

Die neuere Rechtsprechung zur
Finanzierung und zum Vertrieb
von Immobilienkapitalanlagen

von Dr. Jürgen Vortmann, Rechtsanwalt

Gliederung

I. Einführung

II. Haftung von Banken für eigenes Verschulden und Verschulden ihrer Vermittler von Krediten und Immobilienanlagen

1. Eigene Informationspflichten der Bank

- a. Grundsatz**
- b. Bank als Beteiligte**
- c. Interessenkonflikt**
- d. Wissensvorsprung**
- e. Schaffung eines Gefährdungstatbestands**
- f. Unerfahrenheit als neue Fallgruppe?**

2. Zurechnung von Verhalten der Vermittler

III. Verbundene Geschäfte bei der Finanzierung von Kapitalanlagen

1. Grundlagen des Einwendungsdurchgriffs

2. Voraussetzungen des Einwendungsdurchgriffs

- a. Wirtschaftliche Einheit**
- b. Angemessene Risikoverteilung**

3. Anwendbarkeit auf den Beitritt zu Fondsgesellschaften

IV. Ausblick

I. Einführung

Fälle in denen Kläger, die im Rahmen sogen. Steuersparmodelle eine Geldanlage in einem geschlossenen Immobilienfonds getätigt haben und diese durch ein Darlehen der vermittelnden Bank finanziert haben, die Rückabwicklung des Geschäfts verlangen, nehmen zu. Solche Fälle erleben derzeit eine große Konjunktur. Die Zahl der Instanzurteile zu den Klagen enttäuschter Anleger wird immer größer und zum Teil unübersichtlicher. Gründe sind sicherlich die vielfältigen Probleme; beispielsweise die Rolle von Vermittlern oder die Folgen des Einwendungsdurchgriffs. In der Literatur werden Rufe nach einem verstärkten und speziellen Verbraucherschutz in diesem Bereich lauter. Die Ausweitung der Rechtsprechung zur Beratungshaftung im Wertpapiergeschäft auf die Vermittlung von Immobilienanlagen wird ebenfalls verlangt.

Fuellmich/Rieger ZIP 1999, 427 ff.; Stüsser NJW 1999, 1586 f.;
Frisch VuR 1999, 432 ff.; Spickhoff/Petershagen BB 1999, 165 ff

Es wird sogar verlangt, die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Finanzierung von Kapitalanlagen, insbesondere bei Immobilienanlagen, zu verändern. Eine gesteigerte Aufklärungspflicht der Bank soll danach nicht nur bei einem tatsächlich vorhandenen Wissensvorsprung gegeben sein, sondern bereits wegen vermuteten Wissens über die Gestaltung oder den Vertrieb des kreditfinanzierten Vorhabens.

Fassbender, Innerbetriebliches Wissen und bankrechtliche Aufklärungspflichten, 1998, S. 273; ebenso Binder, in: Hadding/Nobbe, Bankrecht 2000, S. 279, 304: „Dies um so mehr, als die Bank durch die Kreditvergabe mittels Einschaltung eines Strukturvertriebs an Durchschnittsverdiener zur Finanzierung von Immobilien-Kapitalanlagen einen eigenen Außendienst erspart. Die Strukturvermittler verschaffen der Bank eine Umsatzsteigerung. Hierfür erhalten sie von der Bank eine Vermittlungsprovision. Damit überschreitet die Bank ihre Rolle als reine Kreditgeberin. Es erscheint nicht vermessen zu behaupten, dass die Banken derartige Kredite nicht vergeben hätten, hätten die Kunden bei ihnen direkt um einen solchen

Kredit nachgesucht.“

Diese Erwägungen sind nicht streng juristisch, sondern von dem Wunsch geprägt, dem vermeintlich wirtschaftlich Schwächeren helfen zu wollen. Denn ein voll finanzierter Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds ist nicht in jedem Einzelfall als von vorneherein vorprogrammiertes Verlustgeschäft anzusehen.

OLG Karlsruhe BKR 2002, 128

II. Haftung von Banken für eigenes Verschulden und Verschulden ihrer Vermittler von Krediten und Immobilienanlagen

1. Eigene Informationspflichten der Bank

a. Grundsatz

Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei steuersparenden Bauherren- und Erwerbermodellen die Bank nur unter besonderen Voraussetzungen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft verpflichtet, weil sie davon ausgehen darf, dass die Darlehensnehmer entweder selbst über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen oder sich jedenfalls der Unterstützung von Fachleuten bedienen können.

