
Datum: 09.04.2003
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 52/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2003:0409.2U52.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 8 O 368/99

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird das am 5. April 2001 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 8 O 368/99 - unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger zu Händen eines von den Klägern zu beauftragenden Notars 63.911,49 € sowie an die H.-C.-Rechtsschutzversicherung AG weitere 1.016.45 € zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Übereignung der im Hause D.straße xx gelegenen und im Grundbuch von C.-R., Wohnungsgrundblatt xxxxx im Aufteilungsplan verzeichneten Eigentumswohnung Nr. xxx, und zwar frei von der in Abteilung III des Wohnungsgrundbuchs eingetragenen Grundschuld der B. Hypotheken- und Wechselbank, München, über 125.000,00 DM (= 63.911,49 €).

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten beider Instanzen des Rechtsstreits haben die Beklagte 4/5 und die Kläger 1/5 zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Zwangs-vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages

Tatbestand

- Die Beklagte ist die durch Umwandlung entstandene Rechtsnachfolgerin der Beklagten des ersten Rechtszuges, der O. A. GmbH & Co. KG. Die Beklagte ist und die Rechtsvorgängerin war auf dem Gebiet der Anlageberatung (Strukturvertrieb von Kapitalanlagen) tätig, wobei sie sich eines Netzes von selbständigen Handelsvertretern bedient(e), die ihrerseits wieder Handelsvertreter beschäftigen. Die Kläger nehmen die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch, weil sie beim Erwerb einer Immobilie durch die früheren Außendienstmitarbeiter der Beklagten, die Zeugen R. und J., falsch beraten worden seien. 1
- Die Kläger erwarben gemäss notariellem Kaufvertrag vom 14.03.1995 (UR-Nr. xxx/95 des Notars W. in E. (Kopie Blatt 19 ff.)) von einem Herrn G. eine Eigentumswohnung im ersten Obergeschoss des Hauses D.straße xx in C.-R., und zwar zu einem Kaufpreis von 112.500,00 DM. Dem Kauf vorangegangen waren Gespräche der Kläger mit dem für die Beklagte seinerzeit als Handelsvertreter tätigen Zeugen R., in denen u.a. die Wirtschaftlichkeit des von den Klägern voll zu finanzierenden Erwerbs der Wohnung erörtert wurden. Der Klägerin wurde hierbei ein "Berechnungsbeispiel" (Kopie Blatt 46 ff. d. A.) vorgelegt, aus dem sich ergab, dass im ersten Jahr (1995) nach Steuern DM 6,-- pro Monat mehr übrig blieben als eingesetzt wurden und in den Folgejahren ab 1996 waren es DM 177,-- pro Monat mehr. Als Mieteinnahme war in dieser Berechnung ein Betrag von DM 450,-- pro Monat angesetzt, was bei einer Größe der Wohnung von 45 qm (genau: 44,61 qm, vgl. Blatt 59 d.A.) einer monatlichen Nettomiete von 10,--- DM/qm entsprach. Der Verkäufer G. übernahm gegenüber den Klägern gemäss Vertrag vom 07.06.1995 (Kopie Blatt 58) eine Mietgarantie von DM 10,-- pro qm kalt und zwar ab 01.04.1995 für die Dauer von 4 Jahren. Die von den Klägern erworbene Wohnung war gemäss Vertrag vom 28.04.1982 (Kopie Blatt 59 f. d.A.) zu einer Miete von damals 188,67 DM pro Monat vermietet. 2
- Um den Kaufpreis aufzubringen, nahmen die Kläger 2 Darlehen bei der B. Hypotheken- und Wechselbank über insgesamt DM 125.000,00 auf. Es handelt sich zum einen ein Festgelddarlehen in Höhe von DM 100.000,00 gemäss Vertrag vom 08.03./03.04.1995 (Kopie Blatt 50 ff.) sowie ein Annuitätendarlehen über DM 25.000,00 gemäss weiterem Vertrag vom selben Tage (Kopie Blatt 54 ff.). Der Auszahlungskurs betrug jeweils 95%, der Zinssatz ist in beiden Verträgen mit 7% angegeben. Beim Vertrag über 25.000,00 kam eine Tilgung von 1% jährlich hinzu. Die Tilgung des größeren Darlehens sollte über eine Lebensversicherung erfolgen, für die DM 1.761,96 p.a. Prämie zu entrichten waren. 3
- Die Kläger haben behauptet, bei der von ihnen erworbene Wohnung handele es sich um ein Vertriebsobjekt der Beklagten. Die Zeugen R. und J. hätten sie insbesondere über den tatsächlichen Verkehrs- und Mietwert des Objekts falsch informiert und keine ordnungsgemäße Rentabilitätsberechnung erstellt. Der tatsächliche Verkehrswert der Wohnung betrage nur DM 51.840,00. Die übliche Miete betrage nicht 10 DM je qm, sondern nur 6 DM je qm. Den von ihnen – im Wege der Teilklage - geltend gemachten Schaden haben sie auf den Bruttodarlehensbetrag in Höhe von DM 125.000,00 sowie auf einen weiteren Betrag in Höhe von 1.988,01 DM beziffert, die die Rechtsschutzversicherung des Klägers verauslagt habe. 4

Die Kläger haben beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 126.988,01 DM zu zahlen, Zug um Zug gegen Abgabe folgender notariell beurkundeter Willenserklärung:

"Wir sind eingetragene Eigentümer der im Hause D.straße xx gelegenen und im Grundbuch von C.-R., Wohnungsgrundbuchblatt xxxxx im Aufteilungsplan verzeichneter Eigentumswohnung Nr. xxx.

Wir verpflichten uns hiermit, dass vorbezeichnete Wohnungseigentumsrecht auf die O. GmbH & Co KG zu übertragen, frei von der in Abteilung III des Wohnungsgrundbuchs eingetragenen Grundschild bei B. Hypotheken- und Wechselbank AG, M., über DM 125.000,00.

Wir erteilen hiermit der Fa. O. GmbH & Co KG die Vollmacht, in unserem Namen und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die Auflassung des vorbezeichneten Eigentumsrechts zu erklären.

Wir erteilen der Firma O. GmbH & Co KG weiter, unter der aufschiebenden Bedingung, dass Zahlungseingang in Höhe von DM 125.000,00 auf dem Konto des beauftragten Notars erfolgt ist, die Vollmacht, alle weiteren für die Eintragung der O. GmbH & Co KG als Eigentümerin erforderlichen Erklärungen abzugeben.

