

Die Rückabwicklung des finanzierten Beitritts zu einer
Publikumsgesellschaft nach §§ 358, 359 BGB

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Rechtsanwältin Juliane Hundert

geboren am 14. Januar 1977
in Erlabrunn

Gutachter:

1. Gutachter (Referent): Prof. Dr. Monika Schlachter, Trier
2. Gutachter (Koreferent): Prof. Dr. Walter Bayer, Jena
3. Prüfer: Prof. Dr. Matthias Ruffert, Jena

Disputation: 15. Oktober 2009

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena im Sommersemester 2009 als Dissertation angenommen. Die Arbeit wurde im März 2009 abgeschlossen.

Für die Betreuung der Arbeit möchte ich Professor Dr. Monika Schlachter herzlich danken. Sie hat mich geduldig ermuntert, die Arbeit abzuschließen. Professor Dr. Walter Bayer danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderen Dank schulde ich meiner Familie, aber insbesondere meinem Ehemann Ulrich Hundert, dessen liebevolle und kritische Unterstützung das Fundament für meine Arbeit bildete. Ihm soll die Dissertation gewidmet sein.

Dresden, im Oktober 2009

Juliane Hundert

Gliederung

§ 1 Einleitung	1
I. Gegenstand der Untersuchung.....	1
II. Ziel und Gang der Untersuchung.....	4
1. Teil – Verbundene Verträge	
§ 2 Der Verbraucherdarlehensvertrag	5
I. Entstehungsgeschichte, Schutzzweck und europarechtliche Vorgaben.....	5
1. Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes.....	7
2. Einwendungsdurchgriff: erweiterter Schutzzweck durch Rechtsfortbildung	8
3. Zweck des europarechtlichen Verbraucherschutzes	11
4. Umsetzung der Schutzanliegen durch das Verbraucherkreditgesetz.....	13
5. Schuldrechtsmodernisierung und Reform derselben	15
6. Zwischenergebnis	17
II. Persönlicher Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts	18
1. Unternehmer als Darlehensgeber (Kreditgeber).....	18
2. Verbraucher als Darlehensnehmer (Kreditnehmer).....	20
III. Sachlicher Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts	23
IV. Gesetzliche Anforderungen an das Verbraucherdarlehen.....	24
1. Inhalt des Darlehensvertrages und Form der Vertragsurkunde.....	25
2. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Inhaltsangaben und Form	25
V. Widerruf des Darlehensvertrages.....	26
1. Voraussetzungen	27
2. Rechtsnatur und Wirkung des Widerrufs.....	28
a. Konstruktion der schwebenden Wirksamkeit.....	28
b. „Ex tunc“- oder „ex nunc“-Wirkung des Widerrufs.....	30
3. Rückabwicklung im Falle des Widerrufs nach §§ 357 Abs. 1	
i.V.m. 346 ff. BGB als Normalfall	31
a. Rückgewährpflichten der Darlehensvertragsparteien.....	31
b. Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs des Darlehensgebers.....	32
c. Zinsanspruch des Darlehensgebers.....	36
4. Modifikationen der Rücktrittsregelungen	38
5. Zwischenergebnis	38
VI. Nichtigkeit des Darlehensvertrages	39
1. Nichtigkeitsgründe.....	39
a. Nichtigkeit aufgrund fehlender Angaben oder wegen Formverstoßes	39
b. Sittenwidrigkeit.....	40
c. Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz.....	40
d. Nichtigkeit wegen Anfechtung des Darlehensvertrages	41
2. Folgen der Nichtigkeit.....	42
a. Gegenstand der Bereicherung.....	42
b. Sonderrecht im Falle der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit.....	44
c. Sonstige Nichtigkeitsgründe.....	46
aa. Ansprüche des Darlehensnehmers.....	47
bb. Ansprüche des Darlehensgebers.....	47

	(1) Verzinsungspflicht.....	48
	(2) Wegfall der Bereicherung	49
	(3) Fälligkeit der Rückzahlung des Darlehens.....	51
	3. Zwischenergebnis	54
§ 3	Der Verbraucherdarlehensvertrag als verbundener Vertrag	55
I.	Verbund von Darlehensvertrag und finanziertem Vertrag.....	56
	1. Verknüpfung der Verträge – Zweckbindung.....	56
	2. Wirtschaftliche Einheit.....	57
	a. Entwicklung.....	58
	b. Indizien und Vermutung für eine wirtschaftliche Einheit.....	58
	c. Objektiver oder subjektiver Maßstab?	60
II.	Wirkung des Widerrufs des Darlehensvertrages im verbundenen Vertrag.....	61
	1. Erstreckung des Widerrufs auf den Leistungsvertrag.....	62
	2. Ausnahmsweise keine Erstreckung: § 358 Abs. 2 S.2 BGB	62
	3. Rückabwicklung der verbundenen Verträge vor Auszahlung der Valuta....	63
	4. Rückabwicklung der verbundenen Verträge nach Auszahlung der Valuta..	63
	a. Zufluss des Nettokreditbetrages	64
	b. Rechtliche Einordnung des „Eintritts“ des Darlehensgebers	65
	c. Ansprüche im Verhältnis Verbraucher – Darlehensgeber.....	67
	aa. Ansprüche des Verbrauchers.....	67
	bb. Ansprüche des Darlehensgebers	69
	cc. Folgen des Gegenüberstehens gleichartiger Forderungen	70
	(1) Auffassungen in der Literatur	70
	(2) Auffassung des BGH	71
	(3) Stellungnahme	72
	(4) Zwischenergebnis	74
	d. Ansprüche im Verhältnis Darlehensgeber – Unternehmer	74
	aa. Rechtsprechung	75
	bb. Literatur.....	75
	cc. Stellungnahme	78
	dd. Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB?.....	81
	(1) Entwicklung	81
	(2) Folgen für die Rückabwicklung zwischen Darlehens- geber und Unternehmer.....	84
	(3) Bewertung	85
	ee. Zwischenergebnis	90
III.	Wirkung des Widerrufs des finanzierten Vertrages.....	90
	1. Widerrufsrechte aus dem finanzierten Vertrag.....	91
	2. Erstreckung des Widerrufs auf den Verbraucherdarlehensvertrag	93
	3. Rückabwicklung	93
	a. Ansprüche im Verhältnis Verbraucher – Darlehensgeber	94
	b. Ansprüche im Verhältnis Darlehensgeber – Unternehmer	96
	4. Zwischenergebnis	97
IV.	Wirkung des nichtigen Darlehensvertrages im Verbund	97
	1. Meinungsstand	98
	2. Stellungnahme	101
	3. §§ 358, 359 BGB als Programm für die Rückabwicklung verbundener Verträge?	104
	a. Entwicklung.....	104
	b. Rückabwicklung nach der hier vertretenen Auffassung	110

	aa.	Ansprüche des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber	110
	bb.	Ansprüche des Darlehensgebers gegen den Verbraucher	111
	cc.	Ansprüche des Darlehensgebers gegen den Unternehmer	113
	dd.	Ansprüche des Unternehmers gegen den Darlehensgeber	114
	c.	Bewertung	115
	4.	Zwischenergebnis	118
V.		Wirkung der Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages im Verbund	118
	1.	Gründe für die Nichtigkeit des finanzierten Vertrages	119
	2.	Unwirksamkeits- und Erlöschensgründe	119
	3.	Einwendungsdurchgriff nach § 359 BGB	120
	4.	Rückforderungsdurchgriff	120
	a.	Meinungsstand	121
	aa.	Nichtigkeit des finanzierten Vertrages von Anfang an	121
	bb.	Anfechtung des finanzierten Vertrages	124
	cc.	Mängel der vom Unternehmer geschuldeten Leistung	125
	b.	Stellungnahme	127
	c.	Rückabwicklungsprogramm der §§ 358, 359 BGB	129
	d.	Rückabwicklung nach der hier vertretenen Auffassung	132
	aa.	Ansprüche im Verhältnis Verbraucher – Darlehensgeber	133
	bb.	Ansprüche im Verhältnis Darlehensgeber – Unternehmer	135
	e.	Bewertung	136
	5.	Zwischenergebnis	138
VI.		Doppelmängel im finanzierten Vertrag und im Darlehensvertrag	138
	1.	Widerruf des Darlehensvertrages und des finanzierten Vertrages	138
	2.	Widerrufs des Darlehensvertrages und Nichtigkeit des finanzierten Vertrages	140
	3.	Widerruf des finanzierten Vertrages und Nichtigkeit des Darlehens- vertrages	140
	4.	Nichtigkeit des Darlehensvertrages und des finanzierten Vertrages	141

2. Teil - Der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft als verbundener Vertrag 143

§ 4	Publikumsgesellschaften	143
I.	Erscheinungsformen	145
II.	Das Recht der Publikumsgesellschaften	147
	1. Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrages	147
	2. Organe der Publikumsgesellschaft	148
	3. Kapitalsicherung	148
	4. Treuhand-KG	149
	5. Prospekthaftung	150
	6. Mitgliedschaft in einer Publikumsgesellschaft	151
	a. Beitritt von Neugesellschaftern	151
	b. Ausscheiden aus der Publikumsgesellschaft	152
	7. Auseinandersetzung der Gesellschaft, Haftung der Mitgesellschafter	153
	8. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	155
	a. Von der Lehre der faktischen Gesellschaft zu den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft	156
	aa. Rechtsprechung	156
	bb. Literatur	158
	b. Voraussetzungen für die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft	159

	aa.	Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag	159
	bb.	Vollzug des Gesellschaftsvertrages	161
	cc.	Entgegenstehendes Interesse der Allgemeinheit oder schutzwürdiger Personen	161
		(1) Verbots- oder sittenwidriger Vertrag.....	162
		(2) Vorrangiger Minderjährigenschutz.....	163
		(3) Besonders schwerer Fall arglistiger Täuschung.....	164
		(4) Vorrangiger Verbraucherschutz	165
		(5) Keine Gläubigergefährdung	166
		(6) Zusammenfassung	167
	c.	Fehlerhafter Beitritt zu einer Gesellschaft	167
	d.	Rechtsfolgen	168
§ 5		Der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft als verbundener Vertrag	169
	I.	Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Verbraucher- darlehensrechts	169
	II.	Voraussetzungen des verbundenen Vertrages	171
		1. Persönlicher Anwendungsbereich – Gesellschaftsbeitritt als Verbrauchervertrag?.....	171
		a. Verbraucher	171
		b. Unternehmer	172
		2. Sachlicher Anwendungsbereich – Verbundener Vertrag.....	175
	III.	Gründe für eine Rückabwicklung des finanzierten Gesellschaftsbeitritts	177
		1. Gründe aus dem Darlehensvertrag.....	178
		2. Gründe aus dem Gesellschaftsbeitritt	180
	IV.	Wirkung des verbraucherrechtlichen Widerrufs beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt	180
		1. Meinungsstand	181
		a. Rechtsprechung.....	181
		b. Literatur	183
		2. Stellungnahme	184
		3. Vorrang des Verbraucherschutzrechts vor den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft?	187
		a. Halbzwingender Charakter der Verbraucherschutzgesetze.....	189
		b. Keine Schlechterstellung der Mitgesellschafter wegen rein kapitalistisch organisierter Publikumsgesellschaften	190
		c. Keine Gläubigerbenachteiligung	193
		d. Keine Benachteiligung getäuschter Anleger	195
		e. Keine unmögliche Rückabwicklung – Erwerb eines Anteils an einer Publikumsgesellschaft als Austauschvertrag.....	196
		f. Ergebnis	198
		4. Rückabwicklung nach Widerruf des verbundenen Darlehensvertrages	198
		a. Erstreckung des Widerrufs auf den Beitrittsvertrag	198
		b. Ansprüche im Verhältnis Anleger – Darlehensgeber	199
		c. Ansprüche im Verhältnis Darlehensgeber – Publikums- gesellschaft	201
	V.	Wirkung des Widerrufs des Beitrittsvertrages beim finanzierten Gesell- schaftsbeitritt	202
	VI.	Wirkung des nichtigen Darlehensvertrages beim finanzierten Gesellschaf- tsbeitritt	205
	VII.	Wirkung des unwirksamen Beitrittsvertrages beim finanzierten Gesell- schaftsbeitritt	207

VIII. Doppelmängel beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt.....	208
3. Teil – Zusammenfassung und Ausblick	209
§ 6 Zusammenfassung	209
§ 7 Ausblick	210

Literaturverzeichnis

- Armbrüster*, Christian: Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen, Berlin 2005 (zitiert: *Armbrüster*, Widerruf)
- Armbrüster*, Christian/*Joos*, Michael: Zur Abwicklung fehlerhafter stiller Beteiligungen, in: ZIP 2004, S. 189 ff.
- Assmann*, Heinz-Dieter/*Schütze*, Rolf: Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl., München 1997 (zitiert: *Assmann/Schütze-Bearbeiter*)
- Balz*, Gerhard/*Ilina*, Ksenia: Rückabwicklung nach Sonderrechtsnachfolge in Kommanditanteile – Grundsätze fehlerhafter Gesellschaft oder Bereicherungsrecht, in: BB 2006, S. 2764 ff.
- Bälz*, Ulrich: Fondsgesellschaft der Anleger versus Anlegerschutz? – Bemerkungen zu BGHZ 156, 46 –, in: Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag, Berlin 2005 (zitiert: *Bälz*, FS Raiser)
- Bamberger*, Heinz Georg/*Roth*, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1-610), 2. Aufl., München 2007 (zitiert: *Bamberger/Roth-Bearbeiter*)
- Barnert*, Thomas: Die kreditgebende Bank in der Rechtsprechung des BGH zur Projektbeteiligungs- und Immobilienfinanzierung in: WM 2004, S. 2002 ff.
- Baumbach*, Adolf/*Hopt*, Klaus: Handelsgesetzbuch, 33. Aufl., München 2008 (zitiert: *Baumbach/Hopt-Bearbeiter*)
- Baur*, Werner: Rückzahlungsanspruch des Abzahlungskäufers gegen die Finanzierungsbank bei nicht ordnungsgemäßer Leistung durch den Verkäufer? in: NJW 1975, S. 2008 f.
- Bayer*, Walter/*Riedel*, Jens: Kapitalbeteiligungen an Personengesellschaften und Anlegerschutz, in: NJW 2003, S. 2567 ff.
- Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften: Gesellschaftsrecht-Steuerrecht, Hrsg. von Welf Müller und Wolf-Dieter Hoffmann, München 1999 (zitiert: *BeckHdb.PersGes.-Bearbeiter*)
- Bertram*, Rainer: Die Anwendung des Einwendungsdurchgriffs gem. § 359 BGB auf den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft, Berlin 2004, zugl. Diss. Münster 2002
- Binz*, Mark K./*Sorg*, Martin: Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 10. Aufl., München 2005 (zitiert: *Binz/Sorg*)
- Borchert*, Günter: Verbraucherschutzrecht, München 1994
- Bruchner*, Helmut/*Ott*, Claus/*Wagner-Wieduwilt*, Klaus: Verbraucherkreditgesetz, 2. Aufl., München 1994 (zitiert: *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*)

- Bülow, Peter/Artz, Markus*: Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2002; 6. Aufl., Heidelberg 2006 (zitiert: *HK-Bearbeiter*)
- Bülow, Peter*: Einwendungsdurchgriff und Rückforderungsdurchgriff in neuerer Sicht, in: WM 2004, S. 1257 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm*:
- Bankvertragsrecht, in: Staub, Hermann/Brüggemann, Dieter (Begr.), Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 3, Teil 3 - Bankvertragsrecht, 3. Aufl., 2. Bearb. Berlin/New York 1981 (zitiert: *Canaris, Großkomm.HGB, Bd. III/3, Rn.*)
 - Der Bereicherungsausgleich bei sittenwidrigen Teilzahlungskrediten, in: WM 1981, S. 978 ff.
 - Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973 (zitiert: *Canaris, FS Larenz 70. Geb.*)
 - Hektik bei der Verabschiedung des Verbraucherkreditgesetzes und ihre Folgen, in: EuZW 1991, S. 257
- Coester, Michael*: Verbraucherschutz bei drittfinanzierten Geschäften (§ 9 VerbrKrG), in: JURA 1992, S. 617 ff.
- Claussen, Carsten Peter*: Bank- und Börsenrecht, 4. Aufl., München 2008
- Dauner-Lieb, Barbara*: Verbraucherschutz bei verbundenen Geschäften (§ 9 VerbrKrG), WM Sonderbeilage Nr. 6/1991
- Derleder, Peter*: Subprime Judikatur – Die Bewältigung der Finanzkrise und die Anforderung an eine risikoadäquate Zivilrechtsprechung, in: Kritische Justiz 2009, S. 3 ff.
- Doehner, Rupert/Hoffmann, Jochen*: Kreditfinanzierter Fondsbeitritt und Anlegerschutz in: ZIP 2004, S. 1884 ff.
- Drescher, Jochen*: Verbraucherkreditgesetz und Bankenpraxis, München 1994
- Dürbeck, Werner*: Der Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 Verbraucherkreditgesetz, München 1994, zugl. Diss. München 1994
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev*: Handelsgesetzbuch, Band 2 (§§ 343-475 h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht), München 2001
- Edelmann, Hervé*: Zur Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers trotz Widerruf des Darlehens bei Fondsbeteiligungen: Besprechung des Urteils des OLG Stuttgart, BKR 2002, 828, in: BKR 2002, S. 801 ff.
- Ehricke, Ulrich*: Die Einbeziehung des Immobilienkaufs in die Folgen eines Widerrufs des Darlehensgeschäftes nach der Richtlinie 85/577/EWG, in: ZIP 2004, S. 1025 ff.

- Elze*, Hans: Lücken im Gesetz: Begriff und Ausführung; ein Beitrag zur Methodologie des Rechts, Diss. Halle 1913
- Erman*, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, Band I (§§ 1-853, einschl. VerbrKrG), 9. Aufl., Münster 1993 (zitiert: *Erman-Bearbeiter*, 9. Aufl.); Band I (§§ 1-811), Band II (§§ 812-2385) 11. Aufl., Köln 2004 (zitiert: *Erman-Bearbeiter*)
- Ernst*, Wolfgang/*Zimmermann*, Reinhard (Hrsg.): Zivilrechtswissenschaften und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001 (zitiert: *Ernst/Zimmermann-Bearbeiter*)
- Esser*, Josef: Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag beim B-Geschäft des finanzierten Teilzahlungsgeschäfts, in: Festschrift für Eduard Kern zum 80. Geburtstag, S. 87 ff., Tübingen 1968 (zitiert: *Esser*, FS Kern)
- Esser*, Josef/*Schmidt*, Eike: Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1995 (zitiert: *Esser/Schmidt*, SchuldR I/1)
- Esser*, Josef/*Weyers*, Hans-Leo: Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1998 (zitiert: *Esser/Weyers*, SchuldR II/1)
- Flume*, Werner:
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band 1. Teil: Die Personengesellschaft, Berlin u.a. 1977 (zitiert: *Flume*, Personengesellschaft)
 - Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band 2. Teil: Die Juristische Person, Berlin u.a. 1983 (zitiert: *Flume*, Juristische Person)
 - Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin u.a. 1992 (zitiert: *Flume*, Rechtsgeschäft)
- Fischer*, Ansgar/*Machunsky*, Jürgen: Haustüwiderrufsgesetz Kommentar, 2. Aufl., Neuwied 1995 (zitiert: *Fischer/Machunsky*, HWiG)
- Fischer*, Nikolaj:
- Alles schwebend unwirksam? – Das Widerrufsrecht gem. § 355 BGB, seine Wirkungsweise und der Rechtsschutz der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO – in: VuR 2004, S. 322 ff.
 - Direktvertrieb und Rückabwicklung kreditfinanzierter Fondsbeteiligungen und der „Krieg der Senate“, in: VuR 2005, 241 ff.
 - Ende der Rechtsprechungsdivergenz? – Entwicklung der jüngsten BGH-Judikatur zur Rückabwicklung von „Schrottimmobilien“-Geschäften, in: DB 2006, S. 1415 ff.
- Frisch*, Stefan: Kurzkomentar zum Urteil OLG Bamberg vom 5.3.1999 – 6 U 73/98, in: EWiR 1999, S. 895 f.
- Fuchs*, Andreas: Das Fernabsatzgeschäft im neuen System des Verbraucherschutzrechts, in: ZIP 2000, S. 1273 ff.

Ganssmüller, Helmut: Anmerkung zu BGH Urt. v. 30.4.1955, Az: II ZR 202/53, in: NJW 1955, S. 1067 ff.

Gehrlein, Markus: Anlegerschutz bei stillen Beteiligungen – Abschied von der fehlerhaften Gesellschaft?, in: WM 2005, S. 1489 ff.

Gernhuber, Joachim:

- Austausch und Kredit im Rechtsgeschäftlichen Verbund – Zur Lehre von den Verbindungsverbindungen, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 455 ff. (zitiert: *Gernhuber*, FS Larenz)
- Das Schuldverhältnis, in: Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Tübingen 1989 (zitiert: *Gernhuber*, Schuldverhältnis)
- Bürgerliches Recht, 3. Aufl., München 1991 (zitiert: *Gernhuber*, Bürgerliches Recht)

Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 2. Nachdruckauflage der Ausgabe Berlin 1887, Zürich 1983 (zitiert: *Gierke*, Genossenschaftstheorie)

Gilles, Peter: Der sog. Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Umsatz- und Dienstleistungsgeschäften als rechtspolitisches und methodisches Problem, in: JZ 1975, S. 305 ff.

Goebbels, Frank: Der Rückforderungsdurchgriff des Verbrauchers im Rahmen der Rückabwicklung verbundener Geschäfte im Sinne des § 9 Verbraucherkreditgesetz, Diss. Bonn 2000

Grädler, Thomas/*Marquart*, Christian: Die Verbrauchereigenschaft des Existenzgründers, in: ZGS 2008, S. 250 ff.

Grunewald, Barbara: Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., Tübingen 2005 (zitiert: *Grunewald*, GesellschaftsR)

Habersack, Matthias:

- Das neue Verbraucherkreditgesetz – Vortrags- und Diskussionsveranstaltung der Bankrechtlichen Vereinigung e.V. am 28. Juni 1991 in Frankfurt a.M. – in: WM 1991, S. 1449 ff.
- Verbraucherkredit- und Haustürgeschäfte nach der Schuldrechtsmodernisierung, in: BKR 2001, S. 72 ff.
- Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urt. v. 15.1.2001, Az. 6 U 35/00 in: ZIP 2001, S. 327 ff.
- Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 25.10.2005 – Rs. C-350/03 Schulte./Badenia und Urt. v. 25.10.2005 – Rs. C-229/04 Crailsheimer Volksbank./Conrads u.a., in: JZ 2006, S. 91 ff.

Hadding, Walter/*Hopt*, Klaus J.(Hrsg.): Das neue Verbraucherkreditgesetz: Erste Erfahrungen und Probleme, Frankfurt a.M. 1991

- Hagena*, Gerd: Drittschutz im Verbraucherkreditrecht, Baden-Baden 1996, zugl. Diss. Bremen 1995
- Hahn*, Peter/*Brockmann*, Petra: Die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Beteiligung an Publikumsgesellschaften, in: *VuR* 2002, S. 164 ff.
- Hammen*, Horst: Widerruf eines Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds und Art. 5 Abs. 2 der EG-Haustürgeschäfte-Richtlinie, in: *WM* 2008, S. 233 ff.
- Heermann*, Peter W.: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur des tri-lateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S.-amerikanischer Rechts-entwicklungen, Tübingen 1998
- Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Heidelberg 2003 (zitiert: *HK/InsO-Bearbeiter*)
- Henke*, Horst-Eberhard: Die Leistung: Grundvorgang des sozialen Lebens und Grundbegriff des Schuldrechts, Berlin 1990
- Hoffmann*, Jochen:
- Die EuGH-Entscheidungen „Schulte“ und „Crailsheimer Volksbank“: Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb? in: *ZIP* 2005, S. 1985 ff.
 - Die Rechtsfolgen des Verbraucher Widerrufs und die Haustürgeschäfte-Richtlinie – Unbeschränkter Gestaltungsspielraum des nationalen Rechts?, in: *ZIP* 2004, S. 49 ff.
- Hopt*, Klaus J.: Haftung der Banken bei der Finanzierung von Publikumsgesellschaften und Bauherrenmodellen, in: Festschrift für Walter Stimpel, Berlin, New York 1985, S. 265 ff. (zitiert: *Hopt*, FS Stimpel)
- Hueck*, Alfred: Das Recht der OHG, 4. Aufl., Berlin 1971 (zitiert: *Hueck*, OHG)
- Hueck*, Götz/*Windbichler*, Christine: Gesellschaftsrecht, 20. Aufl., München 2003 (zitiert: *Hueck/Windbichler*, *GesellschR*)
- Hüffer*, Uwe: Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., München 2007
- Hüttebräuker*, Astrid: Die Entstehung der EG-Richtlinien über den Verbraucherkredit, Diss. Bonn 2000
- Kindler*, Peter: Durchgriffsfragen der Bankenhaftung beim fehlerhaften finanzierten Gesellschaftsbeitritt, in: *ZGR* 2006, S. 167 ff.
- Klauss*, Herbert: Abzahlungsgeschäfte, Stuttgart, Köln 1950
- Knauth*, Klaus-Wilhelm: Die Bedeutung des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften für die Kreditwirtschaft, in: *WM* 1987, S. 517 ff.
- Knops*, Kai-Oliver:

- Der Widerruf von Krediten zum Immobilienerwerb nach der Richtlinie 85/577/EWG und dem Haustürwiderrufsgesetz – zugleich Besprechung der EuGH-Urteile Crailsheimer Volksbank, WM 2005, 2086, und Schulte, WM 2005, 2079, in: WM 2006, S. 70 ff.
 - Die Schlussanträge des Generalanwaltes im EuGH-Verfahren „Crailsheimer Volksbank“, Rs. 229/04 – ein Missverständnis mit Folgen?, in: VuR 2005, 251 ff.
- Koch*, Robert: Zu den Auswirkungen des Urteils des BGH in Sachen Heiningers./ Hypovereinsbank auf die Rückabwicklung von Realkreditverträgen und die Verwertung von Sicherheiten, in: WM 2002, S. 1593 ff.
- Koenigs*, Folkmar: Die stille Gesellschaft, Berlin 1961, zugl. Habil. Hamburg 1956
- Koller*, Ingo/*Roth*, Wulf-Henning/*Morck*, Winfried: Handelsgesetzbuch, 6. Aufl., München 2007
- v. *Koppenfels*, Katharina: Das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen im BGB – eine Untersuchung des § 355 Abs. 1 BGB-RegE, in: WM 2001, S. 1360 ff.
- Koppensteiner*, Hans-Georg: Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, in: NJW 1971, S. 588 ff.
- Koziol*, Helmut: Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite? in: AcP 188 (1988), S. 183 ff.
- Kraft*, Alfons/*Kreutz*, Peter: Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Neuwied, Krieffel 2000 (zitiert: *Kraft/Kreutz*, GesellschR)
- Krämer*, Gerd: Der Verzicht auf das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Rückabwicklung der vertraglichen Pflichten, in: ZIP 1997, S. 93 ff.
- Krohn*, Angelika/*Schäfer*, Carsten: Haustürwiderrufsgesetz und der Beitritt zur Genossenschaft – Vorrang des Verbraucherschutzes gegenüber der Lehre vom fehlerhaften Beitritt? – in: WM 2000, S. 112 ff.
- Kübler*, Friedrich/*Assmann*, Heinz-Dieter: Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2006 (zitiert: *Kübler/Assmann*, GesellschR)
- Larenz*, Karl: Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis, in: Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag, Göttingen 1972 (zitiert: *Larenz*, FS Michaelis)
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm:
- Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band (Besonderer Teil) 2. Halbband, 13. Aufl. München 1994 (zitiert: *Larenz/Canaris*, SchR II/2)
 - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin u.a. 1995 (zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre)
- Larenz*, Karl/*Wolf*, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. München 2004 (zitiert: *Larenz/Wolf*, AT)

- Lass*, Christiane: Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrages, in: WM 1997, S. 145 ff.
- Lebek*, Stefan: Rückabwicklung und Regress bei verbundenen Geschäften, Göttingen 1996, zugl. Diss. Göttingen 1996
- Leisch*, Franz Clemens: Anmerkung zu BGH II ZR 395/01 und II ZR 385/02 v. 14.6.2004, in: LMK 2004, 202 f.
- Lehmann*, Markus. Genetischer Zusammenhang von verbundenen Kauf- und Darlehensgeschäft des § 9 Abs.1 S.1, S.2 VerbrKrG, Diss. Konstanz 1996
- Lenenbach*, Markus: Verbraucherschutzrechtliche Rückabwicklung eines kreditfinanzierten, fehlerhaften Beitritts zu einer Publikumpersonengesellschaft in: WM 2004, S. 501 ff.
- Lieb*, Manfred: § 9 Verbraucherkreditgesetz und Finanzierungsleasing, in: WM 1991, S. 1533 ff.
- Lindner*, Richard: Anmerkung zu BGH XI ZR 47/01 v. 12.11.2002, in: ZIP 2003, S. 67 ff.
- Look*, Frank van: Anmerkung zu BGH NJW 1997, 1069f., in: WuB IV. D. § 5 HWiG 1.97, S. 580 ff.
- Lorenz*, Stephan:
- Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997, zugl. Habil. München 1997 (zitiert: *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag)
 - Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, in: JuS 2000, S. 833 ff.
- Louven*, Christoph: Kommentar zu BGH, Urteil vom 02.07.2001, II ZR 304/00, in: BB 2001, S. 1807 ff.
- Löwe*, Walter: Schutz gegen Überrumpelung bei Vertragsschluß, in: BB 1986, 821 ff.
- Lwowski*, Hans-Jürgen/*Peters*, Bernd/*Gößmann*, Wolfgang: Verbraucherkreditgesetz, 2. Aufl., Berlin 1994
- Lwowski*, Hans-Jürgen: Die Regelung von Existenzgründungsdarlehen im Verbraucherkreditgesetz, in: WM-Festgabe für Theodor Heinsius vom 25. September 1991, S. 49 ff. (zitiert: *Lwowski*, WM-Festgabe Heinsius)
- Ma*, Weilin: Einwendungsdurchgriff und Widerrufsrecht als Instrumente des Verbraucherschutzes im Kreditkartenverfahren, Frankfurt/M. u.a. 1996, zugl. Diss. Marburg 1995
- Machunsky*, Jürgen: Immobilienfonds und Erwerbermodelle, 3. Aufl., Neuwied u.a. 1997
- Mankowski*, Peter:
- Kurzkomentar zum Urteil LG Bonn vom 27.11.1997 – 8 S 115/97, MDR 1998, 337, in: EWiR 1998, S. 461 f.

- Kurzkomentar zum Urteil LG Hamburg vom 22.10.1998 – 327 S 103/97, VuR 1999, 47, in: EWiR 1999, S. 413 f.
- Anmerkung zu BGH Urt. v. 2.7.2001 II ZR 304/00 = BGHZ 148, 210 ff. und OLG Rostock, Urt. v. 1.3.2001 = ZIP 2001, 1009 ff., in: WuB IV D. § 1 HWiG 1.01, S. 1201 ff.
- Beseitigungsrechte, Tübingen 2003 (zitiert: *Mankowski*, Beseitigungsrechte)

Marschall v. Bieberstein, Wolfgang Freiherr: Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, Freiburg 1959, zugl. Diss. Uni Freiburg 1959

Masuch, Andreas: Vertreterereinsatz beim Abschluss von Verbraucherkreditverträgen, in: ZIP 2000, S. 143 ff.

Martis, Rüdiger: Das Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG, in: MDR 1998, S. 1260 ff.

Maultzsch, Felix: Die „fehlerhafte Gesellschaft“: Rechtsnatur und Minderjährigenschutz, in: JuS 2003, 544 ff.

Medicus, Dieter: Vergütungspflicht des Bewucherten?, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S. 62 ff.

Meller-Hannich, Caroline: Haustürgeschäft, Immobilienkauf, Kreditvertrag und der enttäuschte Anleger – die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung und die Grenzen der Auslegung von Richtlinien, in: WM 2005, S. 1157 ff.

Möller, Cosima/*Lutz*, Kristian: Rückabwicklung von Darlehensverträgen und verbundenen Anlagefondsbeitritten, in: VuR 2005, 81 ff.

Möllers, Elmar: Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag, 3. Folge: Die Einwendungen des Käufers, in: NJW 1955, 1421 ff.

Moll, Wilhelm: Anlegerschutz und Gläubigerschutz in: BB 1982, Beil. 3 zu Heft 12/1982

Mühlhäuser, Hans: Einkaufsfinanzierung – Verkaufsfinanzierung, in: MDR 1955, 265 ff.

Müller-Ibold, Till/*Käseberg*, Thorsten: Zinsen nach Darlehenswiderruf beim Haustürgeschäft – Anmerkungen zum Schlussantrag von Generalanwalt Léger im Verfahren Crailsheimer Volksbank –, in: WM 2005, S. 1592 ff.

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1 (BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, PartG, EWIV), 1. Aufl., München 1995; 2. Aufl. München 2004; Band 2 (Kommanditgesellschaft, Stille Gesellschaft), 2. Aufl., München 2004 (zitiert: MünchHdB.GesR I/II-Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7 (§§ 222-277), 2. Aufl., München 2001 (zitiert: MünchKomm-AktG-Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1-240), 5. Aufl., München 2006; Band 2 (§§ 241-432), 4. Aufl., München 2001; Band 2a (§§ 241-432), 4. Aufl.,

München 2003; Band 3 (§§ 433-610), 4. Aufl., München 2004; 5. Aufl., München 2008; Band 3 (VerbrKrG u.a.) 3. Aufl., München 1995; Band 5 (§§ 705-853) 4. Aufl., München 2004 (zitiert: MünchKomm-Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2 (§§ 105 – 160), 2. Aufl., München 2006; Band 3 (§§ 161 – 177) München 2002 (zitiert: MünchKomm-HGB-Bearbeiter)

Münstermann, Walter/Hannes, Rudi: Verbraucherkreditgesetz, Münster 1991 (zitiert: Münstermann/Hannes)

Nobbe, Gerd: Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu fehlgeschlagenen Immobilienfinanzierungen, in: WM 2007 Sonderbeilage Nr. 1, S. 1 ff.

Oechsler, Jürgen: Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht, in: NJW 2008, S. 2471 ff.

Paschke, Marian: Die fehlerhafte Korporation, in: ZHR 155 (1991) S. 1 ff.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Aufl., München 2000; 67. Aufl., München 2008 (zitiert: Palandt-Bearbeiter, Aufl.)

Pfeiffer, Thomas: Anmerkung zu BGH Urt. v. 2.5.2000 – XI ZR 150/99 – NJW 2000, 2268, in: LM H. 9/2000 § 166 BGB Nr. 41 Bl. 4 ff.

Pickert, Stefan: Das Widerrufsrecht nach dem Verbraucherkreditgesetz, Regensburg 1995, zugl. Diss. Regensburg 1994

Pietzcker, Søren: Die Rückabwicklung der verbundenen Geschäfte beim Einwendungsdurchgriff nach dem Verbraucherkreditgesetz, Berlin 1994, zugl. Diss. Hamburg 1994

Polt, Nina: Der rechtsgeschäftliche Verbund bei der Finanzierung geschlossener Immobilienfonds, Berlin 2004, zugl. Diss. Tübingen 2003

Pörnig, Claudia: Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – ein Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht verbindendes Konzept, Berlin, Baden-Baden 1999, zugl. Diss. Berlin, 1998

Rehberg, Jürgen: Der Rückforderungsdurchgriff als Instrument des Verbraucherschutzes beim drittfinanzierten Abzahlungskauf, Diss. Mainz 1990

Reich, Norbert/Micklitz, Hans-W.: Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2003 (zitiert: Reich/Micklitz, Verbraucherrecht)

Reinking, Kurt/Nießen, Thomas:

- Das Verbraucherkreditgesetz, in: ZIP 1991, S. 79 ff.

- Problemschwerpunkte im Verbraucherkreditgeschäft, in: ZIP 1991, S. 634 ff.

- Renner*, Oliver: Anmerkung zu BGH Urt. v. 2.7.2001, II ZR 304/00 = BGHZ 148, 201 ff., in: DStR 2001, 1988 f.
- Reusch*, Peter: Die stille Gesellschaft als Publikumspersonengesellschaft, Berlin 1989, zugl. Diss. TU Darmstadt 1988
- Reuter*, Dieter: Anleger- und Kreditgeberrisiko beim finanzierten Erwerb von Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds, in: Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, Tübingen 2006 (zitiert: *Reuter*, FS Konzen)
- Reuter*, Dieter/*Martinek*, Michael: Ungerechtfertigte Bereicherung, in: Handbuch des Schuldrechts, Band 4, herausgegeben von Joachim Gernhuber, Tübingen 1983 (zitiert: *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung)
- RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band 2, Teil 2 (§§ 414-610, AbzG), Berlin/New York 1978; Teil 5 (§§ 812-831), 12. Aufl., Berlin/New York 1989 (zitiert: RGRK/*Bearbeiter*)
- Rohlfing*, Bernd: Widerruf einer atypischen Beteiligung und die so genannte fehlerhafte Gesellschaft, in: NZG 2003, S. 854 ff.
- Rott*, Peter: Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, in: WM 2008, S. 1104 ff.
- Sauer*, Stefan/*Wittemann*, Frank: Einführung in das deutsche und europäische Verbraucherkreditrecht in: JURA 2005, S. 8 ff.
- Schäfer*, Carsten:
- Anmerkung zu BGH, U. v. 2.7.01 – II ZR 304/00 (Beteiligung an Fonds als Haustürgeschäft), in: JZ 2002, S. 249 ff.
 - Die Lehre vom fehlerhaften Verband, Tübingen 2002 (zitiert: *C. Schäfer*, Fehlerhafter Verband)
 - Anmerkung zu BGH, U. v. 21.7.03 – II ZR 387/02 (Rückforderungsdurchgriff bei kreditfinanziertem Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds), in: JZ 2004, S. 258 ff.
 - Revolutionäres aus Karlsruhe zum finanzierten Fondsbeitritt, Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff des Immobilienfondsanlegers, in: DStR 2004, S. 1611 ff.
 - Anlegerschutz durch Rückforderungsdurchgriff beim finanzierten Fondsbeitritt: eine Zwischenbilanz, in: BKR 2005, S. 98 ff.
 - Kompromißlösung in Sachen „Schrottimmobilien“ – das neue Konzept des Bankrechtssenats zum finanzierten Immobilien- und Anteilserwerb, in: DStR 2006, S. 1753 ff.
- Schellhammer*, Kurt: Schuldrecht ach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 2005

Schiemann, Gottfried: Anmerkung zum Urteil OLG Celle vom 11.9.1996, 20 U 86/95, in: ZfgG 48 (1998), S. 158 ff.

Schimansky, Herbert/*Bunte*, Hermann-Josef/*Lwowski*, Hans-Jürgen: Bankrechts- Handbuch Bd. I 3. Aufl., München 2007 (zitiert: *Schimansky/Bunte/Lwowski-Bearbeiter*)

Schlegelberger, Franz: Handelsgesetzbuch, Band III 1. Halbband (§§ 106 – 160), 5. Aufl., München 1992 (zitiert: *Schlegelberger/Bearbeiter*)

Schmelz, Karl-Joachim: Der Verbraucherkredit, München 1989

Schmidt, Karsten:

- Grenzen des Minderjährigenschutzes im Handels- und Gesellschaftsrecht, in: JuS 1990, S. 514 ff.

- Handelsrecht, 5. Aufl., Köln u.a. 1999 (zitiert: *K. Schmidt*, HandelsR)

- Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln u.a. 2002 (zitiert: *K. Schmidt*, GesR)

Schmitt, Joachim/*Hörtnagl*, Robert/*Stratz*, Rolf-Christian: Umwandlungsgesetz, 4. Aufl., München 2006 (zitiert: *Schmitt/Hörtnagl/Stratz-Bearbeiter*)

Schnauder, Franz: Sorgfalts- und Aufklärungspflichten im Kreditgeschäft, in: JZ 2007, S. 1009 ff.

Scholz, Franz Josef:

- Finanzierte Rechtsgeschäfte – Neuere Rechtsprechung des BGH und Gesetzesentwurf der Bundesregierung, in: MDR 1980, S. 184 ff.

- Zum Entwurf eines Verbraucherkreditgesetzes, in: MDR 1989, S. 1054 ff.

- Verbraucherkreditverträge, 2. Aufl., München 1991 (zitiert: *Scholz*, VerbKrV)

Schwab, Martin: Einwendungsdurchgriff beim kreditfinanzierten Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung: Besprechung des Urteils BGH 156, 46, in: ZGR 2004, S. 861 ff.

Schwintowski, Hans-Peter/*Schäfer*, Frank A.: Bankrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 2004 (zitiert: *Schwintowski/Schäfer*, BankR)

Seibert, Ulrich: Handbuch zum Verbraucherkreditgesetz, Köln 1991

Soergel, Hans-Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2/2, Schuldrecht I/2 (§§ 433-515), 11. Aufl., Stuttgart 1986; Band 4, Schuldrecht – 3 (§§ 705-853), 10. Aufl., Stuttgart 1969; 11. Aufl., Stuttgart 1985; Band 4/1, Schuldrecht III/1 (§§ 516-651, MHG, VerbrKrG), 12. Aufl., Stuttgart u.a. 1998 (zitiert: *Soergel-Bearbeiter*, Aufl.)

Staub, Hermann/*Brüggemann*, Dieter (Begr.), Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 2 (§§ 105-237) 4. Aufl., Berlin/New York 2004 (zitiert: *Staub/Bearbeiter*, Großkomm.HGB)

Staudinger, Ansgar:

- Der „Rückforderungsdurchgriff“ bei drittfinanzierten Time-Sharing-Verträgen, in: NZM 2000, S. 689 ff.
- Die Zukunft der „Schrottimmobilien“ nach den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005, in: NJW 2005, S. 3521 ff.

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 90-133, §§ 1-54, 63 BeurkG Bearb. 2004, Berlin 2004; §§ 328-359, Neubearb. 2004, Berlin 2004; §§ 491-507, Neubearb. 2004, Berlin 2004; §§ 581-610, 12. Bearb. Berlin 1989; §§ 705-740, 13. Bearb., Berlin 2003; §§ 812-822, Neubearb. 1999, Berlin 1999; VerbrKrG, HWiG, § 13 UWG, TzWrG, Neubearb. 2001, Berlin 2001 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*)

Strohn, Lutz: Anlegerschutz bei geschlossenen Immobilienfonds nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: WM 2005, S. 1441 ff.

Teufel, Anne Julia: Die Rückabwicklung verbundener Verträge beim Widerruf durch den Verbraucher, in: JA 2007, S. 337 ff.

Thume, Matthias/Edelmann, Hervé: Kein Pflicht zur systemwidrigen richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, in: BKR 2005, S. 477 ff.

Tiedtke, Klaus: Kurzkomentar zu BGH, Urt. v. 21.7.2003 – II ZR 387/02 (OLG Karlsruhe) = NJW 2003, 2821, in: EWiR § 705 BGB 1/04 S. 177 f.

Tilch, Horst/*Arloth*, Frank (Hrsg.): Deutsches Rechts-Lexikon, 3 Aufl., München 2001 (zitiert: *Tilch/Arloth*, Rechts-Lexikon, Begriff)

Tonner, Klaus: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.7.2003, in: WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 2.03, S. 1011 ff.

