



infobrief 21/03

Montag, 11. August 2003

UR

Stichwörter

Erwerbermodelle, Immobilienkredite, Haustürwiderruf, Rechtsprechung, Europäischer Gerichtshof

A Sachverhalt

Unter dem Titel „Hoffnung für geprellte Käufer von Schrottimmobilen - Europäischer Gerichtshof soll entscheiden“ beschrieb die Tageszeitung Die Welt vom 12.8.2003 <http://www.welt.de/data/2003/08/07/148719.html> die Problematik geprellter Immobilienanleger, die vor allem durch die in der Hypovereinsbank aufgegangenen Bayrische Hypotheken- und Wechselbank auf Kredit an der Haustür wertlose Immobilien als Kapitalanlage vermittelt erhielten, den Sachverhalt wie folgt:

„Zehntausende geprellte Immobilienbesitzer können auf rechtlichen Beistand hoffen: In den 90er Jahren ließen sich viele Bürger von dubiosen Vermittlern bei Hausbesuchen angeblich steuersparende Schrottimmobilen aufschwätzen. Nun hat das Landgericht Bochum dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) einen Fall vorgelegt, der dazu führen könnte, dass die Anleger die wertlosen und zum Teil sogar weiter kostspieligen Immobilien zurückgeben können.

In den Fachkanzleien häufen sich Fälle wie jener der inzwischen 69-jährigen Rentnerin Louise Weber, die 1994 Opfer eines Anlagevermittlers wurde. Der Steuerberater hatte zu einem Termin, der eigentlich zur Besprechung der Einkommensteuererklärung der Schneiderin dienen sollte, überraschend einen Immobilienverkäufer mitgebracht. Der Berater nutzte die Situation aus und schwatzte der damals 60-Jährigen eine Eigentumswohnung als Steuersparmodell zum Zwecke der Altersvorsorge auf. Bei einer zusätzlichen Belastung von nur 20 Euro im Monat sollte die Wohnung zu erwerben sein, weil der Kredit für den Kauf durch Mieteinnahmen und Steuerersparnissen abbezahlt würde.

Die überrumpelte Frau unterschrieb einen Kauf- und Kreditvertragsabschluss und es kam wie es kommen musste: Die Wohnung stellte sich im nachhinein als völlig wertlos heraus: Die Rentnerin muss monatlich 510 Euro Zinsen zahlen, erhält aber nur 120 Euro Miete, von denen sie rund 100 Euro für Nebenkosten an die Hausverwaltung zahlen muss. Die Unterdeckung beträgt damit rund 490 Euro; doch die alte Dame hat außer ihrer Rente in Höhe von 900 Euro kein weiteres Einkommen und sitzt nun auf einem Schuldenberg.

Dass Immobilienkäufer wie Louise Weber die Verträge mit Berufung auf das Haustürwiderrufsgesetz zwischenzeitlich anfechten können, hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) schon im Dezember 2001 entschieden. Die Luxemburger Richter forderten damals, dass geprellte Bürger aus "allen vertraglichen Verpflichtungen" zu befreien sind. Doch daran hielt sich der für Bankenrecht zuständige 11. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) nicht. Er entschied im November 2002, dass der Kunde zwar den Kreditvertrag widerrufen kann, dann aber das Darlehen sofort und in voller Höhe einschließlich der marktüblichen Verzinsung zurückzahlen muss.

"Damit wurde das dem Verbraucher vom EuGH eingeräumte Widerrufsrecht vom BGH wirtschaftlich auf Null reduziert. Dabei widerspricht eine Rückzahlungsverpflichtung - gleich aus welchem Rechtsgrund - dem europäischen Verbraucherschutz", sagt Jörg Ebenrecht von der Heidelberger Anwaltskanzlei Bornemann, von Loeben, Witt und Nittel. "Sollten die Luxemburger Richter zu dem Ergebnis kommen, dass die geprellten Anleger anstatt der Darlehen die Schrottimmobilien zurückgeben können, dann kommen auf die Banken schwere Zeiten zu", betont er.

Die Richter in Bochum sehen in dem BGH-Urteil eine Missachtung der Vorgaben aus Luxemburg. Sie sind der Auffassung, dass Immobilienverkauf und Immobilienfinanzierung bei derartigen steuersparenden Anlagepaketen als Einheit zu betrachten sind. Daher dürften die Banken bei einem Widerruf des Kreditvertrages nicht das Geld zurückfordern, sondern müssten die Wohnung übernehmen.

Die Bochumer Richter stellten ihre Fragen an Luxemburg so, dass der EuGH Gelegenheit erhält, sich umfassend mit den Fragen des Verbraucherschutzes und der Wirksamkeit der vom ihm aufgestellten Grundsätze des Effektivitätsgebots auseinanderzusetzen."

B Stellungnahme

Die Rechtslage ist durch eine Vielzahl von Aufsätzen und Gerichtsentscheidungen sowie anschließenden Gesetzesänderungen relativ verworren. Der nachfolgende Überblick soll hier etwas Klarheit bringen.

