



Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
21 U 121/04
4 O 500/03 Landgericht Berlin

verkündet am : 24.11.2006
Bernau
Justizangestellte

In dem Rechtsstreit

1. des Rechtsanwalts [REDACTED],
als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das
Vermögen der Frau [REDACTED]
[REDACTED]
2. [REDACTED]
[REDACTED]

Kläger und Berufungskläger

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Resch,
Kurfürstendamm 45, 10719 Berlin -

g e g e n

die Deutsche Bausparkasse Badenia AG,
vertreten durch den Vorstand Dietrich Schroeder und
Dr. Dirk Reiffenrath,
Badeniaplatz 1, 76114 Karlsruhe,

Beklagte und Berufungsbeklagte

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Caemmerer Bender Lenz,
Douglasstraße 11 - 15, 76133 Karlsruhe -

hat der 21. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstr. 30-33, 10781 Berlin,
auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter am

Kammergericht Klum, die Richterin am Amtsgericht Block und die Richterin am Kammergericht Lang

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Auf die Berufung der Kläger wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 31. März 2004 verkündete Urteil der Zivilkammer 4 des Landgerichts Berlin - 4 O 500/03 - unter teilweiser Änderung und Neufassung des Versäumnisurteils der Zivilkammer 4 des Landgerichts Berlin vom 29. September 2003 - 4 O 500/03 - teilweise geändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde des Notars Dr. Bodo Wolter, UR-Nr. 4193/1996 vom 22. Dezember 1996 wird für unzulässig erklärt.

2. Die Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug gegen kostenneutrale Abgabe sämtlicher Erklärungen, die zur Übereignung des im Grundbuch des Amtsgerichts Wuppertal zu Elberfeld, Blatt 18737 eingetragenen Wohnungseigentums, bestehend aus einem 4,57/1.000 Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 63 bezeichneten Wohnung nebst Kellerraum sowie dem Teileigentum, bestehend aus einem 0,05/1.000 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Gebäude Vorm Holz 4 im 1. Parkgeschoss gelegenen PKW-Stellplatz, im Aufteilungsplan mit Nr. 205 bezeichnet, gelegen in 42119 Wuppertal, Vorm Holz 4, zweites Obergeschoss, mit sämtlichen im Grundbuch eingetragenen und nicht eingetragenen Belastungen und Beschränkungen erforderlich sind,

a) die Kläger von allen Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag vom 19./20. Dezember 1996 mit der Landeskreditbank Baden-Württemberg, Kontonummer 5280193101/02, freizustellen,

b) die auf das Darlehen geleisteten Beträge von 13.159,27 EUR nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 2. September 2003 an die Kläger zurückzuzahlen,

c) das an sie zur Sicherheit abgetretene Bausparguthaben aus dem bei der Beklagten geführten Bausparvertrag mit der Nummer [REDACTED] zurück abzutreten.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern sämtlichen weitergehenden Schaden zu ersetzen, der ihnen aus dem Erwerb des im Eingangssatz zu

Ziffer 2 des Urteilstenors genannten Wohnungseigentums und aus der Eingehung der in Ziffer 2 a des Urteilstenors genannten Darlehensverbindlichkeit entstanden ist und zukünftig entstehen wird.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten in erster Linie über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde des Notars Dr. Bodo Wolter zur UR-Nr. 4193/1996 vom 22. Dezember 1996 und über die Rückabwicklung des Darlehensvertrages vom 19./20. Dezember 1996 mit der Landeskreditbank Baden-Württemberg.

Die Kläger haben zunächst beantragt:

1. Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde des Notars Dr. Bodo Wolter, UR-Nr. 4193/1996 vom 22. Dezember 1996 wird für unzulässig erklärt.

2. Die Beklagte wird verurteilt,

a) die Kläger von allen Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag vom 19./20. Dezember 1996 (Kontonummer 5280193101/02) freizustellen,

b) sämtliche auf das Darlehen geleisteten Beträge von 15.634,50 EUR nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 2. September 2003 an die Kläger zurückzuzahlen,

c) das an sie zur Sicherheit abgetretene Bausparguthaben aus dem bei der Beklagten geführten Bausparvertrag mit der Nummer 5280193101 zurück abzutreten und zwar Zug um Zug gegen kostenneutrale Abgabe sämtlicher Erklärungen, die zur Übereignung des im Grundbuch des Amtsgerichts Wuppertal zu Elberfeld, Blatt 18737 eingetragenen Wohnungseigentums, bestehend aus einem 4,57/1000 Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 63 bezeichneten Wohnung nebst Kellerraum sowie dem Teileigentum, bestehend aus einem 0,05/1000 Miteigentumsanteil

verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Gebäude Vorm Holz 4 im 1. Parkgeschoss gelegenen Pkw-Stellplatz, im Aufteilungsplan mit Nr. 205 bezeichnet, gelegen in 42119 Wuppertal, Vorm Holz 4, zweites Obergeschoss, mit sämtlichen im Grundbuch eingetragenen und nicht eingetragenen Belastungen und Beschränkungen auf die Beklagte erforderlich sind.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte auch zum Ausgleich des weiteren den Klägern entstandenen Vermögensschadens verpflichtet ist.

Das Landgericht Berlin hat dem Begehren der Kläger durch das im schriftlichen Vorverfahren ergangene Versäumnisurteil vom 29. September 2003 - 4 O 500/93 - in vollem Umfang stattgegeben. Auf den Einspruch der Beklagten hat es mit dem am 31. März 2004 verkündeten Urteil - 4 O 500/03 - die zum Zahlungsantrag in Höhe von 2.475,23 EUR zurückgenommene Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Kläger.

Über das Vermögen der Klägerin zu 1. ist mit Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg vom 2. Mai 2005 - 36h IK 81/05 - das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet worden. Der Treuhänder hat das Verfahren mit Schriftsatz vom 8. Juni 2006 aufgenommen.

