Verbraucherschutz im Kreditgeschäft
Compliance in der Kreditwirtschaft

Bankrechtstag 2008

BrV 29

Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung

herausgegeben von

Walther Hadding, Mainz
Klaus J. Hopt, Hamburg
Herbert Schimansky, Marxzell

Band 29

De Gruyter Recht · Berlin

Verbraucherschutz im Kreditgeschäft
Compliance in der Kreditwirtschaft

Bankrechtstag 2008

W DE G RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-528-7

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© Copyright 2009 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Druck und buchbinderische Verarbeitung: AZ Druck und Datentechnik, Kempten
Umschlaggestaltung: Angela Dobrick, Hamburg

Vorwort

Zwei hochaktuelle kreditwirtschaftliche Themen hatte die Bankrechtliche Vereinigung – Wissenschaftliche Gesellschaft für Bankrecht e.V. dem Bankrechtstag 2008 in Mainz gewidmet: „Verbraucherschutz im Kreditgeschäft“ und „Compliance in der Kreditwirtschaft“.

Das von Frau *U. Heinen*, Parlamentarische Staatssekretärin beim BMELV, dankenswerterweise überbrachte Grußwort machte eindrucksvoll deutlich, welch hohen Stellenwert die Rechtspolitik dem Verbraucherschutz bei Kreditgeschäften beimisst. Als wesentliche neue Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, die im Rahmen des Bankrechtstages diskutiert werden konnten, seien insbesondere genannt: die Grundlagenurteile des BGH zu finanzierten Immobiliengeschäften, die seit 2006 die Rechtsprechung prägen, die zu diesem Zeitpunkt im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Gesetzesvorhaben zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Bankbereich, z. B. bei Immobilienkrediten (Risikobegrenzungsgesetz) und beim Datenschutz, sowie die fortdauernde Diskussion über die Rolle von Kreditinstituten bei Verbraucherinsolvenzen. Die Vorträge hielten *B. Mayen*, *T. Hoeren* und *C. W. Hergenröder*.

Dem Thema Compliance im Kreditgeschäft verliehen die in jüngster Zeit aufgedeckten Korruptionsaffären einiger Großunternehmen eine besondere Aktualität und Brisanz. Dementsprechend ging es bei diesem Thema vor allem darum, die Funktionen, Aufgaben und Grenzen der Compliance sowie ihre Auswirkungen auf das Unternehmen und die Organe und Mitarbeiter näher zu beleuchten. Diesem Problemkreis waren die Vorträge von *C. E. Hauschka*, *M. Casper* und *W. Gößmann* gewidmet.

In ausführlichen Berichten über den Bankrechtstag 2008 sind die Referate sowie die Stellungnahmen der Vortragenden und der Teilnehmer in den Diskussionen wiedergegeben worden. Hingewiesen sei deshalb auf die umfänglichen Berichte von *M. Webler*, WM 2008, 1435-1442 und *M. Lenenbach*, ZBB 2008, 267-276.

Die Druckvorbereitung dieses Bandes haben dankenswerterweise Herr *Christoph Kumpan* und Frau *Ingeborg Stahl* und die Anfertigung des Stichwortverzeichnisses Herr *Lukas Mezger*, alle Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, vorgenommen.

Allen, die zum Gelingen des Bankrechtstages 2008 beigetragen haben, insbesondere Frau *Stefanie Barth* vom Sekretariat der BrV, sei besonders gedankt.

Mainz, Hamburg, Marxell *Hadding, Hopt, Schimansky*
im Februar 2009

Inhaltsverzeichnis

Ursula Heinen,
Parlamentarische Staatssekretärin beim Bundesministerium
für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Berlin
Aktuelle und verbraucherpolitische Perspektiven im Bankbereich..... 1

1. Abteilung:
Verbraucherschutz im Kreditgeschäft
Moderation: Dr. *Rainer Metz*
Unterabteilungsleiter beim Bundesministerium für Ernährung,
Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Berlin

Barbara Mayen
Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Finanzierte Immobiliengeschäfte in der aktuellen
höchstrichterlichen Rechtsprechung..... 11

Professor Dr. *Curt Wolfgang Hergenröder*
Universität Mainz
Die Verbraucherinsolvenz im Spannungsfeld von gesellschaftlicher
Realität und Restschuldbefreiungstourismus 39

2. Abteilung:
Compliance in der Kreditwirtschaft
Moderation: Dr. *Michael Berghaus*
Leiter Recht und Compliance, WestLB AG, Düsseldorf

Dr. *Christoph E. Hauschka*
PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Compliance im Gesellschaftsrecht und die aktuellen Entwicklungen
in der Diskussion..... 103

