



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 341/05

Verkündet am:
5. Dezember 2006
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

VerbrKrG § 12 Abs. 1 Nr. 2

Eine Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG ist entbehrlich, wenn sich der Darlehensnehmer ernsthaft und endgültig geweigert hat, auf das Darlehen weitere Leistungen zu erbringen.

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - XI ZR 341/05 - OLG Karlsruhe
LG Heidelberg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2006 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Müller, Dr. Ellenberger, Prof. Dr. Schmitt und Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin und des Drittwiderbeklagten gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 23. August 2005 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revisionskläger haben auch die Kosten der Streit-
helferin der Beklagten zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten mit Klage und Widerklage über die Wirksamkeit zweier Darlehen, die die beklagte Sparkasse der Klägerin und ihrem Ehemann, dem Drittwiderbeklagten, zur Finanzierung der Beteiligung an einem Immobilienfonds gewährt hat.
- 2 Die Klägerin und ihr Ehemann wurden im Jahr 1993 von einem Vermittler geworben, sich an dem in Form einer Gesellschaft bürgerli-

chen Rechts betriebenen geschlossenen Immobilienfonds "R.

" (künftig: GbR) zu beteiligen. Am 10. September 1993 unterbreiteten sie der T.

...gesellschaft (künftig: Treuhänderin) ein notariell beurkundetes Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages. Zugleich erteilten sie der Treuhänderin, die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, eine Vollmacht, für sie den Beitritt zu der GbR mit 7 Anteilen und einer Investitionssumme von 105.000 DM zu bewirken und sie umfassend bei allen Rechtsgeschäften und -handlungen zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zu vertreten, unter anderem bei der Aufnahme von Finanzierungskrediten, der Bestellung der dinglichen und persönlichen Sicherheiten sowie bei der Abgabe von persönlichen Schuldanerkenntnissen und Vollstreckungsunterwerfungserklärungen.

3

Die Treuhänderin nahm das Angebot der Klägerin und ihres Ehemannes an und schloss in ihrem Namen am 10. Dezember 1993 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (künftig: Beklagte) zur Finanzierung des Fondsbeitritts zwei Darlehensverträge über 32.667 DM und über 84.000 DM ab. Das Darlehen über 32.667 DM sollte bei einem effektiven Jahreszins von 8,4% und einer zehnjährigen Festschreibung des Zinses mit anfänglich jährlich 1,5% getilgt werden. Das Darlehen über 84.000 DM zu einem effektiven, ebenfalls auf zehn Jahre festgeschriebenen Jahreszins von 8,25% war tilgungsfrei und bis zum 30. Dezember 2018 zurückzuzahlen. Als Sicherheit war in beiden Darlehensverträgen eine noch zu bestellende Globalgrundschuld am Grundstück der GbR vorgesehen. Das höhere Darlehen wurde zusätzlich durch Abtretung einer für Tilgungszwecke vorgesehenen, bereits am 1. August 1992 abge-

schlossenen Lebensversicherung besichert. Nachdem die Treuhänderin für die Klägerin und ihren Ehemann den Beitritt zum Immobilienfonds erklärt hatte, wurde die Darlehensvaluta von der Beklagten weisungsgemäß auf ein Konto der GbR ausgezahlt. Am 29. Dezember 1993 bestellte die damalige Eigentümerin die Grundschuld über 11.733.333 DM an dem von der GbR zu erwerbenden Grundstück.

4 Am 13. Juli 2001 trat der Ehemann der Klägerin sämtliche Rechte gegen die Beklagte an die Klägerin ab. Mit Schreiben vom 3. Juni 2002 widerriefen die Klägerin und ihr Ehemann die der Treuhänderin erteilte Vollmacht und kündigten ihre Beteiligung an der GbR. Unter dem 20. Juni 2003 widerriefen sie außerdem die Darlehensvertragserklärungen nach dem Haustürwiderrufsgesetz. Da die Klägerin und ihr Ehemann die Darlehen nicht mehr bedienten, kündigte die Beklagte die Darlehensverträge am 26. Februar 2003 fristlos.