B.I Rechtsprechung und Literatur

In den letzten Jahren haben sog. Bauherren- und Erwerbermodelle die deutsche Rechtsprechung

(BGH, Urt. v. 20.5.2003, XI ZR 248/02; NJW 2003, 1390 (Einwendungsdurchgriff); WM 2003, 914 (Bauanlage); NJW 2002, 66 (Bauträger); NJW 2001, 2963; WM 2000, 1687; NJW 2000, 3065; 1985, 1020 (Abschreibungsgesellschaft); NJW 2001, 2963; 2000, 521 (EuGH Vorlage); NJW 2000, 2352 (grundpfandrechlich gesichert); 1996, 3414 (3415) (Einwendungsdurchgriff); OLG Karlsruhe WM 2001, 2002; OLG Stuttgart, WM 2001, 1667 (Risikobereich des Kunden); OLG Oldenburg BKR 2002, 732 (Hinweis bei Haustürgeschäften); OLG Karlsruhe WM 2003, 1228 (Wahrheit und Vollständigkeit); OLG Frankfurt/Main WM 2002, 549 (Steuersparmodelle); OLG Frankfurt/M. BKR 2002, 828 (Immobilienfonds); OLG Köln WM 2000, 127 (Vermittler als Erfüllungsgehilfe; Innenprovision); OLG Stuttgart, Urt. v. 19.12.1995, 12 U 151/95 (Vermittler und Bauträger); OVG Nordrhein-Westfalen ZInsO 2001, 478 (selbständiges Gewerbe); LG Stuttgart WM 2000, 1103 (teure Hypokredite); LG Stuttgart WM 2000, 1388 (Aufklärung); LG Bremen WM 2002, 1450 (Widerrufsrecht nach „Heininger“))

und dann mit bemerkenswerter Beteiligung der Praxis auch die Literatur

Artz, BKR 2002, 603.; Baum, BKR 2002, 851; Becher, BKR 2002, 931; Bruchner, WM 1999, 825; Derleder, VuR 2000, 155; Derleder, ZBB 2002, 202; Derleder, ZBB 2002, 233; Eckert, EwIR 2000, 51; Edelmann, BKR 2002, 80; Freckmann, BKR 2002, 513; Frisch, VuR 1999, 432; Füller, ZBB 2001, 157; Habersack, BKR 2001, 72; Habersack, WM 2002, 253; Hervé, BKR 2002, 801; Hochleitner, WM 2002, 529; Hoffmann, NJW 2001, 421; Hoffmann, ZIP 2002, 1066; Horn, WM 2000, 333; Koch, WM 2002, 1593; Koppenfels, WM 2001, 1360; Kulke, ZBB 2002, 33; Lang, ZBB 2002, 457; Lang, BKR 2002, 793; Loßack, VuR 2001, 131; Loßack, VuR 2002, 124; Masuch, NJW 2002, 2931; Meinhof, NJW 2002, /...3

2273; Meißner, WM 2002, 30; Peters, WM 2001, 2199; Pfeiffer, ZBB 1996, 304; Pickenbrock, WM 2002, 521; Reich, EuZW 2002, 87; Rösler, VuR 2000, 191; Rohe, BKR 2002, 575; Rott, VuR 2002, 49; Schleicher, BKR 2002, 609; Staudinger, NJW 2002, 653; Strube, VuR 2002, 55; Strube, BKR 2002, 938; Tonner, BKR 2002, 856; von Rottenburg, WM 2001, 2194; Wagner, BKR 2002, 194)

in einem ungewöhnlichen Ausmaß bestimmt und dabei, obwohl diese Form der Finanzierung für zu Konsumzwecken aufgenommene Kredite eher untypisch ist, die Auslegung der Verbraucherschutzvorschriften im Verbraucherdarlehensvertrag sowie dann auch den Gesetzeswortlaut von Haustürwiderrufsvorschriften und Verbraucherdarlehensvorschriften nachhaltig beeinflusst. Hintergrund ist eine Welle von Verkäufen von Objekten an das breite Publikum in den 90er Jahren, die teilweise in den Neuen Bundesländern aber auch in Feriengebieten belegen waren und eine deutsche Großbank sogar in einer Weise in Schieflage bringen konnte, dass auch nach ihrer Fusion mit einer anderen Großbank die Probleme wertübertragender Kredite in diesem Geschäft nicht ausgeräumt sind und erhebliche Haftungsrisiken fortbestehen („Berater gaukeln oft Unabhängigkeit vor“, Die Welt v. 21.10.1998; „Erwerbsmodelle kommen Banken teuer zu stehen“, Handelsblatt 21.4.1999, S. 45; „Fallen beim Hauskauf“, Euro am Sonntag v. 2.4.2000, S. 61; „Die unseriösen Maschen der Abzocker“, Handelsblatt v. 19.12.2001, S. 4; „Wie die Metzger“, Die Zeit v. 28.2.1992, S. 35; „Kredite aus der Ferne“, Der Spiegel v. 23.3.1998, S. 122; Fuellmich/Rieger, ZIP 1999, 427 (431) (Fuellmich ist als Anwalt vor allem in Prozessen von Anlegern gegenüber der HypoVereinsbank tätig und hat nach eigenen Angaben 2500 Fälle ausgewertet).

