„Schrottimmobilien“ und Immobilienfondsanteile

- Rückabwicklung nach Verbraucherschutz-, Bereicherungs- und Schadenersatzrecht -

Von Professor Dr. Horst Ehmman, Trier

Seit der Beilegung der Meinungsverschiedenheiten zwischen dem 2. (Gesellschafts-) Senat und dem 11. (Banken-) Senat des BGH mit der Entscheidungsserie vom 25. 4. 2006 veröffentlicht der jetzt zuständige 11. Senat zur Problematik "Schrottimmobilien" und den genauso minderwertigen Immobilienfondsanteilen laufend neue Entscheidungen, die teils auf heftige Kritik im Schrifttum stoßen und denen auch die Instanzgerichte nicht unbedingt zu folgen bereit sind. Die vor dem 25. 4. 2006 ergangenen Entscheidungen des 2. Senats zu dieser Problematik sind damit weitgehend Makulatur geworden, jedenfalls können Klagschriften und Urteile nicht mehr ungeprüft auf Entscheidungen des 2. Senats gestützt werden. Aufgrund dessen ist es für Rechtsanwälte, Richter und sonstige Beteiligte, welche die einschlägigen Entscheidungen der Rechtsprechung nicht seit längerer Zeit verfolgen, sondern sich ad hoc aufgrund eines vorliegenden Falles einarbeiten müssen, unglaublich schwer geworden, die vielfältige Problematik zu durchschauen und den Stand der Rechtsprechung richtig zu erkennen. Der Verfasser hat versucht, für die Ende 2007 erscheinende 12. Auflage des Erman-BGB-Handkommentars (§ 675 Rz 64 -97), den derzeitigen Stand der Rechtslage so kurz wie möglich darzulegen; die Darstellung wird hier in etwas veränderter Form (mit Fußnoten statt Klammern) im Einverständnis mit dem Verlag auf dem Stand von August 2007 vorab veröffentlicht.

- I. Schrifttum
- II. Zur Problematik
- III. Immobilienverkauf und -vermittlung als Geschäftsbesorgung
- IV. Rückabwicklung finanzierter (Schrott-)Immobilienengeschäfte
 - 1. Gründe der Rückabwicklung
(Widerruf, nichtige Vollmachten, arglistige Täuschung, Formmangel, etc)
 - 2. Verbundene Geschäfte (Immobilienfondsbeteiligungen)
 - 3. Grundpfandrechtlich gesicherte (Schrottimmobilien-) Finanzierungsgeschäfte
 - 4. Schadenersatz wegen mangelnder Widerrufsbelehrung
 - 5. Schadenersatzansprüche wegen Verletzung von
Aufklärungs- und Beratungspflichten

I. Schrifttum:

Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006; Bungereth, Die Rückabwicklung nach dem HWG widerrufener Mobiliarkredite, WM 2004, 1505; Derleder, „Schrottimmobilien“ –Aufarbeitung in Karlsruhe - das Ende eines Schismas, NZM 2006, 449; Freitag, Die Haftung von Kreditinstituten wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung, WM 2006, 61; Häublein, Rechtsfolgen unterlassener Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht nach den Urteilen des EuGH vom 25.10. 2005, NJW 2006,1553; Knops, Der Widerruf von Krediten zum Immobilienerwerb nach der Richtlinie 85/577/EWG und dem Haustürwiderrufsgesetz, WM 2006, 70; Kümpel, Verbraucherschutz im Bank- und Kapitalmarktrecht, WM 2005, 1; Lang/Rösler, Schadenersatz nach fehlerhafter Widerrufsbelehrung? WM 2006, 513; Meller-Hannich, Haustürgeschäft, Immobilienkauf, Kreditvertrag und der enttäuschte Anleger, WM 2005, 1157; Mülbert/Hoger, „Schrottimmobilie“ als fortfressender Mangel, WM 2004, 2281; Oechsler, Schadenersatzanspruch des Immobilienanlegers wegen institutionalisiertem Zusammenwirken von Bank und Verkäufer beim Vertrieb, NJW 2006, 2451; Piekenbrock, Haustürwideruf und Vertragstreue, WM 2006, 466; Schnauder, Der Realkreditvertrag in der Sackgasse, JZ 2006, 1049; Schubert, Die Lehre von der

fehlerhaften Gesellschaft und das Haustürwiderrufsrecht, WM 2006, 1328; *Seidel*, Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung beim Erwerb im Immobilien-Strukturvertrieb, JZ 2005, 497; *ders*, Aktuelle Probleme der Treuhändervollmacht beim Immobilien-Strukturvertrieb, WM 2006, 1614; *Staudinger*, Die Zukunft der „Schrottimmobiliien nach den EuGH-Entscheidungen vom 25.10. 2005, NJW 2005, 3551; *Strohn*, Anlegerschutz bei geschlossenen Immobilienfond nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, WM 2005,1441; *Tiedtke/Szczesny*, Die Grundschuld im Haustürwiderrufsrecht, WM 2006, 1661; *Tonner*, Risikofreistellung bei fehlender Widerrufsbelehrung im Darlehensvertrag, WM 2006, 505; *Loritz/Wagner*, Verfassungsrechtliche Einordnung der kapitalanlagerechtlichen Rechtsprechung des BGH zum RBerG, WM 2005,1249.

II. Zur Problematik: Der Erwerb von Einfamilienhäusern und Wohnungseigentum geschieht heute vielfach über **Bauträger- und Baubetreuungsgesellschaften**¹. Zunehmend geschieht der Erwerb solcher Immobilien (und Anteilen von Immobilienfonds) auch nicht mehr zur Schaffung eigenen Wohnraums, sondern zur **Kapitalanlage**, verbunden mit der Nutzung von dazu gewährten Steuervorteilen, vermehrt auch nicht mehr bloß von „**Besserverdienenden**“, sondern auch von „**einfachen Leuten**“, mit relativ geringem Einkommen, denen derartige Kapitalanlagen (auch zur Alterssicherung) von unseriösen Beratern, Vermittlern, Werbern aufgeschwätzt werden, die **in der Regel zu teuer** sind („**Schrottimmobiliien**“) und deren mitverkauftes **Finanzierungsmodell nicht stimmt**, **1.** weil die in die Rechnung eingestellten **Mieten** nicht zu erlösen sind, **2.** weil die berechneten **Steuervorteile** wegen zu geringen Einkommens nicht gegeben sind, **3.** weil die **Finanzierungszinsen** zu hoch sind und **4.** weil die Erwerbskosten durch (**verdeckte**) **Provisionen** noch zusätzlich erhöht werden. Vielfach werden auch nicht mehr unmittelbar Immobilien, sondern **Anteile an Immobilienfonds** ver- und gekauft². Wenn die Erwerber erkennen, dass sie ein ungünstiges Geschäft gemacht haben, sind die Veräußererfirmen oder Fondsgesellschaften jedoch meist schon **insolvent**, von den **Vermittlern, Beratern und Initiatoren** ist meist auch nichts mehr zu holen, weswegen sie versuchen, sich von den Kreditverträgen zu lösen, mit denen das Anlageobjekt finanziert worden ist und das Risiko den **kreditgebenden Banken** aufzuerlegen³. Zur Lösung der dargelegten Problematik, die nicht nur ein **soziales Problem** ist (ca. 300.000 Anleger sollen geschädigt worden sein⁴), sondern auch einige **Banken in existenzielle Not** gebracht hat, sind verschiedene juristische Lösungen entwickelt worden.

¹ *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl 2005; *Grziwok/Koebke*, Handbuch des Bauträgerrechts, 2004; *Hansen/Nitschke/Brock*, Bauträgerrecht, 2006; *Hansen/Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl 1995; *Jagenburg*, Die Entwicklung des Baubetreuungs-, Bauträger- und Wohnungseigentumsrechts, NJW 1995, 2196; *Locher*, Das private Baurecht, 6. Aufl 1996; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl 2004; *ders*, Rspr zum Bauträgerrecht, NZ Bau 2006, 342; *Reithmann/Meichssner/v Heymann*, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle, 6. Aufl 1992; *Weber/Kesselring*, Die Entwicklung des BGB-Werkvertrags- und Bauträgerrechts in den Jahren 2001 bis 2004, NJW 2004, 3469.

² Zur rechtlichen Struktur von Immobilienfonds und ihrem regelmäßigen Schicksal vgl. *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006, § 495 Rz 372.

³ Dazu ebenso krit *Derleder* NZM 2006, 449 wie unkrit *Bungeroth* WM 2004, 1505.

⁴ *Derleder*, NZM 2006, 450; unterstellt man pro Anleger einen Schaden von durchschnittlich 100.000 €, so sind das 100.000 x 300.000 = 30 Mrd €, keine peanuts mehr also.

III. Immobilienverkauf und Immobilienvermittlung werden zu (Kauf- und Makler-) Verträgen, die eine „**Geschäftsbesorgung zum Gegenstand**“ haben, schon dann, wenn der Erwerber auch nur eine einzige Frage zur Wertentwicklung und Finanzierung des Kaufgegenstandes stellt⁵; daraus folgt eine Haftung bei fahrlässig falscher Beratung⁶, ohne dass die Voraussetzungen des § 463 aF (Garantiehafmung) gegeben sein müssen⁷. Die Dauer der Beratung kann für ihre Qualität bedeutsam sein; für das Zustandekommen eines Beratungsvertrags im Vorfeld eines Kaufvertrags soll sie dagegen unerheblich sein⁸. Nach BGH NJW 2004, 64 kann auch ein zu dem Kauf hinzutretender selbständiger Beratungsvertrag zu Stande kommen (mit abweichender Verjährungsfrist⁹), wenn der Verkäufer den Käufer unter Zuhilfenahme einer Berechnung der Rentierlichkeit zum Ankauf einer Immobilie bewegt; diese Beratungspflicht beschränkt sich auch dann nicht auf einen Teilaspekt, wenn der Käufer bei gebotener Wahrnehmung seiner Interessen die Unvollständigkeit der Beratung hätte erkennen können. Wenn der Verkäufer "**Vorsorge durch Eigentum**" zu einer "**zusätzlichen Alterssicherung**" verspricht, muss er auch über einen anstehenden Sanierungsstau und eine demzufolge drohende Erhöhung der „Instandhaltungsrücklagen“ informieren. **Empfiehlt ein Reiseunternehmer einen Appartementkauf im Ausland**, so soll dies eine Art „Bauträgerkauf“ sein¹⁰. Die Rspr über Immobilienverkäufer, die ihre **Beratungspflicht** verletzen, ist vielfältig¹¹.

IV. Rückabwicklung finanziert (Schrott-)Immobilien-geschäfte. 1. Gründe der Rückabwicklung. Zu der unter II. dargelegten Problematik finanziert Immobilien-geschäfte („Schrottimmobilien“), von denen ge- und/oder enttäuschte Anleger sich zu lösen versuchen war die Judikatur (zu) lange geprägt von den tiefgehenden die Rechtssicherheit mehr als bloß gefährdenden **Meinungsverschiedenheiten** zwischen dem **2. (Gesellschafts-) Senat** und dem **11. (Banken-) Senat** des BGH¹², die mit der **Entscheidungsserie vom 25. 4. 2006** weitgehend im Sinne der Ansichten des 11. Senats **beigelegt** wurden, wodurch die einschlägigen Entscheidungen des 2. Senats, insbesondere betreffend die Rückabwicklung von Immobilien-

⁵ Vgl. *Erman/Ehmann*, BGB-Handkommentar, 12. Aufl, 2007, § 675 Rz 7 • Beratungsvertrag und • Kaufvertrag, ferner vor § 662 Rz 19, 55 ff, 68.

