

# Aufsätze

## Peter Derleder Subprime Judikatur

### Die Bewältigung der Finanzkrise und die Anforderungen an eine risikoadäquate Zivilrechtsprechung

*Die Kritische Justiz plant in Heft 2/2009 einen Schwerpunkt zur rechtlichen Seite der gegenwärtigen Finanzmarktkrise. Zur Hinführung thematisiert der folgende Aufsatz die Bankrechtsentwicklung im letzten Jahrzehnt mit der Fragestellung, ob und inwieweit auch die Judikatur des Bundesgerichtshofs eine stärkere Risikokontrolle gegenüber der Bankwirtschaft hätte üben können und müssen. Dabei kommen die beiden am intensivsten diskutierten Problembereiche zur Sprache, nämlich die Behandlung der sog. Schrottimmobilien und der Kreditverkäufe an Investoren aus Steueroasen.*

#### I. Einleitung

Die Finanzkrise macht die Frage notwendig, ob es über die weltweite Streuung US-amerikanischer Finanzgroßrisiken hinaus auch hausgemachte Gründe für die monströsen Entwertungsprozesse in Deutschland, speziell auch bei den deutschen Banken gibt. Die Entwertung ist zwar weniger sinnlich fassbar als etwa in Spanien, wo ganze Küstenstriche durch vermodernde leere touristische Großanlagen belegt sind (Let's make money), aber zahlenmäßig in Statistiken und Indexentwicklungen gut konkretisiert. Vor allem mit dem Stichwort Schrottimmobilien verbindet sich die nach der Wiedervereinigung entstandene Immobilienblase, deren Nachwirkungen (exemplarisch bei der Hypo Real Estate Bank) einen keineswegs abgeschlossenen Großeinsatz staatlicher Liquiditätszuflüsse und Einstandsverpflichtungen notwendig gemacht haben. Dieser Einsatz ist zunächst ohne jedes Konzept über die notwendige neue Regulierung des Wirtschaftens der Banken organisiert worden, die auf der Basis neoliberaler Ideologie und ständig neuer komplexer Finanzprodukte die Produktionswirtschaft an den Abgrund gebracht haben. Vor Kurzem noch ganz unvorstellbare Konjunkturprogramme sollen nun auch die besonders betroffenen Wirtschaftszweige retten. Dass die Regierungen in den Ländern der führenden Volkswirtschaften sich zusammenschließen müssen, um die Infragestellung der realen Wirtschaft durch virtuelle Geldvermehrungen und aleatorische Finanzpraktiken aller Art in Zukunft zu verhindern, erfordert eine detailgenaue Rekonstruktion der historischen Fehler, auch soweit sie sich in Gesetzen und Rechtsprechung niederschlagen.

Was die Rechtsprechung angeht, lohnt es sich deswegen, den speziellen Weg des XI. Zivilsenats, des Bankrechtssenats des Bundesgerichtshofs, im letzten Jahr-

zehnt zu betrachten, zumal der diesen Senat lange Zeit (seit 1999) prägende *Vorsitzende Gerd Nobbe* im Januar 2009 in den Ruhestand getreten ist. Es handelt sich dabei um eine Richterpersönlichkeit, die als Zivilrechtssenatsvorsitzender in für die Nachkriegszeit singulärer Weise in den öffentlichen Diskurs geraten ist, auch persönliche Anfeindungen zu ertragen hatte, und deren Kurs bis zuletzt äußerst umstritten war. Die seriöseste Wochenschrift der Republik hat ihn 2002 als »zuverlässigen Freund der Banken« porträtiert, was auf eine Mitverantwortung für den geschäftlichen Kurs der Bankwirtschaft oder die nachträgliche Billigung auch hochriskanter Praktiken hinauslief. Ganz unabhängig von der Person des Vorsitzenden Nobbe hat sich aber im letzten Jahrzehnt die Frage gestellt, ob die Befassung eines einzigen Senats des Bundesgerichtshofs mit immer der gleichen Wirtschaftsbranche, ihren (mit bestbezahlten BGH-Referenten durchgeführten) Fortbildungsveranstaltungen, ihren Fachtagungen und Publikationen, wie sie jetzt in eine große Festschrift für Nobbe<sup>1</sup> mit Beiträgen vor allem aus der Bankbranche münden, nicht zu verzerrter Wahrnehmung und fehlender Kontrolle führt. Die Presse hat teilweise in simplifizierender Weise unter Filz- oder Korruptionsaspekten (ergebnislos) den Kontakten zwischen Justiz und Banken nachgespürt, so etwa, wenn detektivisch erkundet werden sollte, ob das gemeinsame Essen Nobbes mit Bruchner, dem Justitiar einer Hauptprozesspartei, der HVB bzw. der Hypo Real Estate, nach einer Tagung der Bankrechtlichen Vereinigung von letzterem bezahlt wurde. Rechtspolitisch relevant ist lediglich die Erhaltung kontrollfähiger staatlicher Institutionen, bei denen die Ziviljustiz bislang eine selbstverständliche Größe war. Unter diesem Aspekt soll hier zwei Schwerpunkten der Judikatur des Bankrechtssenats von unterschiedlichem Gewicht nachgegangen werden, der Behandlung der Schrottimmobilien (dazu II.) und des Ausverkaufs von Bankkrediten an Investoren aus Steueroasen (dazu III.).

## II. Die Schrottimmobilienkrisis

### 1. Die Entwicklung des Immobiliarkredits

Bis zum Ende der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts war der Immobiliarkredit die solideste Form der Kreditgewährung in Deutschland, mit einer langen Tradition der Grundstücksbewertung, der Beleihungsgrenzen für erstrangige Kredite (insbesondere bei den Hypothekenbanken) und für zweitrangige (bei den Bausparkassen) und dementsprechend mit äußerst geringen Ausfallquoten des erstrangigen Kredits. Das änderte sich nach der Wiedervereinigung mit dem durch sie ausgelösten ungeahnten Bauboom nicht nur im Osten der Republik, der von erheblichen Steuervergünstigungen getragen war. Hinzu kam, dass im Zuge der wirtschaftlichen Globalisierung ein immer größerer Teil der Umsätze der deutschen Banken im Ausland abgewickelt wurde und sich im Anschluss an die USA und Großbritannien ein neoliberaler Wachstumsrausch des Finanzsektors ergab, bei dem die Investmentbanken der Motor waren. In Deutschland führten diese Wachstumsimperative auf dem Kreditsektor dazu, dass nunmehr massiv Immobilienanleger angeworben wurden, die kein Eigenkapital hatten und auch von selbst nie zu einer Bank gegangen wären. Vor allem wurden ihnen Steuereinsparungen, hohe Mieterträge und der Wert für die Altersvorsorge vorgerechnet.

<sup>1</sup> Dieser Aufsatz ist als kritischer Beitrag zur Festgabe für *Nobbe* zu verstehen.

Mittels sog. Strukturvertriebe, die nicht selten kurzfristig instruierte Arbeitslose einsetzten, wurden außerhalb der Bankniederlassungen Immobilienanleger geworben, die über keinerlei Anlageerfahrung verfügten und sich diese auch nicht plötzlich verschaffen konnten. Die Bau- und Sanierungsprojekte, an denen sie sich beteiligten, waren allerdings nur zu einem kleineren Teil von vornherein Schrott, wurden aber zu einem erheblichen Teil im Boomwahn am Bedarf vorbei realisiert. Im zugespitzten Fall wurde der Erwerber eines Appartements, eines Studentenwohnheim- oder Hotelzimmers, eines Geschäftshaus- oder Immobilienfondsanteils mit Versprechungen des Blaus vom Himmel für ein Objekt in einer anderen Region geworben, das er überhaupt nie besichtigt hatte. Das Objekt konnte an sächsischen oder thüringischen Waldrändern liegen oder auch einen Büroturm mitten in einer Großstadt darstellen, in der schon bisher Leerstände zu verzeichnen gewesen waren.

Die bei der Finanzierung eingeplanten Höchstmieten hatten meist keine Berührung mit dem realen Mietniveau ihrer Umgebung. Ein Großteil der Eingeworbenen konnte mangels hinreichenden Einkommens auch keine oder keine nennenswerten Steuervorteile erzielen. Die Einschaltung einer Vielzahl von Geschäftsbesorgern, Vermittlern, Treuhändern, Maklern usw. sorgte für eine bis dahin ungekannte Ausweitung der sog. weichen Kosten, die regelmäßig 30% des Objektwerts und mehr ausmachten. Für den so aufgeblasenen Aufwand der Erwerber waren dann entsprechend dem höheren Risikoanteil auch besonders teure Kredite aufzunehmen, also vor allem gerade auch durch die Einkommenschwächsten. Schon bald erwiesen sich die erstellten Objekte zu einem großen Teil als unverwertbar oder wenig ertragreich. Die den Erwerbern meist versprochene Garantiemiete wurde weithin aus den Kaufpreisen bezahlt, bis die Träger dieser Garantien, sehr oft Tochterunternehmen der Bauträger oder der Immobilienfonds, insolvent wurden. Die Rückstände der Anleger aus den aufgenommenen Krediten breiteten sich seit Mitte der 90er Jahre aus, wurden zum Teil noch durch Kreditstreckungen und andere Zwischenlösungen aufgefangen, lösten dann aber eine allgemeine Prozessflut aus, die die Zivilgerichte über viele Jahre unverhältnismäßig belastet hat.

Bald erwies es sich, dass von den Projektinitiatoren, Bauträgern, den Fondsgesellschaften (dahinter standen sehr oft Wirtschaftsprüfer und Steuerberater) und den Vermittlungspersonen für die geschädigten Anleger praktisch nichts zu holen war. Deswegen gerieten die beteiligten Banken zunehmend in den Blick der Anleger, die auch meist wegen der von ihnen für den Grundschuldkredit gegebenen vollstreckbaren Urkunden selbst klagen, nämlich mit eigenem Prozesskostenvorschuss die Vollstreckungsgegenklage erheben mussten. Das fast von allen früheren Kreditvergabetraditionen abweichende, äußerst fragwürdige Geschäft mit Haustürkunden wurde nur von einem bestimmten Teil der deutschen Banken betrieben, darunter am massivsten von einer bayerischen Großbank. Ein Großteil der deutschen Banken beteiligte sich von vornherein nicht an dieser Art von Kreditexpansion, ein anderer Teil hatte wenigstens ordnungsgemäße Belehrungen erteilt, weil vorsorglich Risiken vermieden werden sollten. Auch bei den Bausparkassen wurden Expansionsphantasien ausgelebt.

Berüchtigt wurde hier schnell vor allem die Bausparkasse *Badenia* aus Karlsruhe, die Anleger mit der Botschaft »Null Mark Eigenkapital« in Kredite gelockt hatte. Drückerkolonnen einer Dortmunder Firma hatten für sie unbedarfte Normal- und Kleinverdiener in Immobilieninvestitionen mit Finanzierung durch die *Badenia* verstrickt, womit 5.000 angejahrte Wohnungen aus dem Bestand der ehemaligen Neuen Heimat verschербelt wurden. Bekannt geworden ist ferner

etwa die *Crailsheimer Volksbank*, die ein neuartiges Motel-Projekt<sup>2</sup> finanziert hatte und schließlich Anleger jeder Art für die Risikostreuung benötigte. Da der Bankrechtssenat des Bundesgerichtshofs lange Zeit den Anlegern praktisch keinen Schutz bot, wehrten sich viele von ihnen zunächst verzweifelt individuell gegen den finanziellen Untergang, bildeten teilweise auch Geschädigtenverbände und wurden zunehmend durch eine auf die Schrottimmobilien spezialisierte Anwaltschaft vertreten, die mit drastischem Protest die Ungerechtigkeit der zunächst radikal die Banken schützenden Rechtsprechung beklagte und einen Abwehrkampf organisierte.

