

Rechtsanwalt und Notar Dr. Klaus – R. Wagner*

Zur These des BGH über fehlende Aufklärungspflichten objektfinanzierender Kreditinstitute gegenüber GbRs bzw. deren Anleger-Gesellschaftern i.S. fehlender Anschlussförderung

Der XI. Zivilsenat des BGH verneint eine Aufklärungspflicht objektfinanzierender Kreditinstitute, weil gegenüber GbR-Fonds und deren Anleger-Gesellschafter keine Aufklärungspflichten bestehen könnten. Dies ist insbesondere vor der jüngsten Rechtsprechung des II. Zivilsenates des BGH vom 22.03.2010 zu hinterfragen, in welcher dieser i.S. eines fehlenden Anspruchs auf Anschlussförderung Aufklärungspflichten von Prospektherausgebern bejahte. Ist es insbesondere aus Sicht betroffener Anleger-Gesellschafter sachgerecht, bei Aufklärungspflichtverletzungen Prospektherausgeber gegenüber Anleger-Gesellschaftern von GbR-Fonds haften zu lassen, objektfinanzierende Kreditinstitute dagegen trotz verletzter Aufklärungspflichten (Wissensvorsprung, Interessenkollision) nicht, nur weil es sich um Anleger-Gesellschafter von Fonds-GbRs handelt, während diese Anleger-Gesellschafter gleichzeitig diesen Kreditinstituten existentiell in unbegrenzter Höhe gemäß §§ 128, 130 HGB haften sollen ?

I. Einleitung

Das Land Berlin förderte ab 1972 den sozialen (Miet-) Wohnungsbau auf diversen Förderwegen. Dazu war eine 15 jährige Grundförderung vorgesehen, der sich eine weitere 15-jährige Anschlussförderung hätte anschließen können. In Nr. 1 Abs. 2 Satz 4 und 5 der Anschlussförderung RL 1996 hieß es jedoch: „Ein Anspruch des Antragstellers auf Gewährung der Zuwendungen besteht nicht. Vielmehr entscheidet die Bewilligungsstelle aufgrund ihres pflichtgemäßen Ermessens im Rahmen der verfügbaren Mittel.“⁽¹⁾ Und auch das BVerwG lehnte in seiner Entscheidung vom 11.05.2006⁽²⁾ die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen auf Gewährung der Anschlussförderung ab. In Anbetracht dessen iudizierte der II. Zivilsenat des BGH am 22.03.2010, über den fehlenden Anspruch auf Anschlussförderung hätte seitens der Prospektherausgeber von Anfang an aufgeklärt werden müssen; dies nicht getan zu haben, begründe einen Prospekthaftungstatbestand, über den auch der Einwand eines Rechtsirrtums nicht hinweghelfe. Dies legt die Frage nahe, ob dann nicht auch objektfinanzierende Kreditinstitute hätten von Anfang an aufklären müssen, als sie Objekt-Finanzierungen in zigfacher Millionenhöhe mit einer Laufzeit über 25 – 30 Jahren gewährten, weil nur bei einer Mindestlaufzeit von 25 Jahren seitens dieser Kreditinstitute eine Steuergutschrift in Höhe von 20 % des hingegebenen Darlehens geltend gemacht werden konnten (§ 17 Abs. 2 BerlinFG in der ab 28.06.1991 geltenden Fassung). Denn eine Aufklärungspflicht hätte für diese Kreditinstitute wegen Wissensvorsprunges (betreffend den fehlenden Anspruch auf Anschlussförderung) und Interessenkollision (betreffend die nicht unerhebliche Steuergutschrift) nahegelegen. Sie klärten aber darüber nicht auf. Und während der II. Zivilsenat des BGH in seinen Entscheidungen vom 22.03.2010 für Prospektherausgeber einen Pro-

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Notar in eigener Praxis in Wiesbaden.

