
Datum: 30.03.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 86/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0330.13U86.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 3 O 352/09

Tenor:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 10.877,52 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 27. Juli 2009 zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung ihrer Rechte aus der gemäß Beitrittserklärung vom 21. Oktober/13. November 2000 begründeten mittelbaren, von der T U GmbH Wirtschaftsprüfergesellschaft, ..., ..., gehaltenen Kommanditbeteiligung der Klägerin im Nennbetrag von DM 30.000,00 an der J Dritte Immobilienfonds Köln GmbH & Co. Projekte M KG an die Beklagte.

2. Die Beklagte wird - ebenfalls Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der unter Ziffer 1. genannten mittelbaren Kommanditbeteiligung - verurteilt, an die Klägerin weitere € 837,52 (vorgerichtliche Anwaltskosten) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 27. Juli 2009 zu zahlen.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der ihr von der Klägerin angebotenen Abtretung ihrer Rechte aus der unter Ziffer 1. genannten mittelbaren Kommanditbeteiligung in Verzug befindet.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

5. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz trägt die Beklagte; die Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz werden der Klägerin zu 41% und der Beklagten zu 59% auferlegt.

6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

7. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin nimmt die Beklagte als Gründungskommanditistin und als Anlageberaterin auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung und Prospektmängeln im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an der "J Dritte Immobilienfonds GmbH & Co. Projekte M KG" im Wert von 30.000.- DM (zzgl. 1.500.- Agio) am 21. Oktober/13. November 2000 in Anspruch. Anlageobjekte des im Jahr 1999 initiierten geschlossenen Fonds waren ein Bürogebäude in Wülfrath und ein Fachmarktzentrum in Ludwigshafen, das überwiegend an drei große Einzelhändler, darunter die Firma P, vermietet war.

3

Die Klägerin hat ihre Klage - neben mehreren anderen Punkten - insbesondere auch darauf gestützt, dass im Anlageprospekt das Alter der an die Firma P vermieteten Halle und damit eines wesentlichen Teils des Ludwigshafener Fachmarktzentrums unzutreffend dargestellt worden sei; außerdem habe der Prospekt keine ausreichenden Angaben zur erheblichen Altlastenbelastung des Ludwigshafener Grundstücks enthalten. Sie hat die Beklagte erstinstanzlich auf Rückzahlung von 11.747,52 € (Einlage zuzüglich Agio abzüglich erhaltener Ausschüttungen von 4.358,17 € ohne Berücksichtigung von Steuervorteilen) Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten, jeweils nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit, in Anspruch genommen und die Feststellung des Annahmeverzugs hinsichtlich der Beteiligungsübertragung begehrt.

4

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 30. März 2010 (GA 125 ff.), auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen und der erstinstanzlich gestellten Anträge Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO), abgewiesen. Zur Begründung - wegen deren Einzelheiten auf die angefochtene Entscheidung verwiesen wird - hat es im Wesentlichen ausgeführt, Schadensersatzansprüche wegen unrichtiger Prospektangaben zum Alter der P-Halle seien verjährt, weil die Klägerin bereits dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 16. November 2005 (Anl. B 4 = GA 88 ff.) - und damit noch im Jahr 2005 - mit hinreichender Deutlichkeit hätten entnehmen können, dass die Halle - im Gegensatz zu den übrigen Gebäudeteilen - nicht in den achtziger Jahren neu errichtet worden war. Der am 29. Dezember 2008 beantragte Mahnbescheid habe mangels ausreichender Individualisierung der Forderung keine Hemmung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB bewirkt; zudem sei selbst

5

eine (unterstellte) Hemmung aufgrund des Verfahrensstillstands ab der gerichtlichen Kostenanforderung für das streitige Verfahren am 14. Januar 2009 vor Eingang der Anspruchsbegründung am 15. Juli 2009 gemäß § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB abgelaufen gewesen. Hinsichtlich der Altlastenproblematik sei kein Beratungsfehler der Beklagten ersichtlich, weil sie von den Altlasten unstreitig bis 2009 keine Kenntnis gehabt habe und nicht ersichtlich sei, dass eine diesbezügliche Prüfung im Jahr 1999/2000 überhaupt zu einem Ergebnis geführt haben würde; zudem sei der im Prospekt wiedergegebenen Zusicherung der Altlastenfreiheit durch die Verkäufer zu entnehmen gewesen, dass die Beklagte selbst diesbezüglich keine eigene Prüfung vorgenommen habe. Die im Weiteren geltend gemachten Ansprüche wegen angeblich fehlerhafter Angaben im Beratungsgespräch über die Risiken des Produkts, seine Fungibilität und seine beschränkte Kündbarkeit seien ebenfalls verjährt.