Professor Dr. *Matthias Casper*,
Universität Münster, Schriftleiter ZBB
Rechtliche Grundlagen und aktuelle Entwicklungen
des Compliance am Beispiel des Kapitalmarktrechts 139

Dr. *Wolfgang Gößmann*
Leiter Unternehmensbereich Recht und Group Compliance,
HSH Nordbank AG, Hamburg
Die Stellung von Compliance im Aufsichtsrecht
und im Bankrecht unter besonderer Berücksichtigung
der persönlichen Verantwortung des Vorstandes 179

Tagungsbericht 229

Stichwortverzeichnis 241

Aktuelle und verbraucherpolitische Perspektiven im Bankbereich

Ursula Heinen, Parlamentarische Staatssekretärin beim Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Berlin

I. Einleitung 1
II. Schutz der Verbraucher bei der Veräußerung von Immobilienkrediten 2
III. Datenschutzrechtliche Anforderungen an Scoringverfahren 4
IV. Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie und der Zahlungsdiensterichtlinie 5
V. Schluss 7

Es gilt das gesprochene Wort!

Sehr geehrter Herr Professor Mülbert,
sehr geehrte Damen und Herren!

I. Einleitung

Der Bankrechtstag 2008 beschäftigt sich in seiner 1. Abteilung mit dem „Verbraucherschutz im Kreditgeschäft“. Finanzierte Immobiliengeschäfte waren in jüngster Vergangenheit des öfteren Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung. Ich freue mich, dass das Thema Verbraucherschutz auch im Finanzdienstleistungsbereich zunehmend in den Fokus rückt.

In meinem Grußwort möchte ich auf drei verbraucherpolitische Aspekte eingehen, die den Bankenbereich aktuell betreffen. Es sind dies:

- der Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher bei der Veräußerung von Immobilienkrediten,
- die datenschutzrechtlichen Anforderungen an Scoringverfahren und
- die anstehende Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie sowie der Zahlungsdiensterichtlinie.

II. Schutz der Verbraucher bei der Veräußerung von Immobilienkrediten

Vor einigen Monaten schreckten Meldungen die Öffentlichkeit auf, dass Banken Immobilienkredite an Finanzinvestoren verkauft haben, die sogleich die Zwangsvollstreckung in die Grundstücke betrieben haben.

Die Darlehensnehmer sind in höchstem Maße verunsichert: Muss jetzt jeder damit rechnen, einen neuen Vertragspartner vorgesetzt zu bekommen? Wird nun rücksichtslos in die Grundstücke vollstreckt?

In der weit überwiegenden Mehrzahl sind zwar sog. notleidende Kredite betroffen, bei denen der Darlehensnehmer die fälligen Raten nicht mehr ordnungsgemäß bedient. Zur Wertsteigerung der verkauften Kreditpakete werden aber auch ordnungsgemäß bediente Kredite mitverkauft.

Für den Verbraucher macht es einen bedeutenden Unterschied, wer sein Vertragspartner ist: Die Hausbank ist in der Regel an einer langfristigen Geschäftsbeziehung mit dem Darlehensnehmer interessiert und deshalb eher bereit, auf seine finanzielle Situation Rücksicht zu nehmen. Für den Finanzinvestor spielt die Qualität der Geschäftsbeziehung mit dem Darlehensnehmer hingegen keine Rolle. Er möchte sein investiertes Geld möglichst bald mit Rendite wiedersehen.

Diese Entwicklung konnte die Politik nicht tatenlos hinnehmen. Die Koalitionsfraktionen im Bundestag wollen deshalb in Zusammenarbeit mit dem Finanz-, Justiz- und Verbraucherschutzministerium Regelungen zum Schutz des Darlehensnehmers in das Risikobegrenzungsgesetz integrieren, das noch vor der Sommerpause verabschiedet werden soll.

Ich möchte kurz die wichtigsten Punkte aufzählen:

- Bereits vor Vertragsschluss muss die Bank den Verbraucher darüber aufklären, ob und welche Möglichkeiten bestehen, die Darlehensforderung an einen anderen abzutreten oder auf Seiten des Darlehensgebers den Vertragspartner auszutauschen.
- In Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann dem Verbraucher grundsätzlich kein neuer Vertragspartner mehr aufgedrängt werden. Zumindest muss ihm in diesem Fall ein Kündigungsrecht zugebilligt werden.
- Die Bank muss den Verbraucher über eine Abtretung der Darlehensforderung oder einen Vertragspartnerwechsel unverzüglich unterrichten. Dies gilt allerdings nicht, wenn nach Abtretung der Forderung die Bank weiterhin Ansprechpartner des Verbrauchers bleibt.
- Auch der Kündigungsschutz des Verbrauchers wird ausgebaut: Es soll ein Mindestbetrag eingeführt werden, mit dem der Verbraucher im Rückstand sein muss, ehe ihm gekündigt werden kann. Es wird noch diskutiert, ob der Mindestbetrag ein Viertel der Jahresleistung oder 2,5 Prozent des Nennbetrags und gleichzeitig zwei aufeinanderfolgende Teilzahlungen betragen soll.
- Schließlich werden verbraucherfreundliche Regelungen zur Sicherungsgrundschuld geschaffen. Die Einreden aus dem Sicherungsvertrag zwischen dem Verbraucher und der Bank, etwa die Erfüllung der Darlehensforderung, können uneingeschränkt auch dem neuen Gläubiger entgegengehalten werden. Dies gilt auch dann, wenn sich der Erwerber darauf beruft, gutgläubig gewesen zu sein.
- Unberechtigte Vollstreckungen in das Grundstück werden mit einem verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch sanktioniert.