Auch Journalisten bemühten sich, die sozialen Folgen dieser unverantwortlichen Kreditvergabe nachzuzeichnen. So wurde insbesondere das Schicksal der Krankenschwester *Anja Schüller aus Würzburg* bekannt. Sie wurde 1998 von Vermittlern überredet, eine Immobilie in Chemnitz zum Zwecke der Altersvorsorge zu erwerben und einen entsprechenden Kredit bei der Bausparkasse Badenia aufzunehmen. Aufgrund dessen geriet sie in den Folgejahren in immer größere finanzielle Not. Ihren Anwälten gelang es nicht, einen akzeptablen Vergleich mit der Bausparkasse zu schließen, da ihr Einkommen 200 € über der Pfändungsfreigrenze lag. Am 17.9.2004 erhielten die Eltern von Anja Schüller einen Brief ihrer Tochter mit der Bitte, sie heimzuholen. Vor allem der beiliegende Wohnungsschlüssel ließ die besorgten Eltern in großer Unruhe nach Würzburg eilen, wo sie ihre Tochter tot in ihrem Bett auffanden. Sie hatte sich eine Infusion gelegt und ihr Leben damit beendet. Vor ihr auf dem Tisch lagen zusammen mit erschütternden Abschiedsbriefen an die Eltern und die Freunde Zwangsvollstreckungsbescheide der Badenia in Höhe von über 70.000 €. Es bildete sich dann eine Bürgerinitiative, die in Briefen an die Badenia, ihren Konzern, ihre Geschäftspartner und Mitarbeiter die Bank zu ehrlichen Geschäften aufforderte, die Menschen nicht zum Selbstmord trieben. Noch heute gibt es im Internet ein Gedenken an Anja Schüller, die nur 28 Jahre alt geworden ist. In ähnlicher Weise geriet eine Vielzahl verzweifelter Menschen in den Ruin. Der Fall Anja Schüllers macht jedoch mit den ganz persönlichen Umständen die Verblendung deutlich, die mit der Kreditexpansion der letzten zwei Jahrzehnte verbunden war. Auch über eine Polizistin, die sich erschossen hatte, wurde berichtet.

Die Begriffe, die für diese Krise gebildet worden sind, haben zudem eine verharmlosende Tendenz. Der Begriff der Schrottimmobilien stellt eine irreführende Verdinglichung des sozialen Elends dar, das durch eine verantwortungslose Kreditvergabepraxis ausgelöst worden ist. Auch der Begriff des suboptimalen Kredits, des *subprime credit*, führt über den Horizont des Kreditgebers nicht hinaus und wird der Dramatik und den Tragödien nicht gerecht, die sich aus dem breiten Absinken der Mittelschicht in den USA und dem finanziellen Desaster der Schrottimmobilienerwerber ergibt. Viel angemessener wäre es, insoweit von Unverantwortlichkeitskrediten, *irresponsible credit*, zu sprechen.

Das Ausmaß der Immobilienkrise in Deutschland lässt sich mit demjenigen in den USA zwar nicht vergleichen. Die strukturellen Gemeinsamkeiten sind jedoch unübersehbar, da Immobilienkredite an Personen ohne Eigenkapital auf der Basis unrealistischer wirtschaftlicher Prognosen gewährt wurden und nur auf der Basis eines Schneeballsystems mit immer mehr Krediten funktionieren konnten. Die beteiligten deutschen Banken haben ihre Subprime-Kredite abge-

<sup>2</sup> Dabei ging es um ein sog. Boarding-House, in dem etwa mehrwöchig bei Großunternehmen hospitierte Manager sich am Rande einer Großstadt in einer Art kleinem Haushalt selbst sollten versorgen können.

sehen von der Hypo Real Estate (HRE) auch nicht mit Verbriefungen im gleichen Maße im Ausland vermarktet, wie dies den US-Instituten gelungen ist. Vielmehr wurde der Versuch unternommen, das Letzte aus den Kreditschuldern herauszuholen, um die Ausfälle zu minimieren. Dabei stand ihnen zunächst der Bankrechtssenat des Bundesgerichtshof unter der Leitung von Nobbe als eine Art Pate zur Seite, der in den Jahren ab 2000 eine windungsreiche Judikatur entfaltet hat, die hier noch einmal in den Grundzügen nachzuzeichnen ist.

## 2. Die Phase der repressiven Ignoranz

Der Bankrechtssenat hatte unter seinem früheren Vorsitzenden *Schimansky* den bankvertragsrechtlichen Verbraucherschutz noch ernst genommen, insbesondere in seiner Rechtsprechung zu den sog. Kreditgebühren, erwies sich aber nach dem Wechsel des Vorsitzenden bei der Konfrontation mit den Schrottmobilien zunächst als einseitig bankenfreundliche Instanz. Der stellvertretende Vorsitzende des Senats, *Bungeroth*, wollte sogar wie Herakles der »Hydra des Verbraucherschutzes« die Köpfe abschlagen.<sup>3</sup> Wegen derartiger Äußerungen von Senatsmitgliedern, denen der Vorsitzende *Nobbe* nie – auch nicht inhaltlich oder wenigstens mit Modifikationen – entgegentrat, kam es zu in der Geschichte des Bundesgerichtshofs einzigartigen Befangenheitsanträgen, die mit windelweichen Begründungen abgelehnt wurden. Die Despektierlichkeit einzelner Richter gegenüber den anzuwendenden Gesetzen konnte bei historischer Analyse sogar an die Zeiten der Weimarer Republik erinnern, zwar nicht im Hinblick auf eine allgemeine Distanzierung von Republik und Demokratie, wohl aber im Hinblick auf die Missachtung parlamentarischer Gesetze.

Die erste Stufe der Rechtsprechung des Bankrechtssenats bestand darin, dass er die Banken streng vor jedem Verwendungsrisiko bewahrte. Die Pflichtenkreise der kreditgebenden Bank und der Veräußererseite wurden streng getrennt, mit der Folge, dass der Anleger sein Verwendungsrisiko in vollem Umfang zu tragen hatte (sog. *Trennungstheorie*). Das mochte gegenüber den gewieften Anlegern früherer Wirtschaftsperioden, also Großverdienern oder betuchten Freiberuflern, die auch noch außergewöhnlich hohe Renditen angestrebt hatten, gerechtfertigt gewesen sein, weil diese sich eigenständig professionellen Rat besorgen konnten, wurde aber dem Zusammenwirken der Banken und der Projektinitiatoren, Bauträger und Vertriebsfirmen in den 90er Jahren nicht gerecht. Hier ging es weitgehend um eine völlig neue, bisher kaum mit Krediten bediente Klientel.

Wer ein Steuersparmodell auflegte, musste zudem von vornherein ein starkes Interesse daran haben, sich mit einer kreditbereiten Bank in den Konditionen abzustimmen, um hohen überflüssigen Einwerbungsaufwand zu vermeiden und das Projekt möglichst einheitlich durchführen zu können. Die Anleger konnten zwar in der ersten Phase nicht selbst die Einzelheiten der Abstimmung zwischen der jeweiligen Bank und dem jeweiligen Initiator darlegen. Wenn aber weithin dieselbe Bank zu denselben oder vergleichbaren Konditionen die Anleger eines bestimmten Modells kreditierte, dann konnte dies nur auf einer engen Abstimmung der Beteiligten beruhen, so dass es Sache des Bankrechtssenats gewesen wäre, die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Zusammenwirkens wegen der dafür bestehenden Indizien der Kreditgeberseite aufzuerlegen. Das später

<sup>3</sup> *Bungeroth*, in: Festschrift Schimansky, 1999, S. 279, 282.

dann allgemein anerkannte institutionelle Zusammenwirken wurde also vom Bankrechtssenat zunächst ignoriert.

In seiner Entscheidung vom 18.4.2000<sup>4</sup> hatte es der Senat mit einer Eigentumswohnung zu tun, deren Wert hinter dem Kaufpreis um 74% zurückblieb, was die Bank aufgrund eines eingeholten Gutachtens wusste. Erwerber waren Eheleute, die von Vermittlern geworben und beim Abschluss des Kaufvertrags vertreten worden waren. Der Senat beschied knapp und kurz, die Eheleute müssten das Risiko tragen. Die Bank dürfe davon ausgehen, dass der Kunde sich über den Zustand der Immobilie selbst ins Bild gesetzt habe. Eine Sittenwidrigkeit komme nur in Betracht, wenn der Wert der Leistung annähernd doppelt so hoch sei wie der Wert der Gegenleistung. Die Überteuerung habe nicht einmal die Verkäuferin aufklären müssen. »Nichts spricht dafür, der Beklagten als finanzierender Bank gleichwohl eine Aufklärungspflicht aufzuerlegen«. Im Übrigen wurde ein Einwendungsdurchgriff, also mit Einwendungen aus dem Kaufgeschäft gegenüber dem Kreditgeber, verneint.<sup>5</sup> Da der Ehemann Geschäftsführer einer Wohnungsgenossenschaft gewesen war, wurde er für nicht schutzwürdig erklärt. Von der Ehefrau war nicht weiter die Rede.

Obwohl der Ehemann keinen direkten Kontakt mit der Darlehensgeberin gehabt hatte, wurde die Wirksamkeit seiner Vollmacht zum Erwerb ebenso wenig geprüft wie die sonstigen Bestimmungen des Haustürwiderrufgesetzes (HWiG) noch des Verbraucherkreditgesetzes (VerbrKrG). Das Zusammenwirken zwischen Bank und Veräußerer wurde nicht thematisiert. Die Entscheidung erweist sich im Lichte der heutigen Rechtsprechung des Bankrechtssenats schlicht als falsch.

### 3. Die Behandlung der umfassenden Formularvollmachten der Anleger für ihre sog. Treuhänder

Vielfach waren die Anleger mit einer einzigen Unterschrift geworben worden, mit der sie einen Antrag auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags stellten, der sämtliche Erwerbs- und Finanzierungsaktivitäten umfassen sollte. Diese Unterschrift wurde meist in einer Haustürsituation eingeholt. Der auf diese Weise bestellte »Treuhänder« brauchte dann den Anleger weder zum Notar noch zu einer Bankfiliale zu schleppen. Dem Widerruf nach § 1 HWiG entzog der Bankrechtssenat mit seinen Entscheidungen vom 2.5.2000<sup>6</sup> den Boden. Bei Einschaltung eines Vertreters zum Abschluss eines Darlehensvertrags komme es für die Widerruflichkeit der Vertragserklärung nach dem HWiG jedenfalls nicht auf die Haustürsituation des Vertretenen bei der Vollmachterteilung, sondern auf die des Vertreters (des »Treuhänders«) bei Abschluss des Darlehensvertrages an. Der Vertreter war aber nie zuhause aufgesucht worden. Insoweit wurde niemals die Frage gestellt, ob bei vorgängiger Abstimmung der Bank mit der Veräußererseite in Bezug auf den von dieser eingesetzten Vermittler und angeb-

<sup>4</sup> BGH NJW 2000, 2353.

