
Datum: 19.04.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 31. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 31 U 86/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0419.31U86.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 6 O 129/08
Schlagworte: Risikohinweise, Prognoseberechnung, Beratungspflichten bei Übergabe eines Fondsprospektes

Tenor:

1)

Die Beklagte wird verurteilt, die von den Klägern auf den Darlehensvertrag mit der Darlehensnummer ####.####.##3 geleisteten Teilzahlungen ab dem 01.01.2005 mit einem Zinssatz von 4% neu zu berechnen und an die Klägerin die über diesen Zinssatz hinausbezahlten Zinsen ab dem 01.01.2005 zu erstatten.

Es wird festgestellt, dass die Kläger aus dem Darlehensverhältnis mit der Darlehensnummer #####3 anstelle der vertraglich vereinbarten Zinsen lediglich Zinsen in Höhe von nominal 4 % p.a. schulden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2) Die Kosten der ersten Instanz tragen die Kläger 96 % zu und die Beklagte 4 %, die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Kläger.

3) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

4) Die Revision wird nicht zugelassen.

I.	1
Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines zwischen ihnen am 27.07.2001/03.08.2001 geschlossenen Darlehensvertrages. Der Darlehensvertrag diente der Finanzierung einer Fondsbeteiligung.	2
Die Kläger beabsichtigten den Erwerb einer Immobilie. Bei einem Gespräch in der Wohnung der Kläger im Juni 2001 wies der Anlageberater N2 daraufhin, dass es aufgrund der finanziellen Situation der Kläger schwer sein werde, eine eigene Immobilie zu erwerben, er riet aber den Klägern, sich an einem geschlossenen Immobilienfonds zu beteiligen.	3
Die Kläger unterschrieben daraufhin am 12.07.2001 einen so genannten Zeichnungsschein zum wirtschaftlichen Beitritt zur D GbR mit einem Zeichnungsbetrag in Höhe von 50.000 DM zuzüglich einem Agio von 5% (2.500,- DM). Initiator des Fonds, Gründungsgesellschafter und Prospektherausgeber war die J-GmbH.	4
Gemäß des Zeichnungsscheins, der mit "Auftrag und Vollmachten sowie Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrage D GbR" überschrieben war, boten die Kläger der T mbH einen Treuhandvertrag mit Vollmachten -wie im Verkaufsprospekt abgedruckt – an. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Zeichnungsschein –Bl. 19 GA- Bezug genommen.	5
Die Treuhandgesellschaft hat den Treuhandauftrag am 20.08.2001 angenommen.	6
Am 27.07.2001 haben die Kläger einen durch den Vermittler vorgelegten Darlehensantrag an die Beklagte über 59.923,33 Euro bei einem Disagio von 10 % zur Finanzierung des Beitritts gestellt. Die anfängliche nominale Verzinsung von 6% wurde bis zum 30.07.2008 festgeschrieben und eine anfängliche Tilgung von 0,00% vereinbart. Zur Tilgung des Darlehens wurden auf Anraten des Vermittlers zwei Kapitallebensversicherungen bei der M AG abgeschlossen. Als Sicherheiten dienten neben der Abtretung der Todesfallleistung aus den Kapitallebensversicherungen die Abtretung von Arbeitseinkommen und Sozialleistungen. Die Gesamtlaufzeit des Vertrages wurde auf maximal 20 Jahre festgeschrieben. Als Gesamtbetrag waren alle Zahlungen bis zum Ende der Zinsbindung nebst der dann noch bestehenden Restschuld angegeben.	7
Der Darlehensvertrag enthielt eine Widerrufsbelehrung allein nach dem VerbrKrG ohne Hinweis auf die Auswirkungen auf ein verbundenes Geschäft.	8
Die Beklagte nahm das Angebot der Kläger auf Abschluss eines Darlehensvertrages am 03.08.2001 an.	9
Der Darlehensbetrag wurde entsprechend den vertraglichen Vorgaben durch die Beklagte unmittelbar an die Treuhänderin ausgezahlt.	10
Die Kläger haben den streitgegenständlichen Darlehensvertrag im Rahmen der Klageschrift vom 07.04.2008 widerrufen.	11
Die Kläger haben die Freistellung von den Verbindlichkeiten aus dem Darlehensverhältnis Zug um Zug gegen Abtretung aller Rechte an ihren Anteilen an der D GbR beantragt, sowie die Feststellung, dass die Beklagte zum Ersatz des weiteren Vermögensschadens verpflichtet ist, insoweit er im Zusammenhang mit dem Erwerb des Gesellschaftsanteils steht sowie dass	12

sich die Beklagte in Annahmeverzug befindet.

Hilfsweise haben sie beantragt, die von ihnen auf den Darlehensvertrag geleisteten Teilzahlungen mit einem Zinssatz von 4% neu zu berechnen und die zuviel gezahlten Zinsen zu erstatten sowie festzustellen, dass sie aus dem Darlehensvertrag nur einen Zinssatz von 4% schulden. 13

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der geltend gemachten Hilfsanträge, soweit diese nicht bereits durch die Beklagte anerkannt worden waren, stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die erforderliche Gesamtbetragsangabe gemäß § 4 Abs. 1 S. 4 Verbraucherkreditgesetz fehle, da der Vertrag nur den für die Zeit der Zinsfestschreibung zu erbringenden Betrag und den danach noch bestehenden Restkredit, nicht aber die für die Gesamtlaufzeit des Vertrages zu erbringenden Zahlungen ausweise. Der Anspruch der Kläger bezüglich der Neuberechnung und Rückzahlung der überzahlten Zinsen sei auch für die Zeit vom 01.01.2002 bis zum 01.01.2005 nicht verjährt. 14

Die Klage sei im Übrigen, soweit sie nicht bereits unzulässig sei, unbegründet. Den Klägern habe kein Recht zum Widerruf ihrer Darlehensvertragserklärung mehr zugestanden. Ein Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG stehe ihnen nicht zu, da sie zum Abschluss des Vertrages nicht in einer Haustürsituation bestimmt worden seien. Die Haustürsituation sei für den Abschluss des Darlehensvertrages nicht ursächlich gewesen. Der Vertragsabschluss beruhe auf einem Besuch des Anlageberater N2 im Juni 2001. Bereits am 12.07.2001 hätten die Kläger die Beteiligung und den Antrag auf Abschluss eines Treuhandvertrages unterzeichnet. Erst am 27.07.2001 sei der streitgegenständliche Darlehensvertrag unterzeichnet worden. Die Kläger hätten somit erst mehr als 14 Tage nach der Zeichnung der Beteiligung den Darlehensantrag unterzeichnet, so dass ihnen genügend Zeit geblieben sei, die Situation und den Abschluss der Finanzierung bei der Beklagten zu überdenken. Zudem hätten sie trotz ordnungsgemäßer Belehrung die Fondsbeteiligung nicht widerrufen. 15

Den Klägern habe auch kein vertragliches Widerrufsrecht mehr zugestanden, da sie das mit dem Prolongationsangebot übersandte vertragliche Widerrufsrecht nicht innerhalb der Monatsfrist angenommen hätten. Die Nachbelehrung sei unstreitig am 14.09.2007 zugegangen, die Kläger hätten nicht innerhalb der Frist widerrufen. 16