Mit der Berufung macht die Klägerin – neben Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens - 6
ergänzend geltend, im Prospekt sei der Kaufpreis für das Fondsobjekt vorsätzlich falsch angegeben, weil zwei der Verkäufer ein "Zusatzhonorar" von insgesamt 500.000.- DM erhalten hätten, das als Kaufpreisbestandteil anzusehen, im Prospekt aber nicht ausgewiesen sei; hiervon habe sie erst nach Schluss der erstinstanzlichen Verhandlung erfahren. Außerdem trägt sie vor, sie habe in den Jahren 2000 bis 2009 in der Summe keinen Steuervor-, sondern einen Steuernachteil von 29,98 € erzielt, begehrt – über den erstinstanzlichen Zahlungsantrag hinaus – entgangene Anlagezinsen von 7.313,26 € für die Zeit von der Zeichnung bis zur Rechtshängigkeit mit der Begründung, sie hätte bei richtiger Aufklärung alternativ in ein Bundeswertpapier mit langjähriger Laufzeit und einer Rendite von mindestens 5,16% investiert, und stellt klar, von den vorgerichtlichen Anwaltskosten 430,66 € bezahlt zu haben, während in Höhe von 406,81 € eine Anrechnung vorgenommen worden sei.

Die Klägerin beantragt, in Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 30. März 2010 7
– 3 O 352/09 -,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 19.060,78 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über 8
dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übertragung ihrer mittelbaren, von der T U GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gehaltenen Kommanditbeteiligung im Nennbetrag von 30.000,00 DM an der J Dritte Immobilienfonds Köln GmbH & Co. Projekte M KG auf die Beklagte;
2. festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme der von ihr - der Klägerin – 9
angebotenen Übertragung der im vorgenannten Antrag genannten mittelbaren Kommanditbeteiligung in Verzug befindet;
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 837,52 € (vorgerichtliche Anwaltskosten) nebst 10
Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu bezahlen,

hilfsweise dazu, 11

an sie weitere 430,66 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz 12
Rechtshängigkeit zu bezahlen und festzustellen, dass die Beklagte ihr in Höhe des angerechneten Betrages von 406,81 € zur Erstattung verpflichtet ist. 12b

Die Beklagte beantragt, 13

14

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen verwiesen. 15

II. 16

Die Berufung ist zulässig und teilweise begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte dem Grunde nach ein unverjährter Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung der Beteiligung gemäß § 280 Abs. 1, § 249 BGB wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen im Zusammenhang mit ihrem Beteiligungserwerb im Oktober/November 2000 zu. Der Höhe nach ist ihre – im Berufungsverfahren hinsichtlich entgangener Anlagezinsen erweiterte – Klage jedoch nur teilweise begründet. 17

1. 18

Die Beklagte haftet der Klägerin dem Grunde nach wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen durch unzutreffende Prospektangaben zum Alter des Ludwigshafener Anlageobjekts im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb. 19

a. 20

Die grundsätzliche Haftung der Beklagten für unrichtige Prospektangaben im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb folgt zum einen aus ihrer Eigenschaft als Gründungskommanditistin. In dieser Eigenschaft wurde sie selbst Vertragspartnerin der neu eintretenden Gesellschafter (auch wenn dieser Beitritt - wie hier - nur mittelbar erfolgte, vgl. BGH NJW 1987, 2677; ZIP 2006, 849, 850; ZIP 2006, 1631, 1632) und war dementsprechend auch als künftige Vertragspartnerin bei der Anbahnung der Vertragsverhandlungen über den Beitritt zur gebotenen Aufklärung der geworbenen Anleger verpflichtet. Daher haftet sie aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, wenn und soweit sie in Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis der wahren Verhältnisse einen in wesentlichen Punkten unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Emissionsprospekt herausgegeben hat oder ihre Erfüllungsgehilfen bei den Vertragsverhandlungen etwaige unzutreffende oder unzureichende Angaben des Prospekts bei den Vertragsverhandlungen schuldhaft nicht richtiggestellt bzw. ergänzt haben (vgl. BGH WM 1985, 533, 534 - juris Tz. 12 ff.; NJW 1995, 130; NJW-RR 2003, 1054). 21

Darüber hinaus ergibt sich die Haftung der Beklagten dem Grunde nach auch aus einem - unzweifelhaft jedenfalls konkludent geschlossenen und von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellten – Anlageberatungsvertrag der Parteien, aufgrund dessen sie zur anleger- und anlagegerechten Beratung verpflichtet war. Dabei beschränkte sich ihre Pflicht zur objektgerechten Beratung nicht darauf, den Anlageprospekt lediglich auf seine innere Schlüssigkeit zu prüfen. Eine solche Schlüssigkeits- und Plausibilitätsprüfung kann im Rahmen eines bloßen Anlagevermittlungsvertrages ausreichend sein. Ein Berater schuldet dagegen nicht nur eine zutreffende, vollständige und verständliche Mitteilung von Tatsachen, sondern darüber hinaus auch eine fachmännische Bewertung, um eine dem Anleger und der Anlage gerecht werdende Empfehlung abgeben zu können. Die beratende Bank hat daher eine Anlage, die sie empfehlen will, zuvor mit banküblichem kritischen Sachverstand zu prüfen. Unterlässt sie dies, erweckt aber gleichwohl den Eindruck, die Anlage mit positivem Ergebnis geprüft zu haben, haftet sie, wenn der Emissionsprospekt der geschuldeten Prüfung in einem für die Anlageentscheidung wesentlichen Punkt nicht standgehalten hätte. Das ist anzunehmen, wenn ein Risiko erkennbar geworden wäre, über das der Anleger hätte 22

aufgeklärt werden müssen, oder wenn erkennbar geworden wäre, dass die Empfehlung der Anlage nicht anleger- und/oder objektgerecht ist (vgl. BGH NJW-RR 2009, 687, 688 Tz. 13; NJW-RR 2010, 115, 116 Tz. 15 ff.).

