

### Kurzprofil

Der Autor ist Rechtsanwalt in Berlin und seit Jahren auf dem Gebiet des Großen Kapitalmarktes für seine Mandanten tätig. Zu den Schwerpunktkompetenzen gehören die Vertretung geschädigter Anleger von geschlossenen Immobilienfonds, atypisch stillen Beteiligungen oder „Schritt-Immobilien“ sowie die Vertretung von Handelsvertretern in Haftungsprozessen.

### Zur Person



**Christian-H. Röhlke**  
Rechtsanwalt

### Kontaktdaten

Rechtsanwalt  
Christian-H. Röhlke  
Kastanienallee 1  
10435 Berlin  
Telefon: +49 30 71520677  
Telefax: +49 89 45709020  
E-Mail: [anwalt@kanzlei-roehlke.de](mailto:anwalt@kanzlei-roehlke.de)  
Web: [www.kanzlei-roehlke.de](http://www.kanzlei-roehlke.de)

## Bankenhaftung bei finanzierten Immobilien- und anderen Fonds 2.0 Was vom Aufbruch übrig blieb

In den letzten vier Jahren hatte der Bundesgerichtshof in einer Vielzahl von Verfahren die Kapitalanlagen sünden der 1990er Jahre aufzuarbeiten. In der Regel ging es um Fälle von Durchschnittsverdienern, die sich über Immobilienfondskonstruktionen oder im Wege der Direktinvestition auf dem Immobilienmarkt engagiert hatten. Stets waren die Anlagemodelle darlehensfinanziert, was zur Erlangung steuerlicher Vergünstigungen nötig war und einen wesentlichen Teil der vermeintlichen Attraktivität der Modelle ausmachte. Pathologisch wurden diese Kapitalanlagen im Krisenfall, wenn der Immobilienfonds oder der Mietgarant insolvent wurde oder die Ausschüttungen verringerte. Während dessen beharrte die Bank weiter auf Zahlung. Während die Verkäufer und Vermittler ebenfalls meist zahlungsunfähig waren, suchten die Anleger ihr Heil in Klagen gegen die Bank – Schadensersatz oder Rückabwicklung wurden begehrt aufgrund verbraucherschützender Sondergesetze, Formfehlern, Gesetzesverstößen oder Verletzungen von Aufklärungspflichtverletzungen. Die nachfolgenden Ausführungen sollen die aktuelle Rechtsprechung verdeutlichen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Immobilienfonds.

### I. Rückblick

Im Jahre 2004 sahen die Chancen, sich von dem wirtschaftlich nachteiligen Geschäft auf Kosten der Bank zu lösen, nicht schlecht aus. Leider hat sich bis Anfang 2008 die Rechtslage verändert, in einigen Bereichen sogar stark zu

Ungunsten der Anleger verschlechtert. Grund hierfür ist die „Rückkehr“ der Zuständigkeit für derartige Rechtsstreitigkeiten vom nur kurzfristig zuständigen Gesellschaftsrechts-Senat des Bundesgerichtshofes (BGH), des II. Zivilsenates, zum eigentlich für das Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenat, der wesentlich bankenfreundlicher urteilt und die anlegerfreundliche Rechtsprechung des II. Zivilsenates in vielen Bereichen wieder eingeschränkt hat. Die wesentlichen Auswirkungen dieser Rechtsprechung sollen hier zusammenfassend dargestellt werden.

### II. Voraussetzung für verbundene Geschäfte

Für eine Rückabwicklung derartiger Geschäfte auf Kosten der Bank ist stets das Vorliegen eines Verbundgeschäftes i.S.d. § 9 Verbraucherkreditgesetz (VKG), jetzt § 358 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), Voraussetzung. Nach der aktuellen Gesetzesfassung muss hierfür das Darlehen der Finanzierung des Kaufvertrages ganz oder teilweise dienen und beide Geschäfte müssen eine wirtschaftliche Einheit bilden. Diese liegt vor, wenn sich die Bank bei der Vorbereitung des Darlehensvertrages der Mitarbeit des Fondsiniciators bedient. Nach Ansicht des BGH wird eine solche wirtschaftliche Einheit unwiderleglich vermutet, wenn der Kreditvertrag nicht aus eigener Initiative des Anlegers zustande kommt, sondern deshalb, weil der Anlagevermittler zugleich mit den Anlageunterlagen einen Kreditantrag der Bank vorgelegt hat, die sich zuvor dem Anlagevertreiber gegenüber zur



Finanzierung bereit erklärt hat (BGH XI ZR 193/04 vom 25.04.2006).

