

Gelddarlehen und Verbraucherdarlehensvertrag – unter besonderer Berücksichtigung der „Schrottimmobilien“-Problematik –

Sammlung von Leitsätzen, Orientierungssätzen und Urteilsauszügen

(soweit nichts anderes angegeben ist, handelt es sich um Leitsätze)

Verfasser: Prof. Dr. Georg Bitter, Universität Mannheim

In der nachfolgenden Sammlung ist die bis Ende Juni 2009 in der ZIP (sowie zumeist auch in anderen gängigen Zeitschriften wie WM, NJW oder NJW-RR) veröffentlichte **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sowie des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)** zusammengestellt, die sich mit Problemen des Verbraucherdarlehensvertrags – einschließlich des Vertragsschlusses in Haustürsituationen – beschäftigt. Die sehr umfangreiche Rechtsprechung insbesondere des für Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenats des BGH – aber auch des für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats des BGH – bezieht sich überwiegend auf die sog. „Schrottimmobilien“-Fälle, in denen Anleger regelmäßig in Haustürsituationen zum Erwerb einer Immobilie oder einer Fondsbeteiligung bewegt worden sind. Die Sammlung ist aber umfassender angelegt und bezieht auch andere wichtige Urteile ein. Die veröffentlichte Rechtsprechung der letzten vier Jahre sollte vollständig berücksichtigt sein, ältere Rechtsprechung, soweit sie dem Verfasser grundlegend erschien sowie mittelbar durch Bezugnahmen in neueren Entscheidungen.

Die genannte Rechtsprechung wird **systematisch aufbereitet**, d.h. die Entscheidungen sind aufgespalten nach den verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten, die sich aus der umseitigen Gliederung ergeben. Viele Entscheidungen werden dadurch an verschiedenen Stellen der Sammlung (erneut) aufgegriffen, um so dem Leser die jeweils für ein bestimmtes rechtliches Problem vorhandenen Leitsätze bzw. Urteilsauszüge im Zusammenhang präsentieren zu können.

Die Leitsätze und Auszüge aus den Entscheidungsgründen sind **im Originalwortlaut** wiedergegeben, die **Entscheidungsgründe** dabei **gekürzt**. Soweit die Kürzung innerhalb des hier abgedruckten Textteils erfolgt, ist dies durch drei Punkte ... im Text gekennzeichnet. Um dem Leser bei gekürzten Entscheidungsgründen eine leichtere Orientierung zu ermöglichen, wurden die Parteien des Rechtsstreits – soweit für das Verständnis erforderlich – in eckigen Klammern hinzugefügt (z.B. [= Bank], [= Anleger]). Auch sonst sind die durch Kürzungen erforderlich gewordenen Hinzufügungen des *Verfassers* durch eckige Klammern gekennzeichnet.

Schlüsselbegriffe im Text der Entscheidungsgründe sind durch **Fettdruck** hervorgehoben, um den Lesern auch insoweit eine leichtere Orientierung innerhalb dieser Materialsammlung zu ermöglichen. Diese Hervorhebungen durch Fettdruck finden sich niemals (!) im Original.

Parallel zu dieser Sammlung existiert ein Satz von 100 **Power-Point-Folien**, in dem die Entscheidungen systematisch gegliedert aufbereitet sind. Für den Schnellzugriff ist dieser Foliensatz zu empfehlen. Die dort nur mit Stichworten zitierten Entscheidungen können sodann in dieser Sammlung anhand der Leitsätze und Urteilsauszüge näher nachvollzogen werden.

Gliederung

I. Haustürwiderrufsrecht	3
1. Voraussetzungen des Widerrufsrechts.....	3
a) Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher über eine entgeltliche Leistung.....	3
b) Bestimmung zum Vertragsschluss in einer Haustürsituation.....	3
c) Ausnahmen (§ 312 Abs. 3 BGB, § 1 II HWiG).....	8
d) Verhältnis des Haustürwiderrufs zu anderen Widerrufsrechten (§ 312a BGB, § 5 II HWiG).....	9
e) Zurechnung von Haustürsituationen.....	12
aa) Willenserklärung gegenüber Vermittler in Haustürsituation.....	12
bb) Bevollmächtigung in Haustürsituation.....	15
2. Ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht.....	16
3. Frist für die Ausübung des Widerrufsrechtes.....	19
4. Rechtsfolgen des Widerrufs nach HWiG (§ 312 BGB).....	21
a) Widerruf des finanzierten Vertrags.....	21
b) Widerruf des Darlehensvertrags.....	23
aa) Rechtsprechung des EuGH.....	23
bb) Rechtsprechung des BGH.....	24
II. Verbraucherkreditrecht	37
1. Persönlicher Anwendungsbereich.....	37
2. Sachlicher Anwendungsbereich.....	38
3. Nichtigkeit wegen fehlenden Schriftform oder fehlender Angaben.....	39
a) Schriftform.....	39
b) Tilgung in Teilbeträgen i.S.v. § 492 I 5 Ziff. 2 BGB (§ 4 I 4 Nr. 1 b VerbrKrG).....	40
c) Kosten einer Versicherung i.S.v. § 492 I 5 Ziff. 6 BGB (§ 4 I 4 Nr. 1 f VerbrKrG).....	42
d) Angaben in Vollmachtsurkunde.....	42
e) Rechtsfolgen fehlerhafter Angaben im Kreditvertrag.....	43
f) Heilung der Nichtigkeit durch Auszahlung der Darlehensvaluta.....	45
g) Neuberechnung der Teilzahlungen bei gemindertem Zins.....	49
4. Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung.....	50
5. Verbundene Geschäfte i.S.v. § 358 BGB (§ 9 VerbrKrG).....	52
a) Vertrag über eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache.....	52
b) Wirtschaftliche Einheit.....	52
c) Unanwendbarkeit bei Realkrediten (§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG).....	57
d) Rückforderungsdurchgriff beim Widerruf (§ 358 IV 3 BGB, § 9 II 4 VerbrKrG).....	62
e) Einwendungsdurchgriff.....	64
f) Rückforderungsdurchgriff bei Einwendungen.....	66
g) Anfechtung des Darlehensvertrags + Anspruch gegen die Bank aus c.i.c.....	70
6. Allgemeine Regeln zum Schadensersatz (für Verbund- und sonstige Geschäfte).....	75
a) Haftungstatbestand.....	75
b) Verjährung.....	98
7. Kreditkündigung.....	101
III. Nichtige Treuhändervollmacht	101
1. Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBERG.....	101
2. Treuwidrigkeit der Berufung auf die Nichtigkeit.....	107
3. Anwendbarkeit der §§ 171 ff. BGB.....	110
4. Anforderungen an die Vollmachtsurkunde + die Vorlage der Urkunde.....	115
5. Rückabwicklung nichtiger Darlehensverträge.....	120

Literaturempfehlung: *Nobbe*, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu fehlgeschlagenen Immobilienfinanzierungen, WM Sonderbeilage Nr. 1/2007; *Schoppmeyer*, Ausgewählte Probleme der Schrottimobilien in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, WM 2009, 10.

I. Haustürwiderrufsrecht

1. Voraussetzungen des Widerrufsrechts

a) Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher über eine entgeltliche Leistung

(1) BGH, 24.2.2005 – III ZB 36/04, BGHZ 162, 253 = NJW 2005, 1273 = ZIP 2005, 622 = WM 2005, 755

Unternehmer- (§ 14 BGB) und nicht Verbraucherhandeln (§ 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO i.V.m. § 13 BGB) liegt schon dann vor, wenn das betreffende Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sogenannte Existenzgründung) geschlossen wird.

(2) BGH, 10.1.2006 – XI ZR 169/05, BGHZ 165, 363 = NJW 2006, 845 = ZIP 2006, 363 = WM 2006, 377

1. Das Widerrufsrecht eines Verpfänders gemäß § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB hängt nicht von der Verbrauchereigenschaft des persönlichen Schuldners oder einer auf diesen bezogenen Haustürsituation ab (Abweichung von BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 – IX ZR 56/95, BGHZ 139, 21).

2. siehe unten S. 4.

(3) BGH, 15.11.2007 – III ZR 295/06, NJW 2008, 435 = ZIP 2008, 27 = WM 2007, 2392

Zur Abgrenzung von Unternehmer- und Verbraucherhandeln und zu einer Haustürsituation bei einem Rechtsgeschäft, das der Vorbereitung einer Existenzgründung dient (Fortführung der Grundsätze des Senatsbeschlusses vom 24. Februar 2005, III ZB 36/04, BGHZ 162, 253).

b) Bestimmung zum Vertragsschluss in einer Haustürsituation

(1) BGH, 17.9.1996 – XI ZR 164/94, BGHZ 133, 254 = NJW 1996, 3414 = WM 1996, 2100 – Se-curenta

1. § 1 HWiG ist anwendbar, wenn jemand, der allgemein werbend für einen anderen tätig ist, einen eigenen Angehörigen in dessen Privatwohnung mit dem Vorschlag überrascht, mit dem anderen ein Rechtsgeschäft abzuschließen (Abgrenzung zu BGH NJW 1993, 1594 = WM 1993, 683 und BGHZ 131, 55 = NJW 1996, 191 = WM 1995, 2133).

2. siehe unten S. 24.

(2) BGH, 8.6.2004 – XI ZR 167/02, NJW 2004, 2744 = WM 2004, 1579

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. setzt voraus, daß der Kunde durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung zu einer späteren Vertragserklärung bestimmt worden ist. Dabei ist Mitursächlichkeit ausreichend. Es genügt, daß die **besonderen Umstände der Kontaktaufnahme einen unter mehreren Beweggründen** darstellen, sofern nur ohne sie der später abgeschlossene Vertrag nicht oder nicht mit demselben Inhalt zustande gekommen wäre (siehe z.B. BGHZ 131, 385, 392). Ausreichend ist dabei, daß der Darlehensnehmer durch einen Verstoß gegen § 1 HWiG a.F. in eine Lage gebracht worden ist, in der seine Entschließungsfreiheit beeinträchtigt war, den ihm später angebotenen Vertrag zu schließen oder davon Abstand zu nehmen (BGHZ 123, 380, 393 m.w.Nachw.; siehe auch Senatsurteil vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 522).

So ist es hier entgegen der Ansicht der Revision nicht: Dem Vortrag der Kläger ist nicht zu entnehmen, daß mündliche Verhandlungen über die Kreditaufnahme an ihrem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. stattgefunden haben. Daß die Kläger ... von einer Mitarbeiterin des Anlagevermittlers unverlangt zu Hause angerufen worden sind, reicht dafür nicht. Zwar ist anerkannt, daß auch bei einer den Kunden unvorbereitet treffenden telefonischen Anfrage die Gefahr einer Überrumpelung bestehen kann und daß deswegen, wenn der Kunde in einem solchen Telefongespräch einem Hausbesuch zugestimmt hat, sein Widerrufsrecht nicht gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG a.F. ausgeschlossen ist. Daraus folgt aber nicht, daß eine **telefonische Kontaktaufnahme** auch **ohne nachfolgenden Hausbesuch** genügt, um die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. zu erfüllen (Senat BGHZ 132, 1, 4 f.). Da für einen Hausbesuch von den darlegungs- und beweispflichtigen Klägern nichts dargetan oder ersichtlich ist, fehlt für eine Anwendung des § 1 HWiG a.F. die notwendige Tatsachengrundlage.“

(3) BGH, 12.12.2005 – II ZR 327/04, NJW 2006, 497 = WM 2006, 220 = ZIP 2006, 221

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Beklagten durch den Hausbesuch des Vermittlers H. auch zu dem Abschluss der beiden Darlehensverträge vom 14. Juli/9. August 1993 bestimmt worden i.S. des § 1 Abs. 1 HWiG.

[15] Ein derartiger Zusammenhang ist schon dann anzunehmen, wenn die **Haustürsituation für den späteren Vertragsschluss mitursächlich** geworden ist. Ein enger zeitlicher Zusammenhang ist nicht erforderlich. Es genügt, dass der später geschlossene Vertrag ohne die Haustürsituation nicht oder nicht so wie geschehen zustande gekommen wäre (BGHZ 131, 385, 392). Das ist hier anzunehmen. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts war die Tätigkeit des Vermittlers ursächlich für den Abschluss der Darlehensverträge.“

(4) BGH, 10.1.2006 – XI ZR 169/05, BGHZ 165, 363 = NJW 2006, 845 = ZIP 2006, 363 = WM 2006, 377

1. siehe oben S. 3.

2. Zu den Voraussetzungen des § 312f Satz 2 BGB, wenn der persönliche Schuldner seine Ehefrau bittet, zur Abgabe einer Verpfändungserklärung aus der gemeinsamen Wohnung in seine Geschäftsräume zu kommen.

(5) BGH, 9.5.2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243 = ZIP 2006, 1238 = NJW-RR 2006, 1419

1. Verneint das Berufungsgericht einen Kausalzusammenhang zwischen Haustürsituation und Abschluss des Darlehensvertrages neben dem zwischenzeitlichen Zeitablauf vor allem deshalb, weil der Verbraucher sein Widerrufsrecht hinsichtlich der mit der Kreditaufnahme verbundenen Fondsbeteiligung nicht ausgeübt habe, so ist diese im Revisionsverfahren nur beschränkt überprüfbare trichterliche Würdigung nicht zu beanstanden.

2. siehe unten S. 49.

(6) BGH, 13.6.2006 – XI ZR 432/04, NJW-RR 2006, 1715 = WM 2006, 1669 = ZIP 2006, 1626

Privatwohnung i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG ist auch die Privatwohnung des Vertragspartners des Kunden oder eines vom Vertragspartner eingeschalteten Vermittlers, die der Kunde nicht bewusst zu Zwecken eines geschäftlichen Kontakts aufgesucht hat.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Beklagte [= Anleger] durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG) zum Abschluss des Darlehensvertrages bestimmt wurde. Zwar ist eine Haustürsituation nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht gegeben, wenn der Kunde die **Privatwohnung seines Vertragspartners** zu Vertragsverhandlungen aufsucht. Denn dann befindet er sich grundsätzlich in keiner anderen Situation als beim Besuch eines Ge-

schäftslokals (BGHZ 144, 133, 136). Der vorliegende Fall ist aber entgegen der Ansicht der Revisionserweiterung anders gelagert.

[15] Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts war der Beklagte **zu einem privaten Besuch bei dem Vermittler eingeladen** und wurde erst im Laufe des Besuches auf die Möglichkeiten einer steuersparenden Beteiligung an der GbR angesprochen. ...

[20] Der Anwendbarkeit des § 1 HWiG steht hier auch ... nicht entgegen, dass der Beklagte durch einen **Verwandten** zum Darlehensvertragsschluss bestimmt wurde. Der Senat hat zwar ein Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG verneint, wenn ein Ehepartner vom anderen oder eine Mutter von ihrem Sohn bestimmt wird, einer Bank Sicherheiten für Kreditschulden des Bestimmenden zu gewähren (Senat, Urteile vom 9. März 1993 – XI ZR 179/92, WM 1993, 683, 684 und vom 4. Oktober 1995 – XI ZR 215/94, WM 1995, 2133, 2134, insoweit in BGHZ 131, 55 nicht abgedruckt). Der Schutz des Haustürwiderrufgesetzes kann einem nahen Angehörigen aber nicht versagt werden, wenn sein Verwandter – wie im vorliegenden Fall – ihm gegenüber wie gegenüber Dritten werbend tätig wird, um sein Interesse an einer finanzierten Kapitalanlage zu wecken (Senat BGHZ 133, 254, 258). Zudem besteht zwischen dem Beklagten und dem Cousin seiner Mutter nur ein entferntes Verwandtschaftsverhältnis.“

(7) BGH, 13.6.2006 – XI ZR 94/05, NJW 2006, 3349 = ZIP 2006, 1942 = WM 2006, 1995

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[15] Zwar setzt § 1 Abs. 1 HWiG nicht den Abschluss eines Vertrages in einer Haustürsituation voraus. Es genügt eine Haustürsituation bei der Vertragsanbahnung, die für den späteren Vertragsschluss ursächlich war. Auch wird ein **enger zeitlicher Zusammenhang** zwischen der mündlichen Verhandlung gemäß § 1 Abs. 1 HWiG und der Vertragserklärung **nicht gefordert**. Bei zunehmendem zeitlichen Abstand wird aber die Indizwirkung für die Kausalität entfallen (Senat BGHZ 131, 385, 392 m.w.Nachw.). Ob sich der Darlehensnehmer auch bei einem größeren zeitlichen Abstand zwischen der mündlichen Verhandlung und dem Vertragsschluss durch einen Verstoß gegen § 1 HWiG in einer Lage befindet, in der er in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt ist (Senat BGHZ 123, 380, 393 m.w.Nachw.), ist eine Frage der Würdigung des Einzelfalls (Senat, Urteile vom 21. Januar 2003 – XI ZR 125/02, WM 2003, 483, 484, vom 18. März 2003 – XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 921 und vom 20. Mai 2003 – XI ZR 248/02, WM 2003, 1370, 1372). Dass das Berufungsgericht bei seiner Würdigung die zwischen der Haustürsituation und dem Abschluss des Darlehensvertrages erfolgte notarielle Beurkundung des Kaufvertrages berücksichtigt hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. Senat, Urteil vom 20. Mai 2003 – XI ZR 248/02, WM 2003, 1370, 1372). Hingegen musste das Berufungsgericht dem Umstand, dass die Erklärung, die die Kläger am 26. April 1996 unterschrieben haben, im Wesentlichen dieselben Kreditkonditionen enthielt wie der spätere Darlehensvertrag, keine entscheidende Bedeutung beimessen, weil die Erklärung vom 26. April 1996 noch nicht die auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung darstellte (vgl. hierzu Senat BGHZ 123, 380, 392 f.).“

(8) BGH, 7.11.2006 – XI ZR 438/04, ZIP 2007, 762

Orientierungssatz:

2. Das Bestreiten einer Haustürsituation durch eine daran nicht beteiligte Bank ist kein unzulässiges pauschales Bestreiten. Ein substantiiertes Bestreiten kann von ihr nur gefordert werden, wenn der Beweis der Haustürsituation dem Kreditnehmer nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während die Bank alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihr zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (Fortführung BGH, 18. November 2003, XI ZR 332/02, WM 2004, 27).

(9) BGH, 10.7.2007 – XI ZR 243/05, NJW 2007, 3272

1. Zur Kausalität einer Haustürsituation bei Vertragsverhandlungen des Verbrauchers mit einem Angehörigen.
2. siehe unten S. 86.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[11] Ein Widerrufsrecht im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG setzt voraus, dass der Kunde durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung oder an seinem Arbeitsplatz zu seiner Vertragserklärung bestimmt worden ist. Dabei ist nicht erforderlich, dass die besonderen Umstände der ersten Kontaktaufnahme die entscheidende Ursache darstellen; es genügt vielmehr, dass er durch die Kontaktaufnahme in einer Privatwohnung in eine Lage gebracht worden ist, in der er in seiner Entschließungsfreiheit, den ihm angebotenen Vertrag zu schließen oder davon Abstand zu nehmen, beeinträchtigt war (BGHZ 123, 380, 393; 131, 385, 392; Senatsurteile vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 522; vom 8. Juni 2004 – XI ZR 167/02, WM 2004, 1579, 1581 und vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1244, Tz. 14 m.w.Nachw.). Ob die **Haustürsituation** für den Abschluss des Vertrages jedenfalls **mitursächlich** war, ist eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalles, die jeweils dem Tatrichter obliegt und die deshalb in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur beschränkt überprüft werden kann (Senatsurteile vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1244, Tz. 14 und vom 13. Juni 2006 – XI ZR 94/05, WM 2006, 1995, 1997, Tz. 15 m.w.Nachw.).

[12] Gemessen an diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Abschluss des Darlehensvertrages der Parteien nicht unter dem Eindruck einer für Haustürgeschäfte typischen Überrumpelungssituation zustande gekommen ist. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht aufgrund der Erklärung des persönlich gehörten Klägers, wenn es nicht sein **Neffe** gewesen wäre, hätte er die Fondsanteile nicht gekauft, zu der Feststellung gelangt ist, dass ursächlich für den Vertragsschluss allein die Tatsache war, dass der Neffe des Klägers sein Gesprächspartner war und dass der Ort, an dem das Gespräch stattfand, keinen Einfluss auf die Entscheidung hatte. Diese tatrichterliche Würdigung ist vertretbar, verstößt nicht gegen die Denkgesetze und beruht nicht auf verfahrenswidriger Tatsachenfeststellung.“

(10) BGH, 18.12.2007 – XI ZR 76/06, ZIP 2008, 357 = WM 2008, 292

1. + 2. siehe unten S. 47.

3. Ob eine Haustürsituation i.S. von § 1 Abs. 1 HWiG für den späteren Vertragsschluss mitursächlich war, ist eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalles, die jeweils dem Tatrichter obliegt. Dabei ist zu beachten, dass es keinen Rechtssatz gibt, nach dem mit Ablauf einer bestimmten Frist die Kausalität ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles entfällt.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[20] Ob eine ... Haustürsituation bei Unterzeichnung des Zeichnungsscheins im Jahr 1993 für den Abschluss des Vergleichs im Jahr 1999 mitursächlich war, ist eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalles, die jeweils dem Tatrichter obliegt und die deshalb in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur beschränkt überprüft werden kann (Senatsurteile vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1244, Tz. 14, vom 13. Juni 2006 – XI ZR 94/05, WM 2006, 1995, 1997, Tz. 15 und vom 10. Juli 2007 – XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, 1832, Tz. 11 m.w.Nachw.). Dabei ist zu beachten, dass es keinen Rechtssatz gibt, nach dem mit Ablauf einer bestimmten Frist die Kausalität ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles entfällt. Das Berufungsgericht ist unter Würdigung der Umstände des Falles rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Abschluss des Vergleichs der Parteien nicht unter dem Eindruck einer für Haustürgeschäfte typischen Überrumpelungssituation zustande gekommen ist, sondern **nach eingehender rechtlicher Beratung und nach langem Zeitabstand** unbeeinflusst von einer eventuellen Haustürsituation geschlossen wurde. Diese tatrichterliche Würdigung ist ohne weiteres vertretbar, verstößt nicht gegen die Denkgesetze und beruht nicht auf verfahrenswidriger Tatsachenfeststellung.“

(11) BGH, 22.9.2008 – II ZR 257/07, ZIP 2008, 2359 = WM 2009, 76 = NJW 2009, 431

1. Die Feststellung allein, dass ein Verbraucher eine Vertragserklärung in seiner Privatwohnung abgegeben hat, rechtfertigt noch nicht die Annahme, er habe sich in einer für die Bejahung einer Haustürsituation erforderlichen typischen Überrumpelungssituation befunden und sei deshalb zum Widerruf der Erklärung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWiG (jetzt: § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) berechtigt.

2. + 3. ...

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[3] Der Kläger hatte in der Klageschrift ... vorgetragen, er habe in der Zeit vor seinem Beitritt "von Oktober bis November 2000 mehrere Gespräche" mit Herrn B. geführt, der ihm die Beteiligung vermittelt habe (GA I Seite 10). In den "verschiedenen Vermittlungsgesprächen, die sich über den Zeitraum von Oktober bis November 2000 erstreckten", habe der Vermittler ihn nur unvollständig und falsch über die Umstände informiert, die "für die Bildung seines Willens, sich zu beteiligen", von erheblicher Bedeutung gewesen seien (GA I Seite 12 f.). ...

[4] Unstreitig war nach alledem zwischen den Parteien lediglich, dass der Kläger als Verbraucher die Beitrittserklärung in seiner Privatwohnung unterschrieben hat. Das reicht aber entgegen der offenbar bestehenden Fehlvorstellung des Berufungsgerichts zur Darlegung einer Haustürsituation im Sinne von § 1 Abs. 1 HWiG nicht ansatzweise aus.

[5] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt ein Widerrufsrecht im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWiG voraus, dass der Verbraucher durch mündliche Verhandlungen im Bereich seiner Privatwohnung oder an seinem Arbeitsplatz zu einer späteren Vertragserklärung bestimmt worden ist. Dabei genügt es, dass er in eine Lage gebracht worden ist, in der er in seiner Entschließungsfreiheit, den ihm später angebotenen Vertrag zu schließen oder davon Abstand zu nehmen, beeinträchtigt war (siehe nur BGHZ 123, 380, 392 f.). Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den mündlichen Verhandlungen gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWiG und der Vertragserklärung wird für den Nachweis des Kausalzusammenhangs vom Gesetz zwar nicht gefordert (BGH, Urt. v. 20. Mai 2003 – XI ZR 248/02, WM 2003, 1370, 1372). Die von einem **engen zeitlichen Zusammenhang** ausgehende **Indizwirkung für den Kausalzusammenhang** nimmt aber mit zunehmenden zeitlichen Abstand ab und kann nach einer gewissen Zeit ganz entfallen (BGHZ 131, 385, 392). Welcher Zeitraum hier erforderlich ist und welche Bedeutung möglicherweise auch anderen Umständen im Rahmen der Kausalitätsprüfung zukommt, ist dabei eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalls, die grundsätzlich jeweils dem Tatrichter obliegt und die deshalb in der Revisionsinstanz nur beschränkt überprüft werden kann (BGH, Urt. v. 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243 Tz. 14 m.w.Nachw.). Bei längerem zeitlichen Abstand bleibt dem Verbraucher der Nachweis gleichwohl bestehender Kausalität unbenommen (BGHZ 131 aaO m.w.Nachw.). Für die Entstehung des Widerrufs gelten im Übrigen die allgemeinen Regeln zur Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast**. Der Verbraucher hat daher alle Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 HWiG einschließlich des Vorliegens einer Haustürsituation sowie deren Kausalität für den Abschluss darzulegen und zu beweisen (BGHZ 131 aaO; Palandt/Grüneberg, BGB 67. Aufl. § 312 Rdn. 11; Staudinger/Thüsing, BGB [2005] § 312 Rdn. 71, 125).“

(12) BGH, 24.3.2009 – XI ZR 456/07, ZIP 2009, 1054 = WM 2009, 1028

1. siehe unten S. 19.

2. Es gibt keinen rechtlichen Obersatz des Inhalts, dass die Vermutung der Ursächlichkeit einer Haustürsituation für den späteren Abschluss eines Darlehensvertrages ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls bei einer Zeitspanne von drei Wochen zwischen Hausbesuch und Vertragsschluss entfällt.

3. siehe unten S. 97.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[17] Ein Widerrufsrecht im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG setzt voraus, dass der Kunde durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung zu seiner späteren Vertragserklärung bestimmt worden ist.

Dabei genügt eine Haustürsituation bei der Vertragsanbahnung, die für den späteren Vertragsschluss ursächlich ist. Ein **enger zeitlicher Zusammenhang** zwischen der mündlichen Verhandlung gemäß § 1 Abs. 1 HWiG und der Vertragserklärung ist nicht gefordert, **indiziert** aber **die Ursächlichkeit** der Haustürsituation für den späteren Vertragsschluss. Die Indizwirkung für die Kausalität nimmt allerdings mit zunehmendem zeitlichen Abstand ab und kann nach einer gewissen Zeit ganz entfallen (BGHZ 131, 385, 392; Senatsurteile vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, Tz. 14 und vom 18. November 2008 – XI ZR 157/07, Tz. 22 m.w.N.). ...

[19] Das Berufungsgericht ist von dem falschen Obersatz ausgegangen, bei einem Abstand von drei Wochen zwischen dem ersten Hausbesuch und dem Abschluss des Darlehensvertrages könne ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht mehr von einer Indizwirkung für die Kausalität der Haustürsituation ausgegangen werden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der erkennende Senat den Rechtssatz, dass die Indizwirkung für die Kausalität bei einem **Abstand von drei Wochen** zwischen Hausbesuch und Vertragsschluss ohne weitere Umstände generell entfällt, nicht aufgestellt. Er hat lediglich Berufungsurteile, in denen bei einem Abstand von drei Wochen und weiter hinzutretenden konkreten Umständen aufgrund einer Einzelfallwürdigung die Kausalität verneint worden ist, rechtlich nicht beanstandet, so beispielsweise, wenn zwischen der Haustürsituation und dem Abschluss des Darlehensvertrages eine notarielle Beurkundung des Treuhandangebotes erfolgt ist (vgl. Senatsurteil vom 13. Juni 2006 – XI ZR 94/05, WM 2006, 1995, Tz. 15). Konkrete Umstände, die dafür sprechen, dass die Indizwirkung der Ursächlichkeit der Haustürsituation für den späteren Vertragsschluss entfällt, hat das Berufungsgericht hier nicht festgestellt. Auf die notarielle Beglaubigung des Fondsbeitritts kann insoweit nicht abgestellt werden, da diese nach der Unterzeichnung des Darlehensvertrages durch die Kläger erfolgte.

[20] Ebenfalls rechtsfehlerhaft ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Kläger hätten keine konkreten Umstände für das Fortbestehen der Haustürsituation trotz des Zeitablaufs zwischen erstem Hausbesuch und der Unterschrift des Darlehensvertrages vorgetragen. ...

[22] Die Kläger haben ... unter Beweisantritt vorgetragen, dass ihnen beim ersten Hausbesuch die Beteiligung lediglich grob vorgestellt worden sei, weil zunächst eine Berechnung ihrer Leistungsfähigkeit habe erfolgen sollen. Die konkrete Beteiligung einschließlich des von ihnen aufzubringenden Finanzierungsbetrages in Höhe von 105.720 DM habe ihnen der Vermittler erst beim zweiten Hausbesuch am 23. Juli 1996 vorgestellt. Unterschrieben worden sei der Darlehensvertrag sodann erst bei einem dritten Hausbesuch am 29. Juli 1996.

[23] ... Unter diesen Umständen kann die Indizwirkung für die Kausalität zwischen dem danach entscheidenden Hausbesuch vom 23. Juli 1996 und der Unterzeichnung des Darlehensvertrags am 29. Juli 1996 mangels Feststellungen des Berufungsgerichts zu konkreten kausalitätsunterbrechenden Umständen nicht verneint werden, da zwischen beiden Terminen lediglich sechs Tage lagen.“

c) Ausnahmen (§ 312 Abs. 3 BGB, § 1 Abs. 2 HWiG)

BGH, 10.6.2008 – XI ZR 348/07, ZIP 2008, 1865 = WM 2008, 1593 = NJW 2008, 3423

Leitsatz unten S. 13.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] Das Widerrufsrecht des Klägers ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht nach den Regeln des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG a.F. ausgeschlossen.

[19] Der **Begriff der "vorangehenden Bestellung"** im Sinne dieser Vorschrift setzt nach dem in ihrer Entstehungsgeschichte zutage getretenen Willen des Gesetzgebers einen hinreichend konkreten Inhalt der Anfrage des Verbrauchers voraus, weil es nur dann nicht zu einer Überrumpelung oder anderen unlauteren Beeinflussung seiner Willensbildung kommen kann. Eine **Bestellung zur allgemeinen Informationserteilung** über Waren oder Dienstleistungen **genügt nicht**. Es bedarf vielmehr einer Bestellung zwecks Verhandlungen

über eine bestimmte Art von Leistungen (vgl. BGHZ 109, 127, 136; 110, 308, 310 m.w.Nachw.; Münch-KommBGB/Masuch, 5. Aufl. § 312 Rdn. 98 m.w.Nachw.).

[20] Gemessen daran fallen die **Hausbesuche des Steuerberaters B.**, wie die Revision zu Recht geltend macht, nicht in den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG a.F. Zwar mag es zu seinen beruflichen Pflichten gehört haben, die Kläger gegen Ende eines Jahres in ihrer Privatwohnung aufzusuchen, um sie über die voraussichtliche Steuerlast zu informieren und mit ihnen zugleich die Möglichkeiten zeitnaher steuersparender Investitionen zu besprechen. Nach dem Schutzzweck des Haustürwiderrufgesetzes muss aber notwendig hinzukommen, dass die Kläger gegenüber B. den Wunsch geäußert haben, er solle ihnen ein Angebot über eine kapitalmäßige Beteiligung an einem Immobilienfonds oder über vergleichbare Anlagemodelle unterbreiten. Die gegenteilige Gesetzesauslegung des Berufungsgerichts berücksichtigt nicht, dass ein Verbraucher von seinem Steuerberater normalerweise nicht die Werbung für ein bestimmtes Anlageobjekt auf Provisionsbasis, sondern **ausschließlich berufsspezifische Dienstleistungen erwartet**. Die Kläger mussten daher bei dem Hausbesuch des Steuerberaters B. nicht damit rechnen, dass ihnen zur Minderung der hohen Steuerlast ein sofortiger Eintritt in den G.-Fonds empfohlen wird. Dazu, dass B. bei der telefonischen Ankündigung seines Hausbesuchs ein entsprechendes Werbegespräch angekündigt hat, hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nichts vorgetragen.“

d) Verhältnis des Haustürwiderrufs zu anderen Widerrufsrechten (§ 312a BGB, § 5 Abs. 2 HWiG)

(1) EuGH, 13.12.2001 – Rs. C-481/99, EuGHE I 2001, 9945 = NJW 2002, 281 – Heiningen

1. Die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass sie auf einen Realkreditvertrag (hier: grundpfandrechtlich gesicherten Bankkreditvertrag) wie den im Ausgangsverfahren fraglichen anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag in einem der in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Fällen geschlossen hat, über das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie verfügt.

2. siehe unten S. 19.

(2) BGH, 9.4.2002 – XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248 = NJW 2002, 1881 = WM 2002, 1181

1. § 5 Abs. 2 HWiG ist unter Beachtung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Dezember 2001 (Rs. C-481/99) richtlinienkonform einschränkend auszulegen.

2. Kreditverträge gehören danach insoweit nicht zu den Geschäften, die im Sinne des § 5 Abs. 2 HWiG "die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz" erfüllen, als das Verbraucherkreditgesetz kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht einräumt wie das Haustürwiderrufgesetz.

3. Dies gilt für alle Kreditverträge, die Haustürgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG a.F. sind, auch wenn sie die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts im Sinne der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ("Haustürgeschäfte-Richtlinie") nicht erfüllen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung gebietet es in Verbindung mit der vom Senat eingeholten Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, die maßgeblichen nationalen Vorschriften, soweit ein Auslegungsspielraum besteht, dahingehend auszulegen, daß dem Verbraucher, der einen in den Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-Richtlinie fallenden **Realkreditvertrag** geschlossen hat, ein Art. 5 der Richtlinie entsprechendes **Widerrufsrecht** zusteht.

Dies hat zur Folge, daß § 5 Abs. 2 HWiG unter Beachtung der für die nationalen Gerichte bindenden Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften richtlinienkonform einschränkend auszulegen ist. Kreditverträge gehören danach insoweit nicht zu den Geschäften, die im Sinne des § 5 Abs. 2 HWiG "die

Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz" erfüllen, als das Verbraucherkreditgesetz kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das Haustürwiderrufsgesetz einräumt. ...

Dem Gesetzgeber erschien es ... möglicherweise sinnvoll, jeweils das sachnähere Gesetz für anwendbar zu erklären, solange dieses einen dem Haustürwiderrufsgesetz vergleichbaren Schutz gewährleistet (Fischer/Machunsky, HWiG 2. Aufl. Grundlagen Rdn. 83).

Dies ist bei Realkreditverträgen im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG indes nicht der Fall. Bei ihnen steht dem Kreditnehmer nach dem Verbraucherkreditgesetz kein Widerrufsrecht zu. Da das Verbraucherkreditgesetz damit erheblich hinter dem durch das Haustürwiderrufsgesetz bezweckten Schutz zurückbleibt und der Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers in einer Haustürsituation nicht Rechnung trägt, ohne daß dafür ein zwingender sachlicher Grund ersichtlich ist, waren ein Teil der Rechtsprechung (OLG München – 5. Zivilsenat – WM 2000, 1336, 1338 f.) und eine bedeutsame Mindermeinung in der Literatur (...) schon vor der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Dezember 2001 (WM 2001, 2434) und ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung der Auffassung, § 1 HWiG a.F. werde durch § 5 Abs. 2 HWiG nur dann verdrängt, wenn das vorrangig anzuwendende Verbraucherkreditgesetz einen gleich effektiven Schutz biete. ...

Der **Wille des Gesetzgebers hindert** – entgegen der Meinung der Beklagten und einer in der Literatur vertretenen Ansicht (Felke MDR 2002, 226, 227; von Heymann/Annertzok BKR 2002, 234; Hochleitner/Wolf/Großrichter WM 2002, 529, 531 f.; Piekenbrock/Schulze WM 2002, 521, 524) – die vorgenannte Auslegung **nicht**. Zwar ergibt sich – wie der Senat im einzelnen in dem Vorlagebeschluß vom 29. November 1999 (BGH WM 2000, 26, 27) ausgeführt hat – aus den Materialien zum Verbraucherkreditgesetz (BT-Drucks. 11/5462 und BT-Drucks. 11/8274), daß der Gesetzgeber das Widerrufsrecht nach § 1 HWiG a.F. für Kreditverträge im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausschließen wollte. Dem Gesetzgeber kann aber nicht unterstellt werden, er habe bei der Konkurrenzregel des § 5 Abs. 2 HWiG sehenden Auges einen Richtlinienverstoß in Kauf nehmen wollen; der Privilegierung von Realkreditverträgen in einer Haustürsituation lag vielmehr die Annahme zugrunde, sie sei richtlinienkonform (Staudinger NJW 2002, 653, 655). Der Gesetzgeber des Haustürwiderrufsgesetzes war davon ausgegangen, mit diesem Gesetz die europarechtlichen Vorgaben der seinerzeit kurz vor dem Erlaß stehenden Haustürgeschäfte richtlinie bereits umgesetzt zu haben (Rechtsausschuß zum RegE HWiG sowie zum Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucks. 10/4210, S. 9; so auch BGHZ 139, 21, 26). Die Übereinstimmung von nationalem Recht und Richtlinieninhalt entsprach danach seinem Willen. ...

Ohne Erfolg bleibt ferner der Einwand, ein Rückgriff auf das Haustürwiderrufsgesetz im Wege richtlinienkonformer Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG sei nach nationalem deutschem Recht systemwidrig, weil dann dem Verbraucher bei – nach dem Willen des Gesetzgebers eigentlich privilegierten – Realkreditverträgen gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ein stärkeres Widerrufsrecht zustünde als bei Personalkreditverträgen (Edelmann BKR 2002, 80, 81 f.). Richtig hieran ist, daß eine auf Realkreditverträge beschränkte Eröffnung des Widerrufsrechts gemäß § 1 HWiG a.F. system- und wertungswidrig wäre. Sie würde dazu führen, daß Realkreditverträge im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG im Falle einer Haustürsituation in weiterem Umfang als Personalkreditverträge widerrufbar wären. Die auf den Abschluß eines Realkreditvertrags gerichteten Willenserklärungen könnten nämlich innerhalb der längeren Frist des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung (im folgenden: a.F.) widerrufen werden und nicht nur wie bei Personalkreditverträgen innerhalb der Frist des § 7 VerbrKrG in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung (im folgenden: a.F.).

Der vorgenannten richtlinienkonformen Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG steht dies jedoch nicht entgegen. Der Wertungswiderspruch läßt sich nämlich dadurch vermeiden, daß die **richtlinienkonforme Auslegung nicht auf Realkreditverträge** im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG **beschränkt, sondern auf Personalkreditverträge erstreckt** wird. Nur dies wird auch dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften gerecht. ...

Die vorbezeichnete Auslegung führt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu einer methodisch bedenklichen Sinnentleerung bzw. Derogation des § 5 Abs. 2 HWiG (so aber Hochleitner/Wolf/Großrichter WM 2002, 529 ff.). Da die **Subsidiaritätsklausel** nur hinsichtlich der Widerrufsvorschriften der beiden konkurrierenden Gesetze eine einschränkende Auslegung erfährt und dies auch nur für den Fall, daß das

Verbraucherkreditgesetz dem Verbraucher kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht gibt wie das Haustürwiderrufsgesetz, bleibt für die Subsidiaritätsklausel in § 5 Abs. 2 HWiG ein Anwendungsbereich erhalten. So schließt § 5 Abs. 2 HWiG – wie der Senat in seinem Urteil vom heutigen Tage in der Parallelsache XI ZR 32/99 entschieden und näher ausgeführt hat – bei Realkreditverträgen einen Rückgriff auf § 7 HWiG aus. Im übrigen ist für die Vorrangregelung des § 5 Abs. 2 HWiG nur dann kein Raum, wenn ein Widerrufsrecht nach dem Verbraucherkreditgesetz ausgeschlossen oder bereits erloschen ist. In den Fällen, in denen das Verbraucherkreditgesetz selbst ein Widerrufsrecht gewährt, bleibt es demgegenüber bei der in § 5 Abs. 2 HWiG geregelten Subsidiarität des Haustürwiderrufsgesetzes. ...

Die durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG erfaßt auch den vorliegenden Fall, obwohl die Beklagte zu Recht darauf hinweist, daß nach dem für die Revision zugrunde zu legenden Sachverhalt die – streitige – **Haustürsituation nur bei der Vertragsanbahnung**, nicht hingegen beim Vertragsabschluß selbst vorlag. Dies hätte zwar zur Folge, daß der Kreditvertrag mit Rücksicht auf die richtlinienüberschießende Umsetzung im deutschen Recht die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts nach dem Haustürwiderrufsgesetz erfüllte, nicht aber den Tatbestand der Haustürgeschäfte richtlinie: Während letztere gemäß Art. 1 Abs. 1, 3 und 4 voraussetzt, daß in der konkreten Haustürsituation der Vertrag geschlossen oder jedenfalls ein entsprechendes Vertragsangebot abgegeben worden sein muß, genügt nach § 1 HWiG a.F. eine Haustürsituation bei der Vertragsanbahnung, die für den späteren Vertragsschluß ursächlich war. Die von einem Teil der Literatur (Habersack WM 2000, 981, 991; Habersack/Mayer WM 2002, 253, 257; Edelmann BKR 2002, 80, 81; Piekenbrock/Schulze WM 2002, 521, 527 f.; Wagner BKR 2002, 194, 195) befürwortete "**gespaltene Auslegung**", nach der die richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG auf Sachverhalte beschränkt bleiben soll, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, **überzeugt nicht** (so auch Frisch BKR 2002, 84, 86; Hoffmann ZIP 2002, 145, 149; Kulke ZBB 2002, 33, 44 f.; Staudinger NJW 2002, 653, 655). Sie widerspricht der durch das deutsche Recht geforderten Gleichbehandlung der verschiedenen Haustürsituationen.“

(3) BGH, 9.4.2002 – XI ZR 32/99, BGHZ 150, 264 = NJW 2002, 2029

§ 5 Abs. 2 HWiG schließt in Fällen, in denen ein Realkreditvertrag im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG in der Fassung vom 16. Januar 1986 erfüllt, eine Anwendung der Gerichtsstandsregelung des § 7 Abs. 1 HWiG aus.

(4) BGH, 8.6.2004 – XI ZR 167/02, NJW 2004, 2744 = WM 2004, 1579

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Wie der erkennende Senat in seinem erst nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung ergangenen Urteil vom 9. April 2002 (BGHZ 150, 248 ff.) dargelegt hat, gebietet es die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im zitierten Urteil vom 13. Dezember 2001 (Rs. C-481/99, Slg. I 2001, 9945 ff. – Heininger) vorgenommene Auslegung der Haustürgeschäfte richtlinie, die in § 5 Abs. 2 HWiG a.F. normierte Konkurrenzregelung zugunsten des Verbrauchers einschränkend auszulegen. Dies hat in der Weise zu geschehen, daß Kreditverträge insoweit nicht als Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift anzusehen sind, die "die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz" erfüllen, als dieses dem Darlehensnehmer kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das Haustürwiderrufsgesetz einräumt. Die gebotene **richtlinienkonforme Auslegung** der Norm ist nicht auf Realkreditverträge beschränkt, sondern **gilt in gleicher Weise für Personalkreditverträge** wie den vorliegenden. Nur diese Betrachtungsweise wird dem vorgenannten Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Dezember 2001 (aaO) gerecht und vermeidet untragbare Wertungswidersprüche (Senat BGHZ 150, 248, 258 f.).“

(5) BGH, 12.12.2005 – II ZR 327/04, NJW 2006, 497 = WM 2006, 220 = ZIP 2006, 221

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[13] Nach § 5 Abs. 2 HWiG gelten nur die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes, wenn das Geschäft dessen Voraussetzungen erfüllt. Diese Regelung kommt aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung

aber dann nicht zur Anwendung, wenn das Verbraucherkreditgesetz kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das Haustürwiderrufsgesetz einräumt. Das hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs – im Anschluss an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Dezember 2001 (WM 2001, 2434 "Heininger") – bereits mit Urteil vom 9. April 2002 (BGHZ 150, 248) entschieden, und zwar sowohl für Realkreditverträge als auch für – wie hier – **Personalkredite**. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Vertragserklärung in der Haustürsituation abgegeben wird – nur dieser Fall wird von der dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zugrunde liegenden Haustürgeschäfte-Richtlinie erfasst – oder ob der Vertragsschluss – wie hier – **lediglich in der Haustürsituation angebahnt** worden ist. Dieser Rechtsprechung hat sich der erkennende Senat angeschlossen (Urt. v. 14. Juni 2004 – II ZR 395/01, ZIP 2004, 1402, 1403, v. 18. Oktober 2004 – II ZR 352/02, ZIP 2004, 2319, 2322 und v. 31. Januar 2005 – II ZR 200/03, ZIP 2005, 565, 567). Danach kommt § 5 Abs. 2 HWiG hier nicht zur Anwendung, weil das Widerrufsrecht der Beklagten nach dem Verbraucherkreditgesetz – wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat – wegen Ablaufs der Jahresfrist des § 7 Abs. 1 Satz 3 VerbrKrG in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung abgelaufen ist.“

(6) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = ZIP 2006, 940 = WM 2006, 1003

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[39] Entgegen der Auffassung des Landgerichts gilt die richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG auch für **Personalkredite**, weil nur dies dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Dezember 2001 (Rs. C-481/99, WM 2001, 2434 ff. – Heininger) gerecht wird und untragbare Wertungswidersprüche vermeidet (Senat BGHZ 150, 248, 258 f. und Urteil vom 8. Juni 2004 – XI ZR 167/02, WM 2004, 1579, 1580).“

e) Zurechnung von Haustürsituationen

aa) Willenserklärung gegenüber Vermittler in Haustürsituation

(1) EuGH, 25.10.2005 – Rs. C-229/04, NJW 2005, 3555 = WM 2005, 2086 – Crailsheimer Volksbank

1. Die Artikel 1 und 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen sind dahin auszulegen, dass die Anwendung der Richtlinie, wenn ein Dritter im Namen oder für Rechnung eines Gewerbetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss eines Vertrages eingeschaltet wird, nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der Gewerbetreibende wusste oder hätte wissen müssen, dass der Vertrag in einer Haustürsituation im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie geschlossen wurde.

2. + 3. siehe unten S. 24.

(2) BGH, 12.12.2005 – II ZR 327/04, NJW 2006, 497 = WM 2006, 220 = ZIP 2006, 221

Nach richtlinienkonformer Auslegung des § 1 HWiG muss ein Vertragspartner, der nicht selbst die Vertragsverhandlungen führt, von der in der Person des Verhandlungsführers bestehenden Haustürsituation keine Kenntnis haben. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob den Vertragspartner an seiner Unkenntnis ein Verschulden trifft. Vielmehr ist § 1 HWiG immer dann anwendbar, wenn objektiv eine Haustürsituation bestanden hat (Änderung der bisherigen Rechtsprechung im Anschluss an EuGH, Urt. v. 25. Oktober 2005 – Rs. C-229/04).

(3) BGH, 14.2.2006 – XI ZR 255/04, NJW 2006, 1340 = WM 2006, 674

Nach richtlinienkonformer und vom Wortlaut des § 1 HWiG gedeckter Auslegung muss sich ein Vertragspartner, der nicht selbst die Vertragsverhandlungen führt, die in der Person des Verhandlungsführers objektiv

bestehende Haustürsituation ohne weiteres zurechnen lassen. Auf die Frage, ob sich eine Zurechenbarkeit der Haustürsituation aus einer entsprechenden Anwendung des § 123 Abs. 2 BGB ergibt, kommt es nicht an (Änderung der bisherigen Rechtsprechung im Anschluss an EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2005 – Rs. C-229/04, WM 2005, 2086, Crailsheimer Volksbank).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[13] ... [D]er Bundesgerichtshof [hat] bisher in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass ein Kreditvertrag nicht schon dann nach dem Haustürwiderrufgesetz wirksam widerrufen werden kann, wenn der Vermittler einer kreditfinanzierten Anlage den Abschluss des Darlehensvertrages in einer Haustürsituation angebahnt hat. Vielmehr wurde der kreditgebenden Bank die Haustürsituation – in Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 10/2876, S. 11) und der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur (siehe z.B. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 312 Rdn. 30 m.w.Nachw.) – außerhalb des Anwendungsbereichs des § 278 BGB nur dann zugerechnet, wenn die für die Zurechnung der arglistigen Täuschung gemäß § 123 Abs. 2 BGB notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind. War der Verhandlungsführer als "Dritter" im Sinne dieser Vorschrift anzusehen, so war sein auf die Haustürsituation bezogenes Handeln der Bank daher nur dann zuzurechnen, wenn sie dieses bei Vertragsschluss kannte oder hätte erkennen müssen. Für eine fahrlässige Unkenntnis in diesem Sinne genügte, dass die Umstände des Falles die Bank veranlassen mussten, sich zu erkundigen, wie es zur Abgabe der auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung des Kreditsuchenden gekommen ist (siehe z.B. Senatsurteile vom 12. November 2002 – XI ZR 3/01, WM 2003, 61, 63, vom 15. Juli 2003 – XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743, vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 523; BGHZ 159, 280, 285 f.; BGH, Urteile vom 15. November 2004 – II ZR 375/02, WM 2005, 124, 125 und vom 30. Mai 2005 – II ZR 319/04, WM 2005, 1408, 1409).

[14] Wie schon der II. Zivilsenat (Urteil vom 12. Dezember 2005 – II ZR 327/04, WM 2006, 220, 221 f.) hält auch der erkennende Senat an dieser Rechtsprechung nicht mehr fest. Mit dem Haustürwiderrufgesetz hat der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie 85/577 EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31) in nationales Recht umgesetzt. Nach der bindenden Auslegung des europäischen Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seinem erst nach der angefochtenen Entscheidung ergangenen Urteil vom 25. Oktober 2005 (Rs. C-229/04, WM 2005, 2086) **muss sich die Bank die Haustürsituation bereits dann zurechnen lassen, wenn sie bei Abschluss des Darlehensvertrages objektiv vorgelegen hat.** Eine solche richtlinienkonforme Auslegung lässt das nationale Recht zu. Zwar wollte der Gesetzgeber (vgl. BT-Drucks. aaO) den durch die Haustürsituation in seiner Willensbildung beeinträchtigten Verbraucher grundsätzlich nicht weiter schützen als einen Vertragspartner, der durch eine arglistige Täuschung zum Vertragsschluss bewogen wurde. Diese Absicht hat aber im Wortlaut des § 1 HWiG keinen Niederschlag gefunden. Es handelt sich nicht einmal um eine Interpretation des Gesetzestextes, sondern um einen Diskussionsbeitrag zu einer Frage, die im Gesetz nicht beantwortet worden ist, sondern der Rechtsprechung und der Lehre überlassen bleiben sollte.“

(4) BGH, 10.6.2008 – XI ZR 348/07, ZIP 2008, 1865 = WM 2008, 1593 = NJW 2008, 3423

Wird ein Verbraucher von seinem langjährigen Steuerberater in einer Haustürsituation zum Fondsbeitrag geworben, so ist diese der kreditgewährenden Bank nicht zuzurechnen, wenn zwischen ihr und dem Vermittler kein "Näheverhältnis" bestand.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[22] Wie der erkennende Senat bereits mehrfach im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2086 ff. – Crailsheimer Volksbank) entschieden hat, ist die **Zurechenbarkeit der Haustürsituation** nicht entsprechend § 123 Abs. 2 BGB zu beurteilen, sondern grundsätzlich **von rein objektiven Kriterien abhängig** (Senatsurteile vom 14. Februar 2006 – XI ZR 255/04, WM 2006, 674, 675, vom 13. Juni 2006 – XI ZR 432/04, WM 2006, 1669, 1671 Tz. 19, vom 20. Juni 2006 – XI ZR 224/05, BKR 2006, 448, 449 f. Tz. 14 und vom 19. September 2006 – XI ZR 242/05,

WM 2006, 2303, 2304 Tz. 11). Nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2086, 2089 Tz. 45 – Crailsheimer Volksbank) setzt Art. 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ("Haustürgeschäfte-Richtlinie") für die Zurechnung der von einem Dritten ausgenutzten Haustürsituation allerdings voraus, dass dieser Dritte im Namen oder für Rechnung eines Gewerbetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss des Vertrages eingeschaltet war. Deswegen hat der erkennende Senat im Urteil vom 20. Juni 2006 (XI ZR 224/05, BKR 2006, 448, 450 Tz. 15) darauf hingewiesen, dass der kreditgebenden Bank eine **Haustürsituation** dann **nicht zuzurechnen** sein könnte, wenn der Vermittler das Kreditgeschäft ausschließlich im Auftrag des von ihm in einer Haustürsituation erworbenen Anlegers vermittelt hat. Hierdurch hat der Senat zum Ausdruck gebracht, dass der Schutzzweck der Haustürgeschäfte-Richtlinie und des Haustürwiderrufgesetzes eine Zurechnung der Haustürsituation nicht mehr rechtfertigt, **wenn das Handeln des Dritten allein auf selbst bestimmten Aufträgen bzw. Weisungen des Anlegers beruht**, ohne dass der auch von der Richtlinie vorausgesetzte rechtliche oder wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Dritten in der Haustürsituation und dem Gewerbe des Vertragspartners besteht.

[23] Ein Dritter, der einem Anleger eine Kapitalanlage in einer Haustürsituation vermittelt, handelt danach nicht im Namen und für Rechnung der die Kapitalanlage finanzierenden Bank, wenn er keine Empfehlung zu Verhandlungen gerade mit dieser Bank ausgesprochen hat, sondern deren Auswahl auf einer eigenständigen, selbst bestimmten Weisung des Anlegers beruht. Solange hingegen der in den Vertrieb der Kapitalanlage eingebundene Dritte zwar im Auftrag des Anlegers die Finanzierung der vermittelten Kapitalanlage besorgt, die konkrete Bank jedoch nach Empfehlungen, bestehenden geschäftlichen Verbindungen oder freiem Ermessen des Dritten bestimmt wird, ist eine auf seinem Handeln beruhende Haustürsituation der Bank zuzurechnen. Erst wenn der Anleger diesen durch den Vertrieb der Kapitalanlage vorgegebenen Zusammenhang durch eine autonome Weisung unterbricht, wird der Dritte nicht mehr – auch nicht im weitesten Sinne – wirtschaftlich für Rechnung der Bank tätig, so dass er dieser auch nicht zugerechnet werden kann.

[24] Der autonomen Weisung steht es wertungsmäßig gleich, wenn der Anleger mit den Finanzierungsverhandlungen eine Person seines Vertrauens beauftragt, die ihrerseits nicht im Auftrag der finanzierenden Bank (vgl. dazu BGHZ 133, 254, 257 f.) oder dem mit dieser planmäßig zusammenarbeitenden Verkäufer/Vertreiber der Kapitalanlage handelt und die Vertrauensperson keine wirtschaftlichen Vorteile von der Bank erhält. In diesem Fall, in dem die **Vertrauensperson** bildlich gesprochen ausschließlich **"im Lager" des Verbrauchers** steht und sie auch wirtschaftlich nicht im entferntesten Sinne im Namen oder für Rechnung der Bank handelt, fehlt für eine Zurechenbarkeit der Haustürsituation in aller Regel die notwendige Wertungsbasis. ...“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 8.

(5) BGH, 23.9.2008 – XI ZR 266/07, ZIP 2008, 2211 = WM 2008, 2162

Die von dem Vermittler einer kreditfinanzierten Kapitalanlage geschaffene Haustürsituation ist der finanzierenden Bank nicht zuzurechnen, da der Vermittler nicht im Namen und für Rechnung der Bank gehandelt hat, wenn diese in den Vertrieb der Kapitalanlage nicht eingebunden war, sondern als Hausbank des Verbrauchers auf dessen Wunsch um die Finanzierung gebeten worden ist.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] ... Art. 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie) setzt für [die] **objektive Zurechnung der von einem Dritten geschaffenen Haustürsituation** voraus, dass dieser Dritte im Namen und für Rechnung des Gewerbetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss des Vertrags eingeschaltet war (EuGH WM 2005, 2086, 2089 Tz. 45). Der erkennende Senat hat deswegen bereits im Urteil vom 20. Juni 2006 (XI ZR 224/05, BKR 2006, 448, 450 Tz. 15) darauf hingewiesen, dass der kreditgebenden Bank eine Haustürsituation dann nicht zuzurechnen

sein könnte, wenn der Vermittler das Kreditgeschäft ausschließlich im Auftrag des von ihm in einer Haustürsituation geworbenen Anlegers vermittelt hat.

[19] In der Literatur wird streitig erörtert, welche rechtliche Qualität die mit dem **Begriff „im Namen und für Rechnung“** beschriebene wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Dritten und dem Gewerbetreibenden aufweisen muss, um die Zurechnung des Handelns eines Dritten in der Haustürsituation zu rechtfertigen. ...

[22] Der Senat geht davon aus, dass nach dem Schutzzweck der Haustürgeschäfte richtlinie und des Haustürwiderrufgesetzes die von einem Dritten geschaffene Haustürsituation dem Unternehmer nicht zugerechnet werden kann, wenn das Handeln des Dritten allein auf selbstbestimmten Aufträgen bzw. Weisungen des Kunden beruht (Senat, Urteil vom 10. Juni 2008 – XI ZR 348/07, WM 2008, 1593, 1595 Tz. 22 f.). Dann fehlt der in der Haustürgeschäfte richtlinie und in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vorausgesetzte, in die Worte „im Namen und für Rechnung“ gefasste rechtliche oder wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Dritten in der Haustürsituation und dem Gewerbe des Unternehmers. ...

[23] Der Vermittler einer kreditfinanzierten Kapitalanlage handelt nicht im Namen und für Rechnung der finanzierenden Bank, wenn er keine Empfehlung gerade zu Verhandlungen mit dieser Bank ausgesprochen hat, sondern deren **Auswahl auf einer eigenständigen, selbstbestimmten Weisung des Anlegers beruht**. ...“

bb) Bevollmächtigung in Haustürsituation

(1) BGH, 2.5.2000 – XI ZR 150/99, BGHZ 144, 223 = NJW 2000, 2268 = WM 2000, 1250

1. Bei Einschaltung eines Vertreters zum Abschluß eines Darlehensvertrages kommt es für die Widerruflichkeit der Vertragserklärung nach dem Haustürwiderrufgesetz jedenfalls grundsätzlich nicht auf die Haustürsituation des Vertretenen bei der Vollmachtserteilung, sondern auf die des Vertreters bei Abschluß des Darlehensvertrages an.

2. Der in seinem Vertrauen auf eine ihm vorgelegte notariell beurkundete Treuhandvertrags- und Vollmachtserklärung geschützte Darlehensgeber darf ohne weiteres davon ausgehen, daß dem Vertretenen ein Recht zum Widerruf der Treuhandvertrags- und Vollmachtserklärung nicht zusteht (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Nach § 166 Abs. 1 BGB kommt es bei Willensmängeln nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die des Vertreters an. Diese Regelung trägt dem Umstand, daß der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, aber auch dem Verkehrsschutz Rechnung (Soergel/Leptien, BGB 13. Aufl. § 166 Rdn. 1). Der Geschäftspartner verhandelt – wie auch im vorliegenden Fall – oftmals nur mit dem Vertreter und kennt deshalb häufig nur dessen Verhandlungssituation.

Das Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG setzt nun allerdings keinen Willensmangel im Sinne des § 166 Abs. 1 BGB voraus. Es soll einen situativen Übereilungsschutz gewähren (Auer ZBB 1999, 161, 163). Diesen hat der Gesetzgeber deshalb für notwendig erachtet, weil in den Verhandlungssituationen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG erfahrungsgemäß die Gefahr besteht, daß auf die Willensbildung dessen, der sich in oder aufgrund einer Haustürsituation zum Abschluß eines entgeltlichen Vertrags entschließt, in unzulässiger oder unangemessener Weise Einfluß genommen worden ist, also die Gefahr einer mangelhaften Willensbildung gegeben ist.

Der Einflußnahme des Vertragspartners oder eines Dritten ausgesetzt ist grundsätzlich nur derjenige, der mit dem Vertragspartner verhandelt und die Vertragserklärung abgibt. Dies ist bei einem Vertretergeschäft der Vertreter. Aus dem **Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB**, den heranzuziehen der Senat keine Bedenken trägt, ist deshalb zu folgern, daß für die situationsbezogenen Voraussetzungen des Widerrufsrechts nach § 1 Abs. 1 HWiG grundsätzlich **allein die Person des Vertreters maßgebend** ist. Dies entspricht auch der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur ...

Der Darlehensvertrag ist auch nicht nach §§ 5, 1 und 2 HWiG widerruflich. Eine Umgehung der Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes durch Einschaltung eines Bevollmächtigten kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil bei geschlossenen Immobilienfonds in der Investitionsphase die Einschaltung eines Treuhänders aus organisatorischen Gründen sinnvoll ist.“

(2) BGH, 26.10.2004 – XI ZR 255/03, BGHZ 161, 15 = NJW 2005, 664 = WM 2005, 127

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Auch vermag sich der Kläger – anders als die Revision meint – nicht mit Erfolg auf ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufgesetz zu berufen. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es – wie das Berufungsgericht zu Recht hervorgehoben hat – für das Vorliegen einer Haustürsituation im Sinne des § 1 HWiG grundsätzlich auf die **Situation des Vertreters** bei Abschluß des Darlehensvertrages, **nicht aber des Vertretenen bei der Vollmachtserteilung** an (vgl. BGHZ 144, 223, 227; BGH, Urteil vom 13. März 1991 – XII ZR 71/90, WM 1991, 860, 861; zuletzt Senatsurteil vom 25. März 2003 – XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065). Aus dem Umgehungsverbot im Sinne des § 5 HWiG ist ein Widerrufsrecht des Klägers und seiner Ehefrau nicht herzuleiten. Nichts spricht dafür, daß die für sie tätig gewordene Treuhänderin mit Wissen und Willen der Beklagten zur Vermeidung der Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes eingeschaltet worden ist.“

(3) BGH, 28.3.2006 – XI ZR 239/04, NJW 2006, 2118 = WM 2006, 853 = ZIP 2006, 843

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] ... Die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach es für das Vorliegen einer Haustürsituation auf die **Situation des Vertreters** bei Vertragsschluss ankommt, entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (Senat BGHZ 144, 223, 226 ff.; Senatsurteil vom 14. Oktober 2003 – XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2330 m.w.Nachw.). Anlass, von dieser Rechtsprechung im Hinblick auf von der Revision nicht näher ausgeführte europarechtliche Vorgaben abzuweichen, besteht nicht. Die Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2086, 2088 f.) sowie des Bundesgerichtshofes vom 12. Dezember 2005 (II ZR 327/04, WM 2006, 220, 221 f.) und vom 14. Februar 2006 (XI ZR 255/04, Umdruck S. 7 f.) betreffen nicht das Vorliegen, sondern die Zurechnung einer objektiv gegebenen Haustürsituation.“

(4) BGH, 27.5.2008 – XI ZR 149/07, ZIP 2008, 1417 = WM 2008, 1266 = NJW 2008, 3355

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[16] ... Da der Darlehensvertrag durch die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der Klägerin abgeschlossen wurde, kommt es darauf an, ob diese sich in einer Haustürsituation befand (Senat BGHZ 144, 223, 227 f.; 161, 15, 32). ...“

2. Ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht

(1) BGH, 12.4.2007 – VII ZR 122/06, BGHZ 172, 58 = NJW 2007, 1946 = ZIP 2007, 1067 = WM 2007, 1115

Eine Widerrufsbelehrung, die lediglich über die Pflichten des Verbrauchers im Falle des Widerrufs, nicht jedoch über dessen wesentliche Rechte informiert, entspricht nicht den Anforderungen des Gesetzes.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[9] Der Beklagten steht nach den nicht angefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts ein Widerrufsrecht gemäß § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 355 BGB zu. Die Widerrufsfrist beträgt gemäß § 355 Abs. 1 BGB

zwei Wochen und beginnt in dem Zeitpunkt, in dem dem Verbraucher eine den Anforderungen des Gesetzes entsprechende Widerrufsbelehrung mitgeteilt worden ist.

[10] Im Streit steht, ob die Frist nicht beginnen kann, bevor ein Vertrag zustande gekommen ist, der Unternehmer also ein in der Haustürsituation abgegebenes Angebot des Verbrauchers angenommen hat. ... [A]uf die Frage ... kommt es nicht an.

[11] Der Widerruf der Beklagten war schon deshalb rechtzeitig, weil die Widerrufsbelehrung nicht den Anforderungen des Gesetzes entspricht. Die Klägerin hat **lediglich auf die Pflichten, nicht jedoch auf wesentliche Rechte des Verbrauchers hingewiesen**. Eine derartige Widerrufsbelehrung genügt nicht den Anforderungen des § 312 Abs. 2 BGB, wonach die Widerrufsbelehrung auf die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 und 3 BGB hinweisen muss. Die Widerrufsbelehrung ist deshalb unwirksam, so dass eine Widerrufsfrist nicht laufen konnte.

[12] Die Klägerin hat kein Formular verwendet, das dem Muster gemäß § 14 Abs. 1 Anlage 2 BGB-InfoV entspricht. Sie kann schon deshalb keine ihr günstigen Rechtswirkungen aus der BGB-InfoV herleiten.

[13] Der Schutz des Verbrauchers erfordert eine möglichst umfassende, unmissverständliche und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutige Belehrung (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 – I ZR 55/00, ZIP 2002, 1730, 1731). Eine diesen Anforderungen genügende Information über die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 und 3 BGB kann sich nicht darauf beschränken, allein die Pflichten des Verbrauchers wiederzugeben, denn zu den in § 357 Abs. 1 BGB geregelten Rechtsfolgen gehören ebenso Rechte des Verbrauchers. Auch § 355 Abs. 1 BGB fordert, dass der Verbraucher über seine Rechte informiert wird. ...

[16] Der Senat muss nicht entscheiden, in welchem Umfang der Verbraucher im Einzelnen über seine sich aus § 357 Abs. 1 und Abs. 3 BGB ergebenden Rechte zu informieren ist. Der Schutzzweck der Regelung erfordert jedenfalls eine Belehrung über die wesentlichen Rechte, die sich aus den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt ergeben. Dazu gehört, dass auch der Unternehmer die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und gegebenenfalls gezogene Nutzungen herauszugeben hat. ...“

(2) BGH, 24.4.2007 – XI ZR 191/06, BGHZ 172, 157 = NJW 2007, 2762 = ZIP 2007, 1152 = WM 2007, 1117

Der Zusatz in einer Widerrufsbelehrung, dass im Falle des Widerrufs einer Darlehensvertragserklärung auch der Beitritt in eine Fondsgesellschaft nicht wirksam zustande kommt, ist keine unzulässige andere Erklärung i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG a.F. (Aufgabe von BGH WM 2004, 1527, 1528).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[10] Der am 5. November 2004 erklärte Widerruf der Klägerin ist ... verfristet. Jedenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 Abs. 1 HWiG a.F. bereits mit Unterzeichnung des Darlehensvertrages ... in Gang gesetzt wurde. Die im Darlehensvertrag enthaltene Widerrufsbelehrung entspricht trotz des Zusatzes, dass im Falle des Widerrufs des Darlehens auch der Beitritt in die Fondsgesellschaft nicht wirksam zustande kommt, den Anforderungen des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG a.F., obwohl dieser bestimmt, dass die Widerrufsbelehrung "keine anderen Erklärungen" enthalten darf.

[11] Das **Zusatzverbot** des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG a.F. **bedarf der teleologischen Reduktion**. ...

[13] Zulässig sind ihrem Zweck entsprechend ... inhaltlich zutreffende Erläuterungen, die dem Verbraucher die Rechtslage nach einem Widerruf seiner Vertragserklärung verdeutlichen und die Belehrung nicht unübersichtlich machen (OLG Stuttgart WM 2005, 972, 978). Nicht zulässig sind Erklärungen, die einen eigenen Inhalt aufweisen und weder für das Verständnis noch für die Wirksamkeit der Widerrufsbelehrung von Bedeutung sind und deshalb von ihr ablenken (BGH, Urteil vom 8. Juli 1993 – I ZR 202/91, WM 1993, 1840, 1841) oder aber gemessen am Haustürwiderrufgesetz einen unrichtigen Inhalt haben, wie etwa der Zusatz, der Widerruf gelte als nicht erfolgt, wenn das Darlehen nicht binnen zwei Wochen zurückgezahlt werde (...).