b. 23

Hier waren die Prospektangaben zum Anlageobjekt Fachmarktzentrum Ludwigshafen in einem wesentlichen Punkt, nämlich der Altersangabe der an die Firma P vermieteten Gebäudeteile, unrichtig. 24

aa. 25

Nach den Prospektangaben auf Seite 5, 17 und 73 des Prospekts (Anl. K 1) wurde das Fachmarktzentrum "in seiner jetzigen Form" "im wesentlichen" Ende der 80er Jahre "errichtet". Diese Formulierungen erwecken - auch unter Berücksichtigung der weiteren Angaben, dass das Zentrum aus mehreren Gebäudeabschnitten besteht, die in mehreren Bauabschnitten errichtet und den Bedürfnissen der Mieter und ihrer Kunden angepasst wurden, wobei die "Baugenehmigungen für die einzelnen Abschnitte" von Ende der 80er Jahre stammen - den Eindruck, dass das gesamte Gebäude im wesentlichen Ende der 80er Jahre entweder neu errichtet oder so grundlegend neu umgebaut wurde, dass es "im wesentlichen" einen dieser Zeit entsprechenden Baustandard und -zustand hat. 26

Tatsächlich ist dagegen nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt davon auszugehen, dass ein wesentlicher Teil des Fachmarktzentrums nicht erst Ende der 80er Jahre (um-)gebaut wurde, sondern mindestens 15 bis 20 Jahre älter ist. Nach der von der Beklagten selbst vorgelegten Architektenstellungnahme vom 5. März 2009 (Anl. B 5 = GA 99) ist davon auszugehen, dass jedenfalls eine Teilfläche von 3.000 m² für den OBI-Baumarkt bereits im Jahr 1971 und eine Erweiterung um 2.280 m² bereits im Jahr 1974 errichtet wurden, bevor in den Jahren 1984 bis 1989 eine erneute Erweiterung um 11.000 m² erfolgte. Danach sind 5.280 m² und damit ca. ein Drittel der Gesamtgebäudefläche 15 bis 20 Jahre älter als im Prospekt suggeriert. 27

bb. 28

Bei dieser (unrichtigen) Altersangabe handelt es sich auch um einen für die Anlageentscheidung wesentlichen Punkt der Prospektdarstellung. 29

(1) 30

Das Alter und damit der Baustandard einer Bestandsimmobilie eines Immobilienfonds sind für den Wert einer Fondsanlage von wesentlicher Bedeutung. Das gilt nicht nur für zu Wohnzwecken vermietete Gebäude, sondern auch bei gewerblich genutzten Immobilien, weil sich auch hier Alter, Zustand und Sanierungsbedürftigkeit erheblich auf die erzielbaren Mieten und zu veranschlagenden Instandhaltungskosten und damit letztlich auf die Rentabilität der Anlage auswirken. Daher war die Beklagte nicht nur in ihrer Eigenschaft als Gründungskommanditistin für eine korrekte Altersangabe im Prospekt verantwortlich, sondern war auch im Rahmen der ihr als beratende Bank obliegenden Pflicht zur sorgfältigen banküblichen Prüfung zur Überprüfung dieses Punktes verpflichtet, zumal ihr diese Prüfung auch ohne großen Aufwand möglich war. 31

(2) 32

33

Die wesentliche Bedeutung der unrichtigen Altersangabe ist hier auch nicht deshalb zu verneinen, weil der betroffene Anteil der vor den 80er Jahren errichteten Flächen im Verhältnis zur Gesamtimmobilienfläche - wie die Beklagte meint - als "überschaubar" und "nicht wesentlich" anzusehen wäre. Dieser Ansicht vermag der Senat bei ca. einem Drittel der Gesamtfläche der Fondsimmoblie in Ludwigshafen nicht zu folgen, zumal dieser ältere Baubestand die Mietfläche des größten Anmieters betrifft (Anl. K 1 Seite 15).