Klar, dass die Banken nun argumentieren, ausschließlich bei Vorliegen dieser Voraussetzungen lägen Verbundgeschäfte vor. Und eine generelle Finanzierungszusage habe man nicht gegeben, sondern nur auf die persönliche Bonität des Anlegers abgestellt. Wie soll der Anleger, der hier in der Beweispflicht steht, das Gegenteil auch beweisen? Die Vertriebsabsprachen wird er üblicherweise nicht kennen. Hier hilft der BGH mit Urteil vom 19.06.2007 (XI ZR 142/05). Danach kann sich auch aus Indizien ergeben, dass die Bank faktisch planmäßig und arbeitsteilig mit dem Verkäufer oder dem Vermittler zusammengearbeitet hat. Solche Indizien sind z.B. das Überlassen der hauseigenen Vertragsformulare.

An zwei Stellen, die 2004 noch unklar waren, scheidet aber nach aktueller Rechtsprechung die Annahme eines Verbundgeschäftes. Zum einen muss nach dem soeben genannten Urteil die zusammenwirkende Tätigkeit des Vermittlers oder Vertreibers der Bank bekannt sein, so dass die Bank die Tätigkeit des Vermittlers kennen und billigen konnte. Dies dürfte Bedeutung erlangen in Fällen, in denen die Vermittler eigenständig Darlehen über Internetbanken beantragt haben.

Zum anderen scheidet die Annahme eines Verbundgeschäftes in Fällen, in denen die Darlehensvergabe an die Bestellung eines Grundpfandrechtes

geknüpft war, also in eigentlich allen richtigen „Schrottimmobiliien“-Fällen – hier wird die Bank zur Besicherung des Darlehens immer eine Grundschuld bestellen lassen. Hier greift eine sogenannte Bereichsausnahme ein, die ihren Ursprung letztlich in der etwas romantischen Vorstellung hat, der beurkundende Notar eines richtigen Immobiliengeschäftes würde für die nötige Aufklärung des Anlegers sorgen. Aber auch in Fällen, in denen der Erwerber eines Immobilienfonds-Anteils ein Darlehen bekommt, welches durch eine vom Initiator zu Gunsten der Bank des Anlegers gewährte Grundschuld besichert ist, greift diese so genannte Bereichsausnahme ein (BGH XI ZR 29/05 vom 25.04.2006).

### III. Ansprüche des Anlegers im Verbund

Unverändert bleibt es auch im Jahre 2008 dabei: Das Vorliegen eines Verbundgeschäftes allein macht das Geschäft noch nicht rückabwicklungsfähig, es ist lediglich die Grundvoraussetzung hierfür. Hinzukommen müssen Umstände, die entweder den Darlehensvertrag oder den Fondsbeitrag angreifbar machen. Hier ist aber streng bezüglich der Rechtsfolgen zu unterscheiden.

Bereits nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats (II ZR 200/03 vom 31.01.2005) kann zum Beispiel ein Anleger zwar möglicherweise bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen den Beitritt zum Fonds nach dem Haustürwiderrufsgesetz (HWG) widerrufen. Wenn aber der Darlehensvertrag nicht auch widerrufen werden kann, führt dies nur dazu, dass der Anleger der Bank gegenüber die Rückzahlung des Darlehens soweit verweigern kann, wie der Fondsanteil nach dem Widerruf werthaltig ist. Dies ist der sogenannte Einwendungsdurchgriff, der aber entgegen der Hoffnung vieler Anleger nicht zu einem sog. Rückforderungsdurchgriff wird und der auch gilt, soweit der Anleger nur geltend machen kann, über die Fondsbeteiligung getäuscht worden zu sein (BGH XI ZR 106/05 vom 25.04.2006). Im Falle des Maximalschadens durch Insolvenz der Fondsgesellschaft hilft dieser Einwendungsdurchgriff gar nichts: Durch die Insolvenz ist der Fonds nichts wert, die Bank behält den vollen Anspruch

auf das Darlehen. Einziger Lichtblick: Die Bank muss beweisen, dass der Fondsanteil nichts wert ist (BGH II ZR 387/02 vom 21.07.2003).

