BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 393/02

Verkündet am:
14. Juni 2004
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

RBerG Art. 1 § 1; BGB §§ 134, 171, 172, 812; VerbrKrG § 3 Abs. 2 Nr. 2, §§ 4, 6, 9 in der bis 30. September 2000 geltenden Fassung

a) Die im Rahmen eines geschlossenen Immobilienfonds erteilte Treuhändervollmacht ist gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG nichtig, wenn der Treuhänder zum Abschluß von Verträgen bevollmächtigt wird und dafür keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz hat. Ob dieser Mangel nach §§ 171, 172 BGB oder den Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht geheilt werden kann, bleibt offen.

b) Enthält der zur Finanzierung des Fondsbeitritts geschlossene Kreditvertrag nicht die Mindestangaben nach § 4 VerbrKrG, ist er gemäß § 6 VerbrKrG nichtig. Der Mangel wird jedenfalls dann nicht durch die Auszahlung der Darlehensvaluta an den Fonds gemäß § 6 Abs. 2 VerbrKrG geheilt, wenn der Fondsbeitritt und der Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9

VerbrKrG bilden. Dafür reicht es aus, daß sich der Fonds und die Bank derselben Vertriebsorganisation bedient haben.

c) Die Anwendbarkeit des § 9 VerbrKrG ist nicht gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausgeschlossen, wenn der Kredit zwar durch ein Grundpfandrecht gesichert ist, dieses Grundpfandrecht aber schon bestellt war, als der Anleger dem Fonds beitrat.

d) Fehlt es danach an einem wirksamen Kreditvertrag, schuldet der Anleger nicht die Rückzahlung der Darlehensvaluta, sondern hat der Bank nur seinen Fondsanteil zu übertragen. Umgekehrt hat ihm die Bank die geleisteten Zins- und Tilgungsraten abzüglich der vereinnahmten Erträgnisse zurückzuzahlen.

e) Wenn der Anleger darüber hinaus bei dem Fondsbeitritt getäuscht worden ist, kann er die ihm gegen die Gründungsgesellschafter und die sonst für die Täuschung Verantwortlichen zustehenden Schadensersatzansprüche auch gegenüber der Bank geltend machen, wenn der Fondsbeitritt und der Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9 VerbrKrG bilden. Die Bank hat ihn dann so zu stellen, als wäre er dem Fonds nicht beigetreten und hätte den Kreditvertrag nicht abgeschlossen. Dabei sind die von ihm vereinnahmten Erträgnisse des Fonds und die Steuervorteile anzurechnen. Außerdem hat der Anleger seinen Fondsanteil und seine Schadensersatzansprüche gegen die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter an die Bank abzutreten.

f) Um diese Rechtsfolgen auszulösen, braucht der Anleger seine Beteiligung an dem Fonds nicht diesem gegenüber zu kündigen. Es genügt, daß er sich gegenüber der Bank auf die Täuschung beruft.

g) Die Bank haftet dem Anleger auch wegen Verschuldens bei Vertragsschluß auf Schadensersatz, wenn sie ihn über ihr bekannte Risiken des Fondsprojekts nicht aufklärt, obwohl sie in bezug auf diese Risiken einen konkreten

Wissensvorsprung gegenüber dem Anleger hat und dies auch erkennen kann.

BGH, Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 393/02 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly, Münke und Dr. Gehrlein

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 30. Januar 2002 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger beteiligte sich mit dem Ziel einer steuersparenden Kapitalanlage an dem geschlossenen Immobilienfonds "H.-Gewerbefonds D. GbR" (im folgenden: Fonds). Diese und zahlreiche gleichartige Fondsgesellschaften waren von der H. Vermögensberatungsgesellschaft mbH & Co. (im folgenden: H.), der Se. Vermögensberatungsgesellschaft mbH, der Dr. J.-Steuerberatungsgesellschaft mbH und den Geschäftsführern der

H., P. und Sch., gegründet worden. Gegenstand des Fonds war die Errichtung und Vermietung eines Geschäftshauses namens E. in der B. Straße in D.. Das Gesellschaftskapital sollte auf bis zu 57,425 Mio. DM aufgestockt werden. Mit dem Vertrieb der Fondsbeteiligungen war die A. Immobilienfonds-Vertriebsgesellschaft mbH (im folgenden: A.) beauftragt worden. In dem von ihr verwendeten Prospekt waren u.a. der Gesellschaftsvertrag und der Entwurf eines Treuhandvertrags mit der Dr. J.-Steuerberatungsgesellschaft mbH (im folgenden: Treuhänderin) enthalten. Danach sollten die Anleger entweder dem Fonds als Gesellschafter beitreten oder einen Anteil durch die Treuhänderin halten lassen. Für die Dauer von zehn Jahren hatte die H. eine Mietgarantie übernommen. Die beklagte Bank hatte dem Fonds ein Zwischenfinanzierungsdarlehen in Höhe von 16 Mio. DM gewährt, das entsprechend den eingehenden Zeichnungen von Fondsanteilen auf bis zu 45,94 Mio. DM erhöht und durch ein langfristiges Darlehen mit den Fondszeichnern abgelöst werden sollte. Abgesichert war das Darlehen u.a. mit einer Grundschuld über 51,045 Mio. DM auf dem von der Gesellschaft erworbenen Grundstück.

Der Kläger unterschrieb am 14. September 1992 einen "Zeichnungsschein". Darin beauftragte er die Treuhänderin, für ihn den wirtschaftlichen Beitritt zu dem Fonds zu bewirken, und bot ihr den Abschluß des Treuhandvertrags an. Weiter heißt es in dem Zeichnungsschein, die Treuhänderin werde bevollmächtigt, die erforderlichen Kredite aufzunehmen, Konten zu eröffnen und über Eigen- und Fremdmittel zu verfügen. Die Einlage des Klägers sollte 200.000,00 DM betragen und in Höhe von 160.000,00 DM durch einen Kredit mit Tilgung über eine Kapitallebensversicherung finanziert werden. Dazu erteilte der Kläger auf einem ihm von der A. überlassenen Formular eine Selbstauskunft. In der Folgezeit unterzeichnete er eine weitere Vollmachtserklärung zu-

gunsten der Treuhänderin und ließ dabei seine Unterschrift notariell beglaubigen.

Aufgrund dieser Vollmacht und der Vollmachten der übrigen Anleger gab die Treuhänderin gegenüber der Beklagten ein notariell beurkundetes Schuldversprechen in Höhe der jeweiligen Einlage des einzelnen Anlegers ab und unterwarf die Anleger insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung. Nach Fertigstellung des Bauvorhabens schloß die Treuhänderin am 15./20. Dezember 1993 mit der Beklagten sechs Darlehensverträge über insgesamt knapp 51 Mio. DM. Die Verträge entsprachen in den unterschiedlichen Tilgungsmodalitäten den jeweiligen Wünschen der Anleger. Die Darlehen wurden zur Ablösung des - inzwischen aufgestockten - Zwischenfinanzierungskredits verwendet und im übrigen auf ein von der Treuhänderin geführtes Konto überwiesen. Der Kläger trat die Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrag an die Beklagte ab.