BGH WM 2000, 1685; OLG Hamm WM 2002, 2326; vgl. dazu
WuB I G 5. – 1.03 Freckmann

Infolgedessen ist die Bank nicht verpflichtet, den Kreditnehmer darauf hinzuweisen, dass das Steuersparmodell aufgrund seiner Einkommensverhältnisse ihm nichts nutzt.

OLG Karlsruhe WM 2001, 1210

Es ist Sache des Darlehensnehmers sich über folgende Dinge des zu finanzierenden Geschäfts selbst ein Bild zu machen:

- Angemessenheit des Kaufpreises,

- Werthaltigkeit und Ertragskraft der Immobilie
- Marktentwicklung,
- Sinnhaftigkeit des Steuerkonzepts

OLG Köln WM 1999, 1817; OLG Stuttgart WM 2000, 133;
zu weiteren Nachweisen vgl. Horn/Balzer WM 2000, 333, 335
und zu einer Vielzahl unveröffentlichter Entscheidungen
Edelmann MDR 2000, 1172 ff.

Ob und in welchem Umfang sich erhoffte Mieteinnahmen realisieren lassen, gehört zum allgemeinen wirtschaftlichen Risiko einer Kapitalinvestition und begründet bei Kenntnis von der fehlenden Erzielbarkeit keinen zu Aufklärungspflichten führenden konkreten Wissensvorsprung der Bank.

OLG München WM 2001, 252; OLG Karlsruhe WM
2001, 245; OLG Schleswig WM 2000, 1381, 1385

Die Überprüfung der Werthaltigkeit einer zu erwerbenden Immobilie durch die Bank erfolgt in deren eigenem Interesse und beinhaltet keine Verpflichtung gegenüber den Kreditinteressenten, bestimmte Sorgfaltsmaßstäbe zu beachten.

OLG Stuttgart EWiR 2001, 907

Das OLG München

WM 2001, 1218; vgl. dazu Vortmann WuB I G 5.-1.02

hat diesen von der Rechtsprechung seit langem aufgestellten Grundsatz

vgl. OLG Stuttgart WM 1989, 775, 777; zuletzt OLG
München WM 2000, 291 = WuB I G 5. – 6.00
Ganter und OLG Stuttgart EWiR 2001, 907

bestätigt. Es ist grundsätzlich Sache des Käufers, sich über den Zustand des Objekts in seinem eigenen Interesse selbst zu unterrichten.

BGH WM 1987, 1426, 1428; vgl. dazu auch Bruchner
WM 1999, 825 ff.; ebenso v. Heymann, NJW 1999, 1577, 1583

Bei der Immobilienfinanzierung prüft die Bank in der Regel das Objekt mit dem Ziel, den Beleihungswert für das zu bestellende Grundpfandrecht zu ermitteln.

OLG Köln WM 1999, 1817 = WuB I G 5. – 5.00 Rösler

Es kann deshalb auch nicht Aufgabe der Bank sein, den Kreditnehmer bei den Vertragsverhandlungen auf eine etwaige mangelnde Werthaltigkeit der finanzierten Immobilien hinzuweisen.

OLG Stuttgart WM 2000, 133 = WuB I G 5. – 7.00 Gößmann/Hanke

Eine Bank, die den Erwerb von Anteilen an einem geschlossenen Immobilienfonds finanziert, muss die Darlehensnehmer über die besonderen Risiken einer vollständigen Finanzierung des Anteilserwerbspreises durch ein Darlehen mit Disagiovereinbarung und Ersetzung der regelmäßigen Tilgung durch Abschluss von Lebensversicherungsverträgen und auch darüber informieren, dass die laufenden Renditen von Immobilienfonds unter den von den Darlehensnehmern aufzubringenden Zinsen liegen.

OLG Karlsruhe ZIP 2001, 1914

Die finanzierende Bank soll nur dann zur Risikoaufklärung verpflichtet sein, wenn sie ihre Rolle als Kreditgeberin überschreitet, besondere Risiken für den Kreditnehmer schafft, sich in einem Interessenkonflikt befindet oder über einen konkreten Wissensvorsprung verfügt; ihre Rolle als Kreditgeberin verlässt.