- 1) Nachweis bei BVerwG 11.05.2006 – 5 C 10/05, NVwZ 2006, 1184
- 2) BVerwG 11.05.2006 – 5 C 10/05, NVwZ 2006, 1184

spekthaftungstatbestand annahm,³⁾ bewahrte der XI. Zivilsenat des BGH objektfinanzierende Kreditinstitute vor Haftungsinanspruchnahmen wegen unterlassener Aufklärungen trotz Fällen des Wissensvorsprunges und der Interessenkollision mit der nicht näher begründeten Behauptung, objektfinanzierende Kreditinstitute seien generell gegenüber GbRs und deren Anleger-Gesellschafter nicht aufklärungspflichtig gewesen, so daß es auf die Frage, ob eine Aufklärungspflichtverletzung vorgelegen habe, nicht ankomme. Damit werden Anleger-Gesellschafter von GbR-Fonds gegenüber Haftungsinanspruchnahmen (§§ 128, 130 HGB) durch objektfinanzierenden Kreditinstituten sowohl auf der Einwandebene wie auch bezüglich möglicher Aufrechnungen wegen Schadensersatzansprüchen aufgrund von Aufklärungspflichtverletzungen rechtlos gestellt,⁴⁾ während gleichzeitig diese Anleger aufgrund rückwirkend aufgehobener Vertrauensschutzrechtsprechung des BGH existentiellen Haftungsprozessen bzw. Haftungsinanspruchnahmen ausgesetzt sind.⁵⁾ Im folgenden soll daher zweierlei untersucht werden: Einerseits soll die Fragwürdigkeit der Rechtsprechung des XI. Senates des BGH aufgezeigt werden. Und andererseits soll die verfassungsrechtliche Frage angesprochen werden, inwieweit die Rechtsprechung des XI. Senates des BGH mit Art. 3 Abs. 1 GG im Einklang steht, wenn Aufklärungspflichten mit Haftungsfolgen bei unterlassener Aufklärung zwar bei Prospektherausgebern seitens des BGH bejaht werden, bei objektfinanzierenden Kreditinstituten aber zu Lasten von Anlegern verneint werden.

II. Zur Prospektaufklärungspflicht betreffend den fehlenden Anspruch auf Anschlussförderung (II. Zivilsenat des BGH)

In vielzähligen Entscheidungen vom 22.03.2010 hat der II. Zivilsenat des BGH auf das hingewiesen, was allgemein zwar bekannt ist, jedoch in Entscheidungen der Instanzgerichtsbarkeit, insbesondere in Berlin, immer wieder ausgeblendet wird: Die „Anschlussförderung war ein für die Rentabilität“ der Berlin-Fonds wesentlicher Umstand. Ohne Anschlussförderung hätte sich kein Investor an Berlin-Fonds beteiligt, weil „nach Ablauf der 15-jährigen Grundförderung die dann noch verbleibende Kostenmiete für Wohnungen dieses Marktsegments nicht zu erzielen gewesen wären.“⁶⁾ Daß auf die Anschlussförderung von Anfang an kein Rechtsanspruch bestand,⁷⁾ stellte – so der BGH⁸⁾ – die Überlebensfähigkeit von Fonds grundsätzlich in Frage. Und folglich gelte die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, daß Anleger sich nicht beteiligt hätten, wenn sie

3) Zur weiteren Anspruchsgrundlage des §§ 823 Abs. 2 BGB, 264a StGB siehe *Wagner NZG 2010, 696*

4) Wegen Verjährungsfragen siehe § 215 BGB

5) Dazu *Wagner/Loritz WM 2009, 2149*

6) BGH 22.03.2010 – II ZR 66/08, NZG 2010, 709, Rdn. 15. Ferner BGH 22.03.2010 – II ZR 162/08, BeckRS 2010, 12335 Rdn. 16; BGH 22.03.2010 – II ZR 168/08, BeckRS 2010, 12337 Rdn. 16; BGH 22.03.2010 – II ZR 178/08, BeckRS 2010, 12400 Rdn. 16; BGH 22.03.2010 – II ZR 181/08, BeckRS 2010, 12338 Rdn. 16; BGH 22.03.2010 – II ZR 184/08, BeckRS 2010, 12340 Rdn. 15; BGH 22.03.2010 – II ZR 185/08, BeckRS 2010, 12341 Rdn. 15; BGH 22.03.2010 – II ZR 193/08, BeckRS 2010, 12342 Rdn. 16; BGH 22.03.2010 – II ZR 198/08, BeckRS 2010, 12398 Rdn. 15; BGH 22.03.2010 – II ZR 203/08, BeckRS 203/08, BeckRS 2010, 12343 Rdn. 20; BGH 22.03.2010 – II ZR 215/08, BeckRS 2010, 12344 Rdn. 16; BGH 22.03.2010 – II ZR 3/09, BeckRS 2010, 12399 Rdn. 15. Dazu *Wagner NZG 2010, 696*