Die Kläger beantragen,

unter Änderung des Urteils des Landgerichts Berlin - 4 O 500/03 - vom 31. März 2004 das Versäumnisurteil vom 29. September 2003 nach Maßgabe der Teilklagerücknahme aufrechtzuerhalten.

Sie haben im Berufungsverfahren die Klage erweitert und beantragen hilfsweise:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der sich aus der Differenz der Kosten für die streitgegenständliche Finanzierung und einer Finanzierung dergestalt, dass ein Vorausdarlehen mit Tilgungsaussetzung gegen Abtretung und Ansparung eines Bausparvertrages mit einer tariflichen Ansparung von 4,17/1000 zu im Übrigen gleichen Konditionen gewährt wird.

2. Es wird weiter festgestellt, dass die Kläger Zinsen auf das Vorausdarlehen nur für einen Zeitraum von acht Jahren und in Höhe des zwischen den Parteien für das Vorausdarlehen vereinbarten Zinssatzes schulden und die Beklagte weitere Zinszahlungen nicht verlangen kann.

3. Es wird weiter festgestellt, dass die Beklagte auch zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der sich aus der im Vergleich zu einer Finanzierung über ein Vorausdarlehen mit Tilgungsaussetzung gegen Abtretung und Ansparung eines Bausparvertrages mit tariflicher Ansparung längeren Finanzierungsdauer ergibt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen sowie die um die Hilfsanträge erweiterte Klage abzuweisen.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird zunächst auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.

Die Kläger haben auf den Hinweis des Senats vom 4. August 2006 insbesondere zur sittenwidrigen Überhöhung des Kaufpreises und zu einer arglistigen Täuschung über die monatliche „Vorauszahlung auf die Mietpoolausschüttung von z. Z. 293 DM“, wie sie in dem Besuchsbericht des Vermittlers [REDACTED] vom 6. Dezember 1996 (Anlage B 15 zur Klageerwiderung vom 9. Oktober 2003) angegeben ist, weiter vorgetragen. Wegen der Einzelheiten des Vortrags wird auf Seite 6 ff zu Ziffer 5, auf Seite 24 f zu Ziffer VII. und auf Seite 8 f zu Ziffer 7 des Schriftsatzes der Kläger vom 12. September 2006 (Band II, Bl. 184 bis 209 d. A.) verwiesen. Sie haben auf entsprechenden Hinweis des Senats vom 12. Oktober 2006 mit Schriftsatz vom 8. November 2006 außerdem zu ihrem Interesse an einer Feststellung gemäß dem Hauptklageantrag zu 3. vorgetragen und geltend gemacht, dass ihnen bis zur Rückabwicklung weitere Schäden wegen der Zinszahlungen auf den Kredit und aus ihrer Stellung als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft entstünden.

Die Beklagte hat auf entsprechenden Hinweis des Senats vom 12. Oktober 2006 u. a. zur sittenwidrigen Überhöhung des Kaufpreises und zu einer Täuschung über die Ausschüttung aus dem Mietpool sowie zu etwaigen im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnenden Steuervorteilen der Kläger Stellung genommen. Wegen der Einzelheiten des Vortrags wird insbesondere auf Seite 10 bis 21, auf Seite 39 bis 52 und auf Seite 80 bis 84 des Schriftsatzes der Beklagten vom 9. November 2006 (Band II, Bl. 224 bis 277 d. A.) verwiesen. Wegen des mit der Klageerweiterung in zweiter Instanz geltend gemachten Anspruchs hat sie die Einrede der Verjährung erhoben.

Wegen des übrigen Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Kläger ist überwiegend begründet. Lediglich soweit die Kläger nur wegen des Klageantrags zu 2. c) - und nicht auch wegen der Klageanträge zu 2. a) und b) - die Verurteilung Zug um Zug geltend gemacht haben, ist sie unbegründet.

I.

Der jetzige Kläger zu 1. ist kraft seines Amtes Partei des Rechtsstreits. Der Rechtsstreit war wegen der früheren Klägerin zu 1. zunächst gemäß § 240 ZPO durch die Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens über ihr Vermögen unterbrochen (vgl. dazu BGH WM 2003, 1948 ff zu I. 1.). Der Treuhänder hat das Verfahren nach § 250 ZPO, § 85 Abs. 1 InsO wirksam aufgenommen. Er hat die Stellung wie ein Insolvenzverwalter (BGH WM 2003, a.a.O. zu I. 2.).

II.

1. Die Bestellung der Grundschild nebst persönlicher Haftungsübernahme und Vollstreckungsunterwerfungserklrung ist nicht unwirksam. Die Bevollmächtigung der Notariatsangestellten verstieß aus den vom Landgericht genannten Gründen nicht gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Rechtsberatungsgesetz.
2. Die Grundschild erfasst - wie das Landgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat - die Ansprüche aus dem Vorausdarlehen der Landeskreditbank Baden-Württemberg, deren Inhaberin nach der Abtretung die Beklagte ist (vgl. BGH WM 2005, 1076 ff zu II. 2. und WM 2006, 1194 ff zu II. 1.). Die Abtretung der Ansprüche an die Beklagte ist unstreitig.
3. Auf das Vertragsverhältnis findet das HausturWG in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung Anwendung (§ 9 Abs. 3 HausturWG).

