



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 148/08

Verkündet am:
21. April 2009
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB §§ 128, 130, BGB § 214

- a) Zur persönlichen Haftung eines Treugebers, der nicht selbst Gesellschafter einer Personengesellschaft wird, sondern für den ein Gesellschafter den Geschäftsanteil treuhänderisch hält (im Anschluss an BGH, Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, zur Veröffentlichung in BGHZ 178, 271 vorgesehen).
- b) Zu den Voraussetzungen einer Verjährungseinrede.

BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 148/08 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 2009 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 9. April 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger und die beklagte Bank streiten im Zusammenhang mit der Beteiligung der Kläger an einem Immobilienfonds über Verpflichtungen aus Darlehensverträgen.
- 2 Die Kläger wurden 1992 von einer Vertriebsgesellschaft geworben, sich zur Steuerersparnis an dem in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betriebenen "H. -Gewerbefonds ..." (im Folgenden: Fondsge-

sellschaft) zu beteiligen. Gegenstand der Fondsgesellschaft war die Errichtung und Vermietung des Büro- und Geschäftshauses "E. " in D. .

- 3 Die Kläger unterzeichneten am 11. August 1992 einen mit "Auftrag und Vollmacht" überschriebenen formularmäßigen Zeichnungsschein, mit dem sie die J. -Treuhand Steuerberatungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Treuhänderin), die keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß, beauftragten, für sie den wirtschaftlichen Beitritt zu der Fondsgesellschaft mit einer Einlage von 200.000 DM - zu erbringen aus 20% Eigenkapital und 80% Fremdkapital - zu bewirken. Sie boten ihr den Abschluss eines dem Fondsprospekt beigefügten Treuhandvertrages an, bevollmächtigten sie, die erforderlichen Zwischen- und Endfinanzierungskredite aufzunehmen, und verpflichteten sich, eine dem Treuhandvertrag beigefügte umfassende Vollmacht beglaubigen zu lassen. Ausweislich des Zeichnungsscheins wünschten sie die Tilgung über eine Kapitallebensversicherung und alle Leistungen wie prospektiert. Nach dem Inhalt des Treuhandvertrages sollte der Treuhänder seine Gesellschaftsbeteiligung für die Treugeber im Außenverhältnis als einheitlichen Gesellschaftsanteil halten und nach außen im eigenen Namen auftreten, im Innenverhältnis aber ausschließlich im Auftrage und für Rechnung der Treugeber handeln. Der Beteiligungs- Gesellschaftsvertrag sah in § 1 Ziffer 7 vor, dass die Treugeber im Innenverhältnis als Gesellschafter behandelt werden sollten. Die Treuhänderin nahm das Angebot der Kläger an, die ihrerseits am 14. August 1992 eine umfassende Vollmacht hatten notariell beglaubigen lassen.

- 4 Nach Fertigstellung des Fondsobjekts schloss die Treuhänderin namens der Fondsgesellschaft am 15./20. Dezember 1993 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) sechs Darlehensverträge zu unterschiedlichen Konditionen ab. Als Sicherheit dienten unter anderem eine Grundschuld über 51.045.000 DM auf dem Fondsgrundstück sowie abgetretene Ansprüche aus Kapitallebensversicherungen der Gesellschafter. Die Kläger sollten aus diesen Darlehensverträgen quotaal in Höhe eines Betrags von 177.800 DM haften. In der Folgezeit flossen die Miet- und Garantiezahlungen aus dem Fonds an die Beklagte und wurden anteilig auf die von den Klägern geschuldeten Zins- und Tilgungsleistungen verrechnet. Den nicht gedeckten Teil zog die Beklagte im Wege des Lastschriftverfahrens unmittelbar von den jeweiligen Konten der einzelnen Anleger ein. 1998 fiel die Mietgarantin in Insolvenz. Die Kläger verhandelten daraufhin mit der Beklagten über eine vorzeitige Tilgung des Darlehens und zahlten hierzu am 31. Juli 1998 insgesamt 180.128,09 DM (= 92.098,03 €). Mit Anwaltsschreiben vom 7. September 2005 erklärten sie den Widerruf der Darlehensverträge nach dem Haustürwiderrufgesetz, mit Schreiben vom 17. März 2006 auch den Widerruf der im Zeichnungsschein enthaltenen Vollmacht.
- 5 Mit ihrer Klage haben die Kläger zunächst Zug um Zug gegen Übertragung ihres Gesellschaftsanteils die Rückzahlung aller von ihnen im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt erbrachten Leistungen verlangt, die Feststellung begehrt, dass die Beklagte mit der Rücknahme ihrer Fondsanteile in Annahmeverzug sei, sowie die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten gefordert. Nach teilweiser Rücknahme der Klage verlangen sie nun die Rückzahlung der nach ihrer Behauptung in den Jahren 1994 bis 1997 aus Eigenmitteln auf das Darlehen erbrachten