5 Die Klägerin hat unter anderem die Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung von auf die Darlehen erbrachten Leistungen in Höhe von 20.557,02 € nebst Zinsen, hilfsweise Zug um Zug gegen Abtretung ihrer vormals mit ihrem Ehemann gehaltenen Beteiligung an der GbR begehrt. Sie ist der Ansicht, die Darlehensverträge seien wegen Verstoßes der der Treuhänderin erteilten Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht wirksam zustande gekommen. Auch hätten sie und ihr Ehemann ihre Darlehensvertragserklärungen nach dem Haustürwiderrufsgesetz wirksam widerrufen. Der Darlehensvertrag über den Betrag von 84.000 DM sei außerdem wegen fehlender Angabe der Kosten der Lebensversicherung nichtig. Darüber hinaus sei die Beklagte ihr zu Schadensersatz verpflichtet, weil sie durch evident falsche Angaben zum

Fondsbeitritt bewogen worden sei und die Beklagte mit dem Vertrieb und der Treuhänderin institutionalisiert zusammen gearbeitet habe. Widerklagend verlangt die Beklagte die Rückzahlung der ausgereichten Darlehensvaluta in Höhe von 81.858,78 € nebst Zinsen von der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten.

6 Das Landgericht hat der Klage über 20.557,02 € stattgegeben und die Widerklage über 81.858,78 € abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 77.892,33 € zuzüglich Zinsen stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag nur in Höhe von 6.277,94 € nebst Zinsen weiter und begehrt außerdem zusammen mit ihrem Ehemann die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist unbegründet.

I.

8 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

9 Die Zahlungsklage der Klägerin sei unabhängig von der Frage der Wirksamkeit der Darlehensverträge unbegründet. Die Ansprüche der Klägerin seien in Höhe von 14.120,08 € verjährt. Die darüber hinausge-

hende Klageforderung resultiere nicht aus eigenen Leistungen der Klägerin und ihres Ehemannes auf die Darlehen, sondern aus Zahlungen des Fonds. Diese könne die Klägerin bereicherungsrechtlich nicht herausverlangen.

- 10 Die Widerklage habe überwiegend Erfolg. Die Darlehensverträge seien trotz Nichtigkeit der der Treuhänderin erteilten Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz gemäß § 172 BGB wirksam zustande gekommen, da der Beklagten vor deren Abschluss eine notarielle Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorgelegen habe. § 172 BGB sei auch anwendbar, wenn wie hier ein verbundenes Geschäft im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG vorliege. Der zusätzlichen Vorlage einer Ausfertigung der notariellen Erklärung der Treuhänderin über die Annahme des Vertragsantrags der Klägerin und ihres Ehemannes habe es nicht bedurft. Die Klägerin und ihr Ehemann könnten die Darlehenserklärungen auch nicht widerrufen. Sie hätten für die von der Beklagten zulässigerweise mit Nichtwissen bestrittene Haustürsituation keinen prozessordnungsgemäßen Beweis angetreten. Außerdem habe die Treuhänderin die Darlehensverträge als Vertreterin der Klägerin und ihres Ehemannes, des Drittwiderbeklagten, nicht in einer Haustürsituation abgeschlossen. Einwendungen aus dem finanzierten Fondsbeitritt könnten die Klägerin und der Drittwiderbeklagte der Beklagten nicht nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG entgegenhalten. Zwar scheitere der Einwendungsdurchgriff nicht schon an § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG. Diese Vorschrift sei unanwendbar, da Verwendungszweck und Bedingungen des Geschäfts vom üblichen Typus eines Realkredits abwichen. Es fehle aber an möglichen Einwendungen aus dem Erwerb der Fondsanteile, auf die sich die Klägerin und der Drittwiderbeklagte der Beklagten gegenüber gemäß § 9

Abs. 3 VerbrKrG berufen könnten. Eine arglistige Täuschung der Klägerin und ihres Ehemannes durch den Vermittler der Fondsbeteiligung sei unbewiesen geblieben. Ebenso wie für die Haustürsituation fehle insoweit ein prozessordnungsgemäßer Beweisantritt. Schließlich sei der höhere Darlehensvertrag auch nicht nach §§ 6 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f) VerbrKrG nichtig, da die Lebensversicherung nicht im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag abgeschlossen worden sei. Abgesehen davon sei ein etwaiger Mangel des Darlehensvertrages durch die weisungsgemäße Auszahlung der Valuta geheilt. Die Beklagte habe die Darlehen wegen Zahlungsverzuges der Klägerin und ihres Ehemannes auch wirksam fristlos gekündigt. Der Setzung einer Nachfrist mit Kündigungsandrohung habe es nicht bedurft, da die Klägerin und ihr Ehemann unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hätten, die Darlehen auf keinen Fall zurückzahlen zu wollen.

II.

