeit anderer Wohnungen tragen zu müssen, bei der Berechnung des Eigenaufwandes **anzusprechen** und z. B. in Form von Abschlägen bei den Einnahmen oder von Zuschlägen bei den monatlichen Belastungen angemessen zu **berücksichtigen** (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 66/06 und Urteil vom 10.11.2006, V ZR 73/06).

3. Die von dem Landgericht angenommenen Beratungspflichtverletzungen sind gegeben. 37

a) Eine fehlerhafte Kalkulation der Mieteinnahmen ist zu bejahen. 38

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass für die Beurteilung der Angemessenheit der Kalkulation nicht auf die nach Darstellung der Beklagten seit August 1996 für die streitgegenständliche Wohnung vereinbarte Bruttomiete von 9,93 DM/m² abgestellt werden kann, da die Wohnungserwerber beratungsgemäß an einer Mieteinnahmegemeinschaft teilnehmen sollten und daher nur eine von allen Mietpoolteilnehmern erzielbare Durchschnittsmiete zugrunde gelegt werden kann. 39

Die Beklagte zu 1) hat, wie sich aus den erstinstanzlich vorgelegten Beratungsunterlagen (Musterrentabilitätsberechnung, Besuchsaufträge) und in näheren Einzelheiten auch aus der mit der Berufungsbegründung vorgelegten, nach ihrer Darstellung den Erwerbern vor Vertragsschluss ausgehändigten Mietbescheinigung (GA 660) ergibt, mit einer **Bruttomieteinnahme** (für die am Mietpool beteiligten Wohnungen, ohne Tiefgaragenstellplätze) **von 9,33 DM/m²** (662,43 DM : 71 m²) kalkuliert. Bereinigt um Verwaltungskosten von 40,00 DM + 10,00 DM (0,70 DM/m²) und Instandhaltungsrücklagen von 42,60 DM + 30,53 DM (1,03 DM/m²) sollte sich somit eine monatliche Mieteinnahme von 539,30 DM ergeben, also eine **Nettomieteinnahme von 7,60 DM/m²**. 40

aa) Bei Zugrundelegung des erstinstanzlichen Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 02.11.2006 (GA 421) und der hierzu vorgelegten Sollmietenliste per 01.05.1996 (GA 431 ff.) wurde zu diesem Zeitpunkt, unmittelbar vor Erwerb der Wohnanlage von dem Voreigentümer durch die Beklagte zu 1), anschließender Aufteilung in Wohnungseigentum und Beginn der Vermarktung, jedoch lediglich eine durchschnittliche Mieteinnahme von **9,11 DM/m²** erzielt (nach Abzug der Fläche von 7 Leerwohnungen monatlich 146.666,93 DM : 16.104,82 m² Wohnfläche insgesamt, vgl. GA 458). Nach Vornahme der genannten Abzüge von 0,70 DM/m² und 1,03 DM/m² verblieb rechnerisch nur noch eine Nettomieteinnahme von **7,38 DM/m²**, die somit unter den kalkulierten 7,60 DM/m² lag. Selbst bei Abzug der von der Beklagten für angemessen gehaltenen Rücklage für die Instandsetzung des Gemeinschafts- und Sondereigentums von lediglich 1,03 DM/m² konnte die dargestellte Kalkulation der Beklagten zu 1) daher nicht aufgehen. 41

Angesichts dieses Vortrags der Beklagten durfte das Landgericht auch ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Angemessenheit der Kalkulation der Mieteinnahme vom Vorliegen einer Beratungspflichtverletzung ausgehen. Bereits in seinem Beschluss vom 04.10.2006, durch welchen gem. § 128 Abs. 2 ZPO das schriftliche Verfahren angeordnet 42

worden war, hatte das Landgericht den Beklagten den Hinweis erteilt, dass es vom Vorliegen einer Beratungspflichtverletzung ausgehen wolle und das bewusste Freihalten von Wohnungen die Beklagten nicht entlasten dürfte, vielmehr dieser Umstand für den Mietpool Risiken beinhalte, so dass hier ein zusätzlicher Aufklärungsbedarf bestanden habe. In der ihnen eingeräumten Stellungnahme haben die Beklagten sodann mit Schriftsatz vom 02.11.2006 ihre Kalkulation mit einer Mieteinnahme von 9,11 DM/m² dargestellt.