Mit diesen neuen Regelungen haben wir nicht nur den Schutz der Kreditnehmer verbessert, sondern auch die Grundlage dafür geschaffen, dass das Vertrauen zwischen Bank und Kunde voll wiederhergestellt wird.

Einige Banken haben bereits im Vorgriff auf die gesetzlichen Vorgaben reagiert und bieten inzwischen bereits freiwillig Kredite an, die nicht veräußerlich sind.

III. Datenschutzrechtliche Anforderungen an Scoringverfahren

Ein zweites aktuelles Thema im Bankenbereich, das ich ansprechen möchte, sind die datenschutzrechtlichen Anforderungen an Scoringverfahren.

Der Gesetzentwurf des Innenministeriums zur Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes befindet sich noch in der Ressortabstimmung, ist aber bereits den Ländern und Verbänden zur Stellungnahme übersandt worden.

Scoringverfahren zur Bewertung der Bonität haben einen erheblichen Einfluss auf die finanzielle Zukunft der Verbraucherinnen und Verbraucher. Auf ihrer Grundlage entscheidet sich zunehmend, ob der Verbraucher einen Kredit bekommt und zu welchen Konditionen er ihn bekommt. Leider sind die Scoringverfahren für die Verbraucher sehr intransparent, was angesichts ihrer großen Bedeutung nicht länger hinnehmbar ist.

Die Novelle zum Bundesdatenschutzgesetz setzt an zwei Punkten an:

1. Es wird geregelt, welche Daten in Scoringverfahren zur Bonitätsprüfung einfließen dürfen.

Die genutzten Daten müssen unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Prognose erheblich sein.

Zusätzliche Voraussetzung ist, dass nur solche Daten im Scoringverfahren verwendet werden dürfen, die auch einzeln von der Auskunftei übermittelt bzw. bei der Entscheidung verwendet werden dürften.

Das schließt eine Verwendung von sog. besonderen Arten personenbezogener Daten, wie z.B. die rassische oder ethnische Herkunft und die Gesundheit, regelmäßig aus.

Die Verwendung sog. georeferenzierter Daten zur Beurteilung der Bonität von Personen halte ich wegen der stigmatisierenden Wirkung für fragwürdig. Es kann ganz unterschiedliche Gründe geben, weshalb man in einer bestimmten Gegend wohnt. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass der Betroffene vor der Berechnung des Scorewerts auf die Verwendung der Anschriftsdaten besonders hingewiesen werden muss.

2. Die Transparenz der Scoringverfahren und der auf sie gestützten Entscheidungen wird erhöht.

Sowohl die Auskunftei als auch der potenzielle Vertragspartner des Verbrauchers sind verpflichtet, ihm auf Anfrage das Ergebnis des Scoring-

verfahrens, den sog. Scorewert, und die Grundzüge der Berechnung mitzuteilen.

Gerade im Bankenbereich halte ich diesen doppelten Auskunftsanspruch gegenüber der Auskunftei und dem Vertragspartner für unumgänglich: Die Bank bezieht einen Scorewert von einer Auskunftei, z.B. der SCHUFA, reichert diesen mit weiteren eigenen und fremden Daten an, und führt abermals ein Scoringverfahren durch.

Die verbesserte Transparenz macht Entscheidungsprozesse nachvollziehbar. Fehler in der Entscheidungsgrundlage können so aufgedeckt und korrigiert werden.

Außerdem erhöhen die geplanten Regelungen die Rechtssicherheit. Sie dienen daher nicht nur den Verbrauchern, sondern auch der Wirtschaft.

IV. Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie und der Zahlungsdiensterichtlinie

Damit bin ich bei meinem dritten und letzten Thema angekommen: Die bevorstehende Umsetzung der EU-Verbraucherkreditrichtlinie und der Zahlungsdiensterichtlinie in nationales Recht.

