BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 407/02

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: nein

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.

BGH, Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 407/02 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

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 der Kläger wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. 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:

Die Kläger beteiligten sich mit dem Ziel einer steuersparenden Kapitalanlage an dem geschlossenen Immobilienfonds "H.-Immobilienfonds B. GbR" (im folgenden: Fonds). Diese und zahlreiche gleichartige Fondsgesellschaften waren von der H. Vermögensberatungsgesellschaft mbH & Co. (im folgenden: H.), der Dr. J.-Steuerberatungsgesellschaft mbH und den Geschäftsführern der H., P. und Sch., gegründet wor-

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

den. Gegenstand des Fonds waren die Sanierung und der Umbau der auf dem Gesellschaftsgrundstück in B. befindlichen, unter Denkmalschutz stehenden Gebäude, die Errichtung eines Nebengebäudes sowie die dauerhafte Verwaltung und Vermietung des Grundstücks. Das Gesellschaftskapital sollte auf bis zu 49,9 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 sich über die Treuhänderin wirtschaftlich an dem Fonds beteiligen. Für die Dauer von fünf Jahren hatte die H. eine Mietgarantie übernommen. Die beklagte Bank, die bereits das Kapital für den Erwerb des Gesellschaftsgrundstücks zur Verfügung gestellt hatte, gewährte dem Fonds einen Zwischenfinanzierungskredit in Höhe von 14,62 Mio. DM, der entsprechend den eingehenden Zeichnungen von Fondsanteilen auf bis zu 39,9 Mio. DM erhöht und durch ein langfristiges Darlehen der Fondszeichner abgelöst werden sollte. Abgesichert war der Kredit u.a. mit einer Grundschuld über 44,4 Mio. DM auf dem Gesellschaftsgrundstück.

Die Kläger unterschrieben am 12. Dezember 1995 einen Zeichnungsschein. Darin beauftragten und bevollmächtigten sie einen Assessor R. M., mit der Treuhänderin den notariellen Treuhandvertrag zu schließen. Der Treuhandvertrag sollte u.a. Vollmachten zur Erklärung des wirtschaftlichen Beitritts zum Fonds, zur Aufnahme der erforderlichen Kredite, zur Eröffnung von Konten, zur Verfügung über Eigen- und Fremdmittel, zur Belastung des Immobilienvermögens der Gesellschaft sowie dazu enthalten, für die Treugeber auch die persönliche Haftung, jedoch nur quotal entsprechend ihrer Fondsbeteili-

gung, zu erklären und sie insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Die Einlage der Kläger sollte 100.000,00 DM betragen und in Höhe von 80.000,00 DM durch einen Kredit mit Tilgung über eine Kapitallebensversicherung finanziert werden. Dazu erteilten die Kläger auf einem ihnen von der A. überlassenen Formular, das die Beklagte als Finanzierungsinstitut nannte, eine Selbstauskunft.

Nach Fertigstellung des Bauvorhabens schloß die Treuhänderin am 30. Dezember 1996 mit der Beklagten sechs Darlehensverträge über insgesamt knapp 41,79 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. Die Kläger traten die Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrag an die Beklagte ab. Die Treuhänderin gab gegenüber der Beklagten ein notariell beurkundetes Schuldversprechen in Höhe der jeweiligen Einlage des einzelnen Anlegers ab und unterwarf die Anleger insoweit der sofortigen Zwangsvollstrekkung.

In der Folgezeit flossen die Miet- und sonstigen Garantiezahlungen aus dem Fonds an die Beklagte. Die Kläger erhielten die ihrem Anteil entsprechenden Miet(garantie)zahlungen auf die Darlehenszinsen verrechnet. Den damit nicht gedeckten Teil zog die Beklagte von ihnen ein. Die Zinszahlungen und die Abschreibungen machen die Kläger steuerlich geltend.

Das Fondsobjekt konnte zunächst nicht dauerhaft 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, so daß seitdem keine Garantiezahlungen mehr erfolgen und die Kläger entsprechend höhere Zahlungen zu erbringen haben.