In der Folgezeit flossen die Miet- und sonstigen Garantiezahlungen aus dem Fonds an die Beklagte. Die Zinsschuld des Klägers wurde damit abgedeckt. Ein geringer Überschuß wurde ihm ausgezahlt. Die Zinszahlungen und die Abschreibungen macht er steuerlich geltend.

Das Fondsobjekt konnte jedoch nicht vollständig vermietet werden. Die erzielten Mieteinnahmen blieben weit hinter den in dem Prospekt genannten Zahlen zurück. Die H., die zunächst aufgrund der Mietgarantie die Differenz ausglich, fiel im März 1998 in Konkurs. Fortan wurden die anteiligen Fehlbeträge von dem Kläger persönlich gezahlt.

Der Kläger hat behauptet, an Eigenkapital, Provision und Zinsen abzüglich der Ausschüttungen 38.061,90 DM aufgewandt zu haben. Mit der Klage verlangt er - Zug um Zug gegen Übertragung seiner wirtschaftlichen Beteiligung an dem Fonds - Freistellung von allen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt und dem Darlehensvertrag stehen, Zahlung der 38.061,90 DM und Rückabtretung der Rechte aus der Lebensversicherung.

Im Berufungsverfahren hat er hilfsweise die Feststellung begehrt, daß eine persönliche Zahlungspflicht gegenüber der Beklagten nicht bestehe, weiter hilfsweise, daß mit den beiden ihn betreffenden Darlehensverträgen vom 15./20. Dezember 1993 über 15.942.300,00 DM und 5.531.495,00 DM eine persönliche Verpflichtung für ihn nicht begründet worden sei.

Die Klage ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Dagegen wehrt sich der Kläger mit der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Der Kläger kann von der Beklagten gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB Rückzahlung der von ihm an die Beklagte gezahlten Darlehenszinsen und Rückabtretung der Rechte aus der Lebensversicherung verlangen. Umgekehrt schuldet er der Beklagten keine weiteren Zahlungen. Zwischen ihm und der Beklagen sind nämlich keine wirksamen Darlehensverträge zustande gekommen. Dabei kann offen bleiben, ob die Verträge vom 15./20. Dezember 1993 trotz des Umstands, daß darin als Darlehensnehmer nur der Fonds genannt ist,

mit den einzelnen Anlegern persönlich geschlossen worden sind, wie das Berufungsgericht gemeint hat.

1. Jedenfalls hatte die Treuhänderin keine Vollmacht für einen den Kläger verpflichtenden Vertragsschluß (im folgenden unter a). Die Darlehensverträge sind auch nicht kraft Rechtsscheins (b) oder Genehmigung des Klägers (c) wirksam geworden. Die Berufung auf die Unwirksamkeit der Verträge verstößt schließlich nicht gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB (d).

a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß sowohl der Treuhandvertrag als auch die der Treuhänderin erteilte Vollmacht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG nichtig sind. Das entspricht der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 145, 265, 269 ff.; Urt. v. 18. September 2001 - XI ZR 321/00, NJW 2001, 3774 = ZIP 2001, 1990, 1991; v. 18. März 2003 - XI ZR 188/02, NJW 2003, 2088 = ZIP 2003, 984, 985; v. 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, ZIP 2003, 1644, 1645; v. 20. April 2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228; Senat, BGHZ 153, 214, 218 ff.). Danach bedarf derjenige, der - wie hier die Treuhänderin - im Rahmen eines Immobilienfondsprojekts nicht nur die wirtschaftlichen Belange der Anleger wahrzunehmen, sondern für sie auch die erforderlichen Verträge abzuschließen hat, einer Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz. Ohne eine solche Erlaubnis ist nicht nur der Geschäftsbesorgungsvertrag, sondern auch die damit in Zusammenhang stehende Vollmacht nichtig (BGH, Urt. v. 11. Oktober 2001 - III ZR 182/00, NJW 2002, 66 = ZIP 2001, 2091, 2093; v. 18. März 2003 - XI ZR 188/02, NJW 2003, 2088 = ZIP 2003, 984, 985; v. 20. April 2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228; Senat, BGHZ 153, 214, 220 f.). Ob davon auch die aufgrund der Vollmacht abgeschlossenen Darlehensverträge erfaßt werden (dagegen BGH, Urt. v. 18. September 2001 - XI ZR 321/00, NJW

- XI ZR 321/00, NJW 2001, 3774, 3775 = ZIP 2001, 1990, 1992; v. 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, ZIP 2003, 1644, 1646 f.; v. 10. März 2004 - IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 923; v. 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1224 = ZIP 2004, 1188, 1191), kann offen bleiben. Diese Verträge sind jedenfalls gemäß § 177 Abs. 1 BGB unwirksam, weil sie von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen worden sind.

So liegt der Fall auch hier. Die Treuhänderin hatte keine Erlaubnis zur Rechtsberatung und konnte den Kläger daher nicht wirksam verpflichten.

b) Dennoch ist das Berufungsgericht von einer wirksamen Vertretung ausgegangen. Es hat zwar nicht als bewiesen angesehen, daß der Beklagten bei dem Abschluß der Verträge die von dem Kläger abgegebene notariell beglaubigte Vollmachtsurkunde gemäß §§ 171, 172 BGB vorgelegen habe. Es hat aber gemeint, nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht seien die Erklärungen der Treuhänderin wirksam geworden. Das begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

aa) Allerdings gehen der IV. und der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß die §§ 171, 172 BGB sowie die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch bei einem Verstoß des Bevollmächtigten gegen Art. 1 § 1 RBerG anwendbar seien und bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen zu einer Heilung des Vollmachtsmangels führten (Urt. v. 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, ZIP 2003, 2351, 2353; v. 10. März 2004 - IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 923 f.; v. 18. September 2001 - XI ZR 321/00, NJW 2001, 3774, 3775 = ZIP 2001, 1990, 1992; v. 25. März 2003 - XI ZR 227/02, NJW 2003, 2091, 2092 = ZIP 2003, 988, 990 f.; v. 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, ZIP 2003, 1644, 1646; v. 20. April 2004 - XI ZR 164/03, WM

2004, 1227, 1228 f.). Dabei stellen sie auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz ab, daß derjenige, der einem gutgläubigen Dritten gegenüber zurechenbar den Rechtsschein einer Bevollmächtigung eines anderen setzt, sich so behandeln lassen muß, als habe er dem anderen wirksam Vollmacht erteilt (vgl. BGHZ 102, 60, 64). Nur so soll dem Schutz des Rechtsverkehrs, den die allgemeine Rechtsscheinhaftung bezweckt, ausreichend Rechnung getragen werden.

