

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 153

**Die Anwendung
des Einwendungsdurchgriffs
gem. § 359 BGB auf den Beitritt
zu einer Publikumsgesellschaft**

Von

Rainer Bertram



Duncker & Humblot · Berlin

RAINER BERTRAM

Die Anwendung des Einwendungsdurchgriffs gem. § 359 BGB
auf den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Heinrich Dörner Dr. Dirk Ehlers Dr. Ursula Nelles

Band 153

Die Anwendung
des Einwendungsdurchgriffs
gem. § 359 BGB auf den Beitritt
zu einer Publikumsgesellschaft

Von

Rainer Bertram



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 6

Alle Rechte vorbehalten
© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: WB-Druck GmbH & Co., Rieden im Allgäu
Printed in Germany

ISSN 0935-5383
ISBN 3-428-11268-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Wintersemester 2002/2003 als Dissertation angenommen und im November 2003 mit dem Harry-Westermann-Preis ausgezeichnet. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Juni 2002 berücksichtigt. Nach Abschluss des Manuskripts trat das „Gesetz zur Änderung des Rechts zur Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten“ (OLGVertrÄndG) in Kraft. Die Auswirkungen dieses Gesetzes auf die in dieser Arbeit gefundenen Ergebnisse haben für die Drucklegung in einem der Schlussbetrachtung folgenden Ausblick Berücksichtigung gefunden. Die in diesem Ausblick zitierte Literatur befindet sich auf dem Stand Dezember 2002.

Mein herzlicher Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ingo Saenger, für seine uneingeschränkte fachliche und persönliche Betreuung. Diese Arbeit wurden in einer für mich wertvollen und lehrreichen Zeit geschaffen, die ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl verbringen durfte. Das gute Arbeitsklima dort trug maßgeblich zum Erfolg dieser Arbeit bei. Dank gebührt in diesem Zusammenhang auch meinen Kollegen am Lehrstuhl für die zahlreichen anregenden Gespräche. Herrn Professor Dr. Joachim Hennrichs danke ich für die Anfertigung des Zweitgutachtens. Für die sorgfältige und kritische Durchsicht des Manuskripts danke ich Frau Dr. Beate Kamphoff und Frau Ute Vaupel.

Für die Aufnahme der Dissertation in die Fakultätsschriftenreihe „Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft“ gilt mein Dank den Herausgebern, Frau Professorin Dr. Ursula Nelles sowie den Herren Professoren Dres. Heinrich Dörner und Dirk Ehlers. Dem Freundeskreis Rechtswissenschaften e. V. an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster danke ich für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Ganz besonders herzlich möchte ich meinen Eltern, Ruth und Sieghard Bertram, danken, ohne deren liebevolle und in jeder Hinsicht großzügige Unterstützung mein Studium und die Anfertigung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wären. Ihnen widme ich die vorliegende Arbeit.

Münster, im Mai 2003

Rainer Bertram

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	15
I. Gegenstand der Untersuchung	15
II. Gang der Untersuchung	19
III. Behandlung des Neuen Schuldrechts	21

1. Teil

Grundlagen	24
-------------------	----

§ 2 Publikumsgesellschaften	24
I. Begriff	24
II. Unternehmensgegenstände	25
III. Rechtsformen der Publikumsgesellschaft	28
1. Kommanditgesellschaft	28
2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	29
3. Stille Gesellschaft/AG/KGaA/GmbH	31
4. Behandlung von Publikumsgesellschaften	32
IV. Zwischenergebnis	33
V. Beteiligung über Treuhänder	34
1. Treuhandformen	35
a) Vollmachtstreuhand	35
b) Vollrechtstreuhand	35
aa) Eigennützige Vollrechtstreuhand	35
bb) Fremdnützige Vollrechtstreuhand/offene Treuhand	36
2. Rechtsprechung des BGH	38
3. Zwischenergebnis	42
VI. Steuerliche Aspekte bei der Beteiligung an Publikumsgesellschaften	42
1. Art der Einkünfte	43
a) Gewerbliche bzw. gewerblich geprägte Einkünfte	43
aa) Gewerbliche Einkünfte kraft Tätigkeit, § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG	43
bb) Abgrenzung zur Vermögensverwaltung	44
cc) Gewerblich geprägte Einkünfte, § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG	45
dd) Mitunternehmer	45
ee) Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, § 17 EStG	47
b) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, § 21 EStG	47