Wir erklären unser Einverständnis mit einer Weisung der Firma O. GmbH & Co KG an den unterzeichnenden Notar, den eingehenden Zahlungsbetrag zur Ablösung der in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Grundschild der B. Hypotheken- und Wechselbank AG, M., in Höhe von DM 125.000,00 zu verwenden.

Ein nach Ablösung des Grundpfandrechts etwa überschießender Geldbetrag ist an uns zurück auszukehren."

Die Beklagte hat beantragt,

14

die Klage abzuweisen.

15

Sie hat behauptet, die Zeugen J. und R. seien nicht ermächtigt gewesen, sie rechtsgeschäftlich zu vertreten. Deren etwaige Zusagen bestreite sie mit Nichtwissen. Beide seien als selbständige Handelsvertreter im Außendienst der Beklagten tätig gewesen und hätten vorliegend offenbar auf eigene Rechnung und im eigenen Namen ein Verkaufsobjekt des Herrn G. vertrieben.

16

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen J. und R. durch das mit der Berufung angefochtene, am 5.4.2001 verkündete Urteil, auf das einschließlich seiner Verweisungen hiermit wegen aller weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im ersten Rechtszug Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen. Es könne offen bleiben, ob das Objekt zu den Angeboten der Beklagten gehört habe und ob die Zeugen R. und J. bei der Vermittlung des Objekts für die Beklagte tätig geworden seien. Jedenfalls sei die von den Klägern behauptete Verletzung einer Aufklärungspflicht in tatsächlicher Hinsicht nicht bewiesen.

17

Gegen das ihnen am 12.04.2001 zugestellte Urteil haben die Kläger mit einem am 10.05.2001 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 09.05.2001 Berufung eingelegt, die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 27.07.2001 durch einen an diesem Tag bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet haben.

18

19

Die Kläger wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie sind der Ansicht, dass das Landgericht die Anforderungen an die Beratungs- und eigenen Aufklärungspflichten des Anlageberaters im Bezug auf den tatsächlichen Verkehrs- sowie Mietwert der Eigentumswohnung und auch im Bezug auf die Erstellung sowie den Inhalt einer ordnungsgemäßen Rentabilitätsberechnung deutlich zu niedrig angelegt habe. Die mit der Klage – als Teilklage - neben dem Bruttofremdkapital in Höhe von 125.000,00 DM (= 63.911,49 €) zusätzlich geltend gemachten Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.016,45 DM (= 1.016,45 €) seien deshalb erstattungsfähig, weil – dies ist in tatsächlicher Hinsicht unstreitig - Rechtsanwalt Dilger schon allein zur Wahrung der prozessualen Wahrheitspflicht am 26.11.1998 zwischen 13.00 Uhr und 14.00 Uhr mit dem Zeugen R. ein Gespräch über die die Kläger betreffenden tatsächlichen Vorgänge geführt habe.

Die Kläger beantragen,

20

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 63.911,49 € sowie an die H.-C.-
Rechtsschutzversicherung AG weitere 1.016,45 € zu zahlen, Zug um Zug gegen Abgabe
folgender notariell beurkundeter Willenserklärung: 21

"Wir sind eingetragene Eigentümer der im Hause D.straße xx gelegenen und im Grundbuch von C.-R. Wohnungsgrundblatt xxxxx im Aufteilungsplan verzeichneten Eigentumswohnung Nr. xxx. 22

Wir verpflichten uns hiermit, das vorbezeichnete Wohnungseigentumsrecht auf die Vermögensberatung AG zu übertragen, frei von der in Abteilung III des Wohnungsgrundbuchs eingetragenen Grundschuld der B. Hypotheken- und Wechselbank, M., über 125.000,00 DM (=63.911,49 €). 23

Wir erteilen hiermit der O. Vermögensberatung AG die Vollmacht, in unserem Namen und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die Auflassung des vorbezeichneten Eigentumsrechts zu erklären. 24

Wir erteilen der O. Vermögensberatung AG weiter, unter der aufschiebenden Bedingung, dass Zahlungseingang in Höhe von 63.911,49 € auf dem Konto des beauftragten Notars erfolgt ist, die Vollmacht, alle weiteren für die Eintragung der O. Vermögensberatung AG als Eigentümerin erforderlichen Erklärungen abzugeben. 25

Wir erklären unser Einverständnis mit einer Weisung der O. Vermögensberatung AG an den unterzeichnenden Notar, den eingehenden Zahlungsbetrag zur Ablösung der in Abteilung I des Grundbuchs eingetragenen Grundschuld der B. Hypotheken- und Wechselbank, M., in Höhe von 125.000,00 DM (=63.911,49 €) zu verwenden. 26

Ein nach Ablösung des Grundpfandrechts etwa überschießender Geldbetrag ist an uns auszukehren." 27

2. **hilfsweise**, die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger zu Händen eines von den Klägern zu beauftragenden Notars 63.911,49 € sowie an die H.-C.-Rechtsschutzversicherung AG weitere 1.016,45 € zu zahlen, und zwar Zug um Zug 28

a) gegen Abgabe folgender notariell beurkundeter Willenserklärung:

29

"Wir sind eingetragene Eigentümer der im Hause D.straße xx gelegenen und Grundbuch von C.-R., Wohnungsgrundblatt xxxxx im Aufteilungsplan verzeichneten Eigentumswohnung Nr. xxx. 30

Wir verpflichten uns hiermit, das vorbezeichnete Wohnungseigentumsrecht auf die O. Vermögensberatung AG zu übertragen, frei von der in Abteilung III des Wohnungsgrundbuchs eingetragenen Grundschuld der B. Hypotheken- und Wechselbank, M., über 125.000,00 DM (=63.911,49 €).

Wir erteilen hiermit der O. Vermögensberatung AG die Vollmacht, in unserem Namen und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die Auflassung des vorbezeichneten Eigentumsrechts zu erklären.

Wir erteilen der O. Vermögensberatung AG weiter, unter der aufschiebenden Bedingung, dass Zahlungseingang in Höhe von 63.911,49 € auf dem Konto des beauftragten Notars erfolgt ist, die Vollmacht, alle weiteren für die Eintragung der O. Vermögensberatung AG als Eigentümerin erforderlichen Erklärungen abzugeben.