7) BVerwG 11.05.2006 – 5 C 10/05, NVwZ 2006, 1184

8) BGH 22.03.2010 – II ZR 66/08, NZG 2010, 709, Rdn. 21

darum gewußt hätten.⁹⁾ Dem könne z.B. seitens des Prospektherausgebers nicht eigener Rechtsirrtum entgegengehalten werden, denn ein Rechtsirrtum könne dann nicht entgegengehalten werden, wenn mit einer anderen Beurteilung durch Gerichte gerechnet werden müsse, was auf der Grundlage der Aussagen des BVerwG durchaus der Fall gewesen sei.¹⁰⁾

III. Keine Aufklärungspflicht für objektfinanzierende Kreditinstitute betreffend den fehlenden Anspruch auf Anschlussförderung und eigene Steuervorteile bei der Kreditgewährung (XI. Zivilsenat des BGH)

Der XI. Zivilsenat des BGH iudiziert, objektfinanzierende Kreditinstitute seien gegenüber GbRs nicht aufklärungspflichtig¹¹⁾ und die Instanzgerichtsbarkeit in Berlin schließt sich dem kritiklos an.¹²⁾ Also kann es mit dieser Rechtsprechung auch zu keinen Aufklärungspflichtverletzungen objektfinanzierender Kreditinstitute gegenüber Anleger-Gesellschaftern von Fonds-GbRs kommen. Eine nachvollziehbare Begründung für diese Rechtsprechung fehlt allerdings. Und so werden alleine schon mit dieser Kurzbegründung Schadensersatzansprüche betroffener Kapitalanleger von Berlin-Fonds gegen objektfinanzierende Banken abgewiesen,¹³⁾ während gleichzeitig solche an GbR-Fonds beteiligte Kapitalanleger gegenüber objektfinanzierende Banken aufgrund rückwirkender Änderung der Vertrauensschutzrechtsprechung des II. Zivilsenates des BGH in existentieller Höhe haften.¹⁴⁾ Die nicht näher begründete These des XI. Senates des BGH, objektfinanzierende Banken seien gegenüber Fonds-GbRs schon deshalb nicht aufklärungspflichtig, weil es sich um GbRs gehandelt habe, weshalb auch keine Aufklärungspflichten gegenüber an Fonds-GbRs beteiligten Anleger-Gesellschaftern bestünden, gilt es nachfolgend zu hinterfragen. Dabei ist zu differenzieren, denn die Frage, ob eine Fonds-GbR und deren Anlegergesellschafter *Adressaten* von Aufklärungspflichten sein kann, ist grundlegend von der anderen Frage zu unterscheiden, was *Inhalt* von Aufklärungspflichten sein kann.

1. ... vor dem 29.01.2001

Vor dem 29.01.2001 war die GbR weder rechts- noch subjektfähig. Soweit mithin objektfinanzierende Kreditverträge von Kreditinstituten mit GbRs abgeschlossen wurden, war nicht die GbR Vertragspartner, sondern es waren die natürlichen Personen bzw. Anleger Vertragspartner (vertikale Rechtsbeziehungen), die sich lediglich untereinander in einer gesamthänderischen Bindung befanden (horizontale Rechtsbeziehungen).¹⁵⁾ Auch die Gesamthand als solche war nicht Vertragspartner, da auch das Konstrukt der Gesamthand nicht rechts-/subjektfähig war, einerlei, ob man in der Gesamthand eine Zweckgemeinschaft oder eine zweckbezogene Vermögensgemein-

9) BGH 22.03.2010 – II ZR 66/08, NZG 2010, 709, Rdn. 22

10) BGH 22.03.2010 – II ZR 66/08, NZG 2010, 709, Rdn. 711

11) BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 374. Hinweise des BGH in seinen Beschlüssen vom 05.12.2006 – XI ZR 431/04 und XI ZR 306/05

12) KG Berlin 29.06.2010 – 4 U 78/09, NZG 2010, 1265, 1266

13) KG Berlin 29.06.2010 – 4 U 78/09, NZG 2010, 1265, 1266

14) Dazu *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149

15) Anschaulich *K. Schmidt* NJW 2011, 2001, 2002 f. m.w.N.

schaft verstand.¹⁶⁾ Also stellt sich für die vor dem 29.01.2001 von Kreditinstituten mit GbRs geschlossenen Objektfinanzierungsverträge die genauere Frage, ob Kreditinstitute gegenüber diesen natürlichen Personen bzw. Anlegern besondere Aufklärungspflichten hatten oder nicht, so daß dann, wenn solche Aufklärungspflichten bestanden hätten und diesen nicht entsprochen worden wäre, dann besagte Anleger-Gesellschafter Schadensersatzansprüche gegen objektfinanzierende Banken aus cic (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) hätten geltend machen können¹⁷⁾ bzw. zur Aufrechnung stellen können (§ 215 BGB).

