4 U 47/08 Brandenburgisches Oberlandesgericht
11 O 361/05 Landgericht Frankfurt (Oder)

Anlage zum Protokoll
vom 28.10.2009

verkündet am 28.10.2009

Dabrunz
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

Beklagten, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

1. ,

2. .

Kläger, Berufungsbeklagte und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Steffen Gründig,
Zimmermannstraße 3, 08060 Zwickau -

hat der 4. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts im schriftlichen Verfahren mit Schriftsatzfrist bis zum 23.09.2009 durch

die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Chwolik-Lanfermann,
die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schäfer und
den Richter am Landgericht Simon

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 12.03.2008 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 34.541,89 € nebst 4 % Zinsen vom 01.01.2000 bis zum 30.04.2000, 5 % Zinsen vom 01.05.2000 bis zum 31.12.2000, 6 % Zinsen vom 01.01.2001 bis zum 31.12.2001, 6,5 % Zinsen vom 01.01.2002, 7 % Zinsen vom 01.01.2003 bis zum 14.12.2004 sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.12.2004 jeweils aus 34.541,89 € zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung von zwei Anteilen an der WGS-Fonds 32 Grundstücks-Vermögens- und Verwaltungs GbR Leonberg/Dietzingen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

G r ü n d e

I.

Die Kläger nehmen die Beklagte auf Rückzahlung eines im Dezember 1997 zur Ablösung eines Darlehens gezahlten Betrages in Höhe von 34.541,89 € Zug um Zug gegen Übereignung von zwei Anteilen an den WGS-Fonds Nr. 32 (Grundstücks- Vermögens- und Verwaltungs GbR Leonberg Ditzingen) in Anspruch.

Die Kläger haben nach ersten Gesprächen vom 05.11.1993 und 08.11.1993 am 10.11.1993, vermittelt durch den Zeugen , einen Eintrittsantrag in die Fondsgesellschaft betreffend den WGS-Fonds Nr. 32 bei Erwerb von zwei Fondsanteilen unterzeichnet.

Dieses Angebot ließen die Kläger am 15.11.1993 notariell beurkunden; die ebenfalls notariell beurkundete Annahme durch die Fondsgesellschaft erfolgte am 13.12.1993.

Unter dem 22.11.1993/30.06.1994 (letzteres: Unterzeichnungsdatum auf Seiten der Beklagten) schlossen die Parteien einen Darlehensvertrag über ein Darlehen in Höhe von insgesamt 70.480,00 DM zur Finanzierung der Beteiligung der Kläger an dem WGS-Fonds.

Nachdem die WGS GmbH im Herbst 1997 in Liquiditätsschwierigkeiten geraten war, in deren Folge über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wurde, lösten die Parteien den Darlehensvertrag im Dezember 1997 einvernehmlich auf. Zur Ablösung zahlten die Kläger einen Betrag von insgesamt umgerechnet 34.541,89 €.

Die Kläger vertreten die Auffassung, die Beklagte sei ihnen unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere unter dem Gesichtspunkt von Schadensersatzansprüchen wegen Aufklärungspflichtverletzungen, zur Rückzahlung verpflichtet.

Die Beklagte tritt dem entgegen. Sie vertritt die Auffassung, es fehle bereits an der erforderlichen Passivlegitimation, nachdem sie im Wege eines Ausgliederungs- und Übernahmevertrages die entsprechende Vermögensbestandteile, zu denen auch der streitgegenständliche Anspruch der Kläger gehöre, auf die BAG übertragen habe. Die von den Klägern geltend gemachten Ansprüche seien aber auch in der Sache nicht begründet. Schließlich erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen

Mit Urteil vom 12.03.2008 hat es der Klage sodann im Wesentlichen (bis auf einen Teil des Zinsanspruches) stattgegeben.
Es hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei passiv legitimiert. Dem stehe der Ausgliederungs- und Übernahmevertrag vom 20.04.2004 nicht entgegen. Es sei weder ersichtlich, noch

von der Beklagten nachvollziehbar dargelegt, dass der streitgegenständliche, bereits im Januar 1998 vollständig erfüllte Darlehensvertrag zu den in der Anlage 1 des Ausgliederungs- und Übernahmevertrages aufgeführten Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens der Beklagten gehöre. Die Anlage 1 habe die Beklagte bereits nicht vorgelegt, obwohl es ersichtlich auf deren Inhalt ankomme.

Die Kläger könnten ihr Klagebegehren auch nicht mit Erfolg auf § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG stützen. Das Widerrufsrecht sei spätestens im Januar 1998 gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG erloschen.

Auch auf § 812 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1 VerbKrG oder auf den Gesichtspunkt des Schadensersatzanspruches aus Prospekthaftung könnten die Kläger sich nicht stützen.

Ob den Klägern gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen einer dem Vermittler anzulastenden arglistigen Täuschung über die erzielbaren Mieteinnahmen und die Ertragskraft der Immobilie bzw. den wahren Wert der Fondsanteile und über in dem Kaufpreis für die Fondsanteile versteckte Innenprovisionen zustehe, sei im Hinblick auf das Erfordernis eines vorsätzlichen Verschweigens nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zweifelhaft.

Den Klägern stehe gegen die Beklagte der begehrte Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss jedoch wegen eines eigenen Aufklärungsverschuldens der Beklagten im Hinblick auf die fehlerhaften Angaben im Prospekt über die Höhe der Vertriebskosten sowie über die erzielbaren Mieterträge zu. Die Voraussetzungen für die Annahme eines institutionalisierten Zusammenwirkens zwischen der Beklagten und den übrigen am Vertrieb des Kapitalanlagemodells Beteiligten lägen vor. Die Finanzierung der Kapitalanlage sei auch vom Verkäufer oder Vermittler angeboten worden.