Das Justizministerium hat vor wenigen Wochen die Ressortabstimmung eingeleitet und möchte das Gesetzgebungsverfahren mit der 2. und 3. Lesung im Bundestag vor der Sommerpause 2009 abgeschlossen haben.

Der Gesetzentwurf sieht hauptsächlich Änderungen im BGB und im Einführungsgesetz zum BGB vor. Die öffentlich-rechtlichen Regelungen zur Zahlungsdiensterichtlinie, insbesondere zur Zulassung von Zahlungsdienste-anbietern und zur Aufsicht, sollen Gegenstand eines weiteren Gesetzes sein, für das das Finanzministerium federführend ist.

Der Regelungsinhalt ist durch die beiden Richtlinien schon weitgehend vorgegeben. An einzelnen Stellen besteht jedoch noch Umsetzungsspielraum. Das Verbraucherschutzministerium wird sich hier für eine möglichst verbraucherfreundliche Gestaltung einsetzen.

Aus meiner Sicht sind die folgenden Punkte erwähnenswert:

Bei Verbraucherkrediten gibt es eine verbreitete Praxis, Lockvogelangebote mit niedrigen Zinssätzen zu verwenden, die in der Realität keinem oder kaum einem Kreditnehmer gewährt werden.

Die Verbraucherkreditrichtlinie sieht hingegen vor, dass ein *repräsentatives* Beispiel gegeben wird.

In Großbritannien bestehen Rechtsvorschriften, die Consumer Credit Advertisements Regulations, die vorschreiben, dass der beworbene effektive Jahreszins auf zwei Drittel aller zu erwartenden Vertragsabschlüsse zutreffen muss. Eine solche Regelung kann ich mir auch gut für Deutschland vorstellen. Was den liberalen Briten Recht ist, sollte uns doch billig sein!

Verbraucherkredite werden häufig im Paket mit einer Restschuldversicherung abgeschlossen. Die Kosten der Restschuldversicherung stehen oft in keinem angemessenen Verhältnis zum gebotenen Versicherungsschutz.

Es sollte gesetzlich unmissverständlich klargestellt werden, dass diese Kosten in die Berechnung der Gesamtkosten des Kredits und somit des effektiven Jahreszinses einbezogen werden müssen. Dies darf nicht nur dann gelten, wenn ohne Abschluss der Restschuldversicherung der Kredit überhaupt nicht gewährt wird, sondern auch dann, wenn dies zu anderen Bedingungen, insbesondere einem höheren Zinssatz führt.

Auch zur Vorfälligkeitsentschädigung bei der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits wird es voraussichtlich Diskussionen geben.

Die Verbraucherkreditrichtlinie kommt dem Verbraucher zwar dadurch entgegen, dass die bislang geltende Drei-Monats-Frist für eine Kündigung durch den Kreditnehmer wegfällt. Gleichzeitig hat die Richtlinie aber eine Pflicht zur Vorfälligkeitsentschädigung geschaffen, die nach geltendem deutschem Recht bei Krediten ohne grundpfandrechtliche Sicherung nicht bestand.

Um eine unangemessene Benachteiligung der Verbraucher zu vermeiden, sollten wir uns bei der Richtlinienumsetzung an der untersten Grenze des europarechtlich Zulässigen bewegen.

Der Gesetzgeber sollte von der Option Gebrauch machen, wonach eine Vorfälligkeitsentschädigung nicht fällig ist, wenn der vorzeitig zurückgezahlte Betrag unter dem Schwellenwert von 10.000 € liegt.

Der Gesetzentwurf regelt außerdem Zahlungsdienste wie Überweisungen, Lastschriften und Kartenzahlungen.

Die Haftung beim Missbrauch von Bank- und Kreditkarten wird erstmals gesetzlich geregelt. Dies ist vor dem Hintergrund zunehmender Missbrauchsfälle und erfindungsreicher Manipulationen auch dringend nötig.

Hier ist es Aufgabe des Gesetzgebers, eine angemessene Risikoverteilung zwischen Kartenaussteller und Karteninhaber vorzunehmen.

Besonderes Fingerspitzengefühl ist erforderlich, wenn es darum geht, inwieweit die vom Kartenaussteller vorgegebenen Nutzungsbedingungen zu einer Haftung des Karteninhabers führen.

Aus verbraucherpolitischer Sicht wäre es nicht hinnehmbar, wenn der Kartenaussteller durch besonders einfallsreiche und kaum erfüllbare Nutzungsbedingungen jegliches Haftungsrisiko auf den Karteninhaber abwälzen könnte.

V. Schluss

Meine Damen und Herren,

ich hoffe auf Ihre Zustimmung und Unterstützung zu den geschilderten verbraucherpolitischen Anliegen bei Finanzdienstleistungen.