c) Sonstige Einkünfte, §§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 23 EStG	48
d) Einkünfte aus Kapitalvermögen, § 20 EStG	49
2. Verlustausgleichsbeschränkungen	49
a) § 15 a EStG	49
b) § 2 Abs. 3 EStG	50
c) § 10 d EStG	51
d) § 2 b EStG	51
aa) Hintergrund der Regelung	51
bb) Voraussetzungen	52
e) Hebelwirkung des Fremdkapitaleinsatzes	54
3. Zwischenergebnis	55
§ 3 Schadensersatzansprüche gegen das finanzierende Kreditinstitut	57
I. Wegen Verletzung eines Beratungsvertrags, § 280 Abs. 1 BGB	57
II. Wegen Verletzung von Aufklärungspflichten	58
1. Eigene Aufklärungspflichtverletzung	58
a) Keine Aufklärungspflicht über Risiko der Darlehensverwen-	
dung	59
b) Ausnahmen	60
aa) Wissensvorsprung des Kreditinstituts	60
bb) Überschreiten der Rolle des Darlehensgebers	61
cc) Interessenkonflikt	61
dd) Schaffung eines besonderen Gefährdungstatbestands	62
ee) Erkennbare Geschäftsunerfahrenheit des Darlehensnehmers	62
2. Zurechnung fremder Aufklärungspflichtverletzungen	63
a) Aufklärungspflichtverletzungen	64
aa) Belastungen und Steuervorteile des Anlegers	65
bb) Gesellschafterstruktur	65
cc) Berechnungsbeispiele	66
dd) Mieteinnahmen	66
ee) Abgrenzung zur unvorhersehbaren Fehlspekulation	67
b) Zurechnung des Verhaltens Dritter, § 278 BGB	68
III. Deliktsrechtliche Ansprüche	69
IV. Zwischenergebnis	70

2. Teil

Anwendbarkeit des Einwendungsdurchgriffs gem. § 359 BGB	71
§ 4 Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs	71
I. Einwendungsdurchgriff während der Geltung des AbzG	72
1. Entwicklung des finanzierten Abzahlungskaufs	72
2. Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs durch die Rechtspre-	
chung	74

3. Haltung der Literatur zum Einwendungsdurchgriff	76
a) Trennungstheorien	78
b) Einheitstheorien	81
c) Richterliche Rechtsfortbildung	82
d) Entscheidung des Gesetzgebers für die Trennungstheorie	83
4. Voraussetzungen des Einwendungsdurchgriffs	84
5. Einwendungsdurchgriff und bankfinanzierte Beteiligungen	87
a) Rechtsprechung	87
b) Literatur	88
II. Regelungsversuche bis zum In-Kraft-Treten des VerbrKrG	90
III. Verbraucherkreditrichtlinie und § 9 Abs. 3 VerbrKrG	92
IV. Einwendungsdurchgriff in § 359 BGB	96
§ 5 Anwendungsbereich des Verbraucherdarlehensrechts	99
I. Persönlicher Anwendungsbereich	99
1. Darlehensnehmer (Anleger)	100
a) Gewerbe, Beruf und Existenzgründung	101
aa) Gewerbe	101
bb) Abgrenzung zur privaten Vermögensverwaltung	103
cc) Beruf	104
dd) Existenzgründer, § 507 BGB	105
b) Einordnung des Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft	109
aa) Beteiligung an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft	111
(1) Wortlaut	111
(2) Systematik	112
(3) Historische und teleologische Auslegung	113
(4) Richtlinienkonformität	115
(5) Zwischenergebnis	117
bb) Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft	117
cc) Abschluss von Beitrittsverträgen als Teil einer gewerblichen Tätigkeit	117
dd) Zwischenergebnis	118
2. Darlehensgeber (Kreditinstitut)	119
3. Abschluss des Darlehensvertrags durch einen Vertreter	120
a) Unternehmerisch handelnder Vertreter	121
aa) Rechtsgedanke des § 166 Abs. 1 BGB	121
bb) Teleologische Reduktion der §§ 492, 494 BGB	122
b) Form und Mindestangaben bei Vollmachten gem. § 492 Abs. 4 BGB	123
aa) Rechtslage unter VerbrKrG	124
bb) § 492 Abs. 4 BGB	125
cc) Genehmigung gem. §§ 177, 182 BGB	127