Aufklärungspflichten objektfinanzierender Banken gegenüber Anleger-Gesellschaftern von Fonds-GbRs verneint der BGH¹⁸⁾ ohne nähere Begründung und tut dabei bezüglich vor dem 29.01.2001 abgeschlossener Kreditverträge so, als ob schon damals die GbR ein eigenständiges Rechtssubjekt gewesen wäre. Und weil der Objektfinanzierungsvertrag mit der GbR zustande gekommen sei, habe keine Aufklärungspflicht gegenüber deren Anleger-Gesellschafter bestanden.¹⁹⁾ Und weiter wird in dieser Rechtsprechung ohne jede Begründung einfach iudiziert, irgendwelche Hinweispflichten hätte lediglich die Vertriebsgesellschaft und deren Mitarbeiter getroffen, die im Pflichtenkreis der Fondsinitiatoren tätig gewesen seien.²⁰⁾ Dabei wird keine Begründung gegeben, warum abseits der eigenständig informationspflichtigen Vertriebsgesellschaften und deren Mitarbeiter sowie der Initiatoren eine Informationspflicht von Kreditinstituten gegenüber GbRs entfallen gewesen sein soll. Diese Behauptungen des BGH sind unzutreffend:

Da vor dem 29.01.2001 die GbR noch kein Rechtssubjekt war, waren Kreditnehmer die Anleger-Gesellschafter der GbR in persona, die sich untereinander in gesamthänderischer Bindung zusammengeschlossen hatten. Kreditnehmer war jedoch (zunächst) nicht die GbR als solche. Daß diese Anleger-Gesellschafter untereinander gesamthänderisch gebunden waren, änderte daran nichts. Wenn folglich eine Aufklärungspflicht des objektfinanzierenden Kreditinstitutes gegeben war, dann gegenüber diesen Anleger-Gesellschaftern und nicht gegenüber der als Rechtssubjekt noch nicht existenten GbR, so daß die These des BGH unzutreffend ist, die Aufklärungspflicht gegenüber Anleger-Gesellschaftern einer GbR entfalle schon deshalb, weil der Objektfinanzierungsvertrag mit einer GbR geschlossen worden sei.

An dieser Aufklärungspflicht gegenüber Anleger-Gesellschaftern in der Zeit vor dem 29.01.2001, so sie bestand, änderte sich nicht rückwirkend deshalb etwas, weil der BGH am 29.01.2001 die GbR zum Rechtssubjekt erklärte und diese *Rechtssubjektivität* qua Richterrecht Rückwirkung hat. Denn dadurch verschwand nicht einfach rückwirkend eine geschehene Aufklärungspflichtverletzung des objektfinanzierenden Kreditinstitutes, so eine Aufklärungspflicht bestand und die objektfinanzierende Bank dagegen in der Zeit vor dem 29.01.2001 verstoßen hatte.²¹⁾

16) Dies verkennend KG Berlin 22.06.2009 – 26 U 122/07, Rdn. 22 (Juris); KG Berlin 09.07.2007 – 20 U 179/05, ZIP 2008, 18, 21

17) *Welter/Lang*, Handbuch der Informationspflichten im Bankenverkehr, 2005, Rdn. 1.10.f.

18) BGH 29.09.2009 – XI 179/07, WM 2009, 2210 Rdn. 18

19) BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 374. Hinweise des BGH in seinen Beschlüssen vom 05.12.2006 – XI ZR 431/04 und XI ZR 306/05

20) OLG Karlsruhe 30.03.2011 – 17 U 51/10, WM 2011, 1219, 1223

21) Dies verkennt der BGH in BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 374 und in den Hinweisen des BGH in seinen Beschlüssen vom 05.12.2006 – XI ZR 431/04 und XI ZR 306/05, wenn er dort ausführt, nur die rechtsfähige GbR wäre „Vertragspartnerin der finanzierenden Bank geworden, so dass für sie in Bezug auf die gewor-

Also hängt die Beantwortung der Frage einer Aufklärungspflichtverletzung einer objektfinanzierenden Bank in einer Zeit vor dem 29.01.2001 alleine davon ab, ob die objektfinanzierende Bank eine Aufklärungspflicht gegenüber den Anleger-Gesellschaftern der GbR hatte, gegen die sie verstoßen hatte und kann nicht unabhängig davon schon mit der Behauptung abgetan werden, gegenüber einer GbR habe keine Aufklärungspflicht bestanden, folglich auch nicht gegenüber Anleger-Gesellschaftern der GbR. Und der zwischen dem objektfinanzierenden Kreditinstitut und den Anleger-Gesellschaftern geschlossene Kreditvertrag und seine damit im Zusammenhang stehenden Aufklärungspflichten sind auch vor dem Hintergrund der VerbrRL 93/13/EWG zu würdigen, denn da die Anleger-Gesellschafter Vertragspartner der objektfinanzierenden Bank waren, handelte es sich bei ihnen um Verbraucher (§ 13 BGB) und beim objektfinanzierenden Kreditvertrag um einen Verbrauchervertrag.