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass der Fonds insgesamt, d.h. unter Einbeziehung der Fläche der Fondsimmoblie in Wülfrath mit 5.466 m², über "neue" Flächen von knapp 80% verfügte, rechtfertigt das keine andere Bewertung. Zum einen wäre nach Ansicht des Senats auch ein Anteil älterer Flächen von "nur" 20% der Gesamtfläche nicht mehr als unwesentlich anzusehen. Zum anderen kommt eine solche rein flächenmäßige "Kompensation" des Ludwigshafener Gebäudes durch das Wülfrather Objekt angesichts der wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht in Betracht. Für die wirtschaftliche Bewertung der wirtschaftlichen Erheblichkeit des Baujahrs ist zunächst auf die Relevanz der Altersangabe für die betroffene Immobilie und deren Rentabilität abzustellen, bevor anschließend zu prüfen ist, ob sich möglicherweise eine - für die einzelne Immobilie wesentliche - Falschangabe dennoch bei einer wirtschaftlichen Betrachtung sämtlicher Anlageobjekte insgesamt für die Gesamtanlage nicht mehr wesentlich auswirkt. Letzteres ist hier indes nicht ersichtlich, da das Fachmarktzentrum mit über 16.000 qm gegenüber dem Objekt in Wülfrath mit nur 5.466 qm das weitaus größere und damit wesentliche wirtschaftliche Standbein der beiden Anlageobjekte darstellte.

Nicht zu folgen vermag der Senat schließlich auch dem weiteren - von der Klägerin bestrittenen - Argument der Beklagten, die untergeordnete Relevanz der Altersangabe zeige sich auch daran, dass für die Entscheidung der Firma P, den Mietvertrag nicht zu verlängern, nicht der Zustand und das Alter des Gebäudes ausschlaggebend gewesen seien, sondern vielmehr die negative Umsatzentwicklung an diesem Standort. Selbst wenn dem so gewesen sein sollte, ändert diese individuelle Einschätzung durch den aktuellen Mieter nichts an der - objektiv generell zu bewertenden - Relevanz des Alters für den Wert und die Rentabilität des Anlageobjekts (insbesondere auch unter dem Aspekt erforderlicher Instandhaltungsaufwendungen und etwaiger Nachvermietungen).

c. 36

Diese unrichtige Altersangabe hat die Beklagte zu vertreten. Anhaltspunkte für ihre Entlastung (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) sind weder dargetan noch ersichtlich. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass die Unrichtigkeit der Altersdarstellung bei der gebotenen Überprüfung nicht mit zumutbarem Aufwand erkennbar gewesen wäre.

d. 38

Die Ursächlichkeit der unrichtigen Altersangabe für die Beteiligungsentscheidung der Klägerin ist ebenfalls zu bejahen. Hierfür spricht die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die durch die Beklagte nicht widerlegt wurde. Ihr pauschaler Einwand, die Klägerin hätte sich bei Aufklärung über das wahre Alter in einem Entscheidungskonflikt befunden, weil es sich um einen Gesichtspunkt von nur "untergeordneter Relevanz" gehandelt habe, reicht hierfür nicht aus. Angesichts der oben ausgeführten Relevanz des tatsächlichen Alters nicht nur für den Wert der Anlageimmobilie als solchen, sondern auch für die gesamte Rentabilitätskalkulation, ist kaum anzunehmen, dass die Klägerin in Kenntnis der wahren Tatsachen - bei denen die ihr vorgelegte Kalkulation insbesondere hinsichtlich der Instandhaltungskosten und Wiedervermietung in Frage stand - den Fonds gezeichnet hätte.

