



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 456/07

Verkündet am:
24. März 2009
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 123

HWiG § 1 Abs. 1 Nr. 1; § 2 Abs. 1 Satz 2 (Fassung: 16. Januar 1986)

- a) Eine Widerrufsbelehrung, nach der die Widerrufsfrist erst mit Eingang der vom Kreditnehmer unterzeichneten Vertragsurkunde bei der Bank zu laufen beginnen soll, vermittelt dem Kreditnehmer nicht mit hinreichender Klarheit die Kenntnis über den Fristbeginn.
- b) Es gibt keinen rechtlichen Obersatz des Inhalts, dass die Vermutung der Ursächlichkeit einer Haustürsituation für den späteren Abschluss eines Darlehensvertrages ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls bei einer Zeitspanne von drei Wochen zwischen Hausbesuch und Vertragsschluss entfällt.
- c) Zur Frage einer arglistigen Täuschung potentieller Fondsgesellschafter durch Gründungsgesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds und Vermittler der Fondsbeteiligung.

BGH, Urteil vom 24. März 2009 - XI ZR 456/07 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers und die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Ellenberger und Maihold

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 30. Juni 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen worden und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 8.238,66 € nebst Zinsen nur Zug um Zug gegen Übergabe einer schriftlichen Erklärung an die Beklagte, dass die Kläger ihren Gesellschaftsanteil an der G.

GbR Immobilien-Fonds Nr. abtreten, erfolgt ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger nehmen die Beklagte auf Rückzahlung der auf ein Darlehen geleisteten Zinszahlungen sowie Rückabtretung von Ansprüchen aus zwei Lebensversicherungsverträgen nebst Herausgabe der Versicherungsscheine in Anspruch und begehren Feststellung, dass der Beklagten keine weiteren Rechte aus dem Darlehensvertrag zustehen.

2 Die Kläger traten aufgrund notariell beurkundeter Eintrittserklärung vom 30. Juli 1996 der G. GbR

Immobilien-Fonds (nachfolgend: Fonds), als Gesellschafter mit einer Einlage in Höhe von 91.950 DM bei. Gründungsgesellschafter und Initiatoren des Fonds waren N.

und die von diesem gegründete W. Wohnungsbaugesellschaft mbH (nachfolgend: W.), deren Alleingeschäftsführer er war. Zur Finanzierung ihrer Beteiligung schlossen die Kläger mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (nachfolgend: Beklagte) am 29. Juli/4. September 1996 einen Darlehensvertrag über eine Darlehenssumme von 105.720 DM ab. Der Vertrag sah bei einem bis zum 1. Dezember 2005 festgeschriebenen Nominalzins von 7,1% jährlich lediglich monatliche Zinszahlungen der Kläger vor. Die Tilgung sollte erst am 1. Dezember 2015 erfolgen. Zu diesem Zweck schlossen die Kläger gleichzeitig zwei Lebensversicherungsverträge und traten ihre diesbezüglichen Ansprüche an die Beklagte ab. Ferner unterzeichneten sie eine von der Beklagten verfasste Widerrufserklärung, die unter anderem folgenden Inhalt hat:

"Der Lauf der Frist beginnt erst, wenn Ihnen diese Belehrung ausgehändigt worden ist, jedoch nicht bevor uns die von Ih-

nen unterschriebene Ausfertigung des Darlehensvertrages zugegangen ist. ...

Im Falle des Widerrufs kommen auch die mit dem Darlehen zu finanzierenden verbundenen Geschäfte (hier: Erwerb des GdbR-Anteils) nicht wirksam zustande."