Den Klägern stehe auch kein Anspruch auf Schadensersatz aufgrund eigenen Verschuldens der Beklagten zu. Ein eigenes Aufklärungsverschulden der Beklagten begründender evidenter Wissensvorsprung liege nicht vor. Ein evidenter Wissensvorsprung der Beklagten hinsichtlich der im Prospekt aufgestellten Prognosen sei nicht ersichtlich. Die dargestellten Prognosen seien nach dem bisherigen Vortrag der Parteien nicht evident unrichtig. Es sei auch nicht ausreichend dargelegt oder erkennbar, dass die im Prospekt genannten Prognosen tatsächlich wahrheitswidrig gewesen seien und dies der Beklagten bekannt gewesen sei. 17

Den Klägern stehe auch kein Anspruch auf Schadensersatz aufgrund einer der Beklagten zurechenbaren arglistigen Täuschung durch den Anlageberater zu. Eine arglistige Täuschung durch den Anlagevermittler aufgrund evident unrichtiger Angaben sei nicht hinreichend vorgetragen und nachgewiesen. Der Vortrag der Kläger gebe keine Tatsachen für eine bewusste und falsche Beratung durch den Anlagevermittler wieder, bei den Aussagen des Beraters habe es sich um subjektive Werturteile und unverbindliche Anpreisung gehandelt, nicht um aber um eine Täuschung durch unrichtige Angaben. 18

Der Klageantrag zu 2) sei als Feststellungsantrag bereits unzulässig, im Übrigen auch unbegründet. Der Klageantrag genüge nicht den Voraussetzungen des § 246 Abs. 1 ZPO, da insofern ein besonderes Feststellungsinteresse nicht zu bejahen sei. Entgegen der Auffassung der Kläger könne bereits eine Bezifferung der bisher angefallenen Schäden hinsichtlich der Zins und Tilgungsleistung erfolgen, so dass der Anspruch bereits als Leistungsanspruch geltend gemacht werden könne und daher Feststellungsinteresse zumindest für den bezahlbaren Teil nicht gegeben sei.	
Gegen diese Entscheidung wenden sich die Kläger und die Beklagte mit ihren jeweils form- und fristgerecht eingelegten Berufungen.	20
Die Kläger führen zur Begründung aus, das Landgericht habe bereits zu Unrecht die Zulässigkeit des Antrags zu 2) verneint. Es sei hierbei von der falschen Auffassung ausgegangen, dass sie, die Kläger, verpflichtet seien, die bereits gezahlten Zinsbeträge zu beziffern, da sich der Schaden insoweit nicht in der Fortentwicklung befände. Der BGH habe in seiner Entscheidung von 27.05.2008 jedoch ausgeführt, dass ein Kläger in Fällen, in denen bei der Klageerhebung ein Teil des Schadens bereits entstanden sei, die Entstehung weiteren Schadens aber noch zu erwarten sei, grundsätzlich nicht gehalten sei, seine Klage in eine Leistung – und Feststellungsklage aufzuspalten.	21
Das Landgericht habe weiterhin zu Unrecht die Kausalität der Haustürsituation verneint. Es habe unter anderem nicht gewürdigt, dass sie, die Kläger, erst am 27.07.2001 von den konkreten Darlehenskonditionen Kenntnis erlangt hätten. Als sie den Darlehensvertrag vorgelegt bekommen hätten, seien sie bereits in ihrer Entschließungsfreiheit beeinträchtigt gewesen, den ihnen angebotenen Darlehensvertrag zu schließen oder davon Abstand zu nehmen, da sie sich aus ihrer Sicht bereits an die Fondsbeteiligung gebunden hatten.	22
Das Landgericht habe auch zu Unrecht festgestellt, dass ein aufklärungsbedürftiges Verschulden der Beklagten nicht vorliege. Es habe versäumt, ihren Vortrag zu würdigen, dass die Beklagte einen Investor gefunden hätte, der die Q, an der sich der streitgegenständliche Fonds beteiligt habe, geschlossen habe. Durch ihre Einmischung in die Auflage des streitgegenständlichen Fonds zur Schließung eines notleidenden Fonds, der ebenfalls von ihr finanziert worden sei, habe die Beklagte ihre Rolle als Kreditgeberin überschritten.	23
Durch ihr Verhalten habe die Beklagte darüber hinaus ihr Ausfallrisiko hinsichtlich ihres Kreditengagements an der Q auf die Anleger des streitgegenständlichen Fonds abgewälzt.	24
Auch die Feststellungen des Landgerichts zum Wissensvorsprung seien falsch. Aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung mit der Q habe die Beklagte positiv gewusst, dass die Angaben zu den Einnahmen aus C nicht stimmten, selbiges gelte für die Einnahmen aus der Liquiditätsreserve. Im Rahmen des Wissensvorsprungs komme es auf die Evidenz nicht an.	25
Soweit das Landgericht festgestellt habe, dass lediglich die Tatsache, dass die Beklagte eine Vielzahl von Finanzierungen vorgenommen habe, nicht ausreichend für die Annahme eines institutionalisierten Zusammenwirkens sei, sei auch diese Auffassung unzutreffend. Diese Auffassung gehe schon nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.05.2006 XI ZR 6/04 fehl. Danach reiche gerade die wiederholte Finanzierung von Fondsanteilen für das Vorliegen eines institutionalisierten Zusammenwirkens aus. In einem vergleichbaren Fall vor dem Landgericht München habe die Beklagte ein institutionalisiertes Zusammenwirken auch zugestanden. Letztlich sei es die Beklagte gewesen, die die IHB davon überzeugt habe, den streitgegenständlichen Fonds zu gründen.	26