e.	40
Der daraus resultierende Schadensersatzanspruch der Klägerin ist auch nicht - anders als vom Landgericht angenommen - <u>verjährt</u> .	41
aa.	42
Da die Klägerin selbst ihre Kenntnis von der unrichtigen Altersangabe im Prospekt aus dem Protokoll der 6. ordentlichen Gesellschafterversammlung vom 16. November 2005 (Anl. K 3) ableitet (GA 22, 64, 107, 179), das ihr unbestritten noch im Jahr 2005 zugegangen ist, lief die Verjährungsfrist für darauf gestützte Ansprüche am 31. Dezember 2008 ab (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB).	43
bb.	44
Durch den am 29. Dezember 2008 beantragten und der Beklagten am 6. Januar 2009 - mithin demnächst - zugestellten Mahnbescheid wurde die Verjährung jedoch rechtzeitig gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehemmt. Anders als das Landgericht erachtet der Senat den Mahnbescheid bei der gebotenen Gesamtschau als hinreichend individualisiert.	45
Zwar fehlt im Mahnantrag die Angabe des betreffenden Fonds und trifft das Datum der "Falschberatung vom 21.10.2000" nicht zu, weil es sich hierbei um das Datum des Beitritts handelt, während die Beratung vorher erfolgt ist. Auch haben die Klägerin und ihr Ehemann am 21. Oktober 2000 insgesamt vier verschiedene Fondsbeteiligungen gezeichnet, so dass der Mahnbescheid für sich genommen keine eindeutige Zuordnung der Forderung ermöglichte.	46
Unter zusätzlicher Berücksichtigung des vorangehenden anwaltlichen Aufforderungsschreibens vom 1. Dezember 2008 (Anl. K 7 = GA 78 f.) war der Beklagten aber nach Auffassung des Senats die erforderliche Individualisierung der geltend gemachten Forderung möglich. Aus diesem Schreiben ergab sich, dass Klägerin die Beklagte nur wegen dieser – einen – Beteiligung in Anspruch nehmen wollte ("Gegenstand unserer Beauftragung ist ..."); die anderen Beteiligungen wurden weder in diesem Schreiben erwähnt, noch ist vorgetragen oder ersichtlich, dass vor dem Mahnbescheidsantrag auch wegen einer (der) anderen Beteiligungen Ansprüche geltend gemacht wurden. Darüber hinaus enthält das Schreiben die Ankündigung, dass – sollte der geforderte Einredeverzicht nicht erfolgen – wegen der drohenden Verjährung noch in diesem Jahr Klage erhoben werde.	47
Das reicht für die gebotene Individualisierung, bei der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht auf einen außenstehenden Dritten, sondern auf den jeweiligen Antragsgegner abzustellen ist (vgl. BGHZ 172, 42, juris Tz. 46), aus. Der Bundesgerichtshof hat bereits öfter lückenhafte oder an sich unzureichende Angaben im Mahnbescheid als hinreichend individualisiert angesehen (z.B. BGH NJW 2002, 520: "Anspruch aus Werkvertrag" - ohne Datum und Rechnung, auf eine im Mahnbescheid in Bezug genommene Schlussrechnung konnte nicht abgestellt werden, weil sich deren Zugang an die Beklagte nicht feststellen ließ - sowie BGH NJW 2000, 1420, 1421: "Schadensersatz aus Unfall"), wenn und soweit außerhalb des Mahnbescheids liegende, dem Beklagten bekannte Umstände eine Individualisierung ermöglichten. Dabei war jeweils entscheidend, dass es außerhalb des in Rede stehenden Vorfalls oder Vertrages keine Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien gab. Das ist im vorliegenden Fall zwar insoweit anders, als die Klägerin am selben Tag noch drei weitere Beteiligungen gezeichnet hat. Die daraus an sich folgende Unsicherheit wird aber durch das - ausschließlich die streitgegenständliche	48

Beteiligung betreffende - Schreiben vom 1. Dezember 2008 und die der dortigen Ankündigung entsprechende, zeitnahe gerichtliche Verfolgung vor dem rechnerischen Verjährungsablauf ausgeräumt.

49
Angesichts dessen sprach (auch) aus der Sicht der Beklagten nichts dafür, dass es sich bei der – wenn auch pauschalen – Mahnbescheidsformulierung um eine andere – bislang von der Klägerin nicht beanstandete - Fondsbeteiligung handeln könnte. Diese theoretische Möglichkeit, dass nunmehr Schadensersatz wegen einer dieser anderen, bis dahin gar nicht als Fehlberatung beanstandeten Beteiligungen geltend gemacht würde, erscheint dem Senat so fernliegend, dass sie einer hinreichenden Individualisierung nicht entgegen stehen kann. Allein der Gesichtspunkt, dass im Aufforderungsschreiben eine Klage - und kein Mahnantrag - bis Jahresende angekündigt worden war, reicht für die Annahme, dass der Mahnbescheid sich womöglich doch auf eine der anderen Beteiligungen beziehen könnte, nicht aus. Diesem rein formalen Unterschied in der angekündigten gerichtlichen Geltendmachung steht der weitaus gewichtigere Umstand entgegen, dass es hinsichtlich der anderen Beteiligungen gerade keine - vorherige - Aufforderung zum Verjährungsverzicht gab, die Klägerin also für die Beklagte erkennbar – wie es auch der Üblichkeit entspricht – nicht einfach ohne vorherige Ankündigung, Aufforderung und Fristsetzung einen anderen Anspruch gerichtlich geltend machen wollte.

50
Ohne Erfolg macht die Beklagte weiter geltend, der Mahnbescheid habe die Verjährung auch deshalb nicht hemmen können, weil die Klägerin im Mahnantrag trotz ihrer Verpflichtung zur Zug um Zug – Übertragung der Beteiligung fälschlich erklärt habe, dass ihr Anspruch nicht mehr von einer Gegenleistung abhängig sei, so dass das Mahnverfahren gemäß § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bereits nicht statthaft gewesen sei. Unabhängig davon, ob es sich bei der – nach dem Gedanken der Vorteilsausgleichung – unmittelbar anspruchsmindernden Verpflichtung der Klägerin zur Abtretung der Beteiligungsrechte um eine Gegenleistung im Sinne des § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO handelt, ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass auch ein unzulässiger Mahnantrag die Verjährung unterbricht bzw. hemmt (vgl. BGHZ 172, 42, Tz. 43; Zöller/ Vollkommer, ZPO 28. Aufl. § 688 Rdn. 3, § 693 Rdn. 3a; Palandt/Ellenberger, BGB 70. Aufl. § 204 Rdn. 5, 18; jeweils m. w. N.). Das gilt insbesondere auch im Fall des Mahnantrags für einen noch nicht fälligen Anspruch (vgl. BGH a.a.O.). Soweit die Beklagte hier eine andere Ansicht vertritt, weil die Klägerin zweckdienlich falsche Angaben zur Umgehung der Zulässigkeitsvoraussetzungen im Mahnverfahren gemacht habe, vermag der Senat eine solche Umgehungsabsicht in Anbetracht der vorherigen, ausdrücklichen anwaltlichen Ankündigung der gerichtlichen Forderungsgeltendmachung nicht festzustellen.