Der Darlehensvertrag vom 19. Dezember/20. Dezember 1996 ist nicht gemäß § 1 Abs. 1 HausturWG unwirksam. Dies gilt selbst dann, wenn zugunsten der Kläger eine Haustürsituation unterstellt wird. Der Streit der Parteien um diesen Punkt bedarf daher keiner Entscheidung.

a) Zwar war der Widerruf des Darlehensvertrages - wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - wegen der nicht ordnungsgemäßen Belehrung nach § 2 Abs. 1 HausturWG rechtzeitig. Auch kommt es nach der geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht mehr auf den Streit der Parteien an, ob der Vermittler ■■■■ nach § 278 BGB als Erfüllungsgehilfe der Beklagten oder als Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB anzusehen ist mit der Folge, dass der Bank das Handeln des Verhandlungsfuhrers nur bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis zuzurechnen ist. Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheidet eine Heranziehung der zu § 123 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätze aus; allein entscheidend ist, ob

in der Person des Verhandlungsführers objektiv eine Haustürsituation vorlag (BGH WM 2006, 220 ff zu II. 1. c)).

b) Die Kläger sind aber nicht im Sinne von § 1 Abs. 1 HaustürWG zur Abgabe der auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Erklärung bestimmt worden. Diese Voraussetzung liegt dann vor, wenn die Haustürsituation für den späteren Vertragsschluss zumindest mitursächlich gewesen ist, wobei es ausreicht, dass der Vertrag ohne die Haustürsituation nicht oder nicht so zustande gekommen wäre. Ein enger zeitlicher Zusammenhang ist nicht erforderlich. Lediglich die Indizwirkung für die Kausalität entfällt bei zunehmendem zeitlichen Abstand (zum Vorstehenden: BGH WM 2006, 220 ff zu II. 1. b) und WM 2003, 483 ff zu II. 2. b)).

Zwar lag zwischen dem nach Vortrag der Kläger letzten Besuch des Vermittlers [REDACTED] am 6. Dezember 1996 und der Unterzeichnung des Darlehensvertrages am 20. Dezember 1996 eine Zeitspanne von nur vierzehn Tagen. Entscheidend ist indessen, dass die Kläger bereits am 17. Dezember 1996 das notarielle Angebot auf Abschluss des Kaufvertrages mit Bindungsfrist abgegeben hatten. Gemäß § 1 Abs. 2 Ziff. 3 HaustürWG besteht ein Widerrufsrecht ausnahmslos nicht, wenn die Willenserklärung notariell beurkundet ist (vgl. BGH WM 2003, 1346 ff zu 1. a)). Die notarielle Beurkundung steht auch der Mitursächlichkeit einer Haustürsituation für den Abschluss des Darlehensvertrages entgegen. Denn indem die Kläger das notariell beurkundete Kaufvertragsangebot als den maßgeblichen Teil des in einer Haustürsituation angebahnten Geschäfts abgaben, entfiel der mit der Haustürsituation einhergehende Überrumpelungseffekt (vgl. Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., § 312 Rz 3 m. w. N.). Die Kläger waren hinreichend gewarnt und der Schutz vor Übereilung war gewährleistet (so auch Thüringer OLG OLGR Jena 2005, 238 f und nachgehend BGH MittBayNot 2005, 300; zu den Funktionen der Beurkundung vgl. Palandt/Grüneberg, a.a.O. § 311 b Rz 2).

Die am 6. Dezember 1996 unterzeichneten Unterlagen („Darlehensantrag und Vollmacht zum Abschluss von Bausparverträgen,, Finanzierungsvermittlungsauftrag, Vereinbarung über die Mietenverwaltung) rechtfertigen keine andere Beurteilung. Entscheidend bleibt, dass der Darlehensvertrag ohne das notariell beurkundete Kaufangebot nicht geschlossen worden wäre. Der Inhalt des Darlehensantrags vom 6. Dezember 1996 ging nicht dahin, dass die Kläger bereits den Abschluss eines Darlehensvertrages mit einem bestimmten Inhalt anboten. Vielmehr sind in dem Antrag nur die Eckdaten des Vertrages enthalten, zu dem die Kläger ein Angebot der Beklagten erwarteten. An keiner Stelle des Antrags findet sich eine Formulierung, wonach die Kläger den Abschluss eines Darlehensvertrages mit einem von ihnen bereits festgelegten Inhalt anboten. Anders als in dem Fall, der der von den Klägern zitierten Entscheidung BGHZ 123, 380 ff zugrunde lag, war es nicht so, dass alle relevanten Vereinbarungen zusammen mit dem

Darlehensantrag bereits getroffen waren und die finanzierende Bank die Regelungen in einen neuen Darlehensvertrag übernahm, dessen Abschluss sie zur Voraussetzung der Auszahlung machte.

c) Abgesehen davon hat das Landgericht mit zutreffender Begründung ausgeführt, dass die Klage auch im Falle eines wirksamen Widerrufs unbegründet wäre. Die Beklagte hätte in diesem Fall aus abgetretenem Recht einen ebenfalls von der persönlichen Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung erfassten Anspruch nach § 3 Abs. 1 HaustürWG auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages zzgl. marktüblicher Verzinsung.

Die Vorschrift des § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKG findet gemäß § 3 Abs. 2 Ziff. 2 VerbrKG keine Anwendung auf Realkreditverträge, die zu den für Grundpfandrechtl. abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt worden sind (vgl. BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 3. b) m. w. N.). § 3 Abs. 2 Ziff. 2 VerbrKG erfasst auch die hier gewählte Finanzierung und deren Sicherung (vgl. BGH WM 2006 a.a.O.). Hinsichtlich der „üblichen Bedingungen“ kommt es entscheidend auf die Zinshöhe und die sonstigen Kreditkonditionen an. Anhaltspunkte für die Marktüblichkeit bieten die in den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ausgewiesenen Zinssätze, wobei nicht jeder Kredit, der einen außerhalb der dortigen Streubreite liegenden Zinssatz aufweist, allein aus diesem Grund nicht mehr von § 3 Abs. 2 Ziff. 2 VerbrKG erfasst ist (zum Vorstehenden: BGH ZIP 2003, 894 ff zu II. 2. b) und WM 2006, 1060 ff zu II. 3. 3. b) bb) (2)). Der Effektivzins von 6,77 % p. a. gemäß Darlehensvertrag vom 19. Dezember/20. Dezember 1996 liegt nur 0,7 % über dem Höchstzinssatz im Dezember 1996 wie er sich aus der Bundesbankstatistik für Hypothekarkredite auf Wohngrundstücke mit einer Zinsbindung von 5 Jahren ergibt (www.bundesbank.de). Aus der geringfügigen Überschreitung der Streubreite nach oben folgt unter Berücksichtigung dessen, dass vorliegend der Kaufpreis zu 100 % fremdfinanziert und keine regelmäßige Tilgung vorgesehen war, keine Abweichung von den üblichen Bedingungen (vgl. BGH ZIP 2003, 894 ff zu II. 2. b) bb) (2)). Auch der Vortrag der Kläger zu einer „Zinssubvention“ bietet keinen Anhaltspunkt, an der Marktüblichkeit der Darlehenskonditionen zu zweifeln. Denn die Kläger behaupten einen von der Beklagten auszukehrenden Aufschlag auf den Kaufpreis zum Ausgleich für den Ausfall durch niedrigere Darlehenszinssätze. Dadurch ändert sich nichts an den Kriterien, die für die Beurteilung der Marktüblichkeit der Konditionen maßgeblich sind.