Die Kläger haben behauptet, an Eigenkapital, Provision und Zinsen abzüglich der Ausschüttungen 34.291,23 DM aufgewandt zu haben. Mit der Klage verlangen sie - Zug um Zug gegen Übertragung ihrer wirtschaftlichen Beteiligung an dem Fonds - Freistellung von allen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt und dem Darlehensvertrag stehen, Zahlung der 34.291,23 DM und Rückabtretung der Rechte aus der Lebensversicherung.

Im Berufungsverfahren haben sie hilfsweise die Feststellung begehrt, daß eine persönliche Zahlungspflicht gegenüber der Beklagten nicht bestehe.

Die Klage ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Dagegen wehren sich die 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. Die Kläger können von der Beklagten gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB Rückzahlung der von ihnen an die Beklagte gezahlten Darlehenszinsen und Rückabtretung der Rechte aus der Lebensversicherung verlangen. Umgekehrt schulden sie der Beklagten keine weiteren Zahlungen. Zwischen ihnen und der Beklagen sind nämlich keine wirksamen Darlehensverträge zustande gekommen. Dabei kann offen bleiben, ob die Verträge vom

30. Dezember 1996 mit den einzelnen Anlegern persönlich geschlossen worden sind.

1. Jedenfalls hatte die Treuhänderin keine Vollmacht für einen die Kläger verpflichtenden Vertragsschluß (im folgenden unter a). Die Darlehensverträge sind auch nicht kraft Rechtsscheins (b) oder Genehmigung der Kläger (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 die Kläger daher nicht wirksam verpflichten.

b) Dennoch ist das Berufungsgericht von einer wirksamen Vertretung ausgegangen. Es hat zwar offen gelassen, ob der Beklagten bei dem Abschluß der Verträge eine von den Klägern abgegebene notariell beglaubigte Vollmachtsurkunde gemäß §§ 171, 172 BGB vorgelegen hat, wofür nach dem Inhalt der Akten und der in dem Parallelverfahren 9 U 13/01 = II ZR 393/02 durchgeführten Beweisaufnahme nichts spricht. 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 1996 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 nicht festgestellt, daß der Beklagten vor oder bei dem Abschluß der streitigen Darlehensverträge eine mit notariell beglaubigter Unterschrift versehene Vollmachtserklärung der Kläger im Original vorgelegen hat. Damit ergibt sich eine Rechtsscheinsvollmacht nicht aus § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 1 BGB. Dafür ist nämlich erforderlich, daß dem Geschäfts-

partner 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).

(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 der Kläger mit der darin enthaltenen Ermächtigung zur Einholung weiterer Auskünfte vorgelegen habe, daß die Kläger ihren Eigenkapitalanteil auf ein bei ihr geführtes Konto eingezahlt hätten und daß die Kläger die Rechte aus einer Lebensversicherung an sie abgetreten hätten. 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 die Kläger die Selbstauskunft der A. und nicht der Treuhänderin übergeben hatten. 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 die Kläger das vollmachtlose Handeln der Treuhänderin gemäß § 177 Abs. 1 BGB genehmigt haben. Das kann der Senat nachholen. An einer ausdrücklichen Genehmigung fehlt es. Aber auch durch schlüssiges Verhalten der Kläger - 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 1996 ging die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch nicht von einer Unwirksamkeit der Treuhändervollmachten nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG aus (vgl. BGHZ 145, 265, 277). Daher konnten die Kläger diese Unwirksamkeit nicht kennen. Es spricht auch nichts dafür, daß die Kläger mit der Unwirksamkeit

nach diesen Vorschriften gerechnet haben könnten. Wenn schon das Berufungsgericht für die Beklagte als Bank ein Kennenmüssen verneint hat, gilt das erst recht für die Kläger als rechtliche 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 die Kläger jahrelang die Vorteile der Darlehensverträge in Anspruch genommen hätten und sich dann auf ihre Unwirksamkeit beriefen.