Soweit die Beklagten erstmals in der Berufungsbegründung vortragen, die Kalkulation mit einer Bruttomieteinnahme von 9,11 DM/m² sei bei Kaufvertragsabschluss schon nicht mehr aktuell gewesen, tatsächlich habe die Beklagte zu 1) aufgrund zwischenzeitlicher Neuvermietungen mit einer höheren Durchschnittsmiete rechnen können, handelt es sich um neues Vorbringen, welches mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen ist. Soweit die Beklagten geltend machen, bei einem Hinweis des Gerichts hätten sie die Liste der nach dem 01.05.2006 vorgenommenen Neuvermietungen überreicht, ergibt sich hieraus, dass ihnen die aus dieser Liste herzuleitenden Informationen bereits in erster Instanz vorlagen. Das Landgericht hatte im Beschluss vom 04.10.2006 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie dem Gericht alles vorzubringen hätten, was für den Streitfall von Bedeutung sei. 43

Unter diesen Umständen können die Beklagten nicht damit gehört werden, der jetzige, von der Gegenseite im Übrigen bestrittene Vortrag sei lediglich aufgrund eines fehlenden Hinweises des erstinstanzlichen Gerichts unterblieben. 44

bb) Aber selbst auf der Grundlage des neuen Vorbringens der Beklagten ist von einer unzureichenden Kalkulation der dauerhaft und nachhaltig zu erzielenden Mieteinnahme auszugehen. 45

Zwar würde eine durchschnittliche Bruttomieteinnahme von 9,38 DM/m² rechnerisch ausreichen, um nach Abzug der Verwaltungskosten von 0,70 DM/m² und des von der Beklagten zu 1) für angemessen gehaltenen Betrages von insgesamt 1,03 DM/m² für Instandhaltungsrücklagen eine Nettomietausschüttung von 7,60 DM/m² zu gewährleisten ($9,38 \text{ DM/m}^2 - 0,70 \text{ DM/m}^2 - 1,03 \text{ DM/m}^2 = 7,65 \text{ DM/m}^2$). Für die Abdeckung eines Mietausfallrisikos, welches sich aus den bei einer Anlagengröße von über 200 am Mietpool beteiligten Wohnungen nicht gänzlich vermeidbaren gelegentlichen Leerständen und Zahlungsausfällen ergibt, wäre dabei allerdings nur noch ein Betrag von **0,05 DM/m²** verblieben, der angesichts des Umstands, dass in der von der Beklagten vorgenommenen Ermittlung der Durchschnittsmiete der Leerstand nur einer Wohnung zugrunde lag, zu niedrig war. 46

Der von den Beklagten vertretene Auffassung, angesichts der Beteiligung an einem Mietpool habe ein Mietausfallwagnis nicht einkalkuliert werden müssen, ist nicht zu folgen. Auch bei einem Zusammenschluss von Wohnungen zu einem Mietpool besteht das Risiko des Leerstands einzelner Wohnungen und des Ausfalls von Mietforderungen, was Einfluss auf die von den Erwerbern zu erwartende Rendite hat. Im Übrigen entnimmt der Senat der Entscheidung des BGH vom 20.07.2007 - V ZR 227/06 - (Rn 11), dass zumindest ("nicht nur") die Einkalkulierung eines Mietausfallrisikos erforderlich ist. 47

Von Sachverständigen wird das bei einer seriösen Kalkulation anzunehmende Mietausfallwagnis bei derartigen Wohnanlagen in Anlehnung an die II. Berechnungsverordnung üblicherweise mit **2 %** (in Einzelfällen auch etwas darüber) der Rohmiete angenommen, ein Wert, mit dem auch die Beklagten in anderen dem Senat angefallenen Verfahren argumentiert haben. Auf der Basis des Zahlenwerks der Beklagten im 48

Schriftsatz vom 21.09.2007 (GA 748) würde bei einer vollständigen Vermietung aller am Mietpool beteiligten Wohnungen die Gesamtmiete am 01.11.1996 sich auf 151.033,50 DM (150.285,76DM + 747,74 DM) belaufen haben. Bei einer Mietpoolfläche von 16.027,51 DM würde sich daraus eine durchschnittliche Rohmiete von **9,42 DM/m²** ergeben. Das Mietausfallwagnis wäre dann mit **0,19 DM/m²** zu kalkulieren gewesen. Bei Zugrundelegung der übrigen Ansätze der Beklagten war die Kalkulation fehlerhaft:

9,42 DM/m² erzielbare Rohmiete - 0,70 DM/m² Verwaltungskosten - 1,03 DM/m² Instandhaltungsrücklagen - 0,19 DM/m² Mietausfallwagnis 49

7,50 DM/m² 50

Bereits daraus ergibt sich, dass die Kalkulation der Beklagten zu 1) mit einer Nettomieteinnahme von 7,60 DM/m² selbst auf der Basis einer bei Kaufvertragsabschluss gestiegenen Durchschnittsmiete nicht aufgehen konnte. 51

Darüber hinaus sind auch die kalkulierten Instandhaltungsrücklagen von insgesamt 1,03 DM/m² (ein Anteil an der durchschnittlichen Rohmiete von 9,42 DM/m² von **10,9 %**) im Vergleich mit üblicherweise von Sachverständigen gewählten Ansätzen als zu gering zu bewerten. 52