[14] Gemessen daran stellt der Zusatz in der vorliegenden Widerrufsbelehrung, dass im Falle des Widerrufs des Darlehens auch der Beitritt in die Fondsgesellschaft nicht wirksam zustande kommt, entgegen der Ansicht der Revision keine unzulässige andere Erklärung im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG a.F. dar. ...

[15] Der genannte Zusatz ist zwar für die Wirksamkeit der Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz nicht konstitutiv und weist einen eigenständigen Inhalt auf. Der Hinweis stellt bei einem verbundenen Geschäft aber eine **sinnvolle Ergänzung der Widerrufsbelehrung** dar, weil er den Verbraucher auf die weiteren Rechtsfolgen eines Widerrufs nach § 1 Abs. 1 HWiG a.F. hinweist und damit dessen Bedeutung verdeutlicht. Bei einem **verbundenen Geschäft** (§ 9 Abs. 1 VerbrKrG a.F.), das die Fondsbeitrittserklärung der Klägerin vom 3. Dezember 1996 und der Darlehensvertrag vom 11./16. Dezember 1996 nach den rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen bilden, muss die erforderliche Widerrufsbelehrung nach § 9 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG a.F. den Hinweis enthalten, dass im Falle des Widerrufs auch der verbundene Vertrag nicht wirksam zustande kommt. § 2 Abs. 1 HWiG a.F. schreibt einen solchen Hinweis zwar nicht vor, verbietet ihn unter Berücksichtigung des Zwecks des Zusatzverbots in Satz 3 aber auch nicht.“

(3) BGH, 11.3.2008 – XI ZR 317/06, ZIP 2008, 871 = WM 2008, 828

Der Zusatz in einer Widerrufsbelehrung, dass im Falle des Widerrufs einer Darlehensvertragserklärung auch der verbundene Kaufvertrag nicht wirksam zustande kommt, ist auch dann keine unzulässige andere Erklärung i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG a.F., wenn damit nur der nach dem Anlagemodell vorgesehene Beitritt des Verbrauchers zu einer Fondsgesellschaft gemeint sein kann (Ergänzung des Senatsurteils vom 24. April 2007, XI ZR 191/06, WM 2007, 1118).

(4) BGH, 11.11.2008 – XI ZR 269/06, ZIP 2009, 64 = WM 2009, 65

Der in einer Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz enthaltene Zusatz, dass im Falle des Widerrufs des Kreditvertrages auch die finanzierten verbundenen Geschäfte nicht wirksam zustande kommen, ist zulässig. Auf die genaue rechtliche Qualifikation und Bezeichnung des verbundenen Anlagegeschäfts kommt es nicht entscheidend an.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[11] Nach Erlass des Berufungsurteils hat der erkennende Senat bereits mehrfach entschieden, dass der Zusatz, im Falle des Widerrufs einer Darlehensvertragserklärung komme auch der "Beitritt in eine Fondsgesellschaft" bzw. der "verbundene Kaufvertrag" nicht wirksam zustande, keine unzulässige andere Erklärung i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG ist, wenn – was nach den nicht angegriffenen, fehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts auch hier der Fall ist – der Fondsbeitritt mit dem seiner Finanzierung dienenden Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9 Abs. 1 VerbrKrG bildet (Senat BGHZ 172, 157, 161 ff. Tz. 11 ff. und Senatsurteile vom 11. März 2008 – XI ZR 317/06, WM 2008, 828, 829 Tz. 12 ff., XI ZR 68/07, Tz. 13 ff., XI ZR 215/07, Tz. 13 ff. und XI ZR 381/07, Tz. 13 ff.). Wie der Senat dort näher ausgeführt hat, bedarf das **Zusatzverbot** des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG der **teleologischen Reduktion**. Der genannte inhaltlich zutreffende Zusatz ist bei einem verbundenen Geschäft eine sinnvolle Ergänzung der Widerrufsbelehrung, weil er den rechtsunkundigen Verbraucher auf die weiteren Rechtsfolgen seines Widerrufs nach § 1 Abs. 1 HWiG hinweist und somit dessen besondere Tragweite und Bedeutung verdeutlicht. Die Neuregelung des § 358 Abs. 5 BGB schreibt deshalb einen entsprechenden Hinweis nunmehr sogar für alle Widerrufsbelehrungen vor (BGHZ 172, 157, 163 Tz. 16). An diesen Ausführungen, die auch vom Beklagten nicht angegriffen werden, ist festzuhalten.

[12] Dass der mit dem Darlehensvertrag verbundene Fondsbeitritt in dem Zusatz zur Widerrufsbelehrung nicht konkret benannt, sondern nur als finanziertes verbundenes Geschäft bezeichnet worden ist, ist unschädlich. Auf die genaue rechtliche Qualifikation und Bezeichnung des verbundenen Anlagegeschäfts kommt es nicht entscheidend an (Senatsurteil vom 11. März 2008 – XI ZR 317/06, WM 2008, 828, 829 f. Tz. 17). Da die Darlehensvaluta ausweislich des Darlehensvertrages zur Finanzierung der "Gesellschaftsanteile ... GbR" Verwendung finden sollte, war auch für den Beklagten klar, dass mit dem verbundenen Geschäft nur der Fondsbeitritt gemeint sein konnte.“

(5) BGH, 13.1.2009 – XI ZR 118/08, ZIP 2009, 362 = WM 2009, 350

1. Der Zusatz in einer Widerrufsbelehrung, der Lauf der Widerrufsfrist beginne "frühestens, wenn Ihnen diese Belehrung über ihr Widerrufsrecht ausgehändigt worden ist, jedoch nicht bevor Sie die von uns gegengezeichnete Ausfertigung des Darlehensvertrages erhalten haben", widerspricht nicht dem Deutlichkeitsgebot des § 2 Abs. 1 Satz 2 HWiG in der Fassung vom 16. Januar 1986.

2. Wird eine Widerrufsbelehrung mit einer optisch getrennten und vom Verbraucher gesondert zu unterschreibenden Empfangsbestätigung verbunden, verstößt dies nicht gegen § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG in der Fassung vom 16. Januar 1986.

(6) BGH, 24.3.2009 – XI ZR 456/07, ZIP 2009, 1054 = WM 2009, 1028

1. Eine Widerrufsbelehrung, nach der die Widerrufsfrist erst mit Eingang der vom Kreditnehmer unterzeichneten Vertragsurkunde bei der Bank zu laufen beginnen soll, vermittelt dem Kreditnehmer nicht mit hinreichender Klarheit die Kenntnis über den Fristbeginn.

2. siehe oben S. 7.

3. siehe unten S. 74 und 97.

3. Frist für die Ausübung des Widerrufsrechtes

(1) EuGH, 13.12.2001 – Rs. C-481/99, EuGHE I 2001, 9945 = NJW 2002, 281 – Heininger

1. siehe oben S. 9.

2. Der nationale (hier: deutsche) Gesetzgeber ist durch die Richtlinie 85/577 daran gehindert, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt wurde, auf ein Jahr nach Vertragsabschluss zu befristen.

(2) BGH, 2.7.2001 – II ZR 304/00, BGHZ 148, 201 = NJW 2001, 2718 = WM 2001, 1464

1. Auf ein Geschäft, durch welches sich ein Anleger in einer Haustürsituation über einen Treuhänder mittelbar an einer Publikums-BGB-Gesellschaft beteiligt, findet das HWiG Anwendung.

2. Der Widerruf kann, wenn eine ordnungsgemäße Belehrung über den Fristbeginn fehlt und aufgrund der treuhänderischen Beteiligung noch laufend Beiträge zu leisten sind, auch noch nach Ablauf von zehn Jahren erklärt werden; jedenfalls auf solche Haustürgeschäfte, die keine Kreditgeschäfte sind, ist § 7 VerbrKrG nicht entsprechend anwendbar.

3. – 5. siehe unten S. 21.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Entgegen der Auffassung der Revision hat der Kläger diesen Treuhandvertrag im März 1999 wirksam widerrufen. Der Widerruf ist trotz der ca. zehnjährigen Zeitspanne seit der Verpflichtungserklärung im März 1989 rechtzeitig. Die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 Abs. 1 HWiG war im Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht in Lauf gesetzt worden, da der Kläger **nicht ordnungsgemäß** i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 2 HWiG **belehrt** worden ist. Er hat zwar einen Text mit Informationen über ein "Rücktrittsrecht" gesondert unterschrieben. Dieser Text genügt aber schon deshalb nicht den Anforderungen des § 2 Abs. 1 Satz 2 HWiG, weil die nach der Rechtsprechung (etwa: BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 – I ZR 73/91, NJW 1993, 1013, 1014; Urteil vom 27. April 1994 – VIII ZR 223/93, NJW 1994, 1800, 1801) unverzichtbar notwendige **Angabe zu dem Beginn der Ein-Wochen-Frist fehlt**.

Das Widerrufsrecht ist nicht durch Zeitablauf erloschen. Jedenfalls für eine entsprechende Anwendbarkeit der Jahresfrist des § 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG (i.d. bis 30. September 2000 geltenden Fassung) auf sämtliche Geschäfte, die dem HWiG unterfallen, wie sie die Revision für richtig hält, ist kein Raum. Selbst wenn man annehmen wollte, daß für alle, nämlich auch für die nicht dem VerbrKrG, sondern dem HWiG unterliegenden Kreditgeschäfte eine einheitliche Höchstfrist für die Erklärung des Widerrufs gelten müßte (vgl. Vor-

lage-Beschluß des XI. Zivilsenats an den EuGH v. 30. November 1999 – XI ZR 91/99, ZIP 2000, 177), rechtfertigte dies nicht die Heranziehung dieser kürzeren Frist auf sämtliche Haustürgeschäfte, auch soweit dieselben nicht Kreditgeschäfte betreffen. Entgegen der Ansicht der Revision liegt hierin kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG), weil das VerbrKrG einerseits und das HWiG andererseits in ihrem Bestreben, Verbraucher vor Überrumpelung und Übereilung zu schützen, an gänzlich unterschiedliche Sachverhalte anknüpfen und es dem Gesetzgeber von Verfassung wegen nicht verwehrt sein kann, den Kunden in stärkerem Maße zu schützen, welcher in einer Situation und einer Umgebung ein Geschäft abschließt, in welcher gesetzestypisch die naheliegende Gefahr besteht, daß er nicht hinreichend überlegt, ob er sich auf den ihm angebotenen Vertrag einlassen soll.“

(3) BGH, 8.6.2004 – XI ZR 167/02, NJW 2004, 2744 = WM 2004, 1579

Die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 Abs. 1 HWiG wird auch in Fällen, in denen einem Darlehensnehmer mit Rücksicht auf die im Anschluß an das Senatsurteil vom 9. April 2002 – XI ZR 91/99 (BGHZ 150, 248) gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz zusteht, nur durch eine den Vorgaben des Haustürwiderrufsgesetzes entsprechende Widerrufsbelehrung in Gang gesetzt (im Anschluß an Senatsurteil vom 12. November 2002 – XI ZR 3/01, WM 2003, 61, dort zum Realkreditvertrag).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Der Umstand, daß die streitige Widerrufsbelehrung ersichtlich auf die speziellen Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes zugeschnitten ist, rechtfertigt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht, die Belehrung auch in bezug auf das Haustürwiderrufsgesetz für wirksam zu halten.

Eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung, die gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 HWiG a.F. die einwöchige Widerrufsfrist in Gang gesetzt hätte, ist den Klägern bei Abschluß des Darlehensvertrages nicht erteilt worden. Mit dem formularmäßigen Hinweis, daß im Falle der Auszahlung des Darlehens der Widerruf als nicht erfolgt gilt, wenn der Darlehensnehmer das Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlt, **entspricht die Widerrufsbelehrung zwar den zwingenden Vorgaben des § 7 Abs. 3 VerbrKrG a.F.** Wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 12. November 2002 (XI ZR 3/01, WM 2003, 61, 63) für einen Realkreditvertrag entschieden hat, enthält dieser einschränkende Zusatz **aber eine nach § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG a.F. unzulässige andere Erklärung**. Diese konnte bei einem Durchschnittskunden die unrichtige Vorstellung erwecken, daß sein aus § 1 Abs. 1 HWiG a.F. folgendes Widerrufsrecht genauso wie im Bereich des Verbraucherkreditgesetzes die Rückzahlung des Kredits innerhalb der genannten Frist voraussetzt. Die Widerrufsbelehrung erfüllt daher nicht die strengen Voraussetzungen des Haustürwiderrufsgesetzes mit der Folge, daß ein etwaiges Widerrufsrecht nach § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a.F. erst einen Monat nach vollständiger Erfüllung des Darlehensvertrages erlischt.

Ob die Widerrufsbelehrung der Beklagten den Anforderungen des Art. 4 der Haustürgeschäftsrichtlinie und/oder des § 7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG a.F. genügt, ist – anders als das Berufungsgericht angenommen hat – ohne Bedeutung. Nach der sowohl für Realkreditverträge als auch für Personalkreditverträge gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG a.F. (Senat BGHZ 150, 248, 258 f.) muß die Widerrufsbelehrung des Darlehensnehmers, sofern ihm ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz zusteht, den Vorgaben dieses Gesetzes in jeder Hinsicht genügen. Nur dann wird dem Schutzzweck der Widerrufsbelehrung hinreichend Rechnung getragen (Senatsurteil vom 12. November 2002 aaO).“

(4) BGH, 12.12.2005 – II ZR 327/04, NJW 2006, 497 = WM 2006, 220 = ZIP 2006, 221

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[20] Die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 Abs. 1 HWiG hat mangels ordnungsgemäßer Belehrung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 und 3 HWiG nicht zu laufen begonnen. Die Belehrungen in den Vertragsformularen der Klägerin genügen den Anforderungen des § 2 HWiG entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht.

[21] Nach § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG **darf die Belehrung keine anderen Erklärungen enthalten, insbesondere nicht die Einschränkung wie in § 7 Abs. 3 VerbrKrG**, dass der Widerruf als nicht erfolgt gilt, wenn das Darlehen nicht binnen zwei Wochen zurückgezahlt wird (BGH, Urt. v. 12. November 2002 – XI ZR 3/01, ZIP 2003, 22, 25; v. 8. Juni 2004 – XI ZR 167/02, ZIP 2004, 1639; Sen.Urt. v. 14. Juni 2004 – II ZR 395/01, ZIP 2004, 1402, 1404; II ZR 385/02, WM 2004, 1527, 1528). Genau diese Einschränkung enthält aber der Text in den Formularen der Klägerin.“

(5) EuGH, 10.4.2008 – Rs. C-412/06, ZIP 2008, 772 – „Hamilton“

Die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass der nationale Gesetzgeber für den Fall einer fehlerhaften Belehrung des Verbrauchers über die Modalitäten der Ausübung des mit Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie eingeführten Widerrufsrechts vorsehen kann, dass dieses Recht nicht später als einen Monat nach vollständiger Erbringung der Leistungen aus einem langfristigen Darlehensvertrag durch die Vertragsparteien ausgeübt werden kann.

Hinweis: Siehe dazu auch den Entscheidungsvorschlag des Generalanwalts, ZIP 2007, 2306.

4. Rechtsfolgen des Widerrufs nach HWiG (§ 312 BGB)

a) Widerruf des finanzierten Vertrags

(1) BGH, 2.7.2001 – II ZR 304/00, BGHZ 148, 201 = NJW 2001, 2718 = WM 2001, 1464

1. + 2. siehe oben S. 19.

3. "Anderer Teil" i.S.v. § 3 Abs. 1 HWiG ist für den Fall einer mittelbaren Beteiligung eines Anlegers an einer Publikums-BGB-Gesellschaft diese selbst.

4. Der auf das HWiG gestützte Widerruf einer über einen Treuhänder vermittelten Beteiligung an einer Publikums-BGB-Gesellschaft führt zur Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt.

5. Den in diesem Falle nach § 3 HWiG entstehenden Rückgewähranspruch kann der Widerrufende nicht nur gegenüber der Publikums-BGB-Gesellschaft, sondern auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern geltend machen (vgl. BGH, Sen.Urt. vom 29. Januar 2001, II ZR 331/00, ZIP 2001, 330).

(2) BGH, 27.6.2006 – II ZR 218/04, ZIP 2006, 1388

Auf den Widerruf einer Beitrittserklärung zu einem geschlossenen Immobilienfonds sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar. Danach hat der widerrufende Gesellschafter einen Anspruch gegen den Fonds auf Zahlung des Abfindungsguthabens.

(3) BGH, 5.5.2008 – II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018 m. Anm. C. Schäfer = WM 2008, 1026

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft werden folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

a) Ist die Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen dahin auszulegen, dass davon der Beitritt eines Verbrauchers zu einer Personen-, einer Personenhandels-gesellschaft, einem Verein oder einer Genossenschaft umfasst ist, wenn der Zweck des Beitritts vorrangig nicht darin besteht, Mitglied der Gesellschaft, des Vereins oder der Genossenschaft zu werden, sondern – was vor allem bei der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds häufig zutrifft – die mitglied-schaftliche Beteiligung nur ein anderer Weg der Kapitalanlage oder der Erlangung von Leistungen ist, die typischerweise Gegenstand von Austauschverträgen sind?

b) Ist die Bestimmung des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen

dahin auszulegen, dass sie einer nationalen (richterrechtlichen) Rechtsfolge im Sinne des Art. 7 der Richtlinie entgegensteht, die besagt, dass ein solcher in einer Haustürsituation erklärter Beitritt eines Verbrauchers im Falle des Widerrufs des Beitritts dazu führt, dass der widerrufende Verbraucher einen auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerrufs berechneten Anspruch gegen die Gesellschaft, den Verein oder die Genossenschaft auf sein Auseinandersetzungsguthaben, d.h. einen dem Wert seines Gesellschafts-, Vereins- oder Genossenschaftsanteils im Zeitpunkt des Ausscheidens entsprechenden Betrag erhält, mit der (möglichen) Folge, dass er wegen der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft, des Vereins oder der Genossenschaft entweder weniger als den Wert seiner Einlage zurückerhält oder sich ihnen gegenüber sogar noch über den Verlust der geleisteten Einlage hinausgehenden Zahlungspflichten ausgesetzt sieht, weil das Auseinandersetzungsguthaben negativ ist?

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[8] Nach nationalem deutschen (Richter-)Recht finden auf den **Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds** in Form einer Personengesellschaft, zu dem ein Verbraucher durch mündliche Verhandlungen im Bereich seiner Privatwohnung bestimmt worden ist, die Vorschriften des Gesetzes über den **Widerruf von Haustürgeschäften** und ähnlichen Geschäften (jetzt: §§ 312, 355 ff. BGB) Anwendung (BGHZ 133, 254, 261 f.; 148, 201, 203; ...) ... Die h.M. ... begründet die Anwendbarkeit der genannten Regelung ... mit der Erwägung, dass der Zweck des Gesellschaftsbeitritts – vor allem trifft dies bei der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds zu – **vorrangig** in der **Anlage von Kapital** und nicht darin bestehe, Mitglied der Gesellschaft zu werden. Deswegen sei der Beitrittsvertrag einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung zumindest gleichzustellen (...).

[9] Widerruft der in einer sog. Haustürsituation beigetretene Gesellschafter seine Beitrittserklärung zu einem geschlossenen Immobilienfonds ..., sieht die nationale Rechtsprechung darin keinen ex tunc wirkenden Rücktritt von dem Gesellschaftsbeitritt, sondern behandelt die Erklärung als außerordentliche Kündigung, die folgerichtig nicht zu einer rückwirkenden Beseitigung der Gesellschafterstellung im Sinne einer grundsätzlich in § 3 HWiG für den Fall des Widerrufs vorgesehenen Rückabwicklung des Vertrages führt. Dementsprechend wird der widerrufende Gesellschafter bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung wie ein Gesellschafter mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten behandelt, er ist zur Leistung seiner Einlage, soweit sie noch nicht vollständig erbracht ist, verpflichtet und nimmt bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens an den Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft teil (BGHZ 153, 214, 221; 156, 46, 52 f.; 54; Sen.Urt. v. 14. Oktober 1991 – II ZR 212/90, WM 1992, 490, 491). Mit dem Wirksamwerden des Ausscheidens tritt an die Stelle der Mitgliedschaft der Anspruch auf Zahlung des dem Verkehrswert des Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens entsprechenden Auseinandersetzungsguthabens. ...

[11] ... Diese **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft**, der der fehlerhafte Gesellschaftsbeitritt gleichsteht (BGHZ 26, 330, 334 ff.; BGHZ 153, 214, 221; Sen.Urt. v. 14. Oktober 1991 – II ZR 212/90, WM 1992, 490, 491; v. 2. Juli 2001 – II ZR 304/00, ZIP 2001, 1364, 1366), gehört zum "gesicherten Bestandteil des Gesellschaftsrechts" (BGHZ 55, 5, 8). ... Hierin ist grundsätzlich ein gerechter Ausgleich zu sehen zwischen einerseits den Interessen der (anderen) Mitglieder am Bestand der Gesellschaft und der Gläubiger an der Erhaltung der Haftungsmasse, andererseits den Interessen ausscheidungswilliger Gesellschafter, sich auf die Fehlerhaftigkeit des Beitritts berufen zu können. ...

[15] Wenn ... selbst die Interessen des betrogenen Gesellschafters nicht als gewichtiger einzustufen sind als diejenigen des Rechtsverkehrs und der übrigen Gesellschafter, kann zugunsten desjenigen, der in der Haustürsituation – gesetzestypisch überrumpelt, also in der freien Willensbildung beeinträchtigt – seine Beitrittserklärung abgegeben hat, nach der von der überwiegenden Meinung im Schrifttum geteilten langjährigen Rechtsprechung des Senats schwerlich anderes gelten.

[16] Der Senat hat unter Beachtung – insbesondere – des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 25. Oktober 2005 (Rs. C-350/03 Schulte, ZIP 2005, 1959 ff.) und der sich hieran anschließenden Diskussion im Schrifttum inzwischen **Zweifel, ob** die aufgezeigten, nach deutschem Recht mit dem Widerruf der Beitrittserklärung zu einer Gesellschaft nach § 3 HWiG für den Verbraucher verbundenen Rechtsfolgen **mit der Richtlinie 85/577/EWG in Einklang** stehen, nach deren Art. 5 Abs. 2 die Anzeige des Rücktritts von den

eingegangenen Verpflichtungen bewirkt, dass der Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen ist. ...“

(4) OLG Köln, 14.6.2007 – 18 U 117/05, ZIP 2007, 2212

1. Wird der Beitritt zu einer Kommanditgesellschaft wirksam widerrufen, gelten die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft: Der Widerruf entfaltet Wirkung nur für die Zukunft. Der seinen Beitritt widerrufende Gesellschafter kann nicht seine Einlage zurückverlangen, sondern hat nur Anspruch auf Auseinandersetzung zum Stichtag des Wirksamwerdens des Widerrufs.
2. Ergibt die Auseinandersetzungsbilanz einen die geleistete Einlage übersteigenden Verlust, ist der seinen Beitritt widerrufende Gesellschafter zu dessen Ausgleich verpflichtet.
3. Dies gilt auch dann, wenn der Widerruf wegen unterbliebener Belehrung im Rahmen eines Haustürgeschäfts erfolgt (früher § 1 HWiG, jetzt § 312 BGB).

(5) KG, 8.11.2007 – 23 U 19/07, ZIP 2008, 882

Leitsatz der ZIP-Redaktion:

Die Außenhaftung des einer KG fehlerhaft beigetretenen Kommanditisten nach § 171 HGB wird durch einen wirksamen Widerruf des Beitritts nach dem HWiG nicht berührt.

b) Widerruf des Darlehensvertrags

aa) Rechtsprechung des EuGH

(1) EuGH, 25.10.2005 – Rs. C-350/03, EuGHE I 2005, 9215 = NJW 2005, 3551 = WM 2005, 2079 – Schulte

1. Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass er vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auch Verträge über den Verkauf von Immobilien ausnimmt, die lediglich Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells sind und bei denen die bis zum Vertragsabschluss durchgeführten Vertragsverhandlungen sowohl hinsichtlich des Immobilienkaufvertrags als auch des ausschließlich der Finanzierung dienenden Darlehensvertrags in einer Haustürsituation erfolgen.
2. Die Richtlinie 85/577 steht nationalen Vorschriften nicht entgegen, die die Rechtsfolgen des Widerrufs eines Darlehensvertrags auch im Rahmen von Kapitalanlagemodellen, bei denen das Darlehen ohne den Erwerb der Immobilie nicht gewährt worden wäre, auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrags beschränken.
3. Die Richtlinie 85/577 verbietet es nicht, dass
 - ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, die Darlehensvaluta an den Darlehensgeber zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird;
 - die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt wird;
 - nationale Rechtsvorschriften vorsehen, dass der Verbraucher im Fall des Widerrufs eines Realkreditvertrags nicht nur die aufgrund dieses Vertrages erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen muss.
4. In einem Fall, in dem der Verbraucher, wenn das Kreditinstitut seiner Verpflichtung, ihn über sein Widerrufsrecht zu belehren, nachgekommen wäre, es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen, die mit Kapitalanlagen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind, verpflichtet Artikel 4 der Richtlinie 85/577 jedoch die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbrau-

cher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen.

(2) EuGH, 25.10.2005 – Rs. C-229/04, EuGHE I 2005, 9273 = NJW 2005, 3555 = WM 2005, 2086 – Crailsheimer Volksbank

1. siehe oben S. 12.

2. Die Richtlinie 85/577 [Haustürwiderrufsrichtlinie], insbesondere ihr Artikel 5 Absatz 2, verbietet es nicht, dass

- ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, die Darlehensvaluta an den Darlehensgeber zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird;
- die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt wird;
- nationale Rechtsvorschriften vorsehen, dass der Verbraucher im Fall des Widerrufs eines Realkreditvertrags nicht nur die aufgrund dieses Vertrages erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen muss.

3. In einem Fall, in dem der Verbraucher, wenn das Kreditinstitut seiner Verpflichtung, ihn über sein Widerrufsrecht zu belehren, nachgekommen wäre, es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen, die mit Kapitalanlagen der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind, verpflichtet Artikel 4 der Richtlinie 85/577 jedoch die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen.

bb) Rechtsprechung des BGH

(1) BGH, 17.9.1996 – XI ZR 164/94, BGHZ 133, 254 = NJW 1996, 3414 = WM 1996, 2100 – *Securenta*

1. siehe oben S. 3.

2. Sind Darlehensvertrag und finanziertes Geschäft als wirtschaftliche Einheit anzusehen, so führt der Widerruf der Darlehensvertragserklärung gem. § 1 HWiG auch zur Unwirksamkeit des finanzierten Geschäfts. Dem Darlehensgeber steht danach kein Anspruch aus § 3 HWiG gegen den Darlehensnehmer auf Rückzahlung des dem Partner des finanzierten Geschäfts zugeflossenen Darlehensbetrags zu, sondern ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Geschäftspartner des Darlehensnehmers.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung nicht stand, soweit es der Klägerin [= Bank] als Rechtsfolge des Widerrufs einen Anspruch gegen die Beklagte [= Kreditnehmerin] auf Rückzahlung des Darlehenskapitals gemäß § 3 HWiG zubilligt und zur Begründung ausführt, trotz der Direktüberweisung auf ein Konto der S.-GbRmH habe die Beklagte eine Leistung der Klägerin in Höhe des Darlehenskapitals empfangen, daher müsse sie nach Widerruf Wertersatz leisten.

Diese Auffassung des Berufungsgerichts mag zutreffen, wenn es um ein Darlehen geht, das der Darlehensgeber ohne Rücksicht auf den – vom Darlehensnehmer frei zu bestimmenden – Verwendungszweck gewährt hat; der Darlehensnehmer wird dann durch die – auf seine Weisung erfolgende – Direktüberweisung von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Empfänger befreit.

Hier liegt es jedoch anders, weil das Darlehen nach dem von der Klägerin und den Gründungsgesellschaftern der S.-GbRmH gemeinsam entwickelten Konzept ausschließlich der Finanzierung der Gesellschaftsbeteiligung der Beklagten dienen sollte, **Darlehens- und Beteiligungsvertrag daher als wirtschaftliche Einheit** anzusehen waren: Jeder der beiden Verträge wäre ohne den anderen nicht abgeschlossen worden; das ist zwischen den Parteien nicht streitig. In derartigen Fällen fordert der Schutzzweck der gesetzlichen Wider-

rufsregelung eine Auslegung, nach der dem Darlehensgeber nach dem Widerruf **kein Zahlungsanspruch gegen den Darlehensnehmer** in Höhe des Darlehenskapitals zusteht.

Das ist für den Anwendungsbereich des Abzahlungs- und des Verbraucherkreditgesetzes allgemein anerkannt: Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 1 d AbzG läßt sich beim finanzierten Abzahlungskauf der Widerruf nicht auf einen der zwei rechtlich selbständigen, aber eine wirtschaftliche Einheit bildenden Verträge beschränken, sondern führt zur Unwirksamkeit von Kauf- und Darlehensvertrag (BGHZ 91, 338, 342). Bei der Prüfung, was der Darlehensnehmer nach dem Widerruf als empfangene Leistung zurückzugewähren hat, kommt dem **Schutzzweck der Widerrufsregelung** entscheidende Bedeutung zu: Der Käufer/Darlehensnehmer soll innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist frei und ohne Furcht vor finanziellen Nachteilen entscheiden können, ob er an seinen Verpflichtungserklärungen festhalten will oder nicht. Dieser Schutzzweck würde gefährdet, wenn der Widerrufende dem Darlehensgeber den – dem Verkäufer zugeflossenen – Kreditbetrag erstatten müßte und seinerseits auf einen entsprechenden gegen den Verkäufer gerichteten Anspruch angewiesen wäre, also das Risiko seiner Durchsetzung tragen müßte (BGHZ 91, 9, 17/18).

Nach Außerkrafttreten des Abzahlungsgesetzes enthält nunmehr das Verbraucherkreditgesetz in § 9 Abs. 2 Satz 1 die – der BGH-Rechtsprechung zum Abzahlungsgesetz entsprechende – ausdrückliche Regelung, daß auch die auf den Abschluß des verbundenen Kauf- oder sonstigen Leistungsvertrags (Abs. 4) gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers erst wirksam wird, wenn er seine Kreditvertragserklärung nicht gemäß § 7 Abs. 1 VerbrKrG widerruft. ...

[D]ie Rechtsgedanken, die der BGH-Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf und der Regelung des Verbraucherkreditgesetzes zugrunde liegen, [müssen] auch für ein verbundenes Geschäft gelten, das nach dem Haustürwiderrufsgesetz wirksam widerrufen ist. Auch hier ergibt sich aus der wirtschaftlichen Einheit zwischen Kreditvertrag und finanziertem Geschäft die Notwendigkeit, die Unwirksamkeit als Rechtsfolge des Widerrufs auf beide Geschäfte zu erstrecken (vgl. MünchKomm/ULmer 3. Aufl. § 5 HWiG Rdn. 8). Auch beim finanzierten Haustürgeschäft kann der Schutzzweck der Widerrufsregelung nur erreicht werden, wenn der Darlehensnehmer nicht befürchten muß, nach dem Widerruf dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers ausgesetzt zu sein ohne Rücksicht darauf, ob der Rückgriffsanspruch gegen den Partner des finanzierten Geschäfts durchsetzbar ist.“

(2) BGH, 12.11.2002 – XI ZR 47/01, BGHZ 152, 331 = NJW 2003, 422 = WM 2002, 2501

Im Fall des wirksamen Widerrufs eines Realkreditvertrages hat der Darlehensgeber Anspruch auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages und dessen marktübliche Verzinsung, auch wenn die Darlehensvaluta dem Darlehensnehmer nicht unmittelbar zugeflossen, sondern weisungsgemäß auf ein Treuhänderkonto überwiesen worden ist.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Im Falle des wirksamen Widerrufs des Darlehensvertrages sind die Parteien gemäß § 3 Abs. 1 HWiG a.F. jeweils verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für die Überlassung des Gebrauchs oder die Benutzung einer Sache sowie für sonstige Leistungen bis zu dem Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufs ist gemäß § 3 Abs. 3 HWiG a.F. deren Wert zu vergüten. Gemäß § 4 HWiG sind die Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen.

Die Beklagte [= Bank] hat mithin den Klägern die auf das Darlehen erbrachten – der Höhe nach vom Berufungsgericht noch festzustellenden – **Zins- und Tilgungsleistungen zu erstatten**. Daneben haben diese Anspruch auf eine marktübliche Verzinsung der von ihnen auf das Darlehen gezahlten, der Beklagten zur Nutzung zur Verfügung stehenden Raten ...

Die Beklagte hat ihrerseits gegen die Kläger einen fälligen Anspruch auf **Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages** sowie auf dessen Verzinsung.

Diesen Betrag haben die Kläger zweckbestimmt zum Erwerb der Fondsanteile als Leistung im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG a.F. empfangen, auch wenn er ihnen nicht unmittelbar zugeflossen, sondern von der Beklagten weisungsgemäß auf ein Anderkonto ihres Treuhänders überwiesen worden ist.

Die Frage, wann ein **Darlehen** im Sinne des § 3 Abs. 1 HWiG "**empfangen**" ist, ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen in gleicher Weise zu beantworten wie der Empfang im Sinne des § 607 Abs. 1 BGB a.F. und des § 7 Abs. 3 VerbrKrG. Soweit die **Überweisung** der Darlehensvaluta **an einen Dritten** einen Darlehensrückzahlungsanspruch begründet, muß dies auch für die Begründung einer Rückzahlungspflicht nach Widerruf ausreichen.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 607 BGB a.F. setzt der Empfang des Darlehens voraus, daß der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form endgültig zugeführt wird (BGH, Urteil vom 7. März 1985 – III ZR 211/83, WM 1985, 653). Wird die Darlehensvaluta auf Weisung des Darlehensnehmers an einen Dritten ausgezahlt, so hat der Darlehensnehmer regelmäßig den Darlehensbetrag im Sinne des § 607 BGB empfangen, wenn der von ihm als Empfänger namhaft gemachte Dritte das Geld vom Darlehensgeber erhalten hat, es sei denn, der Dritte ist nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers, sondern sozusagen als "verlängerter Arm" des Darlehensgebers tätig geworden (BGH, Urteil vom 17. Januar 1985 – III ZR 135/83, WM 1985, 221, 223, insoweit in BGHZ 93, 264 nicht abgedruckt; Urteil vom 7. März 1985 – III ZR 211/83, WM 1985, 653; Urteil vom 25. April 1985 – III ZR 27/84, WM 1985, 993, 994; Beschluß vom 21. September 1989 – III ZR 241/88, WM 1989, 1718; Urteil vom 12. Juni 1997 – IX ZR 110/96, WM 1997, 1658, 1659). Dem entsprechend gilt ein Darlehen auch dann als empfangen im Sinne des § 7 VerbrKrG, wenn der Kreditgeber es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat (§ 362 Abs. 2, § 185 BGB; Amtl. Begründung zum VerbrKrG, BT-Drucks. 11/5462 S. 22).

Eine **andere Beurteilung** wäre nur dann geboten, wenn es sich bei dem von den Parteien geschlossenen Darlehensvertrag und der finanzierten Beteiligung an einem Immobilienfonds um ein **verbundenes Geschäft** handeln würde mit der Folge, daß der Widerruf des Darlehensvertrages zugleich auch der Wirksamkeit des finanzierten Geschäfts entgegenstünde (Senat, BGHZ 133, 254, 259). Ein solches verbundenes Geschäft liegt aber nicht vor. **Auf einen Realkreditvertrag** – wie hier – ist § 9 VerbrKrG nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG **nicht anzuwenden** (Senatsurteil vom 9. April 2002 – XI ZR 91/99, WM 2002, 1181, 1186; vgl. auch Edelmann BKR 2002, 80, 83; Felke MDR 2002, 226, 227; Koch WM 2002, 1593, 1597; Schleicher BKR 2002, 609, 612). Die Kritik, die in diesem Punkt von einigen Autoren (Derleder ZBB 202, 208 f.; Hoffmann ZIP 2002, 1066 ff.; Fischer DB 2002, 1266, 1267; Fritz ZfIR 2002, 529 ff.; Rörig MDR 2002, 894, 895; Tonner BKR 2002, 856, 859 f.; grundsätzlich zustimmend dagegen Ulmer ZIP 2002, 1080, 1083; Lange EWiR 2002, 523, 524; Rohe BKR 2002, 575, 577) an dem Senatsurteil vom 9. April 2002 (aaO) geübt worden ist, gibt dem Senat, wie er bereits in seinem Urteil vom 10. September 2002 (XI ZR 151/99, Umdruck S. 7 f.) zum Ausdruck gebracht hat, keinen Grund, von der genannten Rechtsprechung abzuweichen. Dazu besteht umso weniger Veranlassung, als der Gesetzgeber mit dem durch Art. 25 Abs. 1 Nr. 7 des Gesetzes vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2850) eingefügten § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB auch für die Zukunft klargestellt hat, daß Darlehensverträge und die durch sie finanzierten Grundstückserwerbsgeschäfte nur ausnahmsweise unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen als verbundene Verträge anzusehen sind. Unabhängig davon ist den Klägern durch die ihnen vor Abschluß des Kreditvertrages vorgelesene Zusatzvereinbarung besonders verdeutlicht worden, daß es sich bei dem Kreditvertrag und dem Beteiligungsvertrag nicht um ein einheitliches Geschäft handelt. ...

Die Beklagte hat gegen die Kläger gemäß § 3 HWiG a.F. auch Anspruch auf eine marktübliche Verzinsung des ausgezahlten Nettokreditbetrages (vgl. MünchKomm/Ulmer, BGB 3. Aufl. § 7 VerbrKrG Rdn. 67 ff.; Koch WM 2002, 1593, 1595). Ein Anspruch auf Bearbeitungskosten und/oder ein Disagio steht der Beklagten nicht zu (Martis MDR 1998, 1260, 1265).“

(3) BGH, 14.6.2004 – II ZR 395/01, BGHZ 159, 280 = NJW 2004, 2731 = WM 2004, 1521

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Die Frage, welches im Falle der **Auszahlung der Darlehensvaluta an einen Dritten** die von dem Darlehensnehmer empfangene und damit dem Darlehensgeber nach § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG zurückzugewährende Leistung ist, kann allerdings nicht einheitlich beantwortet werden. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an. So hat eine Bank, die einem Verbraucher für ein von ihm beabsichtigtes Geschäft ein Darle-

hen gewährt, ohne dabei in irgendeiner Weise mit dem Geschäftspartner des Verbrauchers verbunden zu sein, bei der Rückabwicklung des Darlehensvertrags nach § 3 HWiG einen Anspruch gegen den Verbraucher auf Rückzahlung der Darlehensvaluta. Anders kann es dagegen liegen, wenn zwischen dem Partner des zu finanzierenden Geschäfts und der Bank eine über den bloßen Zahlungsfluß hinausgehende Verbindung besteht, etwa weil sich beide – wie im vorliegenden Fall – derselben Vertriebsorganisation bedienen. Der XI. Zivilsenat hat allerdings auch für diesen Fall eine Verpflichtung des Verbrauchers zur Rückzahlung der Darlehensvaluta angenommen, sofern nicht der Darlehensvertrag und das zu finanzierende Geschäft die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts i.S. des § 9 VerbrKrG erfüllen. Er hat aber zugleich festgestellt, daß jedenfalls im Anwendungsbereich des § 9 VerbrKrG der Widerruf des Darlehensantrags auch zur Unwirksamkeit des finanzierten Geschäfts führt (BGHZ 152, 331, 336 ff.). Diese Wirkungserstreckung ist für das Widerrufsrecht nach dem Verbraucherkreditgesetz in § 9 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG (jetzt § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB) ausdrücklich angeordnet, gilt wegen des Schutzzwecks des Haustürwiderrufgesetzes in gleicher Weise aber auch für einen Widerruf nach diesem Gesetz (BGHZ 133, 254, 259 ff.; 152, 331, 337).“

(4) BGH, 12.12.2005 – II ZR 327/04, NJW 2006, 497 = WM 2006, 220 = ZIP 2006, 221

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[27] Als Rechtsfolge des wirksamen Widerrufs sind die Vertragspartner gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG (jetzt §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 Satz 1 BGB) verpflichtet, dem jeweils anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

[28] Danach hat die Klägerin [= Bank] den Beklagten [= Kreditnehmer] die **Rechte aus den Lebensversicherungsverträgen zurückzuübertragen** ...

[29] Umgekehrt sind die Beklagten verpflichtet, der Klägerin den mit den Darlehen finanzierten **Gesellschaftsanteil** oder – falls der Gesellschaftsanteil nicht entstanden oder wieder untergegangen ist – ihre Rechte aus dem fehlgeschlagenen Gesellschaftsbeitritt **zu übertragen**. Nicht dagegen haben sie der Klägerin auch die Darlehensvaluten zurückzuzahlen.

[30] Wie der Senat in den bereits zitierten Urteilen vom 14. Juni 2004 (II ZR 395/01, ZIP 2004, 1402, 1404 f. und II ZR 385/02, WM 2004, 1527, 1529) entschieden hat, besteht die nach § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG von dem Anleger an die Bank zurückzugewährende Leistung nicht in der Darlehensvaluta, sondern in dem Gesellschaftsanteil, wenn der Gesellschaftsbeitritt und der Darlehensvertrag ein **verbundenes Geschäft** i.S. des § 9 VerbrKrG darstellen. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn sich die Bank bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrages der Initiatoren des Fonds oder der von ihnen eingeschalteten Vermittler bedient (Senat aaO S. 1405/1529). So liegt der Fall hier. Sowohl der Fondsbeitritt als auch die Darlehensverträge sind konzeptionsgemäß von der Ho. GmbH und deren Mitarbeiter H. vermittelt worden, wie das Berufungsgericht festgestellt hat.“

(5) BGH, 21.3.2006 – XI ZR 204/03, ZIP 2006, 846

Leitsatz der ZIP-Redaktion:

Die Rückzahlungspflicht eines Darlehensnehmers gem. § 3 Abs. 1 Satz 3 HWiG setzt voraus, dass dieser das Darlehen empfangen hat. Dies ist auch bei vereinbarungsgemäßer Auszahlung an einen Dritten gegeben. Ist im Rahmen eines finanzierten Immobilienanlagemodells die Auszahlung an den Treuhänder nicht vereinbart und wird der Darlehensbetrag auf ein Notaranderkonto überwiesen, hat der Darlehensnehmer das Darlehen nicht „empfangen“.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[12] Nach gefestigter Rechtsprechung des erkennenden Senats sind die Parteien allerdings im Falle eines wirksamen Widerrufs eines Realkreditvertrages zur Finanzierung des Kaufs einer Immobilie grundsätzlich nach § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG jeweils verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Der Darlehensnehmer ist nicht lediglich zur Herausgabe der mit dem Realkredit finanzierten Immobilie und der Vergütung zwischenzeitlicher Nutzungen verpflichtet (Senatsurteile BGHZ 152, 331, 335,

vom 15. Juli 2003 – XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1744, vom 28. Oktober 2003 – XI ZR 263/02, WM 2003, 2410 und vom 18. November 2003 – XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 31). Die finanzierende Bank hat daher gegen den Darlehensnehmer einen Anspruch auf **Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages** sowie auf dessen marktübliche Verzinsung (vgl. Senatsurteile BGHZ 152, 331, 336, 338, vom 26. November 2002 – XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66, vom 15. Juli 2003 – XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1744, vom 28. Oktober 2003 – XI ZR 263/02, WM 2003, 2410 und vom 18. November 2003 – XI ZR 322/02, WM 2004, 172, 176). Die hieran zum Teil (zum Meinungsstand siehe Bungeroth WM 2004, 1505, 1507 f. m.umfangr.Nachw.) geübte Kritik gibt dem Senat keinen Anlass, diese Rechtsprechung aufzugeben. Der Umstand, dass der Verbraucher das Darlehen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG wie bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung (vgl. § 819 BGB) ohne Rücksicht auf sein finanzielles Leistungsvermögen **"auf einen Schlag" zurückzahlen** muss und ein Widerruf des Darlehensvertrages deshalb für ihn im Allgemeinen wirtschaftlich wenig oder gar nicht interessant ist, ist auch nach Ansicht des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (Rs. C-350/03, WM 2005, 2079, 2084 ff. – Schulte) kein Grund, um die Rückzahlungspflicht auszuschließen oder einzuschränken. Auch ist es – wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ausdrücklich betont hat (aaO S. 2085 Nr. 84 f.) – weder ungewöhnlich, dass die Darlehensvaluta zweckgebunden eingesetzt wird, noch fehlt es an einer Valutierung, wenn der Darlehensnehmer selbst Weisung zur Auszahlung an den Veräußerer gegeben hat.

[13] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der Beklagte aber die Darlehensvaluta nicht empfangen und ist daher nach § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG zur Rückzahlung nicht verpflichtet.

[14] Eine Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG besteht nur dann, wenn er den Kredit empfangen hat. Ein **Empfang des Darlehens** ist ebenso wie im Bereich des § 607 Abs. 1 BGB a.F. und des § 6 Abs. 2 Satz 1 und § 7 Abs. 3 VerbrKrG zu bejahen, wenn der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Vertragsgegners in der vereinbarten Form endgültig zugeführt wurde (vgl. etwa BGH, Urteil vom 7. März 1985 – III ZR 211/83, WM 1985, 653). Wird die Darlehensvaluta auf Weisung des Darlehensnehmers an einen Dritten ausgezahlt, so hat der Darlehensnehmer regelmäßig den Darlehensbetrag im Sinne des § 607 Abs. 1 BGB a.F. empfangen, wenn der von ihm als Empfänger namhaft gemachte Dritte das Geld vom Darlehensgeber erhalten hat, es sei denn, der Dritte ist nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers, sondern sozusagen als "verlängerter Arm" des Darlehensgebers tätig geworden (BGHZ 152, 331, 337; BGH, Urteile vom 17. Januar 1985 – III ZR 135/83, WM 1985, 221, 233, insoweit in BGHZ 93, 264 nicht abgedruckt, vom 7. März 1985 – III ZR 211/83, WM 1985, 653, vom 25. April 1985 – III ZR 27/84, WM 1985, 993, 994 und vom 12. Juni 1997 – IX ZR 110/96, WM 1997, 1658, 1659). Dementsprechend gilt ein Darlehen auch dann als "empfangen" im Sinne des § 7 VerbrKrG, wenn der Kreditgeber es **vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt** hat (§ 362 Abs. 2 BGB i.V. mit § 185 BGB; siehe die amtliche Begründung zum VerbrKrG BT-Drucks. 11/5462 S. 22; BGHZ 152, 331, 337 m.w.Nachw.).

[15] Gemessen daran hat der Beklagte die Darlehensvaluta **mangels wirksamer Auszahlungsanweisung nicht empfangen**. ...

[18] An die von der Notariatssekretärin als seine Vertreterin in der notariellen Urkunde vom 10. Dezember 1990 abgegebene Zahlungsanweisung ist der Beklagte wegen Nichtigkeit der umfassenden Vollmacht des Treuhänders und der von ihm nicht wirksam erteilten Untervollmacht nicht gebunden.“

Hinweis: Fortsetzung der Urteilsgründe unten S. 101.

(6) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = ZIP 2006, 940 = WM 2006, 1003

1. Wenn der nach § 1 Abs. 1 HWiG in der Fassung vom 16. Januar 1986 widerrufene Darlehensvertrag und der finanzierte Fondsbeitritt ein verbundenes Geschäft im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG in der Fassung vom 17. Dezember 1990 bilden, erfordert der Zweck der gesetzlichen Widerrufsregelung, dass dem Darlehensgeber nach Widerruf kein Zahlungsanspruch gegen den Darlehensnehmer zusteht. Die Rückabwicklung

hat in diesem Falle unmittelbar zwischen dem Kreditgeber und dem Partner des finanzierten Geschäfts zu erfolgen (Bestätigung von BGH, 17. September 1996 – XI ZR 164/95, BGHZ 133, 254 ff.).

2. siehe unten S. 53.

3. Auch bei notarieller Beurkundung des finanzierten Geschäfts kann aufgrund der Verbundenheit der beiden Verträge eine Befreiung des Kreditnehmers von der Pflicht zur Darlehensrückzahlung nach § 3 HWiG in der Fassung vom 16. Januar 1986 geboten sein.

4. Der Kreditnehmer kann nur die von ihm selbst auf das Darlehen gezahlten Beträge vom Kreditgeber zurückverlangen, nicht aber die ihm zugeflossenen Fondsausschüttungen.

5. siehe unten S. 46.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[11] Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger sei auch im Fall eines wirksamen Widerrufs gemäß § 3 HWiG gegenüber der Beklagten zur Rückzahlung der Darlehensvaluta gegen Verrechnung seines Abfindungsguthabens und nicht nur – wie von ihm angeboten – zur Übertragung seiner Ansprüche aus der Fondsbeteiligung verpflichtet.

[12] Zwar hat ein Darlehensnehmer die **Valuta im Fall des Widerrufs** nach dem Haustürwiderrufsgesetz **grundsätzlich zurückzuzahlen**. Das Widerrufsrecht soll seine rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit gewährleisten, nicht jedoch das wirtschaftliche Risiko der Darlehensverwendung auf den Darlehensgeber abwälzen. Eine **andere Beurteilung** ist aber dann geboten, wenn der Darlehensnehmer den Kredit nicht empfangen hat oder der Darlehensvertrag und das finanzierte Geschäft ein **verbundenes Geschäft** bilden mit der Folge, dass der Widerruf des Darlehensvertrages zugleich auch der Wirksamkeit des finanzierten Geschäfts entgegensteht. In diesem Fall erfordert der Zweck der gesetzlichen Widerrufsregelung, dem Kunden innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist frei und ohne Furcht vor finanziellen Nachteilen die Entscheidung zu ermöglichen, ob er an seinen Verpflichtungserklärungen festhalten will oder nicht, eine Auslegung des § 3 HWiG, dahin, dass dem Darlehensgeber nach dem Widerruf kein Zahlungsanspruch gegen den Darlehensnehmer in Höhe des Darlehenskapitals zusteht. Die **Rückabwicklung** hat in diesem Falle vielmehr **unmittelbar zwischen dem Kreditgeber und dem Partner des finanzierten Geschäfts** zu erfolgen (st.Rspr.: Senat BGHZ 133, 254, 259 ff.; 152, 331, 337; Urteile vom 17. September 1996 – XI ZR 197/95, WM 1996, 2103, 2104 f. und vom 26. November 2002 – XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66; Beschlüsse vom 16. September 2003 – XI ZR 447/02, WM 2003, 2184, 2186 und vom 23. September 2003 – XI ZR 325/02, WM 2003, 2186, 2187). Dabei spielt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine Rolle, ob die Beklagte als deutlich von der Anlagegesellschaft getrenntes Rechtssubjekt mit nicht deckungsgleichen wirtschaftlichen Interessen aufgetreten ist. Die auf dem Schutzzweck des Widerrufsrechts beruhende Freistellung des Darlehensnehmers von der Verpflichtung zur Rückzahlung der Darlehensvaluta stellt allein darauf ab, dass es sich hierbei um verbundene Geschäfte handelt. ...

[17] Soweit die Revisionserwiderung darauf hinweist, dass der **notariell beurkundete** und durch eine Vertreterin erklärte **Fondsbeitritt** des Klägers nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG **isoliert nicht widerrufbar** wäre (vgl. BGHZ 144, 223, 226 ff.; Senatsurteile vom 2. Mai 2000 – XI ZR 108/99, WM 2000, 1247, 1249, vom 18. März 2003 – XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 921, vom 29. April 2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21, 23, vom 14. Oktober 2003 – XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2330 f. und vom 2. Dezember 2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 420 f.), führt auch das zu keiner anderen Beurteilung. Auch bei notarieller Beurkundung des finanzierten Geschäfts kann aufgrund der Verbundenheit der beiden Verträge eine Befreiung des Kreditnehmers von der Pflicht zur Darlehensrückzahlung nach § 3 HWiG geboten sein (vgl. Senat, Beschlüsse vom 16. November 2003 – XI ZR 447/02, WM 2003, 2184, 2186 und vom 23. September 2003 – XI ZR 325/02, WM 2003, 2186, 2187 für die Kreditfinanzierung einer Eigentumswohnung). Der dem Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG zugrunde liegende Gedanke, dass bei notarieller Beurkundung ein Übereilungsschutz durch eine Widerrufsmöglichkeit nicht erforderlich ist (BT-Drucks. 10/2876 S. 12), **gilt nicht** zwangsläufig auch **für den nicht beurkundeten Darlehensvertrag**. Liegen für diesen die Voraussetzungen eines Widerrufs vor, bedarf es weiterhin des Schutzes vor dem übereilten Vertragsabschluss, der aufgrund der Verbundenheit der beiden Geschäfte auch auf das beurkundete Geschäft zu erstrecken ist (vgl. Althammer BKR 2003, 280, 283 f.; kritisch Westermann ZIP 2002, 189, 195).

[18] Die Grundsätze der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur fehlerhaften Gesellschaft stehen der Freistellung des Klägers von der Darlehensrückzahlung, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, nicht entgegen. Nach diesen Grundsätzen ist ein **fehlerhafter Gesellschaftsbeitritt**, wenn er in Vollzug gesetzt worden ist, grundsätzlich zunächst wirksam. Der Gesellschafter hat aber das Recht, sich im Wege der außerordentlichen Kündigung von seiner Beteiligung für die Zukunft zu lösen. An Stelle des ihm nach allgemeinen Grundsätzen zustehenden Anspruchs auf Rückzahlung der geleisteten Einlage tritt alsdann das ihm nach den Grundsätzen gesellschaftsrechtlicher Abwicklung zustehende Abfindungsguthaben (BGHZ 156, 46, 52 f.). Die Beschränkung auf das Abfindungsguthaben hat nicht zur Folge, dass er auch dem Kreditgeber im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages nur seinen Abfindungsanspruch entgegensetzen kann und eine eventuelle Differenz gegenüber der noch offenen Darlehensvaluta zu zahlen hat.

[19] Zweck der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ist es, im Interesse des Rechtsverkehrs an der Erhaltung einer Haftungsgrundlage und der Gesellschafter an der Bewahrung der geschaffenen Werte der Gesellschaft für die Vergangenheit Bestandsschutz zu gewähren (vgl. BGHZ 55, 5, 8; MünchKommBGB/Ulmer 4. Aufl. § 705 Rdn. 347). Dieser Zweck wird nicht tangiert, wenn der Gesellschafter nicht den Gesellschaftsbeitritt, sondern den zu seiner Finanzierung geschlossenen Darlehensvertrag widerruft. Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat dementsprechend entschieden, dass in einem solchen Fall die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Verhältnis des Gesellschafters zu der kreditgebenden Bank keine Anwendung findet und der kreditnehmende Gesellschafter der Bank lediglich zur Übertragung des finanzierten Gesellschaftsanteils bzw. seiner Rechte aus dem fehlerhaften Beitritt verpflichtet ist, nicht aber die Darlehensvaluta zurückzahlen muss (BGHZ 159, 280, 287 f. und Urteil vom 14. Juni 2004 – II ZR 385/02, WM 2004, 1527, 1529; so auch OLG Stuttgart WM 2005, 972, 980 und WM 2005, 981, 986; MünchKommBGB/Habersack 4. Aufl. § 358 Rdn. 87, 92; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004 § 358 Rdn. 67; anders bei Widerruf nur des Fondsbeitritts: BGH, Urteil vom 31. Januar 2005 – II ZR 200/03, WM 2005, 547, 549).

[20] Das steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats, nach der **der Kreditnehmer** zum Schutz seiner Entscheidungsfreiheit, ob er den Kreditvertrag widerrufen will oder nicht, bei einem verbundenen Geschäft **von Belastungen durch das finanzierte Geschäft freizustellen ist** (BGHZ 133, 254, 259 ff. und Urteil vom 17. September 1996 – XI ZR 197/95, WM 1996, 2003, 2004 f.). Dieser gesetzliche Schutzzweck würde, was von einem Teil der Literatur verkannt wird (Westermann ZIP 2002, 240, 244 f.; Edelmann BKR 2002, 801, 803; Wallner BKR 2003, 92, 96 ff.; Althammer BKR 2004, 280, 284 f.), gefährdet, wenn der Darlehensnehmer das wirtschaftliche Risiko des Fondsbeitritts zu tragen hätte.

...

[41] Sollte die Beweisaufnahme ergeben, dass eine Haustürsituation für den Abschluss der Darlehensverträge ursächlich geworden ist und diese Verträge mit dem Fondsbeitritt ein verbundenes Geschäft bilden, wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass der Kläger nur die von ihm selbst gezahlten Beträge von der Beklagten zurückverlangen kann, nicht aber die ihr zugeflossenen Fondsausschüttungen.“

Hinweis: Siehe auch die parallele Begründung im Urteil BGH, 13.6.2006 – XI ZR 432/04, NJW-RR 2006, 1715 = WM 2006, 1669 = ZIP 2006, 1626 (dort Rdn. 22 ff.).

(7) BGH, 16.5.2006 – XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 = ZIP 2006, 1187 mit Berichtigung ZIP 2006, 1579

1. Auch angesichts der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (Rs. C-350/03, WM 2005, 2079 ff. Schulte und Rs. C-229/04, WM 2005, 2086 ff. Crailsheimer Volksbank) verbleibt es dabei, dass der Darlehensgeber im Fall des wirksamen Widerrufs (§ 1 Abs. 1 HWiG) eines Realcreditvertrages gemäß § 3 Abs. 1 HWiG Anspruch auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages sowie auf dessen marktübliche Verzinsung hat (Fortsetzung von BGHZ 152, 331).

2. Der im Anschluss an die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (Rs. C-350/03, WM 2005, 2079 ff. Schulte und Rs. C-229/04, WM 2005, 2086 ff. Crailsheimer Volksbank) in Rechtsprechung und Literatur erwogene Schadensersatzanspruch des Verbrauchers wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung scheidet jedenfalls in all den Fällen aus, in denen der Verbraucher bei Ab-

schluss des Darlehensvertrages bereits an seine Erklärung zum Abschluss des Immobilienkaufvertrags gebunden ist.

3. siehe unten S. 75.

(8) BGH, 19.9.2006 – XI ZR 204/04, BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 = ZIP 2006, 2262

1. siehe unten S. 77.

2. § 2 HWiG ist richtlinienkonform als Rechtspflicht des Unternehmers zu verstehen, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht aus Verschulden bei Vertragsschluss zur Folge haben kann.

3. Ein Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung gemäß § 2 HWiG setzt ein Verschulden des Unternehmers voraus.

4. Für einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung gemäß § 2 HWiG muss der Darlehensnehmer konkret beweisen, dass der Belehrungsverstoß für den Schaden ursächlich geworden ist, d.h. dass er den Darlehensvertrag bei ordnungsgemäßer Belehrung tatsächlich widerrufen hätte.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[38] Sollte die Beweisaufnahme ergeben, dass der Kläger und seine Ehefrau den Darlehensvertrag gemäß § 1 Abs. 1 HWiG wirksam widerrufen haben, stünde der Beklagten der mit der Hilfswiderklage zu b) geltend gemachte Anspruch aus § 3 HWiG auf **Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages** sowie auf dessen marktübliche Verzinsung zu (...).

[39] Wie der Senat in seinem Urteil vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1197 f., für BGHZ vorgesehen) entschieden und im Einzelnen begründet hat, steht dem aus § 3 HWiG folgenden Rückzahlungsanspruch nicht entgegen, dass der Verbraucher nach Ansicht des EuGH durch die Haustürgeschäfte-richtlinie vor den Folgen der in seinen Entscheidungen vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 ff. – Schulte und WM 2005, 2086 ff. – Crailsheimer Volksbank) angesprochenen Risiken von Kapitalanlagen der vorliegenden Art zu schützen ist, die er im Falle einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung der kreditgebenden Bank hätte vermeiden können.

[40] Aufgrund der Entscheidungen des EuGH vom 25. Oktober 2005 könnte jedoch ein **Schadensersatzanspruch** des Klägers **aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung** gemäß § 2 Abs. 1 HWiG in Betracht kommen, den der Kläger ggf. dem Anspruch der Beklagten aus § 3 HWiG entgegenhalten könnte.

[41] Nach den vorgenannten Entscheidungen enthält die Haustürgeschäfte-richtlinie eine "echte" Rechtspflicht des Unternehmers. Unter Beachtung dieser für nationale Gerichte bindenden Auslegung ist auch § 2 HWiG – dessen Wortlaut die Annahme einer solchen Rechtspflicht nicht ausschließt – richtlinienkonform als **Rechtspflicht des Unternehmers** zu verstehen, deren Verletzung Ersatzansprüche zur Folge haben kann. Wie bereits das OLG Stuttgart ausgeführt hat (NJW-RR 1988, 558, 559 und NJW 1988, 1986, 1987), will das Gesetz mit der **Belehrung über das Widerrufsrecht** den Kunden vor allem über Existenz, Inhalt und Bedeutung seines Widerrufsrechts informieren, damit er überhaupt erst in die Lage versetzt wird, seine Rechte auszuüben und sich auf die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages zu berufen. Dieses Ziel lässt sich nur erreichen, wenn eine Pflicht zur Belehrung besteht.

[42] Ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen unterbliebener Belehrung gemäß § 2 Abs. 1 HWiG setzt zwingend ein **Verschulden** der Beklagten voraus. Die Annahme eines evtl. vom Berufungsgericht festzustellenden verschuldeten Rechtsirrtums könnte allerdings bei dem vorliegenden Fall aus dem Jahre 1993 zweifelhaft sein. Einer verschuldensunabhängigen Haftung stehen wesentliche Grundsätze des nationalen Haftungsrechts entgegen, insbesondere der in § 276 Abs. 1 BGB a.F. verankerte allgemeine Grundsatz, dass eine Schadensersatzpflicht in der Regel nur bei schuldhaftem Verhalten besteht. Zwar ermöglichte die Vorschrift des § 276 Abs. 1 BGB a.F. auch eine verschuldensunabhängige Haftung, sofern "ein anderes bestimmt war". Für eine solche Bestimmung, die sich aus dem Gesetz, den vertraglichen Vereinbarungen oder dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben kann, fehlt hier jedoch jeder

Anhalt. Auch die Annahme einer Gefährdungshaftung kommt nicht in Betracht. Die für einzelne, näher umschriebene Tatbestände normierten Gefährdungshaftungen stellen spezielle Ausnahmen dar, die der an das Gesetz gebundene Richter nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht von sich aus erweitern darf (vgl. BGHZ 54, 332, 336 f.; 55, 229, 232 f., 234; 114, 238, 240 f.; 115, 38, 42 f.; 119, 152, 168).

[43] Darüber hinaus wären für den Fall der Annahme eines Verschuldens der Beklagten zur Schadensursächlichkeit des Belehrungsverstoßes Feststellungen zu treffen. Es genügt nicht, dass der Kläger und seine Ehefrau bei ordnungsgemäßer Belehrung die Möglichkeit gehabt hätten, mit dem Widerruf des Darlehensvertrages auch Risiken des Anlagegeschäftes zu vermeiden. Dies wäre mit dem Grundprinzip des nationalen Schadensersatzrechts, dass eine Pflichtverletzung nur dann zum Ersatz des Schadens verpflichten kann, wenn er auch auf den Pflichtenverstoß ursächlich zurückzuführen ist, schlechthin unvereinbar (siehe bereits Senatsurteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1199, für BGHZ vorgesehen). Der Kläger muss vielmehr **konkret nachweisen**, dass er und seine Ehefrau den **Darlehensvertrag bei ordnungsgemäßer Belehrung tatsächlich widerrufen und die Anlage nicht getätigt** hätten. Auf die so genannte Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens kann sich der Kläger, anders als etwa das Oberlandesgericht Bremen (WM 2006, 758, 766 f.) gemeint hat, nicht stützen. Diese Vermutung setzt voraus, dass es für ihn bei Belehrung über sein Widerrufsrecht damals nur eine bestimmte Möglichkeit der Reaktion gab (vgl. BGHZ 160, 58, 66 m.w.Nachw.). Davon kann hier indes nicht ausgegangen werden, da nichts dafür ersichtlich ist, dass die Risiken des Vertragswerks vom Kläger innerhalb der einwöchigen Widerrufsfrist erkannt worden wären (vgl. OLG Celle NJW 2006, 1817 f.; OLG München NJW 2006, 1811, 1815; Bungeoth WM 2004, 1505, 1509).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 77 und 111.

(9) BGH, 19.9.2006 – XI ZR 242/05, NJW 2007, 364 = ZIP 2006, 2210 = WM 2006, 2303

Wird der Erwerb einer werthaltigen Eigentumswohnung durch ein Darlehen finanziert, so besteht der Schutzzweck der Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufgesetz auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (C-229/04, WM 2005, 2086, 2089 – Crailsheimer Volksbank) nicht darin, den über sein Widerrufsrecht nicht belehrten Darlehensnehmer mit Hilfe des Schadensersatzrechts so zu stellen, als wenn das Darlehen sofort widerrufen und eine Eigenfinanzierung vorgenommen worden wäre.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Wie die Kläger in ihrem Klageantrag zutreffend berücksichtigt haben, steht ihnen im Falle eines wirklichen Widerrufs des Darlehensvertrags ein Anspruch auf Rückgewähr der von ihnen erbrachten Zins- und Tilgungsraten nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des gesamten Nettokreditbetrages von 188.459,17 DM, d.h. 96.357,64 € (nicht: 96.357,6 1 € wie beantragt) zu (§ 3 Abs. 1, § 4 HWiG). Daneben haben die Kläger Anspruch auf **marktübliche Verzinsung** der von ihnen gezahlten, der Beklagten zur Nutzung zur Verfügung stehenden Raten (BGHZ 152, 331, 336; Senatsurteil vom 15. Juli 2003 – XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1744). Dabei kann, da es sich hier um einen **Realkredit** handelt, entgegen der Ansicht der Kläger nicht ohne weiteres von einem Zinssatz von 5% über dem Diskontsatz der deutschen Bundesbank ausgegangen werden (Senatsurteile vom 18. Februar 1992 – XI ZR 134/91, WM 1992, 566, 567 und vom 12. Mai 1998 – XI ZR 79/97, WM 1998, 1325, 1326 f.). Für den den Klägern überlassenen Nettokreditbetrag kann die Beklagte ihrerseits marktübliche Zinsen beanspruchen (BGHZ 152, 331, 338; Senatsurteile vom 26. November 2002 – XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66 und vom 15. Juli 2003 – XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1744), nicht lediglich durchgängig 4% wie im Antrag der Kläger vorgesehen.

[15] Ein **Schadensersatzanspruch**, der von dem gestellten Klageantrag im Übrigen allenfalls zu einem kleinen Teil umfasst wird, steht den Klägern **wegen der unterbliebenen Widerrufsbelehrung** entgegen der Ansicht der Revision auch unter Berücksichtigung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 ff. – Schulte und WM 2005, 2086 ff. – Crailsheimer Volksbank) nicht zu. Die unterbliebene Widerrufsbelehrung ist für den mehrere Wochen früher abgeschlossenen finanzierten Wohnungsvertrag nicht, wie erforderlich (Senatsurteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1199, für BGHZ vorgesehen), kausal geworden.

[16] Darüber hinaus ist den Klägern durch den Erwerb der werthaltigen Eigentumswohnung kein **Vermögensschaden** im Sinne des § 249 BGB entstanden. Entgegen der Ansicht der Revision besteht ein Schadensersatzanspruch der Kläger auch dann nicht, wenn sie den Kaufpreis für die Eigentumswohnung mit Eigenmitteln hätten finanzieren können und davon angeblich durch die unterbliebene Widerrufsbelehrung abgehalten worden sind. Wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seiner Entscheidung vom 25. Oktober 2005 (aaO S. 2086, 2089) in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Senats ausdrücklich klargestellt hat, ist die Pflicht des Darlehensnehmers, den Nettokreditbetrag zuzüglich marktüblicher Zinsen nach Widerruf der Darlehensvertragserklärung zurückzuzahlen, mit der Haustürgeschäfte richtlinie vereinbar. Diese Verpflichtung gehört nach dem Schutzzweck der Widerrufsbelehrung danach nicht zu den Risiken, vor denen die Widerrufsbelehrung schützen soll.“

(10) BGH, 26.9.2006 – XI ZR 283/03, NJW 2007, 361 = ZIP 2006, 2258 = WM 2006, 2347

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[17] Wie der Senat mit Urteil vom 16. Mai 2006 entschieden und im Einzelnen begründet hat (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1197 f. Tz. 28 ff., für BGHZ vorgesehen), steht dem aus § 3 HWiG folgenden Rückzahlungsanspruch auch nicht entgegen, dass der Verbraucher nach Ansicht des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: EuGH) durch die Haustürgeschäfte richtlinie vor den Folgen der in den Entscheidungen des EuGH angesprochenen Risiken von Kapitalanlagen der vorliegenden Art zu schützen ist, die er im Falle einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung der kreditgebenden Bank hätte vermeiden können.