Nach den getroffenen Feststellungen und dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme stehe auch zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Angaben der Fondsinitiatoren im Fondsprospekt über die Höhe der die Werthaltigkeit der Anlage berührenden Provisionen und über die Höhe der zu erwartenden Mieteinnahmen evident unrichtig gewesen seien.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass über die im Prospekt ausgewiesenen Vertriebskosten von 6 %, die von der Fondsgesellschaft an die Vertriebsgesellschaft gezahlt worden seien, hinaus von der WGS GmbH weitere Innenprovisionen in Höhe von 9 bis 10 % an die Vertriebsgesellschaften – hier an die GmbH – gezahlt worden seien. Dies hätten die Zeugen und übereinstimmend bekundet. Dass die Provisionen von der WGS GmbH an die Vertriebsgesellschaften gezahlt worden seien, stehe der evidenten Unrichtigkeit der Prospektangaben nicht entgegen. Denn letztlich seien diese Provisionen in die ausgewiesenen Grunderwerbskosten von 26.161,00 DM einkalkuliert. Da

sich die WGS GmbH ausschließlich mit dem Auflegen immer neuer Immobilienfonds befasst, sonst aber keine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet habe und sich ihr Gewinn nach den Bekundungen des Zeugen über die ganzen Jahre hinweg zwischen 6 % und 8 % des Umsatzes bewegt habe, gehe das Gericht davon aus, dass die zusätzlichen Innenprovisionen von der WGS GmbH zuvor auch in die sogenannten Grunderwerbskosten einkalkuliert worden seien. Die Kenntnis der Beklagten von den zusätzlichen Provisionen werde widerlegbar vermutet. Es könne also letztlich dahinstehen, ob von einer Kenntnis der Beklagten auszugehen wäre, wozu das Gericht jedoch auf der Grundlage der Aussagen des Zeugen neige.

Eine weitere evidente Unrichtigkeit der Prospektangaben ergebe sich im Hinblick auf die im Prospekt ausgewiesenen Mieterträgen. Zwar beziehe sich der Mietspiegel für Stuttgart 1994 nicht auf Appartements in einem Seniorenwohnheim. Dass die unter Zugrundelegung der Prospektangaben angegebenen Mieteinnahmen von 31,97 DM pro Quadratmeter gleichwohl evident unrichtig gewesen seien, ergebe sich aber unzweifelhaft aus den nachfolgenden Geschäftsberichten, nach denen die Mietflächen von Anfang an nicht zu einem Preis von 31,97 DM pro Quadratmeter hätten vermietet werden können. Dies ergebe sich auch aus den zur Akte gereichten Mieterlisten betreffend das Objekt Seniorenwohnheim Glemstalblick für die Stichtage 30.01.2003, 31.12.2003 und 31.12.2001. Auch wenn diese sich auf spätere Zeitpunkte als 1993 bezögen, so zeige sich bei einer Gesamtschau unter Einbeziehung des Inhaltes der Geschäftsberichte, dass von Anfang an höhere Mieten als diejenigen, die in den Mieterlisten ausgewiesen worden seien, nicht hätten erzielt werden können. Auch hinsichtlich der unzutreffenden Angaben über die zu erwartenden Mieteinnahmen werde die Kenntnis der Beklagten widerleglich vermutet. Eine Widerlegung sei nicht erfolgt.

Auch in Bezug darauf, dass die Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung den Immobilienfonds nicht beigetreten wären und damit auch den Darlehensvertrag mit der Beklagten nicht geschlossen hätten, greife zu Gunsten der Kläger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.

Ihr Anspruch sei ferner nicht verjährt. Die Verjährung sei durch die der Beklagten am 10.02.2005 zugestellten Mahnbescheid rechtzeitig gehemmt.

Die Kläger müssten sich auf ihren Schadensersatzanspruch auch nicht im Wege der Vorteilsausgleichung die von ihnen erlangten Steuervorteile anrechnen lassen. Denn in die Beurteilung, ob die Kläger durch die Beteiligung an den WGS-Fonds Nr. 32 Vorteile erlangt hätten, sei einzubeziehen, dass sie zugleich auch mit den bis zur Ablösung des Darlehens gezahlten Darlehenszinsen belastet gewesen seien. Dass diese den Betrag von 5.474,22 € unterschritten hätten, sei nicht ersichtlich.