Eine in Anlehnung an § 28 Abs. 2 der II. Berechnungsverordnung in der ab 01.08.1996 gültigen Fassung ermittelte Instandhaltungspauschale, die von einigen Sachverständigen als vertretbar angesehen wird, hätte sich für Wohnungen, die - wie vorliegend - in der Zeit vom 01.01.1970 bis zum 31.12.1979 bezugsfertig geworden sind, auf **1,53 DM/m²** (16,50 DM Ausgangswert + 1,85 DM Zuschlag für Aufzug, demnach 18,35 DM : 12) belaufen. 53

Soweit Sachverständige unter Anwendung der Wertermittlungsliteratur vgl. Kleiber, Blatt 1687) eine angemessene Instandhaltungsrücklage auf der Basis eines Prozentsatzes (1,0 % bis 1,6 %) der Neuherstellungskosten ermitteln, würde sich bei einem vorsichtigen Ansatz für Neuherstellungskosten von 1.600,00 DM/m² im Jahre 1996 (der Sachverständige Dipl.-Ing. N nimmt für 2002 einen Bauwert von 2.000,00 DM/m² an) und dem untersten Prozentsatz von 1,0 % eine angemessene monatliche Instandhaltungsrücklage von **1,33 DM/m²** ergeben. 54

Als Faustformel wird zudem von Sachverständigen für Instandhaltungskosten häufig ein Prozentsatz von **15 %** der Rohmiete angenommen. Dies würde vorliegend einen Betrag von **1,41 DM/m²** ergeben. 55

Das von den Beklagten vorgelegte Gutachten des Sachverständigen N für eine in derselben Wohnanlage gelegenen Wohnung nimmt zwar lediglich 20 % Bewirtschaftungskosten (Verwaltungskosten, Instandhaltungskosten, Mietausfallwagnis) ohne nähere Aufschlüsselung an. Das Gutachten betrifft jedoch eine insgesamt 130,65 m² große Wohnung, für welche die - vorliegend je Wohneinheit anfallenden - Verwaltungskosten von monatlich insgesamt 50,00 DM nur 0.38 DM/m² (ca. 4,0 % der durchschnittlichen Rohmiete am 01.11.1996) ausmachen. Demgegenüber belaufen sich die Verwaltungskosten für die lediglich 71 m² große streitgegenständliche Wohnung auf 0,70 DM/m² (ca. 7,4 % der Rohmiete), so dass die Bewirtschaftungskosten bei einem pauschalen Ansatz wie im Gutachten des Sachverständigen N mit insgesamt 23,4 % anzunehmen wären. Es würde sich ein Ansatz für Verwaltungskosten von **14 %** der Rohmiete (23,4 % Bewirtschaftungskosten - 7,4 % Verwaltungskosten - 2,0 % Mietausfallwagnis) ergeben. Es wären danach für Instandhaltungskosten **1,32 DM/m²** anzusetzen. 56

Das von den Beklagten ebenfalls vorgelegte Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. I2 für eine gleich große Wohnung in derselben Wohnanlage geht von nicht umlagefähigen Betriebskosten von jährlich 8,45 €/m² aus, was monatsanteilig 0,74 € = **1,38 DM** ergibt. Wenngleich das Gutachten für einen späteren Stichtag (Mai 2002) erstellt worden ist und daher für den Zeitraum Ende 1996 keine direkte Aussagekraft besitzt, bestätigt sich jedoch die Tendenz, dass die Kalkulation mit lediglich 1,03 DM/m² für Instandhaltungsrücklagen nach den Maßstäben einer ordnungsgemäßen Immobilienwirtschaft nicht ausreichend war.

Soweit die Beklagten mit Schriftsatz vom 18.10.2007 darauf hinweisen, dass in dem Lexikon für Baufinanzierungen von Gerhards/Keller, 4. Auflage 1993, sogar ein Betrag von nur 0,50 DM/m² für ausreichend gehalten wurde, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Dieser Wert bezieht sich nur auf die Instandhaltungsrücklage für das Gemeinschaftseigentum (nicht auch für das Sondereigentum) und - wie sich den weiteren Ausführungen des Autors unter dem Oberbegriff Instandhaltungsrücklage entnehmen lässt - ohnehin ersichtlich auf Neubauten, da der Autor zusätzlich darauf hinweist, dass "bei Umwandlung von älteren Mehrfamilienhäusern in ETW und anschließendem Verkauf [ist] insbesondere darauf zu achten [ist], ob eine I. vorhanden ist. Vielfach wird bei Verkauf ein Grundbetrag eingelegt oder von den Käufern eine erste Stammeinlage verlangt".