Zahlungen (5.794,86 €) sowie des Ablösebetrags in Höhe von 92.098,03 € (jeweils zuzüglich Zinsen) abzüglich nach ihrer Behauptung erhaltener Mietausschüttungen in Höhe von 3.258,73 €. Sie machen geltend, der Darlehensvertrag mit der Beklagten sei wegen Verstoßes der der Treuhänderin erteilten Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam. Diese Unwirksamkeit erfasse auch die im Zeichnungsschein erteilte Vollmacht. Ferner berufen sie sich darauf, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, sie über die absehbare Überschuldung der Mietgarantin und über die Risiken des Fondsbeitritts aufzuklären. Die Beklagte ist dem entgegen getreten. In der Berufungsinstanz hat sie sich außerdem darauf berufen, etwaige Ansprüche der Kläger seien angesichts der bereits 1998 erfolgten vorzeitigen Tilgung des Darlehens und der zwischenzeitlichen Verhandlungen, die die Beklagte mit den Anlegern wegen der Wirksamkeit der Darlehensverpflichtungen geführt habe, verwirkt.

- 6 Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre im Berufungsverfahren gestellten Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

- 7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in juris veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Den Klägern stehe der geltend gemachte Bereicherungsanspruch nicht zu, da sie ihre Zahlungen mit Rechtsgrund erbracht hätten. Zwar ergebe sich ein Rechtsgrund nicht aus den Darlehensverträgen vom 15./20. Dezember 1993, weil die Beklagte diese nicht mit den einzelnen Anlegern als Darlehensnehmern, sondern mit der Fondsgesellschaft geschlossen habe. Rechtsgrund für die Leistungen der Kläger an die Beklagte sei jedoch ihre Haftung für Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft gemäß § 128 HGB analog, weil sie der Gesellschaft wirksam beigetreten seien und daher akzessorisch für deren Verbindlichkeiten aus den Darlehensverträgen hafteten. Die Treuhänderin habe den Beitritt der Kläger zu der Fondsgesellschaft aufgrund einer im Zeichnungsschein enthaltenen wirksamen Vollmacht bewirkt. Diese Vollmacht habe nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßen und sei auch durch den später erteilten umfassenden Treuhandauftrag mit Vollmacht nicht in ihrer Wirksamkeit berührt worden. Die Kläger seien vollwertige Gesellschafter der Fondsgesellschaft mit allen Rechten und Pflichten im Außenverhältnis geworden. Für eine Rechtskonstruktion, bei der lediglich ein Treuhänder Gesellschafter werde und die Anleger an diesem mittelbar beteiligt seien, fehle jeder Anhaltspunkt. Bereits der Zeichnungsschein mache deutlich, dass die Kläger dem Fonds als Gesellschafter hätten beitreten wollen. Dies sei auch im Fondsprospekt so vorgesehen und werde im Treuhandvertrag bereits vorausgesetzt. Im Rahmen des

Rechtsstreits seien die Parteien ebenfalls von einer Gesellschafterstellung der Kläger ausgegangen.

10 Ein Rückabwicklungsanspruch der Kläger folge auch nicht aus Schadensersatz Gesichtspunkten. Die Beklagte hafte aus dem Gesichtspunkt eines Aufklärungsverschuldens als finanzierende Bank nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen. Hierzu hätten die Kläger keinen ausreichenden Vortrag erbracht.

II.

11 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den von den Klägern gegen die Beklagte in erster Linie geltend gemachten Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB bereits dem Grunde nach verneint, weil sie die zurückgeforderten Leistungen nicht ohne Rechtsgrund an die Beklagte erbracht hätten.