<sup>5</sup> Ein Einwendungsdurchgriff kann dem Erwerber eines Objekts auch gegenüber dem Finanzierer zustehen, wenn der Kaufvertrag über das Objekt nichtig, angefochten oder sonst gestört ist. § 3 Abs. 2 Nr. 2 Verbraucherkreditgesetz sah jedoch vor, dass der in § 9 des Gesetzes vorgesehene Einwendungsdurchgriff nicht in Betracht kam, wenn der Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und zu den für durch Grundpfandrechte abgesicherten Krediten üblichen Bedingungen gewährt wurde. Der Bankrechtssenat legte diese Ausnahmebestimmung dann weit aus, indem er es für unmaßgeblich erklärte, ob der Kredit grundpfandrechtlich vollständig gesichert und die gesetzliche Beileihungsgrenze eingehalten war. Eine teleologische Eingrenzung dieser Vorschrift auf verbrauchergünstige Kredite wurde nie erwo-gen.

<sup>6</sup> BGH NJW 2000, 2268 und 2270.

lichen Vertreter des Anlegers nicht der *Haustürkontakt des Kreditnehmers* entscheidend sein muss.

Eine besondere Pointierung erhielt diese Judikatur dadurch, dass der Bankrechtssenat in der Folgezeit die *umfassenden Vollmachten der Anleger* zum Abschluss von Verbraucherkreditverträgen durch die »Treuhänder« *für formwirksam erklärte*.<sup>7</sup> Nach entsprechenden Vorarbeiten durch das interessierte bankrechtliche Schrifttum<sup>8</sup> griff er auf die eher frühkapitalistische Vorschrift des § 167 Abs. 2 BGB zurück, nach der die Vollmacht zur Vornahme eines Hauptgeschäfts nicht der für das Hauptgeschäft notwendigen Form bedarf. Diese Vorschrift war jedoch in weiten Bereichen dadurch eingeschränkt worden, dass jeweils nach dem Zweck der Formvorschrift (z.B. einem angestrebten Übereilungsschutz) gefragt wurde, ob nicht auch die Vollmacht formbedürftig ist.<sup>9</sup> Der Verbraucherschutzzweck der hochambitionierten Formvorschrift des § 4 VerbrKrG (heute § 492 BGB), die in einem Verbraucherkreditvertrag die Angabe aller wesentlichen Daten verlangte, wurde jedoch vom Bankrechtssenat in der Weise ignoriert, dass er nach § 167 Abs. 2 BGB jede Art von Verbraucherkreditvollmacht für ausreichend erklärte, sogar eine mündliche Bevollmächtigung, ohne dass der Vollmachtgeber irgendetwas über die Konditionen der künftigen Kreditverträge erfuhr.

Damit war die Basis für eine Kreditabwicklung geschaffen, die sich bei den Steuersparmodellen mit Einschaltung eines »Treuhänders« weder um Verbraucherschutzvorschriften noch um Verwendungsrisiken zu scheren brauchte. Die Begründung des Bankrechtssenats, bei der Vollmachterteilung könnten die Konditionen des Verbraucherkredits noch nicht feststehen, wischte der Gesetzgeber später beiseite, indem er bei der Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 mit § 492 Abs. 4 Satz 1 BGB die Form der Verbraucherkreditverträge auch für die Vollmachten zum Abschluss eines solchen Kreditvertrags vorsah, allerdings ohne Rückwirkung für die in den 90er Jahren geschlossenen Verträge.

#### 4. Die Intervention des Notarhaftungssenats

Wer die umfassenden Formularbestimmungen in Geschäftsbesorgungsverträgen zwischen Anlegern und »Treuhändern« unbefangen las, konnte an sich über die hierin enthaltenen Vollmachtbündel nicht einfach hinweggehen, aufgrund deren der Anleger die gesamte Vertragseingehung und Vertragsabwicklung aus der Hand gab, so dass auch die jeweiligen Preis-Leistungs-Verhältnisse in keiner Weise geklärt waren. Insoweit kann ohne Weiteres von *entmündigenden Vollmachtbündeln* gesprochen werden. Diese beanstandete der Bankrechtssenat des Bundesgerichtshofs jedoch in keiner Weise und nahm auch keinerlei AGB-Prüfung vor. Der IX. Zivilsenat, der für die Notarhaftung zuständig war, erklärte dann jedoch die geschlossenen Geschäftsbesorgungsverträge überraschend *wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 Rechtsberatungsgesetz (RBerG)* für *unwirksam*, da es insoweit um erlaubnispflichtige Verpflichtungen rechtsbesorgender Art gehe. Diesem Senat stanken die vorgelegten Geschäftsbesorgungsverträge so zum Himmel, dass er aus einer eher anwaltsschützenden Norm ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB für derartige Geschäftsbesorgungsver-

<sup>7</sup> BGH NJW 2001, 1931 und 3479.

<sup>8</sup> Siehe insbesondere den Justitiar der erwähnten bayerischen Großbank *Bruchner* ZfIR 2000, 677 m.w.N.

<sup>9</sup> Siehe nur BGH LM Nr. 18 zu § 167 BGB hinsichtlich der notariellen Beurkundung von Vollmachten für Grundstücksveräußerungsgeschäfte.

träge entnahm,<sup>10</sup> mit dem nun die gesamten Treuhändermodelle zu Fall zu kommen drohten. Auch hier stand vor allem eine große Menge von Krediten einer bayerischen Großbank auf der Kippe. Der Bankrechtssenat sah wegen des unlegbaren Geruchs dieser Verträge nun plötzlich keine Chance für eine anderweitige Beurteilung, sondern übernahm diese Rechtsauffassung ohne jeden Kommentar, ohne Rechtfertigung oder Einschränkung, was im Hinblick auf seine vorherige Akzeptanz für diese Verträge äußerst erstaunlich war. Die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags musste er sogar auf die in den Vertragsurkunden enthaltenen Vollmachten erstrecken.<sup>11</sup>

Damit wären die Anlagemodelle mit Treuhändereinschaltung erledigt gewesen, wenn der Bankrechtssenat nicht über die §§ 171, 172 BGB den Banken *bei Vorlage der Vollmachten* durch den Treuhänder *Vertrauensschutz* gewährt hätte.<sup>12</sup> Diese Vorschriften sehen vor, dass ein Dritter, dem eine Vollmacht im Original oder in einer notariellen Ausfertigung<sup>13</sup> vorgelegt wird, dann auf deren Bestand vertrauen kann. Damit kam es jetzt nach der Rechtsprechung des Bankrechtssenats darauf an, ob die Vollmachten der Anleger für ihre »Treuhänder« der Bank jeweils im Original oder in einer notariellen Ausfertigung vorgelegt worden waren, was vielfach nicht der Fall war und worüber in unzähligen Prozessen Beweis erhoben wurde. Wo es an einer entsprechenden Vorlage fehlte, waren die Darlehensverträge hinfällig. Später entnahm der Bankrechtssenat den (neben der umfassenden Vollmacht zum Erwerb eines Immobilienfondsanteils gegebenen) Zeichnungsscheinen sogar noch eine Einzelvollmacht,<sup>14</sup> die nicht durch das Verbotsgesetz des Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG berührt war, überließ es aber den Instanzgerichten, darüber zu entscheiden, ob die Nichtigkeit der umfassenden Vollmacht auch die Einzelvollmacht umfasse.<sup>15</sup>

Einen besonderen Höhepunkt erreichte diese Vollmachtrechtsprechung in der Entscheidung vom 25.4.2006,<sup>16</sup> wo es für ausreichend erklärt wurde, dass dem Darlehensgeber eine Durchschrift gegeben worden war. Derartige *Durchschriften* können zwar in beliebiger Anzahl hergestellt werden und genießen in keiner Weise im Rechtsverkehr einen Vertrauensschutz wie ein Original. Der Bankrechtssenat berief sich demgegenüber für die Aufwertung der Durchschriften sogar darauf, dass die Anzahl der Durchschriften doch durch das Material begrenzt sei. Hier war die Grenze zur winkeladvokatorischen Argumentation zugunsten der Banken deutlich überschritten. Dennoch ist festzustellen, dass durch die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats in einem bestimmten Sektor die Treuhändergeschäfte entschärft, den Banken also insoweit darlehensvertragliche Ansprüche gegen die Anleger aus der Finanzierung von Schrottimmobilien versagt wurden.

10 BGHZ 145, 265. Der Notarhaftungssenat ächtete somit zwar die umfassenden Geschäftsbesorgungsverträge und Vollmachten für »Treuhänder«, konnte sich aber nicht entschließen, eine Notarhaftung wegen Beurkundung derart anstößiger Verträge anzunehmen. Die Begründung dafür, die Notare dürften bisher gesetzlich nicht Verbotenes beurkunden, überzeugt zwar nicht, wenn die Verträge zum Himmel stinken. Im Ergebnis hat es sich jedoch als richtig erwiesen, die Notarhaftung nicht als Auffangbecken für Risikogeschäfte der Banken zu verstehen.

11 BGH NJW 2006, 2118.

12 BGH NJW 2000, 2270; NJW 2006, 2118.

13 Siehe zuletzt BGH NJW 2006, 1957.

14 BGH NJW 2006, 1952 Rn. 13 ff.

15 Zahlreiche Instanzgerichte nahmen dann aber die Nichtigkeit der Einzelvollmacht gem. § 139 BGB an.

16 BGH NJW 2006, 1957.

Der Vertrieb von Immobilien und Immobilienfondsanteilen sowie der dazugehörigen Finanzierungen lief jedoch nur zu einem Teil über die Einschaltung umfassend bevollmächtigter Treuhänder. In noch viel größerem Umfang wurden die potentiellen Anleger jedoch über Vermittlerbrigaden in *Haustürsituationen* angesprochen. Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung bestimmt worden ist (Haustürgeschäft), steht dem Verbraucher gem. § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Widerrufsrecht zu. Diese Norm ist die Nachfolgebestimmung des § 1 HWiG, der schon in Antizipation der EG-Richtlinie vom 20.12.1985<sup>17</sup> verankert worden war und damit die Schrottimmobiliengeschäfte betraf. Der deutsche Gesetzgeber hatte es dann unter dem Einfluss der Bankenlobby und unter der Federführung der Regierung Kohl geschafft, den Haustürregelungen zwar einen Anwendungsbereich für Zeitschriftenabonnements, nicht aber für Grundstückskredite an der Haustür zu geben. In § 5 HWiG war nämlich eine Subsidiaritätsregelung getroffen, nach der das HWiG nicht für Geschäfte gelten sollte, für die zugleich das VerbrKrG anwendbar war. Was Verbraucherimmobiliarkredite anging, kamen jedoch nicht sämtliche Regelungen des VerbrKrG zum Zug. Vielmehr enthielt § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG eine Ausnahme hinsichtlich der Gewährung eines Widerrufsrechts, soweit es sich um übliche Grundpfandkreditverträge handelte. Damit hätten die in einer Haustürsituation eingeworbenen Darlehensnehmer bei Immobiliarkrediten kein Widerrufsrecht gehabt.