Soweit das Landgericht feststelle, dass keine der Beklagten zurechenbare arglistige Täuschung aufgrund evident falsche Angaben vorliege, bringe es die Voraussetzungen der Untergruppe des Wissensvorsprung ist über das Institutionalisierte Zusammenwirken und die Zurechnung einer Falschberatung über das verbundene Geschäft durcheinander. Das Landgericht habe den Vortrag zu einer arglistigen Täuschung durch den Prospekt nicht ansatzweise und seine arglistigen Täuschung durch den Anlageberater lediglich rudimentär gewürdigt. Das Gericht habe verkannt, dass auch Prognosen nicht wahllos erstellt werden dürften, sondern auf einer gesunden Kalkulationsbasis beruhen müssten und dass es sich zumindest, was die Einnahmen aus dem Q-Fonds angehe nicht nur um Prognosen, sondern um Tatsachen gehandelt habe, weil dieser Fonds in der Vergangenheit nicht einmal annähernd das erzielt habe, was er seinerseits kalkuliert habe.	
Eine Zurechnung des arglistigen Verhaltens des Anlageberaters erfolge über das verbundene Geschäft.	28
Die Kläger beantragen,	29
das Urteil des Landgerichts Essen vom 28.05.2009, - 6 O 129/08 -, soweit es für die Kläger abweisend ist, aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:	30
1. die Beklagte wird verurteilt, die Kläger aus dem Darlehensverhältnis zur Darlehens Nummer #### ##3 freizustellen, Zug um Zug gegen Abtretung aller Rechte der Kläger an dem Anteil an der D GbR in Höhe von 50.000 DM	31
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte auch zum Ersatz des weiteren Vermögensschadens verpflichtet ist, soweit er im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Finanzierung des im Antrag zu eins bezeichneten Gesellschaftsanteil steht	32
3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte hinsichtlich des Antrags eines im Annahmeverzug befindet.	33
4. die Beklagte wird verurteilt, die Kapitallebensversicherung der W-gruppe vom 28.8.2001, sowie die abgetretenen Ansprüche aus Arbeitseinkommensozialleistungen freizugeben.	34
5. die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 1.900,43 Euro nebst fünf Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit Zustellung der Klage für die vorgerichtliche Vertretung der Berufungskläger durch die jetzigen Prozessbevollmächtigten zu zahlen.	35
An die Beklagte beantragt,	36
die Berufung der Kläger zurückzuweisen.	37
Sie führt aus, das Urteil des Landgerichts sei rechtlich und tatsächlich nicht zu beanstanden. Zu Recht habe das Landgericht die Kausalität der Haustürsituation verneint. Es habe zutreffend ausgeführt, dass die Kläger die Willenserklärung auf Abschluss des Darlehensvertrages nicht unter dem Eindruck einer für Haustürgeschäfte typischen Überrumpelungssituation abgegeben hätten.	38
Hinzu käme, dass innerhalb der nach Bewährungsfrist ein Widerruf nicht erklärt worden sei. Aufgrund der Erteilung einer ordnungsgemäßen, gesetzeskonformen Widerrufsbelehrung als Nachbelehrung komme ein Widerruf zum heutigen Zeitpunkt respektive im Januar des Jahres 2008 nicht mehr in Betracht.	39

Auch ein Aufklärungsverschulden auf ihrer, der Beklagten, Seite sei nicht gegeben. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerseite seien einem Beweis im Wesentlichen nicht zugänglich.	40
Sie, die Beklagte, sei weder über die Rolle als Kreditgeberin hinausgegangen noch habe sie einen besonderen Gefährdungstatbestand geschaffen, noch müsse sie sich einen Wissensvorsprungs argumentativ entgegenhalten lassen. Selbst wenn man davon ausginge, dass sie mit dem Bauträger institutionalisiert zusammengewirkt habe, wäre jedenfalls eine Evidenz falscher Prospektangaben zu verneinen. Die Kläger schilderten in keiner Weise, wo der Prospekt offensichtlich falsch sein solle. Im Hinblick darauf, dass die Klägerin zu 1) Buchhalterin sei, und sie 2001 eine Gratifikation für ihre Mitarbeit bei der Zusammenlegung zweier Unternehmen erhalten habe, könne davon ausgegangen werden, dass die Kläger durchaus in der Lage gewesen seien, den Gesamtsachverhalt der von ihr erworbene Kapitalanlage zu durchdringen und die diesbezüglichen Risiken abzuschätzen.	41
Soweit es im Protokoll der Gesellschafterversammlung der Q heiße, sie, die Beklagte, habe den Kontakt zu einem Investor hergestellt, sei dies die Aussage des dortigen Fondsinitiators gewesen, es entziehe sich aber ihrer Kenntnis, woher diese Aussage stammen solle. Zudem betreffe diese Aussage einen gänzlich anderen Fonds, der mit dem vorliegenden nichts zu tun habe. Letztlich würde dieser Punkt aber auch nur die Frage des institutionalisierten Zusammenwirkens, nicht die Frage der Evidenz betreffen. Soweit die Kläger eine arglistige Täuschung behaupteten, hätten sie keine einem Beweis zugängliche Tatsache für eine bewusste und falsche Beratung vorgetragen. Der Vermittler habe auch keine Prognosen selbst erstellt, er habe vielmehr auf die Angaben im Prospekt zurückgegriffen.	42
Die Beklagte beantragt weiterhin, das Urteil des Landgerichts Essen vom 28.5.2009 aufzuheben und die folgt abzuändern:	43
1. Die Beklagte wird verurteilt, die von den Klägern auf den Darlehensvertrag gemäß er Darlehens Nummer #### ###3 geleisteten Teilzahlungen ab dem 1.1.2005 mit einem Zinssatz von 4% neu zu berechnen und an die Kläger die ab diesem Zeitpunkt über diesen Zinssatz hinaus gezahlten Zinsen zu erstatten. 2. Es wird festgestellt, dass die Kläger aus dem Darlehensverhältnis mit der Darlehens Nummer #### ###3 anstelle der vertraglich scheinbaren Zinsen lediglich Zinsen in Höhe von nominal 4% per anno schulden. 3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.	44
Die Beklagte führt zur Begründung ihrer Berufung aus, sie wende sich gegen das Urteil, soweit dies einen Zinsüberzahlungsanspruch für die verjährte Vergangenheit auswerfe. Bereicherungsansprüche hinsichtlich überzahlter Zinsen vor dem 01.01.2005 seien verjährt. Auch die Rückerstattung des Disagios sei nicht geschuldet, da auch insoweit Verjährung eingetreten sei. Die Kläger hätten aus dem Darlehensvertrag sämtliche Tatsachenkenntnisse, sie zur Klageerhebung erforderlich gewesen seien, gehabt.	45
Wegen des weiteren tatsächlichen Vorbringens wird auf die erstinstanzliche Entscheidung sowie auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	46
II.	47
	48

Die Berufung der Kläger ist zulässig, aber unbegründet, die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.

1. Ein Anspruch der Kläger auf Rückabwicklung des Darlehensverhältnisses ergibt sich nicht aus einem wirksamen Widerruf des Darlehensvertrages. 49

a) Die von den Klägern vorgetragene Haustürsituation war jedenfalls für den späteren Vertragsschluss nicht ursächlich. 50

Die Willenserklärung des Verbrauchers muss im entscheidenden Beweggrund durch die Haustürsituation veranlasst worden sein. Es ist erforderlich, dass der Vertrag ohne die Überrumpelung nicht oder zumindest nicht so zu Stande gekommen wäre. 51

Ist die Vertragserklärung nicht unmittelbar in der Haustürsituation, sondern zeitlich danach abgegeben worden, so muss im Einzelfall geprüft werden, ob das durch die Verhandlungen in der Privatwohnung geschaffener Überraschungsmoment noch fortgewirkt hat. Dazu ist ein enger zeitlicher Zusammenhang nicht unbedingt erforderlich. Liegt er vor, so kann auf das Fortwirken zwingend geschlossen werden. Mit zunehmendem zeitlichen Abstand aber nimmt die Indizwirkung ab oder entfällt schließlich ganz (BGH Urteil vom 20. 05. 2003 – XI ZR 20048/02 -) in diesen Fällen kann auf die Kausalität der Überrumpelung nur noch durch Würdigung aller Umstände im Einzelfall geschlossen werden. Welcher Zeitraum hierfür erforderlich ist und welche Bedeutung anderen Umständen im Rahmen der Kausalitätsprüfung zukommt, ist Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalles. 52

