



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 306/10

Verkündet am:
5. Juli 2011
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 27. Juli 2010 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger nehmen die beklagte Bank auf Schadensersatz wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Finanzierung eines Hotelappartements in Anspruch.
- 2 Im Dezember 1991 wurden die Kläger durch eine Zeitungsannonce der I. GmbH (im Folgenden: Vermittlerin) geworben, zwecks Steuerersparnis ein Hotelappartement in G. zu erwerben.
- 3 Im Verkaufsprospekt, der den Klägern auf ihre Anfrage hin übersandt wurde, werden in einem Berechnungsbeispiel bezogen auf ein Hotelapparte-

ment mit einer Wohnfläche von 23,37 qm die Mieteinnahmen für das Jahr 1992 mit 1.343 DM, für das Jahr 1993 mit 7.911 DM und für das Jahr 1994 mit 8.914 DM angegeben. Unter der Überschrift "Grundlagen der Ertragsrechnung" wird darauf hingewiesen, dass die der Ertragsrechnung zugrunde gelegten Preise "absolut marktgerecht" sind. In den "Allgemeinen Hinweisen" zum Berechnungsbeispiel heißt es: "Die in der Spalte Mieteinnahmen aufgeführten Werte basieren auf Erfahrung und Betriebsvergleichen. Die angegebenen Werte können sowohl unter- als auch überschritten werden."

4 Auf Grundlage dieses Prospektes unterbreiteten die Kläger am 17. Dezember 1991 der S. GmbH (im Folgenden: Treuhänderin) ein notariell beurkundetes Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages betreffend den Erwerb des Hotelappartements Nr. im Haus Nr. mit einer Wohnfläche von 24,35 qm. Zugleich erteilten sie der Treuhänderin, die keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß, eine umfassende Vollmacht, sie in allen Angelegenheiten zu vertreten, die mit dem Erwerb "auch nur im weitesten Sinne" in Zusammenhang stehen. Hierzu sollten ausweislich des Treuhandvertrages insbesondere auch die Gründung einer Hotelbetriebsgesellschaft zwischen den künftigen Eigentümern, der Abschluss eines Mietvertrages mit dieser Gesellschaft und die Aufnahme von Zwischen- und Endfinanzierungsdarlehen einschließlich der Belastung des Kaufgegenstandes mit Grundpfandrechten und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung gehören. Die Treuhänderin nahm das Angebot der Kläger an und schloss am 27. Dezember 1991 in deren Namen mit der B. GmbH (im Folgenden: Verkäuferin) einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über das Hotelappartement zu einem Kaufpreis von 119.000 DM (= 60.843,73 €).

5 Im Februar 1992 schloss die Treuhänderin im Namen der Kläger mit der Beklagten zur Zwischenfinanzierung des Erwerbs einen Darlehensvertrag in

Höhe von 112.000 DM. Mit Schreiben vom 19. Februar 1992 wandte sich die Beklagte an die Kläger und bat sie darum, "ihr Einverständnis mit dem Darlehensvertrag und der Kontoeröffnung ... durch Unterzeichnung und Rücksendung" des Schreibens zu erklären. Die Beklagte wies die Kläger darauf hin, dass sie andernfalls den Darlehensantrag nicht annehmen bzw. die Kreditmittel nicht auszahlen werde. Am 29. Februar 1992 erklärten sich die Kläger durch Unterzeichnung dieses Schreibens "Mit o. g. Darlehensvertrag sowie der Kontoeröffnung einverstanden". Das durch eine Grundschuld auf dem zu finanzierenden Hotelappartement besicherte Zwischenfinanzierungsdarlehen wurde daraufhin ausgereicht und durch die Kläger am 22. September 1992 vollständig zurückgeführt.

6 Die Mieteinnahmen aus dem Hotelappartement blieben deutlich hinter der Prognose zurück. In dreizehn Jahren erzielten die Kläger insgesamt Mieteinnahmen in Höhe von lediglich 5.807,37 €.