11 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

12 1. Das Berufungsgericht hat die Zahlungsklage der Klägerin zu Recht abgewiesen. Der geltend gemachte Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung geleisteter Zins- und Tilgungsraten besteht - wie das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Erörterung der Widerklage ausgeführt hat - nicht, da die Darlehensverträge wirksam sind.

13 a) Die Klägerin ist bei Abschluss der Darlehensverträge durch die Treuhänderin wirksam vertreten worden.

14 aa) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann und der Treuhänderin abgeschlossene Treuhandvertrag sowie die erteilte umfassende Vollmacht nichtig sind. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder eines Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG. Ein - wie hier - ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Treuhandvertrag mit umfassenden Befugnissen ist nichtig. Die Nichtigkeit erfasst nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG in Verbindung mit § 134 BGB auch die der Treuhänderin erteilte umfassende Abschlussvollmacht (st.Rspr.; BGHZ 153, 214, 220 f.; 154, 283, 286; Senatsurteile vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830, vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521 und vom 25. April 2006 - XI ZR 29/05, WM 2006, 1008, 1010, für BGHZ 167, 223 vorgesehen, und XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1061, jeweils m.w.Nachw. sowie BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352 und vom 17. Juni 2005 - V ZR 220/04, WM 2005, 1598 f.).

15 bb) Zutreffend hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, dass die Treuhänderin gemäß §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB der Beklagten gegenüber vertretungsbefugt war. Nach den rechtsfehlerfreien, von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts lag der Beklagten bei Abschluss der Darlehensverträge eine nota-

rielle Ausfertigung der die Treuhänderin als Vertreterin der Klägerin und ihres Ehemannes ausweisenden Vollmachtsurkunde vor (zu dieser Voraussetzung BGHZ 102, 60, 63; Senatsurteile vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75 und vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 832 m.w.Nachw.).

16 (1) Die Vorschriften der §§ 171 ff. BGB sind nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann anwendbar, wenn die einem Treuhänder erteilte Abschlussvollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (Senatsurteile vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831, vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1522 und vom 25. April 2006 - XI ZR 29/05, WM 2006, 1008, 1011, für BGHZ 167, 223 vorgesehen, und XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1062, jeweils m.w.Nachw.). An dieser Rechtsprechung hält der Senat - wie er mit Urteilen vom 26. Oktober 2004 (BGHZ 161, 15, 24 ff.) und vom 9. November 2004 (XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73 ff.) im Einzelnen ausgeführt hat - auch unter Berücksichtigung der Entscheidungen des II. Zivilsenates vom 14. Juni 2004 (BGHZ 159, 294, 301 f. und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538) - fest.

17 Die der Senatsrechtsprechung zugrunde liegenden Erwägungen gelten in gleicher Weise für die Kreditfinanzierung von Immobilien wie für kreditfinanzierte Immobilienfondsbeteiligungen (Senatsurteile vom 25. April 2006 - XI ZR 29/05, WM 2006, 1008, 1011, für BGHZ 167, 223 vorgesehen, und XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1062). Dabei spielt es, anders als die Revision unter Berufung auf eine Entscheidung des II. Zivilsenates vom 14. Juni 2004 (II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538) meint, für die Anwendung der §§ 171 ff. BGB keine Rolle, ob Fondsbei-

tritt und finanziert Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG bilden. Dies ist, wie auch das Berufungsgericht richtig gesehen hat, für die Rechtsscheinhaftung eines Kreditnehmers aufgrund der Erteilung einer nichtigen Vollmacht rechtlich ohne Bedeutung. Weder regelt § 9 Abs. 1 VerbrKrG Vertretungsfragen, noch steht die Vorschrift systematisch in einem Zusammenhang mit den Vertretungsregelungen der §§ 164 ff. BGB. Die Rechtsscheinhaftung des Vertretenen bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach den §§ 171 ff. BGB sowie nach den Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht, die den schutzwürdigen Interessen des Vertretenen einerseits und des Vertragspartners andererseits abschließend und angemessen Rechnung tragen (Senat BGHZ 161, 15, 24 f.; Senatsurteile vom 25. April 2006 - XI ZR 29/05, WM 2006, 1008, 1011, für BGHZ 167, 223 vorgesehen, und XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1062; BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766). Die gegenteilige Ansicht des II. Zivilsenates (BGHZ 159, 294, 301 f. sowie Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538), an der der II. Zivilsenat nicht mehr festhält, ist überholt.