In den 80er Jahren hatte man sich auch noch kaum vorstellen können, dass in massiver Weise Immobiliarkredite über Zehntausende von DM, teilweise auch über 100.000 DM hinaus über Vermittler aller Art in Haustürsituationen eingeworben würden. Es entsprach aber einer Strategie eines nicht unerheblichen Teils der Bankwirtschaft, diese Lücke auszunutzen, um die Kreditexpansion durch unaufgeforderte Hausbesuche erst richtig auszuschöpfen. Ein Teil der Kreditgeber verzichtete demgemäß ganz auf eine Belehrung über das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften. Ein anderer Teil gab nur die Belehrung über das Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG, das jedoch inhaltlich von der Belehrung nach HWiG abwich (insbesondere aufgrund des § 7 Abs. 3 VerbrKrG, nach dem der Widerruf als nicht erfolgt galt, wenn das Darlehen nicht binnen zweier Wochen zurückgezahlt war). Schließlich gab es auch noch eine Fraktion von Anbietern, die vorsichtshalber eine Belehrung sowohl nach dem VerbrKrG wie nach dem HWiG gab.

Soweit nun keine ordnungsgemäße Belehrung nach dem HWiG gegeben war,<sup>18</sup> entwickelte sich eine Kontroverse darüber, ob nicht die europäische Richtlinie ungeachtet der Subsidiaritätsklausel des § 5 Abs. 2 HWiG noch einen solchen Widerruf eröffne und auch das deutsche Recht dem folgen müsse. Der Bankrechtssenat entschloss sich daher, diese Rechtsfrage dem EuGH vorzulegen.<sup>19</sup> Er machte jedoch keinen Hehl aus seiner Tendenz, für übliche Grundpfandkredite kein Widerrufsrecht vorzusehen. Der EuGH folgte jedoch diesem Votum nicht,<sup>20</sup>

17 RL 85/577/EWG.

18 Wie dargelegt, lag auch dann keine ordnungsgemäße Belehrung vor, wenn sie nicht dem HWiG, sondern dem VerbrKrG entsprach.

19 BGH NJW 2000, 521.

20 EuGH NJW 2002, 281 – Heiningen.

sondern hielt in seiner *Heininger-Entscheidung* den *Schutz vor Überrumpelung* an der Haustür *gerade auch bei Grundpfandkrediten* für notwendig. Im Prinzip war das eine Selbstverständlichkeit, die nur in Deutschland nicht beachtet worden war.

Es war dann einige Zeit lang unklar, ob der Bankrechtssenat die Rechtsgrundsätze des EuGH im deutschen Recht umsetzen würde. Dazu wurde er auch von außerhalb der engeren Fachöffentlichkeit aufgefordert. Es blieb ihm dann nichts anderes übrig, als § 5 Abs. 2 HWiG europarechtskonform so auszulegen, dass das VerbrKrG dem HWiG nur vorging, sofern es seinerseits ein Widerrufsrecht vorsah.<sup>21</sup> Wer nun geglaubt hatte, dass damit der Überrumpelungsschutz für Immobiliarkreditnehmer geklärt war, sah sich jedoch enttäuscht. Der Bankrechtssenat nahm der Entscheidung des EuGH die Wirkung, indem er den Darlehensnehmer, der nach § 3 Abs. 1 HWiG seinen Darlehensvertrag widerrief, dazu verpflichtete, den Nettokredit sofort mit marktüblicher Verzinsung zurückzuzahlen.<sup>22</sup> Damit war *dem Widerrufsrecht jede Effizienz genommen*, da sich die meisten Anleger bis zur Halskrause verschuldet hatten und allenfalls die Kreditraten zurückzahlen konnten, nicht aber auf einen Schlag die gesamte Nettokreditsumme. Dies hätte für einen Großteil der Anleger, die noch nicht einmal Eigenkapital aufgebracht hatten, die sofortige Insolvenz bedeutet. Aus wirtschaftlichen Gründen musste daher den Anlegern vielfach geraten werden, keinen Widerruf zu erklären, wenn man die damalige Rechtsprechung des Bankrechtssenats zugrunde legte. Eine ernsthafte Erwägung, aus Gründen des Überrumpelungsschutzes eine Zahlung in Raten vorzusehen, wie dies bei den sittenwidrigen höchstverzinslichen Ratenkrediten auf der Grundlage des § 817 Satz 2 BGB geschehen war,<sup>23</sup> stellte der Senat nicht an. Damit hatte er die Entscheidung des EuGH weitgehend entschärft. Er gewährte damit *denjenigen Banken weitreichenden Schutz, die ohne jede Belehrung auf volles Risiko aufgrund von Haustürkontakten Kredite gewährt hatten*.

Der Widerstand gegen diese Rechtsprechung formierte sich jedoch immer mehr. Inzwischen gab es schon Netzwerke von Rechtsanwältinnen, die auf die grobe Ungerechtigkeit dieser Rechtsprechung und das soziale Elend hinwiesen, in das viele Kreditnehmer aufgrund der aggressiven Einwerbung durch bestimmte Banken geraten waren. Eine Organisation der engagierten Anwältinnen im Deutschen Anwaltsverein in Form einer Arbeitsgemeinschaft führte allerdings dazu, dass auch die bankennahen Rechtsanwältinnen massiv auftraten. In der Rechtswissenschaft gab es neben der kritischen Sachbehandlung durch Bankrechtsautoren auch pointierte, ja aufschreiähnliche Distanzierungen von Autoren mit Schwerpunkten in ganz anderen Rechtsgebieten.<sup>24</sup> Auch Geschädigtenverbände wurden konstituiert. Neben den sozial besonders engagierten Protagonisten in der Anwaltschaft gab es allerdings auch eine Fraktion von anwaltlichen Großverdienern, die mit geringstem Aufwand auf einen Schlag Hunderte von Gebühren einzusammeln versuchten, etwa durch ein bescheidenes Standardschreiben für eine große Gruppe von Kreditnehmern an die ihnen Kredit gebende Bank mit der Bitte um einen Vergleich. Abgesehen von solchen Erscheinungen gab es aber

<sup>21</sup> BGH NJW 2002, 1881.

<sup>22</sup> BGHZ 152, 331, 336.

<sup>23</sup> BGH NJW 1987, 944; 1995, 1152 für sittenwidrige Kredite und BGH NJW 1989, 3217; 1993, 2108 für gesetzwidrige.

<sup>24</sup> So etwa von dem Medizinrechtler *Deutsch* NJW 2003, 2881. Andererseits gibt es in der jüngeren Generation auch den Typus des Bankrechtswissenschaftlers, der wie etwa *Piekenbrock* und *Freitag* nach einer Bankausbildung und/oder entsprechender praktischer Tätigkeit auch wissenschaftlich größte Schwierigkeiten hat, den reinen Bankinteressenhorizont zu transzendieren.

## 6. Der Widerspruch des Gesellschaftsrechtssenats

Mit den Schrottimmobilien war auch der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, der Gesellschaftsrechtssenat, befasst, soweit die Anleger keine Objekte vom Bauträger, sondern Anteile an Immobilienfonds erworben und finanziert hatten. Der Gesellschaftsrechtssenat war, anders als der Bankrechtssenat, nicht ständig mit Bankgeschäften konfrontiert, sondern mit den inneren und äußeren Strukturen der deutschen Unternehmen insgesamt befasst. Unter der Ägide seines *Vorsitzenden Volker Röhrich* kam es zu einer wesentlich verbraucherfreundlicheren Rechtsprechung. Nach dieser war die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG, die Grundpfandkredite wegen des dort zugrunde gelegten relativ niedrigen Zinsniveaus und der traditionellen Grundsätze des Immobiliarkredits weitgehend aus dem verbraucherkreditrechtlichen Schutz ausnahm, auf die Finanzierung des Erwerbs eines Immobilienfondsanteils nicht anwendbar.<sup>25</sup> Dafür sprach insbesondere, dass auf dem Sektor des Immobilienfondsanteilerwerbs keine vergleichbaren Beleihungsgrundsätze mit entsprechendem Zinsniveau bestanden, sondern schon der mit dem Fonds verbundene Gesellschaftsaufwand für eine erhebliche Verteuerung sorgen musste. Damit war der *Einwendungsdurchgriff* nach § 9 VerbrKrG möglich, so dass der Anleger seine Einwendungen aus dem Geschäft über den Erwerb des Immobilienfondsanteils (etwa wegen Informationspflichtverletzungen oder Mängeln des Objekts) auch gegen den Kreditgeber vorbringen konnte. Damit wurden die kreditgebenden Banken in die Risiken des Schrottimmobilienerwerbs verstrickt. Der Gesellschaftsrechtssenat entwickelte seine Rechtsprechung sogar dahin weiter, dass Einwendungen gegen Gründungsgesellschafter und Modellinitiatoren, die eigentlich nicht zur Veräußererseite gehörten, den Kreditgebern entgegengehalten werden konnten, weil die Vertriebsmodelle nicht ohne Abstimmung mit der Kreditgeberseite aufgelegt sein konnten.<sup>26</sup> Damit erkannte der Gesellschaftsrechtssenat erstmals und in Abweichung vom Bankrechtssenat die plausible Tatsache an, dass *die Steuersparmodelle des Immobiliensektors nicht ohne vorgängige Koordination mit der Bankenseite* realisiert worden waren und werden konnten. Trotz der richtigen Stoßrichtung gelang es dem Gesellschaftsrechtssenat jedoch nicht, seine Begründung in jeder Hinsicht abzusichern. Das war zwar verständlich, weil der Gesellschaftsrechtssenat nicht ständig mit Finanzierungen befasst war. Es unterlief ihm sogar ein handwerklicher Fehler, den der Bankrechtssenat mit *Soupcou* rügte.<sup>27</sup> Die beiden Senate vermieden es strategisch, wegen ihrer Divergenz den Großen Zivilsenat des Bundesgerichtshof anzurufen, so dass in der Fachöffentlichkeit zunehmend von einer gespaltenen Rechtsprechung, ja sogar von einem »Krieg der Senate«<sup>28</sup> die Rede war.

<sup>25</sup> BGHZ 159, 294, 307.

<sup>26</sup> BGHZ 159, 294, 312 f.

<sup>27</sup> In BGHZ 159, 294, 308 schrieb der Gesellschaftsrechtssenat, eine grundpfandrechtliche Sicherung setze eine mit besonderen Schutzvorkehrungen verbundene Beurkundung voraus, in Deutschland die Beurkundung durch einen Notar mit entsprechender Belehrung nach § 17 BeurkG. Dabei wurde übersehen, dass die Grundschuldbestellung materiellrechtlich formfrei möglich ist und nur grundbuchrechtlich einer öffentlichen Beglaubigung bedarf. Der Bankrechtssenat erwiderte darauf, dass »in Deutschland« eine solche Beurkundung nicht vorgesehen sei.

<sup>28</sup> Davon war schon bei früheren Kontroversen des Bankrechtssenats die Rede (vgl. *Lorenz* NJW 1998, 2973), aber teilweise auch für die skizzierte Divergenz (s. *Nikolaj Fischer* VuR 2006, 53).