Gemäß Erwägungsgrund 20 Satz 2 VerbrRL hätte die objektfinanzierende Bank den Objektfinanzierungsvertrag vor Vertragsabschluss mit allen seinen Vertragsklauseln den Anlegergesellschaftern zur Kenntnis geben müssen, was i.d.R. nicht geschah. Daß die untereinander gesamthänderisch gebundenen Anleger-Gesellschafter sich durch Geschäftsbesorger vertreten ließen, änderte daran nichts. Denn der Erwägungsgrund 20 Satz 2 VerbrRL ist nicht zu entnehmen, daß diese Regelung für Verbraucher dann nicht gelten solle, wenn diesen ein Geschäftsbesorger vorgeschaltet worden sei, den sie zudem nicht selbst ausgewählt hatten. Immerhin geht der EuGH²²⁾ in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß sich der Verbraucher gegenüber dem Gewerbetreibenden in einer schwächeren Verhandlungsposition befindet bzw. einen geringeren Informationsstand hat. Daher stimme der Verbraucher oftmals denen vom Gewerbetreibenden vorformulierten Bedingungen zu, ohne auf diese Einfluss nehmen zu können. Dies würde noch mehr abgeschwächt, wenn der Verbraucher nur deshalb sogar des Transparenzgebotes des Erwägungsgrundes 20 Satz 2 VerbrRL verlustig gehe, nur weil ihm ein Geschäftsbesorger vorgeschaltet worden sei.

2. ... nach dem 29.01.2001

Mit seiner Entscheidung vom 29.01.2011 erklärte der BGH²³⁾ die GbR als rechts- und subjektfähig. Die GbR, die bis dahin als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter angesehen wurde, wurde zum eigenständigen Rechtssubjekt mit eigenem Vermögen (Gesellschaftsvermögen statt Gesamthandsvermögen), womit letztlich auch die GbR als Gesamthandsgemeinschaft als Vermögensgemeinschaft endete und die GbR, soweit sie Grundstückseigentümer war, eigenständiges Grundstückseigentum und kein Gesamthandseigentum mehr hatte. Damit ist seit dem 29.01.2001 die GbR, wenn sie nach dem 29.01.2001 als Kreditnehmer Kunde der Bank aus Anlass eines abzuschließenden Objektfinanzierungsvertrages geworden ist, Adressat von Aufklärungspflichten von Kreditinstituten, so solche bestanden haben bzw. bestehen sollten.

Indem die GbR ab der Entscheidung des BGH vom 29.01.2009 Rechtssubjekt ist, ist sie zugleich auch Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. Folglich würde es sich bei nach dem 29.01.2001 geschlossenen Objektfinanzierungsverträgen zwischen objektfinanzierenden Kreditinstituten und z.B.

benen Gesellschafter von vornherein keine Aufklärungs- oder Hinweispflicht hinsichtlich des Anlageobjekts bestehen konnte ...“.

22) EuGH 03.06.2010 – Rs. C-484/08 (Caja de Ahorros), NJW 2010, 2265 Rdn.27

23) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

Fonds-GbRs um keine Verbraucherverträge i.S.d. § 491 Abs. 1 BGB handeln, so daß bei diesen Verträgen auch nicht ergänzend die VerbrRL zu berücksichtigen wäre.²⁴⁾ Dies ist jedoch umstritten. hat doch der BGH²⁵⁾ entschieden, daß auch bei Vertragsabschlüssen mit einer vermögensverwaltenden GbR das Verbraucherkreditrecht Anwendung finden könne.²⁶⁾ Denn auch die Entscheidung des II. Senates des BGH vom 29.01.2001 zur Rechtsfähigkeit der GbR habe nichts daran geändert, daß eine GbR nicht den Status einer juristischen Person habe. Und auf die gesellschaftsrechtlich verbundene Gruppe als natürliche Personen sei verbraucherkreditrechtlich deshalb abzustellen, weil der Schutzzweck der gesetzlichen Regelung dies gebiete.²⁷⁾

