



Anlage zum Protokoll vom 07.11.2007

Verkündet am 07.11.2007

...
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

1. der Frau S... B...,

Klägerin und Berufungsklägerin zu 1.,

2. des Herrn E... B...,

Kläger und Berufungskläger zu 2.,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

g e g e n

1. Deutsche Bausparkasse ... AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte zu 1.,

2. Landesbank ...

Beklagte und Berufungsbeklagte zu 2.,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

hat der 3. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 01.10.2007

durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Bunge

und die Richter am Oberlandesgericht Jalaß und Hüsgen

für **Recht** erkannt:

Auf die Berufung der Kläger und unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Berufung wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 07.06.2006 - 8 O 203/05 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, die Kläger von den Darlehensrückzahlungs- und Zinszahlungsverpflichtungen aus ihrem Vorausdarlehensvertrag vom 25./29.07.1997, Konto-Nummer: 5636413701 mit der Beklagten zu 2) freizustellen;

2. es wird festgestellt, dass aus dem vorbezeichneten Vorausdarlehensvertrag keine Darlehensrückzahlungs- und Zinszahlungsansprüche der Beklagten zu 2) gegenüber den Klägern bestehen;

jeweils Zug um Zug gegen Auflassung eines Miteigentumsanteils von 400/100000 an dem Grundstück Gemarkung O..., Flurstück 3220, Gebäude und Freiflächen, zur Größe von insgesamt 7198 m² verbunden mit dem Sondereigentum der Wohnung im 4. Obergeschoss mit einem Kellerraum, Aufteilungsplan Nr. 180, eingetragen im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts H... von O... Blatt 7041 an die Beklagten als Gesamthandsgläubiger sowie die Bewilligung der Eintragung im Grundbuch.

3. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, das Bausparguthaben der Kläger nebst Zinsen aus dem Bausparvertrag Nr. 5636413701 abzurechnen und den sich aus der Abrechnung ergebenden Betrag an die Kläger zu zahlen.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagten den Klägern gesamtschuldnerisch den gesamten Schaden und alle Kosten zu ersetzen haben, die durch die Abwicklung des Darlehensvertrages und Übereignung der unter Ziffer 2 bezeichneten Eigentumswohnung entstehen.

5. Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Kläger tragen diese zu 29%, die Beklagten als Gesamtschuldner zu 66% und die Erstbeklagte zu weiteren 5%. Von den außergerichtlichen Kosten der Erstbeklagten tragen diese 71% und die Kläger 29%. Von den außergerichtlichen Kosten der Zweitbeklagten tragen diese 66% und die Kläger 34%.

6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des von ihr zu vollstreckenden Betrages leistet.

7. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Kläger verlangen im Hauptvorbringen, gestützt auf Schadensersatz, die Rückabwicklung eines Darlehensvertrages, den ihr die Zweitbeklagte als Vorausdarlehen im Hinblick auf zwei Bauspardarlehensverträge mit der Erstbeklagten zur Finanzierung des Kaufpreises einer vermieteten Eigentumswohnung gewährt hat.

1997 trat ein Vermittler der H...-Gruppe an die Klägerin zu 1.), eine damals 25-jährige Einzelhandelskauffrau, und an den Kläger zu 2.), einen damals 25-jährigen Polizeibeamten, mit dem Angebot zur Vermittlung einer vermieteten Immobilie zum Zwecke der Steuerersparnis und der Altersvorsorge heran. In einer Beispielrechnung vom 11.07.1997 war für jeden der Kläger die Netto-Miete jährlich für einen Anteil von 50% an einer Etagenwohnung ... Str. 5 in H... mit 2388 DM angegeben, die jährlichen Instandhaltungsrücklagen mit 144 DM und die jährlichen Verwaltungskosten mit 468 DM (vergleiche Blatt 195, 197 GA). Am 29.07.1997 unterzeichneten die Kläger einen Besuchsbericht, in dem die Beklagten als finanzierende Bank für eine Finanzierungssumme von 150.000 DM aufgeführt sind (vgl. Anlage D 3b, Bl. 526 GA), einen Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrag an die I... Immobilien H... GmbH und der B... GmbH über eine vermietete Wohnung in H..., ...-Str. 5 und über eine Finanzierungssumme von 150.000 DM. Der Auftrag nennt im Verwendungszweck als Empfänger unter anderem die Erstbeklagte (vgl. Anlage D5, Bl. 529 GA). Am gleichen Datum unterzeichneten die Kläger eine Vereinbarung über eine Mietverwaltung mit einer zur H...-Gruppe gehörenden H... GmbH (vgl. Anlage D 4, Bl. 527 GA). Gleichfalls am 29.7.1997 ließen die Kläger ihre Annahme eines notariell beurkundeten Kaufangebotes über die vermittlungsgegenständliche Eigentumswohnung notariell beurkunden (vgl. Anlage A 6, Bl. 217 GA) und unterzeichneten einen Darlehensvertrag mit der Zweitbeklagten, vertreten durch die Erstbeklagte über ein Vorausdarlehen von 150.000 DM, das später durch zwei Bausparverträge mit der Erstbeklagten getilgt werden sollte (vergleiche Anlage D8, Blatt 531 ff. GA). Als Kreditsicherheit war eine Grundschuldeintragung zu Gunsten der Erstbeklagten über 150.000 DM vereinbart. Mit Anwaltsschreiben vom 08.04.2003 ließen die Kläger die Beklagten zum Schadensersatz auffordern und mit Anwaltsschreiben vom 15.09.2003 den Darlehensvertrag widerrufen.

Die Kläger haben geltend gemacht, die Beklagten hätten ihnen gegenüber wegen vielfältiger Verletzungen ihrer Aufklärungspflichten auf Schadensersatz zu haften. Hilfsweise haben sie sich auf einen Rückabwicklungsanspruch aus § 3 HwiG gestützt, sowie eine Neuberechnung des Darlehns beansprucht.

Die Beklagten haben sich gegen das Bestehen von Aufklärungspflichten und gegen deren Verletzung gewandt, die Voraussetzungen für einen Haustürwiderruf für nicht gegeben erachtet und die Verjährungseinrede erhoben.

Mit dem angefochtenen Urteil, auf das der Senat wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes verweist, hat das Landgericht die Klagen abgewiesen. Die Voraussetzungen, unter denen die Beklagten als kreditgebende Banken nur ausnahmsweise besondere Aufklärungs- und Hinweispflichten träfen, seien nicht feststellbar. Die Auszahlung des Vorausdarlehens habe von einem Beitritt der Kläger zu dem Mietpool abhängig gemacht werden dürfen, ohne dass dies als besonderer Gefährdungstatbestand zu werten sei. Die Ausreichung von Darlehen an die H... Gruppe durch die Beklagte zu 1) begründe keinen schwerwiegenden Interessenkonflikt. Die Voraussetzungen für einen eine Hinweispflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung lägen nicht vor. Eine Kenntnis der Beklagten von Verschleierungen wertbildender Faktoren für das finanzierte Geschäft sei nicht dargetan, auch eine sittenwidrige Übertreibung des Kaufpreises nicht hinreichend vorgetragen. Eine Täuschung über Unterdeckungen von Mietpools sei allenfalls allgemein behauptet, könne indes hier keine Aufklärungspflicht der Beklagten auslösen. Eine versteckte Innenprovision sei nicht anzugeben gewesen; schließlich hätten die Beklagten ihre Rolle als Kreditgeberin auch nicht überschritten. Über die Zweckmäßigkeit der gewählten Finanzierungsart hätten die Beklagten nicht aufklären müssen; zudem enthalte der Besuchsbericht sowie der Vorausdarlehensvertrag vom 25./29.07.1997 die erforderlichen Angaben. Ähnliches gelte für die Dauer der Finanzierung, hinsichtlich derer die Kläger nicht einmal Auskunft verlangt hätten. Die Ermittlung des Beleihungswertes erfolge im Interesse der Bank, nicht in dem des Kunden. Dass der Vermittler Falschangaben zu den Kreditgrundlagen gemacht habe, die sich die Beklagten nach § 278 BGB zurechnen lassen müsste, sei nicht feststellbar.