- 3 In dem vorliegenden Rechtsstreit haben sich die Kläger unter anderem auf den Widerruf ihrer auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung berufen. In diesem Zusammenhang haben sie behauptet, der Zeuge R. von der für die W. und die Beklagte tätigen Vermittlungsgesellschaft habe sie zu einem nicht mehr bekannten Zeitpunkt vor dem 2. Juli 1996 in ihrer Wohnung aufgesucht, um Angelegenheiten bezüglich einer Versicherung zu klären. Anlässlich dieses Gesprächs habe ihnen R. die streitgegenständliche Beteiligung angeboten. Er habe sie in groben Zügen vorgestellt, weil zunächst habe ermittelt werden sollen, in welcher Höhe eine Beteiligung in Betracht komme. Am 23. Juli 1996 sei R. nach vorheriger telefonischer Ankündigung erneut in ihrer Wohnung erschienen und habe ihnen mitgeteilt, dass aufgrund ihres Einkommens ein Erwerb von drei Anteilen möglich sei, wofür sich der Finanzierungsaufwand auf insgesamt 105.720 DM belaufe. Erstmals in diesem Termin sei ihnen die Anlage erläutert, der Beitrittsantrag und die Selbstauskunft zur Unterschrift vorgelegt sowie erklärt worden, dass eine notarielle Beurkundung des Beitrittsangebotes erforderlich sei, deren Terminierung er, R., veranlassen werde. Am 29. Juli 1996 sei der Vermittler R. erneut in ihre Wohnung gekommen und habe ihnen den von der Beklagten vorbereiteten Darlehensvertrag zur Unterschrift vorgelegt.

4 Weiter haben die Kläger unter Beweisantritt, so unter Bezug auf Urkunden aus dem Strafverfahren gegen N. , der durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Stuttgart unter anderem wegen Betruges zum Nachteil der Anleger des hier in Rede stehenden Fonds zu einer Haftstrafe von sechs Jahren und neun Monaten verurteilt worden ist, weil er sie über die am 14. November 1996 eingetretene Zahlungsunfähigkeit der W. als Mietgarantin wahrheitswidrig nicht informiert hatte, vorgetragen: Sie seien durch unrichtige Angaben im Fondsprospekt über die Höhe der sogenannten weichen Kosten, die tatsächlich an die Vertriebsgesellschaft gezahlte Provision sowie über die drohende Insolvenz der Mietgarantin und damit über die Sicherheit der zu erzielenden Rendite arglistig getäuscht worden. Diese arglistige Täuschung müsse sich die Beklagte als finanzierende Bank zurechnen lassen. Zum einen habe sie positive Kenntnis von der Täuschung über die Höhe der Provision gehabt. Zum anderen liege ein verbundenes Geschäft vor, so dass die Beklagte auch aus diesem Grunde für täuschende Angaben hafte.

5 Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten, mit der diese eine Verurteilung zur Zahlung von 8.238,66 € überzahlter Zinsen gemäß der Neuberechnung der Teilzahlungsraten nach § 6 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG (in der Fassung vom 27. April 1993) wegen fehlender Gesamtbetragsangabe im Darlehensvertrag hingenommen hat, hat das Berufungsgericht die Verurteilung zur Zahlung in Höhe von 8.238,66 € nebst Zinsen nur Zug um Zug gegen Übergabe einer schriftlichen Erklärung an die Beklagte, dass die Kläger ihren Gesellschaftsanteil an der G.

GbR Immobilien-Fonds Nr. abtreten, ausgesprochen und im Übrigen die Klage abgewiesen.

6 Mit der - vom Senat zugelassenen - Revision begehren die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit dieses zum Nachteil der Kläger ergangen ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren erheblich, ausgeführt:

9 Die Kläger hätten den Darlehensvertrag nicht nach dem Haustürwiderrufsgesetz (Vorschriften des HWiG nachfolgend immer in der Fassung vom 16. Januar 1986) wirksam widerrufen. Der Widerruf des Darlehensvertrages nach dem Haustürwiderrufsgesetz sei allerdings nicht verfristet. Eine wirksame Belehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz sei nicht erfolgt. Die Belehrung vom 29. Juli 1996 enthalte entgegen § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG insoweit unzulässige Zusätze, als sie den Beginn der Widerrufsfrist betreffen und darüber hinaus sachlich unzutreffend seien. Der von den Klägern vorgetragene Sachverhalt trage jedoch nicht die Behauptung, sie seien durch die Haustürsituation zum Abschluss des Darlehensvertrages bestimmt worden. Die Indizwirkung für die Kausalität