Der erkennende II. Zivilsenat könnte sich dieser Auffassung für den vorliegenden Fall eines kreditfinanzierten Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds mit einheitlicher Vertriebsorganisation nicht anschließen. Die Annahme einer Rechtsscheinhaftung in dieser Fallkonstellation würde dem Umstand nicht gerecht, daß der - unmittelbare oder durch die Treuhänderin vermittelte - Beitritt zu der Fondsgesellschaft und der diesen Beitritt finanzierende Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9 Abs. 1 VerbrKrG (§ 358 Abs. 3 BGB in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung) bilden (Sen.Urt. v. 21. Juli 2003 - II ZR 387/02, NJW 2003, 2821, 2822 = ZIP 2003, 1592, 1593 f. und Urteile vom heutigen Tage in den Parallelsachen II ZR 395/01 und II ZR 374/02 sowie BGH, Urt. v. 23. September 2003 - XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2233 f.) und daß in diesem Rahmen die Einschaltung des Treuhänders als Vertreter des Anlageinteressenten nicht von diesem, sondern von den Initiatoren und Gründungsgesellschaftern des Fonds in Kenntnis und mit zumindest stillschweigender Billigung der Bank erfolgt. Indem die Bank ihre Vertragsformulare dem von den Initiatoren und Gründungsgesellschaftern eingeschalteten Vertriebsunternehmen überläßt oder sich - wie hier die Beklagte - der Selbstauskunftsformulare des Vertriebsunternehmens bedient und die Darlehensverträge nicht mit den einzelnen Anlegern, sondern mit dem von den Initiatoren und Gründungsgesellschaftern ausgewählten Treuhänder schließt, gliedert sie sich bewußt in diese Vertriebsorganisation ein. Sie weiß aufgrund

dessen, daß der Treuhänder keine Vertrauensperson des Anlegers ist, sondern ein Teil der einheitlichen, sowohl den Fondsbeitritt als auch die Darlehensgewährung betreffenden Vertriebsorganisation. Im Rahmen dieses Vertriebsmodells setzt nicht allein der Anleger den Rechtsschein einer wirksamen Bevollmächtigung. Vielmehr wird die Art der Geschäftsabwicklung entscheidend von den Initiatoren und Gründungsgesellschaftern des Fonds bestimmt, und die Bank bedient sich dieses vorgegebenen Modells, um ihre Geschäftsinteressen zu verwirklichen. Bei dieser Sachlage kann die Bank - auch wenn ihr im Jahre 1993 die Nichtigkeit von Treuhändervollmachten nach § 134 BGB, Art. 1 § 1 RBerG noch nicht bekannt sein mußte (vgl. BGHZ 145, 265, 275 ff.; Urt. v. 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, ZIP 2003, 1644, 1646) - nicht wie ein gutgläubiger Dritter behandelt werden, der im Hinblick auf einen im Rahmen des Vertriebskonzepts entstandenen Vertrauenstatbestand schutzwürdig wäre. Eine Abwälzung der mit dem Vertriebskonzept verbundenen Risiken allein auf den Anleger erscheint in keiner Weise angemessen.

bb) Angesichts der Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung bedarf es jedoch keiner abschließenden Entscheidung und auch keiner Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 132 Abs. 2 oder 4 GVG. Denn jedenfalls sind die Voraussetzungen für eine Rechtsscheinsvollmacht nicht erfüllt.

(1) Das Berufungsgericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme nicht festzustellen vermocht, daß der Beklagten vor oder bei dem Abschluß der streitigen Darlehensverträge die mit notariell beglaubigter Unterschrift versehene Vollmachtserklärung des Klägers vom 6. Oktober 1992 im Original vorgelegen hat. Damit kommt eine Rechtsscheinsvollmacht nach § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. Dafür ist nämlich erforderlich, daß

dem Geschäftspartner die Vollmachtsurkunde im Original oder - bei notariell beurkundeter Vollmacht - in Ausfertigung vorgelegt wird. Die Vorlage einer Abschrift oder eine bloße Bezugnahme reicht nicht aus (BGHZ 102, 60, 63; Urt. v. 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01, ZIP 2002, 1191, 1193; v. 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, ZIP 2003, 1644, 1646).

Nicht erwogen hat das Berufungsgericht, ob die von ihm festgestellte Vorlage des Zeichnungsscheins für eine Anwendung der §§ 171, 172 BGB ausreicht. In dem Zeichnungsschein heißt es, der unterzeichnende "Gesellschafter" erteile der Treuhänderin "ausdrücklich Vollmacht". Auch daraus ergibt sich aber nichts zu Gunsten der Beklagten. Der Tatbestand des § 172 Abs. 1 BGB ist nämlich nur dann erfüllt, wenn dem Vertreter eine Urkunde ausgehändigt wird, in der ausdrücklich und eindeutig eine Bevollmächtigung enthalten ist (Schramm in Münch.Komm.z.BGB 4. Aufl. § 172 Rdn. 3). Diese Voraussetzung erfüllt der Zeichnungsschein nicht. Darin heißt es nämlich im weiteren Text, daß sich der Unterzeichner verpflichte, "die ihm bekannte mit Unterzeichnung dieses Vertrages überreichte Vollmacht innerhalb 14 Tagen bei einem Notar notariell beglaubigen zu lassen". Damit konnte ein Dritter nicht davon ausgehen, daß schon der Zeichnungsschein eine Vollmachtsurkunde i.S. des § 172 BGB darstellen sollte. Vielmehr deutete alles darauf hin, daß erst die gesonderte, mit notariell beglaubigter Unterschrift versehene Urkunde maßgeblich sein sollte.

(2) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, die Voraussetzungen einer Duldungsvollmacht seien erfüllt. Dazu hat es auf eine Reihe von Umständen abgestellt, die ein entsprechendes Vertrauen der Beklagten begründet haben sollen, nämlich darauf, daß die Beklagte den Text der Vollmacht - da in dem Fondsprospekt abgedruckt - gekannt habe, ebenso den Zeichnungsschein, daß ihr die Selbstauskunft des Klägers mit der darin enthaltenen Ermächtigung

zur Einholung weiterer Auskünfte vorgelegen habe, daß der Kläger seinen Eigenkapitalanteil auf ein bei ihr geführtes Konto eingezahlt habe und daß er nach Abschluß der Darlehensverträge die Rechte aus einer Lebensversicherung an sie abgetreten habe. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern.

Eine Duldungsvollmacht kommt nur dann in Betracht, wenn das Vertrauen des Dritten an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und wenn diese Umstände bei oder vor Vertragsschluß vorgelegen haben (BGHZ 102, 60, 64; Urt. v. 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01, ZIP 2002, 1191, 1193; v. 10. März 2004 - IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 924). Danach sind hier keine Umstände festgestellt, die eine Duldungsvollmacht begründen könnten.