Die Beklagte zu 2) hat im Übrigen bei den verschiedensten Wohnanlagen dieses Alters – so auch hier – einen Betrag von **0,60 DM/m²** für die Instandhaltungsrücklage des Gemeinschaftseigentums für erforderlich gehalten.

Gegen das Vorliegen einer Falschberatung lässt sich auch nicht anführen, dass die von der Beklagten zu 1) kalkulierte Instandhaltungsrücklage für das Gemeinschaftseigentum offenbar ausreichend war und es hier nicht zu Unterdeckungen, sondern zu einem stetigen Aufbau der Rücklage gekommen ist. Im Bereich des Mietpools (Sondereigentum) war die kalkulierte Rücklage von 0,43 DM/m² erkennbar unzulänglich.

Die Mietpoolabrechnung für das erste vollständige Vermietungsjahr 1997 (GA 64) zeigt folgende Ausgaben für das **Sondereigentum**:

Reparaturen am Sondereigentum 89.102,92 DM Sonstige Kosten am Sondereigentum 32.437,11 DM Lohn und Nebenkosten 20.920,92 DM

142.530,26 DM

Demgegenüber konnten aus der kalkulierten Instandhaltungsrücklage für das Sondereigentum bei 14.952,00 m² Wohnfläche des Mietpools nur folgende Einnahmen erwartet werden:

14.952,00 m² x 12 x 0,43 DM = 77.152,32 DM

Dies zeigt, dass die in diesem Jahr eingetretene Unterdeckung des Mietpools keineswegs nur auf einen bei Kaufvertragsabschluss noch nicht absehbaren Einbruch des Mietmarktes zurückgeführt werden kann. Selbst bei einer vollständigen Vermietung aller Wohnungen musste es bei den getätigten Ausgaben für das Sondereigentum zu einer Unterdeckung des Mietpools kommen.

Soweit die Beklagte zu 1) Ende 1996 noch mit einer größeren Mietpoolfläche (16.104,82 m²) gerechnet haben sollte, würden den insoweit höheren Einnahmen auch entsprechend höhere Ausgaben gegenüber stehen.

b) Die Beklagten können auch nicht mit Erfolg einwenden, die Beklagte zu 1) habe die sich rechnerisch ergebende Unterdeckung von 221.940,92 DM durch eine einmalige Zahlung ausgeglichen. Diese nach dem Protokoll zur Mietpoolversammlung vom 10.09.1998 (A 35) "kulanterweise" übernommene Ausgleichszahlung (Verlustübernahme) haben die Beklagten - im Gegensatz zu der in der Berufungsinstanz behaupteten nahezu vollständigen Vermietung aller Wohnungen per 01.11.1996 - im Schriftsatz vom 26.07.2005 (GA 186) damit erklärt, dass "ein Teil der Wohnungen für potentielle Eigennutzer freigehalten worden" sei, so dass "natürlich im fraglichen Zeitraum eine gewisse Unterdeckung entstanden" sei. Dass der Ausgleich des Verlustes gerade auch vor dem Hintergrund von im Zeitpunkt der Vermarktung erforderlichen oder bereits beabsichtigten Aufwendungen für das Sondereigentum erfolgt ist, haben die Beklagten dagegen nicht behauptet. Auch waren bevorstehende Reparatur- oder Renovierungsaufwendungen für das Sondereigentum nicht Gegenstand der Beratungen. 68

Auf die Frage, ob im Hinblick auf die tatsächlich eingetretene Entwicklung des Mietpools eine Umkehr der Beweislast für das Vorliegen einer voraussehbaren Falschkalkulation geboten ist, kommt es im Ergebnis nicht an, weil schon nach dem unstreitigen Sachverhalt von einer fehlerhaften Kalkulation der nachhaltig erzielbaren Mieteinnahme auszugehen ist. 69

Soweit nach dem Vortrag der Beklagten im Vorfeld der EXPO 2000 im Umfeld von Hannover ein erhöhter Wohnbedarf erwartet worden sein soll und sie deswegen auf steigende Mieteinnahmen gesetzt haben sollten, worauf ihr Vortrag zur Höhe der bis Ende 1996 neu abgeschlossenen Mietverträge hindeutet, enthält ihre Berechnung ein spekulatives Element, über welches ein Käufer Aufklärung erwarten kann, wenn es bei der Kalkulation und damit bei der Berechnung der den Käufer treffenden monatlichen Belastungen berücksichtigt worden ist (BGH, Urteil vom 20.07.2007 - V ZR 227/06 -). 70

4. Die übrigen von der Klägerin behaupteten Beratungspflichtverletzungen hält der Senat allerdings nicht für gegeben oder nicht für bewiesen. 71

a) Von einer fehlenden Aufklärung bezüglich des Mietpools ist nicht auszugehen. 72