## 7. Die erneute Anrufung des EuGH

Bevor über die Kontroverse beim Bundesgerichtshof das letzte Wort gesprochen war, führte der hinhaltende Widerstand einzelner Instanzgerichte zu weiteren Vorlagen beim EuGH. Das *LG Bochum*<sup>29</sup> hatte Bedenken gegen die unzureichende Umsetzung der Rechtsgrundsätze des Heininger-Urteils und gab unter dem Gesichtspunkt der zu fordernden Effizienz des europäischen Rechts (»effet utile«) zu bedenken, ob nicht eine rechtliche Einheit zwischen Kauf- und Darlehensvertrag im Sinne eines verbundenen Geschäfts bestehe, die Auszahlung der Darlehensvaluta an den Veräußerer nicht auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Darlehensnehmers beruhe und dieser demgemäß auch nicht zu einer (sofortigen) Rückzahlung und marktüblichen Verzinsung verpflichtet sein könne. Das *OLG Bremen*<sup>30</sup> wiederum rügte zunächst, dass die Haustürsituation beim Vertrieb von Darlehen nicht vorbehaltlos den Banken zugerechnet wurde, dass die Belehrungspflichtverletzung nicht folgenlos bleiben könne, und problematisierte seinerseits ebenfalls, wenn auch mit etwas anderer Begründung, die Pflicht zur sofortigen Rückzahlung und Verzinsung.<sup>31</sup> Im Verfahren vor dem EuGH hatte es *Kai-Oliver Knops* als Vertreter der geschädigten Anleger der Ausgangsprozesse sehr schwer, den überwiegend im Völkerrecht qualifizierten Richtern das auf Deutschland beschränkte Schrottimmobiliensproblem in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht einigermaßen nachvollziehbar zu präsentieren. Der *EuGH* stellte dann aber (in den *Entscheidungen Schulte* und *Crailsheimer Volksbank*) zunächst im Hinblick auf die Voraussetzungen des Widerrufs fest, dass das Widerrufsrecht an die Haustürsituation als solche anknüpft,<sup>32</sup> also nicht an zusätzliche Zurechnungskriterien, wie sie der Bankrechtssenat auf der Basis des § 123 Abs. 2 BGB angenommen hatte,<sup>33</sup> mit der Folge, dass sich die Banken grundsätzlich auf die Unkenntnis der Anwerbung durch Vermittler in Haustürsituationen berufen können. Insoweit blieb dem Bankrechtssenat dann wiederum nichts anderes übrig, als dem EuGH zu folgen, wie dies in der Entscheidung vom 14.2.2006 geschah.<sup>34</sup>

Im Übrigen bejahte der EuGH (in Überschreitung seiner Kompetenz durch Auslegung des nationalen Rechts) zwar die Verpflichtung zur Nettokreditrückzahlung nebst marktüblicher Verzinsung im Falle des Widerrufs<sup>35</sup> und nahm damit seiner Heininger-Entscheidung eine ins Gewicht fallende Bedeutung. Dies wollte er jedoch nicht bei fehlender oder unzureichender Belehrung gelten lassen. Welche Rechtsfolgen daraus abzuleiten waren, war aber dann sofort wieder äußerst umstritten.

## 8. Die unkonventionelle Kompromissbildung beim Bundesgerichtshof

Der Bankrechtssenat stand nunmehr unter dem Druck der neuen Vorgaben des EuGH wie auch der abweichenden Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtsse-

<sup>29</sup> LG Bochum NJW 2003, 2612.

<sup>30</sup> OLG Bremen NJW 2004, 2239.

<sup>31</sup> Die klagende Bank unternahm in diesem Verfahren alles, um eine Vorlageentscheidung zu verhindern. So wurde der Verfasser dieses Aufsatzes, der als Richter im zweiten Hauptamt an dem Verfahren beteiligt war, wegen Besorgnis der Befangenheit im taktisch günstigsten Moment abgelehnt, weil er in einer wissenschaftlichen Veröffentlichung von einem »Kreditvergaberausch« einzelner, jedoch nicht benannter Banken gesprochen hatte. Der Befangenheitsantrag war im Ergebnis erfolglos.

<sup>32</sup> BGH NJW 2005, 3551.

<sup>33</sup> BGH NJW 2003, 424.

<sup>34</sup> BGH NJW 2006, 1340. Diese Rechtsprechung wurde dann aber wieder dadurch relativiert, dass der Senat keine der Bank zurechenbare Haustürsituation annehmen will, wenn der Vermittler »im Lager« des Anlegers steht (BGH WM 2008, 1593) wie etwa dessen Steuerberater.

<sup>35</sup> EuGH NJW 2005, 3551.

nats. Im Hinblick auf diese war nach den Regeln des Gerichtsverfassungsrechts angezeigt, eine Entscheidung des Großen Zivilsenats herbeizuführen. Stattdessen kam es zu einem *Verwaltungskompromiss unter der Anleitung des Bundesgerichtshof-Präsidenten Hirsch*, an dessen Beratung nur einzelne Richter der beiden Zivilsenate beteiligt waren. Beim Gesellschaftsrechtssenat hatte inzwischen der Vorsitz gewechselt. Neuer Vorsitzender war der auch wissenschaftlich im besonderen Maß ausgewiesene Richter *Wulf Goette*, der sich wie der gesamte Senat durch die Vielzahl der ausgelösten Anlegerprozesse überlastet fühlte. Ohne Änderung des Geschäftsverteilungsplans<sup>36</sup> übernahm der Bankrechtssenat dann den bisherigen Kompetenzbereich des Gesellschaftsrechtssenats, so dass man die Fortführung der verbraucherrechtsfernen Rechtsprechung dieses Senats befürchten musste. Offenbar hatte der Bankrechtssenat, wie die weitere Entwicklung zeigt, bei der Kompromissbildung aber mehr Verbraucherschutz versprochen. Dabei folgte der Bankrechtssenat aber nicht den Kriterien des EuGH, sondern entwickelte in seinen Grundsatzentscheidungen vom 25.4.2006<sup>37</sup> und vom 16.5.2006<sup>38</sup> eine eigene Linie in Gestalt eines gewissen Maßes an Täuschungsschutz. Dagegen entwertete er den vom EuGH vorgegebenen Überrumpelungsschutz für Haustürgeschäfte nahezu vollständig.

### 9. Die Entwertung der EuGH-Vorgaben

Der EuGH hatte an sich unmissverständlich vorgegeben, dass er dem nicht (ordnungsgemäß) über sein darlehensbezogenes Widerrufsrecht nach der Haustürgeschäftsrichtlinie belehrten Anleger einen Schutz vor Risiken des Geschäfts geben wollte.<sup>39</sup> Bei der Umsetzung dieser Vorgaben lehnte der Bankrechtssenat jedoch die Anknüpfung an Vorschriften des Haustürwiderrufsrechts ebenso ab wie eine Milderung der Rückzahlungspflicht über bereicherungsrechtliche Vorschriften.<sup>40</sup> Damit blieb nur eine schadensersatzrechtliche Lösung offen, für die jedoch zahlreiche Barrieren bestanden oder errichtet wurden.

Zum einen hatte der Senat ja bereits eine Belehrungspflichtverletzung verneint, wenn der (von der Veräußererseite ausgewählte und honorierte) Vertreter des Anlegers nicht in einer Haustürsituation gehandelt hatte.<sup>41</sup> Lag aber eine Belehrungspflichtverletzung vor, so eröffnete der Bankrechtssenat dem Kreditgeber nun die Berufung auf mangelndes Verschulden, da dieser mit Rücksicht auf die Subsidiaritätsklausel des § 5 Abs. 2 HWiG i.V.m. § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG habe annehmen können, dass bei Haustürgrundpfandkrediten kein Widerrufsrecht des Verbrauchers bestehe. Mit taktischem Geschick verzichtete der Senat jedoch auf eine endgültige Stellungnahme zur Verschuldensfrage, sondern überließ diese den Instanzgerichten, um keinen weiteren Anlass für eine Vorlage beim EuGH zu geben. Schließlich wurde noch die Schadensursächlichkeit der Belehrungspflichtverletzung für den Abschluss des Darlehensvertrags in Frage gestellt. So wurde etwa die Kausalität verneint, wenn der Kaufvertrag vor dem Darlehensvertrag geschlossen worden war.<sup>42</sup> Dies ging zwar daran vorbei, dass das Widerrufsrecht bei einem Vertragsabschluss in einer Haustürsituation

<sup>36</sup> Dies geschah dadurch, dass die beiden Senate im Einklang mit dem BGH-Präsidenten die maßgeblichen Geschäftsverteilungsbestimmungen neu interpretierten.

<sup>37</sup> BGHZ 167, 252.

<sup>38</sup> BGHZ 168, 1.

<sup>39</sup> EuGH NJW 2005, 3551, Rn. 52, 98 – 101.

<sup>40</sup> Siehe dazu schon BGHZ 168, 1 Rn. 31.

<sup>41</sup> Siehe dazu o. unter 3 unter Bezug auf BGH NJW 2000, 2268 und 2270.

<sup>42</sup> BGHZ 168, 1.

gerade auch den Marktvergleich zwischen den Bedingungen der verschiedenen Kreditgeber ermöglichen sollte. Ferner erwies es sich, dass Veräußererseite und Kreditgeber bei institutionalisiertem Zusammenwirken vielfach die Reihenfolge der Vertragsabschlüsse selbst bestimmt hatten. Damit blieb bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des Senats dem Kreditgeber keinerlei Verschuldensrisiko, wenn er den Darlehensvertrag mit dem Anleger, wie üblich, nach dessen Kaufvertrag mit dem Veräußerer geschlossen hatte.

Die Abkehr vom Überrumpelungsschutz wurde wahrscheinlich durch die Horrorvorstellung bestimmt, dass Hunderttausende von Kreditnehmern nachträglich gern den Widerruf erklärt hätten, obwohl der größte Teil auch bei ordentlicher Belehrung nicht widerrufen hätte. Eine adäquate Lösung hätte etwa darin bestehen können, dass nur denjenigen Schutz gewährt worden wäre, die aufgrund ihrer tatsächlichen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse innerhalb der kurzen Widerrufsfrist hätten klären können, ob der finanzierte Schrottimmobilienerwerb für sie überhaupt eine aussichtsreiche Anlageentscheidung war. Stattdessen wurde praktisch *der Überrumpelungsschutz trotz der zweimaligen Einschaltung des EuGH auf null reduziert*, dafür aber Verbraucherschutz in Form eines Täuschungsschutzes gewährt.

#### 10. Die neue Linie des Bankrechtssenats ab 2006

Mit einem Bündel von Entscheidungen vom 25.4.2006<sup>43</sup> gab der Bankrechtssenat zunächst die Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats auf, soweit dieser einen Einwendungsdurchgriff gewährt hatte, wobei er auf die Gründe des Gesellschaftsrechtssenats weitgehend nicht einging. Vollmacht- und Formmängel heilte der Bankrechtssenat teilweise über die Grenze des Vertretbaren hinaus. Zum Ausgleich gewährte er aber einen *Schutz vor Täuschungen von Vermittlern, die zugleich Fondsanteile und Darlehen vertrieben hatten*. In einer Entscheidung vom 25.4.2006, die als Täuschungsschutzentscheidung bezeichnet werden kann,<sup>44</sup> führte er aus, bei einer arglistigen Täuschung durch einen Vermittler über die Fondsbeteiligung könne der Kreditnehmer im Falle eines verbundenen Geschäfts vielmehr ohne Weiteres auch den mit dem Erwerbsvertrag verbundenen Darlehensvertrag anfechten, wenn die Täuschung für dessen Abschluss kausal gewesen sei. Damit gab der Bankrechtssenat seine bis dahin mehrfach als gefestigt bezeichnete Rechtsprechung auf, der Vermittler von Anteilen sei kein Erfüllungsgehilfe der Bank.<sup>45</sup> Die Täuschung über den Wert von Fondsanteilen durch einen Vermittler, der zugleich die Darlehensvertragsaufnahme gefördert hatte, konnte also grundsätzlich auch dem Darlehensgeber mittels einer Anfechtung nach § 123 BGB entgegengehalten werden.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Siehe dazu *Derleder ZfIR* 2006, 489.

