BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 260/08

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

EGBGB Art. 229 § 5 Satz 2, Art. 229 § 9
HWiG § 2 Abs. 1 Satz 4 (in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung)

Das einem Darlehensnehmer nach dem Haustürwiderrufsgesetz zustehende Widerrufsrecht erlischt nicht gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG, wenn die vollständige Ablösung des Darlehens erst ab dem 1. Januar 2003 erfolgt ist (Abgrenzung zu dem Senatsurteil vom 13. Juni 2006 - XI ZR 94/05, WM 2006, 1995).

BGH, Urteil vom 24. November 2009 - XI ZR 260/08 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

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

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 23. Juli 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger begehren von der beklagten Volksbank die Rückzahlung von Zins- und Tilgungsraten, die sie im Zusammenhang mit einem im Jahr 1993 aufgenommenen Darlehen erbracht haben. Das Darlehen hatte der Finanzierung einer Beteiligung der Kläger an einer Fondsgesellschaft gedient (W. Fonds Nr. ..) und war von ihnen im Zuge einer Umschuldung im Jahr 2003 vollständig zurückgezahlt worden.

2 Die Kläger wurden im November 1993 von dem Vermittler M. (im Folgenden: M.) geworben, sich mit zwei Anteilen an dem W. Fonds Nr. .. GbR (im Folgenden: Fonds), zu dessen Fondsvermögen ein Se-

niorenwohnpark und ein Appartementhaus gehört, zu beteiligen. Bei dem Vermittlungsgespräch verwendete M. einen sechsseitigen Werbeflyer über die Seniorenresidenz und ein persönliches Berechnungsbeispiel, in dem unter anderem je vertriebenen Anteil Vertriebskosten in Höhe von 1.839 DM ausgewiesen waren. Ob die W. , die neben ihrem Alleingesellschafter und -geschäftsführer N. (im Folgenden: N.) Initiatorin, Prospektherausgeberin und Gründungsgesellschafterin war, darüber hinaus weitere Vertriebsprovisionen an die Vertriebsgesellschaft zahlte, ist streitig. Die Kläger ließen ihren Beitritt zur Fondsgesellschaft am 19. November 1993 notariell beurkunden. Zur Finanzierung des Fondsbeitritts unterzeichneten sie am 29. November 1993 einen bereits ausgefüllten Darlehensvertrag der Beklagten über insgesamt 70.480 DM, den die Beklagte am 31. Dezember 1993 gegenzeichnete. Dieser sah eine tilgungsfreie Laufzeit bis zum 30. November 2013 vor und enthielt eine Widerrufsbelehrung, die nicht den Vorgaben des Haustürwiderrufsgesetzes entsprach.

3 Nachdem die W. im Herbst 1997 in Konkurs gefallen war, lösten die Kläger im Juni/Juli 2003 das Darlehen der Beklagten mit Hilfe einer fällig gewordenen Lebensversicherung und mit Eigenmitteln durch Zahlung von insgesamt 35.898,60 € vorzeitig ab. Bis dahin hatten sie an Zinsen abzüglich Fondsausschüttungen 21.115,06 € gezahlt. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 widerriefen sie unter Berufung auf das Haustürwiderrufsgesetz ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärungen.

4 Mit der - in der Berufungsinstanz um die ihnen verbliebenen Steuervorteile reduzierten - Klage begehren die Kläger von der Beklagten die Rückzahlung der Zins- und Tilgungsraten in Höhe von 51.947,48 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Abtretung ihrer beiden Fondsanteile und der ihnen gegen die Gründungsgesellschafter zustehenden Schadensersatzansprüche. Sie berufen sich

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

unter anderem auf den Widerruf nach dem Haustürwiderrufsgesetz, zu dem sie wegen der fehlerhaften Widerrufsbelehrung auch noch nach Ablösung des bei der Beklagten aufgenommenen Darlehens berechtigt gewesen seien. Weiter machen sie geltend, durch unrichtige Angaben des Vermittlers, im Berechnungsbeispiel und im Fondsprospekt arglistig getäuscht worden zu sein. Diese arglistige Täuschung müsse sich die Beklagte als finanzierende Bank zurechnen lassen. Die Beklagte ist den geltend gemachten Ansprüchen entgegengetreten und hat die Einrede der Verjährung erhoben.