7 Die Kläger begehren Schadensersatz wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung mit dem Ziel, so gestellt zu werden, als seien der Kaufvertrag und das Zwischenfinanzierungsdarlehen nicht abgeschlossen worden. Gestützt auf einen aufklärungspflichtigen Wissensvorsprung der Beklagten hinsichtlich der erzielbaren Mieten verlangen die Kläger - unter Anrechnung erzielter Mieterträge - Ersatz für den geleisteten Kaufpreis und für die auf das Zwischenfinanzierungsdarlehen erbrachten Zinszahlungen Zug um Zug gegen Übertragung des Hotelapparments. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht der Klage in Höhe von 81.489,02 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Anwaltskosten stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

9 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in WM 2010, 1834 ff. veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Die Beklagte schulde den Klägern Schadensersatz wegen eines aufklärungspflichtigen Wissensvorsprungs über eine arglistige Täuschung des Vertriebs hinsichtlich der erzielbaren Mieten.

11 Die gravierende Abweichung des prospektierten vom tatsächlichen Mietertrag verlasse jeden denkbaren Prognosespielraum so deutlich, dass sich die Prospektangabe als objektiv grob falsch darstelle. Dies begründe auch einen Prospektfehler, weil der Prognose entgegen den Versprechungen des Prospekts weder eine Marktbeobachtung oder -analyse noch eine betriebswirtschaftliche Auswertung vergleichbarer Objekte zugrunde gelegen habe. Vielmehr seien die Mieterträge abweichend von den Vorschlägen der Betreiberin der Anlage ausschließlich auf Veranlassung des Vertriebs mit dem Ziel aufgenommen worden, hierdurch den Abverkauf der Anteile zu beschleunigen, ohne dass auch nur ansatzweise eine betriebswirtschaftliche Fundierung der Ertragsangaben festzustellen sei. Entgegen der im Prospekt enthaltenen Behauptung, die Erträge beruhten auf Erfahrungen und Betriebsvergleichen, seien beliebig gegriffene Zahlen ausschließlich mit dem Ziel aufgenommen worden, die Veräußerbarkeit der Anlage zu erhöhen.

- 12 All dies sei der Beklagten positiv bekannt gewesen, denn an der maßgeblichen Besprechung im Herbst 1991, bei der die in den Prospekt aufzunehmenden Beispielrechnungen besprochen worden seien, habe der Leiter der Kreditabteilung der Beklagten teilgenommen. Den zuständigen Vertretern der Beklagten sei daher bekannt gewesen, dass der Vertrieb mit einer arglistigen Täuschung an die künftigen Erwerbsinteressenten herantreten werde. Es komme folglich nicht mehr darauf an, dass den Klägern eine Beweiserleichterung hinsichtlich des Wissensvorsprungs der Beklagten zustehe, weil diese mit dem Vertrieb in institutionalisierter Art und Weise zusammengewirkt habe und die Unrichtigkeit der Prospektangaben evident sei.
- 13 Der Anspruch der Kläger sei auch nicht verjährt. Zum Zeitpunkt der Klageeinreichung am 12. Januar 2007 sei die gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB frühestens ab dem 1. Januar 2002 laufende dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB noch nicht abgelaufen gewesen. Die Beklagte habe bis zum 31. März 2006 auf die Einrede der Verjährung verzichtet, so dass gemäß § 203 Satz 2 BGB Verjährung frühestens ab dem 30. Juni 2006 eintreten können. Vor diesem Zeitpunkt sei die Verjährung indessen erneut durch Verhandlungen im Sinne des § 203 Satz 1 BGB gehemmt worden, die seitens der Beklagten erst mit Schreiben vom 18. Oktober 2006 abgeschlossen worden seien. Innerhalb der Dreimonatsfrist des § 203 Satz 2 BGB, die durch dieses Schreiben erneut ausgelöst worden sei, sei die Klage erhoben und am 12. Februar 2007 demnächst zugestellt worden. Es komme daher nicht mehr darauf an, dass hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns Vortrag der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten fehle. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Kläger gemäß ihrem Vortrag erst im Jahr 2004 Kenntnis von den ihren Anspruch begründenden Umständen und der Person der Schuldnerin erlangt hätten. Entgegen der Auffassung der Beklagten reiche es für die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns nicht aus, dass die