Der Zinsanspruch sei jedoch nur ab dem 15.12.2004 begründet.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Parteien mit jeweils selbständigen Berufungen.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung ihr erstinstanzliches Ziel der Klageabweisung weiter.
Sie macht geltend, das Landgericht habe bereits ihre Passivlegitimation zu Unrecht angenommen. Es habe sich insbesondere nicht mit der bereits vom OLG Stuttgart vertretenen Auffassung auseinandergesetzt, die Regelungen in dem Ausgliederungs- und Übernahmevertrag seien dahin zu verstehen, dass auch die streitgegenständlichen Ansprüche auf die BAG übergegangen seien. Im Übrigen habe das Landgericht im Hinblick auf das Erfordernis der Vorlage der Anlage 1 seine Hinweispflichten verletzt.
Die Ansprüche der Kläger seien entgegen der Auffassung des Landgerichts verjährt. Eine Hemmung durch den Mahnantrag habe im Hinblick auf die offensichtlich falsche Angabe der Kläger, die Gegenleistung sei bereits erbracht, nicht eintreten können.
Das Landgericht habe auch zu Unrecht eine Aufklärungspflichtverletzung im Hinblick auf versteckte Innenprovisionen angenommen. Insbesondere sei nicht erwiesen, dass die Provisionen den erforderlichen Schwellenwert für eine Aufklärung von 15 % erreicht hätten. Darüber hinaus seien die Provisionen nach Aussage des Zeugen auch nicht aus den Einlagen der Anleger in den WGS-Fonds Nr. 32 gezahlt worden. Dies sei bereits deshalb nicht der Fall, weil die Provisionszahlungen bereits vor Eingang der Einlagebeträge an die Anleger erfolgt seien. Schließlich liege jedenfalls keine arglistige Täuschung durch die Angaben in dem Prospekt vor, da der Zeuge sich im Hinblick auf die Verpflichtung zur Angabe der durch die WGS GmbH gezahlten Provisionen jedenfalls in einem Rechtsirrtum befunden habe. Zumindest habe die Beklagte keine Kenntnis von etwaigen Falschangaben über die Innenprovisionen gegenüber den Anlegern gehabt.
Ebenso habe das Landgericht zu Unrecht eine evidente Unrichtigkeit im Hinblick auf die Mieterträge bejaht. Die Geschäftsberichte aus den Zeiträumen 1993 bis 2003 seien für die Annahme einer arglistigen Täuschung absolut ungeeignet. Das Landgericht habe keine Feststellungen zu dem Quadratmeterpreis von 31,97 DM als Ausgangspunkt getroffen, sondern diesen Betrag lediglich dem Beschluss des Senats vom 31.08.2006 im PKH-Verfahren entnommen. Auch von einer Unrichtigkeit des Prospekts in Bezug auf die Mieterträge und davon, dass den Fondsinitiatoren, Vermietern oder der Fondsgesellschaft selbst bekannt gewesen wäre, dass die prognostizierten Mietzinsen von Anfang an nicht erzielbar gewesen wären, habe die Beklagte keine Kenntnis gehabt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 12.03.2008 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Kläger beantragen in Bezug auf ihre eigene Berufung,

die Beklagte in Ergänzung des Urteils des Landgerichts Frankfurt (Oder), Az: 11 O 361/05, zu verurteilen, 4 % Zinsen von 01.01.2000 bis 30.04.2000, 5 % Zinsen vom 01.05.2000 bis 31.12.2000, 6 % Zinsen vom 01.01.2001 bis 31.12.2001, 6,5 % Zinsen vom 01.01.2002 bis 31.12.2002, 7 % Zinsen vom 01.01.2003 bis 14.12.2004, jeweils aus € 34.541,90 an die Kläger zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Kläger zurückzuweisen.

Soweit die Berufung der Beklagten in Rede steht, verteidigen die Kläger das Urteil des Landgerichts. Im Hinblick auf die Passivlegitimation weisen sie darauf hin, eine Inanspruchnahme der Beklagten sei schon deshalb möglich, weil die Beteiligten des Ausgliederungs- und Übernahmevertrages vom 20.04.2004 im Zeitraum von fünf Jahren nach der Abspaltung als Gesamtschuldner hafteten. Im Übrigen wiederholen und vertiefen sie ihren erstinstanzlichen Sachvortrag.

Den mit ihrer eigenen Berufung verfolgten weitergehenden Zinsanspruch für die Zeit vom 01.01.2000 bis zum 14.12.2004 stützen die Kläger darauf, dass ihnen durch die Ablösung des Darlehens im Jahr 1997 ein Gewinn entgangen sei, da sie den für die Ablösung verwendeten Betrag andernfalls in Bundesschatzbriefen angelegt hätten.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen ; wegen des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.07.2009 (Bl. 1600 ff) verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen Bezug genommen.

II.

Beide Berufungen sind zulässig. In der Sache hat jedoch nur die Berufung der Kläger Erfolg; die Berufung der Beklagten ist unbegründet.

I. Das Landgericht hat den Klägern im Ergebnis zu Recht den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von 34.541,89 € Zug um Zug gegen Übereignung von zwei Fondsanteilen an den WGS-Fonds Nr. 32 zuerkannt.

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es nicht an ihrer Passivlegitimation in Bezug auf die streitgegenständlichen Ansprüche der Kläger.

Es kann dahinstehen, ob der Ausgliederungs- und Übernahmevertrag vom 20.04.2004 (Anlage B 1; Bl. 1293 d. A.) zu einem wirksamen Übergang der streitgegenständlichen Verbindlichkeiten auf die BAG geführt hat. Selbst wenn man dies unterstellt, ergibt sich die Haftung der Beklagten gegenüber den Klägern jedenfalls aus § 133 Abs. 1, Abs. 3 UmwG.

§ 133 Abs. 1 UmwG schützt die Gläubiger des übertragenden Unternehmens durch die gesamtschuldnerische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger. Die gesamtschuldnerische Haftung bezieht sich – unabhängig davon, welchem der beteiligten Rechtsträger die jeweilige Verbindlichkeit in den Spaltungs- und Übernahmevertrag zugewiesen worden ist und sogar für „vergessene" Verbindlichkeiten (vgl. nur Lutter-Hommelhoff, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl., § 133 Rn. 36) – auf alle Verbindlichkeiten, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung, also vor der Eintragung der Spaltung in das Register des übertragenden Rechtsträgers, begründet worden sind (Lutter-Hommelhoff, a.a.O., Rn. 29). Die hier streitgegenständliche Verbindlichkeit der Beklagten wurde – gleichgültig, auf welche Anspruchs-

grundlage man abstellt – spätestens mit der Ablösung des Darlehens im Dezember 1997 begründet.

