



Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juni 2007 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Prof. Dr. Schmitt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 26. September 2005 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 begehren die Rückzahlung eines Teilbetrages von 40.000 € aus Zahlungen, die sie auf ein Darlehen an die Beklagte geleistet haben.
  
- 2 Im Sommer des Jahres 1991 beteiligten sich die Kläger, von einem Vermittler mittels eines Fondsprospekts geworben, mit einer Einlage von 91.950 DM an dem in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betriebenen W. -Immobilienfonds Nr. ... (im Folgenden: Fonds). Gründungsgesellschafter dieses Fonds waren die W. -GmbH (im Weiteren: W. ) und deren Alleingesellschafter N. . Im Fondsprospekt sind die Vertriebskosten je Fondsanteil, die als Werbungskosten steuerlich geltend gemacht werden können, mit 1.839 DM ausgewiesen.
  
- 3 Zur Finanzierung der Beteiligung schlossen die Kläger mit der Beklagten einen auf den 16. August/6. September 1991 datierten Darlehensvertrag über 105.384 DM ab. Im Vertragsformular wiesen die Kläger die Beklagte unwiderruflich an, den Nettokreditbetrag dem Konto der von ihnen eingeschalteten Treuhänderin gutzuschreiben. Der vereinbarte Zins in Höhe von 7,95% jährlich war bis zum 30. August 2001 festgeschrieben. Mit Ablauf der Zinsbindungsfrist zahlten die Kläger die noch offene Darlehensvaluta in Höhe von 105.384 DM an die Beklagte zurück. Das dafür erforderliche Kapital beschafften sie sich größtenteils durch Aufnahme eines Darlehens bei einer anderen Bank.
  
- 4 Mit Schreiben vom 25. Oktober 2004 widerriefen die Kläger ihre auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung unter

Berufung auf das Haustürwiderrufsgesetz und verlangten den abgelösten Betrag auch mit Rücksicht auf unrichtige Angaben über die Vertriebskosten von der Beklagten ohne Erfolg zurück.

5 Das Landgericht hat der Klage Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Kläger gegen die Fondsgesellschaft, gegen die Fondsiniiatoren, die Gründungsgesellschafter und gegen die Vermittlungsgesellschaft stattgegeben, die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der - vom Senat zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

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

#### I.

7 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in ZIP 2005, 2152 ff. veröffentlicht ist, hat im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Kläger könnten von der Beklagten im Wege des Rückforderungsdurchgriffs analog § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG ihre Tilgungszahlung jedenfalls in der geltend gemachten Höhe zurückverlangen. Kreditvertrag und Fondsbeitritt bildeten ein verbundenes Geschäft. Die

Beklagte habe es akzeptiert, dass die W. , die den Fondsvertrieb an der Spitze organisiert habe, die Darlehensverträge mit den Fondsanteilszeichnern vorbereitet habe, indem sie ein Darlehensformular des ...-Verlags auf die Beklagte ausgefüllt habe, es von dem von ihr beauftragten Vertrieb den Kunden habe vorlegen sowie unterschreiben lassen und es erst nach einer Legitimationsprüfung der Beklagten präsentiert habe. Dass dies auf einer Absprache zwischen ihr und der W. beruht habe, habe die Beklagte nicht in Abrede gestellt und entspreche dem gerichtsbekanntem üblichen Vorgehen der W. im Vorfeld der Auflage jedes neuen Fonds. Die zeitliche Grenze des § 9 Abs. 3 VerbrKrG hindere den Rückforderungsdurchgriff nicht.

9 Den Klägern stehe gegen die Fondsinitiatoren N. und W. , die nach § 278 BGB für die Tätigkeit des Vertriebs bis hinab zum konkret tätig gewordenen Vermittler hafteten, ein Anspruch aus culpa in contrahendo auf Freistellung u.a. von den Belastungen aus dem mit der Beklagten geschlossenen Darlehensvertrag zu, weil die Kläger jedenfalls über die Höhe der Vertriebskosten für die Fondsanteile getäuscht worden seien. Indem der Vermittler die Kläger unter Verwendung des Fondsprospekts geworben habe, habe er unzutreffende Angaben zur Höhe der Vertriebskosten gemacht. Die im Prospekt ausgewiesenen Vertriebskosten von 1.839 DM pro Anteil seien zwar vordergründig insofern richtig, als die Fondsgesellschaft selbst tatsächlich nur diesen Betrag an den Vertrieb bezahlt habe. Trotzdem sei die Angabe unzutreffend, denn die Mitinitiatorin W. habe darüber hinaus weitere Beträge an den Vertrieb mindestens in gleicher Höhe gezahlt. Dabei könne dahinstehen, ob Provisionen von insgesamt mehr als 15% gezahlt worden seien. Wenn sich die Prospektherausgeber entschlossen, Angaben zu Provisionen zu ma-

chen, hätten diese Angaben richtig zu sein. Allein in der Falschinformation liege die Pflichtverletzung.