Ein Einwendungsdurchgriff der Kläger nach § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG scheitere an der Unanwendbarkeit dieser Bestimmung nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG. Das Vorausdarlehen sei

grundpfandrechlich gesichert, und dies zu üblichen Bedingungen, ohne dass ein nur unwesentlicher Teil des Kredites gesichert wäre. Ein Einwendungsdurchgriff gemäß § 242 BGB komme nicht in Betracht.

Ein Rückgewähranspruch der Kläger nach § 3 Abs. 1 S. 1 HwiG scheidet aus, da weder eine Haustürsituation noch eine Ursächlichkeit zwischen dieser und dem Abschluss des Darlehensvertrages feststellbar seien.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung verfolgen die Kläger ihre erstinstanzlichen Klagebegehren uneingeschränkt weiter.

Sie beanstanden Rechts- und Verfahrensfehler des Landgerichts und wiederholen, vertiefen und ergänzen im Hinblick auf neuere höchstrichterliche Rechtsprechung ihr Vorbringen.

Sie beantragen,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Potsdam vom 07.06.2006
- 8 O 203/05 -

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie die Zinsen des Vorausdarlehens in Höhe von 36.777,80 € nebst 5% Zinsen über den Basisdiskontsatz der Europäischen Zentralbank seit dem 09.05.2003 zu zahlen;
 2. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, sie von den bestehenden Darlehensrückzahlung- und Zinszahlungsverpflichtungen aus dem zwischen ihnen und der Beklagten zu 2) bestehenden Vorausdarlehensvertrag vom 25.07.1999, Kontonummer: 5636413701 freizustellen;
 3. festzustellen, dass aus dem unter Ziffer 2 bezeichneten Vorausdarlehensvertrag keine Darlehensrückzahlungs- und Zinszahlungsansprüche der Beklagten zu 2) ihnen gegenüber bestehen;
- jeweils Zug um Zug gegen Auflassung eines Miteigentumsanteils von 400/100000 an dem Grundstück Gemarkung O..., Flurstück 3220, Gebäude und Freiflächen, zur Größe von insgesamt 7198 m² verbunden mit dem Sondereigentum der Wohnung im 4. Obergeschoss mit einem Kellerraum, Aufteilungsplan Nr. 180, eingetragen im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts H... von O... Blatt 7041 an die Beklagten als Gesamtschuldner sowie die Bewilligung der Eintragung im Grundbuch;
4. festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Annahme des Übereignungsangebotes seit dem 09.05.2003 in Verzug befinden;
 5. die Beklagte zu 1) wird verurteilt, das ihr Bausparguthaben nebst Zinsen aus dem Bausparvertrag Nr. 5636413701 abzurechnen und den sich aus der Abrechnung ergebenden Betrag an sie zu zahlen;

6. festzustellen, dass die Beklagten ihnen gesamtschuldnerisch den gesamten Schaden und alle Kosten zu ersetzen haben, die durch die Abwicklung des Darlehensvertrages und Übereignung der unter Ziffer 3 bezeichneten Eigentumswohnung entstehen;

7. hilfsweise gegenüber den Anträgen zu Ziffern 1, 2, 3, 4 und 6

a) die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie 48.104,57 € nebst 5% Zinsen über dem Basisdiskontsatz der Europäischen Zentralbank seit Rechtshängigkeit zu bezahlen;

b) die Beklagte zu 2) zu verurteilen, eine Neuberechnung des effektiven Jahreszinses des Darlehensvertrages vom 25.7.1997, Konto-Nummer 5636413701 auf der Grundlage des gesetzlichen Zinssatzes vorzunehmen und den sich aus der Neuberechnung zu ihrem Gunsten ergebenden Betrag an sie zu zahlen.

8. Hilfsweise das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 07.06.2006 - 8 O 203/05 - aufzuheben und an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Hilfsweise, für den Fall einer durchgreifenden Verjährungseinrede gegenüber ihren Schadensersatzforderungen, stellen die Kläger nur die Anträge 2, 3 und 5, davon die beiden ersten unbedingt.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes verweist der Senat auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze sowie auf sein Terminprotokoll.

II.

Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung hat teilweise Erfolg.

1. Die Kläger haben gegen die Erstbeklagte einen Anspruch auf Freistellung von ihren Zahlungsverpflichtungen betreffend das Vorausdarlehen vom 25./29.07.1997 mit der Zweitbeklagten, Kontonummer 5636413701, als Schadensersatz wegen schuldhafter Aufklärungspflichtverletzung (cic). Eine Aufklärungspflicht der Bank kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH bei Kreditgeschäften ausnahmsweise gegeben sein, wenn sie für sie selbst erkennbar in Bezug auf spezielle Risiken des zu finanzierenden Vorhabens gegenüber dem Darlehensnehmer einen konkreten Wissensvorsprung hat. Positiv erkannt haben muss sie diesen

Wissensvorsprung nicht (BGH WM 2004, 1221, 1225; BGHZ 161, 15, 20 = WM 2005, 127, 129; BGH, Urt. v. 19.9.2006 - XI ZR 204/04 = BGHZ 169, 109, juris Tz. 17).

a) Täuscht ein Vertreter einen Kreditnehmer arglistig durch evident unrichtige Angaben über ein Anlageobjekt, so wird widerleglich vermutet, die finanzierende Bank habe die arglistige Täuschung gekannt, wenn sie mit dem Täuschenden in institutionalisierter Art und Weise zusammengearbeitet und dieser auch das Finanzierungsangebot unterbreitet hat (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2006 - XI ZR 6/04 = BGHZ 168, 1, juris Tz. 51ff).

Nach diesen Grundsätzen hatte die Erstbeklagte für sie selbst erkennbar in Bezug auf eine arglistige Täuschung der Kläger über den zu finanzierenden Immobilienerwerb einen konkreten Wissensvorsprung. Die Vermutungsvoraussetzungen liegen vor. Die Vermutung haben die Beklagten nicht widerlegt.

aa) Von einer evidenten Unrichtigkeit der Angaben des Täuschenden ist dann auszugehen, wenn sie sich objektiv als grob falsch dargestellt haben, so dass sich aufdrängt, die kreditgebende Bank habe sich der Kenntnis der Unrichtigkeit und der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen (BGH, Urteil vom 16.05.2006 - XI ZR 6/04 = BGHZ 168, 1, juris Tz. 55).

(1) Die Vermittlerin hat durch ihren Mitarbeiter den Klägern gegenüber in der Beispielrechnung am 11.07.1997 die verfügbare Netto-Miete und im Besuchsbericht am 29.07.1997 die derzeitige Höhe der zur Zinstilgung erwirtschafteten Mietpolausschüttung für die 33,29 m² große Wohnung objektiv grob falsch mit 399,00 DM monatlich, entsprechend 11,99 DM/m² angegeben (vgl. Anlage A 2, 193, 195, 197; D3b, 526 GA). Der Mietpool hat weder im Jahre 1996 noch in den Folgejahren diese oder eine vergleichbare Ausschüttung erwirtschaftet. Tatsächlich erwirtschaftete der entsprechende Mietpool nach der Abrechnung vom 04.06.1997 für 1996 nur eine umgerechnete Ausschüttung von 9,10 DM/m² (vgl. Anlage 1/1 zum Klägerschriftsatz vom 10.07.2006, 1376 GA). Im Jahre 1997 waren es 8,84 DM/m² (vgl. Anlage ½, 1378 GA). Ausschüttungsfähig erwirtschaftet wurde in diesem Jahr ein Abrechnungsergebnis von 685.252,75 DM. Einer Wohnfläche von 42,11 m² entsprach ein Beteiligungsfaktor von 0,00652149 und damit eine Jahresausschüttung vom 4.468,87 DM (= 685.252,75 DM x 0,00652149). Geteilt durch die m² und die Monate der Mietpoolzugehörigkeit errechnen sich 8,84 DM/m² monatlich (= 4.468,87 DM/12/42,11 m²). Für 1998 ergeben sich bei einem Abrechnungsergebnis von 684.469,64 DM auf dem gleichen Weg 8,54 DM/m² monatlich (vgl.