Ich bin davon überzeugt, dass mit transparenten Marktbedingungen und fairen Angeboten auf längere Sicht beiden Seiten gedient ist: den Verbrauchern *und* der Wirtschaft.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit und wünsche dem Bankrechtstag 2008 viele interessante Vorträge und fruchtbare Diskussionen!

1. Abteilung
Verbraucherschutz im Kreditgeschäft

Moderation: Dr. *Rainer Metz*
Unterabteilungsleiter beim Bundesministerium für
Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Berlin

Finanzierte Immobiliengeschäfte in der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung

Barbara Mayen
Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

I. Einführung 12

II. Ausgangslage 12
1. Fallkonstellation 12
2. Art der geltend gemachten Einwendungen 13
3. Situation der Rechtsprechung bis Frühjahr 2006 14
a) Nationalrechtlicher Hintergrund 14
b) Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 25. Oktober 2005 16

III. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit April 2006 17
1. Einführung 17
2. Geklärte Rechtsfragen zu Einwendungen aus dem RBerG und §§ 4, 6 VerbrKrG 18
a) Einwendungen aus dem RBerG 18
b) Einwendungen aus §§ 4, 6 VerbrKrG 19
c) Ergebnis 19
3. Rückabwicklung bei verbundenen Geschäften in Fällen eines Widerrufs des Darlehensvertrags nach dem HWiG und bei arglistiger Täuschung des Anlegers 19
a) Einführung 19
b) Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG 20
c) Rückabwicklungsmöglichkeiten bei verbundenen Geschäften 22
d) Ergebnis: Rechte des Anlegers bei verbundenen Geschäften 28
4. Rückabwicklung in Fällen, in denen kein verbundenes Geschäft vorliegt, insbesondere also beim Realkreditvertrag im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG 28
5. Mögliche Schadensersatzansprüche der Anleger, die zu einer Risikoverlagerung auf das Kreditinstitut führen können 30
a) Einführung 30
b) Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung 31
c) Beweiserleichterungen bei institutionalisiertem Zusammenwirken 32

IV. Zusammenfassung – Gesamtkonzept der Rechtsprechung 37

I. Einführung

Gescheiterte Immobilienfinanzierungen beschäftigen die Justiz seit einigen Jahren in einem außerordentlichen Umfang. Dabei geht es sowohl um den finanzierten Erwerb von Immobilien als auch um finanzierte Beitritte zu Immobilienfondsgesellschaften. Ausgangspunkt der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu diesem Themenkomplex sind zwei Urteilsserien vom 25. April 2006[1] und 16. Mai 2006,[2] auf deren Grundlage der Bundesgerichtshof seitdem judiziert. Wie im folgenden Beitrag näher erläutert werden soll, stellen sich diese Urteile als ein *Gesamtkonzept* dar, mit dem für die Fälle des finanzierten Erwerbs von Gründstücken und Fondsanteilen so weit wie möglich miteinander harmonisierte Lösungen für die verschiedenen Konstellationen entwickelt worden sind. Da die dem Bundesgerichtshof bislang unterbreiteten Fälle sämtlich „Altfälle" waren, die noch dem Verbraucherkreditgesetz (im Folgenden: VerbrKrG) und dem Haustürwiderrufsgesetz (im Folgenden: HWiG) unterfielen, betrifft auch dieser Beitrag allein dem VerbrKrG und dem HWiG unterfallende Sachverhalte.

II. Ausgangslage

1. Fallkonstellation

Die hier in Rede stehenden finanzierten Immobiliengeschäfte zeichnen sich durch folgende typische Merkmale aus:

– Es handelt sich jeweils um Immobilienkäufe oder Beteiligungen an Immobilienfonds, die die Anleger – oft gerade auch Bezieher mittlerer

1 XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252-268 = WM 2006, 1003-1008 = ZIP 2006, 940-946 = NJW 2006, 1788-1792 = BKR 2006, 237-242; XI ZR 219/04 = WM 2006, 1060-1066 = ZIP 2006, 1088-1095 = NJW 2006, 1957-1960 = BKR 2006, 323-329; XI ZR 29/05 = BGHZ 167, 223-238 = WM 2006, 1008-1013 = ZIP 2006, 987-992 = NJW 2006, 1952-1955 = BKR 2006, 329-333; XI ZR 106/05 = BGHZ 167, 239-252 = WM 2006, 1066-1071 = ZIP 2006, 1084-1088 = NJW 2006, 1955-1957 = BKR 2006, 333-337.