Tröster, Michael: Verbundene Geschäfte, Berlin 2001, zugl. Diss. Erlangen-Nürnberg 1999

Ulmer, Peter:

- Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – gesicherter Bestand des Gesellschaftsrechts oder methodischer Irrweg? in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band II, Köln 1978, S. 301 ff. (zitiert: *Ulmer*, FS Flume II)
- Hundert Jahre Personengesellschaftsrecht: Rechtsfortbildung bei OHG und KG in: ZHR 161 (1997) S. 102 ff.

Ulmer, Peter/*Brandner*, Erich/*Hensen*, Horst-Dieter: AGB-Recht, 10. Aufl., Köln 2006 (zitiert: *Ulmer/Brandner/Hensen-Bearbeiter*)

Vollkommer, Max:

- Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft des „finanzierten Abzahlungskaufes“, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 703 ff. (zitiert: *Vollkommer*, FS Larenz)

- Zum Rückforderungsdurchgriff bei „verbundenen Geschäften“, in: Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag, Köln 1992, S. 595 ff. (zitiert: *Vollkommer*, FS Merz)

Vortmann, Jürgen:

- Verbraucherkreditgesetz, Stuttgart u.a. 1991
- Aktuelle Rechtsfragen zum Verbraucherkreditgesetz, Köln 1992 (zitiert: *Vortmann*, Rechtsfragen)
- Anmerkung zu Urteil BGH VIII ZR 325/94 vom 11.10.1995, in: WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 1.96

Wagner, Klaus-Rudolf: Sind Kapitalanleger Verbraucher? in: BKR 2003, 649 ff.

Wallner, Franz X.: Die Rückabwicklung von kreditfinanzierten Immobilienfondsanlagen, in: BKR 2003, 93 ff.

Weber, Hansjörg: Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, Berlin 1978 (zitiert: *H. Weber*, Fehlerhafte Gesellschaft)

Weisemann, Ulrich: Rechtsscheinhaftung und faktische Gesellschaft bei Immobilienfonds/GbR, in: DZWIR 2007, S. 183 ff.

Wertenbruch, Johannes: Rückabwicklung einer Kapitalanlage in Form einer stillen Gesellschaft – Urteilkomplex „Göttinger Gruppe“, in: NJW 2005, S. 2823 ff.

Westermann, Harm Peter:

- Gesellschaftsbeitritt als Verbraucherkreditgeschäft? Teil I: Die gesetzliche Rechtslage in Bezug auf die Widerruflichkeit, in: ZIP 2002, S. 189 ff.
- Gesellschaftsbeitritt als Verbraucherkreditgeschäft? Teil II: Rückabwicklung einer Fonds-Beteiligung bei Widerruflichkeit oder bei der Geltendmachung von Beitrittsmängeln, in: ZIP 2002, S. 240 ff.

Westphalen, Friedrich Graf von/*Emmerich*, Volker/*Rottenburg*, Franz von: Verbraucherkreditgesetz, 2. Aufl., Köln 1996 (zitiert: v. Westphalen/ Emmerich/ v. Rottenburg-Bearbeiter)

Wiesner, Georg: Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, Heidelberg 1980, zugl. Diss. Heidelberg 1997/80

Wolf, Manfred/*Großerichter*, Helge: Rückabwicklung fehlgeschlagener finanzieller Immobilien-Anlagengeschäfte nach neuester Rechtsprechung (Teil 1): Rückabwicklung beim nicht verbundenen Geschäft, in: ZfIR 2005, S. 1 ff.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 9. Aufl., München 2005

§ 1 Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Die Regelungen über verbundene Verträge, § 9 VerbrKrG (a.F.), §§ 358, 359 BGB (n.F.), haben in den letzten Jahren im Zusammenhang mit den sog. „Schrottimmobilien“¹ wieder eine vermehrte Auseinandersetzung in Rechtsprechung und juristischer Literatur erfahren.² Im Interesse der Öffentlichkeit standen vor allem finanzierte Beteiligungen an Publikumsgesellschaften, die die Errichtung und Vermietung von Gebäuden zum Geschäftsgegenstand hatten, sog. geschlossene Immobilienfonds.³ Diese sind in der Regel als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder als Kommanditgesellschaften in Form der GmbH & Co. KG ausgestaltet⁴ und an Anleger gerichtet, die über kein oder ein geringes Eigenkapital und zum Teil nur über durchschnittliche oder gar unterdurchschnittliche Einkommen verfügen.

Die Beteiligung der Anleger verläuft in allen Fällen ähnlich: Sie werden von einem Anlagevermittler in der Wohnung oder am Arbeitsplatz angesprochen. Ihnen wird das Anlageobjekt vorgestellt, die möglichen Steuervergünstigungen sowie Mieteinnahmen und Kosten der Anlage dargestellt und das Darlehen einer Bank in Aussicht gestellt, dass diese Kosten deckt und allein mit den erwarteten Mieteinnahmen und Steuervergünstigungen zurückgezahlt werden könne. Die Vertragsunterlagen für den Abschluss des Darlehensvertrages führt der Vermittler in der Regel bereits mit und läßt sie zusammen mit der Erklärung des Beitritts zu der Fondsgesellschaft vom Anleger unterzeichnen.⁵ Die Bank nimmt den Darlehensvertrag durch Annahmeerklärung an, ohne persönlich Kontakt mit dem Anleger gehabt zu haben. Die Darlehen

¹ Dieser umgangssprachlich verwendete Begriff umfasst sowohl die finanzierte Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds als auch den finanzierten Erwerb einer Immobilie, die sich als nicht werthaltig entpuppt. Letzterer soll nicht Gegenstand der Untersuchung sein.

² Siehe etwa BGHZ 156, 46 ff.; 159, 280 ff.; 294 ff.; 167, 239 ff.; 174, 334 ff. und *Bertram*, Die Anwendung des Einwendungsdurchgriffs gem. § 359 BGB auf den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft, Berlin 2004; *Polt*, Der rechtsgeschäftliche Verbund bei der Finanzierung geschlossener Immobilienfonds, Berlin 2004.

³ Beispielhaft seien genannt: „Da sind Ehen dran zerbrochen“, Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 16.6.2004; „Angebote, nicht immer im Sinne des Kunden“, SZ vom 30.7.2004; „Karlsruhe macht Anlegern Hoffnung“, SZ vom 1.12.2004; „Der Streit um Schrottimmobilien geht weiter“, Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 2.3.2005; „Weniger Anlegerschutz bei Schrottimmobilien“, FAZ vom 25.4.2006; „BGH urteilt zu Schrottimmobilien“, Berliner Zeitung vom 27.2.2008.

⁴ Nachfolgend Publikumsgesellschaft oder Fondsgesellschaft genannt, obwohl es sich genau genommen um Publikumpersonengesellschaften handelt.

⁵ So etwa in dem OLG München, WM 1999, 1818 ff. zugrunde liegenden Sachverhalt.

werden durch die Abtretung oder Verpfändung von Sparguthaben oder Ansprüchen aus Lebensversicherungen besichert.⁶

Viele dieser Fondsprojekte scheiterten jedoch. Die Immobilien konnten nicht fertig gestellt werden oder die versprochenen Mieteinnahmen und erwarteten Steuervorteile blieben aus.⁷ Häufig war ein großer Teil der Anlagegelder nicht in die Immobilie geflossen, sondern wurden von den Fondsinitiatoren und Gründungsgesellschaftern vereinnahmt.⁸

Für den Anleger, der die Beteiligung an der Fondsgesellschaft über ein Darlehen finanziert hatte, waren die Folgen prekär.⁹ Standen der Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag anfangs noch Einnahmen aus der Anlage oder Steuervorteile gegenüber, musste der Anleger die Zins- und Tilgungsleistungen aus dem Darlehensvertrag nunmehr aus seinem übrigen Vermögen bestreiten. War er persönlich haftender Gesellschafter, musste er zudem über seine Einlage hinaus für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Da der Gesellschaftsanteil, der durch die Anlage erworben wurde, keinen Wert mehr hatte oder die Initiatoren des Fonds insolvent waren und eine Inanspruchnahme wegen arglistiger Täuschung oder mangelnder Aufklärung deshalb nicht in Frage kam, versuchten sich die Anleger nunmehr der Ansprüche der Bank zu erwehren. Schadensersatzansprüche gegen die finanzierende Bank aufgrund eigenen Aufklärungsverschuldens oder des eines Vermittlers waren aufgrund der restriktiven Rechtsprechung kaum durchzusetzen.

Die Anleger widerriefen deshalb ihre Willenserklärungen zum Abschluss des Darlehens- und/oder des Beitrittsvertrages, verweigerten die Rückzahlung des Darlehens und verlangten zum Teil auch die bereits gezahlten Raten und Zinsen von den Banken zurück.¹⁰ Andere fochten die Beitritts- und/oder Darlehensverträge wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung an und machten die gezahlten Raten und Zinsen als Schadensersatz geltend. Teilweise beriefen sich die Anleger auch auf die Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge wegen Sittenwidrigkeit¹¹, die Nichtigkeit der Treuhändervollmacht oder die Nichtigkeit wegen fehlender Mindestangaben im Darlehensvertrag¹².

⁶ So beispielsweise den BGHZ 133, 254 ff. und OLG Stuttgart, ZIP 2002, 1885 ff. zugrunde liegenden Sachverhalten.

⁷ Etwa in den BGHZ 159, 294 ff.; BGH WM 2004, 1536 ff. oder LG Stuttgart, WM 2001, 139 ff. zugrunde liegenden Fällen.

⁸ Etwa in den BGHZ 159, 280 ff.; OLG Stuttgart, WM 2001, 1667 ff. zugrunde liegenden Fällen.

⁹ Siehe etwa die bei *Derleder*, Kritische Justiz 2009, S. 3 ff. geschilderten Einzelfälle.

¹⁰ Beispielhaft sei hier auf den Sachverhalt von BGHZ 133, 254 ff. und OLG Stuttgart, ZIP 2002, 1885 ff. verwiesen.

¹¹ So die tragenden Gründe in den Urteilen des OLG Schleswig, ZIP 2002, 1244 ff.; 1725 ff.; auch OLG München, NZG 1999, 782 ff.

¹² Siehe dazu beispielhaft BGH ZIP 2004, 1394 ff.

Die mit diesen Fragen befasste Rechtsprechung der Instanzgerichte und des Bundesgerichtshofs hatte zu prüfen, wie sich der Widerruf oder die Anfechtung der Willenserklärung auf Abschluss des Beitrittsvertrages auf den diesen Beitritt finanzierenden Darlehensvertrag auswirkt, also ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 359 BGB besteht, und ob umgekehrt aus dem widerrufenen oder nichtigen Darlehensvertrag Folgen für die Mitgliedschaft in der Fondsgesellschaft entstehen, weil der Beitrittsvertrag einen verbundenen Vertrag im Sinne des § 358 Abs. 3 BGB mit dem Darlehensvertrag darstellt. Die Einordnung des Gesellschaftsbeitritts in die Regelungen des verbundenen Vertrages erscheint schwierig, nimmt doch die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur nahezu gewohnheitsrechtlich an, dass ein einmal fehlerhaft begründeter Verbund nicht rückwirkend beseitigt werden kann. Verbraucherschutzrechte, die sich aus dem Verbraucherdarlehensvertrag, den Regelungen über den Haustürwiderruf oder aus dem verbundenen Vertrag ergeben, scheinen hier wenig passend.

Hinzu kommt, dass die Rückabwicklung verbundener Verträge gesetzlich nur unvollständig geregelt ist. So ist beispielsweise fraglich, ob der Verbraucher bei dauerhaften Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag auch die bis zur Ausübung seines Leistungsverweigerungsrecht gezahlten Leistungen auf den Darlehensvertrag vom Darlehensgeber zurückerhalten kann, sog. Rückforderungsdurchgriff. Umstritten ist ferner, wie sich die Abwicklung zwischen Unternehmer und Darlehensgeber gestaltet, nachdem der Darlehensgeber in die Rechte und Pflichten des Unternehmers gemäß § 358 Abs. 4 S. 3 BGB eingetreten ist. Nicht zuletzt ist auch die Rückabwicklung widerrufenen oder nichtiger Verbraucherdarlehensverträge, die nicht mit einem anderen Vertrag verbunden sind, umstritten – etwa wenn es um die Frage der Fälligkeit der Rückzahlung geht.

Diese Fragen stellen sich auch bei der Rückabwicklung des finanzierten Gesellschaftsbeitritts und ergeben eine interessante, aber auch komplizierte¹³ Gemengelage, die von der Rechtsprechung zum Teil bereits behandelt wurde. Naturgemäß wird in den bislang ergangenen Urteilen nur auf einzelne Fragen des Verbraucherdarlehensrechts oder der Abwicklung verbundener Verträge eingegangen und die rechtliche Dogmatik in der für Urteile gebotenen Kürze behandelt.

¹³ Selbst der ehemalige Vorsitzende des XI. Zivilsenates des BGH, Gerd Nobbe, bezeichnete die Rechtslage als ungewöhnlich kompliziert, FAZ vom 25.4.2006.

II. Ziel und Gang der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist daher, den finanzierten Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft in das Abwicklungssystem des verbundenen Vertrages einzuordnen und dem Anleger wirksame Instrumentarien zur Rückabwicklung seines Gesellschaftsbeitrittes an die Hand zu geben. Sinnvoll erscheint hier die Entwicklung eines Abwicklungsmodells nahe an den gesetzlichen Regelungen der §§ 358, 359 BGB. Dies setzt die Prüfung voraus, ob der Anleger Verbraucher und die Publikumsgesellschaft Unternehmer und ob die Verbraucherstellung besonders zu berücksichtigen ist (2. Teil).

Zuvor ist jedoch zu klären, wie sich die konkrete Abwicklung verbundener Verträge bei Widerruf oder Unwirksamkeit des Darlehensvertrages oder des finanzierten Vertrages zwischen Verbraucher, Darlehensgeber und Unternehmer darstellt.¹⁴ Zusammen mit der Untersuchung der Abwicklung eines widerrufenen oder nichtigen Verbraucherdarlehensvertrages – die auch Bestandteil der Abwicklung des verbundenen Vertrages ist – stellt das den Hauptteil dieser Arbeit dar (1. Teil).

Die Zusammenfassung der Ergebnisse und ein kurzer Ausblick finden sich im dritten Teil der Arbeit.

Die Bearbeitung hat in erster Linie geschlossene Immobilienfonds im Blick, die als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgestaltet sind. Gleichwohl können die Ausführungen auch für andere Publikumspersonengesellschaften mit anderen Geschäftsgegenständen gelten, soweit die Beteiligung an der Gesellschaft durch einen Verbraucherkredit finanziert wurde. Von der Untersuchung nur am Rande erfasst ist die Vertragshaftung der Bank aus culpa in contrahendo (c.i.c.) wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten. Fragen der Prospekthaftung sind von der Untersuchung ebenfalls nicht umfasst.

Obwohl sich die bei den Instanzgerichten und beim Bundesgerichtshof anhängigen Verfahren sämtlich nach dem bis zum In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geltenden Recht richten, umfasst die Untersuchung die Rechtslage nach In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform. Auf die alte Rechtslage wird eingegangen, wenn sich inhaltliche Unterschiede zur neuen Rechtslage ergeben.

¹⁴ Richtigerweise wird nicht der Vertrag widerrufen, sondern die Willenserklärung zum Abschluss des Vertrages. Die verwendete Verkürzung ist aber in Rechtsprechung und Literatur üblich und wird auch nachfolgend verwendet.

1. Teil – Verbundene Verträge

Ziel des ersten Teils der Untersuchung ist die Darstellung des Verbraucherkreditrechts sowie der Folgen des Widerrufs und der Nichtigkeit des Verbraucherdarlehensvertrages (§ 2). Dem schließt sich die Darstellung des Verbraucherdarlehensvertrages an, der mit einem anderen Vertrag im Sinne der §§ 358, 359 BGB verbunden ist. Dabei wird untersucht, wie sich der Widerruf, die Nichtigkeit und die Anfechtung des Verbraucherdarlehensvertrages auf den verbundenen Vertrag auswirken und welche Folgen der Widerruf, die Nichtigkeit, die Anfechtung und sonstige Vertragsmängel des verbundenen Vertrages auf den Verbraucherdarlehensvertrag hat (§ 3).

§ 2 Der Verbraucherdarlehensvertrag

Ein Überblick zur Entstehungsgeschichte, dem Schutzzweck und die europarechtlichen Vorgaben des Verbraucherkreditrechts soll die Untersuchung des Verbraucherdarlehensvertrages einleiten. Es folgt die Definition des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches des Verbraucherkreditrechts sowie eine Darstellung der gesetzlichen Anforderungen, die an den Verbraucherdarlehensvertrag gestellt werden. Im Anschluss werden die Folgen des Widerrufs und der Nichtigkeit des Darlehensvertrages untersucht.

I. Entstehungsgeschichte, Schutzzweck und europarechtliche Vorgaben

Das Verbraucherkreditrecht ist heute im Bürgerlichen Gesetzbuch im Anschluss an die Vorschriften des Darlehensvertrages in den §§ 491 – 498 geregelt. Das seit dem 1.1.1991 in Kraft getretene Verbraucherkreditgesetz¹⁵ wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung zum 1.1.2002 in das BGB eingliedert. Es wurde dabei eine systematische Neugliederung vorgenommen, ohne dass sein Inhalt eine wesentliche Änderung erfahren hat.¹⁶ So sind die verschiedenen Formen der Finanzierungshilfen in den §§ 499 – 504 BGB, der Ratenlieferungsvertrag in § 505 BGB, der Darlehensvermittlungsvertrag in den §§ 655a – 655 e BGB und das

¹⁵ Vom 17. Dezember 1990, BGBl I S. 2840.

¹⁶ Palandt-Weidenkaff, 67. Aufl., Vor §§ 491-498, Rn. 1.

Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen, die Folgen für den Verbund, einschließlich des Einwendungsdurchgriffs in den §§ 355 – 359 BGB geregelt.

Das Verbraucherkreditrecht hat seinen Ursprung in der nationalen Gesetzgebung zum Abzahlungsgesetz¹⁷ und dem, was Rechtsprechung und Lehre für das Abzahlungsgesetz an Auslegung herausgearbeitet hatten.¹⁸ Dies wurde notwendig, weil das Abzahlungsgesetz bei seinem Inkrafttreten lediglich den einfachen Abzahlungskauf regelte, bei dem der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis aus eigenen Mitteln kreditierte.¹⁹ Zwar folgten in den Jahren 1969 und 1974 Änderungen dieses Gesetzes, aber für den heute weit verbreiteten sog. fremdfinanzierten Abzahlungskauf und den damit verbundenen Problemen der Aufspaltung von Kaufvertrag und Kreditgeschäft wurde keine gesetzliche Regelung geschaffen. Es oblag daher weiterhin der Rechtsprechung und Literatur, Lösungen zu erarbeiten.²⁰ So entwickelte der BGH schrittweise den Einwendungsdurchgriff, mit dem der Darlehensnehmer in die Lage versetzt wurde, dem Darlehensgeber die Einwendungen aus dem Kaufvertrag entgegenzuhalten. Diese Rechtsprechung wurde im Verbraucherkreditgesetz und nunmehr in den §§ 358, 359 BGB gesetzlich geregelt.

Das heutige Verbraucherkreditrecht findet seinen Ursprung aber auch im Europarecht. Gerade die Sonderregelungen der §§ 491 – 498 BGB sind die nationale Kodifizierung der europarechtlichen Vorgaben durch die Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG vom 22.12.1986²¹ (im Folgenden: Verbraucherkreditrichtlinie) und der Änderungsrichtlinien 90/88/EWG vom 22.2.1990²² und 98/7/EG vom 16.2.1998²³. Der Vorentwurf zu dieser Richtlinie stammte bereits aus dem Jahre 1979²⁴ und stand in einer Reihe von Programmen der Kommission für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher.²⁵ Die am 23. April 2008 verabschiedete „Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates“²⁶ (im Folgenden: Verbraucherkreditrichtlinie 2008) löst die alte Verbraucherkreditrichtlinie mit Wirkung zum 12.05.2010 ab.

¹⁷ Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894, RGBl 1894, 450-451.

¹⁸ HK-Bülow, Einführung Rn. 27.

¹⁹ Marschall v. Bieberstein, S. 2.

²⁰ Schmelz, VerbrKr, S.5.

²¹ Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit, ABIEG L 42, S. 48 v. 12. Februar 1987.

²² ABl. L 61, S. 14 v. 10. März 1990.

²³ ABl. L 101, S.17 v. 1. April 1998.

²⁴ Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. C 80, S. 4 v. 27. März 1979.

²⁵ Siehe dazu. HK-Bülow, Einführung Rn.1.

²⁶ ABl. L 133, S. 66 v. 22. Mai 2008.

1. Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes

Das „Verbraucherkreditrecht“ des Abzahlungsgesetzes war ursprünglich zum Schutze des Käufers geschaffen worden, dem der Verkäufer Teilzahlungen des Kaufpreises gewährte. Der Vorteil des Teilzahlungsgeschäftes lag für den Verkäufer in der Mobilisierung von Kaufkraft und für den Käufer in der Möglichkeit, einen unbefriedigten Bedarf zu stillen, ohne lange und entbehrungsreich sparen zu müssen.²⁷ Hierin lagen allerdings auch Gefahren: Mit der Möglichkeit, einen Konsumgegenstand sofort zu erhalten, ließ der Käufer allzu häufig seine Bedenken fahren, dass er mit den Teilzahlungsverpflichtungen möglicherweise über seine Verhältnisse lebte. Das Abzahlungsgesetz sollte verhindern, dass der Verkäufer diese „sozialpolitische“²⁸ Lage des Käufers ausnutzt.

In Anbetracht der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung des Abzahlungskaufes wurden durch die Gesetzesänderung im Jahr 1969 Regelungen über die Schriftform und die erforderlichen Angaben in das Abzahlungsgesetz eingefügt, § 1 a AbzG. Ergänzt wurden die Vorschriften im Jahre 1974 um ein Widerrufsrecht und um Regelungen über die Rechtsfolgen des Widerrufs, §§ 1b-d AbzG.²⁹

Das verfolgte Schutzanliegen des novellierten Abzahlungsgesetzes hatte somit zwei Stoßrichtungen: Zum einen sollte dem Käufer eine – aus der Widerrufsmöglichkeit folgende – angemessene Überlegungsfrist eingeräumt werden, damit er den Entschluss, sich langfristig finanziell zu binden, noch einmal überdenken konnte. Denn in der Situation, die das Abzahlungsgesetz beschrieben hat, bestand das Risiko, dass der Verbraucher den Vertragsschluss nicht hinreichend überdacht hatte und nicht in der Lage war, die wirtschaftliche Bedeutung und Komplexität der Vertragsmaterie zu überblicken.³⁰ Zum anderen gewährleistete die Neuregelung in § 1a AbzG, dass der Käufer all die Informationen erhielt, die ihm eine vernünftig abwägende Entscheidung erst ermöglichten. Damit kam auch ein originäres Anliegen des Verbraucherkreditrechts zum Ausdruck: Das Schaffen von Transparenz. Legt doch die ordnungspolitische Vorstellung von der Marktwirtschaft ein Leitbild zugrunde, das vom „mündigen Verbraucher“ ausgeht.³¹

²⁷ *Klauss*, AbzG, Vorb. Rn. 6, 7.

²⁸ *Klauss*, AbzG, Vorb. Rn. 7.

²⁹ Der Text des AbzG findet sich im Anhang von *HK-Bülow*, S. 646 ff.

³⁰ So *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 239 für das Widerrufsrecht nach § 495 BGB. Siehe auch *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag, S. 173.

³¹ *Borchert*, S. 1 f.

2. Einwendungsdurchgriff: erweiterter Schutzzweck durch Rechtsfortbildung

An die Stelle des einfachen Abzahlungskaufes traten in den 50er Jahren verstärkt Finanzierungsgeschäfte, bei denen die Kreditgewährung nicht durch den Verkäufer erfolgte, sondern ein Dritter – meist ein Kreditinstitut – den Kredit gewährte.³² Für diesen Vertragstyp hat sich der Begriff „finanziertes Abzahlungsgeschäft“ allgemein durchgesetzt.³³

Die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes konnten dem Käufer in diesen Fällen allerdings keinen Schutz gewähren, da gem. § 1 Abs. 1 S. 1 AbzG das Abzahlungsgesetz nur bei Teilzahlungsabreden galt. Wurde – wie beim finanzierten Abzahlungskauf – der Kaufpreis durch den Dritten im Ganzen bezahlt, handelte es sich um einen Barkauf, auf den gem. § 5 AbzG³⁴ – die wichtigste Schutzbestimmung des Abzahlungsgesetzes – keine Anwendung fand. Durch die Trennung von Kauf- und Darlehensvertrag war der Käufer der Gefahr ausgesetzt, dass er im Kaufvertrag die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) nicht erheben konnte, weil der Kaufpreis bereits bezahlt war. Seine Gewährleistungsrechte nach §§ 459 ff. BGB a.F. konnte er zwar gegenüber dem Verkäufer geltend machen, gegenüber dem Kreditinstitut war er jedoch weiterhin zur Zahlung der Raten verpflichtet. Dieses Ergebnis wurde zunehmend als unbefriedigend empfunden.³⁵ Es bestand zudem die Befürchtung, der unerfahrene Käufer könne nicht klar zwischen Kauf- und Darlehensvertrag unterscheiden und dazu neigen, in der Vereinbarung einen etwas abgewandelten Abzahlungskauf zu sehen.³⁶

Der BGH entwickelte zum Schutze des Käufers daher zunächst vertragliche Aufklärungspflichten der Bank aus § 242 BGB (Treu und Glauben), die allerdings hauptsächlich die Warnung des Käufers vor übereilter Freigabe des Darlehens an den Verkäufer betrafen.³⁷ Die Verletzung der Aufklärungspflichten begründete einen Schadensersatzanspruch des Käufers gegen das Kreditinstitut aus c.i.c.³⁸

³² *Marschall v. Bieberstein*, S. 9 f.; *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 7.

³³ *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 359 Rn. 3 in kritischer Auseinandersetzung mit dem Begriff.

³⁴ § 5 AbzG lautete: „Hat der Verkäufer auf Grund des ihn vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache wieder an sich genommen, so gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechtes.“

³⁵ LG Hamburg, MDR 50, 220 f.; OLG Bremen, NJW 1952, 347, 348; *Klauss*, AbzG, § 6 Rn. 499; *Möllers*, NJW 1955, 1421; *Mühlhäuser*, MDR 1955, 265; weitere Nachweise für Rspr. und Schrifttum bei *Marschall v. Bieberstein*, S. 50 ff.; 73 ff.

³⁶ BGH NJW 1956, 705, 706.

³⁷ BGHZ 33, 293, 298; 302, 312; 47, 207, 210 f.; 217, 222; zu den Aufklärungspflichten auch *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 8.

³⁸ BGHZ 33, 293, 298; 302, 312; 47, 207, 210 f.; 217, 222.

Parallel dazu arbeitete der BGH in ständiger Rechtsprechung das Rechtsinstitut des sog. Einwendungsdurchgriffs heraus.³⁹ Danach konnte der Käufer die Rückzahlung des Kredits nach Treu und Glauben verweigern, wenn der Verkäufer seine Leistungen nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht hat.

Am Anfang dieser Rechtsprechung steht ein Urteil des BGH aus dem Jahre 1951. Das Gericht entschied erstmalig, dass § 6 AbzG⁴⁰ trotz seines engen Wortlauts auch auf Verträge Anwendung findet, in denen der Abzahlungskauf mit einem anderen Rechtsgeschäft in der Weise verbunden wird, dass beide Verträge sich zu einer Einheit ergänzen.⁴¹ Damit war sichergestellt, dass der Käufer nicht zur Zahlung der Raten verpflichtet ist, wenn der Verkäufer oder ein am Vertrag beteiligter Dritter die verkaufte Sache an sich nimmt und damit seinen Rücktritt erklärt.

Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit der beiden Verträge wurde durch die Rechtsprechung in der Folgezeit weiter konkretisiert. Trotz des in diesen Fällen angenommenen engen, wirtschaftlichen Zusammenhangs betonte der BGH – und im Anschluss die in der Literatur vorherrschende Meinung – demgegenüber die rechtliche Trennung von Kauf- und Darlehensvertrag und folgerte daraus, dass der Käufer dem Darlehensgeber nicht ohne weiteres Einwendungen und Einreden aus dem Kaufvertrag entgegenhalten könne.⁴² Allein der enge Verbund zwischen den beiden Verträgen könne gebieten, dass dem Käufer nach Treu und Glauben gewährt werden musste, die Einwendungen aus dem finanzierten Geschäft auch im Kreditvertrag geltend zu machen.⁴³

Zu den Schutzzwecken des Abzahlungsgesetzes trat somit ein weiteres Schutzanliegen: Der Käufer, der Vertragspartner eines finanzierten Abzahlungskaufes geworden war, sollte durch die Trennung von Kauf- und Darlehensvertrag nicht seiner Rechte aus dem Kaufvertrag verlustig gehen.⁴⁴ Insbesondere durfte die Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen geschäftlichen Vorganges in zwei Verträge nicht dazu führen, dass der Käufer gegenüber Mängeln der

³⁹ BGHZ 3, 257, 259; 22, 90, 95; 37, 94, 99 f.; 47, 233, 239; 68, 118, 121; BGH NJW 1973, 452, 454; BGH WM 1978, 459.

⁴⁰ § 6 AbzG lautete: „Die Vorschriften der §§ 1 bis 5 finden auf Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes (§ 1) in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch mietweise Überlassung der Sache zu erreichen, entsprechende Anwendung, gleichviel ob dem Empfänger der Sache ein Recht, später deren Eigentum zu erwerben, eingeräumt ist oder nicht.“

⁴¹ BGHZ 3, 257, 259.

⁴² BGHZ 33, 293, 295; 47, 224, 227; BGH WM 1978, 459; *Klauss*, AbzG, § 6 Rn. 500; *Marschall v. Bieberstein*, S. 133 ff.; *Hopt*, FS Stimpel, 265, 279. Von der Annahme der rechtlich selbständigen Verträge zu unterscheiden ist die sog. „Einheitstheorie“, die im Gegensatz zur „Trennungstheorie“ davon ausging, dass Kauf- und Darlehensvertrag in Folge ihrer wirtschaftlichen Einheit auch eine spezifisch rechtliche Einheit bilden, vgl. etwa *Marschall von Bieberstein*, S. 133 ff.

⁴³ BGH WM 1978, 459, 460.

⁴⁴ *Bertram*, S. 74.

Kaufsache rechtlos oder schlechter stünde, als er ohne die Aufspaltung stehen würde.⁴⁵ Dieses Aufspaltungsrisiko war – wie die dargestellte Rechtsprechung zeigt – der Ansatz für die Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs. So war es nur folgerichtig, dass der BGH seit einem Urteil im Jahre 1971 eine subjektive Komponente in die Prüfung der wirtschaftlichen Einheit einfließen ließ.⁴⁶ Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Einheit von Kauf- und Darlehensvertrag war danach allein maßgeblich, wie sich die Beziehung zwischen Kreditgeber und Verkäufer im Empfängerhorizont des Käufers gestaltete.⁴⁷ Die Kreditinstitute reagierten darauf mit vermehrter Aufklärung des Käufers über die rechtliche Selbständigkeit der beiden Verträge, in der Hoffnung, der Einwendungsdurchgriff werde nicht mehr zugelassen.⁴⁸ Der BGH begegnete diesen Bestrebungen mit erhöhten Anforderungen an die Aufklärungspflichten⁴⁹ und schließlich mit einer Objektivierung⁵⁰ der Anforderungen, die an die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit gestellt wurden.⁵¹ Danach bestand die notwendige wirtschaftliche Einheit dann, wenn sich beide Verträge wechselseitig bedingten oder der eine Vertrag seinen Sinn erst durch den anderen Vertrag erhält. Dazu bedurfte es objektiv der Verbindung beider Geschäfte durch bestimmte Umstände, die subjektiv beim Darlehensnehmer den Eindruck erwecken, Kreditgeber und Verkäufer stünden ihm als gemeinsame Vertragspartner gegenüber.⁵²

Damit brachte der BGH einen Wandel des Schutzzweckes des Einwendungsdurchgriffs auf den Weg. Ziel war nicht mehr allein der Schutz des Käufers vor dem Aufspaltungsrisiko, sondern mehr und mehr die Entschärfung genereller Gefahrensituationen bei den Vertragsbeteiligten und die Ausbalancierung von im Vertragsrecht typischen Ungleichgewichten.⁵³ Das Gericht öffnete sich damit der allgemeinen, vor allem europarechtlichen Tendenz, den Verbraucherschutz nicht allein an die individuelle Schutzwürdigkeit einer Person zu knüpfen, sondern typischen Gefahren im wirtschaftlichen Verkehr vorzubeugen, in dem allen Personen – unabhängig von der Einschätzung ihrer individuellen Situation - besondere Schutzinstru-

⁴⁵ BGH NJW 1967, 1028.

⁴⁶ BGH WM 1971, 1265.

⁴⁷ BGH WM 1971, 1265, 1268. Eingehend dazu *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 9.

⁴⁸ Vgl. *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 10.

⁴⁹ BGH WM 1978, 459, 560 f.; 1979, 1180, 1182; insb. zur formularmäßigen Abbedingung des Einwendungsdurchgriffs in AGB BGHZ 83, 301, 307 f.; 95, 350, 353 f.

⁵⁰ *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 10.

⁵¹ BGH WM 1980, 620, 622; st. Rspr. seit BGHZ 83, 301, 304.

⁵² BGHZ 83, 301, 306 f. Zu den Voraussetzungen des verbundenen Vertrages später im Einzelnen.

⁵³ Soergel-*Hönn*, 11. Aufl. Anh. § 6 AbzG, Rn. 43; a.A. *Bertram*, S. 74 f., der als Schutzanliegen für die Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs vor allem das „Aufspaltungsrisiko“ ausmacht, welchem der Käufer ausgesetzt ist, wenn der Abzahlungskauf in zwei verschiedene Verträge aufgespalten wird.

mentarien (Informationspflichten, Widerrufsrechte etc.) bei besonderen Gefahren (Verbrauchercreditgeschäft, Haustürgeschäft, Fernabsatz etc.) zur Seite gestellt werden.⁵⁴

3. Zweck des europarechtlichen Verbraucherschutzes

Die erste Verbrauchercreditrichtlinie vom 22.12.1986 wurde auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsangleichungskompetenz nach Art. 100 EWGV erlassen. Sie betrifft zum einen die Angleichung der unterschiedlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten durch Errichtung eines gemeinsamen Verbrauchercreditmarktes. Zum anderen begründet sie einen Schutz des Verbrauchers vor missbräuchlichen Kreditbedingungen.⁵⁵ Verbraucher ist nach Art. 1 Verbrauchercreditrichtlinie bzw. nach Art. 3 lit. a Verbrauchercreditrichtlinie (2008) eine natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfassten Geschäften zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Die am 23. April 2008 verabschiedete „Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbrauchercreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates“⁵⁶ löst die erste Richtlinie mit Wirkung zum 12.05.2010 ab. Sie knüpft an die Verbrauchercreditrichtlinie (1986) an, erhöht jedoch das Verbraucherschutzniveau, weil es die Information des Verbrauchers in den vorvertraglichen Bereich verlagert. So soll der Verbraucher gemäß Art. 5 Abs. 1 Verbrauchercreditrichtlinie (2008) vor Abschluss des Kreditvertrages alle Informationen erhalten, die er braucht, um verschiedene Angebote zu vergleichen und eine fundierte Entscheidung darüber treffen zu können, ob er einen Kreditvertrag abschließen will.

Der Schwerpunkt der ersten Richtlinie lag bereits in der Verbesserung der Unterrichtung des Kreditnehmers über die mit der Kreditaufnahme verbundenen Verpflichtungen. So etwa schreibt Art. 4 Verbrauchercreditrichtlinie (1986) die Schriftform und die Angabe der wesentlichen Vertragsbestimmungen für den Kreditvertrag vor. Der europäische Normgeber hatte aber auch die verbundenen Verträge im Blick. Er gab den Mitgliedsstaaten mit Art. 11 Verbrauchercreditrichtlinie (1986) auf, dafür Sorge zu tragen, dass das Bestehen des Kreditvertrages keine nachteiligen Auswirkungen auf die Rechte des Kreditnehmers als Leistungs-

⁵⁴ Siehe etwa die Programme der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung des Verbrauchers, ABl. Nr. C 92, S. 1 v. 25. April 1975 und ABl. Nr. 133, S. 1 v. 3. Juni 1981 oder die Begründungserwägung der Haustürgeschäfte richtlinie 85/577/EWG v. 20. Dezember 1985, ABl. Nr. L 372, S. 31 v. 31. Dezember 1985.

⁵⁵ Siehe Präambel der Verbrauchercreditrichtlinie (1986), ABl. Nr. 42 v. 12. Februar 1987, S. 48.

⁵⁶ ABl. L 133, S. 66 v. 22. Mai 2008.

empfänger hat.⁵⁷ Für den Fall einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Kreditgeber und Lieferanten der Waren oder Dienstleistung normierte die Richtlinie in Art. 11 Abs. 2 einen subsidiären Einwendungsdurchgriff. Die Regelung über verbundene Kreditverträge in Art. 15 der Verbraucherkreditrichtlinie (2008) behält dies bei, allerdings erfasst der Begriff „verbundener Kreditvertrag“ in Art. 3 lit. n Verbraucherkreditrichtlinie (2008) mehr Fälle als der alte Art. 11 Abs. 2.⁵⁸

Die Verbraucherkreditrichtlinie (1986) sah ursprünglich wesentlich tiefgreifendere Regelungen vor. So war in den Kommissionsvorschlägen aus den Jahren 1974 – 1978 noch ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vorgesehen.⁵⁹ In der letztlich verabschiedeten Fassung der Richtlinie ist eine etwaige Bedenkzeit nur als wesentliche Angabe vorgesehen, die der Kreditvertrag enthalten sollte, wenn die Mitgliedsstaaten eine Bedenkzeit einräumen wollen.⁶⁰ Jedoch haben immerhin acht der Mitgliedsstaaten von der Bedenkzeit (zwischen 2 – 10 Tagen) – die in Deutschland als Widerrufsrecht geregelt wurde – Gebrauch gemacht und sind damit über die Mindestvorgaben der Verbraucherkreditrichtlinie (1986) hinausgegangen.⁶¹ In der Verbraucherkreditrichtlinie (2008) wird in Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie nunmehr einheitlich ein Widerrufsrecht des Verbrauchers mit einer vierzehntägigen Widerrufsfrist geregelt.

Auch eine andere ursprünglich ins Auge gefasste Regelung vermochte sich nicht durchzusetzen. Die Kommissionsentwürfe sahen während der gesamten Richtlinienarbeiten zunächst eine umfassende gesamtschuldnerische Haftung von Verkäufer und Kreditgeber nach britischem Vorbild vor.⁶² Erst bei den Verhandlungen des Richtlinienentwurfes im Jahre 1984 nahm die Kommission Abstand von einer solchen Regelung zugunsten der nunmehr in Art. 11 Verbraucherkreditrichtlinie (1986) geregelten subsidiären Haftung des Kreditgebers bei einem

⁵⁷ Art. 11 Abs. 1 Verbraucherkreditrichtlinie (1986) lautet: „Die Mitgliedsstaaten tragen dafür Sorge, dass das Bestehen eines Kreditvertrages in keiner Weise die Rechte des Verbrauchers gegenüber dem Lieferanten von Waren bzw. Erbringer von Dienstleistungen beeinträchtigt, falls die betreffenden Waren bzw. Dienstleistungen, die mit Hilfe des Kreditvertrages erworben werden, nicht geliefert bzw. erbracht werden oder in anderer Weise nicht vertragsgemäß sind.“

⁵⁸ Rott, WM 2008, 1104, 1112.

⁵⁹ Näher dazu *Hüttebräuker*, S. 131.

⁶⁰ Anhang zur Verbraucherkreditrichtlinie (1986): Liste der Angaben nach Artikel 4 Absatz 3, 87/102/EWG, ABl. Nr. 42 v. 12. Februar 1987, 48, 53.

⁶¹ *Hüttebräuker*, S. 130.

⁶² Art. 9 des Richtlinienentwurfes von 1974 („Draft Articles proposed for discussions as the Basis of a Proposal für a Directive relating to Consumer credit“) lautete: „Wird die Lieferung von Sachen oder Leistungen an den Kreditnehmer von jemanden anders als dem Lieferer finanziert (gleichgültig, ob der Kredit zweckgebunden ist oder nicht) und besteht zwischen dem Lieferer und dem das Geschäft finanzierenden („dem Kreditgeber“) eine Geschäftsverbindung, so hat der Kreditnehmer, falls er einen Schadensersatz gegen den Lieferer besitzt, einen gleichen Anspruch gegen den Kreditgeber, der dem Kreditnehmer neben dem Lieferer gesamtschuldnerisch haftet.“, Dok.KOM XII/155/74-D.

verbundenen Vertrag.⁶³ Dass die Idee einer gesamtschuldnerischen Haftung von Verkäufer und Kreditgeber nicht gänzlich aufgegeben wurde, haben die Richtlinienvorschläge der Kommission zur Verabschiedung der Verbraucherkreditrichtlinie (2008) gezeigt. Diese sahen für verbundene Geschäfte wieder eine gesamtschuldnerische Haftung vor⁶⁴, die in der letztlich verabschiedeten endgültigen Fassung der Verbraucherkreditrichtlinie (2008) jedoch nicht mehr enthalten ist.

Allerdings enthält die zweite Verbraucherkreditrichtlinie in Art. 8 der Richtlinie nunmehr eine Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers. Dies soll den Verbraucher vor Fehlentscheidungen bewahren und vor Überschuldung schützen.⁶⁵

Das europäische Verbraucherkreditrecht verfolgt somit die gleichen Schutzzwecke wie die nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung: Information des Verbrauchers durch Transparenz der Bedingungen des Darlehensvertrages und des finanzierten Vertrages, Schutz des Verbrauchers vor Abschlusstechniken, die typischerweise die freie Willensentschließung des Vertragspartners beeinträchtigen und Schutz vor Verträgen, denen ein besonderes Risiko hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Verbrauchers immanent ist. Soweit die Verbraucherkreditrichtlinie auf die Überschuldung des Verbrauchers als Ergebnis eines Verbraucherkreditvertrages abstellt, wird deutlich, dass europäischer Verbraucherschutz nicht nur der Lösung eines Transparenzproblems dient. Vielmehr tritt der Verbraucher als Ziel des wirtschaftlichen Wettbewerbs in den Mittelpunkt und soll als solches – vor nachteiligen Folgen – geschützt werden. Insoweit nähert sich der Schutz des Verbrauchers im Falle des Verbraucherkreditrechts wieder dem originären Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes an: Den Verbraucher informieren allein reicht nicht, um ihn vor den Folgen eines komplexen und somit eventuell nachteiligen Vertrages zu schützen. Ihm müssen auch Instrumentarien an die Hand gegeben werden, seine Rechte in diesen Verträgen durchzusetzen. Dies geschieht mit der Ersetzung dispositiven Rechts durch zwingende Vorschriften.

4. Umsetzung der Schutzanliegen durch das Verbraucherkreditgesetz

Ein erster Schritt in diese Richtung wurde bereits mit der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie gegangen. In das am 1.1.1991 in Kraft getretene Verbraucherkreditgesetz fanden

⁶³ Vgl. *Hüttebräuker*, S. 146.

⁶⁴ Art. 19 des Richtlinienentwurfes, KOM (2002) 443 endg.; KOM (2004) 747 endg.; dazu näher: *Reich/Micklitz*, Verbraucherrecht, S. 757 f.