- 18 (2) Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner ausgeführt, dass zur Begründung des Rechtsscheins nach § 172 Abs. 1 BGB die Vorlage einer Ausfertigung des Angebots auf Abschluss des Treuhandvertrages nebst Vollmacht ausreichte. Dies entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 161, 15, 30; Senatsurteile vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, WM 2004, 1127, 1128 und vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75; BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1767). Die Erteilung einer Vollmacht ist, auch wenn sie in einem Vertragsantrag enthalten ist, eine selbständi-

ge, einseitige, nicht annahmbedürftige Erklärung des Vollmachtgebers (MünchKomm/Schramm, BGB 5. Aufl. § 167 Rdn. 4). Entgegen der Ansicht der Revision bedurfte es im vorliegenden Fall auch nicht etwa ausnahmsweise zusätzlich der Vorlage der notariell beurkundeten Annahmeerklärung. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte haben die Treuhänderin in der notariellen Urkunde vom 10. September 1993 ausdrücklich "mit Abgabe dieses Angebots" bevollmächtigt. Damit ist eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass die Vollmacht bereits mit dem Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages und nicht erst mit dessen Annahme durch die Treuhänderin wirksam erteilt sein sollte.

19 (3) Entgegen der Ansicht der Revision kann auch keine Rede davon sein, dass die Klägerin und ihr Ehemann die Darlehensvaluta nicht empfangen hätten. Der Beklagten lag im Zeitpunkt der von der Treuhänderin erteilten Auszahlungsanweisung eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vor. Die Klägerin und ihr Ehemann müssen die Anweisung der Treuhänderin, die Darlehenssumme an die GbR zu überweisen, gemäß § 172 Abs. 1 BGB gegen sich gelten lassen.

20 b) Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner bei der Erörterung der Widerklage ausgeführt, dass die Klägerin und ihr Ehemann ihre zu den Darlehensverträgen führenden Erklärungen nicht gemäß § 1 Abs. 1 HWiG wirksam widerrufen haben. Die Darlehensverträge wurden für die Klägerin und ihren Ehemann durch die Treuhänderin als Vertreterin abgeschlossen. In diesem Fall kommt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für das Vorliegen einer Haustürsituation auf die Situation des Vertreters bei Vertragsschluss an (Senat BGHZ 144, 223, 227 ff.; 161, 15, 32; Urteil vom 13. März 1991 - XII ZR

71/90, WM 1991, 860, 861; Senatsurteile vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2330 und vom 28. März 2006 - XI ZR 239/04, WM 2006, 853, 854). Da sich die Treuhänderin bei Abschluss der Darlehensverträge unstreitig nicht in einer Haustürsituation befand, konnten die Klägerin und ihr Ehemann die entsprechenden Erklärungen nicht gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. widerrufen. Anlass, von dieser Rechtsprechung im Hinblick auf von der Revision nicht näher ausgeführte europarechtliche Vorgaben abzuweichen, besteht nicht. Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (künftig: EuGH) vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2086, 2088 f. - Crailsheimer Volksbank) betrifft nicht das Vorliegen, sondern die Zurechnung einer objektiv gegebenen Haustürsituation.

- 21 c) Ebenfalls zutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Darlehensvertrag über 84.000 DM sei auch nicht gemäß §§ 6 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f) VerbrKrG nichtig, weil die Kosten der Lebensversicherung darin nicht angegeben seien. Nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f) VerbrKrG sind die Kosten einer Versicherung anzugeben, wenn sie im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird. Dies ist der Fall, wenn ein zeitlicher und sachlicher Bezug zwischen dem Abschluss des Versicherungsvertrages und dem des Kreditvertrages besteht (PWW/Kessal-Wulf § 492 BGB Rdn. 7). Daran fehlt es hier eindeutig. Die Lebensversicherung wurde bereits am 1. August 1992 und damit mehr als ein Jahr vor den Darlehensverträgen vom 10. Dezember 1993 abgeschlossen. Am 1. August 1992 fehlte nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts jede Absicht der Parteien, einen Darlehensvertrag abzuschließen. Außerdem sollte die Beteiligung an dem Fonds ausdrücklich durch die bereits bestehende Lebensversicherung

finanziert werden. Ohne Erfolg beruft sich die Revision auf das Urteil des II. Zivilsenates vom 6. Dezember 2004 (II ZR 379/02, Umdruck S. 6/7). Auch nach dieser Entscheidung muss die vom Verbraucher zu unterzeichnende Erklärung nur dann die Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung angeben, wenn sie im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird. Abgesehen davon wäre ein Mangel des Darlehensvertrages entgegen der Ansicht der Revision durch die weisungsgemäße Auszahlung der Darlehensvaluta geheilt worden (§ 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG).