Die Kenntnis von dem Inhalt der Vollmacht und die Vorlage des Zeichnungsscheins sind dafür schon deshalb nicht ausreichend, weil die gesetzliche Wertung der §§ 171, 172 BGB, wonach nur die Vorlage der Vollmachtsurkunde im Original oder in notarieller Ausfertigung für eine Rechtsscheinsvollmacht ausreicht, nicht umgangen werden darf. Die Selbstauskunft diente lediglich der Vorbereitung eines Darlehensvertrags und wies deshalb noch nicht zwingend auf eine Bevollmächtigung der Treuhänderin hin, zumal der Kläger die Selbstauskunft der A. und nicht der Treuhänderin übergeben hatte. Die Zahlung des Eigenkapitalanteils hatte nichts mit der Frage zu tun, auf welche Weise die Fremdfinanzierung erfolgen sollte. Die Rechte aus der Lebensversicherung wurden erst nach Abschluß der Darlehensverträge abgetreten.

c) Von seinem Standpunkt aus folgerichtig hat sich das Berufungsgericht nicht mit der Frage befaßt, ob der Kläger das vollmachtlose Handeln der Treuhänderin gemäß § 177 Abs. 1 BGB genehmigt hat. Das kann der Senat nach-

holen. An einer ausdrücklichen Genehmigung fehlt es. Aber auch durch schlüssiges Verhalten des Klägers - etwa in Form der Abtretung der Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrag - ist keine Genehmigung erteilt worden.

Die Genehmigung eines schwebend unwirksamen Geschäfts durch schlüssiges Verhalten setzt regelmäßig voraus, daß der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und daß in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen (Senat, BGHZ 47, 341, 351 f.; Urt. v. 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01, ZIP 2002, 1191, 1193 f.; v. 20. April 2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1229). Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt - weitere Feststellungen sind insoweit nicht zu erwarten - sind diese Voraussetzungen hier nicht erfüllt. Im Jahre 1993 ging die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch nicht von einer Unwirksamkeit der Treuhändervollmachten nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG aus. Daher konnte der Kläger diese Unwirksamkeit nicht kennen. Es spricht auch nichts dafür, daß der Kläger mit der Unwirksamkeit nach diesen Vorschriften gerechnet haben könnte. Wenn schon das Berufungsgericht für die Beklagte als Bank ein Kennenmüssen verneint hat, gilt das erst recht für den Kläger als rechtlichen Laien.

d) Schließlich verstößt die Berufung auf die Unwirksamkeit der von der Treuhänderin abgegebenen Vertragserklärung auch nicht gegen die Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. Die Beklagte meint dazu, es sei treuwidrig, wenn der Kläger jahrelang die Vorteile der Darlehensverträge in Anspruch genommen habe und sich dann auf ihre Unwirksamkeit berufe.

Auch damit kann die Beklagte keinen Erfolg haben. Die Berufung auf eine bestehende Rechtslage kann nur dann wegen widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) unzulässig sein, wenn eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu dem Ergebnis führt, daß die Interessen der einen Seite im Hinblick auf das Verhalten der anderen Seite als schutzwürdig erscheinen und deshalb ein Abweichen von der an sich bestehenden Rechtslage geboten ist (BGHZ 47, 184, 189 f.; 87, 169, 177; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht 1971, S. 338 f.). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Das in der möglichen Unwirksamkeit der Darlehensverträge nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG liegende Risiko trifft beide Parteien gleichermaßen. Dabei ist der Kläger sogar besonders schutzwürdig, da die Regeln des Rechtsberatungsgesetzes gerade ihn als den die Rechtsberatung in Anspruch nehmenden Kunden - und nicht die Beklagte als die beteiligte Bank - schützen sollen. Die Beklagte steht der Einschaltung der Treuhänderin - wie bereits ausgeführt - auch nicht als unbeteiligte Dritte gegenüber. Sie hat sich vielmehr in das Vertriebskonzept einbinden lassen, um ihre eigenen Geschäftsinteressen wirksamer verwirklichen zu können. Dabei rechneten beide Parteien nicht mit der Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes. Bei dieser Sachlage spricht nichts dafür, das Risiko der Unwirksamkeit der Treuhändervollmacht allein dem Kläger aufzuerlegen.

2. Die Darlehensverträge sind daneben auch gemäß § 6 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 a bis f VerbrKrG (§§ 494, 492 BGB in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung) nichtig.

a) Die Voraussetzungen dieser Vorschriften sind unabhängig davon erfüllt, ob die Mindestangaben zu den Kreditbedingungen schon in der Vollmachtsurkunde enthalten sein müssen (dagegen BGHZ 147, 262, 266 ff.; Urt. v.

10. Juli 2001 - XI ZR 198/00, ZIP 2001, 1669, 1670; v. 18. September 2001 - XI ZR 321/00, NJW 2001, 3774 = ZIP 2001, 1990, 1991; v. 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, ZIP 2003, 1644 f.; v. 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1223 = ZIP 2004, 1188, 1191; anders Möller, ZIP 2002, 333, 339 f. und § 492 Abs. 4 BGB in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung) und ob die Schriftform gewahrt ist, obwohl die Treuhänderin nur die Darlehensverträge, nicht aber auch die "Zuweisungsschreiben", aus denen sich die Namen der einzelnen Anleger ergeben, unterschrieben hat. Jedenfalls fehlen in den von der Treuhänderin mit der Beklagten geschlossenen Darlehensverträgen nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts die Angabe des auf den einzelnen Anleger entfallenden Nettokreditbetrags (§ 4 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 a VerbrKrG), des auf ihn entfallenden Gesamtbetrags aller zur Tilgung und zur Begleichung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen (Nr. 1 b) und der Kosten der im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag von dem jeweiligen Anleger abgeschlossenen Kapitallebensversicherung (Nr. 1 f). Ob die Verträge den Tatbestand der Ausnahmevorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG - Abhängigkeit des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht und Gewährung zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen - erfüllen, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben. Denn dann wäre nur die Mindestangabe nach § 4 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 b VerbrKrG entbehrlich, nicht auch wären es die beiden anderen, ebenfalls fehlenden Angaben.

b) Die durch den Verstoß gegen § 4 VerbrKrG begründete Nichtigkeit der Darlehensverträge ist nicht gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG geheilt worden. Nach dieser Vorschrift wird der Darlehensvertrag ungeachtet des Fehlens der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestangaben gültig, soweit der Verbraucher das Darlehen empfängt oder den Kredit in Anspruch nimmt.