<sup>44</sup> BGH ZfIR 2006, 509.

<sup>45</sup> Siehe zuletzt BGH NJW 2005, 1576, 1577.

<sup>46</sup> Die Anleger wurden teilweise zwischen den Judikaturlinien zerrieben. Im Sachverhalt der Entscheidung BGH ZfIR 2006, 502 hatte der Anleger zu den behaupteten Täuschungen über die Werthaltigkeit des Fonds in erster Instanz nach Meinung des Gerichts nicht genügend vorgetragen. Das entsprach allerdings der damaligen Rechtsprechung des Bankrechtssenats, die den Vortrag zur Täuschung durch Vermittler nicht dem Pflichtenkreis der Kreditinstitute zuordnete. Das Berufungsgericht ließ diesen Vortrag dann nicht mehr zu, weil er schon in erster Instanz möglich gewesen sei. Demgegenüber verwies der Anleger mit der Revision darauf, dass er dazu erst durch eine Entscheidung des Gesellschaftsrechtssenats ermutigt worden sei. Diesen Angriff wies der Bankrechtssenat bei seiner Revisionsentscheidung dann mit der Begründung zurück, darauf hätte sich der Anleger schon in erster Instanz berufen können. Dass nach dem Bankrechtssenat dieser Vortrag erst seit seiner Entscheidung vom 25.4.2006 als relevant anzusehen war, blieb unberücksichtigt. Der Kläger wurde also mit einem Vortrag ausgeschlossen, den der Bankrechtssenat bis zu diesem Tag selbst als irrelevant angesehen hatte. Eine Partei, die das erleben muss, kann an der Justiz irre werden.

Mit Entscheidung vom 16.5.2006<sup>47</sup> konkretisierte der Bankrechtssenat dann den neuen Täuschungsschutz für den finanzierten Erwerb von Schrottimmobilien vom Bauträger. Statt der vom EuGH behandelten Belehrungspflichtverletzung thematisierte er eine *Aufklärungspflichtverletzung bei institutionalisiertem Zusammenwirken der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des Objekts*. Dann soll ein konkreter Wissensvorsprung der Bank eine Aufklärungspflicht begründen. Ein solches Zusammenwirken ist auch bei Überlassung von Formularen des Kreditgebers an Vermittler oder Vertreter zu bejahen. Im Falle der *arglistigen Täuschung durch unrichtige Angaben des Verkäufers oder Vermittlers* soll eine widerlegliche Vermutung der Kenntnis des Kreditgebers über die Täuschung dem Anleger helfen, wenn die Unrichtigkeit der Angaben nach den Umständen des Falles für die Bank evident ist, weil es sich aufdrängt, dass sie sich sonst der Kenntnis der Täuschung geradezu verschlossen hat. Eine solche Evidenz ist nur anzunehmen, wenn die *Angaben grob falsch* sind. Im entschiedenen Fall war dem Anleger eine monatliche Nettomiete vorgespiegelt worden, die um 46% höher lag, als es der Realität entsprach.

Obwohl auch mit diesen Rechtsbegriffen (institutionalisiertes Zusammenwirken, Evidenz der arglistigen Täuschung, grob falsche Angaben) noch eine Einschränkung des § 278 BGB verbunden war, also keineswegs jedes fahrlässige Verhalten eines den Darlehensvertrag vorbereitenden Vermittlers erfasst wurde, war damit doch die Grundlage für eine Erfassung jedenfalls der ärgsten Übervorteilungen durch Vermittler an der Haustür gesichert, an der sich seither die damit befasste Anwaltschaft und die Instanzgerichte erfolgreich abgearbeitet haben. In einer Vielzahl von Prozessen ist es durch Urteil oder Prozessvergleich zu verbrauchergünstigen Lösungen für diejenigen Anleger gekommen, die nachhaltiger Widerstand geleistet haben. Damit hat der Bankrechtssenat letzten Endes doch einigermaßen die Kurve bekommen, die von Anfang an hätte genommen werden müssen. Ein erhebliches Verdienst dürfte insoweit den neu in den Senat eingetretenen Richtern zukommen. Dennoch ergibt der Rückblick auf den Verlauf der Rechtsprechung, der – gemessen am letzten Stand – eine Vielzahl von Fehlentscheidungen mit oft existentiellen wirtschaftlichen Folgen gezeitigt hat, eine singuläre Verworrenheit im Verhältnis von Judikatur und Bankwirtschaft im Bereich der Schrottimmobilien, die die sonstige, fachlich vor allem bei der Technik des Bankverkehrs sehr überzeugende Arbeit des Senats<sup>48</sup> verdunkelt. Dies soll abschließend an einem Fall gezeigt werden, bei der der Kreditnehmer die gesamte Last des »Rechtsfortschritts« zu tragen hatte.

### 1.1. Die Stationen der Rechtsentwicklung für den einzelnen Rechtsunterworfenen

Im Anschluss an die Fallkonstellation, die Gegenstand von EuGH-Entscheidungen waren, soll hier der Fall des Mechanikers Klaus Conrads<sup>49</sup> herausgegrif-

<sup>47</sup> BGHZ 168,1.

<sup>48</sup> Zu nennen ist hier beispielsweise die nach allen Seiten durchdachte Entscheidung zum Lastschriftverkehr bei fehlender Kontodeckung (BGH NJW 2005, 1645).

<sup>49</sup> Der Verfasser dieses Aufsatzes war als Richter im zweiten Hauptamt teilweise mit diesem Rechtsstreit befasst und kann dementsprechend keine Informationen anführen, die mit seiner früheren richterlichen Tätigkeit unvereinbar wären, so insbesondere nicht zum Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung. Die im Folgenden wiedergegebenen Details des Falles sind jedoch neben den allgemein in der Öffentlichkeit bekannt gewordenen Tatsachen und den Tatsachen aus öffentlichen Gerichtsverhandlungen lediglich den Urteilstabbeständen entnommen. Die Namen der Beteiligten sind aus dem EuGH-Verfahren bekannt. Anwaltsnamen werden genannt, soweit die Anwälte sich im Internet öffentlich geäußert haben.

fen werden, der das Auf und Ab der Rechtsprechung in einer Vielzahl von Instanzen durchmachen musste. Es handelt sich dabei um einen Bremer, der für ein Appartement in einem Boarding-House in Steinenbronn am Rande des Stuttgarter Einzugsbereichs erworben wurde. Bei ihm rief 1992 unaufgefordert ein Vermittler an, der in Bremen und um Bremen herum systematisch Anleger für dieses Boarding-House einwarb. Dieser Vermittler war für eine Vertriebsfirma tätig, die wiederum für eine andere Vertriebsfirma aktiv war. Der Vermittler, der einige Jahre später unter ungeklärten Umständen, möglicherweise durch Suizid zu Tode kam, also nie vernommen werden konnte, suchte die angesprochenen Anleger zu Hause auf, rechnete ihnen die Steuervorteile eines Erwerbs vor und folgte dabei einem dem Vertrieb zugrunde gelegten Abwicklungsplan in zwanzig Schritten, der die Abstimmung von Kauf und Finanzierung im Einzelnen und unter Einbeziehung der Darlehensvertragsformulare der Crailsheimer Volksbank sicherte.

Der angesprochene Mechaniker war zum Zeitpunkt des Kontakts mit dem Vermittler 32 Jahre alt, ein einfacher Arbeiter, der noch bei seinen Eltern wohnte. Er war von dem Vermittler schon zwei Jahre zuvor für ein Steuersparmodell erworben worden, für das er erhebliche Kreditraten abzutragen hatte. Für den Erwerb eines Appartements konnte er dementsprechend kein Eigenkapital und (zusätzliche) Steuervorteile nur bei einer erheblichen, aber nicht erwartbaren Erweiterung seines Nettoeinkommens einsetzen. Er ließ sich dennoch von dem Vermittler für das neue »Steuersparmodell« gewinnen, erwarb ein Appartement und ließ es durch die Volksbank finanzieren.

Die Volksbank hatte ihrerseits bereits den hochpreisigen Erwerb des Grundstücks und die recht teure Errichtung des Boarding-House durch einen Bauträger finanziert und war dabei erhebliche Risiken eingegangen. Federführend war bei der Volksbank ein Vorstandsmitglied, das eine Art Gründerstellung einnahm und auch bei der Grundsteinlegung durch die Bauträgerfirma dabei war. Das Boarding-House umfasste 188 Appartements, teilweise mit Garagen. Es wurde in einer Gegend mit mäßigem Fluglärm gebaut. Breitere Erfahrungen mit dieser Art von Motels, bei denen sich der vorübergehende Bewohner, etwa ein hospitierender Manager, mit einer gewissen Haushaltsführung in seinem Zimmer selbst versorgen konnte, gab es 1992 in Deutschland nicht. Da ein Appartement in einem als Wohnungseigentumsanlage mit entsprechender Teilungserklärung konzipierten Modell nicht getrennt verwertbar ist, musste jeder einzelne Appartementsinhaber im Falle einer individuellen Vertragsstörung mit einem gänzlich unverwertbaren Objekt rechnen, was den meisten Anlegern jedoch entgangen sein dürfte. Der Mechaniker kaufte ein Appartement von ca. 26 qm zu einem Preis von etwa 160.000 DM, der schon ein erhebliches Maß an weichen Kosten umfasste. Die Gesamtfinanzierungssumme betrug dann jedoch über 260.000 DM, die die Volksbank allein finanzierte. Zu diesem Preis hätte der Mechaniker ohne Weiteres auch ein kleines Haus erwerben können. Die zunächst vorgesehene Vergabe eines Kredits durch eine andere Bank kam aufgrund deren Risikoanalyse nicht zustande.

Das Boarding-House erwies sich als schwer verpachtbar. Eine kurze Zeit lang beglich eine Tochterfirma des Bauträgers und Veräußerers die eingepplanten Mieten aus den Kaufpreiszahlungen. Schon bald gab die ursprünglich vorgesehene Pächterfirma auf. In der Folgezeit entstanden wegen erheblichen Pachtausfalls beträchtliche Rückstände der Anleger, darunter auch des Bremer Mechanikers. Der Hintermann der Bauträgerfirma ging in Konkurs und floh nach Kolumbien. Das für die Volksbank federführend tätige Vorstandsmitglied wurde nach einem

äußerst kritischen Bericht des Württembergischen Genossenschaftsverbandes wegen der eingegangenen ungewöhnlichen Risiken abberufen und später strafrechtlich verfolgt. Nachdem die Volksbank zunächst ein Zahlungsurteil wegen Rückständen gegen den Mechaniker erwirkt hatte, kündigte sie den Kreditvertrag 1998 und erhob im Jahre 2000 Klage auf Gesamtrückzahlung und Verzinsung. Der beklagte Mechaniker wehrte sich dagegen vor allem mit der Begründung, der Vermittler und die Vertriebsfirmen seien in die Darlehensvergabe eingebunden gewesen, so dass deren Pflichtverletzungen auch der Klägerin als Kreditgeberin entgegengehalten werden könnten. Für den Mechaniker war durchgehend der Bremer Einzelanwalt Ahr tätig, die beklagte Volksbank wurde durch ein renommiertes Stuttgarter Anwaltsbüro vertreten, bei dem für eine erhebliche Zeit einer der Anwälte sich auf die Prozesse der Volksbank spezialisierte, aber auch andere zusätzlich tätig waren.