Anlage 1/3, 1380 GA). Gegenüber den tatsächlich erwirtschafteten Ausschüttungen sind die Angaben zu den angeblich erwirtschaftbaren Ausschüttungen für das Jahr 1996 damit um 32% überhöht [= $(11,99 - 9,10)/9,10$], für 1997 um 36% und für 1998 um 40%.

(2) Der für die H...-Gruppe tätige Vermittler hat die Kläger arglistig getäuscht. Hierzu genügt bedingter Vorsatz, der bereits bei Angaben ins Blaue hinein zu bejahen sein kann. Arglistig kann auch derjenige täuschen, dem entgegen der offensichtlichen Erwartung des Erklärungsempfängers die zur sachgemäßen Beurteilung des Erklärungsgegenstandes erforderliche Kenntnis fehlt und der dies verschweigt. Nicht einmal der gute Glaube an die Richtigkeit des Erklärten schließt in einem solchen Falle Arglist aus (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.1980 - IV a ZR 1/80; Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Auflage, § 123, Rn. 11 m.w.N.).

Der Vermittler hat seine Angaben in der Beispielsrechnung vom 11.07.1997 und im Besuchsbericht vom 29.07.1997 entweder in Kenntnis der spätestens ab dem 04.06.1997 bereits vorliegenden tatsächlichen Mietpoolausschüttung von nur 9,10 DM/m² für 1996 monatlich gemacht, oder ohne sich über dieses bereits abgerechnete Ausschüttungsergebnis gekümmert zu haben und damit wissentlich ohne die zur sachgemäßen Beurteilung erforderliche Kenntnis.

Die Angaben zu den Mietpoolausschüttungen waren, wie die von den Klägern vorgelegten Mietpoolabrechnungen für die ersten Jahre klar belegen, wegen Vernachlässigung erheblicher Kostenfaktoren immobilienbetriebswirtschaftlich augenscheinlich haltlos, ohne dass der Vermittler das Fehlen einer immobilienbetriebswirtschaftlich zuverlässigen Erkenntnisgrundlage offen gelegt hätte.

So hat er etwa hinsichtlich der Instandhaltungsrücklage für Mietpoolzugehörigen Wohnungen klar erkennbar mit nur 8,65 DM/m² jährlich kalkuliert (vgl. Beispielsrechnung vom 11.07.1997 für beide Kläger 288 DM: 33,29 m², Blatt 195, 197 GA), wobei dieser Rücklagenbeitrag nicht einmal aus den zufließenden Mieten gebildet, sondern zur Entlastung des Mietpools von dessen Mitgliedern durch zusätzliche eigene Zahlungen aufzubringen war. Nach Ziffer 4 S. 2 der Vereinbarung über die Mietenverwaltung vom 29.07.1997 verpflichteten sich die Kläger zur Entlastung des Mietpools Instandhaltungsrücklage und Verwaltungsgebühr gesondert monatlich an den Mietpoolverwalter zu entrichten; dementsprechend erteilten sie zugleich eine Einzugsermächtigung für die Instandhaltungsrücklagen, die Mietpoolgebühren und die W...-Gebühr (Anlage A4, Blatt 200, 201 GA). Tatsächlich betrug der Auf-

wand für die Bildung einer Instandhaltungsrücklage unter Verwendung zugeflossener Mieten demgegenüber etwa im Jahre 1998 umgerechnet nicht 8,65 DM/m² sondern 24,20 (= $161.575,74 \text{ DM} \times 0,00500828 / 33,44 \text{ m}^2$; vgl. Mietpoolabrechnung für dieses Jahr, Anlage 1/3, Blatt 1380 GA). Die Mietpoolabrechnung für das Jahr 1997 ergibt zusammenfassend eine die Ausschüttung schmälernde Belastung des Pools mit Ausgaben und Auszahlungen in Höhe von insgesamt 735.143,16 DM und damit einen monatlichen Abzug von umgerechnet 9,49 DM/m² (vergleiche Blatt 1378 GA). 1998 ergaben sich für den Mietpool Ausgaben und Auszahlungen, die das verbleibende ausschüttungsfähige Abrechnungsergebnis schmälerten, in Höhe von insgesamt 790.990,49 DM und damit umgerechnet 9,87 DM monatlich pro Quadratmeter (vergleiche Blatt 1380 GA).

(3) Soweit die Beklagten geltend machen, die Angaben zur Ausschüttung hätten mietpoolvertraglich unter einem jährlichen Anpassungsvorbehalt gestanden, ergibt sich hieraus nichts anderes. Gerade dies zwingt zu der Annahme, die Angaben aus 1997 zur aktuellen Ausschüttung entsprächen der letzten Anpassung, also derjenigen aus 1996, zumal die Ausschüttung für 1996 bereits spätestens zum 04.06.1997 mit 9,10 DM/m² abgerechnet war. Die Vermittlerausgabe für 1997 lag demgegenüber mit umgerechnet 11,99 DM/m² deutlich darüber und überstieg die bereits zuletzt ermittelte Ausschüttung um 32%.

Überdies muss sich auch und gerade ein Anleger, der seine Anlage über einen Kredit finanziert, bei der Angabe der für seinen Finanzierungsentschluss maßgebenden Rechengrößen auf verantwortbar hergeleitete überprüfbare Aussagen verlassen können, die jedenfalls der Dimension nach zutreffen und bei Unrichtigkeit seine Finanzierung nicht gefährden oder zum Scheitern bringen. Dies betrifft insbesondere die Angaben zu den erwartbaren Mietpoolausschüttungen, denn der Beitritt zu einem Mietpool beeinflusst die Ertragserwartung des Erwerbers in hohem Maße (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2006 - V ZR 66/06 = WM 2007, 174, juris Tz. 22) und ohne verlässliche Angaben hierzu kann ein Anleger seinen monatlichen Eigenaufwand, ein Kernstück seiner Willensbildung zum Anlageentschluss (vergleiche BGH, Urteil vom 31.10.2003 - V ZR 423/02 = BGHZ 156, 371, juris Tz. 12), nicht einmal annähernd schätzen. Zudem entbehrte die Angabe zum erzielbaren ausschüttungsfähigen Mietpoolertrag jeglicher nachvollziehbaren immobilienbetriebswirtschaftlichen Grundlage, wie bereits erörtert und wie die Abrechnungen für 1996 und die Folgejahre belegen. Überdies trägt der Senat einem etwaigen mit dem Anpassungsvorbehalt verbundenen Prognose- oder Erwartungsspielraum bereits zu Ungunsten der Kläger Rechnung, indem er mit der höchstrichterlichen Recht-

sprechung zur Haftung der finanzierenden Bank nicht jede Fehlprognose sondern nur grob unrichtige Angaben über die erwartbare Mietpoolausschüttung berücksichtigt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten nicht auf die mit den Mietern tatsächlich vereinbarten Mieten abzustellen oder auf die daraus abgeleiteten Einkünfte des Mietpools, womöglich noch vor Steuern oder Rücklagenbildung, sondern auf den vom Mietpool erwirtschaftbaren Ausschüttungsbetrag, also auf die Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben. Die Beklagten unterlassen bei ihrer Betrachtung entgegen höchstrichterlicher Rechtsprechung die Berücksichtigung anfallender Kosten (vergleiche BGH, Urteil vom 12.06.2007 - XI ZR 112/05 = juris Tz. 28). Dieser Rechtsprechung schließt sich der Senat an. Soll ein Käufer, der eine Immobilie zur Kapitalanlage erwirbt, die erzielbare Miete konzeptionsgemäß einem Mietpool zuführen, so tritt hinsichtlich der Rentabilität und hinsichtlich der Finanzierbarkeit der Anlage an die Stelle der erzielbaren Miete die erzielbare Ausschüttung des Pools. In einem solchen Fall müssen die Angaben eines Vermittlers zur Höhe der erzielbaren Ausschüttungen in gleicher Weise zutreffen, wie Angaben zu einer erzielbaren Miete. Die erzielbare Ausschüttung ermittelt sich aus den Mieterträgen vermindert und die im Mietpool anfallenden Kosten, Steuern, Beiträgen/Gebühren und Rückstellungen.