⁶⁵ Siehe Nr. 26 der Präambel der Richtlinie 2008/48/EG.

Regelungen zum Schutze des Darlehensnehmers Eingang, die über die Mindestregelungen der Verbraucherkreditrichtlinie und die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über den Einwendungsdurchgriff hinausgingen.

So wurde in § 7 VerbrKrG ein Widerrufsrecht des Verbrauchers normiert, welches die Verbraucherkreditrichtlinie lediglich fakultativ vorsah. Die §§ 15 – 17 VerbrKrG sahen Regelungen zur Kreditvermittlung vor.

Auch § 9 VerbrKrG, der die Voraussetzungen und Folgen eines verbundenen Vertrages normierte, war weiter gefasst als die Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung verlangte bis dato, dass der Verbraucher vor der Geltendmachung seines Leistungsverweigerungsrechts gegenüber dem Kreditgeber seine Rechte in zumutbarer Weise gegen den Verkäufer durchzusetzen versucht, sog. „Subsidiarität des Einwendungsdurchgriffs“.⁶⁶ Zwar wurde auf die vorherige Inanspruchnahme des Verkäufers auch in der Rechtsprechung bereits in besonderen Fällen – etwa der Nichtigkeit des finanzierten Geschäfts⁶⁷ – verzichtet, doch wurde mit der Regelung des § 9 Abs. 3 VerbrKrG der Grundsatz der Subsidiarität weiter zurück gedrängt und auf die Fälle gesetzlicher und vertraglicher Nachbesserung oder Ersatzlieferung beschränkt.⁶⁸ Der Gesetzgeber hat dabei das Risiko der Insolvenz des Verkäufers dem Kreditgeber zugewiesen.⁶⁹

Er verzichtete bei der Umsetzung der Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff zudem gänzlich auf die subjektive Komponente der wirtschaftlichen Einheit. In § 9 Abs. 1 S. 1 VerbrKrG wurde zudem ein Regelbeispiel normiert, wonach die wirtschaftliche Einheit dann anzunehmen sei, wenn der Kreditgeber sich bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers bedient.

Der abstrakten Gefahr des übereilten Vertragsschlusses am Ort des Vertragsschlusses wurde nicht im VerbrKrG selbst, sondern durch das Haustürwiderrufgesetz (HWiG) begegnet. Dieses ging auf die europäische „Richtlinie betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen“⁷⁰ (im Folgenden: Haustürgeschäfte-richtlinie) und auf eine Gesetzesinitiative des Landes Bayern zurück.⁷¹ Der die Voraussetzungen und den Widerruf regelnde § 1 HWiG wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung in

⁶⁶ BGH WM 1978, 459, 461; 1979, 489, 491; 1980, 327, 329.

⁶⁷ BGH WM 1980, 327, 329; 1979, 489, 491 (für den Fall der Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme).

⁶⁸ So die Motive des Gesetzgebers, BT-Drucks. 11/5462, 11, 23.

⁶⁹ BT-Drucks. 11/5462, 11, 24.

⁷⁰ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985, ABl. Nr. L 372, S. 31 v. 31. Dezember 1985.

⁷¹ Gesetzesentwurf des Bundesrates. BT-Drucks. 7/4078 v. 1. Oktober 1975. Der endgültigen Fassung liegt der Entwurf vom 15. Februar 1985, BT-Drucks. 10/2876 zugrunde. Ausführlich zur Entstehungsgeschichte Löwe, BB 1986, 821 ff.

das BGB unter §§ 312, 312 a integriert. Das Schutzanliegen ist im Falle des Haustürwiderrufs – im Gegensatz zum vertragstypenbezogenen Widerruf nach Verbraucherkreditrecht - ein situatives.⁷² Anknüpfungspunkt ist nicht der Vertragstyp oder der Vertragsgegenstand, sondern die typischerweise für den Kunden überraschende Vertragsanbahnung.⁷³

5. Schuldrechtsmodernisierung und Reform derselben

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1.1.2002⁷⁴ wurde das Verbraucherkreditgesetz zusammen mit anderen verbraucherschutzrechtlichen Materien⁷⁵ in das BGB integriert. Anliegen des Gesetzgebers war dabei nicht die inhaltliche Änderung des Verbraucherkreditrechts, sondern die Systematisierung des Verbraucherrechts und Erleichterung der Umsetzung künftiger europäischer Richtlinien.⁷⁶ Der Gesetzgeber hat damit an den grundsätzlichen Schutzanliegen des Verbraucher(kredit)rechts festgehalten.

Gleichwohl ging mit der Gesetzesänderung auch eine inhaltliche Neuregelung des Widerrufsrechts einher. Ergebnis der Eingliederung der Widerrufsrechte des Verbrauchers nach § 7 VerbrKrG, § 3 FernAbsG, § 5 TzWrG und § 1 HWiG war eine gemeinsame Rechtsfolgenregelung für den Widerruf in §§ 355, 357 BGB. Die Widerrufsregelungen haben durch ihre systematische Neuordnung als Untertitel 2 des Titels 5 (Rücktritt, Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen) einen grundlegenden Wandel⁷⁷ erfahren. War Rechtsfolge des fristgerechten Widerrufs früher – etwa nach § 7 VerbrKrG –, dass die Willenserklärung des Verbrauchers gar nicht wirksam wurde, ordnet § 355 Abs. 1 S. 1 BGB nunmehr an, dass der Verbraucher mit Erklärung seines Widerrufsrechts nicht mehr an die auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung gebunden ist. Bewirkte das Widerrufsrecht früher zunächst eine schwebende Unwirksamkeit des Vertrages bis zum Ablauf der Widerrufsfrist und war somit als rechtshindernde Einwendung konzipiert⁷⁸, ist es nunmehr als ein besonderes Rücktrittsrecht und damit als Gestaltungsrecht ausgeformt.⁷⁹ Zwar sprach der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform von der Wirkungsweise des Widerrufsrechts noch als „Modell der

⁷² Lorenz, Unerwünschter Vertrag, S. 135; Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 222, 224 f.

⁷³ Lorenz, Unerwünschter Vertrag, S. 135.

⁷⁴ BGBI I S. 3138.

⁷⁵ HWiG, FernAbsG und TzWrG.

⁷⁶ BT-Drucks. 14/6040, S.200.

⁷⁷ HK-Bülow, Einf. Rn. 10.

⁷⁸ BGH NJW 1996, 57, 58; a.A. MünchKomm-Ulmer, 3. Aufl. § 7 VerbrKrG Rn. 11; HK-Artz, 5. Teil Rn. 43, die das Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG bereits als Gestaltungsrecht qualifizierten, da die Nichtausübung nebst Fristende lediglich eine aufschiebende Rechtsbedingung sei.

⁷⁹ BGH BB 2004, 1246; Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 355 Rn. 3; MünchKomm-Masuch, § 355 Rn. 9.

schwebenden Wirksamkeit“⁸⁰, durch die systematische Einordnung und die subsidiäre Verweisung des § 357 Abs. 1 S. 1 BGB hat er jedoch zum Ausdruck gebracht, dass das Widerrufsrecht einen Unterfall des Rücktrittsrechts bildet.⁸¹

Mit der Neuregelung einher ging auch eine in § 357 Abs. 3 BGB geregelte Schlechterstellung des Verbrauchers im Vergleich zum allgemein anwendbaren Rücktrittsrecht. Danach hat der Verbraucher – anders als der Rücktrittsberechtigte – nach Ausübung des Widerrufs Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung der Sache zu leisten. Bislang war das Verbraucherrecht dadurch gekennzeichnet, dass die Vertragspartei, die zugleich Verbraucher ist, im Vergleich zum allgemeinen Privatrecht besser stand.⁸² An dem Schutzzweck des Gesetzes ändert diese Regelung freilich nichts. Vielmehr hat der Gesetzgeber damit die Interessen des Verbrauchers und des Unternehmers differenzierend herausgearbeitet und zugunsten des Unternehmers entschieden.

§ 358 BGB fasst nunmehr die geltenden §§ 9 Abs. 1, 2 VerbrKrG, 4 FernAbsG und 6 TzWrG zusammen und regelt damit Tatbestand und Rechtsfolgen von Widerrufsrechten bei verbundenen Verträgen einheitlich. So findet sich als Neuerung in § 358 Abs. 1 BGB eine gesetzliche Regelung über die Erstreckung des Widerrufs des Vertrages über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung (nachstehend: „Leistungsvertrag“ oder „finanzierter Vertrag“) auch auf den Darlehensvertrag. Ferner hat sich der Gesetzgeber in der unter dem VerbrKrG streitigen Frage, ob eine wirtschaftliche Einheit auch bei Identität von Darlehensgeber und Verkäufer vorliegen kann, für die Möglichkeit der wirtschaftlichen Einheit entschieden.⁸³

Mit Verabschiedung des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten (OLGVertrÄndG)⁸⁴ wurde das Schuldrecht bereits zum 21.7.2002 erneut reformiert. Richtlinienkonform wurden damit das Recht der Haustürgeschäfte und das Verbraucherkreditrecht vereinheitlicht, und Realkreditverträge nicht mehr vom Widerrufsrecht freigestellt. Hintergrund für die Neuregelung war das Urteil des EuGH in Sachen „Heininger“.⁸⁵ Ein Verbraucher hatte ein grundpfandrechtlich gesichertes Verbrau-

⁸⁰ BT-Drucks. 14/2658, S. 47. Ausführlich dazu *Fischer*, VuR 2004, 322, 323.

⁸¹ MünchKomm-Masuch, § 355 Rn. 9. Siehe dazu vertiefend unten § 2 V. 2. a.

⁸² HK-Bülow, Einf. Rn. 10.

⁸³ Vgl. MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 3.

⁸⁴ BGBl. I S. 2850, 2856 ff.

⁸⁵ EuGH, 13.12.2001, Rs. C-481/99 „Heininger“, NJW 2002, 281 ff.

cherdarlehen zur Finanzierung eines Grundstücksgeschäfts in einer Haustürsituation abgeschlossen und war nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden. Durch die Regelung des § 491 Abs. 3 BGB a.F., der den Ausschluss des Widerrufsrecht für Realkredite normierte und die Regelung des § 312a BGB, der den Vorrang des Widerrufs nach Verbraucherkreditrecht gegenüber dem Haustürwiderrufsrecht normierte, war dem Verbraucher ein Widerruf nicht möglich. Nach Auffassung des EuGH waren diese Rechtsfolgen nicht richtlinienkonform, da Art. 5 der Haustürgeschäfte-Richtlinie die Widerruflichkeit auch der Haustürgeschäfte verlangt, die zugleich Realkreditverträge sind. Der Gesetzgeber bezog deshalb sog. Immobiliendarlehensverträge in das Widerrufsrecht mit ein und setzte die Regelung des § 495 BGB außer Kraft, wonach das Widerrufsrecht auch bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung nach 6 Monaten endete. Gleichzeitig sollte an dem Ausschluss der Realkreditverträge im Bereich der verbundenen Verträge festgehalten werden.⁸⁶

6. Zwischenergebnis

Ausgangspunkt der Entwicklung des Verbraucherkreditrechts war die gesellschaftlich erkannte Notwendigkeit, den Käufer im Falle des Abzahlungsgeschäftes vor einseitig zugunsten des Verkäufers ausgestalteten Regelungen zu bewahren, ihm insbesondere im Falle des Rücktritts des Verkäufers Rückabwicklungsrechte einzuräumen. Durch die Regelung von Schriftformerfordernissen und Mindestangaben stand das Verbraucherkreditrecht später im Zeichen der Aufklärung des Kunden, damit dieser seinen Vertragsschluss auf der Grundlage zutreffender rechtlicher Erwägungen trifft.

Mit der Normierung des Widerrufsrechtes stellte der Gesetzgeber die Idee des umfassenden Schutzes des Verbrauchers vor unüberlegten Vertragsentscheidungen in den Mittelpunkt seines Schutzzweckes. Dies stellt zwar zum einen eine Fortführung und Erweiterung des Schutzzweckes „Information des Kunden“ dar, denn nur wenn der Verbraucher die Möglichkeit hat, den Vertrag im einzelnen zu prüfen und evtl. Rat zu sich ergebenden Fragen zu holen, hat er die Möglichkeit, der Gefahr durch falsche Entscheidungen zu entgehen.⁸⁷ Gerade komplexe Vertragsverhältnisse wie das Darlehensrecht sind vom Darlehensnehmer schwer zu erfassen. Hintergrund der Widerrufsregelung ist aber auch der Schutz des Verbrauchers vor Überschätzung seiner eigenen wirtschaftlichen Fähigkeiten, die aus eigenen Konsumwün-

⁸⁶ Ausführlich dazu HK-Bülow, Einf. Rn. 14 ff.

⁸⁷ Begr. Reg. Entw. BT-Drucks. 11/5462 S. 12.

schen herrührt – und damit sozialpolitische Erwägungen, insbesondere zur Vermeidung der dauerhaften Überschuldung.⁸⁸

Neben⁸⁹ dieses Schutzanliegen treten die Regelungen zum verbundenen Vertrag, die gleichzeitig in einer Reihe mit den ursprünglichen Zielen des Abzahlungsgesetzes stehen. Sie sollen dem Darlehensnehmer und Leistungsempfänger die Rechte sichern, die ihm im jeweiligen Vertragsverhältnis zustehen würden. Durch die Trennung von Darlehens- und finanziertem Vertrag soll kein Verlust dieser Rechte eintreten. Anknüpfungspunkt ist hier aber auch die typisierte Gefahrenlage.

Das so erarbeitete Schutzanliegen des Verbraucherkreditrechts wird später Argumentationshilfe sein.

II. Persönlicher Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts

Die Anwendung der Regelungen über den Verbraucherdarlehensvertrag gem. §§ 491 ff. BGB setzen einen Darlehensvertrag zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer voraus, § 491 Abs.1 BGB. Wer Unternehmer und wer Verbraucher ist, regelt § 14 und § 13 BGB. Hier sollen zunächst die allgemeinen Voraussetzungen geklärt werden, die konkrete Einordnung des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft erfolgt später.

1. Unternehmer als Darlehensgeber (Kreditgeber)

Unternehmer im Sinne des § 14 BGB ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Demnach ist Darlehensgeber im Sinne des § 491 Abs.1 BGB derjenige, der in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit Kredit in Form eines Darlehens gewährt.

⁸⁸ Vgl. 1. Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Vereinheitlichung der Verbraucher, ABl. Nr. C 92 vom 25. April 1975, S. 1, 4, 6: Hier wird als Ziel der Verbraucherpolitik „der wirksame Schutz vor einer Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers“ und „der Schutz vor Machtmissbrauch des Verkäufers“ genannt.

⁸⁹ A.A. Lorenz, Unerwünschter Vertrag, S. 186, der in der Regelung über die verbundenen Geschäfte die Fortsetzung des Schutzes der Entscheidungsfreiheit bei Geschäften mit aufgeschobener Zahlung sieht.

Der in der Verbraucherkreditrichtlinie und dem VerbrKrG verwandte Begriff „Kreditgeber“ geht eigentlich über den Begriff des Darlehensgebers hinaus.⁹⁰ Kreditgeber ist nach der Verbraucherkreditrichtlinie und § 1 Abs. 2 VerbrKrG⁹¹ sowohl der Darlehensgeber als auch der Teilzahlungsverkäufer oder der Finanzierungsleasinggeber. Das BGB verwendet diesen Oberbegriff nicht, sondern unterscheidet stattdessen zwischen „Darlehensgeber“ im Falle des § 491 BGB und „Unternehmer als Partei eines Vertrages über Finanzierungshilfe“ in §§ 499 ff. BGB. Da die persönlichen Unternehmermerkmale - und damit der Anwendungsbereich - in beiden Unterbegriffen dieselben sind, kann „Kreditgeber“ weiterhin als Oberbegriff verwendet werden.

Normadressaten des Gesetzes sind somit der Darlehensgeber beim Geldkredit, der Verkäufer beim Warenkredit und der Unternehmer, Dienstleister und Geschäftsbesorger beim Dienstleistungskredit, soweit sich der Kreditvertrag zu ihrer Gewerbe- und selbständigen Berufsausübung zuordnen läßt.

Der Begriff der gewerblichen Tätigkeit im Rahmen des § 14 BGB – aber auch im Sinne des § 13 BGB, denn der Verbraucherbegriff wird negativ über das Tatbestandsmerkmal der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit abgegrenzt – wird in Anlehnung an § 1 Abs. 2 HGB definiert und umfasst jede planmäßige, entgeltliche und auf Dauer angelegte wirtschaftlich selbständige Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb.⁹² Eine Gewinnerzielungsabsicht ist bei dem verbraucherdarlehensrechtlichen Gewerbebegriff nicht erforderlich, weil es auch bei der Entgeltlichkeit des Kredits bereits um die Kompensation potentiell gestörter Vertragsparität geht.⁹³

⁹⁰ HK-Bülow, § 491 Rn. 45.

⁹¹ § 1 Abs.1 und 2 VerbrKrG lautet:

„(1) Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einem Unternehmer, der einen Kredit gewährt (Kreditgeber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einem Verbraucher. Als Verbraucher gelten auch alle anderen natürlichen Personen, er sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständig berufliche Tätigkeit bestimmt ist.

(2) Kreditvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubes oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.“

⁹² BGH NJW 2002, 368, 369 unter Verweis auf die Literatur die einen verbraucherdarlehensrechtlichen Gewerbebegriff bejaht: HK-Bülow, § 491 Rn.48; v. Westphalen/Emmerich/ v. Rottenburg-Emmerich, § 1 Rn. 11. Vom Gewerbebegriff des HGB ausgehend dagegen: MünchKomm-Schürnbrand, § 491 Rn. 13; Palandt-Heinrichs/Ellenberger, 67. Aufl. § 14 Rn. 2.

⁹³ HK-Bülow, § 491 Rn. 46. Nach Bertram, S. 102 kommt darauf wegen des verbraucherrechtlichen Gewerbebegriffs auf den Streit zu § 1 HGB nicht an.

Dagegen bezieht sich die selbständige berufliche Tätigkeit auf sonstige selbständig ausgeübte, auf Dauer angelegte und nach außen hervortretende entgeltliche Tätigkeiten.⁹⁴ Dazu gehören auch Freiberufler, Handwerker und Kleingewerbetreibende.⁹⁵ Mit dem Erfordernis der „Selbständigkeit“ soll eine Abgrenzung vom Arbeitnehmer oder Scheinselbständigen im Sinne des Arbeitsrechts erfolgen.⁹⁶

Der weite Unternehmerbegriff fordert für das Verbraucherkreditrecht nicht, dass die Kreditgewährung der eigentliche Gegenstand der gewerblichen Tätigkeit sein muss. Die Kreditgewährung kann auch bei Gelegenheit dieser Tätigkeit erfolgen.⁹⁷ Für die Annahme der Unternehmereigenschaft ist ebenso unbedeutend, ob die gewerbliche Tätigkeit öffentlich-rechtlich erlaubt ist, also etwa die Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gem. § 32 KWG vorliegt. Dies ist einleuchtend, soll doch der Rechtsbruch nicht zur Freistellung von verbraucher-schützenden Sonderregelungen führen.⁹⁸

In dem zu untersuchenden finanzierten Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft sind in erster Linie Banken, Sparkassen und Kreditgenossenschaften Adressaten der Verbraucherdarlehensnormen. Bei ihnen liegen die Unternehmereigenschaft unproblematisch vor.

2. Verbraucher als Darlehensnehmer (Kreditnehmer)

Wer Verbraucher ist, regelt § 13 BGB. Im Verbraucherdarlehensrecht ist dies jede natürliche Person, die einen Kreditvertrag zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Die (negativen) Abgrenzungsmerkmale „gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit“ sind dieselben wie bei einem Unternehmer, auf die Definition sei daher verwiesen. Eine natürliche Person ist demnach erst Verbraucher, wenn der Kreditvertrag privaten Zwecken oder der abhängig beruflichen Tätigkeit dient.⁹⁹ Nicht entscheidend ist, ob die Kreditaufnahme ihrerseits Gegenstand beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit des Kreditnehmers ist.¹⁰⁰

⁹⁴ MünchKomm-Schürnbrand, § 491 Rn. 13.

⁹⁵ Palandt-Heinrichs/Ellenberger, 67. Aufl. § 14 Rn. 2; MünchKomm-Micklitz, § 14 Rn. 31, der als Grund für die Einbeziehung der Freien Berufe die wortgleiche Übernahme des § 24 AGBG nennt.

⁹⁶ MünchKomm-Micklitz, § 14 Rn. 31 f.; HK-Bülow, § 491 Rn. 70; Bertram, S. 105.

⁹⁷ HK-Bülow, § 491 Rn. 46.

⁹⁸ MünchKomm-Micklitz, § 14 Rn. 26.

⁹⁹ HK-Bülow, § 491 Rn. 58.

¹⁰⁰ Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 33.

Die Zweckbestimmung des Kreditvertrages ergibt sich aus dessen Inhalt und ist nach den allgemeinen Auslegungskriterien nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.¹⁰¹ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.¹⁰² Eine vom Kreditgeber vorformulierte Zweckvereinbarung ist gem. § 307 Nr. 12 b BGB unwirksam.¹⁰³

Eine Ausnahme vom Grundsatz des privaten Zwecks zur Annahme der Verbrauchereigenschaft enthält § 507 BGB. Beabsichtigt der Kreditnehmer die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit und läßt sich zu diesem Zweck einen Kredit gewähren, so gelten die Regelungen über das Verbraucherdarlehen (§§ 491-506 BGB) entsprechend. Dies gilt allerdings nur bis zu einem Kreditvolumen von 50.000 €. Die Aufnahme der Tätigkeit entspricht der Gründungsphase.¹⁰⁴ Diese ist beendet – zu diesem Zeitpunkt wird auch die geschäftliche Tätigkeit im Sinne des § 507 BGB aufgenommen – wenn erstmalig ein planmäßiges Angebot der Leistungen erfolgt, die Werbephase beginnt, in der die unternehmerischen Leistungen angeboten werden oder ein erstes Geschäft abgeschlossen wird.¹⁰⁵ Schließt also der Existenzgründer einen Darlehensvertrag vor oder in der Zeit der Existenzgründung, steht er noch unter dem Schutz des Verbraucherdarlehensrechts. Nimmt er einen Kredit beispielsweise erst nach Eröffnung eines Geschäftslokals auf, so kann er sich auf Verbraucherkreditrecht nicht mehr berufen. Hintergrund der Regelung ist der Gedanke, dass der Existenzgründer, ebenso wie der private Kreditnehmer, ohne Ausbildung und Erfahrung eines Unternehmers die Auswirkungen seiner Verschuldung nicht abschätzen kann.¹⁰⁶

Die Einbeziehung des Existenzgründers in den Verbraucherschutz gilt lediglich für den Kreditvertrag. Im Bereich anderer Verbraucherschutzrechte fehlt eine solche Regelung. Aus diesem Grund ist die Frage der Anwendung der Widerrufsrechte nach anderen Verbraucherschützenden Normen, etwa nach § 312 BGB, und die Anwendung der Schutzvorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB auf den Existenzgründer streitig. Die herrschende Meinung verneint die Verbrauchereigenschaft des Existenzgründers, wenn das Rechtsgeschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen Tätigkeit (sog. Existenzgründung) geschlossen wird.¹⁰⁷ Problematisch ist weiterhin, ob die Einbeziehung des

¹⁰¹ MünchKomm-Schürnbrand, § 491 Rn. 28; HK-Bülow, § 491 Rn. 60.

¹⁰² BGHZ 128, 156, 162.

¹⁰³ MünchKomm-Ulmer, 4. Aufl. § 491 Rn. 32.

¹⁰⁴ Palandt-Weidenkaff, 67. Aufl. § 507 Rn. 5.

¹⁰⁵ HK-Bülow, § 507 Rn. 8; Palandt-Putzo, 67. Aufl. § 507 Rn. 5.

¹⁰⁶ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 11/8274, S. 19, 20.

¹⁰⁷ BGH NJW 1994, 2759 f.; ZGS 2008, 33. Die Parallelproblematik zu § 307 BGB ist höchstrichterlich noch nicht entschieden, siehe aber BGH NJW 2005, 1273 ff. Für eine Gleichstellung des Existenzgründers mit dem

Existenzgründers auch für die Anwendung der §§ 358, 349 BGB gilt, denn § 507 BGB verweist lediglich auf die entsprechende Anwendung der §§ 491-506 BGB. Da die Regelungen über den verbundenen Vertrag und den Einwendungsdurchgriff ebenso aus dem – nunmehr ins BGB integrierten - VerbrKrG herrühren¹⁰⁸, finden diese auch auf den Existenzgründer entsprechende Anwendung.¹⁰⁹ Die einschränkende Verweisung ist wohl ein redaktionelles Versehen. Allerdings ist die Anwendung des § 358 Abs. 1 BGB auf die Widerrufsrechte begrenzt, die dem Existenzgründer zustehen. Folgte man der Rechtsprechung des BGH, so kann der Existenzgründer den verbundenen Vertrag nicht nach § 312 BGB widerrufen und ist damit im Falle einer Haustürsituation auch weiterhin an den Darlehensvertrag gebunden, es sei denn, er kann seine Willenserklärung für das Darlehensgeschäft widerrufen.

Schließt der Verbraucher den Darlehensvertrag nicht selbst, sondern durch einen Vertreter ab, so liegt ebenfalls ein Verbraucherdarlehensvertrag vor, auch wenn der Vertreter nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist. Richtigerweise kommt es für die Annahme des Verbraucherkreditrechts nicht auf die Person des Vertreters, sondern auf die des Vertretenen an.¹¹⁰ Ist dieser Verbraucher, so kann er sich etwa auf das verbraucherschützende Widerrufsrecht des § 495 BGB berufen.

Dies ist nicht so selbstverständlich, wie es auf den ersten Blick scheint. Die herrschende Auffassung stellt hinsichtlich der Voraussetzungen für die Verbrauchereigenschaft beispielsweise im Bereich des situationsbezogenen Haustürwiderrufsrechts auf denjenigen ab, der die Willenserklärung tatsächlich abgegeben hat.¹¹¹ Dies entspräche dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB. Da das Haustürwiderrufsrecht einen Schutz vor Überrumpelung gewährleisten

Verbraucher: OLG Koblenz, NJW 1987, 74; OLG Oldenburg, NJW-RR 2002, 641, 642; MünchKomm-Micklitz, § 13 Rn.45; Ulmer/Brandner/Hansen-Fuchs, § 307 Rn. 374; Palandt-Heinrichs/Ellenberger, 67. Aufl. § 13 Rn. 3. A.A OLG Oldenburg NJW-RR 1989, 1081, 1082; OLG München NJW-RR 2004, 913, 914; auch Grädler/Marquart, ZGS 2008, 250, 252.

¹⁰⁸ Der Existenzgründer war bereits von der Definition des Verbrauchers mit umfasst, so dass die Anwendung der Vorschriften über den verbundenen Vertrag und über den Einwendungsdurchgriff nach § 9 VerbrKrG für ihn ebenfalls galten. § 1 I S.2 VerbrKrG lautet: „Als Verbraucher gelten auch alle anderen natürlichen Personen, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrags für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist.“ Die Einbeziehung des Existenzgründers wird auch § 3 I Nr. 2 VerbrKrG deutlich: „Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Kreditverträge und auf Verträge über die Vermittlung oder den Nachweis von Kreditverträgen, wenn der Kredit für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit bestimmt ist und der Nettokreditbetrag oder Barzahlungsbetrag 50.000 € übersteigt“.

¹⁰⁹ Bertram, S. 106.

¹¹⁰ Palandt-Weidenkaff, 67 Aufl. § 491 Rn. 8; MünchKomm-Micklitz, § 12 Rn. 24 f.; MünchKomm-Schürnbrand, § 491 Rn. 21; BGHZ 129, 371, 381 f.; HK-Bülow, § 491 Rn. 57a. Differenzierend: Masuch, ZIP 2000, 143, 145; Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 19, wonach es für die Form des Verbraucherdarlehensvertrages und für den Beginn der Widerrufsfrist auf die Person des Vertreters ankommt.

¹¹¹ Staudinger-Werner, § 1 HWiG Rn. 16 ff.; Fischer/Machunsky, § 1 HWiG Rn. 63; BGH NJW-RR 1991, 1074, 1075; BGHZ 144, 223, 227f.; BGH NJW 2004 154, 155; BGHZ 161, 15, 32; BGH WM 2007, 440, 442; a.A. Palandt-Heinrichs/Ellenberger, 67. Aufl. § 13 Rn. 5, § 312 Rn. 5.

soll, muss die Voraussetzung der Haustürsituation beim Vertreter vorliegen.¹¹² Demgegenüber sollen die Schutzvorschriften des Verbraucherdarlehensrechts den Darlehensnehmer vor anfälligen Krediten und Überschuldung bewahren, so dass es hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft auf die Vertragspartei – und nicht auf deren Vertreter - ankommt.¹¹³

III. Sachlicher Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts

Der sachliche Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts umfasst Verträge in Form eines Darlehens, des Zahlungsaufschubes und sonstige ähnliche Finanzierungshilfen. Eine solche Definition des Kreditvertrages sah bereits Art. 1 Abs. 2 c Verbraucherkreditrichtlinie und § 1 Abs. 2 VerbrKrG vor. Mit der Integrierung der Verbraucherkreditvorschriften in das BGB wurde wieder zwischen den einzelnen Verbraucherkreditverträgen¹¹⁴ unterschieden. Genau genommen steht nunmehr der „Verbraucherdarlehensvertrag“ zunächst allein für einen entgeltlichen Darlehensvertrag im Sinne von § 488 BGB. Der Begriff des Verbraucherkredits kann indes weiterhin als Oberbegriff verwendet werden.¹¹⁵

Ein Verbraucherdarlehensvertrag liegt gem. § 491 BGB vor, wenn Verbraucher und Darlehensgeber (s.o.) einen entgeltlichen Darlehensvertrag abgeschlossen haben. Im Gegensatz zu § 488 BGB wird die Entgeltlichkeit des Darlehensvertrages vorausgesetzt. Das Entgelt kann in Zinsen, einer einmaligen Vergütung, einer Gebühr oder in irgendeiner anderen (verschleiernnd bezeichneten) Gegenleistung liegen.¹¹⁶

Das Darlehen muss nicht notwendigerweise in Form eines Gelddarlehens erfolgen, es kann auch als Sachdarlehen gem. § 607 BGB gewährt werden.¹¹⁷ Der fehlende Verweis des Verbraucherkreditrechts auf das Sachdarlehen wird mit einem redaktionellen Versehen erklärt¹¹⁸, da die amtliche Begründung zum Verbraucherkreditgesetz von einer weiten Fassung

¹¹² Staudinger-Werner, § 1 HWiG Rn. 16.

¹¹³ Masuch, ZIP 2000, 143, 145.

¹¹⁴ Titel 3 des BGB lautet: „Darlehensvertrag; Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher“. Dieser Titel ist wiederum unterteilt in vier Untertitel: „Verbraucherdarlehensvertrag“; „Finanzierungshilfen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher“; „Ratenlieferungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher“ sowie „Unabdingbarkeit, Anwendung auf Existenzgründer“.

¹¹⁵ Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 44.

¹¹⁶ Palandt-Weidenkaff, 67. Aufl. § 491 Rn. 5.

¹¹⁷ Ablehnend Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 1 VerbrKrG Rn. 40.

¹¹⁸ Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 50.

des Kreditbegriffs ausgeht und nicht ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber mit der Integration des VerbrKrG ins BGB den Verbraucherschutz dahingehend einschränken wollte.¹¹⁹

Dass das Darlehen als Barkredit gewährt wird, ist nicht erforderlich. Gerade wenn ein Darlehen zur Finanzierung eines Kaufgegenstandes oder einer anderen Leistung erbracht wird und sich der Darlehensvertrag als Teil eines verbundenen Vertrages darstellt, wird die Valuta meist unmittelbar an den Leistungserbringer ausgereicht.¹²⁰ Für diesen Fall regeln die §§ 358, 359 BGB den Erhalt des Verbraucherschutzes.

§ 491 Abs. 2 und 3 BGB beschreiben Tatbestände, bei deren Vorliegen Verbraucherkreditrecht keine oder nur beschränkte Anwendung findet. In der bis zum 1.8.2002 geltenden Fassung waren auch Immobiliendarlehensverträge – also grundpfandrechtlich abgesicherte Darlehen, sog. Realkredite¹²¹ – vom Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts ausgeschlossen, § 491 Abs.3 Nr.1 BGB a.F.¹²² Nunmehr kann auch der Realkredit Verbraucherdarlehen sein. Jedoch bestimmte § 506 Abs. 3 BGB in der bis zum 30.6.2005 geltenden Fassung, dass das Widerrufsrecht gem. § 495 BGB bei Immobiliendarlehensverträgen durch besondere schriftliche Vereinbarung ausgeschlossen werden kann.¹²³ Diese Einschränkung ist zum 1.7.2005 entfallen. Das Widerrufsrecht besteht seitdem auch für Immobiliendarlehensverträge unabhängig von abweichenden vertraglichen Vereinbarungen. Der Gesetzgeber hat damit die bislang geltenden Beschränkungen des Verbraucherkreditrechts aufgehoben. Lediglich bei der Anwendung der Vorschrift über verbundene Verträge sieht § 358 Abs. 3 S. 3 BGB noch Besonderheiten des Immobiliendarlehensvertrages gegenüber sonstigen verbundenen Darlehens- und Leistungsverträgen vor.

IV. Gesetzliche Anforderungen an das Verbraucherdarlehen

Das Verbraucherkreditrecht stellt insbesondere an den Verbraucherdarlehenvertrag – die Regelungen über andere Finanzierungshilfen sollen hier außer Betracht bleiben – Anforderungen

¹¹⁹ Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 491 Rn. 50, für eine analoge Anwendung MünchKomm-*Schürnbrand*, § 491 Rn. 59; einer richtlinienkonforme Auslegung vorschlagend *Habersack*, BKR 2001, 72, 73; a.A. *HK-Bülow*, § 491 Rn. 111.

¹²⁰ Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 491 Rn. 54.

¹²¹ Siehe auch die Legaldefinition in § 492 Abs. 1a S. 2 BGB.

¹²² Siehe dazu oben § 2 I. 5.

¹²³ § 506 Abs. 3 BGB in der bis zum 30.6.2005 geltenden Fassung lautet: „Das Widerrufsrecht nach § 495 kann bei Immobiliendarlehensverträgen, die keine Haustürgeschäfte sind, durch besondere schriftliche Vereinbarung ausgeschlossen werden.“ Ab dem 1.7.2005 lautet § 506 BGB lediglich: „Von den Vorschriften der §§ 491 bis 505 darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschrift findet auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.“

an Inhalt und Form des Vertrages. Erstere soll dem Verbraucher die nötigen Informationen zu dem abgeschlossenen Vertrag verschaffen und ihn in die Lage versetzen, eine weitgehend selbstbestimmte, den Inhalt des Vertrages erfassende Entscheidung zu fällen.

1. Inhalt des Darlehensvertrages und Form der Vertragsurkunde

Die Anforderungen die an den Inhalt des Verbraucherdarlehensvertrages gestellt werden, sind in § 492 BGB geregelt und umfassen u.a. Angaben zum Nettodarlehensbetrag, zum Gesamtbetrag aller zu entrichtenden Teilzahlungen, zu den Modalitäten der Rückzahlung des Darlehens, zum Zinssatz und allen Kosten des Darlehens, zum effektiven Jahreszins, zu den Kosten der Restschuldversicherung und den zu bestellenden Sicherheiten. §§ 492 Abs. 1a, 493 BGB bestimmen wiederum Ausnahmen von § 492 BGB für den Fall des Immobiliendarlehensvertrages und des Überziehungskredits. Von den Vorschriften mit umfasst wird auch eine Vollmacht, die ein Darlehensnehmer zum Abschluss eines Verbraucherdarlehens erteilt, § 492 Abs. 4 BGB.

Die Information des Verbrauchers über die Bedingungen des Darlehensvertrages wird mit § 492 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BGB gewährleistet, wonach der Darlehensvertrag der Schriftform bedarf und der Darlehensgeber verpflichtet ist, dem Darlehensnehmer eine Abschrift des Vertrages zur Verfügung zu stellen.

2. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Inhaltsangaben und Form

Fehlen die nach § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 - 6 BGB erforderlichen Angaben oder erfüllt der Darlehensvertrag die gesetzliche Schriftform nicht, so ist er nichtig. Dies regelt § 494 BGB.

Sind die erforderlichen Angaben im Vertrag enthalten, aber *unrichtig*, ergibt sich die Nichtigkeitssanktion aus dem Gesetz nicht ohne weiteres. Lediglich § 494 Abs. 3 BGB enthält eine Regelung für den Fall des zu niedrig angegebenen effektiven Jahreszinses. Hier vermindert sich der Zinssatz. Für den Fall etwa, dass der Darlehensvertrag die Vermittlungsprovision nicht ausdrücklich ausweist, sondern diese als Bearbeitungskosten verschleiert, hat der BGH unter Verweis auf den „eindeutigen“ Wortlaut der Vorschrift – das „Fehlen“ – die Nichtigkeitsfolge abgelehnt.¹²⁴ Er folgte damit der überwiegenden Auffassung im Schrifttum.¹²⁵ Al-

¹²⁴ BGH NJW 2004, 154, 155.

¹²⁵ Palandt-Weidenkaff, 67. Aufl. § 494 Rn. 12; Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 9; HK-Bülow, § 494 Rn. 39; differenzierend MünchKomm-Schürnbrand, § 494 Rn. 12, der Ausnahmen annimmt für den Fall, dass die Anga-

lerdings ist der Verweis *Bülow's*¹²⁶ auf die bewusste Änderung der Regelung des Abzahlungsgesetzes durch den Gesetzgeber und auf die mit den Heilungsvorschriften gefundene Kompromisslösung als Argument für eine Nichtanwendung der Nichtigkeitsvorschriften nicht überzeugend. Eine Heilung nach § 494 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass Nichtigkeit im Sinne des Abs. 1 vorliegt, der Darlehensnehmer das Darlehen indes bereits empfangen oder in Anspruch genommen hat. In diesem Falle modifiziert § 494 Abs. 2 BGB die Darlehenskonditionen entsprechend dem jeweils in Frage stehenden Informationsmangel.¹²⁷

Dies kann jedoch mangels Vorliegen des Nichtigkeitstatbestandes für unrichtige Angaben nicht gelten. Gleichwohl erscheinen die Heilungsfolgen auch für unrichtige Angaben als interessengerechte Rechtsfolge. Zwar können die fehlerhaften Angaben nach den allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen zur Nichtigkeit des Vertrages – etwa nach § 117 BGB führen – oder dem Darlehensnehmer können Schadensersatzansprüche aus c.i.c. gemäß § 311 Abs. 2 BGB entstehen, doch erzielt letztlich nur eine spezifisch verbraucherrechtliche Regelung die gewünschte Folge: Die Bank zur Information des Verbrauchers zu verpflichten und damit das Ziel einer hinreichenden Transparenz der Kostenstruktur zu erreichen.¹²⁸ Hier ist jedoch der Gesetzgeber gefordert, denn eine extensive Auslegung der „fehlenden Angaben“ kommt wegen des Wortlautes der Norm und des Gesetzgeberwillens nicht in Betracht¹²⁹, während eine analoge Anwendung mangels Regelungslücke ausgeschlossen ist.

V. Widerruf des Darlehensvertrages

Kern des zivilrechtlichen Verbraucherschutzrechts ist das Recht auf Widerruf des Vertrages innerhalb einer bestimmten Frist.

Das BGB gewährt Widerrufsrechte aufgrund der Besonderheiten des Vertrages oder aufgrund der Besonderheiten bei Abschluss des Vertrages. Die Folgen die sich aus dem ausgeübten Widerruf ergeben, sind für alle Widerrufsrechte einheitlich geregelt.

An dieser Stelle interessieren zunächst die Folgen des Widerrufs eines Verbraucherdarlehensvertrages. Dabei wird insbesondere das Widerrufsrecht aus § 495 BGB berücksichtigt.

ben grob unrichtig sind und wenn solche Angaben unrichtig sind, die zum Gegenstand der vertraglichen Einigung gehören. Diese bewirken einen Mangel der Schriftform.

¹²⁶ HK-*Bülow*, § 494 Rn. 38.

¹²⁷ MünchKomm-*Schürnbrand*, § 494 Rn. 2.

¹²⁸ Dass dieses Ziel mit seiner Rechtsprechung zu unrichtigen Angaben nicht erreicht werden kann, sieht auch der BGH NJW 2004, 154, 155.

¹²⁹ Anders als § 494 BGB umfasste die Regelung des § 1a Abs. 3 S. 1 AbzG auch die unrichtigen Angaben, da der Vertrag nicht zustande kam, wenn die Willenserklärung des Käufers nicht den Anforderungen der Vorschrift entsprach. An dieser weiten Formulierung hat der Gesetzgeber des Verbraucherkreditgesetzes nicht festgehalten, vgl. BT-Drucks. 11/5462 S. 21 (linke Spalte).

1. Voraussetzungen

Das Widerrufsrecht nach § 495 BGB gewährleistet den Schutz des Verbrauchers vor übereilter Bindung. Es soll weniger vor Überrumpelung schützen, sondern vielmehr eine Überlegungsfrist zur Prüfung des eingegangenen Kreditvertrages einräumen.¹³⁰

Es setzt deshalb lediglich eine Willenserklärung zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrag voraus und ist nicht an das Vorliegen einer „Überrumpelungssituation“ gekoppelt. Für den Fall, dass zugleich die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts und dessen Widerrufsmöglichkeit nach § 312 BGB gegeben sind, bestimmt § 312 a BGB, dass das Haustürwiderrufsrecht zurücktritt. Gleiches gilt für das Widerrufsrecht nach § 312 d Abs. 5 BGB bei Fernabsatzverträgen. Gegenüber anderen Rechtsbehelfen des Verbrauchers nach allgemeinem Zivilrecht ist das Widerrufsrecht nach Verbraucherdarlehensrecht weder vor- noch nachrangig. Der Verbraucher hat vielmehr die Wahl, ob er von seinem Widerrufsrecht, von sonstigen Rücktritts- oder Anfechtungsrechten oder der Geltendmachung von Schadensersatz Gebrauch machen will.¹³¹

§ 495 BGB verweist auf § 355 BGB, der Widerrufsfrist und -form und zusammen mit §§ 356-359 BGB das Widerrufsrecht für alle Verbraucherverträge regelt. Die Widerrufserklärung ist innerhalb der Widerrufsfrist von zwei Wochen abzusenden, wenn über das Widerrufsrecht ordnungsgemäß im – den Anforderungen des § 355 Abs. 2 BGB entsprechend – belehrt wurde. Fehlt diese Belehrung, besteht das Widerrufsrecht unbeschränkt.¹³²

Ist der Verbraucherdarlehensvertrag in einer Haustürsituation im Sinne des § 312 BGB zustandegekommen und gilt das Widerrufsrecht nach § 495 BGB nicht, besteht ein Widerrufsrecht nach § 312 BGB. Dieser Fall kommt wegen des Vorrangs des verbraucherkreditrechtlichen Widerrufs (§ 312a BGB) nur in Betracht, wenn über das Widerrufsrecht nach § 495 BGB belehrt wurde, jedoch die Widerrufsfrist nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB verstrichen ist und über das Haustürwiderrufsrecht nicht belehrt wurde. Gemäß § 355 Abs. 2 S. 1 BGB ist das Widerrufsrecht dann nicht fristgebunden.

¹³⁰ MünchKomm-Schürnbrand, § 495 Rn. 2.