12 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht den formularmäßigen Darlehensverträgen allerdings entnommen, dass sie von der Beklagten allein mit der Fondsgesellschaft, nicht aber mit den einzelnen Anlegern abgeschlossen worden waren. Dies hat der erkennende Senat bereits mit dem vom Berufungsgericht zitierten Beschluss vom 17. April 2007 (XI ZR 9/06, zitiert nach juris, Tz. 4 ff.), der dieselbe Fondsgesellschaft betrifft und dem die gleichen Vertragsformulare zugrunde liegen, entschieden und im Einzelnen begründet. Hiergegen wenden sich die Parteien zu Recht nicht.

- 13 2. Die Revision beanstandet jedoch - von der Revisionserwiderung zu Recht nicht angegriffen - mit Erfolg, dass das Berufungsgericht eine persönliche Haftung der Kläger für die Darlehensverbindlichkeit der Fondsgesellschaft mit der Begründung bejaht hat, sie seien Gesellschafter der Fondsgesellschaft geworden und hafteten daher nach § 128 HGB analog für deren Verbindlichkeiten.
- 14 a) Zutreffend ist hieran nur, dass nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähig ist mit der Folge, dass sich die persönliche Haftung ihrer Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten analog aus den für die OHG und KG geltenden Vorschriften der §§ 128 ff. HGB ergibt (BGHZ 146, 341, 358; zuvor schon BGHZ 142, 315, 321; siehe auch Senatsurteil vom 26. Juni 2007 - XI ZR 287/05, WM 2007, 1648, Tz. 23).
- 15 b) Dies gilt jedoch - wie der erkennende Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden und im Einzelnen begründet hat - nicht für Treugeber-Gesellschafter, für Treugeber also, die nicht selbst Vollgesellschafter der Personengesellschaft werden, sondern für die ein Gesellschafter den Geschäftsanteil treuhänderisch hält. Treugeber-Gesellschafter trifft - anders als unmittelbare Gesellschafter - keine persönliche Außenhaftung für Gesellschaftsschulden analog §§ 128, 130 HGB (Senatsurteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, WM 2008, 2359, Tz. 18 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ 178, 271 vorgesehen).
- 16 c) Hiervon geht auch das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend aus. Es kommt jedoch zu dem Ergebnis, die Kläger seien vollwertige

Gesellschafter im Außenverhältnis mit allen Rechten und Pflichten geworden. Diese Feststellung ist - wie die Revision zu Recht rügt und die Revisionserwiderung zu Recht nicht in Abrede stellt - verfahrensfehlerhaft. Mit seiner Auffassung, für eine Rechtskonstruktion, bei der lediglich ein Treuhänder Gesellschafter werde, der für die Treugeber die Gesellschaftsanteile halte, fehle jeder Anhaltspunkt, lässt das Berufungsgericht unter Verletzung des § 286 ZPO wesentlichen Inhalt der vorgelegten Urkunden außer Acht. Aus diesen ergibt sich - wie die Revision zutreffend ausführt und wie auch aus dem Urteil des erkennenden Senats vom 11. November 2008 deutlich wird, das dieselbe Fondsgesellschaft betrifft und dem identische Vertragsformulare zugrunde liegen (XI ZR 468/07, WM 2008, 2359, Tz. 3, 9, 18 ff.) - das Gegenteil.

17 Das Berufungsgericht berücksichtigt bei seiner Feststellung, die Kläger seien vollwertige Gesellschafter der Fondsgesellschaft geworden, schon nicht ausreichend die bereits im Prospekt vorgesehenen Varianten einer nur wirtschaftlichen Beteiligung der Anleger an der Gesellschaft über einen Treuhänder und des unmittelbaren Beitritts zu der Gesellschaft. Zu Recht weist die Revision darauf hin, dass den Anlageinteressenten im Fondsprospekt (Seite 38 f.) ein Wahlrecht eingeräumt worden war, der Gesellschaft nur als Treugeber-Gesellschafter, also als nur "wirtschaftliche Eigentümer", beizutreten oder unmittelbar Direktgesellschafter zu werden. Anders als das Berufungsgericht meint, weist die Urkundenlage eindeutig aus, dass die Kläger die Variante eines nur wirtschaftlichen Beitritts gewählt haben. Das Berufungsgericht verkennt, dass dies bereits aus dem Zeichnungsschein deutlich wird, in welchem die Treuhänderin ausdrücklich nur beauftragt wurde, für die Kläger den "wirtschaftlichen Beitritt" zu der Fondsgesellschaft zu bewirken.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lassen die vorgelegten Urkunden auch erkennen, dass die Treuhänderin ihrerseits Gesellschafterin der Fondsgesellschaft war. Der Beteiligungs-Gesellschaftsvertrag weist die Treuhänderin in Ziffer I. ausdrücklich als Gründungsgesellschafterin aus und enthält den weiteren Hinweis, die Treuhänderin sei an der Fondsgesellschaft als sogenannter Beteiligungstreuhänder beteiligt, um für die einzelnen Treugeber die Gesellschaftsanteile zu halten. Die entsprechenden Regelungen befinden sich - vom Berufungsgericht ebenfalls übersehen - auch in dem Angebot auf Abschluss eines Treuhandvertrags. In dem von der Beklagten im Prozess vorgelegten Treuhandvertrag heißt es insoweit unter Ziffer 2.1.