Die Kläger haben im Rahmen ihrer Anhörung vor dem Senat erklärt, sie hätten sich an den Vermittler N2 im Juni 2009 gewandt, weil sie eine Eigentumswohnung hätten erwerben wollen. Erst im Rahmen des zweiten Besuchs des Vermittlers ist es dann nach dem Vortrag der Kläger über die Beteiligungen an dem streitgegenständlichen Fonds erstmals verhandelt worden. Im Rahmen dieses Termins am 12.07.2009 haben die Kläger die streitgegenständliche Fondsbeteiligung dann gezeichnet. 53

Zwischen dem zweiten Besuch des Vermittlers und der Unterzeichnung des Darlehensvertrages lagen dann noch einmal 15 Tage. Die Kläger haben in der Zwischenzeit die Fondsbeteiligung trotz wirksamer Widerrufsbelehrung auch nicht widerrufen. Dass die Kläger dann bei Unterzeichnung des Darlehensvertrages eine bewusste Entscheidung zur Finanzierung der von ihnen gezeichneten Fondsbeteiligung getroffen haben, zeigt die eigene Einlassung der Kläger im Termin vor dem Senat. Sie haben hierzu angegeben, dass der zweite Termin zur Unterzeichnung des Darlehensvertrages vom Vermittler bewusst so gewählt worden sei, dass sie, falls die Finanzierung über die Beklagte nicht zustande gekommen wäre, noch die Möglichkeit gehabt hätten, die Zeichnung der Fondsbeteiligung zu widerrufen. Nur für den Fall, dass die Finanzierung scheitern würde, wollten sich die Kläger somit die Möglichkeit des Widerrufs vorbehalten. Die Kläger haben demnach eine bewusste und durchdachte Entscheidung getroffen und standen keineswegs noch unter dem Eindruck der durch die Haustürsituation möglicherweise entstandenen Überrumpelung. 54

b) Auch ein Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG ist nicht gegeben, da dieses auch bei einer unwirksamen Belehrung 6 Monate nach Vertragsschluss erloschen wäre. 55

2. 56

Die Kläger haben gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Darlehensvertrages nach den allgemeinen Regeln des Verschuldens bei Vertragsschluss in 57

a) Den Klägern steht kein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Schlecht-/Nichterfüllung eines mit der Beklagten geschlossenen Beratungsvertrages zu. Ein ausdrücklicher Beratungsvertrag zwischen den Parteien ist bereits nach dem Vorbringen der Kläger nicht geschlossen worden. Es ist auch weder dargetan noch ersichtlich, dass im Zusammenhang mit einer Anlageentscheidung ein konkludenter Beratungsvertrag zustande gekommen ist. 58

Sämtliche Gespräche in Vorbereitung und im Zusammenhang mit den Vertragsschlüssen wurden nach dem Vortrag der Kläger von dem durch die Verkäuferin beauftragten Vermittler geführt. Ein Beratungsvertrag ist zwischen den Parteien auch nicht allein dadurch zustande gekommen, dass der Vermittler eine Finanzierung durch die Beklagte empfohlen hat. Denn der Vermittler trat allein für die Fondsgesellschaft auf. Damit handelte er auch aus der Sicht der Kläger nicht schon ohne weiteres im Namen der Beklagten, geschweige denn mit deren Vollmacht zum Abschluss eines Beratungsvertrages. 59

b) Ein Schadensersatzanspruch der Kläger ergibt sich auch nicht aus der Verletzung einer im Rahmen des Darlehensvertrages bestehenden besonderen Aufklärungspflicht der Beklagten über besondere Risiken des zu finanzierenden Anlagegeschäftes. 60

Die kreditgebende Bank ist bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen zur Risikoaufklärung nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, dass die Kunden entweder über die notwendigen Kenntnisse verfügen oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient haben. Aufklärungs- und Hinweispflichten bezüglich des finanzierten Geschäfts können sich daher nur aus den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls ergeben, wenn im Einzelfall ein besonderes Aufklärungs- und Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers besteht und nach Treu und Glauben ein Hinweis der Bank geboten ist. 61

aa) Eine Aufklärungspflicht der Bank ist unter anderem dann gegeben, wenn diese im Zusammenhang mit der Planung, Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre bloße Rolle als Kreditgeberin hinausgeht. Eine Rollenüberschreitung durch die Beklagte ist hier jedoch nicht ersichtlich. Hierzu hätte sie sich in die unternehmerische Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts einschalten müssen. Sie hätte Funktionen übernehmen müssen, die typischerweise vom Veräußerer oder Vertreiber des Projekts wahrzunehmen waren, so dass sie gleichsam als Partei des zu finanzierenden Geschäfts erschienen wäre und die Kläger ihr deshalb ein entsprechendes Vertrauen entgegengebracht hätte. Eine Rollenüberschreitung durch die Beklagte könnte hier allenfalls darin liegen, dass die Beklagte, wie die Kläger behauptet hat, den Fondsinitiatoren des Q-Fonds die J-GmbH als möglichen Investor genannt hat. Hierin kann jedoch kein Einschalten in die unternehmerische Planung oder Durchführung des streitgegenständlichen Fonds gesehen werden, da die Entscheidung, ob und in welcher Höhe Anteile des Q-Fonds übernommen werden sollten, ausschließlich bei der die J-GmbH verblieb. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte maßgeblich an der Auflegung des streitgegenständlichen Fonds beteiligt war, sind nicht gegeben. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte in nach außen erkennbarer Weise Funktionen der Verkäuferin übernommen hat. 62

bb) Eine besondere Aufklärungspflicht der Bank kann weiterhin dann bestehen, wenn diese in Bezug auf von ihr als wesentlich erkannte Umstände des Kreditgeschäfts gegenüber dem Kreditnehmer einen konkreten Wissensvorsprung hat und dies auch erkennen kann. Einen konkreten Wissensvorsprung in Bezug auf ein spezielles Risiko des zu finanzierenden Vorhabens hätte die Beklagte besessen, wenn sie positiv gewusst oder geradezu die Augen 63

davor verschlossen hätte, dass der streitgegenständliche Fonds scheitern würde (vgl. BGH, WM 1987,1546) oder dass wesentliche, für den Fonds bedeutsame Umstände, insbesondere wertbildende Faktoren, durch Manipulation verschleiert wurden (vgl. BGH, WM 1992, 216 f) oder dass die Kreditnehmer von den Geschäftspartnern arglistig getäuscht wurden.

Von den Klägern sind keinerlei Gesichtspunkte vorgetragen worden, die den Schluss rechtfertigen, dass die Beklagte hier eigene, über die Informationen im Fondsprospekt hinausgehende Erkenntnisse über die wirtschaftliche Situation des streitgegenständlichen Fonds hatte. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte eigene, sich nicht aus dem Prospekt ergebende Erkenntnisse über die Vermietungssituation des Fonds hatte oder darüber, wie der Fonds sich in Zukunft entwickeln würde.