⁶ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 7 • Beratungsvertrag.

⁷ So schon BGH JZ 1999, 301 m Anm Spickhoff.

⁸ BGH NJW 2005, 820.

⁹ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 7 • Kaufvertrag.

¹⁰ Koblenz, NJW- RR 2003, 1173.

¹¹ Vgl statt aller BGH NJW 2005, 820; 983; 2004, 64; NJW-RR 2004, 632; dazu vor § 662 Rz 68; ferner *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz • Beratungsvertrag.

¹² Vgl. den Überblick zu dieser "Rechtsgeschichte" bei *Bülow/Artz* § 495 Rz 371 ff, 385, mit den Entscheidungen vom 25. 4. 2006 (NJW 2006, 1788; 1952; 1955; 1957) und v. 16. 5. 2006 (NJW 2006, 2099); dagegen sehr krit *Derleder* NZM 2006, 449; *Emmerich* JuS 2006, 841; *Schnauder* JZ 2006, 1049.

fondsbeteiligungen zu Makulatur geworden sind. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des 11. Senats und des **Verbraucherschutzrechtes** ist die Kasuistik auf zunächst in **zwei Fallgruppen** zu unterteilen: **1. ohne Grundpfandrechte** finanzierte verbundene Anlagegeschäfte; **2. Anlagegeschäfte**, deren Finanzierungen **mit Grundpfandrechten** gesichert wurden (**Realkreditverträge**). In beiden Fallgruppen kann die Rückabwicklung rechtlich im wesentlichen **aus fünf verschiedenen Gründen** erfolgen: *a) wegen Widerrufs* des Anlagegeschäfts mit und ohne gleichzeitigen Widerruf des die Darlehensvertrags mangels hinreichender Belehrung nach dem Haustürgeschäftewiderrufsgesetz (dazu unter IV 2 a und 3 a); *b) wegen nichtiger Vollmachten* und demzufolge nichtiger Anlage- und Kreditverträge (dazu IV 2 b und 3 b); *c) wegen arglistiger Täuschung* des Anlegers, die auch den Kreditvertrag erfasst (dazu IV 2 c und 3 c); *d) wegen Formmangels* des Kreditvertrags gem §§ 4, 6 VerbrKrG (dazu IV 2 d und 3 d); *e) wegen schuldhafter Verletzung von Belehrungs-, Aufklärungs- und Beratungspflichten* mit der Folge von Schadenersatzansprüchen des Anlegers, auch gegen den Kreditgeber (dazu IV 4 und 5). Im Kern wird mit dieser Rechtsprechung des 11. Senats das **Verbraucherschutzrecht** für den realkreditfinanzierten Erwerb von Immobilien und Immobilienfondanteilen weitgehend **ausgeschaltet** und dazu die Bankenhaftung wegen Verletzung von **Aufklärungs- und Beratungspflichten** mit an hohe Voraussetzungen geknüpfte **Be-weiserleichterungen** etwas verschärft (dazu IV 5 d, bb-ee). Die Rechtsprechung zeigt allerdings noch kein geschlossenes Bild, tausende von Fällen hängen noch in den Instanzgerichten, die aus versch. Gründen teils auch nicht bereit sind, der Rspr des 11. Senats zu folgen¹³. Im übrigen hat die bisherige Judikatur für Fälle, deren Verträge nach dem 1. 1. 2002 bzw. 1. 11. 2002 (Änderung des § 358 III 2) abgeschlossen worden sind, Bedeutung nur noch insoweit, als die in das BGB integrierten verbraucherschützenden Vorschriften dabei keine Änderung erfahren haben (vgl zB die Änderung von § 3 II Nr. 2 VerbrKrG in § 358 III 2 BGB)¹⁴.

2. Verbundene Geschäfte können nach der Rechtsprechung des 11. Senats (dazu unten IV 3) aufgrund § 3 II Nr. 2 VerbrKrG zwischen dem Kredit- und Erwerbsgeschäft nur angenommen werden, wenn der Kredit **nicht grundpfandrechtlich gesichert** wurde, was in der Praxis in der Regel nur in Fällen des Erwerbs von **Immobilienfondsanteilen** der Fall ist. Zu den Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts in Fällen eines **finanzierten Fondsbeitritts** vgl BGH NJW 2003, 2821; NJW-RR 2005, 1073; NJW 2006, 1788 Tz 13 ff.

¹³ Zu einer Verfassungsbeschwerde wegen Versagens der Prozesskostenhilfe im Hinblick auf die Rechtsprechung des 11. Senats vgl. BVerfG WM 2007, 1170.

¹⁴ Zur künftigen Entwicklung der Rechtsprechung vgl. unten IV 5 c, bb und d, ee (2).

a) Widerruf nach Haustürwiderrufsgesetz. aa) Mangelhafte Widerrufsbelehrung. In EuGH NJW 2002, 281-**Heininger** ist - für die Kreditwirtschaft überraschend - entschieden worden, dass auch Kreditverträge einschließlich **Realkredite**, die in einer **Haustürsituation** - auch wenn die Bank davon keine Kenntnis hat¹⁵ - abgeschlossen worden sind, entgegen dem nicht richtlinienkonformen Wortlaut des § 5 II HWiG (wegen dessen ordentliche Belehrungen häufig unterblieben waren¹⁶), widerrufen werden können; was auch der 11. Senat anerkennt, selbst wenn ein **Haustürgeschäft** nur **nach nationalem Recht**, nicht aber nach der EG-Richtlinie anzunehmen ist¹⁷. Das **Widerrufsrecht** ist nach der Rspr¹⁸ auch dann gegeben, wenn der Verhandlungsführer, der die Belehrung unterlassen hat, nicht Vertreter des Kreditgebers (KrG) war und dieser die **Haustür-Situation**¹⁹ auch weder kannte noch kennen musste. Infolgedessen ist in vielen Fällen der Praxis ein derartiges Widerrufsrecht gegeben, was ursächlich für eine große Klagelawine geworden ist. Zur **Verwirkung** des Widerrufsrechts vgl BGH WM 2007, 114 Tz 23 ff.

bb) Rückabwicklung nach Widerruf. Macht ein **Anleger** von diesem Widerrufsrecht Gebrauch und widerruft das *Kreditgeschäft*, so kann er - im Falle eines verbundenen Geschäfts - die von ihm an den **KrG** erbrachten **Tilgungsleistungen nebst Zinsen** von diesem zurückfordern²⁰, sofern auch der Kreditvertrag widerrufen wurde (sofern nicht vgl 2 a dd); vom KrG nicht zurückfordern kann der KrN die dem KrG zugeflossenen **Fondsausschüttungen**²¹. Die Rückforderungsansprüche des KrN verjähren jedoch kurz gem § 197 BGB a.F²². Die Entscheidungen des 2. Senats²³, wonach der Anleger Schadensersatzansprüche gegen andere Beteiligte wie Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, Manager und Prospektherausgeber auch der kreditgewährenden Bank gegenüber im Wege des sog **Rückforderungsdurchgriffs** geltend machen kann²⁴ sind durch die Entscheidungen des 11. Senats vom 25. 4.

¹⁵ Vgl. EuGH NJW 2005, 3555; BGH NJW 2006, 497, BGH NJW 2006, 1340; 2006, 2099 Tz 19; BGH v. 19. 9. 2006 XI ZR 204/04 – NJW 2007, 357 Tz 27; NJW 2007, 364 Tz 12; OLG Karlsruhe OLG Report 2006, 478; beachte auch Vorlagebeschluss des OLG Stuttgart NJW 2007, 379.

¹⁶ Vgl. OLG Bremen NJW 2006, 1211; dazu *Bülow/Artz* § 495 Rz 399.

¹⁷ BGH NJW 2002, 1881; 2004, 1731; 2006, 1788 Tz 39; möglicherweise einschränkend BGH NJW 2007, 357 Tz 37; krit dazu Kulke NJW 2007, 360 f.

¹⁸ BGH WM 2006, 674; 2006, 2303; NJW 2006, 1788 Tz 40.

¹⁹ Zu deren Voraussetzungen in Fällen eines Abstands von mehreren Tagen: OLG Stuttgart WM 2007, 203, 210; im Falle eines Abschlusses durch einen Vertreter kommt es auf dessen Situation an, so BGH WM 2000, 1250; WM 207,442; zur Substantiierungs- und Beweislast: BGHZ 2007, 762.

²⁰ Steuervorteile des Anlegers sind jedoch als der Vorteilsausgleichung abzusetzen, BGH WM 2007, 1173.

²¹ So BGH NJW 2006, 1788 Tz 41.

²² Dazu OLG Stuttgart WM 2007, 203; OLG Karlsruhe v. 13. 3. 2007 - 17 U 289/06.

²³ BGH 156, 46, 54 f; WM 2004, 1518.

²⁴ Dazu *Bülow/Artz* (Fn 2), § 495 Rz 385.

2006²⁵ jedoch überholt; allerdings will das OLG Stuttgart²⁶ diesbezüglich dem 11. Senat des BGH nicht folgen. Der **KrG** kann die ausbezahlte Darlehensvaluta jedoch nicht vom **Kreditnehmer** (KrN) und Anleger, sondern nur vom **Zahlungsempfänger**, dh von demjenigen **zurückfordern**, an den er es tatsächlich ausbezahlt hat (idR dem Treuhänder oder dem Immobilienfonds), vom KrN kann der KrG nur die Übertragung des finanzierten **Gesellschaftsanteils** oder des **Abfindungsanspruchs** verlangen²⁷.

cc) Bereicherungsrecht und Verbraucherschutzrecht. Der 11. Senat begründet diese Art der Rückabwicklung nicht **bereicherungsrechtlich**, sondern aus dem **Schutzzweck des Verbraucherschutzes**, der es erfordere, „dass dem Darlehensgeber nach dem Widerruf **kein Zahlungsanspruch gegen den Darlehensnehmer** in Höhe des Darlehenskapitals zusteht^{28cc}. Richtiger Ansicht nach ergibt sich diese Rechtsfolge jedoch nicht bloß aus §§ 3 HWiG, 9 III VerbrKrG und deren Schutzzweck, sondern im Falle der Unwirksamkeit von Darlehens- und Erwerbsvertrag (auch in Fällen von **Realkreditverträgen**, dazu unter IV 3) auch schon aus Bereicherungsrecht, denn die Auszahlung des Darlehens durch den KrG an den Verkäufer, Fondsbetreiber, Vermittler oder Treuhänder (im folgenden abgekürzt **Dritter** genannt) erfolgt in derartigen Fällen **nicht als Anweisung**, dh **nicht als abstrakte Zuwendung** des KrG an den Dritten, deren Leistungszweck **1. im (Deckungs-) Verhältnis** zwischen KrG und KrN gem § 364 I bestimmt wird (statt Auszahlung an den KrN zum Zwecke der Erfüllung des Darlehensversprechens abstrakte Zuwendung an den Dritten), die andererseits **2.** dem KrN die Möglichkeit schafft **im (Valuta-) Verhältnis** die abstrakte Zuwendung des KrG durch Zweckvereinbarung mit dem Zuwendungsempfänger gem § 364 I zur Erfüllung des Kaufpreisanspruchs zu bestimmen. In solchem **Anweisungsfalle** ist die abstrakte Zuwendung des KrG an den Dritten als **Simultanleistung**, nämlich 1. als Leistung (an Erfüllungs Statt) des KrG an den KrN (Auszahlung des Darlehens an den Dritten statt an den KrN) einerseits und 2. als Leistung (an Erfüllungs Statt) des KrN an den Dritten (Zahlung des Kaufpreises statt durch den Kreditnehmer durch die Zuwendung des Dritten). Demzufolge muss im Falle eines Rechtsgrundmangels der KrG vom KrN und der KrN vom Dritten kondizieren. **In Fällen des Strukturvertriebs** von Immobilien oder Anteilen von Immobilienfonds liegt demgegenüber jedoch die **Weisungs- und Zweckbestimmungsbefugnis** über die Auszahlung und Verwendung der Darlehenssumme in aller Regel (Auslegungsfrage!) nicht bei dem KrN, sondern

²⁵ BGH NJW 2006, 1952, 1955, 1957; ferner WM 2007, 200 = NJW 2007, 1127 Tz 19, 20; WM 2007, 1367; allerdings will Stuttgart WM 207,203 diesbezüglich dem 11. Senat des BGH nicht folgen.