Das Berufungsgericht hat gemeint, diese Voraussetzungen seien durch die Verrechnung der Darlehensvaluten mit dem offenen Zwischenfinanzierungskredit und der Überweisung des restlichen Betrags auf ein Konto der Treuhänderin erfüllt, da der Fondsbeitritt und der Endfinanzierungskredit ein verbundenes Geschäft dargestellt hätten und die Art der Verrechnung bzw. Auszahlung entsprechend der Abrede aller Beteiligten erfolgt sei. Das begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Allerdings hat der XI. Zivilsenat angenommen, ein Darlehen sei auch dann "empfangen", wenn die Darlehensvaluta nicht an den Darlehensnehmer, sondern auf seine Anweisung an den Treuhänder eines Immobilienfonds zur Tilgung der Beitragsschuld des Darlehensnehmers überwiesen worden sei. Er hat von diesem Grundsatz aber dann eine Ausnahme für geboten erachtet, wenn der Darlehensvertrag und die finanzierte Fondsbeteiligung ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9 VerbrKrG (§ 358 Abs. 3 BGB in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung) bilden mit der Folge, daß ein Widerruf der Darlehensvertragserklärung zugleich auch der Wirksamkeit des finanzierten Geschäfts entgegensteht (BGHZ 152, 331, 336 f.). So liegt der Fall hier. Wie der erkennende Senat bereits in seiner Entscheidung vom 21. Juli 2003 (II ZR 387/02, NJW 2003, 2821, 2822 = ZIP 2003, 1592, 1593 f.; ebenso in den Entscheidungen vom heutigen Tage in den Parallelsachen II ZR 395/01 und II ZR 374/02) festgestellt hat, erfüllen der Beitritt zu einer Anlagegesellschaft und das diesen Beitritt finanzierende Kreditgeschäft die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts gemäß § 9 Abs. 1, 4 VerbrKrG, wenn sich - wie hier - die Fondsgesellschaft und die Bank derselben Vertriebsorganisation bedienen.

Der danach mögliche Einwendungsdurchgriff ist hier auch nicht gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausgeschlossen. Dabei kann offen bleiben, ob - wie die Revision meint - ein Realkredit i.S. des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG schon deshalb nicht vorliegt, weil der Kredit entgegen den Angaben in dem Prospekt nicht gemäß §§ 11, 12 Abs. 1 und 2 HypBankG nur innerhalb von 60 % des Beleihungswerts gesichert war, und ob die Bedingungen des Kredits den durchschnittlichen Bedingungen eines von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängigen Kredits entsprachen. Denn jedenfalls greift die Ausnahmevorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG dann nicht ein, wenn das Darlehen durch ein Grundpfandrecht gesichert wird, das - wie hier - nicht erst im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung, sondern schon zuvor zur Sicherung einer Zwischenfinanzierung bestellt worden ist, ohne daß der Verbraucher auch an dem Zwischenfinanzierungskredit beteiligt war.

Das ergibt sich aus einer Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG unter Berücksichtigung der dieser Vorschrift zugrundeliegenden Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit (Verbraucherkreditrichtlinie, ABl EG 1987 Nr. L 42, S. 48 in der Fassung der Änderungsrichtlinie 90/88/EWG des Rates vom 22. Februar 1990, ABl EG Nr. L 61, S. 14). Mit der Verbraucherkreditrichtlinie und dem darauf aufbauenden Verbraucherkreditgesetz wird ein umfassender Schutz des Verbrauchers im Rahmen von Verbraucherkreditverträgen bezweckt. Von diesem Schutz ausgenommen sind nach Art. 2 Abs. 3 Verbraucherkreditrichtlinie Kreditverträge, die durch Grundpfandrechte gesichert sind. Diese Ausnahme und ihre Konkretisierung in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG rechtfertigen sich aus dem Umstand, daß eine grundpfandrechtliche Sicherung eine mit besonderen Schutzvorkehrungen verbundene Beurkundung voraussetzt, in Deutschland die Beurkundung

durch einen Notar mit entsprechender Belehrung nach § 17 BeurkG. Der Verbraucher, der schon nach den für die Bestellung eines Grundpfandrechts geltenden Bestimmungen geschützt ist, bedarf typischerweise nicht noch des zusätzlichen Schutzes durch das Recht des Verbraucherkredits. Ein solcher Schutz nach den für die Bestellung eines Grundpfandrechts geltenden Normen findet in der vorliegenden Fallgestaltung aber gerade nicht statt. Das Grundpfandrecht war schon bestellt, bevor die Anleger dem Fonds beigetreten sind, erst recht, bevor die Treuhänderin für sie die Endfinanzierungskreditverträge abgeschlossen hat. Ein Notartermin unter Beteiligung der Anleger oder einer Person ihres Vertrauens hat nicht stattgefunden. Lediglich aufgrund der formlosen Zweckerklärung wurde die Grundschuld zum Sicherungsmittel für den Endfinanzierungskredit. Bei dieser Sachlage spricht nichts dafür, den Verbraucher als weniger schutzwürdig anzusehen als bei einem nicht grundpfandrechtlich gesicherten Kredit. Unerheblich ist demgegenüber, ob die Regeln des Verbraucherkreditgesetzes für einen Realkredit untypisch sind und der Kalkulationsgrundlage der Realkreditinstitute nicht entsprechen (so Ulmer in Münch.Komm. z.BGB 3. Aufl. VerbrKrG § 3 Rdn. 30). Denn der Bank ist das Geschäftsmodell bekannt. Sie weiß, daß ihr Kunde nicht durch einen Notar beraten wird. Deshalb ist es ihr zuzumuten, so behandelt zu werden, als habe sie einen nicht grundpfandrechtlich gesicherten Kredit vergeben.

3. Das Fehlen wirksamer Darlehensverträge sowohl gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG als auch gemäß § 6 Abs. 1 VerbrKrG hat zur Folge, daß die Beklagte die von dem Kläger gezahlten Darlehenszinsen ohne Rechtsgrund erhalten und daher gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zurückzuzahlen hat. Entsprechendes gilt für die ihr abgetretenen Rechte aus der Lebensversicherung, sie sind dem Kläger rückabzutreten.

Der Kläger schuldet demgegenüber weder die Rückzahlung der Darlehensvaluta nach § 812 BGB noch Ersatz für die Nutzung des Kredits nach § 818 Abs. 1 BGB. Er ist nämlich nicht um die Darlehensvaluta, sondern nur um seine wirtschaftliche Beteiligung an dem Fonds bereichert worden. Daraus folgt zugleich, daß der Kläger aus § 812 BGB nicht auch die Rückzahlung der aufgrund seiner Fondsbeteiligung von dem Fonds an die Beklagte gezahlten Zinsen verlangen kann.