5 Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht - zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

6 Die Revision ist uneingeschränkt zulässig (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

7 Der Entscheidungssatz des angefochtenen Urteils enthält keinen Zusatz, der die dort zu Gunsten der Kläger zugelassene Revision einschränkt. Die Eingrenzung des Rechtsmittels kann sich zwar auch aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ergeben (vgl. BGHZ 153, 358, 360 f.). Aus diesen muss dann aber mit ausreichender Klarheit hervorgehen, dass das Berufungsgericht die Möglichkeit einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nur wegen eines abtrennbaren Teils seiner Entscheidung eröffnen wollte (BGH, Urteile vom 12. November 2004 - V ZR 42/04, NJW 2005, 894, 895 und vom 17. Januar 2008 - IX ZR 172/06, WM 2008, 748, Tz. 8, jeweils m.w.N.). Dies kann hier ent-

gegen der Revisionserwiderung nicht angenommen werden. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen zwar nur damit begründet, dass eine grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG in Verbundfällen fehle. Hiermit hat es aber lediglich den Anlass der Revisionszulassung mitgeteilt, ohne die revisionsrechtliche Nachprüfung auf eine bestimmte Rechtsfrage beschränken zu wollen. Da eine Beschränkung der Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen unzulässig ist (vgl. Senatsurteil vom 20. April 2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227), kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Berufungsgericht entgegen der von ihm im Tenor ausgesprochenen uneingeschränkten Revisionszulassung diese in den Entscheidungsgründen in unzulässiger Weise wieder einschränken wollte.

B.

8 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

10 Den Klägern stehe gegen die Beklagte kein Anspruch auf Rückgewähr ihrer Leistungen aufgrund des Haustürwiderrufsgesetzes zu. Dabei könne dahin stehen, ob den Klägern jemals ein Widerrufsrecht nach diesem Gesetz zugestanden habe. Ein etwaiges Widerrufsrecht sei zum Zeitpunkt ihrer Widerrufser-

klärung auf Grund der vollständigen Ablösung des Darlehens nach § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG (hier und im Folgenden stets in der bis 30. September 2000 gültigen Fassung) jedenfalls bereits erloschen gewesen. Bei dem Tatbestandsmerkmal der beiderseits vollständigen Erbringung der Leistung sei nur auf den Darlehensvertrag, nicht auch auf die mit ihm verbundenen Verträge abzustellen. Für eine Einbeziehung weiterer Verträge spreche weder der Wortlaut der Norm noch eine rechtssystematische Betrachtung. Auch eine teleologische Auslegung und der Wille des Gesetzgebers rechtfertigten kein anderes Ergebnis. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben erforderten ebenfalls keine andere Sichtweise.

11 Die Kläger könnten sich auch nicht mit Erfolg auf ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen einer arglistigen Täuschung durch den Vermittler M. berufen. Nur auf diesen komme es für die Frage eines arglistigen Verhaltens an, da nur er unmittelbar tätig geworden und nur mit ihm ein Vermittlungsvertrag zustande gekommen sei. Eine arglistige Täuschung durch M. hätten die Kläger jedoch teils nicht hinreichend dargelegt und im Übrigen nicht zu beweisen vermocht. Ein Schadensersatzanspruch der Kläger lasse sich auch nicht mit Erfolg auf eine arglistige Täuschung durch die Fondsinitiatoren stützen. Dies scheitere daran, dass schon objektiv keine Täuschung vorliege bzw. eine solche für den Fondsbeitritt der Kläger nicht ursächlich geworden sei. Falls die Angaben zu den vermietbaren Flächen teilweise falsch gewesen sein sollten, wäre dies für die Beklagte zudem nicht evident gewesen. Die von den Klägern behauptete fehlerhafte Ausweisung der Vertriebskosten in dem Berechnungsbeispiel rechtfertige einen Schadensersatzanspruch nicht, weil die Kläger insoweit nicht bewiesen hätten, dass dieser Umstand für ihre Anlageentscheidung maßgeblich gewesen sei.

12 Schließlich stehe den Klägern gegen die Beklagte auch kein Anspruch im Wege eines "kleinen Rückforderungsdurchgriffs" in Höhe ihres Abfindungsguthabens gegen die Fondsgesellschaft zu. Die Kläger hätten bereits nicht hinreichend dargelegt, dass sie auf Grund fahrlässiger Falschangaben im Prospekt über die vermietbare Fläche und die Höhe der Vertriebsprovision zu einer außerordentlichen Kündigung ihrer Gesellschaftsbeteiligung gegenüber der Fondsgesellschaft berechtigt gewesen seien.