BGH WM 2000, 1685; zu weiteren Nachweisen vgl.
Vortmann, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken,
6. Aufl., 1999, Rz. 140

b. Bank als Beteiligte

Die Bank wird zur Beteiligten an der Immobilienanlage, wenn sie sich aktiv in die Planung, Durchführung oder den Vertrieb des Projekts einschaltet. Dazu muss sie in nach außen erkennbarer Weise Funktionen oder Rollen anderer Projektbeteiligter übernehmen und damit einen zusätzlichen Vertrauenstatbestand schaffen. Die einvernehmliche Erstellung des Werbeprospekts reicht nicht. Gleiches gilt für die Einflussnahme auf die bauliche Gestaltung.

BGH WM 1992, 133; BGH WM 1992, 901;
BGH WM 1994, 2192

Kontrolle und Dokumentation des Bauvorhabens auf Grund laufender Baustellenbesuche eines Bankmitarbeiters, die eine Kenntnis von der schlechten Lage des Objekts vermitteln, begründen keine Aufklärungspflicht der Bank; denn sie darf davon ausgehen, dass der Erwerber sich selbst über die Lage des Objekts informiert und sich nicht nur auf den Verkaufsprospekt verlässt.

OLG Karlsruhe WM 2001, 245

c. Interessenkonflikt

Die Doppelfinanzierung sowohl des Bauträgers als auch der Mehrzahl der Erwerber begründet grundsätzlich keinen Interessenkonflikt, den die Bank dem Erwerber offen legen müsste.

OLG München WM 2001, 252; LG Berlin 2000, 1484;
vgl. dazu auch Bruchner WM 1999, 825 ff.

Nur ein tatsächlicher Interessenkonflikt ist offen zulegen; z. B. in folgenden Fällen:

- Verringerung der Erwerbchancen des Fonds durch einen 3 % Sicherheitseinbehalt der Bank (OLG Karlsruhe WM 1999, 127),
- Prospektierter Gesamtaufwand durch Zeichnungen und Zahlungen überschritten (BGH WM 1986, 995).

d. Wissensvorsprung

Ein Wissensvorsprung ist nur dann gegeben, wenn die Bank im Hinblick auf spezielle Risiken des Vorhabens eine konkrete Kenntnis hat, die dem Darlehensnehmer nicht ohne weiteres zugänglich ist.

BGH WM 2000, 1245, 1246

Dabei soll die Kenntnis der Bank über den Zustand des zu finanzierenden Objekts keinen Wissensvorsprung über spezielle Risiken begründen, da sie davon ausgehe dürfe, dass der Kreditnehmer sich über den Zustand der Immobilie selbst informiert hat; anders soll dies allenfalls bei Kenntnis der Bank (z. B. aufgrund des Wertgutachtens) von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Kunden sein, die erst dann vorliegt, wenn der Kaufpreis doppelt so hoch ist, wie der Marktwert der Immobilie.

Eine Bank muss wegen Wissensvorsprung nur über solche Risiken aufklären, die der Darlehensnehmer auch bei gehöriger Nachprüfung nicht erkennen kann.

OLG München WM 2000, 291

Ein Wissensvorsprung liegt in folgenden Fällen vor:

- Drohende Zahlungsunfähigkeit des Initiators (BGH WM 1992, 1310),
- Kenntnis von Mängeln des Objekts (BGH WM 1988, 561),
- Falsche Angaben über die Rentabilität (BGH WM 1989, 1368),
- Persönliche Verpflechtung zwischen Bank und Initiatoren (BGH WM 1990, 920).

e. Schaffung eines Gefährdungstatbestands

Ein auf die besonderen Umstände begrenzte Aufklärungspflicht kann weiterhin bestehen, wenn die Bank einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden speziellen Gefährdungstatbestand schafft oder dessen Entstehung begünstigt.

BGH WM 1992, 1310

f. Unerfahrenheit als neue Fallgruppe?

Es muss jedoch die Frage gestellt werden, ob die hier genannten Grundsätze zur Aufklärung und Beratung im Immobilienbereich auch dann noch zur Anwendung kommen dürfen, wenn Vertragspartner nicht die Erfahrenen die Kunden sind, sondern Durchschnittsverdiener, die typischerweise keine sachverständige Hilfe in Anspruch nehmen und als potentielle Kunden für Steuersparmodelle durch Initiatoren und Finanziers erst Anfang der 90er Jahre entdeckt wurden. Im Fall des