cc. 51

52
Die demnach durch den Mahnbescheid bewirkte Hemmung der Verjährung endete auch nicht - anders als vom Landgericht hilfsweise angenommen - vor Einreichung der Anspruchsbegründung am 15. Juli 2009. Für den Beginn der sechsmonatigen Hemmungsfrist durch Stillstand des Verfahrens gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB ist nicht - wie in der Berechnung des Landgerichts - auf die Absendung der gerichtlichen Kostenanforderung am 14. Januar 2007 abzustellen, sondern auf deren Zugang (vgl. BGHZ 134, 387; NJW-RR 1998, 954; Palandt/Ellenberger, BGB 69. Aufl. § 204 Rdn. 49), der hier frühestens am Folgetag, dem 15. Januar 2009, anzunehmen wäre und nach Angabe der Klägerin erst am 16. Januar 2009 erfolgt ist (Schriftsatz vom 2. März 2011 Seite 6 = GA 250). Damit war die Einreichung der - den geltend gemachten Anspruch unzweifelhaft hinreichend individualisierenden - Anspruchsbegründung am 15. Juli 2009 noch rechtzeitig, zumal

zusätzlich zu berücksichtigen wäre, dass nach Ablauf der Stillstandsfrist nicht sofort Verjährung eintritt, sondern die restliche Verjährungsfrist gemäß § 209 BGB weiterläuft. Da bei der - für den Beginn der Hemmung gemäß § 167 ZPO maßgeblichen - Beantragung des Mahnbescheids am 29. Dezember 2008 noch zwei Tage Restverjährungsfrist übrig waren, ging die Anspruchsbegründung am 15. Juli 2009 jedenfalls noch rechtzeitig bei Gericht ein.

f. 53

Ob die Beklagte der Klägerin außerdem auch wegen unzureichender Prospektangaben zur Altlastenbelastung des Ludwigshafener Grundstücks zum Schadensersatz verpflichtet ist, oder ob der Prospekthinweis auf die Zusicherung der Altlastenfreiheit durch den Verkäufer ausreichend war und/oder eine nähere Überprüfung der Altlastenbelastung durch die Beklagte damals zu keinem relevanten Ergebnis geführt hätte, bedarf danach keiner Entscheidung mehr. Gleiches gilt für die weiterhin streitige Haftung der Beklagten wegen der übrigen von der Klägerin geltend gemachten Beratungsfehler. 54

2. 55

Der Höhe nach ist die Klage im nunmehrigen Umfang allerdings nur teilweise begründet. 56

a. 57

Der Klägerin steht – Zug um Zug gegen Abtretung ihrer Beteiligungsrechte – (nur) ein Anspruch auf Erstattung von 10.877,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. Juli 2009 zu. 58

aa. 59

Die Klägerin hat im Rahmen der umfassenden Rückabwicklung gemäß § 249 BGB Anspruch auf Rückzahlung ihrer Einlage von 31.500,00 DM = 16.105,69 € abzüglich erhaltener Ausschüttungen von 4.358,17 €, mithin von 11.747,52 €. 60

bb. 61

Hiervon sind – nach dem Gedanken der Vorteilsausgleichung – Steuervorteile der Klägerin in Höhe von 870,00 € in Abzug zu bringen, so dass eine Restforderung von 10.877,52 € verbleibt: 62

Im vorliegenden Fall ist die Anrechnung von Steuervorteilen nicht auf den Fall außergewöhnlich hoher Vorteile beschränkt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dieser Anrechnungsbeschränkung basiert darauf, dass auch die jeweilige Schadensersatzleistung zu versteuern ist (vgl. BGH WM 2010, 1641 Tz. 42 ff.; NJW 2010, 2506 Tz. 24 ff.). Davon ist aber bei geschlossenen Immobilienfonds, die – anders als Filmfonds – keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb, sondern aus Vermietung und Verpachtung erzielen, nicht auszugehen (vgl. BGH NJW 2006, 499, 500). 63

