



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 145/06

Verkündet am:
13. Februar 2007
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

pflichteten und ein auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages gerichtetes Angebot abgaben. Dem Geschäftsbesorger/Treuhänder erteilten sie, wie im Anlagekonzept der Fondsinitiatoren vorgesehen, die zur Vertragsdurchführung erforderliche Vollmacht. Die Kläger unterzeichneten einen ihnen von der Vermittlerin De. vorgelegten vollständig ausgefüllten formularmäßigen Darlehensvertrag der Beklagten über 82.585 DM, der als Verwendungszweck für die Darlehenssumme den Erwerb von Anteilen an dem Fonds bezeichnete und eine Widerrufsbelehrung nach § 7 VerbrKrG enthielt. Diesen Vertrag unterschrieb die Beklagte am 12. August 1992.

3 Ab August 1995 schüttete die GbR keine Erträge mehr an die Kläger aus. Mit Schreiben ihrer Anwälte vom 15. August 1997 widerriefen die Kläger den Darlehensvertrag nach den Vorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes (HWiG) und fochten ihn außerdem wegen arglistiger Täuschung an. Um Zinsen zu sparen, zahlten die Kläger nach Ablauf der Zinsbindungsfrist zum 30. August 1997 die vereinbarte Darlehenssumme unter dem Vorbehalt ihrer Rechte an die Beklagte zurück.

4 Die Kläger haben im ersten Prozess beantragt, die Beklagte zur Rückzahlung erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen von 108.362,80 DM und auf das Darlehen verrechneter Ausschüttungen des Fonds über 6.003,55 DM zuzüglich Zinsen zu verurteilen. Sie haben behauptet, sie seien über den Wert des Fondsanteils arglistig getäuscht worden. Für die schlüsselfertige Erstellung des Bauobjektes sei ein Betrag von 9,241 Millionen DM angegeben, dabei aber verschwiegen worden, dass davon rund 3,8 Millionen DM für den Initiator des Fonds bestimmt gewesen seien. Deshalb hätten die im Emissionsprospekt ausge-

wiesenen Erträge von der GbR nicht einmal annähernd erzielt werden können. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Rahmenbedingungen des Fonds hätten sie weder den Darlehensvertrag abgeschlossen noch die Fondsbeteiligung gezeichnet. Dies müsse sich die Beklagte entgegenhalten lassen, weil Fondsbeitritts- und Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft gewesen seien.

5 Die Klage hatte im Vorprozess in allen Instanzen keinen Erfolg. Die Revision der Kläger wurde im Urteil des erkennenden Senats vom 27. Juni 2000 (WM 2000, 1687 ff.) mit der Begründung zurückgewiesen, dass ein Anspruch auf Rückzahlung der aufgrund des Darlehensvertrages geleisteten Zins- und Tilgungsraten nach den Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes mangels eines innerhalb der Wochenfrist des § 1 Nr. 1 HWiG erklärten Widerrufs nicht bestehe. Der Darlehensvertrag sei auch nicht nach den allgemeinen Regeln der culpa in contrahendo rückabzuwickeln. Eine von den Fondsverantwortlichen begangene arglistige Täuschung darüber, dass der Fondsinitiator 3,8 Millionen DM erhalten habe, müsse sich die Beklagte als reine Kreditgeberin nicht zurechnen lassen. Eine eigene Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten sei nicht festzustellen.

6 Auch ein etwaiger gegen die GbR bestehender Schadensersatzanspruch der Kläger wegen Verschuldens bei Vertragsschluss könne jedenfalls derzeit einen bei einem verbundenen Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG in Betracht zu ziehenden Rückforderungsdurchgriff entsprechend § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht begründen. Nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft seien die Kläger an den angeblich fehlerhaften Fondsbeitritt gebunden und damit an der Durchsetzung eines auf

Rückgewähr der Einlage gerichteten Schadensersatzanspruchs gehindert. Ein Rückforderungsdurchgriff setze infolgedessen eine wirksame außerordentliche Kündigung des Gesellschaftsbeitritts gegenüber der GbR voraus. Eine solche sei aber bisher nicht erfolgt. In dem Widerruf und der Anfechtung des Darlehensvertrages gegenüber der Beklagten liege schon deshalb keine konkludente Kündigung der Fondsbeteiligung, weil nicht dargetan sei, dass die Beklagte Empfangsvertreterin oder -botin der GbR gewesen sei.