¹³¹ So die von der h.M. anerkannte Lehre von den „Doppelwirkungen“, vgl. MünchKomm-Schürnbrand, § 495 Rn. 12.

¹³² Die 6-Monatsfrist des § 355 Abs. 3 BGB gilt bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung nicht. Diese Einschränkung ist mit dem OLG-VertrÄndG zum 21.7.2002 geändert wurden und ist Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH, 13.12.2001, Rs. C-481/99 „Heininger“, WM 2001, 2434 f., wonach eine für das Haustürwiderrufsrecht bestehende Beschränkung der Widerrufsfrist mit Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar ist.

Dies gilt ebenso für die Fälle, dass der Vorrang des Widerrufsrechts nach § 495 BGB gegenüber dem Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB nicht greift.

Da jedoch die bei einem Verbraucherdarlehensvertrag in Betracht kommenden Widerrufsrechte des Verbrauchers alle auf die Regelungen der §§ 355 ff. BGB (Widerrufs- und Rückgaberechte bei Verbraucherverträgen) verweisen, gelten die nachfolgenden Ausführungen zu den Folgen des Widerrufsrechts nach § 495 BGB auch für die anderen Widerrufsrechte des Verbrauchers. Auf Besonderheiten wird im Einzelnen eingegangen.

2. Rechtsnatur und Wirkung des Widerrufs

§ 355 BGB ordnet als Folge des Widerrufs an, dass der Verbraucher an seine auf den Abschluss des Vertrages mit einem Unternehmer gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist. Was mit dem abgeschlossenen Verbraucherdarlehensvertrag geschieht, der durch den in § 355 BGB angeordneten Wegfall der Bindung an die Willenserklärung nicht zwangsläufig betroffen ist, regelt § 357 BGB. Dieser verweist hinsichtlich der Rechtsfolgen auf eine entsprechende Anwendung der Rücktrittsregeln und bewirkt damit zunächst den Wegfall der primären Leistungspflichten und die Umwandlung des Verbrauchervertrages in ein Rückabwicklungsverhältnis.

a. Konstruktion der schwebenden Wirksamkeit

Das Konzept des „Nicht-mehr-Gebundenseins“ an den Vertrag unterscheidet sich von der früheren Regelung des § 7 VerbrKrG. Danach war die Willenserklärung des Verbrauchers zum Abschluss eines Kreditvertrages nur dann wirksam, wenn er sein Widerrufsrecht nicht ausgeübt hatte.¹³³ Bis dahin war der Kreditvertrag schwebend unwirksam. Diese Konstruktion war ein verbraucherschutzrechtliches Novum, denn die Erklärung des Widerrufsberechtigten führte nicht zur Wirksamkeit des Vertrages und das Unterlassen nicht zur Unwirksamkeit – wie es bspw. im Minderjährigenrecht gem. § 108 BGB der Fall ist – sondern der Vertrag war unwirksam und blieb es solange, wie der Berechtigte in der Lage war, den Vertrag wirksam zu widerrufen.¹³⁴ Folglich veränderte der Widerruf die Rechtslage nicht und hatte mithin kei-

¹³³ § 7 Abs. 1 VerbrKrG in der bis zum 30.6.2000 geltenden Fassung lautete: „Die auf den Abschluss eines Kreditvertrages gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers wird erst wirksam, wenn der Verbraucher sie nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft.“

¹³⁴ HK-*Artz*, 5. Aufl. 5. Teil Rn. 28.

ne rechtsgestaltende Wirkung.¹³⁵ Der BGH schlussfolgerte daraus, dass der Widerruf kein Gestaltungsrecht sei, sondern eine rechtshindernde Einwendung.¹³⁶ Dem widersprach ein Teil der Literatur¹³⁷; der Widerruf sei als Gestaltungsrecht zu qualifizieren, immerhin bewirke der Widerruf, dass die von Anfang an bestehende Einwendung auch nach Fristablauf fortbestehe. Vielmehr sei die Nichtausübung nebst Fristende eine aufschiebende Rechtsbedingung.¹³⁸

Mit der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie¹³⁹ wurde das Widerrufsrecht – zunächst in § 361 a BGB – dogmatisch neu konstruiert¹⁴⁰ und besteht nunmehr nach der Schuldrechtsmodernisierung unverändert in § 355 BGB fort. Danach wird der Kreditvertrag sofort wirksam, da der Verbraucher erst mit Ausübung des Widerrufsrechts nicht mehr an seine Willenserklärung zum Abschluss des Verbrauchervertrages gebunden ist. Das Widerrufsrecht ist nunmehr als gesetzliches Gestaltungsrecht geregelt, so dass der Streit um die Rechtsnatur des Widerrufs obsolet geworden ist.

Der Gesetzgeber hat für die dogmatische Konstruktion des Widerrufsrechts den Begriff der „schwebenden Wirksamkeit“ geprägt.¹⁴¹ Er hat damit zwar keine neue Kategorie begründet, da die schwebende Wirksamkeit auch bei auflösenden Bedingungen bekannt ist, gleichwohl hat er das Widerrufsrecht ausdrücklich nicht als gesetzliches Rücktrittsrecht ausgestaltet.¹⁴² Anders als das Rücktrittsrecht soll die Einräumung eines Widerrufsrechts einen bis zum Ablauf der Widerrufsfrist bestehenden Schwebезustand schaffen. Der Wortlaut des § 355 Abs. 1 BGB knüpft dabei nicht an den Vertrag als solchen, sondern an die *Vertragserklärung* des Verbrauchers an.¹⁴³ Auch der Standort und die Verweisung hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in § 357 Abs.1 BGB auf die Regelungen zum Rücktritt, lassen nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber mit dem Widerrufsrecht ein gesetzliches Rücktrittsrecht schaffen wollte. Dies wird unterstrichen durch die von den Rücktrittsregeln abweichenden Regelungen des §§ 357 Abs. 2 und 3 BGB, die dem Widerrufsrecht eigene Abwicklungsmodalitäten zur Seite stellen. Gleichwohl kommt das Widerrufsrecht des Verbrauchers – durch seinen Standort als Untertitel neben dem Rücktrittsrecht und seiner Rechtsfolgenverweisung – dem Rücktrittsrecht auch dogmatisch sehr nahe. So bewirkt die Rechtsfolgenverweisung des § 357 BGB

¹³⁵ BGHZ 133, 222, 225.

¹³⁶ BGH NJW 1996, 57.

¹³⁷ Palandt-*Putzo*, 59. Aufl. § 7 VerbrKrG Rn. 4; HK-*Artz*, 5. Aufl. 5.Teil Rn. 28; *Krämer*, ZIP 1997, 93 m.w.Nachw.

¹³⁸ HK-*Artz*, 5. Aufl. 5. Teil Rn. 28.

¹³⁹ RL 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Fernabsatzgeschäften, ABI EG Nr. L 144, S. 19.

¹⁴⁰ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro vom 27. Juni 2000 (BGBl I S. 897 mit Berichtigung S. 1139).

¹⁴¹ BT-Drucks. 14/2658 S. 47.

¹⁴² Siehe dazu auch *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 33 ff.

¹⁴³ *Fischer*, VuR 2004, 322, 324; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 54.

auf die Vorschriften des gesetzlichen Rücktritts, dass sich auch das Verbrauchervertragsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt¹⁴⁴, ansonsten wäre eine Verweisung auf die Rücktrittsregelungen unterblieben und Bereicherungsrecht zur Anwendung gekommen. Die Einschätzung der überwiegenden Meinungen in der Literatur, es handle sich bei dem Widerrufsrecht um ein besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht¹⁴⁵, wird daher geteilt. Sich aus dem Widerrufsrecht ergebende Fragen können somit unter Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des Rücktrittsrechts geklärt werden.

b. „Ex tunc“- oder „ex nunc“- Wirkung des Widerrufs

Daraus ergibt sich auch die Beantwortung der Frage nach der Wirkung des Widerrufs. Ebenso wie das Rücktrittsrecht hat das Widerrufsrecht hinsichtlich der Zuordnung von Gütern und Vermögen das Ziel, den ursprünglichen Zustand vor Zustandekommen des Vertrages wieder herzustellen.¹⁴⁶ Aus diesem Grund nimmt die überwiegende Literaturmeinung eine „ex nunc“-Wirkung des Widerrufs an.¹⁴⁷ Dabei wird jedoch übersehen, dass das Gesetz das Wiederherstellungsziel nur eingeschränkt verfolgt, da es davon ausgeht, dass eine vollständige Rückabwicklung nach erfolgtem Leistungsaustausch faktisch nur teilweise möglich, zum Teil einfach nicht gewollt ist.¹⁴⁸ Die Wirkung des Widerrufs kann daher mit dem Begriffspaar „ex nunc“/„ex tunc“ nicht treffend charakterisiert werden.¹⁴⁹ Die „ex tunc“-Wirkung der Anfechtung beispielsweise läßt die Ansprüche gar nicht erst entstehen, da insofern die Anfechtungserklärung von dem Zeitpunkt ihrer Abgabe auf den früheren Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zurückwirkt.¹⁵⁰ Die „ex nunc“-Wirkung bezeichnet die Wirkung einer

¹⁴⁴ Ebenso BGH, BB 2004, 1246.

¹⁴⁵ Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 355 Rn. 3; HK-Bülow, § 495 Rn. 46; MünchKomm-Masuch, § 355 Rn. 9, der von „Unterfall des Rücktrittsrecht“ spricht; Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1281; Lorenz, JuS 2000, 833, 838; v. Koppenfels, WM 2001, 1360, 1365; nunmehr auch BGH, BB 2004, 1246; weitgehender Staudinger/Kaiser, § 355 BGB Rn. 18 die ein gesetzliches Rücktrittsrecht annimmt; a.A. Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 53, der dem Widerrufsrecht eine Mittelstellung zwischen Anfechtungs- und Rücktrittsrecht zuweist; ähnlich wohl Fischer, VuR 2004, 322, 326 f.

¹⁴⁶ Mot. II S. 280; BGHZ 81, 298, 307. Die Herstellung des ursprünglichen Zustands als Ziel der Rückabwicklung darf nicht mit dem Ersatz des negativen Interesses verwechselt werden. Letzterer befriedigt lediglich die Interessen einer Partei, während das Rücktrittsrecht die Interessen beider Parteien ausgleicht, vgl. Staudinger/Kaiser, Vor §§ 346-354 BGB Rn. 3.

¹⁴⁷ Staudinger/Kessal-Wulf, § 495 Rn. 54; Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 357 Rn. 2; MünchKomm-Masuch, § 357 Rn. 10; HK-Bülow, § 495 Rn. 46; Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 51, nach dem schon der Gesetzeswortlaut „nicht mehr“ eher eine „ex nunc“-Wirkung nahe legt; Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1281; Lorenz, JuS 2000, 833, 835; v. Koppenfels, WM 2001, 1360, 1364; Fischer, VuR 2004, 322, 325.

¹⁴⁸ MünchKomm-Gaier, Vor § 346 Rn. 1.

¹⁴⁹ Für die Wirkung des Rücktrittsrechts ebenso MünchKomm-Gaier, Vor § 346 Rn. 1; im Ansatz für das Widerrufsrecht ebenso Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 52.

¹⁵⁰ Tilch/Arloth, Rechts-Lexikon „ex tunc“.

Handlung von der Gegenwart an und ist damit eigentlich für jede Handlung kennzeichnend.¹⁵¹ Im Bürgerlichen Recht wird die „ex nunc“-Wirkung indes eher der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen zugeschrieben, mit der Folge, dass die bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses entstehenden Ansprüche – ohne Rückabwicklung – bestehen bleiben.

Das Widerrufsrecht für Verbraucherverträge nimmt – ebenso wie das Rücktrittsrecht – eine Mittelstellung zwischen den beschriebenen Wirkungsweisen ein. Die bereits entstandenen Ansprüche werden nach gesetzlichen Vorgaben rückabgewickelt; insoweit kann das Widerrufsrecht mit einer „ex tunc“-Wirkung und deren gesetzlicher Abwicklung nach Bereicherungsrecht verglichen werden. Andererseits respektiert das Gesetz die Güterzuordnung für die Vergangenheit, da es dem Widerruf ebenso wie dem Rücktritt keine dingliche Wirkung beilegt, sondern durch Wert- und Schadensersatzansprüche zumindest wirtschaftlich den status quo ante contractum herbeizuführen sucht.¹⁵² Entstehen solche Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis überhaupt, enthält das Widerrufsrecht daher auch Elemente der „ex nunc“-Wirkung. Die Mittelstellung des Widerrufsrechts und die sich daraus ergebenden unterschiedlichen Wertungslagen müssen deshalb bei der Auslegung des Gesetzes berücksichtigt werden.¹⁵³ Will man dennoch nicht auf die Verwendung des Begriffspaares verzichten, so sollte sich die „ex nunc“-Wirkung des Widerrufs allein auf die eintretende Umwandlung des Verbrauchervertrages in ein Rückabwicklungsverhältnis beziehen.

3. Rückabwicklung im Falle des Widerrufs nach §§ 357 Abs. 1 i.V.m. 346 ff. BGB als Normalfall

a. Rückgewährpflichten der Darlehensvertragsparteien

„Soweit nicht ein anderes bestimmt ist“, finden auf das Widerrufsrecht die Vorschriften über den Rücktritt entsprechende Anwendung, § 357 Abs. 1 BGB. Gemäß § 357 Abs.1 S.1 i.V.m. § 346 Abs.1 BGB ist der Verbraucher zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen verpflichtet. Bei einem Darlehensvertrag ist nicht die Rückerstattung der empfangenen Geldstücke geschuldet, sondern die Rückerstattung des Geldwertes.¹⁵⁴ Aus diesem Grund kommt ein Wertersatz im Sinne des § 346 Abs. 2 S.1 Nr. 1-3 BGB für den reinen Nettokreditbetrag nicht

¹⁵¹ Tilch/Arloth, Rechts-Lexikon „ex nunc“.

¹⁵² MünchKomm-Gaier, Vor § 346 Rn. 1.

¹⁵³ Ebenso für das Rücktrittsrecht MünchKomm-Gaier, Vor § 346 Rn. 1.

¹⁵⁴ Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 346 Rn.5; MünchKomm-Gaier, § 346 Rn. 17; Staudinger/Kaiser, § 346 Rn. 73.

in Betracht. Der Anspruch des Darlehensgebers auf Rückzahlung des Darlehensbetrages richtet sich vielmehr nach § 346 Abs.1 BGB.¹⁵⁵

Dem entspricht die Pflicht des Darlehensgebers, dem Verbraucher ein vor Ausübung des Widerrufs gezahltes Entgelt zurückzugewähren. Die vom Darlehensgeber zu erstattenden Leistungen umfassen die vom Darlehensnehmer auf das Darlehen geleisteten Zins- und Tilgungsleistungen, ebenso wie eine marktübliche Verzinsung der zur Nutzung zur Verfügung gestellten Raten. Dies ergibt sich – parallel zur Verpflichtung des Darlehensnehmers – aus §§ 357 Abs. 1 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB.¹⁵⁶

Dieser Regelung kann ferner entnommen werden, dass der Darlehensnehmer sonstige laufzeitunabhängige Kosten¹⁵⁷ des Darlehens sowie das Disagio nicht zu erstatten hat.¹⁵⁸ Die Vorschrift legt dem Darlehensgeber die Verpflichtung auf, dem Verbraucher ein vor Ausübung des Widerrufs gezahltes Entgelt zurückzugewähren, so dass sich – im Umkehrschluss daraus – keine Verpflichtung des Darlehensnehmers dazu, nach Ausübung seines Widerrufs ergeben kann.

Herrscht bezüglich dieser Rückgewährpflichten der Vertragsparteien Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur, so sind doch die einzelnen Modalitäten der Rückabwicklung, insbesondere Zeitpunkt der Rückzahlung und eine Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Zahlung von Zinsen streitig.

b. Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs des Darlehensgebers

Hat der Darlehensnehmer die Willenserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrages widerrufen, so stellt sich die Frage, ob der Darlehensnehmer die Nettodarlehenssumme sofort oder in der ursprünglich vertraglich vereinbarten Weise – späterer Fälligkeitszeitpunkt, Ratenzahlung – zurückzuzahlen hat.

¹⁵⁵ Staudinger/Kaiser, § 346 Rn. 130; HK-Bülow, § 495 Rn. 199.

¹⁵⁶ Vgl. BGH NJW 2003, 422, 423; HK-Bülow, § 495 Rn. 205; Staudinger/Kessal-Wulf, § 495 Rn. 63.

¹⁵⁷ Kosten des Kreditvertrages sind einmalig im voraus zahlbare Bearbeitungsgebühren, Nichtabnahmeentschädigungen, Bereitstellungszinsen, Kosten der Restschuldversicherung, Auslagenpauschalen, Abschlussgebühren, Verwaltungskosten, Provisionen, Vermittlercourtage, vgl. Schwintowski/Schäfer, BankR, S. 489 f. Nicht zu den Kosten des Kredits zählt die Restschuldversicherungsprämie. Diese bleiben nach Ansicht des BGH außer Betracht, BGH, NJW 1982, 2433; WM 1988, 184, 187; a.A. Schwintowski/Schäfer, BankR, S. 489 f.; Staudinger-Hopt/Mülbert, § 608 Rn. 32, wonach die Restschuldversicherung sowohl der Bank als auch dem Kunden zugute komme, weshalb die Prämie hälftig auf beide aufzuteilen sei.

¹⁵⁸ BGH NJW 2003, 422, 423; Martis, MDR 1998, 1260, 1264; Staudinger/Kessal-Wulf, § 495 Rn. 64.

Im Falle nichtiger Darlehensverträge hat ein Darlehensgeber nach ständiger Rechtsprechung des BGH trotz sittenwidrigen oder formnichtigen Darlehensvertrages einen Rückerstattungsanspruch gegen den Darlehensnehmer. Dieser Anspruch ist jedoch erst zu den vertraglich vereinbarten Zahlungszielen fällig.¹⁵⁹

Das folgt aus der Anwendung des § 817 S. 2 BGB. Dieser steht dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers generell nicht entgegen, da als Leistung im Sinne der Vorschrift nur solche Zuwendungen anzusehen sind, die nach dem nichtigen Vertragsverhältnis endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen sollen. Der Darlehensnehmer weiß hingegen, dass ihn eine Rückzahlungspflicht trifft. Dies entspricht dem Rechtsgedanken der §§ 819 Abs. 2, 818 Abs. 4 BGB, woraus folgt, dass sich der Darlehensnehmer auf den Wegfall der Bereicherung nicht berufen kann.¹⁶⁰ Die empfangene Leistung aus einem nichtigen Darlehensvertrag ist vielmehr die vorübergehende Nutzung des Darlehensbetrages. Diese „Nutzungsdauer“ wäre es daher, die der Darlehensnehmer zurückerstatten müsste, wenn er sich wegen der Sitten- oder Gebotswidrigkeit des Vertrages nicht auf § 817 S. 2 BGB berufen könnte. Liegen jedoch die Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB vor, hat der Kreditgeber dem Kreditnehmer das Kapital für die vereinbarungsgemäße (rechtsunwirksame) Zeit zu überlassen.¹⁶¹ Im Übrigen wird damit auch dem Umstand Rechnung getragen, dass der Darlehensnehmer Schutz genießt, weil er auf die Rückgewähr der Valuta zum Fälligkeitstermin vertraut hat.¹⁶²

Im Falle eines Widerrufs des Darlehensvertrages jedoch hat der Darlehensnehmer nach Auffassung des BGH den Nettodarlehensbetrag unverzüglich an den Darlehensgeber zurückzuzahlen.¹⁶³ Dies wird mit dem Wortlaut des § 3 HWiG a.F. (auf den § 7 VerbrKrG a.F. hinsichtlich der Rückabwicklung verwies) begründet, der sich ebenso wie der nunmehr für die Rückabwicklung geltende § 346 Abs.1 BGB auf die „Rückgewähr der empfangenen Leistungen“ bezog. Mit diesem Rückabwicklungsregime – so der BGH – habe sich der Gesetzgeber bewusst gegen die bis zum In-Kraft-Treten des HWiG geltende herrschende Meinung zur Rückabwicklung nichtiger Darlehensverträge positioniert.¹⁶⁴ Zudem sei kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum ein an der Haustür überrumpelter Darlehensnehmer bei einer berei-

¹⁵⁹ BGH WM 1989, 1083, 1085; NJW 1993, 2108; 1995, 1152, 1153; ausführlich zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nichtiger Darlehensverträge *Lass*, WM 1997, 145 ff.

¹⁶⁰ BGH WM 1995, 1152, 1153.

¹⁶¹ BGH NJW 1993, 2108; 1983, 115, 118.

¹⁶² *Erman-Westerman/Buck-Heeb*, § 817 Rn. 20.

¹⁶³ BGHZ 152, 332, 336, 338 = NJW 2003, 422, 423; BGH ZIP 2003, 247, 249; NJW 2006, 2099, 2100.

¹⁶⁴ BGH NJW 2003, 422, 423.

cherungsrechtlichen Rückabwicklung besser zu stellen sei, als einer, der durch arglistige Täuschung zu einem solchen Vertrag bestimmt worden ist.¹⁶⁵

Diese Auffassung ist in Literatur und Rechtsprechung der Instanzgerichte nicht zuletzt wegen der fehlenden Begründungstiefe kritisiert worden und hat zu zwei Vorlagebeschlüssen zum EuGH zur Klärung dieser Frage geführt.¹⁶⁶

Kernpunkt der Kritik ist die mit dieser Rechtsprechung herbeigeführte ruinöse Pflicht des Verbrauchers, nach Ausübung seines Widerrufsrechts den Darlehensbetrag sofort zurückzuzahlen. Damit stünde er letztlich schlechter, als wenn er von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch mache, da ihm dann wenigstens die vertraglich vereinbarten Zahlungsziele erhalten blieben.¹⁶⁷

Zuzustimmen ist dieser Auffassung jedenfalls darin, dass es sich nicht um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten der sofortigen Rückzahlung gehandelt hat. Der Gesetzgeber konnte die Konstellation der Kreditvergabe an der Haustür bei der Verabschiedung des HWiG nicht im Auge gehabt haben, da die Kreditvergabe im Reisegewerbe nach § 56 Abs.1 Nr. 6 BGB verboten und deshalb in der Praxis zum damaligen Zeitpunkt nicht verbreitet war.¹⁶⁸ Auch der Verweis auf die nicht gewünschte unterschiedliche Rückabwicklung von Verträgen nach Widerruf und nach Anfechtung wegen arglistiger Täuschung trägt die Auffassung des BGH nicht (mehr). Mit der Schuldrechtsmodernisierung verweist das Widerrufsrecht nunmehr auf die Rücktrittsfolgen, so dass sich das Vertragsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt. Dies unterscheidet sich bereits dogmatisch von der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung.

Allerdings ist der Auffassung des BGH zuzugeben, dass der Gesetzeswortlaut für eine sofortige Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers spricht. Die Rückgewährpflichten der Darlehensvertragsparteien nach Widerruf sind sofort – d.h. mit Ausübung des Gestaltungsrechts in Form der Widerrufserklärung – fällig.¹⁶⁹ Dies bringt § 357 Abs. 1 S. 2, 3 BGB unter Verweis auf § 286 Abs. 3 BGB zum Ausdruck, wonach der Verbraucher mit seiner Erstattungspflicht 30 Tage nach Abgabe seiner Widerrufserklärung und der Unternehmer mit Zugang der Erklärung in Verzug kommt. Da Verzug Fälligkeit voraussetzt, ist die Regelung

¹⁶⁵ BGH NJW 2003, 422, 423 f.

¹⁶⁶ Siehe Vorlagebeschlüsse des LG Bochum, ZIP 2003, 1437, 1441 und des OLG Bremen, VuR 2004, 292, 297 f.; ferner *Hoffmann*, ZIP 2004, 49 ff. Lediglich die Begründungstiefe kritisierend *Lindner*, ZIP 2003, 67, 68. Zur Notwendigkeit einer solchen Vorlage *Ehricke*, ZIP 2004, S. 1025 ff.

¹⁶⁷ OLG Bremen, VuR 2004, 292, 297.

¹⁶⁸ OLG Bremen, VuR 2004, 292, 297.

¹⁶⁹ BGH NJW 2003, 422, 423; *Barnert*, WM 2004, 2002, 2009; *MünchKomm-Gaier*, § 346 Rn. 32 für die Rückgewähransprüche im Rücktrittsrecht.

auch dafür maßgeblich. Die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs im Rücktrittsrecht entspricht damit grundsätzlich der des bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruchs. Dieser entsteht mit dem Zeitpunkt der Vermögensverschiebung oder des Wegfalls des Rechtsgrundes.¹⁷⁰

Ein anderes Ergebnis kann auch nicht mit einer entsprechenden Anwendung des § 817 S. 2 BGB auf das Rücktrittsrecht erzielt werden, mit der Folge, dass für die Rückabwicklung die (nichtigen) vertraglichen Vereinbarungen gelten würden.¹⁷¹ § 817 S. 2 BGB stellt eine Sondervorschrift des Bereicherungsrechts dar und ist auf andere Unwirksamkeitsgründe nicht anwendbar.¹⁷² Dies ergibt sich bereits aus dem Zweck der Vorschrift im Vergleich zu den Rücktritts- und Widerrufsregelungen: § 817 S. 2 BGB versagt die gerichtliche Durchsetzbarkeit für die Rückabwicklung eines zweifelhaften Geschäftes. Wer sich selbst außerhalb der Rechtsordnung stellt, soll hierfür keinen Rechtsschutz genießen.¹⁷³ Im Widerrufsrecht hingegen knüpfen die Rückabwicklungsfolgen nicht an das Fehlverhalten oder Verschulden einer Partei an, sondern geben ein Vertragslösungsrecht des Verbrauchers für besonders weitreichende oder in einer Überrumpelungssituation abgeschlossene Verträge.

Im Zusammenhang mit den Vorlagebeschlüssen des LG Bochum und des OLG Bremen wurde zudem eine europarechtskonforme Auslegung der Rückabwicklungsvorschriften – allerdings des § 3 Abs.1 HWiG a.F. – dahingehend gefordert, dass der Widerrufende das Darlehen in der vereinbarten Weise und nicht sofort zurückzahlen könne.¹⁷⁴ Es wurde dabei auf den Schutzzweck des Art. 5 Abs. 2 der Haustürgeschäfte-Richtlinie verwiesen, der vorgibt, dass der Verbraucher durch den Widerruf aus allen vertraglichen Verpflichtungen zu entlassen ist. Ebenso liege einen Verstoß gegen den „effet utile“-Grundsatz vor, wenn die Ausgestaltung des nationalen Rechts den Verbraucher vor der Ausübung seiner Rechte abschreckt, ihm insbesondere Kosten auferlegt.¹⁷⁵

Der EuGH hat diese Bedenken in seinen Entscheidungen über die Vorlagen nicht geteilt.¹⁷⁶ Danach verbiete es die Haustürgeschäfte-Richtlinie nicht, dass ein Verbraucher, der von seinem

¹⁷⁰ Statt aller Palandt-*Sprau*, 67. Aufl. § 818 Rn. 3, 19.

¹⁷¹ Lindner, ZIP 2003, 67, 68 und OLG Bremen, VuR 2004, 292, 297 stellen die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung des § 817 S. 2 BGB in den Raum, ohne allerdings Stellung zu beziehen.

¹⁷² So auch Lass, WM 1997, 145, 150; a.A. wohl MünchKomm-Berger, § 488 Rn. 126 ff. der die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung auch in den Kontext der Anfechtung oder der Widerrufbarkeit stellt.

¹⁷³ BGHZ 36, 395; 44, 1, 6; Palandt-*Sprau*, 67. Aufl. § 817 Rn. 14.

¹⁷⁴ LG Bochum, ZIP 2003, 1437, 1441; OLG Bremen, VuR 2004, 292, 298; Hoffmann, ZIP 2004, 49, 55.

¹⁷⁵ Hoffmann, ZIP 2004, 49, 56.

¹⁷⁶ EuGH, 25.10.2005, Rs. C-350/03 „Elisabeth und Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG“, NJW 2005, 3551 ff.; EuGH, 25.10.2005, Rs. C-229/04 „Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke“, NJW 2005, S. 3555.

Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet ist.¹⁷⁷

Im Gegensatz dazu findet sich in der Verbraucherkreditrichtlinie keine Widerrufsregelung. Für den verbraucherkreditrechtlichen Widerruf nach § 495 BGB kann diese Argumentation daher nicht fruchtbar gemacht werden.

c. Zinsanspruch des Darlehensgebers

Eng mit der soeben dargestellten Diskussion um die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs des Darlehensgebers verbunden ist die Frage, ob der Darlehensnehmer nach Erklärung des Widerrufs zur Verzinsung des rückzugewährenden Darlehens verpflichtet ist und wenn ja, in welcher Höhe.

Nicht anwendbar ist § 358 Abs. 4 S.2 BGB. Die Regelung schließt einen Anspruch des Darlehensgebers gegen den Verbraucher auf Zahlung von Zinsen und Kosten aus, wenn der finanzierte Vertrag nach § 358 Abs. 1 BGB widerrufen wurde und es lediglich zu einer Widerrufserstreckung auf den Verbraucherkreditvertrag kommt. Diese Konstellation wird später betrachtet. Hier an dieser Stelle werden allein die Folgen des Widerrufs des Verbraucherkreditvertrages untersucht.

Im Falle eines sitten- oder gebotswidrigen Darlehensvertrages hat die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur eine Verzinsungspflicht des Darlehensnehmers sowohl aufgrund des nichtigen Vertrages, als auch aus Bereicherungsrecht abgelehnt.¹⁷⁸ Dies galt zunächst für das Wucherdarlehen und wurde später auch auf die Fälle ausgedehnt, bei denen die Nichtigkeit des Vertrages aus einem Verstoß gegen ein Gesetz oder die guten Sitten herührt.¹⁷⁹ Die Ablehnung wird vor allem mit der Erwägung begründet, dass ansonsten die von der Rechtsordnung missbilligten Zwecke durch den Bereicherungsausschluss legalisiert wür-

¹⁷⁷ EuGH, 25.10.2005, Rs. C-350/03 „Elisabeth und Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG“, NJW 2005, 3551, 3554; EuGH, 25.10.2005, Rs. C-229/04 „Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke“, NJW 2005, S. 3555.

¹⁷⁸ RGZ 161, 52, 57 f.; BGH NJW 1983, 1420, 1422 f.; BGHZ 99, 333, 339; BGH WM 1989, 1083, 1085; 1993, 2108; Palandt-Sprau, 67. Aufl. § 817 Rn. 23; MünchKomm-Berger, § 488 Rn. 126; Larenz/Canaris, SchR II/2, § 68 III 3 b; w.Nachw. bei Lass, WM 1997, 145, 146 (Fn.8); a.A. Medicus, GS für Dietz, S. 62 ff.; Koziol, AcP 188 (1988), 183, 217 f.

¹⁷⁹ BGH WM 1989, 1083, 1085; NJW 1993, 2108; vgl. auch Lass, WM 1997, 145, 156.

den.¹⁸⁰ Indes steht einem Zinsanspruch des Darlehensgebers vor allem § 817 S. 2 BGB entgegen. Ist der Darlehensnehmer danach nicht verpflichtet, die Nutzungsmöglichkeit für die Zukunft herauszugeben, so trifft ihn eine solche Pflicht auch nicht für die Vergangenheit. Da für diesen Zeitraum eine Herausgabe wegen der Beschaffenheit der Sache nicht möglich ist, käme allenfalls Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB – also die marktübliche Verzinsung des Darlehens – in Frage.

Die Regelungen des Rücktrittsrechts legen demgegenüber eine Verzinsungspflicht nahe. Das Darlehen verschafft dem Darlehensnehmer einen Gebrauchsvorteil, der nach der Natur der Sache nicht herausgegeben werden kann und dessen Wert deshalb nach §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB zu ersetzen ist. Zur Bestimmung des Wertes dieser Leistung nimmt § 346 Abs. 2 S. 2 BGB ausdrücklich auf die vertragliche Vergütungsregelung Bezug. Auf den ersten Blick bedeutete dies, dass der Darlehensnehmer auch nach Widerruf des Darlehensvertrages zur Zahlung des vereinbarten Zinses¹⁸¹ verpflichtet wäre.¹⁸² Die Zinszahlungspflicht des Verbrauchers wurde jedoch unter dem bislang geltenden Rückabwicklungsregime der § 7 Abs. 4 VerbrKrG i.V.m. § 3 HWiG anders gehandhabt. Wegen der Natur dieser Rückabwicklung wurde auf bereicherungsrechtliche Grundsätze zurückgegriffen und auf den objektiven Marktwert des Darlehens abgestellt. Die Vergütungspflicht des Kreditnehmers verringerte sich um den Abschlag für den Unternehmergewinn – da der Kreditnehmer um diesen nicht bereichert war –, so dass der Nettokreditbetrag nur mit den marktüblichen Zinsen zurückgezahlt werden musste.¹⁸³ An diesen Folgen wollte der Gesetzgeber grundsätzlich festhalten, weshalb er mit dem OLG-Vertretungsänderungsgesetz § 346 Abs. 2 S. 2 BGB um folgenden Halbsatz erweitert hat: „ist Wertersatz für den Gebrauchsvorteil eines Darlehens zu leisten, kann nachgewiesen werden, dass der Wert der Gebrauchsvorteile geringer war.“¹⁸⁴ Dieser Nachweis wird dem Darlehensnehmer unter Hinweis auf die durch Nutzung des Geldes ersparten – marktüblichen – Schuldzinsen regelmäßig gelingen.

¹⁸⁰ MünchKomm-Berger, § 488 Rn. 129; BGH NJW-RR 1990, 750, 751.

¹⁸¹ Zins ist die nach Laufzeit bemessene, gewinn- und umsatzunabhängige Gegenleistung des Kunden für die zeitweilige Überlassung des Darlehenskapitals durch die Bank, BGH, NJW 1979, 540, 541, Claussen, BankR, S. 225. Zins ist auch das Disagio (auch Damnum genannt). Es bezeichnet einen Abschlag vom Nennwert eines Wertpapiers oder Darlehens und ist damit die Differenz zwischen dem Nennbetrag des Darlehens und dem tatsächlich ausbezahlten Betrag, Schwintowski/Schäfer, BankR, S. 559.

¹⁸² So ausschließlich Sauer/Wittemann, JURA 2005, 8, 14.

¹⁸³ MünchKomm-Ulmer, 4. Aufl. § 357 Rn. 20 unter Verweis auf MünchKomm-Ulmer, 4. Aufl. § 361a Rn. 75 m.w.Nachw. Ferner BGHZ 152, 331, 336 = NJW 2003, 422, 423; BGH BKR 2006, 448, 450; Koch, WM 2002, 1593, 1595; Martis, MDR 1998, 1260, 1265; Knauth, WM 1987, 517, 522.

¹⁸⁴ Vgl. BT-Drucks. 14/9266, S. 20, 45.

Auch hier wurde unter Hinweis auf die Vorgaben der Haustürgeschäfte-Richtlinie kritisiert, eine Verpflichtung zur Zahlung marktüblicher Zinsen nach Widerruf des Darlehensvertrages würde den Verbraucher von einem Gebrauch seines Widerrufsrechts abhalten und widerspräche der praktischen Wirksamkeit des verbraucherbezogenen Schutzzwecks der Richtlinie.¹⁸⁵

Der EuGH hat sich dieser Auffassung nicht anschließen können, sondern darauf verwiesen, dass Art. 5 Abs. 1 der Haustürgeschäfte-Richtlinie die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zur Folge habe. Die Richtlinie stehe daher einer nationalen Regelung nicht entgegen, die den widerrufenden Darlehensnehmer zur Zahlung der marktüblichen Zinsen verpflichte.¹⁸⁶

Für das Widerrufsrecht nach § 495 BGB haben diese Erwägungen keine Rolle gespielt. Zwar verweist auch das Widerrufsrecht nach Verbraucherdarlehensrecht auf die §§ 357 Abs. 1, 346 ff. BGB, jedoch sind die gemeinsamen Rechtsfolgen des Haustürwiderrufs und des Verbraucherkreditwiderrufs eine deutsche Besonderheit. Anders als die Haustürgeschäfte-Richtlinie sieht die Verbraucherkreditrichtlinie kein Widerrufsrecht vor, so dass sich hinsichtlich der Zinszahlungspflicht bei einem Widerruf nach § 495 BGB die Frage nach einer europarechtskonformen Auslegung nicht gestellt hat.

4. Modifikationen der Rücktrittsregelungen

Im Falle des Widerrufs eines Verbrauchervertrages normiert § 357 Abs. 2-4 BGB einige Modifikationen der Rücktrittsregeln, die jedoch für die Rückabwicklung eines Darlehensvertrages nach Widerruf kaum von Bedeutung sind. So regelt Abs. 3 die Modalitäten der Rücksendung und Abs. 4 verschärft im Gegensatz zu § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB die Haftung des Widerrufenden für eine Verschlechterung durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme einer Sache. Die daraus folgende Wertersatzpflicht setzt allerdings eine Belehrung über diese Folgen voraus, § 357 Abs. 3 S. 1. Ebenso entfällt die Haftungsbeschränkung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB für eigenübliche Sorgfalt, § 357 Abs. 3 S. 3 BGB, wenn der Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist.

5. Zwischenergebnis

¹⁸⁵ LG Bochum ZIP 2003, 1437, 1441; OLG Bremen, VuR 2004, 292, 298; Hoffmann, ZIP 2004, 49, 55 f.

¹⁸⁶ EuGH, 25.10.2005, Rs. C-350/03 „Elisabeth und Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG“, NJW 2005, 3551, 3554; EuGH, 25.10.2005, Rs. C-229/04 „Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke“, NJW 2005, S. 3555. Im Anschluss daran an seiner bisherigen Rechtsprechung festhaltend BGH NJW 2006, 2099, 2100.

Macht der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht nach § 495 BGB Gebrauch, bewirkt dies den Wegfall der primären Leistungspflichten und die Umwandlung des Darlehensvertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis auf das gemäß §§ 355, 357 BGB die Regelungen des Rücktrittsrechts Anwendung finden.

Gemäß § 357 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB ist der Verbraucher nach Ausübung seines Widerrufsrechts zur sofortigen Rückerstattung des Geldwertes verpflichtet. Er schuldet dem Darlehensgeber gemäß §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 346 Abs. 2 S. 2, 2. HS BGB in der Regel die marktübliche Verzinsung des Nettokreditbetrages.

Der Darlehensgeber schuldet die Rückgewähr des vor Widerruf gezahlten Entgeltes und die Rückerstattung der bereits gezahlten Zins- und Tilgungsleistungen gemäß § 357 Abs. 1 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB.

VI. Nichtigkeit des Darlehensvertrages

Die Unwirksamkeit¹⁸⁷ des Verbraucherdarlehensvertrages kann sich nicht nur aus den Folgen des Widerrufs ergeben, sondern auch aus anderen Fehlerquellen, die etwa die Nichtigkeit des Darlehensvertrages bewirken. Darlehensverträge können wie jedes andere Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sittenwidrig oder anfechtbar sein. Wann eine Nichtigkeit des Darlehensvertrages vorliegt und welche Folgen dies für den Darlehensvertrag hat, wird in diesem Abschnitt dargestellt. Zunächst soll dabei auf einzelne Nichtigkeitsgründe eingegangen und dargestellt werden, welche Folgen sich für die Abwicklung des Darlehensvertrages daraus ergeben. Spezielle Probleme des finanzierten Gesellschaftsbeitritts werden indes noch nicht behandelt.

1. Nichtigkeitsgründe

a. Nichtigkeit aufgrund fehlender Angaben oder wegen Formverstößes

Die Nichtigkeit des Darlehensvertrages kann sich aus dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ergeben. In erste Linie kommen hier die Anforderungen an Inhalt und Form des Darlehensvertrages nach § 492 Abs.1 S. 5 Nr. 1-6 BGB in Betracht, deren Nichteinhaltung die

¹⁸⁷ Der Begriff der Unwirksamkeit wird im Folgenden als Oberbegriff für alle Rechtsgeschäfte verwandt, deren Rechtsfolgen nicht eintreten, weil ihnen die Rechtsordnung die Geltung versagt. Das gilt für Nichtigkeitsgründe, den Widerruf, die Anfechtung oder schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte etc., *Larenz/Wolf*, AT, § 44 Rn. 1.

Nichtigkeit des Darlehensvertrages gemäß § 494 Abs. 1 BGB nach sich zieht.¹⁸⁸ Allerdings beschränken sich die Nichtigkeitsfolgen auf die wenigen Fälle, in denen das Darlehen noch nicht ausgezahlt wurde, da § 494 Abs. 2 BGB eine Heilung des Darlehensvertrages vorsieht, wenn der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt. In den übrigen Fällen gestaltet sich die Rückabwicklung des Darlehensvertrages unkompliziert. In der Regel sind noch keine weiteren Leistungen ausgetauscht worden.

Hat der Verbraucher die Darlehensvaluta bereits empfangen oder in Anspruch genommen, so kann er mit Hilfe der Sanktionsfolgen des § 494 Abs. 2 BGB an dem Darlehensvertrag zu günstigeren Konditionen festhalten.

b. Sittenwidrigkeit

Der Darlehensvertrag kann auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Der Sittenwidrigkeitstatbestand findet neben dem verbraucherkreditrechtlichen Sondervorschriften Anwendung, da in den §§ 491 ff. BGB keine Höchstgrenze für den effektiven Jahreszins bei Verbraucherdarlehen geregelt wurde. Ein sittenwidriger Darlehensvertrag liegt insbesondere dann vor, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und der Darlehensgeber die schwächere Lage des Verbrauchers bewusst ausnutzt oder sich leichtfertig der Erkenntnis einer Ausnutzung dieser Lage verschließt.¹⁸⁹ Ein auffälliges Missverhältnis ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die vertraglich vereinbarten Zinsen den marktüblichen Effektivzins relativ um 100 % oder absolut um 12 % übersteigen.¹⁹⁰

Die Sittenwidrigkeit kann sich auch aus dem mit dem Darlehen verfolgten Zweck ergeben.¹⁹¹

c. Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz

Gerade bei finanzierten Gesellschaftsbeteiligungen werden häufig Treuhänder bevollmächtigt, das erforderliche Darlehen im Namen des Verbrauchers aufzunehmen. Nach den am 30.06.2008 außer Kraft getretenen Art. 1 § 1 RBerG brauchte der Treuhänder zum Abschluss solcher Verträge eine Erlaubnis. Fehlte ihm diese, so war die Vollmacht und der mit dieser

¹⁸⁸ Siehe zu den Formerfordernissen § 2 IV. 1.

¹⁸⁹ St.Rspr. BGHZ 80, 153, 160; 98, 174, 176; 104, 102, 104; 110, 336, 338; BGH NJW 1988, 1661, 1662; Palandt-Heinrichs, 67. Aufl. § 138 Rn. 25 jew. m.w.Nachw.

¹⁹⁰ BGHZ 104, 102, 105; 110, 336, 338, 340 (12%); MünchKomm-Armbrüster, § 138 Rn. 119 jew. m.w.Nachw.

¹⁹¹ So in dem dem BGH NJW 1995, 1152 ff. zugrunde liegenden Sachverhalt.