22 2. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht auch der Widerklage im Wesentlichen stattgegeben.

23 a) Der Beklagten stehen die geltend gemachten Ansprüche aus § 607 BGB a.F. zu, da die Darlehensverträge - wie dargelegt - rechtswirksam zustande gekommen sind und die Klägerin und der Drittwiderbeklagte ihre zu den Kreditverträgen führenden Willenserklärungen nicht wirksam widerrufen haben. Die fristlose Kündigung der Darlehensverträge hat das Berufungsgericht zu Recht - von der Revision unbeanstandet - als wirksam angesehen, obwohl die Beklagte der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten nicht, wie in § 12 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG vorgesehen, eine zweiwöchige Frist zur Zahlung der rückständigen Beträge verbunden mit der Erklärung gesetzt hat, dass sie bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange. Eine solche Nachfristsetzung mit einer Kündigungsandrohung ist sinnlos und deshalb entbehrlich, wenn sich der Darlehensnehmer - wie hier - ernsthaft und endgültig geweigert hat, auf das Darlehen weitere Leistungen zu erbringen. In einem solchen Fall wäre die Forderung, die Vorschrift des § 12 Abs. 1 Nr. 2

VerbrKrG einzuhalten, eine nutzlose, durch nichts zu rechtfertigende Förmerei (vgl. OLG Düsseldorf WM 1995, 1530, 1532; Bruchner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 81 Rdn. 218; Emmerich, in: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG 2. Aufl. § 12 Rdn. 51; a.A. MünchKomm/Habersack, BGB 4. Aufl. § 498 Rdn. 17; Bülow/Arzt, Verbraucherkreditrecht 6. Aufl. § 498 Rdn. 27).

24 b) Den Ansprüchen der Beklagten auf Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst Zinsen können die Klägerin und der Drittwiderbeklagte weder Einwendungen aus dem finanzierten Fondsbeitritt gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG, noch Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss entgegenhalten.

25 aa) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Klägerin und der Drittwiderbeklagte der Beklagten etwaige Einwendungen aus dem Erwerb der Fondsanteile nicht entgegensetzen können.

26 (1) Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, kommt ein Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG jedoch schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Vorschrift nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge, die - wovon nach den rechtsfehlerfreien, von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hier auszugehen ist - zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt worden sind, keine Anwendung findet. Dies gilt, wie der Senat in seinen erst nach Abfassung des Berufungsurteils ergangenen Urteilen vom 25. April

2006 (XI ZR 29/05, WM 2006, 1008, 1010, für BGHZ 167, 223 vorgesehen, und XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1065 f.), auf die Bezug genommen wird, ausführlich dargelegt hat, auch dann, wenn der Erwerber das Grundpfandrecht - wie hier - nicht selbst bestellt hat. Dabei spielt es angesichts der alleinigen Anknüpfung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG an die Verpflichtung zur Bestellung einer bestimmten Sicherheit entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Rolle, ob und in welchem Maße die Umstände denen eines "typischen Realkredites" entsprechen (Senat, Urteil vom 25. April 2006 - XI ZR 29/05, WM 2006, 1008, 1011, für BGHZ 167, 223 vorgesehen, und XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1066). An seiner abweichenden Rechtsprechung (BGHZ 159, 294, 307 f. sowie Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1540), auf die sich das Berufungsgericht gestützt hat, hält der II. Zivilsenat, wie er auf Anfrage mitgeteilt hat, nicht fest. Zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geben, wie der Senat in seinem Urteil vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1196 f., für BGHZ 168, 1 vorgesehen) näher ausgeführt hat, auch die Entscheidungen des EuGH vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 ff. - Schulte und WM 2005, 2086 ff. - Crailsheimer Volksbank) sowie europarechtliche Erwägungen keinen Anlass.