²⁶ WM 2007,203.

²⁷ BGHZ 133, 254 = NJW 1996, 3414; BGH vom 25. 4. 2006 XI ZR 193/04 NJW 2006,1788 Tz 19 ff.

²⁸ BGH 193/04 NJW 2006,1788 Tz 12.

beim KrG, der bestimmt, zur Finanzierung welchen Objekts und an wen das Geld auszuführen ist. Dieser Leistungsbestimmung hat der KrG in den ihm vom Vermittler (Treuhand) vorgelegten Vertragsformularen im Voraus zugestimmt (§ 185); dies ist Teil des **Strukturprinzips** derartig vertriebener und **finanzierter Immobiliengeschäfte**, wenn das Vermittlungs- und Finanzierungskonzept im Zusammenwirken mit der Bank ausgearbeitet worden ist, insbes wenn der KrG auch Finanzier des Anlageobjekts ist²⁹. Rechtlich ist daher die Zahlung des KrG an den Dritten **1. als Auszahlung des Darlehens an einen Dritten** zu begreifen, welches das Darlehensversprechen gem §§ **362 II, 185** erfüllt und gleichzeitig **2. als Leistung eines Dritten gem § 267**, welche die Kaufpreisschuld des KrN gegenüber dem Dritten erfüllt; die Zahlung des KrG an den Dritten ist also als **Leistung des KrG an den Dritten** zu begreifen, deren Zweckvereinbarung zwischen dem KrG und dem Dritten erfolgte und den **Rechtsgrund** bildete, mit der Folge, dass der KrG die Leistung auch **vom Dritten kondizieren** muss, wenn die Leistung rechtsgrundlos wird, weil sowohl das Darlehensversprechen als auch die Kaufpreisschuld unwirksam ist und daher der Erfüllungszweck nicht erreicht werden konnte³⁰.

dd) Widerruft der Anleger allein den Fondsbeitritt oder kündigt er im Falle einer **arglistigen Täuschung** (dazu unten (IV 2 c) allein den Fondsbeitritt aus wichtigem Grund (keine Anfechtung des Fondsbeitritts aus § 123 mit ex-tunc-Wirkung wg faktischer Gesellschaft), so hat dies nach der Rechtsprechung des 2. und des 11. Senats - auch im Falle eines verbundenen Geschäfts - **nicht die gleiche Wirkung**, wie wenn gleichzeitig der **Kreditvertrag** widerrufen oder wg arglistiger Täuschung angefochten worden ist³¹; vielmehr kann in solchem Falle der Anleger dem KrG gegenüber (wenn dieser das Darlehen fällig stellt, weil der Anleger weitere Tilgungsleistungen verweigert) die Rückzahlung des Darlehens gemäß § 9 III VerbrKrG nur insoweit verweigern, „**soweit ihm gegen die Fondsgesellschaft ein Abfindungsanspruch zusteht**“³². Das bedeutet, dass der Anleger auch bei verbundenen Geschäften, wenn lediglich der Fondsbeitritt widerrufen oder gekündigt wird, den Kredit zurückzahlen muss, soweit der Wert des Gesellschaftsanteils (des Abfindungsanspruchs) unter die Höhe des gewährten Kredits gefallen ist.

²⁹ Zutr. *Schnauder*, JZ 2006, 1049, 1052 f.

³⁰ So schon BGHZ 50, 227 - Junge Familie; dazu *Ehmann* NJW 1969, 398; *Schnauder* JZ 2006, 1049.

³¹ BGH NJW-RR 2005, 1073 = WM 2005, 547.

³² BGHZ 156, 46, 50 f = NJW 2003, 2821; NJW-RR 2005, 1073 = WM 2005, 547; BGH NJW 2006, 1955 Tz 27; v. 21. 11. 2006 - 347/05 - WM 2007, 200 Tz 18; dazu *Bartels* 2007, 237; BGH ZIP 2007, 762.

b) Nichtig Vollmachten. aa) Der für das **Notarrecht** zuständige **9. Senat** hat mit der Entscheidung BGHZ 145, 265 = NJW 2001, 70 die den "Treuhändern" dieser Immobilienvertriebsgesellschaften ausgestellten **Vollmachten** zu allen für das Erwerbsgeschäft erforderlichen Rechtsgeschäften einschließlich der Kreditaufnahme wegen Verstoß gegen **Art 1 § 1 RBERG** für **unwirksam** erklärt³³. Der 11. Senat ist dem grundsätzlich gefolgt, hat aber unter bestimmten Voraussetzungen trotz solcher Nichtigkeit der Vollmachten nach den Grundsätzen der **Duldungs- und Anscheinsvollmacht** eine wirksame Vertretungsmacht angenommen³⁴.

bb) **Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung.** Waren jedoch sowohl das Erwerbs- wie das Finanzierungsgeschäft mangels hinreichender Vollmachten unwirksam, so müsste nach den vorstehenden Ausführungen die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gleichfalls zur Folge haben, dass der KrG die **Darlehensvaluta nur vom Dritten**, nicht aber vom KrN zurückfordern kann; so hat auch der bisher zuständige 2. Senat³⁵ entschieden, der allerdings annahm, dass der KrN verpflichtet ist, dem KrG seinen Fondsanteil bzw. den Abfindungsanspruch abzutreten (wozu sich der 11. Senat noch nicht geäußert hat). Auch der 11. Senat hat in zwei Entscheidungen vom 20. 4. 2004³⁶ in Fällen des kreditfinanzierten Kaufs von **Eigentumswohnungen** (also nicht verbundener Geschäfte) mit nichtigen Vollmachten angenommen, dass der KrG die Darlehensvaluta nur vom Verkäufer (Dritten) und nicht vom KrN zurückfordern könne. Es scheint, als ob der 11. Senat den Kondiktionsanspruch abweichend von der oben (IV 2 a, cc) dargelegten Konstruktion gegen den Verkäufer mit einer **Nichtleistungskondition** wegen **Anweisungsmangel** begründen will; die Frage könnte dann im Falle eines finanzierten Fondsbeitritts (also eines verbundenen Geschäfts) kaum anders entschieden werden.

cc) **Gesellschafterhaftung des Kreditnehmers.** Zur Vermeidung einer Klageabweisung aufgrund vorgenannter bereicherungsrechtliche Grundsätze stützen kreditgebende Banken in Fällen eines Fondsbeitritts ihre Klagen gegen den KrN (als faktischer Gesellschafter) neuerdings auch auf **§ 128 HGB**³⁷; das OLG Karlsruhe³⁸ weist eine derartige Klage zu Recht ab, weil die Klägerin Anspruch habe auf Abtretung des Gesellschaftsanteils und diesen nicht ausschlagen und gleichzeitig den abtretungspflichtigen Gesellschafter über § 128 HGB in An-

³³ Kritisch dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht *Loritz/Wagner* WM 2005, 1249; vgl auch BVerfG WM 2006, 1095; zur Problematik der Rückwirkung KG ff WM 2007, 734.

³⁴ BGH NJW 2006, 1952; dazu Paal, JZ 2006, 802; ders. JuS 2006, 775; BGH NJW 2004, 2090, 2745; 2006, 2980; WM 2007, 110, 116; 2004, 1230; XI ZR 185/05-ZIP 2007, 169; die NJW-RR 2004, 632; Karlsruhe OLG Report 2006, 200; ferner Bülow/Artz § 495 Rz 392; Anm zu §§ 171, 172.

³⁵ BGHZ 159, 294; BGH v 14.6. 2004 – II ZR 407/02 - WM 2004, 1536.

³⁶ WM 2004, 1227; 2004, 1230

³⁷ Für GbR analog gem BGHZ 146, 341, 358.

³⁸ v. 13. 3. 2007 -17 U 289/06.

spruch nehmen könne³⁹. Wollte man anders entscheiden, würde - entgegen der hier dargestellten Rechtsprechung des 11. Senats - in Fällen des finanzierten Erwerbs von Anteilen an Personengesellschaften der (faktische) Gesellschafter letztlich doch immer zur Darlehensrückgewährung verpflichtet sein, was aber mit dem Schutzzweck des § 9 VerbrKrG iVm § 242 BGB und den europarechtlichen Vorgaben nicht mehr zu vereinbaren wäre⁴⁰.

c) Arglistige Täuschung. Im Falle arglistiger Täuschung kann der Anleger den Erwerbsvertrag (im Falle eines Beitritts zu einer Fondsgesellschaft allerdings nur mit ex-nunc-Wirkung aus wichtigem Grund **kündigen**⁴¹) und, falls die Täuschung auch dafür ursächlich geworden ist, auch den Kreditvertrag wirksam **anfechten**; denn der Vermittler der Fondsbeteiligung und des Darlehensvertrages ist im Falle eines **verbundenen Geschäfts** für die kreditgebende Bank **nicht Dritter** iSd § 123 II BGB⁴². Die Kündigung des Fondsbeitritts kann im verbundenen Geschäft auch gegenüber dem KrG erfolgen⁴³. Soweit nicht gleichzeitig der Kreditvertrag wirksam angefochten oder widerrufen wurde und also wirksam bleibt, kann der KrN die **Rückzahlung** des Kredits nur insoweit verweigern, "soweit der (ihm gegen den Fonds zustehende) **Abfindungsanspruch reicht**⁴⁴". Die **Rückabwicklung** erfolgt im Falle wirksamer Anfechtung auch des Kreditvertrages ebenso über **Bereicherungsrecht**, wie wenn beide Verträge wegen mangelnder Vollmacht oder aus sonstigen bürgerlich-rechtlichen Gründen unwirksam sind. Der KrG kann die Darlehensvaluta also **nicht vom Anleger** (KrN), sondern muss sie **vom Zahlungsempfänger** (Treuhänder, Verkäufer, Immobilienfond) zurückverlangen. Das ist nach der oben dargelegten Ansicht damit zu begründen, dass der KrG mit der Auszahlung der Darlehensvaluta eine Leistung an den Dritten zu Erfüllung seines Darlehensversprechens gemäß §§ 362 II, 185 und zugleich - gleichfalls an den Dritten - eine Leistung gem § 267 zur Tilgung der Kaufpreisschuld des KrN erbracht hat; da beide Leistungszwecke dem Dritten gegenüber verfolgt wurden, ist auch die Kondiktion gegen den Dritten gegeben; was von der Rspr auch mit dem **Mangel der Anweisung** oder dem **Doppelmangel im Deckungs- und Valutaverhältnis** begründet wird. Der 11. Senat hat die Frage bisher nicht entschieden, aber es ist kaum vorstellbar, dass er diese Fälle anders entscheidet als die Fälle **nichtiger Vollmachten**⁴⁵.