prognostizierten Mieterträge schon in den 1990er Jahren nicht erreicht worden seien und dass für die Kläger aufgrund der Genehmigungsaufforderung vom 19. Februar 1992 erkennbar gewesen sei, dass die einheitlich angebotene Zwischenfinanzierung von der Beklagten übernommen worden sei.

14 Den Klägern könne auch nicht gemäß § 166 Abs. 1 BGB entgegengehalten werden, dass dem Geschäftsführer der Treuhänderin die in Rede stehende arglistige Täuschung von Anfang an bekannt gewesen sei, weil dieser an der maßgeblichen Besprechung im Herbst 1991 teilgenommen habe. Die Treuhänderin stehe im Rahmen ihres kollusiven Zusammenwirkens mit dem Vertrieb und der Beklagten nicht im Lager der Kläger, sondern in dem der Beklagten. Würde bei Kapitalanlagemodellen, die sich gerade dadurch auszeichneten, dass mehrere den Anlegern gegenüberstehende Beteiligte institutionalisiert zusammenwirkten, aufgrund der umfassenden Kenntnis des Vertreters eine arglistige Täuschung im Rahmen des aufklärungspflichtigen Wissensvorsprungs verneint, wäre für die Mehrzahl der Fälle die Haftung des institutionalisiert Zusammenwirkenden praktisch ausgeschlossen. § 166 Abs. 1 BGB komme daher im Rahmen institutionalisierten Zusammenwirkens nicht zur Anwendung. Hieran ändere auch die klägerseits erfolgte Genehmigung des Darlehensvertrages nichts, weil sich diese nicht auf die Zurechnung von Wissen beziehe, das der Treuhänder im Rahmen des institutionalisierten Zusammenwirkens erworben habe und das, wäre es bei den Klägern vorhanden gewesen, diese vom Vertragsschluss abgehalten hätte.

15 Der Anspruch der Kläger sei auch nicht verwirkt. Soweit sich die Beklagte darauf berufe, den Schriftverkehr mit den Klägern nach Ablauf der sechsjährigen handelsrechtlichen Aufbewahrungsfrist (§ 257 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 HGB) vernichtet zu haben, schaffe dies nicht das für die Verwirkung erforderliche Umstandsmoment. Die Vernichtung der Unterlagen habe nach der Darstellung der

Beklagten zu einem Zeitpunkt stattgefunden, als ein Ablauf der damals noch geltenden dreißigjährigen Verjährungsfrist (§ 195 BGB aF) nicht abzusehen gewesen sei, so dass die Beklagte noch damit habe rechnen müssen, auf die Unterlagen zurückgreifen zu müssen.

II.

16 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

17 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Kläger aus vorvertraglichem Aufklärungsverschulden wegen eines aufklärungspflichtigen Wissensvorsprungs bejaht.

18 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbmodellen dann zur Risikoaufklärung verpflichtet, wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des zu finanzierenden Vorhabens gegenüber dem Darlehensnehmer einen konkreten Wissensvorsprung hat und dies auch erkennen kann (vgl. nur Senatsurteile vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 41, vom 24. November 2009 - XI ZR 260/08, WM 2010, 34 Rn. 30 und vom 21. September 2010 - XI ZR 232/09, WM 2010, 2069 Rn. 17 mwN). 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. des Senats, siehe etwa Urteile vom 29. Juni 2010 - XI ZR 104/08, BGHZ 186, 96 Rn. 20, vom 21. September 2010 - XI ZR 232/09, WM 2010, 2069 Rn. 17 und vom 11. Januar 2011 - XI ZR 220/08, WM 2011, 309 Rn. 9).