7 Nach Veröffentlichung der Entscheidungen des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 14. Juni 2004 (BGHZ 159, 280; 159, 294; WM 2004, 1518 und WM 2004, 1536) zu ähnlichen Fällen forderten die Anwälte der Kläger von der Beklagten unter Hinweis auf die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung einen Betrag von 58.474,59 € zuzüglich Zinsen zurück. Da die Beklagte hierauf nicht reagierte, reichten sie am 30. Dezember 2004 einen Mahnbescheidsantrag in gleicher Höhe ein, wobei die geltend gemachte Forderung mit "ungerechtfertigter Bereicherung gem. WIDERRUF DARLEHEN - 1... vom 15.8.97" bezeichnet wurde.

8 Die Beklagte hält eine Rückzahlungspflicht nach wie vor nicht für gegeben. Zudem hat sie sich auf Verjährung berufen.

9 Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Die Berufung, mit der die Kläger erstmals beantragt haben, die Beklagte nur Zug um Zug gegen Abtretung der Fondsbeteiligung zur Zahlung von 58.474,59 € zuzüglich Zinsen zu verurteilen, ist erfolglos geblieben. Mit

der - vom Berufungsgericht - zugelassenen Revision verfolgen sie ihren im zweiten Rechtszug geringfügig ermäßigten Zahlungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision ist nicht begründet.

I.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

12 Der erneuten Inanspruchnahme der Beklagten auf Rückzahlung der aufgrund des Darlehensvertrages vom 12. August 1992 geleisteten Zins- und Tilgungsraten nach den Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes stehe bereits die materielle Rechtskraft des im ersten Prozess ergangenen Urteils des Bundesgerichtshofes vom 27. Juni 2000 entgegen. Ausweislich der Entscheidungsgründe sei die damalige Klage der Kläger mangels rechtzeitigen Widerrufs des in einer Haustürsituation abgeschlossenen Darlehensvertrages endgültig abgewiesen worden. Da der alte und neue Klageantrag sowie der zugrunde liegende Lebenssachverhalt bis auf die geringfügige Klagerücknahme vollkommen identisch seien, sei die jetzige Klage insoweit unzulässig.

13 Dagegen könnten die Kläger ihr Klagebegehren noch einmal auf die Rechtsfigur des Rückforderungsdurchgriffs stützen, da die Klagefor-

derung im Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27. Juni 2000 insoweit nicht endgültig, sondern nur deshalb verneint worden sei, weil es jedenfalls derzeit an der dazu notwendigen außerordentlichen Kündigung des Gesellschaftsbeitritts gegenüber der GbR fehle. Dieses Anspruchshindernis sei indes in der Folgezeit entfallen. Nach der Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 21. Juli 2003 (BGHZ 156, 46, 50) könne der Gesellschafter die Fondsbeteiligung im Rahmen eines Verbundgeschäfts ausnahmsweise auch gegenüber der kreditgebenden Bank fristlos kündigen. Dabei reiche es für eine konkludente Kündigung aus wichtigem Grund regelmäßig aus, dass der Betroffene ihr den finanzierten Geschäftsanteil unter Hinweis auf die arglistige Täuschung des Anlagevermittlers oder andere Beitrittsmängel zur Übernahme anbiete. Ein derartiges Angebot sei der Beklagten von den Klägern spätestens dadurch unterbreitet worden, dass sie im zweiten Berufungsverfahren angekündigt hätten, die Beklagte nur noch Zug um Zug gegen Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung auf Rückzahlung der Zins- und Tilgungsleistungen in Anspruch nehmen zu wollen.

14 Indessen sei die Klage hinsichtlich des Rückforderungsdurchgriffs nicht begründet, weil die der Beklagten entgegengehaltenen Schadensersatzforderungen gegen die Fondsverantwortlichen bzw. der Rückforderungsanspruch als solcher wegen Ablaufs der neuen dreijährigen Regelverjährung (§ 195 BGB n.F.) verjährt seien. Auch bei Berücksichtigung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. im Rahmen des Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB ergebe sich dies daraus, dass die betreffenden Schadensersatzansprüche schon im Jahre 1992 entstanden und den Klägern sowohl die anspruchsbegründenden Umstände als auch die haftenden Personen bereits vor Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts am 1. Januar 2002

bekannt gewesen seien. Der Mahnbescheid vom 20. Januar 2005 habe den Lauf der Verjährung hinsichtlich des streitigen Rückforderungsdurchgriffs nicht gehemmt. Selbst wenn man diesen in Anlehnung an die Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2000 aus einer entsprechenden Anwendung des § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB herleite, also von einer "Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung" im Sinne des Mahnbescheides gesprochen werden könne, so zeigten aber die Worte "gem. WIDERRUF DARLEHEN - 1... vom 15.8.97" deutlich, dass die Beklagte ausschließlich nach den Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes auf Rückzahlung der darlehensvertraglichen Zins- und Tilgungsraten habe in Anspruch genommen werden sollen.