³⁹ Dazu auch Karlsruhe ZIP 2006, 1128 = OLG 206, 199.

⁴⁰ Vgl EuGH-Entsch. v. 25. 10. 2005, NJW 2005, 3555-Crailsheimer Volksbank; NJW 2005, 3551-Badenia).

⁴¹ BGH NJW 2003, 2821; dazu Westermann ZIP 2002, 240; Madaus JURA 2006, 881.

⁴² BGH NJW 2006, 1955 Tz 29; 2006, 2099 Tz 19.

⁴³ BGHZ 156, 46, 50, 53; XI ZR 347/05-WM 2007, 200 Tz 18.

⁴⁴ BGH WM 2007, 200 Tz 18, 28; dazu oben 2 a, dd.

⁴⁵ Dazu oben b) und auch BGH v. 25. 4. 2006 - XI ZR 106/05 - NJW 2006, 1955 Tz 29.

d) Formmangel gemäß §§ 4, 6 VerbrKrG. Besteht ein Formmangel gem §§ 4, 6 VerbrKrG ($\approx$ §§ 490, 494 BGB) der nach § 6 II VerbrKrG ($\approx$ § 494 II 1 BGB) geheilt wird, wenn der Verbraucher das Darlehen empfängt oder den Kredit in Anspruch nimmt, so soll nach BGH⁴⁶ eine **Heilung** auch eintreten, wenn der KrG das Darlehen in einem verbundenen Geschäft **an den Dritten auszahlt**; das ist zwar richtig, wenn man annimmt, dass der KrG das Darlehen gem § 362 II, 185 mit Erfüllungswirkung an den Dritten auszahlt (vgl oben IV 2 a, cc); erscheint aber widersprüchlich, wenn im Falle des Widerrufs angenommen wird, dass der KrG **keine Leistung an den Dritten** erbracht habe⁴⁷. Nach der Rspr des 11. Senats kann der KrN jedoch das verbundene Geschäft nach Auszahlung des Darlehens an den Dritten im Falle eines Formmangels nur noch erfolgreich rückabwickeln, wenn ihm auch noch bezüglich dieses Rechtsgeschäftes ein Widerspruchsrecht zusteht⁴⁸ oder das Anlage- *und* das Kreditgeschäft wegen nichtiger Vollmachten oder aufgrund Anfechtung wegen arglistiger Täuschung unwirksam sind.

3. Realkreditverträge können nach der Rspr des 11. Senats⁴⁹ aufgrund der Regelung des § 3 II Nr. 2 VerbrKrG **keine verbundenen Geschäfte** bilden, sofern der Realkredit zu den „**üblichen Bedingungen**“⁵⁰ gewährt wurde; auch dann nicht, wenn ein bereits **bestehendes Grundpfandrecht übernommen** wurde⁵¹. Dagegen mit guten Gründen allerdings Karlsruhe⁵², das die im Falle eines Realkredits eingreifenden Vorschriften der **§§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG, 358 III 2 BGB** gemäß ihrem Zweck auf den Ausschluss der Fälle reduzieren will, in denen das Interesse des Kreditgeschäfts mit dem des Erwerbsgeschäfts nur durch den Sicherungszweck des Grundpfandrechts miteinander verbunden ist, demgegenüber sollen als **verbundene Geschäfte** jedoch alle begriffen werden, in denen der durch das Grundpfandrecht gesicherte Kredit nicht bloß gegeben wird, um an den dafür zu entrichtenden Zinsen zu verdienen (und es der freien Entscheidung des KrN überlassen bleibt, welche Immobilie er erwerben oder herstellen lassen will), sondern vielmehr der KrG den Kredit auch **im eigenen**

⁴⁶ 193/04 NJW 2006, 1788 Tz 30 ff; NJW 2006, 1952 Tz 33.

⁴⁷ BGH NJW 2006, 1788 Tz 12; BGH WM 2004, 1227; 1230; BGH NJW 2006, 1955 Tz 29; krit dagegen Karlsruhe OLGR 2006, 63; dazu Schnauder JZ 2006, 1052 Fn. 24; anders und richtig auch BGH v 14. 6. 2004 - II ZR 407/02 – WM 2004, 1537, 1540.

⁴⁸ BGH NJW 2006, 1788 Tz 34.

⁴⁹ BGHZ 150, 248; 161, 15, 25; BGH v. 25. 4. 2006 (NJW 2006, 1788; 1952; 1955; 1957 und Urt v 16. 5. 2006 NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194; v 26. 9. 2006 - XI ZR 283/03 – NJW 2007, 361 Tz 13; dazu krit Schnauder JZ 2006, 1049; Emmerich JuS 2006, 841

⁵⁰ Vgl BGH NJW 2006, 1957 Tz 50.

⁵¹ BGH NJW 2006, 1952 Tz 20; BGH NJW 2007, 357 Tz 15; BGH NJW-RR 2007, 395 Tz 24; nach BGH WM 2007, 1257 sogar dann nicht, wenn die ursprünglich vorgesehene Grundschuld nicht bestellt wurde.

⁵² OLG Report 2006, 631; dazu Schnauder JZ 2006, 1049.

Interesse an den „Unternehmer“ zahlt, weil er Herstellung, Veräußerung und Vertrieb der Immobilien gleichfalls (vor-) finanziert hat⁵³.

a) Ein **Widerruf des Kreditvertrages** aufgrund unterlassener Belehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz hilft dem Anleger im Falle eines **Realkreditvertrags** aufgrund der Rechtsprechung des 11. Senats also gar nichts, schadet ihm vielmehr, weil er nach Widerruf den zur Finanzierung des Anlageobjekts erhaltenen Kredit nebst Zinsen **auf einen Schlag zurückzahlen** muss⁵⁴ und diesem Rückzahlungsanspruch keine Einwendungen aus dem Anlagegeschäft (Immobilienkauf oder Fondsbeitritt) entgegenhalten kann. Der Anleger muss daher die Immobilie oder den Anteil behalten, erhält den bezahlten Kaufpreis nicht zurück, muss aber den Kredit zurückzahlen, soweit er noch nicht getilgt ist⁵⁵; der Anleger findet in solchen Fällen in der Regel auch keinen KrG mehr, weil der Wert der Immobilie zumeist weit geringer ist als der zu seiner Finanzierung in Anspruch genommene Kredit. Nach Meinung des 11. Senats⁵⁶ stehen die **Entscheidungen des EuGH** NJW 2005, 3591 und 3555 diesen Grundsätzen nicht entgegen. Nach BGH NJW 2004, 158; 2006, 2099 Tz 20 sichert eine für den Kaufpreis bestellte **Grundschuld** idR auch die **Rückzahlungsansprüche** nach Widerruf; Grundschulden zu Gunsten einer Bausparkasse sichern bei entsprechender Formularvereinbarung auch Darlehen einer Bank zur **Zwischenfinanzierung** bis zur Zuteilungsreife des Bausparvertrags⁵⁷.

b) Ist der **Realkreditvertrag** jedoch wegen **nichtiger Vollmachten** unwirksam, so spielt es grds keine Rolle, dass aufgrund § 3 II Nr. 2 VerbrKrG kein verbundenes Geschäft vorliegt; der KrG kann die Darlehensvaluta nicht vom KrN, sondern muss sie bereicherungsrechtlich vom Dritten, dem tatsächlichen Zahlungsempfänger (idR dem Veräußerer oder Immobilienfond oder Treuhänder) zurückverlangen⁵⁸. Verschiedentlich versuchen die kreditgebenden Banken einen Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta gegen den KrN damit zu begründen, sie hätten auf die Kaufpreisschuld im Valutaverhältnis gem § 267 gezahlt, wodurch der KrN durch die Befreiung von dieser Verbindlichkeit bereichert worden sei. Der Versuch, auf diese Weise eine solche **Nichtleistungskondition** der kreditgebenden Bank gegen den KrN zu begründen, scheidet idR jedoch schon tatsächlich daran, dass der

⁵³ Vgl auch Karlsruhe NJW-RR 2005, 201; OLG Report 2006, 479.

⁵⁴ BGH NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194; WM 2006, 2343 (v. 19. 9. 2006 – XI ZR 204/04 – NJW 2007, 357 Tz 38; NJW 2007, 364 Tz 16.

⁵⁵ BGHZ 152, 331, 338 f; BGH WM 2006, 1194 = NJW 2006, 2099; BGH v. 19. 9. 2006 – XI ZR 204/04 - NJW 2007, 357 Tz 38.

⁵⁶ BGH NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194; BGH v. 19. 9. 2006 XI ZR 204/04 - NJW 2007, 357 Tz 39; v 26. 9. 2006 – XI ZR 283/03 - NJW 2007, 361 Tz 15.

⁵⁷ BGH v. 24.10. 2006 - XI ZR 265/03 - Tz 13.

⁵⁸ So BGH v 20. 4. 2004 - XI 164/03 – NJW 2004, 2745; 171/03, NJW 2004, 3055.

KrN nicht von einer Verbindlichkeit befreit worden sein kann, wenn eine solche wegen Nichtigkeit des Kaufpreisanspruches gar nicht bestanden hat; im übrigen hat der KrG mit seiner Leistung gem § 267 eine **Leistung an den Dritten** erbracht und muss sie von diesem zurückholen, wenn die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestanden hat⁵⁹. Nach Auffassung des 2. Senats⁶⁰ ist der KrN verpflichtet, dem KrG das von ihm Erlangte (Fondsanteile, Immobilie) herauszugeben; ob der 11. Senat dem folgt und mit welcher Begründung ist offen; offen daher auch, ob der KrN die von ihm erbrachten Tilgungs- und Dienstleistungen vom KrG nur Zug um Zug gegen Rückgabe der Immobilie herausverlangen kann.

c) Ist der **Realkreditvertrag** wegen **arglistiger Täuschung** wirksam angefochten, so gilt für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung grds nichts anderes als im Falle der Nichtigkeit des Kreditvertrages wegen nichtiger Vollmachten. Jedoch gilt der oben 1c angeführte Satz, dass der KrG im Falle der arglistigen Täuschung durch den Vermittler des Anlageobjekts **nicht Dritter iSd § 123 II** ist, nur für **verbundene Geschäfte**, also nicht für Realkreditverträge⁶¹. Ein Realkreditvertrag kann daher nur angefochten werden, wegen der KrG im Sinne des § 123 II die **Täuschung kannte oder kennen musste**⁶². Im Übrigen wird der Anleger vom 11. Senat auf die im Urteil vom 16. 5. 2006 (dazu unten IV 5 d) entwickelten **Schadensersatzansprüche wegen Aufklärungsverschuldens** verwiesen⁶³.

d) Im Falle von **Formmängeln** im Sinne der §§ 4, 6 VerbrKrG können Realkreditverträge ebenso nichtig sein wie verbundene Geschäfte, aber gemäß § 6 II VerbrKrG auch ebenso geheilt werden; auch im übrigen gelten die unter IV 2 d dargelegten Rechtsfolgen entsprechend. Es ist jedoch **zu beachten**, dass die **Bereichsausnahme** des § 3 II Nr. 2 VerbrKrG in ihrem Anwendungsbereich einen Formverstoß nach § 4 I 4 Nr. 1 b nicht erfasst⁶⁴.