Vollmacht abgeschlossene Darlehensvertrag gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG nichtig.¹⁹²

Allerdings nahmen der IV. und der XI. Zivilsenat des BGH in ständiger Rechtsprechung eine Heilung des nach § 134 BGB nichtigen Vertrages an, da die §§ 171, 172 BGB und die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht anwendbar seien. Dem Schutz des Rechtsverkehrs könne nur Rechnung getragen werden, wenn sich derjenige, der einem gutgläubigen Dritten gegenüber zurechenbar den Rechtsschein einer Bevollmächtigung setzt, so behandeln läßt, als habe er dem anderen wirksam Vollmacht erteilt.¹⁹³

d. Nichtigkeit wegen Anfechtung des Darlehensvertrages

Die Nichtigkeit des Darlehensvertrages kann sich auch infolge einer Anfechtung der Willenserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrages ergeben. Als Anfechtungsgrund kann sowohl ein Erklärungs-, Inhalts- oder Eigenschaftsirrtum, ein Übermittlungsirrtum, §§ 119, 120 BGB, aber auch die Abgabe der Willenserklärung aufgrund Täuschung oder Drohung, § 123 BGB, in Betracht kommen. Erklärt der Darlehensnehmer aus einem dieser Gründe die Anfechtung seiner Willenserklärung, so ist der Darlehensvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 Abs. 1 BGB.

Die Anfechtung des Darlehensvertrages wegen eines Irrtums nach §§ 119, 120 BGB verpflichtet den Anfechtenden gem. § 122 BGB zum Ersatz des Vertrauensschadens. Neben dem Widerrufsrecht aus § 495 BGB, welches keine Sanktionsfolgen nach sich zieht, kommt diesem Anfechtungsrecht wenig Bedeutung zu. Allerdings ist das Widerrufsrecht bei ordnungsgemäßer Belehrung befristet, während die Anfechtungsfrist gem. § 121 BGB erst ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes läuft. Weiter eingeschränkt ist das Anfechtungsrecht wegen Irrtums, wenn es um die Nichtangabe des erforderlichen Inhalts des Darlehensvertrages gem. § 492

¹⁹² Nach dem am 01.07.2008 in Kraft getretenen Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (RDG) unterfällt der Abschluss von Darlehensverträgen wohl unter § 5 Abs. 1 RDG und ist damit erlaubt.

¹⁹³ BGH (IV) ZIP 2003, 2351, 2353; WM 2004, 922, 923 f.; BGH (XI) NJW 2001, 3774, 3775; NJW 2003, 2091, 2092; ZIP 2003, 1644, 1646; WM 2004, 1227, 1228 f.; BGHZ 161, 15, 24 ff. = NJW 2005, 664, 668; NJW 2005, 1190; BGHZ 167, 223, 232 ff. = WM 2006, 1009 ff.; BGHZ 171, 1, 11 = NJW 2007, 1584 ff.; WM 2008, 1782, 1784. Demgegenüber hat der II. Zivilsenat eine Anwendung der §§ 171, 172 BGB sowie der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht für den Fall eines kreditfinanzierten Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds mit einheitlicher Vertriebsorganisation in einem obiter dictum abgelehnt. Da sich die Bank bewusst in die Vertriebsorganisation der Fondsgesellschaft eingliedert, wisse sie, dass der Treuhänder keine Vertrauensperson des Verbrauchers sei, sondern ebenfalls in die Vertriebsorganisation integriert ist. Damit setze nicht allein der Verbraucher den Rechtsschein der Bevollmächtigung, sondern ist die Vollmacht Teil des Vertriebskonzepts. Da die Bank dies kenne, sei sie nicht wie ein gutgläubiger Dritter schutzwürdig, BGHZ 159, 294, 301 f.; BGH WM 2004, 1536, 1538.

BGB geht. Da in diesen Fällen eine Heilung mit verändertem Vertragsinhalt nach Auszahlung der Valuta gem. § 494 BGB stattfindet, kommt eine Irrtumsanfechtung wegen solcher Verstöße nicht in Betracht.

Sind die nach § 494 Abs. 1 S. 5 Nr. 1-6 BGB erforderlichen Angaben allerdings falsch, so hat der Verbraucher lediglich das Anfechtungsrecht aus §§ 119, 123 BGB.¹⁹⁴ Auf die durch Anfechtungserklärung folgende Nichtigkeit des Darlehensvertrages ist § 494 Abs. 2 BGB nicht anwendbar. Die Heilung betrifft lediglich Mängel des § 494 Abs. 1 BGB, nicht jedoch andere Nichtigkeitsgründe.¹⁹⁵

Eine Anfechtung der Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung ist in erster Linie durch Verschweigen von Tatsachen bei bestehender Aufklärungspflicht denkbar. Da es bei einer Anfechtung allein um die Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrages und die Umstände bei ihrer Abgabe geht, bestehen Aufklärungspflichten nur für das konkrete Vertragsverhältnis, hier also den Darlehensvertrag.¹⁹⁶ Allerdings sind die besonders wichtigen Umstände des Darlehensvertrages, die eine Aufklärungspflicht begründen, in der Regel bereits durch die Pflichtangaben des § 492 BGB aufgefangen, so dass bei deren Fehlen, die Sanktionsregelung des § 494 BGB greift.

2. Folgen der Nichtigkeit

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes hat zur Folge, dass die aufgrund eines Vertrages erbrachten Leistungen sich als im Nachhinein ohne Rechtsgrund erbrachte Leistungen darstellen. Grundsätzliche Folge ist daher eine wechselseitige Abschöpfung des rechtsgrundlos Erlangten nach den Vorschriften über das Bereicherungsrecht. Hierbei stellt sich zunächst die Frage, worin die Bereicherung besteht, die es abzuschöpfen gilt. Sodann wird untersucht, welche Ansprüche dem Darlehensgeber auf der einen und dem Darlehensnehmer auf der anderen Seite aus der Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrages entstehen.

a. Gegenstand der Bereicherung

¹⁹⁴ Siehe oben § 2 IV 2, S. 26.

¹⁹⁵ Palandt-Weidenkaff, 67. Aufl. § 494 Rn. 5.

¹⁹⁶ Zu Aufklärungspflichten im verbundenen Vertrag und eine evtl. Zurechnung siehe die Beschränkung der Untersuchung in § 1 II., § 5 III. 1. und der Ausblick in § 6 am Ende der Arbeit.

Ist ein vollzogener Darlehensvertrag nichtig, können die wechselseitigen Bereicherungsfordernungen unterschiedlich bewertet werden. Einigkeit herrscht hierbei zunächst über die Bereicherung, die das Vermögen des Darlehensgebers erfahren hat. Da die Zinszahlung eine vertragliche Hauptleistungspflicht des Darlehensnehmers darstellt, die ohne Rechtsgrund erbracht wurden, sind diese beim Darlehensgeber als Bereicherung abzuschöpfen.

Fraglich ist allerdings, um was der Darlehensnehmer bereichert ist. Als *erlangt* kann zunächst die Hingabe der Valuta als konkreter Vermögensgegenstand angesehen werden. Durch eine Gutschrift der Valuta oder einer Übergabe des Darlehens vermehrt sich das Vermögen des Darlehensnehmers.

Dem hielt bereits das Reichsgericht zutreffend entgegen, dass ein Darlehen nur mit der Verpflichtung überlassen wird, dass der Empfänger dieses nach Ablauf einer vereinbarten Frist rückerstatten muss, § 488 Abs. 1 BGB.¹⁹⁷ Zwar wird der Darlehensbetrag zum vollen Eigentum übertragen, es bleibt jedoch mit der Rückgewähr belastet. Geleistet hat der Darlehensgeber danach nicht die Valuta selbst, sondern nur deren zeitlich befristete Nutzungsmöglichkeit.¹⁹⁸ Gegeneinander ausgetauscht werden folglich die zeitlich begrenzte Kapitalnutzung und die Nutzungsvergütung.¹⁹⁹

Als Folge dieser unterschiedlichen Betrachtung müsste der Darlehensnehmer nach ersterer Auffassung die Darlehensvaluta bzw. bei deren Verbrauch oder Vermischung einen Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB herausgeben. Nach letzterer Ansicht ist er hingegen zur Herausgabe der zeitlichen Nutzung verpflichtet, die ebenfalls – mangels Gegenständlichkeit – in ihrem Wert zu ersetzen ist. Dieser Wert berechnet sich grundsätzlich nach den für ein Darlehen marktüblichen Zinsen. Woraus sich allerdings die Rückzahlungspflicht hinsichtlich des Darlehensbetrages ergeben soll, ist nach dieser Auffassung nicht ersichtlich. Nimmt man mit dem Reichsgericht an, dass Gegenstand der Bereicherung allein die Nutzungsmöglichkeit am Kapital ist, so ist die Valuta selbst nicht kondizierbar.²⁰⁰ Auch aus § 488 Abs.1 BGB kann sie wegen Nichtigkeit des Darlehensvertrages nicht erfolgen. Ebenso erscheint eine allgemeine Rückzahlungspflicht – etwa aus § 242 BGB – mit der Begründung, dass der Darlehensnehmer von Anfang an wusste, dass er zur Rückzahlung verpflichtet ist, angesichts des Ausgleichsystems des Bereicherungsrechts nicht überzeugend.

¹⁹⁷ RGZ 161, 52, 56.

¹⁹⁸ Ebenso MünchKomm-Lieb, § 818 Rn. 146; Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 818 Rn. 10; Larenz/Canaris, SchR II/2, S. 164.

¹⁹⁹ RGZ 161, 52, 56.

²⁰⁰ Ähnlich Lass, WM 1997, 145, 149.

Dass jedoch ein nichtiger Darlehensvertrag zur Folge haben soll, dass der Darlehensnehmer die Darlehenssumme behalten darf, schien auch dem Reichsgericht zu weitgehend. Es nahm deshalb – dogmatisch nicht recht verständlich²⁰¹ – eine dem Darlehensgeber zustehende Bereicherungsforderung auf Rückgewähr der Darlehensvaluta an.²⁰² Auch der BGH vermochte nicht, diesen Widerspruch aufzulösen.²⁰³

Betrachtet man sich die erlangte Nutzungsmöglichkeit bei einem nichtigen Darlehensvertrag jedoch genauer, wird der *erlangte* Gegenstand im Sinne des § 812 BGB klarer. Solange die Darlehensvaluta rechtsgrundlos beim Darlehensnehmer verbleibt, besteht die Nutzungsmöglichkeit fort. Für die Vergangenheit hat er – wie dargelegt – den Wert der Nutzung zu ersetzen. Um die weitere rechtsgrundlose Nutzung in der Gegenwart und Zukunft bereicherungsrechtlich auszugleichen, ist der Darlehensnehmer verpflichtet, die Valuta zurück zu geben.²⁰⁴ Erlangt hat der Darlehensnehmer somit die Nutzungsmöglichkeit an der Darlehensvaluta als primären Bereicherungsgegenstand.²⁰⁵ Diese Nutzung als abstrakte Rechtsposition ist wiederum unterteilt in die Nutzung in der Vergangenheit und die Nutzung durch Verfügung über die Valuta in der Gegenwart. Letztere Nutzungsmöglichkeit kann nur durch Rückzahlung der Valuta herausgegeben werden. Daher ist der Darlehensnehmer gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt.; 818 Abs. 2 BGB auch zur Rückgewähr des Kapitals verpflichtet.

Mit *Lass* kann festgestellt werden, dass es in Rechtsprechung und Literatur keine umfangreiche Auseinandersetzung mit den Folgen eines nichtigen Darlehensvertrages gegeben hat. Soweit sich die Nichtigkeit des Darlehensvertrages in den erörterten Fällen auf gesetz- und sittenwidrige Geschäfte begründete, hat sich ein Sonderrecht herausgebildet, innerhalb dessen ergebnisorientiert und mit rechtspolitischen Erwägungen argumentiert wird.²⁰⁶

b. Sonderrecht im Falle der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit

Ist danach ein Darlehensvertrag nichtig, so hat der Darlehensnehmer gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Wertersatz der bereits geleisteten Zinsen. Diese

²⁰¹ Die vom Reichsgericht vorgenommene Einordnung der Leistung bei einem Darlehensvertrag läßt sich nur damit erklären, dass sie an der Vorschrift des § 817 BGB entwickelt wurde und dabei ein von § 812 BGB unterschiedlicher Leistungsbegriff verwandt wurde.

²⁰² RGZ 161, 52, 58.

²⁰³ Vgl. etwa BGH NJW 1995, 1152, 1153 m.w.Nachw.

²⁰⁴ Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 818 Rn. 10; ähnlich *Lass*, WM 1997, 145, 149. Im Ergebnis ebenso die st.Rspr. des BGH NJW 1993, 2108; 1995, 1152, 1153.

²⁰⁵ Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 818 Rn. 10.

²⁰⁶ *Lass*, WM 1997, 145, 146.

stellen sich als vertragliche Hauptleistung dar, die der Darlehensnehmer ohne Rechtsgrund erbracht hat. Hat der Darlehensnehmer bereits mit der Tilgung der Darlehensschuld aufgrund seiner Rückzahlungspflicht gem. § 488 Abs. 1 BGB begonnen, so fehlt auch für diese der Rechtsgrund. Auch die Tilgung ist in der Regel gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt.; 818 Abs. 2 BGB durch Ersatz des Wertes zurück zu gewähren. Gleiches gilt für die anderen erbrachten Leistungen, etwa Disagio, Bearbeitungsgebühren, Vermittlungsgebühren und sonstige Kosten.²⁰⁷

Ferner hat der Darlehensnehmer einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen, die der Darlehensgeber aus dem Geldbetrag gezogen hat. Dieser ergibt sich aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818 Abs. 1 BGB. Ist der Darlehensgeber eine Bank, so hat sie, soweit sie Nutzungen von erlangtem Geld schuldet, Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz zu entrichten.²⁰⁸ Für Zinsen in dieser Höhe spricht nach der Rechtsprechung des BGH eine tatsächliche Vermutung. Es steht der Bank jedoch frei, zur geringeren Höhe von ihr gezogener Nutzungen substantiiert vorzutragen.²⁰⁹

Die Wertersatzpflicht des Darlehensgebers ergibt sich entgegen § 818 Abs.1 BGB aus der Eigenart des Kondiktionsgegenstandes. Das zur Verfügung gestellte Geld, etwa überwiesene Zins- und Tilgungsleistungen, kann selten in Natura zurück gewährt werden, so dass eine Herausgabe nach §§ 812, 818 Abs.1 BGB nicht in Betracht kommt.²¹⁰

Zugleich hat auch der Darlehensgeber nach ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB, mit der Besonderheit, dass die Rückzahlung erst zu den vertraglich vereinbarten Zahlungszielen fällig ist.²¹¹ Dieses Ergebnis wird aus § 817 S. 2 BGB mit der Begründung hergeleitet, dass die empfangene Leistung aus einem Darlehensvertrag in der abstrakten Nutzungsmöglichkeit – und nicht etwa in dem konkreten Vermögensgegenstand – liegt.²¹²

Dies hat zur Folge, dass sich der Darlehensnehmer nicht auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, da Bereicherungsgegenstand die Nutzungsmöglichkeit

²⁰⁷ BGH NJW 1983, 2692, 2693 f.; Ebenroth/Boujng/Joost-*Thessinga*, BankR IV Rn. 212. Durch eine Restschuldversicherung hat der Darlehensnehmer jedoch einen rechtlichen Vorteil erlangt, wenn die Versicherung auch bereicherungsrechtliche Ansprüche des Darlehensgebers umfasst. Diesen Wert muss der Darlehensnehmer im Umfang der Hälfte einer angemessenen Prämie gem. §§ 812 Abs.1, 818 Abs.2 BGB ersetzen, bzw. kann ihn bei vollständiger Begleichung hälftig vom Darlehensgeber zurückverlangen, vgl. BGH NJW 1983, 2692, 2693 f., Ebenroth/Boujng/Joost-*Thessinga*, BankR IV Rn. 211.

²⁰⁸ BGHZ 115, 268, 274; NJW 1998, 2529, 2531; Erman-*Westermann/Buck-Heeb*, § 818 Rn. 11.

²⁰⁹ BGH NJW 1998, 2529, 2531.

²¹⁰ MünchKomm-*Lieb*, § 818 Rn. 144 ff.

²¹¹ Siehe oben § 2 V 3 c; BGH WM 1989, 1083, 1085; NJW 1993, 2108; 1995, 1152, 1153; *Schmelz*, Rn. 432; *Schimansky/Bunte/Lwowski-Gundlach*, § 82 Rn. 152; *Baumbach/Hopt-Hopt*, BankGesch (7) G/12.

²¹² Siehe zur Fälligkeit eines Rückerstattungsanspruchs § 2 V 3 b.

und nicht die Valuta ist.²¹³ Ist sich der Darlehensgeber des Sittenverstoßes bewusst oder hat er sich der Einsicht in den Verstoß bewusst verschlossen, so ist weitere Folge des § 817 S. 2 BGB, dass der Darlehensgeber lediglich Anspruch auf die Rückzahlung des Nettodarlehensbetrages im Rahmen der ursprünglich vertraglich vereinbarten Raten hat. Eine Verzinsung umfasst der Anspruch nicht.²¹⁴

Diese beiden, sich aus der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ergebenden gegenseitigen Forderungen werden saldiert. Steht der Darlehensnehmer noch am Anfang der Rückzahlung des Darlehens, hat der Darlehensgeber in der Regel einen Anspruch auf Ausgleich der Passivposten und ist einziger Bereicherungsgläubiger.²¹⁵

Ob der Darlehensgeber bei einem sittenwidrigen Darlehensvertrag auch Anspruch auf die Zinsen oder auf Vergütung der von dem Darlehensnehmer gezogenen Nutzungen hat, ist umstritten.²¹⁶ Der BGH verneint einen solchen Zinsanspruch zu Recht mit der Begründung, dass einem solchen Anspruch § 817 S. 2, 818 Abs. 1 BGB entgegensteht. Würde dem Wucherer ein Wertersatzanspruch gem. § 818 Abs. 2 BGB in Höhe eines am Kapitalmarkt orientierten Zinses zugestanden, könnte er risikolos arbeiten, weil ihm regelmäßig der übliche Zinssatz verbliebe.²¹⁷

Verstößt der Darlehensvertrag gegen ein gesetzliches Verbot, etwa gegen Art. 1 § 1 RBERG (a.F.), ist der Bereicherungsanspruch des Darlehensnehmers und der des Darlehensgebers ebenso zu berechnen, wie bei einem sittenwidrigen Darlehensvertrag. § 817 S. 2 BGB ist hier ebenfalls anwendbar.²¹⁸

c. Sonstige Nichtigkeitsgründe

Während die Rechtsfolgen bei verbots- und sittenwidrigen Darlehensverträgen noch eine umfangreiche Kasuistik in der Rechtsprechung aufweisen, gibt es kaum Rechtsprechung zur Nichtigkeit allein des Darlehensvertrages aus anderen Gründen. Allerdings begrenzt sich die

²¹³ BGH NJW 1995, 1152, 1153.

²¹⁴ St. Rspr. seit RGZ 161, 52, 57; BGH NJW 1983, 1420, 1422; WM 1989, 1083, 1085; NJW 1993, 2108; 1995, 1152, 1153.

²¹⁵ Palandt-Sprau, 67. Aufl. § 818 Rn. 48.

²¹⁶ Siehe dazu bereits die Nachweise unter § 2 V 3 c.

²¹⁷ St. Rspr. vgl. BGH WM 1982, 1021, 1022; NJW 1983, 1420, 1422 f.

²¹⁸ BGH NJW 1993, 2108 f. für den Fall des wegen Verstoßes gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO nichtigen Darlehensvertrages.

Frage der bereicherungsrechtlichen Folgen hier nur noch auf die Fälle der Nichtigkeit wegen Anfechtung des Darlehensvertrages. Hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung mit dieser Frage beschäftigt, so waren die Darlehensverträge immer mit einem Leistungsvertrag zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden und auch die verbundenen Verträge nichtig.²¹⁹

aa. Ansprüche des Darlehensnehmers

Mit Blick in das Gesetz verbleibt es hier bei der oben²²⁰ beschriebenen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Der Darlehensgeber ist gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB verpflichtet, die gezahlten Zins- und Tilgungsraten sowie Disagio, Bearbeitungsgebühren etc. zurückzugewähren, da diese ohne Rechtsgrund geleistet wurden. Daneben kann der Darlehensnehmer gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818 Abs.1 BGB die Nutzungen herausverlangen, die der Darlehensgeber aus den Zins- und Tilgungsraten tatsächlich gezogen hat.

bb. Ansprüche des Darlehensgebers

Der Darlehensnehmer ist demgegenüber zur Rückgewähr dessen verpflichtet, um dass er durch den Darlehensvertrag bereichert wurde. Dies ist – wie so eben dargestellt – die Nutzungsmöglichkeit, die als Wertersatz für die Vergangenheit und in der Rückgewähr des Darlehensbetrages besteht.

Kurioserweise wird in der Rechtsprechung und Literatur als Gegenstand der Bereicherung nicht – wie bei einem sittenwidrigen Darlehenvertrag – die Nutzungsmöglichkeit diskutiert, sondern auf das Nettodarlehenskapital selbst abgestellt.²²¹ Dies hätte zur Folge, dass der Nettodarlehensbetrag – und nicht die Nutzungsmöglichkeit – als Gegenstand der Bereicherung herauszugeben wäre.²²²

Die unterschiedliche Einordnung des Bereicherungsgegenstandes hat für die Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers keine Bedeutung. Wie bereits ausgeführt, ist der Darlehensbetrag auch nach der hier vertretenen Auffassung herauszugeben. Etwas anderes gilt freilich bei der Frage einer Verzinsungspflicht für die Zeit, in dem das Darlehen dem Darlehensnehmer rechtsgrundlos zur Verfügung stand.

²¹⁹ BGH NJW 1978, 2144 f.; 1979, 1593 ff. betrafen jeweils Fälle des angefochtenen Darlehensvertrages bei gleichzeitiger Nichtigkeit des verbundenen Vertrages.

²²⁰ Siehe § 2 V 3, 4, 5.

²²¹ MünchKomm-Lieb, § 818 Rn. 145; OLG Jena, OLGR Jena 2001, 328, 329.

²²² Siehe dazu bereits VI 2 a zum „Gegenstand der Bereicherung“, wo die Auffassung vertreten wird, dass die Nutzungsmöglichkeit herauszugeben ist.

(1) Verzinsungspflicht

Nimmt man an, dass die Bereicherung in der Nutzungsmöglichkeit bestand, so kann diese als unkörperlicher Kondiktionsgegenstand nicht herausgegeben werden. Mithin ist gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz für die Nutzung zu leisten. Der Wert der Nutzungsmöglichkeit eines Darlehens richtet sich danach, was auf dem Markt üblicherweise an Zinsen zu zahlen ist. Mit der Unterscheidung des rechtsgrundlos Erlangten ist die Rechtsprechung zum Teil bereits zu diesem Ergebnis gekommen.²²³

Zu einem anderen Ergebnis kommt man freilich, wenn das Kapital als solches als Gegenstand der Bereicherung betrachtet wird. Danach wäre zwar für das Darlehen nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten, da in der Regel die übergebenen Geldzeichen nicht mehr vorhanden sind. Allerdings sind evtl. Nutzungen, die der Darlehensnehmer aus der Vermögenmehrung mit Erhalt des Darlehens erhalten hat und die noch vorhanden sind, nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben. Soweit nicht die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB gegeben sind, betrifft die Herausgabepflicht nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen. Während der Darlehensnehmer bei dem Bereicherungsgegenstand „Nutzungsmöglichkeit“ immer deren Wert in Höhe der marktüblichen Vergütung zu ersetzen hat, besteht eine Verzinsungspflicht bei dem Bereicherungsgegenstand „Darlehenskapital“ nur dann, wenn tatsächlich Zinsen erwirtschaftet wurden.

Der BGH hat die Entscheidung dieser Frage bisher offengelassen.²²⁴ In der Literatur werden beide Möglichkeiten vertreten, ohne dass dabei immer der konkrete Bereicherungsgegenstand herausgearbeitet würde.²²⁵

²²³ RGZ 151, 123, 127; BGH NJW 1961, 452 (keine tragenden Gründe); BGH LM § 817 Nr. 17 = NJW 1962, 1148. Dies ist auch die Aussage von BGH NJW 1993, 2108, läßt man die sittenwidrige Einkleidung des Falles weg. Ebenso *Canaris*, WM 1981, 978, 986; *MünchKomm-Lieb*, § 818 Rn. 12 f.

²²⁴ BGHZ 104, 337, 343; 115, 268, 270; BGH ZIP 1997, 593, 596, hat zumindest eine Herausgabepflicht für tatsächlich gezogene Nutzungen bejaht. Eine Entscheidung hinsichtlich des Bereicherungsgegenstandes bei Rückabwicklung eines nichtigen Darlehens wurde auch nicht mit BGHZ 138, 160, 163 ff.; BGH NJW 1998, 2529, 2530 f. herbeigeführt, da es sich dort um die (bejahte) Frage handelte, ob der Bereicherungsschuldner die ersparten Zinszahlungen herauszugeben hat, wenn er das im Rahmen eines anderen als einem Darlehensvertrag erlangte Geld zur Tilgung von Schulden verwendet. Anders als bei einem Darlehensvertrag, kommt eine Nutzungsherausgabe nach § 818 Abs.1 BGB nur in Betracht, wenn das Kapital selbst das Erlangte darstellt. Bei einem indebite empfangenen Kaufpreis etwa, kommt es allein auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen (oder ersparten Aufwendungen) an, vgl. *MünchKomm-Lieb*, § 818 Rn. 13.

²²⁵ Für eine marktübliche Verzinsung nach § 818 Abs. 2 BGB: *MünchKomm-Lieb*, § 818 Rn. 12 f.; *Erman-Westermann/Buck-Heeb*, § 818 Rn. 10; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 532 f.; *Canaris*, WM 1981, 978, 985; *Lass*, WM 1997, 145, 153. Für die Herausgabe der tatsächlichen Nutzungen: *RGRK/Heimann-Trosien*, § 818 Rn. 10 (der in den abweichenden Urteil RGZ 151, 123, 127 und BGH NJW 1962, 1148 lediglich Ausführungen zu Beweiserleichterungen sieht); *Soergel-Mühl*, 11. Aufl. § 818 Rn. 26; wohl auch *Staudinger/Lorenz*, § 818 Rn. 11.

Für eine vorzunehmende Positionierung ist zunächst festzuhalten, dass es nicht darum geht, ob dem Bereicherungsschuldner aus einem nichtigen Darlehensvertrag für die Zeit der Darlehensnutzung eine Zinszahlungspflicht auferlegt werden soll oder nicht, sondern um die Frage, was Gegenstand der Bereicherung ist. Wird die Möglichkeit der Darlehensnutzung als Bereicherungsgegenstand bejaht, so ist die marktübliche Verzinsung des Darlehensbetrages zwingende Folge des § 818 Abs. 2 BGB.

Für die Einordnung der Nutzungsmöglichkeit als primärem Bereicherungsgegenstand spricht in erster Linie der Vergleich mit anderen Verträgen, die die Nutzung fremder Sachen zum Vertragsgegenstand haben. Bei einem Miet- oder Leasingvertrag wird dabei selbstverständlich von einer Wertersatzpflicht für die Inanspruchnahme des Gebrauchs in Höhe einer angemessenen, üblichen Vergütung ausgegangen.²²⁶ Gleiches gilt für in Anspruch genommene Dienstleistungen, die in dem Vermögen des Bereicherungsschuldners nicht körperlich in Erscheinung getreten und ihrer Natur nach nicht rückgabefähig sind.²²⁷ Ebenso wird bei einem Darlehensvertrag die vereinbarte Darlehenssumme an den Darlehensnehmer ausgezahlt, mit der Bedingung, dass die Summe zurückzuzahlen ist. Die Nutzung des Darlehensbetrages – etwa zur Anschaffung eines Konsumgegenstandes – bringt dabei notwendigerweise ein Verbrauch des Kapitals mit sich, ohne dass der Darlehensnehmer von seiner Rückzahlungspflicht entbunden ist. Die Pflicht zur Rückzahlung unterstreicht den Charakter der Nutzung, die sich von der Nutzung einer Mietsache nur darin unterscheidet, dass eine Substanzübertragung des Darlehenskapitals erfolgt. Dies ist aber lediglich der Eigenart von Geld geschuldet.²²⁸

(2) Wegfall der Bereicherung

Der so verstandenen Konkretisierung des Nutzungsgegenstandes kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Darlehensnehmer dann schlechter steht, wenn er das Darlehen etwa zur Begleichung anderer Schulden nutzt, sich dadurch Schuldzinsen erspart und analog § 818 Abs. 1 BGB zur Herausgabe des Gebrauchsvorteils in Höhe der ersparten Schuldzinsen verpflichtet ist, gleichzeitig aber den Wert der Nutzungsmöglichkeit des Kapitals gem. § 818 Abs. 2 BGB herauszugeben hat.

²²⁶ BGH NJW-RR 2000, 382, 383; OLG Köln, NJW-RR 1997, 1549, 1550; Palandt-*Sprau*, 67. Aufl. § 818 Rn. 23; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 532.

²²⁷ Vgl. BGH JZ 556, 557 = BGHZ 55, 128 ff. im sog. „Flugreisefall“.

²²⁸ MünchKomm-*Lieb*, § 818 Rn. 146.

Zur Zahlung des Wertersatzes nach § 818 Abs. 2 BGB ist der Darlehensnehmer nur verpflichtet, solange er die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit hat.²²⁹ Es geht also nicht allein um die abstrakte Möglichkeit, Nutzungen aus Kapital zu ziehen. Der Anspruch auf Wertersatz für die Nutzung im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB setzt vielmehr denkbare Voraussetzung voraus, dass das Kapital tatsächlich zur möglichen Nutzung zur Verfügung steht.²³⁰ Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn das Kapital verbraucht wird. Verwendet der Verbraucher also das ihm zur Verfügung gestellte Darlehen etwa zum Kauf einer Sache, so ist er zum Wertersatz für die Nutzungsmöglichkeit des Darlehens nur für die Zeit verpflichtet, in der er das Kapital zur freien Verfügung hatte, etwa für die Zeitspanne zwischen Gutschrift auf seinem Konto und Überweisung eines Betrages aus der Darlehenssumme an einen Dritten. Er kann dem Anspruch auf Wertersatz für die Nutzungsmöglichkeit mithin entgegenhalten, er sei um die Nutzungsmöglichkeit nicht mehr bereichert, § 818 Abs. 3 BGB.

Etwas anderes gilt freilich für den Verbrauch der Valuta: Mit dem Einwand des Wegfalls der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB kann der Bereicherungsschuldner geltend machen, dass er sein Vermögen nicht über den Bestand hinaus in Anspruch nehmen muss, den es ohne den die Kondiktion begründenden Vorgang hätte. Es gilt, einen Schaden vom Bereicherungsschuldner abzuwenden, auch auf die Gefahr hin, den Bereicherungsgläubiger zu benachteiligen.²³¹

Damit aber auch die Rechte des Bereicherungsgläubigers gewahrt werden können und weil das Gesetz nicht definiert, wann eine Entreicherung vorliegt, ergänzt die Rechtsprechung die genannte Vermögensorientierung bei der Feststellung der Entreicherung um das Korrektiv der Risikoaufteilung zwischen den Kondiktionsparteien. Daraus wird abgeleitet, dass es dem Darlehensnehmer bei Verwendung des Kapitals verwehrt ist, sich auf den Wegfall der Bereicherung zu berufen. Dies wird damit begründet, dass der Darlehensnehmer weiß, dass er das Darlehen zurückzahlen muss und er gemäß §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB haftet.²³² Ob die Regelungen über den bösgläubigen Kondiktionsschuldner direkt oder analog angewandt werden können oder ob sich der Kondiktionsschuldner nach Treu und Glauben nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, ist umstritten.²³³

²²⁹ So etwa BGH NJW-RR 2000, 382, 383. Hier stellte das Gericht für den Fall der Nutzung von Geschäftsräumen ohne Vertrag fest, dass der vermeintliche Mieter nur Wertersatz für die Räume zu zahlen hat, die er tatsächlich nutzt.

²³⁰ Ähnlich BGH NJW-RR 2000, 382, 383 im Falle eines nichtigen Mietvertrages.

²³¹ Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 818 Rn. 31 m.w.Nachw.

²³² So die st. Rspr., vgl. RGZ 151, 123, 127; BGH WM 1969, 857, 858;

²³³ Anwendung der §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB: St. Rspr. des RG und BGH, RGZ 151, 123, 127; BGH WM 1969, 857, 858; 1985, 89, 90; OLG Nürnberg, WM 1989, 307, 308. Für analoge Anwendung: OLG Hamm, ZIP

Es herrscht jedoch im Ergebnis Einigkeit darüber, dass der Bereicherungsschuldner, der Empfänger der Darlehensvaluta ist, die Darlehensvaluta zurück zu zahlen hat.

Beruft sich der Darlehensnehmer jedoch auf den Wegfall der Nutzungsmöglichkeit und nicht auf den Wegfall der Bereicherung durch die Darlehensvaluta als solcher, ist ihm dieser Einwand auch nicht gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB verwehrt. Ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen besteht dann nicht.

Hat der Darlehensnehmer aber aus dem mit der Darlehensvaluta erworbenen Gegenstand Nutzungen gezogen oder hat er durch die Verwendung des Kapitals Aufwendungen erspart, hat er diese analog § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben.²³⁴ Eine direkte Anwendung des § 818 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, da der primäre Bereicherungsgegenstand – die Valuta – nicht mehr vorhanden ist. Letztlich geht es hier um die Abschöpfung der ganzen Bereicherung.²³⁵

(3) Fälligkeit der Rückzahlung des Darlehens

Steht die Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers hinsichtlich der Darlehensvaluta fest, ist nun zu klären, wann der damit korrelierende Anspruch des Darlehensgebers fällig ist.

Grundsätzlich ist der Anspruch aus Leistungskondiktion mit der rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung fällig, also zu dem Zeitpunkt, in dem der Rechtsgrund wegfällt.²³⁶ Dies ergibt sich aus § 271 BGB. Danach wäre der Darlehensnehmer zur sofortigen Rückzahlung des gesamten Darlehensbetrages verpflichtet.

Dies stellt in aller Regel eine besondere Härte für den Darlehensnehmer dar, da er den Kredit – dem Zweck des Darlehensvertrages entsprechend – für bestimmte Ausgaben verwendet und nur deshalb aufgenommen hat, weil ihm die nötigen finanziellen Mittel nicht zur Verfügung standen.²³⁷

Die für den Fall des verbots- oder sittenwidrigen Darlehensvertrages aufgestellten Grundsätze – Rückzahlungspflicht im Rahmen der ursprünglich vereinbarten Raten – finden ihre Begrün-

1981, 56; *Larenz/Canaris*, SchR II/2, S. 306. Für eine analoge Anwendung des § 820 Abs.1 BGB *Canaris*, WM 1981, 978, 981, wogegen *Lass*, WM 1997, 145, 148 dem Bereicherungsschuldner die Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB aus Treu und Glauben verwehrt. *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 590, sieht in § 818 Abs. 3 BGB eine Vertrauensschutznorm, folglich könne sich der Schuldner eines Darlehens nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen, da sein guter Glaube an die Wirksamkeit des Vertrages gar nicht das Fehlen einer Rückzahlungspflicht umfasst.

²³⁴ BGHZ 138, 160, 166.

²³⁵ *Koppensteiner*, NJW 1971, 588, 594; BGHZ 138, 160, 165.

²³⁶ BGHZ 91, 174, 181; BGH NJW 1995, 53, 55; *Palandt-Sprau*, 67. Aufl. § 818 Rn. 3; *MünchKomm-Lieb*, § 812 Rn. 400.

²³⁷ *Lass*, WM 1997, 145, 150.

dung in §§ 817 S. 2, 819 BGB und können deshalb bei einer Nichtigkeit des Darlehensvertrages aus sonstigen Gründen keine Anwendung finden.

Die Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – mit dieser Frage im Bereich der Nichtigkeit des Darlehensvertrages aus anderen Gründen als aus Verbots- oder Sittenwidrigkeit nicht beschäftigt. Entweder wurde die Darlehensrückzahlungspflicht des Darlehensnehmers einfach bejaht, ohne dass die Fälligkeit problematisiert worden ist²³⁸ oder die Frage der Fälligkeit stellte sich nicht mehr, da bereits eine Bereicherung verneint wurde.²³⁹

Eine Auseinandersetzung mit der Fälligkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs erfolgte allerdings im Rahmen der Rückgewähransprüche nach Widerruf gem. § 3 Abs. 1 HWiG. Der BGH gab dem Darlehensgeber nach Widerruf des Darlehensvertrages durch den Darlehensnehmer einen Anspruch auf sofortige Rückzahlung. Weil der Rückgewähranspruch ein besonders ausgestalteter Bereicherungsanspruch sei, hafte der Darlehensnehmer nach § 819 BGB verschärft. Daran ändere auch die Vorschrift des § 3 Abs. 1 S.3 HWiG nichts.²⁴⁰ Vielmehr beruhe die Verpflichtung zur sofortigen Rückzahlung des Darlehens auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, für die sich anführen ließe, dass nicht einzusehen ist, warum der widerrufende Darlehensnehmer besser dastehen solle, als derjenige, der seinen Darlehensvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechte.²⁴¹ Mit diesem Exkurs auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Falle der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bezog das Gericht Stellung, ohne die durchaus problematische Frage der Fälligkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs zuvor näher beleuchtet zu haben.

Die Auffassung des BGH wird in der Literatur geteilt.²⁴² Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass weder das deutsche noch ein anderes europäisches Rechtssystem Regelungen enthalte, die bei Lösungsrechten die Aufrechterhaltung der günstigeren Rückzahlungsmodalitäten des widerrufenen Vertrages vorsehen würden.²⁴³ Insbesondere sei es unerträglich, dass bei der Aufrechterhaltung der Ratenzahlung die Hauptleistungspflicht des Darlehensgebers bestehen

²³⁸ BGH WM 1985, 89, 90; BGHZ 91, 174, 181; 138, 160, 166.

²³⁹ Vgl. BGH NJW 1979, 1593, 1595.

²⁴⁰ BGH NJW 1999, 724, 725.

²⁴¹ BGH NJW 2003, 422, 423. Verwirrend ist die in diesen Gründen in Bezug genommene Entscheidung BGH NJW 1989, 3217 = WM 1989, 1083, 1085, aus der sich angeblich eine andere Situation ergäbe, wäre das HWiG noch nicht in Kraft. Dabei wurde übersehen, dass in diesem Urteil § 817 BGB Anwendung findet, da der Darlehensvertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat. In diesen Fällen wird generell eine Rückzahlungspflicht mit Fälligkeit der ursprünglichen Raten angenommen. Dies gilt auch nach Geltung des HWiG, vgl. BGH NJW 1995, 1152, 1153.

²⁴² Wolf/Großrichter, ZfIR 2005, 1, 9.

²⁴³ Wolf/Großrichter, ZfIR 2005, 1, 9. Hier wird allerdings die nationale Rechtsprechung bei sittenwidrigen Darlehensverträgen ausgeblendet, die um Ergebnis auf eine solche Aufrechterhaltung hinausläuft.

bliebe, während die des Darlehensnehmers auf Vergütung der Nutzungsüberlassung entfielen.²⁴⁴

Gegen diese Auffassung wurde eingewandt, dass sie die Effektivität des europarechtlich gewährleisteten Verbraucherschutzes untergrabe. Durch den Widerruf des Darlehensvertrages stehe der Verbraucher schlechter, als wenn er den Vertrag fortführe. Ein Widerruf sei praktisch wirtschaftlich uninteressant.²⁴⁵

Dieser Sichtweise hat sich der EuGH nicht anschließen können.²⁴⁶ Für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung wegen der Nichtigkeit des Darlehensvertrages kann die Richtlinienkonformität jedoch ohnehin nicht fruchtbar gemacht werden.

Bei genauerem Hinsehen wird allerdings deutlich, worum es im Fall der bereicherungsrechtlichen Rückzahlungspflicht aus dem nichtigen Darlehensvertrag eigentlich geht: Um die Frage des Vertrauensschutzes. Dieser bezieht sich natürlich nicht auf die Frage der Rückzahlung der Darlehensvaluta; der Darlehensnehmer weiß freilich, dass er den Kredit zurückzahlen muss. Allerdings ist der Darlehensnehmer – um in der Terminologie der §§ 819, 818 Abs. 4 BGB zu bleiben – gutgläubig hinsichtlich des Rückzahlungszeitpunktes. Eine (analoge) Anwendung der §§ 819, 818 Abs. 4 BGB kommt daher nicht in Betracht. Das folgt aus dem auch als „obersten Grundsatz des Bereicherungsrechts“ bezeichneten Prinzip, dass es keinesfalls zu einer Verminderung des Vermögens des Bereicherten über den Betrag der Bereicherung hinaus kommen darf.²⁴⁷ Hat der Darlehensempfänger im Vertrauen auf den Darlehensvertrag bereits Dispositionen getroffen, kann die sofortige Rückzahlungspflicht sich zumindest wirtschaftlich nachteilig auf sein Vermögen auswirken, was nach dem bereicherungsrechtlichen Gutgläubensschutz gerade vermieden werden soll.²⁴⁸ Diese Nachteile können nur abgewendet werden, wenn sich der Darlehensnehmer auf einen späteren Rückzahlungsanspruch – etwa die nichtigen vertraglich vereinbarten Raten – berufen kann.

²⁴⁴ *Wolf/Großrichter*, ZfIR 2005, 1, 9.

²⁴⁵ LG Bochum, ZIP 2003, 1437, 1440 f.; OLG Bremen VuR 2004, 290, 298; die Problematik ebenfalls sehend BGH NJW 2003, 422, 423. Dazu bereits § 2 V 3 b.

²⁴⁶ EuGH, 25.10.2005, Rs. C-350/03 „Elisabeth und Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG“, NJW 2005, 3551, 3554. Die noch von Generalanwalt Philippe Léger in seinem Schlussantrag gesehene Gefahr, der Verbraucher könne die Haustürgeschäfte-richtlinie nutzen, um sich zu bereichern, hat das Gericht jedoch nicht aufgegriffen. Schlussanträge des vom 2.6.2005, VuR 2005, 259, 262. Dazu kritisch *Hoffmann*, ZIP 2004, 49, 56; *Knops*, VuR 2005, 251, 254; zustimmend *Müller-Ibold/Käseberg*, WM 2005, 1592, 1597.

²⁴⁷ RGZ 118, 185, 187; BGHZ 1, 75, 81; 55, 128, 131; s.a. *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 590; *Lass*, WM 1997, 145, 151.

²⁴⁸ *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 591; *Lass*, WM 1997, 145, 151. Ähnlich für die Fälle des Haustürwiderrufs: *Hoffmann*, ZIP 2004, 49, 56; *Knops*, VuR 2005, 251, 254, die annehmen, dass die sich aus der sofortigen Rückzahlungspflicht ergebenden Nachteile nicht im Einklang mit Art 4 S. 3 der HWi-RL stehen.

Dies steht auch nicht im Widerspruch zu den Interessen des Darlehensgebers. Dieser vertraut lediglich auf die Rückzahlung des Darlehens zu dem vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt. Durch eine sofortige Rückzahlungspflicht des Bereicherungsschuldners käme er sogar in den durchaus vermögenswerten Vorteil, das Darlehen sofort zurück zu erhalten.