einer Haustürsituation entfallende durch bloßen Zeitablauf und ohne Hinzutreten besonderer Umstände regelmäßig bei einem Abstand zwischen Haustürsituation und Vertragsabschluss von mehr als drei Wochen. Vorliegend lägen zwischen dem ersten Hausbesuch vor dem 2. Juli 1996 und der Unterzeichnung des Darlehensvertrages am 29. Juli 1996 zumindest vier Wochen. Es könne daher von einem Überraschungseffekt beim Abschluss des Darlehensvertrages nicht mehr ausgegangen werden. Zwar hätten die Kläger auch noch nach Ablauf von drei Wochen die Möglichkeit, eine gleichwohl bestehende Kausalität nachzuweisen. Sie hätten jedoch zum Anhalten der Überrumpelungssituation trotz des erheblichen Zeitablaufs keine näheren Ausführungen gemacht.

- 10 Die Kläger hätten auch keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte. Soweit sie in der Klageschrift ausgeführt hätten, ihnen stünden Schadensersatzansprüche gegen die Fondsiniiatoren wegen fehlerhafter Angaben im Prospekt zu, da diese über die Höhe der Mieteinnahmen und sogenannte weiche Kosten (Innenprovision) getäuscht hätten, könnten die Kläger diese Ansprüche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht der Beklagten als Kreditgeberin entgegenhalten. Ansprüche wegen arglistiger Täuschung des Vermittlers machten die Kläger nicht geltend. Soweit sie geltend gemacht hätten, die Beklagte habe bereits zum Zeitpunkt des Fondserwerbs im Juli 1996 Kenntnis davon haben müssen, dass die wirtschaftliche Situation des Mietgaranten sich verschlechtere und sich dessen Zahlungsunfähigkeit abzeichne, erhöhen sie Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte wegen Verletzung von eigenen Aufklärungs- und Beratungspflichten. Die Beklagte habe aber ausdrücklich im Darlehensvertrag zum Ausdruck gebracht, dass sie keine Überwachungs-, Beratungs- oder Betreuungsfunktion für den Darlehens-

nehmer wahrnehme. Die Kläger hätten auch keinen Anspruch gegen die Beklagte unter dem Aspekt eines Wissensvorsprungs über die Vermögenslosigkeit der Mietgarantin. Diesen Vortrag habe die Beklagte substantiiert bestritten und die Kläger hätten hierzu keinen weiteren Vortrag führen und keinen Beweis benennen können.

II.

11 Diese Ausführungen halten in wesentlichen Punkten rechtlicher
Nachprüfung nicht stand.

12 1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht einen Anspruch der
Kläger auf Rückabwicklung des Darlehensvertrages gemäß § 3 HWiG
verneint.

13 a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsge-
richts, dass der Widerruf der auf Abschluss des Darlehensvertrages ge-
richteten Willenserklärung der Kläger, der jedenfalls konkludent in der
Klageschrift vom 2. Februar 2005 erfolgt ist, nicht verfristet ist, weil die
Widerrufsfrist mangels einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung nicht
zu laufen begonnen hatte.

14 aa) Der mit dem Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG bezweckte
Schutz des Verbrauchers erfordert eine umfassende, unmissverständli-
che und für den Verbraucher eindeutige Belehrung (§ 2 Abs. 1 Satz 2
HWiG). Der Verbraucher soll dadurch nicht nur von seinem Widerrufs-
recht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, sein

Widerrufsrecht auszuüben. Er ist deshalb auch über den Beginn der Widerrufsfrist eindeutig zu informieren (Senatsurteil vom 13. Januar 2009 - XI ZR 118/08, WM 2009, 350, Tz. 14 m.w.N.). Nach diesen Maßstäben ist die den Klägern erteilte Widerrufsbelehrung unwirksam. Der verständige Kunde, auf dessen Sichtweise es für die Auslegung der Belehrung ankommt (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 2009 - XI ZR 118/08, WM 2009, 350, Tz. 16), kann den Beginn der Widerrufsfrist anhand der Belehrung nicht ermitteln. Denn nach dieser Belehrung beginnt die Frist entgegen § 2 Abs. 1 Satz 2 HWiG nicht mit Aushändigung der Belehrung, sondern erst dann, wenn die unterschriebene Ausfertigung des Darlehensvertrages der Beklagten zugegangen ist. Wann dies der Fall ist, entzieht sich der Kenntnis des Darlehensnehmers, der über interne Abläufe bei der Kreditgeberin nicht informiert ist.