64

Auch über den Fonds-Prospekt hinausgehende Erkenntnisse der Beklagten im Hinblick auf die Beteiligungen der Fondsgesellschaft an dem Q-Fonds sind nach dem Vortrag der Kläger nicht ersichtlich. Die Beteiligung des D Fonds an dem Q-Fonds ergab sich ausdrücklich aus dem Fondsprospekt (Unter dem Punkt: Das rechtliche Konzept, Ziff. 4 S. 30 ff. des Prospekts). Außerdem wird in dem Prospekt auch ausführlich darauf hingewiesen, dass der tatsächliche Stand der Liquiditätsreserve des Q-Fonds den prognostizierten Stand der Liquiditätsreserve laut Prognoserechnung des Q-Fonds deutlich unterschreitet und dass die O KG deshalb auch nicht die kalkulierten Zinserträge erwirtschaften kann. Unter dem Punkt "Prognoserisiko" heißt es weiter: Es kann ...nicht ausgeschlossen werden, dass die tatsächlichen Verhältnisse der O KG und damit der von der Fondsgesellschaft hieran erworbenen Beteiligung sich anders – mithin auch deutlich schlechter- darstellen als in diesem Prospekt wiedergegeben". Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte über diese im Prospekt enthaltenen Hinweise hinausgehende Erkenntnisse über die Liquidität des Q-Fonds oder des streitgegenständlichen Fonds hatte, sind nicht vorgetragen.

65

cc)

66

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte einen besonderen Gefährdungstatbestand geschaffen hat, indem sie das eigene wirtschaftliche Wagnis auf die Kläger verlagert und diese bewusst mit einem Risiko belastet hat, das über die mit dem zu finanzierenden Vorhaben normalerweise verbundenen Gefahren hinausging. Es ist bereits nicht erkennbar, in welcher Höhe die Beklagte für den Fall, dass der Q-Fonds nicht geschlossen worden wäre, mit ihrer Forderung gegen diesen Fonds überhaupt ausgefallen wäre. Mangels anderweitiger Erkenntnisse kann nur angenommen werden, dass die Darlehen, die die Beklagte dem Q-Fond gewährt hatte, bankenüblich mit den Immobilien in C, die von diesem Fonds erworben wurden, gesichert waren. Die Darlehen, die den Anlegern des Q-Fonds gewährt wurden, werden, ebenfalls bankenüblich, mit Lohnabtretungen, Kapitallebensversicherungen oder in ähnlicher Weise gesichert gewesen sein. Dass die Beklagte hier ungesicherte Darlehen vergeben hat, ist nicht ersichtlich. Wenn der Q-Fonds somit nicht geschlossen worden wäre und hätte liquidiert werden müssen, wäre die Beklagte also nur mit einem etwaigen Anteil ausgefallen, der nicht durch die gegebenen Sicherheiten abgedeckt gewesen wäre. Dass die Beklagte bei Liquidierung tatsächlich einen Schaden erlitten hätte, ist in keiner Weise ersichtlich oder vorgetragen.

67

3) Die Beklagte haftet auch nicht aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen eines ihr zurechenbaren Aufklärungsverschuldens durch den Vermittler Q3. Die Bank muss sich im Rahmen eines verbundenen Geschäfts eine das Anlagegeschäft betreffende arglistige Täuschung des Vermittlers nach der Wertung des § 123 Abs. 2 BGB zurechnen lassen (vgl. BGH, BGHZ 167, 239, 249, WM 2006, 1066, WM 2007, 200 f.; WM 2007, 1367 f., WM 2009, 2366 f.) Die wirtschaftliche Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds in Form

68

eine BGB-Gesellschaft einerseits und der Abschluss des Kreditvertrages über die zur teilweisen Finanzierung der Einlage erforderlichen Beträge andererseits stellen ein verbundenes Geschäft i.S.d. § 9 Abs. 1 S. 1 VerbrKrG dar, wenn der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises diene und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind. Das Vorliegen eines verbundenen Geschäftes ist zwischen den Parteien im Ergebnis unstreitig.

Bereits nach dem Vortrag der Kläger ist jedoch eine arglistige Täuschung durch den Vermittler nicht ersichtlich.

69

Soweit der Anlageberater den Klägern versichert hat, dass die Ausschüttungen aus den Immobilien sicher seien, da es sich um erstklassige Immobilien handele, in die der Fond investiere und zusätzlich eine –tatsächlich vereinbarte- Mietgarantie gegeben werde, handelt es sich um bloße Werbeanpreisungen, die keine arglistige Täuschung begründen. Eine arglistige Täuschung durch evident unrichtige Angaben des Vermittlers würde nur vorliegen, wenn sich die behauptete Täuschung durch Vorspiegeln oder Entstellen von Umständen auf objektiv nachprüfbare Angaben beziehen würde und nicht lediglich subjektive Werturteile oder marktschreierische Anpreisungen vermittelt würden. Ein die Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank auslösender konkreter Wissensvorsprung im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers setzt dementsprechend konkrete, dem Beweis zugängliche unrichtige Angaben des Vermittlers oder Verkäufers über das Anlageobjekt voraus. Daran fehlt es bei den hier fraglichen Äußerungen. Bei diesen Aussagen des Vermittlers handelt es sich lediglich um subjektive Werturteile und unverbindliche Anpreisungen, nicht aber um eine Täuschung durch unrichtige Angaben zu dem Anlageobjekt. Es fehlt an der Darlegung konkreter wertbildender Merkmale des Fonds, insbesondere zum Verkehrswert der Immobilien, den Finanzierungskosten sowie den versprochenen Mieteinnahmen und Steuervorteilen, welche objektiv nachprüfbar und einem Beweis zugänglich wären (vgl. BGH, XI ZR 204/04, WM 2006, 2343).

70

Soweit die Kläger vorgetragen haben, der Vermittler habe ihnen erklärt, die Beteiligung sei z.B. im Notfall veräußerbar, ist auch in dieser Erklärung jedenfalls keine arglistige Täuschung zu sehen, da auch für geschlossene Immobilienfonds ein Zweitmarkt besteht.

71

Auch in einer möglicherweise fehlenden Aufklärung über das Risiko des Totalverlustes ist keine arglistige Täuschung, sondern allenfalls ein Beratungsverschulden des Vermittlers zu sehen. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Vermittler bewusst ein derartiges Risiko unerwähnt ließ, um des den Klägern zu verschweigen. Darüber hinaus ist das Risiko des Totalverlustes bei einem Immobilienfonds auf Eigenkapitalbasis eher gering. Selbst bei unzureichendem Mietertrag stünde den Verbindlichkeiten der Gesellschaft zunächst der Sachwert der Immobilie gegenüber. Zu einem Totalverlust des Anlagebetrages kann es erst dann kommen, wenn die Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft den Wert der Immobilie vollständig aufzehren (vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2009, XI ZR 337/08, iuris, der eine Hinweispflicht bzgl. eines Totalverlustes auch im Prospekt eines teilweise auf Fremdkapitalbasis finanzierten Fonds verneint.)

72

Eine umfassende Aufklärung über die Risiken der Beteiligung ergibt sich jedenfalls aus dem Fondsprospekt. Dass der Vermittler Risiken abweichend von diesem Prospekt dargestellt und mit seinen Erklärungen ein Bild gezeichnet haben soll, das die Hinweise im Prospekt entwertet hat, ist schon nach dem Vortrag der Kläger nicht erkennbar.