Wir erklären unser Einverständnis mit einer Weisung der O. Vermögensberatung AG an den unterzeichnenden Notar, den eingehenden Zahlungsbetrag zur Ablösung der in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Grundschuld der B. Hypotheken- und Wechselbank, München, in Höhe von 125.000,00 DM (=63.911,49 €) zu verwenden.

Ein nach Ablösung des Grundpfandrechts etwa überschießender Geldbetrag ist ab uns auszukehren."

b) sowie gegen Nachweis der Eintragung einer Auflassungsvormerkung. 36

3. äußerst hilfsweise für den Fall der gänzlichen Abweisung des ersten Hilfsantrages, die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger zu Händen eines von den Klägern zu beauftragenden Notars 63.911,49 € sowie an die H.-C.-Rechtsschutzversicherung AG weitere 1.016,45 € zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Übereignung der im Hause D.straße xx gelegenen und im Grundbuch von C.-R., Wohnungsgrundblatt xxxxx im Aufteilungsplan verzeichneten Eigentumswohnung Nr. xxx, und zwar frei von der in Abteilung III des Wohnungsgrundbuchs eingetragenen Grundschuld der B. Hypotheken- und Wechselbank, M., über 125.000,00 DM (= 63.911,49 €).

Die Beklagte beantragt, 38

die Berufung der Kläger zurückzuweisen. 39

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie ist der Auffassung, dass sie für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht passiv legitimiert sei, weil zwischen ihr und den Klägern kein Beratungsvertrag zustande gekommen sei. Unabhängig von der Frage der Passivlegitimation fehle es aber auch an einer Pflichtverletzung der Zeugen R. und/oder J.. Schließlich sei den Klägern ein Mitverschuldensvorwurf in Höhe von 100% zu machen, weil sie die Eigentumswohnung blindlings erworben hätten, ohne die Wohnung vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages selbst in Augenschein zu nehmen. 40

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen R. und J. gemäss den Beweisbeschlüssen vom 19.12.2001 (vgl. Blatt 343 f.) sowie vom 06.03.2002 (vgl. Blatt 368 d.A.). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle vom 06.03.2002 (vgl. Blatt 365 ff. sowie 367 f.) und vom 24.04.2002 (vgl. Blatt 395 f. sowie 398 ff.) verwiesen. Darüber hinaus hat der Senat weiter Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens gemäss Beweisbeschluss vom 05.06.2002 (vgl. Blatt 405 ff.). 41

Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten des Sachverständigen Leder vom 01.10.2002 (vgl. Blatt 450 ff.) Bezug genommen. Die Akten 2 U 5/01 sowie 2 U 53/01, jeweils des Oberlandesgerichts Köln, waren zu Informationszwecken und zur Ergänzung des Parteivortrages Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat. Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze einschließlich der Anlagen zu diesen Schriftsätzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

42

Auf das Berufungsverfahren in der vorliegenden Sache sind nach der Übergangsregelung des § 26 Nr. 5 EGZPO noch die Bestimmungen der Zivilprozessordnung in ihrer am 31.12.2001 geltenden Fassung anzuwenden, weil die mündliche Verhandlung im ersten Rechtszug am 19.02.2001 und damit vor dem in jener Übergangsvorschrift bezeichneten Stichtag geschlossen worden ist.

43

Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung hat in der Sache mit dem zweiten Hilfsantrag Erfolg. Mit dem Hauptantrag und dem ersten Hilfsantrag können die Kläger indessen nicht durchdringen.

44

1. Unter Berücksichtigung der vom Senat ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme steht den Klägern *dem Grunde nach* gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch zu. Dieser Anspruch findet seine rechtliche Grundlage in dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*). Ob sich stattdessen oder darüber hinaus auch ein Schadensersatzanspruch der Kläger wegen Verletzung eines Beratungsvertrages oder Auskunftsvertrages ergibt, kann deshalb dahinstehen. Offenbleiben kann deshalb auch, ob die Zeugen zum Abschluss eines solchen Vertrages überhaupt über eine entsprechende Vertretungsmacht – etwa in Gestalt einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht – verfügten.

45

a) Ein Anspruch der Kläger gegen die Beklagte aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen kommt nur in Betracht, wenn die Verhandlungen durch die Zeugen J. und R. *im Namen der Beklagten* erfolgt sind. Demgegenüber würde eine entsprechende Haftung der Beklagten mangels Passivlegitimation von vornherein ausscheiden, wenn die Verhandlungen mit den Klägern im Namen der Zeugen oder im Namen von dritten Personen geführt worden wären. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Verhandlungen im Namen der Beklagten geführt wurden, tragen die Kläger. Die in § 164 Abs. 2 BGB aufgeführte Beweisregel gilt bei dem hier in Rede stehenden Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen entsprechend. Diesen Beweis haben die Kläger unter Berücksichtigung der Bekundungen der von dem Senat ergänzend vernommenen Zeugen R. und J. nunmehr geführt.

46

aa) Beide Zeugen haben in ihrer Vernehmung übereinstimmend bekundet, dass sie den Kontakt zunächst ausschließlich zu solchen Kunden hergestellt haben, die zum Kundenstamm der Beklagten gehörten. Zwar haben sie nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch die hier in Rede stehende Immobilienfinanzierung unter dem "Dach der O." erfolgen sollte. Dieser Eindruck musste sich jedoch für die von den Zeugen angesprochenen Kunden – hier die Kläger – geradezu aufdrängen. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob es sich vorliegend um ein sogenanntes unternehmensbezogenes Geschäft handelte (vgl. zu dieser Konstellation BGH, NJW-RR 1998, 1342). Es liegen nämlich hinreichende Umstände vor, die bei den Klägern einen entsprechenden Eindruck eines Handels für die Beklagte hervorriefen. Zum einen waren jedenfalls die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Immobilienerwerb abgeschlossenen Verträge namens der