Anders ist es, wenn der Anleger den Darlehensvertrag angreifen kann, sei es durch einen Widerruf nach HWG, sei es infolge arglistiger Täuschung oder wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz (RBG). Bevor diese Fallgruppen dargestellt werden, sei kurz die Rechtsfolge erläutert: Wenn der Anleger das Darlehen widerruft oder anfechten kann oder das Darlehen aus sonstigen Gründen unwirksam ist, ist im Falle eines Verbundgeschäftes die Bank verpflichtet, dem Anleger die von diesem geleisteten Zahlungen zurück zu erstatten, kann aber ihrerseits nicht die Rückzahlung des Darlehens verlangen. Stattdessen muss sie sich an den Immobilienfonds wenden, wozu ihr am zweckmäßigsten der Immobilienfondsanteil übertragen wird (BGH XI ZR 193/06 vom 25.04.2006). Der Anleger muss sich aber die erlangten Ausschüttungen sowie die unverfallbaren Steuervorteile auch bei Vorliegen eines Haustürwiderrufs anrechnen lassen (BGH XI ZR 340/05 vom 24.05.2007). Die entgegenstehende Rechtsprechung des II. Zivilsenats ist aufgehoben.

### IV. Fallgruppen

Im Wesentlichen sind es immer die gleichen Fallgruppen, die die Rechtsprechung beschäftigen und die hier kurz in ihrer aktuellen Behandlung dargestellt werden sollen.

#### 1. Haustürwiderrufsfälle

Nach wie vor die wohl wichtigste Fallgruppe ist der Widerruf des Darlehens nach dem HWG, der auch nach Ablauf von vielen Jahren noch möglich ist (BGH II ZR 375/02 vom 15.11.2004). Er kann nicht verwirkt werden (BGH II ZR 327/04 vom 12.12.2005) oder als unzulässige Rechtsausübung angesehen werden (BGH II ZR 352/02 vom 18.10.2004). Voraussetzung ist, dass der Anleger durch die mit einer Haustürsituation (Vertragsverhandlungen in der Privatwohnung oder auf der Arbeit) verbundene Überrumpelung zur Abgabe der Unterschrift auf dem Darlehensvertrag gebracht wurde und dass die Bank den Anleger nicht ordnungsgemäß auf sein Widerrufsrecht

hingewiesen hat, so dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen begann. An diesen zwei Voraussetzungen ließen die Gerichte allerdings in letzter Zeit viele Anlegeklagen scheitern.

So soll es nach der vom BGH (XI ZR 114/05 vom 09.05.2006) bestätigten Auffassung des Berliner Kammergerichtes (4 U 58/04 vom 05.04.2005) und anderer Gerichte nicht mehr ausreichen, die Ursächlichkeit der Haustürsituation für die Vertragserklärung zu bejahen, wenn zwischen der Unterschrift auf dem Darlehensantrag, der üblicherweise gemeinsam mit dem Zeichnungsschein zum Fonds ausgefüllt wird, und der Unterschrift auf dem Darlehensvertrag mehrere Wochen vergehen. Denn dann sei der Anleger nicht mehr überrascht. Hierbei handelt es sich um eine nur eingeschränkt überprüfbare Tatsachenfrage, die von mehreren Oberlandesgerichten unterschiedlich beurteilt wurde. Abstände zwischen einer Woche bis zu drei Monaten zwischen den Unterschriften wurden so mal als nicht schädlich, mal als schädlich beurteilt.