OLG Zweibrücken WM 2000, 2150; ähnlich OLG Köln EWiR
2001, 903 und OLG Frankfurt EWiR 2001, 939

hatte die finanzierende Bank durch den Einsatz eines Strukturvertriebs, deren aggressive Werbemethoden allgemein bekannt sind, ein zusätzliches Risiko für die Anleger begründet sowie durch das Inaussichtstellen einer Innenprovision noch gesteigert. Diese Fallkonstellation hat zu einem verstärkten Ruf nach einem erweiterten Verbraucherschutz geführt.

vgl. u. a. van Look WuB I G 5.-12.01

Die Unerfahrenheit des Kunden sollte eine neue zu einem Schadensersatzanspruch führenden Fallgruppe werden. Die mangelnde Geschäftserfahrung der Anleger führe zu einem strukturellen Ungleichgewicht. Aufgabe der Bank soll es danach sein, durch entsprechende Hinweise, das Ungleichgewicht zu beseitigen.

Fuellmich/Rieger ZIP 1999, 465; Spiekhoff/Petershagen
BB 1999, 920

Die Bildung einer neuen Fallgruppe, die zu einer Schadensersatzpflicht der Bank führen würde, bedarf es nicht. Zum einen ist der Begriff des strukturellen Ungleichgewichts in der Immobilienfinanzierung unpassend. Der Inhalt der Darlehensverträge ist nicht infolge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke zustande gekommen. Vielmehr hat der Darlehensnehmer regelmäßig ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Darlehensaufnahme. Darüber hinaus ist

die Gegenleistung in Form der Zinszahlung nicht unangemessen und die Unerfahrenheit bleibt der Bank in der Regel verborgen.

Früh ZIP 1999, 701; Edelman/Hertel DStR 2000, 331;

OLG Stuttgart WM 2000, 292

Ein strukturelles Ungleichgewicht bei den Kaufverträgen hat die Bank gar nicht zu vertreten, da sie nicht an diesen Verträgen beteiligt ist. Dies ist Sache des Vermittlers und des Verkäufers. Mag der Anleger sich an diesen wenden. Es kann sicherlich nicht so sein, dass die Bank durch juristische Kunstgriffe in die Haftung genommen werden soll, nur weil für den Anleger die Gefahr besteht, dass seine Aufklärungspflichtigen insolvent geworden sind. Dies ist ein allgemeines Risiko. Der Kreditbewerber muss sich über die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Anlagekonzepts – gegebenenfalls mit fachkundiger Hilfe – hinreichend vergewissern, bevor er mit klar umrissenen Finanzierungswünschen an die Bank herantritt.

OLG Stuttgart WM 2000, 292

Zum anderen könnten – um bei dem Beispiel des OLG Zweibrücken zu bleiben - die Einschaltung eines Strukturvertriebs und auch die Zahlung von Innenprovisionen theoretisch in die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppe der Schaffung eines Gefährdungstatbestandes passen. Allerdings ist nicht nur der Bank bekannt, dass Strukturvertriebe aggressive Werbemethoden haben. Selbst dem letzten Anleger dürfte aufgrund einschlägiger Fernsehwerbung am Montagabend im ZDF bekannt sein, dass vor Strukturvertrieben gewarnt wird.

Die Innenprovision kann – nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung der Oberlandesgerichte - auch kein aufklärungsbedürftiger Umstand, der für die Anlageentscheidung des Kunden von erheblicher Bedeutung ist, sein.

OLG Karlsruhe WM 2001, 1210; OLG München

WM 2001, 1215; OLG München WM 2001, 252; OLG

Hamm WM 2002, 2326; vgl. dazu WuB I G 5. – 1.03 Freckmann

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Provision vom Verkäufer oder von der Bank an den Vermittler gezahlt wird. Die Provision vom Verkäufer ist der Bank in der Regel nicht bekannt. Der BGH hat bisher nicht einmal entschieden, ob eine solche Provision mitzuteilen ist.

OLG München WM 2001, 252 verneint eine solche Pflicht,
weil die Kalkulation der Provision allein Sache des Bauträgers ist.

Die besseren Argumente sprechen für die Verneinung einer solchen Pflicht. Wäre die Provision offen zulegen, müsste der Verkäufer seine Kalkulationsgrundlagen offen legen. Die Provision der Bank an den Vermittler für die Vermittlung der Darlehensverträge ist keine Gefährdung des Kunden. Eine Gefährdung dürfte nur dann zu bejahen sein, wenn die Gewährung der Provision zu einer Erhöhung der Kreditkosten für den Kunden führt; nicht hingegen, wenn die Bank diese Provision aus ihrer Gewinnmarge zahlt.