Dass den Wohnungserwerbern - der Klägerin und ihrem damaligen Lebensgefährten jedenfalls im Prinzip klar war und dies auch bei den Beratungen angesprochen worden ist, in welcher Weise das sich aus einem Mietpoolbeitritt ergebende Risiko, für den Mietausfall auch anderer Wohnungen - anteilig - mithaften zu müssen, ergibt sich zum Einen aus dem Inhalt des von ihnen abgeschlossenen Mietpoolvertrages, in dessen § 1 es u. a. heißt: 73

74

Der Erwerber will die Wohnung nicht selbst nutzen und legt Wert auf eine Sicherung vor vollständigen Mietausfällen während eventueller Leerstände seiner Wohnung. Er beauftragt und bevollmächtigt deshalb den Verwalter mit der Bildung einer Mieteinnahmegemeinschaft, der gleichinteressierte Mitglieder der Grundstücksgemeinschaft in möglichst großer Zahl angehören sollen. ... 75

Auch heißt es in § 2 u. a.: 76

1. 77

.... Danach beauftragt der Erwerber den Verwalter, aus den eingehenden Mieten eine Instandhaltungsrücklage für das Sondereigentum zu bilden, aus der gemeinsam mit den anderen Teilnehmern am Mietpool Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungsmaßnahmen für 78

das Sondereigentum bestritten werden. Nicht durch Rücklagen gedeckte Aufwendungen werden der Mieteinnahmegemeinschaft im Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen belastet. Nach Ablauf jedes Kalenderjahres erstellt der Verwalter eine Abrechnung.

4. 79

Der Verwalter kann nicht dafür haftbar gemacht werden, dass die Mieter ihren Mietverpflichtungen pünktlich in voller Höhe nachkommen. 80

Dass der Mietpool den Erwerbern als eine Art Garantie für die bei den Beratungen angegebene Mieteinnahme dargestellt worden ist, lässt sich daraus gerade nicht entnehmen. 81

Zum anderen ergibt sich auch aus den Beratungsunterlagen, dass den Erwerbern das System des Mietpools beschrieben worden ist. 82

In den von den Erwerbern unterzeichneten Besuchsaufträgen ist unter 83

3. Folgende Informationen zum Objekt sind bekannt 84

u. a. das Wort "Mietpool" angekreuzt. 85

Auch die persönliche Anhörung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten hat im Übrigen ergeben, dass ihnen die Funktion des Mietpools als solcher schon klar gewesen sei. 86

b) Eine fehlerhafte Beratung liegt auch nicht bezüglich der empfohlenen Finanzierung vor. 87

aa) Zunächst ist ein Beratungsverschulden der Beklagten unter dem Gesichtspunkt fehlender Aufklärung über die steigenden Bausparraten jedenfalls nicht erwiesen. Wenngleich in der Musterrentabilitätsberechnung als Tilgung nur ein monatlicher Betrag von 156,00 DM genannt ist, nicht aber genaue Steigerungszahlen aufgeführt sind, ergibt sich ein Hinweis auf den Anstieg der Ansparaten auf die zur Tilgung einzusetzenden Bausparverträge jedoch bereits aus dem Zusatz (Ansparung BS zu Beginn). 88

Ferner ist auch in dem von den Erwerbern am 12.10.1996, also bereits zwei Tage vor der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages, unterzeichneten Darlehensantrag an die Badenia Bausparkasse von einer Mindestsparrate von 156,00 DM die Rede (A 19, GA 95). Bereits dies sind deutliche Hinweise darauf, dass die Erwerber bezüglich des Anstiegs der Rate nicht unberaten gewesen sind. Zudem ist in dem von den Erwerbern unterzeichneten Darlehensvertrag über das Vorausdarlehen auf S. 2 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die monatliche Sparrate ab dem 4. Jahr auf 182,70 DM, ab dem 7. Jahr auf 252,30 DM und ab dem 10. Jahr auf 321,90 DM steigt (A 20, GA 97 R). Zwar ist dieser Darlehensvertrag erst am 08.11./16.11.1996 geschlossen worden; eine erst darin enthaltene Aufklärung wäre nicht rechtzeitig vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages erfolgt, hätte also die Kausalität einer unterbliebenen Aufklärung für das Schadensereignis nicht von vornherein beseitigen können. Jedoch ist aus der fehlenden zeitnahen Rüge seitens der Erwerber zu schließen, dass eine Aufklärung bei den Beratungsgesprächen nicht unterblieben sein kann. Die von der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten bei ihrer persönlichen Anhörung abgegebene Darstellung, sich die Zahlenangaben vor Unterzeichnung des Darlehensvertrages nicht mehr durchgelesen zu haben, erscheint nicht als überzeugend. 89