Die Rückzahlung des Darlehens zum vereinbarten Zeitpunkt auch bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages kann auf § 818 Abs. 3 BGB gestützt werden.²⁴⁹ Da der Darlehensnehmer seine Rückzahlungspflicht kennt, ist er nicht um die Darlehenssumme als solche, sondern um die Nutzungsmöglichkeiten bereichert. Hat er die Darlehensvaluta bereits ausgegeben, kann er sich im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB solange auf den Einwand des Wegfalls der Bereicherung berufen, solange der jeweils vereinbarte Fälligkeitstermin noch nicht verstrichen ist. Dies gilt mit Hinblick auf den Vertrauensschutz im Bereicherungsrecht nur dann, wenn die sofortige Rückzahlung zu einem Schaden führen würde.²⁵⁰

3. Zwischenergebnis

Ist ein Verbraucherdarlehensvertrag nichtig, werden die ausgetauschten Leistungen rückabgewickelt. Den Besonderheiten des Darlehensvertrages wird dabei die Einordnung des Leistungsgegenstandes gerecht, den der Darlehensnehmer erhalten hat. Dabei handelt es sich nicht um den Darlehensbetrag selbst, weil dieser bereits gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB eine Rückerstattungspflicht enthält, sondern um die vertraglich vereinbarte Nutzungsmöglichkeit. Allein diese ist das „Erlangte“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB, was der Bereicherungsschuldner und Darlehensnehmer herauszugeben hat. Der so festgestellte Bereicherungsgegenstand wirkt sich auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines Darlehensvertrages folgendermaßen aus:

²⁴⁹ Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 591. Einen ähnlichen Lösungsweg beschreitet Lass, WM 1997, 145, 150, die eine analoge Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB vorschlägt. Zwar könne der Darlehensnehmer in direkter Anwendung jener Vorschrift bereits rechnerisch erfassbare Vermögensnachteile anspruchsmindernd geltend machen – etwa Mehrkosten für einen Ersatzkredit oder die Verluste durch Verkauf des Gegenstandes unter Wert –, die Benachteiligung die in dem Zwang zu einer Vermögensumschichtung liegen, werden allerdings nicht umfasst. Dies könne jedoch durch eine analoge Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB geschehen. Hoffmann, ZIP 2004, 49, 56, schlägt – allerdings im Bereich der Rückabwicklung des Darlehensvertrages nach Haustürwiderruf – vor, § 271 BGB dahingehend auszulegen, dass eine abweichende Leistungszeit aus den „Umständen“ entnommen werden kann. Danach gilt nach den Umständen des nichtigen Vertrages die Fälligkeit der ursprünglichen Ratenzahlungsvereinbarung. Knops, VuR 2005, 251, 254, will diese Folge – ebenfalls für den Fall des Haustürwiderrufs – unmittelbar aus Art. 4 S. 3 der HWi-RL herleiten. Danach müssen innerstaatliche Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutze des Verbrauchers vorsehen, wenn etwa die vorgesehene Belehrung nicht erfolge.

²⁵⁰ Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 591.

Verstößt der Darlehensvertrag gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Gebot, so hat der Darlehensnehmer einen Anspruch auf Rückzahlung der bereits gezahlten Tilgungsraten einschließlich der gezahlten Zinsen gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB. Hat der Darlehensgeber Nutzungen aus diesen Beträgen gezogen, so hat der Darlehensnehmer auch Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen gem. §§ 812 Abs. 1 S.1, 1. Alt., 818 Abs. 1 BGB. Der Darlehensgeber hat aus dem gleichen Rechtsgrund einen Anspruch auf Rückgewähr der Darlehensvaluta, allerdings ohne Zinsen und im ursprünglich vereinbarten Tilgungsrahmen, § 817 S.2 BGB. Die beiden Ansprüche werden saldiert.

Ist der Darlehensvertrag angefochten worden, erfolgt die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung wie bei einem sittenwidrigen Darlehensvertrag. Unterschiede ergeben sich lediglich hinsichtlich der Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers und der Fälligkeit der Darlehensrückzahlung. Anders als der Darlehensnehmer eines sittenwidrigen Darlehensvertrages kann er dem Darlehensgeber hinsichtlich der Zinszahlungspflicht, die sich aus seiner Nutzungsmöglichkeit ergibt, nicht § 817 S.2 BGB entgegenhalten. In welchem Umfang er nach § 818 Abs. 2 BGB zu einer sich aus dem Wertersatz ergebenden Zinszahlung verpflichtet ist, hängt von der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit der Valuta ab. Hat der Darlehensnehmer die Darlehenssumme noch in seinem Vermögen, ist er zur Zahlung der marktüblichen Zinsen verpflichtet. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er tatsächlich Zinsen erwirtschaftet hat. Wurde die Darlehenssumme bereits verwendet, so hat er lediglich die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben. Diese Rechtsfolge liegt in § 818 Abs.1 BGB begründet, der bei ersparten Zinsen analog angewandt werden kann. Der Anspruch auf die Rückzahlung der Valuta ist fällig, wenn der Rechtsgrund wegfällt. Droht dem Darlehensnehmer durch diese sofortige Fälligkeit ein Schaden, der bei Fälligkeit der Rückzahlung nach dem ursprünglich vereinbarten Tilgungsplan nicht eintreten würde, kann er sich auf § 818 Abs. 3 BGB und damit auf die Fälligkeit nach dem Tilgungsplan berufen.

§ 3 Der Verbraucherdarlehensvertrag als verbundener Vertrag

Eingeleitet wird dieser Teil der Untersuchung mit der Definition des verbundenen Vertrages. Dem schließt sich die Untersuchung an, welche Folgen sich aus dem Widerruf des Darlehensvertrages und dem Widerruf des finanzierten Vertrages im verbundenen Vertrag ergeben und wie sich die Rückabwicklung beider Verträge vollzieht. Dies wird ferner für den Fall des

nichtigen Darlehensvertrages und des nichtigen oder unwirksamen finanzierten Vertrages sowie im Falle von Doppelmängeln in beiden Verträgen untersucht.

I. Verbund von Darlehensvertrag und finanziertem Vertrag

Ist der Darlehensvertrag mit einem anderen Vertrag so verbunden, dass sie eine wirtschaftliche Einheit im Sinne des § 358 BGB darstellen, können die Rückgewährpflichten, die sich aus dem Widerruf oder aus der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages ergeben, nicht ohne Berücksichtigung des verbundenen Vertrages erfolgen. Daraus folgt eine weitere Abweichung der Widerrufs- von den Rücktrittsfolgen. § 358 Abs. 4 BGB ordnet für die Rückabwicklung des Darlehensvertrages nach Widerruf an, dass der Kreditgeber auch in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem Vertrag eintritt, dem das Darlehen zur Finanzierung gedient hat.

Eine solche Rückabwicklung setzt zunächst voraus, dass der Darlehensvertrag mit einem Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung²⁵¹ verbunden ist. Die Legaldefinition des verbundenen Vertrages enthält § 358 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB. Danach sind Darlehens- und Leistungsvertrag verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Damit setzt § 358 BGB zum einen die Verknüpfung, zum anderen die wirtschaftliche Einheit zweier Verträge voraus.²⁵² Dabei stellt sich die Frage, ob die wirtschaftliche Verbundenheit der beiden Verträge nach objektiven Maßstäben oder aus der subjektiven Sicht der Vertragsparteien zu bestimmen ist.

1. Verknüpfung der Verträge - Zweckbindung

Ein Darlehensvertrag dient einem Leistungsvertrag im Sinne des § 358 Abs. 3 S.1 BGB dann, wenn der Kredit zu dem Zweck gewährt wurde, dass das vom Verbraucher für eine Ware oder eine andere Leistung geschuldete Entgelt beglichen wird.²⁵³ Dies ist dann der Fall, wenn der Kredit für den Erwerb eines konkreten Gegenstandes oder einer Leistung bestimmt und der Darlehensnehmer von jeder freien Verfügung über den Kredit ausgeschlossen ist.²⁵⁴

²⁵¹ Im Folgenden Leistungsvertrag oder finanziertem Vertrag genannt.

²⁵² Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 358 Rn. 10 ff.

²⁵³ Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 358 Rn. 11; BGH, NJW 2003, 3703, 3704; NJW 1992, 2560, 2562; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 32; HK-Bülow, § 495 Rn. 231.

²⁵⁴ Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 32.

Dabei ist es gleichgültig, ob der Darlehensgeber die Valuta unmittelbar an den Unternehmer zahlt oder an den Verbraucher zur Weiterleitung an den Unternehmer.²⁵⁵ Auch setzt das Tatbestandsmerkmal der Zweckbindung nicht eine dementsprechende Vereinbarung der Parteien voraus.²⁵⁶ Vielmehr müssen lediglich die – nicht schutzwürdigen – Fälle abgegrenzt werden, in denen der Verbraucher über die Valuta frei verfügt oder er einen Darlehensvertrag unterzeichnet, ohne eine konkrete Vorstellung über den noch abzuschließenden Leistungsvertrag zu haben.²⁵⁷

Der mit dem Darlehensvertrag verbundene Vertrag ist in aller Regel ein Kauf- oder Werkvertrag²⁵⁸, wobei mit *Lieferung einer Ware* nicht ausschließlich bewegliche Sachen gemeint sind, wie der Hinweis auf § 358 Abs. 3 S. 3 BGB zeigt. Die Regelung über verbundene Verträge finden ferner unzweifelhaft Anwendung auf finanzierte Dienstverträge, etwa Fernlehrgänge, Schlankheitskuren und Ehe- und Partnerschaftsvermittlungsverträge, sowie finanzierte Urlaubsreisen.²⁵⁹ Hintergrund ist die alte Regelung des § 9 Abs. 4 VerbrKrG, der eine entsprechende Geltung der Grundsätze der verbundenen Geschäfte normierte und danach auch für „Kredite, die der Finanzierung des Entgeltes für eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache gewährt werden“ galt. Durch die Neuregelung des Schutzzwecks sollte mit § 358 Abs. 3 BGB an diese Grundsätze angeknüpft werden, ohne dass eine materielle Einschränkung durch den neuen Wortlaut angestrebt wurde.²⁶⁰ Aus diesem Grund kann als finanziertes Geschäft auch ein Beitritt zu einer Gesellschaft, ein Anteilswerb oder Grundstückskauf in Betracht kommen. Inwieweit darin die Finanzierung einer entgeltlichen Leistung zu sehen ist, wird an anderer Stelle erörtert.²⁶¹

2. Wirtschaftliche Einheit

Zweite Voraussetzung für die Annahme eines verbundenen Vertrages ist die wirtschaftliche Einheit von Darlehens- und Leistungsvertrag. Als Regelbeispiele nennt § 358 Abs. 3 S. 2 BGB zwei Situationen bei deren Vorliegen eine wirtschaftliche Einheit bejaht wird: Der Fall, dass der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert und der, dass sich

²⁵⁵ Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 358 Rn. 11.

²⁵⁶ HK-Bülow, § 495 Rn. 234.

²⁵⁷ Dies ist bereits die Frage nach der wirtschaftlichen Einheit der beiden Verträge.

²⁵⁸ Etwa ein Vertrag über Maler- und Installationsarbeiten, BGH BB 1974, 14, 15.

²⁵⁹ LG Augsburg, NJW 1973, 1704, 1706 (Fernlehrgang); LG Augsburg, NJW 1972, 637, 638 (Schlankheitskur); OLG Dresden, ZIP 2000, 830, 832; OLG Nürnberg, VuR 1996, 62 f. (Ehe- und Partnervermittlungsverträge); Gilles, JZ 1975, 305, 306; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 12; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 36, 37.

²⁶⁰ Dazu MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 11.

²⁶¹ Siehe dazu im zweiten Teil.

der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages der Mitwirkung des Unternehmers bedient.

a. Entwicklung

Die Regelung des § 358 Abs. 3 S. 2 BGB ist gleichsam die Essenz aus der Rechtsprechung zum Abzahlungsgesetz. Danach sollte das Abzahlungsgesetz auf finanzierte Abzahlungsgeschäfte anwendbar sein, wenn der Kaufvertrag und der Darlehensvertrag wirtschaftlich so auf ein einheitliches Ziel gerichtet waren, dass keiner der beiden Verträge ohne den anderen zustande gekommen wäre.²⁶²

Es wurde bereits festgestellt, dass Hintergrund dieser Rechtsprechung die Annahme war, dass es sich bei Darlehens- und Leistungsvertrag um zwei rechtlich selbständige Verträge handelt. Die Rechtsprechung war ferner von dem Gedanken getragen, dass der Käufer durch die Aufspaltung des Geschäfts in getrennten Leistungs- und Darlehensvertrag nicht schlechter stehen darf, als er stehen würde, wenn der Verkäufer den Kredit selbst gewährt hätte.²⁶³ Ebenso wurde herausgearbeitet, dass die europarechtlichen Vorgaben nicht auf einen Ausgleich einer Schlechterstellung abstellt, sondern Art. 11 der VerbrKrRL (1986) normiert, dass der Verbraucher durch den Abschluss eines Darlehensvertrages in seinen Rechten gegenüber dem Leistungserbringer nicht beeinträchtigt werden darf. Dafür haben die Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie Sorge zu tragen. Damit löst die europarechtliche Vorgabe die ursprüngliche Begründung der „wirtschaftlichen Einheit“ ab. Eine wirtschaftliche Einheit ist danach nicht mehr in der auszugleichenden Schlechterstellung des Verbrauchers begründet, der zwei Verträge mit verschiedenen Vertragspartnern geschlossen hat, sondern in der europarechtlichen Anordnung, die wiederum ihren Niederschlag in §§ 358, 359 BGB gefunden hat. Unter diesem Blickwinkel sind die von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien auf ihre heutige Gültigkeit zu untersuchen.

b. Indizien und Vermutung für eine wirtschaftliche Einheit

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1967 entwickelte der BGH nicht nur die Definition der wirtschaftlichen Einheit weiter, sondern auch das Tatbestandsmerkmal der wirtschaftlichen

²⁶² BGH NJW 1967, 1030, 1031, 1036, 1037 St. Rspr. vgl. etwa BGHZ 47, 253, 255; BGHZ 91, 9, 11; BGH NJW 2000, 3065, 3066; WM 2008, 967, 969.

²⁶³ Siehe dazu bereits oben § 2 I 2.

Einheit.²⁶⁴ Danach grenzt der geforderte innere Zusammenhang den verbundenen Darlehensvertrag von dem Darlehensvertrag ab, den sich der Darlehensnehmer auf eigenen Faust beschafft hat.²⁶⁵ Die wechselseitige Abhängigkeit von Darlehens- und Leistungsvertrag kann in einer Reihe von Indizien zum Ausdruck kommen und ist durch Würdigung der Gesamtumstände festzustellen.²⁶⁶ Ein verbundenes Geschäft liegt insbesondere vor, wenn zwischen dem Leistungserbringer und dem Darlehensgeber eine auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung oder eine Rahmenvereinbarung besteht.²⁶⁷ Eine solch enge Verbindung ist jedoch für die Annahme der wirtschaftlichen Einheit nicht erforderlich. Indizien für eine wirtschaftliche Verbundenheit sind beispielsweise auch, dass Darlehensnehmer und Leistungserbringer aufeinander abgestimmte Formulare verwenden oder eine gegenseitige Bezugnahme der beiden Verträge vorliegt²⁶⁸, dass beide Verträge zeit- und ortsgleich abgeschlossen werden²⁶⁹, dass ein Ausschluss des Darlehensnehmers von der freien Verfügung über den Darlehensvertrag besteht²⁷⁰ oder dass der erworbenen Gegenstand an den Darlehensgeber zur Sicherheit übereignet wurde²⁷¹.

Mit den Regelbeispielen des § 358 Abs. 3 S. 2 BGB hat der Gesetzgeber die am häufigsten auftretenden Umstände, bei deren Vorliegen die Rechtsprechung eine wirtschaftliche Einheit angenommen hat, gesetzlich normiert. Dies hat zur Folge, dass bei Vorliegen dieser Umstände – Darlehensgeber und Leistungserbringer in einer Person; Darlehensgeber bedient sich des Leistungserbringers – die wirtschaftliche Einheit gesetzlich vermutet wird, während diese Umstände vor der Kodifizierung²⁷² lediglich Indizwirkung hatten.²⁷³ Liegen die Regelbeispiele nicht vor, haben die von der Rechtsprechung angenommenen Indizien weiterhin Bedeutung. Gleiches gilt für die Auslegung der Regelbeispiele bei der Prüfung des verbundenen Vertrages.²⁷⁴

²⁶⁴ BGH NJW 1967, 1028 ff.

²⁶⁵ BGH NJW 1967, 1028, 1029; MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 36.

²⁶⁶ BGH NJW 1967, 1028, 1029; WM 2008, 967, 969. Diese sog. Verbindungselemente können jedes für sich die wirtschaftliche Einheit begründen, ohne dass die Indizien abschließend sind, MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 37.

²⁶⁷ BGH NJW 1967, 1030, 1031; 1036, 1037.

²⁶⁸ BGH NJW 1978, 1427, 1428; 1987, 1698, 1700; MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 42; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg-*Emmerich*, § 9 Rn. 53.

²⁶⁹ OLG Köln NJW-RR 1995, 1008.

²⁷⁰ BGH NJW 1983, 2250, 2251; 1989, 163; 1992, 2560, 2562; HK-*Bülow*, § 495 Rn. 228.

²⁷¹ v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg-*Emmerich*, § 9 Rn. 53; *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 15; MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 43 sieht darin lediglich ein schwaches Indiz.

²⁷² Der Umstand „Tätigkeit des Verkäufers für Darlehensgeber“ war bereits in § 9 Abs. 1 S. 2 VerbrKrG kodifiziert.

²⁷³ MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 38.

²⁷⁴ MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 42.

c. Objektiver oder subjektiver Maßstab?

Eine wertungsmäßige Wende vollzog der BGH mit dem sog. Waschsalonurteil²⁷⁵ im Jahre 1971.²⁷⁶ Neben den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit forderte der BGH nunmehr auch das Vorliegen einer subjektiven Komponente. Da der Kreditgeber keinen Einblick in die internen Absprachen zwischen Verkäufer und Darlehensnehmer habe, sei allein entscheidend, wie sich die Beziehung zwischen Kreditgeber und Verkäufer aus Sicht des Kreditnehmers darstelle. Nur wenn die objektiven Umstände, die eine wirtschaftliche Einheit der beiden Verträge vermuten lassen, sich auch vom Empfängerhorizont des Kreditnehmers als ein einheitlicher Vertrag darstellen, seien die Voraussetzungen für die Annahme der wirtschaftlichen Einheit gegeben.²⁷⁷

Seit dem In-Kraft-Treten des § 9 VerbrKrG im Jahre 1991 wird – unter Verweis auf den Wortlaut der Norm – allgemein auf die subjektive Komponente verzichtet, maßgeblich sei allein das Vorliegen objektiver Indizien.²⁷⁸ Gleichwohl wurde das verbundene Geschäft auch später noch in Erwähnung der subjektiven Voraussetzungen definiert und aus diesen Gründen etwa die Anwendung der Regeln des verbundenen Vertrages für den finanzierten Erwerb einer Immobilie abgelehnt.²⁷⁹ Ohne weitere Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Neuregelungen wird dabei die Rechtsprechung des BGH zum Abzahlungsgesetz übernommen, wonach „selbst der rechtsunkundige Laie weiß, dass – anders als bei finanzierten Abzahlungsgeschäften über beweglichen Sachen – die kreditfinanzierende Bank und der Grundstücksveräußerer in der Regel verschiedene Rechtsträger sind, die ihre eigenen, jeweils verschiedenen Interessen wahrnehmen“ und den Erwerbern unterstellt, die Trennung der beiden Geschäfte zu erkennen.²⁸⁰ Der BGH hat sich von dieser Rechtsprechung bislang nicht ausdrücklich distanziert, nahm aber unter § 9 Abs. 1 S. 2 VerbrKrG die Vermutung für eine wirtschaftliche Einheit unwiderleglichen an, wenn sich der Kreditgeber bei Abschluss eines Vertrages der

²⁷⁵ BGH NJW 1971, 2302 ff.

²⁷⁶ *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 8.

²⁷⁷ BGH NJW 1971, 2303, 2307.

²⁷⁸ *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 27; *MünchKomm-Habersack*, § 358 Rn. 24; *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 12; *Coester*, JURA 1992, 617, 618 f.; a.A. v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg-Emmerich*, § 9 Rn. 41.

²⁷⁹ Vgl. OLG Stuttgart, WM 2000, 292, 300; OLG Koblenz, WM 1999, 2353, 2355; OLG Köln, NJW 1995, 1008. Letztere unter Verweis auf BGH NJW 1995, 2560, 2562. Dabei wird übersehen, dass die Entscheidung des BGH einen (alten) Fall zum AbzG betraf; OLG Hamm, WM 1999, 1056, 1066.

²⁸⁰ OLG Hamm, WM 1999, 1056, 1057 unter Verweis auf OLG Köln, WM 1994, 197 ff. und BGH WM 1979, 1054.

Mitwirkung eines Fondsgesellschafters bedient hat, ohne dabei ausdrücklich an dem subjektiven Kriterium festzuhalten.²⁸¹

Das Vorliegen der wirtschaftlichen Einheit ist richtigerweise ausschließlich objektiv zu bestimmen. Diese Auslegung entspricht dem Wortlaut des § 358 Abs. 3 S. 2 BGB, der zumindest für die Regelbeispiele, bei denen eine wirtschaftliche Einheit vermutet wird, nicht auf die subjektive Erkennbarkeit der rechtlichen Trennung abstellt.²⁸² Die rein objektive Beschreibung der Regelbeispiele legt nahe, auch für die nicht geregelten Fälle der wirtschaftlichen Einheit nicht nach der subjektiven Erkennbarkeit der Trennung der beiden Verträge durch den Darlehensnehmer zu fragen. Andernfalls könnte der Kreditgeber mit einer Aufklärung des Verbrauchers über die rechtlichen Folgen der beiden Verträge nahezu immer die Folgen des verbundenen Vertrages ausschließen. Dass diese Folge nicht beabsichtigt ist, unterstreicht § 506 BGB, wonach von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers nichtig sind. Kann der Darlehensnehmer danach nicht vertraglich auf sein Widerrufsrecht verzichten, so ist eine Aufklärung über die Aufspaltung erst recht ohne Einfluss auf die Rechte des Darlehensnehmers.²⁸³ Einer subjektiven Bestimmung der wirtschaftlichen Einheit steht nicht zuletzt Art. 7 Timesharing-RL²⁸⁴ und Art. 6 Abs.4 Fernabsatz-RL²⁸⁵ entgegen, die für den Fall des verbundenen Vertrages den Widerrufsdurchgriff allein von objektiven Kriterien abhängig machen.²⁸⁶

II. Wirkung des Widerrufs des Darlehensvertrages im verbundenen Vertrag

Bilden Darlehens- und Leistungsvertrag eine wirtschaftliche Einheit, kann die Rückabwicklung nach Widerruf des Darlehensvertrages nicht nur im Verhältnis Darlehensgeber – Darle-

²⁸¹ BGH NJW 2003, 2821, 2822. Auch in anderen Entscheidungen wurde das subjektive Kriterium nicht mehr erwähnt, etwa in BGH, WM 2003, 916 ff.; 2232 ff.; WM 2008, 967 ff.

²⁸² Auch nicht auf den „Verständnishorizont eines vernünftigen Durchschnittsverbrauchers“, was zur Objektivierung der subjektiven Vorstellung führe: HK-Bülow, § 495 Rn. 231.

²⁸³ MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 24.

²⁸⁴ Richtlinie 94/27/ EG zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien v. 26.10.1994; ABl. EG Nr. L 280, S. 83 ff. Art. 7 S. 1 lautet: „Die Mitgliedsstaaten sehen in ihren Rechtsvorschriften folgendes vor:

- wenn der Preis vollständig oder zum Teil durch einen vom Verkäufer gewährten Kredit finanziert wird oder
- wenn der Preis vollständig oder zum Teil durch einen Kredit finanziert wird, der dem Erwerber von einem Dritten aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Verkäufer gewährt wird,

wird der Kreditvertrag entschädigungsfrei aufgelöst, falls der Erwerber von seinem Recht auf Rücktritt von dem Vertrag gemäß Artikel 5 Gebrauch macht.“

²⁸⁵ Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz v. 20.05.1997, ABl. EG Nr. L 144, S.19 ff. Die Vorschrift ist gleichlautend mit Art. 7 Timesharing-RL.

²⁸⁶ MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 24.

hensnehmer erfolgen. § 358 Abs. 2 S. 1 BGB regelt für diesen Fall eine von §§ 357 Abs. 1, 346 ff. BGB abweichende Folge: Der Widerruf des Darlehensvertrages beseitigt auch die Bindung des Darlehensnehmers an seine Willenserklärung zum Abschluss des Leistungsvertrages. Beide Verträge sind nach der Maßgabe der §§ 357 Abs. 1, 346 ff. BGB im jeweiligen Vertragsverhältnis rückabzuwickeln. Für den Fall, dass das Darlehen dem Leistungserbringer bereits zugeflossen ist, ordnet die Norm den Eintritt des Darlehensgebers in Rechte und Pflichten des Leistungserbringers an und verpflichtet ihn damit zur Übernahme sämtlicher Rückabwicklungsverpflichtungen, § 358 Abs. 4 S. 3 BGB.

1. Erstreckung des Widerrufs auf den Leistungsvertrag

Als Konsequenz der rechtlichen Trennung von Darlehens- und Leistungsvertrag erstreckt § 358 Abs. 2 S. 1 BGB den Widerruf der Verbraucherdarlehensvertragserklärung auch auf die Willenserklärung, die der Verbraucher zum Abschluss des Leistungsvertrages abgegeben hat. Eine Widerrufserklärung gegenüber dem Leistungserbringer ist nicht erforderlich, da § 358 Abs. 4 S. 1 BGB als Folge der Erstreckung die entsprechende Anwendung des § 357 BGB regelt. Das Unwirksamwerden der Willenserklärung durch Beseitigungserklärung gegenüber einem anderen als dem Vertragspartner ist eine Besonderheit des § 358 BGB als Erstreckungsnorm. Sie setzt sowohl in Abs. 1 als auch Abs. 2 die Ausübung eines Widerrufsrechts nach § 355 BGB voraus. Aus diesem Grund deckt sich auch der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des § 358 BGB mit dem des § 355 BGB.²⁸⁷

2. Ausnahmsweise keine Erstreckung: § 358 Abs. 2 S. 2 BGB

Eine Erstreckung des Widerrufs des Darlehensvertrages ist gem. § 358 Abs. 2 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn auch der Leistungsvertrag widerrufen werden kann. Solch vorrangige Widerrufsrechte sind der Widerruf in einer Haustürsituation gem. § 312 BGB, der nach Fernabsatzvertragsrecht gem. § 312 d BGB, nach Teilzeitwohnrecht gem. § 485 BGB und der nach § 4 FernUG. Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach diesen Vorschriften zu, ist der Widerruf nach § 495 BGB gänzlich ausgeschlossen.²⁸⁸ In diesem Fall erstreckt sich der Widerruf des Leistungsvertrages in die andere Richtung und erfasst gem. § 358 Abs. 1 BGB die Willenserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrages. Für den Darlehensvertrag gelten

²⁸⁷ MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 7; Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 670.

²⁸⁸ Nicht zu verwechseln ist diese Vorrangregelung mit der der §§ 312 a, 312 Abs. 5 BGB. Diese betreffen allein die Widerruflichkeit des Darlehensvertrages.

gem. § 358 Abs. 4 S. 1 BGB die Folgen des § 357 BGB entsprechend. Da es hier beim Verbraucher zu Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Widerrufsadressaten kommen kann, ordnet § 358 Abs. 2 S. 3 BGB an, dass der Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages als Widerruf gegenüber dem Unternehmer gilt. Das Gesetz bedient sich dabei einer Fiktion und deutet den Widerruf der Darlehensvertragserklärung in einen Widerruf der Leistungsvertragserklärung um.²⁸⁹

3. Rückabwicklung der verbundenen Verträge vor Auszahlung der Valuta

Für die Rückabwicklung des Darlehensvertrages ergeben sich keine Besonderheiten zu dem oben unter § 2 V Gesagten. Regelmäßig sind jedoch vor Auszahlung der Valuta im Darlehensverhältnis keine Leistungen erbracht worden, die nach §§ 357 Abs.1, 346 ff. BGB zurück gewährt werden müssten.

Die Rückabwicklung des Leistungsvertrages erfolgt gem. § 358 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 1, 357 Abs. 1, §§ 346 ff. BGB nach allgemeinem Rücktrittsrecht. Sie findet allein im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher statt. Dabei gelten abweichend von den allgemeinen Rücktrittsregeln die Besonderheiten des § 357 Abs. 2 und 3 BGB. Handelt es sich bei dem Vertrag um den Kauf einer Sache, so hat der Verbraucher Wertersatz auch für die Verschlechterung zu leisten, die die Sache durch bestimmungsgemäßen Gebrauch erfahren hat, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden, § 357 Abs. 3 S. 1 BGB. Ist die Herausgabe wegen deren Natur der Sache nicht möglich – dies gilt bei Dienstleistungen, unkörperlichen Leistungen und anderen Werkleistungen – so ist ebenfalls Wertersatz zu leisten, §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB.

4. Rückabwicklung der verbundenen Verträge nach Auszahlung der Valuta

Hat der Darlehensgeber die Darlehenssumme bereits ausgezahlt, so sieht § 358 Abs. 4 S. 3 BGB eine besondere Rückabwicklung der beiden Verträge vor. Hiernach tritt der Darlehensgeber hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs gegenüber dem Verbraucher in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein. Der Darlehensgeber ist nicht nur für die Abwicklung des Darlehensvertrages zuständig, sondern auch die Abwicklung des Leistungsvertrages findet allein zwischen Darlehensgeber und Verbraucher statt. Dies gilt für sämtliche aus dem Leis-

²⁸⁹ Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 673 f.

tungsvertrag entstandenen Rechte und Pflichten, auch für die vom Verbraucher an den Unternehmer geleistete Anzahlung.²⁹⁰

Nur in Schadensersatzansprüche, die der Verbraucher gegen den Unternehmer wegen Begleitschäden, die sich aus Mängeln etwa der Kaufsache ergeben, tritt der Darlehensgeber nicht ein.²⁹¹ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB, wonach der Darlehensgeber nur „hinsichtlich der Rechtfolgen des Widerrufs“ in die Rechte und Pflichten des Unternehmers eintritt.

Die Anordnung eines Eintritts einer anderen Person als der Vertragspartner in die Rechte und Pflichten eines Vertrages, ist eine für das BGB ungewöhnliche Konstruktion und bedarf zum besseren Verständnis einer rechtlichen Einordnung. Ferner sind die Einzelheiten der Rückabwicklung, insbesondere der Regress der Bank gegen den Unternehmer gesetzlich nicht geregelt. Auch diese bedürfen einer rechtlichen Lösung. Zunächst muss jedoch geklärt werden, wann ein Darlehen ausgezahlt worden ist. Denn in den meisten Fällen wird das Darlehen gar nicht an den Darlehensnehmer gezahlt, sondern direkt dem Unternehmer überwiesen.²⁹²

a. Zufluss des Nettokreditbetrages

Der Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB setzt voraus, dass das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs bereits zugeflossen ist.

Dies bedeutet, dass es bei der Rückabwicklung in den jeweiligen Vertragsverhältnissen dann bleibt, wenn der Nettokreditbetrag wie beim – eher seltenen – unechten Realkredit zunächst an den Verbraucher geflossen ist und dieser ihn zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht an den Unternehmer weitergeleitet hat. Der Wortlaut der Norm spricht hier klar vom Zufluss des Darlehens an den „Unternehmer“. In diesem Fall verbleibt es bei der Rückzahlungspflicht des Verbrauchers einschließlich des zu zahlenden Nutzungersatzes. Der Leistungsvertrag, auf

²⁹⁰ BGHZ 131, 66, 73.

²⁹¹ Ausdrücklich Begr. RegE, BT-Drucks. 11/5462; im Anschluss daran: Coester, JURA 1992, 617, 621; Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 9 VerbrKrG Rn. 98 ff.; HK-Bülow, § 495 Rn. 296; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 88; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 67.

²⁹² Man könnte annehmen, dass gar kein verbundener Vertrag vorliegt, wenn der Darlehenbetrag an den Darlehensnehmer ausgezahlt wird. Allerdings liegt ein verbundener Vertrag auch beim sog. B-Geschäft vor, auch „unechten Personalkredit“ genannt. In diesen Fällen wird die Kreditsumme an den Darlehensgeber mit der Maßgabe ausgezahlt, dass diese zu Begleichung der Verbindlichkeiten gegenüber einem bestimmten Unternehmer zu verwenden ist. Der Verbraucher erlangt den Kreditbetrag hier nicht zur freien Verfügung, vgl. Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 9 VerbrKrG Rn. 40.

den sich gleichwohl der Widerruf des Verbraucherkreditvertrages erstreckt, ist im Leistungsverhältnis mit dem Unternehmer abzuwickeln.

Der Nettodarlehensbetrag ist dann zugeflossen, wenn die Verpflichtung gegenüber dem Unternehmer erfüllt wurde.²⁹³ Dies kann durch Auszahlung, Gutschrift oder Einlösung eines Schecks geschehen, nicht aber durch Leistung erfüllungshalber, etwa durch Hingabe eines Schecks.²⁹⁴

b. Rechtliche Einordnung des „Eintritts“ des Darlehensgebers

Der gesetzlich normierte „Eintritt“ des Darlehensgebers hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ist rechtlich als gesetzliche befreiende Schuldübernahme einzuordnen.²⁹⁵

Der BGH spricht zwar lediglich von einem gesetzlich angeordneten Übergang von Rechten und Pflichten und davon, dass der Darlehensgeber anstelle des Unternehmers Gläubiger und Schuldner des Verbrauchers wird²⁹⁶, gleichwohl ist auch damit die befreiende Schuldübernahme umschrieben.

Für eine solche Auslegung des Gesetzes spricht in erster Linie der Wortlaut, der mit „tritt ... ein“ nahe legt, dass der Kreditgeber anstelle des Unternehmers die Rechte und Pflichten gegenüber dem Verbraucher übernimmt.²⁹⁷ Zwar verwendet der Gesetzgeber – etwa bei § 28 Abs. 1 HGB – das Wort „Eintritt“ auch für den Schuldbeitritt, allerdings bezieht sich der im HGB verwandte „Eintritt“ auf ein Einzelhandelsgeschäft oder eine Gesellschaft und nicht ausschließlich auf Rechte und Pflichten. Für diese wird der Begriff der „Haftung“ gebraucht. Der Begriff des „Eintritts“ wird also vom Gesetzgeber nicht ausschließlich für den Schuldbeitritt verwendet.

Dass der Gesetzgeber die Regelung einer befreienden Schuldübernahme eher im Blick hatte als einen Schuldbeitritt, wird ferner in der amtlichen Begründung deutlich. Da heißt es: „Da

²⁹³ MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 86.

²⁹⁴ Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 368 Rn. 9; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 86.

²⁹⁵ So auch: Dauner-Lieb, WM-Beilage 6/1991, S.20; Münstermann/Hannes, § 9 VerbrKrG Rn. 508; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg-Emmerich, § 9 Rn. 115; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 85; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 67; Pickert, S. 160 f; Lebek, S. 43.

²⁹⁶ BGHZ 131, 66, 72.

²⁹⁷ BGHZ 131, 66, 72.

der Kreditgeber im Verhältnis zum Verbraucher die Folgen von Leistungsstörungen grundsätzlich trägt, erscheint es angemessen, ihm und nicht dem Verkäufer in dem Abwicklungsverhältnis die beherrschende Rolle zu übertragen.²⁹⁸ Dem Kreditgeber soll danach „die beherrschende Rolle“ im Abwicklungsverhältnis übertragen werden. Hätte der Gesetzgeber einen gesetzlichen Schuldbeitritt regeln wollen, wäre die „beherrschende Rolle“ eines Schuldners nicht möglich, da der Schuldbeitritt eine gleichberechtigte Gesamtschuldnerschaft bewirkt. So hat der Gesetzgeber zugleich eine Risikoverteilung zu Lasten des Kreditgebers regeln wollen, die nur dann einen Sinn ergibt, wenn der Kreditgeber diesen Risiken mit der alleinigen Durchsetzung von Rechten aus dem Leistungsvertrag entgegnen und die Abwicklung der Verträge in „einer Hand“ regeln kann.

*Bülow*²⁹⁹ hingegen verweist auf den Gesetzeszweck. Dieser solle den Verbraucher vor der Aufspaltung des Rückabwicklungsverhältnisses bewahren. Damit sei jedoch nicht die ausschließliche Abwicklungshoheit des Kreditgebers gefordert. Es könne vielmehr in einigen Fällen eine Erleichterung der Verhältnisse darstellen, wenn der Verbraucher ein Wahlrecht habe, ob er sich hinsichtlich seiner Rückforderungen an den Unternehmer oder an den Kreditgeber wenden will. Diese seien nach dem gesetzlichen Schuldbeitritt des Kreditgebers nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB Gesamtschuldner.

Dem ist zu entgegnen. Gerade der vom Gesetz angestrebte Schutz des Verbrauchers vor einer Aufspaltung der Rückabwicklung spricht am stärksten für die Annahme einer befreienden Schuldübernahme. Die Rückabwicklung beider vertraglicher Verhältnisse wird in der Person des Kreditgebers konzentriert. Der Verbraucher muss sich nur an diesen halten.

Bei einem Schuldbeitritt hingegen hat der Unternehmer auch weiterhin das Recht, die Rückgewähr vertraglicher Leistungen oder Wertersatz vom Verbraucher zu fordern. Dies hat zur Folge, dass der Verbraucher sich auch nach Ausübung seines Widerrufsrechts mit zwei Vertragsparteien auseinandersetzen muss. Gerade dies wollte der Gesetzgeber vermeiden.³⁰⁰ Die Unsicherheiten, die möglicherweise dadurch entstehen, dass der Verbraucher nicht weiß, ob das Darlehen dem Unternehmer bereits zugeflossen ist³⁰¹ und in welchem Verhältnis dann abzuwickeln ist, sind erheblich überschaubarer als die Unsicherheiten, die entstehen, wenn sich

²⁹⁸ Begr. RegE BT-Drucks. 11/5462, S. 24.

²⁹⁹ HK-*Bülow*, § 495 Rn. 293 f; wohl auch *Vortmann*, § 9 VerbrKrG Rn. 22, später jedoch Abstand nehmend in WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 1.96, S. 106.

³⁰⁰ BT-Drucks. 11/5462 S. 24. So auch BGHZ 131, 66, 73.

³⁰¹ Um diese Unsicherheiten zu beseitigen, will HK-*Bülow*, § 495 Rn. 293, dem Verbraucher ein Wahlrecht zugestehen. Der BGH gleicht diese mit einem Auskunftsanspruch des Verbrauchers gegen die Bank aus, BGHZ 131, 66, 73.

der Verbraucher den gleichen Forderungen gleich zweimal, nämlich vom Kreditgeber und vom Unternehmer, ausgesetzt sieht.

Das von *Bülow* vorgeschlagene, zunächst bestechend verbraucherfreundlich scheinende Wahlrecht hat somit eine weniger verbraucherfreundliche Kehrseite, die nicht dem Gesetzeszweck entspricht. Richtigerweise ist deshalb beim Eintritt des Darlehensgebers von einer gesetzlichen befreienden Schuldübernahme auszugehen.

Die Regelung der bilateralen Abwicklung zwischen Darlehensgeber und Verbraucher nach Widerruf des Darlehensvertrages muss sich gelegentlich den Vorwurf gefallen lassen, dass der Darlehensgeber die Risiken beider Verträge trägt, insbesondere das Risiko der Insolvenz des Unternehmers.³⁰²

Eine solche Risikoverteilung ist jedoch angemessen, denn der Darlehensgeber ist in der Lage, sich vor unerwünschten wirtschaftlichen Folgen zu schützen. Mit einer wirksamen Widerrufsbelehrung und der Möglichkeit, dass Darlehen erst nach Ablauf der Widerrufsfrist auszuführen, kann der Darlehensgeber eine Schuldübernahme gem. § 358 Abs.4 S.3 BGB, einschließlich der damit verbundenen Risiken, verhindern.

c. Ansprüche im Verhältnis Verbraucher – Darlehensgeber

Ist das Darlehen dem Unternehmer bereits zugeflossen, kann der Verbraucher im Falle der Rückabwicklung im verbundenen Vertrag gegenüber dem Darlehensgeber mithin die Ansprüche geltend machen, die ihm gegen den Unternehmer und gegen den Darlehensgeber zustehen. Zu unterscheiden ist zwischen Ansprüchen aus dem Darlehensvertrag, deren Grundlage – nach dem zunächst allein interessierenden Widerruf des Darlehensvertrages – die §§ 357 Abs. 1, 346 ff. BGB sind, und denen aus dem Leistungsvertrag, die auf den §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1, 346 ff. BGB beruhen. Ferner ist zwischen den Ansprüchen des Verbrauchers und des Darlehensgebers zu differenzieren.

aa. Ansprüche des Verbrauchers

Die Ansprüche des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber aus dem Darlehensvertrag sind dieselben, die bei einem Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrages ohne verbundenen Vertrag entstehen. Insoweit sei auf die Ausführungen unter § 2 V 3 verwiesen. Gem. §§ 357

³⁰² Vgl. etwa *Vortmann*, WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 1.96, S. 106.

Abs. 1, 346 ff. BGB hat der Verbraucher danach Anspruch auf Rückgewähr gezahlten Entgeltes und auf bereits geleistete Zins- und Tilgungsraten, einschließlich der marktüblichen Verzinsung der gezahlten Raten.

In Folge der gesetzlichen Schuldübernahme kann der Verbraucher vom Darlehensgeber ferner das verlangen, was er vom Unternehmer zu fordern berechtigt wäre, würde eine Rückabwicklung allein im Leistungsverhältnis stattfinden. Dies ist zunächst das Entgelt, das der Verbraucher dem Unternehmer für die Leistung gezahlt hat. Zwar wird das Entgelt in der Regel direkt vom Darlehensgeber an den Unternehmer geleistet, doch handelt es sich dabei um eine Zuwendung an Dritte. Dabei erbringt der Darlehensgeber auf Anordnung des Darlehensnehmers eine an sich dem Darlehensnehmer geschuldete Leistung an einen Dritten, hier dem Unternehmer, um damit eine Verpflichtung gegenüber dem Darlehensnehmer zu erfüllen. Damit erfüllt er gleichzeitig die Verpflichtung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer zur Zahlung des Kaufpreises.³⁰³ Die Rückabwicklung ist in diesen sog. Anweisungsfällen im Valutaverhältnis (Verbraucher – Unternehmer) vorzunehmen. Der Verbraucher muss sich so behandeln lassen, als habe er das Darlehen zunächst selbst empfangen und danach an den Unternehmer weitergeleitet.³⁰⁴

Der Anspruch des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber geht folglich auf die Rückzahlung dessen, was im Leistungsverhältnis vom Verbraucher geschuldet war. In der Regel ist das eine Leistung in Höhe der Nettodarlehenssumme.³⁰⁵

Ferner hätte der Verbraucher aus der Rückabwicklung des Leistungsverhältnisses gegen den Unternehmer Anspruch auf Rückzahlung einer aus eigenen Mitteln geleisteten Anzahlung. Auch diese kann er in Folge der Schuldübernahme vom Darlehensgeber verlangen.³⁰⁶ Sind dem Verbraucher im Leistungsverhältnis Aufwendungen im Sinne des § 347 Abs. 2 BGB entstanden, so kann er auch diese vom Darlehensgeber fordern.³⁰⁷

³⁰³ Goebbels, S. 123.