c) Zwischenergebnis.....	128
II. Sachlicher Anwendungsbereich, insbesondere Realdarlehen.....	129
III. Einwendungsdurchgriff gem. § 242 BGB.....	132
1. Literatur.....	133
2. Instanzenrechtsprechung.....	133
3. Rechtsprechung des BGH.....	134
4. Stellungnahme.....	136
5. Zwischenergebnis.....	136
§ 6 Spezieller Anwendungsbereich des Einwendungsdurchgriffs.....	137
I. Persönlicher Anwendungsbereich.....	137
1. Verbraucher.....	138
2. Unternehmer.....	138
a) Vertragspartner beim Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft... ..	140
aa) Rechtsprechung des BGH zum Beitritt zu einer Publikums- gesellschaft.....	140
bb) Einordnung.....	142
b) Einordnung des Vertragsschlusses.....	145
aa) Wortlaut.....	147
bb) Systematik.....	147
cc) Historische Auslegung.....	148
dd) Teleologische Auslegung.....	149
3. Zwischenergebnis.....	151
II. Sachlicher Anwendungsbereich.....	152
1. Wortlaut.....	153
2. Systematik.....	153
3. Historische Auslegung.....	155
4. Teleologische Auslegung.....	156
5. Zwischenergebnis.....	157
III. Verbundene Verträge gem. § 358 Abs. 3 BGB.....	157
1. Darlehen dient der Finanzierung des verbundenen Vertrags.....	158
2. Wirtschaftliche Einheit.....	159
a) Regelbeispiele des § 358 Abs. 3 S. 2 BGB.....	159
aa) Unternehmer finanziert verbundenen Vertrag selbst.....	159
bb) Darlehensgeber bedient sich der Mitwirkung des Unterneh- mers.....	160
b) Indizien zur Bestimmung der wirtschaftlichen Einheit.....	161
c) Objektiver oder subjektiver Maßstab.....	164
aa) Meinungsstand.....	164
(1) Subjektive Sichtweise.....	164
(2) Vermittelnde Position.....	165
(3) Objektive Sichtweise.....	165
(4) Position des BGH.....	166
(5) Zwischenergebnis.....	167

bb) Übertragung auf den bankfinanzierten Beitrittsvertrag	168
IV. Ausnahmetatbestände des § 359 S. 2 BGB	169
V. Zwischenergebnis	169

3. Teil

Einwendungen, die zur Verweigerung der Leistung berechtigen würden 171

§ 7 Einwendungen	171
I. Abstellen auf eine fiktive Rechtslage	172
II. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 142 Abs. 1 BGB . .	173
1. Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 BGB.	174
a) Täuschung über darlehensrelevante Tatsachen	174
b) Täuschung über beteiligungsrelevante Tatsachen	175
c) Zwischenergebnis	178
2. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft	178
a) Problematik der fehlerhaften Gesellschaft	178
b) Dogmatische Begründung der fehlerhaften Gesellschaft	180
aa) Rechtsprechung	180
bb) Literatur	181
c) Voraussetzungen	182
aa) Fehlerhafter Vertrag	183
bb) Gesellschaft in Vollzug gesetzt	184
cc) Keine sonstigen schutzwürdigen Interessen	185
dd) Verbraucherschutz als sonstiges schutzwürdiges Interesse . .	186
ee) Zwischenergebnis	187
d) Rechtsfolgen	188
aa) Personengesellschaften	188
bb) Besonderheiten bei der Publikums-KG	189
cc) Zwischenergebnis	190
3. Zurechnungsfragen	190
a) Keine Zurechnung im Rahmen der c.i.c.	191
b) Gefahr eines „Windhundrennens“	193
c) Stellungnahme	194
d) Zwischenergebnis	196
III. Kündigung des Beitrittsvertrags aus wichtigem Grund	196
1. Kündigungsgrund	196
2. Kündigungsfrist, § 314 Abs. 3 BGB	197
a) Rechtsprechung	199
b) Ermittlung einer angemessenen Frist	200
aa) §§ 20 Abs. 5 KAGG, 12 Abs. 5 AuslInvestmG, 47 BörsG	201
bb) § 124 BGB	201