Es kommt nicht darauf an, dass die gesamtschuldnerische Haftung gemäß § 133 Abs. 3 UmwG auf einen Zeitraum von fünf Jahren begrenzt ist. Die streitgegenständliche Verbindlichkeit ist auch vor Ablauf von fünf Jahren nach der Spaltung fällig und gerichtlich geltend gemacht worden. Die Fälligkeit ist spätestens mit der Zahlung des Ablösebetrages durch die Kläger im Januar 1998 eingetreten. Die für den Beginn der Fünfjahresfrist maßgebliche Eintragung der Spaltung in das Handelsregister kann jedenfalls nicht vor dem 20.04.2004 erfolgt sein. Selbst die gerichtliche Geltendmachung ist jedoch – unabhängig davon, ob man insoweit auf die Zustellung des Mahnbescheides vom 10.02.2005 oder erst auf die Anspruchsbegründung abstellt - jedenfalls im Jahr 2005 erfolgte.

2. Das Landgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kläger den geltend gemachten Anspruch mit Erfolg nur auf eine Haftung der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen der Verletzung einer eigenen Aufklärungspflicht der Beklagten stützen können.

a) Ein Anspruch aus § 3 Abs. 1 HWiG steht den Klägern nicht zu.

Dies gilt selbst dann, wenn man dem Landgericht im Hinblick auf Bedenken europarechtlicher Art nicht dahin folgen wollte, dass der Anspruch gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung ausgeschlossen ist.

Für einen Anspruch aus § 3 Abs. 1 HWiG fehlt es jedenfalls an der gemäß § 1 Abs. 1 HWiG erforderlichen Kausalität zwischen der Haustürsituation und der Abgabe der Willenserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrages durch die Kläger.

Ein Widerrufsrecht im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWiG setzt voraus, dass der Kunde durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung oder an seinem Arbeitsplatz zu seiner späteren Vertragserklärung bestimmt worden ist. Dabei genügt eine Haustürsituation bei der Vertragsanbahnung, die für den späteren Vertragsschluss ursächlich war. Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der mündlichen Verhandlung gemäß § 1 Abs. 1 HWiG und der Vertragserklärung wird nicht gefordert. Mit zunehmendem zeitlichem Abstand nimmt aber die Indizwirkung für die Kausalität ab und kann nach einer gewissen Zeit ganz entfallen

(BGH Urteil vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05). 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 Entschließungsfreiheit beeinträchtigt ist, ist eine Frage der Würdigung des Einzelfalls (vgl. dazu auch: BGH Urteil vom 18. November 2008 – XI ZR 157/07). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Willenserklärung durch die Haustürsituation als solche mitbestimmt war, trägt der Darlehensnehmer.

Nach dem eigenen Vortrag der Kläger ist bereits am 08.11.1993 über die konkrete Anlage in den WGS-Fonds Nr. 32 und auch über die Fremdfinanzierung dieser Anlage und deren Bedingungen gesprochen worden. Zwar liegen zwischen dieser Haustürsituation und der Abgabe der Willenserklärung der Kläger zum Abschluss des Darlehensvertrages mit der Beklagten am 22.11.1993 nur 14 Tage. Gleichwohl lässt sich auch aus diesem vergleichsweise kurzen zeitlichen Abstand im vorliegenden Fall nicht mit hinreichender Sicherheit der Schluss ziehen, dass die Kläger die Haustürsituation zur Abgabe ihrer Willenserklärung bestimmt worden sind. Immerhin hatten die Kläger in der Zeit vom 08.11.1993 bis zum 22.11.1993 mehrfach, nämlich sowohl im Zusammenhang mit dem weiteren Gespräch mit dem Vermittler Berres am 10.11.1993 und darüber hinaus im Zusammenhang mit dem Notartermin vom 15.11.1993 Anlass, die Frage, ob sie den Darlehensvertrag mit der Beklagten schließen wollten, unabhängig von einer etwaigen Überrumpelungssituation am 08.11.1993 zu überdenken.

b) Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen eines der Beklagten zurechenbaren Aufklärungsverschuldens des Vermittlers über versteckte Innenprovisionen, die aus den zum Fonds gehörenden Immobilien erzielbaren Mieteinnahmen oder über die in den persönlichen Berechnungsbeispiel der Anlage K 3 (Bl. 325 d. A.) aufgeführten zu erwartenden Steigerungen der Mieteinnahmen ist ebenfalls nicht begründet.

Das Landgericht hat insoweit zu Recht darauf abgestellt, dass eine Haftung der Beklagten für ein Aufklärungsverschulden des Vermittlers nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH auch bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 VerbrKrG nur bei einem einer arglistigen Täuschung entsprechenden und damit vorsätzlichen Aufklärungsverschulden in Betracht kommt (vgl. nur Urteil vom 25.04.2006 – XI ZR 106/04; Urteil vom 05.06.2007 – XI ZR 348/05; Urteil vom 01.07.2008 – XI ZR 411/06). Ein vorsätzliches Aufklärungsverschulden des Vermittlers liegt jedoch nach

den insoweit nicht zu beanstandenden und damit gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindenden Feststellungen in dem landgerichtlichen Urteil nicht vor.

c) Ansprüche aus § 812 BGBin Verbindung mit § 6 Abs. 1 VerbrKrG oder Ansprüche unter dem Gesichtspunkt einer Prospekthaftung sind aus den - von den Parteien im Berufungsrechtszug auch nicht mehr angegriffenen - Gründen des angefochtenen Urteils nicht begründet.

d) Ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen eines eigenen Aufklärungsverschuldens der Beklagten bei Abschluss des Darlehensvertrages steht den Klägern jedoch auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien im Berufungsrechtszug zu.

aa) Zwar ist eine Bank, die keine Beratung vornimmt, bei Gewährung eines Darlehens grundsätzlich zu einer Aufklärung gegenüber dem Darlehensnehmer nur in Bezug auf die Bedingungen des Darlehensvertrages als solchen, nicht jedoch im Hinblick auf Risiken des mit dem Darlehen finanzierten Geschäfts verpflichtet. Eine Verpflichtung zur Aufklärung über Risiken des finanzierten Geschäftes trifft die finanzierende Bank aber ausnahmsweise etwa dann, wenn sie in Bezug auf bestimmte Risiken über einen konkreten Wissensvorsprung verfügt (vgl. dazu nur: Nobbe, WM 2007, Sonderbeilage Nr. 1/2007, S. 28/29).