4. Schadensersatz wegen mangelnder Widerrufsbelehrung. Dem Hinweis von EuGH NJW 2005, 3551-Badenia folgend, das nationale Recht müsse Maßnahmen treffen, die verhindern, dass Verbraucher Risiken ausgesetzt werden, die durch eine Belehrung über das Widerrufs-

⁵⁹ Vgl Karlsruhe OLGR 2006, 793.

⁶⁰ WM 2004, 1536; dazu oben IV 2 b, bb.

⁶¹ BGH vom 25. 4. 2006 - XI ZR 106/05 - NJW 2006, 1955 Tz 29; XI ZR 347/05 - WM 2007, 200 Tz 22.

⁶² Dazu unten IV 5 d aa - ee.

⁶³ XI ZR 347/05 - WM 2007, 200 Tz 29; dazu unten IV 5 d, ee.

⁶⁴ Vgl BGH XI ZR 219/04 - NJW 2006, 1957 Tz 45 ff.; bzgl anderer Formmängel vgl BGH XI 29/05 - NJW 2006, 1952 Tz 31 ff.

recht verhindert werden sollten, anerkennt auch der 11. Senat⁶⁵, dass die Pflicht zur Widerrufsbelehrung eine **echte Rechtspflicht** ist, deren Verletzung zum **Schadenersatz** verpflichten kann, aber nur wenn die Pflichtverletzung **verschuldet**⁶⁶ und **kausal** für den eingetretenen Schaden ist. Eine **Garantie- oder Gefährdungshaftung** wird ausdrücklich abgelehnt⁶⁷. Die Unterlassung der Widerrufsbelehrung bei Abschluss des Kreditvertrages ist nicht kausal für den Erwerbsvertrag, wenn dieser schon vorher abgeschlossen war⁶⁸. Der Verbraucher muss die **Kausalität substantiiert darlegen**⁶⁹. Für den Nachweis der Kausalität genügt *nicht* die **Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens** (dazu unten IV 5 c), weil es in solchen Fällen nicht bloß eine Möglichkeit des Verhaltens des Aufzuklärenden gibt. Der nicht aufgeklärte Darlehensnehmer muss daher **konkret beweisen**, dass der Belehrungsverstoß für den Schaden ursächlich geworden ist⁷⁰. Nach der Rspr⁷¹ soll der Schutzzweck der Widerrufsbelehrungspflicht nicht darin bestehen, den Verbraucher so zu stellen, als ob das Darlehen sofort widerrufen und eine günstigere Eigenfinanzierung vorgenommen worden wäre. Für zukünftige Fälle hilft dieses Instrument jedoch ohnehin wenig, weil die Banken in der Vergangenheit die Belehrung über das Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz nur deshalb unterlassen haben, weil eine solche Belehrung nach dem Wortlaut des von EuGH NJW 2002, 281-**Heininger** für nicht richtlinienkonform erklärten § 5 Abs. 2 HWiG nicht erforderlich war. Der **Verbraucherschutz versagt** also ausgerechnet auf einem Felde, wo er wie auf keinem anderen wirklich eine Berechtigung hätte; dazu unten IV 5 d.

5. Schadensersatzansprüche wg Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten

a) Haftung des Kreditgebers für das finanzierte Geschäft. Eine kreditgewährende Bank ist grds nicht verpflichtet, den KrN auf die **allg wirtschaftlichen Risiken** der Kreditaufnahme hinzuweisen oder über etwaige **mit der Verwendung des Kredits verbundene Gefahren** aufzuklären⁷². Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn für die Bank erkennbar ist, dass der Empfänger den Kredit zur Grundlage wesentlicher Vermögensverfügungen machen will⁷³

⁶⁵ BGH Urt v. 19. 9. 2006 – XI ZR 204/04 - NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 Tz 40 ff; erg mit Urt v. 24. 10. 2006 – XI ZR 265/03 Tz 28.

⁶⁶ Anders OLG Bremen NJW 2006,1210; *Habersack* JZ 2006, 93.

⁶⁷ BGH vom 19. 9. 2006 NJW 2007, 357 Tz 42; dazu krit *Kulke* NJW 2007, 361; ferner *Ehmann*, Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Pflichtverletzung, FS Canaris 2007, S XXX.

⁶⁸ BGH WM 2006, 1194; 2006, 2343 Tz 43; 2006, 2657 Tz 15; auch nicht, wenn dessen Risiken vor Vertragsschluss erörtert worden sind, so Brandenburg WM 2006, 2168.

⁶⁹ Karlsruhe WM 2007, 16.

⁷⁰ BGH vom 19. 9. 2006 Tz 43 mit Hinweis auf BGHZ 160, 58, 66; gegen Bremen NJW 2006, 758; zur Kausalität der Unterlassung der Widerrufsbelehrung ferner Frankfurt WM 2007, 778; Brandenburg WM 2007, 826.

⁷¹ BGH (XI ZR 242/05 - NJW 2007, 364.

⁷² Vgl BGH NJW 2006, 2099 Rz 41; 2005, 664; BGHZ 107, 92 [101]; st Rspr.; dazu ausführlich *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 35- 40 f.

⁷³ BGH ZIP 1999, 275; allg dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 9.

oder dass der Kredit zu Spekulationszwecken verwendet werden soll⁷⁴. Auch eine **erkennbarer Geschäftsunerfahrenheit** des Kunden soll in der Regel noch keine Aufklärungspflicht des Kreditinstituts begründen⁷⁵. Grundsätzlich soll eine Bank bei der Kreditvergabe zur Finanzierung eines **Immobiliengeschäfts** weiterhin davon ausgehen können, dass der KrN über die notwendigen Kenntnisse oder Erfahrungen verfügt oder sich der Hilfe von Fachleuten bedient hat⁷⁶.

b) Aufklärungs- und Beratungspflichten des KrG gegenüber dem KrN werden **ausnahmsweise** nur anerkannt, wenn im Einzelfall ein **besonderes Aufklärungs- und Schutzbedürfnis** des KrN besteht und nach Treu und Glauben ein Hinweis des KrG an den KrN geboten ist⁷⁷. Dies wird vor allem angenommen, wenn die kreditgebende Bank sich die Erkenntnis nicht verschließen kann, dass der KrN durch das zu finanzierende Geschäft **sittenwidrig überteuert** werden soll⁷⁸. Die Fälle, in denen im übrigen **Aufklärungs- und Beratungspflichten** des KrG angenommen werden, können in **vier verschiedene Fallgruppen** geordnet werden: **(1)** Fälle eines **konkreten Wissensvorsprungs** der kreditgebenden Bank über spezielle Risiken des kreditfinanzierten Vorhabens oder wenn dem KrG die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Geschäftspartners des KrN bekannt ist⁷⁹; **(2)** In Fällen **schwerwiegender Interessenkonflikte** treffen den KrG **Hinweis- und Aufklärungspflichten** vor allem auch dann, wenn er mit der Auszahlung des gewährten Kredits an einen anderen Kreditkunden zugleich eigene außerhalb dieses Kreditvertrages liegende Interessen verfolgt⁸⁰, besonders wenn der KrG das Anlageobjekt selbst (vor-)finanziert hat; **(3)** Wenn die Bank ihre **Rolle als Kreditgeberin überschreitet**⁸¹ und im Vorfeld oder im Zusammenhang mit der Darlehensverschaffung Geschäftsbesorgerfunktionen, der **Anlageberatung und Anlagevermittlung**⁸² übernimmt, so ist sie auch zu der dazu erforderlichen sorgfältigen Aufklärung und Beratung verpflichtet; **(4)** Fälle eines **besonderen Gefährdungstatbestandes**, der zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken der Kreditaufnahme hinzutritt, insbes wenn ein KrN erkennbar auf Kredit speku-

⁷⁴ Düsseldorf NJW-RR 2004, 409.

⁷⁵ Frankfurt WM 2002, 1281; Stuttgart WM 2000, 292; Köln WM 2000, 2139.

⁷⁶ BGH NJW 2006, 2099 Tz 41; ergänzend BGH NJW 2007, 357 Tz 17 ff.

⁷⁷ Vgl ua BGH WM 1997, 662; WM 1992, 1310; Karlsruhe WM 1999, 1822.

⁷⁸ BGH NJW 2007, 357 Tz 20; NJW 2006, 2099 Tz 47; WM 2003, 61; WM 2003, 1370.

⁷⁹ BGH NJW 2006, 2099 Tz 41 ff; NJW 2004, 2736; NJW 1999, 2032; Heymann NJW 1999, 1577; näheres dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 37; ferner unten 5 d, aa bis ee.

⁸⁰ BGH NJW 2006, 2099 Tz 41 ff; 1991, 693; NJW-RR 1990, 876; NJW 1988, 1583; NJW 1980, 41; dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 38; ferner unten 5 d aa bis ee.

⁸¹ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 39; ferner unten 5 d aa bis ee.