47

Beklagten vermittelt worden. Der Zeuge R. hat vor diesem Hintergrund in seiner Vernehmung plausibel dargelegt, dass sich für die Kunden und damit auch für die Kläger der Eindruck habe aufdrängen müssen, dass er und der Zeuge J. für die Beklagte tätig gewesen seien. Dies hat der Zeuge wiederum damit erläutert, dass er in den mit den Klägern geführten Gesprächen auf Feststellungen des Zeugen J. Bezug genommen habe. Dass dieser bei der O. tätig gewesen sei, hätten die Kläger gewusst. Auf der anderen Seite liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass den Klägern bekannt war, dass R. und J. möglicherweise auch noch für andere Unternehmen Verträge vermitteln. Der Eindruck, J. und R. agierten für die Beklagte, lag deshalb nahe. Ein weiteres – nach Auffassung des Senats ganz entscheidendes – Indiz für ein entsprechendes Auftreten der Zeugen ergibt sich aus einer Bekundung des Zeugen J.. Hiernach hat er dem Zeugen R. ausdrücklich gesagt, die Kunden anzuweisen, sich bei eventuellen Rückfragen an R. oder an ihn zu wenden, damit die O. nichts davon erfuhre. Einer solchen Warnung hätte es jedoch nicht bedurft, wenn allen Beteiligten klar gewesen wäre, dass die O. mit dem vorliegenden Geschäft überhaupt nichts zu tun hatte. Nur wenn bei den Kunden – und damit auch bei den Klägern – der Eindruck bestand, es handele sich um eine Vermittlungstätigkeit der O., ergab die Warnung einen Sinn. Eine ausdrückliche Klarstellung von Seiten der Zeugen dahingehend, dass es sich nicht um eine Vermittlungstätigkeit für die O. handele, ist in dem vorliegenden Verfahren unstreitig nicht erfolgt.

bb) Die sich hiernach aus den Bekundungen der Zeugen J. und R. ergebenden Anzeichen für ein zumindest konkludentes Handeln für die Beklagte werden durch die zum Teil widersprüchlichen Angaben der Zeugen nicht in Frage gestellt. Diese Widersprüche beziehen sich nämlich nicht darauf, wie die Zeugen gegenüber den Klägern aufgetreten sind. Vielmehr geht es bei den Differenzen zwischen den Zeugen um ihr Verhältnis zueinander, mit anderen Worten um das Innenverhältnis. Nach der Schilderung des Zeugen R. soll ihm der Zeuge J. mitgeteilt haben, die Vermittlung der hier fraglichen Immobilien sei mit der Beklagten abgestimmt. Er will nichts davon gewusst haben, dass es sich um Fremdgeschäfte handelte, die gerade nicht in der Angebotspalette der Beklagten standen. Demgegenüber soll nach den Bekundungen des Zeugen J. auch der Zeuge R. genau Bescheid gewusst haben, dass die Vermittlungstätigkeit im Hinblick auf die Immobiliengeschäfte "nebenher" gelaufen sei. Für die Richtigkeit der Darstellung des Zeugen J. spricht insoweit der Umstand, dass der Zeuge R. die Provisionen für die Immobilien direkt von dem Zeugen J. erhalten hatte, während er die Provisionen für die Versicherungsverträge von der Beklagten erhielt. Es bedarf jedoch im Ergebnis keiner Entscheidung, wer von beiden Zeugen insoweit die Wahrheit oder Unwahrheit gesagt hat. Die hier erörterten Fragen des Innenverhältnisses der Zeugen bzw. des Verhältnisses der Zeugen zu der Beklagten ändern nichts an der Tatsache, dass sie gegenüber den Klägern als Vertreter der Beklagten aufgetreten sind. 48

b) Aufgrund der von dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme steht auch fest, dass die Zeugen R. und J. vorvertragliche Aufklärungspflichten gegenüber den Klägern verletzt haben. Dieses Fehlverhalten der Zeugen ist der Beklagten gemäß § 278 BGB zuzurechnen. 49

aa) Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der zwischen einem Anlageinteressenten und einem Anlagevermittler zustande gekommene Auskunftsvertrag den Vermittler zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände verpflichtet, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind. Dazu bedarf es grundsätzlich vorab der eigenen Information des Anlagevermittlers hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Kapitalanlage und der Bonität des Kapitalsuchenden. Liegen dazu objektive Daten nicht vor oder verfügt der Anlagevermittler mangels Einholung entsprechender Informationen insoweit nur über unzureichende 50

Kenntnisse, so muss er dies dem anderen Teil zumindest offen legen (vgl. BGH, MDR 2000, 405; NJW-RR 1993, 1114 – dort auch zu unter Umständen noch weitergehenden Pflichten des Anlageberaters; vgl. auch OLG Celle, OLGR 2002, 208). Entsprechende Pflichten des Anlagevermittlers bestehen auch im Rahmen eines durch die Anbahnung von Vertragsverhandlungen begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses (vgl. grundlegend BGHZ 74, 103), wie es hier in Rede steht. Ob ähnlich weitreichende Aufklärungs- und Hinweispflichten auch die finanzierende Bank treffen (zurückhaltend insoweit der 13. Zivilsenat des OLG Köln, WM 2002, 118 ff.), bedarf keiner Entscheidung. Vorliegend geht es nur um das Pflichtenprogramm eines Anlagenvermittlers.

bb) Eine Pflichtverletzung liegt bei Anwendung dieser Grundsätze deshalb bereits darin, dass die Zeugen R. und J. die Kläger nicht darauf hingewiesen haben, dass es sich bei den in den Vertragsverhandlungen mitgeteilten Daten und Überlegungen ausschließlich um Angaben und Erkenntnisse handelte, die sie selbst nicht überprüft hatten. Nach der Bekundung des Zeugen R. sei gegenüber den Klägern der Eindruck erweckt worden, der Zeuge J. wüsste die Einzelheiten der Immobilie aus eigener Erkenntnis. Der Zeuge J. hat aber seinerseits bekundet, die Immobilie nicht selbst besichtigt zu haben. Vielmehr stammten sämtliche Rentabilitätsberechnungen von Herrn K., der wiederum der Immobilienbeauftragte des späteren Verkäufers des Objekts G. gewesen sei. Der Zeuge J. übersandte die Daten über die potenziellen Kunden an Herrn K.. Dieser erstellte dann einen auf den jeweiligen Kunden zugeschnittenen Angebot, dass die Zeugen J. bzw. R. – ungeprüft – an die Kunden und vorliegend an die Kläger weitergegeben haben. Der Zeuge J. hat dem Zeugen R. auch keinen Hinweis gegeben, dass dieser den Kunden mitteilen müsse, aus eigener Erfahrung keine Kenntnisse über den Wert der Immobilie zu haben. Etwaige Rückfragen zu den Einzelheiten der Immobilie habe stets Herr K. beantwortet. Über diesen Umstand hätten die Zeugen jedoch die Kläger redlicherweise aufklären müssen. Für die Frage, ob die Immobilie erworben werden soll, macht es einen entscheidenden Unterschied, ob die der Kaufentscheidung zugrunde gelegten Daten von einem Vermittler überprüft worden waren oder ausschließlich aus der Verkäufersphäre stammten. Darüber hinaus folgt die Pflichtverletzung der Zeugen auch daraus, dass sie bei den Klägern den falschen Eindruck hervorgerufen haben, die Vermittlung der Immobilie erfolge unter dem Verantwortungsbereich der Beklagten und nicht etwa bloß unter dem Verantwortungsbereich der Zeugen J. bzw. des Zeugen R. (vgl. zu einer vergleichbaren Konstellation BGH, NJW-RR 1998, 1342 (1343)).