Die von der Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf entwickelten Grundsätze zum Einwendungsdurchgriff finden ebenfalls keine Anwendung (BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 3. b) bb)).

III.

Den Klägern steht gegen die Beklagte indessen ein Schadenersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen Verletzung von Aufklärungspflichten in Bezug auf das Anlageobjekt zu, den sie der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde vom 22. Dezember 1996 entgegenhalten können und der die Beklagte zum Ausgleich der mit dem Geschäft verbundenen Vermögensnachteile verpflichtet.

1. Das Landgericht ist hier zu Recht davon ausgegangen, dass bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbemodellen die kreditgebende Bank nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zur Aufklärung über Risiken des zu finanzierenden Geschäfts verpflichtet ist. Sie darf davon ausgehen, dass die Kunden - so auch die Kläger - über die notwendigen Erfahrungen und Kenntnisse verfügen oder sie sich beschaffen. Nach den konkreten Umständen des Einzelfalls kann die Bank zur Aufklärung verpflichtet sein, wenn sie im Zusammenhang mit Planung, Durchführung oder Vertrieb des Objekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht, wenn sie einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden Gefährdungstatbestand besonderer Art schafft oder dessen Entstehung begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit der Kreditgewährung an den Bauträger und an einzelne Erwerber in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt oder wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des Objekts einen konkreten Wissensvorsprung hat (zum Vorstehenden: BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) aa) (1) und ZIP 2004, 1188 ff zu II. 2. b) aa), jeweils m. w. N.).

In Abweichung von der angefochtenen Entscheidung liegt nach dieser Rechtsprechung unter Berücksichtigung des in zweiter Instanz neu erhobenen Vortrags der Parteien eine Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten unter zwei Gesichtspunkten vor.

a) Ein konkreter Wissensvorsprung in Bezug auf spezielle Risiken des Objekts ist u. a. dann gegeben, wenn eine so wesentliche Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert besteht, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers ausgehen muss. Ist der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch wie der Wert der Gegenleistung, liegt eine sittenwidrige Übervorteilung vor, bei der das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen vermutet wird (zum Vorstehenden BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) aa) (2) (d) m. w. N. und BGH ZIP 2004, 1188 ff zu II. 2. b) bb) (2)). Die Voraussetzungen für eine so begründete, von der Beklagten unstreitig nicht erfüllte Aufklärungspflicht liegen hier vor.

aa) Die Kläger haben erstmals mit Schriftsatz vom 12. September 2006 konkret zum Verhältnis von Verkehrswert der Wohnung und Kaufpreis vorgetragen. Sie behaupten, dass der Verkehrswert der Wohnung mit einer Fläche von 22,17 m² im Jahre 1996 bei 1.815,00 DM/m²

gelegen habe, insgesamt mithin bei 40.238,55 DM. Sie haben den Vortrag mit zwei Gutachten zu anderen Wohnungen im Objekt Vorm Holz 4 in Wuppertal vom 4. April 2005 und aus dem Jahr 2006 belegt.

Das Gutachten vom 4. April 2005 zum Stichtag 29. September 1998 bezieht sich auf eine Wohnung mit einer Nutzfläche von 63,92 m² und kommt zu einem Verkehrswert des Objekts von 116.000,00 DM, mithin 1.814,77 DM/m². Das aufgrund eines Beweisbeschlusses des Landgerichts Essen vom 5. Dezember 2005 erstellte Gutachten aus dem Jahr 2006 kommt dagegen für eine 22,17 m² große Wohnung ohne Berücksichtigung der Mietpoolbindung zu einem Verkehrswert von 48.000,00 DM per 18. November 1996, mithin 2.165,09 DM/m². Dieses Gutachten ist für den vorliegenden Fall allein maßgeblich, da anders als bei dem Gutachten vom 4. April 2005 der Stichtag zeitnah dem hiesigen Kauf ist und die Größe der Wohnung der von den Klägern erworbenen Wohnung entspricht. Auch bezieht sich das Gutachten auf eine Wohnung nebst Einstellplatz. Da auch nach Maßgabe dieses Gutachtens der Kaufpreis der Wohnung der Kläger einschließlich Einstellplatz noch knapp doppelt so hoch ist wie der Verkehrswert, bedarf es keiner abschließenden Entscheidung, ob - wie in dem Gutachten unter Beantwortung der Beweisfrage weiter ausgeführt wird - ein Abschlag wegen der Mietpoolbindung von 10.000,00 DM zu machen ist. Der Senat hat schon deshalb Zweifel, ob diesem Ansatz zu folgen ist, weil nicht erkennbar ist, dass ein Erwerber die Bindung zu übernehmen hat.

bb) Der Vortrag der Kläger ist nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen. Das Landgericht hat vor dem Erlass der angefochtenen Entscheidung keinen Hinweis erteilt, dass es den Vortrag der Kläger zur Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert für nicht ausreichend hält. Dies war aber nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO notwendig. Denn die Kläger, die in der Klageschrift unter Beweisantritt durch Sachverständigengutachten ein Zahlenwerk zum Wert des Anlageobjekts vorgetragen haben, haben erkennbar übersehen, dass dieses unzulänglich war. Auch die Beklagte hat die Unzulänglichkeit des Zahlenwerks nicht ausdrücklich gerügt und auf diese Weise einen Hinweis des Gerichts entbehrlich gemacht, sondern lediglich einen unter dem Kaufpreis liegenden Verkehrswert mit Hinweis auf ihre interne Beleihungswertermittlung bestritten.