Über ein derartigen Wissensvorsprung gegenüber den Klägern verfügte die Beklagte im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Höhe der im Zusammenhang mit dem WGS Fonds Nr. 32 gezahlten Vermittlungsprovisionen.

Der Beklagten war nach der insoweit von keiner der Parteien in Abrede gestellten Aussage des Zeugen Warth seit dem 05.11.1993 bekannt, dass im Hinblick auf den WGS-Fonds Nr. 32 Vermittlungsprovisionen von jedenfalls 10 % bis 12 %, in Ausnahmefällen sogar 15 %, gezahlt worden sind. Für die Kläger ergab sich aus dem Fondsprospekt in Bezug auf die Zahlung von Vermittlungsprovisionen dagegen nur eine Höhe von 1.839,00 DM pro Fondsanteil (= 6 %). Die Beklagte hätte deshalb gegenüber den Klägern richtig stellen müssen, dass es sich bei der Angabe in dem Fondsprospekt um eine unrichtige oder – stellt man darauf ab, dass die über 6 % hinausgehenden Vermittlungsprovisionen nicht durch die Fondsgesellschaft, sondern durch die WGS GmbH gezahlt worden sind – zumindest das Gesamtvolumen der Vermittlungsprovisionen verschleiernde Information handelte.

Dem kann die Beklagte nicht mit Erfolg die Aussage des Zeugen entgegenhalten, wonach diesem als für das Kreditgeschäft sowohl in Bezug auf die Beteiligung der Beklagten an der Objektfinanzierung der Immobilien als auch für die Anlegerfinanzierung zuständigen Teamleiter das Prospektmaterial nur vom Sehen bekannt und insbesondere für die Entscheidung der Beklagten über den Abschluss der Kreditverträge mit den Anlegern ohne Bedeutung gewesen sei. Zwar mag für eine Bank, die eine Fondsbeteiligung finanziert, - anders als für einen Vermittler – keine Prüfungspflicht im Hinblick auf die Richtigkeit der Angaben in dem Fondsprospekt bestehen. Ausnahmsweise steht jedoch die bloße Erkennbarkeit einer aufklärungspflichtigen Tatsache der positiven Kenntnis gleich, wenn sich diese einem zuständigen Bankmitarbeiter nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen musste; er ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen vor solche Tatsachen zu verschließen (vgl. nur BGH, Urteil vom 29.04.2008 – XI ZR 221/07). Diese Voraussetzungen sind hier anzunehmen, da sich dem Zeugen bzw. seinen mit den Finanzierungsverträgen für die Anleger befassten Mitarbeitern angesichts der ihnen nach der Aussage des Zeugen zugetragenen Gerüchte über überhöhte Provisionszahlungen im Zusammenhang mit dem WGS-Fonds Nr. 32 zumindest die Frage aufdrängen musste, welche Angaben dazu in dem Fondsprospekt gemacht worden waren. Wären sie dieser Frage nachgegangen, hätten sie aber auch erkannt, dass die Angabe einer Vermittlungsprovision von 6 % mit den tatsächlich gezahlten Provisionen – auch wenn diese ausweislich der Bekundungen des Zeugen nach den durch die Vertreter der WGS GmbH gegenüber der Beklagten gemachten Angaben mit unter 15 % in einem noch üblichen Rahmen lagen – nicht übereinstimmte.

Die Beklagte bzw. ihre Mitarbeiter hätten dabei auch erkennen müssen, dass die Anleger die Angabe der Vermittlungsprovision von 6 % nur dahin verstehen konnten, dass es sich um die insgesamt im Zusammenhang mit dem WGS-Fonds Nr. 32 zu zahlenden Vermittlungsprovisionen handelte, und deshalb nicht damit rechnen mussten, dass ein weiterer Teil an Vermittlungsprovisionen in dem Kaufpreis für die Fondsimmobilie enthalten sein könnte (BGH Urteil vom 22.03.2007 – III ZR 218/06 - Rn.8; Urteil vom 24.03.2009 – XI ZR 456/07 – Rn. 31). Deshalb kommt es für die Aufklärungspflicht der Beklagten ebenso wie für eine Aufklärungspflicht der Vermittler (vgl. dazu nur: BGH Urteil vom 12.02.2004 – III ZR 359/02 – Rn. 33; BGH Urteil vom 05.06.2007 – XI ZR 348/05 Rn. 16) auch nicht darauf an, dass der über 6 % hinausgehende Teil der Provisionen nicht durch die Fondsgesellschaft, sondern durch die WGS GmbH gezahlt worden ist.