Ob bei seitens einer GbR nach dem 29.01.2001 geschlossenen Objektfinanzierungskreditverträgen das finanzierende Kreditinstitut nur gegenüber der GbR nicht aber gegenüber deren Anlegergesellschaftern aufklärungspflichtig ist, wenn die Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht besteht, ist wie folgt zu beantworten: Es gibt entgegen Behauptungen des XI. Senates des BGH keine Rechtsgrundlage für dessen These, gegenüber einer GbR bestünde seitens einer objektfinanzierenden Bank keine Aufklärungspflicht. Im Gegenteil besteht eine solche sehr wohl auch gegenüber einer GbR, wenn einer der Fälle für Aufklärungspflichten kreditgewährender Banken gegeben ist, wie sie nachfolgend nochmals zusammengefaßt werden. Wenn mithin einer dieser Fälle im Verhältnis einer objektfinanzierenden Bank gegenüber einer GbR im Hinblick auf einen nach dem 29.01.2001 geschlossenen Kreditvertrag gegeben ist, so kann in einem solchen Fall sehr wohl ein Schadensersatzanspruch einer kreditnehmenden GbR gegenüber der objektfinanzierenden Bank bestehen. Und in einem solchen Fall kann dann entgegen der gegenteiligen und ohne Begründung versehenen Behauptung des XI. Senates des BGH²⁸⁾ gemäß §§ 311 Abs. 3, 241 Abs. 2, 282, 280 Abs. 1 BGB sehr wohl ein Schadensersatzanspruch seitens der Anleger-Gesellschafter gegenüber der kreditgebenden Bank aufgrund von Aufklärungspflichtverletzungen der Bank gegeben sein, wenn solche Aufklärungspflichtverletzungen gegeben waren,²⁹⁾ zumal wenn man die Wertungen des BGH aus dessen Entscheidung vom 23.10.2001³⁰⁾ mit einschließt, daß bei GbRs mit Anleger-Gesellschaftern, die Verbraucher sind, diese dann besonders schützenswert seien, wenn mit dem von der GbR aufgenommenen Kredit nach dem Inhalt des Vertrages keine ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit gefördert werden solle.

IV. Rechtsprechung des XI. Zivilsenates des BGH zu Aufklärungspflichten von Kreditinstituten

Man muß unterscheiden zwischen der Frage, weswegen seitens Kreditinstituten zu informieren ist oder auch nicht und der davon zu trennenden Frage, wem gegenüber z.B. ein objektfinanzierendes Kreditinstitut informationspflichtig sein kann.

24) *Edelmann* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 3 Rdn. 19; *Fehrenbacher/Herr* BB 2002, 1006, 1009; *Mülbert* WM 2004, 905, 910; *Wagner* BKR 2003, 649, 651

25) BGH 23.10.2001 – XI ZR 63/01, WM 2001, 2379

26) Nachweise bei *Edelmann* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 3 Rdn. 18 f.; *Welter/Lang*, Handbuch der Informationspflichten im Bankenverkehr, 2005, Rdn. 11.76 bis 2005.

27) BGH 23.10.2001 – XI ZR 63/01, WM 2001, 2379, 2380

28) BGH 15.02.2007 – XI ZR 431/04 (Juris); BGH 26.02.2007 – XI ZR 306/05 (Juris)

29) *Welter/Lang*, Handbuch der Informationspflichten im Bankenverkehr, 2005, Rdn. 1.12 f., 1.17

30) BGH 23.10.2001 – XI ZR 63/01, WM 2001, 2379, 2380

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, daß Kreditinstitute ihre Kunden nur dann über Vor- und Nachteile aufgenommener Finanzierungen und die Kreditverwendung aufzuklären haben, wenn dies vom Kunden ausdrücklich gewünscht wurde.³¹⁾ Ansonsten besteht im Grundsatz keine Aufklärungspflicht über Kreditverwendungsmöglichkeiten, auch und gerade nicht gegenüber Kapitalanlegern von Immobilienkapitalanlagemodellen.³²⁾ Denn dort unterstellt der BGH, daß der Anleger entweder über die notwendigen Kenntnisse bzw. Erfahrungen verfügt oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient.³³⁾ Eine Ausnahme besteht jedoch, wenn (zumindest) einer der folgenden Fälle gegeben ist:³⁴⁾