19 b) Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Be-
klagte wegen eines konkreten Wissensvorsprungs im Hinblick auf die prospek-
tierten Mieterträge gegenüber den Klägern aufklärungspflichtig war.

20 aa) Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht in Zweifel gezogen hat
das Berufungsgericht angenommen, dass die Kläger im Hinblick auf die Anga-
ben im Verkaufsprospekt zu den erzielbaren Mieterträgen durch den Vertrieb
arglistig getäuscht worden sind, weil die überhöht angesetzten Werte entgegen
der Darstellung im Verkaufsprospekt nicht auf Erfahrungswerten und Betriebs-
vergleichen beruhen, sondern allein im Interesse der besseren Veräußerbarkeit
ohne betriebswirtschaftliche Fundierung "ins Blaue hinein" gemacht worden
sind (vgl. Senatsurteil vom 6. November 2007 - XI ZR 322/03, WM 2008, 115
Rn. 47, 49 sowie BGH, Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09, WM 2010, 1310
Rn. 11 f.).

21 bb) Nach den ebenfalls rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Feststellungen
des Berufungsgerichts war der Beklagten aufgrund ihrer Teilnahme an der
maßgeblichen Besprechung im Herbst 1991 die fehlende betriebswirtschaftliche
Fundierung der prospektierten Mieterträge und die dahingehende arglistige
Täuschung der Erwerbsinteressenten durch den Vertrieb bekannt. Die hierge-
gen von der Revision erhobenen Rügen hat der Senat geprüft, jedoch nicht für
durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

22 cc) Weiter macht die Revision geltend, die Beklagte habe insoweit keinen
aufklärungspflichtigen Wissensvorsprung gegenüber den Klägern gehabt, weil
an der maßgeblichen Besprechung auch der Geschäftsführer der Treuhänderin
teilgenommen habe, dessen Wissen den Klägern nach § 166 Abs. 1 BGB zuzu-
rechnen sei. Damit bleibt sie ohne Erfolg.

23 Das Berufungsgericht hat - ohne dies allerdings zu erörtern - zur Begründung eines aufklärungspflichtigen Wissensvorsprungs der Beklagten zu Recht auf die Unkenntnis der Kläger und deren Aufklärungsbedürftigkeit abgestellt. Eine Zurechnung des Wissens der Treuhänderin in direkter Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB scheidet hier schon deshalb aus, weil es im vorliegenden Fall nicht um die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung, sondern um die Begründung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht geht. Zwar beurteilen sich auch die Aufklärungspflichten einer Bank im Falle der Vertretung des Anlegers grundsätzlich nicht nach dessen Kenntnissen und Erfahrungen, sondern nach den Kenntnissen und Erfahrungen seines Bevollmächtigten (für den Wertpapierhandel: Senatsurteil vom 8. Mai 2001 - XI ZR 192/00, BGHZ 147, 343, 353 mwN; Hannover in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 110 Rn. 39; allgemein: Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 166 Rn. 4). Da der Bevollmächtigte die (Anlage-)Entscheidung trifft, ist maßgeblich, ob ihm gegenüber ein Informationsgefälle besteht, das die Bank durch eine entsprechende Aufklärung auszugleichen hat.