LG Nürnberg-Fürth WM 2000, 2153, 2156

Modalitäten der Kaufpreiskalkulation können nämlich nicht als spezielles Risiko oder spezieller Nachteil des Kreditnehmers eingeordnet werden. Die Kenntnis von einer im finanzierten Kaufpreis enthaltenen Innenprovision begründet keinen konkreten Wissensvorsprung des Kreditinstitutes, der eine Aufklärungspflicht rechtfertigt.

OLG München WM 2001, 1215, vgl. dazu auch v. Heymann
NJW 1999, 1577, 1583; a. A. Frisch VuR 1999, 432, 439

In der Literatur ist aufgrund der Entscheidung des BGH zur Offenlegungspflicht von Provisionen an Vermögensverwalter die Auffassung vertreten worden, auch im Immobilienanlagegeschäft seien Provisionen offen zulegen. Der BGH hatte hier entschieden, dass eine Bank, die mit dem Vermögensverwalter eines Kunden eine Vereinbarung über die Beteiligung des Verwalters an ihren Provisionen und Depotgebühren geschlossen hat, verpflichtet sei, dies gegenüber dem Kunden offen zulegen.

BGH WM 2001, 297

Beide Fälle sind nicht vergleichbar. Bei der Entscheidung zur Vermögensverwaltung ging es um eine Rückvergütung der vom Kunden gezahlten Provisionen und Gebühren an den Vermögensverwalter hinter dem Rücken des Kunden. Es wurde dem Kunden suggeriert, dass die von ihm gezahlten Provisionen allein der Bank zu gute kamen. Darin ist eine Täuschung zu sehen. Eine solche treuwidrige Nebenabrede ist bei der Fallkonstellation des Vertriebs von Immobilienanlagen nicht gegeben.

In der Literatur ist ein erhöhter Verbraucherschutz auch damit begründet worden, dass Vertrieb und Banken in der Realität zusammenarbeiteten und es offensichtlich sei, dass der eine Vertrag unmittelbar mit dem anderen zusammenhängt: Ohne Kredit gibt es keinen Verkauf, ohne Verkauf gibt es keinen Kreditvertrag.

Frisch VuR 1999, 432, 440

Diese Meinung verkennt vollständig, in welchem Interesse die Kopplung der Verträge erfolgt. Gerade der Anleger möchte in Verbindung mit seiner Anlage einen Kredit haben, damit aus der Anlage der größte steuerliche Nutzen herausgeholt werden kann. Die Kreditzinsen können den Ausschüttungen als Aufwendungen entgegengesetzt werden.

2. Zurechnung von Verhalten der Vermittler

Es stellt sich die Frage, inwieweit die Bank sich Pflichtverletzungen des – rechtlich selbständigen – Vermittlers bzw. seiner Angestellten oder selbständigen Vertreter nach § 278 BGB zurechnen lassen muss. Da der Vermittler zugleich für den Verkäufer der Immobilie tätig wird, ist er nur insoweit als Erfüllungsgehilfe der Bank anzusehen, als es um die Finanzierung, d. h. die Anbahnung und den Abschluss des Darlehensvertrags, geht. Nur insoweit ist er in den Pflichtenkreis der Bank eingeschaltet. Soweit er dagegen als Vertreter des Verkäufers über die Werthaltigkeit der Immobilie oder zu erzielende Steuervorteile fehlerhaft informiert, kann sein pflichtwidriges Verhalten der finanzierenden Bank nicht zugerechnet werden.

BGH WM 2000, 1585, 1586

Ein Anlagevermittler ist hinsichtlich der Anbahnung des Darlehensvertrages als Erfüllungsgehilfe der Bank anzusehen. Macht der Anlagevermittler unrichtige Angaben über die Werthaltigkeit der mit dem Darlehen finanzierten Beteiligung an einem Immobilienfonds, haftet die kreditgebende Bank nicht für dieses Fehlverhalten.

OLG Karlsruhe BKR 2002, 128

Der Verkäufer einer Eigentumswohnung ist nicht Erfüllungsgehilfe der finanzierenden Bank bei der Anbahnung des Darlehensvertrages, wenn er nur Aufgaben wahrnimmt, die dem künftigen Darlehensnehmer obliegen, z. B. Einreichung der Selbstauskunft, Darstellung der Vermögensverhältnisse sowie Stellung des Darlehensantrags.