cc) Ein weiteres Fehlverhalten der Zeugen ist darin zu sehen, dass sie jedenfalls konkludent die Werthaltigkeit der vermittelten Immobilie zum Ausdruck gebracht haben. Nach den Bekundungen des Zeugen J. sei dies den Kunden jedenfalls "so rübergebracht" worden. Auch wenn die Zeugen durch entsprechende Äußerungen keine Garantie in dem Sinne abgegeben haben, dass die Immobilie tatsächlich einen Verkehrswert entsprechend dem Kaufpreis von 112.500,00 DM hatte sowie auf Dauer den vorgesehenen Mietzins von 10,00 DM pro m² erzielen konnte, liegt nach Auffassung des Senats ein Fehlverhalten jedenfalls dann vor, wenn bei einer derartigen Behauptung ins Blaue hinein der Verkehrswert des Objektes deutlich unter den in den Verhandlungen genannten Werten und Preisen lag. Genau dies ist jedoch der Fall. Nach dem von dem Senat eingeholten Gutachten des Sachverständigen Leder betrug der tatsächliche Verkehrswert der veräußerten Wohnung lediglich 53.000,00 DM, d.h. es besteht eine Wertdifferenz von über 50 %. Auch bei dem Mietwert betrug der m²-Preis zum Stichtag 21.03.1995 lediglich 6,50 DM/m², während im Rahmen der Vertragsverhandlungen von einem deutlich höheren Mietpreis von 10,00 DM ausgegangen wurde. Bedenken an der Richtigkeit der Feststellung des Sachverständigen bestehen nicht; auch von den Parteien wurden keine Einwendungen gegen das Gutachten vorgebracht. Dass für das Objekt eine Mietgarantie vorgesehen war, entlastet die Beklagte

nicht. Die Mietgarantie wurde nur für einen Zeitraum von 4 Jahren versprochen, also für einen Zeitraum, bei dessen Ablauf die Immobilie noch bei weitem nicht abbezahlt war. Dass sich die Verhältnisse nach Ablauf der Garantie grundlegend ändern konnten, hätten die Zeugen offen legen müssen (vgl. hierzu auch BGH, NJW 2000, 3275 (3276)).

dd) Die Zeugen haben auch schuldhaft gehandelt. Dem stehen die Bekundungen des Zeugen J. nicht entgegen. Er hat im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Senat mehrere Gesichtspunkte angesprochen, die ihn aber sämtlich nicht entlasten können. Dies bedarf keiner weiteren Ausführungen, soweit er darauf verweist, Herr K. habe erklärt, die zu veräußernden Immobilien seien "tip top in Ordnung". Herr K. handelte im Auftrag des Verkäufers der Immobilien und hatte deshalb ein – naheliegendes und nachvollziehbares – Interesse daran, die Objekte zu einem möglichst hohen Preis zu veräußern. Hierauf konnte und durfte sich der Zeuge J. nicht verlassen. Auch die Erklärung, er habe keine Zweifel an der Werthaltigkeit der Immobilien gehabt, weil die Banken eine Vollfinanzierung zugesagt hätten, hilft ihm nicht. Er hätte erkennen können, dass er sich selbst hätte sachkundig machen müssen (vgl. BGH, MDR 2000, 405). Schließlich entlastet es den Zeugen J. auch nicht, dass er selbst von Herrn G. Immobilien gekauft hatte, zumal es sich nicht um Objekte aus der hier in Rede stehenden Immobilie D.straße handelte. 53

ee) Die Beklagte muss sich dieses Verhalten der Zeugen J. und R. gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Hierfür spielt es keine Rolle, dass die Zeugen möglicherweise nicht bevollmächtigt waren, das hier in Rede stehende Objekt für die Beklagte zu vermitteln. Die Zeugen waren Erfüllungsgehilfen der Beklagten. Sie hatten die Aufgabe, für die Beklagte entsprechende Möglichkeiten von Vertragsabschlüssen zu akquirieren. Ihnen oblag es auch, namens der Beklagten Vertragsverhandlungen mit den Klägern zu führen. Wenn die Zeugen im Rahmen der von den Beklagten gerade gewollten Vertragsverhandlungen auch solche Objekte vermittelten, die nicht in die Produktpalette der Beklagten lagen, so ändert dies nichts an dem inneren Zusammenhang der schadensstiftenden Handlung des Gehilfen und den ihm übertragenen Aufgaben. An einem solchen Zusammenhang kann vorliegend kein Zweifel bestehen (vgl. insoweit auch BGH, NJW-RR 1998, 1343). 54

c) Ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB müssen sich die Kläger nicht anrechnen lassen. Derjenige, der ein Sachkundigen hinzuzieht, gibt damit zu erkennen, dass er auf dem betreffenden Fachgebiet nicht die erforderlichen Kenntnisse hat und auf fremde Hilfe angewiesen ist. Sein Vertrauen verdient besonderen Schutz. Der Einwand des Mitverschuldens kann grundsätzlich deshalb nur unter besonderen Umständen begründet sein, etwa wenn Warnungen von dritter Seite oder differenzierende Hinweise des anderen Teils nicht genügend beachtet wurden oder wenn mit Hinblick auf die Interessenlage, in der der Anlageinteressent und der Anlagevermittler in vertraglicher Beziehung zueinander treten, solche besonderen Umstände vorliegen (vgl. BGH, WM 1993, 1238 (1240)). Auch das Versprechen einer auch für Unkundige auffällig hohen Rendite kann einen Anhaltspunkt für den Vorwurf des Mitverschuldens begründen (vgl. BGH, MDR 2000, 405). Solche besonderen Umstände können vorliegend nicht festgestellt werden. Zwar mag den Klägern vorgehalten werden können, dass sie die Eigentumswohnung vor dem Erwerb nicht einmal besichtigt haben. Ein solches Mitverschulden hat sich indessen auf die hier geltend gemachten Schäden nicht ursächlich ausgewirkt. Dass nämlich der Verkehrswert der Wohnung sowie die erzielbaren Mieteinnahmen deutlich unter den in den Vertragsverhandlungen genannten Beträgen lagen, hätten die Kläger auch bei einer Besichtigung der Wohnung nicht feststellen können. Anlass, einen weiteren Fachmann zu befragen oder gar ein Sachverständigengutachten zu dem Wert der Eigentumswohnung einzuholen, bestand nicht. Insoweit konnten und durften sich die Kläger auf die Ausführungen 55

der Zeugen als vermeintlich Sachkundige verlassen.