c) Zwischenergebnis.....	202
3. Kündigungsgegner.....	203
IV. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB (c.i.c.).....	206
1. Allgemeines.....	206
2. Verhältnis der c.i.c. zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .	207
a) Meinungsstand	208
b) Stellungnahme	210
aa) Vorsatzdogma	210
bb) Konkreter Vermögensschaden	211
cc) Wertungswiderspruch zwischen Verjährung und Aus-	
schlussfrist.....	212
dd) § 124 BGB analog.....	213
3. Zurechnung der Aufklärungspflichtverletzung	215
a) Analoge Anwendbarkeit des § 31 BGB.....	215
b) Anwendbarkeit des § 278 BGB.....	217
4. Zwischenergebnis.....	218
V. Prospekthaftung	219
VI. §§ 823 Abs. 2, 826, 831 BGB	221
VII. § 812 Abs. 1, 1. Alt. BGB	223
VIII. Einrede der Verjährung.....	223
1. Rechtslage unter Geltung des § 222 Abs. 1 BGB a.F.	224
2. Rechtslage unter Geltung des § 214 Abs. 1 BGB	225
IX. Zwischenergebnis	226
§ 8 Berechtigung zur Leistungsverweigerung	229
I. Schicksal der Einlageforderung	229
II. Übertragung auf den bankfinanzierten Beitritt	232
1. Einlage durch Verluste gänzlich aufgezehrt	234
2. Einlage durch Verluste teilweise aufgezehrt	234
a) Fiktiver negativer Kapitalanteil	235
b) Fiktiver positiver Kapitalanteil	236
3. Einlage noch vorhanden	236
4. Verweigerung der Einlageleistung im Wege der Arglisteinrede ...	237
a) Meinungsstand	238
b) Stellungnahme	239
5. Zwischenergebnis.....	241
III. Anspruch des Kreditinstituts auf Abtretung des Abfindungsanspruchs.	242
1. Einlage noch vorhanden	242
2. Einlage durch Verluste teilweise aufgezehrt	243
a) Fiktiver negativer Kapitalanteil	243
b) Fiktiver positiver Kapitalanteil	244
3. Zwischenergebnis.....	244
IV. Rückforderung bereits gezahlter Raten	244
1. Rückabwicklung analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB.....	246

2. Rückerstattung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	247
3. Der Rückforderungsdurchgriff gem. § 813 Abs. 1 S. 1 BGB	248
4. Stellungnahme	250
5. Zinsen und Darlehenskosten	251
6. Zwischenergebnis	252

4. Teil

Exkurs Haustürgeschäfte, Schlussbetrachtung und Ausblick 253

§ 9 Bankfinanzierter Gesellschaftsbeitritt und § 312 BGB.	253
I. Widerruf des Beitrittsvertrags	253
1. Allgemeines.	253
2. Gang der Untersuchung	256
3. Widerrufsdurchgriff bei Widerruf des Darlehensvertrags.	257
a) Verhältnis zwischen Verbraucher und Darlehensgeber	257
aa) Beim finanzierten Kaufvertrag	257
bb) Beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt	258
b) Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Unternehmer	259
4. Eigener Lösungsansatz	261
a) Entwicklung	261
b) Rechtsfolgen je nach Vermögenssituation der Publikumsgesellschaft	263
c) Bewertung	264
II. Widerruf des Darlehensvertrags	266
1. Widerruf gem. § 495 Abs. 1 BGB i.V.m. § 355 BGB	266
2. Widerruf gem. § 312 Abs. 1 BGB i.V.m. § 355 BGB	267
III. Zwischenergebnis	267
§ 10 Schlussbetrachtung und Ausblick.	270
I. Schlussbetrachtung	270
1. Zusammenfassung der Einzelergebnisse	270
a) Grundlagen (1. Teil)	270
b) Anwendbarkeit des Einwendungsdurchgriffs gem. § 359 BGB (2. Teil)	272
c) Einwendungen, die zur Verweigerung der Leistung berechtigen würden (3. Teil)	275
d) Bankfinanzierter Gesellschaftsbeitritt und § 312 BGB (4. Teil) .	279
2. Fallbeispiele.	281
a) Einlage durch Verluste aufgezehrt	281
b) Einlage noch teilweise vorhanden, hypothetischer negativer Kapitalanteil	281