Insbesondere mussten, wie die Beklagten verkennen, die Kläger bei der Gestaltung des hier zu beurteilenden Besuchsberichts vom 29.07.1997 (Anlage A2), der die Zahlen aus den Beispielsrechnungen vom 11.07.1997 nochmals zur Ermittlung des monatlichen Eigenaufwands zusammenfasst, zwingend davon ausgehen, dass das Mietpoolergebnis nicht um mehr Verwaltungskosten und höhere Instandhaltungsrücklagen geschmälert werden würde, als sie selbst dem Mietpool zu dessen Entlastung aus mietpoolfreiem eigenen Vermögen zuzuführen hatten; namentlich musste sich das Ausschüttungsergebnis des Mietpools sodann in der für die Vorauszahlung angegebenen Höhe bewegen. Den für ihre Finanzierung maßgeblichen Aufwand vor Tilgungsleistung errechnete der Vermittler den Klägern nämlich wie folgt:

Zinsaufwand... Bank 1	557 DM
Verwaltungskosten und Instandhaltungsrücklage	+ 101 DM
Vorauszahlung auf Mietpoolausschüttung von z. Z.	- 399 DM
Aufwand vor Tilgungsleistung	259 DM

Die Kläger hatten damit zur Ermittlung ihres monatlichen Eigenaufwands auf der Ausgabenseite 557 DM und 101 DM zu kalkulieren und den letztgenannten Betrag dem Mietpool zu dessen Entlastung aus mietpoolfreien Quellen, nämlich gesondert und extra zuzuführen (vgl. Ziffer 4 S. 2 der Vereinbarung über die Mietenverwaltung vom 29.07.1997 sowie die dazugehörige Einziehungsermächtigung; Anlage A4, 201 GA). Auf der Einnahmeseite sollten und mussten sie 399 DM ansetzen und zwar als das an die Erstbeklagte auszukehrende Ausschüttungsergebnis des Mietpools, also ungeschmälert durch weitere Kosten für Verwaltung und Rücklagen.

Diesen Betrag überwies im Übrigen auch die H... „aus den Mieterträgen“ konzeptionsgemäß an die Erstbeklagte (vgl. Bericht der W... GmbH an das frühere Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen - nunmehr Bundesanstalt für die Finanzdienstleistungsaufsicht - über die Prüfung gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 KWG vom 27.11.2001, Anlage 4.2 Nr. 11; fortan: Bericht vom 27.11.2001 oder BaFin) und auf dieser Grundlage ermittelte die Erstbeklagte gegenüber ihren Darlehensnehmern deren nach Abzug der „Miete“ verbleibende Eigenbelastung (vgl. BaFin Anlage 4.2 Nr. 12). Die Vollständigkeitserklärung zur Prüfung nach § 44 Abs. 1 S. 2 KWG hat die Erstbeklagte gegenüber der Prüfungsgesellschaft am 29.11.2001 abgegeben (vgl. BaFin Anlage 3/1-3), und die Richtigkeit der Feststellungen und Ergebnisse im Bericht vom 27.11.2001, auf den sich beide Parteseiten bezogen haben, hat sie auch nicht in Zweifel gezogen.

Anders als nunmehr in ihrem prozessualen Vorbringen ging die Erstbeklagte vorprozessual selbst ohne weiteres davon aus, dass es sich bei den ihr aus den Mieterträgen mitgeteilten und überwiesenen Beträgen um die „ursprünglich ’versprochenen Mieten“ gehandelt habe (vgl. Memo des Leiters Darlehensabteilung Nord, Herrn G... E... vom 21.10.1998 an Herrn A..., BaFin Anlage 4.2 Nr. 14). Dort heißt es unter anderem: „Mir scheinen in einigen Objekten erhebliche Probleme bei den Vermietungen zu bestehen. Die Differenz zwischen ursprünglich ’versprochene Miete‘ und heute realisierten Mieten scheint auseinander zu klaffen.“ In einem Schreiben vom 25.05.1998 führte sie nach unbestrittenen Klägervorbringen in einem Schreiben an die H... GmbH aus: "Bei einem von Ihrem Haus eingereichten das Objekt in H... betreffenden Finanzierungsfall haben wir festgestellt, dass eine Mietpoolausschüttung in Höhe von 12,53 DM pro Quadratmeter Wohnfläche an die Erwerber vorgesehen war. Von diesen 12,53 DM Einnahmen verbleiben dem Kunden nach Abzug von Kosten gemäß der Liquiditätsrechnung noch rund 8,70 DM /m². Da die in den Mietpoolvereinbarungen genannten Mie-

ten unter anderem auch Basis für unsere Verkehrswertermittlungen sind und diese Mieterträge bei Verkaufsgesprächen dem Kunden suggeriert werden, bitten wir Sie, auch aufgrund der Problematik in Verbindung mit dem § 278 BGB, um eine schriftliche Information zu den Abzügen in Höhe von circa 3,80 DM je m² Wohnfläche..." (vergleiche 1564 GA).

bb) Die Erstbeklagte hat mit der Veräußerin und der Vermittlerin der finanzierten Anlage institutionalisiert zusammengearbeitet. Für die Annahme eines institutionalisierten Zusammenwirkens ist erforderlich, dass zwischen Verkäufer oder Fondsinitiator, den von ihnen beauftragten Vermittlern und der finanzierenden Bank ständige Geschäftsbeziehungen bestanden. Diese können etwa in Form einer Vertriebsvereinbarung, eines Rahmenvertrages, konkreter Vertriebsabsprachen oder eines gemeinsamen Vertriebskonzepts bestanden haben oder sich aus Indizien ergeben, etwa daraus, dass den vom Verkäufer oder Fondsinitiator eingeschalteten Vermittlern von der Bank Büroräume überlassen oder von ihnen - von der Bank unbeanstandet - Formulare des Kreditgebers benutzt wurden oder dass der Verkäufer oder die Vermittler dem finanzierenden Institut wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen oder Fondsbeteiligungen desselben Objektes vermittelt haben (BGH, Urteil vom 16.05.2006 - XI ZR 6/04 = BGHZ 168, 1, juris Tz. 53).

Am 13.10.1988 schlossen H... mit der Erstbeklagten einen Agenturvertrag bezüglich der Vermittlung von Bausparverträgen, aus wettbewerbsrechtlichen Gründen zunächst für eine Übergangszeit von circa einem Jahr, ausgestellt auf Herrn R... P.... Im August 1989 wurde er auf die H... GmbH in D... und zum 01.03.1994 auf die B... übertragen (Stellungnahme der PwC Deutsche Revision zu den haftungsrechtlichen Risiken des von den Vertriebsorganisationen H... sowie Jugendsparberatung vermittelten Kreditgeschäfts, Tz. 15; BaFin 18).