2. In Gestalt des zweiten Hilfsantrages ist der von den Klägern geltend gemachte Schadensersatzanspruch auch *der Höhe nach* begründet. Insoweit ist zwischen den geltend gemachten Finanzierungskosten in Höhe von 63.911,49 € und den vorprozessual von der Rechtsschutzversicherung verauslagten Gebühren in Höhe von 1.016,45 € zu unterscheiden. 56

a) Die Kläger haben gegen die Beklagte einen Anspruch darauf, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie sie ohne die Pflichtverletzung stehen würden. Insoweit hätte es ihnen freigestanden, die Eigentumswohnung zu behalten und die ihnen entstanden Vermögensseinbußen in Gestalt des Minderwerts der Eigentumswohnung etc. geltend zu machen. Die Kläger gehen einen anderen Weg: Sie legen ihrer Schadensberechnung zunächst die Kosten der Finanzierung in Höhe von 125.000,00 DM zugrunde und verpflichten sich Zug-um-Zug zur Herausgabe des von ihnen erlangten Vorteils in Gestalt des Eigentums an der Eigentumswohnung, wobei der Zahlungsbetrag zur Ablösung der auf der Eigentumswohnung lastenden Grundschuld verwendet werden soll. Gegen diese Schadensberechnungen bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Wie die Kläger in ihrem Schriftsatz vom 15.08.2002 (vgl. Bl. 436 ff. nebst Anlagen) nachvollziehbar dargelegt haben, belaufen sich alleine die ihnen in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Erwerb der Eigentumswohnung entstandenen Kosten auf einen die Finanzierungssumme sogar noch übersteigenden Betrag in Höhe von 125.927,93 DM. Als größere Posten sind in diesem Betrag u.a. der Kaufpreis in Höhe von 112.500,00 DM, ein Damnum in Höhe von 6.250,00 DM, die Grunderwerbssteuer sowie Notar- und Gerichtskosten enthalten. Da die Kläger jedoch nur ihren Schaden ersetzt verlangen können, vermögensmäßig aber nicht besser als vorher gestellt werden dürfen, ist ihnen durch Beschluss des Senats vom 05.06.2002 (vgl. Bl. 406) aufgegeben worden, im einzelnen substantiiert zu den von ihnen aus dem Erwerb des Objekts gezogenen Vorteilen vorzutragen und die Angaben in geeigneter Weise zu belegen. Dem sind die Kläger durch den bereits erwähnten Schriftsatz vom 15.08.2002 nachgekommen. Hiernach haben sie aus dem Erwerb der Eigentumswohnung Steuervorteile in Höhe von 21.140,07 DM gezogen. Aus der Mietgarantie bzw. durch Mietzahlungen ergeben sich weitere Einnahmen in Höhe von 9.246,00 DM + 26.859,65 DM, also in Höhe von 36.105,65 DM. Hiernach belaufen sich die Vorteile auf einen Betrag in Höhe von 57.245,72 DM. Dem stehen jedoch weitere Aufwendungen der Kläger in Höhe von 89.920,55 DM gegenüber, die nicht Gegenstand der vorliegenden Klage sind. Damit verbleibt zu Lasten der Kläger noch eine weitere Differenz in Höhe von 32.674,38 DM (= 16.706,15 €). Dieser Schaden ist von den Klägern bislang noch nicht geltend gemacht worden. Für die Schlüssigkeit der Klageforderung reicht es jedoch schon aus, dass die genannten weiteren Schadensposten bestehen, die die Vorteile eindeutig übersteigen. Soweit die Beklagte demgegenüber pauschal die von den Klägern vorgelegte Berechnung bestreitet, ist dies unerheblich. Die Kläger hatten lediglich im Rahmen der ihnen obliegenden sekundären Darlegungslast die aus dem Erwerb der Eigentumswohnung gezogenen Vorteile näher zu erläutern. Dem sind sie hinreichend nachgekommen. Im übrigen trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen höherer Vorteile die Beklagte. An einer solchen Darlegung fehlt es. Insbesondere ist es entgegen der Ansicht der Beklagten nicht zu beanstanden, dass die Kläger die Erträge aus den Lebensversicherungen nicht in ihre Vorteilsberechnung mit einbezogen haben. Zum einen bestanden die Lebensversicherungen nämlich bereits im Zeitpunkt des Grundstückskaufvertrages. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen. Selbst wenn man den Rückkaufswert der Lebensversicherungen in Höhe von 8.846,84 € in die Rechnung mit einbezieht, verbleibt immer noch ein höherer Schadensbetrag, den die Kläger vorliegend noch nicht in dem Prozess mit einbezogen haben. 57

b) Darüber hinaus können die Kläger auch die Zahlung von Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.016,45 € an die Rechtsschutzversicherung verlangen.