[18] Entgegen einer in der Literatur vertretenen Meinung (Fischer DB 2005, 2507, 2510 und VuR 2006, 53, 57; zustimmend Hofmann BKR 2005, 487, 492 ff. und Staudinger NJW 2005, 3521, 3525) findet eine "richtlinienkonforme" Auslegung oder analoge Anwendung der §§ 9 Abs. 2 Satz 4, 7 Abs. 4 VerbrKrG und § 3 HWiG dahin, den nicht mit einer Widerrufsbelehrung nach § 2 Abs. 1 HWiG versehenen Darlehensvertrag wie bei einem verbundenen Geschäft durch Rückzahlung der vom Verbraucher geleisteten Zins- und Tilgungsraten Zug um Zug gegen Übertragung der Immobilie rückabzuwickeln, sowohl in der Haustürgeschäfte richtlinie als auch im deutschen Recht keine Stütze (vgl. im Einzelnen Senatsurteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1197 Tz. 29 f., für BGHZ vorgesehen).

[19] Entgegen der vereinzelt gebliebenen Ansicht von Derleder (BKR 2005, 442, 448; s. auch EWiR 2005, 837, 838) fehlt auch für eine "richtlinienkonforme" Auslegung des § 3 Abs. 1 HWiG dahin, den Darlehensnehmer im Falle einer unterbliebenen Widerrufsbelehrung bereicherungsrechtlich nicht als Empfänger der Darlehensvaluta anzusehen, eine tragfähige Grundlage (Senatsurteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04 aaO Tz. 31 f., für BGHZ vorgesehen).

[20] Nicht haltbar ist auch die Ansicht von Knops und Kulke (WM 2006, 70, 77 und VuR 2006, 127, 135), bei einer Investition der Darlehensvaluta in eine Immobilie durch einen über sein Widerrufsrecht nicht belehrten Darlehensnehmer sei von einem unverschuldeten Untergang der empfangenen Leistung im Sinne des § 3 Abs. 2 HWiG auszugehen (Senatsurteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04 aaO Tz. 33, für BGHZ vorgesehen).

[21] Entgegen der Auffassung der Revision steht dem Verbraucher in Fällen der unterbliebenen Widerrufsbelehrung auch nicht der Entreicherungseinwand aus § 818 Abs. 3 BGB zu (Senatsurteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04 aaO S. 1198 Tz. 34, für BGHZ vorgesehen; a.A. Tonner/Tonner WM 2006, 505, 510 ff. zur Anwendung des Rechtsgedankens der §§ 817 Satz 2, 818 Abs. 3 BGB bei Kenntnis des Darlehensgebers von dem mit dem Immobilienerwerb verbundenen Risiko). Die §§ 812 ff. BGB sind nämlich **auf den Rückgewähranspruch nach § 3 Abs. 1 HWiG**, der als *lex specialis* ihre Anwendung grundsätzlich ausschließt (BGHZ 131, 82, 87), **nicht anwendbar**. Der Gesetzgeber hat das Bereicherungsrecht durch § 3 HWiG, jedenfalls was die §§ 814 ff. BGB angeht, bewusst derogiert. Davon kann auch im Wege richtlinienkonformer Auslegung des § 3 HWiG, zu der hier, wie dargelegt, im Übrigen kein Grund besteht, nicht abgewichen werden (vgl. Piekenbrock WM 2006, 466, 475). Abgesehen davon kann von einem Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB bei Empfang eines – für den Erwerb einer nicht ausreichend werthaltigen Immobilie verwendeten – Darlehens, das dem Darlehensnehmer, wie er weiß, nur für begrenzte Zeit zur Verfügung

stehen soll, unter Berücksichtigung des § 819 Abs. 1 BGB nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Rede sein (BGHZ 83, 293, 295; 115, 268, 270 f.; BGH, Urteile vom 14. April 1969 – III ZR 65/68, WM 1969, 857, 858; Senatsurteile vom 17. Februar 1995 – XI ZR 225/93, WM 1995, 566, 567, vom 2. Februar 1999 – XI ZR 74/98, WM 1999, 724, 725 und vom 27. Januar 2004 – XI ZR 37/03, WM 2004, 620, 623). Die Ausführungen der Revision geben zu einer abweichenden Beurteilung keine Veranlassung.

[22] Das Berufungsurteil hält rechtlicher Überprüfung auch stand, soweit das Berufungsgericht einen **Schadensersatzanspruch** des Klägers **aus Verschulden bei Vertragsschluss verneint** hat.

[23] Zu Recht hat sich das Berufungsgericht allerdings nicht mit der Frage befasst, ob aus der bei Abschluss des Darlehensvertrages unterbliebenen Widerrufsbelehrung nach § 2 Abs. 1 HWiG ein Schadensersatzanspruch des Klägers folgen kann. Ein derartiger – von der Revision ausdrücklich nicht befürworteter – Schadensersatzanspruch wird zwar im Anschluss an die erst nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Entscheidungen des EuGH vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 ff. – Schulte und WM 2005, 2086 ff. – Crailsheimer Volksbank) diskutiert mit dem Ziel, den vom EuGH geforderten Schutz des Verbrauchers vor den Folgen der dort genannten Risiken von Kapitalanlagen der hier vorliegenden Art, die der Verbraucher im Falle einer mit dem Darlehensvertrag verbundenen Widerrufsbelehrung hätte vermeiden können, im Wege einer schadensersatzrechtlichen Lösung umzusetzen. Hier scheidet ein solcher Anspruch aber von vornherein aus.

[24] Wie der Senat bereits mit Urteil vom 16. Mai 2006 entschieden hat (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1197 Tz. 38, für BGHZ vorgesehen), ist ein **Schadensersatzanspruch** wegen Nichterteilung einer Widerrufsbelehrung nämlich mangels Kausalität zwischen unterlassener Widerrufsbelehrung und dem Schaden in Gestalt der Realisierung von Anlagerisiken **ausgeschlossen, wenn der Verbraucher** – wie hier – **vor Abschluss des Darlehensvertrags bereits an den Kaufvertrag gebunden ist**. Dann hätte es der Verbraucher auch bei Belehrung über sein Recht zum Widerruf des Darlehensvertrages nicht vermeiden können, sich den Anlagerisiken auszusetzen (OLG Frankfurt WM 2006, 769; OLG Karlsruhe WM 2006, 676, 680; KG ZfIR 2006, 136, 140; Palandt/Grüneberg, BGB 65. Aufl. § 357 Rdn. 4; Ehrlicke ZBB 2005, 443, 449; Habersack JZ 2006, 91, 93; Hoppe/Lang ZfIR 2005, 800, 804; Jordans EWS 2005, 513, 515; Lang/Rösler WM 2006, 513, 518; Lechner NZM 2005, 921, 926; Meschede ZfIR 2006, 141; Piekenbrock WM 2006, 466, 472; Sauer BKR 2006, 96, 101; Tonner/Tonner WM 2006, 505, 509; Thume/Edelmann BKR 2005, 477, 483; differenzierend: OLG Bremen WM 2006, 758, 764 f.; Hoffmann ZIP 2005, 1985, 1989). Ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss auf Ersatz eines Schadens, der durch die – unterstellte – Pflichtverletzung, d.h. die unterbliebene Widerrufsbelehrung nach § 2 Abs. 1 HWiG, nicht verursacht worden ist, ist dem deutschen Recht fremd. Er wird in den Entscheidungen des EuGH vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 – Schulte und WM 2005, 2086 – Crailsheimer Volksbank) auch nicht gefordert. Nach deren klarem Wortlaut haben die Mitgliedstaaten den Verbraucher nur vor den Folgen der Risiken von Kapitalanlagen der vorliegenden Art zu schützen, die er im Falle einer Widerrufsbelehrung der kreditgebenden Bank bei Abschluss des Darlehensvertrages in einer Haustürsituation hätte vermeiden können. Das ist bei Anlagerisiken, die er vor Abschluss des Darlehensvertrages eingegangen ist, nicht der Fall. Die Entscheidungen des EuGH lassen sich nicht, wie es eine Mindermeinung in der Literatur versucht (Derleder BKR 2005, 442, 449; Knops WM 2006, 70, 73 f.; Schwintowski VuR 2006, 5, 6; Staudinger NJW 2005, 3521, 3523), dahin uminterpretieren, die zeitliche Reihenfolge von Anlagegeschäft und Darlehensvertrag spiele für die Haftung der kreditgebenden Bank keine Rolle. Abgesehen davon wäre der erkennende Senat nach deutschem Recht nicht in der Lage, dem nicht über sein Widerrufsrecht belehrten Darlehensnehmer einen Anspruch auf Ersatz von Schäden zu geben, die durch die unterbliebene Widerrufsbelehrung nicht verursacht worden sind.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten Seite 78.

(11) BGH, 24.4.2007 – XI ZR 17/06, BGHZ 172, 147 = NJW 2007, 2401 = ZIP 2007, 1200 = WM 2007, 1173

Bei der umfassenden Rückabwicklung eines nach § 1 HWiG widerrufenen Darlehensvertrages, der mit einem finanzierten Fondsanteilerwerb ein verbundenes Geschäft im Sinne von § 9 VerbrKrG bildet (vgl. Senatsurteil vom 25. April 2006, XI ZR 193/04, WM 2006, 1003, 1005 Tz. 12, zur Veröffentlichung in BGHZ

167, 252 vorgesehen), ist es mit dem Sinn und Zweck des § 3 HWiG nicht zu vereinbaren, wenn der Anleger nach Rückabwicklung der kreditfinanzierten Fondsbeteiligung besser stünde als er ohne diese Beteiligung gestanden hätte. Es entspricht daher der Billigkeit, dass unverfallbare und nicht anderweitig erzielbare **Steuervorteile den Rückforderungsanspruch des Darlehensnehmers** gegen die finanzierende Bank in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens der Vorteilsausgleichung **mindern** (Abweichung von BGH, Urteile vom 14. Juni 2004, II ZR 385/02, WM 2004, 1527, 1529, vom 18. Oktober 2004, II ZR 352/02, WM 2004, 2491, 2494 und vom 31. Januar 2005, II ZR 200/03, WM 2005, 547, 548)

(12) BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, NJW 2008, 644= ZIP 2008, 210 = WM 2008, 115

1. siehe unten S. 89.

2. Für einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung gemäß § 2 HWiG muss der Darlehensnehmer die Ursächlichkeit des Belehrungsverstoßes für den Schaden auch dann konkret nachweisen, wenn der mit dem Darlehen finanzierte Kaufvertrag nicht wirksam zustande gekommen ist.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[55] Außerdem könnte – wie die Revision geltend macht – ein **Schadensersatzanspruch** des Beklagten [= Anleger] **wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung** gemäß § 2 Abs. 1 HWiG a.F. in Betracht kommen. Wie der Senat zur Umsetzung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 ff. – Schulte und WM 2005, 2086 ff. – Crailsheimer Volksbank) in nationales Recht entschieden und näher begründet hat (BGHZ 169, 109, 120 Tz. 40 ff.), kann ein Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung gegeben sein, sofern der Darlehensnehmer zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages an den Kaufvertrag noch nicht gebunden war, das Unterlassen der Widerrufsbelehrung auf einem Verschulden der finanzierenden Bank – insbesondere einem vom Berufungsgericht festzustellenden verschuldeten Rechtsirrtum – beruht und die Schadensursächlichkeit des Belehrungsverstoßes feststeht (Senat BGHZ 169, 109, 121 f. Tz. 43; Senatsurteile vom 24. Oktober 2006 – XI ZR 265/03, Umdruck S. 14 Tz. 30, vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 401/03, Umdruck S. 13 f. Tz. 26 und vom 17. April 2007 – XI ZR 130/05, NJOZ 2007, 3210, 3213 Tz. 20). Es genügt nicht, dass der Beklagte bei ordnungsgemäßer Belehrung die Möglichkeit gehabt hätte, mit dem Widerruf der Darlehensverträge auch Risiken des Anlagegeschäftes zu vermeiden. Der Beklagte muss vielmehr **konkret nachweisen, dass er die Darlehensverträge bei ordnungsgemäßer Belehrung tatsächlich widerrufen und die Anlage nicht getätigt hätte**. Auf die so genannte Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens kann sich der Beklagte nicht stützen (vgl. Senat BGHZ 169, 109, 121 f. Tz. 43 m.w.Nachw.; Senatsurteile vom 24. Oktober 2006 aaO, vom 19. Dezember 2006 aaO und vom 17. April 2007 aaO). Dies gilt entgegen der Ansicht der Revision auch dann, wenn der mit dem Darlehen finanzierte Kaufvertrag nicht wirksam zustande gekommen sein sollte. Ohne einen Widerruf war der Beklagte an den Darlehensvertrag gebunden und zu seiner Erfüllung verpflichtet, ohne der Klägerin die Unwirksamkeit des Kaufvertrages entgegenhalten zu können.“

(13) BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 = WM 2008, 683

1. siehe unten S. 113.

2. Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung gemäß § 2 HWiG kommt auch dann in Betracht, wenn die Haustürsituation nicht bei Vertragsabschluss, sondern nur bei dessen Anbahnung vorgelegen hat.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] Das Berufungsgericht ist noch zutreffend davon ausgegangen, dass zur Umsetzung der Urteile des EuGH vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079, 2085 f. Tz. 94 ff. – Schulte und WM 2005, 2086, 2089 Tz. 48 f. – Crailsheimer Volksbank) in nationales Recht ein **Schadensersatzanspruch** des Anlegers aus Verschulden bei Vertragsschluss **wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung** gemäß § 2 Abs. 1 HWiG a.F.

gegeben sein kann, weil diese Vorschrift eine Rechtspflicht des Unternehmers begründet (Senat BGHZ 169, 109, 120 Tz. 41) und die hier in dem Darlehensvertrag enthaltene Widerrufsbelehrung nach § 7 Abs. 2 VerbrKrG a.F. den Anforderungen des § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG a.F. nicht genügt (st.Rspr.; vgl. nur Senatsurteile vom 12. November 2002 – XI ZR 3/01, WM 2003, 61, 63 und vom 21. November 2006 – XI ZR 347/05, WM 2007, 200, 202 Tz. 25). Dies setzt aber – wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden und näher begründet hat – voraus, dass der Darlehensnehmer zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages an den Kaufvertrag noch nicht gebunden war, das Unterlassen der Widerrufsbelehrung auf einem Verschulden der finanzierenden Bank, insbesondere einem vom Berufungsgericht festzustellenden verschuldeten Rechtsirrtum, beruht und die Schadensursächlichkeit des Belehrungsverstoßes feststeht (Senat BGHZ 169, 109, 121 f. Tz. 43; Senatsurteile vom 24. Oktober 2006 – XI ZR 265/03, Umdruck S. 14 Tz. 30, vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 401/03, Umdruck S. 13 f. Tz. 26, vom 17. April 2007 – XI ZR 130/05, NJOZ 2007, 3210, 3213 Tz. 20 und vom 6. November 2007 – XI ZR 322/03, WM 2008, 115, 121 Tz. 55).

[19] Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, kommt ein solcher Schadensersatzanspruch grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn die **Haustürsituation** – was das Berufungsgericht hier offen gelassen hat – nicht beim Vertragsabschluss, sondern **nur bei dessen Anbahnung** vorlag (ebenso OLG Frankfurt/Main OLGR 2007, 185, 186; Hofmann WM 2006, 1847, 1851; Kulke NJW 2007, 360, 361; Staudinger NJW 2005, 3521, 3522; a.A. Thume/Edelmann BKR 2005, 477, 486; krit. auch Piekenbrock WM 2006, 466, 472; Roth WuB IV D. § 3 HWiG 2.06). Der gegenüber dem Haustürwiderrufsgesetz engere Anwendungsbereich der Haustürgeschäftsrichtlinie rechtfertigt es nicht, die Haftung nach nationalem Recht wegen fehlender Belehrung auf solche Fälle zu beschränken (vgl. Senat BGHZ 150, 248, 260 ff.; BGHZ 159, 280, 284 f.; BGH, Urteil vom 12. Dezember 2005 – II ZR 327/04, WM 2006, 220, 221 m.w.Nachw.).

[20] Unzutreffend ist hingegen die Ansicht des Berufungsgerichts, es könne dahinstehen, ob der Belehrungsverstoß auf einem Verschulden der Klägerin beruhe, weil die vom EuGH verlangte Risikoverlagerung ohne Feststellung eines echten Verschuldens zu erfolgen habe.

[21] Wie der Senat – allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils – entschieden und im Einzelnen begründet hat, setzt ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen unterbliebener Belehrung gemäß § 2 Abs. 1 HWiG a.F. zwingend ein **Verschulden der finanzierenden Bank** voraus (vgl. Senat BGHZ 169, 109, 120 f. Tz. 42; Senatsurteile vom 24. Oktober 2006 – XI ZR 265/03, Umdruck S. 13 f. Tz. 29, vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 401/03, Umdruck S. 13 Tz. 25 und vom 17. April 2007 – XI ZR 130/05, NJOZ 2007, 3210, 3213 Tz. 19). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts enthält § 276 Abs. 1 BGB a.F. gerade den allgemeinen Grundsatz, dass eine Schadensersatzpflicht in der Regel nur bei schuldhaftem Verhalten besteht. Für eine verschuldensunabhängige Haftung begründende andere Bestimmung, die sich aus dem Gesetz, den vertraglichen Vereinbarungen oder dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben kann, fehlt hier jeder Anhalt (Senat BGHZ 169, 109, 120 f. Tz. 42); eine solche – hier einschlägige – Vorschrift wird auch vom Berufungsgericht nicht genannt.

[22] Das Berufungsgericht hätte daher dem Vorbringen der Klägerin nachgehen müssen, dass sie einem unverschuldeten **Rechtsirrtum** unterlegen gewesen sei, weil sie bei der damaligen Vertragsgestaltung nicht habe davon ausgehen können und müssen, zu einer Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz verpflichtet zu sein. Ob hier allerdings – wie die Revision meint – ein Verschulden bereits deshalb zu verneinen ist, weil die Klägerin im Oktober 1992 im Hinblick auf den Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG a.F. eine Belehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz für entbehrlich halten durfte, ist **nicht unzweifelhaft**. Immerhin bejahte bereits damals ein im Deutschen Sparkassenverlag verlegter Leitfaden (Steppeler, Vordruck-Leitfaden Verbraucherkreditgesetz 1. Aufl. 1991 S. 104) das Nebeneinander-Bestehen von zwei gleichgerichteten Widerrufsrechten nach dem Haustürwiderrufsgesetz und dem Verbraucherkreditgesetz. Von anderer Seite wurde ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz bei Realkrediten i.S. von § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG dagegen verneint (Bruchner, in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, Verbraucherkreditgesetz 1. Aufl. 1992 Art. 3 Rdn. 2; wohl auch Scholz, Verbraucherkreditverträge 2. Aufl. 1992 Rdn. 310; uneinheitlich: Münstermann/Hannes, Verbraucherkreditgesetz 1991 § 3 Rdn. 159 einerseits und Art. 3 Rdn. 887 andererseits), wobei zum Teil "als sichere Lösung" eine Belehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz empfohlen wurde (Scholz aaO). Aufgrund dessen kann für das Jahr 1992 eine uneingeschränkt herrschende Rechtsauffassung, nach welcher weder eine Widerrufsmöglichkeit noch eine Belehrungspflicht nach dem Haustürwi-

derrufsgesetz bestand, nicht angenommen werden (anders – allerdings ohne jeden Nachweis – OLG Stuttgart WM 2007, 1121, 1122 f.; vgl. hierzu auch für Darlehensverträge aus dem Jahr 1994: OLG Karlsruhe WM 2007, 16, 19; aus dem Jahr 1997: OLG Celle NJW 2006, 1817, 1818; aus dem Jahr 1999: OLG München NJW 2006, 1811, 1815).

[23] Die Revision beanstandet ferner zu Recht die Begründung, mit der das Berufungsgericht angenommen hat, der Beklagte hätte sich im Falle einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung auch von dem **bereits abgeschlossenen Kaufvertrag** wieder lösen können.

[24] Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterteilung einer Widerrufsbelehrung mangels Kausalität zwischen unterlassener Belehrung und dem Schaden in Gestalt der Realisierung von Anlagerisiken ausgeschlossen ist, wenn der Verbraucher vor Abschluss des Darlehensvertrages bereits an den Kaufvertrag gebunden war und deshalb auch bei Belehrung über sein Recht zum Widerruf des Darlehensvertrages es nicht hätte vermeiden können, sich den mit der Kapitalanlage verbundenen Risiken auszusetzen (vgl. Senat BGHZ 168, 1, 18 f. Tz. 38; Senatsurteile vom 26. September 2006 – XI ZR 283/03, WM 2006, 2347, 2349 f. Tz. 24 und vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 374/04, BKR 2007, 152, 154 Tz. 25; jeweils m.w.Nachw.). ...

[33] Rechtsfehlerhaft ist schließlich auch die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei widerleglich zu vermuten, dass der Darlehensnehmer im Falle einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung den Darlehensvertrag auch tatsächlich widerrufen hätte. Vielmehr hätte das Berufungsgericht **konkrete Feststellungen zur Schadensursächlichkeit des Belehrungsverstoßes** treffen müssen.

[34] Wie der Senat – allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils – entschieden und im Einzelnen begründet hat, genügt es nicht, dass der Kapitalanleger bei ordnungsgemäßer Belehrung die Möglichkeit gehabt hätte, mit dem Widerruf des Darlehensvertrages auch Risiken des Anlagegeschäfts zu vermeiden. Vielmehr muss er konkret nachweisen, dass er den Darlehensvertrag bei ordnungsgemäßer Belehrung tatsächlich widerrufen hätte. Auf die so genannte Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens kann er sich nicht stützen (vgl. Senat BGHZ 169, 109, 121 f. Tz. 43; Senatsurteile vom 24. Oktober 2006 – XI ZR 265/03, Umdruck S. 14 Tz. 30, vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 401/03, Umdruck S. 13 f. Tz. 26, vom 17. April 2007 – XI ZR 130/05, NJOZ 2007, 3210, 3213 Tz. 20 und vom 6. November 2007 – XI ZR 322/03, WM 2008, 115, 121 Tz. 55). Dies gilt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auch dann, wenn der mit dem Darlehen finanzierte Kaufvertrag nicht wirksam zustande gekommen sein sollte. Ohne einen Widerruf war der Beklagte an den Darlehensvertrag gebunden und zu seiner Erfüllung verpflichtet, ohne der Klägerin die Unwirksamkeit des Kaufvertrages entgegenhalten zu können.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 62, 91 und 113.

II. Verbraucherkreditrecht

1. Persönlicher Anwendungsbereich

(1) BGH, 18.7.2006 – XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980 = ZIP 2006, 1622 = WM 2006, 1673

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[30] Der Darlehensvertrag ist nicht gemäß § 4 Abs. 1, § 6 Abs. 1 VerbrKrG unwirksam. Verbraucher im Sinne dieser Vorschriften kann zwar auch eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** sein (Senat BGHZ 149, 80, 83 ff.). Der Darlehensvertrag vom 1./2. Dezember 1992 fällt aber nicht in den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes, weil der Kredit für die gewerbliche Tätigkeit der GbR bestimmt war (§ 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG). ...

[37] Entgegen der Auffassung der Revision ist § 4 VerbrKrG, auch unter Berücksichtigung des § 18 Satz 2 VerbrKrG, auf die Haftung des Klägers [= Anleger] analog § 130 HGB nicht anwendbar. Einer unmittelbaren Anwendung steht entgegen, dass die Haftung des Klägers für die Verbindlichkeiten der GbR nicht durch vertragliche Übernahme, sondern kraft Gesetzes akzessorisch begründet worden ist. Eine entsprechende An-

wendung kommt angesichts des Regelungszwecks des § 4 VerbrKrG nicht in Betracht. Da der Darlehensvertrag von der gewerblich handelnden GbR, nicht aber von den lediglich akzessorisch haftenden Anlagegesellschaftern geschlossen worden ist, mussten diesen die für einen Konditionenvergleich erforderlichen Informationen nicht gegeben werden.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 103.

(2) BGH, 26.6.2007 – XI ZR 287/05, ZIP 2007, 1650 = WM 2007, 1648 = NJW-RR 2008, 66

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[22] Ein Nichtigkeitsgrund ergibt sich auch nicht aus § 4 Abs. 1, § 6 Abs. 1 VerbrKrG. Verbraucher im Sinne dieser Vorschriften kann zwar auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein (Senat BGHZ 149, 80, 83 ff.). Die Darlehensverträge fallen aber nicht in den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes, weil die **Kredite** gemäß § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG **für die gewerbliche Tätigkeit der GbR** bestimmt waren (Senatsurteil vom 18. Juli 2006 – XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, 1676).

[23] Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist eine Fonds-GbR rechtsfähig mit der Folge, dass sich die persönliche Haftung ihrer Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten aus den für die OHG und KG geltenden Vorschriften der §§ 128 ff. HGB ergibt (BGHZ 146, 341, 358; zuvor schon BGHZ 142, 315, 321). Für die Kläger gilt nichts anderes. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Kläger ihren Fondsbeitritt aus dem Jahre 1991 mit Schreiben vom 3. März 1999 nach dem Haustürwiderrufgesetz wirksam widerrufen haben. Auf diese Frage kommt es – worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat – nicht entscheidend an, weil die Rechtswirkungen des längst vollzogenen Beitritts nach den auf Publikumsgesellschaften der vorliegenden Art anwendbaren Regeln über die fehlerhafte Personengesellschaft (siehe dazu jüngst BGH, Beschluss vom 27. Juni 2006 – II ZR 218/04, WM 2006, 1523) allenfalls für die Zukunft beseitigt werden konnten.

[24] Die **persönliche Haftung** der Kläger für die Darlehensschuld der GbR ist auch nicht nach § 4 VerbrKrG ausgeschlossen. Selbst unter Berücksichtigung des § 18 VerbrKrG ist diese Vorschrift nicht anwendbar. Dem steht entgegen, dass die persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden nicht durch vertragliche Übernahme, sondern kraft Gesetzes begründet worden ist. Eine entsprechende Anwendung kommt angesichts des Normzwecks des § 4 VerbrKrG nicht in Betracht. Da die Darlehensverträge von der gewerblich handelnden GbR, nicht aber von den lediglich akzessorisch haftenden Gesellschaftern geschlossen worden sind, mussten ihnen die für einen Konditionenvergleich erforderlichen Informationen nicht erteilt werden (Senatsurteil vom 18. Juli 2006, aaO S. 1677).“

(3) BGH, 9.12.2008 – XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126 = ZIP 2009, 261 = WM 2009, 262

Darlehensgeber im Sinne des § 491 Abs. 1 BGB kann auch ein Unternehmer sein, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe bezieht. Notwendig ist nur, dass der Unternehmer bei Abschluss des Darlehensvertrages in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt, wobei auch eine erstmalige Darlehensvergabe gelegentlich der gewerblichen Tätigkeit ausreichend ist.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

(1) EuGH, 23.3.2000 – Rs. C-208/98, EuGHE I 2000, 1741 = NJW 2000, 1323 = ZIP 2000, 574 = WM 2000, 713

Ein Bürgschaftsvertrag, der zur Sicherung der Rückzahlung eines Kredits geschlossen wird, fällt auch dann nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, wenn weder der Bürge noch der Kreditnehmer im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit gehandelt haben.

(2) BGH, 5.6.1996 – VIII ZR 151/95, BGHZ 133, 71 = NJW 1996, 2156 = ZIP 1996, 1209 = WM 1996, 1258

1. Das Verbraucherkreditgesetz ist auf den Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag entsprechend anwendbar.
2. Die entsprechende Anwendung setzt nicht voraus, daß neben dem Beitretenden auch der Kreditnehmer Verbraucher ist.

(3) BGH, 21.4.1998 – IX ZR 258/97, BGHZ 138, 321 = NJW 1998, 1939 = ZIP 1998, 949 = WM 1998, 1120

Die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes gelten jedenfalls nicht für Bürgschaften, die Kredite sichern, welche für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt oder gemäß § 3 Abs 1 VerbrKrG vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind.

(4) BGH, 26.5.1999 – VIII ZR 141/98, BGHZ 142, 23 = NJW 1999, 2664 = ZIP 1999, 1169 = WM 1999, 1412

1. Das Verbraucherkreditgesetz ist auf die Übernahme eines Kreditvertrages durch einen Verbraucher jedenfalls dann entsprechend anwendbar, wenn die Vertragsübernahme im Wege einer dreiseitigen Vereinbarung zustande kommt (im Anschluß an BGHZ 129, 371).
2. Auf eine nach dem Inkrafttreten des Verbraucherkreditgesetzes vereinbarte Übernahme eines Finanzierungsleasingvertrages durch einen Verbraucher ist das Verbraucherkreditgesetz auch dann entsprechend anwendbar, wenn der übernommene Leasingvertrag vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossen worden ist und auch nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes fiel (Fortführung von BGHZ 129, 371).
3. Eine Vertragsübernahmevereinbarung genügt dem Schriftformerfordernis des VerbrKrG § 4 Abs. 1 S 1 nicht, wenn die schriftliche Übernahmeerklärung des Verbrauchers nicht den Inhalt des zu übernehmenden Vertrages wiedergibt.

3. Nichtigkeit wegen fehlenden Schriftform oder fehlender Angaben

a) Schriftform

BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 = WM 2008, 967 = NJW-RR 2008, 1436

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[37] ... Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Darlehensverträge seien auch dann mit den in der Vertragsurkunde niedergelegten Konditionen wirksam geschlossen worden, wenn die Beklagte [= Bank] das **Darlehensvertragsangebot** der Kläger [= Kreditnehmer] **verspätet angenommen** habe, ist ... fehlerhaft.

[38] Nach dem vom Berufungsgericht unterstellten Vortrag der Kläger lagen zwischen dem Antrag der Kläger und der Annahme der Beklagten rund acht Monate. Die Annahme war, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, verspätet (§ 147 Abs. 2 BGB) und ist als ein neuer Vertragsantrag zu werten (§ 150 Abs. 1 BGB). Ob die Kläger diesen, wie das Berufungsgericht gemeint hat, durch Schweigen angenommen haben, erscheint zweifelhaft, bedarf aber keiner Entscheidung. Jedenfalls liegt in der Erbringung der im Darlehensvertrag vorgesehenen Leistungsraten durch die Kläger ab Januar 1996 eine konkludente Annahme des Vertragsantrages der Beklagten.

[39] Das Berufungsgericht hat aber rechtsfehlerhaft übersehen, dass es bei einer verspäteten Annahmeerklärung der Beklagten an der nach § 4 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG erforderlichen schriftlichen Erklärung der Kläger fehlt und die **Darlehensverträge** daher nach § 6 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG **formnichtig** sind.

[40] Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG haben beide Willenserklärungen, die zum Abschlusstatbestand des Verbraucherdarlehensvertrages gehören, der gesetzlichen Schriftform zu entsprechen. Eine konkludente Annahmeerklärung entspricht dabei ebenso wenig wie die Annahme durch Schweigen der gesetzlichen Schrift-

form (vgl. OLG München ZIP 2005, 160, 162; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Bearb. 2004 § 492 Rdn. 8; Bülow/Artz, VerbrKrR 6. Aufl. § 492 BGB Rdn. 35).“

b) Tilgung in Teilbeträgen i.S.v. § 492 Abs. 1 Satz 5 Ziff. 2 BGB (§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b VerbrKrG)

(1) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = ZIP 2006, 940 = WM 2006, 1003

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[25] Der Darlehensvertrag über 31.290 DM enthält eine so genannte **unechte Abschnittsfinanzierung**, bei der – wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat – gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1b VerbrKrG eine **Pflicht zur Gesamtangabe aller vom Verbraucher zu erbringenden Leistungen** auf der Grundlage der bei Abschluss des Vertrages maßgeblichen Kreditbedingungen besteht (Senatsurteile vom 8. Juni 2004 – XI ZR 150/03, WM 2004, 1542, 1543 ff., vom 14. September 2004 – XI ZR 11/04, WM 2004, 2306, 2307 und vom 19. Oktober 2004 – XI ZR 337/03, WM 2004, 2436, 2437). Eine Tilgung in Teilbeträgen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1b VerbrKrG liegt aus der maßgeblichen Sicht des Kreditnehmers (BGHZ 149, 307, 308) auch bei endfälligen Krediten mit Tilgungsaussetzung vor, die bei Fälligkeit zumindest zum Teil mittels einer in der Zwischenzeit angesparten Kapitallebensversicherung abgelöst werden sollen.

[26] Das ist hier der Fall. Nach Ziffer 5.1 des Darlehensvertrags über 31.290 DM ist das Darlehen durch eine fällige Lebensversicherung spätestens am 1. April 2013 zurückzuzahlen. Die Lebensversicherung ist mit Nummer, Laufzeit und zu leistenden Beiträgen im Darlehensvertrag konkret angegeben. Aus der maßgeblichen Sicht des Klägers [= Kreditnehmer] konnte daher kein Zweifel daran bestehen, dass seine **für die Lebensversicherung zu erbringenden monatlichen Zahlungen wirtschaftlich entsprechenden Tilgungsleistungen** an die Beklagte [= Bank] **gleichstanden**.

[27] Die erforderliche Gesamtbetragsangabe fehlt, weil der Vertrag nur den für die Zeit der Zinsfestschreibung zu erbringenden Betrag und den danach noch bestehenden Restkredit, nicht aber die für die Gesamtlaufzeit des Vertrages zu erbringenden Zahlungen ausweist.

[28] Auch der Darlehensvertrag über 3.948 DM hatte gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1b Satz 1 VerbrKrG eine Gesamtbetragsangabe zu enthalten. Da der Zinssatz bis zur Fälligkeit des Darlehens festgeschrieben war, standen die vom Kläger zu erbringenden Zahlungen bei Abschluss des Kreditvertrages für die gesamte Laufzeit fest.

[29] Die erforderliche Gesamtbetragsangabe fehlt, weil es – anders als die Revisionserwiderung meint – **nicht ausreicht, dass die für die Zeit der Zinsfestschreibung zu erbringenden Zahlungen und der bei Ablauf der Zinsbindung bestehende Restkredit aufgeführt werden**. Der mit der Angabepflicht verfolgte Schutzzweck wird damit nicht erreicht, auch wenn sich der zu leistende Gesamtbetrag durch eine einfache Addition der beiden Beträge ermitteln lässt. Durch die Gesamtbetragsangabe soll dem Verbraucher nämlich nicht nur der für eine sachgerechte Kreditentscheidung erforderliche Marktvergleich ermöglicht, sondern ihm zugleich der Umfang seiner wirtschaftlichen Belastung in Form eines konkreten Geldbetrages vor Augen geführt werden (BR-Drucks. 445/91 S. 13; Erman/Saenger, BGB 11. Aufl. § 492 Rdn. 15; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004 § 492 Rdn. 38).“

Hinweis: Siehe auch BGH, 9.5.2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243 = ZIP 2006, 1238 = NJW-RR 2006, 1419 (dort Rdn. 26 ff.); dazu unten S. 43.

(2) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = ZIP 2006, 1084 = WM 2006, 1066

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[13] Zutreffend ist ... der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 149, 302, 306; Senatsurteile vom 8. Juni 2004 – XI ZR 150/03, WM 2004, 1542, 1543 f., vom 14. September 2004 – XI ZR 11/04, WM 2004, 2306, 2307 und vom 19. Oktober 2004 – XI ZR 337/03, WM 2004, 2436, 2437 f.) auch bei endfälligen Krediten mit Tilgungsaussetzung, die bei Fälligkeit mittels einer in der Zwischenzeit angesparten **Lebensversicherung** abgelöst werden sollen, eine Angabe des Gesamtbetrages erforderlich ist. Um einen solchen Kredit handelt es sich hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren die Kapitallebensversicherung und der Kreditvertrag derart miteinander verbunden, dass die im Jahr 2014 auszuzahlende Lebensversicherungssumme am in etwa zeitgleichen Ende der Kreditlaufzeit zur Resttilgung eingesetzt werden sollte. ...“

(3) BGH, 19.2.2008 – XI ZR 23/07, ZIP 2008, 826 = WM 2008, 681 = NJW-RR 2008, 1002

1. Zur Gesamtbetragsangabe bei dem als „Sicherheits-Kompakt-Rente“ bezeichneten Kapitalanlagemodell.
2. Ist bei einer unechten Abschnittsfinanzierung zur Tilgung endfälliger Darlehen eine Kapitallebensversicherung vorgesehen, die nicht in Raten, sondern durch einen kreditfinanzierten Einmalbetrag angespart wird, so liegt anders als bei wiederholten Prämienzahlungen auf eine (Tilgungs-)Kapitallebensversicherung keine Tilgung in Teilbeträgen vor. Die auf das zur Finanzierung der Einmalprämie aufgenommene Darlehen periodisch zu entrichtenden Zinsen sind keine Tilgungsleistungen. Auf sie kann § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchst. b Satz 2 VerbrKrG auch nicht entsprechend angewendet werden.

(4) BGH, 13.1.2009 – XI ZR 118/08, ZIP 2009, 362 = WM 2009, 350

Leitsätze oben S. 19.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[30] Das Berufungsgericht wird über die Hilfsanträge der Kläger auf Rückzahlung des Disagios und auf Neuberechnung der von ihnen auf den Darlehensvertrag geleisteten Teilzahlungen gemäß § 6 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG a.F. zu befinden haben. Der formularmäßige Darlehensvertrag weist lediglich den für die Zeit der Zinsfestschreibung berechneten Teilbetrag aus. Damit fehlt es nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats bei der hier vorliegenden sogenannten **unechten Abschnittsfinanzierung** an der erforderlichen **Gesamtbetragsangabe** gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b Satz 2 VerbrKrG a.F. (Senatsurteile BGHZ 159, 270, 274 ff. und vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1246 m.w.Nachw.). Aufgrund dessen schulden die Kläger der Beklagten statt des vereinbarten Vertragszinses für die gesamte Vertragslaufzeit, nicht nur für die Zinsfestschreibungsperiode, lediglich den gesetzlichen Zinssatz von 4% p.a. (Senatsurteil vom 14. September 2004 – XI ZR 11/04, WM 2004, 2306, 2309). § 6 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG a.F. gewährt ihnen ferner einen **Anspruch auf Neuberechnung** der Höhe der im Darlehensvertrag vereinbarten Teilzahlungen mit dem gesetzlichen Zinssatz (Senatsurteil vom 9. Mai 2006 aaO). Auf dieser Grundlage können sie ... die Beklagte auf **Rückzahlung überzahlter Zinsen** gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in Anspruch nehmen (Senatsurteile BGHZ 159, 270, 279 und vom 9. Mai 2006 aaO), soweit der Bereicherungsanspruch nicht etwa gemäß § 197 BGB a.F. verjährt ist. ...“

(5) BGH, 20.1.2009 – XI ZR 504/07, BGHZ 179, 260 = ZIP 2009, 507 = WM 2009, 506

Leitsätze unten S. 49.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[10] Zutreffend ... ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass im Kreditvertrag die gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1b Satz 2 VerbrKrG in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung (im Folgenden:

a.F.) erforderliche **Angabe des Gesamtbetrags** fehlt. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats ist auch in den Fällen, in denen – wie hier – eine **unechte Abschnittsfinanzierung** vereinbart wird, der Gesamtbetrag aller vom Verbraucher zu erbringenden Leistungen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1b Satz 2 VerbrKrG a.F. auf Grundlage der bei Abschluss des Vertrages maßgeblichen Bedingungen anzugeben (BGHZ 159, 270, 274 ff.; BGHZ 167, 252, 262, Tz. 25; Senatsurteile vom 14. September 2004 – XI ZR 11/04, WM 2004, 2306, 2307, vom 19. Oktober 2004 – XI ZR 337/03, WM 2004, 2436, 2437 und vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1245 f., Tz. 26). Diesen Anforderungen wird der zwischen den Parteien geschlossene Darlehensvertrag nicht gerecht, da jeweils nur die für die Zeit der Zinsfestschreibung zu erbringenden Beträge und die danach noch bestehende Restschuld, nicht aber die für die Gesamtlaufzeit des Vertrages zu erbringenden Zahlungen ausgewiesen werden (vgl. Senatsurteile BGHZ 167, 252, 263, Tz. 29 und vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1246, Tz. 28).“

c) Kosten einer Versicherung i.S.v. § 492 Abs. 1 Satz 5 Ziff. 6 BGB (§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f VerbrKrG)

BGH, 5.12.2006 – XI ZR 341/05, WM 2007, 440 = ZIP 2007, 414

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[21] Ebenfalls zutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Darlehensvertrag über 84.000 DM sei auch nicht gemäß §§ 6 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f) VerbrKrG nichtig, weil die **Kosten der Lebensversicherung** darin nicht angegeben seien. Nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f) VerbrKrG sind die Kosten einer Versicherung anzugeben, wenn sie im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird. Dies ist der Fall, wenn ein **zeitlicher und sachlicher Bezug zwischen dem Abschluss des Versicherungsvertrages und dem des Kreditvertrages** besteht (PWW/Kessal-Wulf § 492 BGB Rdn. 7). Daran fehlt es hier eindeutig. Die Lebensversicherung wurde bereits am 1. August 1992 und damit mehr als ein Jahr vor den Darlehensverträgen vom 10. Dezember 1993 abgeschlossen. Am 1. August 1992 fehlte nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts jede Absicht der Parteien, einen Darlehensvertrag abzuschließen. Außerdem sollte die Beteiligung an dem Fonds ausdrücklich durch die bereits bestehende Lebensversicherung finanziert werden. Ohne Erfolg beruft sich die Revision auf das Urteil des II. Zivilsenates vom 6. Dezember 2004 (II ZR 379/02, Umdruck S. 6/7). Auch nach dieser Entscheidung muss die vom Verbraucher zu unterzeichnende Erklärung nur dann die Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung angeben, wenn sie im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird. Abgesehen davon wäre ein Mangel des Darlehensvertrages entgegen der Ansicht der Revision durch die weisungsgemäße Auszahlung der Darlehensvaluta geheilt worden (§ 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 80, 101 und 119.

d) Angaben in Vollmachtsurkunde

BGH, 26.10.2004 – XI ZR 255/03, BGHZ 161, 15 = NJW 2005, 664 = WM 2005, 127

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Ebenso ergibt sich auch aus dem Verbraucherkreditgesetz kein Nichtigkeitsgrund. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats **muß die Vollmacht** zum Abschluß eines Kreditvertrages die **Pflichtangaben** nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG in der bis zum 31. Juli 2001 geltenden Fassung **nicht enthalten** (Senat BGHZ 147, 262, 266 ff.; zuletzt Senatsurteile vom 2. Dezember 2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 420 und vom 23. März 2004 – XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1223 m.w.Nachw.). Dies gilt – wie auch die Revision nicht in Abrede stellt – unabhängig davon, ob die Vollmacht von Anfang an wirksam ist oder ob sie nur gemäß §§ 171 ff. BGB als gültig zu behandeln ist. Ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 18 Satz 2 VerbrKrG ist der Beklagten nicht vorzuwerfen. Für die Auffassung der Revision, daß die

Treuhänderin bei wertender Betrachtungsweise nicht als Vertreterin des Klägers und seiner Ehefrau angesehen werden könne, fehlt aus den dargelegten Gründen bereits die notwendige Tatsachengrundlage.“

e) Rechtsfolgen fehlerhafter Angaben im Kreditvertrag

(1) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = ZIP 2006, 1084 = WM 2006, 1066

1. Nach § 6 Abs. 1 VerbrKrG ist ein Kreditvertrag nur dann nichtig, wenn die in § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1b VerbrKrG vorgeschriebene Gesamtbetragsangabe völlig fehlt, nicht jedoch, wenn sie falsch ist.

2. ...

3. + 4. siehe unten S. 65.

5. siehe unten S. 70.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Das Berufungsgericht hat ... verkannt, dass im Kreditvertrag eine **Gesamtbetragsangabe** enthalten ist, in der die Gesamtkosten mit 215.320,30 DM beziffert sind. Diese Angabe ist zwar **fehlerhaft**, weil sie die Kosten für die Kapitallebensversicherung nicht berücksichtigt. Nach § 6 Abs. 1 VerbrKrG ist ein Kreditvertrag jedoch nur dann nichtig, wenn die in § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1b Satz 2 VerbrKrG vorgeschriebene Angabe des Gesamtbetrags aller vom Verbraucher zur Tilgung des Kredits sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilleistungen völlig fehlen. Angesichts des eindeutigen und auf das Fehlen von Angaben abstellenden Wortlauts dieser Bestimmung entspricht es der vom Berufungsgericht übersehenen ganz herrschenden vom erkennenden Senat geteilten Meinung, dass **allein die Unrichtigkeit von Pflichtangaben nicht zur Nichtigkeit eines Kreditvertrages führt** (Senat, Urteile vom 14. Oktober 2003 – XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2330 und vom 2. Dezember 2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 420; Münch-KommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 494 Rdn. 12; Erman/Rebmann, BGB 10. Aufl. § 6 VerbrKrG Rdn. 10; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Bearb. 2004 § 494 Rdn. 9; v. Rottenburg, in: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG 2. Aufl. § 6 Rdn. 13; Bülow, Verbraucherkreditrecht 5. Aufl. § 494 BGB Rdn. 38, 39; Palandt/Putzo, BGB 65. Aufl. § 494 Rdn. 12).“

(2) BGH, 9.5.2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243 = ZIP 2006, 1238 = NJW-RR 2006, 1419

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

[28] Der formularmäßige **Darlehensvertrag weist lediglich den für die Zeit der Zinsfestschreibung berechneten Teilbetrag aus**. Darin liegt **nicht nur eine unrichtige Gesamtbetragsangabe**, die nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm keine Sanktion im Sinne des § 6 Abs. 1 und 2 VerbrKrG auslöst (siehe dazu Senatsurteile vom 14. Oktober 2003 – XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2330 und vom 18. November 2003 – XI ZR 322/01, WM 2004, 172, 176). Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Beklagte zwar den auf die Gesamtlaufzeit des Vertrages bezogenen Betrag angeben wollte, dieser aber z.B. wegen eines Additionsfehlers oder wegen irrтümlicher Nichtberücksichtigung einer wesentlichen Kostenposition falsch berechnet wurde. Bezieht sich der angegebene Betrag indes – wie hier – nur auf die festgelegte Vertragslaufzeit, so wird damit bewusst ausschließlich die entsprechende Teilbelastung des Darlehensnehmers und damit etwas anderes als der Gesamtbetrag angegeben. Dass der Darlehensvertrag zusätzlich die nach Ablauf der Zinsfestschreibung bestehende "Restschuld" angibt, rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Der mit der Angabepflicht verfolgte Schutzzweck wird damit nicht erreicht, auch wenn sich der zu leistende Gesamtbetrag durch die einfache Addition der beiden Beträge ermitteln lässt. Durch die Gesamtbetragsangabe soll dem Verbraucher nämlich nicht nur der für eine sachgerechte Kreditentscheidung erforderliche Marktvergleich ermöglicht, sondern ihm zugleich der Umfang seiner wirtschaftlichen Belastung in Form eines konkreten Geldbetrages vor Augen geführt werden (BR-

Drucks. 445/91 S. 13; Erman/Saenger, BGB 11. Aufl. § 492 Rdn. 15; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004 § 492 Rdn. 38).“

(3) BGH, 22.7.2008 – XI ZR 389/07, BGHZ 177, 345 = ZIP 2008, 1669 = WM 2008, 1679 = NJW 2008, 3208

Ein im Darlehensvertrag entgegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 lit. g VerbrKrG nicht angegebenes, vom Verbraucher aber gleichwohl bestelltes vollstreckbares Schuldversprechen, das eine bestehende Verbindlichkeit sichert, muss der Kreditgeber nicht zurückgewähren.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[12] ... Das Fehlen der nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 g VerbrKrG a.F. erforderlichen Angabe über eine zu bestellende Sicherheit lässt ... die Wirksamkeit des Kreditvertrags unberührt (Senat, BGHZ 149, 302, 305). Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 g VerbrKrG a.F. ist nach § 6 Abs. 2 Satz 6 VerbrKrG a.F. lediglich, dass die Beklagte [= Bank] die **nicht angegebene Sicherheit** – hier also die persönliche Haftungsübernahme nebst Vollstreckungsunterwerfung – vom Kläger [= Anleger] nicht fordern kann.

[13] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger kein Recht zu, das vollstreckbare Schuldversprechen (§ 780 BGB) zurückzufordern.

[14] Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, **regelt das Verbraucherkreditgesetz selbst einen Rückgewähranspruch des Kreditnehmers für gegebene Sicherheiten nicht.** ...

[15] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich ein Rückforderungsanspruch des Klägers **auch nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung** gemäß §§ 812 ff. BGB. ...

[17] Das Berufungsgericht ist jedoch mit einer in der Literatur vertretenen Auffassung der Meinung, der Verbraucher könne eine im Darlehensvertrag nicht genannte, aber gleichwohl bestellte Sicherheit – hier also die persönliche Haftungsübernahme für die Zahlung des Grundschuldbetrags nebst Zinsen und Nebenleistungen sowie Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung – nach §§ 812, 813 BGB zurückverlangen, da die Kreditgeberin die Sicherheit wegen § 6 Abs. 2 Satz 6 VerbrKrG a.F. rechtsgrundlos bzw. mit einer dauernden Einrede behaftet erhalten habe (so Bamberger/Roth/Möller, BGB 2. Aufl. § 494 Rdn. 13; Erman/Saenger, BGB 12. Aufl. § 494 Rdn. 17; MünchKomm-BGB/Schürnbrand 5. Aufl. § 494 Rdn. 34; Bülow in Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht 6. Aufl. § 494 BGB Rdn. 67; Ulmer in Ulmer/Habersack, VerbrKrG 2. Aufl. § 6 Rdn. 28; Langbein/Bauer/Breutel/Hofstetter/Krespach, Das Verbraucherkreditgesetz 3. Aufl. Rdn. 205b; Seibert, Handbuch zum Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozessordnung und anderer Gesetze, § 6 VerbrKrG Rdn. 8).

[18] Dem vermag sich der erkennende Senat, der die Frage bislang offengelassen hat (BGHZ 149, 302, 305), mit der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur (OLG Dresden, WM 2001, 1854, 1858 mit zust. Anm. Mues EWiR 2001, 887, 888 und Peters/Gröpper WuB I E 2. § 4 VerbrKrG – 1.02; OLG Hamm, Beschluss vom 15. Mai 2008 - I-5 W 39/08, Umdruck S. 3; Soergel/Häuser, BGB 12. Aufl. § 6 VerbrKrG Rdn. 22 f.; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB [2004] § 494 Rdn. 33; Peters in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 3. Aufl. § 81 Rdn. 229, 231, 392; Peters/Münscher, Verbraucherdarlehensrecht S. 113; Münstermann/Hannes, VerbrKrG Rdn. 306; v. Rottenburg in v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG 2. Aufl. § 6 Rdn. 41; Godefroid, Verbraucherkreditverträge 3. Aufl. Rdn. 260; Scholz, Verbraucherkreditverträge 2. Aufl. Rdn. 243; Drescher, Verbraucherkreditgesetz und Bankenpraxis Rdn. 171) jedenfalls für den hier im Streit stehenden Fall eines eine wirksame Verbindlichkeit sichernden abstrakten Schuldversprechens mit Vollstreckungsunterwerfungserklärung nicht anzuschließen. Ein im Darlehensvertrag nicht aufgeführtes vollstreckbares Schuldversprechen über den Grundschuldbetrag ist nicht nach §§ 812 ff. BGB kondizierbar, da es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts mit Rechtsgrund eine wirksame Darlehensverbindlichkeit sichert. ...

[21] Ein Rückgewähranspruch des Klägers scheidet hier nämlich jedenfalls schon deshalb aus, weil das abstrakte Schuldversprechen (§ 780 BGB) in Verbindung mit der Vollstreckungsunterwerfung seinerseits mit Rechtsgrund eine wirksame Verbindlichkeit aus dem Verbraucherkreditvertrag sichert. Personalsicherheiten wie das hier abgegebene **vollstreckbare Schuldversprechen tragen ihren Rechtsgrund in sich selbst** (Se-

natsurteile vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831, vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 19/05, WM 2007, 62, 64, Tz. 18 und vom 26. Juni 2007 – XI ZR 287/05, WM 2007, 1648, 1650, Tz. 26). Dies bedeutet, es besteht ein Behaltensgrund, solange die gesicherte Darlehensverbindlichkeit besteht. Ein nicht im Darlehensvertrag angegebenes vollstreckbares Schuldversprechen ist deshalb – wenn es wie hier eine bestehende Verbindlichkeit sichert – nicht kondizierbar (ebenso OLG Hamm, Beschluss vom 15. Mai 2008 – I-5 W 39/08, Umdruck S. 3; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Dezember 2007 – I-16 U 227/06, Umdruck S. 29; im Ergebnis ebenso: OLG Dresden WM 2001, 1854, 1858). ...

[24] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts vermögen auch Schutzzweckgesichtspunkte der §§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 g, 6 Abs. 2 Satz 6 VerbrKrG a.F. kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen.

[25] Das Verbraucherkreditgesetz enthält **kein Verbot der Stellung von nicht im Kreditvertrag angegebenen Sicherheiten** (vgl. Peters in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch aaO Rdn. 229; Drescher aaO Rdn. 171). Es sieht bei einer fehlenden Angabe von zu bestellenden Sicherheiten in § 6 Abs. 1 VerbrKrG – anders als bei anderen fehlenden Pflichtangaben – auch nicht die Nichtigkeit des Kreditvertrags vor (Peters in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch aaO Rdn. 391). Anders als das Berufungsgericht meint, laufen die §§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 g, 6 Abs. 2 Satz 6 VerbrKrG a.F. bei Verneinung eines Rückforderungsanspruchs des Kreditnehmers auch keineswegs „weitgehend ins Leere“. Vielmehr ist die kreditgebende Bank bei Nichtangabe von Sicherheiten im Kreditvertrag gehindert, im Nachhinein solche zu fordern. Insbesondere in Fällen, in denen die Sicherheit nicht wirksam bestellt worden war (vgl. hierzu Senatsurteil vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828 ff.), kann sie vom Verbraucher nicht verlangen, die Sicherheit noch einmal – nun wirksam – zu bestellen.“

f) Heilung der Nichtigkeit durch Auszahlung der Darlehensvaluta

(1) BGH, 6.12.2005 – XI ZR 139/05, BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 = ZIP 2006, 224 = WM 2006, 217

1. Das Fehlen einer formgültigen Annahmeerklärung führt als Fehler der Schriftform insgesamt zur Nichtigkeit der Kreditvereinbarung gemäß § 6 Abs. 1 Alt. 1 VerbrKrG.

2. Auch eine Verletzung des Schriftformerfordernisses insgesamt wird durch die Inanspruchnahme des Kredits nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG geheilt.

3. Eine Ermäßigung des Zinssatzes gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG tritt dann nicht ein, wenn eine formgültige, alle nach dem Verbraucherkreditgesetz erforderlichen Angaben enthaltende Vertragserklärung des Kreditnehmers vorliegt, durch die er im Sinne des Verbraucherkreditgesetzes auch ohne förmlichen Zugang der Annahmeerklärung des Kreditgebers hinreichend informiert und gewarnt ist.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[11] Die im Juli 2000 getroffene Vereinbarung unterliegt, auch wenn es sich dabei nicht, wie vom Berufungsgericht angenommen, um einen neuen eigenständigen Kreditvertrag, sondern um eine **Änderung der Konditionen des Altvertrages** bei fortbestehendem Kapitalnutzungsrecht des Klägers handelt, dem **Schriftformerfordernis**, da schon der Ursprungsvertrag dem Verbraucherkreditgesetz unterfiel (Möller/Wendehorst, in: Bamberger/Roth, BGB § 492 Rdn. 9; Soergel/Häuser, BGB 12. Aufl. § 4 VerbrKrG Rdn. 13; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004 § 492 Rdn. 20, 21; Ulmer, in: Ulmer/Habersack, VerbrKrG 2. Aufl. § 4 Rdn. 13).

[12] Die Änderungsvereinbarung genügt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, der Schriftform des § 4 Abs. 1 VerbrKrG nicht und ist deshalb gemäß § 6 Abs. 1 Alt. 1 VerbrKrG nichtig.

[13] Zwar haben sowohl der Kläger als auch die Beklagte durch Unterzeichnung desselben Vertragsformulars mit den erforderlichen Pflichtangaben ihre Vertragserklärung in der gebotenen Form gemäß § 4 Abs. 1 VerbrKrG abgegeben. Um wirksam zu werden, mussten diese Erklärungen aber jeweils auch dem anderen Vertragspartner in der vorgeschriebenen Form gemäß § 130 BGB zugehen (BGH, Urteil vom 30. Juli 1997 – VIII ZR 244/96, WM 1997, 2000, 2001 m.w.Nachw.; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 492 BGB

Rdn. 31). Das ist bei der Erklärung der Beklagten nicht der Fall; auch die von ihr behauptete **Übermittlung per Telefax** würde dem Formerfordernis nicht genügen (vgl. BGHZ 121, 224, 228 ff.; BGH, Urteil vom 30. Juli 1997 aaO; ...). ...

[15] Entgegen der Auffassung der Revision ist dieser **Mangel** aber durch Inanspruchnahme des Kredits gemäß § 6 Abs. 2 VerbrKrG **geheilt** worden, ohne dass sich der vertraglich vereinbarte Zinssatz ermäßigt hätte.

[16] Trotz der unklaren Formulierung des § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG tritt eine Heilung nach dieser Vorschrift ... nicht nur dann ein, wenn der Kredit wegen Fehlens der Pflichtangaben des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG nichtig ist, sondern auch in den Fällen, in denen – wie hier – eine **Verletzung der Schriftform insgesamt** vorliegt (...). ...

[18] Dass die Darlehensvaluta hier zum Zeitpunkt des neuen Vertragsabschlusses bereits ausgezahlt war, steht einer **Heilung durch** "Inanspruchnahme des Kredits" nicht entgegen. Die Inanspruchnahme liegt in diesem Fall in der **Fortsetzung der Darlehensnutzung** durch den Kläger. Die Heilung des Formmangels fällt insofern mit dem formwidrigen Vertragsschluss zusammen (vgl. Bülow, Verbraucher kreditrecht 5. Aufl. § 494 BGB Rdn. 50 und Ulmer, in: Ulmer/Habersack, VerbrKrG 2. Aufl. § 6 Rdn. 22 zur Prolongation; Drescher, Verbraucher kreditgesetz und Bankenpraxis S. 20 Rdn. 24). ...

[24] ... Eine generelle Anwendung des § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 6 VerbrKrG auf sämtliche Fälle der insgesamt fehlenden Schriftform ist vom Wortlaut und von Sinn und Zweck der Vorschrift nicht mehr gedeckt. ...

[28] Diese Differenzierung nach dem Schutzzweck des Schriftformerfordernisses und der **Relevanz des jeweiligen Formverstößes** ist auch in den Fällen der insgesamt fehlenden Schriftform vorzunehmen. Auch dort ist darauf abzustellen, ob der Verstoß gegen die Schriftform zu einer unzureichenden Information und Warnung des Verbrauchers entsprechend den in § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 6 VerbrKrG genannten Fällen geführt hat. Dies ist z.B. dann zu bejahen, **wenn die Erklärung des Verbrauchers nicht formgültig abgegeben wurde**, sei es, weil seine Erklärung nicht in einer einheitlichen Urkunde (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 1497), nur mündlich (vgl. LG Berlin WM 1999, 2156, 2158) oder ohne Unterschrift (Bülow, VerbrKrG 4. Aufl. § 6 Rdn. 36) erfolgt ist. Entgegen der Auffassung von Drescher (aaO, S. 105 Rdn. 155) kann es nicht ausreichen, dass die Parteien sich über die Pflichtangaben in irgendeiner Form geeinigt haben. Durch die bloße Einigung wird der Verbraucher nicht in der gebotenen Weise informiert und gewarnt. Die Rechtsfolgen seiner Erklärung werden ihm erst durch die Schriftlichkeit seiner Vertragserklärung deutlich vor Augen geführt. Umgekehrt besteht jedoch kein Anlass, die Sanktionsfolgen auch dann eintreten zu lassen, wenn der Formverstoß allein in der formungültig abgegebenen oder zugegangenen Erklärung des Kreditgebers liegt. In einem solchen Fall wird die gebotene Information und Warnung des Kreditnehmers – ebenso wie im Falle seines Verzichts auf den Zugang der Kreditgebererklärung – durch seine eigene formgültige Erklärung hinreichend gewährleistet.“

(2) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = ZIP 2006, 940 = WM 2006, 1003

1. siehe oben S. 28.

2. siehe unten S. 53.

3. + 4. siehe oben S. 28.

5. Ein wegen fehlender Gesamtbetragsangabe nichtiger Darlehensvertrag wird gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG in der Fassung vom 27. April 1993 gültig, wenn dem Kreditnehmer die Darlehensvaluta nicht direkt zugeflossen, sondern vertragsgemäß unmittelbar an einen Treuhänder zwecks Erwerbs eines Fondsanteils ausgezahlt worden ist. Das gilt auch dann, wenn Darlehensvertrag und Fondsbeitritt ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG in der Fassung vom 17. Dezember 1990 darstellen (Abweichung von BGH, 14. Juni 2004 – II ZR 393/02, BGHZ 159, 294 ff., BGH, Urteile vom 14. Juni 2004 – II ZR 407/02, WM 2004, 1536 ff. und vom 21. März 2005 – II ZR 411/02, WM 2005, 843 ff.).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[30] Trotz dieses Formmangels sind die **Darlehensverträge** aber nicht gemäß § 6 Abs. 1 VerbrKrG nichtig. Sie sind vielmehr gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG **gültig geworden**, weil der Kläger die Darlehen zweck-

bestimmt zum Erwerb des Fondsanteils im Sinne dieser Vorschrift empfangen hat. Dem steht nicht entgegen, dass ihm die Darlehensvaluta nicht unmittelbar zugeflossen, sondern vertragsgemäß unmittelbar an die Treuhänderin ausgezahlt worden ist. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Darlehensverträge und der Fondsbeitritt nach dem Vortrag des Klägers, der in der Revisionsinstanz zugrunde zu legen ist, ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG darstellen.

[31] Ein Empfang des Darlehens im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG ist ebenso wie im Fall des § 7 Abs. 3 VerbrKrG und des § 607 Abs. 1 BGB a.F. zu bejahen, wenn der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form endgültig zugeführt wurde (BGH, Urteil vom 7. März 1985 – III ZR 211/83, WM 1985, 653). Wird die **Darlehensvaluta auf Weisung des Darlehensnehmers an einen Dritten ausgezahlt**, so hat der Darlehensnehmer regelmäßig den Darlehensbetrag im Sinne des § 607 BGB empfangen, wenn der von ihm als Empfänger namhaft gemachte Dritte das Geld vom Darlehensgeber erhalten hat, es sei denn, der Dritte ist nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers, sondern sozusagen als verlängerter Arm des Darlehensgebers tätig geworden (BGHZ 152, 331, 337; BGH, Urteile vom 17. Januar 1985 – III ZR 135/83, WM 1985, 221, 223, insoweit in BGHZ 93, 264 nicht abgedruckt; vom 7. März 1985 – III ZR 211/83, WM 1985, 653, vom 25. April 1985 – III ZR 27/84, WM 1985, 993, 994 und vom 12. Juni 1997 – IX ZR 110/96, WM 1997, 1658, 1659). Dementsprechend gilt ein Darlehen auch dann als empfangen im Sinne des § 7 VerbrKrG, wenn der Kreditgeber es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat (§ 362 Abs. 2, § 185 BGB; Amtliche Begründung zum VerbrKrG BT-Drucks. 11/5462 S. 22; BGHZ 152, 331, 337 m.w.Nachw.; vgl. zum Empfang des Darlehens auch: EuGH WM 2005, 2079, 2085).

[32] Die **wirtschaftliche Verbundenheit der Geschäfte** bedeutet nicht, dass der Partner des finanzierten Geschäfts die Valuta in erster Linie im Interesse des Darlehensgebers und nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers und Anlegers erhalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 1985 – III ZR 211/83, WM 1985, 653 und Beschluss vom 22. September 1988 – III ZR 233/87, WM 1988, 1814). Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des II. Zivilsenats in seinen Urteilen vom 14. Juni 2004 (BGHZ 159, 294, 306 f. und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1540), vom 6. Dezember 2004 (II ZR 379/02, Umdruck S. 8 und II ZR 461/02, Umdruck S. 8 f.) und vom 21. März 2005 (II ZR 411/02, WM 2005, 843, 844). Ebenso wie das Oberlandesgericht Dresden (WM 2005, 1792, 1794 f.) und das Kammergericht (WM 2005, 2218, 2222 f.) kann auch der erkennende XI. Zivilsenat diesen Entscheidungen nicht folgen. ... “

Hinweis: Die gleiche Begründung findet sich auch in den Parallelentscheidungen BGH, 25.4.2006 – XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = ZIP 2006, 987 = WM 2006, 1008 (dort Rdn. 33 ff.); BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 = ZIP 2006, 1088 = WM 2006, 1060 (dort Rdn. 37 ff.); BGH, 25.4.2006 – XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = ZIP 2006, 1084 = WM 2006, 1066 (dort Rdn. 15 ff.); siehe auch das Urteil BGH, 9.5.2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243 = ZIP 2006, 1238 = NJW-RR 2006, 1419 (dort Rdn. 19 ff.).

(3) BGH, 18.12.2007 – XI ZR 76/06, ZIP 2008, 357 = WM 2008, 292

1. Zur Wirksamkeit eines Vergleichs betreffend HAT-Fonds 48.
2. Zur Heilung eines in einem Vergleich enthaltenen formnichtigen Kreditvertrages nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG durch Inanspruchnahme des Kredits seitens des Erwerbers eines Fondsanteils, wenn die an den Fonds geflossene Darlehensvaluta vereinbarungsgemäß dem Fonds belassen worden ist.
3. siehe oben S. 6.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[26] Einer **Heilung durch Inanspruchnahme des Darlehens** steht nicht entgegen, dass die Darlehensvaluta zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits an den Fonds ausgezahlt war. Die Inanspruchnahme liegt in diesem Fall in der **Fortsetzung der Darlehensnutzung durch den Fonds**. Eine Heilung wegen Fortsetzung der Darlehensnutzung hat der Senat zwar bislang nur für den Darlehensnehmer bejaht (vgl. BGHZ 165, 213, 218). Für den Fall des Empfangs eines Darlehens entspricht es gefestigter Rechtsprechung des Senats, dass ein Darlehensnehmer die Darlehensvaluta auch dann erhalten hat, wenn sie vereinbarungsgemäß an die

Fondsgesellschaft ausgezahlt worden ist (BGHZ 167, 223, 235, Tz. 33; 167, 239, 244 f., Tz. 16; 167, 252, 263 f., Tz. 31). Für den vorliegenden Fall der Inanspruchnahme durch Fortsetzung der Nutzung kann aber nichts anderes gelten. Denn nach dem Inhalt des Vergleichs sollte das Darlehen vereinbarungsgemäß dem Fonds belassen werden. Entgegen der Ansicht der Revision ist der vorliegende Fall nicht mit einem formnichtigen Schuldbeitritt vergleichbar, bei dem eine Heilung deswegen ausgeschlossen ist, weil der Mitverpflichtete keinen Anspruch auf Gewährung des Darlehens hat und lediglich für eine fremde Schuld haftet (vgl. BGHZ 134, 94, 98 f.; 155, 240, 248; 165, 43, 52 f.). Vorliegend haftet die Klägerin aber nicht für eine fremde Schuld, sondern sie ist selbst Darlehensnehmerin und wird gegenüber dem Fonds durch das Belassen der Darlehensvaluta von ihrer Einlageverpflichtung aus dem Fondsbeitritt befreit.

[27] Die Heilung erfolgt nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG **ohne Reduzierung der Zahlungspflicht** der Klägerin gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 VerbrKrG. Der von der Klägerin unter Berufung auf das Senatsurteil vom 9. Mai 2006 (XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1246, Tz. 31) geltend gemachte Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 c VerbrKrG wegen **Nichtangabe der Anzahl** der zu entrichtenden **Lebensversicherungsprämien** löst im Falle seiner Heilung keine spezifische Sanktion aus (Senatsurteil vom 19. Oktober 2004 – XI ZR 337/03, WM 2004, 2436, 2438). Auch der von der Klägerin geltend gemachte Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f VerbrKrG wegen **Nichtangabe der Kosten der Kapitallebensversicherung** löst, unabhängig von der Frage, ob noch ein zeitlicher und sachlicher Bezug zwischen dem Abschluss des Versicherungsvertrages und dem des Vergleichs bestand, sie also überhaupt anzugeben waren (dazu Senatsurteil vom 5. Dezember 2006 – XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 442, Tz. 21), keinen Erstattungs- oder Ermäßigungsanspruch aus (Senat BGHZ 162, 20, 29).