2 XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1-27 = WM 2006, 1194-1202 = ZIP 2006, 1187-1196 = NJW 2006, 2099-2106 = BKR 2006, 337-345.

und kleinerer Einkommen – überwiegend zu Steuersparzwecken vornahmen.
- Typischerweise wurden die Anleger durch einen Vermittler geworben, der sie in vielen Fällen zu Hause aufsuchte.
- Oft wurde ein Treuhand- oder Geschäftsbesorgungsvertrag abgeschlossen und dem Geschäftsbesorger eine umfassende Vollmacht für mannigfache Geschäfte erteilt.
- Zur Finanzierung des Erwerbs wurden Kredite bei Banken und Sparkassen aufgenommen, die oft über den selben Vermittler vermittelt wurden, der auch die Anlage vermittelt hatte.
- Nachdem die Anlagegeschäfte in vielen Fällen die Erwartung der Anleger nicht erfüllten, versuchen diese, sich möglichst ohne Schaden aus dem finanziellen Engagement zu lösen. Hierbei nehmen sie insbesondere auch die finanzierenden Kreditinstitute in Anspruch, da diese (anders als manch anderer an diesen Geschäften Beteiligter) Solvenz garantieren.[3]

2. Art der geltend gemachten Einwendungen

Die Anleger berufen sich typischerweise auf bestimmte Einwendungen:

Sie machen *Schadensersatzansprüche* gegen das finanzierende Kreditinstitut aus zugerechnetem oder eigenem Aufklärungsverschulden geltend. Viele der Klagen sind auf die Verletzung von Hinweispflichten durch das Kreditinstitut gestützt und insbesondere auf die Behauptung, der Vermittler habe die Anleger in der finanzierenden Bank zurechenbarer Weise durch unwahre Angaben zum Erwerbsgeschäft bewogen.

Weitere Einwendungen resultieren aus dem *VerbrKrG*. In erster Linie geht es um die mögliche Formunwirksamkeit des Darlehensvertrages gemäß §§ 4, 6 VerbrKrG und um die Frage, ob der Anleger der finanzierenden Bank im Wege des Einwendungsdurchgriffs gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG mit Erfolg Einwendungen aus dem Erwerbsgeschäft entgegen halten kann.

Andere Einwendungen folgen aus dem *HWiG*, mit dessen Hilfe die Anleger nach Widerruf ihrer Vertragserklärungen die Rückabwicklung der Verträge erstreben.

---

3 *Bülow*, WuB I G 5. – 6.06; *Geisler,* jurisPR-BGHZivilR 10/2007 Anm. 1.

Schließlich werden Einwendungen aus dem *Rechtsberatungsgesetz* (im Folgenden: RBerG) erhoben. Im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu wegen Verstoßes gegen das RBerG unwirksamen Treuhandverträgen[4] berufen sich die Anleger auf die Unwirksamkeit der umfassenden Treuhändervollmachten wegen Verstoßes dieser Vollmachten gegen das RBerG und damit zugleich auf die Unwirksamkeit der durch die Treuhänder für sie abgegebenen Erklärungen.

3. Situation der Rechtsprechung bis Frühjahr 2006

Die beiden Urteilsserien des Bundesgerichtshofs aus dem Frühjahr 2006 standen vor einem nationalrechtlichen und vor einem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund.

a) Nationalrechtlicher Hintergrund

Es hatten sich bis zu diesem Zeitpunkt im Bundesgerichtshof zwei Rechtsprechungsstränge entwickelt. Zum einen handelte es sich um die Rechtsprechung des für das Darlehensrecht zuständigen XI. Zivilsenats zum realkreditfinanzierten Wohnungserwerb und Fondsbeitritt. Zum anderen gab es – ausgehend von einer Urteilsserie vom 14. Juni 2004[5] – seit dem Jahr 2004 hinsichtlich der Fondsbeitritte die zum Teil erheblich hiervon abweichende Rechtsprechung des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats.

Zusammengefasst führte die Rechtsprechung der beiden Senate zu den verschiedenen vorgebrachten Einwendungen zu folgenden unterschiedlichen Ergebnissen:

Nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats zum realkreditfinanzierten Wohnungskauf und Fondsbeitritt

- konnte der Darlehensnehmer der Bank keine Einwendungen aus dem Kaufgeschäft im Wege des Einwendungsdurchgriffs entgegen halten.
- Im Falle eines Haustürgeschäfts konnte er sich zwar vom Darlehensvertrag lösen, blieb aber regelmäßig zur Rückzahlung des Kredits ver-

4 Ausgehend von BGH, Urteil vom 28. September 2000 – IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 270 f.

5 BGHZ 159, 280 ff.; BGHZ 159, 294 ff.; II ZR 392/01, WM 2004, 1518 ff., II ZR 374/02, WM 2004, 1525 ff.; II ZR 407/02, WM 2004, 1536 ff.