aa) In prozessualer Hinsicht ist die Geltendmachung dieses gemäß § 67 VVG auf den Rechtsschutzversicherer übergegangenen Anspruchs im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft unbedenklich (vgl. OLG Köln, VersR 1993, 1528). Den Klägern kann für die Geltendmachung dieser Schadenspositionen auch das Rechtsschutzinteresse nicht abgesprochen werden. Allerdings besteht für eine gesonderte Klage auf Kostenerstattung kein Rechtsschutzinteresse, wenn sich ein materieller Kostenerstattungsanspruch mit dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch deckt und im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden kann (vgl. statt aller Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl. 2002, vor § 90 Rn. 15; vgl. auch BGH, WM 1987, 247). Die Erstattung einer Besprechungsgebühr im Kostenerstattungsverfahren scheidet aber aus, wenn das Tätigwerden eines Rechtsanwalts nur zu dem Zweck erfolgt, die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem späteren Prozess zu klären (vgl. OLG Koblenz, JurBüro 1991, 88; Zöller/Herget, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 91 Rn. 13 Stichwort "Vorbereitungskosten" m. w. N. aus der Rechtsprechung; Thomas/Putzo, a.a.O., § 91 Rn. 8). Auch vorliegend geht der Senat aufgrund der gebotenen lebensnahen Betrachtungsweise davon aus, dass die Kontaktaufnahme zu dem Zeugen R. zunächst lediglich mit dem Ziel erfolgt war, die Entschließung vorzubereiten, ob überhaupt Klage gegen die Beklagte erhoben werden sollte. Damit scheidet aber die Geltendmachung der Rechtsanwaltskosten im Rahmen des "einfacheren" Kostenerstattungsverfahrens aus, so dass auch ein Rechtsschutzinteresse für die gesonderte Geltendmachung im Klagewege besteht.

59

bb) Im materieller Hinsicht stellen die geltend gemachten Kosten einen erstattungsfähigen Schaden aufgrund der Haftung der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen dar. Diese sind gemäß § 249 BGB als Rechtsverfolgungskosten, die den Klägern als Geschädigten aufgrund des Verhaltens des Schädigers – der Beklagten – entstanden sind, zu ersetzen.

60

(1) Die von den Klägern als Schaden geltend gemachte Besprechungsgebühr ist angefallen gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO in der Alternative einer "Besprechung über tatsächliche oder rechtliche Fragen, die im Einverständnis mit dem Auftraggeber mit einem Dritten geführt wurde". Soweit in der Literatur vereinzelt (vgl. insbesondere Jahnke, VersR 1991, 264 ff.) und auch von Teilen der Rechtsprechung die Auffassung vertreten wird, bei der Befragung eines Zeugen handele es sich nicht um eine Besprechung im Sinne des Gebührentatbestandes, sondern um eine schlichte Informationsbeschaffung, die bereits mit der allgemeinen Geschäftsgebühr abgegolten sei, vermag dies in dieser Pauschalität nicht zu überzeugen. Die Auffassung ist weder mit dem Wortlaut, noch mit dem Systematik und Sinn und Zweck der Vorschrift vereinbar. Angezeigt ist vielmehr eine differenzierende Betrachtung, wie sie auch in der Literatur und in der Rechtsprechung ganz überwiegend vertreten wird. Hiernach scheidet eine Besprechung im Sinne der Vorschrift von vorneherein dann aus, wenn es sich bei der mündlichen Unterredung mit dem Zeugen um eine bloße Nachfrage handelt. Dies ergibt sich eindeutig aus § 118 Abs. 1 Nr. 2, letzter Halbsatz BRAGO. Entscheidend ist deshalb, was – gegenüber der schlichten Nachfrage – das Charakteristische an einer Besprechung ist. Insoweit schließt sich der Senat den überzeugenden Ausführungen von Madert, in: Gerold/Schmidt/von Eicken, BRAGO, 15. Auflage 2002, § 118 Rn. 8 an. Zu verlangen ist hiernach, dass der Rechtsanwalt durch die mündliche Form der Kontaktaufnahme eine besondere Förderung der Angelegenheit bezweckt, etwas weil er Unklarheiten, Fehleinschätzungen oder Missverständnisse ausräumen will oder ganz allgemein diese Form des Betreibens der Angelegenheit zur Überzeugungsbildung für

61

notwendig oder besonders geeignet hält. In diesem Falle bringt er – dies im Unterschied etwa zur bloßen Akteneinsicht – eine besondere Leistung, die nach dem Sinn des § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO auch besonders vergütet werden soll. Zu fordern ist allerdings weiterhin, dass der Gesprächspartner bereit und in der Lage ist, ein sachbezogenes Gespräch zu führen (vgl. Anwaltskommentar – BRAGO – Hembach, § 118, Rn. 36). Wenn etwa der Rechtsanwalt den Sachbearbeiter der Versicherung anruft und ein Vergleichsangebot unterbreitet, der Sachbearbeiter jedoch lediglich Vergleichsgespräche ablehnt, kann von einer Besprechung im Sinne der Vorschrift nicht die Rede sein (vgl. hierzu auch Mardert, a. a. O.). Weitere Anforderungen – Einverständnis des Auftraggebers mit der Besprechung vorausgesetzt – für das Anfallen für Besprechungsgebühren lassen sich aus dem Gesetz nicht ableiten (vgl. hierzu auch Schneider, in: Riedel/Sußbauer, BRAGO, § 118 Rn. 39 a. E.). Hierbei ist zu beachten, dass sich das Einverständnis des Auftraggebers mit der Besprechung auch konkludent aus den Umständen ergeben kann. Gehört zu der sachgemäßen Erledigung des Mandats einer Besprechung, ist der Rechtsanwalt deshalb ermächtigt, die Besprechung zu führen (vgl. Madert a. a. O., S. 1278).

(2) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist auch vorliegend von einer Besprechung im Sinne des § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO auszugehen. Der Bevollmächtigte der Kläger hat mit dem Zeugen R. eine Stunde gesprochen. Alleine der zeitliche Umfang des Gesprächs spricht schon dagegen, dass es sich um eine bloße Nachfrage handelte oder der Zeuge nicht bereit war, überhaupt ein sachbezogenes Gespräch zu führen. Da der Zeuge R. für die Kläger jedenfalls einer der entscheidenden Zeugen für den Inhalt der Vertragshandlungen war, gehörte die Befragung des Zeugen zu der sachgemäßen Erledigung des Mandats. Mithin ist auch von einem konkludenten Einverständnis der Kläger mit der Besprechung auszugehen. 62