OLG Stuttgart WM 2000, 133; LG Stuttgart WM
2000, 1388, 1391

Wenn eine Bank einen Anlagevermittler von früher als „Strukturvertriebsbeauftragten“ kennt und ihm für die Vermittlung des Darlehensnehmers eine Provision zahlt, ergibt sich daraus keine Pflichtverletzung gegenüber dem Darlehensnehmer.

OLG Zweibrücken WM 2000, 2150

Ein Verschulden ihres Verhandlungsgehilfen hat die Bank nur dann und insoweit zu vertreten, als dessen Fehlverhalten aus objektiver Sicht einen inneren sachlichen Zusammenhang mit dem Wirkungs- und Pflichtenkreis der Bank selbst aufweist. Der einem Verhandlungsgehilfen zuzuordnende konkrete Pflichtenkreis und der zu beachtende Sorgfaltsmaßstab sind ausschließlich nach der Stellung des Schuldners zu bestimmen, der sich eines Dritten als Erfüllungsgehilfen bedient.

OLG Stuttgart WM 2000, 292

Infolgedessen ist das Verhalten des Vermittlers der Bank nur insoweit zuzurechnen, als es sich auf die Anbahnung des Kreditvertrages bezieht.

BGH WM 2000, 1685 = ZIP 2000, 1430

Nimmt er eine Doppelfunktion wahr, ist er in seiner Eigenschaft als Kreditvermittler Verhandlungsgehilfe der Bank und in seiner Eigenschaft als Anlagevermittler Verhandlungsgehilfe des Initiators. Erklärungen zum Anlageobjekt sind generell dem Initiator zuzurechnen, für den der Vermittler gegen Provision den Objektvertrieb übernommen hat.

LG Ulm WM 2000, 825; OLG Köln WM 1999, 1817

III. Verbundene Geschäfte bei der Finanzierung von Kapitalanlagen

1. Grundlagen des Einwendungsdurchgriffs

Ein weiterer Schutz des Anlegers in Immobilienkapitalanlagen kann sich ergeben, wenn er Verbraucher i. S. d. § 13 BGB. In diesen Fällen gilt nach herrschender Meinung

z. B. OLG Karlsruhe ZIP 1998, 1711, 1713

regelmäßig § 358 Abs. 3 BGB.

Es wird hier nicht mehr auf die alten Vorschriften des VerbrKrG, sondern bereits auf die neuen Vorschriften aufgrund der Schuldrechtsreform Bezug genommen; vgl. dazu im einzelnen Habersack BKR 2001, 72 ff.

Danach kann der Verbraucher bei einer Verbindung zwischen dem Kredit und einem Kauf (oder zu einer anderen Leistung) die Rückzahlung des Kredits verweigern, wenn er dem Verkäufer gegenüber ein Recht hat, die Kaufpreiszahlung zu verweigern. Die Einwendungen aus dem Kaufvertrag werden bei solchen verbundenen Geschäften auf den Kreditvertrag übertragen. Die Anwendung dieses Einwendungsdurchgriffes scheitert bei Immobilienanlagen meist daran, dass der Kauf einer Immobilie und deren Finanzierung kein wirtschaftlich einheitliches Geschäft darstellt. Beide Verträge sind aus der Sicht des Käufers der Immobilie rechtlich und wirtschaftlich zu trennen (Trennungstheorie).

Roesler DB 1999, 2297, 2298; Früh ZIP 1999, 701;
Bruchner WM 1999, 825; ders. ZfIR 2000, 677; 682;
BGH WM 1992, 1355; OLG Karlsruhe WM 1999, 127

Das Bestehen des Einwendungsdurchgriffs kann nur unter zwei allgemeinen Voraussetzungen angenommen werden; nämlich wenn

1. beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden und
2. die Risiken des finanzierten Kaufs anderenfalls nicht angemessen verteilt würden.

BGH WM 2000, 1287; vgl. auch OLG Bamberg
EWiR 2001, 449

2. Voraussetzungen des Einwendungsdurchgriffs

a. Wirtschaftliche Einheit

Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Darlehensvertrag und finanziertem Rechtsgeschäft setzt voraus, dass beide Vereinbarungen über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus derart miteinander verbunden sind, dass kein Geschäft ohne das andere geschlossen worden wäre oder jeder Vertrag seinen Sinn erst durch den anderen erhält.