15 bb) Da die Widerrufsbelehrung bereits aus diesem Grunde unwirksam ist, kommt es nicht mehr darauf an, ob die Annahme des Darlehensangebots seitens der Beklagten am 4. September 1996 nach den maßgeblichen Umständen des konkreten Falles, zu denen das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat, noch rechtzeitig im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB war (vgl. dazu Senatsurteile vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 324/06, WM 2008, 967, Tz. 38 ff. und vom 13. Januar 2009 - XI ZR 118/08, WM 2009, 350, Tz. 20 m.w.N.).

16 b) In mehrfacher Hinsicht rechtsfehlerhaft sind jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Kausalität der Haustürsituation für den Abschluss des Darlehensvertrages verneint hat.

17 aa) Ein Widerrufsrecht im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG setzt voraus, dass der Kunde durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung zu seiner späteren Vertragserklärung bestimmt worden ist. Dabei genügt eine Haustürsituation bei der Vertragsanbahnung, die für den späteren Vertragsschluss ursächlich ist. Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der mündlichen Verhandlung gemäß § 1 Abs. 1 HWiG und der Vertragserklärung ist nicht gefordert, indiziert aber die Ursächlichkeit der Haustürsituation für den späteren Vertragsschluss. Die Indizwirkung für die Kausalität nimmt allerdings mit zunehmendem zeitlichen Abstand ab und kann nach einer gewissen Zeit ganz entfallen (BGHZ 131, 385, 392; Senatsurteile vom 9. Mai 2006 - XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, Tz. 14 und vom 18. November 2008 - XI ZR 157/07, Tz. 22 m.w.N.). Ob sich der Darlehensnehmer auch bei einem größeren zeitlichen Abstand zwischen der mündlichen Verhandlung und dem Vertragsschluss durch einen Verstoß gegen § 1 HWiG in einer Lage befindet, in der er in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt ist (BGHZ 123, 380, 393 m.w.N.), ist eine Frage der Würdigung des Einzelfalls (st. Rspr. u.a. Senatsurteile vom 13. Juni 2006 - XI ZR 94/05, WM 2006, 1995, Tz. 15 und vom 18. November 2008 - XI ZR 157/07, Tz. 22 m.w.N.). Welcher Zeitraum hierfür erforderlich ist und welche Bedeutung möglicherweise auch anderen Umständen im Rahmen der Kausalitätsprüfung zukommt, ist Sache der tatrichterlichen Würdigung, die in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur beschränkt überprüft werden kann (Senatsurteile vom 9. Mai 2006 - XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, Tz. 14, vom 10. Juli 2007 - XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 11, vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 76/06, WM 2008, 292, Tz. 20 und vom 18. November 2008 - XI ZR 157/07, Tz. 22 m.w.N.).

18 bb) Gemessen an diesen Grundsätzen sind die Ausführungen des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft, da es eine Würdigung der konkreten Einzelfallumstände unterlassen und damit wesentlichen Sachverhalt außer Acht gelassen hat.

19 (1) Das Berufungsgericht ist von dem falschen Obersatz ausgegangen, bei einem Abstand von drei Wochen zwischen dem ersten Hausbesuch und dem Abschluss des Darlehensvertrages könne ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht mehr von einer Indizwirkung für die Kausalität der Haustürsituation ausgegangen werden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der erkennende Senat den Rechtssatz, dass die Indizwirkung für die Kausalität bei einem Abstand von drei Wochen zwischen Hausbesuch und Vertragsschluss ohne weitere Umstände generell entfällt, nicht aufgestellt. Er hat lediglich Berufungsurteile, in denen bei einem Abstand von drei Wochen und weiter hinzutretenden konkreten Umständen aufgrund einer Einzelfallwürdigung die Kausalität verneint worden ist, rechtlich nicht beanstandet, so beispielsweise, wenn zwischen der Haustürsituation und dem Abschluss des Darlehensvertrages eine notarielle Beurkundung des Treuhandangebotes erfolgt ist (vgl. Senatsurteil vom 13. Juni 2006 - XI ZR 94/05, WM 2006, 1995, Tz. 15). Konkrete Umstände, die dafür sprechen, dass die Indizwirkung der Ursächlichkeit der Haustürsituation für den späteren Vertragsschluss entfällt, hat das Berufungsgericht hier nicht festgestellt. Auf die notarielle Beglaubigung des Fondsbeitritts kann insoweit nicht abgestellt werden, da diese nach der Unterzeichnung des Darlehensvertrages durch die Kläger erfolgte.