Das *Landgericht Bremen* gab in erster Instanz der Klage der Bank im Dezember 2001 statt. Es folgte dabei der BGH-Entscheidung vom 18.4.2000.<sup>50</sup> Es verneinte eine Zurechnung des Vermittlerhandelns, lehnte ein Widerrufsrecht aufgrund der Subsidiaritätsbestimmung in § 5 Abs. 2 HWiG ab und trat auch einem Einwendungsdurchgriff entgegen.

Auf die Berufung des Mechanikers erhob das *OLG Bremen* Beweis darüber, ob eine Haustürsituation vorgelegen hatte. Die Beweisaufnahme wurde mit derjenigen in anderen Rechtsstreitigkeiten verbunden, die durch die Aktivitäten desselben Vermittlers ausgelöst waren. Die Eltern des Mechanikers sagten aus, der Vermittler habe telefonisch angerufen und sei dann zu ihnen und ihrem Sohn nach Hause gekommen. In den weiteren Beweisaufnahmen ergab sich, dass die Einwerbungsversuche des Vermittlers nicht immer erfolgreich waren. Eine Zeugin hatte ihm entgegengehalten, sie wolle nicht Großgrundbesitzerin werden. In diesem Fall versprach der Vermittler 500 DM für die Nennung eines interessierten anderen Anlegers, wie die Beweisaufnahme ergab. Mit Urteil vom Januar 2003 wies das OLG dann die Klage ab.

Zu diesem Zeitpunkt hatte die Volksbank praktisch bei ihren Klagen durchgehend Erfolg gehabt, abgesehen von einem Urteil der Stuttgarter Richterin Dr. Strobel, die offenbar mit einem Stoßseufzer ihres Gerechtigkeitsgefühls aufgrund von Verschuldenserwägungen eine hälftige Schadensteilung vorgesehen hatte, deren Urteil dann jedoch alsbald aufgehoben wurde. Das OLG Bremen stützte seine Klagabweisung zunächst auf ein Referenzschreiben der Volksbank zugunsten der Veräußererseite, in dem auch eine (dann nicht durchgeführte) Mittelverwendungskontrolle zugesagt worden war. Die klagende Volksbank habe ferner einen Gefährdungstatbestand durch Auszahlung der Valuta an Dritte verwirklicht. Außerdem gestattete das OLG dem Mechaniker einen Einwendungsdurchgriff, allerdings nicht in Anknüpfung an eine Norm des Verbraucherkredit- oder Haustürrechts, sondern unter Anwendung des § 242 BGB. Dafür führte es an, die Bank habe den Bauträger in der Weise einseitig begünstigt, dass sie trotz Fehlens eines Finanzierungskonzepts für die Verpachtung das gesamte Vorhaben mit einer Finanzierung ins Blaue hinein zu Lasten eigenkapitalloser und einkommensschwacher Anleger durchgezogen habe.

Die Volksbank legte dagegen Revision ein. Mit der Begründung machte sich der dafür eingeschaltete Rechtsanwalt Achim Krämer keine große Mühe, auch nicht hinsichtlich des Quantums seiner Ausführungen. Leider ist es allgemein keine Seltenheit, dass Anwälte beim Bundesgerichtshof, die aufgrund des Zulassungs-

<sup>50</sup> BGH NJW 2000, 2352.

prinzips eine Art Erbhof verwalten, im Vergleich zu den Instanzanwälten unverhältnismäßig geringen Begründungsaufwand treiben, und das auch noch vom hohen Ross. Krämer argumentierte insbesondere, eine »völlig fehlerfreie« Mittelkontrolle sei nicht zugesagt worden. Im Übrigen verwies er vor allem auf abstrakte Rechtsgrundsätze des Bankrechtssenats und Urteile des OLG Stuttgart, die den Klagen der Volksbank stattgegeben hatten.

Mit Urteil vom 27.1.2004<sup>51</sup> hob der *Bankrechtssenat des Bundesgerichtshofs* das Urteil des OLG Bremen auf und verwies die Sache zurück. Dabei schloss er in einer für die Judikatur des Bundesgerichtshofs singulären Radikalität die Anwendung des § 242 BGB aus, da für diese Norm aufgrund der verbraucher-kreditrechtlichen Vorschriften kein Anwendungsbereich bleibe. Im Übrigen verneinte er Pflichtverletzungen der Bank unter strikter Eingrenzung ihres Pflichtenkreises.

Inzwischen hatte das LG Bochum<sup>52</sup> seinen bereits erwähnten Beschluss zur Vorlage an den EuGH gefasst, und das OLG Bremen schloss sich im Mai 2004 dieser Vorlage in den Rechtsstreitigkeiten an, die noch bei ihm anhängig waren, aber auch in dem Verfahren mit dem Mechaniker, soweit dies die Bindung an das BGH-Urteil zuließ. Der Mechaniker wurde somit auch in das *EuGH-Verfahren* verstrickt, also quasi in vierter Instanz, und gab einer der Entscheidungen aus dem Jahre 2005<sup>53</sup> sogar seinen Namen. Nachdem der EuGH in seinen Entscheidungen bei einer Belehrungspflichtverletzung der Bank dieser das Risiko daraus zugeordnet hatte, wartete auch der Mechaniker auf die Umsetzung des EuGH-Urteils durch den Bankrechtssenat. Bevor dieser jedoch entschieden hatte, wies das *OLG Bremen* in dem vom Bundesgerichtshof an es zurückverwiesenen Rechtsstreit die Klage der Volksbank ab<sup>54</sup> und begründete dies vor allem damit, dass vor Abschluss des Darlehensvertrags im gegebenen Fall noch keine wirksame kaufvertragliche Verpflichtung bestanden habe (wegen Unwirksamkeit der Treuhändervollmacht) und dann die Belehrungspflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch ergebe, der dem Darlehensrückzahlungsanspruch entgegeng gehalten werden könne. Nach den Grundsätzen dieser Entscheidung hätten die Anleger in all den Fällen scheitern müssen, in denen vor Darlehensvertragsabschluss ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen war, wie dies meist der Fall war. Immerhin hatte der beklagte Mechaniker somit in quasi fünfter Instanz einen Erfolg erzielt.

Aufgrund des bereits ausführlich geschilderten Grundsatzurteils vom 16.5.2006 gab der *Bankrechtssenat des Bundesgerichtshofs* dann jedoch, wie dargelegt, seine bisherige Linie auf und gewährte den Anlegern *Täuschungsschutz* bei grob falschen Angaben. Dies war eine gänzlich andere Rechtsgrundlage als sie das OLG Bremen zugrunde gelegt hatte. Die Revision gegen das zweite Urteil des OLG Bremen war dann wiederum erfolgreich. Mit Urteil vom 26.2.2008,<sup>55</sup> also quasi in sechster Instanz, hob der Bankrechtssenat des Bundesgerichtshofs das Urteil auf und verwies die Sache an einen anderen Senat des OLG zurück. Einen Schadensersatzanspruch gegen die Bank aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung schloss der Senat aus. Dagegen gab er dem OLG die Prüfung seiner neuen Grundsätze zum Täuschungsschutz auf.

<sup>51</sup> BGH NJW 2004, 1376.

<sup>52</sup> LG Bochum 2003, 2612.

<sup>53</sup> EuGH NJW 2005, 3555.

<sup>54</sup> Inzwischen hatte die Besetzung des maßgeblichen OLG-Senats insgesamt gewechselt. Auch der Verfasser dieses Aufsatzes war nicht mehr beteiligt.

<sup>55</sup> BGH NJW 2008, 1585.

Insoweit erklärte sich der Bankrechtssenat an sein eigenes früheres Urteil für nicht gebunden, da er zum Schadensersatzanspruch wegen Wissensvorsprungs der Bank dort noch nicht abschließend Stellung genommen habe.

Trotz der zweiten Niederlage beim Bundesgerichtshof konnte der Mechaniker also auf eine günstige *dritte OLG-Entscheidung* hoffen. Eine solche Entscheidung liegt im Zeitpunkt der Abfassung dieses Aufsatzes noch nicht vor. In den Parallelfällen sind die Rechtsstreitigkeiten aber weitgehend im Hinblick auf das relativ grobe Missverhältnis von Objektpreis und Leistung und die Fehlangaben beim Vertrieb durch Vergleiche erledigt worden, durch die die Anleger letzten Endes ganz überwiegend obsiegt haben. *In siebter Instanz gewonnen*, auch gegen die frühere Rechtsprechung des Bankrechtssenats, das kann deswegen das Fazit eines besonders zum Widerstand befähigten Verbrauchers sein. Dessen ermutigendes Beispiel darf aber nicht vergessen lassen, wie viele Prozesse auf der Basis der früheren Rechtsprechung mit erheblicher Kostenlast für die Verbraucher rechtskräftig verlorengegangen sind, die nach der neuen Rechtsprechung hätten gewonnen werden müssen, und dass eine Vielzahl anderer Verbraucher von vornherein in die Resignation getrieben wurde.

### 12. Der Stil des justiziellen Diskurses

Trotz der vielen Windungen seiner Rechtsprechung ist der Bankrechtssenat, vor allem in den ersten Jahren des Vorsitzes von *Gerd Nobbe*, mit größter Selbstsicherheit aufgetreten, schließlich auch dort noch, wo er – wie oft – Positionen zurückgenommen hat. Kaum hatte der Senat entschieden, wurde von einer »gefestigten Rechtsprechung« gesprochen. Bezeichnend war die seit dem Jahr 2000 immer wieder benutzte Wendung »nichts spricht dafür«, wenn Gegenmeinungen ignoriert oder abgekanzelt werden sollten. Im Rückblick kann man sagen, dass gerade dort, wo angeblich nichts für eine Gegenmeinung sprach, häufig später Korrekturen der Senatsrechtsprechung erforderlich waren.

Deswegen musste der Senat serienmäßig auch instanzgerichtliche Urteile aufheben, weil sie seiner früheren Rechtsprechung gefolgt waren. Eine besondere Nuance war ferner dort zu verzeichnen, wo der Bankrechtssenat nach dem Kompromiss beim Bundesgerichtshof mit Instanzgerichtsurteilen zu tun hatte, die dem Gesellschaftsrechtssenat gefolgt waren und deswegen eigentlich der Sache nach hätten aufgehoben werden müssen. Um sich hier zu entlasten, versagte der Bankrechtssenat insoweit strategisch die Zulassung der Revision mit der Begründung, das Berufungsgericht sei bisher dem Gesellschaftsrechtssenat gefolgt und werde nach der Änderung der Rechtsprechung in gleicher Weise automatisch der neuen Rechtsprechung des Bankrechtssenats folgen. Es bestehe daher keine *Wiederholungsgefahr*, so dass auch die Einheit der Rechtsprechung keine Revisionszulassung erfordere. Damit wurde unterstellt, dass Instanzgerichte ohne Weiteres auch das glatte Gegenteil vertreten, wenn sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung geändert hat. Eine derartige Begründung stempelt die Instanzrichter zu Subsumtionsautomaten. Wären sie das, so hätte die Rechtsprechung des Bankrechtssenats ihre endgültigen Rechtsgrundsätze niemals entwickeln können.