BGH WM 1990, 1234

Bei Grundstücksgeschäften darf schon deshalb nicht von der erforderlichen innerlichen Verknüpfung von Erwerbs- und Kreditgeschäft ausgegangen werden, weil dem Käufer ein zweckgebundenes Darlehen gewährt wurde. Dem Käufer stehen die Einwendungen aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Darlehensgeber selbst deshalb nicht zu, weil dieser das Darlehen nur unter der Bedingung gewährt hatte, dass die Valuta mit einem ihm gegen den Verkäufer zustehenden Anspruch verrechnet wird. Auch beim Immobilienkauf weiß der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie, dass Kreditgeber und Grundstücksverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind.

BGH WM 2000, 1287; OLG Karlsruhe WM 2001, 245

Der Erwerber kann sich auch nicht bei der Fiktion eines verbundenen Geschäfts auf den Einwendungsdurchgriff berufen; z. B. wenn die Bank sich vorsorglich eine Widerrufsbelehrung unterschreiben lässt. Der BGH hat bereits entschieden, dass trotz unstreitig erteilter Widerrufsbelehrung eine Widerrufsmöglichkeit für den Erwerber nicht besteht, wenn die materiellen Voraussetzungen für eine Widerrufbarkeit und damit für das Erfordernis einer Widerrufsbelehrung nicht vorliegen.

BGH WM 2000, 81 f.

Gleiches gilt auch bei der Widerrufsbelehrung bei verbundenen Geschäften. Eine Widerrufsbelehrung kann allenfalls als Indiz für ein verbundenes Geschäft gewertet werden. Es bedarf immer noch der Prüfung, ob die materiellen Voraussetzungen des verbundenen Geschäfts vorliegen.

Peters, in: Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., Bd. II,
§ 81 Rz. 151; ebenso OLG Karlsruhe WM 2001, 245

b. Angemessene Risikoverteilung

Eine angemessene Risikoverteilung ist dann nicht mehr gegeben, wenn die Parteien durch die Verträge eine Risikoverschiebung zum Nachteil des Erwerbers herbeiführen. Dies ist aber nur in Ausnahmefällen gegeben. Schließt eine Partei aus Eigeninteresse Kreditverträge zur Finanzierung eines Rechtsgeschäfts, so hat sie auch etwaige Risiken zu tragen, die sich daraus ergeben.

BGH WM 1989, 350 m. w. N.

3. Anwendbarkeit auf den Beitritt zu Fondsgesellschaften?

Fraglich ist, ob der Einwendungsdurchgriff auf den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds anwendbar ist. Der BGH hat die Frage der Anwendbarkeit des § 358 BGB auf derartige Fallkonstellationen bisher ausdrücklich offen gelassen.

BGH WM 2000, 1687; BGH WM 2000, 1685; vgl. ebenso
Früh ZIP 1999, 701, 702

Untergegerichte haben jüngst dieses Thema wieder aufgegriffen und sich für die Anwendbarkeit entschieden.

OLG Karlsruhe, BKR 2003, 26; OLG Oldenburg BKR 2003, 28;
OLG Karlsruhe WM 1999, 127; OLG München ZIP 2000, 2295
LG Stuttgart WM 2001, 140; OLG Frankfurt EWiR 2001,
975; vgl. ebenso v. Heymann NJW 1999, 1577, 1581;
a. A. OLG Karlsruhe EWiR 2001, 709; OLG Hamm WM 1999,
1056; OLG Braunschweig WM 1998, 1223; offengelassen von
OLG Stuttgart WM 2001, 1667

Die Geltendmachung des Einwendungsdurchgriff setzt ohnehin voraus, dass die Einwendung durch Abgabe entsprechender Erklärungen gegenüber dem Vertragspartner des finanzierten Geschäfts entstanden ist. Solange entsprechende Gestaltungsrechte nicht ausgeübt werden, kann der Einwendungsdurchgriff aufgrund seiner akzessorischen Natur nicht erhoben werden. Der Fondszeichner ist hier durch nicht unangemessen benachteiligt, weil er durch Abgabe der Gestaltungserklärung gegenüber dem Vertragspartner die Rechtsfolgen jederzeit ohne weiteres herbeiführen kann.

BGH WM 2000, 1685 und 1687

Die jederzeitige Kündigung als Gestaltungsrecht des Fondsanlegers ist in der Regel gerade nicht durchzusetzen. Das LG Stuttgart

WM 2001, 140; ebenso Schwintowski EWiR 2001, 87 f.

hält eine jederzeitige Kündigung des Fondszeichners für möglich. Es übersieht dabei jedoch die Rechtsprechung des BGH zum Gestaltungsrecht des Fondsanlegers. Ein Kommanditist kann die Erbringung seiner Einlage nicht mit dem Argument verweigern, er sei zum Gesellschaftsbeitritt durch arglistige Täuschung des Initiators veranlasst worden.