Aufgrund eines Hinweises durch das Landgericht hätten die Kläger zwar nicht die beiden erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidung erstellten Gutachten einreichen können. Sie hätten aber näher zum Verkehrswert vortragen können. Wenn sie die entsprechenden Darlegungen im Berufungsverfahren unter Bezugnahme auf die erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidung erstellten Gutachten und unter Verzicht einer Darstellung des ihnen in erster Instanz möglichen Vortrags nachholen, darf ihnen dies nicht zum Nachteil gereichen.

cc) Die Beklagte hat den Vortrag der Kläger zur objektiven Seite der Sittenwidrigkeit nicht hinreichend bestritten. Einer Beweiserhebung zum Verkehrswert der von den Klägern erworbenen Wohnung bedarf es daher nicht.

Gegen die Feststellungen in dem vom Landgericht Essen eingeholten Gutachten wendet sich die Beklagte nur, soweit es um den Abzug wegen des Mietpoolbeitritts geht. Auf diesen Abzug kommt es aber - wie ausgeführt - nicht an. Nach § 138 Abs. 3 ZPO besteht auch kein Anlass, die gegen das für den Senat nicht maßgebliche Gutachten vom 4. April 2005 erhobenen vielfältigen Einwände daraufhin zu überprüfen, ob diese auf das vom Landgericht Essen eingeholte Gutachten übertragbar sind.

Die Ansicht der Beklagten, dass die Ermittlung des Verkehrswertes fremdvermieteter, zu Anlagezwecken erworbener Wohnungen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Ausgangspunkt allein nach dem Vergleichswertverfahren zu erfolgen habe, ist unzutreffend. In der von der Beklagten zitierten Entscheidung BGHZ 160, 8 ff = NJW 2004, 2671 ff hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass vorbehaltlich einer gesetzlichen Regelung die Auswahl der geeigneten Wertermittlungsmethode im Ermessen des Tatrichters steht. Dabei ist die Methodenwahl „nach der Art des Gegenstandes unter Berücksichtigung der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten und sonstiger Umstände des Einzelfalls zu treffen“. Dem Vergleichswertverfahren kommt eine besondere Bedeutung nur insoweit zu, als eine auf verlässlicher Grundlage vorgenommene Verkehrswertermittlung nach Vergleichspreisen, die kein besonders grobes Missverhältnis ergibt, der Vermutung der subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit entgegensteht, selbst wenn nach anderen Wertermittlungsmethoden ein besonders grobes Missverhältnis anzunehmen ist.

Das vom Landgericht Hannover eingeholte Gutachten vom 24. Februar 2006, das die Beklagte als Anlage C 29 zum Schriftsatz vom 9. November 2006 eingereicht hat, ist nicht geeignet, die Feststellungen in dem vom Landgericht Essen eingeholten Gutachten zu entkräften. Denn es ist nicht nachvollziehbar, wie der vom Landgericht Hannover bestellte Sachverständige auf einen Verkehrswert von 59.000,00 DM kommt. Offenbar bildet er einen Mittelwert aus Ertragswert (wohl Ertragswert nach der theoretisch erzielbaren, ortsüblichen Miete = 65.924,00 DM) und Vergleichswert. Wie hoch der Vergleichswert angesetzt wird (ggf. mit $22,17 \text{ m}^2 \times 2.100,00 \text{ DM} = 46.557,00 \text{ DM}$) und insbesondere wie er ermittelt wird, wird nicht erläutert. Einer Darstellung der Vorgehensweise bei der Wertermittlung hätte es aber angesichts der Tatsache, dass in dem Gutachten als Vergleichswert nur der Mittelwert für Verkäufe von Wohnungen unter 40 m^2 in den Jahren 1971 - 1980 angegeben ist, der zudem auf der Auswertung von lediglich sieben Verkaufsfällen beruht, bedurft. Demgegenüber ist die Ermittlung des Vergleichswertes in dem vom

Landgericht Essen eingeholten Gutachten nachvollziehbar dargestellt. Nicht unberücksichtigt bleiben darf schließlich, dass für die Richtigkeit dieses Gutachtens spricht, dass Ertragswert und Vergleichswert übereinstimmen (vgl. dazu BGHZ 160, a.a.O. zu II. 2. a), wonach Vergleichswert- und Ertragswertmethode in allgemeinen zu gleichen Ergebnissen führen, wenn verlässliche Grundlagen für die Verkehrswertermittlung vorliegen).

dd) Die Beklagte hat die aus dem besonders groben Missverhältnis von Kaufpreis und Verkehrswert folgende Vermutung der subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit nicht widerlegt.

Nach den in der Entscheidung BGHZ 160, 8 ff zu II. 2. a) dargestellten Grundsätze scheidet die Vermutung der Kenntnis von der Sittenwidrigkeit aus, wenn bei Vorliegen hinreichenden Vergleichsmaterials die Auswertung der tatsächlich erzielten Preise nach der Vergleichswertmethode ergibt, dass kein besonders grobes Missverhältnis vorliegt. Diese Voraussetzung ist nach den vorstehenden Ausführungen nicht erfüllt.