³⁰⁴ So für den Fall, dass der Darlehensvertrag nichtig ist, OLG Hamm, WM 1986, 1216, 1217; Palandt-Sprau, 67. Aufl. § 812 Rn. 54; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 90; Pickert, S. 166; a.A. BGH 133, 254, 263, der für die Rückabwicklung der Darlehensvaluta eine Durchgriffshaftung gegen den Unternehmer zulässt und die Rückzahlungspflicht des Verbrauchers aus dem Darlehensvertrag mit dem Schutzzweck des Widerrufsrecht verneint. In der Literatur wird die Frage, ob Doppel- oder Durchgriffskondition generell als Problem des Regresses zwischen Bank und Unternehmer problematisiert. Richtigerweise ist die Frage bereits für die Abwicklung Darlehensgeber-Verbraucher relevant. Sie stellt sich bei der Frage der gegenseitigen Ansprüche.

³⁰⁵ BGHZ 131, 66, 72 f.

³⁰⁶ BGHZ 131, 66, 73; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 87; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 67; Dauner-Lieb, WM-Beilage 6/1991, S. 20; HK-Bülow, § 495 Rn. 290; a.A. Vortmann, WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 1.96.

³⁰⁷ HK-Bülow, § 495 Rn. 290.

bb. Ansprüche des Darlehensgebers

Ebenso wie der Verbraucher kann der Darlehensgeber die Ansprüche aus dem Darlehensvertrag geltend machen, die er auch bei einem Darlehensvertrag ohne verbundenen Vertrag gegen den Verbraucher hätte. Hier sei ebenfalls auf § 2 V 3 verwiesen. Gemäß § 357 Abs. 1 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB schuldet der Verbraucher die Rückgewähr des Darlehensbetrages. Einen Anspruch auf Verzinsung der Darlehensvaluta als Nutzungersatz gem. § 346 Abs. 1 BGB hat der Darlehensgeber nicht. Wie bereits oben unter § 2 VI 2b festgestellt, erhält der Darlehensnehmer bei einem Darlehensvertrag die Nutzungsmöglichkeit an der Valuta. Da die Darlehensvaluta in der Regel direkt an den Unternehmer ausgezahlt wird, hatte der Verbraucher keine Möglichkeit der Nutzung des Geldes.³⁰⁸ Diese liegt vielmehr beim Unternehmer. Nur diesem ist ein gewinnbringender Kapitaleinsatz möglich. Die Nutzungsmöglichkeiten des Verbrauchers hingegen beziehen sich demgegenüber auf die Gebrauchsvorteile an dem finanzierten Erwerbsgegenstand, die er ohnehin gesondert zu vergüten hat.³⁰⁹

Mit der gesetzlichen Schuldübernahme ist der Darlehensgeber aber auch in die Rechte des Unternehmers aus dem Leistungsvertrag eingetreten. Demgemäß kann er vom Verbraucher die Rückgewähr des Leistungsgegenstandes fordern. Dies ist bei einem finanzierten Kaufvertrag der Kaufgegenstand. Bei Ausschluss der Rückgewähr wegen der Natur des Erlangten oder bei Verbrauch des Gegenstandes ist der Verbraucher zur Leistung eines Wertersatzes nach §§ 357 Abs.1 S.1, 346 Abs. 2 und 3, 357 Abs. 3 BGB verpflichtet. Diese Pflicht gilt insbesondere für Gebrauchsvorteile, Dienstleistungen oder unkörperliche Leistungen, aber auch bei Veräußerung, Verarbeitung oder Umgestaltung der Sache. Ist der Leistungsgegenstand bereits an den Darlehensgeber zur Sicherung übereignet worden, so beschränkt sich sein Anspruch auf die Herausgabe der Sache.³¹⁰

Alternativ hat der Darlehensgeber gegen den Verbraucher einen Anspruch auf Ersatz der nicht gezogenen Nutzungen gem. §§ 357 Abs.1 S.1, 346 Abs.1, 347 BGB.

³⁰⁸ So auch MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 87.

³⁰⁹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1265.

³¹⁰ MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 87.

cc. Folgen des Gegenüberstehens gleichartiger Forderungen

Indem sich die Rechte und Pflichten aus beiden Verträgen – dem Darlehens- und dem Leistungsvertrag – in einer Person vereinen, ist der Darlehensgeber (als Unternehmer) dem Verbraucher zur Herausgabe des Nettokreditbetrages verpflichtet, er kann aber zugleich aus dem widerrufenen Darlehensvertrag die Rückzahlung des Darlehens vom Verbraucher fordern. Wie die sich gegenüberstehenden Forderungen ausgeglichen werden, ist streitig. Ebenso, ob es überhaupt zu einem Ausgleich kommen muss, wenn solche Ansprüche gänzlich verneint werden.

(1) Auffassungen in der Literatur

Die in § 358 Abs. 4 S. 3 BGB angeordnete bilaterale Abwicklung zwischen Darlehensgeber und Verbraucher hat nach der überwiegenden Auffassung zur Folge, dass die gegenseitigen Zahlungsansprüche auf Rückzahlung der Darlehensvaluta verrechnet werden.³¹¹

Der in diesem Zusammenhang von *Seibert*³¹² aufgeworfene Begriff der „Konsumtion“ des Darlehensbetrages, hält sich in der Literatur hartnäckig.³¹³ Der aus dem Strafrecht bekannte Begriff als Bezeichnung einer Gesetzeskonkurrenz ist im Zivilrecht unbekannt. Dementsprechend unklar ist seine Bedeutung. *Seibert* führt insoweit lediglich aus, dass der Darlehensbetrag vom Verbraucher nicht zurückerstattet werden müsse, „da dieser durch den Eintritt des Kreditgebers in die Pflichten des Verkäufers im Verhältnis zum Verbraucher konsumiert ist.“³¹⁴ Ähnlich argumentiert *Kessal-Wulf*.³¹⁵ *Bertram*³¹⁶ verwendet den Begriff der Konsumtion im Sinne einer Verrechnung der Ansprüche, die auf Rückzahlung der Unternehmerleistung und des Darlehens gerichtet sind.

³¹¹ v.Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg-Emmerich, § 9 Rn.117, danach trete eine „Konfusion“ ein. Ebenso *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991 S. 20, wonach die gesetzliche Regelung „wie eine Aufrechnung“ wirke; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 90, *Vortmann*, Rechtsfragen, S. 105, *Lebek*, S. 28 und *Westermann*, ZIP 2002, 240, 248, die von „Saldierung“ sprechen. A.A. im Anschluss an die Rspr. *Coester*, JURA 1992, 617, 621, der einen Anspruch des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber ausschließt, weil der Darlehensgeber gegen den Unternehmer eine Durchgriffskondition geltend machen kann; ähnlich *HK-Bülow*, § 495 Rn. 290 der ebenfalls die Durchgriffskondition der Bank gegen den Unternehmer zulässt und nach dem der Verbraucher wegen des Schutzzwecks des Gesetzes nicht zur Rückzahlung der Valuta verpflichtet ist.

³¹² *Seibert*, § 9 VerbrKrG Rn. 7.

³¹³ *Vollkommer*, FS Merz, S. 604; *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 67; *Schwintowski/Schäfer*, BankR, § 15 Rn. 158; *Bertram*, S. 258.

³¹⁴ *Seibert*, § 9 VerbrKrG Rn. 7.

³¹⁵ *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 67.

³¹⁶ *Bertram*, S. 258.

Dem Begriff der Konsumtion liegt somit die Vorstellung zugrunde, dass es bei den jeweiligen vertraglichen Ansprüchen verbleibt. Dies gilt auch für die Meinungen, die eine *Konfusion* oder eine *Saldierung* der Ansprüche annehmen.

(2) *Auffassung des BGH*

Demgegenüber hat die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Abzahlungsgesetz schon einen Anspruch des Darlehensgebers gegen den Abzahlungskäufer auf Rückzahlung der Darlehensvaluta abgelehnt³¹⁷, da infolge des Widerrufs sowohl der Darlehensvertrag als auch der verbundenen Vertrag von Anfang an unwirksam sind und es zu einer Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht komme. Die Rückabwicklung erfolge dann ausnahmsweise nicht „übers Dreieck“ – wie es die herrschende Auffassung bei Doppelmängeln im Wege der Doppelkondition annimmt³¹⁸ – sondern mit einer Durchgriffskondition im Verhältnis Darlehensgeber und Unternehmer.³¹⁹ Infolge des Widerrufs seien Kredit- und Kaufvertrag nicht wirksam geworden, so dass auch die vertragliche Weisung des Käufers an den Kreditgeber, die Darlehensvaluta dem Verkäufer zur Verfügung zu stellen, unwirksam ist. Insbesondere befreie die Leistung der Bank den Käufer nicht von seiner Kaufpreisschuld, da der Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei. Darüber hinaus sei auch der Schutzzweck der abzahlungsrechtlichen Normen zu berücksichtigen. Der Übereilungsschutz und auch die anderen unabdingbaren Regelungen des Abzahlungsgesetzes schlossen deshalb aus, dass die Leistung der Darlehensvaluta an den Verkäufer als Leistung der Bank an den Käufer behandelt wird.³²⁰

Daraus folgt für die Rückabwicklung des Darlehensvertrages nach dieser Auffassung, dass die Darlehensvaluta nicht an den Verbraucher ausgezahlt worden ist und deshalb weder ein Anspruch des Verbrauchers auf Rückzahlung der Darlehensvaluta gegen den Unternehmer, noch ein Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers gegen den Verbraucher besteht.

In der neueren Rechtsprechung des Gerichts zu finanzierten Beteiligungen an Immobilienfonds ist allerdings von einer Durchgriffshaftung nicht mehr die Rede. Ohne nähere Begrün-

³¹⁷ Anders als die hier vertretene Auffassung, wonach der Darlehensrückzahlungsanspruch und der Anspruch auf Rückgewähr der Leistung des Verbrauchers grundsätzlich bestehen, aber verrechnet werden.

³¹⁸ Bei der Doppelkondition hat der Angewiesene einen Bereicherungsanspruch gegen den Anweisenden auf Abtretung seines Bereicherungsanspruches gegen den Leistungsempfänger. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass die Abwicklung von Leistungen nur in dem fehlerhaften Rechtsverhältnis selbst vorzunehmen ist und daraus, dass eine Leistungskondition grds. Vorrang genießt, vgl. Palandt-*Sprau*, 67. Aufl. § 812 Rn. 63 f.; ebenso MünchKomm-*Lieb*, § 812 Rn. 163.

³¹⁹ BGH NJW 1980, 938, 940; wohl auch BGH NJW 1984, 1755 ff.; BGHZ 133, 254, 263; OLG Köln ZIP 1985, 22, 25.

³²⁰ BGH NJW 1980, 938, 940; BGHZ 133, 254, 263.

dung oder Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung nimmt der II. Zivilsenat bei einem in entsprechender Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB zugelassenen Rückforderungsdurchgriff, eine Rückzahlungspflicht des Verbrauchers an, die jedoch mit einem aus dem finanzierten Vertrag herrührenden Anspruch des Verbrauchers (hier: Auseinandersetzungsanspruch) saldiert werden müsse. Das Gericht geht folglich – anders als in seiner bisherigen Rechtsprechung – davon aus, dass die wechselseitigen Forderungen in der Abwicklung grundsätzlich bestehen.³²¹

Dieser Rechtsprechung hat sich der XI. Zivilsenat insoweit angeschlossen, als er fordert, dass der widerrufende Kreditnehmer bei einem verbundenen Geschäft von Belastungen durch das finanzierte Geschäft freizustellen sei.³²² Allerdings erschöpft sich die Herleitung in dem Hinweis, dass der Darlehensnehmer nicht die an den Fonds ausgezahlte Darlehensvaluta zu erstatten, sondern lediglich seine Fondsbeteiligung an den Darlehensgeber abzutreten habe.³²³ Mit einer Saldierung wechselseitiger Forderungen hat diese Abtretung jedoch nichts gemein; die aufgeworfene Frage bleibt mithin in der Rechtsprechung des BGH unbeantwortet.

(3) Stellungnahme

Die Rechtsprechung des BGH überzeugt in Anwendung der neueren Vorschriften über den Widerruf und dessen Rechtsfolgen zumindest dogmatisch nicht; im Ergebnis stimmt sie gleichwohl mit der hier vertretenen Auffassung überein.

Anders als es die Rechtsprechung zum Abzahlungsgesetz annahm und die Regelungen des Verbraucherkreditgesetzes anordneten, führt der verbraucherrechtliche Widerruf nicht mehr zur Unwirksamkeit des widerrufenen und des verbundenen Vertrages von Anfang an, ähnlich einer Nichtigkeit, sondern wandeln sich die (bereits) wirksamen Vertragsverhältnisse in Rückgewährschuldverhältnisse gem. §§ 355, 357, 346 ff. BGB um. In diesen jeweiligen Vertragsverhältnissen sind grundsätzlich die jeweiligen Vertragspartner berechtigt und verpflichtet. Eine Kondiktionslage liegt, ob des bestehenden Rückabwicklungsverhältnisses, nicht vor.³²⁴

Dieses hat auch Folgen für die Wirksamkeit der vom Verbraucher dem Darlehensgeber erteilten Anweisung, die Darlehensvaluta an den Unternehmer des verbundenen Vertrages aus-

³²¹ BGHZ 156, 46, 56 f. = NJW 2003, 2821, 2824. Der Rückforderungsdurchgriff wird vom XI. Zivilsenat auf § 813 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB gestützt, BGHZ 174, 334, 342, dazu später.

³²² BGHZ 167, 252, 260; 172, 147, 155.

³²³ BGH WM 2008, 1356, 1357.

³²⁴ Ähnlich MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 90.

zuzahlen. Entgegen der Auffassung des BGH behält diese auch nach Widerruf des Darlehensvertrages ihre Wirksamkeit – erfolgte also mit Rechtsgrund – und ist lediglich als bereits erfüllte Nebenpflicht des Darlehensgebers aus dem Darlehensvertrag bei der Rückabwicklung zu berücksichtigen. Bestehen die ursprünglichen Vertragsverhältnisse als Folge des Widerrufs fort, so folgt auch die Auszahlung der Darlehensvaluta an den Unternehmer allein in Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verbrauchers aus dem Leistungsvertrag.

Der herrschenden Auffassung der Literatur ist daher darin zuzustimmen, dass die Rückgewähransprüche in den jeweiligen Vertragsverhältnissen fortbestehen, jedoch der Darlehensgeber durch die Regelung des Eintritts im Verhältnis zum Verbraucher auch die Rückabwicklung des Leistungsvertrages übernimmt.

Die Eintrittsregelung des § 358 Abs. 4 S.3 BGB beinhaltet jedoch hinsichtlich der sich gegenüberstehenden gleichartigen Forderungen zugleich eine Art gesetzlicher Verrechnungsanordnung, ähnlich eines Aufrechnungsvertrages³²⁵, mit der Folge, dass die einander gegenüberstehenden selbständigen Forderungen erlöschen, ohne dass es noch eines zusätzlichen Gestaltungsgeschäftes bedarf. Die Forderungen erlöschen freilich nur in der Höhe, in der sie sich decken.

Da jedoch auch ein weiterer Regress zwischen Darlehensgeber und Unternehmer stattfinden muss – schließlich hat die Bank den Vertragsgegenstand aus dem verbundenen Vertrag oder Wertersatz und unter Umständen eine Nutzungsentschädigung, aber noch nicht den Kaufpreis in Höhe des Nettodarlehensbetrages zurück erhalten – kann der Eintritt des Darlehensgebers nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB nur relativ, d.h. im Verhältnis von Darlehensgeber und Verbraucher wirken.³²⁶ Der Wortlaut der Vorschrift spricht hier vom Eintritt des Darlehensgebers „im Verhältnis zum Verbraucher“. Dies hat zur Folge, dass das Erlöschen der Forderungen, insbesondere die des Verbrauchers gegen den Unternehmer auf Rückzahlung des Leistungsentgeltes, nur im Verhältnis zum Darlehensgeber bewirkt wird. Im Verhältnis zum Unternehmer bestehen die Rückgewährpflichten fort, schließlich war dieser noch nicht an der Rückabwicklung seines Leistungsvertrages beteiligt.

³²⁵ Als schuldrechtliches Verfügungsgeschäft eigener Art, vgl. MünchKomm-Schlüter, § 387 Rn. 51.

³²⁶ Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 9 VerbrKrG Rn. 86 f; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg-Emmerich, § 9 Rn. 116.

(4) Zwischenergebnis

In der bilateralen Rückabwicklung des Darlehens- und des Leistungsvertrages zwischen Darlehensgeber und Verbraucher bestehen die Ansprüche aus den jeweiligen Vertragsverhältnissen selbständig fort. Sie sind, soweit sie gleichartig sind, aufgrund gesetzlicher Anordnung zu verrechnen. Dies bewirkt hinsichtlich der Pflicht des Verbrauchers zur Rückzahlung der Darlehensvaluta und der Rückzahlungspflicht des Darlehensgebers aus übergegangenem Recht auf die Leistung aus dem verbundenen Vertrag (meist in Höhe des Nettodarlehenbetrages), ein Erlöschen der Forderungen in Höhe der Deckung. Das Erlöschen der Leistung wirkt lediglich relativ im Verhältnis Darlehensgeber und Verbraucher.

d. Ansprüche im Verhältnis Darlehensgeber - Unternehmer

Wie sich die bilaterale Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer darstellt, wird in der Rechtslehre allerdings weniger problematisiert als die Frage, wie sich die Rückabwicklung der verbundenen Verträge zwischen Darlehensgeber und Unternehmer gestaltet. Dies ist nicht ganz verständlich, da bereits die bilaterale Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer die Weichen für eine weitere Abwicklung der Verträge ohne den Verbraucher stellt.

Ausgehend von der Feststellung, dass die Regelungen der §§ 358, 359 BGB dazu keine Aussagen treffen, wird nicht diskutiert, ob eine Rückabwicklung stattfindet, sondern die Frage aufgeworfen, auf welcher Grundlage sie erfolgt.

In Frage stehen die Anspruchsgrundlagen für die Ansprüche des Darlehensgebers gegen den Unternehmer auf Rückzahlung der Valuta evtl. mit Zinsen, Erstattung der Anzahlung, die die Bank an den Verbraucher zahlen musste und die Erstattungen der eigenen Aufwendungen, die durch die Rückabwicklung angefallen sind.

Auf Seiten des Unternehmers sind aus streitiger Anspruchsgrundlage folgende Ansprüche gegen den Darlehensgeber fraglich: Herausgabe der (Kauf-) Sache, die er an den Verbraucher geleistet und die dieser an die Bank herausgegeben hat, sowie Herausgabe der vom Verbraucher gezahlten Nutzungsentschädigung oder des Wertersatzes.

Besteht zwischen dem Darlehensgeber und dem Unternehmer eine vertragliche Vereinbarung für den Fall des wirksam widerrufenen Darlehensvertrages, so ergibt sich die Rückabwick-

lung aus dieser. Sie kann in Form einer Rahmenvereinbarung vorliegen oder sich bei Interzession des Unternehmers für die Darlehensschuld aus dem Gesamtschuldverhältnis ergeben.³²⁷ Fehlt eine vertragliche Vereinbarung, so ist die Rechtsgrundlage der Rückabwicklung streitig.

aa. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung wurde, da sie auch die Frage der Ansprüche in der Abwicklung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer betraf, bereits dargestellt. Sie gewährt dem Darlehensgeber im Wege der Durchgriffskondition einen Direktanspruch auf Rückzahlung des Darlehensbetrages gegen den Unternehmer.

Dass diese Auffassung unter dem Gesichtspunkt des durch den Widerruf entstehenden Rückabwicklungsverhältnisses nicht überzeugt, wurde ebenfalls bereits zu Bedenken gegeben. Ferner bietet diese Lösung auch keinen Weg, eine Rückabwicklung der Ansprüche des Unternehmers gegen den Darlehensgeber oder des Darlehensgebers auf Herausgabe der im Verhältnis zum Verbraucher gezahlten Anzahlung zu begründen. Auf welcher Anspruchsgrundlage der Unternehmer von der Bank die Herausgabe des Vertragsgegenstandes und einer evtl. vom Verbraucher gezahlten Nutzungsentschädigung verlangen kann, läßt die Rechtsprechung, die über diese Ansprüche bislang nicht entscheiden musste³²⁸, ebenfalls im Dunkeln.

bb. Literatur

Die Begründungsansätze in der Literatur lassen hinsichtlich der Rückabwicklung der Darlehensvaluta zwischen Bank und Unternehmer mittlerweile vier Argumentationslinien erkennen.

Zum einen wird – wie in der Rechtsprechung des BGH – eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung vertreten. Ausgegangen wird dabei von der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages und des finanzierten Vertrages als Folge des Widerrufs des Darlehensvertrages. Ein Großteil der Vertreter dieser Auffassung sieht durch den Widerruf des Darlehensvertrages auch die Weisung des Verbrauchers an den Darlehensgeber, die Darlehensvaluta an den Unternehmer auszuzahlen, als nichtig an, so dass sich die Zahlung als solche des Darlehensge-

³²⁷ So der BGH WM 1993, 1236 ff. zugrunde liegende Fall. Vgl. ferner HK-Bülow, § 495 Rn. 303.

³²⁸ BGH WM 1993, 1236 ff. konstatierte zwar eine Rückgewähr Zug-um-Zug, begründete dies aber auf die zwischen Bank und Unternehmer geschlossene Vereinbarung.

bers darstellt und eine Direktkondiktion möglich ist.³²⁹ Der Anspruch des Darlehensgebers auf Rückzahlung der Valuta richte sich folglich nach § 812 Abs. 1, 1.Var. BGB. Nach anderer Ansicht auch nach § 812 Abs.1, 2.Var. BGB.³³⁰

Eine Rückabwicklung über Bereicherungsrecht befürwortet ferner ein weiterer Teil der Literatur, allerdings mit dem Unterschied, dass keine Durchgriffskondiktion, sondern eine sog. Kondiktion der Kondiktion stattfindet.³³¹ Diese für den Fall der Nichtigkeit des Darlehens- und des Kaufvertrages entwickelte Rückabwicklung sieht eine Abwicklung in den jeweiligen Leistungsverhältnissen vor – freilich ohne die später normierte bilaterale Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Verbraucher zu beachten. Danach könne der Darlehensgeber vom Verbraucher zwar nicht die Darlehensvaluta kondizieren, da der Verbraucher durch den Darlehensgeber infolge der Nichtigkeit der Kaufpreisschuld nicht von einer Verbindlichkeit befreit werde. Der Verbraucher habe aber gegen den Unternehmer wegen seiner Leistung mittels eines Dritten einen Bereicherungsanspruch auf den Kaufpreis. Diesen Anspruch wiederum könne der Darlehensgeber im Wege der Kondiktion herausverlangen, indem der Verbraucher seinen Anspruch abtritt.³³²

Ebenfalls eine unmittelbare bereicherungsrechtliche Inanspruchnahme des Unternehmers durch den Darlehensgeber sieht *Kessal-Wulf* über das Institut der Drittleistungskondiktion gegeben. Da die Zahlung gemäß § 267 BGB als Eigenleistung auf die fremde Schuld des Verbrauchers erfolge, liege eine selbständige Leistungsbeziehung im Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Unternehmer vor.³³³

Die Rückgewähransprüche des Unternehmers gegen den Darlehensgeber werden von den Vertretern einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unterschiedlich begründet. Zum Teil wird der Anspruch auf Herausgabe der Sache und die Nutzungsentschädigung auf § 816 Abs. 2 BGB gestützt, da die Leistungen des Verbrauchers nur im Verhältnis zum Darlehensgeber wirksam sind.³³⁴ *Kessal-Wulf* sieht Herausgabeansprüche im Wege der Nichtleistungskondiktion gegeben, da § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Verhältnis zwischen Unternehmer

³²⁹ *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung S. 506; *Münstermann/Hannes*, § 9 VerbrKrG Rn. 509; *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, § 9 VerbrKrG Rn. 94; v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg-Emmerich*, § 9 Rn. 123 f.; *HK-Bülow*, § 495 Rn. 299; *Tröster*, S. 142; ähnlich *Pickert*, S. 167, der die Anweisung während des Laufs der Widerrufsfrist als noch nicht wirksam ansieht.

³³⁰ *Erman-Saenger*, § 358 Rn. 29, ohne weitere Begründung.

³³¹ *Esser*, FS Kern, S. 87, 109 ff.; *Canaris*, FS Larenz 70. Geb. S. 799, 839 f.; *MünchKomm-Lieb*, § 812 Rn. 163. *Pietzcker*, S. 126 f.; *Lehmann*, S. 107 ff für den Fall der Nichtigkeit der beiden Geschäfte.

³³² *Esser*, FS Kern S. 87, 111; a.A. *Larenz*, FS Michaelis, S. 193, 207 ff. der eine Kondiktion der Darlehensvaluta im Verhältnis Darlehensgeber-Verbraucher zulässt, dem Verbraucher aber ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB zugesteht, solange er den Kaufpreis noch nicht vom Unternehmer zurückerhalten hat.

³³³ *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 71; zustimmend *Teufel*, JA 2007, 337, 340.

³³⁴ *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, § 9 VerbrKrG Rn. 97.

und Darlehensgeber keinen Rechtsgrund darstelle.³³⁵ Zum Teil wird ganz allgemein auf das Bereicherungsrecht verwiesen und angemerkt, dass die Saldotheorie wegen der fehlenden Gegenseitigkeit der Ansprüche nicht anwendbar sei.³³⁶

Lebek hingegen bejaht aufgrund der wirtschaftlichen Einheit der verbundenen Verträge ein Schuldverhältnis zwischen Darlehensgeber und Unternehmer. Im Rahmen dieses Schuldverhältnisses habe der Unternehmer dem Darlehensgeber die Valuta und die Anzahlung in analoger Anwendung des Auftragsrechts gem. § 670 BGB zurückzugewähren. Der Darlehensgeber sei gegenüber dem Unternehmer analog § 667 BGB verpflichtet, die vom Verbraucher erhaltene Sache, sowie den evtl. Nutzungs- oder Wertersatz herauszugeben.³³⁷

Nach einer dritten Auffassung soll der Verbraucher dem Darlehensgeber nach Widerruf des Darlehensvertrages den Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta abzutreten haben.³³⁸

Bertram begründet dies aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht, die dem Darlehensvertrag durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu entnehmen sei.³³⁹

Eine erhebliche Zahl von Anhängern hat eine vierte Auffassung, die für die Rückabwicklung der verbundenen Verträge im Verhältnis von Darlehensgeber und Unternehmer die Regelung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB analog anwenden will.³⁴⁰ Die Regelung solle rechtsfortbildend dahingehend ausgelegt werden, dass der Darlehensgeber hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs auch im Verhältnis zum Unternehmer in die Stellung des Verbrauchers einrückt.³⁴¹ Danach habe der Darlehensgeber analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des Nettodarlehensbetrages sowie auf die vom Verbraucher an den Unternehmer und im Rahmen der Rückabwicklung vom Darlehensgeber an den Verbraucher gezahlten Anzahlung. Der Unternehmer habe einen Anspruch auf Herausgabe oder Rückübereignung der

³³⁵ Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 71.

³³⁶ v. Westphalen/*Emmerich/v.Rottenburg-Emmerich*, § 9 Rn. 125; *HK-Bülow*, § 495 Rn. 304.

³³⁷ *Lebek*, S. 57 ff. *Bülow* vertritt demgegenüber, dass der Darlehensgeber als Geschäftsführer ohne Auftrag einen Anspruch auf die Anzahlung und den Nettokreditbetrag als Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683 BGB gegen den Unternehmer hat, schränkt seinen Vorschlag aber sogleich mit der Überlegung ein, dass die Geschäftsführung selten dem Willen des Unternehmers entspricht, *HK-Bülow*, § 495 Rn. 300.

³³⁸ *Pietzcker*, S. 127 für den Fall der Rückabwicklung nach Einwendungsdurchgriff wegen Wandelung oder Rücktritt „entsprechend“ der §§ 812 Abs.1 S.1, 398 BGB; wohl auch *Scholz*, *VerbrKrV*, Rn. 364; *Bertram*, S. 262 ff.

³³⁹ *Bertram*, S. 262, mit den Herausgabeansprüchen des Unternehmers musste sich *Bertram* nicht beschäftigen, da solche wegen des Vertragsgegenstandes der Gesellschaftsbeteiligung nach seiner Lösung nicht bestanden.

³⁴⁰ *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991 S. 21; wohl auch *Scholz*, MDR 1989, 1054, 1057; *MünchKommHabersack*, § 358 Rn. 91, *Soergel-Häuser*, 12. Aufl. § 9 *VerbrKrG* Rn. 88; *Coester*, JURA 1992, 617, 622; *Drescher*, Rn. 263; *Schwintowski/Schäfer*, *BankR* § 15 Rn. 159; *Möller/Lutz*, *VuR* 2005, 81, 91; zust. auch *Hagena*, S. 204 f. Fn. 131.

³⁴¹ *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 21.

Sache und könne die vom Verbraucher an den Darlehensgeber geleistete Nutzungsvergütung herausverlangen.³⁴²

cc. Stellungnahme

Ein Regress zwischen Darlehensgeber und Unternehmer aufgrund bereicherungsrechtlicher Vorschriften ist nach der Neuregelung des Widerrufsrechts nicht mehr überzeugend. Mit dem Verweis des § 357 Abs. 1 BGB auf das Rücktrittsrecht wandelt sich das ursprüngliche Vertragsverhältnis nunmehr auch nach Ausübung des Widerrufsrechts in ein umgestaltetes, aber noch immer bestehendes Vertragsverhältnis um.³⁴³ Anders als die Rückabwicklungsregelung des § 7 Abs. 4 VerbrKrG i.V.m. § 3 HWiG³⁴⁴, die als besonders ausgestaltetes Bereicherungsverhältnis und *lex specialis* zu den §§ 812 ff. BGB angesehen wurden, hält das Gesetz nunmehr an der Wirksamkeit des Vertrages fest. Wurden unter Geltung des § 3 HWiG Lücken in der Rückabwicklung festgestellt, so war ein lückenfüllender Rückgriff auf das Bereicherungsrecht erlaubt.³⁴⁵ Demgegenüber entfällt der Rechtsgrund der Leistung im Abwicklungsregime des Rücktrittsrechts nicht. Dies hat Auswirkungen auf die dargestellten Argumentationsketten der Vertreter einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung bezüglich der Darlehensvaluta, aber auch hinsichtlich der Herausgabeansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher.

Das entstehende vertragliche Abwicklungsverhältnis hat zur Folge, dass auch die vom Verbraucher an den Darlehensgeber erteilte Anweisung, die Schuld des Verbrauchers aus dem finanzierten Vertrag durch direkte Auszahlung der Valuta an den Unternehmer zu tilgen, nicht mehr unwirksam wird – wie dies früher aus der Unwirksamkeit der verbundenen Verträge geschlossen wurde – sondern dass sie, wie die Verträge, grundsätzlich weiter besteht. Da der Widerruf des Darlehensvertrages nicht (mehr) zu einer Unwirksamkeit des Darlehensvertrages führt, erlischt auch die in der Anweisung enthaltene Ermächtigung nicht gem. §§ 139, 168 S. 1 BGB. Ein anderer Erlöschensgrund für die Anweisung ist nicht ersichtlich. Insbesondere kommt ein durch Widerruf des Darlehensvertrages konkludent erklärter Widerruf der

³⁴² MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 91.

³⁴³ S.o. § 2 V 2.

³⁴⁴ Der bis zum 30.06.2000 geltende § 7 Abs. 4 VerbrKrG lautete: „Auf den Widerruf findet im übrigen § 3 des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnliche Geschäfte Anwendung.“ Der ebenfalls bis 30.06.2000 geltende § 3 HWiG lautete: „Im Falle des Widerrufs ist jeder Teil verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. [...]“.

³⁴⁵ Erman-Klingsporn, 9. Aufl. § 3 HWiG Rn.3; MünchKomm-Ulmer, 3. Aufl. § 3 HWiG Rn.5; vgl. Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 884 (Fn. 49) m.w.Nachw.

Anweisung nicht in Betracht, da der Widerruf gem. § 790 BGB nur vor Auszahlung der Valuta erklärt werden kann.³⁴⁶

Gegen eine Drittleistungskondiktion, wie sie *Kessal-Wulf* vorschlägt, spricht in erster Linie die Anweisung, aufgrund derer der Darlehensgeber den Darlehensbetrag an den Unternehmer zahlt. Dabei erfüllt er zunächst seine Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag, die Valuta auszuzahlen und seine ebenfalls auf Grund des Darlehensvertrages übernommene Nebenpflicht, die Valuta direkt an den Unternehmer zu leisten. Diese Leistung erfolgt ausschließlich mit dem Zweck, die Tilgungsbestimmung des Verbrauchers zu übermitteln. Insbesondere ist der Darlehensgeber in der Regel nicht gewillt, die Zahlung auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko zu erbringen. Eine Zahlung des Darlehensgebers als Eigenleistung im Sinne des § 267 BGB kommt deshalb nicht in Betracht.

Im Übrigen ist zwar anerkannt, dass in Fällen der Drittzahlung an einen Scheingläubiger eine Direktkondiktion stattfinden kann³⁴⁷, jedoch setzt die Annahme einer Drittzahlung voraus, dass keine Anweisung vorliegt.³⁴⁸ Eine solche ist indes gerade bei Darlehensverträgen mit vereinbarter Zahlung der Valuta an einen Dritten gegeben. Nur aufgrund der Veranlassung des Verbrauchers zahlt der Darlehensgeber an den Unternehmer. Bestünde eine solche Anweisung nicht, wäre der Darlehensgeber allein dem Darlehensnehmer zur Zahlung der Valuta verpflichtet. In diesem Falle besteht keinerlei Eigenleistungsinteresse des Darlehensgebers zur Zahlung an den Unternehmer.

Auch für Herausgabeansprüche des Unternehmers, etwa aus § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB, fehlen die Voraussetzungen einer Kondiktionslage.³⁴⁹ Aufgrund des noch bestehenden Vertragsverhältnisses hat der Verbraucher dem Darlehensgeber den Nettokreditbetrag herauszugeben. Er erhält indes seine bereits gezahlten Zins- und Tilgungsraten zurück. Auch die Rückabwicklung des Leistungsvertrages erfolgt aufgrund des Vertragsverhältnisses zwischen Verbraucher und Unternehmer einzig mit der in § 358 Abs. 4 S. 3 BGB angeordneten Besonderheit, dass der Darlehensgeber im Verhältnis zum Verbraucher die Rechte und Pflichten auch aus dem Leistungsvertrag übernehmen soll. Im Rahmen der Abwicklung des Leistungsvertrages ist der Verbraucher wie nach einem Rücktritt verpflichtet, den Vertragsgegenstand zurückzugewähren und für die Zeit des Gebrauchs eine Nutzungsentschädigung zu zahlen.

³⁴⁶ MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 90.

³⁴⁷ So für den Fall der Zahlung eines Haftpflichtversicherers aufgrund einer vermeintlichen Freistellungspflicht gegenüber seinem Versicherungsnehmer, BGHZ 113, 62, 69 m.w.Nachw.

³⁴⁸ BGHZ 113, 62, 68.

³⁴⁹ So wohl auch *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 884.

Der Unternehmer (ausnahmsweise in Person des Darlehensgebers) ist dagegen verpflichtet, den Kaufpreis zurückzuzahlen.

Ein Rechtsgrund für diesen Austausch ist somit – entgegen *Kessal-Wulf*³⁵⁰ – vorhanden. Der Darlehensgeber hat den Vertragsgegenstand und die Nutzungsentschädigung aufgrund des Rückabwicklungsvertrages erlangt. Dabei muss als Rechtsgrund noch nicht einmal die Eintrittsregelung des § 358 Abs. 4 S.3 BGB herangezogen werden³⁵¹, da der Austausch zwischen Darlehensgeber und Verbraucher hinsichtlich des Leistungsvertrages nur insoweit stattfindet, als Ansprüche in diesem Vertragsverhältnis bestehen. Das Gesetz geht daher ganz selbstverständlich von einer Abwicklung im Leistungsvertrag und damit einem Rechtsgrund aus.

Gleichwohl erfolgt die Leistung des Verbrauchers – etwa die Nutzungsvergütung – auch aufgrund der Schuldübernahme des Darlehensgebers. Aus diesem Grund ist ein Anspruch des Unternehmers aus § 816 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Infolge der angeordneten Schuldübernahme durch den Darlehensgeber kann dieser nicht als Nichtberechtigter angesehen werden. Vielmehr ist er, auch in der Stellung des Unternehmers, aktiv- und passivlegitimiert und kann etwa den Verbraucher auf Rückgewähr des Vertragsgegenstandes verklagen.³⁵²

Lebek merkt zutreffend an, dass sich die Unzulänglichkeiten der bereicherungsrechtlichen Lösungen aus der Andersartigkeit des Lebenssachverhalts ergeben. Insbesondere stehen Darlehensgeber und Unternehmer nicht völlig beziehungslos nebeneinander und der Darlehensgeber übernimmt die gesamte Rückabwicklung aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnung.³⁵³ Allerdings ist die Annahme, dass aufgrund der wirtschaftlichen Einheit ein Schuldverhältnis zwischen Darlehensgeber und Unternehmer entstände, auf das die Vorschriften des Auftragsrechts analog anzuwenden sind, ziemlich weitgehend. Allein die wirtschaftliche Verbundenheit der beiden Verträge begründet noch keine Rechte und Pflichten. Zwar gibt es auch Schuldverhältnisse ohne Leistungspflichten, deren Schutzgegenstand ist jedoch zumindest das Integritätsinteresse des anderen Vertragspartners.³⁵⁴ Selbst solche Mindestpflichten können aber zwischen Darlehensgeber und Unternehmer zumindest bis zur Ausübung des Widerrufs durch den Verbraucher nicht gesehen werden.

³⁵⁰ Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 71.

³⁵¹ Siehe Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 71, in Erwiderung auf MünchKomm-*Habersack*, § 9 VerbrKrG (3. Aufl.) Rn. 71, die Abs. 4 S. 3 im Verhältnis Darlehensgeber – Unternehmer nicht als Rechtsgrund gelten lassen will, weil die Regelung nur relativ wirke.

³⁵² BGHZ 133, 66, 72.

³⁵³ *Lebek*, S. 57.

³⁵⁴ Palandt-*Heinrichs*, 67. Aufl. Einl. § 241 Rn. 4.

dd. Eintritt des Darlehensgeber in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB?

(1) Entwicklung

Viel nahe liegender als eine Analogie zum Auftragsrecht ist jedoch eine entsprechende Anwendung einer speziell für den verbundenen Vertrag geschaffenen gesetzlichen Regelung: Der Eintrittsregelung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB. Die analoge Anwendung dieser Norm auch auf eine Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Unternehmer nachdem ersterer die Rückabwicklung beider Verträge mit dem Verbraucher übernommen hat, setzt zunächst eine planwidrige Regelungslücke voraus. Das bedeutet, dass eine bestimmte Regelung fehlt, die nach dem Regelungsplan oder dem Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu erwarten wäre.³⁵⁵ Dass in den §§ 355 ff. BGB geregelte Widerrufsrecht des Verbrauchers sieht für den Fall des Widerrufs eines Darlehensvertrages, aber auch für den Fall des Widerrufs des finanzierten Vertrages eine Rückabwicklung nach §§ 357, 346 ff. BGB vor. Die sich daraus ergebenden Pflichten der Vertragspartner beziehen sich grundsätzlich auf die Rückabwicklung der ausgetauschten Leistungen in dem jeweiligen Vertragsverhältnis. Diesen Grundsatz bringt § 358 Abs. 4 S. 3, 2. HS BGB zum Ausdruck, wonach es vor Zufluss des Darlehens bei der Rückabwicklung der Verträge zwischen den jeweiligen Vertragspartnern verbleibt. Dem liegt zudem der Gedanke zugrunde, dass eine Trennung von Darlehens- und Leistungsvertrag grundsätzlich beibehalten wird, auch wenn eine wirtschaftliche Einheit der beiden Verträge angenommen werden kann.

Um dem Verbraucher aber eine einfache Rückabwicklung der Verträge zu ermöglichen, wurde die Eintrittsregelung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB geschaffen. Sie stellt eine Ausnahme zu der grundsätzlich gewünschten Rückabwicklung in den jeweiligen Vertragsverhältnissen nach § 357 Abs. 1 BGB dar. Im Rahmen der Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer wird deshalb auch die grundsätzliche Trennung der Verträge beibehalten. Nur so können die jeweiligen Rückabwicklungspflichten der Vertragsparteien konkretisiert werden.

Hat sich der Gesetzgeber aber mit der Anordnung der Rückabwicklung in dem jeweiligen Vertragsverhältnis in entsprechender Anwendung der Rücktrittsregelungen entschieden, so hat er es doch versäumt, die weitere Abwicklung nach Eintritt des Darlehensgebers zu regeln.

³⁵⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre S. 196.

Eine zuvorderst vorzunehmende Gesetzesauslegung zeigt die Grenze des Wortlautes und damit der – auch extensiven – Auslegung³⁵⁶ auf, da lediglich vom Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers die Rede ist. Dass der Gesetzgeber keine Regelung der Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Unternehmer formuliert hat, ist andererseits auch kein “beredtes Schweigen“³⁵⁷, worin ein eventueller Wille des Gesetzgebers zur Nichtregelung zum Ausdruck käme. Auf eine solche bewusste Lücke findet sich jedenfalls kein Hinweis in der Gesetzesbegründung. Vielmehr wird in der Begründung deutlich, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass zwischen Darlehensgeber und Unternehmer eine vertragliche Vereinbarung geschaffen wird, die den Regress nach dem Widerruf regelt.³⁵⁸ Dass in der Praxis solche Vereinbarungen in der Regel auch existieren, zeigt sich in der überschaubaren Anzahl von Urteilen, die zu einem Regress zwischen Bank und Unternehmer ergangen sind.³⁵⁹ Der Gesetzgeber hat eine spezielle Regelung offenbar nicht für nötig erachtet.

Bevor eine Regelungslücke festgestellt werden kann, ist fraglich, ob er eine Rückabwicklung nach allgemeinen Vorschriften in Betracht kommt. Dass nämlich keine Regelungslücke bestünde, da die Regelungen des Bereicherungsrechts Platz greifen, ist der einzige Einwand, den die Vertreter einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gegen eine analoge Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB vorbringen.³⁶⁰

Die bereits geführte Auseinandersetzung mit diesen Auffassungen hat jedoch gezeigt, dass bereicherungsrechtliche Ansprüche schon wegen der nicht erfüllten Tatbestandsvoraussetzungen nicht in Betracht kommen. Insbesondere hat der Leistungsaustausch zwischen Darlehensgeber und Verbraucher seine Grundlage in der in § 358 Abs. 4 S. 3 BGB angeordneten Schuldübernahme, so dass für die nach dieser Abwicklung entstandene Vermögenslage ein Rechtsgrund besteht. Der Vorrang der Leistungskondiktion – denn als Leistung ist etwa die Rückgewähr des finanzierten Gegenstandes einzuordnen – vor der Nichtleistungskondiktion sei an dieser Stelle ergänzend erwähnt. Auch dieser Vorrang verhindert das tatbestandliche Eingreifen der Bereicherungsregeln.

³⁵⁶ Zippelius, Methodenlehre S. 73.

³⁵⁷ Larenz/Canaris, Methodenlehre S. 191.