24 (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handelt eine Bank jedoch treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sie sich als Vertragspartner auf die Zurechnung eines Vertreterwissens beruft, obwohl sie damit rechnen musste, dass der Vertreter sein Wissen von einer arglistigen Täuschung dem Vertretenen - hier der Zeuge S. den Klägern - vorenthalten würde (für vergleichbare Sachverhalte: BGH, Urteile vom 24. April 1972 - II ZR 153/69, WM 1972, 1380, 1381 und vom 27. Februar 2008 - IV ZR 270/06, juris Rn. 12 f.; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 166 Rn. 4 mwN). So liegt der Fall auch hier. Der Beklagten war nach den rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts aufgrund der Teilnahme ihres Kreditabteilungsleiters an der Besprechung im Herbst 1991, in der die in den Prospekt aufzunehmenden Beispielrechnungen mit dem Vertrieb besprochen wurden, positiv bekannt, dass

der Vertrieb diesbezüglich mit einer arglistigen Täuschung an Erwerbsinteressenten wie die Kläger herantreten würde und die Treuhänderin hiervon gleichfalls Kenntnis hatte.

25 (2) Hinzu kommt, dass die Beklagte vorliegend die Treuhänderin nicht als alleinigen Entscheidungsträger anerkannt hat, sondern nur dann bereit war, die Kreditmittel auf das Darlehenskonto auszuzahlen, wenn zuvor die Kläger ausdrücklich ihr "Einverständnis" mit dem Darlehensvertrag und der Kontoeröffnung erklären. Auch wegen dieses Verhaltens ist es der Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich für den Inhalt und Umfang ihrer vorvertraglichen Aufklärungspflichten auf die Kenntnis der Treuhänderin zu berufen, denn sie setzt sich damit zu ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch. Indem sie die Durchführung des Vertrages vom Einverständnis der Kläger abhängig machte, war auch ein konkreter Wissensvorsprung, der nur den Klägern und nicht auch der Treuhänderin gegenüber bestand, aufklärungspflichtig. Nur so konnten die Kläger eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen, ob sie dem Vertragsschluss zustimmen.

26 dd) Danach kommt es nicht darauf an, ob sich die Revision mit Erfolg dagegen wendet, dass das Berufungsgericht ein kollusives Zusammenwirken des Vertriebs, der Beklagten und der Treuhänderin mit deren Geschäftsführer, dem Zeugen S. , angenommen hat.

27 2. Entgegen der Auffassung der Revision ist dem Berufungsgericht auch darin zu folgen, dass der im Jahr 1992 entstandene Schadensersatzanspruch der Kläger nicht verjährt ist.

28 a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss seit dem 1. Januar 2002 der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB unterliegen und dass

diese Verjährungsfrist nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB ab dem 1. Januar 2002 zu berechnen ist, wenn zu diesem Zeitpunkt zusätzlich die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen (Senatsurteile vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 19 ff., vom 20. Januar 2009 - XI ZR 504/07, BGHZ 179, 260 Rn. 46 und vom 23. Juni 2009 - XI ZR 171/08, BKR 2009, 372 Rn. 11, jeweils mwN).

29 b) Das Berufungsgericht hat - von der Revision nicht angegriffen - festgestellt, dass die Kläger selbst erst im Laufe des Jahres 2004 von der arglistigen Täuschung und dem aufklärungspflichtigen Wissensvorsprung der Beklagten Kenntnis erlangt haben. Rechtsfehlerfrei hat es den dahingehenden Vortrag der Kläger zugrunde gelegt, weil die Beklagte, die als Schuldnerin die Darlehens- und Beweislast für den Beginn und den Ablauf der Verjährung und damit die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis der Kläger gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB trägt (Senatsurteile vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 32, vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346 Rn. 25 und vom 23. Juni 2009 - XI ZR 171/08, BKR 2009, 372 Rn. 27), dem nicht substantiiert entgegengetreten ist.

30 In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Verjährung in den Fällen, in denen sich die Gläubiger - wie hier die Kläger - auf einen aufklärungspflichtigen Wissensvorsprung im Hinblick auf eine arglistige Täuschung durch den Vertrieber berufen, nur dann zu laufen beginnt, wenn sie sowohl Umstände gekannt haben oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt haben, aus denen sich ergibt, dass sie im Zusammenhang mit dem Erwerb der Wohnung arglistig getäuscht worden sind, als auch Umstände, die den Schluss auf einen insoweit bestehenden Wissensvorsprung der finanzierenden Bank zulassen (vgl. Senatsurteile vom

27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, WM 2008, 1260 Rn. 34 und vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346 Rn. 30).