Der Hinweis der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, das vom Landgericht Hannover eingeholte Gutachten ergebe, dass die Annahme eines höheren, dem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung entgegenstehenden Verkehrswerts gerechtfertigt gewesen sei und dass „die Bank nicht schlauer sein müsse“, geht fehl. Maßgebend für die Beurteilung der objektiven und subjektiven Umstände der Sittenwidrigkeit ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Aus dem vom Landgericht Essen eingeholten Gutachten ergibt sich ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu diesem Zeitpunkt, das die Vermutung begründet, die Beklagte habe seinerzeit von der Sittenwidrigkeit Kenntnis gehabt. Das die Vermutung begründende Missverhältnis hat die Beklagte - wie dargestellt - durch die Bezugnahme auf das vom Landgericht Hannover eingeholte Gutachten nicht erheblich bestritten. Aus einem später zum Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und damit zur objektiven Seite der Sittenwidrigkeit eingeholten Gutachten, das im Gegensatz zu einem weiteren Gutachten einen hohen Verkehrswert zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergibt, kann die Beklagte dagegen nicht ableiten, sie habe bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berechtigterweise von dem höheren Verkehrswert ausgehend dürfen.

Der Hinweis der Beklagten auf die interne Beleihungswertermittlung geht schon deshalb fehl, weil die Wertermittlung ab 1994 nach Kriterien vorgenommen wurde, die zu ungewöhnlich hohen Verkehrs- bzw. Beleihungswerten führten. Dies folgt aus den Ausführungen auf Seite 45 und 46 des Gutachtens der Wirtschaftsprüfer Deloitte & Touche, das die Kläger als Anlage A 78 zum Schriftsatz vom 12. September 2006 eingereicht haben. Das Gutachten ist gemäß §§ 529 Abs. 1,

531 Abs. 2 ZPO bei der Entscheidung des Senats zu berücksichtigen. Es wurde den Klägern nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vortrag erst im Herbst 2004 und damit nach dem Abschluss der ersten Instanz zugänglich. Zudem ist die Beklagte dem Inhalt des Gutachtens Deloitte & Touche nicht entgegengetreten.

b) Die Beklagte haftet außerdem für die Verletzung einer Aufklärungspflicht in Bezug auf das Anlageobjekt, die aus einem konkreten Wissensvorsprung im Zusammenhang mit der Angabe der aktuellen monatlichen Mietpoolausschüttung in dem Besuchsbericht vom 6. Dezember 1996 folgt.

aa) Nach der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung kann sich der Anleger bei institutionalisiertem Zusammenwirken der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des Objekts im Falle einer arglistigen Täuschung durch evident unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts unter erleichterten Bedingungen auf eine Aufklärungspflichtverletzung wegen eines konkreten Wissensvorsprungs der Bank berufen. Ihm kommt eine Beweiserleichterung in Form einer widerleglichen Vermutung für die Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung zugute (BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) bb)).

bb) Für ein institutionalisiertes Zusammenwirken reicht eine allgemeine Finanzierungszusage nicht aus. Voraussetzung ist vielmehr eine ständige Geschäftsbeziehung zwischen Verkäufer oder Fondsinitiator, den von ihnen beauftragten Vermittlern und der kreditgebenden Bank. Eine solche ständige Geschäftsbeziehung ist dann anzunehmen, wenn eine Vertriebsvereinbarung, ein Rahmenvertrag oder konkrete Vertriebsabsprachen bestanden haben, wenn der Verkäufer oder die Vermittler dem finanzierenden Institut wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen desselben Objekts vermittelt haben oder wenn der vom Verkäufer oder Fondsinitiator eingeschaltete Vermittler vom Kreditgeber unbeanstandet dessen Formulare benutzt hat (BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) bb) (1)). Bereits die Ausführungen der Beklagten auf Seite 18 des Schriftsatzes vom 16. Oktober 2003 legen die Annahme zumindest einer wiederholten Finanzierungsvermittlung durch die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs maßgeblichen Personen auch für das Objekt Vorm Holz in Wuppertal nahe. Einer abschließenden Entscheidung hierzu bedarf es indessen nicht. Denn jedenfalls stammen die am 6. Dezember 1996 von den Klägern anlässlich des Gesprächs mit dem Vermittler [REDACTED] unterzeichneten Formulare zum Darlehensantrag und zur Vollmacht zum Abschluss von Bausparverträgen ihrem Inhalt und äußeren Erscheinungsbild nach auch von der Beklagten.

cc) Aus den Vorgängen am 6. Dezember 1996 folgt zugleich, dass der Darlehensvertrag nicht auf eigene Initiative der Kläger zustande kam (vgl. zu dieser Voraussetzung BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) bb) (2)).

dd) Weitere Voraussetzung ist eine evidente Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder Vermittlers bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts. Die Angaben müssen grob falsch gewesen sein, so dass es sich aufdrängt, die kreditgebende Bank habe sich der Kenntnis von der Unrichtigkeit und der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen (BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) bb) (3)). Dies ist hier der Fall.

(1) Während die Kläger in erster Instanz behauptet haben, der Mietpool habe zum Zeitpunkt des Erwerbs der Wohnung nur 4,5742 DM/m² ausgeschüttet und nicht den im Besuchsbericht angegebenen Betrag von monatlich 293,00 DM bzw. 13,22 DM/m², haben sie im Berufungsverfahren ausgeführt, dass das Objekt erst Ende September 1996 in den Vertrieb gegeben worden sei und eine Mietpoolausschüttung für 1996 nicht stattgefunden habe. Die im Besuchsbogen angegebene Miethöhe von 13,22 DM/m² sei bereits im Erwerbsjahr nicht nachhaltig erzielbar gewesen.