- 20 (2) Ebenfalls rechtsfehlerhaft ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Kläger hätten keine konkreten Umstände für das Fortbestehen der Haustürsituation trotz des Zeitablaufs zwischen erstem Hausbesuch und der Unterschrift des Darlehensvertrages vorgetragen.
- 21 (a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass es dem Verbraucher bei Wegfall der Indizwirkung unbenommen ist, den Nachweis einer gleichwohl bestehenden Kausalität zu führen (Senatsurteile BGHZ 131, 385, 392 und vom 18. November 2008 - XI ZR 157/07, Tz. 22; jeweils m.w.N.).
- 22 (b) Die Kläger haben aber entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts mit Schriftsatz vom 19. September 2005 substantiiert und unter Beweisantritt vorgetragen, dass ihnen beim ersten Hausbesuch die Beteiligung lediglich grob vorgestellt worden sei, weil zunächst eine Berechnung ihrer Leistungsfähigkeit habe erfolgen sollen. Die konkrete Beteiligung einschließlich des von ihnen aufzubringenden Finanzierungsbeitrages in Höhe von 105.720 DM habe ihnen der Vermittler erst beim zweiten Hausbesuch am 23. Juli 1996 vorgestellt. Unterschrieben worden sei der Darlehensvertrag sodann erst bei einem dritten Hausbesuch am 29. Juli 1996.
- 23 Nach diesem Vortrag, der mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz zugunsten der Kläger als richtig zu unterstellen ist, war die Ansprache von R. vor dem 2. Juli 1996 noch sehr vage, eine Verhandlung fand noch gar nicht statt. Danach sind sie nicht bereits vor dem 2. Juli 1996 durch mündliche Verhandlungen in ihrer Wohnung zum Fondsbeitritt und zum Abschluss des

Finanzierungskredits im Sinne von § 1 Abs. 1 HWiG bestimmt worden. Erst beim zweiten Hausbesuch am 23. Juli 1996 fanden konkrete Verhandlungen in Bezug auf eine bestimmte Beteiligung und einen bestimmten Finanzierungsbedarf statt, die schließlich zur Unterzeichnung des Beitrittsantrages und der Selbstauskunft führten. Unter diesen Umständen kann die Indizwirkung für die Kausalität zwischen dem danach entscheidenden Hausbesuch vom 23. Juli 1996 und der Unterzeichnung des Darlehensvertrags am 29. Juli 1996 mangels Feststellungen des Berufungsgerichts zu konkreten kausalitätsunterbrechenden Umständen nicht verneint werden, da zwischen beiden Terminen lediglich sechs Tage lagen.

24 2. In mehrfacher Hinsicht rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch einen Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagte aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen verneint.

25 a) Bereits im Ansatz ist das Berufungsgericht unzutreffend davon ausgegangen, die Kläger hätten keinen substantiierten Vortrag über aufklärungspflichtige Umstände gehalten. Die Kläger haben mit Schriftsatz vom 19. September 2005 und mit Schriftsatz vom 14. März 2006 substantiiert und unter Beweisantritt vorgetragen, dass sie durch fehlerhafte Angaben im Fondsprospekt über die drohende Zahlungsunfähigkeit der Mietgarantin und damit über die Werthaltigkeit der Mietgarantie, über die weichen Kosten und über die tatsächliche Höhe der gezahlten Provision arglistig getäuscht worden sind.