31 Zu beiden Punkten hat die darlegungspflichtige Beklagte keinen ausreichenden Vortrag gehalten. Das Auseinanderfallen von versprochenen und erzielten Mieterträgen in den 1990er Jahren ist - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat - für die Frage der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis der Kläger von der arglistigen Täuschung schon deshalb nicht aussagekräftig, weil die Ursache dafür offen bleibt. Es hätte daher eines Vortrages der Beklagten dazu bedurft, dass den Klägern bereits vor dem Jahr 2002 bekannt war oder ohne nennenswerte Mühe hätte bekannt sein können, dass diese Differenz ihre Ursache in einer arglistigen Täuschung über die erzielbare Miete hatte (vgl. Senatsurteile vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346 Rn. 31 und vom 23. Juni 2009 - XI ZR 171/08, BKR 2009, 372 Rn. 23). Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kenntnis allein davon, dass die Beklagte die Zwischenfinanzierung übernommen hat, lasse nicht den Schluss darauf zu, dass sie von der arglistigen Täuschung gewusst habe und daher als Ersatzpflichtige in Betracht komme, ist aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

32 c) Anders als die Revision meint, waren die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB am 1. Januar 2002 nicht deshalb gegeben, weil die Treuhänderin aufgrund ihrer Teilnahme an der maßgeblichen Besprechung im Herbst 1991 die arglistige Täuschung durch den Vertrieb und den dahingehenden Wissensvorsprung der Beklagten kannte. Dieses Wissen ist den Klägern nicht zuzurechnen.

33 aa) Grundsätzlich müssen die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB in der Person des Gläubigers vorliegen (Senatsurteil vom

23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 35 mwN). Gemäß den zu § 852 Abs. 1 BGB aF entwickelten Rechtsgrundsätzen genügt allerdings nach dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB auch die Kenntnis eines "Wissensvertreters". So muss der Gläubiger, der einen Dritten mit der Tatsachenermittlung gerade zur Durchsetzung oder Abwehr desjenigen Anspruchs, um dessen Verjährung es konkret geht, beauftragt hat, dessen Kenntnis gegen sich gelten lassen (BGH, Urteile vom 19. März 1985 - VI ZR 190/83, NJW 1985, 2583, vom 19. März 1997 - XII ZR 287/95, NJW 1997, 2049, 2050 und vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 35 mwN). Denn derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, hat sich - unabhängig von einem Vertretungsverhältnis - das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen zu lassen (Senatsurteil vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 35 mwN). Diese Rechtsprechung gilt auch für die Regelung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, die § 852 Abs. 1 BGB aF nachgebildet ist, fort (BGH, Urteil vom 15. März 2011 - VI ZR 162/10, VersR 2011, 682, 683; noch offen gelassen im Senatsurteil vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 36).

34 bb) Das Berufungsgericht hat eine Zurechnung des Wissens der Treuhänderin nach diesen Grundsätzen im Ergebnis zu Recht verneint.

35 (1) Anders als das Berufungsgericht meint, kommt es allerdings nicht entscheidend darauf an, ob die Beklagte mit der Verkäuferin bzw. dem Vertrieb nach den Grundsätzen der Senatsrechtsprechung (Urteil vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 51 ff.) in institutionalisierter Art und Weise zusammengearbeitet hat. Auch kommt der Frage, ob - wie das Berufungsgericht ohne nähere Begründung angenommen hat - die Treuhänderin bzw. ihr Geschäftsführer mit dem Vertrieb und der Beklagten kollusiv zusammengewirkt

haben, keine entscheidende Bedeutung zu, so dass die dagegen gerichteten Angriffe der Revision ins Leere gehen.