[28] Darüber hinaus hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, dass die Klägerin seit rund sechs Jahren vor Abschluss des Vergleichs die Prämien auf die Kapitallebensversicherung gezahlt hat und ihr sowohl deren Kosten und als auch ihr Einsatz zur Tilgung des Darlehens bei Abschluss des Vergleichs bekannt waren. Wenn das Berufungsgericht in Würdigung dieser Sachlage die Berufung der Klägerin auf das Fehlen entsprechender Pflichtangaben im Vergleich als **rechtsmissbräuchlich** (dazu BGHZ 142, 23, 34 f.; 144, 370, 385; 165, 43, 53 und Senatsurteil vom 19. Oktober 2004 – XI ZR 337/03, WM 2004, 2436, 2438; zweifelnd Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Bearb. 2004 § 494 Rdn. 10 a.E.) gewertet hat, ist das rechtlich nicht zu beanstanden.“

(4) BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 = WM 2008, 967 = NJW-RR 2008, 1436

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[41] Die **Formnichtigkeit** wäre allerdings nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG mit den Rechtsfolgen des § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 6 VerbrKrG **geheilt**, wenn die Kläger [= Anleger] die Darlehensvaluta erhalten haben. Nach dem in der Revisionsinstanz zu unterstellenden – streitigen – Vortrag der Kläger ist die Darlehensvaluta von der Beklagten auf Anweisung der I. [= von den Klägern umfassend bevollmächtigte Vertriebsgesellschaft] direkt auf ein Notaranderkonto des beurkundenden Notars geflossen. Diese **Anweisung** ist den Klägern **nur zuzurechnen, wenn** die umfassende **Vollmacht** der I. **wirksam** ist, weil sie über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügte, oder aber – bei Nichtigkeit der Vollmacht – gegenüber der Beklagten gemäß §§ 171 ff. BGB als wirksam zu behandeln ist, weil der Beklagten bei der Ausführung der Überweisung eine Ausfertigung der notariellen Vollmacht vorlag (vgl. Nobbe WM 2007 Sonderbeilage Nr. 1 S. 4 ff. m.w.Nachw.). Feststellungen fehlen auch hierzu.“

(5) BGH, 17.6.2008 – XI ZR 112/07, BGHZ 177, 108 = ZIP 2008, 1317 = WM 2008, 1356

Leitsatz unten S. 122.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[12] Ein Darlehensnehmer hat zwar nach dem Widerruf (§ 1 HWiG, § 7 VerbrKrG) eines Darlehensvertrages, der mit dem Erwerb einer Immobilienfondsbeteiligung ein **verbundenes Geschäft** bildet, nicht die an den Fonds ausgezahlte **Darlehensvaluta zu erstatten** (Senat BGHZ 133, 254, 259 f.; 152, 331, 337; 167,

252, 256 Tz. 12), sondern lediglich seine Fondsbeteiligung an die Darlehensgeberin abzutreten (Nobbe WM 2007 Sonderbeilage 1, S. 18). Dadurch wird dem Schutzzweck der Widerrufsregelung Rechnung getragen, dem Darlehensnehmer innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist frei und ohne Furcht vor finanziellen Nachteilen die Entscheidung zu ermöglichen, ob er an seiner Verpflichtungserklärung festhalten will (Senat BGHZ 133, 254, 260; 167, 252, 256 Tz. 12). Dies gilt jedoch nicht bei Unwirksamkeit eines Darlehensvertrages gemäß § 6 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG, weil diese Vorschriften nicht nach dem Verbundcharakter des Geschäftes differenzieren und die Unwirksamkeit kraft Gesetzes eintritt, also nicht von einer Entscheidung des Darlehensnehmers über die Ausübung eines Widerrufsrechts abhängt (Senat BGHZ 167, 252, 264 ff. Tz. 32 ff.). Die frühere **Rechtsprechung des II. Zivilsenats**, der den Darlehensnehmer auch in diesem Fall nur zur Abtretung der Fondsbeteiligung als verpflichtet ansah, weil er nicht um die Darlehensvaluta, sondern nur um die Fondsbeteiligung bereichert sei (BGHZ 159, 294, 309 ff.), ist **aufgegeben** worden (Senat BGHZ 167, 223, 236 ff. Tz. 37 ff., 41).“

g) Neuberechnung der Teilzahlungen bei gemindertem Zins

(1) BGH, 9.5.2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243 = ZIP 2006, 1238 = NJW-RR 2006, 1419

1. siehe oben S. 4.

2. § 6 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG gewährt dem Darlehensnehmer keinen Anspruch auf Neuberechnung der geleisteten Teilzahlungen unter Aufschlüsselung der jeweiligen Zins- und Tilgungsanteile, sondern verpflichtet die Bank nur zur Neuberechnung der Höhe der Teilzahlungen unter Berücksichtigung der auf 4% p.a. herabgeminderten Zinsen.

(2) BGH, 20.1.2009 – XI ZR 504/07, BGHZ 179, 260 = ZIP 2009, 507 = WM 2009, 506

1. Die im Darlehensvertrag entgegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchst. b VerbrKrG fehlende Gesamtbetragsangabe hat bei vereinbarungsgemäßer Auszahlung der Darlehensvaluta zur Folge, dass der Darlehensnehmer die Neuberechnung der monatlichen Leistungsraten unter Berücksichtigung der auf den gesetzlichen Zinssatz verminderten Zinsen und gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB die Rückzahlung überzahlter Zinsen verlangen kann.

2. Ein Wahlrecht des Verbrauchers, statt dessen die den gesetzlichen Zinssatz übersteigenden, in den vereinbarten Ratenzahlungen enthaltenen Zinsen zur Tilgung des Darlehensrückzahlungsanspruchs zu verrechnen, besteht nicht (Abgrenzung zu BGH, 23. Oktober 1990, XI ZR 313/89, BGHZ 112, 352).

(3) BGH, 20.1.2009 – XI ZR 487/07, ZIP 2009, 559

Leitsätze der ZIP-Redaktion:

1. Der Neuberechnungs- und ein etwaiger Bereicherungsanspruch stehen selbständig nebeneinander und gewähren unterschiedliche Rechte. Der Neuberechnungsanspruch unterliegt daher unabhängig von etwaigen Rückforderungsansprüchen des Kreditnehmers einer eigenständigen Verjährung.

2. Der Anspruch auf Neuberechnung ist als (Dauer-)Nebenpflicht des Kreditgebers konzipiert worden, die bis zur Beendigung des Dauerschuldverhältnisses besteht. Daraus folgt, dass die Verjährung dieses Anspruchs nicht vor Beendigung des Darlehensverhältnisses zu laufen beginnt.

3. siehe unten S. 106.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[24] Das Berufungsgericht ist zu Recht ... davon ausgegangen, dass der wegen fehlender Gesamtbetragsangabe nichtige **Darlehensvertrag** (§ 6 Abs. 1 VerbrKrG) **durch Auszahlung** der Valuta an die Treuhänderin **gültig geworden** ist (§ 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG).

[25] Die Heilung des Formmangels hat nach § 6 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG zur Folge, dass sich der vertraglich vereinbarte Zinssatz auf den gesetzlichen Zinssatz von 4 % ermäßigt. Die Kläger können daher nach § 6

Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG unter Berücksichtigung der verminderten Zinsen eine Neuberechnung der monatlichen Leistungsraten verlangen. Darüber hinaus haben sie einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung überzahlter Zinsen (BGHZ 149, 80, 89; 149, 302, 310) und können bis zur Neuberechnung die Zahlung weiterer Raten nach § 273 Abs. 1 BGB verweigern (BGHZ 149, 302, 311).

...

[28] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stehen der **Neuberechnungs- und ein etwaiger Bereicherungsanspruch selbständig nebeneinander** und gewähren unterschiedliche Rechte (BGHZ 149, 302, 310 f.). Der Anspruch auf Neuberechnung ist nicht lediglich ein Hilfsanspruch zum Bereicherungsanspruch. Er dient entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht dazu, dem Kunden die Errechnung etwaiger Bereicherungsansprüche zu ermöglichen (Senatsurteile vom 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, WM 2006, 1243, 1246 f., Tz. 32 und XI ZR 114/05, BKR 2006, 405, 408, Tz. 32). Auch in zeitlicher Hinsicht sind der Bereicherungs- und der Neuberechnungsanspruch nicht kongruent. Während der Bereicherungsanspruch lediglich in der Vergangenheit liegende Überzahlungen erfasst (BGHZ 149, 80, 89), besteht der Anspruch auf Neuberechnung darüber hinaus für die gesamte vereinbarte Vertragslaufzeit, unabhängig davon, ob Teilzahlungen erfolgt sind. Er entsteht bereits mit Heilung des formnichtigen Darlehensvertrages, bevor der Kreditnehmer eine Teilleistung erbracht hat und gibt auch einen Anspruch auf Berechnung der zukünftig fällig werdenden Teilleistungen. Aus dieser Selbständigkeit des Neuberechnungsanspruchs folgt, dass er unabhängig von etwaigen Rückforderungsansprüchen des Kreditnehmers einer eigenständigen Verjährung unterliegt. ...

[32] ... Der Anspruch auf Neuberechnung entsteht bereits kraft Gesetzes ab Heilung des formnichtigen Vertrages nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG (Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht 6. Aufl. § 494 Rdn. 63). ...

[33] ... Das Kreditverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis, durch das der Kreditnehmer bis zu seiner Beendigung zur Erbringung von Teilzahlungen verpflichtet ist. Der Neuberechnungsanspruch soll dem Kreditnehmer für die gesamte Vertragslaufzeit die notwendige Kenntnis von der Art und Weise seiner Rückzahlungspflicht vermitteln (§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1c VerbrKrG). Der **Neuberechnungsanspruch** ist danach vom Gesetzgeber als **(Dauer-)Nebenpflicht des Kreditgebers** konzipiert worden, die bis zur Beendigung des Dauerschuldverhältnisses besteht. Diese Konzeption würde konterkariert, wenn der Anspruch vor Beendigung des Kreditverhältnisses wegen Verjährung nicht mehr durchsetzbar wäre. Daher **beginnt die Verjährung** des Neuberechnungsanspruchs **nicht vor Beendigung des Darlehensverhältnisses** zu laufen (vgl. ähnlich zum Verhältnis von Haupt- und Hilfsansprüchen Staudinger/Peters, BGB Neubearb. 2004 § 195 Rdn. 26).“

4. Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung

BGH v. 10.3.2009 – XI ZR 33/08, ZIP 2009, 952 = WM 2009, 932 (für BGHZ vorgesehen)

1. Eine einem Verbraucher erteilte Widerrufsbelehrung, die von einem unbefangenen rechtsunkundigen Leser dahin verstanden werden kann, die Widerrufsfrist werde unabhängig von der Vertragserklärung des Verbrauchers bereits durch den bloßen Zugang des von einer Widerrufsbelehrung begleiteten Vertragsangebots des Vertragspartners in Gang gesetzt, entspricht nicht dem Deutlichkeitsgebot des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB.

2. siehe unten S. 62.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] ... Der mit dem Widerrufsrecht bezweckte Schutz des Verbrauchers erfordert eine umfassende, unmissverständliche und für den Verbraucher eindeutige Belehrung. Der Verbraucher soll dadurch nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben. Er ist deshalb gemäß § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB auch **über den Beginn der Widerrufsfrist eindeutig zu informieren** (Senatsurteil vom 13. Januar 2009 – XI ZR 118/08, WM 2009, 350, 351, Tz. 14; BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 – I ZR 55/00, WM 2002, 1989, 1991).

[15] Deren Lauf hängt bei einem Vertrag, der wie der streitgegenständliche Verbraucherdarlehensvertrag schriftlich abzuschließen ist (§ 492 BGB), davon ab, dass dem Verbraucher über die Widerrufsbelehrung

hinaus (§ 355 Abs. 2 Satz 1 BGB) auch eine **Vertragsurkunde** oder sein eigener schriftlicher Antrag im Original bzw. in Abschrift **zur Verfügung gestellt** wird (§ 355 Abs. 2 Satz 3 BGB). Der Widerrufsbelehrung muss bei Schriftform des Vertrags also eindeutig zu entnehmen sein, dass der Lauf der Widerrufsfrist zusätzlich zu dem Empfang der Widerrufsbelehrung voraussetzt, dass der Verbraucher im Besitz einer seine eigene Vertragserklärung enthaltenden Urkunde ist. § 355 Abs. 2 Satz 3 BGB trägt insofern dem mit der Belehrung verfolgten Ziel Rechnung, dem Verbraucher sein Widerrufsrecht klar und deutlich vor Augen zu führen. Nur wenn der Verbraucher eine Vertragserklärung bereits abgegeben hat oder zumindest zeitgleich mit der Belehrung abgibt, wenn sich also die Belehrung auf eine konkrete **Vertragserklärung des Verbrauchers** bezieht, kann er die ihm eingeräumte Überlegungsfrist sachgerecht wahrnehmen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 – I ZR 55/00, WM 2002, 1989, 1992; vgl. auch zu § 7 VerbrKrG Senatsurteil vom 13. Januar 2009 – XI ZR 118/08, WM 2009, 350, 351, Tz. 18).

[16] Diesen Anforderungen genügt die von der Beklagten verwendete Widerrufsbelehrung nicht. Sie belehrt den Verbraucher über den nach § 355 Abs. 2 BGB maßgeblichen Beginn der Widerrufsfrist nicht richtig, weil sie ... das **unrichtige Verständnis** nahe legt, **die Widerrufsfrist beginne bereits einen Tag nach Zugang des mit der Widerrufsbelehrung versehenen Darlehensangebots** der Beklagten zu laufen. Durch die Formulierung der in dem von der Beklagten übersandten Vertragsangebot enthaltenen Belehrung, die Widerrufsfrist beginne „einen Tag“ nach Mitteilung „dieser“ Belehrung und Zurverfügungstellung einer Vertragsurkunde, entsteht aus der Sicht eines unbefangenen durchschnittlichen Kunden, auf den abzustellen ist (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 2009 – XI ZR 118/08, WM 2009, 350, 351, Tz. 16; BGH, Urteil vom 18. April 2005 – II ZR 224/04, WM 2005, 1166, 1168), der Eindruck, diese Voraussetzungen seien bereits mit der Übermittlung des die Widerrufsbelehrung enthaltenden Vertragsantrags der Beklagten erfüllt und die Widerrufsfrist beginne ohne Rücksicht auf eine Vertragserklärung des Verbrauchers bereits am Tag nach Zugang des Angebots der Beklagten zu laufen. Dies gilt umso mehr, als das Angebot der Beklagten mit "Darlehensvertrag" überschrieben ist, so dass für den unbefangenen Leser der Eindruck entsteht, es handele sich bei dieser Urkunde unabhängig von der Annahmeerklärung des Klägers um die in der Widerrufsbelehrung genannte Vertragsurkunde, die dem Kläger zur Verfügung gestellt wurde. ...

[18] Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist in der Rechtsprechung bereits geklärt, dass ein **Kenntnisnahmevermerk**, wie ihn der Kläger hier unterschrieben hat, **der Ordnungsmäßigkeit der Widerrufsbelehrung nicht entgegen steht**. Richtig ist zwar, dass die Widerrufsbelehrung nach § 355 BGB grundsätzlich keine anderen Erklärungen enthalten darf, um die vom Gesetz bezweckte Verdeutlichung des Rechts zum Widerruf nicht zu beeinträchtigen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 – I ZR 55/00, WM 2002, 1989, 1991). Zulässig sind diesem Zweck entsprechend allerdings Ergänzungen, die keinen eigenen Inhalt aufweisen und den Inhalt der Widerrufsbelehrung verdeutlichen (Senatsurteile vom 11. März 2008 – XI ZR 317/06, WM 2008, 828, 829, Tz. 13 und vom 13. Januar 2009 – XI ZR 118/08, WM 2009, 350, 351, Tz. 14, jeweils m.w.N.; BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 – I ZR 55/00, aaO). Hierzu gehört auch der Zusatz, der Verbraucher habe von der Widerrufsbelehrung Kenntnis genommen. Ihm kommt kein weiterer Erklärungsinhalt zu, als dass der Darlehensnehmer auf die Widerrufsbelehrung – neben dem eigentlichen Vertragsinhalt – gesondert hingewiesen worden ist und um sein Widerrufsrecht weiß (vgl. Senatsurteile vom 13. Januar 2009 – XI ZR 508/07 und XI ZR 509/07, jeweils Umdruck S. 14, Tz. 25). Die vom Kläger erbetene **Unterschrift** sieht das neue Widerrufsrecht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Belehrung zwar nicht mehr vor. Sie ist jedoch auch weiter **unbedenklich und aus Beweisgründen empfehlenswert** (Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 355 Rn. 15; Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2004, § 355 Rn. 51).

[19] Durch den wirksamen Widerruf hat sich der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag gemäß § 357 Abs. 1, § 346 BGB ex nunc in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt.

[20] Die Beklagte schuldet dem Kläger danach die Rückgewähr der von ihm aus seinem Vermögen erbrachten Zins- und Tilgungsraten (vgl. Senat, BGHZ 172, 147, 153, Tz. 22). ...

[21] Zutreffend ist ..., dass sich der Darlehensnehmer nach einem Widerruf seiner auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung die an ihn oder an die Bank direkt geflossenen **Fonds ausschüttungen** nach den Regeln des **Vorteilsausgleichs** anrechnen lassen muss, da er andernfalls besser stünde, als er ohne die Beteiligung an dem Fonds gestanden hätte (Senat, BGHZ 172, 147, 153, Tz. 22; 167, 252, 267 f., Tz. 41).“

5. Verbundene Geschäfte i.S.v. § 358 BGB (§ 9 VerbrKrG)

a) Vertrag über eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache

(1) BGH, 21.7.2003 – II ZR 387/02, BGHZ 156, 46 = NJW 2003, 2821 = WM 2003, 1762

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts findet § 9 Abs. 3 VerbrKrG auf **durch Kredit finanzierte Beteiligungen an einer Anlagegesellschaft** Anwendung. ...

Die Vorschriften des § 9 Abs. 1 - 3 VerbrKrG gelten nach § 9 Abs. 4 dieses Gesetzes entsprechend für Kredite, die zur Finanzierung des Entgelts für eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache gewährt werden. Bei dem Erwerb einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft handelt es sich um ein **Geschäft über eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache**. Das ergibt sich aus dem Zweck der Regelungen des § 9 VerbrKrG, den Verbraucher davor zu schützen, einen Kredit auch dann in voller Höhe zurückzahlen zu müssen, wenn der Vertragspartner des finanzierten Geschäfts seine Leistungen nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt. Diesem Zweck wird die vom Berufungsgericht angenommene Begrenzung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Fälle, die dem Grundmodell des kaufrechtlichen Leistungsaustausches entsprechen, nicht gerecht.“

(2) BGH, 14.6.2004 – II ZR 395/01, BGHZ 159, 280 = NJW 2004, 2731 = WM 2004, 1521

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 21. Juli 2003 (II ZR 387/02, NJW 2003, 2821, 2822 = ZIP 2003, 1592, 1593 f.; ebenso Urteile vom heutigen Tage in den Parallelsachen II ZR 374/02 und 393/02 sowie BGH, Urt. v. 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2233 f.) entschieden hat, finden auf einen Kredit zur Finanzierung einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft gemäß § 9 Abs. 4 VerbrKrG die Vorschriften des § 9 Abs. 1-3 VerbrKrG Anwendung. Zwar ist ein Vertrag über den Beitritt zu einer Gesellschaft kein auf eine entgeltliche Leistung gerichtetes Geschäft. Anders als der Beitritt zu einem Verein oder einer Genossenschaft (dazu Sen.Urt. v. 20. Januar 1997 – II ZR 105/96, NJW 1997, 1069, 1070) ist der **Beitritt zu einer Anlagegesellschaft** aber aufgrund des wirtschaftlichen Zwecks und der Schutzbedürftigkeit des Anlegers **einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung gleichzustellen** (im Ergebnis ebenso Kessal-Wulf in Staudinger, BGB Neubearb. 2001, VerbrKrG § 9 Rdn. 45 und für das gleiche Tatbestandsmerkmal in § 1 Abs. 1 HWiG BGHZ 133, 254, 261 f.; 148, 201, 203). Dem Anleger geht es nicht in erster Linie darum, Mitglied des Verbandes zu werden. Für ihn stehen vielmehr die mit der Mitgliedschaft verbundenen Steuervorteile und Gewinne – quasi als Gegenleistung zu der Einlagezahlung – im Vordergrund. Er ist daher ebenso wie der an einem entgeltlichen Vertrag beteiligte Verbraucher davor zu schützen, daß er den Kredit auch dann in voller Höhe zurückzahlen muß, wenn Störungen im Rahmen des finanzierten Geschäfts auftreten.“

b) Wirtschaftliche Einheit

(1) BGH, 9.4.2002 – XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248 = NJW 2002, 1881 = WM 2002, 1181

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Nach ständiger langjähriger Rechtsprechung mehrerer Senate des Bundesgerichtshofs sind der **Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen** (BGH, Urteile vom 18. September 1970 – V ZR 174/67, WM 1970, 1362, 1363; vom 12. Juli 1979 – III ZR 18/78, WM 1979, 1054; vom 13. November 1980 – III ZR 96/79, WM 1980, 1446, 1447 f.; vom 9. Oktober 1986 – III ZR 127/85, WM 1986, 1561, 1562; vom 31. März 1992 – XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 905 und vom 19. Mai 2000 – V ZR 322/98, WM 2000, 1287, 1288). Denn

bei einem Immobilienkauf weiß auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie, daß Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind. Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt hat, daß die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden.“

(2) BGH, 21.7.2003 – II ZR 387/02, BGHZ 156, 46 = NJW 2003, 2821 = WM 2003, 1762

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Der Vertrag des Beklagten [= Kreditnehmer und Anleger] über den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung bildet nach § 9 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG ein mit dem Kreditvertrag der Parteien verbundenes Geschäft, da der Kredit der Finanzierung der Gesellschaftseinlage des Beklagten diene und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind.

Die wirtschaftliche Einheit wird nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG unwiderleglich vermutet, wenn sich der Kreditgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluß des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers bedient, was im Falle des Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds der Mitwirkung der Fondsgesellschaft entspricht. Von einer **Mitwirkung der Fondsgesellschaft** ist auszugehen, wenn der Kreditvertrag nicht auf Grund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, der von sich aus eine Bank um die Finanzierung seines Gesellschaftsbeitritts ersucht, sondern deshalb, weil der Vertriebsbeauftragte des Fondsvertreibers dem Interessenten zugleich mit den Beitrittsunterlagen einen **Kreditantrag** des Finanzierungsinstituts **vorgelegt** hat, das sich zuvor dem Fondsvertreiber gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte. Der Beklagte hat den Kredit, wie dies nach dem Anlagekonzept der Initiatorin der Fondsgesellschaft vorgesehen war, durch Unterzeichnung eines ihm vom Vermittler der Fondsbeteiligung vorgelegten Antragsformulars der Klägerin beantragt.“

(3) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = ZIP 2006, 940 = WM 2006, 1003

1. siehe oben S. 28.

2. Eine wirtschaftliche Einheit im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG in der Fassung vom 17. Dezember 1990 wird unwiderleglich vermutet, wenn der Kreditvertrag nicht aufgrund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, der von sich aus die Bank um Finanzierung seines Anlagegeschäfts ersucht, sondern deshalb, weil der Vertriebsbeauftragte des Anlagevertreibers dem Interessenten zugleich mit den Anlageunterlagen einen Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt hat, das sich zuvor dem Anlagevertreiber gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte (Bestätigung von BGH, 21. Juli 2003 – II ZR 387/02, BGHZ 156, 46 ff. und Senatsurteil vom 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232 f.).

3. + 4. siehe oben S. 28.

5. siehe oben S. 46.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Nach [der] Rechtsprechung ... wird eine wirtschaftliche Einheit im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG unwiderleglich vermutet, wenn der Kreditvertrag nicht aufgrund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, der von sich aus die Bank um Finanzierung seines Anlagegeschäfts ersucht, sondern deshalb, weil der Vertriebsbeauftragte des Anlagevertreibers dem Interessenten zugleich mit den Anlageunterlagen einen **Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt** hat, das sich zuvor dem Anlagevertreiber gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte (BGHZ 156, 46, 51; Senat, Urteil vom 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2234).

[15] Das war nach dem Tatsachenvortrag des Klägers hier der Fall. Danach sollen zwischen der Beklagten [= Bank] und der W. GmbH [= Fondsinitiatorin] ständige Geschäftsbeziehungen bestanden haben, im Rahmen derer die Beklagte vorab eine allgemeine Finanzierungszusage gegeben, mit der W. GmbH die Darlehensbedingungen ausgehandelt und sich mit deren Vertriebssystem einverstanden erklärt haben soll. Außerdem soll sie es der W. GmbH bzw. dem Vertrieb überlassen haben, gemeinsam mit der Gesellschaftsbeteili-

gung auch den Darlehensvertrag anzubahnen und dessen Abschluss bis zur Unterschriftsreife vorzubereiten, ohne selbst mit den Darlehensnehmern in Kontakt zu treten. Auch im Fall des Klägers soll die Vermittlerin bereits zusammen mit der Fondsbeteiligung die als gesichert dargestellte Finanzierung durch die Beklagte angeboten und im Folgenden die Vorbereitung des Vertragsabschlusses bis zur Unterschrift des Klägers übernommen haben, ohne dass die Beklagte mit ihm jemals persönlich in Kontakt getreten ist. Da dieser Vortrag von der Beklagten in wesentlichen Punkten, insbesondere was eine Finanzierungsabsprache mit der W. GmbH und die Überlassung von Darlehensvertragsformularen angeht, bestritten worden ist und das Berufungsgericht dem unter Beweis gestellten Vorbringen des Klägers nicht nachgegangen ist, ist das Berufungsurteil fehlerhaft.“

(4) BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 = ZIP 2007, 1452 = WM 2007, 1456

1. Voraussetzung für eine unwiderlegliche Vermutung für eine wirtschaftliche Einheit von Kreditvertrag und finanziertem Geschäft im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG ist, dass der kreditgebenden Bank das Zusammenwirken des für sie tätigen Vermittlers mit dem Verkäufer positiv bekannt ist.
2. siehe unten S. 60.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[19] Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG wird die wirtschaftliche Einheit zwischen dem Kreditvertrag und dem finanzierten Geschäft unwiderleglich vermutet, wenn der Kreditgeber sich bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers oder des von diesem eingeschalteten Vermittlers bedient. Von einer solchen Mitwirkung ist auszugehen, wenn der Kreditvertrag nicht auf Grund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, sondern weil der Vertriebsbeauftragte des Verkäufers dem Interessenten **zugleich mit dem Kaufvertrag einen Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt** hat, das sich dem Verkäufer gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hat (BGHZ 156, 46, 51; Senat BGHZ 167, 252, 257, Tz. 14 und Urteile vom 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2234 sowie vom 13. Juni 2006 – XI ZR 432/04, WM 2006, 1669, 1672, Tz. 25). Fehlt es – wie hier – an einer solchen Finanzierungszusage, so kann sich auch aus Indizien ergeben, dass die Bank zumindest faktisch planmäßig und arbeitsteilig, nicht notwendig auf Dauer angelegt, mit dem Verkäufer oder dem in seinem Auftrag tätigen Vermittler bei der Vorbereitung des Kreditvertrages zusammengewirkt hat (BGH, Urteil vom 28. Juni 2004 – II ZR 373/00, WM 2004, 1675, 1676). Ein wesentliches Indiz für ein **planmäßiges und konzeptionsmäßiges Zusammenwirken** (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12. Dezember 2005 – II ZR 327/04, WM 2006, 220, 222) **der Bank mit dem Veräußerer** kann etwa sein, wenn die Bank dem vom Veräußerer eingeschalteten Vermittlungsunternehmen ihre hauseigenen Vertragsformulare überlässt und sich dadurch in die Vertriebsorganisation eingliedert (BGHZ 159, 280, 289 und 159, 294, 301). Das ist hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts geschehen. Die Klägerin hat dem von der Verkäuferin eingeschalteten Vermittlungsunternehmen ihre Vertragsformulare überlassen und war häufiger an der Finanzierung des Kaufpreises für Eigentumswohnungen im selben Objekt beteiligt.

[20] Voraussetzung für eine unwiderlegliche Vermutung für eine wirtschaftliche Einheit von Kreditvertrag und finanziertem Geschäft ist nach der vom Berufungsgericht nicht berücksichtigten nahezu einhelligen Meinung in der Literatur weiter, dass der kreditgebenden Bank das Zusammenwirken des für sie tätigen Vermittlers mit dem Verkäufer positiv bekannt ist (vgl. Emmerich in: v.Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg, VerbrKrG 2. Aufl. § 9 Rdn. 49 f.; MünchKomm/Habersack, BGB 3. Aufl. § 9 VerbrKrG Rdn. 29; Ott in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG 2. Aufl. § 9 Rdn. 48 f.; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearbeitung 2001, § 9 VerbrKrG Rdn. 28; Tröster, Verbundene Geschäfte, 2001, S. 63; Vortmann, Aktuelle Rechtsfragen zum Verbraucherkreditgesetz Rdn. 221; siehe auch BGH, Urteile vom 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2234, vom 28. Juni 2004 – II ZR 373/00, WM 2004, 1675, 1676 und vom 13. Juni 2006 – XI ZR 432/04, WM 2006, 1669, 1672, Tz. 25; OLG Karlsruhe WM 2001, 245, 250). Das Erfordernis der Kenntnis ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG. Ohne Kenntnis und Billigung der Tätigkeit des Verkäufers durch den Kreditgeber kann nicht davon gesprochen werden, dass sich letzterer der Mitwirkung des Verkäufers "bedient", d.h. ihn willentlich einsetzt und das damit ver-

bundene Risiko übernimmt. Auch ist nach dem Willen des Gesetzgebers die in § 9 VerbrKrG geregelte Verlagerung des Risikos der Insolvenz des Verkäufers nur bei einer solchen Kenntnis gerechtfertigt. Denn von einer Übernahme des von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zuvor entwickelten Grundsatzes der Subsidiarität des Einwendungsdurchgriffs gegenüber einer Inanspruchnahme des Verkäufers hat der Gesetzgeber mit der Begründung abgesehen, dass der Kreditgeber sein Vertragsverhältnis zum Verkäufer von vornherein so gestalten könne, dass er leicht Regress nehmen könne, indem er sich z.B. vom Verkäufer eine Bürgschaft geben lasse (BT-Drucks. 11/5462 S. 23 f.). Möglich ist das von vornherein nur einem Kreditgeber, der mit dem Verkäufer bewusst zusammenwirkt.

[21] Die danach erforderliche **positive Kenntnis der kreditgebenden Bank vom Zusammenwirken mit dem Verkäufer** hat das Berufungsgericht zwar nicht festgestellt. Gleichwohl ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG lägen vor, im Ergebnis richtig, weil es rechtsfehlerfrei festgestellt hat, es lägen hinreichend Anhaltspunkte dafür vor, dass den Mitarbeitern der Klägerin die Tatsache der **Identität von Anlage- und Finanzierungsvermittler** bekannt gewesen sei und sie lediglich die Augen vor dieser Tatsache verschlossen hätten. Dies steht der im Rahmen der Vermutungsregelung des § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG erforderlichen positiven Kenntnis gleich. Für eine solche Gleichstellung genügt zwar selbst eine grob fahrlässig verschuldete Unkenntnis nicht. Anders ist es aber mit einem missbräuchlichen Verhalten. Nach Treu und Glauben muss sich derjenige, der sich – wie hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Klägerin – der Kenntnis einer Tatsache unredlich verschließt, so behandeln lassen, als habe er die Tatsache positiv gekannt (vgl. BGHZ 133, 192, 198 f.; BGH, Urteil vom 18. Januar 2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953 m.w.Nachw., jeweils zu § 852 BGB a.F.).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 60 und 72.

(5) BGH, 4.12.2007 – XI ZR 227/06, NJW 2008, 845 = ZIP 2008, 304 = WM 2008, 244 (für BGHZ vorgesehen)

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[21] Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG a.F. wird die wirtschaftliche Einheit zwischen dem Kreditvertrag und dem finanzierten Geschäft unwiderleglich vermutet, wenn der Kreditgeber sich bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers oder des von diesem eingeschalteten Vermittlers bedient. Von einer solchen Mitwirkung ist auszugehen, wenn der Kreditvertrag nicht aufgrund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, sondern weil der Vertriebsbeauftragte des Verkäufers dem Interessenten **zugleich mit dem Kaufvertrag einen Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt** hat, das sich dem Verkäufer gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte (st.Rspr., vgl. u.a. Senatsurteile BGHZ 167, 252, 257, Tz. 14 und vom 19. Juni 2007 – XI ZR 142/05, WM 2007, 1456, 1458, Tz. 19, m.w.Nachw.).

[22] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestand eine **Rahmenvereinbarung** der Beklagten mit der I. Gruppe, zu der auch die Verkäuferin der Eigentumswohnung gehörte. In dieser Vereinbarung hatte sich die Beklagte im Voraus zur Finanzierung der Kaufpreise potentieller Käufer von Wohneigentumsanteilen bereit erklärt und die Zusammenarbeit mit der I. unter ausdrücklicher Berücksichtigung des § 9 Abs. 3 VerbrKrG detailliert geregelt. Die Beklagte ist danach bei Abschluss der Vereinbarung selbst davon ausgegangen, der Kreditvertrag und der finanzierte Kaufvertrag bildeten ein verbundenes Geschäft.

[23] Entgegen der Ansicht der Revision kann die wirtschaftliche Einheit der beiden Verträge hier nicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil das Kreditvertragsformular der Beklagten der Klägerin nicht zugleich mit dem Reservierungsschein vorgelegt worden sei. Nach den aufgrund der Aussage des Zeugen B. getroffenen Feststellungen des Landgerichts hat B. **beide Formulare** der Klägerin **im selben Besprechungstermin vorgelegt**. Auf diese Feststellungen hat das Berufungsgericht verwiesen. Dass der Kreditvertrag, der nicht aufgrund eigener Initiative der Klägerin zustande gekommen ist, von ihr erst später unterzeichnet worden ist, ist nicht von Bedeutung.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 68 und 121.

(6) BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 = WM 2008, 967 = NJW-RR 2008, 1436

1. Zur Abgrenzung und zu den Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts nach § 9 Abs. 1 Satz 1 und 2 VerbrKrG.
2. siehe unten S. 61.
3. ...

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[22] Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG zu Unrecht als gegeben angesehen. Nach dieser Vorschrift wird die wirtschaftliche Einheit zwischen dem Kreditvertrag und dem finanzierten Geschäft und damit das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts unwiderleglich vermutet, wenn der Kreditgeber sich bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers oder des von diesem eingeschalteten Vermittlers bedient. Von einer solchen Mitwirkung ist auszugehen, wenn der Kreditvertrag nicht aufgrund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, sondern weil der Vertriebsbeauftragte des Verkäufers dem Interessenten **zugleich mit dem Kaufvertrag bzw. den Beitrittsunterlagen einen Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt** hat, das sich dem Verkäufer gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte (st.Rspr., vgl. u.a. Senatsurteile BGHZ 167, 252, 257, Tz. 14; vom 19. Juni 2007 – XI ZR 142/05, WM 2007, 1456, 1458, Tz. 19 und vom 4. Dezember 2007 – XI ZR 227/06, WM 2008, 244, 245 f., Tz. 21 m.w.Nachw.).

[23] Das Berufungsgericht konnte nicht feststellen, dass die Anlageunterlagen zugleich mit dem Kreditantrag vom Vertrieb den Klägern vorgelegt worden sind. Entgegen seiner Ansicht ist diese Feststellung aber für die Annahme einer unwiderleglichen Vermutung der wirtschaftlichen Einheit nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG unverzichtbar und kann nicht durch andere Indizien ersetzt werden. Einen **Indizienbeweis** hat der Senat im Rahmen des § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG **lediglich hinsichtlich der Finanzierungszusage** für zulässig gehalten, wobei aber auch hier die Finanzierungszusage selbst nicht durch andere Indizien ersetzt werden kann (vgl. Senatsurteil vom 19. Juni 2007 – XI ZR 142/05, WM 2007, 1456, 1458, Tz. 19).

[24] Indes sind hier die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG für eine wirtschaftliche Einheit von Kauf- und Kreditvertrag gegeben.

[25] Eine wirtschaftliche Einheit ist danach dann anzunehmen, wenn über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus beide Verträge derart miteinander verbunden sind, dass ein Vertrag nicht ohne den anderen abgeschlossen worden wäre. Die Verträge müssen sich wechselseitig bedingen bzw. der eine seinen Sinn erst durch den anderen erhalten. Dazu bedarf es der **Verknüpfung beider Verträge durch konkrete Umstände** (Verbindungselemente), die sich nicht wie notwendige Tatbestandselemente abschließend umschreiben lassen, sondern im Einzelfall verschieden sein oder gar fehlen können, wenn sich die wirtschaftliche Einheit aus anderen Umständen ergibt (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Bearb. 2004 § 358 Rdn. 31 m.w.Nachw.).

[26] Zu diesen **Indizien** gehören die **Zweckbindung des Darlehens** zur Finanzierung eines bestimmten Geschäfts, durch die dem Darlehensnehmer die freie Verfügbarkeit über die Darlehensvaluta genommen wird, der **zeitgleiche Abschluss** beider Verträge, das **Verwenden einheitlicher Formulare** mit konkreten wechselseitigen Hinweisen auf den jeweils anderen Vertrag (vgl. Senatsurteil vom 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2234), die **Einschaltung derselben Vertriebsorganisation** durch Kreditgeber und Verkäufer und das Abhängigmachen des Wirksamwerdens des Erwerbsvertrages vom Zustandekommen des Finanzierungsvertrages mit einer vom Unternehmer vorgegebenen Bank (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Bearb. 2004 § 358 Rdn. 32 m.w.Nachw.; Ott, in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG 2. Aufl. § 9 Rdn. 51).

[27] Aus den vom Berufungsgericht festgestellten Umständen ergibt sich eine die wirtschaftliche Einheit begründende Verknüpfung des Darlehensvertrages mit dem Kaufvertrag. Danach haben die Kläger selbst mit der Beklagten keine eigenen Verhandlungen geführt. Sämtliche Bonitäts- und Kreditunterlagen sowie die Kreditverträge sind unmittelbar von der Beklagten zur I. und weiter an die C. und auf demselben Weg zurückgereicht worden. Die Vertriebsgesellschaft, der die Beklagte zuvor eine allgemeine Finanzierungszusage erteilt hatte, hat zudem die Legitimationsprüfung im Auftrag der Beklagten durchgeführt. Vor allem aber

wurde der Kaufvertrag erst abgeschlossen, nachdem die Beklagte die Bonität der Kläger geprüft, ihnen gegenüber die Bereitschaft zur Finanzierung des Stellplatzerwerbs erklärt hatte und die Kläger die Kreditverträge unterschrieben hatten. Hieraus ergibt sich, dass die I. den Kaufvertrag für die Kläger ohne die von ihr ausgehandelte Finanzierungszusage der Beklagten nicht geschlossen hätte und Kauf- und Kreditvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dem steht nicht entgegen, dass die Kläger im Zeitpunkt der Finanzierungszusage der I. bereits eine Vollmacht zum Erwerb des Stellplatzes erteilt hatten. Selbst die nachträgliche Verbindung von Kauf- und Kreditvertrag kann eine wirtschaftliche Einheit begründen, wenn nur die Erfüllung des Kaufvertrages erst nach der Finanzierungszusage erfolgt (Senatsurteil vom 18. März 2003 – XI ZR 422/01, WM 2003, 916, 917).“

c) Unanwendbarkeit bei Realkrediten (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG)

(1) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = ZIP 2006, 987 = WM 2006, 1008

1. Ein Realkreditvertrag im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG liegt bei einer kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligung ebenso wie bei einem finanzierten Grundstücksgeschäft auch dann vor, wenn der Erwerber ein Grundpfandrecht nicht selbst bestellt, sondern ein bestehendes (teilweise) übernimmt (Abweichung von BGH, 14. Juni 2004, II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 307 f.; Fortsetzung von BGH, 26. Oktober 2004, XI ZR 255/03, BGHZ 161, 15, 26 f.).

2. siehe unten S. 110.

3. ...

4. siehe unten S. 110 und 117.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[19] Unzutreffend ist bereits der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, es liege ein **verbundenes Geschäft** im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG vor. Die Anwendung des § 9 VerbrKrG ist hier vielmehr angesichts der grundpfandrechtlichen Absicherung des Darlehens gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG **ausgeschlossen**.

[20] Dem steht nicht entgegen, dass die das Darlehen absichernde Grundschuld nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bereits vor dem Beitritt des Beklagten und ohne seine Beteiligung bestellt worden war. Wie der Senat für Kreditverträge zur Finanzierung des Erwerbs von Immobilien bereits entschieden und im einzelnen begründet hat (BGHZ 161, 15, 26 f. sowie Urteile vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 74 und vom 18. Januar 2005 – XI ZR 201/03, WM 2005, 375, 376), kommt es nach dem klaren Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG lediglich darauf an, ob das Darlehen nach dem **Kreditvertrag von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht** wurde. Ob der Kreditnehmer selbst Sicherungsgeber ist, ist nach allgemeiner Meinung (vgl. statt aller Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearbeitung 2004 § 492 Rdn. 70; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 492 Rdn. 78; Bülow, Verbraucher kreditrecht 5. Aufl. § 491 Rdn. 177) ohne Belang. Demnach liegt eine grundpfandrechtliche Absicherung des Kredits auch dann vor, wenn der Kreditnehmer das **Grundpfandrecht nicht selbst bestellt**, sondern ein bestehendes Grundpfandrecht (teilweise) übernimmt. Überdies stellt der eindeutige Wortlaut der Vorschrift nicht auf die tatsächliche Bestellung des Grundpfandrechts, sondern auf die schuldrechtliche Verpflichtung dazu ab. Anderes ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG (BT-Drucks. 11/5462 S. 18). Danach soll durch die Bereichsausnahme die taggenaue Refinanzierung vieler Realkredite – entgegen der Ansicht des Beklagten nicht nur von Hypothekenbanken, sondern aller Kreditinstitute – gesichert werden, die eine Grundlage für deren günstige Verzinsung darstelle. Dieses Motiv greift ersichtlich unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt und von wem das Pfandrecht bestellt wird und welchem Zweck der gesicherte Kredit dient. Auch die in der Begründung angeführte Warnung, die von der Sicherstellung des Kredits durch einzutragende Pfandrechte ausgehe, ergibt sich bereits aus der Verpflichtung zu entsprechenden Sicherheiten, nicht erst aus deren Bestellung.

[21] Die Bereichsausnahme des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG rechtfertigt sich entgegen der Ansicht des II. Zivilsenats (BGHZ 159, 294, 308) auch nicht aus dem Umstand, dass Grundpfandrechtliche Sicherungen in Deutschland die Beurkundung durch einen Notar mit entsprechender Belehrung nach § 17 BeurkG voraussetzen. Nach § 873 Abs. 1 BGB bedarf die Bestellung von Grundpfandrechten keiner notariellen Beurkundung, sondern ist formfrei möglich. Auch die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO erfordert keine Beurkundung, sondern lediglich eine notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Grundstückseigentümers (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO), bei der eine Belehrung durch den Notar nicht vorgesehen ist (§ 39 BeurkG) und in der Regel auch nicht stattfindet (Senatsurteil BGHZ 161, 15, 27).

[22] Dies gilt nach Auffassung des erkennenden Senats – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 14. Juni 2004, BGHZ 159, 294, 307 f. und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1540 sowie vom 21. März 2005 – II ZR 411/02, WM 2005, 843, 844 f.) – gleichermaßen für die Kreditfinanzierung eines Immobilienfondsbeitritts. Nach Wortlaut, Begründung und Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG sind nicht nur die Person des Sicherungsgebers und der Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit ohne Belang, sondern auch, welchem Zweck der Kredit dienen soll. Ob und in welchem Maße diese Umstände für sich genommen oder in ihrer Gesamtheit denen eines "typischen Realkredits" entsprechen oder nicht, kann angesichts der alleinigen Anknüpfung der Vorschrift an die Verpflichtung zur Bestellung einer bestimmten Sicherheit nicht ausschlaggebend sein und ihre Nichtanwendung oder teleologische Reduktion angesichts der vorgenannten Gesetzesmotive nicht rechtfertigen. Dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB **für die Zukunft eine Differenzierung nach dem Zweck der Kreditaufnahme** vorgenommen hat, ist nach Auffassung des erkennenden Senats nicht geeignet, das Verständnis der zuvor geltenden, anders lautenden Vorschrift zu bestimmen (vgl. Senatsurteil vom 23. März 2004 – XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1223 zu § 492 Abs. 4 Satz 1 BGB n.F.).

[23] Eine andere Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ist auch nicht im Hinblick auf die Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (Verbraucherkreditrichtlinie, ABl. EG 1987, Nr. 42, S. 48 in der Fassung der Änderungsrichtlinie 90/88/EWG des Rates vom 22. Februar 1990, ABl. EG Nr. 61, S. 14) geboten oder auch nur zu rechtfertigen. Gemäß Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie findet Artikel 11 der Richtlinie, der finanzierte Verbundgeschäfte betrifft, auf Realkreditverträge keine Anwendung.“

Hinweis: Siehe auch die Parallelentscheidung BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 = ZIP 2006, 1088 = WM 2006, 1060 (Leitsatz 1 sowie Rdn. 46 ff. der Entscheidungsgründe)

(2) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 = ZIP 2006, 1088 = WM 2006, 1060

1. + 2. ...

3. + 4. siehe unten S. 117.

5. + 6. ...

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[50] Nach dem für die Revision zu Grunde zu legenden Sachverhalt liegen die Voraussetzungen des den § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b Satz 2 VerbrKrG ausschließenden § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG aber nicht vor, weil das **Darlehen** danach **nicht zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt** worden ist. Zu dieser zwischen den Parteien streitigen Frage hat das Berufungsgericht – wie die Revision zu Recht geltend macht – keine Feststellungen getroffen. Diese Feststellungen vermag der Senat nicht nachzuholen. Insoweit kommt es entscheidend auf die **Zinshöhe** und die **sonstigen Kreditkonditionen** an, wobei die in den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ausgewiesenen Zinssätze einen Anhaltspunkt für die Marktüblichkeit darstellen (Senat, Urteil vom 18. März 2003 – XI ZR 422/01, ZIP 2003, 894, 896 m.w.Nachw.). In dem hier maßgeblichen Zeitraum April 1994 betrug der durchschnittliche effektive Jahreszins für festverzinsliche Hypothekarkredite auf Wohngrundstücke mit einer Laufzeit von fünf Jahren 7,12% bei einer Streubreite von 6,7% bis 7,55% und mit einer Laufzeit von zehn Jahren 7,81% bei einer Streubreite von 7,43% bis 8,25% (Monatsbericht der Deutschen Bundesbank Juni 1994 S. 62). Der im Darlehensvertrag vereinbarte effektive Jahreszins von 9,48% lag damit deutlich über der oberen Streubreitengrenze. In einem

solchen Fall bedarf es einer genaueren Prüfung der Marktüblichkeit der vereinbarten Bedingungen im Einzelfall, ggf. unter Heranziehung geeigneter Beweismittel (Senatsurteil vom 18. März 2003 aaO). Hierfür hat die insoweit beweisbelastete Beklagte Beweis durch Sachverständigengutachten angeboten.“

(3) BGH, 18.7.2006 – XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980 = ZIP 2006, 1622 = WM 2006, 1673

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[39] Anders als die Revision meint, findet auch § 9 VerbrKrG auf die akzessorische Haftung des Klägers [= Gesellschafter einer GbR] nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung. Die Darlehen wurden von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und zu für **grundpfandrechtl. abgesicherte Kredite** üblichen Bedingungen gewährt (vgl. Senat, Urteil vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1066 m.w.Nachw. und dem Hinweis, dass der II. Zivilsenat an seiner abweichenden Auffassung nicht festhält). Eine unmittelbare Anwendung des § 9 VerbrKrG käme überdies auch deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger nicht zwei Verträge geschlossen hat. Er ist lediglich der GbR beigetreten. Dies hat kraft Gesetzes seine akzessorische Haftung für das von der GbR aufgenommene Objektfinanzierungsdarlehen zur Folge. Für eine Anwendung des § 9 VerbrKrG fehlt danach jede Grundlage.“

(4) BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 = ZIP 2007, 954

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[47] ... Der Hinweis des Berufungsgerichts, der Anwendung von § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG könnten möglicherweise die von der Klägerin behaupteten versteckten Zinssubventionen entgegenstehen, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Für die Beurteilung der **Üblichkeit der mit dem Verbraucher vereinbarten Konditionen** ist unerheblich, wie sie intern durch den Kreditgeber kalkuliert wurden (vgl. Brandenburgisches OLG, Urteil vom 6. September 2006 – 4 U 175/05, juris Tz. 93).“

(5) BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 = ZIP 2007, 1255 = WM 2007, 1257

1. siehe unten S. 83.

2. Die Regeln des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG finden auch dann Anwendung, wenn das zur Kreditsicherung vorgesehene Grundpfandrecht nicht bestellt oder darauf nachträglich verzichtet worden ist.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[25] Nach ständiger langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft nicht als ein zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundenes Geschäft anzusehen. Dem hat der Gesetzgeber durch die Ausnahmenvorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG Rechnung getragen, indem er die **Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite für unanwendbar** erklärt hat. Dies gilt nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes für Realkredite ausnahmslos (BGHZ 150, 248, 262; 152, 331, 338; 161, 15, 25; 168, 1, 12 Tz. 29; Senatsurteil vom 15. Juli 2003 – XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743) und zwar auch dann, wenn sie nach dem maßgebenden Willen der Vertragsschließenden der Finanzierung eines Immobilienfondsbeitritts dienen (Senat, BGHZ 167, 223, 231 Tz. 22; Senatsurteile vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1065 Tz. 46 und vom 18. Juli 2006 – XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, 1677 Tz. 39). Nach dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Schutzzweck des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG sind **sowohl die Person des Sicherungsgebers als auch der Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit ohne Belang**. Die Ansicht des Berufungsgerichts, § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG greife nur dann ein, wenn zur Bestellung eines Grundpfandrechts ein Notartermin unter Beteiligung der Kläger oder einer Person ihres Vertrauens stattgefunden hätte, ist von vornherein verfehlt, zumal die Bestellung von Grundpfandrediten keiner notariellen Beurkundung bedarf (§ 873 Abs. 1 BGB) und für die nach § 19 GBO erforderliche Eintragungsbewilligung eine notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Grundstückseigentümers genügt (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO), bei der eine Belehrung durch den Notar nicht vorgesehen ist (§ 39 BeurkG) und in der Regel auch nicht stattfindet (Senat, BGHZ 161, 15, 27;

167, 223, 230 Tz. 21). Seine gegenteilige Auffassung (BGHZ 159, 294, 308), die sich das Berufungsgericht zu eigen gemacht hat, hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes inzwischen aufgegeben (siehe Senat, BGHZ 167, 223, 238 Tz. 41). Folgerichtig **kommt es auch nicht darauf an, ob das als Sicherungsmittel vorgesehene Grundpfandrecht überhaupt bestellt worden ist**. Nach dem klaren Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG reicht es aus, dass die Kreditvergabe von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht worden ist.

[26] Danach sind die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG hier erfüllt. Die Darlehensverträge der Anleger enthalten jeweils den formularmäßigen Hinweis, dass eine Absicherung der Kredite durch eine Grundschuld gemäß Zweckerklärung vom 8. November 1993 erfolgen soll. Der Umstand, dass die Beklagte nach Abschluss der Verträge auf die Bestellung der Grundschuld verzichtet hat, steht der Qualifizierung der Verträge als Realkreditverträge nicht entgegen. Da die Darlehen mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch zu für grundpfandrechtl. abgesicherte Kredite **üblichen Bedingungen** gewährt wurden, entfaltet § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG gegenüber den Regeln über das verbundene Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG seine Ausschlusswirkung, so dass sich die Kläger von vornherein nicht mit Erfolg auf einen Einwendungs- und einen etwaigen Rückforderungsdurchgriff berufen können.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 66 und 83.

(6) BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 = ZIP 2007, 1452 = WM 2007, 1456

1. siehe oben S. 54.

2. Bilden ein Darlehensvertrag und das finanzierte Anlagegeschäft eine wirtschaftliche Einheit, so kann in dieses verbundene Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG ein mit einem anderen Kreditinstitut geschlossener, ebenfalls der Finanzierung des Anlagegeschäfts dienender Realkreditvertrag nicht einbezogen werden. Eine Anwendung des § 9 Abs. 3 VerbrKrG auch auf den Realkredit scheidet aus.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Unwirksamkeit des Kaufvertrages könne – bezogen auf das bei der Gläubigerin [= Hypothekenbank] aufgenommene Darlehen – nicht mit Erfolg im Wege des **Einwendungsdurchgriffs** gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG geltend gemacht werden.

[15] Wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, lässt sich ein Freistellungsanspruch der Beklagten hinsichtlich des mit der Gläubigerin geschlossenen Darlehensvertrags selbst dann nicht begründen, wenn der zwischen den Parteien geschlossene Darlehensvertrag mit dem Kaufvertrag ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG bildet. Dabei kann dahinstehen, ob die Einbeziehung eines weiteren, mit einem anderen Kreditinstitut geschlossenen, ebenfalls der Finanzierung des Kaufgeschäfts dienenden Darlehensvertrages in ein verbundenes Geschäft überhaupt möglich ist. Sie ist zumindest dann ausgeschlossen, wenn nach der Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG die Vorschrift des § 9 VerbrKrG auf dieses weitere Kreditgeschäft – wie hier – wegen einer **vereinbarten grundpfandrechtl. Sicherung** nicht anwendbar ist. Ließe man in solchen Fällen § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG außer Betracht und wendete auch auf diese weiteren Kreditverträge § 9 VerbrKrG an, hätte dies zur Folge, dass der Darlehensnehmer auch dem weiteren Kreditgeber nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG die Einwendungen aus dem Kaufgeschäft entgegenhalten könnte. Jede andere Handhabung würde zu dem nicht zu rechtfertigenden Ergebnis führen, diesen weiteren Vertrag zwar als zu der wirtschaftlichen Einheit im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG zugehörig anzusehen, gleichwohl aber den Absatz 3 dieser Vorschrift auf ihn nicht anzuwenden. Eine Anwendung des § 9 Abs. 3 VerbrKrG auch auf das weitere Kreditgeschäft liefe der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG zuwider. Sie würde zudem, da der weitere Kreditgeber mit einer solchen Rechtsfolge nicht rechnen konnte und sich mithin nicht um eine entsprechende Absicherung bemühen musste, nach dem Willen des Gesetzgebers auch die Verlagerung des Insolvenzrisikos des Verkäufers auf ihn nicht mehr zu rechtfertigen vermögen.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 54 und unten S. 72.

(7) BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 = ZIP 2008, 112 = WM 2008, 154

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[9] Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist entgegen der Auffassung der Revision allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, Darlehensvertrag und Kaufvertrag seien **kein verbundenes Geschäft** im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG. § 9 VerbrKrG findet nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auf **Realkreditverträge**, die zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt worden sind, keine Anwendung (Senat, BGHZ 152, 331, 337; 161, 15, 25; 168, 1, 9, Tz. 21; Senatsurteile vom 26. November 2002 – XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66, vom 28. Oktober 2003 – XI ZR 263/02, WM 2003, 2410, 2411, vom 18. November 2003 – XI ZR 322/01, WM 2004, 172, 175, vom 18. Januar 2005 – XI ZR 201/03, WM 2005, 375, 376 und vom 27. September 2005 – XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 504). Um einen solchen Kredit handelt es sich bei dem im Streit stehenden Darlehen. Entgegen der Auffassung der Revision ist das Darlehen zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt worden. Die von den Klägern behaupteten versteckten Zinssubventionen sind schon deshalb nicht geeignet, die Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auszuschließen, weil es für die Beurteilung der Üblichkeit der mit dem Verbraucher vereinbarten Bedingungen unerheblich ist, wie sie intern durch den Kreditgeber kalkuliert wurden (vgl. Senatsurteil vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 881 f., Tz. 47). Unabhängig hiervon hat das Berufungsgericht auch zutreffend ausgeführt, dass das Darlehen auch dann **zu üblichen Bedingungen gewährt** worden ist, wenn man die Auffassung der Kläger zugrunde legt, die Zinssubventionen seien in die Berechnung des Zinssatzes einzubeziehen. In diesem Fall lag der im Darlehensvertrag vereinbarte effektive Jahreszins nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit 0,18 Prozentpunkten nur geringfügig über der bei Vertragsschluss maßgeblichen oberen Streubreitengrenze der in der amtlichen **Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank** ausgewiesenen Zinssätze (vgl. Senat, Urteil vom 18. März 2003 – XI ZR 422/01, ZIP 2003, 894, 896 m.w.Nachw.). Entgegen der Auffassung der Revision macht auch die dem banküblichen Bestreben des finanzierenden Kreditinstituts nach einer genügenden Absicherung des Kreditengagements Rechnung tragende Pflicht des Darlehensnehmers, dem für das Kaufobjekt bestehenden Mietpool beizutreten, die vereinbarten Kreditkonditionen nicht unüblich im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG (vgl. zur Pflicht, einem Mietpool beizutreten: Senatsurteil vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 878, Tz. 18 ff.).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 87.

(8) BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 = WM 2008, 967 = NJW-RR 2008, 1436

1. siehe oben S. 56.
2. Zur Feststellung der Üblichkeit der Bedingungen für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG).
3. ...

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[29] Für die Frage, ob ein Kredit zu für Grundpfandkredite üblichen Bedingungen ausgereicht worden ist, kommt es nach der Rechtsprechung des Senats entscheidend auf die Zinshöhe an. Die **für Grundpfandkredite marktüblichen Zinsen** sind regelmäßig niedriger als die marktgängigen Zinsen für Konsumentenkredite. Die in den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ausgewiesenen Zinssätze bieten einen Anhaltspunkt für die Marktüblichkeit der vereinbarten Zinsen. Liegt der vereinbarte Zinssatz innerhalb der Streubreite oder nur geringfügig bis zu 1% darüber, ist von der Marktüblichkeit auszugehen. Liegt er mehr als 1% über der oberen Streubreitengrenze für vergleichbare Kredite, **bedarf es einer genaueren Prüfung der Marktüblichkeit** unter Berücksichtigung der vereinbarten Bedingungen im Einzelfall, ggf. unter Heranziehung geeigneter Beweismittel (Senatsurteile vom 18. März 2003 – XI ZR 422/01, WM 2003, 916, 918 und vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1066, Tz. 50).

[30] Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze seiner Entscheidung zwar zugrunde gelegt, sie aber rechtsfehlerhaft angewendet. Im Ausgangspunkt zutreffend hat es ausgeführt, die erhebliche Überschreitung des Vertragszinseszinses zu den in der **Bundesbankstatistik** ausgewiesenen Hypothekarkrediten mit fünfjähriger Zinsbindung in Höhe von 3,32 Prozentpunkten im Mai 1995 und von 4,71 Prozentpunkten im Zeitpunkt der Gegenzeichnung des Kreditvertrages durch die Beklagte im Januar 1996 sei ein Indiz gegen übliche Bedingungen für einen Grundpfandkredit. Die Revision weist aber zu Recht darauf hin, dass die Bundesbankstatistik nur das Zinsniveau erstrangiger Wohnungsbaukredite abbildet, die lediglich das beliebene Grundstück zu 60% finanzieren. Bei der vorliegenden 100%igen **Finanzierung eines Gewerbeobjektes** durfte das Berufungsgericht die Marktüblichkeit der Zinsen nicht allein deswegen verneinen, weil der Zinssatz des ausgegebenen Kredits bereits innerhalb der Streubreite von Personalkrediten liegt. Vorliegend musste das beantragte Sachverständigengutachten allein schon deswegen eingeholt werden, weil die Beklagte ihren Vortrag zur Marktüblichkeit der Kreditbedingungen durch Vorlage eines Privatgutachtens von Prof. Dr. H. untermauert hat, nach dem die übliche Streubreite für vergleichbare Kredite im fraglichen Zeitraum zwischen 10,46% bis 11,71% betragen hat.“

(9) BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 = WM 2008, 683

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[15] § 9 VerbrKrG findet nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge, die zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt worden sind, keine Anwendung (Senat BGHZ 152, 331, 337; 161, 15, 25; 168, 1, 9 Tz. 21; Senatsurteil vom 6. November 2007 – XI ZR 322/03, WM 2008, 115, 116 Tz. 18; jeweils m.w.Nachw.). Dies ist hier – wie der Senat bereits mit Urteil vom 27. Januar 2004 (XI ZR 37/03, WM 2004, 620, 622) entschieden hat – der Fall.

[16] Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung, die sich insoweit auf Schnauder JZ 2006, 1049, 1054 beruft, kommen auch eine einschränkende Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG oder eine analoge Anwendung von § 9 VerbrKrG a.F. auf Realkreditverträge, die zwar nicht nach § 7 VerbrKrG a.F., wohl aber nach § 1 HWiG a.F. widerrufen werden können, nicht in Betracht. Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats **bilden Grundpfandkredit und finanziertes Immobiliengeschäft ausnahmslos kein verbundenes Geschäft** (vgl. nur BGHZ 168, 1, 11 f. Tz. 29; Senatsurteil vom 24. April 2007 – XI ZR 340/05, WM 2007, 1257, 1258 f. Tz. 25; jeweils m.w.Nachw.). Der Gesetzgeber hat mit § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG eine abschließende Regelung geschaffen, die zum einen keinen Raum für eine teleologische Reduktion lässt und zum anderen eine analoge Anwendung des § 9 VerbrKrG verbietet. Dass der Gesetzgeber mit der **Neuregelung des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB für die Zukunft** ein verbundenes Geschäft bei Krediten zum Erwerb einer Immobilie nicht mehr generell ausgeschlossen hat, ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht geeignet, das Verständnis der zuvor geltenden, anders lautenden Vorschrift zu bestimmen (Senat BGHZ 167, 223, 231 Tz. 22; Senatsurteil vom 6. November 2007 – XI ZR 322/03, WM 2008, 115, 117 Tz. 22).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 35 und unten S. 91 und 113.

d) Rückforderungsdurchgriff beim Widerruf (§ 358 Abs. 4 Satz 3 BGB, § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG)

BGH v. 10.3.2009 – XI ZR 33/08, ZIP 2009, 952 = WM 2009, 932 (für BGHZ vorgesehen)

1. siehe oben S. 50.

2. Bilden Verbraucherdarlehensvertrag und finanziertes Geschäft eine wirtschaftliche Einheit und ist das Darlehen dem Unternehmer bereits teilweise zugeflossen, so hat der vom Verbraucher erklärte Widerruf der auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Vertragserklärung zur Folge, dass der Darlehensgeber im Abwicklungsverhältnis an die Stelle des Unternehmers tritt. Ist das verbundene Geschäft nicht vollständig

fremdfinanziert worden, muss der Darlehensgeber dem Verbraucher auch den von diesem aus eigenen Mitteln an den Unternehmer gezahlten Eigenanteil zurückerstatten.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[25] Da es sich nach den ... Feststellungen des Berufungsgerichts bei dem Darlehensvertrag und dem Fondsbeitritt um ein **verbundenes Geschäft im Sinne des § 358 BGB** handelt, führt der Widerruf der Darlehensvertragserklärung zugleich dazu, dass der Kläger gemäß § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB auch nicht mehr an den finanzierten Vertrag, hier also den Beitritt zu der Fondsgesellschaft, gebunden ist. § 358 Abs. 2 BGB gilt auch für den finanzierten Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, sofern – wie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier der Fall – die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts nach § 358 Abs. 3 BGB vorliegen (MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 358 Rn. 14; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 358 Rn. 7; ebenso die gefestigte Rechtsprechung zu § 3 HWiG, § 9 VerbrKrG: vgl. BGHZ 156, 46, 50 ff.; 159, 294, 309 f.; 167, 252, 256, Tz. 12).

[26] Die Rückabwicklungsansprüche, die dem Kläger infolge der **Erstreckung der Widerrufsfolgen auf das finanzierte Geschäft** zustehen, kann er ... gemäß § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB der finanzierenden Bank, hier also der Beklagten, entgegenhalten. Sofern – wie hier – das auszahlende Darlehen bereits ganz oder teilweise dem Unternehmer zugeflossen ist, sieht § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB eine **bilaterale Rückabwicklung allein im Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Verbraucher** vor. Der Darlehensgeber tritt in diesem Fall anstelle des Unternehmers in dessen Rechte und Pflichten aus dem verbundenen Vertrag ein und wird an dessen Stelle Gläubiger und Schuldner des Verbrauchers im Abwicklungsverhältnis (MünchKommBGB/Habersack, aaO, Rn. 82; Palandt/Grüneberg, aaO, § 358 Rn. 21; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2004, § 358 Rn. 67; ebenso zu § 9 VerbrKrG BGHZ 131, 66, 72 f.). Ziel des § 358 BGB ist es, den Verbraucher vor Risiken zu schützen, die ihm durch die Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vertrags in ein Bargeschäft und einen damit verbundenen Darlehensvertrag drohen (Palandt/Grüneberg, aaO, § 358 Rn. 1; Staudinger/Kessal-Wulf, aaO). Der Gesetzgeber hat hiermit die in der Vergangenheit zum Widerruf im Rahmen des Verbraucherkreditgesetzes und des Haustürwiderrufgesetzes entwickelte Rechtsprechung (vgl. BGHZ 131, aaO; 133, 254, 259 ff.; 152, 331, 337; 167, 252, 256 f., Tz. 12) aufgegriffen, nach welcher der Verbraucher innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist frei und ohne Furcht vor finanziellen Nachteilen die Entscheidung soll treffen können, ob er an seinen eine wirtschaftliche Einheit bildenden Verpflichtungserklärungen festhalten will oder nicht (st. Rspr., Senat, BGHZ 167, 252, 256, Tz. 12 m.w.N.). Dieses Ziel stellt § 358 BGB im Falle des Widerrufs der Darlehensvertragserklärung dadurch sicher, dass der Verbraucher auch an seine auf den Abschluss des mit dem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags gerichtete Willenserklärung insgesamt nicht mehr gebunden ist und sich im Rahmen der Rückabwicklung beider Verträge hinsichtlich sämtlicher Ansprüche ausschließlich dem Darlehensgeber als Gläubiger und Schuldner gegenüber sieht, der an Stelle des Unternehmers in das Abwicklungsverhältnis eingetreten ist.

[27] Der Verbraucher hat daher – wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat – gegen die finanzierende Bank einen **Anspruch auf Rückerstattung** aller aus seinem Vermögen an Darlehensgeber und Unternehmer erbrachten Leistungen. Hierzu gehören sowohl die an den Darlehensgeber erbrachten **Zins- und Tilgungsleistungen** als auch eine **Anzahlung**, die der Verbraucher aus eigenen Mitteln an den Unternehmer geleistet hat (Bamberger/Roth/C. Möller, BGB, 2. Aufl., § 358 Rn. 28, 34; Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl., § 495 Rn. 290; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 358 Rn. 28; MünchKommBGB/Habersack, aaO, Rn. 84 f.; Staudinger/Kessal-Wulf, aaO; ebenso schon zum AbzG: BGHZ 131, 66, 72 f.). Ist also die Beteiligung an der Fondsgesellschaft – wie hier – nicht vollständig fremdfinanziert, hat der Darlehensgeber dem Verbraucher auch dessen aus eigenen Mitteln an die Gesellschaft gezahlten Eigenanteil zu erstatten (Erman/Saenger, aaO; MünchKommBGB/Habersack, aaO, Rn. 85).“

e) Einwendungsdurchgriff

(1) BGH, 9.4.2002 – XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248 = NJW 2002, 1881 = WM 2002, 1181

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Sollte ... ein Widerrufsrecht [nach § 1 HWiG] zu bejahen sein, wird das Berufungsgericht bei der Prüfung der sich aus § 3 HWiG (in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) ergebenden Rechtsfolgen des Widerrufs zu berücksichtigen haben, daß § 9 VerbrKrG (in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge im Sinne dieser Vorschrift nicht anwendbar ist (Edelmann BKR 2002, 80, 83; Felke MDR 2002, 226, 227; Fischer ZfIR 2002, 15, 22 f.). Entgegen der Auffassung der Kläger sind die Senatsurteile vom 17. September 1996 (insbesondere BGHZ 133, 254, 259 ff. und XI ZR 197/95, WM 1996, 2103) insoweit nicht einschlägig. Diese Urteile betreffen nicht Realkreditverträge, sondern die Finanzierung einer Gesellschaftsbeteiligung, bei der der Darlehens- und der Beteiligungsvertrag aufgrund besonderer Umstände als ein verbundenes Geschäft anzusehen waren. Um ein solches Geschäft handelt es sich hier nicht.

Nach ständiger langjähriger Rechtsprechung mehrerer Senate des Bundesgerichtshofs sind der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen (BGH, Urteile vom 18. September 1970 – V ZR 174/67, WM 1970, 1362, 1363; vom 12. Juli 1979 – III ZR 18/78, WM 1979, 1054; vom 13. November 1980 – III ZR 96/79, WM 1980, 1446, 1447 f.; vom 9. Oktober 1986 – III ZR 127/85, WM 1986, 1561, 1562; vom 31. März 1992 – XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 905 und vom 19. Mai 2000 – V ZR 322/98, WM 2000, 1287, 1288). Denn bei einem Immobilienkauf weiß auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie, daß Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind. Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt hat, daß die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden.