B.II Das Modell

Rechtlich gesehen sind finanzierte Bauherren- und Erwerbermodelle kombinierte Produkte aus einem Immobilien- (oder Immobilienfonds-) Kredit, einem Grundstücks- (oder Anteilskaufvertrag) sowie einem Treuhandvertrag mit separaten häufig notariell beglaubigten Vollmachten an den Treuhänder, der zugleich für die Bauträgergesellschaft oder den Voreigentümer den Kaufvertrag häufig außerhalb der Geschäftsräume anbahnt, einen Kredit vermittelt und die gesamte auch steuerrechtliche Abwicklung der komplexen Konstruktion übernimmt. Da es sich bei den Erwerbern um Anleger handelt, die privat handeln, handelt es sich nach ganz einhelliger Meinung dabei um Verbrauchergeschäfte, die den Schutzvorschriften der §§ 491 ff. BGB sowie auch den Regeln über das Haustürwiderrufsgeschäft (§§ 312 ff. BGB) unterliegen.

Bauherren und Erwerbermodelle sind wirtschaftlich gesehen in Deutschland als Steuersparmodelle bekannt. Dabei erwirbt der Verbraucher ein Haus, eine Eigentumswohnung oder auch nur einen Anteil an einem geschlossenen Immobilienfonds in der Form einer GmbH & Co, KG, wobei die Wohnungen oder Geschäftsräume fremdgenutzt sein müssen. Aus dem Gebäude fließen zunächst Mieteinnahmen an den Verbraucher, die er als Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung mit seinem übrigen Einkommen zusammen zu versteuern hätte. Allerdings dürfen Eigentümer oder Kommanditisten bzw. BGB-Gesellschafter auch ihre Ausgaben dagegen rechnen. Zu diesen Ausgaben gehören alle Arten von Kosten wie Finanzierungskosten, Akquisitionsprovisionen, Kosten des Kaufs und zusätzlich fiktive Kosten aus einer bei Altbauten zwischen 2 und 2,5 %igen Abschreibung und bei Neubauten degressiv von Anfangs 5 % Abschreibung pro Jahr nach 15 Jahren auf 1,5 % p. a.. Dies bedeutet, dass bei einer Neubauwohnung im Wert von 100.000 € im ersten Jahr allein 5.000 € fiktive Kosten mit dem Einkommen verrechnet werden können. Mit Sonderabschreibungen, die bis zu 40 % der Kaufpreise betragen können, können daher bei einem Steuersatz von 53 % mehrere 10.000 € an Steuern „gespart“ werden. Nach 10 Jahren kann das Haus steuerunschädlich veräußert werden, wobei der Wertgewinn bisher noch steuerfrei ist. Voraussetzung ist eine stetige gute Vermietung, kein über-

/...4

höher Kaufpreis, eine lage- und substanzbedingte Wertsteigerung und ein gleichbleibend hoher Steuersatz des Erwerbers.

Die Gewinne lassen sich rechnerisch wie bei allen Risikoanlagen optisch gut darstellen, wobei die Risiken durch die situationsbedingte Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens verdrängt werden kann. Bei optimaler Situation kann einem unbedarften Kunden ein arbeitsloses Einkommen auch ohne Eigenkapitaleinsatz suggeriert werden, wenn die Nachsteuerrendite höher als Kreditzinsen und Unterhaltungskosten ist. Damit lässt sich aber auch eine Immobilienanlage an ein Publikum verkaufen, das über kein Anlagekapital und damit auch über keine Anlageerfahrung verfügt.

Innerhalb der Modellrechnungen ist Raum für Vermittlerentgelte. So kann ein Vermittler für die Vermittlung des Immobilienverkaufs bei u. U. überhöhtem Preis 15 % vom Kaufpreis, von der Bank eine Courtage von 1 % der Kreditsumme (siehe Sachverhalt OLG Koblenz VuR 2002, 205) bei Nutzung eines mit einer Kapitallebensversicherung gekoppelten Kredites noch einmal 3,5 % der Versicherungssumme als Abschlusskosten und schließlich noch Entgelte für seine Beratungsleistungen vom Kunden erhalten. Die finanzierende Bank hat in der Regel zunächst den Gesamtbau finanziert und erhält ohne Akquisitionskosten eine Vielzahl von vorbereiteten Darlehensanträgen mit gestreutem Risiko. Der Bauträger kann schließlich die Verkaufskosten abwälzen.

Zentrales Element dieser Geschäftstätigkeit ist dabei die Vermittlungsagentur, die als Treuhänder eine Vielzahl von Objekten, Krediten und Kapitallebensversicherungen vermittelt, gleichwohl aber rechtlich und häufig notariell beglaubigt als umfassender Bevollmächtigter der erworbenen Interessenten auftritt. Eine solche Vollmacht umfasst nach dem vom BGH (WM 2003, 914 (Studentenappartements); OLG Frankfurt/M. EWiR § 276 BGB 12/01, 837 (Frisch) (Iduna Eigentumswohnungen)) entschiedenen Fall folgende Elemente: Interessenwahrnehmung für den beabsichtigten Erwerbsvorgang, Abschlussvollmacht für alle Verträge und gebotenen Rechtshandlungen, Entgegennahme aller Erklärungen, wirtschaftliche und sowie die steuerliche Beratung, Vollmacht zur uneingeschränkten Vertretung und zur Verfügung über den Erwerbgegenstand nach freiem Ermessen Vertretung gegenüber Gerichten, Behörden und sonstigen Dritten, Rückabwicklung geschlossener Verträge.