II.

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

14 1. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht einen Rückabwicklungsanspruch der Kläger aus § 3 HWiG verneint. Das Widerrufsrecht der Kläger nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG, von dessen tatbestandlichen Voraussetzungen für die Revisionsinstanz mangels eigener Feststellungen des Berufungsgerichts nach dem Vorbringen der Kläger auszugehen ist, war bei Erklärung des Widerrufs im Oktober 2006 wegen der vorangegangenen vollständigen Ablösung des Darlehens der Beklagten im Juli 2003 nicht bereits gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG erloschen.

15 Nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, dass für die Frage der beiderseits vollständigen Erbringung der Leistung entgegen der Ansicht der Revision auch bei einem verbundenen Geschäft allein auf das Rechtsgeschäft abzustellen ist, in welchem ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz begründet ist, hier mithin der Darlehensvertrag, und nicht auch auf das verbundene Geschäft, hier also die Fondsbeteiligung

(vgl. Senatsurteile vom 10. November 2009 - XI ZR 252/08, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, sowie XI ZR 232/08 und XI ZR 163/09, jeweils m.w.N.). Insoweit weist das Berufungsurteil entgegen der Revision auch keinen Begründungsmangel im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO auf.

16 Das Berufungsgericht hat jedoch übersehen, dass zum Zeitpunkt der vollständigen Ablösung des Darlehens der Beklagten im Juli 2003 die Norm des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB nicht mehr anwendbar war. Bei dem zwischen den Parteien vereinbarten Darlehensvertrag handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, auf das nach der Überleitungsvorschrift seit dem 1. Januar 2003 das Bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich in der dann geltenden Fassung anzuwenden ist. Eine dem § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG entsprechende Regelung enthält das Bürgerliche Gesetzbuch indes nicht. Für eine analoge Anwendung der Norm ist kein Raum, weil nach dem Willen des Gesetzgebers auf Dauerschuldverhältnisse ab dem genannten Stichtag ausschließlich das ab dann geltende Recht Anwendung finden sollte. Soweit der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 13. Juli 2007 (V ZR 189/06, WM 2007, 2124) für vor dem 1. Januar 2003 beendete, aber noch nicht vollständig abgewickelte Dauerschuldverhältnisse die Anwendung des alten Rechts bejaht hat, liegt eine solche Fallgestaltung hier nicht vor; der Darlehensvertrag der Parteien sah eine Laufzeit bis zum 30. November 2013 vor. Bei dem in dem Leitsatz dieses Urteils für die Fortgeltung des alten Rechts genannten Stichtag des 31. Dezember 2003 handelt es sich ersichtlich um einen Schreibfehler.

17 Im Hinblick auf den Erlöschenstatbestand des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG wird die Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB auch nicht durch Art. 229 § 9 EGBGB verdrängt. Diese Überleitungsvorschrift ist zwar lex specialis zu Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB (Senatsurteil vom 13. Juni 2006 - XI ZR

94/05, WM 2006, 1995). Das gilt aber nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur für die dort aufgeführten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dass mit der ab dem 1. August 2002 geltenden Neuregelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2850) zugleich - entgegen dem in Art. 229 § 5 EGBGB erklärten Willen des Gesetzgebers - die Erlöschensvorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG sieben Monate nach ihrem Außerkrafttreten für nach dem 1. Januar 2003 eintretende Umstände wie die vollständige und vorzeitige Ablösung eines Darlehens wiederaufleben sollte, lässt sich Art. 229 § 9 EGBGB nicht entnehmen. Ganz im Gegenteil sprechen der Wortlaut und die Gesetzesbegründung, die mehrfach das unbefristete Bestehen des Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften im Falle einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung in den Vordergrund rückt (vgl. BT-Drucksache 14/9266 S. 44, 45, 46 und 50) und darauf besonderen Wert legt, dagegen.

18 2. Soweit das Berufungsgericht den von den Klägern geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen einer arglistigen Täuschung durch den Vermittler verneint hat, hält dies mit der gegebenen Begründung rechtlicher Überprüfung ebenfalls nicht stand.