27 (2) Ungeachtet dessen, dass ein Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG hier schon wegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausscheidet, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt, dass der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten gegenüber der Beklagten keine Einwendungen aus dem Erwerb der Fondsanteile zustehen, weil sie für eine arglistige Täuschung keinen prozessordnungsgemäßen Beweis angeboten haben. Die Beklagte hat die Behauptung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten, der Vermittler habe sie damit geworben, die

Fondsbeteiligung schon nach wenigen Jahren mit Gewinn verkaufen zu können, mit Nichtwissen bestritten. Entgegen der Ansicht der Revision ist dieses Bestreiten der Beklagten nach § 138 Abs. 4 ZPO zulässig. Die behauptete Erklärung stammt nicht von der Beklagten und war auch nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung. Anders als die Revision meint, war die Beklagte auch nicht gehalten, sich bei dem Vermittler nach der behaupteten Erklärung zu erkundigen. Der Vermittler war weder Mitarbeiter der Beklagten, noch bestanden zu ihm rechtliche Beziehungen. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte ihn als ihren Verhandlungsgehilfen eingeschaltet hat. Für ihre danach als bestritten anzusehende Behauptung haben die Kläger und der Drittwiderbeklagte lediglich sich selbst als Zeugen benannt. Da beide im Rechtsstreit Partei sind, hat das Berufungsgericht ihre Einvernahme als Zeugen zu Recht abgelehnt. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte sind damit beweisfällig geblieben.

28 bb) Entgegen der Ansicht der Revision können die Klägerin und der Drittwiderbeklagte der Beklagten auch keine Schadensersatzansprüche aus c.i.c. wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht entsprechend den Grundsätzen des Urteils des Senats vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 f., für BGHZ 168, 1 vorgesehen) entgegenhalten.

29 (1) Nach dieser Entscheidung können sich die Anleger in Fällen des institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrich-

tige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts über das Anlageobjekt berufen. Die Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung wird widerleglich vermutet, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten Finanzierungsvermittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen (Senat, Urteil vom 16. Mai 2006, aaO S. 1200).

30 (2) Diese Voraussetzungen liegen hier schon deshalb nicht vor, weil das Berufungsgericht - wie dargelegt - im Zusammenhang mit der Erörterung eines möglichen Einwendungsdurchgriffs nach § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG das Bestehen von Einwendungen aus dem Erwerb der Fondsanteile ohne Rechtsfehler verneint hat, weil die Klägerin und der Drittwiderbeklagte eine arglistige Täuschung nicht bewiesen haben. Schon deshalb kommt ein direkter Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen der Verletzung einer eigenen Aufklärungspflicht über eine vom Vermittler begangene arglistige Täuschung nicht in Betracht. Unabhängig davon fehlt es entgegen der Auffassung der Revision bereits an ausreichendem Vorbringen zu einer arglistigen Täuschung durch evident unrichtige Angaben des Vermittlers. Hierzu ist erforderlich, dass sich die behauptete Täuschung durch Vorspiegeln oder Entstellen von Umständen auf objektiv nachprüf-

bare Angaben bezieht und nicht lediglich subjektive Werturteile oder marktschreierische Anpreisungen vermittelt werden (vgl. PWW/Ahrens, BGB § 123 Rdn. 5; MünchKomm/Kramer, BGB 5. Aufl. § 123 Rdn. 15; Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl. § 123 Rdn. 3). Ein die Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank auslösender konkreter Wissensvorsprung im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers setzt dem entsprechend konkrete, dem Beweis zugängliche unrichtige Angaben des Vermittlers, Verkäufers oder Fondsinitiators über das Anlageobjekt voraus (Senat, Urteil vom 19. September 2006 - XI ZR 209/04, Umbruck S. 12, für BGHZ vorgesehen).

31 Daran fehlt es hier nach dem insoweit revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vortrag der Klägerin. Bei der angeblichen, unbewiesenen Erklärung des Vermittlers, der Fondsanteil könne bereits nach wenigen Jahren mit Gewinn verkauft werden, handelt es sich um eine Prognose. Insoweit fehlt es vollständig an der Darlegung konkreter unrichtiger Angaben des Vermittlers zu den wertbildenden Faktoren des Immobilienfonds, welche objektiv nachprüfbar und einem Beweis zugänglich wären. Erst recht kann angesichts der allgemeinen Aussage des Vermittlers keine Rede davon sein, sie sei bereits damals objektiv so grob falsch gewesen, dass sich aufdrängt, die Beklagte habe sich der Kenntnis der angeblichen arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.

III.

32

Die Revision war daher zurückzuweisen.

Nobbe

Müller

Ellenberger

Schmitt

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Heidelberg, Entscheidung vom 07.12.2004 - 2 O 420/03 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 23.08.2005 - 17 U 7/05 -