Die in Rede stehende Aufklärung brauchte auch nicht schriftlich zu erfolgen; ferner besteht auch keine Dokumentationspflicht über die Erfüllung der Beratungs- und Aufklärungspflichten (vgl. BGH NJW 2006,1429). 90

5. Soweit die Klägerin ihr Klagebegehren erstinstanzlich auch auf das Vorliegen einer sittenwidrigen Kaufpreisgestaltung gestützt und eine Kaufpreisüberhöhung um mehr als 100 % behauptet hat (GA 31), war dies nicht mehr Gegenstand ihres Vorbringens in der Berufungsinstanz. Der Hinweis auf einen sich aus der 13 fachen Jahresmiete ergebenden Ertragswert von 87.611,16 DM ist auch kein schlüssiger Vortrag für einen derartig geringen Verkehrswert, jedenfalls nachdem die Beklagten 2 Gutachten über den Verkehrswert von 2 anderen in derselben Wohnanlage gelegenen Wohnungen vorgelegt haben, die zu Verkehrswerten in der Nähe des zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreises liegen, welcher zum Zwecke der Vergleichbarkeit noch um die von der Beklagten zu 1) getragenen Nebenkosten bereinigt werden müsste. Einen konkreten Instandhaltungsstau gerade der von ihr und dem Drittwiderbeklagten erworbenen Wohnung, der sich negativ auf die Bewertung ausgewirkt hätte, hat die Klägerin nicht behauptet. 91

II. Die Klägerin hat im Hinblick auf die oben bejahte Beratungspflichtverletzung Anspruch auf Schadensersatz und kann verlangen, so gestellt zu werden, als wäre der Vertrag nicht zustande gekommen. 92

1. Dies beinhaltet nicht lediglich einen Anspruch auf Rückzahlung des von ihr und dem Drittwiderbeklagten gezahlten Eigenkapitals sowie der bereits gezahlten Darlehensraten und im Übrigen Freistellung von der eingegangenen Darlehensverbindlichkeit. Die insoweit von den Beklagten angeführte Kommentarstelle Nachtrag zu Palandt, BGB, 65. Aufl., S. 4 zu den EuGH-Urteilen vom 25.10.2005 bezüglich "Schrottimmobilien" betrifft die Form der Haftung des Darlehensgebers bei einer unterbliebenen Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufgesetz. Bei Beratungspflichtverstößen des Verkäufers muss es jedoch bei dem Grundsatz bleiben, dass als Schadensersatz auch die Rückzahlung des gesamten Kaufpreises gefordert werden kann. Denn gem. § 249 S. 1 BGB hat der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. 93

2. Soweit die Beklagten darauf hinweisen, dass die Klägerin sich die vereinnahmten Mieterträge im Wege des Vorteilsausgleichs auf den Schadensersatzanspruch anrechnen lassen müsse, gilt dies nicht gegenüber dem auf Rückabwicklung des Kaufvertrages gerichteten Klageantrag zu 1., sondern ist ggfls. bei dem auf weiteren Schadensersatz gerichteten Klageantrag zu 2. zu beachten. Denn es steht aufgrund des unstreitigen Vorbringens der Parteien fest und ergibt sich aus den Beratungsunterlagen, dass die Gesamtbelastung aus der Finanzierung der Eigentumswohnung die Mieteinnahmen überstieg und ein Eigenaufwand der Klägerin und des Drittwiderbeklagten verblieb. 94

Im Falle der Beschränkung des Schadensersatzes auf die Rückabwicklung des Leistungsaustausches (Immobilie gegen Kaufpreis) und auf die Erstattung der mit dem Vertragsschluss verbundenen Nebenkosten (Notargebühren, Maklerprovision u. ä.) braucht sich der Käufer einen nutzungsbedingten Vorteil nicht anrechnen zu lassen, wenn er seinerseits dem Verkäufer die aus der Kaufsumme gezogenen Nutzungen überlässt. 95

Lediglich dann, wenn der Käufer im Rahmen des großen Schadensersatzes nicht nur den Leistungsaustausch, sondern seine Investitionsentscheidung insgesamt rückgängig macht und auf dieser Grundlage Ersatz seiner Aufwendungen zur Finanzierung des Kaufpreises verlangt, dem Verkäufer also im wirtschaftlichen Ergebnis die Nutzungen des Kaufpreises nimmt, ferner dann, wenn der Käufer Erstattung der von ihm während seiner Nutzungsdauer für die Erhaltung und Bewirtschaftung der Immobilie aufgewandten Kosten verlangt, muss er sich **auf diese Schadenspositionen** den Wert der Nutzungen anrechnen lassen (vgl. BGH NJW 2006, 1582, Rn 20 - 26). 96