pflichtet und konnte die Bank nicht auf die finanzierte Wohnung verweisen, da die Regelungen über verbundene Geschäfte bei Realkrediten im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht anwendbar sind.
- Dem Einwand, der Darlehensvertrag sei unwirksam wegen Verstoßes der Treuhändervollmacht gegen das RBerG, stand bei Vorlage der Vollmacht die Rechtsscheinhaftung nach §§ 171 ff. BGB entgegen.
- Formmängel des Darlehensvertrags nach § 4 VerbrKrG hatten auch in Fällen, in denen die Darlehensvaluta nicht an den Darlehensnehmer selbst, sondern vereinbarungsgemäß an einen Dritten – etwa den Treuhänder – ausgezahlt wurde, nicht die Unwirksamkeit des Darlehensvertrags zur Folge (Heilung nach § 6 Abs. 2 VerbrKrG).

Abweichend hiervon hatte der Verbraucher nach Auffassung des II. Zivilsenats bei Fondsbeitritten verschiedene Möglichkeiten, sich von seinem Kreditengagement zu lösen, ohne zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet zu sein, sofern Fondsbeitritt und Darlehensvertrag verbundene Geschäfte waren.

- Der Darlehensnehmer konnte sich gegenüber der Bank bei fehlerhafter Risikoaufklärung über das Anlagegeschäft mit Erfolg auf einen Einwendungsdurchgriff und einen Rückforderungsdurchgriff berufen, und zwar sowohl bei Ansprüchen gegen die Fondsgesellschaft als auch gegen Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, maßgebliche Betreiber, Manager und Prospektherausgeber.
- Bei Vorliegen eines Haustürgeschäfts hatte die Bank in Fällen eines verbundenen Geschäfts bei der Rückabwicklung nach § 3 HWiG gegen den Darlehensnehmer nur einen Anspruch auf Abtretung der Gesellschaftsbeteiligung, da nach Auffassung des II. Zivilsenats nur diese im Sinne des § 3 HWiG empfangen war, nicht aber auf Rückzahlung der Valuta.
- Dies sollte auch in Fällen der Einschaltung eines Treuhänders, dem eine gegen das RBerG verstoßende Treuhändervollmacht erteilt war, der Fall sein, sofern verbundene Geschäfte vorlagen, ohne dass eine Rechtscheinhaftung nach §§ 171 ff. BGB greifen sollte.
- Auf den Fondsanteil sollte der Erwerber die Bank auch bei bestimmten Formmängeln nach § 4 VerbrKrG verweisen können. Eine Heilung des Formmangels nach § 6 Abs. 2 VerbrKrG schied nach Auffassung des

II. Zivilsenats aus, da der Darlehensnehmer die Valuta, die an den Treuhänder ausgezahlt worden war, nicht empfangen habe.

Die unterschiedliche Beurteilung der beiden Senate bekam ein zusätzliches Gewicht dadurch, dass der II. Zivilsenat das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 VerbrKrG in wesentlich weitergehendem Umfang als der XI. Zivilsenat[6] annahm. Nach Auffassung des II. Zivilsenats kam die die Anwendung des § 9 VerbrKrG ausschließende Bereichsausnahme des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG für Realkredite in wesentlich geringerem Umfang zur Anwendung, nämlich nur dann, wenn der Darlehensnehmer selbst das von § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG vorausgesetzte Grundpfandrecht bestellt hatte; die Übernahme eines bereits bestehenden Grundpfandrechts durch den Darlehensnehmer schloss die Annahme eines verbundenen Geschäfts nicht aus.[7]

Die Beseitigung dieser Rechtsprechungsdivergenzen war der nationalrechtliche Hintergrund, vor dem die Urteile des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 25. April und 16. Mai 2006 standen.

b) Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 25. Oktober 2005

Die Urteile sind ferner vor einem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund zu sehen. Zu entscheiden war auch darüber, ob bzw. inwieweit den Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: EuGH) vom 25. Oktober 2005[8] Rechnung zu tragen war, die sich mit Fragen der Rückabwicklung von in einer Haustürsituation zustande gekommenen Darlehensverträgen, die im Rahmen eines Kapitalanlagemodells abgeschlossen worden waren, befassten.

