
Datum: 30.03.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 91/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0330.13U91.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 3 O 346/09

Tenor:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 20.100,01 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins-satz ab dem 24. Juli 2009 zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung seiner Rechte aus der gemäß Beitrittserklärung vom 27. September/2. Oktober 2000 begründeten mittelbaren, von der T Treuhand GmbH Wirtschaftsprüfergesellschaft gehaltenen Kommanditbetei-ligung des Klägers im Nennbetrag von DM 60.000,00 an der J Drit-te Immobilienfonds Köln GmbH & Co. Projekte ... KG an die Be-klagte.

2. Die Beklagte wird - ebenfalls Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der unter Ziffer 1. genannten mittelbaren Kommandit-beteiligung - verurteilt, an den Kläger € 1.085,04 (vorgerichtliche Anwaltskosten) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunk-ten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 24. Juli 2009 zu zahlen.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der ihr vom Kläger angebotenen Abtretung seiner 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 tragen der Kläger zu 13% und die Beklagte zu 87%; die Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz werden dem Kläger zu 46% und der Beklagten zu 54% 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:

I.

Der Kläger 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 ...KG" im Wert von 60.000.- DM (zzgl. 3.000.- Agio) am 27. September/2. Oktober 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.

Der Kläger hat seine 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. Er hat die Beklagte erstinstanzlich auf Rückzahlung von 23.251,01 € (Einlage zuzüglich Agio abzüglich erhaltener Ausschüttungen von 8.960,38 € ohne Berücksichtigung von Steuervorteilen) Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 1.085,04 €, jeweils nebst Zinsen ab Rechtshängigkeit, in Anspruch genommen und die Feststellung des Annahmeverzugs hinsichtlich der Beteiligungsübertragung begehrt.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 30. März 2010 (GA 138 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 der Kläger bereits dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 16. November 2005 (Anl. K 5) - 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

eine (unterstellte) Hemmung aufgrund des Verfahrensstillstands ab der gerichtlichen Kostenanforderung für das streitige Verfahren am 12. Januar 2009 vor Eingang der Anspruchsbegründung am 16. Juli 2009 (richtig im Urteilstatbestand: 14. Juli 2009) gemäß § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB abgelaufen gewesen. Auch im Übrigen könne die zwischen den Parteien streitige Frage, ob überhaupt ein Beratungsvertrag zwischen ihnen zustande gekommen sei, dahingestellt bleiben, weil daraus möglicherweise resultierende Ansprüche des Klägers wegen fehlerhafter Angaben des (unterstellten) Beraters zu den Risiken der Anlage und ihrer langen Laufzeit in Anbetracht des unstreitig vor der Zeichnung übergebenen Prospekts und der darin enthaltenen Angaben ebenfalls verjährt seien. 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.

Mit der Berufung macht der Kläger – neben Vertiefung seines 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 er erst nach Schluss der erstinstanzlichen Verhandlung erfahren. Außerdem trägt er vor, er habe in den Jahren 2000 bis 2009 in der Summe keinen Steuervor-, sondern einen Steuernachteil von 382,74 € erzielt, begehrt – über den erstinstanzlichen Zahlungsantrag hinaus – entgangene Anlagezinsen von 14.805,95 € für die Zeit von der Zeichnung bis zur Rechtshängigkeit mit der Begründung, er hätte bei richtiger Aufklärung alternativ in ein Bundeswertpapier mit langjähriger Laufzeit und einer Rendite von mindestens 5,22% investiert, und stellt klar, von den vorgerichtlichen Anwaltskosten 777,19 € bezahlt zu haben, während in Höhe von 530,61 € eine Anrechnung vorgenommen worden sei.