B.III Aufklärungspflichten aus dem Kapitalanlagerecht

Finanzierte Erwerbermodelle sind Kapitalanlagen, die auf Kredit getätigt werden. Sie unterfallen nicht der Kredit- und Wertpapieraufsicht, weil es sich dabei nicht um Wertpapieranlagen, sondern entweder um aufsichtsfreie Unternehmensbeteiligungen (geschlossene Immobilienfonds) oder um ebenso aufsichtsfreie Kapitalanlagen in fremdgenutzte Immobilien handelt (§§ 1 KWG; 2 WpHG). Auch die Kreditvermittlung an Verbraucher ist kein Bankgeschäft. Außerdem unterliegen alle Finanzvermittler und Finanzberater bisher in Deutschland anders als in den meisten EU-Staaten noch keiner zwingenden die berufliche Qualifizierung gewährleistenden Regelung zur Berufszulassung und –ausübung (vgl. dazu Pohle, Stuttgarter Erklärung der Finanzdienstleister vom 6.9.2001 <http://iff.money-advice.net/index.php?id=10&searchid=1&offset=3>; Müller-Wiedenhorn, Reform sollte Staubecke gründlich ausfegen, in Kurs 2001 v. 1.9.2001 S. 27).

Die Immobilienanlagen und Unternehmensbeteiligungen werden auch in den Anlageschutzgesetzen nicht berücksichtigt, so dass z. B. Altersrentenversprechungen, die mit eigens für die Kapitalanlage konstruierten Unternehmen wie im Fall der Göttinger Gruppe oder der Schnee-Gruppe der Finanzdienstleistungsaufsicht allein die Möglichkeit bleibt, die Staatsanwaltschaft zu motivieren (dazu Frankfurter Rundschau v. 17.5.2000, S. 12 "Verfahrensausgang völlig offen"). Die speziell für Kapitalanlagen im Haustürgeschäft in den §§ 11, 15 h AuslInvestmG so-
/...5

wie in § 23 KAGG geschaffenen Widerrufsrechte sind ebenso wenig anwendbar wie die Aufklärungs- und Verhaltenspflichten nach den §§ 31 WpHG, 15 KAGG, 3 AuslInvestmG, 39 BörsG, so dass allein die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts über Aufklärungsverschulden Anwendung finden.

Versuche, das Anlegerschutzrecht in die Rechtskonstruktion der finanzierten Erwerbermodelle zu implementieren wie etwa der Anlageschutz durch Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft (dazu Hahn, VuR 2003, 164) oder die Erstreckung des Verbraucherdarlehensrechts auf die Kapitalanlage über den Einwendungsdurchgriff bereiten erhebliche dogmatische Probleme, so dass nach dem Gesetzgeber gerufen wird (Baum/Reiter, BKR 2002, 851).

Die Rechtsprechung vor allem des 11. Senats des Bundesgerichtshofs, die dabei durchaus von großen Teilen der Oberlandesgerichte unterstützt wurde, hat diese Lücke im Verbraucherschutzrecht nicht geschlossen und zudem ihre wesentliche Aufgabe darin gesehen, die Versuche geprellter Anleger abzuwehren, das Anlegerschutzrecht über andere Verbraucherschutzbereiche auf diese Form der Kapitalanlage auszudehnen.

Die Grundlage dieser Versuche bildet allerdings die grundsätzliche Ablehnung des BGH (Urt. v. 20.5.2003 XI ZR 248/02 unter II. 2a) mit Verweis auf WM 1988, 895 (898); 1992, 133; 1992, 216 (217); 1992, 901 (902); 2000, 1245 (1246); ZIP 2003, 160 (161)) von Aufklärungspflichten bei Erwerbermodellen:

„Eine kreditgebende Bank ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, dass die Kunden entweder selbst über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient haben. Nur ausnahmsweise können sich Aufklärungs- und Hinweispflichten aus den besonderen Umständen des 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 Entstehen begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit der Kreditgewährung sowohl an den Bauträger als auch an die einzelnen 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“

Die Ausführungen des BGH gliedern sich dabei in Rechtsausführungen und Tatsachenbehauptungen über die Kenntnis und den Sachverstand der Kunden, deren Stand das Gericht in der Regel nicht mitteilt, Diese tatsächlichen Annahmen sind aber bei einem 21jährigen Mechaniker (OLG Frankfurt/Main WM 2002, 549) oder einer 54 Jahre alten Ärztin (BGH NJW 2001, 2963) sowie bei finanzierten Kaufpreissummen von um die 40.000 € (so die Summen in BGH, Urt. v. 20.5.2003, XI ZR 248/02; WM 2003, 914) und Käufern, die bereits zumeist beim Prozess wegen der Anschaffung insolvent waren, nicht ohne weiteres nachzuvollziehen. Darüber hinaus hat der BGH (WM 2000, 1687) auch die Durchsetzbarkeit solcher Ansprüche infragegestellt, weil bei einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer GbR der Anspruch aus Beratungsverschulden nicht ohne Kündigung des Beitritts durchsetzbar sei und daher auch mangels eines Leistungsverweigerungsrechtes auch im Darlehensvertrag gem. § 359 BGB nicht eingewandt werden könne.

Letztlich folgt der BGH dabei einer Philosophie zur Kapitalanlage, wonach das Risiko der Anlage beim Kunden bleiben müsse. Diese Philosophie wird ohne weiteres auf den Kredit übertragen (BGH NJW 2000, 3065), wenn es dazu heißt:

/...6

„Schließt eine Partei aus Eigeninteresse Kreditverträge zur Finanzierung eines Rechtsgeschäfts, so hat sie auch etwaige Risiken zu tragen, die sich daraus ergeben (statt aller BGHZ 105, 290 (299) = NJW 1989, 836)“.