19 a) Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 167, 239, Tz. 30; Urteile vom 5. Juni 2007 - XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, Tz. 14, vom 19. Juni 2007 - XI ZR 142/05, WM 2007, 1456, Tz. 25 und vom 1. Juli 2008 - XI ZR 411/06, WM 2008, 1596, Tz. 19) muss sich die das Anlagegeschäft des Verbrauchers finanzierende Bank bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 VerbrKrG eine arglistige Täuschung des Vermittlers über das Anlageobjekt zurechnen lassen. Der Verbraucher kann in diesem Fall der finanzierenden Bank gegenüber den Darlehensvertrag entweder gemäß § 123 BGB anfechten oder Schadensersatz aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsschluss in

Verbindung mit dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 BGB verlangen.

20 b) Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch liegen nach dem im Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt vor, da die Kläger vorgetragen haben, dass der Darlehensvertrag ein mit dem Fondsbeitritt verbundenes Geschäft darstelle und sie von den Vermittlern arglistig getäuscht worden seien.

21 aa) Entgegen der Ansicht der Revision ist allerdings die Feststellung des Berufungsgerichts, der Vermittler M. habe nicht arglistig gehandelt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ob die Kläger durch unrichtige Angaben eines Vermittlers arglistig getäuscht worden sind, ist eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalls, die jeweils dem Tatrichter obliegt und die deshalb in der Revision grundsätzlich nur beschränkt überprüft werden kann (vgl. BGH, Urteile vom 20. Juni 2005 - II ZR 232/04, WM 2005, 1703, 1704 f. und vom 10. November 2009 - XI ZR 252/08, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Zu prüfen ist nur, ob die tatrichterliche Würdigung vertretbar ist, nicht gegen die Denkgesetze verstößt und nicht auf verfahrenswidriger Tatsachenfeststellung beruht (vgl. Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 211/03, WM 2005, 27 und vom 27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, WM 2008, 1260, Tz. 21, jeweils m.w.N.). Solche Fehler sind dem Berufungsgericht, das zu seiner Feststellung unter vertretbarer Würdigung der besonderen Umstände des Streitfalles gelangt ist, nicht unterlaufen. Die hiergegen von der Revision erhobenen Einwände hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

22 bb) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich eine Haftung der Beklagten aus zugerechnetem Verschulden im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung der Kläger aber nicht abschließend verneinen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt auch eine arglistige Täu-

schung durch die A. als der federführenden Vertriebsgesellschaft wegen falscher Angaben zu den Vermittlungsprovisionen im Berechnungsbeispiel in Betracht.

23 (1) Aus Rechtsgründen nicht haltbar ist die Annahme des Berufungsgerichts, für die Frage eines schuldhaften Verhaltens komme es nach der Rechtsprechung allein auf den unmittelbar gegenüber dem Anleger tätigen Vermittler, hier also M., an. Das Berufungsgericht berücksichtigt insoweit nicht, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 109, 327, 330 ff.; 135, 202, 205 f.; Urteile vom 27. März 2001 - VI ZR 12/00, NJW 2001, 2535, 2536 und vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274, Tz. 13 f.) derjenige, der es mit einer Organisation, etwa einer juristischen Person, zu tun hat, grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden darf als derjenige, der einer natürlichen Person gegenübersteht. Die Organisation darf nicht dadurch besser stehen, dass anstelle des konkret wissenden Organs oder Mitarbeiters für sie ein Untervermittler auftritt, der über das geschäftsrelevante Wissen nicht verfügt. Die Organisation muss daher dafür sorgen, dass das für spätere Geschäftsvorgänge relevante Wissen an die für sie handelnden Personen weiter gegeben wird. Tut sie dies nicht, ist den Mitarbeitern dieses Wissen gleichwohl zuzurechnen und muss sich die Organisation so behandeln lassen, als ob der für sie Handelnde über das entsprechende Wissen verfügt hätte.

24 Der erkennende Senat hat daher nach Erlass des Berufungsurteils auch für Fälle der vorliegenden Art ausdrücklich entschieden, dass ein Schadensersatzanspruch des Anlegers und Darlehensnehmers im Kontext eines verbundenen Geschäfts nicht nur gegeben sein kann, wenn er durch den ihm gegenüber unmittelbar tätigen Vermittler arglistig getäuscht wird, sondern auch dann, wenn ein arglistiges Verhalten der eingeschalteten Vertriebsgesellschaft vorliegt, die über das geschäftsrelevante Wissen verfügte (Senatsurteile vom 24. März 2009