Der Kläger beantragt, in Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 30. März 2010 – 7
3 O 346/09 -,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 38.056,96 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über 8
dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übertragung seiner mittelbaren, von der T Treuhand GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gehaltenen Kommanditbeteiligung im Nennbetrag von 60.000,00 DM an der J Dritte Immobilienfonds Köln GmbH & Co. Projekte ...KG auf die Beklagte;
2. festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme der von ihm angebotenen 9
Übertragung der im vorgenannten Antrag genannten mittelbaren Kommanditbeteiligung in Verzug befindet;
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 1.307,80 € (vorgerichtliche Anwaltskosten) 10
nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu bezahlen,

hilfsweise dazu, 11

an sie weitere 777,19 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz 12b
Rechtshängigkeit zu bezahlen und festzustellen, dass die Beklagte ihr in Höhe des

angerechneten Betrages von 530,61 € zur Erstattung verpflichtet ist.

Die Beklagte beantragt, 13
die Berufung zurückzuweisen. 14

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

II. 16

Die Berufung ist zulässig und teilweise begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte dem 17
Grunde nach ein unverjährter Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung der Beteiligung
gemäß § 280 Abs. 1, § 249 BGB wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen im
Zusammenhang mit seinem Beteiligungserwerb im September/Okttober 2000 zu. Der Höhe
nach ist seine – im Berufungsverfahren hinsichtlich entgangener Anlagezinsen und durch
höhere Anwaltskosten erweiterte – Klage jedoch nur teilweise begründet.

1. 18

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

a. 20

Unabhängig von der streitigen – und vom Landgericht offen gelassenen - Frage, ob zwischen 21
den Parteien ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen ist, ergibt sich die Haftung der
Beklagten für unrichtige Prospektangaben im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb
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 Betritt 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).

b. 22

Hier waren die Prospektangaben zum Anlageobjekt Fachmarktzentrum Ludwigshafen in 23
einem wesentlichen Punkt, nämlich der Altersangabe der an die Firma P vermieteten
Gebäudeteile, unrichtig.

aa. 24

Nach den Prospektangaben auf Seite 5, 17 und 73 des Prospekts (Anl. K 1) wurde das 25
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.

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. 26

bb. 27

Bei dieser (unrichtigen) Altersangabe handelt es sich auch um einen für die Anlageentscheidung wesentlichen Punkt der Prospektdarstellung. 28

(1) 29

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 jedenfalls in ihrer Eigenschaft als Gründungskommanditistin für eine korrekte Altersangabe im Prospekt verantwortlich, zumal ihr diese Prüfung auch ohne großen Aufwand möglich war. 30

(2) 31

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 Fondsimmobilie in Ludwigshafen nicht zu folgen, zumal dieser ältere Baubestand die Mietfläche des größten Anmieters betrifft (Anl. K 1 Seite 15). 32

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass der Fonds insgesamt, d.h. unter Einbeziehung der Fläche der Fondsimmobilie 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 33

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 – vom Kläger bestrittenen - Argument der Beklagten, die untergeordnete Relevanz der Altersangabe zeige sich auch daran, dass für die Entscheidung der Firma OBI, 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). 34

c. 35

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. 36

d. 37

Die Ursächlichkeit der unrichtigen Altersangabe für die Beteiligungsentscheidung des Klägers ist ebenfalls zu bejahen. Hierfür spricht die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die durch die Beklagte nicht widerlegt wurde. Ihr pauschaler Einwand, der Kläger 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 der Kläger in Kenntnis der wahren Tatsachen - bei denen die ihm vorgelegte Kalkulation insbesondere hinsichtlich der Instandhaltungskosten und Wiedervermietung in Frage stand - den Fonds gezeichnet hätte. 38

e. 39

Der daraus resultierende Schadensersatzanspruch des Klägers ist auch nicht - anders als vom Landgericht angenommen - verjährt. 40

aa. 41

Da der Kläger selbst seine Kenntnis von der unrichtigen Altersangabe im Prospekt aus dem Protokoll der 6. ordentlichen Gesellschafterversammlung vom 16. November 2005 (Anl. K 5) ableitet (GA 21, 188), das ihm unbestritten noch im Jahr 2005 zugegangen ist, lief die Verjährungsfrist für darauf gestützte Ansprüche am 31. Dezember 2008 ab (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). 42

bb. 43

Durch den am 29. Dezember 2008 beantragten und der Beklagten am 6. Januar 2009 - mithin demnächst - zugestellten Mahnbescheid wurde die Verjährung jedoch rechtzeitig 44

gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehemmt. Anders als das Landgericht erachtet der Senat den Mahnbescheid bei der gebotenen Gesamtschau als hinreichend individualisiert.