- (1) Das kreditgebende Kreditinstitut spielt im Zusammenhang mit der Planung, Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts eine Rolle, die über ihre reine Kreditgeberrolle hinausgeht.
- (2) Das kreditgebende Kreditinstitut hat für den kreditkunden einen *besonderen* Gefährdungstatbestand geschaffen oder dessen Entstehung begünstigt.
- (3) Das kreditgebende Kreditinstitut ist in schwere Interessenkonflikte verwickelt.
- (4) Das kreditgebende Kreditinstitut hat bezüglich *spezieller* Risiken eines Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer und kann dies auch erkennen. Jedoch ist eine kreditgebende Bank nicht verpflichtet, aufgrund eigener Nachforschungen sich aktiv einen eigenen Wissensvorsprung erst zu verschaffen.³⁵⁾

Ob mithin eine Aufklärungspflicht eines objektfinanzierenden Kreditinstitutes besteht, hängt vom Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen ab und wird folglich entgegen dem BGH³⁶⁾ nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil Adressat eine GbR bzw. deren Anleger-Gesellschafter waren/sind.

31) So auch OLG Karlsruhe 30.03.2011 – 17 U 51/10, WM 2011, 1219, 1222 f.

32) BGH 18.04.2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245; BGH 27.06.2000 – XI ZR 174/99, WM 2000, 1685; BGH 27.06.2000 – XI ZR 210/99, WM 2000, 1687; BGH 29.06.2010 – XI ZR 104/08, BGHZ 186, 96 Rdn. 19; *Siol* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, Bd. I § 44 Rdn. 20, 28 ff. m.w.N.; *Welter/Lang*, Handbuch der Informationspflichten im Bankenverkehr, 2005, Rdn. 12.3 f., 12.88 f. m.w.N.

33) BGH 16.05.2006 – XI ZR 06/04, BGHZ 168, 1 Rdn. 41. So auch OLG Karlsruhe 30.03.2011 – 17 U 51/10, WM 2011, 1219, 1223

34) BGH 16.05.2006 – XI ZR 06/04, BGHZ 168, 1 Rdn. 41; BGH 19.09.2006 – XI ZR 204/04, WM 2006, 2343; BGH 26.09.2006 – XI ZR 283/03, WM 2006, 2347; BGH 17.10.2006 – XI ZR 205/05, WM 2007, 114; BGH 19.12.2006 – XI ZR 374/04, BKR 2007, 152; BGH 20.03.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876; BGH 26.06.2007 – XI ZR 277/05, WM 2007, 1651; BGH 10.07.2007 – XI ZR 243/05, WM 2007, 1831; BGH 23.10.2007 – XI ZR 167/05, WM 2008, 154; BGH 06.11.2007 – XI ZR 322/03, WM 2008, 115; BGH 22.01.2008 – XI ZR 06/06, BKR 2008, 254; BGH 18.03.2008 – XI ZR 246/06, WM 2008, 971; BGH 18.03.2008 – XI ZR 241/06, BKR 2008, 249; BGH 29.04.2008 – XI ZR 221/07, WM 2008, 1120; BGH 03.06.2008 – XI ZR 319/06, WM 2008, 1346; BGH 03.06.2008 – XI ZR 131/07, WM 2008, 1394; BGH 29.06.2010 – XI ZR 104/08, BGHZ 186, 96 Rdn. 16, 20; OLG Karlsruhe 30.03.2011 – 17 U 51/10, WM 2011, 1219, 1223; *Häuser* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, Bd. I § 83 Rdn. 30 ff. m.w.N.; *von Heymann/Merz*, Bankenhaftung bei Immobilienanlagen, 18. Aufl. 2010, Rdn. 695 ff. m.w.N.; *Welter/Lang*, Handbuch der Informationspflichten im Bankenverkehr, 2005, Rdn. 11.22 und 11.184 und 11.217 f., 12.96 ff. m.w.N.