- XI ZR 456/07, WM 2009, 1028, Tz. 38 und vom 10. November 2009 - XI ZR 252/08, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Erforderlich ist allerdings, dass die Vertriebsgesellschaft ihrerseits zumindest bedingt vorsätzlich bei der Weitergabe unwahrer Tatsachen an die Untervermittler oder bei dem Zurückhalten geschäftsrelevanten Wissens gehandelt hat. Der Inhaber oder das Organ der Organisation muss sowohl die Pflicht zur Aufklärung des Kunden gekannt oder zumindest für möglich gehalten haben und es gleichwohl bewusst unterlassen haben, die unmittelbar tätigen Vermittler entsprechend zu instruieren (vgl. Senat, Urteile vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, WM 2009, 1274, Tz. 14 und vom 10. November 2009 - XI ZR 252/08, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

25 (2) Gemessen an diesen Grundsätzen liegt nach dem maßgeblichen Vortrag der Kläger eine arglistige Täuschung durch die Vermittlerin A. als der federführenden Vertriebsgesellschaft über die Höhe der Vertriebskosten vor.

26 (a) Die Vertriebskosten sind den Klägern in dem ihnen vorgelegten Berechnungsbeispiel wie auch in dem Prospekt pflichtwidrig falsch mitgeteilt worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Angaben in einem Fondsprospekt über Vertriebsprovisionen zutreffend sein. Dies hat auch für ein Berechnungsbeispiel zu gelten, das konkrete Angaben zu Provisionen enthält und dem Anleger im Rahmen des Vermittlungsgesprächs neben oder anstelle des Prospekts vorgelegt wird. Enthält ein Prospekt oder ein Berechnungsbeispiel - wie hier - 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 (BGHZ 158, 110, 118; Senatsurteile vom 10. Juli 2007 - XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 16 und vom 24. März 2009 - XI ZR 456/07, WM

2009, 1028, Tz. 30 f. m.w.N.). So war es im Streitfall. Nach dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Kläger sollen über die ausgewiesenen Provisionen hinaus weitere Vermittlungskosten gezahlt worden sein, die zu Lasten der Einlagen gegangen sein sollen.

27 (b) Die Kläger haben sich für den Fall, dass eine entsprechende Kenntnis des Vermittlers M. von der Unrichtigkeit der Angaben verneint werden sollte, auch ausdrücklich auf eine arglistige Täuschung durch den gesamten Vertrieb, das heißt auch durch die übergeordnete Vertriebsgesellschaft A. berufen. Eine solche arglistige Täuschung kommt - anders als das Berufungsgericht gemeint hat - nach dem Klägervortrag in Betracht, da danach die übergeordnete Vermittlungsgesellschaft aufgrund der mit der W. geschlossenen Verträge um die Zahlung einer höheren als im Prospekt und im Berechnungsbeispiel ausgewiesenen Innenprovision gewusst hat.

28 (c) Das Vorliegen einer arglistigen Täuschung kann auch nicht dahingestellt bleiben, weil - wie das Berufungsgericht gemeint hat - die Höhe der Provision für die Kläger nicht von besonderer Bedeutung gewesen sei und sie ihre gegenteilige Behauptung nicht haben beweisen können. Vielmehr spricht eine auf die Lebenserfahrung gegründete tatsächliche Vermutung dafür, dass sich die Kläger bei einer Aufdeckung der Gesamthöhe der von ihnen behaupteten Provisionen gegen einen Beitritt entschieden hätten (vgl. BGH, Urteile vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, WM 2007, 873, Tz. 11 und vom 5. Juni 2007 - XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, Tz. 23). Diese Vermutung müsste die Beklagte durch konkreten Vortrag entkräften.

29 3. Das Berufungsurteil erweist sich mit der gegebenen Begründung auch als rechtsfehlerhaft, soweit das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten aus einem eigenen vorvertraglichen Aufklärungsverschulden wegen eines ver-

muteten Wissensvorsprungs über eine evident arglistige Täuschung der Kläger durch den Prospekt und das Berechnungsbeispiel abgelehnt hat.

30 a) Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur dann verpflichtet ist, 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. des Senats, siehe etwa Urteile vom 10. Juli 2007 - XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 14, vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346, Tz. 12 und vom 24. März 2009 - XI ZR 456/07, WM 2009, 1028, Tz. 35, jeweils m.w.N.).