Der Widerruf des Realkreditvertrages berührt die Wirksamkeit des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung deshalb grundsätzlich nicht.“

(2) BGH, 21.7.2003 – II ZR 387/02, BGHZ 156, 46 = NJW 2003, 2821 = WM 2003, 1762

1. § 9 Abs. 3 VerbrKrG (Einwendungsdurchgriff, vgl. § 359 BGB in der ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung) findet auf den kreditfinanzierten Erwerb einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft entsprechende Anwendung. Wenn der Vertrag über den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung mit dem zur Finanzierung der Einlage geschlossenen Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft bildet, kann der unter Verletzung einer Aufklärungspflicht oder durch Täuschung zum Gesellschaftsbeitritt veranlaßte Anleger sein Recht, jederzeit fristlos unter Forderung des ihm nach den Regeln des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts zustehenden Abfindungsguthabens aus der Anlagegesellschaft auszuschneiden, auch dem Rückzahlungsanspruch des Kreditinstituts entgegenhalten.

2. siehe unten S. 66.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Der Beklagte kann die Rückzahlung des Kredits gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG insoweit verweigern, als ihm infolge der fristlosen **Kündigung seiner Beteiligung an der Fondsgesellschaft** gegen diese ein Abfindungsanspruch zusteht. ...

Das Fehlen eines Anspruchs auf ungeschmälerter Rückerstattung der Einlage folgt ... aus den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft. Danach führt ein **fehlerhafter Gesellschaftsbeitritt** grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des Beitritts nach allgemeinen Grundsätzen. Der Gesellschaftsbeitritt ist vielmehr, wenn er in Vollzug gesetzt worden ist, zunächst wirksam. Der Gesellschafter, der sich auf den Mangel berufen will, hat aber das Recht, sich jederzeit auf dem Wege der außerordentlichen Kündigung von seiner Beteiligung für die Zukunft zu lösen. An die Stelle des ihm nach allgemeinen Grundsätzen zustehenden Anspruchs auf Rückzahlung der geleisteten Einlage tritt – auch bei einem durch arglistige Täuschung verursachten Beitritt – ein

Anspruch auf das ihm nach den Grundsätzen gesellschaftsrechtlicher Abwicklung zustehende **Abfindungsguthaben**. Dessen Höhe bemisst sich nach dem Wert der Beteiligung im Kündigungszeitpunkt, weil der Anleger, da seiner Kündigung nach den Regeln des Gesellschaftsrechts keine Rückwirkung zukommt, an den bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft im Verhältnis seiner Beteiligung teilnimmt.

Das Recht zur fristlosen Kündigung der Beteiligung, das dem unter Verletzung einer Aufklärungspflicht oder sogar unter arglistiger Täuschung zur Beteiligung veranlaßten und damit fehlerhaft beigetretenen Anlagegesellschafter zusteht, unterliegt anders als ein Schadensersatzanspruch nicht der Verjährung, sondern nur der Verwirkung. Es braucht daher nicht in einer bestimmten Frist nach Kenntniserlangung von dem Mangel geltend gemacht zu werden, ...“

(3) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = ZIP 2006, 1084 = WM 2006, 1066

1. siehe oben S. 43.

2. ...

3. Ist ein Darlehensnehmer durch falsche Angaben zum Erwerb einer Fondsbeteiligung bewogen worden, kann er bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG auch der die Fondsbeteiligung finanzierenden Bank seine Ansprüche gegen die Fondsgesellschaft entgegenhalten und gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG die Rückzahlung des Kredits verweigern, soweit ihm gegen die Fondsgesellschaft ein Abfindungsanspruch zusteht (Bestätigung von BGH, 21. Juli 2003, II ZR 387/02, BGHZ 156, 46 ff. und Senatsurteil vom 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232 f.).

4. Ansprüche gegen Gründungsgesellschafter, Fondsiniiatoren, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber kann der Kreditnehmer nicht gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG dem Rückzahlungsverlangen der Bank entgegensetzen (Abweichung von BGH, 14. Juni 2004, II ZR 395/01, BGHZ 159, 280, 291 f.; BGH, 14. Juni 2004, II ZR 393/02, 159, 294, 312 f.; BGH, Urteile vom 14. Juni 2004 – II ZR 392/01, WM 2004, 1518 ff. und II ZR 374/02, WM 2004, 1525, 1526, vom 25. Oktober 2004 – II ZR 373/01, BKR 2005, 73, 74, vom 6. Dezember 2004 – II ZR 394/02, WM 2005, 295, 297, vom 31. Januar 2005 – II ZR 200/03, WM 2005, 547 und vom 21. März 2005 – II ZR 411/02, WM 2005, 843, 845).

5. siehe unten S. 70.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[27] Sollte die Beweisaufnahme ergeben, dass **der Vermittler B.** über die Fondsbeteiligung **arglistig getäuscht hat**, so ist der Beklagte [= Anleger], sofern er sein Recht nicht verwirkt hat (vgl. BGHZ 156, 46, 53), nach der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 21. Juli 2003 (BGHZ 156, 46, 50, 51) zur jederzeitigen fristlosen Kündigung der Fondsbeteiligung berechtigt und kann die **Auszahlung seines Abfindungsguthabens** verlangen. Bei einem verbundenen Geschäft kann er dieses Recht auch der Klägerin [= Bank] entgegensetzen und die **Rückzahlung des Kredits** gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG **verweigern**, soweit ihm gegen die Fondsgesellschaft ein Abfindungsanspruch zusteht (BGHZ 156, 46, 50, 51).

[28] Einen ungeschmälernten Anspruch des Gesellschafters gegen die Fondsgesellschaft auf Rückerstattung seiner Einlage hat der II. Zivilsenat in dieser Entscheidung mit der Begründung verneint, einem solchen Anspruch stünden die **Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft** entgegen, nach denen eine Gesellschaftsbeteiligung auch im Falle einer arglistigen Täuschung nicht mit Rückwirkung angefochten werden und nur der Wert der Beteiligung im Kündigungszeitpunkt als Abfindungsguthaben verlangt werden könne (BGHZ 156, 46, 53). Soweit sie reicht, teilt der erkennende Senat diese Beurteilung. Weitergehende Rechte stehen dem Beklagten auch unter Berücksichtigung der Entscheidungen des II. Zivilsenats vom 14. Juni 2004 (II ZR 395/01, BGHZ 159, 280, 291 f.; II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 312 f.; II ZR 392/01, WM 2004, 1518 ff.; II ZR 374/02, WM 2004, 1525, 1526), vom 25. Oktober 2004 (II ZR 373/01, BKR 2005, 73, 74), vom 6. Dezember 2004 (II ZR 394/02, WM 2005, 295, 297), vom 31. Januar 2005 (II ZR 200/03, WM 2005, 547) und vom 21. März 2005 (II ZR 411/02, WM 2005, 843, 845), denen der erkennende Senat, insbesondere was die Anwendung des § 9 Abs. 3 VerbrKrG bei **Ansprüchen des Anlegers gegen Gründungsgesellschafter**,

Fondsinitiatoren, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber angeht, nicht folgt (ablehnend auch Kindler ZGR 2006, 167, 172 f., 176) und an denen auch der II. Zivilsenat im Hinblick auf die nachfolgenden Ausführungen zu 4. und 5. nicht mehr festhält, wie er auf Anfrage mitgeteilt hat, nicht zu.“

(4) BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 = ZIP 2007, 1255 = WM 2007, 1257

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[27] ... [E]in Einwendungs- und ein etwaiger Rückforderungsdurchgriff [scheiden] ... von vornherein aus, weil **Schadensersatzansprüche** der Kläger **gegen die Fondsinitiatoren und/oder Gründungsgesellschafter** dafür **keine Grundlage bieten**. Wie der erkennende Senat in seinem erst nach der angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichts ergangenen Urteil vom 25. April 2006 (BGHZ 167, 239, 250 f. Tz. 28 f.; vgl. ferner Senatsurteil vom 13. Februar 2007 – XI ZR 145/06, Umdruck S. 14) für den Einwendungsdurchgriff im Sinne des § 9 Abs. 3 VerbrKrG näher ausgeführt hat, muss sich die kreditgebende Bank eine vorsätzliche culpa in contrahendo der Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, maßgeblichen Betreiber, Manager und Prospektherausgeber wegen bewusst falscher oder irreführender Angaben über die Ertragskraft der GbR oder vergleichbare wesentliche Eigenschaften nicht zurechnen lassen. Ein Finanzierungszusammenhang, wie ihn die besonderen Regelungen über das verbundene Geschäft voraussetzen, besteht in Bezug auf diese Personen nicht (Kindler ZGR 2006, 172 f., 176). Soweit der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (siehe z.B. BGHZ 159, 280, 291 f.; 159, 296, 312 f.) auch in dieser Frage einen anderen Standpunkt vertreten hat, hält er daran ebenfalls nicht mehr fest (Senatsurteil BGHZ 167, 239, 250 Tz. 28).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 59 und unten S. 83.

(5) BGH, 5.6.2007 – XI ZR 348/05, NJW 2007, 2407 = ZIP 2007, 1401 = WM 2007, 1367

Die besonderen Regelungen über das verbundene Geschäft in § 9 VerbrKrG scheiden als Anknüpfungspunkt für einen sogenannten Rückforderungsdurchgriff – wenn ein solcher überhaupt rechtlich begründbar wäre (zweifelnd Senatsurteile vom 13. Februar 2007, XI ZR 145/06, Umdruck S. 14 Tz. 24 und vom 24. April 2007, XI ZR 340/05, Umdruck S. 11 Tz. 24) – gegenüber der eine Kapitalanlage finanzierenden Bank in Bezug auf **Schadensersatzansprüche** eines Anlegers und Kreditnehmers **gegen Fondsinitiatoren und/oder Gründungsgesellschafter** von vornherein aus, weil es an einem Finanzierungszusammenhang, wie ihn § 9 VerbrKrG voraussetzt, in Bezug auf diese, außerhalb des finanzierten Geschäfts stehenden Personen, fehlt (Fortführung Senatsurteile BGH, vom 25. April 2006, XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239, 250 Tz. 28; vom 21. November 2006, XI ZR 347/05, WM 2007, 200, 202 Tz. 22 und vom 24. April 2007, XI ZR 340/05, Umdruck S. 13 Tz. 27).

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 71.

f) Rückforderungsdurchgriff bei Einwendungen

(1) BGH, 21.7.2003 – II ZR 387/02, BGHZ 156, 46 = NJW 2003, 2821 = WM 2003, 1762

1. siehe oben S. 64.

2. Die Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG (Rückforderungsdurchgriff, vgl. § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB in der ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung) ist in Fällen des § 9 Abs. 3 VerbrKrG entsprechend anzuwenden.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Mit seinem auf Rückzahlung geleisteter Zinszahlungen gerichteten Widerklageantrag macht der Beklagte einen Anspruch auf Grund sog. **Rückforderungsdurchgriffs entsprechend § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG** geltend. Dieser Anspruch erweist sich auf der Grundlage der vom Berufungsgericht angenommenen arglistigen Täuschung des Beklagten als begründet.

Das Gesetz sieht den Rückforderungsdurchgriff in der bezeichneten Vorschrift für den Fall des (berechtigten) Widerrufs der auf den Abschluß des Kreditvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers gemäß § 7 Abs. 1 VerbrKrG vor; eine entsprechende Regelung fehlt in § 9 Abs. 3 VerbrKrG. Die Entstehungsgeschichte des Verbrauchercreditgesetzes bietet jedoch keinen Anhalt für die Annahme, § 9 Abs. 3 VerbrKrG sei als abschließende Regelung im Sinne einer negativen Entscheidung des Gesetzgebers zu verstehen, die einen §§ 9 Abs. 2 Satz 4, 7 Abs. 1 VerbrKrG entsprechenden Rückforderungsdurchgriff im Falle des § 9 Abs. 3 VerbrKrG ausschließe. Die Gesetzesmaterialien sprechen vielmehr nachdrücklich für das Gegenteil. Der in der Begründung des Referentenentwurfs noch enthaltene Hinweis "Andererseits gewährt der Entwurf dem Verbraucher auch keinen Forderungsdurchgriff (Rückforderungsanspruch). Eine Haftung des Kreditgebers für einen Rückforderungsanspruch des Verbrauchers gegenüber dem Verkäufer ist ausgeschlossen" (Referentenentwurf v. 10. Juni 1988, S. 34) wurde im Regierungsentwurf gestrichen (BT-Drucks. 11/5462, S. 23).

§ 9 Abs. 3 VerbrKrG ist damit als offene Vorschrift zu lesen, durch die der Gesetzgeber die Frage des Rückforderungsdurchgriffs bewußt Rechtsprechung und Lehre überlassen hat (Reinking/Nießen, ZIP 1991, 79, 84; Vollkommer, FS Merz, S. 595, 603; Goebels, Der Rückforderungsdurchgriff des Verbrauchers im Rahmen der Rückabwicklung verbundener Geschäfte im Sinne des § 9 Verbrauchercreditgesetz, Diss. Bonn 2000, S. 46 ff.). Nach Ansicht des Senats besteht ein unabweisbares Bedürfnis, auch im Anwendungsbereich des § 9 Abs. 3 VerbrKrG eine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen nach Maßgabe der für das finanzierte Vertragsverhältnis geltenden Regeln zuzulassen. Im Rahmen finanzieller Fondsbeteiligungen spricht für diesen Ansatz, daß er einerseits wegen der Minderung des Rückzahlungsanspruchs um die Verlustbeteiligung das Anlagerisiko beim Verbraucher beläßt – wie bei jedem anderen Anleger auch – und daß andererseits die Bank und nicht der Verbraucher das Risiko der Insolvenz der Fondsgesellschaft trägt. Zugleich wird damit dem Grundprinzip Rechnung getragen, daß das Verbrauchercreditgesetz nicht vor allen Folgen einer fehlerhaften Kapitalanlage schützen und den Verbraucher, der eine Beteiligung über einen Kredit finanziert, nicht gegenüber Anlegern, die ihre Fondsbeteiligung eigenfinanziert haben, privilegieren will. In concreto bedeutet dies: Ist der Nettokreditbetrag der Fondsgesellschaft – wie im Falle des Beklagten – bereits zugeflossen, **tritt das Kreditinstitut im Verhältnis zum Anleger bei der Rückabwicklung in die Rechte und Pflichten der Fondsgesellschaft ein.** Im übrigen erfolgt die Rückabwicklung gemäß §§ 9 Abs. 2 Satz 4, 7 Abs. 4 VerbrKrG nach § 3 HWiG.

Das führt dazu, daß der Anleger nicht mehr zur Rückzahlung des Kredits verpflichtet ist, sondern das Kreditinstitut seinen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta mit seiner aus der Einnahme der Stellung der Fondsgesellschaft resultierenden Verpflichtung zur Auszahlung des Abfindungsguthabens des Anlegers zu saldieren hat (vgl. H.P. Westermann ZIP 2002, 240, 248). Der Anleger bleibt, da ihm das Anlagerisiko nicht abgenommen werden und er auch gegenüber dem die Beteiligung aus eigenen Mitteln finanzierenden Gesellschafter nicht privilegiert werden soll, verpflichtet, in dem Fall, daß sein Abfindungsguthaben niedriger ist als die noch offene Darlehensvaluta, die Differenz an das Finanzierungsinstitut zu zahlen. Die Bank trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen und die Höhe des ihr gegen den Verbraucher etwa noch zustehenden Anspruchs. Deshalb ist sie auch hinsichtlich der Höhe des zu berücksichtigenden Abfindungsguthabens des Anlegers darlegungs- und beweispflichtig.

Der Anleger, der – wie der Beklagte – seine Beteiligung gekündigt hat, muß dem Kreditinstitut seinen Anspruch auf das Abfindungsguthaben zur Verfügung stellen, um es in die Lage zu versetzen, das Guthaben bei der Fondsgesellschaft einzufordern. **Der Kreditgeber trägt das Risiko, das Abfindungsguthaben nicht realisieren zu können.** Er kann sich bei dessen Uneinbringlichkeit nicht entsprechend § 128 HGB an die übrigen Gesellschafter des Fonds halten, weil nach der Rechtsprechung des Senats bei Publikumsgesellschaften eine Haftung der Gesellschafter für auf Beitrittsmängeln oder arglistiger Täuschung durch Initiatoren und Gründer der Gesellschaft beruhende Abfindungsforderungen von Mitgesellschaftern nicht in Betracht kommt. Sofern sich aus der Entscheidung BGHZ 148, 201, 206/207 etwas anderes ergeben sollte, hält der Senat daran nicht fest.

Das Kreditinstitut hat entsprechend § 3 Abs. 3 HWiG Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Zeit ab Auszahlung der Darlehensvaluta bis zur Kündigung der Beteiligung, während der Anleger analog § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG Rückzahlung der geleisteten Zins- und Tilgungsraten von ihm verlangen kann.“

(2) BGH, 4.12.2007 – XI ZR 227/06, NJW 2008, 845 = ZIP 2008, 304 = WM 2008, 244 (für BGHZ vorgesehen)

1. Steht bei einem verbundenen Geschäft (§ 9 Abs. 1 VerbrKrG) wegen anfänglicher Nichtigkeit des Kaufvertrages dem Verbraucher das Recht zu, die Kaufpreiszahlung zu verweigern, so führt das wegen der Regelung des § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG dazu, dass auch dem Anspruch des Kreditgebers aus dem Finanzierungskredit von Anfang an eine dauernde Einrede i.S. von § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegensteht.

2. Die trotz dieser Einrede auf den Kredit geleisteten Zahlungen kann der Verbraucher gemäß § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V. mit § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Kreditgeber zurückverlangen. Für eine analoge Anwendung von § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG zur Begründung eines Rückforderungsdurchgriffs ist mangels Regelungslücke kein Raum (Abweichung von BGH, 21. Juli 2003, II ZR 387/02, BGHZ 156, 46, 54 ff.).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[25] Das Berufungsgericht hat ... zu Recht entschieden, dass die Klägerin wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrages infolge des Einwendungsdurchgriffs auch die Rückzahlung der auf das Darlehen geleisteten Zahlungen von der Beklagten verlangen kann. Es ist allerdings in Rechtsprechung und Literatur **streitig**, ob und unter welchen Voraussetzungen im Falle der Nichtigkeit des finanzierten Kaufvertrages ein **Rückforderungsanspruch des Verbrauchers gegen den Kreditgeber** gegeben ist.

[26] Teilweise wird davon ausgegangen, die Regelung des § 9 Abs. 3 VerbrKrG a.F. regelle die Rechte des Verbrauchers gegen den Kreditgeber abschließend; die Rückabwicklung habe sich innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehungen zu vollziehen (vgl. OLG Frankfurt WM 2002, 1275, 1279; OLG Stuttgart ZIP 2002, 1885, 1890; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Bearb. 2004 § 359 Rdn. 31, 34).

[27] Überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber die Frage des Rückforderungsdurchgriffs nicht abschließend geregelt, sondern ihre Beantwortung Rechtsprechung und Lehre überlassen habe, wobei allerdings unterschiedliche Ansichten über die rechtliche Herleitung eines Rückforderungsdurchgriffs vertreten werden.

[28] Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat einen Rückforderungsdurchgriff aus einer entsprechenden Anwendung von § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG a.F. hergeleitet (BGHZ 156, 46, 54 ff.). Soweit er den Rückforderungsdurchgriff auch auf außerhalb der verbundenen Geschäfte stehende Dritte erweitert hatte (BGH, Urteil vom 21. März 2005 – II ZR 411/02, WM 2005, 843, 845 f.), ist diese Rechtsprechung im Einvernehmen mit dem II. Zivilsenat durch den erkennenden Senat mittlerweile aufgegeben worden (vgl. Senatsurteile BGHZ 167, 239, 250, Tz. 28 und vom 5. Juni 2007 - XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, 1368, Tz. 12, jeweils m.w.Nachw.).

[29] Die ganz herrschende Auffassung in der Instanzrechtsprechung und in der Literatur leitet im Falle anfänglicher Nichtigkeit des finanzierten Geschäftes einen **Rückforderungsanspruch aus § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB** her (OLG Stuttgart WM 2001, 1667, 1675; OLG Dresden WM 2001, 136, 139; OLG Koblenz WM 2002, 2456, 2460; Erman/Saenger, BGB 11. Aufl. § 359 BGB Rdn. 4; MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl. § 359 BGB Rdn. 66; Soergel/Häuser, BGB 12. Aufl. § 9 VerbrKrG Rdn. 121; Palandt/Grüneberg, BGB 67. Aufl. § 359 Rdn. 7; Bülow/Artz, VerbrKrR 6. Aufl. § 495 BGB Rdn. 358; Emmerich, in: Graf v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG 2. Aufl. § 9 Rdn. 169; jeweils m.w.Nachw.).

[30] Der erkennende Senat, der die Frage, ob und inwieweit ein Rückforderungsdurchgriff möglich ist, bisher offen gelassen hat (vgl. Senatsurteile vom 27. Juni 2000 – XI ZR 210/99, WM 2000, 1687, 1689 und vom 5. Juni 2007 – XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, 1368, Tz. 12, m.w.Nachw.), schließt sich der letztgenannten Meinung an. Der Senat teilt die Auffassung des II. Zivilsenats und der überwiegenden Meinung in Instanzrechtsprechung und Literatur, dass **§ 9 Abs. 3 VerbrKrG a.F. keine abschließende Regelung** durch den Gesetzgeber des Verbraucherkreditgesetzes ist, durch den ein Rückforderungsdurchgriff generell ausgeschlossen werden sollte, sondern dass die Frage der Rückforderung bei dem verbundgeschäftlichen Dreiecksverhältnis bewusst Rechtsprechung und Lehre überlassen worden ist (BGHZ 156, 46, 55, m.w.Nachw.). Er ist jedoch in Abweichung von der Ansicht des II. Zivilsenats und in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung in der Instanzrechtsprechung und der Literatur der Auffassung, dass eine Analogie zu § 9

Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG a.F. nicht in Betracht kommt. Es kann insoweit auf die allgemeine zivilrechtliche Regelung des § 813 BGB zurückgegriffen werden, die unmittelbar anwendbar ist (OLG Dresden WM 2001, 136, 139). **Ein Bedürfnis für eine Analogie zu § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG a.F. besteht mangels einer Regelungslücke nicht.**

[31] Gemäß § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen war. Steht dem Käufer wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrages das Recht zu, die Kaufpreiszahlung auf Dauer zu verweigern, so kann er dies nach § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG a.F. auch dem Anspruch des Kreditgebers entgegenhalten. Die rechtshindernde Einwendung aus dem Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer stellt sich durch die nach § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG a.F. eröffnete Möglichkeit zur Geltendmachung dieser Einwendung im Verhältnis des Kreditnehmers zum Kreditgeber als von Anfang bestehende dauernde Einrede dar (OLG Dresden WM 2001, 136, 139; MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl. § 359 BGB Rdn. 66; Bülow/Artz, VerbrKrR 6. Aufl. § 495 BGB Rdn. 358; Erman/Saenger, BGB 11. Aufl. § 359 Rdn. 4; Palandt/Grüneberg, BGB 67. Aufl. § 359 Rdn. 7). Das auf das Darlehen Geleistete kann daher vom Kreditnehmer nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückverlangt werden. Dem kann, anders als ein Teil der Literatur meint (Reinicke/Tiedtke, ZIP 1992, 217, 224), nicht entgegengehalten werden, der wirksam geschlossene Darlehensvertrag sei als Rechtsgrund i.S. von § 812 BGB anzusehen. Wie sich aus § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, kann eine Forderung, der eine dauernde Einrede entgegensteht, grundsätzlich kein Rechtsgrund sein (Soergel/Häuser, BGB 12. Aufl. § 9 VerbrKrG Rdn. 121).

[32] Der erkennende Senat kann die Rechtsfrage, wie geschehen, entscheiden, ohne den Großen Senat für Zivilsachen nach § 132 GVG anrufen zu müssen, weil er von der Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs BGHZ 156, 46, 54 ff. nur in der Begründung, nicht aber im Ergebnis abweicht.

[33] Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass der Rückforderungsanspruch der Klägerin nicht gemäß § 197 BGB a.F. verjährt ist. Auch der bereicherungsrechtliche Anspruch auf Rückzahlung rechtsgrundlos erbrachter Zinsen und Tilgungsleistungen unterliegt grundsätzlich der **regelmäßigen Verjährungsfrist**, wenn sie in einer Summe am Ende der Vertragslaufzeit zu zahlen sind. Nur wenn die ungerechtfertigten Zinsen und Tilgungsleistungen periodisch fällig und dementsprechend bezahlt werden, entsteht mit jeder Zahlung ein sofort fälliger und damit ein regelmäßig zeitlich wiederkehrender Bereicherungsanspruch, welcher der kurzen Verjährung des § 197 BGB a.F. unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 22. Februar 2007 – XI ZR 56/06, WM 2007, 731, 732, Tz. 20). Werden Darlehenssumme und Zinsen – wie hier – in einem Betrag gezahlt, verbleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist. Diese beträgt nach § 195 BGB n.F. drei Jahre und ist erst vom 1. Januar 2002 an zu berechnen (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB). Die Verjährung ist daher durch die im Dezember 2004 erhobene Klage gehemmt worden (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 55 unten S. 121.

(3) BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 = WM 2008, 967 = NJW-RR 2008, 1436

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[20] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann ein [Rückforderungsanspruch] nicht auf § 9 Abs. 2 Satz 4, § 7 Abs. 4 VerbrKrG (VerbrKrG nachfolgend immer in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) und § 3 HWiG (in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) gestützt werden. Wie der Senat mit Urteil vom 4. Dezember 2007 (XI ZR 227/06, WM 2008, 244, 246, Tz. 30 f., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) – nach Erlass des Berufungsurteils – erkannt und im einzelnen begründet hat, ist für eine solche Analogie zu § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG kein Raum, weil der Verbraucher beim Vorliegen eines verbundenen Geschäfts nach § 9 Abs. 1 VerbrKrG gemäß **§ 813 Abs. 1 Satz 1 BGB** i.V. mit § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB die auf den Finanzierungskredit geleisteten Beträge vom Kreditgeber zurückverlangen kann, wenn der Verbraucher gegenüber dem Verkäufer berechtigt war, die Kaufpreiszahlung zu verweigern. In diesem Fall steht wegen des möglichen Einwendungsdurchgriffs (§ 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG) dem Zahlungsanspruch des Kreditgebers eine dauernde Einrede des Kreditnehmers entgegen.“

(4) BGH, 1.7.2008 – XI ZR 411/06, ZIP 2008, 1673 = WM 2008, 1596

Leitsatz siehe unten S. 73.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[15] Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte allerdings einen **Rückforderungsdurchgriff** aus einer entsprechenden Anwendung von § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG hergeleitet (BGHZ 156, 46, 54 ff.) und auf außerhalb der verbundenen Geschäfte stehende Dritte (z.B. Fondsinstitute und Gründungsgesellschafter) erweitert (BGH, Urteil vom 21. März 2005 – II ZR 411/02, WM 2005, 843, 845 f.). Diese Rechtsprechung, die der erkennende Senat entgegen der nicht nachvollziehbaren Ansicht des Berufungsgerichts schon im Ansatz niemals geteilt hat, ist mittlerweile im Einvernehmen mit dem II. Zivilsenat durch den erkennenden Senat aufgegeben worden (BGHZ 167, 239, 250, Tz. 28; Senatsurteile vom 5. Juni 2007 – XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, 1368, Tz. 12 und vom 4. Dezember 2007 – XI ZR 227/06, WM 2008, 244, 246, Tz. 28).

[16] Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann zum einen ein Rückforderungsdurchgriff bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts mangels Regelungslücke **nicht auf eine analoge Anwendung des § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG gestützt werden, sondern allein auf § 813 BGB** (Senatsurteil vom 4. Dezember 2007 – XI ZR 227/06, WM 2008, 244, 246, Tz. 30, zur Veröffentlichung in BGHZ 174, 334 vorgesehen und vom 18. Dezember 2007 – XI ZR 324/06, WM 2008, 967, 968, Tz. 20). Zum anderen scheidet ein Rückforderungsdurchgriff bei Ansprüchen des Anlegers gegen Gründungsgesellschafter, Fondsinstitute, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber, wie ihn das Berufungsgericht angenommen hat, von vornherein aus, weil ein Finanzierungszusammenhang, wie ihn die besonderen Regelungen über das verbundene Geschäft in § 9 VerbrKrG voraussetzen, in Bezug auf diese Personen nicht besteht. Aus der Beziehung des Anlegers zu der genannten Person resultiert ersichtlich keine Forderung gegen den Anleger, die Gegenstand einer Finanzierung durch die Bank sein könnte (vgl. Senatsurteile BGHZ 167, 239, 250, Tz. 28; vom 21. November 2006 – XI ZR 347/05, WM 2007, 200, 202, Tz. 22 und vom 24. April 2007 – XI ZR 340/05, WM 2007, 1257, 1259, Tz. 27, jeweils m.w.Nachw.). Es fehlt daher, was das Berufungsgericht verkennt, an jeglichem tragfähigen Anknüpfungspunkt für einen auf die Verbundregelung des § 9 VerbrKrG gestützten Rückforderungsdurchgriff (Senatsurteil vom 5. Juni 2007 – XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, 1368, Tz. 12).“

Hinweis: Soweit der XI. Senat in Rdn. 15 den Eindruck erweckt, die Rechtsprechung des II. Senats sei auch insoweit aufgegeben, wie der II. Senat einen Rückforderungsdurchgriff aus einer entsprechenden Anwendung des § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG herleitet, ist dies unzutreffend. Die Aufgabe der Rechtsprechung des II. Senats betrifft nur die Erweiterung auf Dritte (z.B. Fondsinstitute und Gründungsgesellschafter). Die Lösung des XI. Senats über § 813 BGB überzeugt auch in Teilbereichen nicht, weil sie z.B. beim Rücktritt keine Rückforderung gegenüber der finanzierenden Bank ermöglicht: Der Rücktritt wirkt – anders als die Anfechtung – nicht zurück, sodass bei Zahlungen vor Ausübung des Rücktrittsrechts noch keine (dauernde) Einrede i.S.v. § 813 BGB bestand. Außerdem kann gemäß § 813 BGB nicht die Rückzahlung einer an den Unternehmer geleisteten Anzahlung verlangt werden. Im Hinblick darauf besteht durchaus die – vom XI. Senat zu Unrecht verneinte – Regelungslücke.

g) Anfechtung des Darlehensvertrags + Anspruch gegen die Bank aus c.i.c.

(1) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = ZIP 2006, 1084 = WM 2006, 1066

1. siehe oben S. 43.

2. ...

3. + 4. siehe oben S. 65.

5. Ist ein Darlehensnehmer durch falsche Angaben zum Erwerb einer Fondsbeteiligung bewogen worden, kann er auch den mit dem Anlagevertrag gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG verbundenen Darlehensvertrag nach

§ 123 BGB anfechten, wenn die Täuschung auch für dessen Abschluss kausal war. Den daneben bestehenden Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss gegen den Vermittler kann der Darlehensnehmer ebenfalls gegen die kreditgebende Bank geltend machen, da der Vermittler bei einem verbundenen Geschäft nicht Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB ist.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[29] Die Rechte des Anlegers und Darlehensnehmers erschöpfen sich ... bei dessen **arglistiger Täuschung durch einen Vermittler** über die Fondsbeteiligung und einem **verbundenen Geschäft** nicht in den ... Rechten gegen die Fondsgesellschaft, die gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG der kreditgebenden Bank entgegengehalten werden können. Der Kreditnehmer kann in einem solchen Fall vielmehr ohne weiteres auch den mit dem Anlagevertrag gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG verbundenen **Darlehensvertrag** als solchen nach § 123 BGB **anfechten**, 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 i.S. von § 123 Abs. 2 BGB (BGH, Urteile vom 6. Juli 1978 – III ZR 63/76, WM 1978, 1154, 1155 und vom 8. Februar 1979 – III ZR 2/77, WM 1979, 429, 431; Hopt, in Festschrift für Stimpel S. 265, 269 ff.). Von einer solchen Kausalität, die festzustellen allerdings Sache des Berufungsgerichts ist, wird wegen der wirtschaftlichen Einheit von Fondsbeitritt und Kreditvertrag regelmäßig auszugehen sein (Habersack, in: Ulmer/Habersack, VerbrKrG 2. Aufl. § 9 Rdn. 84).

[30] Anstelle der Anfechtung auch des Darlehensvertrages kann der über die Fondsbeteiligung getäuschte Anleger und Kreditnehmer, etwa wenn die Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB verstrichen ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 1979 – V ZR 75/78, WM 1979, 915) oder wenn es ausnahmsweise an der notwendigen Arglist fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1997 – V ZR 29/96, WM 1997, 2309, 2311), bei einem verbundenen Vertrag (§ 9 Abs. 1 VerbrKrG) im Falle eines Vermögensschadens einen **Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss gegen die kreditgebende Bank** geltend machen. Denn diese muss sich bei einem verbundenen Geschäft das täuschende Verhalten des Vermittlers zurechnen lassen, da dieser nicht Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB ist. Zur Vermeidung eines unvermeidbaren Wertungswiderspruchs ist es deshalb geboten, bei einem verbundenen Geschäft (§ 9 Abs. 1 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 zuzurechnen**. Ob die Bank auch bei einem nicht verbundenen Geschäft unter besonderen Voraussetzungen sich entgegenhalten lassen muss, dass sie Kenntnis von der Unrichtigkeit von Angaben von Initiatoren oder Vermittlern bzw. des Fondsprospekts gehabt hat, bedarf hier keiner Entscheidung.

[31] Nach dem Grundsatz der **Naturalrestitution (§ 249 Satz 1 BGB)** ist der Anleger und Kreditnehmer so zu stellen, wie er ohne die Täuschung gestanden hätte. Nach der Lebenserfahrung, die im konkreten Fall zu widerlegen Sache der Bank ist, ist davon auszugehen, dass er dem Fonds dann nicht beigetreten wäre (vgl. Senatsurteil BGHZ 124, 151, 159 f. m.w.Nachw.) und deshalb auch den Kredit nicht aufgenommen hätte. Der Anleger muss den Kredit deshalb nicht zurückzahlen, sondern nur seinen Fondsanteil, nach dessen Kündigung seinen Abfindungsanspruch, an die kreditgebende Bank abtreten, die ihrerseits die Rückerstattung von Zins- und Tilgungsleistungen an den Kreditnehmer und Anleger – abzüglich der nach dem Prinzip der Vorteilsausgleichung anzurechnenden Fondsausschüttungen und etwaiger Steuerersparnisse – schuldet.“

(2) BGH, 5.6.2007 – XI ZR 348/05, NJW 2007, 2407 = ZIP 2007, 1401 = WM 2007, 1367

Leitsatz siehe oben S. 66.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGHZ 167, 239, 251 Tz. 30) kann der über die Fondsbeteiligung arglistig getäuschte Anleger und Kreditnehmer bei einem verbundenen Vertrag (§ 9 Abs. 1 VerbrKrG) im Falle eines Vermögensschadens einen **Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss** gegen die kreditgebende Bank geltend machen. Denn diese muss sich bei einem verbundenen

Geschäft das täuschende Verhalten des Vermittlers zurechnen lassen, da dieser nicht Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB ist. ...

[18] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 158, 110, 121, Urteil vom 22. März 2007 – III ZR 218/06, WM 2007, 873, 874 Tz. 9) ist der Vermittler einer mittels Prospekts vertriebenen Kapitalanlage nur dann verpflichtet, den Anleger ungefragt über die Gesamthöhe einer Innenprovision aufzuklären, wenn die **Provision 15% des Erwerbspreises überschreitet**, ...

[20] ... [N]ach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [dürfen] Angaben in einem Prospekt, die zu Provisionen gemacht werden, nicht irreführend sein (BGHZ 158, 110, 121 f.). Ein Anlagevermittler hat deshalb unabhängig von der Gesamthöhe der Innenprovision Aufklärung zu leisten, wenn im Prospekt die **Angaben über die Vertriebskosten unzutreffend** sind und er das ohne weiteres daran erkennen kann, dass er selbst eine Provision erhält, die die ausgewiesenen Vertriebskosten übersteigt (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2007 – III ZR 218/06, WM 2007, 873, 874 Tz. 8). ...

[21] ... [D]as Berufungsgericht [hat] bisher ... nicht [festgestellt], dass dem Vermittler bei der etwaigen Aufklärungspflichtverletzung vorsätzliches Verhalten zur Last fällt. **Zuzurechnen ist der Beklagten als kreditgebender Bank** nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats **nur eine vorsätzliche Täuschung** der Kläger durch den Vermittler. Nur dann können die Kläger nicht nur ihre Fondsbeteiligung fristlos kündigen, sondern auch den mit dem Fondsbeitritt verbundenen Darlehensvertrag als solchen nach § 123 BGB anfechten, wenn die Täuschung auch für den Abschluss kausal war, oder, etwa wenn die Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB verstrichen ist, einen Schadensersatzanspruch aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsschluss gegen die Beklagte geltend machen (Senatsurteile BGHZ 167, 239, 251 Tz. 30 und vom 21. November 2006 – XI ZR 347/05, WM 2007, 200, 202 Tz. 28). Bei der Beurteilung der Frage, ob dem Vermittler Vorsatz zur Last fällt, wird das Berufungsgericht neben dem Stand der Rechtsprechung im Jahre 1991 zur verborgenen Innenprovision zu berücksichtigen haben, dass **ein Rechtsirrtum** nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **Vorsatz ausschließt** (BGHZ 69, 128, 142; 118, 201, 208; Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 56/05, WM 2007, 487, 490 Tz. 25, für BGHZ vorgesehen).“

(3) BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 = ZIP 2007, 1452 = WM 2007, 1456

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[24] Nach dem für die Revision maßgeblichen Sachverhalt steht den Beklagten ein Freistellungsanspruch nämlich aus einer vorsätzlichen culpa in contrahendo auf Grund einer arglistigen Täuschung der Beklagten durch den Vermittler zu.

[25] Der erkennende Senat hat in seinen – erst nach dem angefochtenen Urteil – ergangenen Entscheidungen vom 25. April 2006 (BGHZ 167, 239, 250 f., Tz. 29 f.) und 13. Februar 2007 (XI ZR 145/06, Umdruck S. 9 f., Tz. 18) entschieden und im Einzelnen begründet, dass sich die das Anlagegeschäft des Verbrauchers finanzierende Bank bei **Vorliegen eines verbundenen Geschäfts** im Sinne des § 9 VerbrKrG eine arglistige Täuschung des Vermittlers über das Anlageobjekt zurechnen lassen muss. Der Verbraucher kann in diesem Fall der finanzierenden Bank gegenüber den **Darlehensvertrag entweder gemäß § 123 BGB anfechten oder Schadensersatz aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsschluss** (jetzt § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) in Verbindung mit dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 Satz 1 BGB verlangen.

[26] Die Voraussetzungen liegen nach dem im Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt vor, da die Beklagten behaupten, **von dem Vermittler arglistig getäuscht** worden zu sein. Zwar erscheint zweifelhaft, ob die von ihnen behauptete arglistige Täuschung des Vermittlers L. über den Wert der Immobilie, einen möglicherweise zu erwartenden Gewinn bei Verkauf derselben oder der Deckung der Finanzierungskosten hinreichend dargetan ist, oder ob es sich insoweit lediglich um allgemeine **Anpreisungen und Prognosen** handelt, die für eine arglistige Täuschung nicht ausreichen (vgl. zur Abgrenzung Senatsurteil vom 19. September 2006 – XI ZR 204/04, WM 2006, 2343, 2345 f., zur Veröffentlichung in BGHZ 169, 109 ff. vorgesehen). Auch fehlt es insoweit bislang an Vortrag zu einer entsprechenden Kenntnis des Vermittlers L. von der Unrichtigkeit seiner angeblichen Äußerungen. Eine arglistige Täuschung läge aber vor, wenn sich der Vortrag der Beklagten als richtig herausstellen würde, der Mitarbeiter des Vermittlers L., Herr P., habe im Beurkundungstermin wahrheitswidrig auf Nachfrage des Notars angegeben, dass mit dem Bau der zu erwerben-

den Immobilie noch nicht begonnen worden sei. Tatsächlich sei der **Bau schon etwa zwei Jahre zuvor fertig gestellt** gewesen. Deshalb hätten die Beklagten bei weitem nicht die von L. in Aussicht gestellten steuerlichen Vergünstigungen erzielen können, da dies nur möglich gewesen sei, wenn mit dem Bau erst nach Erbringung von Vorschüssen auf die Herstellungskosten durch den Anleger begonnen worden wäre.

[27] Sollte sich dieser Vortrag – gegebenenfalls nach einer Beweisaufnahme – als richtig erweisen, könnten die Beklagten auf Grund einer vorsätzlichen culpa in contrahendo von der Klägerin die Freistellung von ihrer Darlehensverbindlichkeit gegenüber der Gläubigerin beanspruchen, sofern die Täuschung auch für den Abschluss des mit dieser geschlossenen Vertrages ursächlich war. Rechtsfolge eines solchen Schadensersatzanspruches aus vorsätzlicher culpa in contrahendo ist nämlich, dass der Anleger und Kreditnehmer so zu stellen ist, wie er ohne die Täuschung gestanden hätte. Dabei ist nach der Lebenserfahrung, die zu widerlegen Sache der Bank ist, davon auszugehen, dass der Darlehensnehmer von dem finanzierten Geschäft abgesehen hätte (vgl. Senatsurteil BGHZ 167, 239, 251, Tz. 31), die Beklagten demnach den Kaufvertrag nicht geschlossen und auch den zeitlich späteren Kredit bei der Gläubigerin nicht aufgenommen hätten.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 54 und 60.

(4) BGH, 1.7.2008 – XI ZR 411/06, ZIP 2008, 1673 = WM 2008, 1596

Eine Haftung der Bank nach den Grundsätzen der Senatsrechtsprechung vom 25. April 2006 (BGH, 25. April 2006, XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239, 250 f., Tz. 29 f.) setzt zwingend eine arglistige Täuschung durch den Vermittler voraus. Für die Arglist trägt der Darlehensnehmer/Anleger die Beweislast; § 282 BGB a.F. ist insofern nicht anwendbar. Gleiches muss für den nach der genannten Senatsrechtsprechung aus der arglistigen Täuschung abgeleiteten Anspruch aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsverhandlungen gelten.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[17] Rechtsfehlerhaft sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es auf der Grundlage des Senatsurteils vom 25. April 2006 (BGHZ 167, 239, 250, Tz. 29 ff.) eine Haftung der Beklagten [= Bank] wegen einer **zurechenbaren arglistigen Täuschung durch den Vermittler** D. angenommen hat.

[18] Allerdings hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ... angenommen, dass der Beitritt zum Fonds und der Finanzierungskredit ein **verbundenes Geschäft** i.S. von § 9 Abs. 1 VerbrKrG bilden.

[19] Das Berufungsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger nach der genannten Senatsrechtsprechung nur dann einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte haben kann, wenn sein Fondsbeitritt durch eine arglistige Täuschung des Vermittlers veranlasst worden wäre. Im Falle einer solchen Täuschung und einem verbundenen Geschäft erschöpfen sich die Rechte des Anlegers und Darlehensnehmers nicht in der Möglichkeit der Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung und dem ihm nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft zustehenden Anspruch auf ein Abfindungsguthaben (BGHZ 156, 46, 53; 167, 239, 250, Tz. 28) gegen die Fondsgesellschaft, den er gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG der kreditgebenden Bank entgegenhalten könnte. Der Kreditnehmer kann in einem solchen Fall vielmehr ohne weiteres auch den mit dem Anlagevertrag gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG verbundenen **Darlehensvertrag als solchen nach § 123 BGB anfechten**, 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 i.S. von § 123 Abs. 2 BGB. Von einer solchen **Kausalität**, die **festzustellen** allerdings Sache der Instanzgerichte ist, wird wegen der wirtschaftlichen Einheit von Fondsbeitritt und Kreditvertrag regelmäßig auszugehen sein. Anstelle der Anfechtung auch des Darlehensvertrages kann der über die Fondsbeteiligung getäuschte Anleger und Kreditnehmer bei einem verbundenen Geschäft (§ 9 Abs. 1 VerbrKrG) im Falle eines Vermögensschadens einen **Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss** gegen die kreditgebende Bank geltend machen. Denn diese muss sich bei einem verbundenen Geschäft das täuschende Verhalten des Vermittlers zurechnen lassen, da dieser nicht Dritter i.S. von § 123 Abs. 2 BGB ist. Zur Vermeidung eines unvertretbaren Wertungswiderspruchs ist es deshalb geboten, bei einem verbundenen Geschäft (§ 9 Abs. 1 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 zuzurechnen (BGHZ 167, 239, 250 f., Tz. 29 f. m.w. Nachw.). ...

[23] Rechtsfehlerhaft ist ... weiter die Ansicht des Berufungsgerichts, vorsätzliches Handeln des Vermittlers werde nach § 282 BGB a.F. (jetzt: § 280 BGB) vermutet. § 282 BGB a.F. ist hier ersichtlich nicht anwendbar. Grund der Haftung der Bank ist eine arglistige Täuschung durch den Vermittler. Diese wird nach der genannten Senatsrechtsprechung lediglich zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen wie ein vorsätzliches Verschulden bei Vertragsverhandlungen behandelt und der Bank zugerechnet, da der Vermittler bei einem verbundenen Geschäft nicht Dritter i.S. des § 123 Abs. 2 BGB ist. Aus dieser Herleitung des Anspruchs folgt zwingend, dass die **Grundsätze des § 282 BGB a.F.** hier **keine Anwendung finden** können. Denn Grundlage der Haftung ist eine arglistige Täuschung. Bei dieser muss aber der Getäuschte die **Arglist darlegen und beweisen** (vgl. statt aller Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB 67. Aufl. § 123 Rdn. 30 m.w.Nachw.). Nichts anderes kann für den aus der arglistigen Täuschung abgeleiteten Anspruch aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsverhandlungen gelten. Es ist dementsprechend anerkannt, dass bei Ansprüchen, bei denen Vorsatz Voraussetzung der Norm selbst ist (vgl. dazu BVerfG, WM 2008, 721, 722 m.w.Nachw.), § 282 BGB a.F. (jetzt § 280 BGB) keine Anwendung findet (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1998 – VI ZR 388/97, NJW 1999, 714; MünchKommBGB/Ernst, 5. Aufl. § 280 Rdn. 35).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 70.

(5) BGH, 24.3.2009 – XI ZR 456/07, ZIP 2009, 1054 = WM 2009, 1028

1. siehe oben S. 19.

2. siehe oben S. 7.

3. Zur Frage einer arglistigen Täuschung potentieller Fondsgesellschafter durch Gründungsgesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds und Vermittler der Fondsbeteiligung.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

Siehe zunächst die Wiedergabe der Rdn. 33 bis 37 unten S. 97; zur Haftung aus c.i.c. beim Verbundgeschäft wegen einer zugerechneten Täuschung des Vermittlers sodann die nachfolgend abgedruckte Rdn. 38:

„[38] Ebenfalls rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, dass von den Klägern [= Anleger] eine **arglistige Täuschung durch den Vermittler R.** nicht geltend gemacht werde. Zwar haben sich die Kläger auf unrichtige Angaben im Prospekt bezogen; hierin liegt aber erkennbar zugleich der Vortrag, dass sie von dem Vermittler, der sie unter Verwendung dieses Prospektes geworben hat, über die wesentlichen Angaben, die falsch im Prospekt dargestellt sind und deren Unrichtigkeit er kannte, auch getäuscht worden sind. Eine solche Täuschung kommt nach dem Klägervortrag in Bezug auf die Höhe der Provision in Betracht. Die von der W. eingeschaltete Vermittlungsgesellschaft hatte positive Kenntnis davon, dass die im Prospekt ausgewiesenen **Provisionsangaben unrichtig** waren, wenn sie selbst eine höhere als die ausgewiesene Provision erhalten hat. Gleiches gilt für den Vermittler R., wenn er persönlich mehr als die ausgewiesenen 1.839 DM bezogen hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2007 – III ZR 218/06, WM 2007, 873, Tz. 8). Nach dem Klägervortrag ist daher auch wegen einer von der Vertriebsgesellschaft oder ihrem Mitarbeiter im Kontext eines verbundenen Geschäfts begangenen arglistigen Täuschung ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten gegeben (vgl. Senatsurteile BGHZ 167, 239, Tz. 29 f. und vom 5. Juni 2007 – XI ZR 348/05, WM 2007, 1367, Tz. 14).“

6. Allgemeine Regeln zum Schadensersatz (für Verbund- und sonstige Geschäfte)

a) Haftungstatbestand

(1) BGH, 16.5.2006 – XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 = ZIP 2006, 1187

1. + 2. siehe oben S. 30.

3. In Fällen eines institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter eines finanzierten Objekts können sich Anleger unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts über das Anlageobjekt berufen. Die eine eigene Aufklärungspflicht auslösende Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung wird widerleglich vermutet, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[41] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine **kreditgebende Bank** bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbmodellen **zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet**. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, dass die Kunden entweder über die notwendigen Kenntnisse oder Erfahrungen verfügen oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient haben. Aufklärungs- und Hinweispflichten bezüglich des finanzierten Geschäfts können sich daher nur aus den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls ergeben. Dies kann der Fall sein, wenn die Bank im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht, wenn sie einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden besonderen Gefährdungstatbestand für den Kunden schafft oder dessen Entstehung begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit Kreditgewährungen sowohl an den Bauträger als auch an einzelne Erwerber in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt oder wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann (vgl. etwa Senat, BGHZ 159, 294, 316; 161, 15, 20 sowie Senatsurteile vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 76 und vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830). ...

[50] ... Im Interesse der Effektivierung des Verbraucherschutzes bei realkreditfinanzierten Wohnungskäufen und Immobilienfondsbeteiligungen, die nicht als verbundene Geschäfte behandelt werden können (vgl. zu verbundenen Geschäften Senatsurteil vom 25. April 2006 – XI ZR 193/04, Umdruck S. 6 ff., 12 f.), und um dem in den Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (Rs. C-350/03, WM 2005, 2079 ff. Schulte und Rs. C-229/04, WM 2005, 2086 ff. Crailsheimer Volksbank) zum Ausdruck kommenden Gedanken des Verbraucherschutzes vor Risiken von Kapitalanlagemodellen im nationalen Recht Rechnung zu tragen, **ergänzt der Senat seine Rechtsprechung** zum Bestehen von Aufklärungspflichten der kreditgebenden Bank in diesen Fällen:

[51] Danach können sich die Anleger in Fällen eines institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts über das Anlageobjekt berufen. Die eine eigene Aufklärungspflicht der Bank begründende **Fallgruppe des konkreten Wissensvorsprungs** wird

unter bestimmten Voraussetzungen durch eine **Beweiserleichterung** in Form einer widerleglichen Vermutung für die bislang von dem Darlehensnehmer darzulegende und zu beweisende (vgl. BGH, Senatsurteil vom 12. November 2002 – XI ZR 3/01, WM 2003, 61, 62) Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung durch den Verkäufer oder Fondsinitiator sowie der von ihnen eingeschalteten Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts ergänzt.

[52] **Die Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung wird widerleglich vermutet, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken**, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsvermittler, angeboten wurde **und die Unrichtigkeit der Angaben** des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falles **evident ist**, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.

[53] Dabei ist für die **Annahme eines institutionalisierten Zusammenwirkens** nicht ausreichend, dass die Bank den übrigen am Vertrieb des Kapitalanlagemodells Beteiligten bereits vorab eine allgemeine Finanzierungszusage gegeben hat. Vielmehr 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 oder konkreter Vertriebsabsprachen bestanden haben (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1980 – III ZR 172/78, WM 1980, 620, 622 und Senatsurteil vom 5. Mai 1992 – XI ZR 242/91, WM 1992, 1355, 1358; vgl. Erman/Saenger, BGB 11. Aufl. § 358 Rdn. 7; MünchKommBGB/Habersack 4. Aufl. § 358 Rdn. 38; Staudinger/Kessal-Wulf BGB Neubearb. 2004 § 358 Rdn. 30), oder sich daraus ergeben, 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 (vgl. BGHZ 91, 9, 12; 159, 294, 301; BGH, Urteile vom 9. Februar 1978 – III ZR 31/76, WM 1978, 459, 460, vom 7. Februar 1980 – III ZR 141/78, WM 1980, 327, 328 f., vom 25. Oktober 2004 – II ZR 373/01, BKR 2005, 73, 74, vom 15. November 2004 – II ZR 375/02, WM 2005, 124, 126 und vom 6. Dezember 2004 – II ZR 394/02, WM 2005, 295, 297; Senatsurteile vom 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2234 und vom 25. April 2006 – XI ZR 193/04, Umdruck S. 8) oder etwa daraus, dass der Verkäufer oder die Vermittler dem finanzierenden Institut wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen oder Fondsbeteiligungen desselben Objektes vermittelt haben (vgl. BGHZ 91, 9, 12; OLG Bamberg WM 2005, 593, 596).

[54] 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 (vgl. BGHZ 156, 46, 51; BGH, Senatsurteil vom 23. September 2003 – XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2234).

[55] Von einer evidenten Unrichtigkeit der **Angaben** des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts 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. ...

[61] Ihre danach bestehende Aufklärungspflicht wegen eines objektiven Wissensvorsprungs über die speziellen Risiken der zu finanzierenden Kapitalanlage hat die Beklagte [= Bank], für die dieser Wissensvorsprung angesichts ihrer institutionalisierten Zusammenarbeit mit der Verkäuferin und den eingeschalteten Vermittlern sowie der **evidenten Unrichtigkeit der Angaben zur Miethöhe** auch erkennbar war, auf der Grundlage des im Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalts verletzt. Sie hat die Kläger [= Kreditnehmer] nach dem Grundsatz der **Naturalrestitution (§ 249 Satz 1 BGB)** so zu stellen, wie sie ohne die schuldhafte Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten gestanden hätten. Dabei ist nach der Lebenserfahrung, die im konkreten Fall zu widerlegen der Darlehensgeberin obliegt, 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 B-Bank und die beiden Bausparverträge bei der Beklagten abgeschlossen noch die Grundschuldbestellung und die Übernahme der persönlichen Haftung nebst Vollstreckungsunterwerfung notariell erklärt hätten. Diesen Schadensersatzanspruch können die Kläger ihrer Inanspruchnahme aus der notariellen Vollstreckungsunterwerfungserklärung wegen der von ihnen übernommenen persönlichen Haftung gemäß § 242 BGB entgegen halten.“

(2) BGH, 19.9.2006 – XI ZR 204/04, BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 = ZIP 2006, 2262

1. Ein die Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank bei institutionalisiertem Zusammenwirken mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts auslösender konkreter Wissensvorsprung im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung setzt konkrete, dem Beweis zugängliche unrichtige Angaben des Vermittlers oder Verkäufers über das Anlageobjekt voraus (Ergänzung von BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194 ff., für BGHZ vorgesehen).

2. – 4. siehe oben S. 31.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[17] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. ...

[20] Ein den Substantiierungsanforderungen genügender Vortrag zu einem ... Minderwert der erworbenen Wohnung erfordert die **Darlegung konkreter, dem Beweis zugänglicher Angaben zu den wertbildenden Faktoren der erworbenen Wohnung** (Senat, Urteil vom 12. November 2002 – XI ZR 3/01, WM 2003, 61, 62). ...

[22] Soweit der erkennende Senat mit Urteil vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 f. Tz. 50 ff., für BGHZ vorgesehen) im Interesse der Effektivierung des Verbraucherschutzes bei realkreditfinanzierten Wohnungskäufen und Immobilienfondsbeteiligungen, die nicht als verbundene Geschäfte behandelt werden können, und um dem in den Entscheidungen des EuGH vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 ff. – Schulte und WM 2005, 2086 ff. – Crailsheimer Volksbank) zum Ausdruck kommenden Gedanken des Verbraucherschutzes vor Risiken von Kapitalanlagemodellen im nationalen Recht Rechnung zu tragen, seine Rechtsprechung zum Bestehen von Aufklärungspflichten der kreditgebenden Bank in diesen Fällen ergänzt hat, rechtfertigt dies hier kein anderes Ergebnis. ...

[24] [Die] Voraussetzungen liegen hier schon deshalb nicht vor, weil es bisher an ausreichendem Vorbringen zu einer arglistigen Täuschung durch evident unrichtige Angaben des Vermittlers fehlt. Hierzu ist erforderlich, dass **sich die behauptete Täuschung** durch Vorspiegeln oder Entstellen von Umständen **auf objektiv nachprüfbare Angaben bezieht** und nicht lediglich subjektive Werturteile oder marktschreierische Anpreisungen vermittelt werden (vgl. PWW/Ahrens, BGB § 123 Rdn. 5; MünchKommBGB/Kramer, 4. Aufl. § 123 Rdn. 15; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. § 123 Rdn. 3). Ein die Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank auslösender konkreter Wissensvorsprung im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers setzt dem entsprechend konkrete, dem Beweis zugängliche unrichtige Angaben des Vermittlers oder Verkäufers über das Anlageobjekt voraus. Daran fehlt es hier nach dem insoweit revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vortrag des Klägers.

[25] Danach hat der Vermittler fälschlich angegeben, es handele sich um eine risikolose Immobilie, die ihren Wert nicht nur erhalte, sondern mit großer Wahrscheinlichkeit sogar noch steigere. Ein Verkauf der Immobilie nach ca. 5 bis 10 Jahren sei verlustfrei möglich auf Grund der üblichen Wertentwicklung und damit auch eine Rückführung des Darlehens. Bis auf einen monatlichen Geringst-Betrag würden die Kosten des Erwerbs der Wohnung aufgefangen durch Mieteinnahmen und Steuervorteile. Insbesondere die falsche Zusicherung, eine Immobilie ohne Eigenmittel erwerben zu können, die hervorragend zur Altersvorsorge und zum Steuersparen geeignet sei, habe den Kläger überzeugt.

[26] Bei diesen Aussagen des Vermittlers handelt es sich **lediglich** um **subjektive Werturteile und unverbindliche Anpreisungen**, nicht aber um eine Täuschung durch unrichtige Angaben zu dem Anlageobjekt. ...“

(3) BGH, 26.9.2006 – XI ZR 283/03, NJW 2007, 361 = ZIP 2006, 2258 = WM 2006, 2347

Zu den Voraussetzungen eines institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter eines finanzierten Objekts (Ergänzung zu BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[28] Soweit der erkennende Senat mit Urteil vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 f. Tz. 50 ff., für BGHZ vorgesehen) im Interesse der Effektivierung des Verbraucherschutzes bei realkreditfinanzierten Wohnungskäufen und Immobilienfondsbeteiligungen, die nicht als verbundene Geschäfte behandelt werden können, und um dem in den Entscheidungen des EuGH vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2079 ff. – Schulte und WM 2005, 2086 ff. – Crailsheimer Volksbank) zum Ausdruck kommenden Gedanken des Verbraucherschutzes vor Risiken von Kapitalanlagemodellen im nationalen Recht Rechnung zu tragen, seine Rechtsprechung zum Bestehen von Aufklärungspflichten der kreditgebenden Bank in diesen Fällen ergänzt hat, rechtfertigt das hier kein anderes Ergebnis. ...

[30] [Die] Voraussetzungen liegen hier schon deshalb nicht vor, weil es an einem **institutionalisierten Zusammenwirken** der Beklagten mit dem Vermittler bzw. dem Verkäufer des Kaufobjekts fehlt. Hierzu 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 oder konkreter Vertriebsabsprachen bestanden haben, oder sich daraus ergeben, 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 etwa daraus, dass der Verkäufer oder die Vermittler dem finanzierenden Institut wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen oder Fondsbeteiligungen desselben Objektes vermittelt haben (Senatsurteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 f. Tz. 53 m.w.Nachw., für BGHZ vorgesehen).

[31] Nichts von alledem liegt nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hier vor. Die Beklagte hat mit dem Verkäufer nicht regelmäßig zusammengearbeitet, sondern **lediglich von Zeit zu Zeit** auf dessen Initiative **Finanzierungswünsche geprüft** und gegebenenfalls entsprechende Finanzierungen übernommen. Vermittler und Verkäufer haben auch nicht ihrerseits Formulare der Beklagten benutzt. Bei den Darlehensverträgen, die der Vermittler dem Kläger vorgelegt hat, handelte es sich um die von der Beklagten bereits unterschriebenen Darlehensverträge, die sie auf den an sie herangetragenen Finanzierungswunsch hin vorbereitet und dem Vermittler bzw. dem Verkäufer lediglich zur Unterzeichnung durch den Kläger ausgehändigt hatte.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben Seite 33.

(4) BGH, 17.10.2006 – XI ZR 205/05, ZIP 2007, 18 = WM 2007, 114 = NJW-RR 2007, 257

Die Bank muss den kreditsuchenden Kunden nicht nur auf eine erkannte Sittenwidrigkeit der Kaufpreisvereinbarung, sondern auch auf eine erkannte arglistige Täuschung des Verkäufers gemäß § 123 BGB über wesentliche Eigenschaften der Kaufsache und/oder auf eine damit häufig verbundene vorsätzliche culpa in contrahendo ungefragt hinweisen

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[16] ... Die kreditgebende Bank trifft, was das Berufungsgericht nicht berücksichtigt hat, eine **Aufklärungs- und Warnpflicht** nämlich auch dann, wenn sie bei Vertragsschluss weiß, dass für die Bewertung des Kaufobjektes **wesentliche Umstände durch Manipulation verschleiert** wurden (vgl. Senatsurteil vom 17.

Dezember 1991 – XI ZR 8/91, WM 1992, 216, 218), oder dass der Vertragsschluss ihres Kunden auf einer arglistigen Täuschung des Verkäufers im Sinne des § 123 BGB (vgl. BGH, Urteile vom 1. Juli 1989 – III ZR 277/87, WM 1989, 1368, 1370 und vom 11. Februar 1999 – IX ZR 352/97, WM 1999, 678, 679) bzw. auf einer vorsätzlichen culpa in contrahendo beruht. Dass der von den Klägern geschlossene Kaufvertrag hier sittenwidrig und nichtig ist, es also einer Anfechtung gemäß § 123 BGB oder einer schadensersatzrechtlichen Rückabwicklung nach den Regeln der culpa in contrahendo nicht bedarf, entlastet die Beklagte nach dem Schutzgedanken der Aufklärungs- und Hinweispflicht nicht. Eine der Beklagten möglicherweise bekannte **Täuschung** der Kläger **über den Zustand, das Alter und die Größe der Eigentumswohnung** hat das Berufungsgericht nicht geprüft.

[17] Überdies wird das Berufungsurteil der erst nach seiner Verkündung modifizierten Rechtsprechung des erkennenden Senats zur tatsächlichen Vermutung eines Wissensvorsprungs der kreditgebenden Bank nicht gerecht. ...

[18] Bei Anwendung [der] im Urteil des erkennenden Senats vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 f., Tz. 53-55) näher dargelegten Grundsätze besteht nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt eine eigene vorvertragliche Hinweis- und Aufklärungspflicht der kreditgebenden Beklagten, weil sowohl ihre Kenntnis von dem sittenwidrig überhöhten Kaufpreis als auch von den vorsätzlich falschen Angaben der für den Verkäufer tätig gewordenen Vermittlerin sowie ihres Prospekts über den damaligen Wert sowie über andere verkehrswesentliche Eigenschaften der Eigentumswohnung widerleglich vermutet wird, so dass von einem erkennbaren konkreten Wissensvorsprung der Beklagten gegenüber den Klägern bei Abschluss des Darlehensvertrages auszugehen ist.

[19] Nach dem revisionsrechtlich maßgeblichen Sachvortrag wussten Mitarbeiter der Beklagten, deren Kenntnis sie sich zurechnen lassen muss, dass die veräußerten Eigentumswohnungen weit überteuert und überdies mit erheblichen Baumängeln behaftet waren. **Die Unrichtigkeit der Angaben** der Vermittlerin in ihrem Prospekt und bei den von deren Mitarbeiter R. geführten Vertragsverhandlungen **über den Wert der streitgegenständlichen Wohnung sowie deren baulichen Zustand war evident**, zumal vor der Kreditvergabe eine Ortsbesichtigung durch Mitarbeiter der Beklagten stattgefunden haben soll. Darüber hinaus musste – worauf die Revision mit Recht hinweist – den für die Beklagte handelnden Angestellten auch die Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen Baujahr des Gebäudes einerseits und dem von der Vermittlerin im Prospekt genannten Baujahr 1991 andererseits ins Auge springen.

[20] Die Kenntnis der Beklagten von [den] evident fehlerhaften Angaben über den Wert und andere wertbildende Eigenschaften der Eigentumswohnung wird widerlegbar vermutet, weil ... die weiteren Voraussetzungen für die Beweiserleichterung ... nach dem im Revisionsverfahren maßgeblichen Sachvortrag der Kläger vorliegen. Danach bestand zwischen der Beklagten, dem Verkäufer der Eigentumswohnung und der eingeschalteten Vermittlerin eine **institutionalisierte Zusammenarbeit**, die den Vertrieb der erforderlichen Darlehen einschloss. Grundlage dieser planmäßigen und arbeitsteiligen Zusammenarbeit bildete ein gemeinsames Vertriebskonzept der Beklagten und der Vermittlerin, in dessen Rahmen ca. 150 bis 200 Eigentumswohnungen an interessierte Kapitalanleger verkauft wurden. Die Finanzierung der mit Hilfe der Vermittlerin veräußerten Immobilien erfolgte weitgehend durch die Beklagte, deren damaliger Filialleiter mit dem Inhaber der Vermittlerin persönlich verbunden war.

[23] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist ein etwaiger **Schadensersatzanspruch** der Kläger auch **nicht verwirkt**. ...

[25] ... [D]ie Kläger [haben] keinen konkreten Vertrauenstatbestand geschaffen, der ihr jetziges Klagebegehren als ein widersprüchliches und damit gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten erscheinen lässt. Der Umstand, dass sie das von der Beklagten nach Ablauf der fünfjährigen Zinsbindungsfrist unterbreitete Angebot auf Änderung der Vertragskonditionen angenommen haben, ohne sich dabei auf eine Aufklärungspflichtverletzung zu berufen, reicht hierfür nicht aus. ...“

(5) BGH, 21.11.2006 – XI ZR 347/05, NJW 2007, 1127 = WM 2007, 200 = ZIP 2007, 264

1. ...

2. Die im Senatsurteil vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 f. Tz. 50 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) aufgestellten Grundsätze über einen Schadensersatzanspruch des Erwerbers

einer kreditfinanzierten Immobilienkapitalanlage aus einem eigenen Aufklärungsverschulden der finanzierenden Bank wegen eines Wissensvorsprungs gelten auch bei einem verbundenen Geschäft, wenn die außerhalb des Verbunds stehenden Fondsiniiatoren oder Gründungsgesellschafter die arglistige Täuschung begangen haben und die Klägerin mit ihnen in institutionalisierter Art und Weise zusammengewirkt hat.

(6) BGH, 5.12.2006 – XI ZR 341/05, ZIP 2007, 414 = WM 2007, 440

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[28] Entgegen der Ansicht der Revision können die Klägerin [= Anlegerin] und der Drittwiderbeklagte der Beklagten [= Bank] auch keine Schadensersatzansprüche aus c.i.c. wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht entsprechend den Grundsätzen des Urteils des Senats vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 f., für BGHZ 168, 1 vorgesehen) entgegenhalten. ...

[30] ... [Es fehlt] bereits an ausreichendem Vorbringen zu einer arglistigen Täuschung durch evident unrichtige Angaben des Vermittlers. Hierzu ist erforderlich, dass sich die behauptete **Täuschung** durch Vorspiegeln oder Entstellen von Umständen auf **objektiv nachprüfbar**e Angaben bezieht und nicht lediglich subjektive Werturteile oder marktschreierische Anpreisungen vermittelt werden (vgl. PWW/Ahrens, BGB § 123 Rdn. 5; MünchKomm/Kramer, BGB 5. Aufl. § 123 Rdn. 15; Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl. § 123 Rdn. 3). Ein die Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank auslösender konkreter Wissensvorsprung im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers setzt dem entsprechend konkrete, dem Beweis zugängliche unrichtige Angaben des Vermittlers, Verkäufers oder Fondsiniiators über das Anlageobjekt voraus (Senat, Urteil vom 19. September 2006 – XI ZR 209/04, Umdruck S. 12, für BGHZ vorgesehen).

[31] Daran fehlt es hier nach dem insoweit revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vortrag der Klägerin. Bei der angeblichen, unbewiesenen Erklärung des Vermittlers, der Fondsanteil könne bereits nach wenigen Jahren mit Gewinn verkauft werden, handelt es sich um eine **Prognose**. Insoweit fehlt es vollständig an der Darlegung konkreter unrichtiger Angaben des Vermittlers zu den wertbildenden Faktoren des Immobilienfonds, welche objektiv nachprüfbar und einem Beweis zugänglich wären. Erst recht kann angesichts der allgemeinen Aussage des Vermittlers keine Rede davon sein, sie sei bereits damals objektiv so grob falsch gewesen, dass sich aufdrängt, die Beklagte habe sich der Kenntnis der angeblichen arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 42 und unten S. 101, 119.

(7) BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 = ZIP 2007, 954

1. Bei steuersparenden Bauherren- und Erwerbermodellen treffen die finanzierende Bank, die den Beitritt des Darlehensnehmers zu einem für das Erwerbsobjekt bestehenden Mietpool zur Voraussetzung der Darlehensauszahlung gemacht hat, nicht ohne Weiteres über die damit verbundenen Risiken Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen Gefährdungstatbestands.

2. Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen Gefährdungstatbestands können sich nur bei Hinzutreten spezifischer Risiken des konkreten Mietpools ergeben. Aufklärungspflichten können etwa in Betracht kommen, wenn sie den Beitritt in Kenntnis einer bereits bestehenden Überschuldung des konkreten Mietpools verlangt oder in Kenntnis des Umstands, dass dem konkreten Mietpool Darlehen gewährt wurden, für die die Anleger als Poolmitglieder haften müssen, oder in Kenntnis des Umstands, dass an die Poolmitglieder konstant überhöhte Ausschüttungen ausbezahlt werden, die ihnen einen falschen Eindruck von der Rentabilität und Finanzierbarkeit der Anlage vermitteln.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[19] Ein zur Aufklärung verpflichtender **besonderer Gefährdungstatbestand** ist nur anzunehmen, wenn das Kreditinstitut das eigene wirtschaftliche Wagnis auf den Kunden verlagert und diesen bewusst mit einem Risiko belastet, das über die mit dem zu finanzierenden Vorhaben normalerweise verbundenen Gefahren hinausgeht (vgl. Senat, Urteile vom 28. April 1992 – XI ZR 165/91, WM 1992, 1310, 1311 und vom 18. November 2003 – XI ZR 322/01, WM 2004, 172, 174; BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 – IX ZR 352/97,

WM 1999, 678, 680 f.). Ein solches Risiko **folgt aus dem bloßen Beitritt zu einem Mietpool** schon deshalb **nicht ohne weiteres**, weil hierdurch zugleich das Risiko des Darlehensnehmers, bei einem Leerstand der Wohnung keine Miete zu erzielen, auf alle Mietpoolteilnehmer verteilt wird. Der Beitritt zu einem Mietpool ist daher für den Darlehensnehmer nicht notwendigerweise nachteilig, sondern führt auch zu einer Risikoreduzierung (vgl. Senatsurteile vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 Tz. 44, für BGHZ 168, 1 ff. vorgesehen, und vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 192/04 Umdruck S. 14). Zugleich trägt er dem banküblichen Bestreben des finanzierenden Kreditinstituts nach einer genügenden Absicherung des Kreditengagements Rechnung (BGH, Senatsurteile vom 31. März 1992 – XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 905 und vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 Tz. 43, für BGHZ 168, 1 ff. vorgesehen). ...

[21] Von Rechtsirrtum beeinflusst ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts (ebenso OLG Celle, Urteil vom 13. Februar 2007 – 16 U 5/06, Umdruck S. 27), die Verletzung einer Aufklärungspflicht über die allgemeinen Folgen eines Mietpoolbeitritts rechtfertigt einen Anspruch auf Rückabwicklung sämtlicher Verträge. Eine Aufklärungspflichtverletzung führt **grundsätzlich nur zum Ersatz des Schadens, dessen Eintritt die Einhaltung der Pflicht verhindern sollte** (st.Rspr., vgl. etwa Senat, BGHZ 116, 209, 212 f. und Urteile vom 20. Mai 2003 – XI ZR 248/02, WM 2003, 1370, 1373, vom 2. Dezember 2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 419, vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524 sowie BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 – IX ZR 62/02, WM 2003, 1621, 1622). Bei Kapitalanlagen folgt daraus, dass jemand, der nicht Partner des Anlagegeschäfts ist und dem Interessenten nur hinsichtlich eines bestimmten für das Vorhaben bedeutsamen Einzelpunkts Aufklärung schuldet, nur für die Risiken einzustehen hat, für deren Einschätzung die erbetene Auskunft maßgebend war. Wie das Berufungsgericht verkennt, rechtfertigt auch der Umstand, dass der Anleger das gesamte Geschäft bei fehlerfreier Aufklärung nicht abgeschlossen hätte, es im Allgemeinen nicht, dem Aufklärungspflichtigen den gesamten mit dem fehlgeschlagenen Vorhaben verbundenen Schaden aufzuerlegen. Jedenfalls dann, wenn bei wertender Betrachtung der aus der Auskunftspflichtverletzung herrührende **Schaden** – wie hier – **isoliert und durch Ausgleich in Geld neutralisiert werden kann**, wäre es unangemessen, das nicht den Gegenstand der Auskunftspflicht bildende volle Anlagerisiko allein unter Kausalitätsgesichtspunkten auf den Auskunftgeber zu überwälzen. In solchen Fällen darf der Geschädigte grundsätzlich nicht besser gestellt werden als er bei zutreffender Auskunft stünde (BGHZ 116, 209, 213).

[22] Da eine Aufklärungspflicht über die allgemeinen Nachteile einer Mietpoolbeteiligung auch nur vor diesen, nicht aber vor speziellen Risiken des gesamten Objekts/Anlagegeschäfts schützen soll, folgt aus ihrer Verletzung nur ein **Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten/Mindereinnahmen**, die sich durch die Mietpoolbeteiligung gegenüber einer eigenständigen Verwaltung ergeben haben (a.A. OLG Celle, Urteil vom 13. Februar 2007 – 16 U 5/06, Umdruck S. 27 f.). Einen solchen **Differenzschaden** hat die Klägerin [= Käuferin einer Eigentumswohnung] nicht dargetan. ...

[27] Im Ansatz zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die finanzierende Bank, die den Beitritt zu einem Mietpool zur Bedingung der Darlehensauszahlung gemacht hat, bei Hinzutreten spezifischer Risiken des konkreten Mietpools Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen **Gefährdungstatbestands** treffen können. Dies kann etwa der Fall sein, wenn sie den Beitritt in Kenntnis einer bereits bestehenden **Überschuldung des konkreten Mietpools** oder in Kenntnis des Umstands verlangt, dass dem konkreten Mietpool Darlehen gewährt wurden, für die der Anleger als Poolmitglied mithaften muss (vgl. zur Rechtsnatur des Mietpools Drasdo DWW 2003, 110, 111 und Jäckel ZMR 2004, 393, 394 ff.). Gleiches gilt, wenn sie den Beitritt verlangt, obwohl sie weiß, dass die **Ausschüttungen des Pools konstant überhöht** sind, d.h. nicht auf nachhaltig erzielbaren Einnahmen beruhen, so dass der Anleger nicht nur einen falschen Eindruck von der Rentabilität und Finanzierbarkeit des Vorhabens erhält, sondern darüber hinaus seine gesamte Finanzierung Gefahr läuft, wegen ständig erforderlicher Nachzahlungen zu scheitern.

[28] Richtig ist in diesem Zusammenhang ferner die Annahme des Berufungsgerichts, eine diesbezügliche Aufklärungspflichtverletzung habe einen **umfassenden Rückabwicklungsanspruch** der Klägerin zur Folge. Da die genannten Risiken nicht nur einen Aspekt, sondern die gesamte Rentabilität und Finanzierbarkeit des Anlagegeschäfts betreffen, ist der Ersatzanspruch bei einer unzureichenden Aufklärung in diesem Fall – anders als die Revision meint – nicht durch den Schutzzweck der Pflicht auf einen Differenzschaden begrenzt

(vgl. Senatsurteile vom 13. Januar 2004 – XI ZR 355/02, WM 2004, 422, 424 f. und vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1201 Tz. 61, für BGHZ 168, 1 ff. vorgesehen). ...

[40] Rechtsfehlerhaft ist ... die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte [= Bank] sei zur Aufklärung über Risiken des Mietpools verpflichtet gewesen, weil sie durch ihre internen Beleihungswertfestsetzungen in den Käufern nicht bekannten Beschlussbögen einen besonderen Gefährdungstatbestand geschaffen habe.

...

[41] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs prüfen und ermitteln Kreditinstitute den Wert der ihnen gestellten Sicherheiten grundsätzlich nur im eigenen Interesse sowie im Interesse der Sicherheit des Bankensystems, nicht aber im Kundeninteresse (BGHZ 147, 343, 349; BGH, Senatsurteile vom 7. April 1992 – XI ZR 200/91, WM 1992, 977, vom 21. Oktober 1997 – XI ZR 25/97, WM 1997, 2301, 2302, vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03, WM 2004, 24, 27 und vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04, WM 2006, 1194, 1200 Tz. 45, für BGHZ 168, 1 ff. vorgesehen). Dementsprechend kann sich grundsätzlich aus einer **lediglich zu bankinternen Zwecken erfolgten Beleihungswertermittlung** keine Pflichtverletzung gegenüber dem Kreditnehmer und somit auch keine diesbezügliche Aufklärungspflicht ergeben (Senatsurteil vom 16. Mai 2006 – XI ZR 6/04 aaO; a.A. OLG Celle, Urteil vom 13. Februar 2007 – 16 U 5/06, Umdruck S. 30 ff.). ...

[43] ... **Bei intransparenten Finanzierungsstrukturen** soll der Kunde durch ausreichende Aufklärung über deren spezifische Besonderheiten in die Lage versetzt werden, selbst darüber zu entscheiden, ob der Abschluss dieser Finanzierungsform seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und Vorstellungen entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1989 – III ZR 269/87, WM 1989, 665, 667; Mayen WM 1995, 913, 916; Siol, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 44 Rdn. 41). Ihm sollen hingegen nicht Risiken des Anlagegeschäfts verdeutlicht oder die Entscheidungsgrundlage dafür geliefert werden, ob eine Kreditaufnahme in seiner Situation überhaupt sinnvoll ist. Bei fehlerhafter Aufklärung besteht daher nur Anspruch auf Ausgleich der Nachteile der spezifischen gegenüber einer herkömmlichen Finanzierung. Dieser **Finanzierungsschaden** ließe sich – anders als das Berufungsgericht meint – auch hier in Form der Mehrkosten gegenüber einem herkömmlichen Annuitätenkredit **isoliert von einem etwaigen Anlageschaden** betrachten und **in Geld neutralisieren**. ...

[50] Feststellungen des Berufungsgerichts fehlen auch zu der Frage, ob sich die Beklagte im Zeitpunkt der Kreditgewährung in einem zur Aufklärung verpflichtenden **schwerwiegenden Interessenkonflikt** befand. Hierfür reicht es nicht aus, dass die kreditgebende Bank zugleich Kreditgeberin des Bauträgers oder Verkäufers einer Immobilie ist oder ihm eine globale Finanzierungszusage erteilt hat (BGHZ 161, 15, 21; BGH, Senatsurteil vom 27. Januar 2004 – XI ZR 37/03, WM 2004, 620, 624). Feststellungen, dass die Beklagte bei Abschluss des Darlehensvertrages Anfang 1997 etwa das Risiko eines eigenen **notleidenden Kreditengagements** bei der H. Gruppe **auf die Erwerber abgewälzt** hat (vgl. Weber EWiR 2005, 657, 658), hat das Berufungsgericht bislang nicht getroffen. ...

[52] ... [Es] kommen eine ... Aufklärungspflicht der Beklagten und ein daraus folgender Schadensersatzanspruch der Klägerin nach der erst nach Erlass des Berufungsurteils modifizierten Rechtsprechung des erkennenden Senats zur **tatsächlichen Vermutung eines aufklärungspflichtigen Wissensvorsprungs** der kreditgebenden Bank mit Rücksicht auf die ... falschen Angaben der Vermittler zur erzielten Miete in Betracht. ...

[55] Angesichts einer gegenüber der – unter Berücksichtigung anfallender Kosten – tatsächlich erzielten Miete von 8,20 DM/qm um fast 40% überhöhten Angabe war die der Klägerin mit 11,40 DM/qm vorgespiegelte Miete ... objektiv evident unrichtig.

[56] Die Kenntnis der Beklagten von diesen **objektiv evident fehlerhaften Angaben zur Miete** wird widerlegbar vermutet, weil auch die weiteren Voraussetzungen für die Beweiserleichterung nach dem im Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt vorliegen. Danach bestand zwischen der Wohnungsverkäuferin, der Beklagten und den Vermittlern eine **institutionalisierte Zusammenarbeit**, die die Veräußerung von Eigentumswohnungen und die Finanzierung des Erwerbs durch die Beklagte im Strukturvertrieb vorsah. Grundlage dieser planmäßigen und arbeitsteiligen Zusammenarbeit bildete ein gemeinsames Vertriebskonzept der Beklagten und der H. Gruppe, zu der sowohl die Immobilien- und die Finanzmaklerin als auch die Verkäuferin und die Mietpoolverwalterin gehörten. ...“

(8) BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 = ZIP 2007, 1255 = WM 2007, 1257

1. Zu den Voraussetzungen eines institutionalisierten Zusammenwirkens zwischen Fondsinitaliatoren und der die Fondsbeteiligungen finanzierenden Bank.
2. siehe oben S. 59.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[39] Nach der erst nach Erlass des Berufungsurteils modifizierten Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 168, 1, 22 ff. Tz. 50 ff.; Urteile vom 20. Juni 2006 – XI ZR 224/05, BKR 2006, 448, 450 Tz. 21, vom 19. September 2006 – XI ZR 204/04, WM 2006, 2343, 2345 Tz. 23, für BGHZ 169, 109 vorgesehen, vom 26. September 2006 – XI ZR 283/03, WM 2006, 2347, 2350 Tz. 28 ff., vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 205/05, WM 2007, 114, 115 Tz. 17 f., vom 5. Dezember 2006 – XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 443 Tz. 28 ff., vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 401/03, Umdruck S. 12, vom 13. März 2007 – XI ZR 159/05, Umdruck S. 13 und vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, Umdruck S. 21) können sich die Anleger in Fällen institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgewährenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Kunden durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitaliatoren bzw. Gesellschaftsgründer oder des Emissionsprospekts berufen. Die Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung wird widerleglich vermutet, wenn der Verkäufer oder die Fondsverantwortlichen, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer bzw. Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsvermittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitaliators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des konkreten Falles objektiv evident ist, so dass sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung geradezu aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.

[40] Für die **Annahme eines institutionalisierten Zusammenwirkens** ist es nicht ausreichend, dass die Bank dem Vertrieb oder Fondsinitaliator eine allgemeine Finanzierungszusage gegeben hat. Erforderlich ist vielmehr, dass zwischen Verkäufer und/oder Fondsinitaliator sowie 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 Fondsinitaliator 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 (BGHZ 168, 1, 23 Tz. 53; Senatsurteile vom 26. September 2006 – XI ZR 283/03, WM 2006, 2347, 2350 Tz. 29, vom 19. Dezember 2006 – XI ZR 374/04, Umdruck S. 14 und vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, Umdruck S. 21).

[41] Die Voraussetzungen für die genannte widerlegliche **Vermutung** der Beklagten [= Bank] **von der Kenntnis der arglistigen Täuschung** der Kläger [= Anleger] durch die Fondsinitaliatoren liegen vor. Die Fondsinitaliatoren haben die Kläger, wie dargelegt, durch den Fondsprospekt über die Höhe der Sanierungskosten sowie über die lastenfreie Übertragung des Fondsgrundstücks arglistig getäuscht. Die Täuschung war objektiv evident.

[42] Die Beklagte hat mit den Fondsinitaliatoren auch **in institutionalisierter Weise zusammengewirkt**. Die Beklagte, eine kleine Bezirkssparkasse, hat sich den Fondsinitaliatoren gegenüber zur Finanzierung der Fondseinlagen der durch Strukturvertriebe bundesweit angeworbenen Anleger bereiterklärt. Zur planmäßigen und arbeitsteiligen Zusammenarbeit überließ die Beklagte den Fondsinitaliatoren die Kreditunterlagen, einschließlich der Kreditvertragsformulare. Die absprachegemäß gleichförmigen Kreditverträge über einen höheren Festkredit, der mit Hilfe einer Kapitallebensversicherung zu tilgen war, und über ein kleineres Annuitätendarlehen sowie alle erforderlichen Abtretungserklärungen wurden von den Fondsinitaliatoren und den von ihnen eingeschalteten Strukturvermittlern zusammen mit den Fondsbeitragsunterlagen unterschriftsreif

vorbereitet und der Beklagten alsdann mit den Unterschriften der Anleger zugeleitet. Auf diese Weise hat die ganz überwiegende Mehrzahl der über 600 Gesellschafter des Immobilienfonds die Fondseinlage mit Hilfe von Krediten der Beklagten finanziert. Die Zusammenarbeit der Beklagten mit den Fondsinitiatoren war dabei so eng, dass sich die Beklagte veranlasst sah, von der D. GmbH [= Gesellschafterin der Fonds-GbR] im Hinblick auf § 9 VerbrKrG und Ansprüche und Einwendungen der Kreditnehmer im Zusammenhang mit den Kreditverträgen und der finanzierten Fondseinlage eine Freistellung zu verlangen. Auch den Klägern wurde die Finanzierung der Fondseinlage durch den eingeschalteten Strukturvertrieb angeboten, ohne dass sie persönlichen Kontakt mit Mitarbeitern der Beklagten gehabt hätten oder von sich aus um einen Kredit nachgesucht hätten.

[43] Die Beklagte muss danach widerlegen, dass sie von der objektiv evidenten Täuschung der Kläger durch den Fondsprospekt Kenntnis hatte. Insoweit ist ihr Gelegenheit zu geben, darzulegen und zu beweisen, dass ihr die Grundstückskaufverträge vom 17. Mai und 4. Juni 1993, aus denen sich die Unrichtigkeit der Angaben im Fondsprospekt über die lastenfreie Eigentumsverschaffung und die Höhe der Sanierungskosten ergibt, bei Abschluss der Darlehensverträge nicht bekannt waren.“

(9) BGH, 26.6.2007 – XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 = ZIP 2007, 1543 = WM 2007, 1651

1. Eine zivilprozessuale Pflicht zur Vorlage von Urkunden der nicht beweiselasteten Partei kann sich nur aus den speziellen Vorschriften der §§ 422, 423 ZPO oder aus einer Anordnung des Gerichts nach § 142 Abs. 1 ZPO, nicht aber aus den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast ergeben.
2. § 142 Abs. 1 ZPO ist auch anwendbar, wenn sich der beweispflichtige Prozessgegner auf eine Urkunde bezogen hat, die sich im Besitz der nicht beweiselasteten Partei befindet.
3. Es stellt einen Ermessensfehler dar, wenn das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 142 Abs. 1 ZPO eine Anordnung der Urkundenvorlegung überhaupt nicht in Betracht zieht.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[10] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbmodellen allerdings zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, dass die Kunden entweder über die notwendigen Kenntnisse oder Erfahrungen verfügen oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient haben. **Aufklärungs- und Hinweispflichten bezüglich des finanzierten Geschäfts** können sich daher nur aus den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls ergeben. Dies kann unter anderem der Fall sein, wenn die Bank in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann (st.Rspr., vgl. etwa BGHZ 159, 294, 316; 161, 15, 20 sowie Senat BGHZ 168, 1, 21 Tz. 47). Einen **konkreten Wissensvorsprung** in Bezug auf ein spezielles Risiko des zu finanzierenden Vorhabens besitzt ein Kreditinstitut zum Beispiel dann, wenn es bei Vertragsschluss weiß, dass für die Bewertung des Kaufobjekts wesentliche Umstände durch Manipulation verschleiert wurden oder dass der Vertragsschluss ihres Kunden auf einer arglistigen Täuschung des Verkäufers im Sinne des § 123 BGB bzw. auf einer vorsätzlichen culpa in contrahendo beruht (Senatsurteil vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 205/05, WM 2007, 114, 115 Tz. 16 m.w.Nachw.). Außerdem muss die Bank den kreditsuchenden Kunden auf eine von ihr erkannte Sittenwidrigkeit der Kaufpreisvereinbarung hinweisen (Senatsurteil vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 881 Tz. 41 m.w.Nachw.). ...

[13] Die Beklagte muss sich das behauptete Sonderwissen des Zeugen Be. [Mitarbeiter der beklagten Bank] entgegen der Ansicht der Revision auch nicht nach den Grundsätzen der Entscheidung des Senats vom 13. Januar 2004 (XI ZR 355/02, WM 2004, 422 ff.) zurechnen lassen. Danach kann eine Bank aufgrund ihrer Organisationspflicht gehalten sein, dienstlich erlangtes Wissen eines Vorstandsmitglieds akten- oder EDV-mäßig zu dokumentieren und damit für alle mit der Vermarktung eines bestimmten Bauträgermodells befassten Mitarbeiter zugänglich zu machen. Unterlässt die Bank die gebotene Dokumentation und ist dem handelnden Mitarbeiter ein aufklärungsbedürftiger Umstand deshalb nicht bekannt, so kann sie sich wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht schadensersatzpflichtig machen.

[14] Anders als in dem vom Senat entschiedenen Fall hat der in der D.er Filiale der Beklagten tätige Zeuge Be., dessen irgendwie geartete Einschaltung in die Bearbeitung des vom Kläger und seiner Ehefrau an die A.er Filiale der Beklagten gerichteten Darlehensantrags das Berufungsgericht nicht hat feststellen können, die behaupteten Kenntnisse über das Anlageobjekt privat aufgrund seiner der Beklagten unbekanntem Beteiligung an der Verkäuferin als stiller Gesellschafter, nicht aber als Mitarbeiter oder Repräsentant der Beklagten erlangt. Auf ein solches **privat erlangtes Wissen** ihrer Mitarbeiter erstreckt sich die Pflicht der Bank zur akten- und EDV-mäßigen Dokumentation nicht. Diese rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass der Kunde nicht deshalb schlechter gestellt werden soll, weil er nicht mit einer natürlichen Person, sondern mit einer Bank mit organisationsbedingter Wissensaufspaltung kontrahiert (Senat aaO S. 424). Dies trifft jedoch nur bei dienstlich erlangtem Wissen von Bankmitarbeitern zu.

[15] Das Berufungsurteil erweist sich dagegen als nicht fehlerfrei, soweit das Berufungsgericht einen erkennbaren Wissensvorsprung der Beklagten über die angebliche **Überteurung des Kaufpreises** der Eigentumswohnungen verneint hat. Die finanzierende Bank ist allerdings nur ausnahmsweise zur Aufklärung über die Unangemessenheit des Kaufpreises verpflichtet, wenn es zu einer so wesentlichen Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert kommt, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss (st.Rspr., vgl. etwa BGH, Senatsurteile vom 23. März 2004 – XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225 m.w.Nachw. und vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 881 Tz. 41). Dies ist erst der Fall, wenn der **Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung** (vgl. etwa Senatsurteile vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524 und vom 23. März 2004, aaO, jeweils m.w.Nachw.). Hiervon ist nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt auszugehen. Das Berufungsgericht hat eine sittenwidrige Überteurung des Kaufpreises nicht aufgeklärt, weil es den Nachweis, dass der Beklagten eine solche Überteurung bekannt war, nicht als geführt angesehen hat. Dabei ist dem Berufungsgericht jedoch ein Verfahrensfehler unterlaufen. ...

[18] Mit Recht macht die Revision ... geltend, dass das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft eine Anordnung der **Vorlage der Einwertungsunterlagen nach § 142 Abs. 1 ZPO** nicht geprüft hat. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht die Vorlegung von im Besitz einer Partei befindlichen Urkunden anordnen, auf die sich eine Partei bezogen hat. Anders als im Falle des § 423 ZPO reicht dazu die Bezugnahme des beweispflichtigen Klägers auf Urkunden aus, die sich im Besitz der nicht beweibelasteten Beklagten befinden. ...

[20] ... Die Vorschrift [des § 142 Abs. 1 ZPO] ist ... unabhängig davon anwendbar, welche Partei sich auf die Urkunde bezogen hat. Dies entspricht ... dem Willen des Gesetzgebers. Nach den Gesetzesmaterialien kann die Bezugnahme auch durch den beweispflichtigen Prozessgegner erfolgen, ohne dass diesem ein materiell-rechtlicher Herausgabe- oder Vorlegungsanspruch zustehen muss ...

[23] Darüber hinaus wird das Berufungsurteil der erst nach seiner Verkündung modifizierten Rechtsprechung des erkennenden Senats zur tatsächlichen **Vermutung eines Wissensvorsprungs** der kreditgebenden Bank nicht gerecht. ...

[25] Dabei ist für die Annahme eines institutionalisierten Zusammenwirkens erforderlich, dass zwischen Verkäufer oder Fondsiniciator, den von ihnen beauftragten Vermittlern und der finanzierenden Bank ständige Geschäftsbeziehungen bestanden. Diese können etwa in Form einer Vertriebsvereinbarung, eines Rahmenvertrages oder konkreter Vertriebsabsprachen bestanden haben, oder sich daraus ergeben, dass den vom Verkäufer oder Fondsiniciator eingeschalteten Vermittlern von der Bank Büroräume überlassen oder von ihnen – von der Bank unbeanstandet – Formulare des Kreditgebers benutzt wurden, oder etwa daraus, dass der Verkäufer oder die Vermittler dem finanzierenden Institut wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen oder Fondsbeteiligungen desselben Objekts vermittelt haben (Senat BGHZ 168, 1, 23 f. Tz. 53 m.w.Nachw.).

[26] Ob bei Anwendung dieser im Urteil des erkennenden Senats vom 16. Mai 2006 (BGHZ 168, 1, 23 f. Tz. 53-55) näher dargelegten Grundsätze hier eine widerlegliche Vermutung besteht, dass die Beklagte von einer arglistigen Täuschung des Klägers und seiner Ehefrau Kenntnis hatte, kann ohne weitere Feststellungen des Berufungsgerichts noch nicht abschließend beurteilt werden.

[27] Dies betrifft folgende Behauptungen des Klägers: Ihm und seiner Ehefrau sei von der Verkäuferin wahrheitswidrig vorgespiegelt worden, dass sie sanierte Wohnungen erwerben würden, die für einen monatlichen **Mietzins** von 11 DM/qm zu vermieten seien, während die **Wohnungen tatsächlich unsaniert** und allenfalls für einen monatlichen Mietzins von 4 DM/qm zu vermieten gewesen seien. Außerdem habe die

Verkäuferin und **Mietgarantin** bereits bei Abschluss der Kaufverträge gewusst, dass sie ihre Verpflichtungen aus der Mietgarantie aufgrund **Überschuldung** nicht würde erfüllen können.

[28] Sofern das der Fall sein sollte, würde die Kenntnis der Beklagten von diesen objektiv evident falschen Angaben widerlegbar vermutet, weil auch die weiteren Voraussetzungen für die Beweiserleichterung nach dem im Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt vorliegen. Danach bestand zwischen der Verkäuferin und der Beklagten eine **institutionalisierte Zusammenarbeit**. Die Verkäuferin hat der Beklagten – wie insbesondere die Vernehmung der Zeugen Ge., Z. und J. durch das Berufungsgericht ergeben hat – **zahlreiche Finanzierungen** von Eigentumswohnungen für das betreffende Bauträgerprojekt in Du. **vermittelt**. Darüber hinaus wurde die Finanzierung der durch den Kläger und seine Ehefrau erworbenen Eigentumswohnungen vom Verkäufer bzw. Vermittler angeboten. Der in B. ansässige Kläger und seine Ehefrau haben nicht von sich aus eine Bank zur Finanzierung des Erwerbs der Eigentumswohnungen aufgesucht, sondern ihnen wurde von dem Vertriebsbeauftragten der Verkäuferin der von der Beklagten bereits vollständig ausgefüllte Darlehensvertrag zur Unterschrift vorgelegt.“

(10) BGH, 10.7.2007 – XI ZR 243/05, NJW 2007, 3272

1. siehe oben S. 5.

2. Die einen Fondserwerb finanzierende Bank ist unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines Wissensvorsprungs von sich aus zur Aufklärung über eine nicht im Prospekt ausgewiesene Provision grundsätzlich nur dann verpflichtet, wenn eine versteckte Provision mitursächlich dafür ist, dass der Erwerbspreis knapp doppelt so hoch ist wie der Wert des Fondsanteils, so dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss (vgl. BGH, 16. Mai 2006, XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1, 21 Tz. 47). Eine Aufklärungspflicht besteht unabhängig davon aber dann, wenn die Bank positive Kenntnis davon hat, dass der Anleger von den Prospektverantwortlichen über die Werthaltigkeit des Fondsanteils arglistig getäuscht wird, indem aus seiner Einlage über die im Prospekt ausgewiesenen Vertriebskosten hinaus weitere Provisionen gezahlt werden.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] ... Ein ... **Wissensvorsprung** liegt vor, wenn die Bank positive Kenntnis davon hat, dass der Kreditnehmer von seinem Geschäftspartner oder durch den Fondsprospekt über das finanzierte Geschäft arglistig getäuscht wurde (Senatsurteile vom 18. Januar 2005 – XI ZR 201/03, WM 2005, 375, 377, vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 205/05, WM 2007, 114, 115, Tz. 16 und vom 24. April 2007 – XI ZR 340/05, WM 2007, 1257, 1260, Tz. 39).

[15] Gemessen an diesen Grundsätzen ist das Berufungsurteil rechtsfehlerhaft. Allerdings hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, dass eine Bank von sich aus zur Aufklärung über eine nicht im Prospekt ausgewiesene Provision grundsätzlich nur dann verpflichtet ist, wenn eine versteckte Innenprovision mitursächlich dafür ist, dass der **Erwerbspreis knapp doppelt so hoch ist wie die der Wert des Fondsanteils**, so dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 168, 1, 21, Tz. 47; vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524; vom 23. März 2004 – XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225). Davon zu unterscheiden ist der vorliegende Fall. Der Kläger hat unter Vorlage des Protokolls über die mündliche Verhandlung vom 12. September 2003 in der Sache des Oberlandesgerichts K. betreffend den Fonds Nr. vorgetragen und in das Wissen des Zeugen N. gestellt, anders als im Fondsprospekt ausgewiesen seien an **Kosten für den Vertrieb** der Fondsanteile nicht nur 6,08%, sondern, wie von vornherein vorgesehen, insgesamt 15 bis 16% aus den Einlagen der Gesellschafter des Fonds Nr. aufgewandt worden. Dies sei der Beklagten bekannt gewesen. Damit hat der Kläger eine **arglistige Täuschung der Anleger durch die Prospektverantwortlichen** und positive Kenntnis der Beklagten davon behauptet. Da die Beklagte sowohl die Verwendung von 15 bis 16% der Fondseinlage für Provisionen als auch ihre Kenntnis davon bestritten und behauptet hat, eine neben der im Prospekt ausgewiesene an die Vermittler gezahlte Vertriebsunterstützung sei nicht aus den Einlagen der Anleger, sondern aus dem Vermögen der W. GmbH, einer der Gründungsgesellschafterinnen des Fonds, erfolgt, hätte das Berufungsgericht dazu Feststellungen treffen müssen. Dies war entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts

nicht etwa deshalb entbehrlich, weil in dem Fondsprospekt neben den Vertriebskosten weitere Aufwendungen für Dienstleistungen durch Notare und Treuhänder aufgeführt sind. Die aus der Einlage zu bestreitenden Vertriebskosten sind im Prospekt mit 1.839 DM je Fondsanteil abschließend angegeben.

[16] ... [Das Berufungsgericht] wird ... Feststellungen dazu zu treffen haben, ob für den Vertrieb der Anteile des Fonds Nr. über die im Fondsprospekt ausgewiesenen Vertriebskosten von 1.839 DM je Fondsanteil hinaus aus den Einlagen der Anleger weitere, etwa in die Grunderwerbskosten einkalkulierte, die Werthaltigkeit der Anlage berührende Provisionen (vgl. BGHZ 158, 110, 121; BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 – III ZR 355/02, Urteilsdruck S. 12, juris Tz. 33) gezahlt worden sind. Sollte dies in dem vom Kläger behaupteten Umfang geschehen sein, so liegt eine **objektiv evidente arglistige Täuschung** des Klägers durch den Fondsprospekt vor, über die die Beklagte den Kläger aufzuklären hatte, wenn sie davon positive Kenntnis hatte.

[17] Diese Kenntnis wird nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGHZ 168, 1, 22 ff., Tz. 50 – 55; Urteile vom 19. September 2006 – XI ZR 204/04, WM 2006, 2343, 2345, Tz. 23, für BGHZ 169, 109 vorgehen, vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 205/05, WM 2007, 114, 115, Tz. 17 f., vom 5. Dezember 2006 – XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 443, Tz. 29 und vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 882, Tz. 53) widerlegbar vermutet, wenn die Beklagte mit Fondsprospektverantwortlichen in institutionalisierter Weise zusammengewirkt hat. ...“

(11) BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 = ZIP 2008, 112 = WM 2008, 154

Die sittenwidrige Überteuering des Kaufpreises eines finanzierten Objekts führt für sich genommen auch im Falle einer institutionalisierten Zusammenarbeit zwischen finanzierender Bank und dem Verkäufer oder Vertreter des Objekts nicht zu einer widerleglichen Vermutung, die finanzierende Bank habe von der sittenwidrigen Überteuering Kenntnis gehabt. Eine solche Vermutung kommt nur im Falle einer arglistigen Täuschung in Betracht.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[13] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbmodellen zur Risikoauflärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. ...

[15] Rechtsfehlerfrei ist entgegen der Auffassung der Revision, die insoweit auf das Urteil eines anderen Senats des Berufungsgerichts verweist (OLG Celle ZGS 2007, 152 ff.), die Ansicht des Berufungsgerichts, in der von den Klägern behaupteten fehlerhaften **Ermittlung des Beleihungswerts** durch die Beklagte liege keine einen Schadensersatzanspruch auslösende Aufklärungspflichtverletzung. Wie der Senat mit Urteil vom 20. März 2007 (XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 880 f., Tz. 41 m.w.Nachw.) bestätigt und im Einzelnen begründet hat, prüfen und ermitteln Kreditinstitute nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Wert der ihnen gestellten Sicherheiten grundsätzlich nur im eigenen Interesse sowie im Interesse der Sicherheit des Bankensystems, **nicht** aber **im Kundeninteresse** (BGHZ 147, 343, 349; 168, 1, 20 f., Tz. 45 und Senatsurteile vom 7. April 1992 – XI ZR 200/91, WM 1992, 977, vom 21. Oktober 1997 – XI ZR 25/97, WM 1997, 2301, 2302 und vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03, WM 2004, 24, 27). Dementsprechend kann sich grundsätzlich aus einer lediglich zu bankinternen Zwecken erfolgten Beleihungswertermittlung keine Pflichtverletzung gegenüber dem Kreditnehmer und somit auch keine diesbezügliche Aufklärungspflicht ergeben (Senat, BGHZ 168 aaO S. 21, Tz. 45 und Urteil vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 881, Tz. 41; a.A. OLG Celle ZGS 2007, 152, 156 f.).

[16] Entgegen der Auffassung der Revision erweist sich das Berufungsurteil auch als rechtsfehlerfrei, soweit das Berufungsgericht eine Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten im Hinblick auf den angeblich sittenwidrig überteuerten Kaufpreis sowie eine im finanzierten Kaufpreis enthaltene versteckte Innenprovision wegen eines für sie erkennbaren **Wissensvorsprungs** verneint hat. Eine Aufklärungspflicht der Bank über die Unangemessenheit des Kaufpreises ist, wenn sonstige einen Wissensvorsprung begründende Umstände nicht vorliegen, nur ausnahmsweise dann anzunehmen, wenn es – bedingt durch eine versteckte Innenprovision oder aus anderen Gründen – zu einer so wesentlichen Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert kommt, dass die Bank von einer **sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers** durch den

Verkäufer ausgehen muss (st.Rspr., vgl. etwa BGH, Senatsurteile vom 23. März 2004 – XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225 und vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830, jeweils m.w.Nachw.). Dies hat das Berufungsgericht verneint, ohne dass ihm hierbei ein revisionsrechtlich beachtlicher Fehler unterlaufen ist. Dabei kann dahin stehen, ob die Kläger zur sittenwidrigen Überteuerung überhaupt schlüssig vorgebracht haben, nachdem sie sich in erster Linie auf den Ertragswert der Wohnung, nicht aber auf den davon zu unterscheidenden Verkehrswert im Zeitpunkt des Erwerbs beziehen und zudem – worauf die Revisionserweiterung zu Recht verweist – nicht berücksichtigen, dass in dem notariellen Kaufvertrag erhebliche Renovierungsverpflichtungen der Verkäuferin enthalten waren. Jedenfalls fehlt es nach den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts an ausreichendem Vortrag der Kläger zur **Kenntnis der Beklagten von einer sittenwidrigen Überteuerung**. Solchen Vortrag der Kläger hat das Berufungsgericht auch im Lichte der neueren Rechtsprechung des erkennenden Senats zu **Beweiserleichterungen im Falle institutionalisierten Zusammenwirkens** der finanzierenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des Objekts (BGHZ 168, 1 ff., 22 ff., Tz. 50 ff.) zu Recht für erforderlich gehalten. Die sittenwidrige Überteuerung des Kaufpreises eines finanzierten Objekts führt für sich genommen auch im Falle einer institutionalisierten Zusammenarbeit zwischen finanzierender Bank und dem Verkäufer oder Vertreter des Objekts nicht zu einer widerleglichen Vermutung, die finanzierende Bank habe von der sittenwidrigen Überteuerung Kenntnis gehabt. Eine solche Vermutung kommt vielmehr **nur im Falle einer arglistigen Täuschung** der Käufer über den Kaufpreis in Betracht, für die es hier an ausreichendem Vortrag fehlt.

[18] Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sind schließlich die Feststellungen des Berufungsgerichts, ein haftungsbegründendes **Überschreiten der Kreditgeberrolle** durch die Beklagte stehe nicht fest. Insbesondere geht das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler davon aus, dass die Beklagte durch die in § 3 des Darlehensvertrages vorgesehene Bedingung, nach der die Auszahlung der Darlehensvaluta von einem Beitritt in einen Mietpool abhängig war, nicht über ihre Rolle als Finanzierungsbank hinausgegangen ist. Ihr Bestreben nach einer genügenden Absicherung des Kreditengagements ist banküblich und typischerweise mit der Rolle eines Kreditgebers verknüpft (Senat, BGHZ 168, 1, 20, Tz. 43 und Urteil vom 31. März 1992 – XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 905).

[19] Auch eine Aufklärungspflicht der Beklagten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen **Gefährdungstatbestands** kommt insoweit nicht in Betracht. Wie der erkennende Senat mit Urteil vom 20. März 2007 (XI ZR 414/04, WM 2007, 878, 879, Tz. 27 ff.) entschieden und im Einzelnen begründet hat, können die finanzierende Bank, die – wie die Beklagte – den Beitritt zu einem Mietpool zur Bedingung der Darlehensauszahlung gemacht hat, nur bei Hinzutreten spezifischer Risiken des konkreten Mietpools Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen Gefährdungstatbestands treffen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn sie den Beitritt in Kenntnis einer bereits bestehenden **Überschuldung des konkreten Mietpools** oder in Kenntnis des Umstands verlangt, dass dem konkreten Mietpool Darlehen gewährt wurden, für die der Anleger als Poolmitglied mithaften muss (Senatsurteil vom 20. März 2007 aaO Tz. 27). Das hat das Berufungsgericht hier ohne Rechtsfehler verneint, weil die Kläger selbst nicht behaupten, der für ihre Wohnung bestehende Mietpool habe bei Erwerb der Wohnung eine Unterdeckung aufgewiesen. Weiteren konkret auf den Erwerb ihrer Wohnung bezogenen Vortrag haben die Kläger nicht erbracht.

[20] ... [N]ach dem Urteil des erkennenden Senats vom 16. Mai 2006 (BGHZ 168, 1, 22 ff., Tz. 50 ff.) [lässt sich] eine Haftung der Beklagten für eigenes Aufklärungsverschulden nicht abschließend verneinen. Mit diesem Urteil hat der erkennende Senat seine Rechtsprechung zum Bestehen von Aufklärungspflichten der kreditgebenden Bank ergänzt. ...

[22] ... Mit Rücksicht auf die nach Behauptung der Kläger arglistige Täuschung der Vermittler zur erzielten Miete kommt eine Aufklärungspflicht der Beklagten und ein daraus folgender Schadensersatzanspruch der Kläger unter dem Gesichtspunkt eines aufklärungspflichtigen **Wissensvorsprungs über Risiken des Anlagengeschäfts** in Betracht.

[23] Nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt sind die Kläger von dem Vermittler **arglistig getäuscht** worden, der in dem Besuchsbericht wahrheitswidrig monatliche **Mieteinnahmen** von 339 DM eingesetzt hatte. Diese auch im Darlehensantrag enthaltene Angabe war **evident unrichtig**. Wie aus der dem notariellen Kaufvertragsangebot vom 22. Oktober 1992 beigelegten Anlage ersichtlich ist, betrug

die Miete für die von den Klägern erworbene Wohnung Nr. tatsächlich nur 220,84 DM, der Nettoertrag gar nur 183,34 DM. Angesichts der großen Differenz zwischen zugesagter und tatsächlich erzielter Miete konnte die Unrichtigkeit der auch im Darlehensantrag enthaltenen Angabe von der Beklagten nicht übersehen werden, wenn sie sich der Erkenntnis nicht verschloss (vgl. Senat, BGHZ 168, 1, 24, Tz. 55). Soweit die Revisionsrüge einwendet, es fehle an der Kausalität der falschen Angaben des Vermittlers für den Vertragsschluss, wird dies – nachdem beide Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag hatten – vom Tatrichter zu klären sein.

[24] Sofern die Kläger durch evident unrichtige Angaben zur Miete zum Vertragsschluss bestimmt worden sind, würde die Kenntnis der Beklagten hiervon widerlegbar vermutet, weil die weiteren Voraussetzungen für die Beweiserleichterung nach dem im Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt vorliegen. Danach bestand zwischen der Wohnungsverkäuferin, der Beklagten und den Vermittlern eine **institutionalisierte Zusammenarbeit**, die die Veräußerung von Eigentumswohnungen und die Finanzierung des Erwerbs durch die Beklagte im Strukturvertrieb vorsah. Grundlage dieser planmäßigen und arbeitsteiligen Zusammenarbeit bildete ein gemeinsames Vertriebskonzept der Beklagten und der H. Gruppe, zu der sowohl die Immobilien- und die Finanzmaklerin als auch die Mietpoolverwalterin gehörten. ...“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 61.

(12) BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, NJW 2008, 644 = ZIP 2008, 210 = WM 2008, 115

1. Eine die Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank aufgrund eines widerleglich vermuteten Wissensvorsprungs bei institutionalisiertem Zusammenwirken mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts begründende arglistige Täuschung ist gegeben, wenn die Angaben zur Höhe des erzielbaren Mietzinses entgegen der Mitteilung im Verkaufsprospekt ohne betriebswirtschaftliche Untersuchung zur Rentabilität und Vermietbarkeit des Objekts (hier: sog. Boarding-House) gemacht wurden.

2. siehe oben S. 35.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[30] ... [E]ine kreditgebende Bank [ist] bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen zur Risikoauflärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. ...

[34] Eine kreditgebende Bank ist zur **Aufklärung über die Unangemessenheit des Kaufpreises** ausnahmsweise nur dann verpflichtet, wenn eine so wesentliche Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert vorliegt, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss. Das ist nach ständiger Rechtsprechung erst dann der Fall, wenn der **Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung** (vgl. etwa Senat BGHZ 168, 1, 21 Tz. 47; Senatsurteile vom 19. September 2006 – XI ZR 204/04, WM 2006, 2343, 2345 Tz. 19 (insoweit in BGHZ 169, 109 nicht abgedruckt) und vom 26. Juni 2007 – XI ZR 277/05, WM 2007, 1651, 1653 Tz. 15, jeweils m.w.Nachw.), wobei die in dem Gesamtaufwand für den Erwerb enthaltenen Nebenkosten wie Grunderwerbssteuer, Notar- und Grundbuchkosten, Provisionen und Gebühren für Mietgarantie und Finanzierungsvermittlung nicht zu berücksichtigen sind (Senatsurteil vom 18. April 2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247). ...

[38] Eine ... Aufklärungspflicht [wegen **Überschreitung der Kreditgeberrolle**] setzt voraus, dass die Bank im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Objekts gleichsam als Partei des zu finanzierenden Geschäfts in nach außen erkennbarer Weise Funktionen oder Aufgaben des Veräußerers oder Vertreibers übernommen und damit einen zusätzlichen, auf die übernommenen Funktionen bezogenen Vertrauenstatbestand geschaffen hat (Senatsurteile vom 18. November 2003 – XI ZR 322/01, WM 2004, 172, 174 und vom 27. Januar 2004 – XI ZR 37/03, WM 2004, 620, 623 m.w.Nachw.). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Aus dem Vortrag des Beklagten ergibt sich nicht, dass ein über die Kreditgeberrolle hinausgehendes Engagement der Klägerin für das Projekt des Boarding-House nach außen in Erscheinung getreten ist. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, lässt sich dem im Verkaufsprospekt abgedruckten Schreiben der Klägerin nicht entnehmen, dass sie über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausge-

gangen wäre und etwa Aufgaben des Vertriebs übernommen hätte. Dafür reicht die allgemeine, auf die Baufinanzierung bezogene Referenzerklärung im Verkaufsprospekt, die Führung der Treuhandkonten für die Käufer sowie die Ankündigung, eine Mittelverwendungskontrolle durchzuführen, nicht aus, da die Klägerin damit keine Funktionen oder Aufgaben des Veräußerers oder Vertreibers übernommen hat, sondern sich auf solche beschränkt hat, die für ein finanzierendes Kreditinstitut nicht unüblich sind (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 2004 aaO S. 623 f.). ...

[40] Die Klägerin war auch nicht wegen eines **schwerwiegenden Interessenkonflikts** aufklärungspflichtig. Ein solcher ist nicht schon allein deshalb zu bejahen, weil eine finanzierende Bank zugleich Kreditgeberin des Bauträgers oder Verkäufers und des Erwerbers ist oder dem Verkäufer eine globale Finanzierungszusage erteilt hat (Senatsurteile vom 18. März 2003 – XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 921, vom 27. Januar 2004 – XI ZR 37/03, WM 2004, 620, 624 und vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 882 Tz. 50). Ein schwerwiegender Interessenkonflikt kann vielmehr nur vorliegen, wenn zu dieser **"Doppelfinanzierung"** besondere Umstände hinzutreten. Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und werden auch von der Revision nicht aufgezeigt. Gegen die Annahme, die Klägerin könnte bei Abschluss der Darlehensverträge im Juni 1992 das **Risiko eines ungesicherten Kreditengagements bei der Bauträgerin auf die Erwerber abgewälzt** haben, spricht vor allem der Umstand, dass das Boarding-House 1993 fertig gestellt wurde und seinen Betrieb aufnehmen konnte, während der Konkurs der Bauträgerin erst 1995 eintrat (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 2004 aaO). ...

[43] Unrichtig ist ... die Annahme der Revision, die Klägerin habe dadurch einen **besonderen Gefährdungstatbestand** geschaffen, dass sie den Erwerb des Appartements ohne Eigenkapital und ohne werthaltige dingliche Absicherung finanziert habe. Ein Darlehensnehmer hat selbst zu prüfen, ob er in der Lage ist, den aufgenommenen Kredit zurückzuführen. Zudem waren die Darlehen durch eine Grundschuld über 223.000 DM gesichert. Selbst wenn die Klägerin diesen Wert intern aufgrund einer unrichtigen Kalkulation festgesetzt haben sollte, begründet dies keine Aufklärungspflicht der Klägerin (vgl. Senatsurteil vom 20. März 2007 aaO S. 880 Tz. 40). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs prüfen und ermitteln Kreditinstitute den Wert der ihnen gestellten Sicherheiten grundsätzlich nur im eigenen Interesse sowie im Interesse der Sicherheit des Bankensystems, nicht aber im Kundeninteresse (Senat BGHZ 147, 343, 349; 168, 1, 20 f. Tz. 45; Senatsurteil vom 20. März 2007 aaO S. 880 f. Tz. 41 m.w.Nachw.). ...

[45] Nach [der modifizierten] Rechtsprechung (BGHZ 168, 1, 22 ff. Tz. 50 ff.; 169, 109, 115 Tz. 23; Urteile vom 24. April 2007 – XI ZR 340/05, WM 2007, 1257, 1260 Tz. 39 und vom 26. Juni 2007 – XI ZR 277/05, WM 2007, 1651, 1654 Tz. 24, jeweils m.w.Nachw.) können sich die Anleger in Fällen eines institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts über das Anlageobjekt berufen. Die **Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung** wird **widerleglich vermutet**, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsvermittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufsprospekts nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufdrängt, die Bank habe sich der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen. ...

[47] Nach Behauptung des Beklagten ist ihm ein Mietertrag von 34 DM pro qm und Monat versprochen worden, während realistischere – wie sich aus dem Wertgutachten des Sachverständigen B. ergebe – nur ein solcher von 17 DM pro qm und Monat zu erwarten war. Darin ist zugleich die Behauptung des Beklagten enthalten, er sei von der Verkäuferin bzw. dem Vermittler über die Höhe des erzielbaren Mietzinses und die Rentabilität des Anlageobjekts getäuscht worden. ...

[49] Die eine subjektive Komponente umfassende Arglist ergibt sich nach dem Beklagtenvorbringen daraus, dass die **Angaben zur Höhe des erzielbaren Mietzinses** entgegen der Mitteilung im Verkaufsprospekt ohne

betriebswirtschaftliche Untersuchung zur Rentabilität und Vermietbarkeit des Objekts und damit **"ins Blaue hinein"** gemacht wurden. ...

[50] Da nach dem Vortrag des Beklagten der realistischere Mietzins nur etwa 50% des "versprochenen" Mietzins betrug, war die **Angabe** auch **objektiv evident unrichtig** (vgl. Senat BGHZ 168, 1, 24 f. Tz. 57; Senatsurteil vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 882 Tz. 55).

[51] Die weiteren Voraussetzungen für die Vermutung der von dem Beklagten behaupteten Kenntnis der Klägerin von der arglistigen Täuschung des Beklagten sind nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt – wie die Revision zu Recht geltend macht und die Revisionserwiderung nicht in Abrede stellt – gegeben. Danach bestand zwischen der Bauträgerin als Verkäuferin, den eingeschalteten Vermittlern und der Klägerin eine **institutionalisierte Zusammenarbeit**, die die Veräußerung der Hotelappartements und die Finanzierung des Erwerbs durch die Klägerin im Strukturvertrieb vorsah. ...“

(13) BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 = WM 2008, 683

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[43] Schließlich besteht entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ein Schadensersatzanspruch des Beklagten auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Aufklärungspflicht der Klägerin wegen Überschreitung der Kreditgeberrolle, weil – in Erweiterung dieser Fallgruppe – die kreditgebende Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts nach Maßgabe des Senatsurteils vom 16. Mai 2006 (BGHZ 168, 1, 23 Tz. 53) in institutionalisierter Weise zusammengewirkt hat. Diese **Ergänzung der Rechtsprechung** des Senats ist im Interesse der Effektivierung des Verbraucherschutzes bei realkreditfinanzierten Wohnungskäufen erfolgt und **bezieht sich ausschließlich auf die** eine eigene Aufklärungspflicht der Bank begründende **Fallgruppe des konkreten Wissensvorsprungs**, indem unter bestimmten Voraussetzungen zu Gunsten des Darlehensnehmers eine Beweiserleichterung in Form einer widerleglichen Vermutung für die Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung durch den Verkäufer oder Fondsinitiator sowie der von ihnen eingeschalteten Vermittler statuiert worden ist (vgl. Senat BGHZ 168, 1, 22 Tz. 50 f.). Der Hinweis des Beklagten auf § 358 BGB geht – wie bereits oben in anderem Zusammenhang dargelegt – auch hier fehl.“

Hinweis 1: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 35 und 62 sowie unten S. 113.

Hinweis 2: Ganz ähnlich wie oben auch BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, NJW 2008, 644 (Rdn. 39)

(14) BGH, 18.3.2008 – XI ZR 246/06, ZIP 2008, 1011 = WM 2008, 971

1. Bei steuersparenden Bauherren- und Erwerbermodellen können die finanzierende Bank, die den Beitritt des Darlehensnehmers zu einem für das Erwerbsobjekt bestehenden Mietpool zur Voraussetzung der Darlehensauszahlung gemacht hat, Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen Gefährdungstatbestands bei Hinzutreten spezifischer Risiken des konkreten Mietpools treffen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 ff.).

2. Zu den Anforderungen an die tatrichterliche Feststellung solcher spezifischer Risiken des konkreten Mietpools.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[15] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. ...

[19] Wie der erkennende Senat ... entschieden ... hat, [können] ... die finanzierende Bank, die ... den Beitritt zu einem Mietpool zur Bedingung der Darlehensauszahlung gemacht hat, bei Hinzutreten spezifischer Risiken des konkreten Mietpools Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen Gefährdungstatbestands treffen ..., deren Verletzung einen umfassenden Rückabwicklungsanspruch der Darlehensnehmer zur Folge haben kann. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Bank

den Beitritt in **Kenntnis einer bereits bestehenden Überschuldung des konkreten Mietpools** oder in Kenntnis des Umstands verlangt, dass dem konkreten Mietpool Darlehen gewährt wurden, für die der Anleger als Poolmitglied mithaften muss. Gleiches gilt, wenn die finanzierende Bank den Beitritt verlangt, obwohl sie weiß, dass die **Ausschüttungen des Pools konstant überhöht** sind, d.h. nicht auf nachhaltig erzielbaren Einnahmen beruhen, so dass der Anleger nicht nur einen falschen Eindruck von der Rentabilität und Finanzierbarkeit des Vorhabens erhält, sondern darüber hinaus seine gesamte Finanzierung Gefahr läuft, wegen ständig erforderlicher Nachzahlungen zu scheitern (Senatsurteil vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 879, Tz. 27). ...

[35] Rechtsfehlerhaft ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei zur Aufklärung über Risiken des Mietpools verpflichtet gewesen, weil sie durch ihre **internen Beleihungswertfestsetzungen** in den Käufern nicht bekannten Beschlussbögen einen besonderen Gefährdungstatbestand geschaffen habe. Vielmehr vermag auch die vom Kläger behauptete fehlerhafte Ermittlung des Beleihungswerts durch die Beklagte keine einen Schadensersatzanspruch auslösende Aufklärungspflichtverletzung zu begründen. Wie der Senat mit Urteil vom 20. März 2007 (XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 880 f., Tz. 41) bestätigt und noch einmal im Einzelnen dargelegt hat, prüfen und ermitteln Kreditinstitute nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Wert der ihnen gestellten Sicherheiten grundsätzlich nur im eigenen Interesse sowie im Interesse der Sicherheit des Bankensystems, nicht aber im Kundeninteresse (BGHZ 147, 343, 349; 168, 1, 20 f., Tz. 45; BGH, Senatsurteile vom 7. April 1992 – XI ZR 200/91, WM 1992, 977, vom 21. Oktober 1997 – XI ZR 25/97, WM 1997, 2301, 2302 und vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03, WM 2004, 24, 27). Dementsprechend kann sich grundsätzlich aus einer lediglich zu bankinternen Zwecken erfolgten Beleihungswertermittlung keine Pflichtverletzung gegenüber dem Kreditnehmer und somit auch keine diesbezügliche Aufklärungspflicht ergeben (Senatsurteile BGHZ 168 aaO S. 21, Tz. 45 und vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 881, Tz. 41; a.A. OLG Celle ZGS 2007, 152, 156 f.). Der Senat hat auch bereits darauf hingewiesen, dass es auf die Frage, ob die Bank mit der überhöhten Verkehrswertfestsetzung eigene wirtschaftliche Vorteile erstrebt, ebenso wenig ankommt wie auf die Frage, ob das finanzierende Kreditinstitut es dem Verkäufer durch die überhöhte Wertermittlung und Finanzierung ermöglicht, das Objekt zu einem übersteuerten Kaufpreis zu veräußern (Senatsurteil vom 20. März 2007 aaO). ...

[36] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht schließlich angenommen, ein Rückabwicklungsanspruch des Klägers ergebe sich daraus, dass die Beklagte den Kläger und seine Ehefrau nicht über etwaige Nachteile und **Risiken der Finanzierung des Kaufpreises durch ein Vorausdarlehen in Kombination mit zwei neu abzuschließenden Bausparverträgen** aufgeklärt habe. Ungeachtet der Frage, ob und unter welchen Umständen im Einzelfall insoweit überhaupt eine Pflicht der finanzierenden Bank, ungefragt über die spezifischen Vor- und Nachteile dieser Konstruktion aufzuklären, in Betracht kommt, rechtfertigt eine etwaige Aufklärungspflichtverletzung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die vom Kläger begehrte Rückabwicklung des Darlehens- oder gar des Kaufvertrages schon deshalb nicht, weil sie **nur zum Ersatz der durch die gewählte Finanzierung entstandenen Mehrkosten** führt (st.Rspr., siehe etwa Senatsurteil vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 881, Tz. 42 m.w.Nachw.). Solche Mehrkosten hat der Kläger nicht dargetan.

[41] ... [Für einen zur Aufklärung verpflichtenden schwerwiegenden **Interessenkonflikt**] reicht es nicht aus, dass die kreditgebende Bank zugleich Kreditgeberin des Bauträgers oder Verkäufers einer Immobilie ist, oder ihm eine globale Finanzierungszusage erteilt hat (BGHZ 161, 15, 21; BGH, Senatsurteil vom 27. Januar 2004 – XI ZR 37/03, WM 2004, 620, 624). Feststellungen, dass die Beklagte bei Abschluss des Darlehensvertrages Ende 1992 etwa das Risiko eines eigenen notleidenden Kreditengagements bei der H. Gruppe auf die Erwerber abgewälzt hat (vgl. Weber EWiR 2005, 657, 658), hat das Berufungsgericht bislang nicht getroffen.

[42] Auch zu der Frage, ob die Beklagte zur Aufklärung über die vom Kläger behauptete Unangemessenheit des Kaufpreises verpflichtet war, fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts. Eine Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank besteht insoweit wegen eines **Wissensvorsprungs** nur dann, wenn eine so wesentliche Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert vorliegt, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss (st.Rspr., vgl. etwa BGH, Senatsurteil vom 23. März 2004 – XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225 m.w.Nachw.), wenn also der Wert der

Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (vgl. etwa Senatsurteile vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524 und vom 23. März 2004 aaO, jeweils m.w.Nachw.). ...

[45] Die Frage, ob bei Anwendung [der] im Urteil des erkennenden Senats vom 16. Mai 2006 (BGHZ 168, 1, 23 f., Tz. 53-55) näher dargelegten Grundsätze hier eine **widerlegliche Vermutung** besteht, dass die Beklagte von einer arglistigen Täuschung des Klägers über die erzielte Miete Kenntnis hatte, kann ohne weitere Feststellungen des Berufungsgerichts nicht beantwortet werden.

[46] Allein auf den nicht berücksichtigten Reparaturaufwand am Sondereigentum lässt sich bislang eine widerlegliche Vermutung nicht stützen, weil es **angesichts einer** nach den bisher getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts **um 11,1% überhöhten Kalkulation** der Nettomiete insoweit an der erforderlichen **Evidenz einer möglichen Täuschung fehlt. ...**“

(15) BGH, 29.4.2008 – XI ZR 221/07, ZIP 2008, 1421 = WM 2008, 1121 = NJW-RR 2008, 1226

1. Grundsätzlich ist eine kreditgebende Bank unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines Wissensvorsprungs nur dann verpflichtet, den Kreditnehmer bei Kreditvergabe über die sittenwidrige Überteuerung der zu finanzierenden Eigentumswohnung aufzuklären, wenn sie positive Kenntnis davon hat, dass der Kaufpreis knapp doppelt so hoch ist wie der Verkehrswert der Wohnung.

2. Ausnahmsweise steht die bloße Erkennbarkeit der positiven Kenntnis dann gleich, wenn sich die sittenwidrige Überteuerung einem zuständigen Bankmitarbeiter nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen musste; er ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen davor zu verschließen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

[14] ... Eine Aufklärungspflicht der Bank über die Unangemessenheit des Kaufpreises unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines **Wissensvorsprungs** ist ausnahmsweise dann anzunehmen, wenn eine so wesentliche Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert vorliegt, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss (st.Rspr., ...). Von einer solchen sittenwidrigen Übervorteilung ist auszugehen, wenn der Verkaufspreis knapp doppelt so hoch ist wie der Verkehrswert der Wohnung (BGHZ 146, 298, 301 ff.; 168, 1, 21, Tz. 47; ...). ...

[17] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss ein Kreditinstitut nur das ihm präsente Wissen offenbaren. Dabei ist **grundsätzlich positive Kenntnis der Bank von der sittenwidrigen Überteuerung des Kaufobjekts erforderlich**. Eine solche Kenntnis wird selbst bei einem – hier nicht vorliegenden – institutionalisierten Zusammenwirken der Bank mit dem Verkäufer oder Vermittler der Anlage nicht vermutet (Senatsurteil vom 23. Oktober 2007 – XI ZR 167/05, WM 2008, 154, 156 f., Tz. 16 m.w.Nachw.; OLG Frankfurt WM 2006, 2207, 2209). ...

[20] **Ausnahmsweise steht die bloße Erkennbarkeit** von aufklärungspflichtigen Tatsachen wie etwa der sittenwidrigen Überteuerung eines Wohnungskaufpreises **der positiven Kenntnis** aber dann **gleich**, wenn sich diese einem zuständigen Bankmitarbeiter nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen musste; er ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen vor solchen Tatsachen zu verschließen (Senatsbeschluss vom 28. Januar 1992 – XI ZR 301/90, WM 1992, 602, 603 und Senatsurteil vom 7. April 1992 – XI ZR 200/91, WM 1992, 977). ...

[22] Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Beklagten **alle wertbildenden Faktoren der Wohnung bekannt waren** und sich ihr deshalb die sittenwidrige Überteuerung der Wohnung aufgedrängt hat. Die Beklagte kannte den Kaufpreis und war als überregional tätige Bank mit den Markt- und Preisverhältnissen auf dem Immobilienmarkt in D. vertraut. Sie kannte aufgrund des ihr vorliegenden Prospekts Alter, schlechte Lage und Ausstattung der Wohnung. Ihr war, wie sich ihrem Schreiben vom 2. September 1993 entnehmen lässt, bewusst, dass ein unzureichender Renovierungszustand, mit dem sie ernsthaft rechnete, den Wert negativ beeinflusst. Ihr nachträgliches ungewöhnliches **Verlangen nach einer unüblich hohen fünfprozentigen Tilgung pro Jahr** ist ein wichtiges Indiz dafür, dass sie die Immobilie in hohem Maße nicht als werthaltig ansah. Wenn sie trotz Fehlens zusätzlich angeforderter tragfähiger Informationen zum Renovierungszustand nach Intervention des Vermittlers die Finanzierung zu einem immer noch ungewöhnlich hohen Tilgungssatz von 3% p.a. abgeschlossen hat, so durfte das Berufungsgericht annehmen, dass

die Beklagte vor der von ihr als Risiko erkannten und sich aufdrängenden Erkenntnis einer sittenwidrigen Übertreibung der Wohnung bewusst die Augen verschlossen und lediglich versucht hat, durch einen ungewöhnlich hohen Tilgungssatz das durch die völlig unzureichende Werthaltigkeit der Immobile bedingte Kreditausfallrisiko zu verringern.“

(16) BGH, 27.5.2008 – XI ZR 132/07, ZIP 2008, 1268 = WM 2008, 1260

1. Zu den Voraussetzungen der objektiven Evidenz unrichtiger Angaben im Sinne des Senatsurteils vom 16. Mai 2006 (XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 ff.)
2. siehe unten S. 98.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[20] Das Berufungsgericht ist unter Würdigung der Umstände des Falles zu dem Ergebnis gelangt, die Beklagten seien von dem Vermittler durch **evident unrichtige Angaben** über die Höhe der Ausschüttungen aus dem Mietpool arglistig getäuscht worden, da man ihnen mit der kalkulierten Mieteinnahme von 325 DM/Monat bewusst einen grob unrichtigen Mietertrag versprochen habe, der von vornherein aus dem Mietpool nicht habe erwirtschaftet werden können und der von Beginn an auch tatsächlich nicht annähernd erzielt worden sei. Statt der beim Erwerb versprochenen Quadratmetermiete von 11,41 DM/qm seien bereits im Folgejahr nur 7,47 DM/qm und in den nächsten Jahren nur 7,25 DM/qm erzielt worden. ...

[21] Gegen diese Ausführungen vermag die Revision nichts Durchgreifendes vorzubringen. ... Die ... tatrichterliche Würdigung ist nicht nur ohne weiteres vertretbar, sondern sogar naheliegend und überzeugend.

...

[25] Auch gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, durch die evident unrichtigen Angaben zur Mietpolausschüttung seien die Beklagten **arglistig getäuscht** worden, vermag die Revision nichts Beachtliches vorzubringen. Wie der erkennende Senat mit Urteil vom 20. März 2007 (XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 880, 882, Tz. 33, 55), das denselben Mietpool betrifft, bereits ausgeführt hat, wird bezüglich dieses Mietpools die Arglist der maßgeblichen Personen bereits durch den Vermerk der M. vom 11. August 1995, den auch das Berufungsgericht zu Recht in den Mittelpunkt seiner Ausführungen gestellt hat, belegt. Danach war eine Ausschüttung von „allenfalls“ 8,20 DM/qm vertretbar, während bei fortgesetzter Ausschüttung von über 11 DM/qm, wie sie auch die Beklagten erhalten haben, eine erhebliche Unterdeckung des Mietpools erwartet wurde (vgl. Senatsurteil aaO Tz. 33). ...

[26] Rechtsfehlerfrei ... ist das Berufungsgericht auch zu dem Ergebnis gelangt, dass auch die weiteren Voraussetzungen für die Beweiserleichterung – insbesondere ein **institutionalisiertes Zusammenwirken** zwischen der Klägerin, der Wohnungsverkäuferin und dem Vermittler – vorliegen (vgl. Senatsurteile vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 882, Tz. 56 und vom 25. September 2007 – XI ZR 274/05, Umbruck S. 15 f., Tz. 27). Die Kenntnis der Klägerin von den evident falschen Angaben des Vermittlers wird daher widerleglich vermutet.

[27] Das Berufungsgericht hätte jedoch ohne Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugen nicht annehmen dürfen, die Klägerin habe die Vermutung der Kenntnis von der arglistigen Täuschung nicht widerlegt, bzw. habe sogar positive Kenntnis von der arglistigen Täuschung gehabt. ...

[28] ... Entgegen der Auffassung der Revision ist das Berufungsgericht bei dieser Gesamtschau allerdings nicht gehindert, der bei der Klägerin vorgenommenen Einwertung des finanzierten Objekts maßgebliche Bedeutung beizumessen. Zwar weist die Revision zu Recht darauf hin, dass Kreditinstitute nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Wert der ihnen gestellten Sicherheiten grundsätzlich nur im eigenen Interesse prüfen und ermitteln sowie im Interesse der Sicherheit des Bankensystems, nicht aber im Kundeninteresse, so dass sich hieraus keine Pflichtverletzung gegenüber dem Kreditnehmer ergeben kann (BGHZ 147, 343, 349; 168, 1, 20 f., Tz. 45; BGH, Senatsurteile vom 7. April 1992 – XI ZR 200/91, WM 1992, 977, vom 21. Oktober 1997 – XI ZR 25/97, WM 1997, 2301, 2302, vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03, WM 2004, 24, 27, vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 881, Tz. 41 und vom 6. November 2007 – XI ZR 322/03, WM 2008, 115, 119, Tz. 43). Dies besagt aber nicht, dass nicht **aus diesen**

lediglich zu bankinternen Zwecken erfolgten Beleihungswertermittlungen gleichwohl Rückschlüsse auf die Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung des Anlegers möglich sind. ...“

(17) BGH, 3.6.2008 – XI ZR 319/06, ZIP 2008, 1714 = WM 2008, 1346 = NJW 2008, 2576

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] Ob die **Angaben des Vermittlers** über das vom Kläger erworbene Objekt **evident unrichtig** waren, ist eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalles, die jeweils dem Tatrichter obliegt und die deshalb in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur beschränkt überprüft werden kann. Das Berufungsgericht ist unter Würdigung der Umstände des Falles rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, die Angaben des Vermittlers zur erzielbaren Miete seien objektiv evident unrichtig, da die prognostizierte monatliche Quadratmetermiete von 8,64 DM von Beginn an nicht annähernd erzielt worden sei, der monatliche Nettomietenertrag vielmehr im Erwerbsjahr und den beiden Folgejahren nur bei 3,87 DM, 6,30 DM und 4,41 DM pro Quadratmeter gelegen habe. Diese tatrichterliche Würdigung ist ohne weiteres vertretbar, verstößt nicht gegen die Denkgesetze und beruht nicht auf verfahrenswidriger Tatsachenfeststellung (vgl. Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 – XI ZR 211/03, WM 2005, 27 m.w.Nachw. und vom 18. Dezember 2007 – XI ZR 76/06, WM 2008, 292, 294, Tz. 20). ...

[20] ... Es fehlt ... an Feststellungen dazu, dass der Vermittler den Kläger durch die evident unrichtigen Angaben über die erzielbare Miete arglistig getäuscht hat. Entgegen der Auffassung der Revision ist eine **arglistige Täuschung zwingende Voraussetzung für die Beweiserleichterung** im Sinne der Senatsrechtsprechung (vgl. Senatsurteil vom 23. Oktober 2007 – XI ZR 167/05, WM 2008, 154, 156 f., Tz. 16).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 99.