Bilden Darlehensvertrag und Fondsbeitritt - wie hier - ein verbundenes Geschäft, darf der Anleger bei einer Unwirksamkeit des Darlehensvertrags nicht so gestellt werden, als wäre die Darlehensvaluta an ihn persönlich ausgezahlt worden. Vielmehr besteht die an ihn erbrachte Leistung in der mit dem Darlehen finanzierten - unmittelbaren oder durch den Treuhänder vermittelten - Gesellschaftsbeteiligung. Zwar sind der Darlehensvertrag und der Beitrittsvertrag rechtlich selbständige Geschäfte (BGHZ 133, 254, 259; Habersack in Münch.Komm.z.BGB VerbrKrG § 9 Rdn. 10, 75; Fuchs, AcP 199 [1999], 305, 314 ff.). Sie werden durch § 9 VerbrKrG aber derart miteinander verbunden, daß auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nicht von Leistungen einerseits der Bank an den Anleger und andererseits des Anlegers an die Fondsgesellschaft auszugehen ist. Vielmehr erhält der Anleger nur eine einheitliche Leistung, nämlich den Fondsanteil. Muß der Darlehensvertrag rückabgewickelt werden, schuldet er der Bank aus § 812 BGB demzufolge nicht die Rückzahlung der Darlehensvaluta, sondern nur die - hier vom Kläger in seinem Antrag bereits berücksichtigte - Abtretung seiner Fondsbeteiligung. Daran ändert sich auch nichts durch das von der Treuhänderin für den Kläger abgegebene notariell beurkundete Schuldversprechen, das - wenn es nicht schon unwirksam ist - jedenfalls ohne Rechtsgrund erteilt worden ist. Umgekehrt muß

die Bank dem Kläger dasjenige herausgeben, was er in Erfüllung der unwirksamen Verträge geleistet hat.

Diese Auffassung entspricht auch allein dem durch § 6 Abs. 1 VerbrKrG und die zugrundeliegende Verbraucherkreditrichtlinie angestrebten Verbraucherschutz. So hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihrer Stellungnahme zu der vergleichbaren Problematik nach dem Haustürwiderrufsgesetz in der Rechtssache S. ./. De. des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (NJW 2004, Heft 11, S. XXX) die Auffassung vertreten, das deutsche Recht müsse im Rahmen der gebotenen möglichst wirksamen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts dahingehend ausgelegt werden, daß der Verbraucher nach einem Widerruf seiner in einer Haustürsituation abgegebenen Darlehensvertragserklärung nicht die Rückzahlung der Darlehensvaluta, sondern nur die Herausgabe des mit dem Darlehen finanzierten Vermögenswerts schulde. Das entspricht auch der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats (BGHZ 133, 254, 259 ff. und Urt. v. 17. September 1996 - XI ZR 197/95, NJW 1996, 3416, 3417 = ZIP 1996, 1943, 1944 f.; v. 20. April 2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1230). Anders entscheidet der XI. Zivilsenat nur bei Realkreditverträgen. Bei diesen Verträgen soll die empfangene und damit zurückzugewährende Leistung in der Darlehensvaluta und nicht in dem Gesellschaftsanteil liegen (BGHZ 150, 248, 262 f.; 152, 331, 335 ff.; Urt. v. 27. Januar 2004 - XI ZR 37/03, WM 2004, 620, 623). In der vorliegenden Fallgestaltung sind indes die Regeln über den Realkreditvertrag nicht anwendbar, wie oben dargelegt. Damit bleibt es bei dem Grundsatz, daß der Verbraucher im Rahmen eines verbundenen Geschäfts nicht die Darlehensvaluta empfängt, sondern die damit finanzierte Gesellschaftsbeteiligung.

Diese Wertung der Kommission ist auf die vorliegende Fallgestaltung eines nach dem Verbraucherkreditgesetz - und der zugrundeliegenden Verbraucherkreditrichtlinie - unwirksamen Darlehensvertrags übertragbar. Auch hier geht es um den Verbraucherschutz, und auch hier muß sichergestellt werden, daß der Verbraucher als Folge der zu seinem Schutz gedachten Vorschriften nicht schlechter steht als ohne sie. Das aber wäre der Fall, wenn die noch offen stehende Darlehensvaluta bei Unwirksamkeit des Darlehensvertrags in einer Summe sofort fällig wäre, während der Kunde bei Wirksamkeit des Vertrags das Recht hätte, den Kredit in Monatsraten zu tilgen.

Ist - wie hier - der Gesellschaftsbeitritt nur teilweise fremdfinanziert worden und hat der Anleger auch einen Eigenkapitalanteil eingezahlt, kann die Bank allerdings nicht die Abtretung der gesamten Fondsbeteiligung Zug um Zug gegen Rückgewähr nur der von dem Anleger an sie erbrachten Zahlungen verlangen. Sie muß dem Anleger dann vielmehr - will sie die Gesellschaftsbeteiligung in Anspruch nehmen - auch das Eigenkapital ersetzen.

II. Damit steht aber noch nicht fest, daß der Kläger gegen die Beklagte nur einen Anspruch auf Rückzahlung der von ihm gezahlten Zinsen hat. Vielmehr ist nach seinem Vortrag, der mangels insoweit abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellen ist, von einer umfassenden Ersatzpflicht der Beklagten auszugehen.

1. Das ergibt sich zum einen aus § 9 Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG. Danach kann der Kläger der Beklagten alle Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den Fonds, aber auch gegen die Gründungsgesellschafter des Fonds und die für den Anlageprospekt Verantwortlichen zustehen. Darüber hinaus hat er im Wege des sog. Rückforderungsdurchgriffs einen An-

spruch gegen die Beklagte auf Ersatz aller von ihm erbrachten Leistungen, abzüglich der ihm verbleibenden Vorteile aus der Fondsbeteiligung.

a) Das Berufungsgericht hat die Frage, ob dem Kläger gegen die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter des Fonds Schadensersatzansprüche zustehen, ausdrücklich offen gelassen. Es hat gemeint, darauf komme es nicht an, weil § 9 VerbrKrG aus anderen Gründen nicht zur Anwendung komme. So soll ein Einwendungsdurchgriff gegenüber der Beklagten schon deshalb unmöglich sein, weil in bezug auf die wirtschaftliche Beteiligung des Klägers an dem Fonds die Grundsätze des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts anwendbar seien und danach ein Anspruch gegen die Gesellschaft nur nach - hier nicht erfolgter - Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung bestehen könne. Im übrigen sei ein solcher Anspruch ohnehin nur auf die Zahlung des Abfindungsguthabens und nicht auf die Rückzahlung der ursprünglichen Einlage gerichtet. Der Einwendungsdurchgriff könne dagegen nicht damit begründet werden, daß der Kläger Ansprüche wegen fehlerhafter Aufklärung gegen die Initiatoren des Fonds habe. Auch sei der Einwendungsdurchgriff gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausgeschlossen, da das Darlehen grundpfandrechtlich gesichert sei. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