Es bestanden konkrete Vertriebsabsprachen und ein gemeinsames Vertriebskonzept. Bevor die Wohnungen eines Objekts von H... in den Vertrieb genommen wurden, wurden zunächst die Finanzierungsgrundlagen, insbesondere die maximale Beleihungshöhe je m² Wohnfläche, mit der Erstbeklagten vereinbart. Zu diesem Zweck reichte H... Mieterlisten, Aufteilungspläne und weitere Objektunterlagen ein. Auf dieser Grundlage erstellte die Kreditabteilung eine einheitliche Wertermittlung, die für alle Wohnungen des jeweiligen Objekts Gültigkeit hatte (BaFin 44). Zu den Aufgaben der für H... tätigen Vermittler gehörte sodann auch die Beschaffung der für die Finanzierung erforderlichen Bonitätsunterlagen (Selbstauskunft, Lohnnachweise, Steuererklärungen etc.). Der Kreditantrag und die so genannte Liquiditätsaufstel-

lung wurden von den Vermittlern auf der Grundlage der Bonitätsunterlagen des Kreditnehmers erstellt (BaFin 34). H... leitete dann die Darlehensanträge und die Bonitätsunterlagen an die Erstbeklagte zur Genehmigung weiter (BaFin 35), die ihrerseits die Darlehensauszahlung von dem Beitritt der Käufer zu einer Mieteinnahmegesellschaft der H...-Gruppe abhängig machte, wie hier.

Die Vermittler haben überdies ein Formular der Erstbeklagten von dieser unbeanstandet benutzt (vergleiche Darlehensantrag Anlage A3, 199 GA). Der Darlehensantrag führt im Briefkopf neben der Erstbeklagten zugleich die zur H...-Gruppe gehörende B... mbH auf, der die Kläger den Objekt- und Vermittlungsauftrag vom 29.07.1997 erteilt haben (vergleiche Anlage D5, 529 GA). Ferner haben H... der Erstbeklagten wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen der hiesigen Verkäuferin in H..., ...-Straße, vermittelt und zwar mit einer finanzierten Wohnfläche von 18.058 m² und einer Finanzierungssumme von nahezu 70 Millionen DM (vergleiche BaFin Tabelle 4.2. Nr. 5).

cc) Dass die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler angeboten wurde, ist dann anzunehmen, wenn der Kreditvertrag nicht aufgrund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, der von sich aus eine Bank zur Finanzierung seines Erwerbsgeschäfts sucht, sondern deshalb, weil der Vertriebsbeauftragte des Verkäufers oder Fondsinitiators dem Interessenten im Zusammenhang mit den Anlage- oder Verkaufsunterlagen, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsvermittler, einen Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt hat, das sich zuvor dem Verkäufer oder dem Fondsinitiator gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte (BGH, Urteil vom 16.05.2006 - XI ZR 6/04 = BGHZ 168, 1, juris Tz. 54).

(1) Der für die H...-Gruppe tätige Vermittler, der die konzeptionelle Finanzierungsbereitschaft der Beklagten bekannt war, benannte sie den Klägern als finanzierende Institute und legte ihnen deren Darlehensantragsformulare zur Unterschrift vor. Die Vorlage eines an die Erstbeklagte gerichteten Darlehensantrages im Zusammenhang mit einem nachgeschalteten Bauspardarlehen ist urkundlich belegt (vgl. Anl. A3). Dass entgegen den Klägerdarstellungen, namentlich entgegen den Darstellungen im Bericht vom 27.11.2001 (BaFin 59) zum typischen Geschäftsablauf dem von der Erstbeklagten als Vertreterin der Zweitbeklagten abgegebenen Darlehensvertragsangebot vom 25.07.1997 kein von H... übermittelter Darlehensantrag der Kläger vorausging, haben die Beklagten nicht geltend gemacht. Dass den Klägern die Finan-

zierung durch den eingeschalteten Strukturvertrieb angeboten wurde, ohne dass sie persönlichen Kontakt mit Mitarbeitern der Beklagten gehabt oder dort von sich aus um einen Kredit nachgesucht hätten, ist unstreitig.

(2) Die vorab erklärte konzeptionelle Finanzierungsbereitschaft der Erstbeklagten ist nicht wirksam bestritten und ergibt sich überdies auch aus den Angaben des Zeugen A... vor dem Landgericht Bochum im Termin am 30.01.2007 zum Verfahren 1 O 643/04, Terminprotokoll S. 6 (Anlage 12 zum Schriftsatz der Kläger vom 07.02.2007), deren Beziehung die Beklagten mit Schriftsatz vom 19.03.07 gleichfalls erbeten haben (vergleiche 1763 GA). Gegenüber dem Landgericht Bochum hat der Zeuge bekundet, seit circa 1988 Mitglied im Vorstand der Erstbeklagten gewesen zu sein und das Kreditgeschäft in Europa betreut zu haben. Er habe die Entscheidung, „ob finanziert würde oder nicht“ für entsprechende Objekte getroffen, die ihm durch Mitarbeiter der Firma H... zum Vertrieb bestimmt vorgestellt worden seien, und hierbei gewusst, welcher Kaufpreis mit den Erwerbern vereinbart werden sollte. Die streitgegenständliche Anlage in H... ist ein entsprechendes Objekt, das H... an Erwerber vertrieben und bei dem die Beklagten die mit den Erwerbern vereinbarten Kaufpreise finanziert haben.

Für eine bereits vorab gebildete konzeptionelle Finanzierungsbereitschaft spricht neben dem Umfang der finanzierten Wohnflächen und des Finanzierungsvolumens auch der Umstand, dass die aktensichtlichen Vertriebsunterlagen wie etwa die Nennung der Erstbeklagten als finanzierende Bank im Besuchsbericht oder als Empfängerin des Kapitaldienstes in der Vereinbarung über die Mietenverwaltung gerade auf den von der Erstbeklagten zur Auszahlungsvoraussetzung erhobenen Beitritt zur Mieteinnahmegemeinschaft zugeschnitten waren.

Die vorab erklärte Finanzierungsbereitschaft der Erstbeklagten ergibt sich weiterhin aus den Angaben im Bericht vom 27.11.2001. Bevor die Wohnungen eines Objektes von H... in den Vertrieb genommen wurden, wurden zunächst die Finanzierungsgrundlagen, insbesondere die maximalen Beleihungswerte je m² Wohnfläche mit der Erstbeklagten vereinbart (BaFin 44). Herr A... genehmigte als Vorstandsmitglied der Erstbeklagten hierbei Entscheidungsnotizen und diese hatten den Charakter eines Grundsatzbeschlusses, auf den im Rahmen der Kreditbearbeitung der einzelnen Erwerberfinanzierungen dieses Objekts Bezug genommen wurde; gesonderte Wertermittlungen wurden insoweit nicht mehr vorgenommen (BaFin 47, 59).

Schließlich haben die Beklagten in ihrem letzten Schriftsatzes einen Beschluss der Erstbeklagten aus Dezember 1995 zur Finanzierung der Erwerbsvorgänge betreffend die durch H... vertriebenen Eigentumswohnungen in der Immobilie, ...-Straße 3 - 5 in H..., eingeräumt (Beklagenschriftsatz vom 16.10.2007, S. 3).

b) Bereits in der Vergangenheit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung, auch wenn eine Bank im allgemeinen nicht verpflichtet ist, sich einen Wissensvorsprung erst zu verschaffen, die bloße Erkennbarkeit von Tatsachen einer positiven Kenntnis gleichgestellt, wenn sich die für den Kreditnehmer bedeutsamen Tatsachen einem zuständigen Bankmitarbeiter nach den Umständen des Einzelfalles aufdrängen mussten; er ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen vor solchen Tatsachen zu verschließen (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.1992 - XI ZR 301/90 = WM 1992, 602, juris Tz. 4; BGH, Urteil vom 07.04.1992 - XI ZR 200/91 = WM 1992, 977, juris Tz. 14). So liegt es hier.