Der neue Vortrag der Kläger ist bei der Entscheidung des Senats gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu berücksichtigen. Zwar bot seinerzeit weder der erstinstanzliche Vortrag Anlass für einen gerichtlichen Hinweis noch ist ersichtlich, dass der neue Vortrag in zweiter Instanz nicht auf Nachlässigkeit beruht. Auch ändert die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nichts an der Darlegungslast des Kunden für die objektiven Voraussetzungen der Aufklärungspflichtverletzung. Lediglich die Kenntnis der Bank wird unter den genannten Voraussetzungen vermutet. Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lässt es allerdings nunmehr zu, dass die Bank unter erleichterten Voraussetzungen für arglistige Täuschungen zu Punkten haftet, die im Ergebnis die Rentabilität des Objekts betreffen. Den Klägern ist aus diesem Grund über §§ 531 Abs. 2 Nr. 1, 139 Abs. 1 ZPO Gelegenheit zu geben, der geänderten Rechtsprechung Rechnung zu tragen und ihren Vortrag zu ergänzen.

(2) Nach dem Vortrag der Kläger in zweiter Instanz ist die Annahme einer arglistigen Täuschung durch den Vermittler Rulff gerechtfertigt. Die Beklagte hat die Darlegungen nicht erheblich bestritten. Sie hat in erster Instanz behauptet, im Besuchsbericht sei die damals aktuelle Mietpoolausschüttung zutreffend angegeben worden. Auch in zweiter Instanz stellt sie nicht in Abrede, dass im Jahre 1996 noch kein Mietpool existierte, der Ausschüttungen hätte leisten können.

Ist demnach davon auszugehen, dass 1996 noch kein Mietpool existierte, durfte eine Vorauszahlung auf dessen Ausschüttung nicht ohne einen Hinweis auf diesen Umstand mit monatlich 293,00 DM bzw. 13,22 DM/m² angegeben werden. Sollte es sich bei der Angabe um

die bisherige Miete handeln, hätte dies ungefragt offenbart werden müssen. Denn da nach der Konzeption des Mietpools eine vom Mietpoolverwalter kalkulierte voraussichtliche Nettomiete, die für jedes Mitglied galt, Grundlage der Ausschüttung war, stand zu erwarten, dass aufgrund der Verteilung von Mietrisiken auf alle Poolmitglieder die bislang für die einzelnen Wohnungen erzielten Mieten unterschritten würden. Sollte es sich bei der Angabe dagegen um eine Schätzung einer zu erwartenden Ausschüttung handeln, hätte auch dieser Umstand offenbart werden müssen. Diese Überlegung wird dadurch bestätigt, dass eine etwaige Schätzung der Ausschüttung von monatlich 13,22 DM/m² ganz erheblich unter der Ausschüttung für das Jahr 1997 liegt. Dass die Angabe einer Vorauszahlung auf die Mietpolausschüttung trotz Fehlens eines solchen Pools evident unrichtig ist, so dass es sich aufdrängt, die Beklagte habe sich der Kenntnis der Unrichtigkeit und der arglistigen Täuschung verschlossen, bedarf keiner näheren Erläuterung.

Die Existenz eines Mietpools ist eine Tatsache, die dem Beweis zugänglich ist; sie stellt nicht nur ein subjektives Werturteil oder eine marktschreierische Anpreisung dar (vgl. dazu BGH, Urteil vom 19. September 2006 - XI ZR 204/04 -).

Die rechtlichen Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 9. November 2006 zur evidenten Unrichtigkeit der Angaben sind bestimmt von einer Fehlinterpretation der Entscheidung BGH WM 2006, 1194 ff. Weder ist eine Zusicherung der Miete - sei es die erzielte oder die nachhaltig erzielbare - noch eine Kenntnis der Bank von der Angabe erforderlich, noch muss sich die Angabe für die Bank als grob falsch dargestellt haben oder gar die „zugesicherte nachhaltige Miete für die Bank evident nicht erzielbar gewesen“ sein .

2. Im Hinblick auf die weiteren Streitpunkte der Parteien ist anzumerken, dass eine Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten im Übrigen ausscheidet.

a) Insbesondere hat das Landgericht zu Recht angenommen, dass es an einer nach außen erkennbaren Überschreitung der Rolle als Kreditgeberin mangelt, die eine Aufklärungspflicht in Bezug auf das Anlageobjekt begründen könnte. Mit dem in § 3 des Darlehensvertrages vorgesehenen Beitritt zu einem Mietpool als Auszahlungsbedingung ist die Beklagte nicht über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgegangen oder hat einen besonderen Gefährdungstatbestand geschaffen (vgl. BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) aa) (2) (a) und (b) m. w. N.). Anhaltspunkte, dass die Beklagte - nach Lage der Dinge als Zahlstelle der vorausfinanzierenden Landesbank Baden-Württemberg - aus dem Mietpool nicht nur den jeweiligen Überschuss sondern für alle Kredite die gesamten Darlehenszinsen erhalten sollte, bestehen nach dem Mietpoolvertrag nicht. Ob aus einer derartigen Konstruktion und aus der damit nach Dafürhalten der Kläger zwangsläufig

verbundenen Unterdeckung des Mietpools eine Überschreitung der Kreditgeberrolle folgt, kann offen bleiben. Schließlich begründet die konkrete Ausgestaltung des Mietpoolvertrages ebenfalls keine Überschreitung der Kreditgeberrolle. Wertermittlungen zu den Sicherheiten erfolgen im Interesse der Bank und des Bankensystems; der Kunde kann daraus keine Rechte herleiten (BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) aa) (2) (c) m. w. N.).