b) Der kreditfinanzierte Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds ist bei Einschaltung einer - wie hier - einheitlichen Vertriebsorganisation ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9 Abs. 1 VerbrKrG (s. vorstehend unter I. 1. b) aa); I. 2. b)). Wird der Anleger bei dem Beitritt über die Bedingungen der Fondsanlage getäuscht, kann er seine Gesellschaftsbeteiligung kündigen und die daraus folgenden Ansprüche auch der Bank entgegenhalten. Das Kündigungsrecht kann auch dadurch ausgeübt werden, daß der Anleger der Bank mitteilt, er sei durch Täuschung zu dem Fondsbeitritt veranlaßt worden, und ihr

die Übernahme seines Gesellschaftsanteils anbietet (Sen.Urt. v. 21. Juli 2003 - II ZR 387/02, NJW 2003, 2821, 2823 = ZIP 2003, 1592, 1595; anders noch BGH, Urt. v. 27. Juni 2000 - XI ZR 174/99, NJW 2000, 3558, 3560 = ZIP 2000, 1430, 1432). Darüber hinaus kann der Anleger der Bank aber auch alle Ansprüche entgegensetzen, die er gegen die Gründungsgesellschafter des Fonds und die Initiatoren, maßgeblichen Betreiber, Manager, Prospektherausgeber und sonst für den Anlageprospekt Verantwortlichen hat. Zu berücksichtigen ist nämlich, daß im Verhältnis zu der den Gesellschaftsbeitritt finanzierenden Bank die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter als Geschäftspartner auftreten. Nur mit ihnen oder dem von ihnen beauftragten Vertriebsunternehmen hat die Bank im Vorfeld der Anlegerwerbung zu tun, nicht dagegen mit der Gesellschaft oder den übrigen - ebenfalls getäuschten - Anlagegesellschaftern. Nur den Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschaftern bzw. dem Vertriebsunternehmen überläßt die Bank auch die Anbahnung der Darlehensverträge, die dann mit den einzelnen Anlegern geschlossen werden. Das rechtfertigt es, die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter auch im Rahmen des § 9 VerbrKrG als Geschäftspartner anzusehen. Die dem Verbundgeschäft zugrundeliegende Dreiecksbeziehung Kunde - Verkäufer - Bank erschöpft sich daher nicht in den Beziehungen zwischen dem Anleger, der Gesellschaft und der Bank. Vielmehr sind auch die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter wie ein Verkäufer zu behandeln. Die Ansprüche, die dem Anleger gegen die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter zustehen, kann er daher ebenfalls gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG im Verhältnis zu der Bank geltend machen. Das gilt auch dann, wenn der Darlehensvertrag - wie hier - wegen Verstoßes des Treuhänders gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht wirksam zustande gekommen oder nach § 6 Abs. 1 VerbrKrG nichtig ist. Denn die Anwendung dieser den Verbraucher schützenden Normen darf nicht zu einer für ihn ungünstigeren Rechtslage führen.

c) Die gegen die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter gegebenen Schadensersatzansprüche sind darauf gerichtet, den Anleger so zu stellen, als wäre er dem Fonds nicht beigetreten und hätte mit der Bank keinen Darlehensvertrag geschlossen. Im Rahmen des § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG folgt daraus, daß der Anleger die Darlehensvaluta, die nicht an ihn, sondern an den Treuhänder geflossen ist, nicht zurückzahlen muß. Zugleich hat er im Wege des sog. Rückforderungsdurchgriffs entsprechend § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG (vgl. Sen.Urt. v. 21. Juli 2003 - II ZR 387/02, NJW 2003, 2821, 2823 = ZIP 2003, 1592, 1595) einen Anspruch gegen die Bank auf Zahlung dessen, was ihm die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter an Schadensersatz schulden.

Danach hat der Kläger - ausgehend von seinem als wahr zu unterstellenden Sachvortrag - gegen die Beklagte einen umfassenden Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als wäre er dem Fonds nicht beigetreten und hätte die Darlehensverträge nicht abschließen lassen. Er schuldet der Beklagten also die Abtretung der Gesellschaftsbeteiligung, nicht aber die Darlehensvaluta. Umgekehrt kann er alle Zahlungen ersetzt verlangen, die er geleistet hat. Vereinnahmte Gewinnanteile oder sonstige Leistungen des Fonds muß er sich im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen, ebenso Steuervorteile, denen keine Nachzahlungsansprüche des Finanzamts gegenüberstehen (vgl. BGHZ 74, 103, 113 ff.; 79, 337, 347; Loritz/Wagner, ZfIR 2003, 753). In entsprechender Anwendung des § 255 BGB hat er schließlich die ihm gegen die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter zustehenden Schadensersatzansprüche an die Beklagte abzutreten. Diese Rechtsfolgen sind nicht durch § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG wegen der Sicherung der Darlehen durch das Grundpfandrecht ausgeschlossen. Denn auf die vorliegende Fallkonstellation, in der

das Grundpfandrecht schon bestellt war, bevor die Anleger geworben wurden, ist § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht anwendbar, wie oben ausgeführt.

2. Eine umfassende Ersatzpflicht der Beklagten ergibt sich auf der Grundlage des Sachvortrags des Klägers weiter aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß (§ 311 Abs. 2 BGB in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung) wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten.

a) Dabei kann allerdings offen bleiben, ob die Beklagte Aufklärungspflichten in bezug auf die mit der konkreten Art der Finanzierung verbundenen Risiken und Nachteile (vgl. BGH, Urt. v. 9. März 1989 - III ZR 269/87, NJW 1989, 1667 = ZIP 1989, 558; BGHZ 146, 235, 239) verletzt hat, etwa im Hinblick auf die erhöhten Risiken infolge des für den Kläger nicht erkennbaren Abschlusses einheitlicher, jeweils zahlreiche Fondsanleger betreffender Darlehensverträge mit einer Kündigungsmöglichkeit der Beklagten schon bei dem Verzug nur eines der Anleger. Insoweit fehlt es nämlich jedenfalls an einem dadurch verursachten, die Zinszahlungen übersteigenden Schaden des Klägers.

Der Kläger war nach dem Inhalt des Zeichnungsscheins verpflichtet, das Eigenkapital spätestens bis zum 1. Februar 1993 einzuzahlen. Der fremdfinanzierte Teil der Einlage wurde aus dem zuvor geschlossenen Zwischenfinanzierungskredit aufgebracht. Die Provision war sofort fällig. Damit ist davon auszugehen, daß der Kläger, als die hier streitigen Darlehensverträge am 20. Dezember 1993 geschlossen wurden, seine Leistungen bereits erbracht hatte. Es ging zu jenem Zeitpunkt nur noch um die Endfinanzierung. Hätte die Beklagte ihn über die Nachteile dieser Endfinanzierung aufgeklärt, hätte er im Zweifel eine andere, für ihn günstigere Art der Finanzierung gewählt. Dafür, daß

er von dem Anlageprojekt insgesamt Abstand genommen und seine Leistungen von der damals möglicherweise noch zahlungsfähigen H. zurückverlangt hätte, spricht dagegen nichts.