⁸² Dazu allgemein *Erman/Ehmann* (Fn 4), vor § 662 Rz 13 ff; speziell für das Wertpapiergeschäft § 675 Rz 41 ff.; ferner unten 5 d aa bis ee.

liert⁸³. Speziell für **Wertpapiergeschäfte** sind auf dieser Grundlage und spezieller gesetzlicher Regelungen, insbesondere des Wertpapierhandelsgesetzes besondere Grundsätze entwickelt worden⁸⁴. Auch für **Immobiliengeschäfte** sind im Falle der Anlageberatung und Anlagevermittlung und besondere Grundsätze entwickelt worden, wobei zu unterscheiden ist, ob die Beratung und Vermittlung ein **Einzelfall** (dazu unten c) darstellt oder im Rahmen eines **institutionellen Zusammenwirkens** (sog. „Strukturvertrieb“) zwischen dem Betreiber des Anlageobjekts und der kreditgebenden Bank geschieht (dazu unten d).

c) Anlagevermittlung und Anlageberatung durch den Kreditgeber im Einzelfall.

aa) Besondere Grundsätze für Schrottimmobilien

Empfiehlt eine Bank oder ein sonstiger Experte eine bestehende **Vermögensanlage**, so ist er verpflichtet, dem Interessenten die erforderlichen **Informationen** über die Wirtschaftlichkeit der Anlage zu geben, sich die dazu erforderlichen Informationen zu beschaffen oder zu sagen, dass er dies nicht kann; auch muss er die wirtschaftliche Tragfähigkeit prüfen und auf etwaige Unrichtigkeit oder Widersprüche in den **Verkaufsprospekten**⁸⁵ hinweisen. Bloße **Anlagevermittlung** einerseits und **Anlageberatung** andererseits sind oft schwer zu unterscheiden. Grundsätzlich soll der **Anlagevermittler**, der in der Regel für den Anlagebetreiber tätig ist, einen vom Anleger ausgewählten Objekte nur vermitteln und beschaffen, allenfalls noch Auskunft geben über die Plausibilität der vom an Anlagebetreiber im **Prospekt** und in der Werbung gemachten Angaben sowie über die Zuverlässigkeit des Betreibers und seines Managements; dem **Anlageberater** obliegen demgegenüber weitergehende Pflichten, er muss nicht nur über die **Eigenschaften und Risiken des Anlagegeschäfts** die erforderlichen Auskünfte geben, sondern auch ein der finanziellen **Leistungsfähigkeit und Risikoneigungen des Anlegers** gerecht werdendes Objekt empfehlen, die **Beratung** muss also **anlage- und anlegergerecht** sein⁸⁶. Im Falle der Empfehlung eines **steuersparenden Bauherrenmodells** muss die kreditgebende Bank ungefragt informieren, wenn die erzielten **Mietverträge** nicht den im **Anlageprospekt** prognostizierten Mieten entsprechen⁸⁷. Die **Bewertung und Empfehlung** eines Anlageobjekts muss **ex ante vertretbar** sein; erweist sie sich im Nachhinein als falsch,

⁸³ BGH NJW 2006, 2099 Tz 41 ff; Karlsruhe ZIP 2005, 698; dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 40; ferner unten 5 d aa.

⁸⁴ Dazu ausführlich mit umfangr Nachw auf dem Stand von März 2007 *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 41 ff.

⁸⁵ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 64-66.

⁸⁶ Für Wertpapiergeschäfte sind diesbezüglich sehr differenzierte Grundsätze entwickelt worden, die für Immobilien-geschäfte entsprechende Anwendung finden können (vgl MüKo/Emmerich § 311 Rz 156 ff.; Madaus, JURA 2006, 882), auf die hier aber verwiesen werden muss, vgl *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 48 ff.

⁸⁷ BGH NJW 2004, 1868.

trägt der Kunde das Risiko⁸⁸. Zur Feststellung der **Kausalität** der Verletzung der Auskunftspflicht besteht die auch im sonstigen Beratungsrecht geltende **Vermutung beratungsgerechten Verhaltens**⁸⁹, die einen **Anscheinsbeweis** begründet, es soll daher grundsätzlich angenommen werden, dass der Aufklärungsmangel ursächlich geworden ist für die Entscheidung, an dem zuvor gefassten Anlageentschluss festzuhalten⁹⁰. Das **Verschulden** hinsichtlich der Verletzung einer Auskunftspflicht ist gemäß § 280 I 2 zu vermuten, jedoch soll bei der Entlastungsmöglichkeit auch der Stand der Rechtsprechung im Zeitpunkt der Pflichtverletzung berücksichtigt werden⁹¹. Hinsichtlich des Erwerbs bestimmter Immobilien und Immobilienfonds betrachtete der 2. Senat⁹² eine wg Verstoß gegen Art 1 § 1 RBERG rechtlich unwirksame Geschäftsbesorgung zum Zwecke eines kreditfinanzierten Immobilienkaufs als **GoA**⁹³, die den **Abwicklungsbeauftragten** dazu verpflichtete, den Erwerber über eine **versteckte Innenprovision** iHv 18, 4% zu informieren (dazu unter IV 5 d, dd); anders als eine Bank habe ein Abwicklungsbeauftragter ausschließlich die Interessen des Anlegers wahrzunehmen, auch wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig sei, daraus folge dass er über eine **versteckte Innenprovision** nicht erst dann informieren müsste, wenn diese wegen ihrer Höhe **sittenwidrig** sei⁹⁴, sondern schon dann, wenn sie die **kritische Grenze** von ca **15%** übersteige. BGH V ZR 66/06 - WM 2007, 174 verneint eine Aufklärungspflicht über eine versteckte Innenprovision iHv **18, 75%**, wenn nicht ein Vermittler mittels eines **Prospektes**⁹⁵, sondern der Verkäufer selbst "aufgrund mündlicher Beratung anhand eines **konkreten Berechnungsbeispiels**" die Immobilie veräußere.

bb) Prinzipienwechsel des 5. Senats? Unabhängig von der Gesamthöhe der Innenprovisionen besteht die Hinweispflicht des **Vermittlers**, wenn der Prospekt nur 6% statt 8% angibt, BGH WM 2007, 873; für einen **Verkäufer soll jedoch anderes gelten**, selbst wenn ein Vermittler für ihn tätig war, der seine Provision in Höhe von 18, 75% verschwiegen hat⁹⁶, Der **5. Senat**, der insoweit dem 11. Senat folgt, nimmt dann jedoch einen **Beratungsvertrag**⁹⁷ an, weil der Verkäufer dadurch "seine Rolle" verlassen habe, dass er dem Verkäufer an Hand eines **Berechnungsbeispiels** den Erwerber die Finanzierung nach dem "**Dortmunder-**

⁸⁸ BGH NJW 2006, 2041.

⁸⁹ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 7 • Beratungsvertrag • Rechtsberatung; Rz 61; ferner oben IV 4.

⁹⁰ So BGH NJW 2005, 3208, 3211; 2004, 2228; Habersack JZ 2006, 93; anders jedoch für das Unterlassen der Widerrufsbelehrung oben IV 4.

⁹¹ So BGH NJW 2005, 3208, 3211; dazu Rz 46; § 662 Rz 19.

⁹² BGH NJW 2005, 3208.

⁹³ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 677 Rz 9.

⁹⁴ So der 11. Senat für die Informationspflicht von Banken betreffend überhöhte und versteckte Innenprovisionen, BGH 158, 110, 121 = NJW 2004, 2378; NJW-RR 2004, 1126; BGH NJW 2006, 2099 Tz 47; dazu unten IV 5 d, dd.

⁹⁵ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 64-66.

⁹⁶ BGH (5. Senat) NJW 2007, 1874, insbes TZ 20.

⁹⁷ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz • Beratungsvertrag.

Modell" empfohlen und daher verpflichtet gewesen sei, den Käufer richtig **dahingehend zu beraten**, dass er die Immobilie **mit seinem Mittel erwerben und halten kann**⁹⁸.

d) Aufklärungspflichten bei Finanzierung von „Schrottimmobilien“ und Immobilienfondsanteilen „im Strukturvertrieb“

aa) Verbraucherschutzrechtliche Zurechnung. Im Falle einer **arglistigen Täuschung** über den wahren Wert einer Immobilie oder des Anteils an einem Immobilienfonds sind nach **allgemeinen Grundsätzen** grds auch Schadensersatzansprüche aus **culpa in contrahendo** (§ 280 I) und aus §§ 823 II, 830, 840 iVm § 263, 27 StGB gegeben, auch wenn **Aufklärungs- und/oder Beratungspflichten bloß fahrlässig** verletzt worden sind⁹⁹; gegen den Vermittler oder Veräußerer sind derartige Ansprüche wegen deren Insolvenz idR aber wertlos; derartige Schadensersatzansprüche **gegen den Kreditgeber** setzen freilich grundsätzlich voraus, dass auch dieser zu sorgfältiger Auskunft und/oder Beratung verpflichtet war. Im Falle eines verbundenen Geschäftes nimmt die Rspr allerdings an, dass der Anleger und Kreditnehmer ohne weiteres auch den mit dem Anlagegeschäft gem § 9 I VerbrKrG verbundenen Darlehensvertrag gem § 123 BGB anfechten kann, wenn die Täuschung auch für dessen Abschluss kausal war, „denn der Vermittler sowohl der Fondsbeteiligung als auch des Darlehensvertrages ist für die kreditgebende Bank **nicht Dritter** iS von § 123 II BGB¹⁰⁰“. Wenn eine derartige Anfechtung des Darlehensvertrages nicht möglich ist - weil die Arglist nicht nachweisbar oder die Anfechtungsfrist des § 124 I BGB verstrichen ist - kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I (culpa in contrahendo) gegen die kreditgebende Bank in Betracht; „denn diese muss sich bei einem verbundenen Geschäft das täuschende Verhalten des Vermieters zurechnen lassen, da dieser nicht Dritter im Sinne von § 123 II BGB ist: **Zur Vermeidung eines unvertretbaren Wertungswiderspruchs** ist es deshalb geboten, bei einem verbundenen Geschäft (§ 9 I VerbrKrG) der kreditgebenden Bank nicht nur die arglistige Täuschung des Fonds- und Kreditvermittlers über die Fondsbeteiligung, sondern auch ein darin liegendes vorsätzliches Verschulden bei Vertragsschluss zuzurechnen¹⁰¹“.

bb) Erweiterung der Aufklärungspflichten und Beweislastumkehrung. Da eine derartige verbraucherschutzrechtliche Zurechnung bei **realkreditfinanzierten** Vermögensanlagen nach Ansicht des 11. Senats wegen § 3 II Nr. 2 VerbrKrG nicht möglich ist, hat der 11. Senat sich veranlasst gesehen, für die Fälle **realkreditfinanzierter Wohnungskäufe** und Immobilien-

⁹⁸ Dazu unten IV 5 d, ee u. ff; dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 35-40 f.

⁹⁹ BGH NJW 2006, 1955, Tz 30; NJW 2006, 2099 Tz 41 ff.

¹⁰⁰ XI ZR 106/05, NJW 2006, 1955 Tz 29 im Anschluss an BGH NJW 1978, 2144; NJW 1979, 1593; Hopt FS Stimpel, 265, 269; dazu oben IV 2c um Fn 21.