26 aa) Nach den aus der Ermittlungsakte gegen N. stammenden Unterlagen, die die Kläger zu den Akten gereicht haben, drohte

spätestens ab Juni 1996 die Zahlungsunfähigkeit der Mietgarantin und damit ganz konkret eine Minderung der den Klägern noch im Juli 1996 versprochenen Ausschüttung in Höhe von 120 DM pro Monat und Anteil. Nach dem Bericht des Konkursverwalters Dr. H. vom 16. Dezember 1997 brach der Umsatz der W. bereits ab 1995 erheblich ein. Gleichzeitig erhöhte sich das durch die für die verschiedenen Fonds übernommene Risiko der W., als Mietgarantin zahlen zu müssen, erheblich, weil ab 1995 Vermietungen oftmals nur noch dadurch erreicht werden konnten, dass Preisnachlässe bis zu 20%, im Durchschnitt über 10%, gewährt wurden. Wegen Leerständen und erheblich geringeren Einnahmen aus den tatsächlich vermieteten Flächen summierten sich die Garantieverpflichtungen auf Millionenbeträge. Nach den Feststellungen im Strafurteil gegen N. bestand bereits Ende Mai 1996 ein Rechnungsstau aus dem Monat April in Höhe von 6,3 Millionen DM, wovon 1,4 Millionen DM bereits mehrfach angemahnt worden waren. Aufgrund der schlechten Ertragslage drohte der W. daher spätestens seit Mitte/Ende Juni 1996 die Zahlungsunfähigkeit.

27 Nach diesem Vortrag, der wiederum mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz zugunsten der Kläger als richtig zu unterstellen ist, sind die Anleger über die Sicherheit der im Fondsprospekt versprochenen Mieteinnahmen und damit über die erzielbare Rendite arglistig getäuscht worden. Auch wenn im Prospekt der Hinweis enthalten ist, dass die Garantiezahlungen von der Bonität der Mietgarantin abhängen, so mussten die Kläger darüber aufgeklärt werden, dass die Insolvenz der Mietgarantin nicht nur eine theoretisch denkbare Möglichkeit war, sondern bereits ganz konkret bevorstand. Hinzu kommt, dass nach den vorgelegten Unterlagen die Vermietungssi-

29 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind aber in einem Prospekt, mit dem Anteile an geschlossenen Immobilienfonds vertrieben werden, die sogenannten weichen Kosten zutreffend und klar auszuweisen, damit der potentielle Anleger erkennen kann, in welchem Umfang die von ihm eingezahlten Einlagemittel nicht in das Anlageobjekt fließen, sondern für Aufwendungen außerhalb der Anschaffungs- und Herstellungskosten verwendet werden, weil hierdurch die Rentabilität der Anlage gemindert wird (vgl. BGH, Urteile vom 1. März 2004 - II ZR 88/02, WM 2004, 928, 930 und vom 6. Februar 2006 - II ZR 329/04, WM 2006, 905, 906).

30 cc) Zudem haben die Kläger unter Vorlage des Vernehmungsprotokolls vom 9. Juli 2004 über die Vernehmung des Zeugen N.

im Verfahren 8 O 361/02 des Landgerichts Berlin, der polizeilichen Vernehmungsprotokolle über die Vernehmung des Zeugen K. vom 4. April 2000 und der Zeugin E. vom 15. April 1999, einer Aktennotiz des neben N. strafrechtlich Verurteilten S. vom 26. November 1992 sowie der Zahlungsanweisungen aus den Prospekten der W. -Fonds 17 und 18 substantiiert dargelegt, dass bei gleich bleibendem Gesamtaufwand der Anleger die von diesen bis Mitte 1990 zu zahlende einheitliche Vertriebsprovision in Höhe 5.250 DM ab Ende 1990 in zwei Provisionen in Höhe von 3.411 DM und 1.839 DM aufgespalten, aber weiterhin in voller Höhe an die Vertriebsgesellschaft gezahlt wurde. 1.839 DM wurden als Vertriebskosten im Prospekt angegeben; 3.411 DM wurden dagegen auf die Kosten für den Grunderwerb aufgeschlagen, die sich dadurch von 22.583 DM auf 25.994 DM erhöhten. Da dieses System auch beim streitgegenständlichen Fonds prakti-

ziert wurde, sind die Kläger mithin über die Höhe der tatsächlich gezahlten Vertriebsprovisionen arglistig getäuscht worden.