b) Eine umfassende Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Vertragsschluß besteht nach dem als richtig zu unterstellenden Vortrag des Klägers aber deshalb, weil die Beklagte ihre Pflicht zur Aufklärung des Klägers über die Risiken des Fondsbeitritts schuldhaft verletzt hat.

aa) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die H. bereits zum Zeitpunkt der Anwerbung des Klägers überschuldet war und ob die Beklagte das gewußt hat. Es hat gemeint, daraus könne sich keine Aufklärungspflicht der Beklagten ergeben, weil sie kein Ausfallrisiko auf die Anleger verlagert habe. Es sei nämlich nicht dargetan, daß die Beklagte noch aus anderen Fonds offene Ansprüche gegen die H. gehabt habe, zumal ihr auch die übrigen Gründungsgesellschafter gehaftet hätten. Im übrigen sei das von dem Fonds zu nutzende Gebäude bei Abschluß der Darlehensverträge schon fertiggestellt gewesen. Im Hinblick auf die von der H. abgegebene Mietgarantie sei jedenfalls ein Schaden nicht dargetan. Auch diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

bb) Eine Anwendung der Grundsätze über das Verschulden bei Vertragsschluß ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Treuhänderin bei dem Abschluß der Darlehensverträge - wie ausgeführt - keine wirksame Vollmacht des Klägers hatte und weil die Verträge darüber hinaus gemäß § 6 Abs. 1 VerbrKrG nichtig sind. Die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß hängt nämlich nicht davon ab, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen wird (Emmerich in Münch.Komm.z.BGB 4. Aufl. § 311 Rdn. 77), und kann daher

auch dann eingreifen, wenn der Vertragsschluß unwirksam ist (BGH, Urt. v. 19. Juni 1973 - VI ZR 95/71, NJW 1973, 1790, 1791).

cc) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine Bank - auch bei immobiliengestützten Steuersparmodellen - allerdings grundsätzlich nicht die Pflicht, ihren Kunden auf die mit dem zu finanzierenden Geschäft verbundenen Risiken aufzuklären. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, daß der Kunde entweder - wie hier der Kläger als Steuerberater - selbst über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt oder sich der Hilfe von Fachleuten bedient hat. Das ist nur dann anders, wenn Umstände vorliegen, die ein besonderes Aufklärungs- und Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers begründen und nach Treu und Glauben einen Hinweis der Bank gebieten. So besteht eine Aufklärungspflicht, wenn die Bank in bezug auf die speziellen Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung gegenüber dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann, wenn sie sich im Zusammenhang mit den Kreditgewährungen in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt hat, wenn sie ihre Rolle als Kreditgeberin überschritten und dadurch einen zusätzlichen Vertrauenstatbestand geschaffen hat oder wenn sie sonst einen besonderen Gefährdungstatbestand für den Kunden geschaffen oder dessen Entstehung begünstigt hat (BGH, Urt. v. 24. April 1990 - XI ZR 236/89, WM 1990, 920, 922; v. 27. November 1990 - XI ZR 308/89, NJW 1991, 693 = ZIP 1991, 90, 91 f.; v. 17. Dezember 1991 - XI ZR 8/91, ZIP 1992, 163, 164; v. 18. April 2000 - XI ZR 193/99, NJW 2000, 2352, 2353 = ZIP 2000, 1051, 1052; v. 18. März 2003 - XI ZR 188/02, NJW 2003, 2088, 2090 f. = ZIP 2003, 984, 986 f.; v. 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, ZIP 2003, 1644, 1647; Sen.Urt. v. 21. Juli 2003 - II ZR 387/02, NJW 2003, 2821, 2822 = ZIP 2003, 1592, 1593; BGH, Urt. v. 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1224 f. = ZIP 2004, 1188, 1191). Die Voraussetzungen eines derartigen Ausnahmefalls sind

hier nach dem für das Revisionsverfahren als wahr zu unterstellenden Vortrag des Klägers erfüllt.

Nach dem "Mietgarantievertrag" vom 11. Juni 1992 hatte die H. für die Dauer von zehn Jahren eine Mietgarantie in Höhe von 5.274,00 DM pro 100.000,00 DM Zeichnungssumme und Vermietungsjahr übernommen, insgesamt also 3.028.594,50 DM pro Jahr, und dafür eine einmalige Gegenleistung in Höhe von rund 2 Mio. DM erhalten. Daß eine solche Mietgarantie für die Erfolgschancen eines Immobilienfonds von entscheidender Bedeutung ist, war auch für die Beklagte offenkundig. Wenn die H. aber bereits zu Beginn des Projekts überschuldet war, hatte die Mietgarantie keinen Wert. Der scheinbar abgesicherte Fonds war dann ein höchst risikobehaftetes Vorhaben. Würden nämlich die in dem Prospekt vorausgesetzten Kaltmieten von 26,75 DM pro qm für die Laden- und Büroflächen, 100,00 DM pro Tiefgaragenstellplatz und 50,00 DM pro offenem Stellplatz nicht erreicht werden können, war den in dem Prospekt enthaltenen Prognoseberechnungen die Grundlage entzogen, und die erhofften Vermögensvorteile konnten mit dem Fonds nicht erreicht werden, es drohten vielmehr Verluste. Wenn die Beklagte bei dieser Sachlage von der Überschuldung der H. aufgrund der - nur ihr und nicht auch den Anlegern - vorliegenden Bilanzen Kenntnis hatte, war das ein Wissensvorsprung, der für sie eine Aufklärungspflicht begründete.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts fehlt es auch nicht an einem Schaden. So hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, daß das Fondsobjekt "bis zum heutigen Tage" nicht vollständig vermietet werden konnte, daß die erzielten Mieteinnahmen weit hinter den in dem Prospekt genannten Zahlen zurückblieben, daß die H. bis zu ihrem Konkurs die Differenz zu der Mietgarantie gezahlt hat und daß danach die Mietgarantiezahlungen

ausgeblieben sind. Dann aber ist ohne weiteres von einem durch den Konkurs verursachten Schaden auszugehen. Im Zweifel bestand die Konkursreife der H. auch während des gesamten Zeitraums bis zur Konkurseröffnung fort. Jedenfalls ist nicht festgestellt, daß die H. sich zwischenzeitlich erholt haben könnte und dann aufgrund anderer Umstände erneut konkursreif geworden wäre.

III. Die Sache ist danach an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Vorsorglich weist der Senat für den Fall, daß der Kläger sich entsprechend seinem Revisionsvorbringen in der neuen Berufungsverhandlung darauf berufen sollte, er sei zum Fondsbeitritt und Abschluß des Darlehensvertrags in einer Haustürsituation bestimmt worden, auf die Ausführungen zu diesem Problemkreis in seinem Urteil vom heutigen Tage in der Parallelsache II ZR 395/01 hin.

Röhricht Goette Kurzwelly

Münke Gehrlein