73

4.

74

75

Die Beklagte haftet den Klägern auch nicht aufgrund einer evident arglistigen Täuschung der Fondsbetreiber, die die Beklagte sich aufgrund eines institutionalisierten Zusammenwirkens zurechnen lassen müsste. Es kann hier im Ergebnis dahinstehen, ob hinsichtlich des hier streitgegenständlichen Fonds – wofür einiges spricht- ein institutionalisiertes Zusammenwirken zwischen der Beklagten und der J-GmbH gegeben war.

Die Grundsätze der Haftung aufgrund eines institutionalisierten Zusammenwirkens gelten auch bei einem verbundenen Geschäft, wenn die außerhalb des Verbunds stehenden Fondsinstitute oder Gründungsgesellschafter die arglistige Täuschung begangen haben (vgl. BGH, 21. November 2006, XI ZR 347/05 = WM 2007, 200 = NJW 2007, 1127, a.A. OLG Hamm, Urteil vom 02.04.2009, 27 U 104/07-iuris-). 76

Solche evident unrichtigen Angaben durch die Fondsinstitute oder Gründungsgesellschafter sind hier jedoch entgegen der Auffassung der Kläger nicht ersichtlich. 77

Im Rahmen der Haftung einer Bank aufgrund eines institutionalisierten Zusammenwirkens mit dem Verkäufer oder dem Vertrieb werden Kenntnisse der Bank über evident unrichtige Angaben vermutet. Diese unrichtigen Angaben müssen derart schwerwiegend sein, dass es unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben erforderlich erscheint, dass die Bank den Anleger –auch ohne Vorliegen eines Beratungsvertrages – hierauf von sich aus hinweist. Eine solche Hinweispflicht der Bank ist beim Erwerb eines geschlossenen Immobilienfonds zu bejahen, wenn – ohne dass dies für einen durchschnittlichen Anleger erkennbar wäre – der Prospekt offensichtlich unrichtige Angaben enthält. 78

Solche offensichtlich unrichtigen Angaben sind hier nicht erkennbar. Die Kläger haben vorgetragen, dass der Prospekt hier eine erkennbar unrichtige Prognose enthalten habe, da weder die der Prognose zugrunde gelegte Nettomiete noch der angenommene Durchschnittszinssatz realistisch gewesen seien. Dass die Prognose unzutreffend gewesen sei, habe gerade die Entwicklung des Fonds in den Folgejahren gezeigt. 79

Eine offensichtlich unzutreffende Prognoseberechnung, auf die die Beklagte hätte hinweisen müssen, ist hier jedoch nicht gegeben. 80

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Bank selbst dann, wenn sie einen Immobilienfond im Rahmen eines Beratungsvertrages empfiehlt, keine Gewähr dafür übernimmt, dass die im Prospekt enthaltene Prognose im Ergebnis tatsächlich eintritt. Der Bundesgerichtshof hat dazu in seiner Entscheidung vom 27.10.2009 XI ZR 337/08 ausgeführt, dass zu den Umständen, über die der Prospekt ein zutreffendes und vollständiges Bild zu vermitteln hat, zwar auch die für die Anlageentscheidung wesentlichen Prognosen über die voraussichtliche künftige Entwicklung des Anlageobjekts gehören. Selbst der Prospektherausgeber übernimmt jedoch grundsätzlich keine Gewähr dafür, dass sich die von ihm prognostizierte Entwicklung tatsächlich verwirklicht. Das Risiko, dass sich eine aufgrund anleger- und objektgerechter Beratung getroffene Anlageentscheidung im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Anleger (BGH, Urteil vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851, Tz. 12). Die Interessen des Anlegers werden dadurch gewahrt, dass Prognosen im Prospekt durch Tatsachen gestützt und ex-ante betrachtet vertretbar sein müssen. Sie sind nach den damals gegebenen Verhältnissen und unter Berücksichtigung der sich abzeichnenden Risiken zu erstellen. Dabei darf auch eine optimistische Erwartung der Prognose einer zukünftigen Entwicklung zugrunde gelegt werden, solange die die Erwartung rechtfertigenden Tatsachen sorgfältig ermittelt sind und die darauf gestützte Prognose der künftigen Entwicklung aus damaliger Sicht vertretbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851; Urteile vom 18. Juli 2008 - V ZR 71/07, WM 2008, 1798 und V 81

Es kann bereits nicht festgestellt werden, dass die Tatsachen, auf die die Prognose gestützt wurde, nicht mit hinreichender Sorgfalt ermittelt wurden. Bereits der im Rahmen der Prognoseberechnung angesetzte Zinssatz für die Verzinsung der Liquiditätsreserve lag nicht außerhalb realistischer Erwartungen. Es handelte sich um einen Durchschnittszinssatz für den gesamten Prognosezeitraum, der auch unter Berücksichtigung der in den Jahren 1998-2000 zu erzielenden Renditen für mittlere Anlagezeiträume nicht als unrealistisch angesehen werden kann. So lagen z.B. ausweislich der Statistik der Deutschen Bundesbank die Umlaufrenditen inländischer Inhaberschuldverschreibungen / Hypothekendarlehen mit einer mittleren Restlaufzeit von über 5 bis einschl. 6 Jahren im Jahr 2000 bei durchschnittlichen 5,6 %.

82

Aus dem von den Klägern vorgelegten Immobilienpreisspiegel des Rings deutscher Makler für das Jahr 1998 ergibt sich auch nicht, dass der der Prognose zugrunde gelegte durchschnittliche Mietzins von 11,50 DM für das Objekt in D für Immobilien in entsprechender Lage bzw. mit dem entsprechenden Renovierungszustand von vornherein unrealistisch war. Im Hinblick auf die vorhandene Mietgarantie und die ausweislich des Geschäftsberichts für die Wirtschaftsjahre 2000-2003 erfolgte Vermietung des Objekts in Form von betreutem Wohnen für ältere Menschen, kann nicht festgestellt werden, dass hier ein unrealistischer Mietzins zugrunde gelegt wurde. Soweit bei der Prognose der Mieteinnahmen eine Vollvermietung des Objekts zugrunde gelegt wurde, war dies mit Rücksicht auf die von der Verkäuferin auf die Dauer von 10 Jahren gegebene Mietgarantie nicht zu beanstanden, zumal ausweislich des Geschäftsberichtes für die Jahre 2000-2003 auch tatsächlich Vollvermietung gegeben war. Für die Zeit nach Ablauf der Mietgarantie wird unter dem Punkt "Vermietungssituation/Mietgarantie Objekt D" ausdrücklich darauf hingewiesen, dass zweifelhaft sei, ob ab dem Jahr 2010 das kalkulierte Mietausfallrisiko ausreichend sei.