„Gegenstand der Treuhandschaft

Im Auftrag des Treugebers erwirbt der Treuhänder und hält treuhänderisch im eigenen Namen, aber für Rechnung des Treugebers, als Treuhandgesellschafter einen Gesellschaftsanteil an der Gesellschaft (Treugut).“

18 Ziffer 3.1. und 3.2. des Treuhandvertrages sehen ferner vor, dass der Treuhänder seine Gesellschaftsbeteiligung für die Treugeber im Außenverhältnis als einheitlichen Gesellschaftsanteil hält und nach außen im eigenen Namen auftritt, im Innenverhältnis hingegen ausschließlich im Auftrage und für Rechnung des Treugebers handelt. Die Treugeber, hier also die Kläger, seien - so heißt es in Ziffer 3.2. - "wirtschaftlich Gesellschafter der Gesellschaft".

19 Angesichts dieser Regelungen erweist sich die Annahme des Berufungsgerichts, die Kläger seien unmittelbare Gesellschafter der Fondsgesellschaft geworden und hafteten im Außenverhältnis deshalb analog

§§ 128, 130 HGB für die Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft, als rechtlich nicht haltbar. Dies sieht auch die Revisionserwiderung zutreffend, die gegen die entsprechenden Rügen der Revision keine Einwände erhebt. Den geltend gemachten Anspruch der Kläger auf Rückzahlung der von ihnen erbrachten Leistungen durfte das Berufungsgericht also nicht mit der von ihm gegebenen Begründung ablehnen.

III.

20 Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

21 1. Entgegen der von der Beklagten im Berufungsverfahren geäußerten Auffassung richtet sich ein Rückzahlungsanspruch der Kläger aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht etwa gegen die Fondsgesellschaft. Die Beklagte hat insoweit übersehen, dass nach ihrem eigenen Vortrag eine Leistungsbeziehung zwischen ihr und den Klägern außer Streit steht. Sie selbst übersandte ein Zuweisungsschreiben betreffend die anteilige Rückzahlung des Darlehens durch die Kläger. Wie sie ferner eingeräumt hat, ist die Rückzahlung im Anschluss daran in der Weise erfolgt, dass sie die Miet- und Garantieleistungen en bloc zur Bedienung der Endfinanzierungsverträge erhielt und den hierdurch nicht gedeckten Teil im Wege des Lastschriftverfahrens unmittelbar von den jeweiligen Konten der einzelnen Anleger - also auch der Kläger - einzog. Dass die Zins- und Tilgungszahlungen aus der maßgeblichen Sicht der Beklagten als Empfängerin (vgl. BGHZ 137, 89, 95 m.w.N.) auf die vermeintliche Darlehensverbindlichkeit der Kläger erfolgten, steht damit außer Frage

(vgl. auch Senatsurteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, WM 2008, 2359, Tz. 27 ff.). Die Revisionserwiderung ist auf diesen Einwand im Revisionsverfahren daher zu Recht nicht zurückgekommen.

22 2. Die Revisionserwiderung beruft sich allein darauf, das Berufungsurteil erweise sich deshalb als im Ergebnis richtig, weil die Forderung der Kläger gemäß § 195 BGB nF verjährt sei. Mit diesem Einwand bleibt sie jedoch ohne Erfolg.

23 a) Hinsichtlich des Anspruchs auf Erstattung der Sondertilgung von 92.098,03 € fehlt es bereits an Vortrag der Beklagten zu den Voraussetzungen des Verjährungseintritts.