10            Das Verschulden der Fondsinitiatoren werde nach § 282 BGB analog vermutet. Diese Vermutung habe die Beklagte nicht widerlegt. Für die von den Klägern behauptete Ursächlichkeit der Falschangabe für die Anlageentscheidung der Kläger spreche eine tatsächliche Vermutung. Ein Schaden liege auch dann vor, wenn der Fondsanteil im Zeitpunkt des Erwerbs seinen Preis wert gewesen sei. Der Schadensersatzanspruch sei unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm nicht auf den Betrag der verschwiegenen Vertriebskosten beschränkt. Was schließlich die Anrechnung von Steuervorteilen anbelange, so könne diese außer Betracht bleiben, da die Kläger nur einen Teil ihres Gesamtschadens eingeklagt hätten. Die Gesamtzahlungen der Beklagten beliefen sich auf 189.164,29 DM. Dem stünden Ausschüttungen des Fonds von 23.376 DM und maximale Steuerersparnisse von 35.653,41 DM gegenüber, so dass der eingeklagte Teilbetrag von 40.000 € zusammen mit diesen Positionen den Gesamtschaden nicht erreiche. Der Freistellungsanspruch gegenüber den Fondsinitiatoren sei weder verjährt noch verwirkt.

## II.

11            Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung schon im Ausgangspunkt nicht stand. Das Berufungsgericht hat einen Rückforderungsdurchgriff analog § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG wegen eines Scha-

den Schadensersatzanspruchs der Kläger gegen die Gründungsgesellschafter des Fonds rechtsfehlerhaft bejaht.

- 12 Ein Einwendungs- und auch ein etwaiger Rückforderungsdurchgriff, wenn dieser überhaupt rechtlich begründbar wäre (offen gelassen in den Senatsurteilen vom 13. Februar 2007 - XI ZR 145/06, Umdruck S. 14 Tz. 24 und vom 24. April 2007 - XI ZR 340/05, Umdruck S. 11 Tz. 24 m.w.Nachw.), scheidet vorliegend schon allein deshalb von vornherein aus, weil Schadensersatzansprüche der Kläger gegen Fondsinitiatoren und/oder Gründungsgesellschafter dafür keine Grundlage bieten. Wie der erkennende Senat nach Erlass des Berufungsurteils in Abweichung von der vom Berufungsgericht herangezogenen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, an der dieser nicht mehr festhält, entschieden hat (BGHZ 167, 239, 250 Tz. 28), scheidet ein Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG bei Ansprüchen des Anlegers gegen Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber aus. Ein Finanzierungszusammenhang, wie ihn die besonderen Regelungen über das verbundene Geschäft in § 9 VerbrKrG voraussetzen, besteht in Bezug auf diese Personen nicht (Senatsurteile vom 21. November 2006 - XI ZR 347/05, WM 2007, 200, 202 Tz. 22 und vom 24. April 2007 - XI ZR 340/05, Umdruck S. 13 Tz. 27 m.w.Nachw.). Es fehlt daher an jeglichem tragfähigen Anknüpfungspunkt für einen auf die Verbundregelung des § 9 VerbrKrG gestützten Rückforderungsdurchgriff.

III.

13 Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

14 1. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGHZ 167, 239, 251 Tz. 30) kann der über die Fondsbeteiligung arglistig getäuschte Anleger und Kreditnehmer bei einem verbundenen Vertrag (§ 9 Abs. 1 VerbrKrG) im Falle eines Vermögensschadens einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss gegen die kreditgebende Bank geltend machen. Denn diese muss sich bei einem verbundenen Geschäft das täuschende Verhalten des Vermittlers zurechnen lassen, da dieser nicht Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB ist. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, einen Anspruch der Kläger nach diesen Grundsätzen wegen vorsätzlichen Verschweigens einer höheren als der ausgewiesenen Vertriebsprovision zu begründen.

15 a) Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht angenommen, dass Darlehensvertrag und Fondsbeitritt hier ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG bilden.

16 b) Im Ansatz zu Recht ist es auch davon ausgegangen, dass es keinen Einfluss auf die Aufklärungspflicht des Vermittlers hat, dass die zusätzliche Provision nicht aus Mitteln der Fondsgesellschaft, sondern aus Mitteln der Mitinitiatorin W. , einer der beiden Gründungsgeschafter der Fondsgesellschaft, geflossen ist. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die ebenfalls zu W. -Fonds ergan-

gen ist (BGHZ 158, 110, 118 f.; Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, WM 2007, 873, 874 Tz. 9).