Die andere Frage ist die der Wirksamkeit der Widerrufsbelehrung. Der II. Zivilsenat des BGH hatte zwei Zusätze in der Widerrufsbelehrung als falsch und damit die gesamte Belehrung als unwirksam angesehen: zum einen den Hinweis, dass im Falle eines Verbundgeschäftes der Widerruf des Darlehens auch Auswirkungen auf das finanzierte Geschäft hat. Zum anderen den Hinweis, dass bei einem Widerruf das Darlehen binnen 14 Tagen zurückgezahlt werden muss, ansonsten sei der Widerruf unwirksam. Die erste Belehrung hält der XI. Zivilsenat unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des II. Zivilsenates nunmehr für unschädlich, eine entsprechende Belehrung für wirksam, so dass die Widerrufsfrist in Lauf gesetzt wurde (BGH XI ZR 191/06 vom 25.04.2007). Die andere Belehrung jedoch ist unwirksam, da die 14-Tagesfrist viele Anleger vom Widerruf abschrecken könnte (BGH XI ZR 347/05 vom 21.11.2006).

Eine Absage erteilte der BGH auch Überlegungen, in Fällen unterbliebener oder falscher Widerrufsbelehrungen könne der Anleger einen

Schadensersatzanspruch gegen die Bank richten. Zwar sei die Pflicht zur Belehrung der Anleger eine echte Rechtspflicht, so dass deren Verletzung grundsätzlich Schadensersatzpflichten auslösen könne – nur sei die Verletzung der Pflicht regelmäßig nicht ursächlich für den eingetretenen Schaden. Denn der nicht belehrte Anleger wäre bei ordnungsgemäßer Belehrung nicht innerhalb der Widerrufsfrist zurück getreten, da er die komplexen Vertragsstrukturen in der Widerrufsfrist nicht durchschaut hätte (BGH XI ZR 204/04 vom 19.09.2006).

***Haustür-Fälle sind damit wesentlich schwieriger geworden als 2004.***

## **2. Formfehler**

Der II. Zivilsenat des BGH hatte Verstöße der Banken gegen die Formvorschriften des VKG noch zum Anlaß genommen, die Verträge zu Lasten der Bank insgesamt rückabzuwickeln (BGH II ZR 407/02 vom 14.06.2004). Hauptfehler waren die unterlassene Angabe aller auf das Darlehen zu erbringenden Zahlungen. Viele Banken hatten entweder keine oder nur die Zahlungen für die erste Zinsbindungsperiode ausgerechnet. Dieser Formfehler macht das Darlehen nichtig, wird aber durch Auszahlung geheilt. Dann sind aber nur noch 4 % Zinsen p. A. zu zahlen, als kleine Strafe für die Bank. Der II. Zivilsenat hatte hier argumentiert, eine Auszahlung mit Heilungswirkung könne in Verbundfällen nicht angenommen werden. Diese Rechtsprechung hob der XI. Zivilsenat auf. Demnach ist auch hier eine Auszahlung mit Heilungswirkung anzunehmen (BGH XI ZR 106/05 vom 25.04.2006). Dann ist allerdings der Zinssatz auf 4 % reduziert – aber nur, wenn die Gesamtbetragsangabe tatsächlich fehlt. Ist sie nur falsch berechnet, ist dies unschädlich.

***Die Formfehler bewirken somit im Bestfall eine Zinsreduzierung.***

## **3. Treuhandfälle/Verstöße gegen das Rechtsberatungsgesetz**

Extensiv hat sich der XI. Zivilsenat mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß einer in das Fonds-Geschäft eingebundenen Treuhandfirma gegen das RBG sich zu Gunsten des Anlegers auswirkt. Die Leitlinie ist, dass der Geschäftsbesorgungsauftrag zwischen Treuhandfir-

ma und Anleger bei zu weitreichenden rechtlichen Kompetenzen des Treuhänders gegen das RBG verstoßen kann. Dieser Verstoß macht zwar den Treuhandauftrag nichtig, nicht jedoch die vermittelten Kreditverträge (BGH XI ZR 255/03 vom 26.10.2004). Allerdings ist auch die Vollmacht des Treuhänders nichtig, so dass die ohne Vollmacht abgeschlossenen Darlehensverträge vom Anleger genehmigt werden müssen. Zu Gunsten der Bank kann jedoch eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht eingreifen und den Darlehensvertrag wirksam machen, wenn der Bank die Vollmacht im Original oder in Ausfertigung vorlag (BGH XI ZR 88/04 vom 21.06.2005) oder aber eine Durchschrift der auf einem Durchschreibesatz erteilten Vollmacht – meist also des Zeichnungsscheines (BGH XI ZR 219/04 vom 25.04.2006).