24 Richtig ist, dass dieser Bereicherungsanspruch gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 EGBGB der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB nF unterliegt, da der Anspruch auf Rückzahlung des Ablösebetrags ursprünglich der Verjährungsfrist des § 195 BGB aF unterfiel (vgl. BGH, Urteil 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155, Tz. 10 m.w.N.), die am 1. Januar 2002 noch nicht abgelaufen war. Richtig ist auch, dass die Verjährungsfrist des § 195 BGB nF, da sie kürzer ist als die bis zum 1. Januar 2002 geltende Regelverjährung von 30 Jahren, nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB von dem 1. Januar 2002 an zu berechnen ist. Die Revisionserwiderung übersieht jedoch, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senat, BGHZ 171, 1, Tz. 23 ff. und Urteil vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155, Tz. 13; BGH, Urteile vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 205/06, WM 2008, 40, Tz. 22 f. und vom 9. November 2007 - V ZR 25/07, WM 2008, 89, Tz. 8) dieser Stich-

tag für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist nicht allein maßgeblich ist. Vielmehr müssen - worauf die Revision zutreffend hinweist - zu diesem Zeitpunkt zusätzlich die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen; die Kläger müssten also von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder diese nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt haben. Es ist von der Revisionserwiderung weder dargetan noch sonst ersichtlich, dass die Beklagte, die als Schuldnerin die Darlegungs- und Beweislast für Beginn und Ablauf der Verjährung und damit für die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Kläger gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB am Stichtag 1. Januar 2002 trägt (BGHZ 171, 1, Tz. 32 m.w.N.), in den Tatsacheninstanzen hierzu etwas vorgetragen hat.

25 b) Soweit die Kläger Erstattung der bis 31. Dezember 1997 gezahlten Zins- und Darlehensraten verlangen, war - was die Revision verkennt - Vortrag zu dem Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB allerdings entbehrlich. Die darauf gerichteten Bereicherungsansprüche waren nämlich bei Erhebung der Klage im Oktober 2005 bereits gemäß § 197 BGB aF unabhängig vom Vorliegen subjektiver Elemente verjährt, da sie im Zeitpunkt jeder rechtsgrundlosen Zinszahlung periodisch fällig geworden waren und damit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der kenntnisunabhängigen vierjährigen Verjährungsfrist des § 197 BGB aF unterlagen (Senatsurteile vom 14. September 2004 - XI ZR 11/04, WM 2004, 2306, 2308, vom 27. Februar 2007 - XI ZR 56/06, WM 2007, 731, Tz. 20 und vom 27. Mai 2008 - XI ZR 409/06, WM 2008, 1258, Tz. 12). § 197 BGB aF findet insoweit noch Anwendung, weil die Verjährung bereits vor dem 1. Januar 2002 eingetreten war (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Gleichwohl

kann die Beklagte mit ihrem Einwand im Revisionsverfahren auch insoweit nicht durchdringen.

26 c) Der Hinweis der Revisionserwiderung auf die Verjährung bleibt nämlich ungeachtet der Frage, ob die Beklagte ausreichenden Vortrag zu den Voraussetzungen des Verjährungseintritts erbracht hat, auch deshalb ohne Erfolg, weil nicht feststeht, dass sie in den Tatsacheninstanzen die Einrede der Verjährung in berücksichtigungsfähiger Weise erhoben hat. Die Verjährung berührt nach der Konzeption des Bürgerlichen Gesetzbuches den anspruchsbegründenden Tatbestand und mithin das Bestehen des Rechts des Gläubigers nicht. Ihr Eintritt verschafft dem Schuldner vielmehr ein Gegenrecht, nämlich die Befugnis, die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB). Dieses Gegenrecht muss der Schuldner geltend machen, muss also die Einrede der Verjährung erheben (BGHZ 156, 269, 271). Wie die Revisionserwiderung selbst einräumt, hat die Beklagte die Einrede der Verjährung in den Tatsacheninstanzen nicht ausdrücklich erhoben. Soweit sie geltend macht, die Beklagte habe sich mit dem in der Berufungsinstanz vorgebrachten Hinweis auf eine Verwirkung des Anspruchs zugleich auf Verjährung berufen, verhilft ihr dies aus mehreren Gründen nicht zum Erfolg.

27 aa) Mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts, das dazu auch keine Veranlassung hatte, steht bereits nicht fest, ob die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, unter denen eine erstmals im Berufungsrechtszug erhobene Verjährungseinrede zuzulassen ist (vgl. BGHZ 177, 212, Tz. 5 ff.).