Die Aussage ist jedoch unzutreffend, weil bei Krediten das Risiko beim Kreditgeber, der hier der Anleger ist, und gerade nicht beim Kreditnehmer, der hier die Anlagemöglichkeit bereitstellt, liegt. Gemeint ist daher nur das Risiko der mit der Finanzierung getätigten Anlage, das in den Risikobereich der Kunden fällt (zutreffend OLG Stuttgart, WM 2001, 1667; LG Stuttgart WM 2000, 1388), aus dem aber keine kreditrechtlichen Konsequenzen gerechtfertigt werden können.

Auch die Instanzgerichte lehnen es grundsätzlich ab, das Kapitalanlagerisiko etwa über die Pflicht zur Überprüfung der Werthaltigkeit der Sicherheiten oder auf Grund einer Globalzusage zur Finanzierung der Kunden des Bauträgers vom Kunden auf den Finanzierer der Anlage abzuwälzen (OLG Oldenburg BKR 2002, 732).

Allerdings setzen sie den Grundsatz, dass wer Vertrauen etwa durch bereitgestellte Information, durch beantwortete Fragen oder durch gemeinsames Auftreten einwirbt, sich auch daran festhalten lassen muss, differenzierter um. So müssen die einzelnen Kalkulationsbestandteile bei einem Erwerbmodell „klar und wahr“ sein (OLG Karlsruhe WM 2003, 1228), so dass die Immobilienfirma sich auch die unwahren Behauptungen selbst eines mit ihr nicht verbundenen Vertreters über den Gewinn in dem Steuersparmodell zurechnen lassen muss (OLG Stuttgart, Urt. v. 19.12.1995, 12 U 151/95). Dabei kann das Versprechen eines Steuersparmodells gerade durch die gewählte Kreditkombination auch in den Aufklärungsbereich der Bank fallen (OLG Frankfurt/Main WM 2002, 549).

Auch die Kombination von Kapitallebensversicherung und Kredit (BGH BB 1988, 582; NJW 1990, 1844; vgl. auch BGH NJW 2002, 957 (958); WM 1998, 939 unter III. 2 b; NJW 1989, 1667; OLG Frankfurt/Main WM 2002, 549; OLG Hamm VuR 1987, 83 dazu oben Rn. 163 ff; a. A. OLG Köln WM 2000, 127) führt zu einer Aufklärungspflicht bei Erwerbmodellen, (OLG Frankfurt/Main WM 2002, 549) wenn die Bank ihre Rolle als Kreditgeberin überschreitet, als „Zweckgemeinschaft mit den anderen Vertriebsbeteiligten“ (OLG Frankfurt/Main WM 2002, 549) oder als „Partner im Anlagegeschäft“ (OLG Stuttgart BKR 2002, 828) auftritt. Eine Innenprovision soll nach h. M. dagegen grundsätzlich nicht offenlegungspflichtig sein (BGH VuR 2003, 143; OLG Köln WM 2000, 127; a. A. OLG Koblenz BKR 2002, 723; zweifelnd LG Stuttgart WM 2000, 1388; Fischer, VuR 2003, 134 (135)). Eine Ausnahme gilt dann, wenn sie so hoch ist, dass der Kaufpreis sich auch für die Bank als sittenwidrig darstellen muss (BGH VuR 2003, 143 (144); WM 2000, 1245 (1247)).

B.IV Vollmacht, Widerruf und Rechtsberatungsgesetz

Die Rechtsprechung vor allem des BGH hat aber im Ergebnis auch alle anderen rechtlichen Gesichtspunkte zur Rückabwicklung der gescheiterten Immobilienanlage zurückgewiesen.

Zunächst wurden anlässlich eines Erwerbmodells die Nichtigkeitswirkungen des § 56 I Nr.6 GewO mit Blick auf das neu erlassene Haustürwiderrufsgesetz aufgehoben (BGH NJW 1985, 1020). Anschließend wurde auch wie bereits beschrieben, der Widerruf von Immobiliendarlehensverträgen an der Haustür mit der etwas komplex anmutenden Argumentation ausgesetzt, das Haustürwiderrufsgesetz verweise auf das Verbraucherkreditgesetz, dieses sehe jedoch keinen Widerruf vor. Also müsse auch das Haustürwiderrufsrecht, wobei sich der Senat auf eine ganz herrschende Meinung in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur berief (MK-Ulmer, 3. Aufl., § 5 HWiG Rn. 15, § 3 VerbrKrG Rn. 4; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 13. Bearb., Einl. VerbrKrG Rn. 41; Bülow, VerbrKrG, 3. Aufl., Art. 3 Rn. 2; Münstermann/Hannes,