Der Gerichtshof hat darin in Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen betont, dass die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Abl. EG Nr. L 372/31 vom 31. Dezember 1985, „Haustürgeschäfterichtlinie“) es nicht verbietet, den Verbraucher nach Widerruf eines Darlehensvertrages zur sofortigen Rückzahlung der Dar-

---

6 Hierzu BGHZ 161, 15, 26 f.

7 BGHZ 159, 294, 307 f.; BGH, Urteil vom 14. Juni 2004 – II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1540.

8 EuGH, Urteile vom 25. Oktober 2005 – Rs. C-350/03, WM 2005, 2079 ff. Schulte und Rs. C – 229/04, WM 2005, 2086 ff. Crailsheimer Volksbank.

lehensvaluta zuzüglich marktüblicher Zinsen zu verpflichten, obwohl die Valuta nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich der Finanzierung des Erwerbs der Immobilie diente und unmittelbar an deren Verkäufer ausgezahlt wurde. Die Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zu § 3 HWiG und auch zur Frage des Empfangs der Valuta, die unmittelbar an den Verkäufer oder Treuhänder ausgezahlt worden ist, ist damit in vollem Umfang bestätigt worden. Allerdings hat der Gerichtshof im Weiteren die Auffassung vertreten, der Verbraucher sei durch die Haustürgeschäfterichtlinie vor den Folgen der vom Gerichtshof näher bezeichneten Risiken von Kapitalanlagen der vorliegenden Art zu schützen, die er im Falle einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung der kreditgebenden Bank hätte vermeiden können.[9]

III. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit April 2006

1. Einführung

Ausgangspunkt der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den kreditfinanzierten Immobiliengeschäften sind die beiden genannten Urteilsserien vom 25. April und 16. Mai 2006, mit denen zuvor kontrovers diskutierte Rechtsfragen geklärt wurden, und auf deren Grundlage der Bundesgerichtshof seitdem judiziert. Die Urteile vom 25. April 2006 betrafen Fondsbeitritte und die Urteile vom 16. Mai 2006 auf Grund einer Haustürsituation zustande gekommene, realkreditfinanzierte Immobilienerwerbe. Beide Urteilsserien stehen jedoch in engem Zusammenhang. Durch ihr Zusammenspiel und weitere, auf ihnen aufbauende Urteile ist ein Gesamtsystem für die Rückabwicklung finanzierter Immobiliengeschäfte geschaffen worden, bei dem die wesentlichen Rechtsfolgen nicht mehr maßgeblich davon abhängen, ob die Anleger – was oft mehr oder weniger zufällig war – für den Erwerb eines Fondsanteils oder für den Erwerb einer Eigentumswohnung geworben worden waren. Entscheidend für die Erfolgsaussichten der Anleger ist nun, auf welche Art von Einwendungen sie sich berufen.

---

9 EuGH, Urteile vom 25. Oktober 2005 – Rs. C-350/03, WM 2005, 2079, 2086. Schulte und Rs. C – 229/04, WM 2005, 2086, 2089 Crailsheimer Volksbank.

2. Geklärte Rechtsfragen zu Einwendungen aus dem RBerG und §§ 4, 6 VerbrKrG

Durch die Urteile vom 25. April 2006 wurde geklärt, dass der Erfolg von auf das RBerG und auf die §§ 4, 6 VerbrKrG gestützten Einwendungen sowohl beim finanzierten Erwerb einer Eigentumswohnung als auch beim finanzierten Erwerb eines Immobilienfondsanteils nicht davon abhängt, ob Darlehensvertrag und Anlagegeschäft ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG sind.

a) Einwendungen aus dem RBerG

In den Fällen, in denen mit umfassenden Vollmachten ausgestattete Treuhänder eingeschaltet worden waren, die über keine Erlaubnis nach dem RBerG verfügten, gilt – wie schon zuvor mit Urteil vom 26. Oktober 2004 vom XI. Zivilsenat für die Kreditfinanzierung von Immobilien entschieden[10] – auch bei kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligungen, dass die Rechtsscheinvorschriften der §§ 171, 172 ff. BGB anwendbar sind, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob Fondsbeitritt und finanzierender Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft bilden. Die §§ 171 ff. BGB gelten daher sowohl bei Fondsbeitritten, die mit dem Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft bilden, als auch bei Fondsbeitritten, bei denen das nicht der Fall ist, etwa weil der Beitritt durch einen Realkreditvertrag im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG finanziert worden ist.[11] An seiner zuvor vertretenen Auffassung, nach welcher im Falle eines verbundenen Geschäfts der Rechtsschein einer wirksamen Vollmacht dem einzelnen Anleger mangels eines Vertrauensverhältnisses zwischen Treuhänder und Anleger nicht gemäß §§ 171 ff. BGB zugerechnet werden sollte,[12] hat der II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs nicht festgehalten.[13]

---

10 BGHZ 161, 15, 24 f.; ebenso: BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 – V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766.

11 BGHZ 167, 223, 229, 232 f., Tz. 18, 24 ff.; BGH, Urteil vom 25. April 2006 – XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1062, Tz. 18 ff.

12 BGHZ 159, 294, 300 ff. und BGH, Urteil vom 14. Juni 2004 – II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538.

13 Vgl. BGHZ 167, 223, 238, Tz. 41.