c) Einlage noch teilweise vorhanden, hypothetischer positiver Kapitalanteil	282
d) Einlage noch vorhanden	283
3. Fazit	284
II. Ausblick	285
1. Änderungen durch das OLGVertrÄndG	285
a) Das OLGVertrÄndG	285
b) Überblick über die für diese Untersuchung relevanten Änderungen	286
c) In-Kraft-Treten der geänderten Vorschriften	288
2. Anwendung des § 358 Abs. 3 S. 3 BGB auf den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft?	289
a) Sinn und Zweck der Neuregelung	289
b) Direkte Anwendung des § 358 Abs. 3 S. 3 BGB	291
c) Analoge Anwendung des § 358 Abs. 3 S. 3 BGB	291
3. Wegfall des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.	292
4. Bankfinanzierter Gesellschaftsbeitritt und § 312 BGB	293
a) Widerruf des Beitrittsvertrags	293
b) Widerruf des Darlehensvertrags	295
aa) Widerruf gem. § 495 Abs. 1 i.V.m. § 355 BGB	295
bb) Widerruf gem. § 312 Abs. 1 BGB i.V.m. § 355 BGB	296
5. Schlussfolgerungen aus dem Ausblick	297
Literaturverzeichnis	299
Sachwortverzeichnis	319

§ 1 Einführung

I. Gegenstand der Untersuchung

Bankfinanzierte Vermögensanlagen, insbesondere bankfinanzierte Immobilienanlagen, beschäftigen in jüngerer Zeit sowohl Gerichte¹ als auch Literatur². Durch Darlehen finanziert werden neben dem klassischen Erwerb von Häusern und Eigentumswohnungen als Renditeobjekten auch der Erwerb von börsennotierten Aktien und Finanzderivaten, wie z.B. Optionscheinen, sowie von Anteilen an Wertpapier- oder offenen Immobilienfonds, insbesondere aber auch von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds.³

In den letzten Jahren sind in diesem Zusammenhang speziell die fremdfinanzierten Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds, die sich im Laufe der Zeit als nachteilig für den Anleger herausstellten, in den Blickpunkt der Rechtsprechung⁴ und infolgedessen auch der Literatur⁵ gerückt. Diese Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds, die als Publikums-gesellschaften in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR) oder der GmbH & Co. KG organisiert sind, wurden aus steuerlichen Gründen⁶ vor allem seit Beginn der 90er Jahre in großem Umfang

¹ BGH WM 1996, 664; ZIP 1992, 1220 ff.; WM 1991, 85 ff.; OLG Nürnberg MDR 1999, 1452 ff.; OLG Stuttgart WM 1999, 844 ff.; LG München WM 1999, 321.

² Ahr, VuR 2000, 263 ff.; Bruchner, WM 1999, 825 ff.; Erman-Battes, § 276 BGB Rn. 38; Fuellmich/Rieger, ZIP 1999, 427 ff.; Horn, in: FS Claussen, S. 469 ff.; Graf Lambsdorff/Stüsser, VuR 2001, 3 ff.; Köndgen, NJW 2000, 468, 472; Palandt-Heinrichs, § 276 BGB Rn. 30 a ff.; Schimansky/Bunte/Lwowski-Siol, Bd. 1, § 44, Rn. 8 ff.; Singer, ZBB 1998, 141 ff.; Spickhoff/Petershagen, BB 1999, 165, 168; Streit, ZIP 1999, 477 ff.

³ Siehe Übersicht „geschlossene Fonds“, F.A.Z. v. 16.2.2002, S. 25.

⁴ BGH NJW 2000, 3558 ff.; WM 1996, 2100 ff.; OLG Celle ZIP 1999, 1128 ff.; OLG Karlsruhe ZIP 1998, 1711 ff.; OLG München NJW-RR 2000, 624 ff.; DB 2000, 2588 ff.; LG Heidelberg EWIR 1999, § 4 VerbrKrG 3/99; LG Meiningen VuR 2001, 55 ff.; LG Potsdam WM 1998, 1235 ff.; LG Stuttgart WM 2001, 140 ff.