31 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Angaben in einem Fondsprospekt über Vertriebsprovisionen zutreffend sein. Enthält ein Prospekt konkrete Angaben zu Provisionen, die für bestimmte Zwecke anfallen, muss der Anleger nicht damit rechnen, dass zu Lasten der Einlagen weitere Provisionen für diese Zwecke gezahlt werden und dadurch die Werthaltigkeit des Fondsanteils geringer ist, als den prospektierten Angaben zu entnehmen ist (vgl. BGHZ 158, 110, 121 f., BGH, Urteile vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, WM 2007, 873, Tz. 8 f.; vom 10. Juli 2007 - XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 15 und vom 6. November 2008 - III ZR 231/07, WM 2008, 2355, Tz. 9).

32 b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts können die Kläger der Beklagten entgegenhalten, dass sie von den Gründungsgesellschaftern und Initiatoren des Fonds, N. und W. , arglistig getäuscht worden sind.

33 aa) Im Ausgangspunkt zutreffend ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, dass allein unter dem Gesichtspunkt eines verbundenen Geschäfts im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG (in der Fassung vom 17. Dezember 1990), dessen Vorliegen das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Revisionserwiderung nicht angegriffen festgestellt hat (vgl. auch Senatsurteile BGHZ 167, 252, Tz. 15; vom 21. November 2006 - XI ZR 347/05, WM 2007, 200, Tz. 16; vom 5. Juni 2007 - XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, Tz. 15; vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 324/06, WM 2008, 967, Tz. 22 ff. und vom 1. Juli 2008 - XI ZR 411/06, WM 2008,

1596, Tz. 18), die Beklagte ohne das Hinzutreten weiterer, ihr zurechenbarer Umstände, nicht für Ansprüche der Kläger gegen Fondsinitiatoren, Gründungsgesellschafter oder sonstige Prospektverantwortliche wegen einer arglistigen Täuschung durch falsche Angaben im Vertriebsprospekt einzustehen hat. Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 167, 239, Tz. 28 und Urteil vom 21. November 2006 - XI ZR 347/05, WM 2007, 200, Tz. 22 m.w.N.) kann ein Anleger sich wegen Ansprüchen gegen Fondsinitiatoren, die nicht Vertragspartei des finanzierten Geschäfts sind, nicht auf § 9 VerbrKrG berufen, weil es an dem insofern erforderlichen Finanzierungszusammenhang fehlt.

34 bb) Die Revision beanstandet aber zu Recht, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten aus einem eigenen Aufklärungsver schulden nicht geprüft hat.

35 (1) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerb ermodellen oder Immobilienfondsanteilen zur Risikoauflärung über das finanzierte Geschäft dann verpflichtet, wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann. Ein solcher Wissensvorsprung liegt vor, wenn die Bank positive Kenntnis davon hat, dass der Kreditnehmer von seinem Geschäftspartner oder durch den Fondsprospekt über das finanzierte Geschäft arglistig getäuscht wurde (st. Rspr., u.a. Senatsurteile vom 18. Januar 2005 - XI ZR 201/03, WM 2005, 375, 377; vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 205/05, WM 2007, 114, Tz. 16; vom 24. April 2007 - XI ZR 340/05, WM 2007, 1257, Tz. 39 und vom 10. Juli 2007 - XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 14). So liegt der Fall nach dem

von den Klägern vorgelegten Protokoll über die Vernehmung des Zeugen N. am 9. Juli 2004 im Verfahren 8 O 361/02 vor dem Landgericht Berlin auch hier. Nach den Angaben des Zeugen N. war den beteiligten Banken bekannt, dass eine Vertriebsprovision von über 6% hinaus gezahlt worden ist.