28

bb) Darüber hinaus lässt sich dem von der Beklagten erstmals in zweiter Instanz vorgebrachten Verwirkungseinwand nicht entnehmen, dass die anwaltlich vertretene Beklagte mit ihm zugleich die Einrede der Verjährung hat erheben wollen. Zu Recht weist die Revision darauf hin, dass der Verwirkungseinwand von Amts wegen, eine etwa eingetretene Verjährung hingegen nur auf Einrede hin zu berücksichtigen ist. Einem auf Verwirkung gerichteten Sachvortrag lässt sich demnach - zumal im Anwaltsprozess - in der Regel nicht zugleich eine Verjährungseinrede entnehmen. Zutreffend ist zwar der Hinweis der Revisionserwiderung darauf, dass für die Erhebung der Verjährungseinrede keine bestimmte Form oder Ausdrucksweise verlangt wird, dass es vielmehr genügt, wenn sich der Schuldner dem Sinne nach auf den Ablauf der Verjährungsfrist beruft (BGHZ 156, 269, 271). Zutreffend ist ferner, dass der Bundesgerichtshof in einem Einzelfall angenommen hat, die Verjährungseinrede könne auch in dem Hinweis auf eine Verwirkung des Anspruchs wegen der verstrichenen Zeit zu sehen sein (BGH, Urteil vom 3. April 1996 - XII ZR 86/95, NJW 1996, 1894, 1895). Es ist allerdings schon zweifelhaft, ob dies ohne Weiteres auch für Fälle gilt, die dem neuen Verjährungsrecht unterfallen, da die Regelverjährung jetzt nicht mehr allein an den Zeitablauf, sondern zusätzlich auch an subjektive Elemente anknüpft. Jedenfalls setzt die Einrede der Verjährung aber voraus, dass aus dem Sinn der Erklärung klar wird, der Schuldner wolle seine endgültige Leistungsverweigerung gerade mit dem Ablauf der Verjährungsfrist begründen (BGHZ 156, 269, 271). Das wird im Streitfall nicht deutlich. Wie die Revision zutreffend geltend macht, hat sich die Beklagte auf die ihrer Auffassung nach eingetretene Verwirkung mit der Begründung berufen, es sei mit Blick darauf, dass die Kläger seinerzeit den Kredit vorzeitig abgelöst hätten, treuwidrig, wenn sie in Kenntnis des Umstands, dass die

Beklagte in der Zwischenzeit mit den Anlegern des H. -Fonds ... wegen der unterschiedlichen Auffassungen zur Wirksamkeit der Darlehensverpflichtungen verhandelt und ihnen - auch den Klägern - Vergleichsvorschläge unterbreitet hatte, erstmals sieben Jahre nach beiderseitiger Leistungserbringung die damals von ihnen getroffene wirtschaftliche Entscheidung nun zu Lasten der Beklagten wieder revidieren wollten. Entscheidend für den Verwirkungseinwand ist demnach die nach Auffassung der Beklagten aus den Gesamtumständen folgende Treuwidrigkeit des Vorgehens der Kläger. Dass sich die anwaltlich vertretene Beklagte hiermit der Sache nach auf eine Verjährungseinrede berufen wollte, wird hieraus nicht deutlich.

IV.

29 Das angefochtene Urteil war nach alledem aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da das Berufungsgericht - aus seiner Sicht konsequent - noch keine Feststellungen zu der von der Beklagten bestrittenen Höhe der Klageforderung getroffen hat, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif. Sie war daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hinsichtlich der eingeklagten Zins- und Tilgungsleistungen wird das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung zu beachten haben, dass der Bereicherungsanspruch der Kläger entgegen der Auffassung der Beklagten nicht um etwa erzielte Steuervorteile zu kürzen ist, da das Nichtzustandekommen der Darlehensverträge zwischen den Klägern und der Beklagten nicht zu einer Rückabwicklung der Fondsbeteiligung führt (Senatsurteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, WM 2008, 2359, Tz. 31). Nach Aufhebung und Zurückverwei-

sung wird das Berufungsgericht auch Gelegenheit haben, den geltend gemachten Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten, den die Kläger von dem ursprünglichen Streitwert von 116.506,79 € berechnet haben, näher zu prüfen.

Wiechers

Joeres

Mayen

Ellenberger

Matthias

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 17.08.2006 - 2/5 O 31/06 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 09.04.2008 - 9 U 93/06 -