⁵ Edelmann, DB 2000, 2590 f.; Früh, ZIP 1999, 701 ff.; v. Heymann, NJW 1999, 1577 ff.; Horn/Balzer, WM 2000, 333 ff.; Löffack, VuR 2001, 131 ff.; ders., VuR 2001, 282 ff.; Peters, in: FS Schimansky, S. 477 ff.; Wagner, NZG 2000, 169 ff.; H. P. Westermann, ZIP 2002, 189 ff.; 240 ff.

⁶ Insbesondere aus steuerlichen Gründen aufgrund hoher Verlustzuweisungen bei Anlagen in den neuen Bundesländern, siehe Gesetz über Sonderabschreibungen und Abzugsbeträge im Fördergebiet (Fördergebietsgesetz) v. 23.9.1993, BGBl. I 1993,

vertrieben und erfreuten sich dabei großer Beliebtheit.⁷ Geschlossene Immobilienfonds konnten in den 90er Jahren Nettozuflüsse von bis zu 12,42 Mrd. DM pro Jahr verzeichnen.⁸

Der Gegenstand dieser Untersuchung resultiert aus einer heute sehr verbreiteten, in hoher Zahl bei den Gerichten anhängigen Problematik. Anleger, die häufig ein nur geringes oder mittleres Einkommen beziehen, werden am Arbeitsplatz oder in ihrer Wohnung durch einen Anlagevermittler angesprochen, der für eine bestimmte Kapitalanlage im Interesse des Kapitalsuchenden und mit Rücksicht auf die von diesem versprochene Provision den Vertrieb übernommen hat⁹, und treten daraufhin einem geschlossenen Immobilienfonds bei. Zur Finanzierung ihrer Einlage erhalten die Anleger Darlehen von Kreditinstituten, wobei auch die Darlehensverträge durch Anlagevermittler vermittelt werden. Das Motiv der fremdfinanzierten Anlage ist die Vorstellung, diese könne ohne nennenswertes, manchmal sogar ganz ohne Eigenkapital aus den Einnahmen der Gesellschaft und Steuervorteilen finanziert werden. Die Rückzahlung des Darlehens und die Erbringung der Zinsen soll allein durch Einnahmen und Steuervorteile der Anlage möglich sein.¹⁰ Die Darlehensverträge werden mit verschiedenen, durchaus renommierten Kreditinstituten abgeschlossen. Der Vermittler führt vielfach keine auf ein bestimmtes Kreditinstitut weisende Vertragsformulare mit sich und weiß auch manchmal gar nicht, welches Kreditinstitut hierfür in Betracht kommt. Die Darlehensverträge kommen später durch die Annahmeerklärung des Kreditinstituts auf dem Darlehensantrag des Anlegers ohne direkten Kontakt der Vertragspartner zustande.

Die Anleger erhalten ausführliche Prospekte mit eingehenden Beschreibungen des Anlageobjekts und seiner Kosten, zumeist mit Berechnungsbeispielen für die erwarteten Steuervorteile, Angaben über Mietgarantien, häufig auch eine mehr oder weniger ausführliche Darstellung der Chancen und

S. 1654 ff.; zuletzt geändert durch Art. 129 der Siebten Zuständigkeitsanpassungsverordnung v. 29.10.2001, BGBl. I 2001, S. 2785 ff.

⁷ Assmann/Schütze-Strohen, § 20 Rn. 214 ff.; Horn/Balzer, WM 2000, 333; Loipfinger, 6 ff.; Loritz, BB 2000, Beilage 11, 2 f.; Loritz/Wagner, Bd. 2 Rn. 27 ff.; Wagner, BB 2000, Beilage 11, S. 9, 12 f.; Zitelmann, Die Bank 2000, 254, 255.

⁸ Loipfinger, S. 6 ff.; Zitelmann, Die Bank 2000, 836, 837.