- 15 Dasselbe gelte auch für einen Rückforderungsdurchgriff, der sich auf einen gegen die Fondsgesellschaft gerichteten Anspruch auf ein etwaiges Auseinandersetzungsguthaben stütze. Wenn in dem durchgeführten Vorprozess noch keine Kündigung der Fondsbeteiligung gesehen werde, scheitere ein Durchgriffsanspruch der Kläger jedenfalls daran, dass eine im vorliegenden Prozess erklärte Kündigung aus wichtigem Grund verspätet sei.

II.

- 16 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand. Den Klägern steht gegen die Beklagte nach wie vor kein Anspruch auf Rückzahlung der aufgrund des streitgegenständlichen Darlehensvertrages geleisteten Zins- und Tilgungsraten zu. Der Grund hierfür liegt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts jedoch nicht erst

darin, dass ein etwaiger Durchgriffsanspruch der Kläger entsprechend § 9 Abs. 3, Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG oder analog § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB inzwischen verjährt ist und daher aufgrund der von der Beklagten im zweiten Berufungsverfahren erhobenen Verjährungseinrede nicht mehr durchgesetzt werden kann. Vielmehr steht der jetzigen Klage auch insoweit die materielle Rechtskraft des Senatsurteils vom 27. Juni 2000 (aaO) entgegen, weil es immer noch an der für einen Rückforderungsdurchgriff notwendigen außerordentlichen Kündigung des möglicherweise fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts aus dem Jahre 1992 fehlt.

17 1. Zutreffend ist allerdings die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen Rückzahlungsanspruch der Kläger nach den Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes schon im Hinblick auf die materielle Rechtskraft der Senatsentscheidung vom 27. Juni 2000 verneint hat (§ 325 ZPO). Insoweit werden von der Revision gegen das Urteil des Berufungsgerichts auch keine Einwendungen erhoben.

18 2. Die Kläger können von der Beklagten - anders als die Revision meint - auch nach den allgemeinen Regeln der culpa in contrahendo keine schadensersatzrechtliche Aufhebung des Darlehensvertrages und Rückzahlung der darauf erbrachten Leistungen verlangen. Zwar hat der erkennende Senat in seinem erst nach der angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichts erlassenen Urteil vom 25. April 2006 (XI ZR 106/05, WM 2006, 1066, 1070 Tz. 30 f. zur Veröffentlichung in BGHZ 167, 239 vorgesehen) erstmals die Ansicht vertreten, dass sich die den Fondsbeitrag des Verbrauchers finanzierende Bank die arglistige Täuschung des Vermittlers über die Fondsbeteiligung bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 VerbrKrG nach der Wertung

des § 123 Abs. 2 BGB zurechnen lassen muss. Der Verbraucher kann daher den Darlehensvertrag im Regelfall entweder gemäß § 123 BGB anfechten oder eine Rückabwicklung wegen vorsätzlicher culpa in contrahendo (jetzt § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) in Verbindung mit dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 Satz 1 BGB verlangen. Der Annahme einer unmittelbaren vorvertraglichen Haftung der Beklagten aufgrund eines zurechenbaren Fremdverschuldens, die eine Kündigung der Fondsbeteiligung nicht erfordert, steht aber die materielle Rechtskraft der Entscheidung des Senats vom 27. Juni 2000 entgegen. In ihr hat der Senat den Standpunkt vertreten, die Vermittlerin sei bei den behaupteten unrichtigen Angaben über die Werthaltigkeit des Objekts nicht im Pflichtenkreis der Beklagten als reine Kreditgeberin und damit nicht als ihre Erfüllungsgehilfin im Sinne des § 278 BGB tätig geworden. Der Senat hat die damalige Schadensersatzklage der Kläger deshalb insoweit endgültig abgewiesen (siehe Senatsurteil aaO S. 1688 m.w.Nachw.). Ob er die Rechtslage heute anders beurteilen und einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher culpa in contrahendo bejahen würde, ist entgegen der Ansicht der Revision ohne Belang. Ein bloßer Wandel der Rechtsauffassung ändert bei unveränderten tatsächlichen Verhältnissen am Einwand der materiellen Rechtskraft nichts (vgl. BGHZ 89, 114, 121). Hingewiesen sei außerdem darauf, dass die Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Vorprozess von der Vermittlerin auf die Schwierigkeiten der Weiterveräußerung ihres Fondsanteils hingewiesen worden sind, was in Widerspruch steht zur Behauptung der Kläger im vorliegenden Verfahren.