36 (2) Ferner wird nach der neueren Rechtsprechung des Senats in Fällen institutionalisierten Zusammenwirkens von Fondsinitiatoren bzw. Gründungsgesellschaftern und finanzierender Bank widerleglich vermutet, dass die Bank Kenntnis von der arglistigen Täuschung durch die Fondsinitiatoren hat, wenn evident grob falsche Angaben im Prospekt enthalten sind (Senatsurteile BGHZ 168, 1, Tz. 51 ff.; vom 21. November 2006 – XI ZR 347/05, WM 2007, 200, Tz. 29 und vom 10. Juli 2007 - XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 17 m.w.N.).

37 Nach dem in der Revisionsinstanz wiederum zugrunde zu legenden Klägervortrag ist hier von einem institutionalisierten Zusammenwirken auszugehen. Die Kläger haben sich hierzu auf das Zeugnis des Fondsinitiators und Geschäftsführers der W. berufen und unter Vorlage eines Rahmenvertrages zum W. -Fonds 36 und des Konkursberichts des Konkursverwalters Dr. H. vom 16. Dezember 1997 eine enge planmäßige Zusammenarbeit der Beklagten mit der W. behauptet. Allein der Rahmenvertrag, wenn er so oder ähnlich auch bei dem streitgegenständlichen Fonds Geltung hatte, ist ausreichend, ein institutionalisiertes Zusammenwirken der W. und der Beklagten zu belegen. Ebenso genügt die planmäßig übernommene Finanzierung einer Vielzahl von Anlegern, die nicht von sich aus mit einem Kreditwunsch an die Beklagte herangetreten sind, sondern denen - wie hier den Klägern - vom Vertrieb

neben den Fondsunterlagen auch die Finanzierungsunterlagen vorgelegt wurden (vgl. ebenfalls zu einem W. -Fonds Senatsurteil vom 10. Juli 2007 - XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 17).

38 c) Ebenfalls rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, dass von den Klägern eine arglistige Täuschung durch den Vermittler R. nicht geltend gemacht werde. Zwar haben sich die Kläger auf unrichtige Angaben im Prospekt bezogen; hierin liegt aber erkennbar zugleich der Vortrag, dass sie von dem Vermittler, der sie unter Verwendung dieses Prospektes geworben hat, über die wesentlichen Angaben, die falsch im Prospekt dargestellt sind und deren Unrichtigkeit er kannte, auch getäuscht worden sind. Eine solche Täuschung kommt nach dem Klägervortrag in Bezug auf die Höhe der Provision in Betracht. Die von der W. eingeschaltete Vermittlungsgesellschaft hatte positive Kenntnis davon, dass die im Prospekt ausgewiesenen Provisionsangaben unrichtig waren, wenn sie selbst eine höhere als die ausgewiesene Provision erhalten hat. Gleiches gilt für den Vermittler R., wenn er persönlich mehr als die ausgewiesenen 1.839 DM bezogen hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, WM 2007, 873, Tz. 8). Nach dem Klägervortrag ist daher auch wegen einer von der Vertriebsgesellschaft oder ihrem Mitarbeiter im Kontext eines verbundenen Geschäfts begangenen arglistigen Täuschung ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten gegeben (vgl. Senatsurteile BGHZ 167, 239, Tz. 29 f. und vom 5. Juni 2007 - XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, Tz. 14).

III.

39 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Soweit das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung und Entscheidung zu dem Ergebnis kommen sollte, dass es lediglich bei der von ihm ausgesprochenen und von der Beklagten nicht angegriffenen Verurteilung zur Rückzahlung überzahlter Zinsen verbleibt, wird es zu beachten haben, dass insofern eine Zug um Zug Verurteilung - wie im angegriffenen Urteil

ausgesprochen - nicht in Betracht kommt, weil der Beklagten wegen der Rückzahlung überzahlter Zinsen (§ 6 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG, § 812 BGB) kein Zurückbehaltungsrecht in Bezug auf die Fondsanteile der Kläger zusteht.

Wiechers

Müller

Joeres

Ellenberger

Maihold

Vorinstanzen:

LG Karlsruhe, Entscheidung vom 23.12.2005 - 5 O 60/05 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 30.06.2006 - 17 U 31/06 -