/...7

VerbrKrG, Art. 3 Rn. 887; Scholz, Verbraucherkreditverträge, 2. Aufl., Rn. 310; Hellner/Steuer-Größmann, BankR u. Bankpraxis, Rn. 3/745; Drescher, VerbrKrG u. Bankenpraxis, Rn. 212; Martis, Verbraucherschutz, S. 177 f.; Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, 2. Aufl., § 3 Rn. 103 Art. 3 Rn. 2; Schimansky/Bunte/Lwowski-Bruchner, BankR-Hdb., 1997, § 86 Rn. 58; ders., WM 1999, 825 (835 f.); Schramm/Pamp, FS Schimansky, S. 545 (551 ff.); Schönfelder, WM 1999, 1495; ders., WuB IV D. § 1 HWiG 3.99; Hertel, WuB IV D. § 1 HWiG 4.98), bei Immobiliendarlehen als aufgehoben gelten (BGH NJW 2000, 521). Dabei wurde noch der Anwendungsbereich der Ausnahmvorschrift ausgedehnt, weil auch ein nur partiell hypothekarisch gesichertes Darlehen in dieser Weise geschützt sein sollte (BGH NJW 2000, 2352), wobei das LG Stuttgart (WM 2000, 1103) auch im Rahmen eines Erwerbmodells überdurchschnittliche Hypothekenzinssätze für unschädlich erklärte.

Bei den Fristen hatte bereits der Gesetzgeber mit der inzwischen korrigierten Sechsmonatsverfallsfrist auch bei fehlender Widerrufsbelehrung das Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte gegenüber der Richtlinie eigenwillig eingeschränkt. In der Rechtsprechung zu den Erwerbmodellen wird zusätzlich noch eine Verwirkung angenommen, wenn das Widerrufsrecht erst nach 8 Jahren ausgeübt wird (OLG Karlsruhe BGB WM 2001, 2002).

Eine weitere Einschränkung des Widerrufsrechts kam dann durch das System der Abwicklung über notariell beglaubigte Vollmachten an die Treuhänder. Hier erklärte der Bundesgerichtshof es wie ausgeführt für ausreichend, dass der Treuhänder die nach § 492 BGB erforderlichen Formen und Informationen erhalten habe (BGH NJW 2001, 2963).

Auch bei der Haustürentscheidungssituation soll es nicht um die Situation des Verbrauchers, sondern die des Treuhänders beim Darlehensabschluss gehen. Eine Ausnahme soll nur dann gelten, „wenn der Vertretene dem Vertreter für den Abschluss des Rechtsgeschäfts bestimmte Weisungen gegeben und deshalb sein Geschäftswille Abgabe und Inhalt der Willenserklärung des Vertreters entscheidend bestimmt hat“ (BGH, Urt. v. 8.4.2003, XI ZR 193/02; BGHZ 144, 223 (226 ff.); WM 2000, 1247 (1249)).

Weiterhin wurde dann auch die nunmehr entscheidend gewordene Vollmacht in ihrer Rechtswirksamkeit verteidigt. Bei Verstoß des Treuhandvertrages gegen das Rechtsberatungsgesetz, der bisher unbestritten die Nichtigkeit nach sich zog, sollte die Vollmacht nach § 139 BGB davon unberührt bleiben (BGH WM 2001, 2113 (2115)), eine Entscheidung die inzwischen vor allem auch auf Druck der abweichenden anderen Senate des BGH (II. Senat WM 2003, 247 (249); IV. Senat Urt. v. 26.3.2003, IV ZR 222/02, S. 6 f.; III. Senat WM 2001, 2260 (2261)) korrigiert wurde (BGH, Urt. v. 8.4.2003, XI ZR 193/02; BGH WM 2003, 918 (919 f.)).

Gleichwohl wird die Vollmacht trotz Nichtigkeit nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht, bei der der Verbraucher es wissend habe geschehen lassen, dass der Bank die Vollmacht vorgelegt wurde, oder wenn dies nicht anzunehmen ist, nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsscheinhaftung in bezug auf den Kreditgeber als wirksam angesehen. Dies gebiete der Schutz des gutgläubigen Vertragspartners. Eine Ausnahme gelte allerdings dann, wenn sich bereits aus der Vollmachtsurkunde der Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz ergäbe (BGH BKR 2003, 456). Dass damit zugleich ein Hinweis auf zukünftige Vollmachtsgestaltungen gegeben wurde, bei denen getrennte Vollmachten für jedes einzelne Geschäft die Wirksamkeit bedingen würden, schafft entsprechende Umgehungsmöglichkeiten. Zudem wird die Praxis der massenhaften Finanzierung von Erwerbmodellen mit dem Bild von der gutgläubig betrogenen Bank durch kenntnisreiche und Sachverständige Verbraucher überstrapaziert.

Die Rechtsprechung des BGH ist in mehrfacher Hinsicht von den anderen Senaten des BGH, vom Gesetzgeber sowie vom Europäischen Gerichtshof korrigiert worden.

/...8

Die Auffassung zur Widerrufsfreiheit von Haustürgeschäften im Immobiliarkredit ist vom EuGH (EuGH C-45/96 NJW 1998, 1295; dazu die Literatur bei Rn 175) als mit der Richtlinie nicht vereinbar zurückgewiesen worden. Zugleich wurden auch die gesetzgeberischen Fristen von 6 Monaten bei Fehlen der Widerrufsbelehrung, mit denen der Widerruf Erwerbmodelle praktisch unmöglich wurde, moniert. Die Einschränkungen bei Verstößen gegen das Rechtsberatungsgesetz wurden aufgegeben und der Gesetzgeber ordnete an, dass die Vollmacht die Angaben des § 492 BGB enthalten müssen, wobei allerdings die notarielle Vollmacht weiterhin ausgenommen wurde.