¹⁰¹ So BGH NJW 2006, 1955 Tz 30.

fondsbeteiligungen in seiner Entscheidung vom 16. 5. 2006¹⁰² - auch um Anregungen des EuGH in den Entscheidungen vom 25. 10. 2005¹⁰³ Rechnung zu tragen - seine Rechtsprechung zum **Bestand von Aufklärungspflichten** der kreditgebenden Bank wie folgt zu ergänzen: Grundsätzlich soll danach eine Bank bei der Kreditvergabe zur Finanzierung eines Immobiliengeschäfts zwar auch weiterhin davon ausgehen können, dass der **Kreditkunde** über die **notwendigen Kenntnisse** oder Erfahrungen verfügt oder sich der **Hilfe von Fachleuten** bedient hat¹⁰⁴. Der 11. Senat bleibt daher dabei, dass dem KrG eine Auskunftspflicht außer in den Fällen der erkannten **Sittenwidrigkeit** des zu finanzierenden Geschäfts und der nachweisbaren arglistigen Täuschung nur in den oben dargelegten **vier Fallgruppen** obliegt¹⁰⁵ und schafft eine **zusätzliche Aufklärungspflicht** lediglich im Falle einer vom KrG erkannten **arglistigen Täuschung** oder einer **vorsätzlichen culpa in contrahendo** sowie - unter besonderen Voraussetzungen - einer **Beweislasterleichterung** für den Anleger und KrN (dazu unten ee). Die auf diese Weise erstrebte „Haftungserweiterung“ sollte zunächst nur für **realkreditfinanzierte Geschäfte** gelten¹⁰⁶, ist in der Entscheidung vom 21.11. 2006¹⁰⁷ aber auch auf **verbundene Immobilienfondsgeschäfte** erstreckt worden, was nicht erforderlich ist, soweit diese verbraucherschutzrechtliche „Zurechnung“ reicht.

cc) Mietpool. Die finanzierende Bank sei dadurch, dass sie den Kredit davon abhängig gemacht habe, dass der KrN einem Mietpool beitrete, der den Mietausfall im Falle eines Leerstandes auf alle Poolmitglieder verteile, **nicht** über ihre **Rolle als KrG** hinausgegangen mit der Folge, dass sie **nicht** darüber hätte **aufklären**¹⁰⁸ müssen, dass die versprochenen 8, 70 DM/qm kaum zu erzielen seien¹⁰⁹.

dd) Wissensvorsprung. Eine Bank ermittle den **Wert der gestellten Sicherheit** (der zuwerbenden Immobilie) grundsätzlich nur **im eigenen Interesse** und verletze daher durch die Nichtweitergabe dieser Erkenntnisse nicht eine **Pflicht gegenüber dem Kreditkunden**¹¹⁰.

¹⁰² XI ZR 6/04, NJW 2006, 2099 Tz 50; ergänzend BGH NJW 2007, 357 Tz 17 ff.

¹⁰³ NJW 2005, 3551 - Badenia; 3555 - Crailsheimer Volksbank; dazu oben IV 4.

¹⁰⁴ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 35, 40 b.

¹⁰⁵ BGH NJW 206,2099 Tz 41, im Anschluss an BGHZ 159, 294, 316; 161, 15, 20; NJW-RR 2005, 635; NJW 2005, 1576; dazu oben im Text IV 5 a zwischen Fn 73 und 78; ferner *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 37 ff; näheres im nachstehenden Text.

¹⁰⁶ BGH NJW 2006, 2099 Tz 50, weil sie bei verbundenen Geschäften wg der Haftungszurechnung (vgl oben IV 5 d aa) nicht erforderlich erschien, auch nicht erforderlich ist, soweit diese Zurechnung reicht; dazu unten ee).

¹⁰⁷ XI ZR 347/05 WM 2007, 200 Tz 29.

¹⁰⁸ Zur Aufklärungspflicht hinsichtlich der Risiken eines solchen Mietpools vgl BGH V ZR 66/06- WM 2007, 176. Karlsruhe (WM 2007, 355, 356 f) erkennt jedoch zu Recht in einem mit dem Kreditvertrag zwingend verbundenen Mietpoolbeitritt, der überhöhte Mietpoolausschüttungen in Aussicht stellt, einen "besonderen Gefährdungstatbestand" (oben 5 b (4)), der eine Aufklärungspflicht der Bank begründe; anders aber BGH (11. Senat) WM 2007, 876; anders wiederum der 5. Senat (BGH NJW 2007, 1874) der verlangt, dass ein Verkäufer, der den Beitritt zu einem Mietpool empfiehlt (dazu *Erman/Ehmann* (Fn 4), § 675 Rz 7 • Beratungsvertrag) über dessen Risiken aufklärt.

¹⁰⁹ BGH NJW 2006, 2099 Tz 7, 43 f.

¹¹⁰ BGH NJW 2006, 2099 Tz 45.

Über eine **versteckte Innenprovision**¹¹¹ müsse die Bank den Kreditkunden nur informieren, wenn diese das Verhältnis zwischen Kaufpreis und Verkehrswert derart verschiebe, dass der "Wert der Leistung knapp **doppelt so hoch ist wie der Wert** der Gegenleistung¹¹²"; gemeint ist wohl, wenn die Immobilie **nur halb so viel wert** ist wie der Kaufpreis, weil nur dann eine **sittenwidrige Übervorteilung** vorliege¹¹³; auch darüber, dass die Finanzierung des Kaufpreises mittels eines **Vorausdarlehens** in Kombination mit zwei neu abzuschließenden **Bausparverträge erhöhte Kosten** verursacht habe, müsse eine Bank **nicht aufklären**¹¹⁴. Etwas strenger urteilt der 5. Senat¹¹⁵, der in einem Fall mit einem Kaufpreis von 247.000 DM bei einem Wert von 107.000 DM die kreditgebende Bank für verpflichtet erklärt, auf einem derartigen sittenwidrigen Kaufpreis, auf eine erkannte **arglistige Täuschung** und auch auf eine **vorsätzliche culpa in contrahendo ungefragt hinzuweisen**¹¹⁶.

ee) Beweislastumkehr bei institutionalisiertem Zusammenwirken. (1) Voraussetzungen.

Dem großen Druck der geballten Kritik gegen seine verbraucherschutzrechtliche Rspr gibt der 11. Senat jedoch insofern etwas nach, als er "im Interesse der **Effektivierung des Verbraucherschutzes**" sowohl bei realkreditfinanzierten als auch bei verbundenen Anlagegeschäften¹¹⁷ - den Vorgaben der EuGH-Entscheidung¹¹⁸ folgend - bei **institutionalisiertem Zusammenwirken** der kreditgewährenden Bank mit den Verkäufern und Vermittlern des finanzierten Objekts („Strukturvertrieb“) die Fallgruppe des **konkreten Wissensvorsprungs** etwas erweitert und unter bestimmten Voraussetzungen ergänzt durch die Beweiserleichterung einer **widerlegbaren Vermutung der Kenntnis der Bank** von der **arglistigen Täuschung** durch den Verkäufer oder Fondsinitiator oder die von ihnen eingeschalteten Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts¹¹⁹. Voraussetzung dieser widerlegbaren Vermutung soll sein, ein **institutionalisiertes Zusammenwirken** und eine **evidente Unrichtigkeit** der Angaben der Vertreiber des finanzierten Objekts. Ein **institutionalisiertes Zusammenwirken** soll allerdings nicht schon dann bestehen, wenn die Bank vorab eine allgemeine Finanzierungszusage gegeben hat, vielmehr seien ständige Geschäftsbeziehungen erforderlich¹²⁰, zB in Form

¹¹¹ Dazu *Bülow/Artz* § 495 Rz 372 Fn. 428; Rz 387 Fn. 475 m.w.N.

¹¹² BGH NJW 2006, 2099 Tz 47 mit Hinweis auf BGH NJW-RR 2004, 2378; NJW 2004, 2378 ferner NJW 2005, 820; 2004, 1732; 2003, 1811; dazu *Bülow/Artz* § 495 Rz 372 Fn. 428.

¹¹³ So auch BGH vom 19. 9. 2006 - NJW 2007, 357 Tz 20 f.

¹¹⁴ BGH NJW 2006, 2099 Tz 49.

¹¹⁵ BGH V ZR 66/06-WM 2007, 114.

¹¹⁶ BGH WM 2007, 114.

¹¹⁷ BGH NJW 2006, 2099 Tz 50; XI ZR 347/05 - WM 2007, 200 Tz 29.

¹¹⁸ Vom 25. 10. 2005, NJW 2005, 3555-Crailsheimer Volksbank; NJW 2005, 3551-Badenia; dazu oben IV 4.

¹¹⁹ BGH NJW 2006, 2099 Tz 49 ff, 51; NJW 2007, 357 Tz 22 ff, 43; XI ZR 205/05-WM 2007, 114.

¹²⁰ Dazu auch BGH NJW 2007, 361 Tz 28 ff; BGH WM 2007, 1257, 1260; ferner Nürnberg WM 2007, 782.

eines **Rahmenvertrags** oder konkreter **Vertriebsabsprachen** oder **gemeinsamer Büroräume** oder **wiederholter Finanzierung** von Wohnungseinheiten oder Fondsanteilen **desselben Objekts**, wie im gegebenen Falle, wo 90% von 4000 Eigentumswohnungen von derselben Bank finanziert worden waren. Eine **evidente Unrichtigkeit** der Angaben von Verkäufern, Vermittlern ua soll angenommen werden, wenn die gemachten Angaben **objektiv grob falsch** sind, "so dass sich aufdrängt, die kreditgebende Bank habe sich der **Kenntnis der Unrichtigkeit** und der arglistigen Täuschung geradezu **verschlossen**¹²¹". Das wird im gegebenen Fall zwar angenommen, weil die Wohnung mit einer berechneten Nettomiete von 8,70 DM/qm verkauft wurde, obwohl die erzielbare Miete nur 5,95 DM/qm betrug. Ansonsten soll aber für einen **substantiierten Vortrag** einer derartigen den **Wissensvorsprung** und die **Aufklärungspflicht begründenden Übervorteilung** und **arglistigen Täuschung** die bloße Wiedergabe unverbindlicher, marktschreierischer Anpreisungen und die Behauptung „aufs Geradenwohl“ nicht genügen, der Grundstückswert habe nur 41% des Kaufpreises betragen, vielmehr seien konkrete dem Beweis zugängliche **Angaben über die wertbildenden Faktoren** erforderlich, insbes wenn der eigene Sohn (!) die Schrottimmobilien vermittelt hat¹²²; dabei ist allerdings zu bedenken, dass die angeworbenen und speziell geschulten Vermittler besonders dazu angehalten worden sind, eigene Familienmitglieder, Freunde und Bekannte (**friends and family**) anzuwerben und dabei oft den Schwindel selbst nicht durchschaut haben.

(2) Praktische Bedeutung. Im allgemeinen ist aber zu erkennen, dass in Fällen solch **evidenter Unrichtigkeit**, welche die Voraussetzung der **Beweislastumkehr** zulasten der kreditgebenden Bank für deren Kenntnis von der arglistigen Täuschung des Verkäufers, Vermittlers oder Initiators bilden soll, grds sowohl eine Anfechtung des Kreditgeschäfts wegen arglistiger Täuschung als auch ein Schadensersatzanspruch gegen die Bank aus **culpa in contrahendo** und aus **Delikt** gegeben wäre, weil in solchen Fällen die kreditgebende Bank als Dritte die Täuschung idR auch schon iSd § 123 Abs. 2 BGB "kennen musste"; im übrigen kann auch ohne die verbraucherrechtliche Zurechnung des § 9 III VerbrKrG angenommen werden, dass der **Anlagevermittler** iSd §123 II "bei wertender Betrachtung **auf Seiten des KrG** steht¹²³". Für die Praxis dürfte daher **im Ergebnis** durch die gewährte Beweiserleichterung **keine erhebliche Haftungsverschärfung** eingetreten sein; auch die **Erweiterung der Aufklärungspflicht** der kreditgebenden Bank für die Fälle **vorsätzlicher culpa in contrahendo** bringt praktisch kaum Vorteile, weil in solchen Fällen idR schon ein Anspruch aus §§ 823 II,

¹²¹ BGH NJW 2006, 2099 Tz 55; Urt v 19. 9. 2006 - XI ZR 204/04 - NJW 2007, 357 Tz 23.