Zwar fehlt im Mahnantrag die Angabe des betreffenden Fonds und trifft das Datum der "Falschberatung vom 21.09.2000" nicht zu, weil es sich hierbei um das Datum des Werbeschreibens an den Kläger (Anl. K 2) handelt und sich für diesen Tag kein Telefonat (mit Beratung) feststellen lässt. Der Mahnbescheid für sich genommen ermöglichte der Beklagten somit keine eindeutige Zuordnung der Forderung. 45

Unter zusätzlicher Berücksichtigung des vorangehenden anwaltlichen Aufforderungsschreibens vom 1. Dezember 2008 (Anl. K 10 = GA 90 f.) war der Beklagten aber nach Auffassung des Senats die erforderliche Individualisierung der geltend gemachten Forderung möglich. Aus diesem Schreiben ergab sich, dass der Kläger, die Beklagte (nur) wegen dieser einen Beteiligung in Anspruch nehmen wollte ("Gegenstand unserer Beauftragung ist ..."), verbunden mit der Ankündigung, dass – sollte der geforderte Einredeverzicht nicht erfolgen – wegen der drohenden Verjährung noch in diesem Jahr Klage erhoben werde. Dass der Kläger zeitnah zu der hier streitgegenständlichen Beteiligung oder überhaupt im Jahr 2000 andere Fondsbeteiligungen oder sonstige Kapitalanlagen nach Beratung durch die Beklagte gezeichnet oder in dem vorgenannten zeitlichen Rahmen Festgeldgeschäfte, Spareinlagen oder Sparkassenbriefe nach Beratung durch die Beklagte getätigt bzw. erworben hätte, wegen derer er die Beklagte in Anspruch nehmen und das Mahnverfahren hätte einleiten können, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. 46

Vor diesem Hintergrund ist von einer ausreichenden 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), auszugehen. 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 Parteien eine längere Geschäftsbeziehung hatten. Es ist aber – wie ausgeführt - weder dargetan noch ersichtlich, dass der Kläger im fraglichen Zeitraum Ansprüche wegen einer solchen anderen Beteiligung gegenüber der Beklagten geltend gemacht hätte. Daher konnte auch insofern angesichts des Schreibens vom 1. Dezember 2008 und der dortigen Ankündigung kein Zweifel der Beklagten daran bestehen, dass es sich bei dem Mahnbescheid um die entsprechend angekündigte, zeitnahe gerichtliche Verfolgung der Ansprüche aus der streitgegenständlichen Anlage vor dem rechnerischen Verjährungsablauf handelte. Allein der formale Gesichtspunkt, dass im Aufforderungsschreiben eine Klage - und kein Mahnantrag - bis Jahresende angekündigt worden war, rechtfertigt insoweit keine andere Beurteilung. 47

Ohne Erfolg macht die Beklagte weiter geltend, der Mahnbescheid habe die Verjährung auch deshalb nicht hemmen können, weil der Kläger im Mahnantrag trotz seiner Verpflichtung zur Zug um Zug – Übertragung der Beteiligung fälschlich erklärt habe, dass sein 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 48

dem Gedanken der Vorteilsausgleichung – unmittelbar anspruchsmindernden Verpflichtung des Klägers 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 der Kläger 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. 49