In der mit Spannung erwarteten Reaktion des Bundesgerichtshofes darauf, dass die von ihm in ständiger Rechtsprechung zurückgewiesenen Angriffe auf die Erwerbmodelle letztlich Erfolg haben sollten, schloss der BGH unter Zurückweisung der Kritik (Derleder, ZBB 2002, 202 (208 f.); Hoffmann, ZIP 2002, 1066; Fischer, DB 2002, 1266 (1267); Rörig, MDR 2002, 894 (895); Tonner, BKR 2002, 856 (859 f.); dafür Ulmer, ZIP 2002, 1080 (1083); Lange, EWiR 2002, 523 (524); Rohe, BKR 2002, 575 (577); Knott, WM 2003, 49 (51 f.)) den Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Erwerbmodellen und darüber hinaus sogar bei allen Immobiliarkrediten praktisch aus, indem er das subjektive Wissen der rechtlichen Trennung der wirtschaftlichen Einheit überordnete und daher trotz der EuGH-Entscheidung seine entsprechende Rechtsprechung auch bei Haustürkrediten fortsetzte (BGH NJW 2003, 1390; 2002, 1881).

Somit gibt es praktisch bei finanzierten Erwerbmodellen und nach dem Wortlaut wohl auch für alle Immobilienkredite nach dieser Rechtsprechung kein praktikables Haustürwiderrufsrecht, weil der eigentliche Grund des Widerrufs, die Unwirksamkeit der Kapitalanlage, hierdurch nicht erreicht werden kann und der Phyrus-Sieg vor dem europäischen Gerichtshof und beim Gesetzgeber den Anlegern wenig nützt (Hoffmann, ZIP 2002, 1066 (1067); Derleder, ZBB 2002, 202 (208)). Sie, die in vielen Fällen bereits insolvent waren, können nun den Kredit widerrufen. Das dafür notwendige Rückzahlungskapital können sie jedoch nicht wiedererlangen.

Die gesamte Entwicklung der Rechtsprechung des XI. Senats zu den Erwerbmodellen dürfte einzigartig in der Nachkriegsgeschichte sein und seine Parallelen allenfalls in der Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts haben. Verbraucheranwälte scheinen nach jeder für unwirksam erklärten Klausel der Rechtsprechung hinterherzulaufen, wie es sonst die Gerichte bei den sich verändernden AGB der Anbieter tun müssen. In dieser für den unbeteiligten Beobachter eher bipolaren Situation haben Anlegeranwälte die personale Nähe und vor allem die Präsenz des für die Finanzierung der Erwerbmodelle der beklagten Großbank verantwortlichen Syndikus in der mit Senatsmitgliedern gemeinsam verantworteten Literatur gerade zu diesem Thema sowie seine Berücksichtigung in den Zitaten sowie die Verlautbarungen von Senatsmitgliedern auf Veranstaltungen der Kreditgeber zu Unrecht als Befangenheit gewertet. Es handelt sich hier nicht um Rechts- sondern um Stilfragen der richterlichen Unabhängigkeit, die in anderen Ländern anders gehandhabt werden.

In der Sache ist der BGH aber durchaus nicht alleine, sondern wird von einem großen Teil der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur unterstützt. Der Grund dafür liegt in einer Fehlallokation juristischen Bewertungspotenzials aus dem Kreditbereich im Anlagebereich. In dieser Richtung sollte auch die Lösung angedacht werden.

/...9

C Lösungsansatz

C.I Lösung im Verbraucherdarlehensrecht

Finanzierte Erwerbermodelle bestehen aus Krediten und Kapitalanlagen. Soweit es nur um die Kredite geht, finden die Vorschriften über das Verbraucherdarlehen mit den für Immobilienkredite geltenden Ausnahmen Anwendung. Dies ist im Gesetz eindeutig so geregelt, obwohl der Sinn des Gesetzes, den Verbrauch und vor allem das Einkommen der Verbraucher zu schützen damit nicht mehr getroffen wird.

Der Gesetzgeber ebenso wie der Richtliniengeber haben solche investiven Anlagekredite nicht erfassen können, weil die Abgrenzung nach der Gewerbsmäßigkeit ebenso wenig greift wie die Annahme, Kapitalanlagen ergäben sich nur in Wertpapieren. Allein der Unterschied zwischen offenem (Wertpapier) und geschlossenem (Unternehmensbeteiligung) Immobilienfonds sollte die Problematik deutlich machen.

Die weitere Abgrenzung nach der bestellten Sicherheit ist, wie das Gesetz selber mit seinem Rekurs auf die üblichen Bedingungen einräumt, weiter zufällig und lädt zur Umgehung ein. Insgesamt schießt damit in der Tat das Verbraucherkreditrecht über seinen Rahmen hinaus und wird damit auch zugunsten der Verbraucher teleologisch „umgangen“. Die Rechtsprechung, die dies atmosphärisch erfasst, verschlechtert mit ihren Versuchen der teleologischen Reduktion zugleich insgesamt die Stellung von Verbrauchern nicht nur, wo Immobilienkredite dem Erwerb von selbstgenutzten Wohnungen und damit Konsumzwecken dienen und ihr Tilgung aus dem Einkommen erfolgt sondern auch dort, wo es um den lebensnotwendigen Ratenkredit für geringwertige Konsummöglichkeiten geht. Wenn Gebrauchtwagenfinanzierer oder Kreditkartenemittenten etwa die Vollmachtsrechtsprechung sorgfältig umsetzen, sind sie weitgehend vom Verbraucherschutz befreit.