- 17 c) Rechtsfehlerhaft hat es jedoch zur Gesamthöhe der Provision keine Feststellungen getroffen. Zwar wurde nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von der W. eine nicht im Prospekt ausgewiesene weitere Provision von mindestens 1.839 DM gezahlt. Ob noch weitere Zahlungen erfolgten, die dazu führten, dass die Vertriebsprovision insgesamt mehr als 15% betrug, hat es jedoch offen gelassen.
- 18 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 158, 110, 121, Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, WM 2007, 873, 874 Tz. 9) ist der Vermittler einer mittels Prospekts vertriebenen Kapitalanlage nur dann verpflichtet, den Anleger ungefragt über die Gesamthöhe einer Innenprovision aufzuklären, wenn die Provision 15% des Erwerbspreises überschreitet, was bei der vom Berufungsgericht festgestellten Mindestgesamtprovision von 3.678 DM noch nicht der Fall war. Die Kläger haben aber unter Beweisantritt vorgetragen, dass die Innenprovision zwischen 15 und 20% betragen hat. Dem wird das Berufungsgericht gegebenenfalls nachzugehen haben.
- 19 d) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen auch nicht seine Annahme, der Vermittler habe eine Aufklärungspflichtverletzung unabhängig von der Höhe der Gesamtprovision begangen, weil er die im Prospekt zu niedrig angegebenen Vertriebskosten bei seinem Gespräch mit den Klägern nicht korrigiert habe.

20 Im Ausgangspunkt noch zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Angaben in einem Prospekt, die zu Provisionen gemacht werden, nicht irreführend sein dürfen (BGHZ 158, 110, 121 f.). Ein Anlagevermittler hat deshalb unabhängig von der Gesamthöhe der Innenprovision Aufklärung zu leisten, wenn im Prospekt die Angaben über die Vertriebskosten unzutreffend sind und er das ohne weiteres daran erkennen kann, dass er selbst eine Provision erhält, die die ausgewiesenen Vertriebskosten übersteigt (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, WM 2007, 873, 874 Tz. 8). Zur Höhe der an den Vermittler geflossenen Provision hat das Berufungsgericht indes keine Feststellungen getroffen.

21 e) Festgestellt hat das Berufungsgericht bisher außerdem nicht, dass dem Vermittler bei der etwaigen Aufklärungspflichtverletzung vorsätzliches Verhalten zur Last fällt. Zuzurechnen ist der Beklagten als kreditgebender Bank nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats nur eine vorsätzliche Täuschung der Kläger durch den Vermittler. Nur dann können die Kläger nicht nur ihre Fondsbeteiligung fristlos kündigen, sondern auch den mit dem Fondsbeitritt verbundenen Darlehensvertrag als solchen nach § 123 BGB anfechten, wenn die Täuschung auch für den Abschluss kausal war, oder, etwa wenn die Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB verstrichen ist, einen Schadensersatzanspruch aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsschluss gegen die Beklagte geltend machen (Senatsurteile BGHZ 167, 239, 251 Tz. 30 und vom 21. November 2006 - XI ZR 347/05, WM 2007, 200, 202 Tz. 28). Bei der Beurteilung der Frage, ob dem Vermittler Vorsatz zur Last fällt, wird das Berufungsgericht neben dem Stand der Rechtsprechung im Jahre 1991 zur verborgenen Innenprovision zu berücksichtigen haben, dass ein Rechts-

irrtum nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Vorsatz ausschließt (BGHZ 69, 128, 142; 118, 201, 208; Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 56/05, WM 2007, 487, 490 Tz. 25, für BGHZ vorgesehen).

22            2. Die Klage kann entgegen der Ansicht der Revision aufgrund des gegenwärtigen Sach- und Streitstandes nicht wegen fehlender Kausalität oder eines fehlenden Schadens abgewiesen werden.

23            Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Kläger sich auf die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens berufen können (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, WM 2007, 873, 874 Tz. 11 m.w.Nachw.) und der Schadensersatzanspruch bei arglistiger Täuschung über die Vertriebsprovision darauf gerichtet ist, den Anleger so zu stellen, als sei er dem Immobilienfonds nicht beigetreten und hätte den Darlehensvertrag zur Finanzierung des Beitritts nicht geschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - III ZR 20/05, WM 2006, 668, 670).

IV.

24 Das angefochtene Urteil war nach alledem aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Entscheidung reif ist, war sie zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

Nobbe

Joeres

Mayen

Ellenberger

Schmitt

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 29.04.2005 - 8 O 640/04 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 26.09.2005 - 6 U 92/05 -