***Damit dürften die meisten Vollmachtsfälle aussichtslos sein oder aber in schwierigen Beweisaufnahmen enden.***

## **4. Schadensersatzansprüche gegen Initiatoren, Vertrieb und andere Dritte**

Der II. Zivilsenat des BGH hatte es den Anlegern noch leicht gemacht: In der Entscheidung II ZR 395/01 vom 14.04.2004 wurde entschieden, dass Schadensersatzansprüche aus Falschberatung oder fehlerhafter Prospektierung durch Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, Betreiber und sonstige Dritte auch der Bank entgegeng gehalten werden können mit der Folge einer vollständigen Schadlosstellung des Anlegers. Dies hat der XI. Zivilsenat eingeschränkt und ausdrücklich verneint in der Entscheidung BGH XI ZR 106/05 vom 25.04.2006. Stattdessen stellt der BGH nunmehr maßgeblich auf die falschen Angaben des Vermittlers ab. Hat dieser den Anleger arglistig, also vorsätzlich, zum Erwerb der Kapitalanlage bewogen, soll der Anleger auch den Darlehensvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten können oder aber Ansprüche auf Schadensersatz wegen sogenannte Verschuldens bei Vertragsschluss geltend machen.

Günstig ist die Erweiterung des Personenkreises, für den die Bank einzustehen hat. Problematisch für den Anleger ist hier aber, dass der Vorsatz des Vermittlers kaum nachweisbar ist

nd sich auch im Gesetz kein Anhaltspunkt für die Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf vorsätzliche Handlungen findet. Nach dem Gesetz ist Fahrlässigkeit ausreichend.

### Neue Fallgruppe: Institutionalisiertes Zusammenwirken

Vielleicht als Kompensation dieser tagwürdigen Beschränkung der Ansprüche des Anlegers auf Vorsatz hat der XI. Zivilsenat eine neue Fallgruppe ins Leben gerufen: das so genannte „Institutionalisierte Zusammenwirken“ zwischen Fondsverantwortlichen, Vertriebs- und Bank. Das Wortungetüm soll zunächst IZ genannt und kurz dargestellt werden. Das IZ liegt vor, wenn zwischen diesen Beteiligten konkrete Vertriebsvereinbarungen oder Rahmenabsprachen getroffen wurden, Vermittler Büroräume oder Formulare der Bank verwenden, oder Verkäufer oder Vermittler mehrfach für das gleiche Objekt Finanzierungen der gleichen Bank vermittelt haben (BGH XI ZR 6/04 vom 16.05.2006). Das IZ gilt sowohl bei reinen „Schrottimmobiliën“-Fällen als auch bei Immobilienfonds, ist also vom Vorliegen eines Verbundgeschäfts vollkommen unabhängig.

Legt ein solches IZ vor, haftet die Bank dem Anleger auf Schadensersatz in Form vollständiger Schadlosstellung durch Rückabwicklung des Darlehensvertrages und Übernahme des Schadensanteils, wenn die Bank einen Wissensvorsprung über eine arglistige Täuschung des Anlagenbetreibers und des Initiators vor dem Anleger hat und die nicht hierüber aufgeklärt hat. Damit wird die Kenntnis der Bank von einem solchen arglistigen Verhalten (für die Bank widerleglich) vermutet, wenn die Täuschung objektiv nahe liegend ist, so dass sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung geradezu aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der Täuschung verschlossen (BGH XI ZR 6/05 vom 24.04.2007).