3. In Bezug auf die Rechtsfigur des Rückforderungsdurchgriffs ergibt sich im Ergebnis keine andere rechtliche Beurteilung.

20 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die eingeschränkte Rechtskraft des Senatsurteils nicht dadurch entfallen, dass nach der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes (BGHZ 156, 46, 53) die außerordentliche Kündigung des fehlerhaften Fondsbeitritts bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts grundsätzlich auch gegenüber der kreditgebenden Bank wirksam erklärt werden kann und die Kläger von dieser Möglichkeit spätestens im zweiten Berufungsverfahren mit der Ankündigung eines Zug um Zug-Antrags auch Gebrauch gemacht haben sollen.

21 Allerdings entspricht es gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass das Gericht des Vorprozesses die Rechtskraftwirkung des eigenen Urteils begrenzt, wenn es die Klage nur als zurzeit unbegründet abweist (BGHZ 140, 365, 368; 143, 169, 172 f.; 144, 242, 244). Richtig ist auch, dass der Senat einen Rückforderungsdurchgriff in seiner Entscheidung vom 27. Juni 2000 nicht endgültig, sondern wegen Fehlens einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Fondsbeitritts gegenüber der werbenden GbR verneint hat. Auch kann das Kündigungsrecht nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes (BGHZ 156, 46, 53; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2004 - II ZR 394/02, WM 2005, 295, 298 m.w.Nachw.; siehe dazu auch Senatsurteil vom 21. November 2006 - XI ZR 347/05, Umdruck S. 9) im Anwendungsbereich des § 9 VerbrKrG auch gegenüber dem Kreditinstitut ausgeübt werden, wobei es für die Abgabe einer konkludenten Kündigungserklärung normalerweise ausreicht, dass ihr die finanzierte Fondsbeteiligung unter Hinweis auf den Beitrittsmangel zur Übernahme angeboten wird. Nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden

Vortrag der Kläger, den sich die Beklagte ausdrücklich zu eigen gemacht hat, wollten die Kläger, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Vorprozess erklärt haben, die Immobilienfondsbeteiligung und die damit verbundenen Steuervorteile behalten zu wollen und die auch in den folgenden Jahren nichts getan haben, um sich von der Beteiligung zu trennen, auch weiterhin nicht auf diese Art und Weise aus der Gesellschaft ausscheiden. Ihnen fehlte daher das für die Abgabe einer stillschweigenden Kündigungserklärung notwendige Erklärungsbewusstsein. Da weder festgestellt noch vorgetragen ist, dass die Beklagte das prozessuale oder sonstige Verhalten der Kläger aus der maßgebenden Sicht eines verständigen Vertragspartners für eine konkludente Kündigung halten durfte und auch tatsächlich gehalten hat, kann das fehlende Erklärungsbewusstsein auch nicht durch den äußeren Schein einer rechtlich verbindlichen Willenserklärung ersetzt werden. Darauf, dass sich das im Vorprozess für einen etwaigen Rückforderungsdurchgriff als fehlend festgestellte Tatbestandsmerkmal einer außerordentlichen Kündigung des Gesellschaftsbeitritts nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung inzwischen verwirklicht hat, lässt sich deshalb die neue Klage nicht stützen. Zumindest stellt der erstmals in der Berufungsbegründung vom 11. August 2005 enthaltene Antrag, die Beklagte nur Zug um Zug gegen Abtretung der Fondsbeteiligung zur Rückzahlung der auf das Darlehen erbrachten Leistungen zu verurteilen, keine wirksame Kündigung dar. Ein etwaiges Kündigungsrecht war, da den anwaltlich vertretenen Klägern die behauptete arglistige Täuschung und das damit verbundene Recht zur fristlosen Kündigung der fehlerhaften Gesellschaft bereits seit vielen Jahren bekannt war, im August 2005, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, längst entfallen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 1999 - II ZR 193/98, WM 1999, 1564, 1565). Das gilt besonders, da die Kläger

nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Vorprozess erklärt haben, ihre Immobilienfondsbeteiligung und die damit verbundenen Steuervorteile behalten zu wollen.