Verbraucherschutzrecht sollte nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des § 506 2 BGB effektiv gestaltet bleiben. Informiert wird die Person des Verbrauchers. Dort sind die Rechte als höchstpersönliche Rechte verankert und sollten dort auch allen Versuchen widerstehen, mit Trennungskonstruktionen diesen Schutz zu umgehen.

Insofern muss es auch de lege lata bei der Widerrufsmöglichkeit bleiben. Allerdings ist das Konzept des verbundenen Geschäfts ernst zu nehmen. Danach kommt es für die Auswirkungen des Einwendungsdurchgriffs darauf an, in welche Richtung ein Finanzdienstleistungsprodukt geht. Per saldo kann wirtschaftlich eine Finanzdienstleistung entweder nur als Anlage, die auf der Seite des Verbrauchers einen Überschuss erwirtschaften soll oder als Kredit, der zusätzliches Kapital für die Zinsen benötigt, eingeordnet werden. So wie es sich bei den Kombinationskrediten mit endfälliger Tilgung um ein Kreditgeschäft handelt, so handelt es sich dann bei den Erwerbermodellen per saldo um eine Anlage. Diese Einordnung entscheidet auch über das Risiko des Wertverlustes, das beim Kredit bei der Bank, bei der Anlage beim Anleger liegt. Daher ist dem BGH zuzugeben, dass die Verbindung beider Geschäfte zueinander nicht dazu führen kann, dass das im Kreditgeschäft gegebene Widerrufsrecht des § 495 BGB sich letztlich als Widerrufsrecht für eine Kapitalanlage erweist, das es aus guten Gründen bei keiner normal abgeschlossenen Kapitalanlage gibt.

Im übrigen sollte der Gesetzgeber den Anlegerschutz verbessern, die Lücken in der Aufsicht schließen und dabei die Finanzierung von Anlagen als besonderes Gefährdungspotenzial der spekulativen Überschuldung in besonderer Weise mit Aufklärungs- und adäquaten Überlegungspflichten versehen. Dann können sie ebenso aus dem Verbraucherdarlehensrecht herausgelöst werden, wie die Einfügung der der Kredittilgung dienenden Kapitalanlagen in dieses

/...10

Rechtsgebiete durch die neuere Rechtsprechung sowie den Vorschlag der EU-Kommission vorgesehen ist.

C.II Lösung im Haustürwiderrufsrecht

Ergibt sich somit bei Erwerbermodellen kein effektives Widerrufsrecht nach § 495 BGB, so greifen gem. § 312 a BGB bei diesen finanzierten Geschäften die Regeln des § 312 BGB wieder ein. Bei den Haustürwiderrufsgeschäften ist danach die Haustürwiderrufsrichtlinie der Maßstab. Sie ist effektiv umzusetzen, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob das „andere Widerrufsrecht“ aus Gründen der Fristversäumung oder aus objektiven Fristen wie etwa der Sechsmonatsfrist in § 4 II FernUSD (dazu Wildemann, VuR 2003, 90 (91)) nachträglich aufgehoben wird. Diese Effektivität ist durch die deutsche Rechtsprechung zu Erwerbermodellen bisher nicht gewährleistet (Reich, EuZW 2002, 87). Effektiv ist das Widerrufsrecht erst, wenn es nicht durch Vollmachtenkonstruktionen umgangen und nicht wirtschaftlich durch die Trennung vom finanzierten Geschäft behindert wird.

Die Haustürwiderrufsrichtlinie unterscheidet nicht zwischen Krediten und Anlagen. In der neuen Kreditrichtlinie ist sogar für Kredite wieder die Nichtigkeit vorgesehen. § 56 I Nr.6 GewO ist weiterhin geltendes Recht und damit in seiner Wertung beachtlich, auch wenn es seiner Sanktionen beraubt wurde. Finanzierte Erwerbermodelle sind dabei auch keineswegs weniger gefährlich als einfache Kapitalanlagen. Sie gehören in keine Haustürsituation. Das Widerrufsrecht und die entsprechenden Belehrungen sind das Mindeste, was getan werden kann, um Verbraucher davor zu bewahren, sich durch vergleichlose Versprechungen in undurchdringliche Vertragswerke unter psychologischem Druck zu begeben.

Ein europarechtlich einwandfreies Verbraucherschutzrecht bei Haustürgeschäften wird unabhängig vom Stellvertretungsrecht dem Verbraucher, der in einer Haustürsituation angesprochen und geworben wurde, ein Widerrufsrecht der Kapitalanlage einräumen müssen, auch wenn nur der Kredit auf diese Weise erreicht wurde, weil es bei verbundenen Geschäften in dieser Situation gleichgültig ist, an welcher Stelle der Zwang zum Gesamtgeschäft entstand (zutreffend LG Bremen WM 2002, 1450; vgl. auch Derleder, ZBB 2002, 202; Tonner, BKR 2002, 856; Reich EuZW 2002, 87; Wildemann, VuR 2003, 91 (93)).

(Der Beitrag erscheint Ende 2003 im Handbuch für Bankrecht im Springer-Verlag. Seine Mitteilung dient nur dem internen Gebrauch)