83

Soweit der Prognoseberechnung teilweise noch die Ausschüttung des Q-Fonds zugrunde gelegt wurde, mag diese Berechnung zwar optimistisch gewesen sein, aber im Fondsprospekt wird auf S. 55 unter dem Punkt "Ausschüttungen Liquiditätsreserve" ausdrücklich darauf verwiesen, dass nur aufgrund des abgeschlossenen Ausschüttungsgarantievertrages die angesetzten Ausschüttungen erlangt würden. Die Ausschüttungen durch die O KG erfolgten auch zunächst. Über darüber hinaus bestehende Risiken der Beteiligung am Q-Fonds, insbesondere über das Prognoserisiko, wird im Rahmen des Prospektes ausdrücklich hingewiesen. So wird über die Art der Beteiligung an dem Q-Fonds sowie auf die tatsächliche Entwicklung dieses Fonds im Rahmen des Prospektes informiert. Eine über die ausdrücklichen Hinweise im Prospekt hinaus bestehende Hinweispflicht der Beklagten ist nicht ersichtlich, da die vorhandenen Risiken insbesondere der Beteiligung an dem Q-Fond sich eindeutig aus dem vorliegenden Prospekt ergeben. Unter anderem wird unter der Überschrift "Chancen und Risiken" im Prospekt ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die für den Q-Fonds prognostizierten Sollwerte von dessen Istwerten, wie sie sich zum Zeitpunkt der Erstellung des D-Fondsprospekts darstellten, abwichen. Diese Abweichungen sind im Prospekt detailliert aufgeführt. Eine über diese Ausführungen im Prospekt hinausgehende Hinweispflicht der Beklagten ist nicht ersichtlich. Die Beklagte konnte davon ausgehen, dass die Anleger den Prospekt vollständig lesen würden und so die notwendigen Hinweise zu den Risiken, mit denen die Renditeprognose behaftet ist, erhalten.

84

5)

85

86

Auch ein Anspruch der Kläger gegen die Beklagte für bereits auf das Darlehen erbrachte Leistungen nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V. mit § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB aufgrund einer dauerhaft rechtshindernden Einwendung ist nicht gegeben. Ein solcher Rückforderungsanspruch wäre nur dann begründet, wenn der Leistende bereits zum Zeitpunkt der Leistung dauerhaft berechtigt war, diese zu verweigern.

Einwendungen aus dem verbundenen Geschäft ergeben sich hier nicht daraus, dass der Beitritt zur Fondsgesellschaft wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam war. 87

Nach Auffassung des Senats war die Vollmachtserteilung an die Treuhänderin in dem Treuhandvertrag nicht schwerpunktmäßig auf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten gerichtet. Der BGH hat in einer Vielzahl von Entscheidungen, zuletzt durch Urteil vom 23.02.2010 (XI ZR 195/09), ausgeführt, dass für die Beurteilung der Frage, ob eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne von Art. 1 § 1 RBerG vorliege, nicht allein auf die rechtliche Form einer Tätigkeit, sondern auf ihren Kern und Schwerpunkt abzustellen sei, d.h. darauf, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liege und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezwecke oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund stehe und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse gehe. 88

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Vollmachtserteilung der Kläger nicht den Abschluss eines ganzen Bündels unterschiedlicher Verträge mit mannigfaltigem rechtlichem Beratungsbedarf zum Gegenstand hatte, sondern sich auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und auf die Aufnahme des Finanzierungsdarlehens beschränkte. Im einem solchen Fall handelt es sich um die Wahrnehmung von im Wesentlichen wirtschaftlichen Belangen und nicht schwerpunktmäßig um die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten. 89

Zwar hat das OLG München in seiner Entscheidung vom 12.01.2010 (5 U 5237/08-iuris) hinsichtlich einer vergleichbaren Vollmachtserteilung die Auffassung vertreten, ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz sei zu bejahen. Die Treuhänderin werde schon in dem Beitrittsschein nicht nur zum Beitritt zum Fonds, sondern auch zum Abschluss eines Steuerberatervertrages ermächtigt sowie dazu, alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die für seinen wirtschaftlichen Beitritt und den Beitritt weiterer Zeichner zur Gesellschaft erforderlich seien. Weiterhin werde sie ermächtigt, alle zum wirtschaftlichen Erwerb und zur Abwicklung der Gesellschaftsbeteiligung erforderlichen Aufgaben gemäß Gesellschaftsvertrag durchzuführen und "die erforderlichen Verträge abzuschließen", was eine Begrenzung auf nur wirtschaftliche Abwicklungstätigkeiten gerade nicht beinhalte. Auch der Treuhandvertrag, auf den im Beitrittsschein verwiesen werde, ermächtige die Treuhänderin, eine Vielzahl von rechtlichen Gestaltungsrechten wahrzunehmen und diese prozessual durchzusetzen. 90

Diese Bewertung des OLG München ist aber mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof, welcher der Senat folgt, nicht vereinbar. Hiernach liegt in der vorliegenden Vollmachtserteilung keinen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz. Die Erklärungen und Verträge, zu deren Abschluss die Treuhänderin von den Klägern bevollmächtigt wurde und die teilweise beispielhaft im Zeichnungsschein wiedergegeben sind, sollen ausdrücklich der Verwirklichung des wirtschaftlichen Beitritts der Kläger zur Fondsgesellschaft dienen. Auch der abzuschließende Steuerberatungsvertrag der treuhänderischen Steuerberatergesellschaft mit sich selbst (Befreiung vom Verbot der Selbstkontrahierung) führt nicht zu einer anderen Bewertung, da auch die steuerliche Betreuung schwerpunktmäßig zu Wahrnehmung 91

wirtschaftlicher Belange gehört. Soweit darüber hinaus in der Vollmacht auf die Befugnisse der Treuhänderin gem. § 4 des Gesellschaftsvertrages Bezug genommen wird, so ist die Treuhänderin insoweit, wie dem Senat aus vergleichbaren Parallelverfahren bekannt ist, von den Gesellschaftsgründern auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages namens der GbR wirksam beauftragt und bevollmächtigt worden, für sie die zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks notwendigen und zweckmäßigen Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Verträge, die eine Fonds-GbR einem Nichtgesellschafter unter Beachtung der Grundsätze der Selbstorganschaft überträgt, fallen jedoch ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich der Rechtsberatungsgesetzes, weil auch diese ihrem Inhalt nach im Schwerpunkt nicht auf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, sondern auf Wahrung wirtschaftlicher Interessen gerichtet sind (vgl. BGH Urteile vom 23.02.2009, XI ZR 195/09 und vom 12.01.2010, XI ZR 37/09-iuris-), ganz abgesehen davon, dass die Vollmachtserteilung zu Handlungen im Namen der Kläger von der Bevollmächtigung durch die GbR nicht berührt wird.