Dass die Vermittler von H... den Kreditnehmern der Erstbeklagten gegenüber Aussagen über die Mietpoolausschüttungen machten, war bekannt (vgl. Memo des Leiters Darlehensabteilung Nord, Herrn G... E... vom 21.10.1998 an Herrn A..., BaFin Anlage 4.2 Nr. 14, zu den ursprünglich „versprochenen Mieten“). Nach dem Schreiben der Erstbeklagten vom 25.05.1998 an H... wurden die in den Mietpoolvereinbarungen genannten Mieten und Mieterträge bei Verkaufsgesprächen dem Kunden suggeriert (vergleiche 1564 GA). Außerdem hätte es fern gelegen, anzunehmen, die Mietpoolausschüttungen, die sich die Erstbeklagte konzeptionsgemäß direkt zur teilweisen Bedienung des Kapitaldienstes für das Vorausdarlehen überweisen ließ, und die damit aus Anlegersicht zentraler Teil ihres Anlageentschlusses sein mussten, seien bei den Anlegergesprächen unerörtert geblieben.

Die greifbare Möglichkeit, dass diese Angaben zulasten der Anleger unrichtig waren, musste sich aufdrängen. Dass H... die Mietpoolausschüttungen immobilienbetriebswirtschaftlich unseriös und riskant kalkulierten, war bekannt oder hätte bekannt sein müssen, da schon seit Jahren vermehrt Schieflagen bei zahlreichen H...-verwalteten Mietpools aufgetreten waren, weil die H... mehr ausschüttete, als tatsächlich eingenommen wurde (vergleiche BaFin 43) und die Erstbeklagte deshalb in zwei Tranchen am 27. März. und 21. April 1995 und in einem Einzelfall am 4. Juni 1997 insgesamt 26 Vorausdarlehen als so genannte Mietpoldarlehen über einen Zusagebetrag von ursprünglich 4,6 Millionen DM herausgelegt hat (BaFin 64). Außerdem hat das ressortzuständige Vorstandsmitglied der Erstbeklagten, Herr A..., bereits

1994 die Konsequenz einer Kontrolle der ausschüttungsfähigen Mietpoolergebnisse gezogen oder ziehen müssen. In einem Vorstandsrundlauf vom 15.08.1994 führt er im Hinblick darauf, dass sich etwa aus Reparaturen bei Mieterwechsel schon früher bei einzelnen Mietpools erhebliche Verbindlichkeiten gebildet hatten, aus: „Wir müssen uns einmal detailliert das System der Abrechnung der Mietpools ansehen.“ (vgl. Anlage 4.2 Nr. 48 BaFin). Nach dem Bericht vom 27.11.2001 hätte die Erstbeklagte spätestens im Zusammenhang mit der Vergabe der Mietpoldarlehen Ende März 1995 untersuchen müssen, ob die vorgesehenen Mietpolausschüttungen tatsächlich erzielbar waren (BaFin 43).

Unterlässt die Erstbeklagte als Bank oder Bausparkasse bei dieser Sachlage die Einholung verlässlicher Nachweise der Mieterträge, wie dies der Bericht vom 27.11.2001 festgestellt und im Hinblick auf den Umfang der Finanzierungen und der spezifischen Risiken der Beleihungsobjekte (gebrauchte Renditeimmobilien) als nicht vertretbar bewertet hat (vgl. BaFin 4, 52), so verschließt sie bewusst ihre Augen vor solchen Tatsachen, die für den Kreditnehmer bedeutsam sind.

c) Drängt sich damit auf, die Erstbeklagte habe sich der Kenntnis der Unrichtigkeit und der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen, so ist es ihre Sache, diese tatsächliche Vermutung zu widerlegen, d.h. darzulegen und zu beweisen, dass ihr die grobe Unrichtigkeit der Angaben über die Mietpolausschüttung weder bekannt (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2006 - XI ZR 6/04 = BGHZ 168, 1, juris Tz. 51, 52), noch erkennbar war. Mit dem BGH, der seine Rechtsprechung zum Bestehen von Aufklärungspflichten zur Effektivierung des Verbraucherschutzes ergänzt hat, ist auch in den Fällen des institutionalisierten Zusammenwirkens auf die Erkennbarkeit eines objektiven Wissensvorsprungs über die speziellen Risiken der zu finanzierenden Kapitalanlage abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2006 - XI ZR 6/04 = BGHZ 168, 1, juris Tz. 61; BGH, Urteil vom 19.12.2006 - XI ZR 192/04, juris Tz. 36).

Diesen Beweis haben die Beklagten nicht geführt.

aa) Die Vermutung der Kenntnis ist erst widerlegt, wenn die Unkenntnis all derjenigen Personen feststeht, deren Kenntnisstand sich die Beklagte zurechnen lassen muss. Zurechnen lassen muss sich die Erstbeklagte als Bank oder Bausparkasse die Kenntnis ihres Vorstandes und der sachbearbeitenden Mitarbeiter. Für die Erstbeklagte maßgeblich und verantwortlich mit Fragen der Finanzierung der durch H... vertriebenen mietpoolrefinanzierten Eigentumswohnun-

gen befasst war im hier streitgegenständlichen Zeitraum das von ihr zunächst als Zeuge benannte Vorstandsmitglied A....

Der Zeuge A... war, wie im Termin erörtert, nicht mehr zu vernehmen, nachdem die Beklagten hierauf verzichtet haben (§ 399 ZPO). Der Zeuge hat die Verweigerung seiner Aussage unter Berufung auf § 384 ZPO angekündigt (vgl. Bl. 2172, 2173 GA) und die Voraussetzungen eines Zeugnisverweigerungsrechtes nach dieser Bestimmung unter Hinweis auf gegen ihn laufende und im übrigen senatsbekannte und mit den Parteien erörterte Ermittlungsverfahren (vgl. etwa Schreiben der Staatsanwaltschaft Mannheim vom 18.06.2007 zum AZ 611 Js 21697/04, betreffend sämtliche von der H...-Gruppe vertriebene Objekte, 2126 GA) schlüssig dargetan. Die Klägerin ist mit Schreiben vom 17.09.2007 über die Ankündigung des Zeugen und dessen Abladung (Vgl. § 386 III ZPO) informiert worden (Sendeprotokoll 3seitiges Fax, 2174 GA). Sie hat die Zeugnisverweigerungsgründe in der Folgezeit und im Termin unbeanstandet gelassen und zudem nach Hinweis des Senates, diesen Zeugen aufgrund des von ihm unwidersprochen und unbeanstandet geltend gemachten Zeugnisverweigerungsrechtes nicht zu hören, rügelos verhandelt (vgl. hierzu Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 387, Rn 1 mwN).

Soweit die Beklagten in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 26.10.2007 erstmals die Berechtigung des Zeugen zur Aussageverweigerung in Zweifel zu ziehen versuchen, ist dem nicht mehr nachzugehen (vgl. BGH, Urteil vom 18.11.1986 - IV a ZR 99/85 = NJW-RR 1987, 445, Juris Tz. 12 m.w.N.).

Von der Vernehmung der von den Beklagten zur Widerlegung ihrer vermuteten Kenntnis benannten weiteren Zeugen hat der Senat abgesehen. Auf die eigene Unkenntnis dieser Zeugen kommt es nicht an, da die Vermutung der Kenntnis erst widerlegt ist, wenn feststeht, dass keiner Kenntnis hatte.

bb) Das für die Erstbeklagte ressortzuständige Vorstandsmitglied A... war nach der oben dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen vor Tatsachen, die für die Kreditnehmer bedeutsam waren, zu verschließen, musste sie also offen halten, mithin die ihm zu Gebote stehenden Erkenntnismittel benutzen. Dass er dies getan hätte und gleichwohl, trotz Ausschöpfung der ihm zu Gebote stehenden Erkenntnismöglichkeiten, die evidente Unrichtigkeit der Angaben zur Höhe der Mietpoolausschüttung für

ihn unerkennbar gewesen wäre, haben die Beklagten schon nicht erwidernsfähig dargetan und liegt fern.