- 22 b) Entgegen der Auffassung der Revision kann die eingeschränkte materielle Rechtskraft des Senatsurteils vom 27. Juni 2000 auch nicht etwa mit der Begründung überwunden werden, der erkennende Senat verlange für einen Rückforderungsdurchgriff gegen die den Anteilserwerb finanzierende Bank eine Kündigung der Fondsbeteiligung nicht mehr. Die Revision missversteht die zitierte Entscheidung des erkennenden Senats vom 25. April 2006 (XI ZR 106/05, WM 2006, 1066, 1070 Tz. 27-31). Der Umstand, dass der Anleger danach von der Bank wegen des zurechenbaren vorsätzlichen Fremdverschuldens die schadensersatzrechtliche Rückabwicklung des verbundenen Darlehensvertrages verlangen kann und hierbei den finanzierten Fondsanteil, nach dessen fristloser Kündigung seinen Abfindungsanspruch, abzutreten hat (siehe Senatsurteil aaO S. 1070 Tz. 31), betrifft ausschließlich das zwischen den Darlehensvertragsparteien bestehende Rechtsverhältnis und die damit verbundene unmittelbare Haftung der kreditgebenden Bank für eine vorvertragliche arglistige Täuschung durch den Vermittler. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Voraussetzungen eines Durchgriffs von Einwendungen aus dem finanzierten Geschäft gegen Ansprüche aus dem Darlehensvertrag (siehe dazu BGHZ 156, 46, 51 ff.; Senatsurteil vom 25. April 2006 - XI ZR 106/05, WM 2006, 1066, 1070 Tz. 27) und zur Anwendung der Rechtssätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf Fondsgesellschaften (siehe dazu jüngst BGH, Beschluss vom 27. Juni 2006 - II ZR 218/04, WM 2006, 1523) wird hiervon nicht berührt.

23 4. Darüber hinaus können die Kläger einen Rückforderungsdurchgriff nicht mit Erfolg geltend machen.

24 Fraglich ist bereits, ob das Verbraucherkreditgesetz überhaupt einen Rückforderungsdurchgriff nach Kündigung der Fondsbeteiligung aufgrund eines Fehlverhaltens des Vermittlers erlaubt oder die Grenzen einer zulässigen Wortauslegung überschritten werden, wenn aus der Formulierung "kann verweigern" gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG a.F. im Wege eines Analogieschlusses ein "kann zurückfordern" gemacht wird (zum Meinungsstreit siehe etwa Franz, Der Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 Abs. 3 Verbraucherkreditgesetz, S. 252 ff.). Darauf und auf die weitere Frage, ob die speziellen bereicherungsrechtlichen Regeln des § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB analogiefähig sind und einen Rückforderungsdurchgriff begründen können, kommt es im vorliegenden Streitfall nicht entscheidend an. Jedenfalls ist der Beklagten - wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 25. April 2006 (aaO) für den Einwendungsdurchgriff im Sinne des § 9 Abs. 3 VerbrKrG näher ausgeführt hat - eine vorsätzliche culpa in contrahendo der Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, maßgeblichen Betreiber, Manager und Prospektherausgeber entgegen der Ansicht des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes nicht zuzurechnen. Ein Finanzierungszusammenhang, wie ihn die besonderen Regelungen über das verbundene Geschäft voraussetzen, besteht in Bezug auf diese Personen nicht (siehe auch Kindler ZGR 2006, 172 f., 176). Seine gegenteilige Auffassung hat der II. Zivilsenat inzwischen aufgegeben.

III.

25 Die Revision der Kläger konnte demnach keinen Erfolg haben und war deshalb zurückzuweisen.

Nobbe

Müller

Ellenberger

Schmitt

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Hechingen, Entscheidung vom 22.07.2005 - 1 O 107/05 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 11.04.2006 - 6 U 172/05 -