Nach ihren eigenen erstinstanzlichen Angaben hat die Klägerin Steuervorteile während der gesamten Laufzeit in Höhe von insgesamt 870.- € erzielt. Dem ist die Beklagte nur unsubstantiiert entgegengetreten. Ihr Vortrag, in den Jahren 2000 und 2001 seien Verlustzuweisungen von 18% bzw. 3% erfolgt, reicht insoweit nicht aus, weil allein aus der Tatsache von Verlustzuweisungen kein Rückschluss auf die daraus resultierenden Steuervorteile gezogen werden kann. Zudem hat die Klägerin ihren Vortrag durch die Vorlage der Ergebnismitteilung des Fonds für 2000 (Anl. K 9 = GA 89) und ihrer Steuerbescheide 64

hinreichend untermauert. Anhaltspunkte für einen höheren Steuervorteil als von ihr erstinstanzlich eingeräumt sind danach nicht ersichtlich, so dass von dem von der Klägerin angegebenen Betrag auszugehen ist. Soweit die Klägerin ihrerseits nunmehr im Berufungsverfahren behauptet, sie habe in der Summe in den Jahren 2000 bis 2009 gar keine Steuervorteile, sondern vielmehr einen Nachteil von 29,98 € erzielt, ist dieses neue Vorbringen aufgrund des Bestreitens der Beklagten in der mündlichen Verhandlung gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen.

cc. 65

Außerdem steht der Klägerin ein Anspruch auf Verzinsung dieses Erstattungsbetrages gemäß §§ 288, 291 BGB ab Rechtshängigkeit zu; diese ist mit dem Eingang der Akten beim Landgericht Köln am 27. Juli 2009 eingetreten (GA 1; vgl. BGH NJW 2009, 1213, 1214).

dd. 67

Der weitergehende zweitinstanzliche Antrag der Klägerin auf zusätzliche Erstattung entgangener Anlagezinsen von insgesamt 7.313,26 € gemäß § 252 BGB, § 287 Abs. 1 ZPO ist dagegen abzuweisen. 68

Substantiierter und gemäß § 531 Abs. 2 ZPO berücksichtigungsfähiger Vortrag der Klägerin dazu, welche Anlage sie alternativ bei richtiger Aufklärung gewählt haben würde, liegt nicht vor. Erstinstanzlich hat sie weder näher eingegrenzt, welche Art von Anlage sie alternativ gewählt haben würde, noch hat sie konkret und substantiiert zu ihrem bisherigen Anlageverhalten und –profil vorgetragen, so dass auch insoweit keine hinreichenden Anhaltspunkte vorliegen, die zumindest eine Schätzung gemäß § 252 BGB, § 287 ZPO ermöglichen würden. Anderes ergibt sich auch nicht aus ihrer zweitinstanzlichen – erstmaligen - Behauptung, sie hätte alternativ ein Bundeswertpapier mit langjähriger Laufzeit und einer Rendite von durchschnittlich 5,16% gewählt, weil diese – unabhängig davon, ob dies den Substantiierungsanforderungen genügen würde – neue Behauptung von der Beklagten ebenfalls in der mündlichen Verhandlung bestritten wurde. Damit ist sie ebenfalls aufgrund des Novenausschlusses in § 531 Abs. 2 ZPO – der unabhängig davon gilt, ob man den erweiterten Antrag der Klägerin unter § 264 ZPO oder unter § 533 ZPO fasst (vgl. Zöller/Heßler, ZPO 28. Aufl. § 531 Rdn. 23, § 533 Rdn. 3) - nicht mehr zu berücksichtigen. Die Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 23. März 2011 geben keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Soweit die Klägerin meint, § 531 Abs. 2 Ziffer 1 ZPO sei nicht anwendbar, weil das Landgericht selbst unterstellten Sachvortrag zur Alternativanlage in erster Instanz – ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt – für unerheblich gehalten und ihm deswegen – gegebenenfalls mit Hinweis auf die fehlende Substantiierung – nicht weiter nachgegangen wäre, trifft das bereits deshalb nicht zu, weil die Klägerin in erster Instanz lediglich Rechtshängigkeitszinsen gemäß §§ 291, 288 ZPO geltend gemacht hat, für die substantiierter Sachvortrag zu einer Alternativanlage gar nicht erforderlich war. Das Landgericht hätte daher auch dann, wenn es – wie der Senat – eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach bejaht hätte, keinerlei Anlass gehabt, der Frage der Alternativanlage und der daraus evtl. resultierenden Verzinsung nachzugehen. Ein gerichtlicher Hinweis darauf, dass die Klägerin über Rechtshängigkeitszinsen hinaus möglicherweise auch eine Verzinsung aus dem Gesichtspunkt entgangenen Gewinns verlangen könne, dafür aber ihren Sachvortrag noch substantiieren müsse, dürfte die Grenzen richterlicher Unparteilichkeit eindeutig überschreiten. 69

Lediglich ergänzend ist anzumerken, dass es für § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO auch nicht genügt, dass das erstinstanzliche Gericht einen Gesichtspunkt für unerheblich gehalten hat. 70