Ist die Beklagte danach so zu behandeln, als hätte sie von der - jedenfalls gemessen an dem für sie erkennbaren Verständnishorizont der Kläger - unzutreffenden Angabe über die Höhe der insgesamt im Zusammenhang mit dem WGS-Fonds Nr. 32 gezahlten Vermittlungsprovision in dem Prospekt positiv gewusst, hätte sie die Kläger aufklären müssen, da sich ihr hätte aufdrängen müssen, dass dies für die Entscheidung der Kläger für den Fondsbeitritt und damit für das diesen finanzierende Darlehen von Bedeutung sein würde.

Dabei kommt es auch nicht darauf an, dass eine Bank grundsätzlich von sich aus zur Aufklärung über eine nicht im Prospekt ausgewiesene Provision nur dann verpflichtet ist, wenn diese mitursächlich dafür ist, dass der Erwerbspreis knapp doppelt so hoch ist wie der Wert des Fondsanteils, so dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss (vgl. nur: BGH Urteil vom 10.07.2007 – XI ZR 243/05 – Rn. 15). Von der dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Erwägung, dass das Risiko der Werthaltigkeit des erworbenen Renditeobjekts – und damit auch das auf die Höhe der in dem Kaufpreis für das erworbene Renditeobjekt enthaltenen sog. "weichen Kosten" - bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit allein beim Käufer bzw. im Verhältnis zur finanzierenden Bank beim Darlehennehmer liegt, unterscheidet sich der vorliegende Fall in einem wesentlichen Punkt. Hier war der Beklagten positiv bekannt – bzw. ist sie aus den ausgeführten Gründen im Hinblick auf die Angaben in dem Prospekt so zu behandeln, als wäre dies der Fall -, dass die Kläger aufgrund der Angaben in dem Prospekt jedenfalls in Bezug auf einen Teil weichen Kosten, nämlich die Vertriebskosten, von einer falschen Vorstellung ausgehen mussten.

Aus dem gleichen Grund kommt es auch weder darauf an, dass die insgesamt gezahlten Provisionen nach den Erkenntnissen des Zeugen ... aus dem Gespräch vom 05.11.1993 mit Vertretern der WGS-GmbH im Rahmen des Üblichen, nämlich unter 15 %, lagen, noch darauf, ob sich der Zeuge als Initiator des Fonds in einem Rechtsirrtum in Bezug auf eine Verpflichtung zur Angabe (auch) der von der WGS GmbH gezahlten Provisionsanteile in dem Prospekt befand.

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es auch nicht an der Kausalität der danach zu bejahenden Verletzung der Pflicht zur Aufklärung über die Unrichtigkeit der Angaben in dem Fondsprospekt für die Abgabe der Willenserklärung der Kläger zum Abschluss des Darlehensvertrages. Hat die Beklagte am 05.11.1993 von der Höhe der nach den eigenen Angaben der Vertreter der WGS GmbH tatsächlich gezahlten Provisionen erfahren, so hätte ein entsprechender Hinweis an die Kläger ohne Weiteres noch vor deren Eintrittsantrag vom

10.11.1993, jedenfalls aber vor der nach dem Eintrittsantrag ohnehin erst verbindlichen notariellen Erklärung vom 15.11.1993 und erst Recht vor Abgabe des Angebotes der Kläger auf Abschluss des Darlehensvertrages vom 22.11.1993, erfolgen können.

cc) Zu Gunsten der Kläger ist auch unter dem Gesichtspunkt der Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens anzunehmen, dass sie die streitgegenständlichen Willenserklärungen nicht abgegeben hätten, wenn sie von der Beklagten über die Unrichtigkeit der Angabe zu den Provisionen in dem Prospekt unterrichtet worden wären. Diese Vermutung kann nur durch konkreten Vortrag des Aufklärungspflichtverletzers entkräftet werden (vgl. dazu nur BGH, Urteil vom 09.02.2006 – III ZR 20/05). Dazu, dass die Kläger auch bei einem Hinweis der Beklagten auf die Unrichtigkeit der Angabe über die Höhe der Vermittlungsprovision von 6 % in dem Fondsprospekt die Willenserklärungen zum Abschluss des Darlehensvertrages abgegeben hätten, hat die Beklagte jedoch nichts Erhebliches vorgetragen.

dd) Es fehlt auch nicht an dem erforderlichen Verschulden der Beklagten. Die Kläger weisen zu Recht darauf hin, dass ein Anspruch aufgrund einer eigenen Aufklärungspflichtverletzung der Bank – anders als ein Anspruch aufgrund einer zurechenbaren Aufklärungspflichtverletzung durch den Vermittler – nicht nur im Falle des auf der Grundlage der Aussage des Zeugen hier nicht anzunehmenden Vorsatzes besteht, sondern auch im Falle einer fahrlässigen Verletzung der Aufklärungspflicht.