(18) BGH, 3.6.2008 – XI ZR 131/07, ZIP 2008, 1368 = WM 2008, 1394 = NJW 2008, 2572

1. Bei Bauherren- und Erwerbermodellen treffen die finanzierende Bank, die den Beitritt des Darlehensnehmers zu einem für das Erwerbsobjekt bestehenden Mietpool zur Voraussetzung der Darlehensauszahlung gemacht hat, nicht ohne Weiteres über die damit verbundenen Risiken Aufklärungspflichten wegen eines durch sie bewusst geschaffenen oder begünstigten besonderen Gefährdungstatbestands (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. März 2007, XI ZR 414/04, WM 2007, 876 ff.).

2. Rechtsfolge einer etwaigen Verletzung einer Aufklärungspflicht über die allgemeinen Folgen eines Mietpoolbeitritts kann lediglich ein Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten oder Mindereinnahmen sein, die sich durch die Mietpoolbeteiligung ergeben, nicht hingegen ein Anspruch auf Rückabwicklung sämtlicher Verträge (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. März 2007, XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 878, Tz. 21).

3. Da Kreditinstitute den Wert der ihnen gestellten Sicherheiten grundsätzlich nur im eigenen Interesse sowie im Interesse der Sicherheit des Bankensystems, nicht aber im Kundeninteresse prüfen und ermitteln, kann sich aus einer lediglich zu bankinternen Zwecken erfolgten Beleihungswertermittlung grundsätzlich keine Pflichtverletzung der Bank gegenüber dem Kreditnehmer ergeben (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. März 2007, XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 880 f., Tz. 41).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Rechtsfehlerhaft ist bereits die Ansicht des Berufungsgerichts, aus der Verpflichtung der Klägerin, dem für ihr Objekt bestehenden Mietpool beizutreten, folge mit Rücksicht auf die konkrete Ausgestaltung des Mietpools, die dem Erwerber die wirtschaftliche Verwertung des Objekts faktisch entzogen habe, eine umfassende Haftung der Beklagten wegen Schaffung eines besonderen Gefährdungstatbestands.

[15] Dieser Auffassung hat der erkennende Senat – unter ausdrücklichem Hinweis auf das vorliegende Urteil des Berufungsgerichts – bereits mit Urteil vom 20. März 2007 (XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 878, Tz. 20), dem eine vergleichbare Beitrittsvereinbarung zugrunde lag, eine Absage erteilt. Wie der Senat dort ausgeführt hat, musste die Beklagte die Erwerber über die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen einer **Mietpoolbeteiligung** schon deshalb nicht aufklären, weil sie bereits der Beitrittsvereinbarung deutlich zu entnehmen waren. Anders als das Berufungsgericht meint, ergeben sich aus ihr die weitgehenden Befugnisse

der Verwalterin und die Dauer der Vertragsbindung. Eine weitergehende Aufklärung über die sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Konsequenzen schuldete die Beklagte hierzu nicht (Senatsurteil vom 20. März 2007 aaO m.w.Nachw.). Die entgegenstehende Auffassung des Berufungsgerichts berücksichtigt zudem nicht, dass die Konstruktion der Mietpools dem Umstand Rechnung trägt, dass Anleger, die wie die Klägerin eine Eigentumswohnung an einem weit entfernten Ort erwerben, in aller Regel weder den Willen noch die Möglichkeit haben, sich selbst um die Verwaltung der Wohnung zu kümmern (Senatsurteil vom 20. März 2007 aaO).

[16] Rechtsfehlerhaft ist weiter die Ansicht des Berufungsgerichts, die – zu Unrecht angenommene – Verletzung der Aufklärungspflicht über die allgemeinen Folgen des Mietpoolbeitritts rechtfertige einen Anspruch auf Rückabwicklung sämtlicher Verträge. Aus einer solchen Aufklärungspflichtverletzung würde, wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 20. März 2007 (XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 878, Tz. 20 f.) im Einzelnen dargelegt hat, **lediglich ein Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten oder Mindereinnahmen** folgen, die sich durch die Mietpoolbeteiligung gegenüber einer eigenständigen Verwaltung ergeben. Die Ansicht des Berufungsgerichts, durch die Begrenzung auf diesen **Differenzschaden** würde „eines der Grundprinzipien des Schadensersatzrechts für eine gesellschaftliche Gruppe (die Banken) außer Kraft“ gesetzt, nämlich die Kausalitätsprüfung, übersieht völlig, dass ein Schadensersatzanspruch außer Kausalität einen Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden erfordert.

[17] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte im Zusammenhang mit ihrer Forderung, die Erwerber müssten dem für das zu finanzierende Objekt bestehenden Mietpool beitreten, auch nicht etwa ihre **Rolle als Kreditgeberin überschritten**. Wie der Senat bereits mehrfach bei vergleichbaren Mietpools entschieden hat, geht die finanzierende Bank, die die Auszahlung der Valuta von dem Beitritt ihres Kunden zu einem Mietpool abhängig macht, ersichtlich nicht über ihre Rolle als Finanzierungsbank hinaus. Vielmehr trägt die Forderung nach Beitritt der Kunden zu einem Mietpool dem banküblichen Bestreben des finanzierenden Kreditinstituts nach einer genügenden Absicherung des Kreditengagements Rechnung (Senatsurteile BGHZ 168, 1, 20, Tz. 43 und vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 878, Tz. 19).

[18] Soweit das Berufungsgericht im Zusammenhang mit dem von der Beklagten geforderten Mietpoolbeitritt eine zur Aufklärung verpflichtende **Interessenkollision** sieht, genügen die hierzu getroffenen Feststellungen nicht. Ein zur Aufklärung verpflichtender schwerwiegender Interessenkonflikt käme nur in Betracht, wenn die Beklagte bei Abschluss des Darlehensvertrages im Juli 1994 ein bereits bestehendes wirtschaftliches Risiko auf die Erwerber abgewälzt hätte. ...

[24] Rechtsfehlerhaft ist weiter die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte hafte aus Verschulden bei Vertragsschluss, weil sie in ihren den Käufern nicht bekannten internen Beschlussbögen **überhöhte Beleihungswerte festgesetzt** habe. Wie der Senat mit Urteil vom 20. März 2007 (XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 880 f., Tz. 41 m.w.Nachw.) bestätigt und noch einmal im Einzelnen – unter ausdrücklichem Hinweis gerade auch auf die entgegenstehenden Ausführungen des Berufungsurteils – dargelegt hat, prüfen und ermitteln Kreditinstitute nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Wert der ihnen gestellten Sicherheiten grundsätzlich nur im eigenen Interesse sowie im Interesse der Sicherheit des Bankensystems, nicht aber im Kundeninteresse (BGHZ 147, 343, 349; 168, 1, 20 f., Tz. 45; BGH, Senatsurteile vom 7. April 1992 – XI ZR 200/91, WM 1992, 977, vom 21. Oktober 1997 - XI ZR 25/97, WM 1997, 2301, 2302 und vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03, WM 2004, 24, 27). Dementsprechend kann sich grundsätzlich aus einer lediglich zu bankinternen Zwecken erfolgten Beleihungswertermittlung keine Pflichtverletzung gegenüber dem Kreditnehmer und somit auch keine diesbezügliche Aufklärungspflicht ergeben (Senatsurteile BGHZ 168 aaO S. 21, Tz. 45, vom 20. März 2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 881, Tz. 41 und vom 6. November 2007 – XI ZR 322/03, WM 2008, 115, 119, Tz. 43). Der Senat hat auch bereits darauf hingewiesen, dass es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auf die Frage, ob die Bank mit der überhöhten Verkehrswertfestsetzung eigene wirtschaftliche Vorteile erstrebt, ebenso wenig ankommt wie auf die Frage, ob das finanzierende Kreditinstitut es dem Verkäufer durch die überhöhte Wertermittlung und Finanzierung ermöglicht, das Objekt zu einem überteuerten Kaufpreis zu veräußern (Senatsurteile vom 20. März 2007 und vom 6. November 2007, jeweils aaO). Letzteres gilt schon deshalb, weil die Veräußerung der Immobilie zu einem überteuerten Kaufpreis nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs selbst für den Verkäufer nicht ohne Weiteres einen zur Aufklärung verpflichtenden Umstand darstellt (BGH, Urteile vom 15. Ok-

tober 2004 – V ZR 223/03, WM 2005, 69, 71 und vom 9. November 2007 – V ZR 25/07, WM 2008, 89, 91, Tz. 21; Senatsurteile vom 2. Dezember 2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 419 und vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524). Dies gilt erst recht für die finanzierende Bank. Sie ist nur dann ausnahmsweise zur **Aufklärung über die Unangemessenheit eines Kaufpreises** verpflichtet, wenn es zu einer so wesentlichen Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert kommt, dass die Bank von einer **sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers** durch den Verkäufer ausgehen muss (st.Rspr., vgl. etwa BGH, Senatsurteil vom 23. März 2004 – XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225 m.w.Nachw.), wenn also der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (vgl. etwa Senatsurteile vom 20. Januar 2004 – XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524 und vom 23. März 2004 aaO, jeweils m.w.Nachw.). Das ist hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall.

[25] Danach bleibt auch für die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang bejahte Haftung der Beklagten wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung im Sinne von § 826 BGB schon im Ansatz kein Raum. Auch ihr steht entgegen, dass bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit nicht einmal der Verkäufer verpflichtet ist, den Wert der Immobilie offen zu legen oder irrige Vorstellungen seines Verhandlungspartners über die Angemessenheit des Kaufpreises zu korrigieren. Umso weniger kommt eine Haftung der finanzierenden Bank in Betracht, solange – wie hier – keine sittenwidrige Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer vorliegt (vgl. Senatsurteile vom 20. März 2007 und vom 6. November 2007, jeweils aaO).“

(19) BGH, 24.3.2009 – XI ZR 456/07, ZIP 2009, 1054 = WM 2009, 1028

1. siehe oben S. 19.

2. siehe oben S. 7.

3. Zur Frage einer arglistigen Täuschung potentieller Fondsgesellschafter durch Gründungsgesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds und Vermittler der Fondsbeteiligung.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[33] Im Ausgangspunkt zutreffend ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, dass allein unter dem Gesichtspunkt eines verbundenen Geschäfts im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG ... die Beklagte [= Bank] ohne das Hinzutreten weiterer, ihr zurechenbarer Umstände, nicht für **Ansprüche der Kläger [= Anleger] gegen Fondsiniciatoren, Gründungsgesellschafter oder sonstige Prospektverantwortliche** wegen einer arglistigen Täuschung durch falsche Angaben im Vertriebsprospekt einzustehen hat. Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 167, 239, Tz. 28 und Urteil vom 21. November 2006 – XI ZR 347/05, WM 2007, 200, Tz. 22 m.w.N.) kann ein Anleger sich wegen Ansprüchen gegen Fondsiniciatoren, die nicht Vertragspartei des finanzierten Geschäfts sind, nicht auf § 9 VerbrKrG berufen, weil es an dem insofern erforderlichen Finanzierungszusammenhang fehlt.

[34] Die Revision beanstandet aber zu Recht, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten aus einem eigenen **Aufklärungsverschulden** nicht geprüft hat.

[35] Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbmodellen oder Immobilienfondsanteilen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft dann verpflichtet, wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten **Wissensvorsprung** vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann. Ein solcher **Wissensvorsprung** liegt vor, wenn die Bank positive **Kenntnis** davon hat, **dass der Kreditnehmer** von seinem Geschäftspartner oder durch den Fondsprospekt über das finanzierte Geschäft **arglistig getäuscht wurde** (st. Rspr., u.a. Senatsurteile vom 18. Januar 2005 – XI ZR 201/03, WM 2005, 375, 377; vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 205/05, WM 2007, 114, Tz. 16; vom 24. April 2007 – XI ZR 340/05, WM 2007, 1257, Tz. 39 und vom 10. Juli 2007 – XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 14). So liegt der Fall nach dem von den Klägern vorgelegten Protokoll über die Vernehmung des Zeugen N. am 9. Juli 2004 im Verfahren 8 O 361/02 vor dem Landgericht Berlin auch hier. Nach den Angaben des Zeugen N. war den beteiligten Banken bekannt, dass eine **Vertriebsprovision von über 6% hinaus gezahlt** worden ist.

[36] Ferner wird nach der neueren Rechtsprechung des Senats in Fällen institutionalisierten Zusammenwirkens von Fondsiniciatoren bzw. Gründungsgesellschaftern und finanzierender Bank widerleglich vermutet,

dass die Bank Kenntnis von der arglistigen Täuschung durch die Fondsiniiatoren hat, wenn evident grob falsche Angaben im Prospekt enthalten sind (Senatsurteile BGHZ 168, 1, Tz. 51 ff.; vom 21. November 2006 – XI ZR 347/05, WM 2007, 200, Tz. 29 und vom 10. Juli 2007 – XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 17 m.w.N.).

[37] Nach dem in der Revisionsinstanz wiederum zugrunde zu legenden Klägervortrag ist hier von einem **institutionalisierten Zusammenwirken** auszugehen. Die Kläger haben sich hierzu auf das Zeugnis des Fondsiniiators und Geschäftsführers der W. berufen und unter Vorlage eines Rahmenvertrages zum W.-Fonds 36 und des Konkursberichts des Konkursverwalters Dr. H. vom 16. Dezember 1997 eine enge planmäßige Zusammenarbeit der Beklagten mit der W. behauptet. Allein der **Rahmenvertrag**, wenn er so oder ähnlich auch bei dem streitgegenständlichen Fonds Geltung hatte, ist ausreichend, ein institutionalisiertes Zusammenwirken der W. und der Beklagten zu belegen. Ebenso genügt die planmäßig übernommene **Finanzierung einer Vielzahl von Anlegern**, die nicht von sich aus mit einem Kreditwunsch an die Beklagte herangetreten sind, sondern denen – wie hier den Klägern – vom Vertrieb neben den Fondsunterlagen auch die Finanzierungsunterlagen vorgelegt wurden (vgl. ebenfalls zu einem W.-Fonds Senatsurteil vom 10. Juli 2007 – XI ZR 243/05, WM 2007, 1831, Tz. 17).“

Hinweis: Siehe zur Haftung aus c.i.c. beim Verbundgeschäft die nachfolgende Rdn. 38 (Abdruck oben S. 74)

b) Verjährung

(1) BGH, 27.5.2008 – XI ZR 132/07, ZIP 2008, 1268 = WM 2008, 1260

1. siehe oben S. 94.

2. Zum Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB bei Schadensersatzansprüchen, die auf vorvertragliches Aufklärungsver schulden der finanzierenden Bank wegen eines konkreten Wissensvorsprungs über eine arglistige Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben des Vermittlers über das Anlageobjekt gestützt sind.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[30] Das Berufungsgericht geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss seit dem 1. Januar 2002 der **dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB** unterliegen. Richtig ist auch, dass diese Verjährungsfrist, da sie kürzer ist als die bis zum 1. Januar 2002 geltende Regelverjährung von 30 Jahren, nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB **von dem 1. Januar 2002 an zu berechnen** ist. Zutreffend ist ferner, dass dieser Stichtag für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist nicht allein maßgeblich ist. Vielmehr müssen zu diesem Zeitpunkt **zusätzlich die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB** vorliegen, der Gläubiger muss also von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder diese nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht haben. Dies entspricht der – nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen – einhelligen Rechtsprechung aller mit der Frage befassten Senate des Bundesgerichtshofs (Senat, BGHZ 171, 1, 8 ff., Tz. 23 ff.; BGH, Urteile vom 25. Oktober 2007 – VII ZR 205/06, WM 2008, 40, 41, Tz. 22 f. und vom 9. November 2007 – V ZR 25/07, WM 2008, 89, 90, Tz. 8; BGH, Beschluss vom 19. März 2008 – III ZR 220/07, Umdruck S. 4, Tz. 6). Die Ausführungen der Revision geben zu einer abweichenden Auffassung keine Veranlassung. ...

[31] Für die Frage, wann der Gläubiger die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderliche **Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners** besitzt, kann weitgehend auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 852 Abs. 1 BGB a.F. zurückgegriffen werden (BGH, Urteil vom 9. November 2007 – V ZR 25/07, WM 2008, 89, 91, Tz. 15 m.w.Nachw. und Beschluss vom 19. März 2008 – III ZR 220/07, Umdruck S. 5, Tz. 7). Danach liegt die erforderliche Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen im Allgemeinen vor, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist (st.Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 14. Oktober 2003 – VI ZR 379/02, NJW 2004, 510 und vom 9.

November 2007 – V ZR 25/07, WM 2008, 89, 91, Tz. 15). Weder ist notwendig, dass der Geschädigte alle Einzelumstände kennt, die für die Beurteilung möglicherweise Bedeutung haben, noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können (BGH, Urteile vom 18. Januar 1994 – VI ZR 190/93, WM 1994, 750, 752 und vom 31. Oktober 2000 – VI ZR 198/99, NJW 2001, 885, 886, insoweit in BGHZ 145, 358 nicht abgedruckt). Auch kommt es – abgesehen von Ausnahmefällen – nicht auf eine zutreffende rechtliche Würdigung an. Vielmehr genügt aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit im Grundsatz die **Kenntnis der den Ersatzanspruch begründenden tatsächlichen Umstände** (BGHZ 170, 260, 271, Tz. 28 und BGH, Urteil vom 3. März 2005 – III ZR 353/04, WM 2005, 1328, 1330 sowie Beschluss vom 19. März 2008 – III ZR 220/07, Umdruck S. 5, Tz. 7 m.w.Nachw.). Hierzu gehört in Fällen unzureichender Aufklärung auch die Kenntnis der Umstände einschließlich der wirtschaftlichen Zusammenhänge, aus denen sich die Rechtspflicht zur Aufklärung ergibt (Senatsurteile vom 29. Januar 2002 – XI ZR 86/01, WM 2002, 557, 558, vom 28. Mai 2002 – XI ZR 150/01, WM 2002, 1445, 1447 und vom 1. April 2003 – XI ZR 386/02, ZIP 2003, 1782, 1783). ...

[36] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts **begann der Lauf der Verjährungsfrist nicht erst mit dem Urteil des erkennenden Senats vom 16. Mai 2006** (BGHZ 168, 1 ff.). Mit diesem Urteil hat der erkennende Senat keine neue Aufklärungspflicht begründet, sondern hat lediglich für die Darlehensnehmer eine Beweiserleichterung geschaffen. Dass die finanzierende Bank den Darlehensnehmer über eine von ihr erkannte arglistige Täuschung des Verkäufers gemäß § 123 BGB aufzuklären hat, ist seit langem Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteile vom 1. Juli 1989 – III ZR 277/87, WM 1989, 1368, 1370 und vom 11. Februar 1999 – IX ZR 352/97, WM 1999, 678, 679). An diese hat der Senat in seinem Urteil vom 16. Mai 2006 angeknüpft und lediglich unter bestimmten Umständen für die Darlehensnehmer erleichterte Voraussetzungen für den Beweis des Wissensvorsprungs der finanzierenden Bank geschaffen. Dass die Darlehensnehmer zuvor insoweit Beweisschwierigkeiten hatten, steht dem Verjährungsbeginn nicht entgegen, weil dieser – was das Berufungsgericht verkennt – keineswegs voraussetzt, dass der Geschädigte bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand hat, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können (BGH, Urteile vom 18. Januar 1994 – VI ZR 190/93, WM 1994, 750, 752 und vom 31. Oktober 2000 – VI ZR 198/99, NJW 2001, 885, 886, insoweit in BGHZ 145, 358 nicht abgedruckt). Die erforderliche Kenntnis ist vielmehr bereits vorhanden, wenn die dem Geschädigten bekannten Tatsachen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners als naheliegend erscheinen zu lassen (BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 – VI ZR 190/93 aaO). Es muss dem Geschädigten lediglich zumutbar sein, aufgrund dessen, was ihm hinsichtlich des tatsächlichen Geschehensablaufs bekannt ist, Klage zu erheben, wenn auch mit dem verbleibenden Prozessrisiko, insbesondere hinsichtlich der Nachweisbarkeit von Schadensersatz auslösenden Umständen (BGH, Urteil vom 31. Oktober 2000 aaO). Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Lauf der Verjährungsfrist hänge maßgeblich von der Beweisbarkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen – und insofern von der von der Rechtsprechung entwickelten Beweiserleichterung – ab, widerspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. ...“

Hinweis: Ähnlich auch Rdn. 27 f. des nachfolgend abgedruckten Urteil v. 3.6.2008 – XI ZR 319/06

(2) BGH, 3.6.2008 – XI ZR 319/06, ZIP 2008, 1714 = WM 2008, 1346 = NJW 2008, 2576

1. Zum Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB bei Schadensersatzansprüchen, die auf vorvertragliches Aufklärungsver schulden der finanzierenden Bank wegen eines konkreten Wissensvorsprungs im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben des Vermittlers über das Anlageobjekt gestützt sind.

2. In diesen Fällen rechtfertigt die Kenntnis des Gläubigers, dass die ihm zugesagte Miete von Beginn an nicht erzielt wurde, nicht den Schluss auf eine Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[26] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts rechtfertigt die Kenntnis des Klägers davon, dass die ihm zugesagte Miete schon seit 1998 nie erzielt wurde, nicht den Schluss auf eine **Kenntnis von den den**

Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. ...

[29] Wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat, konnte die Verjährung ... bereits vor der vom Senat geschaffenen Beweiserleichterung zu laufen beginnen, sofern bei dem Kläger zuvor die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorlagen. Die Annahme des Berufungsgerichts, dies sei bereits vor dem 1. Januar 2002 der Fall gewesen, weil dem Kläger aufgrund der jährlichen Mietpoolabrechnungen bekannt gewesen sei, dass die bei Vertragsschluss versprochene Miete nicht erzielt worden sei, erweist sich nach den dargelegten Maßstäben aber als nicht tragfähig. Allein aus den Mietpoolabrechnungen hatte der Kläger noch keine Kenntnis von allen eine Aufklärungspflicht der Beklagten begründenden Umständen.

[30] Da Kenntnis in Fällen unzureichender Aufklärung voraussetzt, dass der Gläubiger die Umstände, insbesondere auch die wirtschaftlichen Zusammenhänge kennt, aus denen sich die Rechtspflicht zur Aufklärung ergibt, und da die finanzierenden Banken nur ausnahmsweise zur Risikoaufklärung in Bezug auf das finanzierte Geschäft verpflichtet sind, ist von einer Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Gläubigers in Fällen der vorliegenden Art nur auszugehen, wenn ihm sowohl die Umstände bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind, die in Bezug auf das finanzierte Geschäft einen Ersatzanspruch begründen, als auch die **Umstände, aus denen sich ergibt, dass insoweit gerade auch die finanzierenden Banken**, obwohl sie nicht unmittelbar Geschäftspartner des finanzierten Geschäfts waren, **als mögliche Haftende in Betracht kommen**. Im Hinblick auf die in Rede stehende Aufklärungspflicht der Beklagten aus einem Wissensvorsprung über eine arglistige Täuschung des Klägers wäre von einer Kenntnis des Klägers im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor dem 1. Januar 2002 also nur auszugehen, wenn er bereits da die tatsächlichen Umstände gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hätte, aus denen sich ergab, dass er im Zusammenhang mit dem Wohnungserwerb arglistig getäuscht worden war, und zusätzlich die Umstände, die den Schluss auf einen insoweit bestehenden Wissensvorsprung der Beklagten zuließen. Für beides **genügt** entgegen der nicht näher begründeten Auffassung des Berufungsgerichts **die bloße Kenntnis davon, dass die zugesagte Miete nicht erzielt wurde, nicht**.

[31] Für die Frage der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Klägers von der **arglistigen Täuschung** ist das Auseinanderfallen von versprochener und erzielter Miete schon deshalb ohne ausreichende Aussagekraft, weil die Ursache dafür offen bleibt. Dass die versprochene Miete tatsächlich nicht erzielt wurde, konnte auch auf anderen Ursachen, etwa auf einer unvorhergesehenen schlechten wirtschaftlichen Entwicklung des Mietpools infolge unerwartet hoher Leerstände nach Vertragsschluss, beruhen. Es hätte daher zusätzlicher Feststellungen dazu bedurft, dass der Kläger Kenntnis von tatsächlichen Umständen hatte oder ohne nennenswerte Mühe hätte haben können, aus denen er auf eine arglistige Täuschung über die erzielbare Miete schließen konnte.

[32] Mit der bloßen Kenntnis davon, dass die ihm zugesagte Miete letztlich nicht erzielt wurde, waren dem Kläger auch noch keine tatsächlichen Umstände bekannt, die gerade die Beklagten als mögliche Ersatzpflichtige infrage kommen ließen. Da die Beklagten nicht Vertragspartner des finanzierten Geschäfts waren, lägen die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB nur vor, wenn dem Kläger zusätzlich zu der Kenntnis von Umständen, die den Schluss auf eine arglistige Täuschung zuließen, Umstände bekannt oder aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen wären, aus denen sich ergab, dass die Beklagten Kenntnis von der arglistigen Täuschung des Klägers hatten. Erst aus diesem **Wissensvorsprung** ergab sich ihre Rechtspflicht zur Aufklärung.

[33] Genügt danach entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Kenntnis des Klägers von der Unrichtigkeit der zugesagten Miete nicht, um den Schluss auf seine Kenntnis von möglichen Schadensersatzansprüchen gegen die finanzierenden Banken zuzulassen, so erweist sich der Ansatz des Berufungsgerichts, es sei angesichts dieser Umstände Sache des Klägers gewesen, substantiiert Umstände darzulegen, die ihn trotz der Kenntnis von der Unrichtigkeit der zugesagten Miete an der Erkenntnis möglicher Schadensersatzansprüche gegenüber den Beklagten gehindert hätten, als nicht tragfähig. Vielmehr wäre es – was das Berufungsgericht verkannt hat – zunächst einmal Sache der Beklagten gewesen, zum Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor dem 1. Januar 2002 vorzutragen. Erst aufgrund solchen Vortrags zu der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Klägers hätte es diesem oblegen, seinerseits

an der Aufklärung mitzuwirken und etwa darzulegen, was er zur Ermittlung der Voraussetzungen seines Anspruchs und der Person des Schuldners unternommen hat (vgl. BGHZ 91, 243, 260).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 95.

7. Kreditkündigung

BGH, 5.12.2006 – XI ZR 341/05, WM 2007, 440 = ZIP 2007, 414

Eine Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG ist entbehrlich, wenn sich der Darlehensnehmer ernsthaft und endgültig geweigert hat, auf das Darlehen weitere Leistungen zu erbringen.

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 42, 80 und unten S. 119.

III. Nichtige Treuhändervollmacht

1. Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG

(1) BGH, 21.3.2006 – XI ZR 204/03, ZIP 2006, 846

Leitsatz und Beginn der Urteilsgründe oben S. 27.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] An die von der Notariatssekretärin als seine Vertreterin in der notariellen Urkunde vom 10. Dezember 1990 abgegebene Zahlungsanweisung ist der Beklagte [scl. Anleger, Kontoinhaber bei der klagenden Bank und Darlehensnehmer] wegen **Nichtigkeit der umfassenden Vollmacht des Treuhänders** und der von ihm nicht wirksam erteilten Untervollmacht nicht gebunden.

[19] Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen des Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der **Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG**. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Treuhandvertrag, der so umfassende rechtliche Befugnisse wie hier erhält, ist nichtig. Die Nichtigkeit erfasst nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB auch die dem Treuhänder zur Durchführung des Vertrages erteilte Abschlussvollmacht (st.Rspr., siehe etwa Senatsurteile vom 11. Januar 2005 – XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 328, vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830 und vom 21. Juni 2005 – XI ZR 88/03, WM 2005, 1520, 1521 sowie BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 – V ZR 18/03, WM 2004, 2349, 2352 und vom 17. Juni 2005 – V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1765).

[20] Aus den allgemeinen Regeln über die **Duldungs- und Anscheinsvollmacht** ergibt sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung keine andere rechtliche Beurteilung. Dem steht schon entgegen, dass der Beklagte – wie auch die Klägerin – zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages im Jahre 1990 von der Wirksamkeit des umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrages sowie der Treuhandvollmacht ausgegangen sind und damals für etwaige Wirksamkeitszweifel kein begründeter Anlass bestand. Dem Beklagten kann daher nicht vorgeworfen werden, den Anschein einer Vollmachtserteilung vorsätzlich oder fahrlässig hervorgerufen zu haben (siehe dazu Senatsurteil vom 21. Juni 2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1522). Dass die Klägerin bei Auszahlung des Darlehensbetrages auf das Notaranderkonto nicht nur auf die Wirksamkeit der umfassenden notariellen Vollmacht des Treuhänders vertraut, sondern das vorvertragliche Verhalten des Beklagten für ein "Dulden" des Vertreterhandelns im Sinne der Rechtsfigur der Duldungsvollmacht gehalten hat, ist von ihr in den Tatsacheninstanzen auch nicht geltend gemacht worden.

[21] Da der Treuhänder mangels wirksamer Bevollmächtigung kein Recht besaß, die Notariatssekretärin mit den für den Erwerb der Eigentumswohnung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Handlungen im Namen des Beklagten zu beauftragen und ihr die dafür notwendige Untervollmacht zu erteilen, handelte sie bei Abgabe

der streitigen Anweisungserklärung als vollmachtlose Vertreterin. Auch gibt es keinen sachlichen Grund, der es rechtfertigt, dem Beklagten ihr diesbezügliches Handeln unter allgemeinen Rechtsscheingesichtspunkten oder aus anderen rechtlichen Erwägungen zuzurechnen.

[22] Die Berufung des Beklagten auf die Unwirksamkeit der Zahlungsanweisung stellt schließlich auch keine unzulässige und damit gegen den allgemeinen Grundsatz von **Treu und Glauben (§ 242 BGB)** verstoßende Rechtsausübung dar. Zwar ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass der Beklagte den Kreditbetrag ebenfalls zur Zahlung des Kaufpreises für die erworbene Eigentumswohnung verwendet hätte. Daraus vermag die Klägerin aber im Ergebnis schon deshalb nichts für sich herzuleiten, weil davon auszugehen ist, dass auch der Kaufvertrag mangels wirksamer Bevollmächtigung des Treuhänders unwirksam ist und der Klägerin ein eigener Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB in Höhe der ausgezahlten Darlehensvaluta zusteht. Einen weitergehenden Anspruch hätte sie auch gegen den Beklagten nicht.“

(2) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = ZIP 2006, 987 = WM 2006, 1008

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[12] Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, die der Treuhänderin in dem notariell beglaubigten Angebot zum Abschluss des Treuhandvertrages erteilte Vollmacht sei wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG i.V. mit § 134 BGB nichtig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener **Treuhandvertrag**, der so **umfassende Befugnisse** wie der hier vorliegende enthält, ist einschließlich der darin enthaltenen umfassenden Vollmacht nichtig (st. Rspr., siehe etwa Senatsurteile vom 11. Januar 2005 – XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 328 und vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830 m.w.Nachw. sowie BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 – V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352 und vom 17. Juni 2005 – V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1765). Entgegen der Auffassung der Revision ändert hieran auch der Umstand nichts, dass einer der Geschäftsführer der Treuhänderin als Rechtsanwalt zugelassen war (vgl. Senat, Urteil vom 22. Februar 2005 – XI ZR 41/04, WM 2005, 786, 787).

[13] Zu Recht beruft sich die Revision aber darauf, dass die Treuhänderin aufgrund der **Vollmacht in dem formularmäßigen Zeichnungsschein** gegenüber der Klägerin zum Abschluss des Darlehensvertrages befugt war. Die hiergegen im Anschluss an die Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs BGHZ 159, 294, 301 f. erhobenen Bedenken des Berufungsgerichts greifen nicht durch.

[14] Der formularmäßige Zeichnungsschein enthält eine ausdrückliche **Vollmacht zum Abschluss des Finanzierungsdarlehens, die nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt**.

[15] Da angesichts der rechtlichen Durchdringung nahezu aller Lebensbereiche eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist, ist für die Frage, ob eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne von Art. 1 § 1 RBERG vorliegt, nicht allein auf die rechtliche Form einer Tätigkeit, sondern auf ihren Kern und Schwerpunkt abzustellen, d.h. darauf, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (BVerfGE 97, 12, 27 f.; BGH, Urteile vom 18. Mai 1995 – III ZR 109/94, WM 1995, 1586, 1587, vom 25. Juni 1998 – I ZR 62/96, WM 1998, 2162, 2163 und vom 30. März 2000 – I ZR 289/97, WM 2000, 1466, 1467 f. m.w.Nachw. sowie vom 11. November 2004 – I ZR 213/01, WM 2005, 412, 414). Anders als die notariell beglaubigte Vollmacht hat die Vollmacht im Zeichnungsschein nicht den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf zum Gegenstand. Sie beschränkt sich vielmehr auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und auf die Aufnahme der Finanzierungsdarlehen. Hierbei handelt es sich um die Wahrnehmung von im Wesentlichen wirtschaftlichen Belangen.“

Hinweis 1: Fortsetzung siehe unten Seite 110.

Hinweis 2: Siehe auch die Parallelentscheidung BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 = ZIP 2006, 1088 = WM 2006, 1060 (dort Rdn. 13 ff.) sowie die Urteile BGH, 10.10.2006 – XI ZR 265/05, NJW 2007, 1131 = ZIP 2007, 173 = WM 2007, 108 (dort Rdn. 18 ff.) und BGH, 24.10.2006 – XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395 = ZIP 2007, 16 = WM 2007, 116 (dort Rdn. 13 ff.).

(3) BGH, 18.7.2006 – XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980 = ZIP 2006, 1622 = WM 2006, 1673

Ein Vertrag, durch den ein in der Form einer GbR betriebener Immobilienfonds die Führung seiner Geschäfte umfassend einer GmbH überträgt, die nicht Gesellschafterin der GbR ist, und die der GmbH erteilte Vollmacht fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art. 1 § 1 RBerG.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[21] Anders als der Geschäftsbesorgungsvertrag, den ein Anlagegesellschafter mit einem der Anlagegesellschaft nicht angehörenden Treuhänder schließt, und die Vollmacht, die er ihm zum Abschluss aller mit dem Erwerb und der Finanzierung des Fondsanteils im Rahmen eines Steuersparmodells zusammenhängenden Verträge erteilt – diese verstoßen gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG (st.Rspr., vgl. BGHZ 145, 265, 269 ff.; Senat, Urteil vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1061 m.w.Nachw.) –, ist der Vertrag, durch den eine GbR einem Nichtgesellschafter **umfassend die Aufgaben der Geschäftsführung überträgt**, was von Ulmer (ZIP 2005, 1341 ff.) außer Acht gelassen wird, im Schwerpunkt nicht auf die Besorgung von Rechtsangelegenheiten, sondern auf die Wahrung wirtschaftlicher Belange gerichtet (Schimansky WM 2005, 2209, 2211; s. auch Goette DStR 2006, 337).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 37.

(4) BGH, 10.10.2006 – XI ZR 265/05, NJW 2007, 1131 = ZIP 2007, 173 = WM 2007, 108

Ob die wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB nichtige, umfassende Vollmacht zum Abschluss aller mit dem Erwerb oder der Finanzierung eines Immobilienfondsanteils zusammenhängenden Verträge und die in einem Zeichnungsschein erteilte Vollmacht zur Aufnahme von Zwischen- und Endfinanzierungskrediten ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden, ist Tatfrage und durch Ermittlung und Auslegung des Parteiwillens festzustellen.

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 118.

(5) BGH, 17.10.2006 – XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 = WM 2007, 110

Der von Gesellschaftern einer kreditnehmenden GbR dem geschäftsführenden Gesellschafter außerhalb des Gesellschaftsvertrages erteilte weit reichende Auftrag mit Vollmacht, sie unter anderem bei der Abgabe vollstreckbarer Schuldanerkenntnisse gegenüber der kreditgebenden Bank zu vertreten, verstößt gegen Art. 1 § 1 RBerG.

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 112.

(6) BGH, 17.10.2006 – XI ZR 19/05, ZIP 2007, 64 = WM 2007, 62

1. Ein Vertrag, durch den ein Immobilienfonds in der Form einer GbR die Führung seiner Geschäfte umfassend auf einen Geschäftsbesorger überträgt, der nicht Gesellschafter der GbR ist, sowie die ihm erteilte umfassende Vollmacht fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art. 1 § 1 RBerG (Bestätigung des Senatsurteils XI ZR 143/05 vom 18. Juli 2006, WM 2006, 1673).

2. Der von Gesellschaftern einer kreditnehmenden GbR dem Geschäftsbesorger der GbR außerhalb des Gesellschaftsvertrages erteilte Auftrag mit Vollmacht, sie nicht nur bei der Abgabe vollstreckbarer Schuldversprechen gegenüber der kreditgebenden Bank zu vertreten, verstößt gegen Art. 1 § 1 RBerG.

3. + 4. ...

(7) BGH, 24.10.2006 – XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395 = ZIP 2007, 16 = WM 2007, 116

Zur Frage, ob die auf einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz beruhende Nichtigkeit einer notariell beurkundeten Vollmacht und eines Treuhandvertrages die in einem formularmäßigen Zeichnungsschein enthaltene, nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößende Vollmacht eines Treuhänders zum Abschluss eines Darlehensvertrages gemäß § 139 BGB erfasst.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[17] Rechtlich nicht zu beanstanden sind ferner die Ausführungen des Berufungsgerichts, dass **die Nichtigkeit der notariell beurkundeten Vollmacht und des Treuhandvertrages die in dem Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht nicht gemäß § 139 BGB erfasst**. Der für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäftes im Sinne dieser Vorschrift erforderliche Einheitlichkeitswille liegt vor, wenn das eine Geschäft nicht ohne das andere gewollt ist, die möglicherweise äußerlich getrennten Rechtsgeschäfte also miteinander stehen und fallen sollen (BGHZ 50, 8, 13; BGH, Urteil vom 9. Februar 1990 – V ZR 274/88, NJW 1990, 1473, 1474, insoweit in BGHZ 110, 230, 232 nicht abgedruckt; Palandt/Heinrichs, BGB 65. Aufl. § 139 Rdn. 5 m.w.Nachw.; PWW/Ahrens, BGB § 139 Rdn. 9 m.w.Nachw.). Dabei kommt es auf den rechtlichen Zusammenhang, nicht auf eine wirtschaftliche Verknüpfung an (BGHZ 76, 43, 49 sowie BGH, Urteil vom 9. Februar 1990 – V ZR 274/88, aaO). Ob es sich insoweit aufgrund eines Einheitlichkeitswillens der Vertragsparteien um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt, ist Tatfrage und durch Ermittlung und Auslegung des Parteiwillens festzustellen (vgl. BGHZ 76, 43, 49; 78, 346, 349 sowie Urteil vom 8. Mai 2006 – II ZR 123/05, WM 2006, 1154, 1155 m.w.Nachw.). Gemessen an diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht eine rechtliche Einheit der im Zeichnungsschein enthaltenen und der später erteilten, notariell beglaubigten Vollmacht rechtsfehlerfrei verneint.

[18] Bereits das Landgericht hat ausgeführt, die im Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht sei unabhängig vom Inhalt des später geschlossenen Treuhandvertrages wirksam, weil sie auch isoliert gewollt sei (§ 139 BGB). Dem ist das Berufungsgericht mit dem Bemerkens, die Begründung des erstinstanzlichen Urteils sei zutreffend, gefolgt und hat ergänzend darauf hingewiesen, die im Zeichnungsschein enthaltene beschränkte Vollmacht sei nicht Teil einer Gesamtvollmacht, deren anderer Teil die notarielle Vollmacht wäre, sondern von dieser unabhängig.

[19] Diese Sicht, der entgegen der Ansicht der Revision kein Widerspruch immanent ist, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Für sie spricht bereits, dass **bei getrennt abzuschließenden Rechtsgeschäften eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der jeweiligen Vereinbarungen streitet** (vgl. BGHZ 78, 346, 349). Dass das Berufungsgericht diese Vermutung vorliegend als nicht entkräftet angesehen hat, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.“

(8) BGH, 1.2.2007 – III ZR 281/05, NJW 2007, 1130 = WM 2007, 543 = ZIP 2007, 432

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein im Rahmen eines Immobilienfonds-Kapitalanlagemodells abgeschlossener Treuhandvertrag gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt, macht es keinen erheblichen Unterschied, ob es sich bei dem Geschäftsbesorger um eine Steuerberatungs- oder um eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft handelt.

2. Zur Frage, ob einem Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung einer Treuhändervergütung der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengehalten werden kann, wenn der zugrunde liegende Treuhandvertrag zwar wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig gewesen ist, die beiderseitigen Leistungen aber in vollem Umfang beanstandungsfrei erbracht worden sind und der Geschäftsherr die Vorteile des Vertrags endgültig genossen hat.

(9) BGH, 26.6.2007 – XI ZR 287/05, ZIP 2007, 1650 = WM 2007, 1648 = NJW-RR 2008, 66

Siehe den Abdruck unten S. 107.

(10) BGH, 22.4.2008 – XI ZR 272/06, WM 2008, 1211

Leitsatz der WM-Redaktion:

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit umfassender Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt, kommt es maßgebend darauf an, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit des Geschäftsbesorgers auf wirtschaftlichem Gebiet liegt oder die Klärung rechtlicher Verhältnisse im Vordergrund steht und besondere Rechtskenntnisse erforderlich sind.

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 119 und 121.

(11) BGH, 11.11.2008 – XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 = ZIP 2008, 2354 = WM 2008, 2359 = NJW-RR 2009, 254

1. Ein Treugeber, der nicht selbst Gesellschafter einer Personengesellschaft wird, sondern für den ein Gesellschafter den Geschäftsanteil treuhänderisch hält, haftet für Gesellschaftsschulden nicht analog §§ 128, 130 HGB persönlich.
2. Zur Auslegung der in einem formularmäßigen Zeichnungsschein enthaltenen Vollmacht.
3. ...

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[34] Entgegen der Auffassung der Revision ist auch nichts dagegen zu erinnern, dass das Berufungsgericht dem formularmäßigen Zeichnungsschein eine Vollmacht zur Abtretung der Rechte aus der Lebensversicherung nicht hat entnehmen können. Eine ausdrückliche Vollmacht zur sicherungshalben Abtretung der Rechte aus der Lebensversicherung enthält der Zeichnungsschein nicht. Nach seinem Wortlaut berechtigt die darin erteilte Vollmacht nur zur Aufnahme der Zwischen- und Endfinanzierungskredite, zu Konteneröffnungen sowie zu Verfügungen über Eigen- und Fremdmittel, nicht aber zur Bestellung von Sicherheiten. Soweit der Beklagte auf dem Formular angekreuzt hat, die Tilgung über eine Kapitallebensversicherung zu wünschen, macht auch die Revision nicht geltend, dies beinhalte eine Vollmacht zur sicherungshalben Abtretung der Rechte aus einer Kapitallebensversicherung. Sie meint jedoch, eine solche Vollmacht ergebe sich bei ergänzender Berücksichtigung der Regelungen des Prospekts, nach welchen in Fällen der Tilgung über eine Kapitallebensversicherung eine Abtretung der Lebensversicherung zu Sicherungswecken vorgesehen sei. Diese müssten zur Auslegung des Zeichnungsscheins mit herangezogen werden, da der Beklagte ausweislich des Zeichnungsscheins alle Leistungen wie prospektiert gewünscht habe.

[35] Zu einer solchen erweiternden **Auslegung der in dem Zeichnungsschein enthaltenen Vollmacht über ihren Wortlaut hinaus** hat sich das Berufungsgericht aber zu Recht **nicht veranlasst** gesehen. Der Umstand, dass der erkennende Senat in vergleichbaren Fällen, in denen die umfassende Treuhändervollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG unwirksam war, angenommen hat, der formularmäßige Zeichnungsschein könne bereits eine Singularvollmacht zum Abschluss der Finanzierungsdarlehen enthalten, die nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt, beruhte erklärtermaßen darauf, dass die Vollmacht in dem Zeichnungsschein nicht den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf zum Gegenstand hatte, sondern sich vielmehr auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und auf die Aufnahme der Finanzierungsdarlehen beschränkte (vgl. etwa BGHZ 167, 223, 228, Tz. 15 und Senatsurteil vom 10. Oktober 2006 – XI ZR 265/05, WM 2007, 108, 110, Tz. 20). Diesem Gesichtspunkt wäre bei einer Auslegung der in den Zeichnungsscheinen enthaltenen begrenzten Vollmachten über ihren Wortlaut hinaus auf weitere im Zusammenhang mit dem Beitritt zur Fondsgesellschaft und der Aufnahme der Finanzierungsdarlehen stehende Handlungen des Treuhänders nicht Rechnung getragen.“

Hinweis: Kritisch zu der hier nicht abgedruckten Begründung des ersten Leitsatzes betreffend die Treugeberhaftung (Rdn. 18 ff. der Entscheidungsgründe) *Kindler*, ZIP 2009, 1146 ff.

Leitsätze der ZIP-Redaktion:

1. + 2. siehe oben S. 49.

3. Die in einem Zeichnungsschein erteilte Vollmacht, durch die ein Treuhänder mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Abwicklung einer Fondsbeteiligung einschließlich ihrer Finanzierung beauftragt wird, ist nicht als eine umfassende Rechtsbesorgungsvollmacht i.S.d. RBerG zu qualifizieren.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende rechtliche Befugnisse und Pflichten des Auftragnehmers enthält, ist daher nichtig, wobei die Nichtigkeit nach dem Schutzzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB auch die dem Treuhänder/Geschäftsbesorger erteilte umfassende Vollmacht erfasst (st.Rspr., BGHZ 145, 265, 269 ff.; 159, 294, 299; 167, 223, 227, Tz. 12; 174, 334, 338, Tz. 15; Senatsurteile vom 5. Dezember 2006 – XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 441, Tz. 14, vom 27. Februar 2007 – XI ZR 56/06, WM 2007, 731, 732, Tz. 15, vom 26. Februar 2008 – XI ZR 74/06, WM 2008, 683, 686, Tz. 26 und vom 11. November 2008, WM 2008, 2359, 2362, Tz. 33, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, m.w.Nachw.).

[19] Dagegen ist eine **in einem Zeichnungsschein erteilte Vollmacht nicht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig**, wenn sie nicht den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf zum Gegenstand hat, sondern sich vielmehr auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und auf die Aufnahme der Finanzierungsdarlehen beschränkt und unabhängig von einer umfassenden Geschäftsbesorgungsvollmacht erteilt worden ist, neben der sie eine selbständige Bedeutung haben sollte (vgl. etwa BGHZ 167, 223, 228, Tz. 15; Senatsurteile vom 10. Oktober 2006 – XI ZR 265/05, WM 2007, 108, 110, Tz. 20 und vom 11. November 2008, WM 2008, 2359, 2362, Tz. 35, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

[20] Zur Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung ist auf den Kern und den **Schwerpunkt der Tätigkeit** abzustellen, weil eine Besorgung fremder Geschäfte außer mit wirtschaftlichen Belangen vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist. Maßgeblich ist, ob die Tätigkeit überwiegend **auf wirtschaftlichem Gebiet** liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt, oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (vgl. Senat, Urteil vom 18. Juli 2006 – XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, 1675, Tz. 22 m.w.Nachw.). Bei der insoweit vorzunehmenden Prüfung, ob eine angebotene Dienstleistung als Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten oder nur als kaufmännische Hilfeleistung einzuordnen ist, ist entscheidend, ob die Teiltätigkeit als sozial abgrenzbare Aktivität mit eigenem, von dem sonstigen Berufsinhalt geschiedenen charakteristischen Gepräge im Hinblick auf die zu wahrenen Gemeinwohlbelange verboten werden muss (BVerfG NJW 1998, 3481, 3483; BGHZ 153, 214, 218 f.; Senat, Urteil vom 18. September 2001 – XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2114 und Beschluss vom 22. April 2008, WM 2008, 1211 f., Tz. 3).

[21] Unter Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht dem Zeichnungsschein rechtsfehlerfrei keine umfassende Rechtsbesorgungsvollmacht entnommen. **Die Treuhänderin ist im Zeichnungsschein mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Abwicklung der Fondsbeteiligung einschließlich ihrer Finanzierung beauftragt worden**. Allein hierauf bezieht sich die erteilte Vollmacht. Der Schwerpunkt der von der Treuhänderin geschuldeten Tätigkeiten liegt nicht auf rechtlichem, sondern auf wirtschaftlichem Gebiet. Die Geschäftsbesorgungstätigkeit der Treuhänderin hat auch kein Bündel von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf zum Gegenstand, sondern ausweislich der im Zeichnungsschein aufgeführter Aufträge und des in Bezug genommenen Treuhandvertrages lediglich die Bewirkung des mittelbaren Beitritts zum Fonds, die Verwaltung dieser Beteiligung und die Aufnahme des Finanzierungsdarlehens. Eine darüber hinausgehende rechtliche Beratung ist nicht Gegenstand des Geschäftsbesorgungsvertrages. Auch

der Satz am Ende der "Hinweise zum Treuhandauftrag", nach dem die Treuhänderin den Klägern in allen Vertrags- und Verwaltungsangelegenheiten als erfahrener Ratgeber zur Seite gestellt wird, enthält keinen Auftrag zur umfassenden Rechtsberatung. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat, handelt es sich bei diesem Passus, der deutlich von der Beschreibung des Umfangs der Vollmacht abgesetzt ist, lediglich um eine werbende Anpreisung, die keine rechtliche Bedeutung hat.“

2. Treuwidrigkeit der Berufung auf die Nichtigkeit

(1) BGH, 21.3.2006 – XI ZR 204/03, ZIP 2006, 846

Siehe die oben S. 102 abgedruckte Rdn. 22 der Entscheidungsgründe.

(2) BGH, 19.9.2006 – XI ZR 204/04, BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 = ZIP 2006, 2262

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[33] Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist es dem Kläger nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt jedoch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der notariell beurkundeten **Unterwerfungserklärung** zu berufen. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Kläger gegenüber der Beklagten verpflichtet wäre, sich hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen (st.Rspr.; Senatsurteile vom 15. Februar 2005 – XI ZR 396/03, WM 2005, 1698, 1701, vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830 und vom 21. Juni 2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521 f., jeweils m.w.Nachw.). Eine solche Verpflichtung hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen.

[34] Aus dem Darlehensvertrag von 1993 ergibt sich zwar die Verpflichtung des Klägers, das Darlehen durch eine Grundschuld in Höhe der Darlehenssumme zuzüglich Zinsen abzusichern und sich der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Der Kläger könnte sich deshalb nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auf die Nichtigkeit der persönlichen Vollstreckungsunterwerfung vom 2. Juni 1993 nicht berufen, wenn er an den Kreditvertrag vom 15./18. Mai 1993 gebunden wäre. Von der Wirksamkeit des Kreditvertrages aus dem Jahre 1993 kann aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts deshalb nicht ausgegangen werden, weil der Kläger ... nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt seine zum Abschluss des Darlehensvertrages führende Willenserklärung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG wirksam widerrufen hat.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch unten S. 111.

(3) BGH, 17.10.2006 – XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 = WM 2007, 110

Siehe die unten S. 112 abgedruckte Rdn. 32 der Entscheidungsgründe.

(3) BGH, 26.6.2007 – XI ZR 287/05, ZIP 2007, 1650 = WM 2007, 1648 = NJW-RR 2008, 66

1. Ein Fondsgesellschafter, der bei Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung nicht wirksam vertreten worden ist, verstößt mit seinem Nichtigkeitseinwand nicht schon deshalb gegen Treu und Glauben, weil er dem Vollstreckungsgläubiger aus einem Gesellschaftsdarlehen persönlich haftet.

2. Dies gilt jedoch nicht, wenn der zwischen Fonds-GbR und Bank geschlossene Darlehensvertrag die Abgabe vollstreckbarer Schuldanerkenntnisse seitens der Gesellschafter in Höhe ihrer kapitalmäßigen Beteiligungen vorsieht und die Kreditaufnahme auf einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss beruht.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[17] Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im

Rahmen eines Steuersparmodells besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende rechtliche Befugnisse und Pflichten des Auftragnehmers enthält, ist grundsätzlich nichtig. Die Nichtigkeit erfasst nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG auch die dem Geschäftsbesorger erteilte umfassende Abschlussvollmacht (st.Rspr., siehe etwa BGHZ 145, 265, 269 ff.; 153, 214, 220 f.; Senatsurteile vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73, vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1061 und vom 11. Juli 2006 – XI ZR 12/05, BKR 2006, 451). Dies gilt – wie der erkennende Senat in seinen Entscheidungen vom 17. Oktober 2006 (XI ZR 19/05, WM 2007, 63, 66 f. und XI ZR 185/05, WM 2007, 110, 112) näher ausgeführt hat – auch in den Fällen, in denen die geworbenen Gesellschafter den Eigen- oder Fremdgeschäftsführer der Fonds-GbR außerhalb des Gesellschaftsvertrages beauftragen und bevollmächtigen, die künftigen Gesellschaftskredite durch in ihrem Namen abzugebende quotenmäßige Schuldanerkenntnisse mit einer Vollstreckungsunterwerfung abzusichern. ...

[25] ... [D]en Klägern [ist] die Berufung auf die Nichtigkeit der **Vollstreckungsunterwerfung** ... nicht schon deshalb nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, weil sie der Beklagten materiell-rechtlich zur Zahlung des titulierten Betrages verpflichtet sind. ...

[27] Der Umstand, dass die Kläger aus den Gesellschaftsdarlehen der Beklagten in Höhe der durch die Vollstreckungsunterwerfungserklärung titulierten Hauptforderung persönlich haften, reicht nicht aus, um in ihrer Berufung auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfungserklärung eine unzulässige Rechtsausübung sehen zu können. Die akzessorische Haftung der Kläger für die Darlehensverbindlichkeiten der GbR in Höhe ihrer kapitalmäßigen Beteiligung begründet ebenso wie jede andere Verbindlichkeit nicht die Verpflichtung, ein entsprechendes abstraktes vollstreckbares Schuldanerkenntnis gegenüber der Beklagten als kreditgewährender Bank abzugeben und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in das gesamte Privatvermögen zu unterwerfen (Senatsurteile vom 25. Oktober 2005 – XI ZR 402/03, WM 2006, 177, 179 und vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 19/05, WM 2007, 62, 67). Überdies entsprechen die 18% Zinsen aus der Grundschuldsumme, wegen der sich die Kläger anteilmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr persönliches Vermögen unterworfen haben, der Höhe nach nicht den auf die Darlehensschuld der GbR zu entrichtenden Zinsen von 10,2% effektiv.

[28] Die angefochtene Entscheidung stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Den Klägern ist es im Hinblick auf die der vollmachtlosen Vollstreckungsunterwerfung zugrunde liegende darlehensvertragliche Besicherungsvereinbarung und den in der Gesellschafterversammlung vom 27. September 1991 gefassten Beschluss über die Kreditaufnahme gemäß § 242 BGB verwehrt, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit des Titels zu berufen. ...

[30] An die mit der GbR getroffene darlehensvertragliche Besicherungsabrede müssen sich die Kläger als Gesellschafter festhalten lassen. Zwar sind sie von der R. bei der schuldrechtlichen Vereinbarung über die Bestellung der Personalsicherheit mangels Wirksamkeit des umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrages und der Vollmacht nicht wirksam vertreten worden. Im Hinblick auf ihre **Treuepflicht gegenüber der GbR** (vgl. dazu BGH, Urteil vom 5. März 2007 – II ZR 282/05, WM 2007, 743, 744, Tz. 14; Beschluss vom 26. März 2007 – II ZR 22/06, Umdruck S. 4, Tz. 7) waren die Kläger aber verpflichtet, die im Darlehensvertrag vorgesehene Vollstreckungsunterwerfungserklärung zu akzeptieren, um die damals noch werbende GbR vor der Gefahr einer Inanspruchnahme der Beklagten wegen teilweiser Nichterfüllung der Besicherungsabrede oder einer außerordentlichen Kündigung des Kredits infolge unzureichender Besicherung zu schützen.

[31] Die Gesellschafter der GbR haben unter Top 5 der Gesellschafterversammlung vom 27. September 1991 mehrheitlich beschlossen, dass die GbR die zur Objektfinanzierung notwendigen Darlehen aufnimmt. ...

[32] Der Umstand, dass die Kläger an der Gesellschafterversammlung vom 27. September 1991 weder persönlich teilgenommen noch einen Mitgesellschafter mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt haben, rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Nach der Mehrheitsklausel (§ 9 Nr. 1 Buchst. h, § 10 Nr. 2) des Gesellschaftsvertrages der GbR genügte – wie das Berufungsgericht zutreffend und von der Revision nicht angegriffen ausgeführt hat – zur Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses die einfache Stimmenmehrheit.“

(4) BGH, 29.7.2008 – XI ZR 387/06, ZIP 2008, 1816 = WM 2008, 1782 = NJW 2008, 3357

Verstößt die dem Vertreter erteilte umfassende Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz, so ist der Kreditnehmer im Allgemeinen nicht deshalb nach § 242 BGB gehindert, sich auf die Nichtigkeit des in seinem Namen geschlossenen Darlehensvertrages zu berufen, weil er auf die Bitte der Bank hin einen eigenen Kontoeröffnungsantrag gestellt hat.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[14] Indessen wendet sich die Revision zu Recht gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Berufung der Kläger auf die Nichtigkeit des Darlehensvertrages mit ihrem früheren Verhalten nicht vereinbar sei und deshalb gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoße.

[15] ... Außerhalb des auf Rechtsscheins Gesichtspunkten beruhenden Vertrauensschutzes müssen ... unter Berücksichtigung des Verhaltens des Auftraggebers besondere Gründe vorliegen, die es bei Abwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalls sachlich rechtfertigen, die Interessen des redlichen Vertragspartners für schutzwürdiger zu erachten als die des nur scheinbar wirksam vertretenen Auftraggebers (BGHZ 159, 294, 305).

[16] So hat der erkennende Senat etwa die Berufung des vertretenen Darlehensnehmers auf die Nichtigkeit des vollmachtlosen Endfinanzierungsvertrages gemäß § 242 BGB ausnahmsweise für treuwidrig gehalten, weil er den Zwischenfinanzierungsvertrag, in dem festgelegt war, dass die endgültigen Kreditkonditionen zu einem späteren Zeitpunkt vereinbart werden sollten, mit der beklagten Bank selbst abgeschlossen und sich damit in Bezug auf die spätere Vertretung durch den Treuhänder bereits weitgehend gebunden hatte (Senatsurteil vom 29. April 2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21, 24). Aus der maßgeblichen Sicht der Bank konnte es deshalb nicht zweifelhaft sein, dass der Darlehensnehmer damit zugleich die rechtliche Grundlage für die ins Auge gefasste endgültige Kreditgewährung schaffen wollte (Senatsurteil vom 27. September 2005 – XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 504). Der Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz hatte daher nicht wie üblicherweise zur Folge, dass der Auftraggeber den typischen Gefahren einer laienhaften Rechtsberatung ausgesetzt war.

[17] Gemessen daran sind die Kläger hier nicht ausnahmsweise gemäß § 242 BGB gehindert, sich auf die Nichtigkeit des Kreditgeschäfts zu berufen und ihren Bereicherungsanspruch gegenüber der Beklagten durchzusetzen. Selbst wenn die Kläger, wie das Berufungsgericht letztlich nur vermutet hat, den mit Schreiben der Beklagten vom 9. Juli 1992 übersandten **Kontoeröffnungsantrag vor Abschluss des vollmachtlosen Endfinanzierungsvertrages** gestellt haben sollten, so lag darin aus der maßgebenden Sicht der Beklagten keine eigenständige Willenserklärung, an die sich die Kläger nach Treu und Glauben festhalten lassen müssen. Aus dem Schreiben ergibt sich, dass die Beklagte die umfassende notarielle Treuhandvollmacht, wie schon bei Abschluss des Zwischenfinanzierungsvertrages, für wirksam hielt. Andernfalls hätte sie die Kläger nicht ausdrücklich auf deren zeitliche Beschränkung hingewiesen und allein im Hinblick hierauf die Bitte geäußert, den bereits von der Treuhänderin gestellten Kontoeröffnungsantrag durch einen eigenen Antrag zu ersetzen. Die Beklagte hat die endgültige Kreditvergabe damit nicht, etwa um sich vorsichtshalber vor den Rechtsfolgen eines etwaigen vollmachtlosen Handelns der Treuhänderin zu schützen, von einer selbstbestimmten Mitwirkungshandlung der Kläger abhängig gemacht. Seinem klaren und eindeutigen Wortlaut entsprechend betraf das Schreiben vielmehr nur die Vertragsabwicklung. Den Klägern, die – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – mit einem etwaigen Kontoeröffnungsantrag das vollmachtlose Handeln der Treuhänderin nicht stillschweigend genehmigen wollten, war daher die Vorstellung fremd, eine für die Wirksamkeit des Darlehensvertrages rechtlich relevante Willenserklärung abzugeben. Davon, dass sich die Kläger mit ihrem Nichtigkeitseinwand widersprüchlich oder sonst treuwidrig verhalten, kann danach keine Rede sein.

[18] Auch die **Ablösung des Kredits** durch die Kläger im Jahre 2001 im Einvernehmen mit der Beklagten rechtfertigt keine andere Betrachtungsweise. ...“

3. Anwendbarkeit der §§ 171 ff. BGB

(1) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = ZIP 2006, 987 = WM 2006, 1008

1. siehe oben S. 57.

2. Die Anwendung der §§ 171, 172 BGB zugunsten der Kredit gebenden Bank wird bei einer kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligung ebenso wie bei einem finanzierten Grundstücksgeschäft auch in den Fällen nichtiger Vollmacht des gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßenden Treuhänders durch die Regeln über das verbundene Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt (Abweichung von BGH, 14. Juni 2004 – II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 300 ff.; Fortsetzung von BGH, 26. Oktober 2004, XI ZR 255/03, BGHZ 161, 15, 24 ff.).

3. ...

4. Zur Auslegung eines formularmäßigen Zeichnungsscheins.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[16] ... [Die Vollmacht ist] aufgrund der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unstreitigen **Vorlage des Zeichnungsscheins bei Abschluss des Darlehensvertrages** ... nach §§ 171, 172 BGB als gültig zu behandeln.

[17] Der formularmäßige Zeichnungsschein ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hinreichend **eindeutig formuliert**, um als Vollmachtsurkunde im Sinne von § 172 Abs. 1 BGB verstanden zu werden (vgl. hierzu MünchKommBGB/Schramm, 4. Aufl. § 172 Rdn. 3). Die für einen vergleichbaren Zeichnungsschein vertretene gegenteilige Auffassung des II. Zivilsenats (BGHZ 159, 294, 303) überzeugt nicht. Trotz der im Zeichnungsschein enthaltenen zusätzlichen Verpflichtung des Beklagten, noch eine notariell beglaubigte Vollmacht zu erteilen, war aus der gemäß §§ 133, 157 BGB maßgeblichen Sicht eines Erklärungsempfängers nicht davon auszugehen, dass (auch) für den Abschluss der Darlehensverträge erst diese notarielle Urkunde maßgeblich sein sollte (dagegen auch Jork/Engel BKR 2005, 3, 9 f.; Lorenz LMK 2004, 153). Der Zeichnungsschein ist ausdrücklich **mit "Auftrag und Vollmacht" überschrieben**. Außerdem heißt es im Text des Zeichnungsscheins in einem gesonderten Abschnitt, der Anleger erteile "dem Treuhänder ausdrücklich Vollmacht, sowohl für die Gesellschaft als auch für die einzelnen Gesellschafter, die erforderlichen Zwischen- und Endfinanzierungskredite aufzunehmen". Die vom II. Zivilsenat vorgenommene Auslegung berücksichtigt nicht, dass dieser eindeutigen Vollmachtserteilung jeglicher Sinngehalt genommen würde, und dass die notariell zu beglaubigende Vollmacht in einem anderen Kontext steht, nämlich mit dem noch abzuschließenden Gesellschafts- und Treuhandvertrag, sich folglich auf die darin geregelten Aufgaben bezieht und den Sinn hat, dem Formerfordernis des § 29 GBO bei der Eintragung des Anlegers als Miteigentümer des Fondsgrundstücks im Grundbuch Rechnung zu tragen (Jork/Engel BKR 2005, 3, 10).

[18] Anders als das Berufungsgericht meint, kann die **Anwendung der §§ 171 ff. BGB** auch nicht mit der Begründung verneint werden, der Darlehensvertrag und der Fondsbeitritt bildeten ein **verbundenes Geschäft** im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG. ...

[25] Die [§§ 171, 172 BGB] sind nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann anwendbar, wenn die einem Treuhänder erteilte umfassende Abschlussvollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (Senatsurteile vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831 und vom 21. Juni 2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1522, jew. m.w.Nachw.). An dieser Rechtsprechung hält der Senat – wie er mit Urteilen vom 26. Oktober 2004 (BGHZ 161, 15, 24 ff.) und vom 9. November 2004 (XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73 ff.) im einzelnen ausgeführt hat – auch unter Berücksichtigung der Entscheidungen des II. Zivilsenats in seinen Urteilen vom 14. Juni 2004 (II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 300 ff. und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538) – fest (vgl. auch Senatsurteil vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831; ebenso BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 – V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766).

[26] Die der Senatsrechtsprechung zugrunde liegenden Erwägungen gelten in gleicher Weise für die Kreditfinanzierung von Immobilien wie für kreditfinanzierte Immobilienfondsbeteiligungen (noch offen gelassen

im Urteil vom 11. Januar 2005 – XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 328). Entgegen der vom II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes vertretenen Auffassung kann auch bei letzteren die Anwendung der §§ 171 ff. BGB nicht mit der Begründung verneint werden, der Fondsbeitritt und der finanzierende Darlehensvertrag bildeten ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG und der Rechtsschein einer wirksamen Vollmacht könne dem einzelnen Anleger mangels eines Vertrauensverhältnisses zwischen Treuhänder und Anleger nicht zugerechnet werden. **§ 9 Abs. 1 VerbrKrG ist für die Rechtsscheinhaftung** eines Kreditnehmers aufgrund der Erteilung einer nichtigen Vollmacht **rechtlich ohne Bedeutung**. Weder regelt diese Vorschrift Vertretungsfragen, noch steht sie systematisch in einem Zusammenhang mit den Vertretungsregelungen der §§ 164 ff. BGB. Die Rechtsscheinhaftung des Vertretenen bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach §§ 171 ff. BGB sowie nach den Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht, die den schutzwürdigen widerstreitenden Interessen des Vertretenen einerseits und des Vertragspartners andererseits abschließend und angemessen Rechnung tragen (Senatsurteil BGHZ 161, 15, 24 f.; BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 – V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766).

[27] Außerdem setzen die §§ 171 ff. BGB auch **kein irgendwie geartetes Vertrauensverhältnis** zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen voraus, sondern knüpfen ausschließlich an die Vorlage der vom Vertretenen ausgestellten Vollmachtsurkunde und den guten Glauben des Vertragspartners an die Wirksamkeit der Vollmacht an. Der Schutz des Vertretenen wird vielmehr nur im Einzelfall unter den besonderen Voraussetzungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht gewährleistet. Es geht daher nicht an, ohne entsprechende – hier nicht gegebene – konkrete Feststellungen die Regelungen der §§ 171 ff. BGB allein aufgrund der Einschaltung eines Treuhänders generell nicht für anwendbar zu erklären (Senatsurteile BGHZ 161, 15, 27 f. und vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 74 f.; BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 – V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766 f.).

[28] Der gemäß §§ 171, 172 BGB an die Vorlage der Vollmachtsurkunde anknüpfende Rechtsschein ist nicht durch § 173 BGB ausgeschlossen. Weder war der Klägerin der Mangel der Vertretungsmacht bekannt, noch musste sie ihn gemäß § 173 BGB kennen. ...

[29] ... Da im Rahmen von §§ 172, 173 BGB **keine allgemeine Überprüfungs- und Nachforschungspflicht** besteht (vgl. Senatsurteile vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 76 und vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 832 m.w.Nachw.), ist bereits fraglich, ob die Klägerin überhaupt Anlass hatte, etwaige Auswirkungen des Treuhandvertrages und der notariell beglaubigten Vollmacht auf die im Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht in Betracht zu ziehen. Ungeachtet dessen konnten damals [1991] jedenfalls alle Beteiligten den Verstoß des Treuhandvertrages und der darauf beruhenden Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht erkennen. ...

[30] ... [D]en vor dem Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs [ließ sich] nichts entnehmen ..., was für einen Verstoß eines umfassenden Treuhand- oder Geschäftsbesorgungsvertrages und der mit ihm verbundenen Vollmacht des Treuhänders gegen Art. 1 § 1 RBERG i.V. mit § 134 BGB gesprochen hätte (st. Rspr., vgl. etwa die Nachweise in dem Senatsurteil vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75).“

Hinweis: Siehe insoweit auch die Parallelentscheidung BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 = ZIP 2006, 1088 = WM 2006, 1060 (dort Rdn. 17 ff.); zu dieser Parallelentscheidung unter Ziff. 3 (S. 117).

(2) BGH, 19.9.2006 – XI ZR 204/04, BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 = ZIP 2006, 2262

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[31] Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die prozessuale Gestaltungsklage sei auch unbegründet, soweit sie sich gegen die Wirksamkeit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte persönliche Vermögen des Klägers richtet.