Wieweit diese Gummi-Formel mit Leben zu füllen ist, bleibt abzuwarten. Für den Anleger stellen sich hier viele Schwierigkeiten. So muss das Gericht in der IZ überzeugt werden, eine arglistige (Vorsatz!) Täuschung des Initiators nachgewiesen werden, die der arglistig ist, dass die Bank sie hätte erkennen müssen. Zudem kann

die Bank sich entlasten mit der Behauptung, sie habe keinerlei Kenntnis gehabt.

Die Schwierigkeiten werden deutlich an den Entscheidungen des BGH XI ZR 382-385/07 vom 04.12.2007. Dort wurden vier Revisionen zurückgewiesen, weil es den Klägern nicht gelang, die arglistige Handlung des Vermittlers und die Offensichtlichkeit dieser Täuschung dem Gericht nahe zu bringen. Das IZ hilft voraussichtlich nur in vollkommen durchermittelten Fällen, in denen die Beweislage gegen die Bank erdrückend ist.

### V. Verjährung – subjektive Elemente grundsätzlich erforderlich – aber wann lagen Sie vor?

Während die Möglichkeit, einen Widerruf nach dem HWG zu erklären, nicht verjähren oder verwirkt sein kann, unterliegen einwendungsfähige oder direkt der Bank entgegenzuhaltende Schadensersatzansprüche der Verjährung, das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung ist ebenfalls binnen einem Jahres ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis vom Anfechtungsgrund geltend zu machen.

Bis zur Entscheidung XI ZR 44/06 vom 23.01.2007 war umstritten, ab wann die nunmehr dreijährige Verjährungsfrist bei Fällen von vor 2002 zu laufen begann; bei Eintritt der Kenntnis (oder grob fahrlässigen Unkenntnis) von den anspruchsbegründenden Umständen, wie es seit dem 01.01.2002 der Gesetzeslage entspricht – oder kenntnisunabhängig am 01.01.2002 mit der Folge der Verjährung von Altansprüchen am 31.12.2004. Der BGH zog die erste Variante, kenntnisabhängig, vor, so dass es für die Begründung der Schadensersatzansprüche nunmehr auf die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis der Anleger von den Täuschungen der Vermittler oder Initiatoren ankommen dürfte. Wann diese jeweils vorliegt, dürfte den Streit in den nächsten Jahren bestimmen – etwa beim erstmaligen Ausbleiben oder Verringern der Ausschüttungen? Oder bei Erhalt des Emissionsprospektes, der ganz erheblich von den Anpreisungen der Vermittler abweicht? Ein Vorteil für den Anleger ist hier sicher, dass die Bank den Eintritt der Verjährung

beweisen müsste, und damit auch die Kenntnis von den schadensersatzbegründenden Umständen.

*Klar ist: Lässt sich ein Schadensersatzanspruch auf mehrere Beratungsfehler stützen, beginnt die kenntnisabhängige Verjährungsfrist für jeden Beratungsfehler gesondert zu laufen (BGH V ZR 25/07 vom 9. November 2007).*

### VI. Ausblick

Auch wenn es im Prinzip zu begrüßen ist, dass die Rechtsprechung des BGH vereinheitlicht wurde und insgesamt das Augenmerk weniger auf formalen Argumenten liegt, sondern mehr auf schadensersatzrechtlichen Fragestellungen und damit auf dem Maß des Verschuldens der Anbieter und Vermittler, bleibt ein für die Anleger unbefriedigendes Gefühl zurück.

Deren Karten jedenfalls sind in 2008 schlechter als in 2004. Viele Fonds sind schon seit langem insolvent, so dass einiges für eine Verjährung der Schadensersatzansprüche spricht. Formale Argumente helfen wenig, viele Banken haben freiwillig den Darlehenszins bereits seit 2004 auf 4 % herabgesetzt. Ob noch ein Haustürwiderruf möglich ist, ist Tatsachenfrage. Welche Absprachen zwischen Initiator und Bank liefen, weiß der Anleger meist nicht, so dass Schadensersatzansprüche schwer zu begründen sind.

Für Anleger bleibt es bei einer Zitterpartie: viele offene Beweisfragen, die das Gericht dann nach dem Ergebnis einer Beweisaufnahme frei würdigen kann und die schlecht zu prognostizieren sind. Einfache, holzschnittartige Lösungen gibt es nicht.