Dem Fahrlässigkeitsvorwurf kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, sie habe sich in einem Rechtsirrtum befunden. Einen solchen hat sie auf der Grundlage der Aussage des Zeugen Warth nicht bewiesen. Danach hat die Beklagte nämlich nicht etwa deshalb nicht über die im Zusammenhang mit dem WGS-Fonds insgesamt gezahlten Provisionen bzw. die Unrichtigkeit der diesbezüglichen Angaben in dem Fondsprospekt aufgeklärt, weil sie sich – sei es wegen der im Rahmen des üblichen liegenden Höhe der Gesamtprovisionen, der Zahlung des über die Prospektangabe hinausgehenden Teils der Provisionen durch die WGS GmbH oder aus rechtlichen Gründen – über ihre Verpflichtung zur Aufklärung gegenüber den Klägern geirrt hat. Nach den Bekundungen des Zeugen hat sich die Beklagte vielmehr über eine Aufklärungspflicht gegenüber den Anlegern gar keine Gedanken gemacht; damit hat sie sich aber auch nicht in einem Irrtum über das Nichtbestehen von Aufklärungspflichten befunden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht etwa deshalb, weil für den Fahrlässigkeitsvorwurf von Bedeutung sein könnte, ob die Anlage unter Berücksichtigung der Innenprovisionen für den Eingeweihten ersichtlich von vornherein unrentabel war oder nicht (vgl. dazu nur: BGH, Versäumnisurteil vom 28.07.2005 – III ZR 290/04 – Rn. 38). Die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat für die Bedeutungslosigkeit der Falschangabe zur Höhe der Innenprovision für die Rentabilität der Fondsanlage nicht hinreichend vorgetragen. Auch wenn man mit der Beklagten die Aussage des Zeugen Neuschwander, die über 6 % hinausgehenden Provisionen seien nicht aus dem jeweiligen Fondsanteil, sondern zu Lasten der Gewinne der WGS GmbH gezahlt worden, dahin versteht, dass die WGS GmbH trotz entsprechender Provisionszahlungen im maßgeblichen Zeitraum noch Gewinne von ca. 6 % erwirtschaftet habe, ändert dies nichts daran, dass – wie bereits das Landgericht festgestellt hat – die WGS GmbH Umsätze ausschließlich aus dem Verkauf von Fondsimmobilien an die Fondsgesellschaften realisiert hat. Daraus lässt sich kein Schluss auf die Rentabilität des Fonds ziehen. Ebenso wenig genügt der Vortrag der Beklagten, jedenfalls nach der Vorstellung der WGS GmbH habe der Kaufpreis für die Fondsobjekte deren Verkehrswert entsprochen oder die in das Wissen des Zeugen gestellte Behauptung, die Angaben über die prognostizierten erzielbaren Mieten in Prospekt hätten auf sachverständiger Prüfung und Erfahrungswerten aus vergleichbaren Objekten beruht.

Dies ändert nichts daran, dass die Beklagte – und dies ist für den Fahrlässigkeitsvorwurf entscheidend – nicht ohne Weiteres davon ausgehen konnte, dass es für die Kläger ohne Bedeutung sein würde, dass ihnen gegenüber in dem Fondsprospekt falsche oder jedenfalls verschleiernde Angaben über die Höhe der insgesamt im Zusammenhang mit dem Fonds zu zahlenden Provisionen gemacht wurden und die Beklagte ihnen deshalb die Möglichkeit hätte eröffnen müssen, entweder angesichts der unrichtigen oder jedenfalls verschleiernden Angaben von dem Anlagegeschäft Abstand zu nehmen oder die Rentabilität der Anlage durch Einholung zusätzlicher Informationen vor Unterzeichnung der Verträge genauer zu überprüfen.

ee) Der Höhe nach ist der Schaden aus den bereits vom Landgericht ausgeführten zutreffenden Gründen in vollem Umfang des Ablösebetrages von 34.541,89 € Zug um Zug gegenüber Eignung der Fondsanteile an dem WGS-Fonds Nr. 32 begründet.

Auf die Frage, ob die Beklagte auch wegen eventuell evident unrichtiger Angaben in dem Fondsprospekt über die aus den Fondsimmobilien zu erzielenden Mieterträge verpflichtet ist, kommt es danach nicht mehr an.

ff) Der Anspruch ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht verjährt.

Es sprechen bereits gute Gründe für die Auffassung des Landgerichts, wonach die Verjährung, die frühestens mit Ablauf des 31.12.2004 eingetreten sein könnte, durch die Zustellung des Mahnbescheides am 10.02.2005 gemäß §§ 204 Nr. 3, 167 ZPO rechtzeitig gehemmt worden ist. Der Umstand, dass in dem Mahnbescheid angegeben worden ist, der Rückforderungsanspruch sei von einer Gegenleistung abhängig, die jedoch bereits erbracht worden sei, ändert daran nichts. Zwar wäre bei einem Zug um Zug gegen eine Zahlung noch zu erbringenden Gegenleistung gemäß § 688 Nr. 2 ZPO das Mahnverfahren unstatthaft. Der mit der Hemmung verbundene bloße Aufschub des Verjährungsablaufs sollte jedoch nach der Vorstellung des Gesetzgebers unabhängig von dem Ausgang des jeweils zur Hemmung eingeleiteten Verfahrens sein. Deshalb hemmt auch eine unzulässige Klage und ebenso ein unzulässiger Mahnbescheid die Verjährung (vgl. nur: BGH, Urteil vom 28.09.2004 – IX ZR 155/03 – Rn. 12). Ein – wie hier – wegen der Angaben zur Abhängigkeit von einer Gegenleistung fehlerhafter Mahnantrag und der daraufhin erfolgte Erlass des Mahnbescheides ist auch ebenso wie ein fehlerfreier Mahnantrag oder eine Klage geeignet, dem Schuldner rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung deutlich zu machen, welcher Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird und dass der Gläubiger weiter auf Erfüllung des Anspruches besteht.