Herr A... hat, wie oben erörtert, bereits in einem Vorstandsrundlauf vom 15.08.1994 im Hinblick darauf, dass sich etwa aus Reparaturen bei Mieterwechsel schon früher bei einzelnen Mietpools erhebliche Verbindlichkeiten gebildet hatten, ausgeführt: „Wir müssen uns einmal detailliert das System der Abrechnung der Mietpools ansehen.“ (vgl. Anlage 4.2 Nr. 48 BaFin). Dass er oder die Erstbeklagte dies für den Mietpool H..., ...-Straße 3 - 5 getan und dies zu einer verifizierbaren Feststellung der Unbedenklichkeit der Ausschüttungskalkulation geführt hätte, haben die Beklagten schon nicht einlassungsfähig dargelegt.

Auch mit den von ihnen vorgelegten Mieterlisten lässt sich die Unerkennbarkeit der arglistigen Täuschung durch immobilienbetriebswirtschaftlich haltlose evident unrichtige Angaben zu erwartbaren Mietpolausschüttungen nicht nachweisen. Eine auf Mieterlisten gestützte Annahme möglicher Mietpooleinnahmen ist betriebswirtschaftlich ohne Kenntnis der im Mietpool anfallenden Ausgaben für die Höhe der ausschüttungsfähigen Mietpooleerträge ohne hinreichende Aussagekraft.

Ein Verzicht auf die Einholung verlässlicher Nachweise der Mieterträge durch die Erstbeklagte, den der Bericht vom 27.11.2001 festgestellt und im Hinblick auf den Umfang der Finanzierungen und der spezifischen Risiken der Beleihungsobjekte (gebrauchte Renditeimmobilien) als nicht vertretbar bewertet hat (vgl. BaFin 4, 52), begründet erst Recht keine Unerkennbarkeit.

d) Die Schadensersatzpflicht der Erstbeklagten umfasst das geltend gemachte Freistellungsbegehren der Kläger. Sie hat die Kläger nach dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 S. 1 BGB) so zu stellen, wie sie ohne die schuldhaftige Aufklärungspflichtverletzung gestanden hätten. Dabei ist nach der Lebenserfahrung, welche die Beklagten hier nicht widerlegen konnten, davon auszugehen, dass die Kläger bei einer Aufklärung über die Unrichtigkeit der deutlich überhöht angegebenen Mieteinnahmen die Eigentumswohnung mangels Rentabilität nicht erworben bzw. den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und deshalb weder das Vorausdarlehen bei der Zweitbeklagten und die beiden Bausparverträge bei der Erstbeklagten abgeschlossen hätten (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2006 - XI ZR 6/04 = BGHZ 161, 1, juris Tz. 61).

e) Die Schadensersatzansprüche der Kläger sind nicht verjährt (§ 214 BGB). Für den nach altem Recht in 30jähriger Regelfrist (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl. § 195, Rn. 10) verjährenden und am 01.01.2002 noch unverjährten Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo gilt ab diesem Datum die dreijährige Regelverjährungsfrist, § 195 BGB; Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. § 195, Rn. 4). Ihr Beginn ist im hier zu beurteilenden Überleitungsfall nach Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB unter Einbeziehung der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB zu berechnen (vgl. BGH, Urteil vom 23.01.2007 - XI ZR 44/06 = BGHZ 171, 1), also ab dem Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger Kenntnis derjenigen Umstände über schädigendes Ereignis und Schädiger hat, die ihm ermöglichen, eine hinreichend aussichtsreiche, wenn auch nicht risikolose Klage zu erheben (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. § 199, Rn. 27 m.w.N.).

Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung begründen nicht die Falschangaben Dritter sondern erst die Erkennbarkeit von Falschangaben Dritter durch eine Bank einen diese zur Aufklärung verpflichtenden Wissensvorsprung. Dass die Kläger, die, wie sie einräumen, die Beklagten durch Anwaltsschreiben vom 08.04.2003 zum Schadensersatz auffordern ließen, vor diesem Datum Kenntnis von Umständen gehabt hätten, aufgrund derer sich ihnen, den Beklagten, die Kenntnis der Unrichtigkeit der Angaben über die Mietpoolausschüttung und die Kenntnis einer arglistigen Täuschung durch die Vermittler hätte aufdrängen müssen, haben die für den Beginn der Verjährungsfrist darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten schon nicht einlassungsfähig ausgeführt und auch nicht unter Beweis gestellt. Die an beide Beklagte am 23.08.2005 zugestellte Klage (328, 329 GA) hat eine frühestens mit Ablauf des Jahres des Anspruchsschreibens beginnende Verjährung gehemmt, § 204 I Nr. 1 BGB. Ein Ende der Hemmung (§ 204 Abs. 2 BGB) ist nicht geltend gemacht und nicht ersichtlich.

2. Das Fehlen von Rückzahlungsansprüchen der Zweitbeklagten gegen die Kläger folgt aus dem dolo-agit-Einwand (§ 242 BGB), dem die Zweitbeklagte ausgesetzt ist. Auch sie hat die Kläger so zu stellen, wie diese ohne die schuldhaftige Aufklärungspflichtverletzung stünden, denn auch sie hatte in Bezug auf eine arglistige Täuschung der Kläger über den von ihr finanzierten Immobilienerwerb einen konkreten Wissensvorsprung. Ihr wird das Wissen der Erstbeklagten, durch die sie sich bei Abschluss des Vorausdarlehensvertrages vom 25./29.07.1997 hat vertreten lassen, zugerechnet, § 166 BGB.

3. Der Schadensersatzanspruch der Kläger erfasst nach den obigen Ausführungen auch die beantragte Abrechnung und Abwicklung des Bausparvertrages Nr. 5636413701, der im übrigen gemäß § 9 der allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge der Erstbeklagten ohnedies problemlos kündbar wäre (vergleiche 540 GA).

4. Der Antrag auf Feststellung der gesamtschuldnerischen Haftung beider Beklagten für künftige Schäden und Kosten ist zulässig (§ 256 ZPO) und begründet. Die Höhe der sich für die Kläger aus der Rückabwicklung des Vorausdarlehensvertrages und der Übereignung der Eigentumswohnung ergebenden Vermögenseinbußen ist derzeit noch nicht endgültig bezifferbar. Beide Beklagten haften als Gesamtschuldner nach § 421 BGB.

5. Der Antrag auf Zahlung angeblich geleisteter Zinsen ist zurückzuweisen. Die Kläger haben, wie im Termin erörtert, die Höhe ihrer Schadensersatzforderung nicht einmal ansatzweise nachvollziehbar oder auch nur schätzbar (§ 287 ZPO) dargetan.

Die Summe der von ihnen behaupteten 85 monatlichen Zahlungen (09/1997 - 09/2004) liegt oberhalb dessen, was sie nach eigenem Vorbringen in dieser Zeit als Zinsen für das Vorausdarlehen schuldeten. Die Beklagten sind dem Klägervorbringen überdies entgegengetreten und die Kläger sind für die Zahlungen in behaupteter Höhe beweisfällig geblieben.

Zudem haben sie die Mietpoolausschüttungen, die nach der Vereinbarung über die Mietverwaltung vom 29.07.1997 zunächst direkt an die Erstbeklagte zur teilweisen Bedienung des Kapitaldienstes für das Vorausdarlehen überwiesen wurden, unberücksichtigt gelassen. Ab Ende 1998 sind ihnen die Ausschüttungen unwidersprochen selbst zugeflossen (vgl. auch BaFin 43). Insoweit handelt es sich um einen schadensmindernden Vorteilsausgleich, hinsichtlich dessen die Kläger eine sekundäre Darlegungslast trifft. Für die Jahre 2001 bis 2003 haben sie die Ausschüttungen nicht einmal dargestellt.