Selbst wenn aber von der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten und damit einer unwirksamen Vollmacht auszugehen wäre, würde auch dies nicht zu einer –auch nur teilweisen - Begründetheit der Klage führen. 92

Denn nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft führt der fehlerhafte Beitritt zu einer Gesellschaft nicht zu dessen Unwirksamkeit ex tunc, sondern nur zu einem in die Zukunft wirkenden Kündigungsrecht des Gesellschafters ex nunc gegenüber der Gesellschaft, aus dem sich dann ein Abfindungsanspruch gegenüber der Gesellschaft ergeben kann. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH sind die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch auf Innengesellschaften z.B. in der Form einer stillen Gesellschaft anwendbar. (vgl. II ZR 140/03 vom 21.03.2005 mit weiteren Nachweisen; a.A. OLG München, Urteil vom 12.01.2010, 5 U 5237/08-iuris-). Danach ist ein fehlerhafter Gesellschaftsvertrag grundsätzlich als wirksam zu behandeln, wenn er in Vollzug gesetzt worden ist. Lediglich für die Zukunft können sich die Parteien von dem Vertrag lösen (ständige Rechtsprechung, s. etwa BGHZ 156, 46, 51 ff). Für die Invollzugsetzung der Gesellschaft genügt es, wenn der Innengesellschafter Einlagezahlungen leistet und steuerliche Verlustzuweisungen entgegen nimmt. 93

Die Kläger haben bereits nicht vorgetragen, ihre Gesellschaftsbeteiligung überhaupt gekündigt zu haben. 94

III. 95

Die Berufung der Beklagten ist begründet, da der vom Landgericht zugesprochene Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung teilweise verjährt ist. Der Anspruch unterfällt nach Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts am 1. Januar 2002 der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB. Die Verjährung beginnt gem. § 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. 96

Ein Gläubiger, der einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB verfolgt, hat Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen, wenn er von der Leistung und den Tatsachen, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt, weiß. In der Regel nicht erforderlich ist es, dass der Anspruchsberechtigte aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In 97

diesem Fall fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifende Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (BGH, Urteil vom 20.01.2009, XI ZR 504/07, WM 2009, 61 ff.; BGH, Urteil vom 23.09.2008, XI ZR 263/07, zitiert bei iuris).

Die Kläger hatten von der fehlenden Gesamtbetragsangabe für die gesamte Laufzeit des Darlehens, mit Unterzeichnung und Überlassung des Darlehensvertrages Kenntnis bzw. grob fahrlässig keine Kenntnis. Denn in dem Vertrag waren zum einen die zu zahlenden Zinsen und Kontoführungsgebühren ausdrücklich lediglich für einen Zeitraum bis zum Ende der Zinsbindung; die – wenn auch fiktiv zu berechnenden – Zinsen und Gebühren bis zum Ende des Vertrages (30.12.2015) waren nicht angegeben. Darüber hinaus wurde auch kein vom Darlehensnehmer zu tragender Gesamtbetrag genannt, sondern lediglich die Zinsen und Kontoführungsgebühren, die bis zum 30.12.2007 anfielen, aufgelistet und anschließend addiert, und zwar ohne Einschluss der Restschuld. Ferner hatten die Kläger Kenntnis von den jeweiligen Zahlungen, die sie aufgrund des Darlehensvertrages an die Beklagte erbracht haben. Die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB waren damit hinsichtlich der erbrachten Leistungen jeweils mit Zahlung der vereinbarten Raten erfüllt. Ob die Kläger aus der Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände die rechtlich zutreffenden Schlüsse gezogen haben, namentlich erkannten oder erkennen mussten, dass eine Gesamtbetragsangabe bis zum Ende der Zinsbindungsfrist – zudem ohne Einschluss der Restschuld – einen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Ziff. 1b S. 2 VerbrKrG a.F. begründet und sie damit Zinszahlungen über 4 % nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB zurückfordern konnten, ist demgegenüber unerheblich (vgl. BGH, WM 2008, 1346 ff.; BGH, Urteil vom 23.09.2008, XI ZR 263/07, zitiert bei iuris).

98

Der Beginn der Verjährungsfrist ist auch nicht durch eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage verschoben worden. Der BGH hat bereits in seinem Urteil vom 18.12.2001 (XI ZR 156/01, BGHZ 149, 302 ff.) entschieden, dass ein endfälliger Verbraucherkreditvertrag mit Tilgungsaussetzung, der bei Fälligkeit mittels einer zwischenzeitlich angesparten Kapitallebensversicherung u.a. getilgt werden soll, unter die Regelung des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b) S. 2 VerbrKrG a.F. fällt und damit ein fiktiver Gesamtbetrag für die gesamte Laufzeit des Darlehens anzugeben ist. Die Kläger behaupten insoweit auch nicht, dass eine unsichere oder zweifelhafte Rechtslage vorgelegen habe, die die Klageerhebung unzumutbar machte. Soweit der BGH im Jahre 2006 (Urteil vom 25.4.2006 – XI ZR 193/04, WM 2006, 1003, 1007) klargestellt hat, dass eine Abschnittsgesamtbetragsangabe gegenüber der vom Gesetz geforderten Gesamtbetragsangabe keine fehlerhafte Betragsangabe, sondern unter Schutzzweckgesichtspunkten ein aliud darstellt, ist auch mit dieser Entscheidung lediglich eine einzelne Rechtsfrage höchststrichterlich geklärt worden, die zuvor in Streit gewesen sein mag; allein ein Streit um eine Rechtsfrage macht die Rechtslage indes weder besonders unübersichtlich noch zweifelhaft. Die Verjährung läuft nur dann nicht, wenn selbst ein rechtskundiger Dritter die Rechtslage nicht mehr überblickt und Gefahr läuft, auch unter größten Anstrengungen die falschen Maßnahmen zu ergreifen (BGH, NJW 1999, 2041, 2041; OLG Stuttgart, Urteil vom 01.07.2007, S. 30 UA). Dass hinsichtlich der Zinsüberzahlungen ein Rückforderungsanspruch besteht, ist – soweit ersichtlich – gleichfalls in der Literatur nicht in Frage gestellt worden (vgl. BGH, XI ZR 504/07, WM 2009, 61 ff.). Schließlich zeigen zahlreiche vor dem 25.04.2006 eingeleitete Parallelverfahren, dass gemeinhin auch nicht von einer Rechtslage ausgegangen worden ist, die eine Klageerhebung unzumutbar erscheinen ließ; vielmehr haben die jeweiligen Prozessbevollmächtigten der Darlehensnehmer der jeweiligen Klage auf Rückzahlung von Zinszahlungen hinreichende Aussicht auf Erfolg beigemessen, wenn sie deren Ansprüche gerichtlich geltend gemacht haben.

99

Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass – wie oben ausgeführt – nicht einmal eine Gesamtbetragsangabe bis zum Ende der Zinsbindungsfrist errechnet worden ist, da der angegebene vermeintliche "Gesamtbetrag" lediglich Zinszahlungen und Kontoführungsgebühren enthält, die Restschuld hingegen gesondert ausgewiesen wurde. Dass auch bezüglich der Folgen dieses Fehlers eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage bestand, behaupten die Kläger selbst nicht.

Soweit die Kläger die Neuberechnung von Zinsen seit dem 01.01.2002 verlangt, ist ihr Anspruch auf Rückzahlung verjährt. 101

Soweit die Kläger Rückzahlung von Überzahlungen vom 01.01.2005 an geltend machen, ist die Klage begründet und wird auch von der Beklagten nicht bestritten. 102

IV. 103

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 97 ZPO. 104

Die Entscheidung über die sofortige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 105

Die Revision ist nicht zuzulassen, da der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und auch die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts in dieser Sache nicht erfordern, § 543 Abs. 2 ZPO. 106