Unabhängig von dieser Frage ist die Verjährung der unter dem Gesichtspunkt einer Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten begründeten Ansprüche aus c.i.c. aber jedenfalls deshalb nicht eingetreten, weil es an einem hinreichenden Vortrag der Beklagten dafür fehlt, dass die Kläger bereits vor dem 01.01.2002 Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erlangt haben oder ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis hätten erlangen müssen. Der BGH hat zu dieser Frage in neuerer Zeit in zwei Entscheidungen (Urteil vom 27.05.2008 – XI ZR 132/07 – Rn. 29 und Urteil vom 03.06.2008 – XI ZR 319/09 = MDR 2008, 1053) Stellung genommen. In beiden Entscheidungen hat der BGH erneut seine bereits mit Urteil vom 23.01.2007 (XI ZR 44/06 = BGHZ 171, 1 ff.) begründete Auffassung bestätigt, dass auch in den – wie hier - der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB unterfallenden Konstellationen für den Beginn der Verjährung nicht nur die objektive Voraussetzung der Entstehung des Anspruchs, sondern auch die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorliegen müssen. Erforderlich sei – so der BGH insbesondere in der Entscheidung vom 27.05.2008, der der Senat folgt –, dass der Gläubiger sämtliche Umstände, insbesondere auch die wirtschaftlichen Zusammenhänge, kennt, aus denen sich die Rechtspflicht

zur Aufklärung ergibt. Da die finanzierende Bank nur ausnahmsweise zur Risikoaufklärung in Bezug auf das finanzierte Geschäft verpflichtet ist, ist von einer Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis des Gläubigers in Fällen der vorliegenden Art nur auszugehen, wenn ihm sowohl die Umstände bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind, die in Bezug auf das finanzierte Geschäft einen Ersatzanspruch begründen als auch die Umstände, aus denen sich ergibt, dass insoweit gerade auch die finanzierende Bank, obwohl sie nicht unmittelbare Geschäftspartnerin des finanzierten Geschäfts war, als mögliche Haftende in Betracht kommt.

Der einzige konkrete Anhaltspunkt dafür, dass und wann die Kläger Kenntnis von den danach erforderlichen ihren Anspruch begründenden Umständen hatten, ergibt sich aus dem Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 30.11.2004. Konkrete Tatsachen für eine frühere Kenntnis oder grobfährlässige Unkenntnis hat die Beklagte nicht vorgetragen. Soweit sie Informationsschreiben von Anliegergemeinschaften in WGS-Fonds erwähnt, hat sie weder hinreichend vorgetragen, dass die Kläger solche tatsächlich erhalten haben - was diese in Abrede stellen - noch welchen Inhalt dieses Schreiben gehabt haben sollen. Nur der konkrete Inhalt derartiger Schreiben könnte jedoch darauf überprüft werden, ob diese sämtliche für die Anspruchsbegründung erforderlichen Umstände, insbesondere im vorliegenden Fall die Kenntnis der Beklagten von der Höhe der tatsächlich insgesamt gezahlten Vermittlungsprovisionen im Zusammenhang mit dem WGS-Fonds Nr. 32 seit dem 05.11.1993, vermitteln.

3. Der vom Landgericht für die Zeit ab dem 01.05.2004 zuerkannte Zinsanspruch ist aus §§ 280 Abs. 1 Satz 2, 286, 288 Abs. 1 BGB begründet.

II. Den Klägern steht auch der mit ihrer eigenen Berufung geltend gemachte Zinsanspruch für den Zeitraum vom 01.01.2000 bis zum 14.12.2004 in der beantragten Höhe zu.

Auch der in Form dieses Zinsanspruches geltend gemachte entgangene Gewinn ist aus den unter I. 2. c) erörterten Gründen aufgrund eines Verschuldens bei Vertragsschluss in Form der Verletzung der Pflicht der Beklagten zur Aufklärung über die Höhe der insgesamt im Zusammenhang mit dem WGS-Fonds Nr. 32 gezahlten Vermittlungsprovisionen begründet.

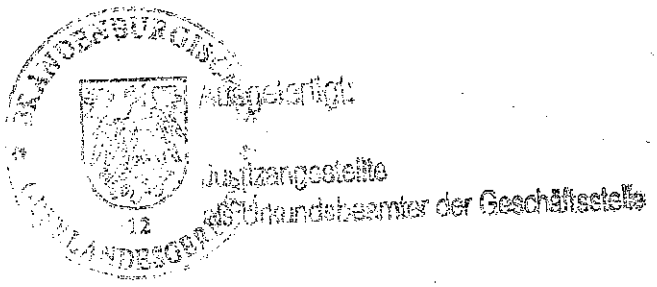
Zwar ist regelmäßig ein entgangener Gewinn im Sinne des § 252 Satz 1 BGB nur dann als Schaden ersatzfähig, wenn der Geschädigte Anspruch auf Ersatz des sogenannten positiven Interesses hat, was bei der hier in Rede stehenden Haftung aus Verschulden bei Vertrags-

schluss nicht der Fall ist. Sind die Kläger aber aufgrund der Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten so zu stellen, als hätten sie den Darlehensvertrag mit der Beklagten nicht geschlossen, so bedeutet dies im vorliegenden Fall, dass ihnen der im Jahr 1997 zur Ablösung des Darlehens verwendete Betrag zur freien Verfügung gestanden hätte und damit für den von ihnen unbestritten vorgetragenen Zweck der Anlage in Bundesschatzbriefen hätte genutzt werden können.

Auch die Höhe der aus einer solchen Anlage für die jeweiligen Zeiträume zu erzielenden Zinsen, hat die Beklagte nicht in Abrede gestellt.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung aufweist, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO). Die Annahme der Verletzung von eigenen Aufklärungspflichten der Beklagten durch fahrlässiges Verhalten beruht hier auf den besonderen Umständen des Einzelfalls.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 34.541,89 € festgesetzt. Die Berufung der Kläger erhöht diesen Streitwert nicht, da es sich wegen des Zusammenhangs mit der Berufung der Beklagten bei dem mit der Berufung der Kläger geltend gemachten Zinsanspruch um eine Nebenforderung im Sinne des § 4 Abs. 1 ZPO handelt.

Dr. Chwolik-Lanfermann **Simon** **Dr. Schäfer**