- Die Anrechnung der Mieteinnahmen kann daher zulässigerweise im Rahmen des Feststellungsantrages nach Berechnung und Bezifferung des weiteren Schadens vorgenommen werden. Der Feststellungsantrag selbst braucht die Art der anzurechnenden Vorteile noch nicht zu umfassen. Der Antrag **kann**, muss aber nicht darauf gerichtet sein, bereits jetzt alle oder bestimmte, einzelne Streitpunkte des Rechtsverhältnisses zu klären (vgl. Zöller- Greger, 26. Aufl., ZPO, § 256 Rn 7 b). Ausreichend ist vorliegend der Antrag auf Feststellung der Pflicht zum Ersatz des weiteren Vermögensschadens. 97
3. Gleiches gilt auch im Hinblick auf eine von den Beklagten gewünschte Anrechnung von Steuervorteilen, die von den Wohnungserwerbern erzielt worden sind. Da die Finanzierungsaufwendungen einen hieraus resultierenden Steuervorteil überstiegen, ist eine Anrechnung solcher Vorteile jedenfalls auf den mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachten Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung nicht geboten. 98
- Darüber hinaus neigt der Senat zu der Auffassung, dass Steuervorteile, die aufgrund des Eigentumserwerbs erlangt worden sind, nicht im Wege des Vorteilsausgleichs berücksichtigungsfähig sind. 99
- Grundsätzlich gehören Steuervorteile zwar zu den auf den Schadensersatzanspruch eines Geschädigten anzurechnenden Vorteilen. Jedoch ist eine typisierende Betrachtungsweise angezeigt. Danach sind Steuervorteile jedenfalls dann nicht zu berücksichtigen, wenn die Schadensersatzleistung für den Kläger ebenfalls zu versteuern ist. Hier ist anzunehmen, dass die der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten zurück zu erstattenden Werbungskosten gem. § 9 ESTG im Zuflussjahr der Besteuerung unterliegen (vgl. BGH NJW-RR 2004, 79; BGH vom 17.11.2005 – III ZR 350/04 – unter Hinweis auf BFH NJW 1995, 499; BFHE 170, 111; BFHE 171, 183). 100
- Soweit die Beklagten eine Darlegung der Klägerin dazu vermissen, dass Steuervorteile aufgrund von Rückforderungen des Finanzamtes bei ihr und dem Drittwiderbeklagten letztlich nicht angefallen seien, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich der Schädiger, hier also die Beklagten, für schadensmindernde Vorteile darlegungs- und beweispflichtig sind, es allerdings Beweiserleichterungen gibt, wenn es sich um Geschehnisse aus dem Vermögensbereich der anderen Partei handelt, etwa bei der Berücksichtigung von Steuervorteilen. Jedoch muss zunächst der Schädiger überhaupt geltend machen, dass ein Vorteil anzurechnen ist. Diese Darlegung ist ihm nicht erlassen. Eine solche nähere Darlegung ist aber schon deswegen erforderlich, weil etwaige Steuervorteile der Klägerin und des Drittwiderbeklagten dadurch wieder ausgeglichen sein können, dass der zugesprochene Schadensersatzbetrag seinerseits zu versteuern ist, wie hier als zurückerstattete Werbungskosten (vgl. BGH NJW-RR 2004, 79). Insoweit geht es auch nicht um eine Rückgängigmachung der AfA, die aufgrund der nach 10 Jahren eintretenden Festsetzungsverjährung nach § 23 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 und Satz 4 EStG nicht mehr in Frage kommen mag, sondern um eine Versteuerung des zu erhaltenden Schadensersatzbetrages im Jahre des Zuflusses. Aus der Entscheidung des BFH vom 27.06.2006 - IX R 47/04 - lässt sich für den Standpunkt der Beklagten nichts herleiten. Verneint werden dort bei der Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages lediglich das Vorliegen eines steuerpflichtigen Veräußerungsgeschäfts und eine Versteuerungspflicht des zurückerhaltenen Kaufpreises. Eine Versteuerungspflicht anderer erhaltener Schadensersatzbeträge, etwa, soweit sie auf Finanzierungsaufwendungen beruhen, wird dort nicht angesprochen. 101
- Letztlich braucht aber die Frage der Anrechnung derartiger Vorteile nicht bereits im Rahmen eines Feststellungsbegehrens beurteilt zu werden, sondern erst nach Bezifferung der in 102

Frage kommenden weiteren Schäden. Der Senat lässt die Frage der Anrechenbarkeit daher ausdrücklich offen.