(3) Soweit allerdings die Kläger die Höhe der Gebühr auf einen Betrag von 1.988,01 DM (= 1.016,45 €) beziffern, ist dies zumindest missverständlich. Im Zeitpunkt der Entstehung der Gebühr (10.02.1999) betrug eine volle Gebühr bei dem von den Klägern insoweit zugrunde gelegten Streitwert von 112.500,00 DM 2.285,00 DM. Eine 7,5/10 Gebühr belief sich deshalb auf 1.713,75 DM. Zuzüglich Auslagenpauschale ergibt dies einen Betrag in Höhe von 1.753,75 DM. Addiert man die Mehrwertsteuer in Höhe von 280,60 DM hinzu, ergibt sich ein Gesamtbetrag von 2.034,35 DM, nicht jedoch der von den Klägern ihrer Berechnung zugrunde gelegte Betrag in Höhe von 1.988,01 DM (= 1.016,45 €). Dies ist allerdings im Ergebnis unschädlich, da zumindest in Höhe von 1.016,45 € eine entsprechende Forderung besteht. 63

c) Es liegt auch der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen der schuldhaften Pflichtverletzung der Zeugen R. und J. und dem hier geltend gemachten Schaden der Kläger vor. Bei einer – wie hier – festgestellten Aufklärungspflichtverletzung besteht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine tatsächliche Vermutung bzw. der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass sich der Geschädigte "aufklärungsrichtig" verhalten hätte (vgl. nur auch BGH NJW-RR 1998, 1343; siehe auch Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl. 2003, § 280 Rn. 39 mit umfass. Nw.). Deshalb obliegt der Beklagten der Beweis solcher Umstände, die dafür sprechen, dass die Kläger auch dann die Immobilie erworben hätten, wenn die Zeugen R. und J. offen gelegt hätten, dass sie sich ausschließlich auf Informationen bezogen, die von im Auftrag und Interesse der Verkäufers handelnden Personen stammten, ohne dass die Zeugen über eigene, selbständig geprüfte Erkenntnisquellen verfügten. Diesen Beweis hat die Beklagte indessen nicht geführt. Dies käme – wenn überhaupt – nur dann in Betracht, wenn der Kaufpreis in etwa dem Verkehrswert der Eigentumswohnung entsprochen hätte. Gerade dies ist aber nach dem Gutachten des Sachverständigen nicht der Fall. 64

3. Demgegenüber dringen die Kläger mit dem von ihnen gestellten Hauptantrag und dem ersten Hilfsantrag nicht durch. Insoweit ist die Klage abzuweisen und die Berufung zurückzuweisen.

a) Da die Kläger Schadensersatz verlangen, wäre der erlangte, mit dem Gegenstand der Klage (Geld) nicht gleichartige Vorteil, das Eigentum an der Wohnung, bei Erfüllung der Klageforderung Zug-um-Zug zu übertragen. Sowohl in dem Hauptantrag als auch in dem ersten Hilfsantrag bieten die Kläger jedoch lediglich an, sich zur lastenfreien Übertragung des Eigentums zu *verpflichten*. Bei einer bloßen Verpflichtung der Kläger ist die Beklagte jedoch vor das Wohnungseigentum belastenden Zwischenverfügungen durch die Kläger nicht geschützt. Hieran ändert auch die Erteilung einer Auflassungsvollmacht nichts. Hinsichtlich des Hauptantrages kommt hinzu, dass der Eintritt der Bedingung, an die die Vollmacht (teilweise) geknüpft wird, nämlich der Eingang eines Betrages von 125.000,00 DM (= 63.911,49 €) auf dem Konto eines Notars im Falle einer Zwangsvollstreckung aus einem dem Hauptantrag entsprechenden Urteil nicht gewährleistet wäre. Nach dem Hauptantrag sollte die Zahlung nämlich an die Kläger *persönlich* erfolgen. Ob die in dem Antrag vorgesehene Bedingung eintreten würde, stünde im Belieben der Kläger. Er hinge davon ab, ob die Kläger den im Falle einer solchen Vollstreckung vom Vollstreckungsorgan an sie ausgekehrten Betrag an den Notar weiterleiten.

66

b) Auf der anderen Seite verkennt der Senat nicht die Schwierigkeiten, die im Rahmen einer Zwangsvollstreckung aus einer Verurteilung zu Zahlung Zug um Zug gegen Übertragung eines Wohnungseigentumsrechts auftreten können. Eine strikte Zug um Zug Verurteilung ist nämlich nicht möglich, weil der Eigentumswechsel erst durch die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch eintritt, diese kann jedoch naturgemäß nicht in den Austausch von Leistung und Gegenleistung durch die Parteien eingebunden werden (vgl. hierzu auch den Beschluss des Senats vom 23. Februar 1994, InVO 1997, 79). Gleichwohl gibt es auch bei einer derartigen Tenorierung, wie sie dem zweiten Hilfsantrag der Kläger entspricht, eine beiden Parteien hinreichend Rechnung tragende Vollstreckung, wie der Senat in dem genannten Beschluss näher ausgeführt hat, und auf den die Parteien ausdrücklich hingewiesen wurden. Hiernach ist – vergleichbar mit der bei der Abwicklung von Grundstückskaufverträgen üblichen Praxis – eine Abwicklung in mehreren Stufen angezeigt. Zunächst obliegt es den Klägern eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beklagten im Grundbuch eintragen zu lassen. Die Auflassungsvormerkung muss eine solche Qualität haben, dass sie im Rang allen anderen Rechten einschließlich der abzulösenden Grundschuld im Rang vorgeht, um den lastenfreien Erwerb des Wohnungseigentums durch die Beklagte zu gewährleisten. Anschließend ist der Beklagten unter Ladung zu einem entsprechenden Beurkundungstermin die Auflassung Zug um Zug gegen Zahlung anzubieten. Durch eine derartige Verzahnung von Zahlung und Eigentumsübertragung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Beklagte zu einer Vorleistung der ihr obliegenden Zahlung nicht verpflichtet ist. Das bei einer Vollstreckung nach dem Hauptantrag und dem ersten Hilfsantrag bestehende Risiko, dass sie die Urteilssumme an die Kläger zahlt, ohne lastenfreies Eigentum an der Eigentumswohnung zu erlangen, besteht deshalb bei einer Vollstreckung gemäß dem zweiten Hilfsantrag nicht.

67

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO a. F. Hierbei hat der Senat das Unterliegen der Kläger mit einem Anteil von 20 % bewertet.

68

Die Voraussetzungen für die Zulassung für die Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO n. F. (in Verbindung mit § 26 Nr. 7 EGZPO) liegen nicht vor. Die vorliegende Sache hat weder

69

grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Vielmehr sind die hier maßgeblichen Rechtsfragen in der Rechtsprechung hinreichend geklärt bzw. lassen sich eindeutig aus dem Gesetz ableiten. Im übrigen beruht die Entscheidung lediglich auf einer Würdigung der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 64.927,94 €

70