⁹ Eingehend insbesondere zum Begriff des Anlagevermittlers Assmann, ZIP 2002, 637, 638 und Frisch, ZfIR 2001, 873, 875. Demgegenüber spricht man von einem Anlageberater, wenn der Kapitalanleger über keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse verfügt und deswegen einen unabhängigen, individuellen Berater zu Rate zieht.

¹⁰ Die Werbung für diese Anlagen liegt dabei zumeist in den Händen von sog. Strukturvertrieben, einer straff organisierten und hierarchisch aufgebauten Vertriebsform, die mit dem Initiator des Fonds in Verbindung stehen. Eine plastische Darstellung des Strukturvertriebs findet sich bei Fuellmich/Rieger, ZIP 1999, 427, 430.

Risiken der Anlage. Auch auf gewisse Unsicherheiten hinsichtlich des Betriebs des Anlageobjekts und dessen Veräußerung wird hingewiesen. In variierender Deutlichkeit ist den Prospekten auch zu entnehmen, dass ein nicht geringer Prozentsatz der von den Anlegern aufgebrachten Mittel für den Vertrieb und den Initiator vorgesehen ist. Die Widerrufsbelehrungen nach den Vorschriften über Verbraucherdarlehen (§ 495 i.V.m. § 355 BGB) sind durchweg in Ordnung. Die Darlehen werden durch Abtretungen oder Verpfändungen von Sparguthaben oder Ansprüchen aus Lebensversicherungen bzw. durch Verpfändung der erworbenen Gesellschaftsanteile besichert.¹¹ Oftmals wird in die Beteiligung an einem Immobilienfonds ein Treuhänder eingeschaltet.¹² Die Darlehen werden ebenfalls über den Treuhänder valutiert.

Mehrere Jahre nach dem Abschluss der Verträge müssen die Anleger erkennen, dass sich ihre Renditeträume nicht realisieren. Ihre Erwartungen werden in zahlreichen Fällen enttäuscht, denn eine Vielzahl der aufgelegten Fonds können ihre Ziele nicht erreichen. Dies hat verschiedenste Gründe, wie z.B. die Situation des Marktes für Büroräume, die allgemeine konjunkturelle Situation sowie steuerliche Probleme oder aber konzeptionsbedingte Schwierigkeiten, die zur Folge haben, dass die prospektierten Erträge nicht erwirtschaftet werden können.¹³ Dies wirkt sich umso verheerender aus, weil seit Ende der 80er Jahre ein immer größerer Kreis von Anlegern angesprochen wurde, der nur über mittlere, teils auch nur über geringe Einkommen verfügt und Verbindlichkeiten deswegen selten aus anderen Einnahmequellen als den erwarteten Erträgen aus den Fonds bedienen kann.¹⁴

Teilweise aufgeschreckt von Nachrichten über Strafverfahren gegen den Fondsinitiator und Vertreiber der Anlage¹⁵, aber immer in der Erkenntnis, dass das Finanzierungskonzept nicht wie erwartet aufgeht (was sich spätestens nach Ablauf der Mietgarantien zeigt¹⁶), sehen sich die Anleger nicht nur mit dem Fehlschlag ihrer Investition, sondern auch mit dem Rückzahlungsbegehren des darlehensgebenden Kreditinstituts konfrontiert. Folglich versuchen sie, gegen die Darlehensverträge unter dem Aspekt der arglistigen Täuschung oder c.i.c. vorzugehen.¹⁷

¹¹ Siehe beispielsweise *OLG Stuttgart* ZIP 2000, 2295 ff.

¹² Siehe nur der dem Urteil des *BGH* NJW 2000, 3558 ff. zugrunde liegende Sachverhalt.

¹³ Zu den Gründen für das Scheitern von Immobilienfonds ausführlich *Wagner*, NZG 1998, 289 ff.; *ders.* NZG 1999, 229 ff.; *ders.* NZG 2000, 169 ff.

¹⁴ v. *Heymann*, Bankenhaftung, S. 2; *Horn/Balzer*, WM 2000, 333; *Köndgen*, NJW 2000, 468, 472.

¹⁵ So in dem dem Urteil des *OLG Celle* ZIP 1999, 1128 ff. zugrunde liegenden Sachverhalt.

¹⁶ So in dem dem *OLG Stuttgart* ZIP 2001, 692 ff. zugrunde liegenden Sachverhalt.