35) OLG Hamburg 12.09.2001 – 8 U 168/00, WM 2002, 1289, 1293; *Welter/Lang*, Handbuch der Informationspflichten im Bankenverkehr, 2005, Rdn. 12.16

36) BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 374. Hinweise des BGH in seinen Beschlüssen vom 05.12.2006 – XI ZR 431/04 und XI ZR 306/05

Bei den eingangs angesprochenen objektfinanzierenden Kreditverträgen wußten die objektfinanzierenden Kreditinstitute mit ihren Rechtsabteilungen sehr wohl, daß für Kapitalanleger bzw. die geschlossene Immobilienfonds, denen sie angehörten, für diese kein Rechtsanspruch auf Anschlussförderung bestand. Die objektfinanzierenden Kreditinstitute wußten mithin, daß ein Rechtsanspruch nur auf die 15-jährige Grundförderung bestand, nicht aber auf eine sich anschließende weitere 15-jährige Anschlussförderung. Die Anleger wußten dies nicht. Und die objektfinanzierenden Kreditinstitute gewährten gleichwohl Objektfinanzierungen mit einer Laufzeit von 25 – 30 Jahren und wußten, daß dann, wenn die sich an die 15-jährige Grundförderung anschließende weitere 15-jährige Anschlussförderung nicht gewährt würde, die Rückzahlung der Objektfinanzierung nicht mehr gesichert war und sie die Anleger existentiell in die persönliche Haftung nehmen würden. Die Anleger wußten dies nicht. Und die objektfinanzierenden Kreditinstitute wußten, daß dann wenn sie die Anleger über das zuvor Ausgeführte vorab aufklären würden, sich keine Anleger beteiligen würden, die objektfinanzierenden Kreditinstitute dann keine Objektfinanzierungen ausreichen könnten und auch die 20 %-igen Steuervorteile nicht würden in Anspruch nehmen können. Die Anleger wußten auch dies nicht. Die objektfinanzierenden Kreditinstitute hatten mithin einen Wissensvorsprung und befanden sich in einem Interessenkonflikt, der entsprechende Aufklärungspflichten gegenüber Anlegern zur Folge gehabt hätten, die sich in Berlin an geschlossenen Immobilienfonds beteiligten. Aber sie klärten darüber nicht auf. Und Schadensersatzpflichten objektfinanzierender Kreditinstitute wegen Aufklärungspflichtverletzungen in Anbetracht vorhanden gewesener Aufklärungspflichten verhindert der XI. Zivilsenat des BGH³⁷⁾ mit seiner Behauptung, es hätten keine Aufklärungspflichten gegenüber GbRs und deren Anleger-Gesellschaftern bestanden. Diese Rechtsprechung des XI. Zivilsenates des BGH ist mit dem zuvor Ausgeführten nicht nachvollziehbar.

V. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Während mit der Rechtsprechung des II. Zivilsenates des BGH Prospektherausgeber über den nicht vorhanden gewesenen Anspruch auf Anschlussförderung hätten aufklären müssen und wegen unterlassener Aufklärung haften, werden objektfinanzierende Kreditinstitute selbst in Fällen von Wissensvorsprung und Interessenkollisionen vom XI. Zivilsenat des BGH von Aufklärungspflichten freigestellt, wenn Objektfinanzierungsverträge auch vor dem 29.01.2001 angeblich mit GbRs geschlossen wurden, so daß sich für objektfinanzierende Kreditinstitute deshalb keine Haftungsfragen wegen Aufklärungspflichtverletzungen stellen können. Ein mehr als seltsames Ergebnis, denn Rückzahlungsrisiken von Objektfinanzierungen sollen Anleger treffen, die von objektfinanzierenden Kreditinstituten über deren Wissensvorsprünge und Interessenkollisionen im ungewissen gelassen wurden und Anleger mögen sich allenfalls bei Prospektherausgebern erholen, während aufklärungspflichtig gewesene Kreditinstitute haftungsmäßig freigestellt werden, ohne daß es dafür eine nachvollziehbare Begründung gibt.

Eine sachliche Rechtfertigung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG für diese Ungleichbehandlung in der Rechtsprechung zwischen II. Zivilsenat und XI. Zivilsenat des BGH zu Lasten von Anlegern ist

37) BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 374. Hinweise des BGH in seinen Beschlüssen vom 05.12.2006 – XI ZR 431/04 und XI ZR 306/05

nicht erkennbar. Nach der Rechtsprechung des BVerfG³⁸⁾ ist dieses Grundrecht vor allem dann verletzt, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“ Es wird mithin vor dem Hintergrund der aufgezeigten Rechtsprechung des II. Zivilsenates des BGH durch den XI. Zivilsenat des BGH zu klären sein, ob er an seiner hier beanstandeten Rechtsprechung festhalten möchte. Und sollte dies der Fall sein, bleibt die Frage zu klären, ob und inwieweit die hier beanstandete Rechtsprechung des XI. Zivilsenates des BGH einer verfassungsrechtlichen Überprüfung durch das BVerfG stand hält.

38) BVerfG 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72, 88 und Nachweise bei Sachs/*Osterloh*, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rdn. 13 m.w.N. in FN 23