BGHZ 26, 330 ff. = WM 1958, 355; ebenso OLG Stuttgart
WM 2001, 1667

Was für die Erbringung der Einlage gilt, muss auch für deren Rückforderung gelten. Vor diesem Hintergrund wird daher das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs des beitretenden Gesellschafters gegen die Gesellschaft abgelehnt.

BGHZ 26, 330, 334; OLG Celle ZIP 1999, 1128 f.;
OLG München NJW-RR 2000, 624, 625

Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass Täuschungshandlungen des Initiators den übrigen Gesellschaftern nicht zugerechnet werden können.

BGH NJW 1973, 1604, 1605

Nur bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes bezüglich des finanzierten Geschäfts kann ein Leistungsverweigerungsrecht im Rahmen des Kreditvertrages von Anfang an mit der Folge eines Rückforderungsrechts gegeben sein. Bei Kündigung, Rücktritt oder Schadensersatz dagegen liegt nur ein Leistungsverweigerungsrecht „ex nunc“ vor. Bereits vor der Kündigung erbrachte Zahlungen können dann auch nicht über § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückgefordert werden.

OLG Stuttgart EWiR 2001, 447; OLG Frankfurt EWiR 2001, 975

Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist ohnehin problematisch. Nach allgemeinen Grundsätzen muss eine Kündigung aus wichtigem Grund immer unter Einhaltung einer angemessenen Frist erfolgen. Wer daher in Kenntnis des wichtigen Grundes eine Kündigung nicht ausspricht, verliert sein Kündigungsrecht.

BGH WM 1999, 1564 f.; OLG München ZIP 2000, 2295, 2301 f.

Der Einwendungsdurchgriff besteht erst nach Kündigung des Beitritts zu geschlossenem Immobilienfonds.

OLG Karlsruhe BKR 2002, 996

Widerruft der Anleger das Darlehen oder den Fondsbeitritt selbst, ist er gem. § 346 BGB zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet. Das Darlehen bildet mit dem Beitrittsvertrag kein verbundenes Geschäft. Aber selbst dann, wenn ein verbundenes Geschäft vorläge, bliebe der Anleger zur Rückzahlung verpflichtet, weil er sein Auseinandersetzungsguthaben beim Ausscheiden aus der Fondsgesellschaft dem Darlehensrückzahlungsanspruch des Kreditinstitutes nicht entgegenhalten kann.

Wallner BKR 2003, 92 ff.

IV. Ausblick

Die Forderung nach einer Verschärfung des Verbraucherschutzes in diesem Bereich scheint in Anbetracht der von der Rechtsprechung geschaffenen klaren Grundsätze überzogen. Es ist im Bereich der Aufklärungs- und Beratungspflichten aufgrund der Tatsache, dass es sich immer um eine ex-post-Betrachtung handelt, schwierig, klare Grundsätze zu formulieren, die zu einer Rechtssicherheit führen. Die Kritiker übersehen, dass die Annahme einer gesteigerten Aufklärungspflicht beim Vertrieb von kreditfinanzierten Bauvorhaben durch Dritte, zu einer vollständigen Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf die Bank führt und dass infolge einer solchen unangemessenen Risikoverteilung keine Bank mehr Kredite für Bauvorhaben geben würde. Es ist besser sich an Rechtsgrundsätze zu halten, die für eine angemessene Risikoverteilung sorgen, anstatt wieder einmal danach zu schauen, wie man den Bankkunden das Risiko gänzlich abnehmen kann.

Auch die Fälle, die in der letzten Zeit angeprangert werden (Verkauf von Wohnungen an Nichtbesserverdienende mittels Drückerkolonnen) lassen sich auf der Basis der bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze lösen. Eine Bank kann ihre Rolle als Kreditgeberin durchaus verlassen und von einer Einheit der Geschäfte kann dann gesprochen werden, wenn die Bank sich aktiv in den Vertrieb der Drücker einschaltet; z. B. Übernahme der Schulung der Vertriebspartner oder Herausgabe von Merkblättern über Tipps zur Umgehung des Haustürwidergesetzes oder Festlegung von Bewertungskriterien zur Prüfung der grundsätzlichen und der laufenden Zusammenarbeit mit Immobilienstrukturvertrieben.