Die demnach durch den Mahnbescheid bewirkte Hemmung der Verjährung endete auch nicht 50
- anders als vom Landgericht hilfsweise angenommen - vor Einreichung der
Anspruchsbegründung am 14. 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
12. 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 nach unbestrittener
Angabe der Klägerin erst am 14. Januar 2009 erfolgt ist (Schriftsatz vom 2. März 2011 Seite
6 = GA 262). Damit war die Einreichung der - den geltend gemachten Anspruch unzweifelhaft
hinreichend individualisierenden - Anspruchsbegründung am 14. 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 14. Juli 2009 jedenfalls noch rechtzeitig bei Gericht ein.

f. 51

Ob die Beklagte dem Kläger außerdem auch wegen unzureichender Prospektangaben zur 52
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 vom der Kläger geltend gemachten Beratungsfehler.

2. 53

Der Höhe nach ist die Klage im nunmehrigen Umfang allerdings nur teilweise begründet. 54

a. 55

Dem Kläger steht – Zug um Zug gegen Abtretung seiner Beteiligungsrechte – (nur) ein 56
Anspruch auf Erstattung von 20.100,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über
dem Basiszinssatz seit dem 24. Juli 2009 zu.

aa. 57

Der Kläger hat im Rahmen der umfassenden Rückabwicklung gemäß § 249 BGB Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage zzgl. Agio von 63.000,00 DM = 32.211,39 € abzüglich erhaltener Ausschüttungen von 8.960,38 €, mithin von 23.251,01 €.	58
bb.	59
Hiervon ist – nach dem Gedanken der Vorteilsausgleichung – der vom Kläger eingeräumte Steuervorteil von 3.151,00 € in Abzug zu bringen, so dass eine Restforderung von 20.100,01 € verbleibt:	60
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). So hat auch der Kläger selbst vorgetragen, dass der begehrte Schadensersatz "nicht steuerbar" sei (Schriftsatz vom 2. Februar 2010 Seite 6 = GA 117).	61
Nach seinen eigenen erstinstanzlichen Angaben hat der Kläger im Jahr 2000 aus einer Verlustzuweisung Steuervorteile von 3.151,00 € erzielt, im Jahr 2001 sei dagegen keine Verlustzuweisung mehr, sondern eine Ausschüttung erfolgt. 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. Soweit der Kläger seinerseits nunmehr im Berufungsverfahren behauptet, er habe in der Summe in den Jahren 2000 bis 2009 gar keine Steuervorteile, sondern vielmehr einen Nachteil von 382,74 € erzielt, ist dieses neue Vorbringen aufgrund des Bestreitens der Beklagten in der mündlichen Verhandlung gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen.	62
cc.	63
Außerdem steht dem Kläger ein Anspruch auf Verzinsung dieses Erstattungsbetrages gemäß §§ 288, 291 BGB ab Rechtshängigkeit zu; diese ist mit dem Eingang der Akten beim Landgericht Köln am 24. Juli 2009 eingetreten (GA 1; vgl. BGH NJW 2009, 1213, 1214).	64
dd.	65
Der weitergehende zweitinstanzliche Antrag des Klägers auf zusätzliche Erstattung entgangener Anlagezinsen von insgesamt 14.805,95 € gemäß § 252 BGB, § 287 Abs. 1 ZPO ist dagegen abzuweisen.	66
Substantiierter und gemäß § 531 Abs. 2 ZPO berücksichtigungsfähiger Vortrag des Klägers dazu, welche Anlage er alternativ bei richtiger Aufklärung gewählt haben würde, liegt nicht vor. Erstinstanzlich hat er weder näher eingegrenzt, welche Art von Anlage er alternativ gewählt haben würde, noch hat er konkret und substantiiert zu seinem 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 seiner zweitinstanzlichen – erstmaligen - Behauptung, er hätte alternativ ein Bundeswertpapier mit langjähriger Laufzeit	67

und einer Rendite von durchschnittlich 5,22% 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 des Klägers 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 des Klägers im Schriftsatz vom 23. März 2011 geben keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Soweit der Kläger 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 er 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 der Kläger über Rechtshängigkeitszinsen hinaus möglicherweise auch eine Verzinsung aus dem Gesichtspunkt entgangenen Gewinns verlangen könne, dafür aber seinen Sachvortrag noch substantiieren müsse, dürfte die Grenzen richterlicher Unparteilichkeit eindeutig überschreiten.