Die dargelegte erhebliche Lockerung der Immobiliarkreditvergabe seit Anfang der 90er Jahre in Deutschland hat dazu geführt, dass in historisch singulärer Weise Grundpfandkredite wegen mangelnder Leistungsfähigkeit der Schuldner kündbar oder gekündigt wurden. Aus der Sicht der Kreditgeber wurden die irresponsible credits dann als non performing loans (NPL) bezeichnet. Als Reaktion auf die zu starke Lockerung der Kreditvergabe, wie sie auch bei den Schrottimobilien festzustellen war, wurden die Kreditvergabevoraussetzungen durch den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht verschärft (Basel II).

Die von erheblichen Ausfällen betroffenen Kreditinstitute gingen dann dazu über, die eingegangenen Risiken aus NPL-Krediten auszugliedern oder weiterzuübertragen, um ihr Rating, d.h. die Einstufung hinsichtlich ihrer eigenen Kreditwürdigkeit und damit auch der übernommenen Risiken nicht zu gefährden. Die Schätzungen gingen zunächst von einem NPL-Volumen von 300 Milliarden aus. Europäer aus Steueroasen kauften gebündelte und verbrieft Kreditengagements dieser Art mit sehr erheblichen Abschlägen auf, um eine möglichst zügige Verwertung zu realisieren. Sie begnügten sich aber nicht mit dem Erwerb von Forderungen aus gekündigten Krediten, sondern strebten einen Pool von störungsfrei laufenden und NPL-Krediten an. Der Verkauf von Kreditpaketen, die auch störungsfrei laufende Kredite umfassten, war für die Veräußerer zudem wesentlich profitabler. Dabei droht praktisch auch die Gefahr, dass Häuslebauer und mittelständische Unternehmer sich trotz ordnungsgemäßer Kreditbedienung ohne Vorwarnung plötzlich mit einem Zessionar auseinandersetzen müssen, der in erster Linie auf eine sofortige Verwertung der Immobilien ausgerichtet ist. Familien, die beim Erwerb von Eigenheimen und Eigentumswohnungen Finanzierungsrisiken eingegangen sind, bedürfen hier dringend des Schutzes vor missbräuchlicher Verwertung der Kreditforderungen, der dafür bestellten Grundschulden und der dafür gegebenen vollstreckbaren Urkunden durch Zessionare, die keine Banken sind oder keiner Bankaufsicht unterliegen. Vor allem am Ende der meist fünf- oder zehnjährigen Zinsbindungsperiode langfristiger Kredite, wenn eine Verlängerung des Kredits zu einem neuen Zinssatz ansteht, drohen hier beträchtliche Gefahren.

Bevor hinreichendes Fallmaterial vorlag und eine (die Verbraucherverbände einschließende) ausreichende Diskussion über diese Gefahren geführt worden war, schrieb der Vorsitzende des Bankrechtssenats Nobbbe einen Aufsatz,<sup>56</sup> nach dem *einem derartigen Kreditverkauf keine Barrieren* in den Weg gelegt wurden, mit dem Vorbehalt etwaiger nicht genauer beschriebener etwaiger Schadensersatzansprüche gegen zedierende Banken. Weder das Bankgeheimnis noch der Datenschutz könnten derartigen Kreditabtretungen entgegenstehen. Das Argument, Ansprüche aus einem Vertrag mit einer vom Kunden ausgewählten Bank unter Zugrundelegung der äußerst vielfältigen und hochdifferenzierten Banken-AGB könnten auch nur an eine Bank (womöglich auch nur an eine Bank mit einer dem deutschen Recht vergleichbaren Aufsicht) abgetreten werden,<sup>57</sup> wurde nicht ernsthaft geprüft. Die enge Anlehnung Nobbbes an die bankwirtschaftlichen Betrachtungen und Interessen wird auch daran deutlich, dass er vorbe-

<sup>56</sup> Nobbbe WM 2005, 1537.

<sup>57</sup> Dieses Argument hätte an § 399 BGB festgemacht werden können, nach dem die Abtretbarkeit einer Forderung durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung beschränkt werden kann, also auch, was die Abtretung an Nichtbanken angeht.

haltlos die dort üblichen Begriffe übernahm, auch wenn diese noch kein deutsches Gericht in den Mund genommen hatte. Die sog. asset backed securities, die sich später als veritable Wertvernichtungsmodule des US-Kreditmarkts erwiesen, erhielten so ihre Weihe. Mit dem Urteil vom 27.2.2007<sup>58</sup> übernahm dann der Bankrechtssenat die den Ausverkauf ungestörter Kredite an Investoren aus Steueroasen ermöglichende Linie seines Vorsitzenden uneingeschränkt.

Erst jetzt entfaltete sich eine Diskussion, die auch die Verbraucherverbände und die kritischen Teile der Anwaltschaft erfasste. Die komplexen Rechtsverhältnisse bei solchen Grundpfandkrediten waren den Abgeordneten des Deutschen Bundestags kaum klarzumachen, so dass mehrere Anhörungen stattfanden, die nur Ratlosigkeit hinterließen. Das sog. Risikobegrenzungs-gesetz vom 12.8.2008<sup>59</sup> stellte dann auch nur eine sehr begrenzte, teilweise widersprüchliche Schutzgesetzgebung für die Zukunft dar.<sup>60</sup> Im Klartext bedeutet dies, dass sich der Häuslebauer auch nach perfekter Kreditbedienung notfalls mit einer Inkassogesellschaft ohne relevante Kapitalausstattung über eine Kreditverlängerung auseinandersetzen muss, auch wenn er noch so viele Bankrahmenverträge mit einem von ihm ausgewählten Kreditinstitut geschlossen hat. Er ist nicht davor gesichert, dass das Mutterunternehmen eines solchen Inkassoinstituts ein ausländischer Investor von den Cayman Islands ist, der keinerlei bankmäßigen Restriktionen unterliegt. Im Hinblick auf die zwischenzeitliche Entwicklung der Finanzkrise muss also davon gesprochen werden, dass die Risiken fauler Kredite deutscher Banken mittels Übertragung an ausländische Investoren zu einer Risikoverlagerung auf Häuslebauer und Mittelständler geführt haben. Das wird nach dem Erwerb eines riesigen Kreditpakets der HRE durch den US-amerikanischen Investor Lone Star in Zukunft erst noch ein Hauptkonfliktfeld werden.

#### IV. Fazit

In ungewöhnlicher Offenheit hat ein Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, *Wendt Nassall*,<sup>61</sup> auf die Besonderheit hingewiesen, dass der Bankrechtssenat als einziger der zwölf Zivilsenate des Bundesgerichtshofs nur mit einem Rechtskreis, dem Bankrecht, befasst ist. Damit hat er es auch ständig mit der Bankwirtschaft und ihrem großen Ensemble kompetenter, aber interessengeleiteter Bankjuristen zu tun. In Bezug auf lange, einseitige und irrelevante Äußerungen des Senats in einer Grundsatzentscheidung zum Zahlungsverkehr<sup>62</sup> hat Nassall die Befürchtung geäußert, über den bankrechtlichen Rechtskreis hinaus scheine der Blick des Senats nicht mehr zu reichen; er habe sich in ihm und in der Sichtweise der an ihm maßgeblich Beteiligten verfangen. Der ständige asymmetrische Diskurs nur mit der Bankenseite und kaum jemals mit Verbrauchervertretern hat dazu in erheblichem Maße beigetragen. Erst gegen Ende seiner Amtszeit als Vorsitzender hat Nobbe dann doch noch von den Verdiensten von Verbraucher-

<sup>58</sup> BGH BB 2007, 793.

<sup>59</sup> BGBl. I, 1666.

<sup>60</sup> Siehe dazu *Derleder/Knops* VuR 2008, 241.

<sup>61</sup> *Nassall* NJW 2008, 3354 f.

<sup>62</sup> Der Bankrechtssenat hatte für den Fall der Durchführung des den Gläubigern einen erheblichen Aufwand ersparenden Einzugsermächtigungsverfahrens, bei dem der Schuldner einer auf seinem Konto verbuchten Lastschrift nach Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken noch sechs Wochen lang mit einem Widerruf entgegneten kann, eine endgültige Erfüllungswirkung der erbrachten Leistung schon bei der vorbehaltlosen Gutschrift des Betrags auf dem Gläubigerkonto, also vor Ablauf der Sechswochenfrist erwogen (BGH NJW 2008, 3354).

schützern gesprochen, allerdings im Wesentlichen unter Bezug auf die Kreditgebühren der Banken, die unter dem Vorsitz von Schimansky eingeschränkt worden waren. In jedem Fall ist es ein Unding, wenn ein Senatsvorsitzender ohne ausreichende Diskussion mit allen beteiligten Kreisen wissenschaftliche Aufsätze schreibt, vorbehaltlos die Begriffe und Interessenanalysen der Banken übernimmt und seinen Senat dann auf diese Linie bringt, wie dies unter Nobbe geschehen ist. Ein Nachfolger wird in die bessere Tradition aus der Zeit unter dem Vorsitz Schimanskys zurückfinden müssen. Es ist auch einiges dringend zu korrigieren, von der angeblichen Unanwendbarkeit von Treu und Glauben nach § 242 BGB in bestimmten Bereichen des Bankrechts bis zur Mogelei mit originalersetzenden Durchschriften.<sup>63</sup>

Gesellschaftstheoretisch ist das vergangene Jahrzehnt der Bankrechtsentwicklung als eine Hochzeit neoliberaler Zivilrechtsdogmatik zu verstehen. Nahezu jedes Risiko, das die Banken bei den beiden Großproblemen der Schrottimobilien und der Kreditverkäufe eingegangen sind oder produziert haben, hat im Ausgangspunkt die Billigung des Bankrechtssenats gefunden. Ein Bewusstsein der Bankwirtschaft, dass ihr bei der Schaffung von neuen Produkten und der Eingehung von neuen Risiken von der Rechtsprechung streng auf die Finger gesehen werde, konnte sich nicht ausbilden. Der Bankrechtssenat des Bundesgerichtshof hat sich somit als eine Art Mitspieler der finanzkapitalistischen Risikoproduktion erwiesen, gewiss nicht als erster Geiger, aber doch als laufend patzender Hornist. Wenn in den kommenden Monaten weltweit über die Regulierung der Bankwirtschaft nachgedacht wird, die mit ihren realen und virtuellen Risikogeschäften gewaltige staatliche Folgelasten aufgehäuft und die Realwirtschaft in die Rezession getrieben hat, dann muss auch ein Sinn dafür wachsen, dass die Rechtsprechung bei der Anwendung der Gesetze nicht dem »anything goes« huldigt, sondern eine kritische distanzierte Haltung zustande bringt.

63 Es wäre auch ein Signal der Ausgewogenheit, wenn der Senat endlich dazu überginge, in seinen Zitaten aus eigenen Urteilen nicht mehr wie bisher in erheblichem Umfang nur die jeweilige Fundstelle aus der teuersten einschlägigen Fachzeitschrift, den von einer Großbank betreuten Wertpapiermitteilungen (WM), anzugeben, als ob es nur auf die Bankenlektüre ankäme, sondern zumindest auch die Fundstellen aus wesentlich weiter verbreiteten (NJW) oder sogar einmal aus für Verbraucher erschwinglichen Zeitschriften (VuR).