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 sind die Kläger sogar besonders schutzwürdig, da die Regeln des Rechtsberatungsgesetzes gerade sie als Rechtsberatung in Anspruch nehmende 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 Sachla-

ge spricht nichts dafür, das Risiko der Unwirksamkeit der Treuhändervollmacht allein den Klägern 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, 1189; 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 unterschrieben hat, aus denen sich die Namen der einzelnen Anleger nicht ergeben. Jedenfalls fehlt 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 - erfül-

len, 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 erken-

nende 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 den Klägern 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 an die Kläger rückabzutreten.

Die Kläger schulden demgegenüber weder die Rückzahlung der Darlehensvaluta nach § 812 BGB noch Ersatz für die Nutzung des Kredits nach § 818 Abs. 1 BGB. Sie sind nämlich nicht um die Darlehensvaluta, sondern nur um ihre wirtschaftliche Beteiligung an dem Fonds bereichert worden. Daraus folgt zugleich, daß die Kläger aus § 812 BGB nicht auch die Rückzahlung der aufgrund ihrer Fondsbeteiligung von dem Fonds an die Beklagte gezahlten Zinsen verlangen können.

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 im Antrag der Kläger bereits berücksichtigte - Abtretung der Fondsbeteiligung. Daran ändert sich auch nichts durch das von der Treuhänderin für die Kläger abgegebene notariell beurkundete Schuldversprechen, das - wenn es nicht schon unwirksam ist - jedenfalls ohne Rechtsgrund erteilt worden ist. Umgekehrt muß die Bank den Klägern dasjenige herausgeben, was sie in Erfüllung der unwirksamen Verträge geleistet haben.

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 die Kläger gegen die Beklagte nur einen Anspruch auf Rückzahlung der von ihnen gezahlten Zinsen haben. Vielmehr ist nach ihrem Vortrag, der mangels insoweit abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellen ist, von einer umfassenden Ersatzpflicht der Beklagten auszugehen.

Dabei kann offen bleiben, ob sich diese Ersatzpflicht auch aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß (§ 311 Abs. 2 BGB in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung) wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten ergibt.

Jedenfalls folgt diese Verpflichtung aus § 9 Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG. Danach können die Kläger der Beklagten alle Einwendungen entgegensetzen, die ihnen gegen den Fonds, aber auch gegen die Gründungsgesellschafter des Fonds und die für den Anlageprospekt Verantwortlichen zustehen. Darüber hinaus haben sie im Wege des sog. Rückforderungsdurchgriffs einen Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz aller von ihnen erbrachten Leistungen, abzüglich der ihnen verbleibenden Vorteile aus der Fondsbeteiligung.

1. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob den Klägern 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 der Kläger 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 die Kläger Ansprüche wegen fehlerhafter Aufklärung gegen die Initiatoren des Fonds hätten. Auch sei der Einwendungsdurchgriff gemäß § 3 Abs. 2

Nr. 2 VerbrKrG ausgeschlossen, da das Darlehen grundpfandrechtlich gesichert sei. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

2. 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 Verbund-

geschäft 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.

3. 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 haben die Kläger - ausgehend von ihrem als wahr zu unterstellenden Sachvortrag - gegen die Beklagte einen umfassenden Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als wären sie dem Fonds nicht beigetreten und hätten die Darlehensverträge nicht abschließen lassen. Sie schulden der Beklagten also

die Abtretung der Gesellschaftsbeteiligung, nicht aber die Darlehensvaluta. Umgekehrt können sie alle Zahlungen ersetzt verlangen, die sie geleistet haben. Vereinnahmte Gewinnanteile oder sonstige Leistungen des Fonds müssen sie 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 haben sie schließlich die ihnen gegen die Prospektverantwortlichen und Gründungsgesellschafter des Fonds 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.

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

Vorsorglich weist der Senat für den Fall, daß die Kläger sich in der neuen Berufungsverhandlung entsprechend ihrem Revisionsvorbringen darauf berufen sollten, sie seien 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