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. 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 der Kläger – wie ausgeführt – erstinstanzlich von Beginn an selbst nur Rechtshängigkeitszinsen begehrt hat. Dass der Hinweis des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung auf seine rechtliche Beurteilung den Kläger von der Erweiterung seiner Klage um einen Anspruch auf entgangene Gewinnzinsen und entsprechende weitere Sachausführungen abgehalten hätte, ist in keiner Weise ersichtlich, zumal er dies auch im Berufungsverfahren erst fast zehn Monate nach Berufungseinlegung, eine Woche vor dem Verhandlungstermin getan hat.

Schließlich spielt die vom Kläger 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).

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

ee.

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

b.

Außerdem hat der Kläger gemäß § 249 BGB Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 1.085,04 € nebst Prozesszinsen gemäß §§ 288, 291 BGB ab dem 24. Juli 2009. 74

Die Inanspruchnahme eines Anwalts war angesichts der Komplexität der Angelegenheit in sachlicher und rechtlicher Hinsicht erforderlich und zweckmäßig. 75

Dass die Kosten in Höhe von 777,19 € vom Kläger bezahlt wurden und in Höhe des weiteren Betrages von 530,61 € intern eine Anrechnung erfolgt ist, hat die Beklagte nach der entsprechenden anwaltlichen Versicherung des Klägervertreters in der mündlichen Verhandlung nicht mehr bestritten. Damit steht dem Kläger grundsätzlich 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 eines Teilbetrages für die Haftung der Beklagten im Außenverhältnis unerheblich ist. 76

Anders als die Beklagte hält der Senat den Ansatz einer 1,3fachen Geschäftsgebühr auch nicht für "übersetzt". Ausweislich des Schreibens vom 1. Dezember 2008 hat der Bevollmächtigte des Klägers 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

Dennoch beschränkt sich der Erstattungsanspruch des Klägers auf den – erstinstanzlich geltend gemachten – Betrag von 1.085,04 €. Die zweitinstanzliche Erhöhung dieser Forderung beruht ausweislich der dazu vorgelegten Vorschussrechnung vom 14. Januar 2009 (Anl. K 18 = GA 275) auf einer Gebührenberechnung mit einem Gegenstandswert von 32.211,39 €, d.h. der reinen Schadensersatzforderung ohne Abzug der erzielten Ausschüttungen, die jedoch im Wege der Vorteilsausgleichung unmittelbar anspruchsmindernd zu berücksichtigenden waren/sind. Entgegen der Ansicht des Klägers (im Schriftsatz vom 23. März 2011) ist von deren Abzug bei der Bemessung des Gegenstandswerts nicht deshalb abzusehen, weil im Gegenzug der entgangene Gewinn nicht geltend gemacht wurde. Gerade dann, wenn der entgangene Gewinn nicht Gegenstand der vorgerichtlichen Geltendmachung war, kann er auch nicht werterhöhend berücksichtigt werden. Ausgehend von dem daher richtigerweise zugrunde zu legenden Gegenstandswert von 23.251,01 € ergeben sich daher erstattungsfähige vorgerichtliche Kosten von 1.085,04 €. 78

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 des Klägers in der Klage mit ihrem umfassenden Antrag auf Klageabweisung abgelehnt hat. 80

III. 81

Die Kostenentscheidung beruht für die erste Instanz auf § 92 Abs. 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.

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 des Klägers vom 23. März 2011 gibt – wie oben ausgeführt – keinen Anlass zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Auch zu der vom Kläger 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 24.251,01 € 85

für das Berufungsverfahren 39.056,96 € 86

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