31 b) Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch, dass das Berufungsgericht im Hinblick auf die Angaben im Fondsprospekt über die Größe der vermietbaren Fläche, den zu erwartenden Mietertrag und die Fungibilität der Fondsanteile eine objektiv evidente arglistige Täuschung ebenso verneint hat wie bezüglich der im persönlichen Berechnungsbeispiel enthaltenen Angaben über die voraussichtliche Wertsteigerung der Fondsanteile. Insoweit handelt es sich um Fragen der Würdigung des konkreten Einzelfalles, die jeweils dem Tatrichter obliegt und deshalb in der Revisionsinstanz nur beschränkt darauf überprüft werden kann, ob die tatrichterliche Würdigung ohne weiteres vertretbar ist, nicht gegen Denkgesetze verstößt und nicht auf verfahrenswidriger Tatsachenfeststellung beruht (vgl. Senat, Urteil vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346, Tz. 18 m.w.N.). Revisionsrechtlich beachtliche Fehler in diesem Sinn sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Der Senat hat die gegen das Beru-

fungsurteil insoweit erhobenen Rügen der Revision geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

32 c) Mit der gegebenen Begründung hätte das Berufungsgericht hingegen einen Schadensersatzanspruch im Zusammenhang mit den unrichtigen Angaben zu den Vertriebskosten im Prospekt und im Berechnungsbeispiel sowie zu dem im Berechnungsbeispiel daraus abgeleiteten Wert des Fondsanteils durch den Mitinitiator N. und die Vertriebsgesellschaft nicht ablehnen dürfen. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht angenommen hat, ein Schadensersatzanspruch scheide insoweit aus, weil die Kläger die Ursächlichkeit der falschen Angaben für ihre Anlageentscheidung nicht beweisen könnten, halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Vielmehr spricht eine auf die Lebenserfahrung gegründete tatsächliche Vermutung dafür, dass sich die Kläger bei einer Aufdeckung der Gesamthöhe der von ihnen behaupteten Provisionen und einer dadurch bedingten Verminderung des durch die Anlage geschaffenen - für sie nach dem Ergebnis ihrer Anhörung vor dem Berufungsgericht wichtigen - Vermögens gegen einen Beitritt entschieden hätten (vgl. BGH, Urteile vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, WM 2007, 873, Tz. 11 und vom 5. Juni 2007 - XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, Tz. 23). Diese Vermutung müsste die Beklagte durch konkreten Vortrag entkräften.

33 Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang davon ausgegangen ist, dass der Fondsprospekt mangels Aushändigung für die Anlageentscheidung der Kläger nicht maßgeblich war, kann damit die Kausalität nicht ohne weiteres verneint werden. Zum einen sind die fehlerhaften Angaben des Prospekts in das Berechnungsbeispiel übernommen worden und wirken somit fort. Zum anderen ist ein Prospektfehler auch dann ursächlich für die Anlageentscheidung, wenn der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept der Anlagegesellschaft von den Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage für ihre Ver-

mittlungsgespräche benutzt wird, auch wenn der Prospekt dem Anlageinteressenten nicht übergeben wird (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 2007 - II ZR 21/06, WM 2008, 391, Tz. 17).

34 4. Entgegen der Revision hält das Berufungsurteil dagegen rechtlicher Nachprüfung insoweit stand, als das Berufungsgericht den Klägern einen Anspruch im Wege des "kleinen Rückforderungsdurchgriffs" versagt hat. Wie der Senat mit Urteil vom 10. November 2009 (XI ZR 252/08, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ergibt sich ein solcher Anspruch weder aus § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V. mit § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB noch aus einer analogen Anwendung des § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG.

III.

35 Das Berufungsurteil ist nach alledem aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird, nachdem die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag erhalten haben, die erforderlichen ergänzenden Feststellungen zu einem Rückabwicklungsanspruch der Kläger aus § 3 HWiG oder zu einer Haftung der Beklagten aus zugerechnetem Verschulden oder aus Aufklärungsverschulden sowie gegebenenfalls zur Verjährungseinrede (zur Nichtanwendbarkeit des § 197

BGB aF vgl. Senatsurteil vom 10. November 2009 - XI ZR 252/08, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) und zur Höhe eines sich dann eventuell ergebenden Schadensersatzanspruchs zu treffen haben.

Wiechers Joeres Ellenberger

Grüneberg Maihold

Vorinstanzen:
LG Stuttgart, Entscheidung vom 06.12.2007 - 25 O 474/06 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 23.07.2008 - 6 U 32/08 -