36 (2) Eine Wissenszurechnung zu Lasten der Kläger entsprechend § 166 Abs. 1 BGB kommt hier, anders als die Revision meint und unabhängig von den unter 1. b) cc) gemachten Ausführungen, auch aus anderen Gründen nicht in Betracht.

37 (a) Wie der Senat bereits entschieden hat, ist dem Treugeber das Wissen des Treuhänders im Rahmen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB dann nicht zuzurechnen, wenn der Treuhandvertrag und die erteilte Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig sind. Andernfalls würde dem Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes, die Rechtssuchenden vor unsachgemäßer Erledigung ihrer Aufgaben zu schützen, nicht hinreichend Rechnung getragen. Mit dieser Zweckrichtung wäre es unvereinbar, dem Anleger die Kenntnis seines unbefugten Rechtsberaters, vor dem er geschützt werden soll, mit der Folge zuzurechnen, dass der Anleger seine Ansprüche, die sich aus dem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz ergeben, nicht durchsetzen könnte, obwohl er selbst keine Kenntnis davon hatte (Senatsurteil vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 39).

38 (b) So liegt der Fall auch hier. Der zur Abwicklung des Steuersparmodells erteilte Treuhandauftrag, der sich auch auf die Gründung einer Hotelbetriebsgesellschaft zwischen den künftigen Eigentümern, auf den Abschluss eines Mietvertrages mit dieser Gesellschaft und auf die Aufnahme von Zwischen- und Endfinanzierungsdarlehen einschließlich der Belastung des Kaufgegenstandes mit Grundpfandrechten und der persönlichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung bezog, beinhaltet eine ohne entsprechende Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG unzulässige Rechtsbesorgung, so dass der Geschäftsbesorgungsver-

trag und die auf seiner Grundlage hier ebenfalls ohne jede Einschränkung erteilte umfassende Vollmacht gemäß § 134 BGB nichtig sind (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 299 f.; Senatsurteile vom 26. Juni 2007 - XI ZR 287/05, WM 2007, 1648 Rn. 17 und vom 20. Januar 2009 - XI ZR 487/07, WM 2009, 542 Rn. 18, jeweils mwN). Dass die Kläger keinen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch geltend machen, sondern einen Schadensersatzanspruch wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung, rechtfertigt im Hinblick auf die Wissenszurechnung im Rahmen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB - wie die Revisionserwiderung zutreffend einwendet - keine abweichende Beurteilung. Auch insoweit dürfen den Treugebern die Kenntnisse des verbotswidrig tätig gewordenen Geschäftsbesorgers in verjährungsrechtlicher Hinsicht nicht zum Nachteil gereichen.

39 (c) Soweit die Revision gestützt auf das Senatsurteil vom 23. Januar 2007 (aaO Rn. 37) geltend macht, der Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes stehe einer Wissenszurechnung zu Lasten der Kläger nicht entgegen, weil diese am 29. Februar 1992 ihr "Einverständnis mit dem Darlehensvertrag und der Kontoeröffnung" erklärt und damit das Handeln der Treuhänderin genehmigt hätten, hat dies keinen Erfolg. An der von der Revision in Bezug genommenen Stelle des Senatsurteils geht es um eine Wissenszurechnung aufgrund der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung der Treuhänderin, die mangels wirksamer Vollmacht und fehlender Genehmigung des vollmachtlosen Vertreterhandelns zu verneinen war. Für die Frage, ob ein Dritter als "Wissensvertreter" handelt, kommt es hingegen von vornherein nicht darauf an, ob die ihm erteilte Vertretungsmacht oder der zugrunde liegende Auftrag wirksam sind (so bereits ausdrücklich Senatsurteil aaO Rn. 39 mwN).