Das Gleiche gilt für die von ihnen unstreitig erlangten Steuervorteile, auf die es ihnen bei Abschluss des Darlehensvertrages und bei Vornahme des Immobilienerwerbes nach eigenem Vorbringen in besonderem Maße ankam und die sie gerade anstrebten. Erlangte Steuervorteile sind als Vorteilsausgleich grundsätzlich schadensmindernd anzurechnen, soweit sie, wie von den Beklagten geltend gemacht (vergleiche Beklagtenchriftsatz vom 18.11.2006 S. 47, Blatt 1698 GA), den Klägern als Geschädigten verbleiben (vgl. BGH, Urteil vom 26.10.2004 - XI

ZR 255/03 = BGHZ 161, 15). Dass oder inwieweit steuermindernde Umstände, namentlich negative Einkünfte aus vergangenen Veranlagungszeiträumen rückwirkend entfallen und dieser Wegfall zu einem den Steuervorteil neutralisierenden Nachversteuerung führen könnten (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 11.10.2001 - III ZR 288/00 = NJW 2002, 888), lässt sich nicht feststellen. Die Bestandskraft der insofern maßgeblichen Veranlagungsbescheide lässt sich nicht hinreichend beurteilen, da die insoweit zumindest sekundär darlegungsbelasteten Kläger (vgl. BGH, Urteil vom 24.04.2007 - XI ZR 340/05 = WM 2007, 1257, juris Tz. 28) keinerlei Einkommensteuerbescheide vorgelegt haben.

6. Der Antrag auf Feststellung eines Annahmeverzuges, der aus vollstreckungsrechtlicher Zweckmäßigkeit ohne Angabe eines Verzugsbeginns bezogen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zulässig ist (vgl. RG, JW 1909, 463 Nr. 23; BGH, Urteil vom 28. Oktober 1987 - VIII ZR 206/86 = WM 1987, 1496 1498; BGH, Urteil vom 31.05.2000 - XII ZR 41/98 = NJW 2000, 2663), bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Ein Annahmeverzug der Beklagten (§§ 293, 298 BGB) liegt nicht vor, denn die dazu erforderliche Leistungsbereitschaft der Kläger, namentlich ihre Beschränkung auf die ihnen gebührende Gegenleistung im Rahmen der letztgenannten Bestimmung, lässt sich nicht feststellen. Der Schuldner ist leistungsbereit, wenn er seine Leistung erfüllungstauglich anbietet. Eine Verknüpfung der Leistungshandlung mit zusätzlichen, also nicht vertragsgemäßen Bedingungen ist nur erfüllungstauglich, wenn sich der Gläubiger darauf einlässt, denn sie entspricht nicht der vom Schuldner zu erbringenden Leistung und kann daher vom Gläubiger ohne Rechtsnachteile zurückgewiesen werden (BGH, Urteil vom 10.10.1984 - VIII ZR 244/83 = NJW 1985, 336, 367). Bietet der Schuldner die Erfüllung lediglich unter nicht vertragsgerechten Bedingungen und Vorbehalten an, gerät der Gläubiger durch die Ablehnung des Angebots nicht in Annahmeverzug (vgl. BGH, Beschluss vom 08.11.1994 - XI ZR 85/94 = ZIP 1994, 1839). Bei Zug-um-Zug-Leistungen (§ 298 BGB) muss der Schuldner die ihm gebührende Gegenleistung verlangen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Auflage, § 298 Rn. 2).

Das ist hier nicht der Fall. Die Kläger haben den Beklagten die Rückübereignung nach eigenen Vorbringen nur Zug um Zug gegen Freistellung und Zahlung ihrer hier geltend gemachten Schadensersatzforderungen angeboten (vgl. 149 GA). Die Beklagten haben sich hierauf unstreitig zu keinem Zeitpunkt eingelassen und die Kläger waren - auch am Schluss der mündlichen Verhandlung - nicht hinreichend leistungsbereit. Der von ihnen geltend gemachte

Zahlungsvorbehalt steht ihnen, wie erörtert, mangels nachvollziehbar bezifferter Forderungshöhe nicht zu.

7. Über die Hilfsanträge ist nicht zu entscheiden. Die Kläger haben sie für den Fall gestellt, dass sich kein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss feststellen lässt (vgl. 10 GA). Diese Bedingung ist nicht eingetreten. Davon abgesehen bleibt bei den hier zuerkannten Schadensersatzansprüchen auch kein Raum für die Annahme eines auf der Grundlage einer 31-jährigen Finanzierungsdauer errechneten Finanzierungsschadens (vgl. Blatt 49 ff. GA) oder für Rückabwicklungsansprüche nach § 3 HwiG.

8. Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 92 Abs. 1, 97, 100, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtsache hat keine grundsätzliche Bedeutung, da ihre Entscheidung von keiner Beantwortung einer höchstrichterlich bisher noch nicht entschiedenen Frage abhängt. Sie gibt auch keine Veranlassung, in den berührten Rechtsgebieten neue Leitsätze aufzustellen, Gesetzeslücken zu füllen oder von höchst- oder obergerichtlicher Rechtsprechung abzuweichen. Soweit die Beklagten auf verbraucherungünstige obergerichtliche Urteile nach Bekanntwerden der Entscheidung des BGH vom 16.05.2006 - XI ZR 6/04 - verweisen, nach denen in den dortigen Verfahren arglistige Täuschungen oder evidente Unrichtigkeiten der Angaben in Besuchsberichten nicht, nicht rechtzeitig oder nicht nachvollziehbar dargestellt waren, ergibt sich hieraus nichts anderes.

Auch von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 27.07.2006 - 5 U 63/00 = 3 O 100/99 LG Dortmund weicht der Senat nicht ab. Tragend war nach dem Nichtzulassungsbeschluss des BGH vom 25.09.2007 - XI ZR 341/06 die Würdigung des OLG, dass sich aus dem vorprozessualen und prozessualen Vortrag des Klägers dessen Kenntnis von den seinen Anspruch begründenden Umständen im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor dem maßgeblichen Zeitpunkt 01.01.2002 ergibt, Rechtsfehler nicht erkennen ließ. Seine diesbezügliche Würdigung hat das OLG auf ein vorgerichtliches Schreiben eines vom dortigen Kläger bevollmächtigten Rechtsanwalts vom 12.11.1998 an die Beklagte gestützt (vergleiche UA 13) und auf die Erhebung der Klage im Jahre 1999. Beide Umstände tragen, wovon auch der Senat ausgeht, den Schluss, dass der dortige Kläger zu den genannten Zeitpunkten hinreichende Kenntnis von seinem Schaden und von der finanzierenden Bank als Schädigerin gehabt und

eben deshalb die Klage wegen der aus seiner Sicht hinreichenden Erfolgsaussicht erhoben hat. Derartige Umstände fehlen im hier zu entscheidenden Fall.

Im Übrigen beruhen die Feststellungen des Senates, namentlich zu der hier zu beurteilenden evidenten Unrichtigkeit und arglistigen Täuschung sowie zur verjährungsrelevanten Kenntnis, auf einer Würdigung der Umstände des Einzelfalles.

Der Gebührenstreitwert wird auf 127.556,39 € festgesetzt. Er setzt sich zusammen aus den Werten für den bezifferten Zahlungsantrag über 36.777,80 €, für die negative Feststellungsklage betreffend das Vorausdarlehen Nr. 5636413701 über 150.000 DM = 76.693,78 €, für den Rückabwicklungsanspruch betreffend das Bausparguthaben der Kläger aus dem Bausparvertrag Nr. 5636413701, den der Senat auf der Grundlage der unwidersprochenen Klägerangaben mit 6.415,43 € schätzt und aus dem Wert für den positiven Feststellungsantrag zur gesamtschuldnerischen Schadensersatzhaftung beider Beklagten, den der Senat gleichfalls in Anlehnung an die unwidersprochene Klägerschätzung mit 7.669,38 € ansetzt.

Die Anträge zu 2 und zu 3 betreffen das gleiche wirtschaftliche Interesse. Der Zug-um-Zug-Vorbehalt ist streitwertneutral. Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges hat nur vollstreckungsrechtliche Bedeutung und wirkt hier nicht streitwerterhöhend. Die Hilfsanträge waren nicht zu bescheiden und bleiben bei der Festsetzung des Gebührenstreitwertes unberücksichtigt.

Bunge

Jalaß

Hüsgen