[32] Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht dabei davon aus, dass diese Unterwerfungserklärung in der Grundschuldbestellungsurkunde vom 2. Juni 1993 unwirksam ist, da der Kläger [= Anleger] von der Treuhänderin nicht wirksam vertreten worden ist. Die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht ist wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG unwirksam. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein – wie hier – ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag mit derartigen umfassenden Befugnissen ist nichtig. **Die Nichtigkeit erfasst auch die der Geschäftsbesorgerin erteilte Prozessvollmacht zur Abgabe einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung, deren Nichtigkeit mit Hilfe der §§ 171, 172 BGB nicht überwunden werden kann** (st.Rspr.; BGHZ 154, 283, 287 f.; Senatsurteile vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830 und vom 21. Juni 2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521, jeweils m.w.Nachw.).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 107.

(3) BGH, 17.10.2006 – XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 = WM 2007, 110

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[24] Die Vorschriften der §§ 171 ff. BGB sind nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch dann anwendbar, wenn die einem Vertreter erteilte Abschlussvollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (Senatsurteile vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831 und vom 21. Juni 2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1522, jeweils m.w.Nachw.). An dieser Rechtsprechung hält der Senat – wie er bereits mit Urteilen vom 26. Oktober 2004 (BGHZ 161, 15, 24 ff.) und vom 9. November 2004 (XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73) im Einzelnen ausgeführt hat – auch unter Berücksichtigung der Entscheidungen des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 14. Juni 2004 (BGHZ 159, 294, 301 f. und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538) fest. Zwar **kann die Nichtigkeit der Vollmacht zur Abgabe einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung wegen ihres prozessualen Charakters nicht mit Hilfe der §§ 171, 172 BGB überwunden werden** (st.Rspr., siehe etwa BGHZ 154, 283, 287; Senatsurteile vom 21. Juni 2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521 m.w.Nachw. und vom 28. März 2006 – XI ZR 239/04, WM 2006, 853, 854). **Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs** der §§ 171, 172 BGB **betrifft** aber – worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat – nur die prozessuale Vollstreckungsunterwerfung, **nicht das ihr zugrunde liegende materiell-rechtliche Schuldanerkenntnis** gemäß § 781 BGB. Dass die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung nach dem maßgebenden Willen der Vertragsparteien gemäß § 139 BGB auch das abstrakte Schuldanerkenntnis erfasst, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. ...

[30] Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis erfolglos gegen die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es die Zwangsvollstreckung der Beklagten [= Bank] aus der notariellen Urkunde vom 23. März 1999 für unzulässig erklärt hat.

[31] Da die G. [= Beauftragte] aus den dargelegten Gründen keine wirksame Vollmacht zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung namens des Klägers besaß und die Nichtigkeit dieses Teils der Abschlussvollmacht auch nicht mit Hilfe der §§ 171, 172 BGB gegenüber der kreditgebenden Beklagten als wirksam angesehen werden kann, ist die Vollstreckungsunterwerfung unwirksam. Der Kläger [= Anleger] macht daher zu Recht im Wege der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO die Nichtigkeit des gegen ihn gerichteten Titels geltend.

[32] Die Berufung des Klägers auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung stellt auch keine unzulässige Rechtsausübung dar. Allerdings entspricht es gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass sich ein Darlehensnehmer, der nach dem Inhalt des Darlehensvertrages oder sonst schuldrechtlich verpflichtet ist, ein selbständiges Schuldversprechen mit einer Vollstreckungsunterwerfung abzugeben, sich gemäß **§ 242 BGB** treuwidrig verhält, wenn er versucht, aus der bisherigen Nichterfüllung der Verpflichtung Vorteile zu ziehen (Senatsurteil vom 28. März 2006 – XI ZR 239/04, WM 2006, 853, 855 m.w.Nachw.). Aus diesem Grundsatz, der in gleicher Weise auch für Gesellschafter einer Fondsgesellschaft gilt (Senatsurteile vom 2. Dezember 2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375 f., vom 15. Februar 2005 – XI ZR 396/03, WM 2005, 1698, 1700 f. und vom 25. Oktober 2005 – XI ZR 402/03, WM 2006, 177, 179), vermag die Beklagte aber schon deshalb für sich nichts herzuleiten, weil die von ihr mit der GbR geschlossenen Darlehensverträge eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Abgabe von Vollstreckungsunterwerfungserklärungen nicht enthalten.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 103.

(4) BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 = WM 2008, 683

1. Ist die Vollmacht des Treuhänders eines Steuersparmodells wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig, kann sich der Verkäufer des Modells auch dann gegenüber dem Käufer auf den Gutgläubenschutz nach §§ 171, 172 BGB berufen, wenn er das Erwerbsmodell initiiert und konzipiert sowie den Treuhänder ausgesucht hat.

2. siehe oben S. 35.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[27] Dennoch ist der Kaufvertrag nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Vorbringen der Klägerin zwischen der Bauträgerin und dem Beklagten wirksam zustande gekommen, weil die Treuhänderin gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 1 BGB gegenüber der Bauträgerin zur Vertretung des Beklagten befugt war. [28] Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind diese Vorschriften auch dann anwendbar, wenn die einem Treuhänder erteilte umfassende Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (vgl. Senat BGHZ 167, 223, 232 f. Tz. 24 ff.; Senatsurteile vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1062 Tz. 18 und vom 5. Dezember 2006 – XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 441 f. Tz. 16 f.; jeweils m.w.Nachw.). Insbesondere steht dem der Zweck des Rechtsberatungsgesetzes nicht entgegen.

[29] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts **kann sich die Bauträgerin unabhängig davon, dass sie die Initiatorin des Steuersparmodells war und die Einschaltung der Treuhänderin veranlasst hatte, auf den Gutgläubenschutz nach §§ 171 f. BGB berufen**, weil die Vollmachtserteilung notariell beurkundet worden war (vgl. BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 – V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352 f. und vom 17. Juni 2005 – V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766 f.). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 173 BGB vorliegen, die Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht eingreifen oder die Verkäuferin an der unerlaubten Rechtsbesorgung beteiligt war. Nur in diesen Fällen findet der im Interesse des Geschäftsverkehrs von §§ 171, 172 BGB bezweckte Vertrauensschutz seine Grenzen, nicht jedoch in der allgemeinen Erwägung, derjenige, der Teil des Vertriebskonzepts sei und die Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers initiiert habe, unterfalle nicht dem geschützten Personenkreis (BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 aaO S. 2353 und vom 17. Juni 2005 aaO S. 1767).

[30] Der an die Vorlage einer Vollmachtsausfertigung anknüpfende Rechtsschein war hier nicht durch § 173 BGB ausgeschlossen. Dabei kommt es nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der den Mangel der Vertretungsmacht begründenden Umstände, sondern des Mangels der Vertretungsmacht selbst an (Senat BGHZ 167, 223, 233 Tz. 28 m.w.Nachw.; Senatsurteile vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75 und vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 832). Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Bauträgerin im September 1992 wusste oder wissen musste, dass die Vollmacht unwirksam war, weil der Treuhandvertrag und die zu seiner Durchführung erteilte Vollmacht einer damals weit verbreiteten und seinerzeit nicht angezweifelten Praxis entsprachen, die Vollmacht notariell beurkundet war und vor den im Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen weder ein Notar noch eine Bank Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vollmacht haben musste (vgl. Senat BGHZ 167, 223, 233 f. Tz. 29 f.; Senatsurteile vom 2. Dezember 2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421, vom 11. Juli 2006 – XI ZR 12/05, BKR 2006, 451, 452 Tz. 17 f. und vom 20. März 2007 – XI ZR 362/06, Umdruck S. 8 Tz. 13; jeweils m.w.Nachw.).

[31] Die Bauträgerin hat sich auch nicht an der unerlaubten Rechtsbesorgung der Treuhänderin beteiligt, indem sie das Erwerbsmodell initiiert und konzipiert sowie die Treuhänderin ausgesucht hat. Denn das Rechtsberatungsgesetz verbietet nicht Erwerbsmodelle der von der Bauträgerin entwickelten Art, sondern will lediglich sicherstellen, dass die in einem derartigen Erwerbsmodell vorgesehene Funktion des Geschäftsbesorgers nur von Personen wahrgenommen wird, die die dazu notwendige Rechtsbesorgungserlaubnis haben (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2004 – V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2353). Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich jedoch nicht, dass die Bauträgerin über die Auswahl der Treuhän-

derin und die Abwicklung des Modells hinaus eine unerlaubte Rechtsbesorgung rechtlich oder wirtschaftlich gefördert hat. Dagegen spielt es – anders als die Revisionserwiderung unter Hinweis auf das im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Verwender zu tragende Wirksamkeitsrisiko meint – keine Rolle, dass die Vertragskonzeption von der Bauträgerin entwickelt wurde.

[32] Da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Bauträgerin als Verkäuferin bei Abschluss des Kaufvertrages eine Ausfertigung der die Treuhänderin als Vertreterin des Beklagten ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (zu diesem Erfordernis siehe etwa BGHZ 102, 60, 63; Senat BGHZ 161, 15, 29; Senatsurteile vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1062 f. Tz. 23 f., vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 185/05, WM 2007, 110, 112 f. Tz. 25 und vom 13. März 2007 – XI ZR 159/05, NJOZ 2007, 4234, 4236 Tz. 14), wird es dies - soweit es darauf ankommen sollte - nachzuholen haben.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 35, 62 und 91.

(5) BGH, 27.5.2008 – XI ZR 149/07, ZIP 2008, 1417 = WM 2008, 1266 = NJW 2008, 3355

Schließt ein Vertreter, dessen Vollmacht nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist, einen Darlehensvertrag, setzt seine Vertretungsbefugnis gemäß §§ 171f. BGB voraus, dass die Vollmachtsurkunde spätestens bei Abschluss des Vertrages, nicht erst bei Auszahlung des Darlehens vorliegt.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts reicht es, was den Darlehensvertrag angeht, für die Vertretungsbefugnis der Geschäftsbesorgerin gemäß § 171 Abs. 1, § 172 BGB nicht aus, dass der Beklagten [= Bank] die notariell beglaubigte Vollmacht der Geschäftsbesorgerin vor der Auszahlung der Darlehen vorlag. **Die Vollmacht muss spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages vorliegen** (st.Rspr., vgl. Senat BGHZ 161, 15, 29 und ...). Das Senatsurteil vom 27. September 2005 – XI ZR 116/04, Umdruck S. 11, besagt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nichts anderes, weil es nicht die Wirksamkeit des Darlehensvertrages, sondern die Wirksamkeit der Auszahlungsanweisung betrifft.

[19] Das Erfordernis der Vorlage spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages ergibt sich aus Wortlaut und Regelungszweck der §§ 171 f. BGB. Die Vorlage der Vollmachtsurkunde steht gemäß § 172 Abs. 1 BGB der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber gleich. Erst wenn die Kundgabe der Bevollmächtigung durch diese Mitteilung erfolgt ist, ist der Bevollmächtigte gemäß § 171 Abs. 1 BGB zur Vertretung befugt. Der Adressat der Kundgabe kann sich auf die Rechtsscheinhaftung gemäß § 171 BGB nur berufen, wenn ihm bei Abschluss des Vertretergeschäfts die Mitteilung schon kundgemacht war (RGZ 104, 358, 360; MünchKomm/Schramm, BGB 5. Aufl. § 171 Rdn. 12; Bamberger/Roth/Habermeier, BGB, § 171 Rdn. 5; Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl. § 171 Rdn. 2). § 171 BGB greift hingegen nicht ein, wenn die Mitteilung erst nach Abschluss des Vertretergeschäfts erfolgt (Soergel/Leptien, BGB 13. Aufl. § 171 Rdn. 2; Bamberger/Roth/Habermeier, BGB § 171 Rdn. 5). Das Vertrauen des Rechtsverkehrs, zu dessen Schutz § 171 Abs. 1 BGB eine Rechtsscheinvollmacht begründet (Staudinger/Schilken, BGB Neubearb. 2004, § 171 Rdn. 2 m.w.Nachw.), kann sich erst auf die Mitteilung bzw. die Vorlage der Vollmachtsurkunde gründen. Da sich dieses Vertrauen auf die Vertretungsbefugnis bezieht, kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem von der Vertretungsmacht Gebrauch gemacht wird, d.h. den des Vertretergeschäfts, nicht aber, wie das Berufungsgericht meint, auf den Zeitpunkt, in dem der Vertragspartner durch eine vermögenswirksame Disposition etwas aus der Hand gibt. Aus § 179 Abs. 1 BGB ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts anderes. Dass die dort geregelte Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nur besteht, sofern der Vertreter nicht seine Vertretungsmacht nachweist, erlaubt keinen Rückschluss auf die Voraussetzungen der Vertretungsbefugnis gemäß §§ 171 f. BGB, insbesondere nicht auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Vorlage der Vollmachtsurkunde.

[20] Die Darlehensauszahlung und -entgegennahme stellen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht etwa eine Bestätigung des Darlehensvertrages im Sinne des § 141 Abs. 1 BGB dar. Eine **Bestätigung** setzt einen Bestätigungswillen und damit das Bewusstsein der Unwirksamkeit des früheren Geschäfts voraus.

Ob bereits aufgekommene Zweifel an der Wirksamkeit ausreichen, bedarf keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht hat weder ein Bewusstsein der Parteien von der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages noch diesbezügliche Zweifel festgestellt. ...

[33] Die Anpassungsvereinbarungen enthalten entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keine ausdrückliche **Genehmigung**. Sie dienen nicht dem Zweck, dem im Jahre 1992 geschlossenen Darlehensvertrag rückwirkend zur Wirksamkeit zu verhelfen und bringen an keiner Stelle auch nur sinngemäß zum Ausdruck, dass dieser Vertrag genehmigt werden solle. Die von der Revisionserwiderung angeführte, in der Änderungsvereinbarung vom 22. Juni 2002 getroffene Bestimmung, dass die übrigen Bedingungen des alten Darlehensvertrages unverändert fortgelten, reicht hierfür nicht aus. Sie ist vielmehr Ausdruck der Vorstellung der Parteien, dass der Darlehensvertrag schon bisher gegolten hatte, zu einer Genehmigung also keine Veranlassung bestand.

[34] Auch eine **konkludente Genehmigung** liegt nicht vor. Eine solche setzt voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet (Senat, Urteile vom 27. September 2005 – XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 503 und vom 27. Februar 2007 – XI ZR 56/06, WM 2007, 731, 732 Tz. 17). Dies ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt und von den Parteien nicht vorgetragen worden.

[35] ... Die Kläger [= Anleger] haben die Darlehensvaluta durch [die] aufgrund der Anweisung der Geschäftsbesorgerin vom 23. Oktober 1992 erfolgte Auszahlung erlangt. Die Anweisung ist ihnen zuzurechnen, weil der Beklagten nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts bei Ausführung der Anweisung eine Ausfertigung der notariell beglaubigten Vollmacht, die die Kläger der Geschäftsbesorgerin erteilt hatten, vorlag (vgl. Senat, Urteil vom 18. Dezember 2007 – XI ZR 324/06, WM 2008, 967, 971 Tz. 41).

[35] Die Vertretungsbefugnis der Geschäftsbesorgerin ergibt sich insoweit, ungeachtet der Unwirksamkeit der Vollmacht, aus der entsprechenden Anwendung der §§ 171 bis 173 BGB. ...

[36] Gemessen hieran kommt es für die Zurechenbarkeit der Zahlungsanweisung der Geschäftsbesorgerin entscheidend auf die **Vorlage der Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Ausführung der Zahlungsanweisung** durch Überweisung auf das Konto der Fondsgesellschaft und nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Zahlungsanweisung an. Für die Schutzwürdigkeit der Beklagten macht es keinen Unterschied, ob ihr die Vollmachtsurkunde bereits bei Erteilung der Zahlungsanweisung oder erst bei deren Ausführung vorlag. Da sie ihr Vertrauen auf den von den Klägern wissentlich gesetzten Rechtsschein einer Vollmacht erst durch die Ausführung der Zahlungsanweisung der Geschäftsbesorgerin betätigt hat, reicht es für die entsprechende Anwendung der §§ 171 bis 173 BGB aus, dass ihr die Vollmachtsurkunde in diesem Zeitpunkt vorlag.“

4. Anforderungen an die Vollmachtsurkunde + die Vorlage der Urkunde

(1) BGH, 14.6.2004 – II ZR 393/02, BGHZ 159, 294 = NJW 2004, 2736

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Das Berufungsgericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme nicht festzustellen vermocht, daß der Beklagten [= Bank] vor oder bei dem Abschluß der streitigen Darlehensverträge die mit notariell beglaubigter Unterschrift versehene Vollmachtserklärung des Klägers vom 6. Oktober 1992 im Original vorgelegen hat. Damit kommt eine Rechtsscheinsvollmacht nach § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. Dafür ist nämlich erforderlich, daß dem Geschäftspartner die Vollmachtsurkunde im Original oder – bei notariell beurkundeter Vollmacht – in Ausfertigung vorgelegt wird. Die **Vorlage einer Abschrift oder eine bloße Bezugnahme reicht nicht** aus (BGHZ 102, 60, 63; Urt. v. 14. Mai 2002 – XI ZR 155/01, ZIP 2002, 1191, 1193; v. 3. Juni 2003 – XI ZR 289/02, ZIP 2003, 1644, 1646).“

(2) BGH, 28.3.2006 – XI ZR 239/04, NJW 2006, 2118 = WM 2006, 853 = ZIP 2006, 843

Wer eine wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB unwirksame notarielle Vollmacht erteilt hat, kann an einen vom Bevollmächtigten geschlossenen Darlehensvertrag gebunden sein, wenn dem Darlehensgeber zuvor eine Ausfertigung einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde, in der das Vor-

liegen einer Ausfertigung der Vollmacht vermerkt ist, zusammen mit einer Abschrift der Vollmacht zugegangen ist.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[26] § 172 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Beklagten spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der Kläger ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (st.Rspr.; vgl. BGHZ 102, 60, 63; Senat BGHZ 161, 15, 29; Senatsurteile vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75 und vom 15. November 2005 – XI ZR 376/04, Umdruck S. 11 f.) oder dass die Vollmacht dem Notar bei der notariellen Beurkundung der Grundschuldbestellung am 6. Juni 1991 vorlag, dieser das Vorliegen der Vollmacht ausdrücklich in seine Verhandlungsniederschrift aufgenommen und deren Ausfertigung zusammen mit einer Abschrift der Vollmacht dem Geschäftsgegner zugestellt hat (siehe BGHZ 102, 60, 65; BGH, Urteil vom 12. November 2003 – IV ZR 43/03, Umdruck S. 10/11; Senat, Urteil vom 15. November 2005 – XI ZR 376/04, Umdruck S. 12).

[27] Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Beklagten bei Abschluss des Darlehensvertrages vom 21./24. Juni 1991 eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorlag. Nach seinen Feststellungen lag ihr aber jedenfalls eine **Ausfertigung der notariellen Urkunde** vom 6. Juni 1991, **in der vermerkt war, dass die Vollmacht** vom 22. Mai 1991 **in Ausfertigung vorlag**, sowie eine beglaubigte Abschrift dieser Vollmacht vor. Der dadurch begründete Rechtsschein bezieht sich entgegen der Auffassung der Revision nicht allein auf die Wirksamkeit der Erklärungen in der notariellen Urkunde vom 6. Juni 1991, sondern auch auf den Darlehensvertrag. Der für die Rechtsscheinhaftung maßgebende Anknüpfungspunkt besteht in der beurkundeten Erklärung des Notars, dass ihm die Vollmacht bei der Beurkundung in Ausfertigung vorgelegen habe. Darin liegt die Beurkundung sonstiger Tatsachen und Vorgänge im Sinne des § 36 BeurkG, die auf die unwirksame Vollmacht zurückzuführen ist und auf deren Richtigkeit die Beklagte vertrauen durfte (BGHZ 102, 60, 65). Beruht das Vertrauen der Beklagten in den Bestand der Vollmacht auf der notariellen Beurkundung, erstreckt sich deren Richtigkeitsgewähr nicht nur auf das beurkundete Rechtsgeschäft, sondern auch auf weitere, von der Vollmacht erfasste Geschäfte. Dem entsprechend ist der Senat in seinem Urteil vom 15. November 2005 (XI ZR 376/04, Umdruck S. 12) davon ausgegangen, dass die Wirksamkeit eines den Erwerb finanzierenden Darlehensvertrages nach Rechtsscheingrundsätzen herbeigeführt werden kann, wenn die nichtige Vollmacht dem Notar bei der Beurkundung des notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrages vorlag, dieser das Vorliegen der Vollmacht ausdrücklich in die Verhandlungsniederschrift aufgenommen und deren Ausfertigung zusammen mit einer Abschrift der Vollmacht dem Darlehensgeber übermittelt hat. Nichts anderes kann gelten, wenn – wie hier – die notarielle Urkunde der Bestellung einer Grundschuld dient, die von den Darlehensnehmern nach dem Kreditvertrag als Sicherheit zu stellen ist.

[28] Dagegen lässt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht einwenden, dass bei zwischenzeitlich widerrufenen Vollmacht bloße Abschriften als Rechtsscheingrundlage herangezogen würden. Die Rechtsscheinhaftung setzt in diesen Fällen nämlich zusätzlich voraus, dass – wie hier geschehen – die Ausfertigung der notariellen Urkunde mit einer Abschrift der Vollmacht dem Geschäftsgegner zugestellt wird. Sie bleibt damit insofern hinter der Regelung der §§ 171, 172 BGB zurück, als der Geschäftsgegner nicht vor Veränderungen im Bestand oder Inhalt der Vollmacht geschützt wird, die erst nach dem für die Entstehung des Rechtsscheins maßgebenden Zeitpunkt, nämlich zwischen dem Beurkundungstermin und dem Zugang der beurkundeten Erklärungen beim Geschäftsgegner eintreten. Der Geschäftsgegner trägt also in der Zwischenzeit das Risiko eines Widerrufs der Vollmacht (BGHZ 102, 60, 65 f.). Nach Erhalt der notariellen Ausfertigung darf er sich dagegen – nicht anders als bei Vorlage des Originals oder einer Ausfertigung der Vollmacht – auf den Bestand der Vollmacht so lange verlassen, bis diese ihm gegenüber widerrufen wird. Dies ist bis zum Abschluss des Darlehensvertrages nicht geschehen.“

Hinweis: Bei dieser Entscheidung handelt es sich um eine m.E. unzutreffende Erweiterung von BGHZ 102, 60, 65; dort ging es nämlich nur um die Wirksamkeit des notariell beurkundeten Geschäfts, während der XI. Zivilsenat hier ein Drittgeschäft für wirksam hält.

(3) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = ZIP 2006, 987 = WM 2006, 1008

1. siehe oben S. 57.
2. siehe oben S. 110.
3. ...
4. Zur Auslegung eines formularmäßigen Zeichnungsscheins.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[16] ... [Die Vollmacht ist] aufgrund der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unstrittigen Vorlage des Zeichnungsscheins bei Abschluss des Darlehensvertrages ... nach §§ 171, 172 BGB als gültig zu behandeln.

[17] Der formularmäßige **Zeichnungsschein** ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hinreichend **eindeutig formuliert**, um als Vollmachtsurkunde im Sinne von § 172 Abs. 1 BGB verstanden zu werden (vgl. hierzu MünchKommBGB/Schramm, 4. Aufl. § 172 Rdn. 3). Die für einen vergleichbaren Zeichnungsschein vertretene gegenteilige Auffassung des II. Zivilsenats (BGHZ 159, 294, 303) überzeugt nicht. Trotz der im Zeichnungsschein enthaltenen zusätzlichen Verpflichtung des Beklagten, noch eine notariell beglaubigte Vollmacht zu erteilen, war aus der gemäß §§ 133, 157 BGB maßgeblichen Sicht eines Erklärungsempfängers nicht davon auszugehen, dass (auch) für den Abschluss der Darlehensverträge erst diese notarielle Urkunde maßgeblich sein sollte (dagegen auch Jork/Engel BKR 2005, 3, 9 f.; Lorenz LMK 2004, 153). Der Zeichnungsschein ist ausdrücklich **mit "Auftrag und Vollmacht" überschrieben**. Außerdem heißt es im Text des Zeichnungsscheins in einem gesonderten Abschnitt, der Anleger erteile "dem Treuhänder ausdrücklich Vollmacht, sowohl für die Gesellschaft als auch für die einzelnen Gesellschafter, die erforderlichen Zwischen- und Endfinanzierungskredite aufzunehmen". Die vom II. Zivilsenat vorgenommene Auslegung berücksichtigt nicht, dass dieser eindeutigen Vollmachtserteilung jeglicher Sinngehalt genommen würde, und dass die notariell zu beglaubigende Vollmacht in einem anderen Kontext steht, nämlich mit dem noch abzuschließenden Gesellschafts- und Treuhandvertrag, sich folglich auf die darin geregelten Aufgaben bezieht und den Sinn hat, dem Formerfordernis des § 29 GBO bei der Eintragung des Anlegers als Miteigentümer des Fondsgrundstücks im Grundbuch Rechnung zu tragen (Jork/Engel BKR 2005, 3, 10).“

Hinweis: Siehe auch die Parallelentscheidung BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 = ZIP 2006, 1088 = WM 2006, 1060 (dort Rdn. 21 f.); zu dieser Parallelentscheidung siehe auch sogleich unter (4).

(4) BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 = ZIP 2006, 1088 = WM 2006, 1060

1. + 2. ...
3. Für die Anwendung des § 172 BGB ist ausreichend, dass die dem Vertreter ausgehändigte Vollmachtsurkunde dem Vertragspartner vorgelegt wird. Es kommt nicht darauf an, ob diesen der Rechtsschein des Urkundengesetzes zum Geschäftsabschluss veranlasst hat.
4. Die Durchschrift einer vom Vollmachtgeber mittels eines Durchschreibesatzes erstellten Vollmacht kann eine Originalurkunde im Sinne des § 172 BGB sein.
5. + 6. ...

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[23] Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner die Durchschrift des Zeichnungsscheins als Original der Vollmachtsurkunde im Sinne von § 172 BGB angesehen, wenn und weil der Aussteller damit eine gleichwertige Urschrift, nicht nur eine Abschrift herstellen wollte (vgl. BGHZ 47, 68 ff. ("Blaupause")); OLG Naumburg, Urteil vom 29. April 2004 – 2 U 45/03, juris-Datenbank Tz. 68).

[24] Die Vorlage der Vollmachtsurkunde nach § 172 BGB stellt eine besondere Form der Mitteilung des Vollmachtgebers an den Geschäftsgegner über die Bevollmächtigung dar. Dieser soll darauf vertrauen können, dass die ihm vorgelegte Urkunde dem Vertreter zum Zwecke des Vollmachtsnachweises überlassen wurde und demnach eine Bevollmächtigung in diesem Umfang besteht (RGZ 56, 63, 67; 88, 430, 431 f.;

s. auch RGZ 104, 358 , 360). Daher **reicht die Vorlage einer Abschrift nicht aus**, weil Abschriften von einem Dritten in unbeschränkter Zahl gefertigt werden können, nicht der Rückgabepflicht nach § 175 BGB unterliegen und nichts über den Verbleib der Originalurkunde sowie den Fortbestand der Vollmacht besagen (BGHZ 102, 60, 63 m.w.Nachw.). Eine Abschrift kann lediglich beweisen, dass der Vertreter diese Vollmacht einmal erhalten hat, nicht aber, dass er sie aktuell noch besitzt (RGZ 88, 430 , 431). Dagegen wird bei einem **Durchschreibesatz** die Durchschrift ebenso wie das Deckblatt von dem Aussteller selbst be- und unterschrieben. Die Anzahl der von ihm auf diese Weise gefertigten Durchschriften liegt aufgrund des benutzten Durchschreibesatzes fest. Die nachträgliche Herstellung einer Durchschrift durch einen Dritten oder die Herstellung mehrerer Exemplare ohne Wissen des Ausstellers ist bei korrekter Ausführung des Verfahrens – anders als bei einer Abschrift – nicht möglich. Zwar mögen bei einer Durchschrift die individuellen Merkmale der Handschrift weniger deutlich hervortreten als bei dem unmittelbar beschriebenen Deckblatt, womit auch die Gefahr einer (Ver-)Fälschung größer sein mag. Je nach Art des verwendeten Schreibgeräts ist dies aber auch bei einem unmittelbar gefertigten Schriftstück der Fall (vgl. BGHZ 47, 68, 72).

[25] Den erforderlichen Willen der Klägerin, mit der **Durchschrift ein weiteres gleichwertiges Original** des Zeichnungsscheins herzustellen, hat das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung festgestellt, indem es darauf abgestellt hat, dass mittels des benutzten Durchschreibesatzes durch einmaliges Ausfüllen für jeden Beteiligten ein Original mit dem für seine Interessen relevanten Inhalt erstellt werden sollte. ...

[29] Anders als die Revision meint, steht einer wirksamen Vertretung hier auch nicht entgegen, dass die Klägerin in der Einleitung des Darlehensvertrags als "durch den notariell bevollmächtigten Treuhänder vertreten" bezeichnet wird. Dies hat entgegen der Auffassung der Revision nicht etwa zur Folge, dass nur die Vorlage einer Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde einen entsprechenden Rechtsschein bei der Beklagten gemäß §§ 171 ff. BGB hätte erzeugen können.

[30] Für die Wirksamkeit des Darlehensvertrags genügt es, dass die Treuhandgesellschaft die Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam vertreten konnte. Dies war im Falle der Wirksamkeit der im Zeichnungsschein enthaltenen Vollmacht ohne weiteres möglich. Nichts anderes gilt, wenn die im Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht der Beklagten gegenüber nur aus Rechtsscheingesichtspunkten gemäß § 172 BGB als gültig zu behandeln ist. Wie die Revisionserwiderung zu Recht ausführt, wird der Rechtsschein einer gültigen Vollmacht nach dieser Vorschrift nicht erst dadurch erzeugt, dass der Vollmachtinhaber sich auf die Vollmacht stützt. Ausreichend im Sinne des § 172 BGB ist es vielmehr, dass die dem Vertreter ausgehändigte **Vollmachtsurkunde** dem Vertragspartner – wie hier geschehen – vorgelegt wird. Dass der Vertragspartner in sie tatsächlich **Einsicht** nimmt, ist **nicht erforderlich** (BGHZ 76, 76, 78 f.; 102, 60, 63). Auf den Nachweis, dass ihn der Rechtsschein des Urkundenbesitzes auch zum Geschäftsabschluss veranlasst hat, kommt es daher nicht an.

(5) BGH, 10.10.2006 – XI ZR 265/05, NJW 2007, 1131 = ZIP 2007, 173 = WM 2007, 108

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[15] Die Treuhänderin war aufgrund einer vom Beklagten erteilten umfassenden Vollmacht auch nicht gemäß §§ 171, 172 zur Vertretung des Beklagten gegenüber der Klägerin befugt. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht angenommen hat, aufgrund der Beweisaufnahme sei nicht feststellbar, dass der Klägerin bei Abschluss der Darlehensverträge eine Ausfertigung einer Vollmachtsurkunde vorgelegen habe, oder dass sie zuvor die Originalurkunde durch einen Mitarbeiter habe einsehen lassen, ist rechtsfehlerfrei. Hierfür spricht entgegen der von der Revision unter Berufung auf Hertel (WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBerG 3.03) vertretenen Auffassung nicht der Beweis des ersten Anscheins. Wenn der Kreditgeber das Original oder die notarielle Ausfertigung der Vollmachtsurkunde in Besitz hat, soll nach Hertel (aaO) der Beweis des ersten Anscheins dafür sprechen, dass ihm die Urkunde bereits bei Abschluss des Darlehensvertrages vorgelegen hat. Soweit nach bankinternen Anweisungen Darlehensverträge nur bei Vorlage des Originals oder einer notariellen Ausfertigung der Vollmachtsurkunde geschlossen werden dürfen, soll sogar von einer Beweislastumkehr auszugehen sein. Ob dem zu folgen ist, bedarf keiner Entscheidung. Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass der Klägerin die Vollmachtsurkunde weder bei Abschluss der Darlehensverträge noch zu

einem späteren Zeitpunkt vorlag. Das Berufungsgericht hat auch keine generelle schriftliche Anweisung über die vor einer Kreditbewilligung zu prüfenden Voraussetzungen feststellen können.

[16] Die Revision verweist auch ohne Erfolg darauf, dass im Arzthaftungsrecht eine generelle Praxis eines Arztes bei der Patientenaufklärung Bedeutung für die Feststellung der Aufklärung in einem konkreten Einzelfall haben kann (vgl. BGH, Urteile vom 8. Januar 1985 – VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399 und vom 14. Juni 1994 – VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3010). Dies bedeutet indes nicht, dass der Schluss von der allgemeinen Handhabung auf das Vorgehen in einem Einzelfall rechtlich geboten ist. Deshalb ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass dem Berufungsgericht die **Bekundungen des Zeugen M. über die generelle Handhabung der Klägerin**, das Original der Vollmachtsurkunde durch einen Mitarbeiter einsehen zu lassen, **nicht ausgereicht haben**, um die Einsicht in die Originalurkunde im vorliegenden Einzelfall festzustellen.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 103.

(6) BGH, 5.12.2006 – XI ZR 341/05, ZIP 2007, 414 = WM 2007, 440

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner ausgeführt, dass zur Begründung des Rechtsscheins nach § 172 Abs. 1 BGB die **Vorlage einer Ausfertigung des Angebots auf Abschluss des Treuhandvertrages nebst Vollmacht ausreichte**. Dies entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 161, 15, 30; Senatsurteile vom 16. März 2004 – XI ZR 60/03, WM 2004, 1127, 1128 und vom 9. November 2004 – XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75; BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 – V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1767). Die Erteilung einer Vollmacht ist, auch wenn sie in einem Vertragsantrag enthalten ist, eine selbständige, einseitige, nicht annahmbedürftige Erklärung des Vollmachtgebers (MünchKomm/Schramm, BGB 5. Aufl. § 167 Rdn. 4). Entgegen der Ansicht der Revision bedurfte es im vorliegenden Fall auch nicht etwa ausnahmsweise zusätzlich der Vorlage der notariell beurkundeten Annahmeerklärung. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte haben die Treuhänderin in der notariellen Urkunde vom 10. September 1993 ausdrücklich "mit Abgabe dieses Angebots" bevollmächtigt. Damit ist eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass die Vollmacht bereits mit dem Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages und nicht erst mit dessen Annahme durch die Treuhänderin wirksam erteilt sein sollte.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 42, 80 und 101.

(7) BGH, 22.4.2008 – XI ZR 272/06, WM 2008, 1211

„[7] Das Berufungsgericht hat auch zutreffend erkannt, dass die Vollmacht nicht nach §§ 171, 172 BGB als wirksam zu behandeln ist. Denn bei Vertragsschluss lag ... weder das Original noch eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vor; auf den Zeitpunkt der Darlehensvalutierung kommt es insoweit nicht an (st.Rspr.; vgl. nur BGHZ 161, 15, 29; 171, 1, 5 Tz. 13; Senatsurteil vom 27. September 2005 – XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 503). ...

[14] Im Übrigen lag ... zu keinem Zeitpunkt eine Ausfertigung der notariellen Vollmacht, sondern ab dem 24. Februar 1999 lediglich **eine beglaubigte Ablichtung** vor. Diese **kann einen Rechtsscheintatbestand nicht begründen**. Objektive Rechtsscheinsgrundlage ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats die Vorlage der Vollmacht im Original oder bei einer notariell beurkundeten Vollmacht in Ausfertigung (§ 47 BeurkG); die Vorlage einer bloßen Abschrift oder Kopie reicht nicht aus (vgl. nur Senatsurteil vom 17. Oktober 2006 – XI ZR 185/05, WM 2007, 110, 112 Tz. 25 m.w.Nachw.).“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 105 und unten S. 121.

5. Rückabwicklung nichtiger Darlehensverträge

(1) BGH, 27.2.2007 – XI ZR 56/06, ZIP 2007, 718

1. ...

2. Ein Kreditinstitut, das den Erwerb einer Eigentumswohnung finanziert hat, kann vom Erwerber und Darlehensnehmer, der die Rückabwicklung des nach dem Rechtsberatungsgesetz unwirksamen Darlehensvertrages begehrt, nicht die Übereignung der Eigentumswohnung verlangen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[20] Entgegen der Auffassung der Revision unterlagen die Ansprüche der Kläger aus § 812 BGB auf Rückzahlung der rechtsgrundlos geleisteten Zins- und Tilgungsbeträge ursprünglich der vierjährigen Verjährungsfrist nach § 197 BGB a.F., weil sie auf Rückstände von regelmäßig wiederkehrenden Leistungen gerichtet sind (...).

[23] Danach ist die **Verjährung der Rückzahlungsansprüche** hinsichtlich der von 1995 bis 1997 geleisteten Raten jeweils am 31. Dezember der Jahre 1999, 2000 sowie 2001 eingetreten.

[24] Die Bereicherungsansprüche aus dem Jahr 1998 waren gemäß §§ 197, 201 BGB a.F. bei Inkrafttreten der neuen Verjährungsvorschriften des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 noch nicht verjährt. Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB trat an die Stelle der bisherigen Vierjahresfrist die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB n.F., die jedoch erst vom 1. Januar 2002 an zu berechnen ist und damit nicht vor dem 31. Dezember 2004 abgelaufen wäre. Da die Verjährungsfrist alten Rechts am 31. Dezember 2002, also vorher endete, trat gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 2 EGBGB in diesem Zeitpunkt die Verjährung ein. Die erst im Jahr 2003 erhobene Klage konnte nicht mehr die Hemmung der Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. bewirken.

[25] Rechtsfehlerhaft ist allerdings die Berechnung der nicht verjäherten Forderung durch das Berufungsgericht. Von dem Anspruch der Kläger aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der in den Jahren 1999 bis 2002 erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von 37.300,68 € (= 72.953,79 DM) sind nicht die in diesem Zeitraum erzielten Einnahmen der Kläger aus der Vermietung der Wohnung abzuziehen.

[26] Sowohl eine automatische Verrechnung in Anwendung der Saldotheorie (krit. dazu BGH, Urteil vom 2. Oktober 1986 – III ZR 163/85, WM 1986, 1519, 1520) als auch eine Aufrechnung gemäß §§ 387 ff. BGB setzen voraus, dass die Beklagte von den Klägern die Herausgabe der Mieteinnahmen verlangen kann. Dies ist hier aber nicht der Fall. Angesichts der Nichtigkeit der Darlehensverträge kommt nur ein bereicherungsrechtlicher Anspruch in Betracht. Die **Erträge aus der Vermietung der Eigentumswohnung** haben die Kläger aber von der von den Wohnungseigentümern gegründeten Mietpool GbR und damit **weder durch Leistung noch in sonstiger Weise auf Kosten der beklagten Bank erlangt**.

[27] Sie sind auch nicht als Nutzungen der Darlehensvaluta gemäß § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben, unabhängig davon, ob sie überhaupt als solche qualifiziert werden können (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1982 – III ZR 61/81, WM 1982, 1429, 1431; Staudinger/Lorenz, BGB Neubearb. 1999 § 818 Rdn. 15). Denn der Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen aus § 818 Abs. 1 BGB ergänzt und erweitert nur den Hauptanspruch aus § 812 BGB auf Herausgabe des rechtsgrundlos Erlangten (BGH aaO; MünchKommBGB/Lieb, 4. Aufl. § 818 Rdn. 6; Staudinger/Lorenz aaO Rdn. 10). Die Kläger haben die **Darlehensvaluta aber nicht erlangt**. Diese ist aufgrund einer den Klägern mangels Vertretungsmacht nicht zuzurechnenden Anweisung der Geschäftsbesorgerin nicht an die Kläger, sondern an andere Beteiligte ausgezahlt worden. Nur diese Zuwendungsempfänger kann die Beklagte auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen (vgl. Senatsurteile vom 23. März 2004 – XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1226, vom 11. Januar 2005 – XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 329, vom 15. März 2005 – XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 833 und vom 27. September 2005 – XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 503, jeweils m.w.Nachw.).

[28] Die Mieteinnahmen stehen der Beklagten auch nicht als Nutzungen der Eigentumswohnung gemäß § 818 Abs. 1 BGB zu, weil die Beklagte – wie unter 4. b) bb) dargelegt wird – keinen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der Wohnung gegen die Kläger hat.

[29] Die Revision beanstandet außerdem zu Recht, dass das Berufungsgericht die Beklagte nur Zug um Zug gegen Übereignung der Eigentumswohnung und nicht uneingeschränkt zur Zahlung verurteilt hat. ...

[33] **Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Übereignung der Wohnung gemäß § 812 BGB ist ... nicht gegeben.**

[34] Das Eigentum an der Wohnung ist den Klägern von der Verkäuferin in Erfüllung des Kaufvertrages vom 24. November 1993 übertragen worden, während die Beklagte mit den von ihr gewährten Darlehen nur den Kaufpreis finanziert hat. Damit haben die Kläger das Eigentum an der Wohnung durch Leistung der Verkäuferin erlangt, so dass ein Anspruch der Beklagten weder aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB – mangels einer Leistung der Beklagten an die Kläger – noch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB – wegen der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion – in Betracht kommt. ...

[36] ... Der vom Berufungsgericht bejahte Anspruch der Bank gegen den Anleger auf Herausgabe der Eigentumswohnung bestünde deshalb selbst dann nicht, wenn neben dem Darlehensvertrag auch der Kaufvertrag unwirksam wäre.

[37] Die Beklagte kann die Eigentumswohnung schließlich nicht nach § 818 Abs. 1 BGB als Nutzung oder Surrogat der Darlehensvaluta herausverlangen. Denn die Kläger haben diese Valuta, wie bereits dargelegt, nie erlangt und deshalb nicht an die Beklagte herauszugeben. § 818 Abs. 1 BGB erfasst nur Surrogate, die an die Stelle des ursprünglich Erlangten getreten sind, sowie die Nutzungen aus dem Herausgebenden (MünchKommBGB/Lieb, 4. Aufl. § 818 Rdn. 6; Staudinger/Lorenz, BGB Neubearb. 1999 § 818 Rdn. 10, 17; Wendehorst, in: Bamberger/Roth, BGB § 818 Rdn. 8, 10).“

(2) BGH, 4.12.2007 – XI ZR 227/06, NJW 2008, 845 = ZIP 2008, 304 = WM 2008, 244 (für BGHZ vorgesehen)

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[36] Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Darlehensgeber selbst bei Nichtigkeit des Kauf- und des Darlehensvertrages auf bereicherungsrechtlicher Grundlage **keinen Anspruch auf Übertragung der finanzierten Eigentumswohnung** gegen den Darlehensnehmer, weil dieser das Eigentum vom Verkäufer erhalten hat, nicht vom Darlehensgeber, und die Eigentumswohnung auch nicht als Nutzung oder Surrogat der Darlehensvaluta im Sinne von § 818 BGB anzusehen ist (Senatsurteil vom 27. Februar 2007 – XI ZR 56/06, WM 2007, 731, 733, Tz. 32-37, m.w.Nachw.). Die Regelungen des verbundenen Geschäfts ändern nichts daran, dass zwei Verträge vorliegen, die nach Wirksamkeit und Rechtsfolgen grundsätzlich getrennt zu beurteilen sind.

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 55 und 68.

(3) BGH, 22.4.2008 – XI ZR 272/06, WM 2008, 1211

„[9] Nach der Rechtsprechung des Senats besteht bei einem nichtigen Darlehensvertrag ein Bereicherungsanspruch des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer nur dann, wenn dieser oder ein Dritter die Darlehensvaluta aufgrund einer ihm zuzurechnenden Verfügung erlangt hat. Andernfalls muss die kreditgebende Bank die ausgezahlte **Darlehensvaluta im Wege der Nichtleistungskondiktion** (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) **beim jeweiligen Zahlungsempfänger**, also beim Verkäufer der Wohnung, beim Finanzierungsvermittler oder anderen Beteiligten **kondizieren** (vgl. Senatsurteile BGHZ 147, 145, 150 f.; 171, 1, 5 f. Tz. 15 und vom 20. April 2004 – XI ZR 171/03, WM 2004, 1230, 1233).

[10] Nach diesen Grundsätzen steht der Klägerin ein Bereicherungsanspruch gegen die Beklagten nicht zu. Die Darlehenssumme ist angesichts der fehlenden Vertretungsmacht der B.-B. GmbH nicht an die Beklagten geflossen, sondern an andere Beteiligte ausgezahlt worden, so dass die Klägerin auch nur diese Zuwendungsempfänger auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen kann. ...

[11] Die von der Klägerin auf das Erwerbersonderkonto ausgezahlte Darlehensvaluta ist den Beklagten nicht zugeflossen, weil dieses Konto mangels wirksamer Vollmacht der B.-B. GmbH für die Beklagten nicht wirksam eingerichtet worden ist und diese das Geld niemals erhalten haben.“

Hinweis: Siehe zu diesem Urteil auch oben S. 105 und 119.

(4) BGH, 17.6.2008 – XI ZR 112/07, BGHZ 177, 108 = ZIP 2008, 1317 = WM 2008, 1356

Ein Kreditinstitut, das aufgrund eines wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG unwirksamen Darlehensvertrages die Immobilienfondsbeteiligung eines Kapitalanlegers finanziert und die Darlehensvaluta unmittelbar an den als GbR betriebenen Fonds ausgezahlt hat, kann den Kapitalanleger für die Bereicherungsschuld der GbR gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB nicht in entsprechender Anwendung des § 128 HGB persönlich in Anspruch nehmen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[16] Es bestehen bereits Zweifel, ob die Kläger als Anlagegesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds entsprechend § 128 HGB für eine Nichtleistungskondition gegen die GbR, die mangels einer den Klägern zuzurechnenden Zahlungsanweisung allein in Betracht kommt, überhaupt haften. ...

[18] Der Beklagten ist es jedenfalls mit Rücksicht auf den Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes nach § 242 BGB verwehrt, die Kläger für die Bereicherungsschuld der GbR gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB in entsprechender Anwendung des § 128 HGB persönlich in Anspruch zu nehmen (vgl. KG ZIP 2006, 1814, 1817; OLG Celle ZIP 2006, 2163, 2165 f.; Barnert EWiR 2007, 53, 54; s. auch OLG Stuttgart ZIP 2006, 2364, 2369).

[19] Der **Bereicherungsanspruch** der Beklagten **gegen die GbR auf Herausgabe der Darlehensvaluta** gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB resultiert daraus, dass die der Treuhänderin erteilte Vollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG unwirksam ist und dies die **Unwirksamkeit** des namens der Kläger geschlossenen Darlehensvertrages und **der Auszahlungsanweisung** zur Folge hat. Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes ist es, Bürger vor der unsachgemäßen Erledigung ihrer rechtlichen Angelegenheiten zu schützen und fachlich ungeeignete oder unzuverlässige Personen im Interesse einer reibungslosen Abwicklung des Rechtsverkehrs von der geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten fern zu halten (BVerfG NJW 2002, 1190). Dieser Schutzintention liefe es zuwider, dem Rechtsbesorger – trotz Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Treuhandvertrages, der Vollmacht und der namens seines Auftraggebers getätigten Rechtsgeschäfte – außerhalb der §§ 171 ff. BGB und der Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht die Möglichkeit zu belassen, seine gesetzlich missbilligte Tätigkeit zu Ende zu führen und die Haftung seines durch das Rechtsberatungsgesetz geschützten Auftraggebers zu begründen (vgl. BGHZ 154, 283, 286 m.w.Nachw.).

[20] Das Verbot des Rechtsberatungsgesetzes betrifft zwar nur das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem und soll den Rechtsuchenden vor sachunkundigen Rechtsberatern schützen, aber nicht generell den Abschluss von Verträgen verhindern. Deswegen steht die Nichtigkeit der Vollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG der Anwendung der Vorschriften über den Schutz gutgläubiger Dritter in ihrem Vertrauen auf den gesetzten Rechtsschein einer Vollmacht nicht entgegen (Senat, Urteil vom 25. März 2003 – XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065 f.). Sind aber die Voraussetzungen dieser Vertrauensschutzvorschriften – wie hier – in Bezug auf das konkrete Vertretergeschäft nicht erfüllt, ist der Intention des Rechtsberatungsgesetzes durch Schutz des Vertretenen vor der Durchführung der unerlaubten Tätigkeit und ihrer Konsequenzen uneingeschränkt Rechnung zu tragen. Aus diesem Grund kann der Auftraggeber für eine durch ein verbotswidriges Vertreterhandeln des Treuhänders begründete bereicherungsrechtliche Gesellschaftsschuld nicht als Gesellschafter persönlich in Anspruch genommen werden mit der Folge, dass er im Wesentlichen wie bei Wirksamkeit des Darlehensvertrages haften würde (vgl. KG ZIP 2006, 1814, 1817; OLG Celle ZIP 2006, 2163, 2165 f.; Barnert EWiR 2007, 53, 54; vgl. auch OLG Stuttgart ZIP 2006, 2364, 2369) und das verbotswidrige Verhalten des Treuhänders im wirtschaftlichen Ergebnis weitgehend folgen- und sanktionslos bliebe. Dies ist mit dem Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes unvereinbar. **Die Folgen der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages und der Auszahlungsanweisung** sowie das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft sind vielmehr von der Beklagten zu tragen und **können nicht über eine Haftung analog § 128 HGB auf die Kläger verlagert werden.**

[21] Demgegenüber versucht die Revision ohne Erfolg, die Haftung der Kläger aus den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft herzuleiten.

[22] Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft sind zwar anwendbar, wenn ein Gesellschafter bei seinem Beitritt durch einen Treuhänder vertreten wird, dessen Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (BGHZ 153, 214, 221 f.; Senat, Urteil vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1064 Tz. 33). Dies kann auch grundsätzlich die Haftung des fehlerhaft Beigetretene entsprechend § 128 HGB nach sich ziehen (Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB 33. Aufl. § 105 Rdn. 87). Damit ist aber noch nicht entschieden, ob der Beigetretene für eine bestimmte, gegen ihn geltend gemachte Gesellschaftsverbindlichkeit haftet. Er kann gegen seine Inanspruchnahme vielmehr wie jeder Gesellschafter in seiner Person begründete Einwendungen erheben (Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB 33. Aufl. § 129 Rdn. 6; MünchKomm/Ulmer, BGB 4. Aufl. § 714 Rdn. 49; MünchKomm/K. Schmidt, HGB 2. Aufl. § 129 Rdn. 2; Staub/Habersack, HGB 4. Aufl. § 128 Rdn. 17, § 129 Rdn. 2 und 17 ff.).

[23] Dazu gehört auch die Berufung auf § 242 BGB ...“

(5) BGH, 27.6.2008 – V ZR 83/07, ZIP 2008, 1911

1. Die finanzierende Bank kann die Kaufpreisschuld des Käufers nur erfüllen, wenn sie unter Abgabe einer eigenen Tilgungsbestimmung als Dritter gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB oder als Hilfsperson des Käufers unter Übermittlung von dessen – wirksamer – Tilgungsbestimmung gemäß § 362 Abs. 1 BGB an den Verkäufer zahlt.

2. Eine wirksame Tilgungsbestimmung des Käufers fehlt in der Regel, wenn der Darlehensvertrag nichtig ist.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[11] Die Beklagten [= Anleger] sind bei dem Abschluss des Kaufvertrags zwar durch den Geschäftsbesorger vertreten worden. Dessen Vollmacht hält das Berufungsgericht nach Art. 1 § 1 RBerG für unwirksam. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (...).

[12] Das führt aber nicht zur Unwirksamkeit des Kaufvertrags, weil die Beklagten nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB wirksam vertreten worden waren. Diese Vorschriften sind, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, auch bei einer Nichtigkeit der Vollmacht aufgrund eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz anwendbar (...) ...

[25] Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht ... an, dass die Zahlung der Klägerin [= Bank] an den Verkäufer im Kaufverhältnis Erfüllungswirkung habe und diese bis zur Rückforderung der Zahlung durch die Klägerin andauere.

[26] Dem kann schon im Ansatz nicht gefolgt werden. Die **Erfüllung** kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht vorläufig eintreten. Sie führt nämlich nach § 362 Abs. 1 BGB zum Erlöschen der Forderung. Dies ist ein Vorgang, der weder gestreckt noch rückgängig gemacht werden kann. ...

[27] ... [E]ine Erfüllung [kommt] nur in Betracht, wenn sich die Zahlung der Klägerin rechtlich als Zahlung der Beklagten als Käufer darstellt. Daran fehlt es hier.

[28] Die Zahlung eines Dritten kommt dem Schuldner nur zugute, wenn sie seine Verbindlichkeit erfüllen soll und mit einer entsprechenden **Tilgungsbestimmung** versehen ist (MünchKomm-BGB/Krüger, 5. Aufl., § 267 Rdn. 11). Dazu kommen bei einer Zahlung im hier vorliegenden sog. **Dreiecksverhältnis** zwei Möglichkeiten in Betracht: Entweder erfolgt die Zahlung unter Abgabe einer eigenen Tilgungsbestimmung als Dritter gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB, oder sie erfolgt als Hilfsperson des Schuldners unter Übermittlung von dessen Tilgungsbestimmung gemäß § 362 Abs. 1 BGB (Stresemann, Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei zu Unrecht vom Haftpflichtversicherer erbrachten Leistungen, S. 6). Weder der eine noch der andere Fall liegt hier vor.

[29] Eine eigene Zahlung der Klägerin als Dritter nach § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt nach den insoweit zutreffenden und auch nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. ...

[30] Auch eine Erfüllung der Kaufpreisforderung als Hilfsperson der Beklagten scheidet aus.

[31] Diese Form der Erfüllung der Kaufpreisforderung setzt voraus, dass die Beklagten die Zahlung der Klägerin wirksam als Tilgung der Kaufpreisforderung bestimmt haben und die Klägerin ihre Zahlung als Leistung der Beklagten erbrachte. Fehlt es an dieser Tilgungsbestimmung, weil die **Anweisung unwirksam war**, kann die Zahlung der Klägerin an den Verkäufer den Beklagten als Käufern nicht als eigene (rechtsgrundbe-

wehrte) Zahlung auf die bestehende Kaufpreisschuld zugerechnet werden. Sie bleibt eine **Zahlung** auf eine Nichtschuld, die **ggf. im Verhältnis der Klägerin zu dem Verkäufer nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln** wäre (vgl. dazu: BGHZ 111, 382, 386; 147, 145, 149; 147, 269, 274; 152, 307, 311; Urt. v. 3. Februar 2004, XI ZR 125/03, NJW 2004, 1315, 1316; Urt. v. 10. Februar 2005, VII ZR 184/04, NJW 2005, 1356, 1357). Etwas anderes könnte nur angenommen werden, wenn das Deckungsverhältnis (hier der Darlehensvertrag) trotz fehlender Anweisung als solches intakt geblieben ist (dazu: BGHZ 105, 365, 369 f.; 122, 46, 50; BGH, Urt. v. 19. Januar 2005, VIII ZR 173/03, NJW 2005, 1369 f.). Denn dann bliebe die Tilgungsbestimmung von dem Mangel der Anweisung unberührt. Weder die eine noch die andere Fallgestaltung liegt hier vor.

[32] Grundlage der Zahlung war der Darlehensvertrag zwischen den Parteien. Dieser ist, was zwischen den Parteien rechtskräftig festgestellt ist, nichtig. Damit lässt sich aus dem Darlehensvertrag und seiner Abwicklung keine wirksame Tilgungsbestimmung der Beklagten ableiten, unter deren Übermittlung an den Verkäufer die Klägerin als Hilfsperson der Beklagten auf den Kaufvertrag hätte zahlen können. Eine wirksame Tilgungsbestimmung der Beklagten lässt sich auch nicht aus der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs in dem – wirksam gebliebenen – Kaufvertrag ableiten. Das hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Diese Prüfung kann der Senat nachholen, weil der Sachverhalt insoweit unstreitig ist und zusätzliche Erkenntnisse nicht zu erwarten sind. Die Abtretungsklausel enthält zwar die „unwiderrufliche“ Anweisung der Beklagten an die Klägerin, die Darlehensvaluta in Höhe des Kaufpreises an den Verkäufer auszuführen. Daraus lässt sich auch eine Tilgungsbestimmung der Beklagten ableiten. Die Anweisung ist aber ebenso wie die in ihr enthaltene Tilgungsbestimmung nach dem Wortlaut der Klausel die Folge der zuvor erklärten Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs. Dies spricht unter Berücksichtigung der Erfordernisse einer beiderseits interessengerechten Auslegung (Senat, BGHZ 143, 175, 178; Urt. v. 9. Mai 2003, V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, 1054) dafür, dass die Anweisung zur Auszahlung an den Verkäufer und die darin enthaltene Tilgungsbestimmung nur für den Fall der Wirksamkeit der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs gelten sollten (so für eine identische Klausel unter bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten: BGH, Urt. v. 20. April 2004, XI ZR 171/03, ZfIR 2004, 518, 522). Für den Verkäufer erkennbar konnten und wollten sich die Beklagten ihm gegenüber nur dazu verpflichten, die Klägerin aufgrund eines wirksamen Darlehensverhältnisses zu Zahlungen anzuweisen und entsprechenden Tilgungsbestimmungen zu übermitteln. Etwas anderes wäre ihnen rechtlich auch gar nicht möglich gewesen. Ohne den Darlehensvertrag konnten die Beklagten die Zahlung der Klägerin nicht zur eigenen Zahlung auf den Kaufvertrag bestimmen.“

(6) BGH, 23.9.2008 – XI ZR 262/07, ZIP 2008, 2164

1. Ist der Beginn der Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 1 BGB in Fällen unsicherer und zweifelhafter Rechtslage ausnahmsweise wegen der Rechtsunkenntnis des Gläubigers hinausgeschoben, beginnt die Verjährung mit der objektiven Klärung der Rechtslage. Auf die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von dieser Klärung kommt es nicht an.
2. Macht der Gläubiger eines Bereicherungsanspruchs geltend, der als Rechtsgrund seiner Leistung in Betracht kommende Vertrag sei unwirksam, weil er bei dessen Abschluss nicht wirksam vertreten worden sei, hat er die tatsächlichen Voraussetzungen des Fehlens der Vertretungsmacht, ggf. auch des Fehlens einer Rechtsscheinvollmacht gemäß §§ 171 f. BGB darzulegen und zu beweisen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[15] Der Verjährungsbeginn setzt gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ebenso wie gemäß § 852 Abs. 1 BGB a.F. grundsätzlich nur die **Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen** voraus. Hingegen ist es in der Regel nicht erforderlich, dass der Anspruchsberechtigte aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (BGHZ 170, 260, 271 Tz. 28; Senat, Urteil vom 3. Juni 2008 – XI ZR 319/06, WM 2008, 1346, 1349 Tz. 27). **Rechtsunkenntnis kann aber im Einzelfall** bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage **den Verjährungsbeginn hinausschieben** (BGHZ 138, 247, 252; 150, 172, 186; 160, 216, 231 f.; ...). In diesem Fall fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 – IX ZR 30/98, WM 1999, 974, 975).

- [18] ... [D]ie subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB [waren] bis zum 31. Dezember 2002 nicht erfüllt.
- [19] Der Verjährungsbeginn hing allerdings ... nicht von der Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis der Kläger [= Anleger] von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur **Unwirksamkeit von Treuhändervollmachten** der vorliegenden Art ab. Vor dieser Rechtsprechung, d.h. auch im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung, war die Rechtslage zwar unsicher und zweifelhaft, so dass die Rechtsunkenntnis der Kläger den Verjährungsbeginn hinausschob. Die Rechtslage wurde aber durch die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 28. September 2000 (BGHZ 145, 265), vom 18. September 2001 (XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2114) und vom 11. Oktober 2001 (III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2261) geklärt. Nach dieser Rechtsprechung sind Geschäftsbesorgungsverträge und Treuhändervollmachten der vorliegenden Art wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam, und zwar auch im Zusammenhang mit kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligungen. **Nach der Veröffentlichung** dieser Entscheidungen **in der NJW** als der auflagenstärksten juristischen Fachzeitschrift in den Heften vom 4. Januar 2001, 17. Dezember 2001 und 2. Januar 2002 **stand die zuvor unklare Rechtslage dem Verjährungsbeginn nicht mehr entgegen**. ...
- [20] Die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB waren ... vor dem 1. Januar 2003 aus einem anderen Grund nicht erfüllt.
- [21] Zu den tatsächlichen Umständen, die einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB begründen, gehören auch die Tatsachen, aus denen das Fehlen eines Rechtsgrundes der Leistung, d.h. die Unwirksamkeit des Vertrages, zu dessen Erfüllung geleistet wurde, folgt. Der Gläubiger eines Bereicherungsanspruchs trägt die volle Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Mangels des rechtlichen Grundes (BGHZ 128, 167, 171; 154, 5, 9; BGH, Urteil vom 6. Oktober 1994 – III ZR 165/93, WM 1995, 20, 21, vom 27. September 2002 – V ZR 98/01, WM 2003, 640, 641 und vom 14. Juli 2003 – II ZR 335/00, WM 2004, 225, 226; Senat, Urteil vom 6. Dezember 1994 – XI ZR 19/94, WM 1995, 189, 190). Während der eine vertragliche Leistung fordernde Gläubiger die Wirksamkeit des Vertrages darzulegen und zu beweisen hat, muss der eine erbrachte Leistung zurückfordernde **Bereicherungsgläubiger** dessen Unwirksamkeit vortragen und unter Beweis stellen (BGH, Urteil vom 18. Juli 2003 – V ZR 431/02, WM 2004, 195, 196; Beschluss vom 10. Oktober 2007 – IV ZR 95/07, NJW-RR 2008, 273 Tz. 3). Macht der Bereicherungsgläubiger, wie im vorliegenden Fall, geltend, der als Rechtsgrund in Betracht kommende Vertrag sei unwirksam, weil er bei dessen Abschluss nicht wirksam vertreten worden sei, hat er die **tatsächlichen Voraussetzungen des Fehlens der Vertretungsmacht darzulegen und zu beweisen**. Dazu gehört, wie der Senat bereits entschieden hat (Urteil vom 6. Dezember 1994 – XI ZR 19/94, WM 1995, 189, 190), bei einem In-Sich-Geschäft gemäß § 181 BGB das Fehlen einer Zustimmung des Vertretenen. Ebenso sind bei einer Leistungskondition die Umstände, die die Unwirksamkeit einer Vollmacht begründen, und das **Fehlen der Voraussetzungen einer Rechtsscheinvollmacht gemäß §§ 171 f. BGB** anspruchsbegründende Tatsachen, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung nicht etwa rechtshindernde Einwendungen, deren Kenntnis für den Verjährungsbeginn nicht erforderlich wäre (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 22. Juni 1993 – VI ZR 190/92, NJW 1993, 2614). Soweit der Senat in seinem Urteil vom 20. April 2004 (XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228) eine andere Auffassung vertreten hat, wird daran nicht festgehalten.
- [22] Von diesen anspruchsbegründenden Tatsachen haben die Kläger vor dem 1. Januar 2003 keine Kenntnis erlangt; ihre Unkenntnis beruht auch nicht auf grober Fahrlässigkeit.
- [23] ... [D]em Vortrag der für den Verjährungsbeginn darlegungsbelasteten Beklagten [= Bank] ist ... nicht zu entnehmen, dass die Kläger wussten, dass die Treuhänderin keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß. ...
- [24] ... [D]ie Kläger [hatten] vor dem 1. Januar 2003 keine Kenntnis davon, dass der Beklagten bei Abschluss des Darlehensvertrages am 25. August 1995 nicht, wie für eine Rechtsscheinvollmacht gemäß § 171 f. BGB erforderlich, eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vom 20. Juli 1995 vorgelegen hat. ...
- [33] Die von den Klägern aufgrund der Fondsbeteiligung erlangten **Steuervorteile mindern** entgegen der Auffassung der Beklagten **den Rückzahlungsanspruch nicht**. Anders als die Rückabwicklung eines nach § 1 HWiG widerrufenen Darlehensvertrages, der mit einem finanzierten Fondsanteilswerb ein verbundenes

Geschäft bildet (vgl. hierzu Senat BGHZ 172, 147, 153 ff. Tz. 23 ff.), bei der der Darlehensnehmer die Rückzahlung seiner auf den Darlehensvertrag erbrachten Leistungen Zug-um-Zug gegen Abtretung des Fondsanteils verlangen kann, führt die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages wegen des Verstoßes der Treuhändervollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht zu einer Rückabwicklung der kreditfinanzierten Fondsbeteiligung. Da die Kläger, zumindest nach den Grundsätzen über den fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft (vgl. BGHZ 153, 214, 221 f.), Gesellschafter der Fonds-GbR sind und bei Erfüllung ihres Rückzahlungsanspruchs gegen die Beklagte bleiben, sind ihnen die aus dieser Kapitalanlage resultierenden Vorteile, d.h. Fondsausschüttungen und Steuervorteile, zu belassen.“

(7) BGH, 23.9.2008 – XI ZR 253/07, ZIP 2008, 2255 = WM 2008, 2158 = NJW-RR 2009, 544

1. Zur Frage, ob die Zustellung eines Mahnbescheides mit der Anspruchsbezeichnung "Schadenersatz wegen Beratungsverschuldens" die Verjährung eines Bereicherungsanspruchs gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB hemmt.

2. Macht der Gläubiger eines Bereicherungsanspruchs geltend, der als Rechtsgrund seiner Leistung in Betracht kommende Vertrag sei unwirksam, weil er bei dessen Abschluss nicht wirksam vertreten worden sei, hat er die tatsächlichen Voraussetzungen des Fehlens der Vertretungsmacht, ggf. auch des Fehlens einer Rechtsscheinvollmacht gemäß §§ 171 ff. BGB darzulegen und zu beweisen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„[18] Durch die Zustellung eines Mahnbescheides wird gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB nur die Verjährung des in dem **Mahnbescheid** geltend gemachten Anspruchs gehemmt. Dieser muss gemäß § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO im Mahnbescheid hinreichend individualisiert werden. ...

[19] Die Hemmung erfasst auch subsidiäre Ansprüche und Folgeansprüche, wenn sie dem gleichen Endziel dienen und nicht wesensmäßig verschiedene Ansprüche sind. ...

[21] Der Angabe "Schadenersatz wegen Beratungsverschulden Immobilienfonds ... vom 21.10.1994" ist lediglich zu entnehmen, dass die Forderung auf eine fehlerhafte Beratung im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag vom 21. Oktober 1994 gestützt werden soll. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin auch Bereicherungsansprüche wegen unwirksamer Bevollmächtigung der Treuhänderin geltend machen will, ergeben sich daraus nicht.

[22] Der **Schadenersatz-** und der **Bereicherungsanspruch** sind entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts **wesensmäßig und verjährungsrechtlich verschieden**. Sie unterscheiden sich hinsichtlich des relevanten Sachverhalts, der Anspruchsvoraussetzungen und der Rechtsfolgen. Während der Schadenersatzanspruch aus den Umständen der Darlehensvermittlung und des Vertragsschlusses hergeleitet wird, eine schuldhaft, schadensverursachende Verletzung von Sorgfaltspflichten voraussetzt und auf Ersatz sämtlicher Schäden gemäß §§ 249 ff. BGB gerichtet ist, knüpft der Bereicherungsanspruch an die unwirksame Bevollmächtigung der Treuhänderin und das Fehlen von Rechtsscheintatbeständen gemäß §§ 171 f. BGB an, setzt einen Verstoß der Vollmacht gegen Art. 1 § 1 RBERG voraus und führt zur Rückgewähr der wechselseitig erbrachten Vertragsleistungen. ...

[26] ... [D]er Einwand der Revisionserwiderung, der Anspruchsbezeichnung als "Schadenersatz wegen Beratungsverschulden" könne keine einschränkende Wirkung zukommen, weil im Mahnantrag überhaupt kein Rechtsgrund angegeben werden müsse, greift nicht durch. Nach § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO ist die Angabe eines Rechtsgrundes zwar nicht erforderlich (vgl. BGHZ 112, 367, 370 und BGH, Urteil vom 28. Oktober 1993 – IX ZR 21/93, NJW 1994, 323, 324). Die Angabe eines falschen Rechtsgrundes ist aber nur dann unschädlich, wenn sie der notwendigen Individualisierung für den Schuldner nicht entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2008 – VIII ZR 46/07, NJW 2008, 1220, 1221 Tz. 18; Musielak/Voit, ZPO 5. Aufl. § 690 Rdn. 6; Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl. § 690 Rdn. 14). Im vorliegenden Fall beeinträchtigte die rechtliche Einordnung die Verteidigungsinteressen der Beklagten, weil diese nach der Anspruchsbezeichnung nur mit einer Inanspruchnahme wegen etwaiger Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag rechnen und auch nur diesbezüglich die Erfolgsaussichten ihrer Verteidigung prüfen musste.“

Hinweis: Die Begründung zum Leitsatz 2 in Rdn. 29 ff. der Entscheidungsgründe ähnelt den Ausführungen des Urteils XI ZR 262/07 vom selben Tag, das vorstehend in Auszügen wiedergegeben ist.