40 d) Danach waren die für den Verjährungsbeginn erforderlichen subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erst erfüllt, als die Kläger

selbst im Laufe des Jahres 2004 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangten, so dass die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB erst am 1. Januar 2005 zu laufen begann. Die Klageerhebung am 12. Februar 2007 hat die Verjährung damit in jedem Fall rechtzeitig gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), ohne dass es auf die von der Revision angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts zur Hemmung der Verjährung gemäß § 203 BGB durch Vergleichsverhandlungen der Parteien noch ankommt.

41 3. Schließlich hat das Berufungsgericht den geltend gemachten Schadensersatzanspruch rechtsfehlerfrei als nicht verwirkt angesehen.

42 a) Die Verwirkung schließt als ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) die illoyal verspätete Geltendmachung eines Rechts aus. Dieser Tatbestand ist dann erfüllt, wenn sich der Verpflichtete wegen der Untätigkeit des Anspruchsinhabers über einen gewissen Zeitraum hin ("Zeitmoment") bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen ("Umstandsmoment"); zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 28. März 2006 - XI ZR 425/04, BGHZ 167, 25 Rn. 35 und vom 12. März 2008 - XII ZR 147/05, WM 2008, 1758 Rn. 22, jeweils mwN).

43 b) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Unabhängig von der Frage, ob die bis zur erstmaligen außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs im November 2004 verstrichene Zeit ausreichend wäre, fehlt es jedenfalls an den für das Umstandsmoment erforderlichen Anhaltspunkten im Verhalten der Kläger, aufgrund derer sich die Beklagte darauf hätte einrichten dürfen, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.

- 44 aa) Auch wenn die Beklagte nach Ablauf der sechsjährigen handelsrechtlichen Aufbewahrungsfrist (§ 257 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 HGB) den das Darlehen betreffenden Schriftverkehr und die Vertragsunterlagen im Wesentlichen vernichtet hat, wie sie behauptet, beruht dies nicht auf dem Verhalten der Kläger und begründet mithin für sich genommen keinen entsprechenden Vertrauensstatbestand (vgl. Senatsurteil vom 4. Juni 2002 - XI ZR 361/01, BGHZ 151, 47, 53). Dies zieht auch die Revision nicht in Zweifel.
- 45 bb) Soweit sie geltend macht, die Beklagte habe im Jahr 2004 deshalb berechtigterweise darauf vertrauen dürfen, dass die Kläger keine Schadensersatzansprüche mehr gegen sie erheben, weil das zugrunde liegende Zwischenfinanzierungsdarlehen bereits 1992 - nach nur sieben Monaten - wieder vollständig zurückgeführt worden sei, so dass wegen der kurzen Laufzeit für die Beklagte auch nur ein begrenztes Ertragspotential bestanden habe, hat dies keinen Erfolg. Der kurzfristigen Rückführung des von Anfang an nur zur Zwischenfinanzierung gedachten Darlehens kommt im Hinblick auf die künftige Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung keinerlei Erklärungswert zu.
- 46 cc) Auch der Einwand der Revision, die Kläger hätten schon kurze Zeit nach Inbetriebnahme des Hotelappartements Kenntnis von dessen Unwirtschaftlichkeit gehabt, ohne Schadensersatzansprüche gegenüber der Beklagten geltend zu machen, so dass die Beklagte habe annehmen dürfen, dies werde auch zukünftig nicht geschehen, greift nicht durch. Allein die bloße - auch

langwährende - Untätigkeit des Berechtigten als solche schafft noch keinen Vertrauenstatbestand für den Verpflichteten, vom Berechtigten nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Senatsurteil vom 4. Juni 2002 - XI ZR 361/01, BGHZ 151, 47, 53).

Wiechers

Joeres

Mayen

Ellenberger

Matthias

Vorinstanzen:

LG Deggendorf, Entscheidung vom 17.06.2009 - 2 O 21/07 -

OLG München, Entscheidung vom 27.07.2010 - 5 U 3796/09 -