¹²² So BGH vom 19. 9. 2006 Tz 20 ff, 26.

¹²³ Erman/Palm § 123 Rz 34.

830, 840 BGB iVm §§ 263, 27 StGB und auch im Falle **bloßer Fahrlässigkeit** schon nach allgemeinen Regeln ein Anspruch aus **culpa in contrahendo** gegeben ist¹²⁴.

(3) Weitere Entwicklung (Prognose). Im Übrigen deutet sich auf der Grundlage der Entscheidungen des 5. Senats¹²⁵ und des 11. Senats¹²⁶ eine Entwicklung an, welche über den bisherigen "Viererkanon" hinaus Verkäufer, Vermittler, KrG usw, wenn sie ihre **Rolle als Verkäufer, Vermittler und Kreditgeber** verlassen¹²⁷ **als Geschäftsbesorger** zur in solchen Beratungs- und Empfehlungsgeschäften **erforderlichen Sorgfalt** verpflichten¹²⁸ sich, insbes wenn mit der Beratung und Empfehlung **verborgene eigene Interessen** verfolgt werden, die mit der übernommenen Verpflichtung zur **sorgfältigen Wahrung des Kundeninteresses** nicht zu vereinbaren ist¹²⁹.

ff) Versagender Verbraucherschutz. Zu einer sachgerechten Lösung der Schrottimmobiliën-Fälle bedarf es daher weder des in diesen Fällen versagenden Verbraucherschutzes noch seiner Fortbildung zu einer vom Kausalitätserfordernis befreiten Garantiehaftung (dazu oben IV 4), noch der besonderen Grundsätze des 11. Senats zum „institutionellen Zusammenwirken“¹³⁰, vielmehr nur einer sachgerechten Anwendung des schon lange geltenden Rechts. In allen Fällen, in denen die Anleger mit „Schrottimmobiliën“ wirklich über den Tisch gezogen worden sind, können auch die Kreditverträge - auch wenn sie grundpfandrechtlich gesichert sind - **über § 123 II** angefochten werden (vgl oben ee) und nach richtig verstandenem **Bereicherungsrecht** (oben IV 2 a, cc) hat der KrG dann nur Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta gegen den Verkäufer, Vermittler, Fondsbetreiber oder Treuhänder; auch liegt in solchen Fällen grds eine **fahrlässige Verletzung der Aufklärungspflicht** des KrG vor¹³¹, so dass die Rückabwicklung auch ohne Verbraucherschutzrecht über § 280 I (culpa in contrahendo) ohne weiteres möglich ist. Das mangelhaft konstruierte und durchdachte **Verbraucherschutzrecht vernebelt** in solchen Fällen nur die eigentlichen Probleme und ihre sachgerechte Lösung, weil es viele Rechtsanwälte, Richter und „Literaten“ über die **untauglichen**

¹²⁴ Zu deren Voraussetzungen vgl BGH (5. Senat) WM 2007, 1182. Karlsruhe (WM 2007, 355, 361) erkennt in der Entscheidung vom 16. 5. 2006 (NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194) daher nicht eine Haftungserweiterung, sondern eine Einschränkung der bisherigen Rechtsprechung, die eine Haftung der Bank wg Wissensvorsprung schon begründete, wenn sich "die aufklärungsbedürftigen Tatsachen der Bank aufdrängen mussten" (vgl BGH WM 1992, 602, 603).

¹²⁵ Vom 13. 10. 2006, NJW 2007, 1874, dazu oben V 5 c.

¹²⁶ Vom 19. 12. 2006, NJW 2007, 1876; dazu Rz 49.

¹²⁷ Dazu Erman/Ehmann (Fn 4), § 675 Rz 7 • Auskunfts- und • Beratungsvertrag.

¹²⁸ Dazu Erman/Ehmann (Fn 4), § 675 Rz 6 a, b; Rz 35-40 a- f; 41 ff

¹²⁹ Dazu Erman/Ehmann (Fn 4), Rz 40 a-f.

¹³⁰ BGH NJW 2006, 2099, dazu oben IV 5 d, ee

¹³¹ Vgl BGH XI ZR 106/05 - NJW 2006, 1955 Tz 29 f; dazu Erman/Ehmann (Fn 4), § 675 Rz 35 ff.

Widerrufsrechte auf die falsche Spur bringt und davon abhält, die Fälle sorgfältig **zivilrechtlich** zu durchdenken¹³² und über **Deliktsrecht** und/oder **culpa in contrahendo** nach allgemeinen Grundsätzen zu lösen¹³³.

Im allgemeinen ist aber zu erkennen, dass in Fällen solch **evidenter Unrichtigkeit**, welche die Voraussetzung der **Beweislastumkehr** zulasten der kreditgebenden Bank für deren Kenntnis von der Unrichtigkeit der arglistigen Täuschung des Verkäufers, Vermittlers oder Initiators bilden soll, grds sowohl eine **Anfechtung** des Kreditgeschäfts wegen arglistiger Täuschung möglich als auch ein Schadensersatzanspruch gegen die Bank aus **culpa in contrahendo** und aus **Delikt** gegeben wäre, weil in solchen Fällen die kreditgebende Bank als Dritte die Täuschung idR auch schon iSd § 123 Abs. 2 BGB "kennen musste"; im übrigen kann auch ohne die verbraucherschutzrechtliche Zurechnung des § 9 III VerbrKrG angenommen werden, dass der **Anlagevermittler** iSd §123 II "bei wertender Betrachtung **auf Seiten des KrG** steht¹³⁴". Für die Praxis dürfte daher **im Ergebnis** durch die gewährte Beweiserleichterung **keine erhebliche Haftungsverschärfung** eingetreten sein; auch die **Erweiterung der Aufklärungspflicht** der kreditgebenden Bank für die Fälle der **vorsätzlichen culpa in contrahendo** bringt praktisch kaum Vorteile, weil in solchen Fällen idR schon ein Anspruch aus §§ 823 II, 830, 840 BGB iVm §§ 263, 27 StGB gegeben ist. Für einen **substantiierten Vortrag** einer derartigen den **Wissensvorsprung** und die **Aufklärungspflicht begründenden Übervorteilung** und **arglistigen Täuschung** soll auch die bloße Wiedergabe unverbindlicher, marktschreierischer Anpreisungen und die Behauptung „aufs Geradewohl“ nicht genügen, der Grundstückswert habe nur 41% des Kaufpreises betragen, vielmehr sind konkrete dem Beweis zugängliche **Angaben über die wertbildenden Faktoren** erforderlich, insbes wenn der eigene Sohn (!) die Schrottimmobilien vermittelt hat¹³⁵; dabei ist allerdings zu bedenken, dass die angeworbenen und speziell geschulten Vermittler besonders dazu angehalten worden sind, eigene Familienmitglieder, Freunde und Bekannte (**friends and family**) anzuwerben und dabei oft den Schwindel selbst nicht durchschaut haben.

gg) Schadensumfang/Verjährung. Nach dem Grundsatz der **Naturalrestitution** (§ 249) sind die Geschädigten so zu stellen, wie sie ohne die schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung

¹³² Vgl Bartels WM 2007, 237, 241 f.

¹³³ Dazu vorstehend ee (2) und Erman/Ehmann (Fn 4), § 675 Rz 40 a-f.

¹³⁴ Vgl Erman/Palm (Fn 4), § 123 Rz 34.

¹³⁵ So BGH vom 19.9. 2006 Tz 20 ff, 26.

gestanden hätten¹³⁶. Dabei darf vermutet werden, dass die Erwerber bei Aufklärung über die erhöht angenommenen Mieten den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und den Kredit nicht in Anspruch genommen hätten¹³⁷. Der Erwerber kann daher den Kaufpreis nebst den zu seiner Finanzierung aufgebrauchten Zinsleistungen sowie die Erwerbskosten, abzüglich erhaltener Steuervorteile Zug um Zug gegen die Rückgabe des Anlageobjekts ersetzt verlangen¹³⁸. **Schadensersatzansprüche gegen Fondsinitiatoren u.a.**, die nicht Vertragspartei des finanzierten Geschäfts sind, können jedoch nicht gegen den KrG geltend gemacht oder diesem gem § 9 III VerbrKrG entgegengehalten werden¹³⁹. Die Schadensersatzansprüche der Anleger gegen den KrG **verjähren** gem §§ 195, 199 I Ziff. 2 BGB in **drei Jahren nach Kenntnis** sämtlicher Tatsachen, die den Anspruch rechtfertigen¹⁴⁰.

hh) Anlagevermittler als Erfüllungsgehilfe der Bank. Im Falle, dass die vorstehenden Grundsätze zu keinem **Schadensersatzanspruch** führen, bleibt es bei der alten Rechtsprechungslinie, wonach der Verkäufer bzw. Vermittler, der falsche Angaben gemacht hat, jedoch nur insoweit als **Erfüllungsgehilfe** (§ 278) der Bank betrachtet werden kann, als sein Verhalten die **Anbahnung des Kreditvertrages betrifft**¹⁴¹. Anders OLG Stuttgart¹⁴², das annimmt, dass die Fondsgesellschaft gem § 278 für den Vermittler haftet und sich im verbundenen Geschäft der KrG dieses Verschulden zurechnen lassen muss. Falsche Angaben über den **Wert des finanzierten Objekts** und die monatliche Belastung des Geschädigten sollen grundsätzlich jedoch nur die **Rentabilität des Anlagegeschäfts** und nicht den **Darlehensvertrag** betreffen und daher außerhalb des Pflichtenkreises der Bank liegen¹⁴³. Die von Lit und Rspr erarbeiteten Grundsätze über den Begriff des Dritten iSd § 123 II¹⁴⁴ sind damit aber nicht außer Kraft gesetzt.

¹³⁶ BGH WM 2004, 422; NJW 2006, 1955 Tz 31; dazu Rz 59 f; vgl auch BGH NJW 2006, 2042; BGH NJW-RR 2005, 1073; vom 21.11. 2006 - XI ZR 347/05 – WM 2007, 200 Tz 22; BGH WM 2007, 116 Tz 22; dazu Rz 64.

¹³⁷ Dazu oben IV 5 c; ferner *Erman/Ehmann* § 675 Rz 59; zum Erfordernis der Kausalität der Pflichtwidrigkeit vgl auch BGH NJW 2007, 364 Tz 16.

¹³⁸ Vgl auch § 13 VerkProspG; dazu *Erman/Ehmann* (Fn 2), § 675 Rz 60, 66.

¹³⁹ Vgl. Ur. v. 21. 11. 2006 - XI ZR 347/05 – WM 2007, 200 Tz 22 gegen BGHZ 159, 280, 291 f; 159, 294 f; BGH NJW-RR 2005, 1073.

¹⁴⁰ BGH ZIP 2007, 624; ZIP 2007, 718; Karlsruhe WM 2007, 355, 359; dazu oben IV 2 a, bb.

¹⁴¹ BGHZ 152, 331, 333.

¹⁴² WM 2007, 203, 209 f.

¹⁴³ OLG Bremen NJW 2006, 1210; BGH NJW 2006, 2099 Tz 63; BGH NJW 2003, 2088.

¹⁴⁴ *Erman/Palm* (Fn 4), § 123 Rz 34 f.