4. Die Beklagten wenden auch zu Unrecht gegenüber dem ausgeurteilten Zinsanspruch mangelnde Fälligkeit des Zahlungsanspruchs im Hinblick auf die von der Klägerin zu erbringende Zug um Zug-Leistung ein. 103

Der Senat der Entscheidung des BGH (NJW 1973, 1234) nichts zu entnehmen, was im vorliegenden Fall zu einem Entfallen des Anspruchs auf Zahlung von Prozesszinsen führen könnte. 104

Im Übrigen besteht keine innere Rechtfertigung dafür, eine beklagte Partei, die der Klage mit sachlichen Einwendungen zum Grund und zur Höhe des Anspruchs, nicht aber mit einem Zurückbehaltungsrecht, entgegengetreten ist, von der Pflicht zur Zahlung von Prozesszinsen zu befreien (vgl. BGH NJW-RR 2005, 170, 171). 105

5. Der von der Klägerin gestellte Antrag auf Feststellung der weiteren Schadensersatzpflicht ist im Hinblick auf die dem Grunde nach zu bejahende Haftung der Beklagten ebenfalls zulässig und begründet. Das Landgericht weist zutreffend darauf hin, dass selbst bei einer im Laufe des Rechtsstreits durch Zeitablauf eingetretenen Bezifferungsmöglichkeit der bisher entstandenen Schäden keine Pflicht der Klägerpartei besteht, zu einer entsprechenden Leistungsklage überzugehen. 106

6. Die in Rede stehenden Ansprüche der Klägerin sind nicht verjährt. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden. 107

III. Die gegen den ehemaligen Lebensgefährten der Klägerin als Mit-Erwerber der Eigentumswohnung und Zedenten erhobene Widerklage ist zulässig, jedoch unbegründet. 108

1. Gegen die Zulässigkeit der Drittwiderklage bestehen keine Bedenken. Zwischen der Klage und der Drittwiderklage besteht vorliegend ein rechtlicher und auch tatsächlicher Zusammenhang, da die Klägerin ihre Ansprüche nicht nur auf eigene, sondern auch auf die ihr von dem Drittwiderbeklagten abgetretenen Rechte aus dem notariellen Kaufvertrag vom 14.10.1996 stützt. Auch in dem hier gegebenen Fall, dass eine Abtretung der Ansprüche des Drittwiderbeklagten insgesamt vorgenommen wurde, gebietet es das gesetzliche Ziel der Widerklage, eine Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen zu verhindern (vgl. BGH NJW 2001, 2094; NJW 1984, 2104), die Zulässigkeit der Drittwiderklage zu bejahen. Der auf Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen gerichteten Drittwiderklage fehlt insoweit auch nicht das Feststellungsinteresse. Denn die von dem Drittwiderbeklagten ohne Mitwirkung der Beklagten als in Anspruch genommenen Schuldner erfolgte Abtretung beseitigt nicht das gesamte Rechtsverhältnis zwischen den "alten" Parteien (hier zwischen dem Drittwiderbeklagten und den Beklagten). Dies zeigt ohne weiteres die nicht auszuschließende Möglichkeit, dass die Abtretung beispielsweise durch eine Anfechtung oder andere rechtlich bedeutsame Willensmängel sich als unwirksam herausstellen sollte (vgl. BGH NJW 1977, 1637; Senatsurteil vom 19.09.2002 - 22 U 195/01 -). 109

Der Zulässigkeit der Drittwiderklage steht nicht entgegen, dass der Drittwiderbeklagte auf Grund seiner dadurch begründeten Stellung als Partei rechtsmissbräuchlich gehindert würde, als Zeuge zum Hergang der Beratungsgespräche auszusagen. Denn der Abtretung der Ansprüche des Drittwiderbeklagten an die Klägerin liegt ebenfalls ein prozesstaktisches Verhalten zu Grunde, nämlich die Absicht, sich die Stellung eines Zeugen im Prozess zu verschaffen. Dieses Verfahren, dem eigentlich Berechtigten durch Übertragung der 110

Aktivlegitimation auf einen Dritten im Prozess eine Zeugenstellung zu verschaffen, ist zwar nicht zu beanstanden. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens kann aber nicht zur Folge haben, dass ein Rechtsinhaber, der sich auf diese Weise eine Zeugenstellung verschafft, einem gleichfalls zulässigen prozessualen Vorgehen des Gegners den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen halten darf. Durch das prozessuale Vorgehen des Gegners wird hinsichtlich der Möglichkeiten der Beweisführung der Parteien lediglich der Zustand hergestellt, der bestünde, wenn der eigentliche Rechtsinhaber die Klage erhoben hätte. Insoweit ist der Grundsatz der Waffengleichheit zu beachten (vgl. BGH, Urteil vom 13.03.2007 - VI ZR 129/06 -).

2. Da ein Anspruch auf Schadensersatz auch im Umfang der vom Drittwiderbeklagten vorgenommenen Abtretung nach zu bejahen ist, hat die auf Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen des Drittwiderbeklagten gerichtete Widerklage keinen Erfolg. 111

IV. Das Rechtsmittel war daher insgesamt zurückzuweisen. 112

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 I, 708 Ziffer 10, 711 ZPO. 113