Erforderlich ist vielmehr, dass die fehlerhafte Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei auch beeinflusst hat und daher ursächlich dafür geworden ist, dass sich das Parteivorbringen ins Berufungsverfahren verlagert, d.h. hierfür mitverantwortlich ist (vgl. BGH NJW-RR 2004, 927, juris Tz. 19; MDR 2005, 206, juris Tz. 18). Davon ist hier aber bereits deshalb nicht auszugehen, weil die Klägerin – wie ausgeführt – erstinstanzlich von Beginn an selbst nur Rechtshängigkeitszinsen begehrt hat. Dass der Hinweis des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung auf seine rechtliche Beurteilung die Klägerin von der Erweiterung seiner Klage um einen Anspruch auf entgangene Gewinnzinsen und entsprechende weitere Sachausführungen abgehalten hätte, ist in keiner Weise ersichtlich, zumal sie dies auch im Berufungsverfahren erst fast zehn Monate nach Berufungseinlegung, eine Woche vor dem Verhandlungstermin getan hat.

Schließlich spielt die von der Klägerin angesprochene Frage, ob die Zulassung seines neuen Berufungsvorbringens zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen würde oder nicht, für die Sanktion des § 531 ZPO keine Rolle (vgl. Zöller/Heßler, ZPO 28. Aufl. § 531 Rdn. 35). 71

Da bereits dem Grunde nach keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür feststellbar sind, welche Art von Alternativanlage die Klägerin gewählt haben würde, kommt auch die von ihr als "abstrakter Mindestschaden" geltend gemachte Annahme einer Verzinsung in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes von 4% nicht in Betracht. 72

ee. 73

Der Anspruch auf Ersatz des oben genannten Betrages steht der Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung ihrer Rechte aus ihrer mittelbaren Fondsbeteiligung zu (vgl. BGH, WM 2010, 262 – Juris-Ausdruck Tz.28 f.); in diesem Sinne war ihr Zug um Zug - Angebot der "Übertragung" der Beteiligung auszulegen und im Urteilstenor klarstellend umzuformulieren. 74

b. 75

Außerdem hat die Klägerin gemäß § 249 BGB Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten von 873,52 € nebst Prozesszinsen gemäß §§ 288, 291 BGB ab dem 27. Juli 2009. 76

Die Inanspruchnahme eines Anwalts war angesichts der Komplexität der Angelegenheit in sachlicher und rechtlicher Hinsicht erforderlich und zweckmäßig. Anders als die Beklagte hält der Senat die Gebühren auch nicht für "übersetzt". Ausweislich des Schreibens vom 1. Dezember 2008 hat der Bevollmächtigte der Klägerin nicht lediglich um einen Verjährungsverzicht gebeten, sondern unter Schilderung des Sachverhalts auch den Anspruchsgrund dargelegt und damit nähere Ausführungen zur Sache gemacht. Der Einholung eines Gutachtens der Rechtsanwaltskammer über die Angemessenheit der Vergütung bedarf es hier nicht, weil es sich nicht um einen Streit zwischen Mandant und Anwalt handelt (BFH RVGreport 2006, 20; BVerwG RVGreport 2006, 21; BSG RVGreport 2009, 180; Gerold/Schmidt/Mayer § 14 Rdn. 35; Hartmann § 14 Rdn. 28). 77

Dass die Kosten in Höhe von 430,66 € von der Klägerin bezahlt wurden und in Höhe des weiteren Betrages von 406,81 € intern eine Anrechnung erfolgt ist, hat die Beklagte nach der entsprechenden anwaltlichen Versicherung des Klägervertreters in der mündlichen Verhandlung nicht mehr bestritten. Damit steht der Klägerin ein Anspruch auf Erstattung der gesamten Gebühr – und nicht nur, wie hilfsweise beantragt, teilweise nebst Feststellung der Erstattungspflicht der Beklagten hinsichtlich des angerechneten Betrages – zu, weil die interne (gebührenrechtliche) Anrechnung des Teilbetrages von 406,81 € für die Haftung der 78

Beklagten im Außenverhältnis unerheblich ist.

c. 79

Schließlich ist auch der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten hinsichtlich der Beteiligungsübertragung begründet. Die Beklagte befindet sich mit der Annahme der Beteiligungsabtretung in Annahmeverzug gemäß §§ 298, 294 BGB, nachdem sie das entsprechende Zug um Zug - Angebot der Klägerin in der Klage mit ihrem umfassenden Antrag auf Klageabweisung abgelehnt hat. 80

III. 81

Die Kostenentscheidung beruht für die erste Instanz auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, für die zweite Instanz auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 82

Die Revision wird nicht zugelassen, weil es sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung handelt und weder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung noch die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO). Der Schriftsatz der Klägerin vom 23. März 2011 gibt – wie oben ausgeführt – keinen Anlass zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Auch zu der von der Klägerin darin beantragten Zulassung der Revision zur Auslegung des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO besteht angesichts der hierzu bereits existierenden, oben zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung kein Anlass. 83

Streitwert 84

für die erste Instanz 12.747,52 € 85

für das Berufungsverfahren 20.060,78 € 86

(jeweils Zahlungsantrag zzgl. Feststellungsantrag von 1.000,00 €) 87