Die Beklagte hatte auch aufgrund sonstiger Umstände keinen konkreten Wissensvorsprung, der sie zur Aufklärung über die Unangemessenheit des Kaufpreises verpflichtete. Aus dem erstinstanzlichen Vortrag der Kläger zur „Zinssubvention“ folgt im Ergebnis lediglich, dass die Landesbank Baden-Württemberg als Kreditgeberin des Vorausdarlehens sich eine Innenprovision versprechen ließ. Zur Offenlegung einer im Kaufpreis enthaltenen Innenprovision war die Beklagte aber nicht verpflichtet (BGH ZIP 2004, 1188 ff zu II. 2. b) aa) (2)). Gleiches gilt für den zweitinstanzlichen Vortrag der Kläger, wonach der Beklagten die „Zinssubvention“ zugeflossen sei, wobei sich dieser Umstand dem Gutachten Deloitte & Touche entgegen dem Vorbringen der Kläger allerdings nicht entnehmen lässt (vgl. Seite 41 des Gutachtens).

b) Die Kläger haben keinen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen Verletzung der Aufklärungspflichten bei Anbahnung des Darlehensvertrages. Die kreditgebende Bank ist im Regelfall nicht verpflichtet, den Kunden von sich aus auf mögliche Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der gewählten Kreditart hinzuweisen (vgl. BGH WM 2004, 521 ff zu II. 2. a) bb) (3)). Der Vermittler ■■■■■ war demgemäß nicht gehalten, die Kläger ungefragt im einzelnen über Vor- und Nachteile der Finanzierung durch Vorausdarlehen und Bausparverträge zu unterrichten. Das Verhalten des Vermittlers ■■■■■ muss sich die Beklagte nur zurechnen lassen, soweit es den Bereich der Anbahnung des Kreditvertrages betrifft. Wegen etwaiger falscher Angaben zum Wert des Objekts und zur monatlichen Belastung der Kläger haftet sie demnach nicht, weil diese Erklärungen die Rentabilität des Objekts betreffen (BGH WM 2006, 1194 ff zu III.).

3. a) Die Kläger können über § 249 Abs. 1 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne die schuldhaftige Aufklärungspflichtverletzung stünden, wobei davon auszugehen ist, dass sie bei gehöriger Aufklärung das Anlageobjekt nicht erworben und daher auch das Vorausdarlehen nicht aufgenommen und die Bausparverträge nicht abgeschlossen hätten. Die Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens hat die Beklagte zu widerlegen (vgl. zum Vorstehenden BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) dd). Dies hat sie nicht getan.

Die Kläger können mithin die auf das Darlehen geleisteten Zahlungen abzüglich der erhaltenen Leistungen aus dem Mietpool und Freistellung von weiteren Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag vom 19. Dezember/20. Dezember 1996 (Klageanträge zu 2. a) und b)) sowie

Rückabtretung der gemäß Darlehensvertrag abgetretenen Bausparguthaben (Klageantrag zu 2 c)) verlangen. Diese Ansprüche stehen ihnen allerdings sämtlichst nur Zug um Zug gegen Übertragung des Eigentums zu. Dies haben die Kläger bei der Fassung der Klageanträge zu 2 a) und b) nicht berücksichtigt.

Der Anspruch der Kläger unterliegt keiner Kürzung nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung. Für im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnende Steuervorteile ist die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet. Der Schädiger muss unter konkretem Vortrag geltend machen, dass ein Vorteil anzurechnen und nicht etwa deshalb entfallen ist, weil die Ersatzleistung ihrerseits zu versteuern ist (vgl. zum Vorstehenden BGH NJW-RR 2004, 79 ff zu II.2.). Die von der Beklagten im Schriftsatz vom 9. November 2006 zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.10.2004 - XI ZR 255/03 - befasst sich mit der Vorteilsausgleichung nur im Rahmen der Darstellung der Erwägungen des Berufungsgerichts. Konkreter Vortrag der Beklagten zu anzurechnenden Steuervorteilen der Kläger, der eine sekundäre Darlegungslast auslösen könnte, fehlt trotz des Hinweises des Senats vom 12. Oktober 2006.

b) Der Zinsanspruch (Urteilstenor zu Ziffer 2 b)) folgt aus §§ 291, 288 BGB. Die Zustellung der Klage erfolgte am 1. September 2003. Die Verurteilung Zug um Zug steht der Pflicht zur Verzinsung des Schadenersatzanspruchs nicht entgegen (BGH NJW-RR 2005, 170 f):

4. Den Schadenersatzanspruch können die Kläger nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) der Vollstreckung aus der Urkunde vom 22. Dezember 1996 entgegenhalten (BGH WM 2006, 1194 ff zu II. 4. b) dd)).

5. Die Kläger haben nach ihren Darlegungen mit Schriftsatz vom 8. November 2006 ein Interesse an der Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Schadenersatz. Wegen bereits eingetretener Schäden, die nicht vom Klageantrag zu 2. b) erfasst sind, waren die Kläger nicht verpflichtet, zur Leistungsklage überzugehen (vgl. BGH NJW 1984, 1552 ff zu A. I. 2. d)). Der Eintritt weiterer Schäden ist wahrscheinlich, da bis zur Rückabwicklung Zug um Zug gemäß Ziffer 2 des Urteilstenors Zinszahlungen auf das Darlehen zu leisten und die aus der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft folgenden Verpflichtungen zu erfüllen sind (vgl. dazu BGH NJW 2006, 830 ff zu A. 1. a)). Aus der Geltendmachung dieser Nachteile im Rahmen des Feststellungsinteresses folgt zugleich, dass der Feststellungsantrag dahingehend auszulegen ist, dass auch zukünftig entstehende Vermögensnachteile erfasst sind.

IV.

Die Hilfswiderklage steht auch im Berufungsverfahren nicht zu Entscheidung. Die Beklagte hat sie für den Fall erhoben, dass der Widerruf des Darlehensvertrages nach dem HaustürWG wirksam und der Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta nicht durch die Grundschild nebst Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das persönliche Vermögen gesichert ist.

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92 Abs. 2 ZPO sowie §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Die für die Entscheidung maßgeblichen Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt.

Klum

Block

Lang