³⁵⁸ BT-Drucks. 11/5462 S. 24. Da heißt es zum Einwendungsdurchgriff: „[...] die sofortige Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts gegenüber dem Kreditgeber dient nämlich einer ökonomischen Vertragsabwicklung: Der Kreditgeber kann sein Vertragsverhältnis von vornherein so gestalten, dass er leicht Regress nehmen kann (z.B. indem er sich ein Bürgschaft einräumen läßt).“

³⁵⁹ Vgl. BGH NJW 1980, 938 f.; NJW 1989, 2879 ff.; OLG Köln ZIP 1985, 22 ff. Gleichwohl handelt es bei der Frage des Regresses nicht bloß um einen akademischen Streit, da die Annahme der „wirtschaftlichen Einheit“ zwischen Darlehens- und Kaufvertrag unabhängig von der Frage bejaht werden kann, ob eine Rahmenvereinbarung zwischen Unternehmer und Bank besteht.

³⁶⁰ v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg-Emmerich, § 9 Rn. 122; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 69; Pickert, S. 166.

Gleiches gilt im Übrigen für eine Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA). Dieses Institut – welches neben dem Bereicherungsrecht keine Anwendung findet, da die berechtigte GoA einen Rechtsgrund darstellt³⁶¹ – setzt allerdings voraus, dass der Geschäftsführer ohne Auftrag und Berechtigung handelt, § 677 BGB. Die Berechtigung, auch den finanzierten Vertrag mit dem Verbraucher rückabzuwickeln, wird der Bank allerdings durch § 358 Abs. 4 S. 3 BGB eingeräumt. Ein Regress zwischen Darlehensgeber und Unternehmer aufgrund einer Geschäftsführung ohne Auftrag kommt daher ebenfalls nicht in Betracht.

Die hiernach festgestellte Regelungslücke eröffnet die Möglichkeit einer Analogie. Dies setzt voraus, dass im Wege der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung eine Fortbildung über den Wortlaut hinaus stattfindet, sich diese Fortbildung aber noch im Rahmen der ursprünglichen Teleologie des Gesetzes hält.³⁶² Es bedarf dabei der Feststellung, ob die Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Unternehmer nach dem Gesetzeszweck vergleichbar ist mit der Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Verbraucher und diese Fälle nach dem Gesetzeszweck gleichzubehandeln sind.

Für eine Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Unternehmer nach Widerruf des Darlehensvertrages analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB spricht der Zweck der Widerrufsfolgen bei verbundenen Verträgen. Danach erlöschen die Leistungspflichten aus den Verträgen. Hinsichtlich der bereits erfüllten Pflichten entsteht ein Abwicklungsverhältnis. Danach sollen die Vertragsparteien grundsätzlich ihre Leistungen, die sie aufgrund einer Vertragspflicht geleistet haben, wieder zurück und – wenn dies nicht mehr möglich ist – Wertersatz erhalten, § 357 BGB. Läge kein verbundener Vertrag vor, hätte der Verbraucher den Leistungsgegenstand an den Unternehmer herausgeben müssen und hätte im Gegenzug den Kaufpreis zurückerhalten, während er gegenüber der Bank zur Rückzahlung des Darlehens gegen Rückzahlung der Darlehensraten und Zinsen verpflichtet gewesen wäre. Zweck dieser Regelung ist demnach die Wiederherstellung der Vermögenslage vor Abschluss des Vertrages unter besonderer Berücksichtigung des Synallagmas und der nach Vertragsschluss eventuell eingetretenen Änderung des Vertragsgegenstandes. Hat beispielsweise der Unternehmer dem Verbraucher eine Küche geliefert, soll er diese nach dem Widerruf wieder zurück erhalten. Im Gegenzug muss er den Kaufpreis zurückzahlen.

³⁶¹ Palandt-*Sprau*, 67. Aufl. Einf. § 677 Rn. 10. Dieses Verhältnis zur GoA wird von den Vertretern einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nicht problematisiert.

³⁶² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 191.

Dies ist die grundsätzliche Folge, die das Gesetz für den Fall des Widerrufs vorsieht und der in seiner Wirkung dem Rücktritt angeglichen ist. Die Regelung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB, wonach der Darlehensgeber in der Rückabwicklung in die Rechte und Pflichten des Unternehmers eintritt, ändert grundsätzlich nichts an den Folgen, die das Gesetz für die Rückabwicklung vorsieht. Die Eintrittsvorschrift des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB regelt lediglich einen Zwischenschritt in der Rückabwicklung des Leistungsvertrages, da der Leistungsgegenstand und eine eventuelle Nutzungsentschädigung in der Rückabwicklung vom Verbraucher an den Darlehensgeber geleistet werden. Dass diese Vermögenslage jedoch noch nicht die ursprüngliche ist, liegt auf der Hand und entspricht nicht dem Zweck eines Rückabwicklungsverhältnisses nach Widerruf oder Rücktritt. Mit der Rückabwicklung zwischen Verbraucher und Darlehensgeber sind allein das Abwicklungsverhältnis aus dem Darlehensvertrag und die sich daraus ergebenden Rückgewährpflichten vollständig erfüllt.

In einem zweiten Rückabwicklungsschritt müssen daher die Leistungen aus dem Leistungsvertrag, soweit sie bereits erbracht wurden, wieder an den jeweiligen Leistungserbringer zurückgeführt werden. Dafür bietet sich ein Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB an. Die Vergleichbarkeit der beiden Fälle begründet sich in dem weiteren Gesetzeszweck, dem Verbraucher für die Rückabwicklung von zwei Verträgen zur Vereinfachung lediglich eine Partei zur Verfügung zu stellen. Der Verbraucher soll nicht mit der Rückabwicklung in zwei Verträgen und durch zwei Vertragspartner belastet werden. Das hat aber auch zur Folge, dass der Unternehmer wegen der Rückabwicklung nicht mehr an den Verbraucher herantreten kann. Mit einer Übernahme der Rechte und Pflichten des Verbrauchers durch den Darlehensgeber wird dem Unternehmer wieder ein Vertragspartner zur Verfügung gestellt und dies wiederum ist Zweck des allgemeinen Widerrufsrechts: Jeder Vertragspartner soll die Leistungen zurückerhalten, die er aufgrund eines widerrufenen Vertrages geleistet hat.

(2) Folgen für die Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Unternehmer

Tritt der Darlehensgeber analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Verhältnis zum Unternehmer in die Rechte des Verbrauchers ein, so geschieht dies in Form einer Schuldübernahme.³⁶³ Danach kann der Darlehensgeber vom Unternehmer das verlangen, was der Verbraucher im Verhältnis zum Unternehmer hätte verlangen können. Gleiches gilt für den Unternehmer, der

³⁶³ Siehe oben § 3 II 4 b.

vom Darlehensgeber das verlangen kann, was er vom Verbraucher hätte fordern können. Es findet somit lediglich eine Abwicklung des Leistungsvertrages statt. Die Rückabwicklung des Darlehensvertrages ist bereits zwischen dem Darlehensgeber und dem Darlehensnehmer erfolgt.

Mithin hat der Darlehensgeber einen Anspruch auf Rückzahlung des Leistungsentgeltes analog §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1, 346 Abs.1 S.1 BGB aus übergegangenem Recht. Der Anspruch umfasst damit auch die vom Verbraucher geleistete Anzahlung. Ferner kann der Darlehensgeber aus übergegangenem Recht nach § 346 Abs. 1 S. 1 BGB die Herausgabe gezogener Nutzungen verlangen. Hat der Unternehmer keine Nutzungen aus dem empfangenen Geldbetrag gezogen, so schuldet er Zinsen gem. § 347 Abs. 1 S. 1 BGB nur insoweit, als ihm eine entsprechende Nutzung nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft möglich gewesen wäre.³⁶⁴

Der Unternehmer hat gegen den Darlehensgeber einen Anspruch auf Herausgabe der an den Verbraucher geleisteten Sache analog §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 S. 1 BGB. Ist die Herausgabe der Sache nicht möglich oder hat sie sich verschlechtert, besteht ein Anspruch auf Wertersatz gem. § 346 Abs.2 BGB, allerdings nur, soweit auch der Verbraucher nach § 357 Abs. 2 – 4 BGB verpflichtet gewesen wäre. Gleiches gilt für die gezogenen Nutzungen, für die – falls sie in Gebrauchsvorteilen bestehen – ebenfalls Wertersatz zu leisten ist. Durch die Schuldübernahme ist allein der Darlehensgeber Schuldner dieses Anspruchs. Er ist allerdings auch in der Lage zu leisten, da er den Vertragsgegenstand bereits vom Verbraucher erhalten hat.

(3) Bewertung

Der Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers durch analoge Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB ist sachgerecht. Er entspricht der vom Gesetzgeber gewollten Risikoverteilung, wonach „der Kreditgeber im Verhältnis zum Verbraucher die Folgen von Leistungsstörungen grundsätzlich trägt“.³⁶⁵ Übt der Verbraucher demnach sein

³⁶⁴ MünchKomm-Masuch, § 357 Rn. 49. Allg. für das Rücktrittsrecht MünchKomm-Gaier, § 346 Rn. 24 ff.; Ernst/Zimmermann-Hager, S. 452. Anders noch die Regelung des § 347 S. 3 BGB a.F., wonach für Geld noch eine Verzinsungspflicht vom Zeitpunkt des Empfangs an bestand.

³⁶⁵ BT-Drucks. 11/5462 S. 24.

verbraucherkreditrechtliches Widerrufsrecht aus, kann er sich mit der Rückabwicklung der verbundenen Verträge allein an den Darlehensgeber halten.

Freilich trägt der Darlehensgeber dann auch allein das Insolvenzrisiko im Verhältnis zum Unternehmer. Dieses Risiko wird jedoch dadurch aufgefangen, dass der Darlehensgeber infolge der Abwicklung mit dem Verbraucher in Besitz des Vertragsgegenstandes gekommen ist. Unabhängig von einem Sicherungseigentum, dass sich der Darlehensgeber vom Verbraucher bei Vertragsschluss hat übertragen lassen, räumt ihm auch das Eintrittsrecht des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB das Recht ein, schuldrechtlich vom Verbraucher die Übereignung des Vertragsgegenstandes aus dem finanzierten Vertrag zu verlangen. Da er in der weiteren Abwicklung des verbundenen Vertrages gegenüber dem Unternehmer analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB zur Übertragung des Vertragsgegenstandes Zug um Zug gegen Zahlung des Leistungsentgeltes verpflichtet ist, kann er den Insolvenzverwalter analog § 103 InsO auffordern, sein Wahlrecht auf Erfüllung oder Nichterfüllung auszuüben.³⁶⁶

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages, so treffen den Darlehensgeber die Pflichten aus dem Rückabwicklungsverhältnis. Der Anspruch der Bank auf Rückzahlung des Leistungsentgeltes wird zur Masseverbindlichkeit gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO. Reicht die Insolvenzmasse zur Erfüllung nicht aus, so haftet der Insolvenzverwalter nach Maßgabe des § 61 InsO persönlich.³⁶⁷

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Rückabwicklungsverhältnisses ab, so erlöschen die bestehenden Erfüllungsansprüche. Der Rückgewähranspruch auf das Leistungsentgelt wandelt sich in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung um.³⁶⁸ Dieser Schadensersatz ist lediglich Insolvenzforderung.³⁶⁹ In der Folge ist der Insolvenzverwalter nicht mehr berechtigt, die Herausgabe des Vertragsgegenstandes vom Darlehensgeber zu fordern. Bereits geleistete Zahlungen kann er aus Bereicherungsrecht zurückverlangen, soweit sie den Nichterfüllungsschaden des Darlehensgebers übersteigen.³⁷⁰

Das Risiko des Darlehensgebers ist mithin soweit verringert, als er den vom Verbraucher erhaltenen Vertragsgegenstand verwerten kann oder ihm – im Falle der vom Insolvenzverwalter gewählten Erfüllung – das Leistungsentgelt zusteht.

³⁶⁶ Dieses Wahlrecht gilt für gegenseitige Verträge und findet nach ganz h.M. Anwendung auf Rückabwicklungsverhältnisse, wozu mittlerweile auch die Rückabwicklung nach Widerruf zählt, vgl. HK *InsO-Marotzke*, § 103 Rn. 11.

³⁶⁷ HK/*InsO-Marotzke*, § 103 Rn. 45.

³⁶⁸ BGHZ 96, 392, 394 f.; 98, 160, 172; 106, 236, 241; a.A. HK/*InsO-Marotzke*, § 103 Rn. 43, wonach der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch trotz Erfüllungsablehnung als Insolvenzforderung geltend machen kann.

³⁶⁹ HK/*InsO-Marotzke*, § 103 Rn. 37.

³⁷⁰ BGHZ 106, 236, 242.

Ferner hat der Darlehensgeber die Möglichkeit, das Risiko der Uneinbringlichkeit seiner Forderungen dadurch zu verhindern, dass er den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt und bis zum Ende der Widerrufsfrist mit der Auszahlung des Darlehens wartet.

Ein vielbemühtes Kriterium für die Wertung gefundener Ergebnisse im Verbraucherkreditrecht ist die Frage, ob der Verbraucher, der einen drittfinanzierten Vertrag geschlossen hat, nicht besser steht als derjenige, der den Vertragsgegenstand ohne Hilfe eines Darlehen (selbst) finanziert hat. Sinn des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB könne nicht sein, den fremdfinanzierenden Anleger besser zu stellen als einen Selbstzahler, sog. „Besserstellungsverbot“.³⁷¹

Diese These rührt aus dem Vergleich des finanzierten Kaufs mit dem zweiseitigen Abzahlungskauf her.³⁷² Bei der Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs ging die Rechtsprechung zunächst davon aus, dass die rechtliche Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Geschäfts nicht dazu führen dürfe, den Käufer schlechter zu stellen, als er ohne die Aufspaltung stehen würde.³⁷³ Die Rede war vom sog. „Schlechterstellungsverbot“, welches auch durch den Gesetzgeber aufgegriffen wurde.³⁷⁴ Dass der finanzierende Käufer allerdings durch die wirtschaftliche Einheit der beiden Verträge auch nicht besser gestellt werden darf, als der selbstzahlende Käufer, hat der BGH nicht postuliert.³⁷⁵ Ein Hinweis auf die frühe Rechtsprechung des BGH verfängt zur Begründung des Besserstellungsverbots folglich nicht. Erst Mitte der 70er Jahre tauchte neben dem Schlechterstellungsverbot in Rechtsprechung und Literatur die These des Besserstellungsverbots auf.³⁷⁶ Eine Begründung dieser These ging in der Regel über ein „mit Treu und Glauben nicht zu rechtfertigen“³⁷⁷ nicht hinaus. Allein *Bertram* spricht von einem „teleologischen Argument“.³⁷⁸ Obwohl es der These somit an einer dogmatischen Begründung ermangelte, hat sie sich in der juristischen Diskussion festgesetzt und wurde auch – meist bei der Frage, ob der Verbraucher über den Einwendungsdurchgriff nach

³⁷¹ *Canaris*, EuZW 1991, 257; *Lieb*, WM 1991, 1533, 1537; *Bertram*, S. 264; ähnlich BGH NJW 2003, 2821, 2823 f.

³⁷² *Vollkommer*, FS Merz S. 595, 608.

³⁷³ St- Rspr. seit BGHZ 37, 94, 99.

³⁷⁴ BT-Drucks. 11/5462, S. 23: „Der Verbraucher soll durch die rechtliche Aufspaltung nicht schlechter gestellt werden, als wenn ihm – wie bei einem einfachen Abzahlungskauf – nur ein Vertragspartner gegenüberstünde.“

³⁷⁵ In BGHZ 37, 94, 101 könnte das „Besserstellungsverbot“ angeklungen sein: „Solche Einwendungen können dagegen nicht zugelassen werden, wenn eine auf Dauer angelegte vertragliche Verknüpfung zwischen Darlehensgeber und Verkäufer fehlt. Daher kann z.B. derjenige, der sich auf eigene Faust ein Darlehen beschafft, um von ihm gekaufte Ware unmittelbar vom Darlehensgeber an den Verkäufer bezahlen zu lassen, sich in aller Regel gegenüber dem Darlehensgeber, auch wenn dieser den Zweck des Darlehens kannte, später nicht darauf berufen, die gekaufte Sache sei mangelhaft.“

³⁷⁶ LG Augsburg, NJW 1973, 1704; LG Oldenburg, NJW 1975, 172, 173; OLG Stuttgart, NJW 1977, 1244, 1245; *Baur*, NJW 1975, 2008; *Scholz*, MDR 1980, 184, 187.

³⁷⁷ LG Oldenburg, NJW 1975, 172, 173.

³⁷⁸ *Bertram*, S. 251.

§ 359 BGB hinaus auch die bereits gezahlten Zins- und Tilgungsraten zurückverlangen könne – in der Rechtsprechung des BGH aufgegriffen.³⁷⁹ Letztlich bemühte gar der Gesetzgeber das Besserstellungsverbot. Im ersten Entwurf eines „Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge“ aus dem Jahre 1979 gewährte der zu schaffende § 607a Abs. 1 S. 3 BGB ein Rückforderungsdurchgriff gegen den Darlehensgeber, allerdings nur bis zur Höhe der auf das Darlehen bereits zurückerstatteten Tilgungsbeträge. In der Begründung dazu heißt es: *„Eine weitergehende Mithaftung des Darlehensgebers für Rückforderungsansprüche des Darlehensnehmers gegenüber dem Verkäufer erscheint nicht gerechtfertigt. Sie würde im wirtschaftlichen Ergebnis allein den Darlehensgeber mit dem Risiko einer Insolvenz des Verkäufers belasten und den Käufer im Falle des finanzierten Kaufs ohne ersichtlichen Grund besser stellen als einen Käufer, dem der Kaufpreis vom Verkäufer kreditiert wird.“*³⁸⁰

Im Widerspruch zu dieser Aussage stand die Begründung einer Regelung über den Einwendungsdurchgriff. Hierzu hieß es: *„Die Zulassung des Einwendungsdurchgriffs beim finanzierten Geschäft verleiht dem Käufer eine verhältnismäßig günstige Stellung im Vergleich zu einem Barkäufer, der sich die erforderlichen Mittel über einen echten Personalkredit beschafft und wegen Fehlens der wirtschaftlichen Einheit zwischen Verkäufer und Kreditgeber die Ratenzahlung nicht unter dem Hinweis auf die Leistungsstörungen beim Kauf verweigern könnte[...].“*³⁸¹

Das Gesetz wurde letztlich so nicht verabschiedet, belegt aber den Meinungsstand der damaligen Zeit.

Die Annahme eines aus Treu und Glauben erforderlichen oder teleologisch begründeten Besserstellungsverbots überzeugt gleichwohl nicht.³⁸² Es wird dabei übersehen, dass die Besserstellung desjenigen Verbrauchers, der einen drittfinanzierten Vertrag schließt, gegenüber dem selbstzahlenden Verbraucher bereits im Gesetz und dem darin bezweckten Schutz angelegt ist. Zweck der verbraucherkreditrechtlichen Regelungen ist – dies wurde bereits ausgeführt³⁸³ - in erster Linie der Schutz des Verbrauchers vor Überschuldung und vor einer Bindung an Verträge, deren Auswirkungen er auf seine wirtschaftliche Situation nicht abzuschätzen vermag. Dass eine zunehmende Verschuldung der Verbraucher auch nicht dem Gemeinwohl zuträglich ist, liegt auf der Hand. In diesem Sinne räumt der Gesetzgeber dem Verbraucher, der

³⁷⁹ Der BGH spricht von einem „Grundprinzip“ des Verbraucherkreditrechts, BGH NJW 2003, 2821, 2823 f.

³⁸⁰ BT-Drucks. 8/3212 S. 11 f.

³⁸¹ BT-Drucks. 8/3212 S. 10.

³⁸² So auch MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 58; Vollkommer, FS Merz, S. 595, 609; Pietzcker, S. 83 ff.

³⁸³ Siehe oben § 2 I 1,2.

Leistungen mit Kredit erwirbt, ein Widerrufsrecht hinsichtlich des Darlehensvertrages ein, welches ausgeübt auch die Willenserklärung zum Abschluss des finanzierten Vertrages infiziert, § 358 Abs. 2 BGB. Ohne einen Grund im Leistungsvertrag selbst zu haben, kann sich ein finanzierender Verbraucher von diesem Vertrag lösen. Diese Möglichkeit steht dem selbstfinanzierenden Verbraucher nicht zu, er hat weniger Chancen, sich von seinem Vertrag zu lösen.

Ein weiterer Vorteil, den bereits das Gesetz dem finanzierenden Verbraucher gewährt, ist die bilaterale Rückabwicklung mit dem Darlehensgeber nach Auszahlung der Valuta und Widerruf des Darlehensvertrages. Die mit dieser Abwicklung verbundene Verteilung des Insolvenzrisikos auf den Darlehensgeber entlastet den finanzierenden Verbraucher. Dieser trägt dabei deutlich weniger Risiko als der Verbraucher, der sich an den Unternehmer wenden muss, um sein Leistungsentgelt zurückzuerhalten. Der dahinter stehende Gedanke ist hier klar erkennbar: Für denjenigen, der über Geld verfügt und keinen Kredit benötigt, steht immer nur die Geldsumme auf dem Spiel, über die er bereits verfügt. Er verliert allenfalls sein ganzes Vermögen. Anders derjenige, der kein Vermögen besitzt. Er verschuldet sich, ist unter Umständen nicht mehr in der Lage seinen Lebensunterhalt zu finanzieren und belastet damit die Allgemeinheit.

Um dies zu verhindern, stellt das Gesetz dem finanzierenden Verbraucher die Instrumentarien der §§ 358 f. BGB zur Verfügung und räumt ihm bereits mit diesen Regelungen Vorteile gegenüber dem selbstzahlenden Verbraucher ein. Seine „Besserstellung“ ist mithin (gesetzlich) gewollt.

Auch der BGH zweifelte im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines nichtigen Darlehensvertrages an der Allgemeingültigkeit des Grundsatzes der Gleichbehandlung von finanzierenden und selbstzahlenden Verbrauchern bei verbundenen Verträgen³⁸⁴ und begründete bei der Rückabwicklung finanzierter Gesellschaftsbeiträge die faktische Besserstellung des finanzierenden Verbrauchers – ohne Bezugnahme auf die vormals vertretenen

³⁸⁴ In BGH NJW 1979, 1597, 1599 heißt es: „Die Erwägungen des BerGer., dass die Bekl. durch Zuerkennung eines Rückzahlungsanspruchs gegen die Kl. besser gestellt würden, als sie stünden, wenn der Verkäufer selbst den Kaufpreis für das Gerät kreditiert hätte, greift gegenüber dem hier in Rede stehenden Bereicherungsanspruch nicht durch. Es kann dahingestellt bleiben, ob für den finanzierten Abzahlungskauf überhaupt ein derartiger Grundsatz gilt. Jedenfalls ist er für den Bereicherungsanspruchsausgleich eines nach § 56 I Nr. 6 GewO nichtigen Darlehensgeschäftes nicht anzuerkennen, da er dazu führen würde, dass die Darlehensgeberin die ohne Rechtsgrund geleisteten Rückzahlungen behalten dürfte. Diese würde, wie dargelegt, zu der sich aus dem Schutzzweck dieser Verbotsnorm ergebenden Risikoverteilung in nicht überbrückbarem Widerspruch stehen.“

Grundsätze – durch Gewährung eines Rückforderungsdurchgriffs analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB³⁸⁵ bzw. gemäß § 813 Abs. 1 S. 1 BGB³⁸⁶.

ee. Zwischenergebnis

Ist der widerrufenen Verbraucherdarlehensvertrag zwischen Verbraucher und Darlehensgeber rückabgewickelt, erfolgt die weitere Abwicklung des finanzierten Vertrages im Verhältnis von Darlehensgeber und Unternehmer durch Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB.

Im Wege dieser Schuldübernahme kann der Darlehensgeber die Rückzahlung des Leistungsentgeltens einschließlich der vom Verbraucher gezahlten Anzahlung, die Herausgabe gezogener Nutzungen und – hat der Unternehmer keine Nutzungen aus dem empfangenen Geldbetrag gezogen – die Zinsen beanspruchen, die er nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte erhalten können.

Der Unternehmer hat gegen den Darlehensgeber einen Anspruch auf Herausgabe der Sache oder Anspruch auf Wertersatz, falls die Sache untergegangen ist oder soweit sie sich verschlechtert hat. Er kann ferner Wertersatz für die gezogenen Nutzungen verlangen, soweit diese in Gebrauchsvorteilen bestehen.

Die Abwicklung entspricht der vom Gesetzgeber vorgesehenen Risikoverteilung bei verbundenen Verträgen.

III. Wirkung des Widerrufs des finanzierten Vertrages

Nicht nur der Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages nach §§ 495 Abs. 1, 355 BGB bewirkt, dass der Verbraucher an die auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist. Dies kann sich, bei nach § 358 Abs. 3 BGB verbundenen Verträgen, auch aus dem Widerruf des finanzierten Vertrages ergeben. Eine solche Widerrufserstreckung ist in § 358 Abs. 1 BGB geregelt. Hat der Verbraucher danach seine auf Abschluss eines Vertrages auf Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Leistung durch ei-

³⁸⁵ Auch der II. Senat, der mit seinem Urteil vom 21.7.2003, NJW 2003, 2821, 2824 den finanzierenden Verbraucher faktisch besserstellt, als den selbstzahlenden Verbraucher, indem er ihm in analoger Anwendung der §§ 9 II 4, 7 IV VerbrKrG nach § 3 HWiG (heute §§ 348 Abs. 4 S. 3, 357, 346 ff. BGB) einen Rückforderungsdurchgriff gegen den Darlehensgeber einräumt, bemüht wenige Sätze zuvor noch reflexartig das tradierte „Schlechterstellungsverbot“. Im Urteil des II. Senates vom 14.6.2004, BGHZ 159, 294, 310 f. ist von diesem Grundsatz nicht mehr die Rede, ein Vergleich und die Begründung der faktische Besserstellung des finanzierenden Verbrauchers wird nicht begründet.

³⁸⁶ BGHZ 174, 334, 342.

nen Unternehmer gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Vertrag verbundenen Verbraucherdarlehensvertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden.

1. Widerrufsrechte aus dem finanzierten Vertrag

Das Recht zum Widerruf des finanzierten Vertrages kann sich – je nach Ausgestaltung des Vertrages – aus § 312 BGB, § 312 d BGB, § 485 BGB, § 4 FernUSG oder § 126 InvG ergeben. Das Haustürgeschäft gemäß § 312 BGB wird dabei in den Fällen des verbundenen Vertrages – insbesondere beim finanzierten Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft - wohl der häufigste Grund für einen Widerruf sein.³⁸⁷

Voraussetzungen für den Widerruf nach § 312 BGB ist zunächst das Vorliegen einer, in § 312 Abs. 1 Nr. 1-3 BGB definierten Haustürsituation. In dieser muss ein Verbraucher und ein Unternehmer einen Vertrag geschlossen haben, der eine entgeltliche Leistung zum Vertragsgegenstand hat. Dies umfasst den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen gegen ein Entgelt.³⁸⁸ Auch der Erwerb einer Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft stellt eine solche entgeltliche Leistung jedenfalls dann dar, wenn die Gesellschafterbeiträge um der Gewinnerzielung willen geleistet werden.³⁸⁹ Dies ist dann der Fall, wenn der Zweck des Gesellschaftsbeitritts vorrangig in der Anlage von Kapital besteht und nicht darin, Mitglied der Gesellschaft zu werden.³⁹⁰ Ein Widerrufsrecht besteht nicht, wenn ein Privilegierungstatbestand des § 312 Abs. 3 BGB vorliegt.

Wird der Unternehmer in der Haustürsituation nicht selbst tätig, sondern schaltet er einen Dritten ein, der im Namen und für Rechnung des Unternehmers den Vertrag aushandelt und

³⁸⁷ Das Widerrufsrecht nach § 312 d BGB gilt bei dem Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft – je nach Rechtsform der Gesellschaft – gem. § 312 d Abs. 4 Nr. 6 BGB nicht oder gem. § 312 d Abs. 3 Nr. 1 BGB begrenzt bis zur Eintragung ins Handelsregister und Zahlung der Einlage. Auch das Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechtsverträgen gem. § 485 BGB spielt bei den hier untersuchten Publikumsgesellschaften keine Rolle. Das gleiche gilt für den Widerruf eines Fernunterrichtsvertrages nach § 4 FernUSG. § 126 InvG löst den alten § 23 KAGG ab und stellt ein besonderes Widerrufsrecht für den Kauf von Anteilen von Kapitalanlagegesellschaften dar. Es gilt dem Anwendungsbereich des InvG entsprechend nur für Kapitalanlagegesellschaften, die in Form der GmbH oder der AG auftreten, § 6 Abs. 1 InvG. Für die Publikumsgesellschaften des grauen Kapitalmarktes, die in Form von KG, GbR und stiller Gesellschaft auftreten, gelten die Regelungen des InvG nicht. Unterliegt die Publikumsgesellschaft aber dem InvG, so gelten die Vorschriften über das Widerrufsrecht nach §§ 355, 358, 359 BGB nicht, da § 126 InvG nicht auf § 355 BGB verweist.

³⁸⁸ Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 312 Rn. 7.

³⁸⁹ BGHZ 133, 254, 261; BGHZ 148, 201, 203; (für den Fall, dass der Gesellschaftsbeitritt nur mittelbar über einen Treuhänder erfolgte); BGH NJW-RR 2005, 180; OLG Köln, ZIP 1989, 1267, 1269; OLG Bamberg EWiR 1999, 895 (Frisch); OLG Rostock, ZIP 2001, 1009, 1010; Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. § 312 Rn. 7; Erman-Saenger, § 312 Rn. 24; MünchKomm-Masuch, § 312 Rn. 30. Dazu vertiefend später.

³⁹⁰ BGH NJW-RR 2005, 180 f.

abschließt, so hängt das Widerrufsrecht des Verbrauchers nur von der Frage ab, ob der Vertrag objektiv in einer Haustürsituation abgeschlossen wurde.³⁹¹ Es kommt nicht darauf an, ob dem Unternehmer das Handeln des Dritten im Sinne der zu § 123 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätzen zurechenbar war.³⁹²

Ein wirksamer Widerruf nach § 312 BGB setzt ferner voraus, dass er innerhalb der Widerrufsfrist von zwei Wochen in Textform oder durch Rücksendung der Sache ausgeübt wurde, § 355 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Widerrufsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform erhält. Die weiteren Anforderungen an Art, Gestaltung und Inhalt der Widerrufsbelehrung sind ebenfalls in den §§ 355 Abs. 2 und 312 Abs. 2 BGB geregelt. Entspricht die Widerrufsbelehrung nicht diesen gesetzlichen Anforderungen oder erfolgte sie gar nicht erst, fängt die Widerrufsfrist nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB nicht an zu laufen.³⁹³ Der Verbraucher kann dann auch zu einem späteren Zeitpunkt widerrufen.

Steht dem Verbraucher nach Maßgabe anderer Vorschriften ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach §§ 355, 356 BGB oder nach § 126 InvG zu, so gehen diese – soweit sie tatbestandlich wirklich bestehen – dem Widerrufsrecht nach § 312 BGB vor. Dies regelt § 312a BGB.

Der Widerruf des finanzierten Vertrages³⁹⁴ hat zur Folge, dass der Verbraucher an die auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist, § 355 Abs. 1 BGB. Die Anordnung der entsprechenden Anwendung der Rücktrittsregelungen durch § 357 Abs. 1 BGB bewirkt damit den Wegfall der primären Leistungspflichten und die Umwand-

³⁹¹ EuGH, 25.10.2005, Rs. C-229/04 „Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke“, NJW 2005, S. 3555. Dem Urteil lag das Vorabentscheidungsersuchen des OLG Bremen, VuR 2004, 292 ff. zugrunde. Siehe dazu auch *Staudinger*, NJW 2005, 3521, 3522; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985, 1987 f.; *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477, 479 f.; *Knops*, WM 2006, 70 f.; *Habersack*, JZ 2006, 91, 93 f. Im Anschluss an die Rspr. des EuGH nunmehr auch BGH ZIP 2006, 221, 222 f., dabei entschied der II. Senat in Rücksprache mit dem XI. Senat. Ferner BGH NJW 2008, 3423, 3425.

³⁹² So aber der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung, siehe etwa BGH NJW 2003, 424, 425, 1390, 1391; NJW 2004, 2731, 2732 f.; ZIP 2005, 567, 569. Ebenso die h.M. in der Literatur, vgl. etwa MünchKommMasuch, § 312 Rn. 33 m.w.Nachw. War danach der Verhandlungsführer als Dritter anzusehen, so war sein Handeln nur dann zuzurechnen, wenn der Unternehmer es kannte oder kennen musste. Für fahrlässige Unkenntnis genügte, dass die Umstände des Falles den Unternehmer veranlassen mussten, sich zu erkundigen, auf welchen Umständen die ihm übermittelte Willenserklärung beruhte, BGH ZIP 2006, 221, 222. Die Zurechnung des Handelns war auch nach der früheren Rechtsprechung unproblematisch, wenn der Handelnde Angestellter, Mitarbeiter oder Beauftragter des Unternehmers war, BGH NJW 2003, 424, 425.

³⁹³ Die Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sah zunächst vor, dass das Widerrufsrecht nach § 355 Abs. 3 S. 1 BGB (a.F.) auch ohne (ordnungsgemäße) Widerrufsbelehrung nach 6 Monaten erlosch. Diese Regelung verstieß gegen die HTürWid-RL (EuGH, 13.12.2001, Rs. C-481/99 „Heininger“, NJW 2002, 281, 282) und wurde im Zuge des OLG-VertrÄndG vom 23.7.2002, BGBI.I 2002, S. 2850 geändert.

³⁹⁴ Aber nicht der nach § 126 InvG. Die Folgen des Widerrufs werden in § 126 Abs. 4 InvG abweichend geregelt.

lung des Verbrauchervertrages in ein Rückabwicklungsverhältnis. Dies wurde bereits unter § 3 II. erörtert.

2. Erstreckung des Widerrufs auf den Verbraucherdarlehensvertrag

Die Erstreckungsregelung des § 358 Abs. 1 BGB setzt weiterhin voraus, dass ein verbundener Vertrag vorliegt, der Vertrag über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer anderen Leistung also mit einem Darlehensvertrag verbunden ist und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Die Voraussetzungen des verbundenen Vertrages sind bereits unter § 3 I. dargestellt worden.

Liegt eine wirtschaftliche Einheit zwischen Darlehensvertrag und finanziertem Vertrag vor, so bewirkt der Widerruf des finanzierten Vertrages, dass § 357 BGB auch für den Darlehensvertrag gilt. Dies regelt § 358 Abs. 4 S. 1 BGB. Die gesetzlich ausdrücklich angeordnete Erstreckung ist das Ergebnis der rechtlichen Trennung von Darlehens- und finanzierten Vertrag. Es bedarf in diesem Falle keines eigenen Widerrufsrechtes für den Darlehensvertrag. Auch hier gilt das zur Widerrufserstreckung bei widerrufenem Darlehensvertrag bereits unter § 3 II. Gesagte.

3. Rückabwicklung

Für die Rückabwicklung der verbundenen Verträge nach Widerruf des finanzierten Vertrages gilt das Gleiche wie im Falle des Widerrufs des verbundenen Darlehensvertrages.

Die Rückabwicklung des jeweiligen Vertrages vollzieht sich nach den Regelungen des Rücktrittsrechts, § 357 Abs. 1 i.V.m. §§ 346 ff. BGB mit der Besonderheit, dass der Darlehensgeber – für den Fall, dass die Darlehensvaluta dem Unternehmer bereits zugeflossen ist – hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs gem. § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Verhältnis zum Verbraucher in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag eintritt. Da sich diese gesetzliche Schuldübernahme wie im Falle des widerrufenen Darlehensvertrages vollzieht, kann hier ebenfalls auf die obigen Ausführungen § 3 II. 4. verwiesen werden.

Anders als im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages entstammt der Widerruf des finanzierten Vertrages nicht dem Risikobereich des Darlehensgebers. Er hat durch die Ausgestaltung des Darlehensvertrages nicht die Möglichkeit, auf die Wirksamkeit des finanzierten

Vertrages Einfluss zu nehmen. Gleichwohl hat es der Gesetzgeber als angemessen angesehen, die Rückabwicklung der beiden Verträge über den Darlehensgeber zu organisieren. Dies liege darin begründet, dass „der Kreditgeber im Verhältnis zum Verbraucher die Folgen von Leistungsstörungen grundsätzlich trägt“.³⁹⁵ Wie bereits unter § 3 II. 4. d. dd. (3) ausgeführt wurde, ist die Risikoverteilung zu Lasten des Darlehensgebers sachgerecht. Der Darlehensgeber hat die Möglichkeit, sich mit dem Unternehmer vertraglich zu verbinden und dabei auch Regelungen zu treffen, die dieses Risiko auffangen.³⁹⁶ Folge dieser Regelung ist zudem ein Präventionsanreiz für den Darlehensgeber, den Widerrufsgrund beim Unternehmer gar nicht erst entstehen zu lassen.³⁹⁷ Bewirkt wird dadurch eine sorgfältige Auswahl des Unternehmers, der dem Darlehensgeber Gewähr für einen wirksamen verbundenen Vertrag bietet. Dies kommt letztlich dem Verbraucher zugute.

In dem nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB i.V.m. §§ 355, 357, 346 ff. BGB gestalteten Rückgewährschuldverhältnis kommt es zunächst zu einer bilateralen Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Verbraucher, bei der das Rückgewährschuldverhältnis aus dem Darlehensvertrag vollständig erfüllt wird. Dieser schließt sich die Abwicklung des verbundenen Vertrages an, die zwischen Darlehensgeber und Unternehmer stattfindet. Dabei können Verbraucher, Darlehensgeber und Unternehmer die folgenden Ansprüche geltend machen:

a. Ansprüche im Verhältnis Verbraucher - Darlehensgeber

Der Verbraucher hat gegen den Darlehensgeber demnach zunächst die Ansprüche, die sich aufgrund der Rückabwicklung des Darlehensvertrages ergeben. Er kann das für den Darlehensvertrag gezahlte Entgelt und die bereits erbrachten Zins- und Tilgungsraten herausverlangen. Ferner hat er einen Anspruch auf Zahlung der marktüblichen Zinsen, die der Darlehensgeber im Wege der Nutzung der gezahlten Zins- und Tilgungsraten erwirtschaftet hat. Beide Ansprüche liegen in §§ 358 Abs. 1 und Abs. 4 S. 1, 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB begründet.

In Folge der Schuldübernahme nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB kann der Verbraucher vom Darlehensnehmer das verlangen, was er vom Unternehmer zu verlangen berechtigt gewesen wäre, würde allein die Rückabwicklung des Leistungsvertrages stattfinden. Der Verbraucher hat gegen den Darlehensgeber mithin einen Anspruch auf Rückzahlung des Entgeltes, dass er dem

³⁹⁵ BT-Drucks. 11/5462 S. 24; kritisch MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 85, nach dem im Falle des § 358 Abs. 1 BGB die Konzentration der Rückabwicklung auf das Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer nahe liegt.

³⁹⁶ *Mankowski*, S. 674 für den Fall des § 358 Abs. 2 S. 3 BGB.

³⁹⁷ *Mankowski*, S. 1119.

Unternehmer für die erbrachte Leistung gezahlt hat. Dies wird in der Regel eine Zahlung in Höhe des Nettodarlehensbetrages gewesen sein. Darin eingeschlossen ist auch eine aus eigenen Mitteln erbrachte Anzahlung des Verbrauchers. Anspruchsgrundlage sind die §§ 358 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB aus übergegangenem Recht.

Der Darlehensgeber kann vom Verbraucher zunächst das verlangen, was sich aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrages ergibt. Danach hat der Darlehensgeber Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta gem. §§ 358 Abs. 1, Abs. 4 S. 1, 357 Abs.1, 346 Abs. 1 BGB. Ein Anspruch auf Verzinsung der Darlehensvaluta als Nutzungersatz § 346 Abs. 1 BGB besteht nicht.

Im Wege der gesetzlich angeordneten Schuldübernahme nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB kann der Darlehensgeber ferner den Gegenstand verlangen, den der Verbraucher im Leistungsvertrag erworben hat. Dieser Anspruch steht dem Darlehensgeber gem. §§ 358 Abs. 4 S. 3, 357, 346 Abs. 1 BGB aus übergegangenem Recht zu. Gleiches gilt für die Herausgabe der Nutzungen, die der Verbraucher aus dem Gegenstand gezogen hat. Diese kann der Darlehensgeber nach §§ 358 Abs. 4 S. 3, 357, 346 Abs. 1, 347 BGB verlangen.

Kann der Gegenstand des Leistungsvertrages wegen der Natur des Erlangten nicht zurückgegeben werden, so hat der Verbraucher Wertersatz nach §§ 357 Abs.1 S. 1, 346 Abs. 2 und 3, 357 Abs. 3 BGB zu leisten, den der Darlehensgeber aus übergegangenem Recht zu fordern berechtigt ist.

Im Wege der Rückabwicklung des Darlehensvertrages und des Leistungsvertrages zwischen Verbraucher und Darlehensgeber stehen sich mithin folgende Ansprüche gegenüber: Der Anspruch des Verbrauchers auf Rückzahlung der Zins- und Tilgungsraten, einschließlich marktüblicher Verzinsung sowie Anspruch auf Rückgewähr des an den Unternehmer geleisteten Leistungsentgeltes einschließlich Anzahlung und der Anspruch des Darlehensgebers auf Rückzahlung des Nettodarlehensbetrages ohne Zinsen sowie Anspruch auf Rückgewähr des Gegenstandes aus dem Leistungsvertrag einschließlich der daraus gezogen Nutzungen und Gebrauchsvorteile.

Die sich gegenüberstehenden selbständigen Ansprüche werden aufgrund gesetzlicher Anordnung miteinander verrechnet. Dies bewirkt hinsichtlich der Pflicht des Verbrauchers zur Rückzahlung der Darlehensvaluta und der Rückzahlungspflicht des Darlehensgebers aus übergegangenem Recht auf die Leistung aus dem Leistungsvertrag ein Erlöschen der Forde-

rung in Höhe der Deckung. Das Erlöschen der Leistung wirkt lediglich im Verhältnis zwischen Verbraucher und Darlehensgeber.³⁹⁸

b. Ansprüche im Verhältnis Darlehensgeber – Unternehmer

Sind die Ansprüche zwischen Darlehensgeber und Verbraucher ausgeglichen, ist die Rückabwicklung der verbundenen Verträge für den Verbraucher abgeschlossen. Gleichwohl ist der Darlehensgeber noch nicht wieder im Besitz des Darlehensbetrages, sondern lediglich im Besitz des Kaufgegenstandes. Der Unternehmer hingegen ist von der bisherigen Rückabwicklung ausgeschlossen und verfügt noch über den Kaufpreis. Die Rückabwicklung der verbundenen Verträge ist noch nicht vollständig erfolgt. In einem zweiten Rückabwicklungsschritt müssen daher die Leistungen aus dem Leistungsvertrag wieder an den Leistungserbringer zurückgeführt werden. Dies geschieht durch Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Wege einer Schuldübernahme.³⁹⁹ Danach kann der Darlehensgeber vom Unternehmer das verlangen, was der Unternehmer vom Verbraucher hätte verlangen können.

Der Darlehensgeber hat mithin gegen den Unternehmer einen Anspruch auf Rückzahlung des Leistungsentgeltes aus §§ 312, 355, 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 S. 1 BGB aus übergegangenem Recht analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB. Dieser Anspruch umfasst auch die vom Verbraucher gezahlte Anzahlung, da der Darlehensgeber nicht die Ansprüche aus dem Darlehensvertrag, sondern die Ansprüche des Verbrauchers aus dem Leistungsvertrag geltend macht. Er kann deshalb außerdem gem. § 346 Abs. 1 S. 1 BGB die Herausgabe gezogener Nutzungen verlangen. Hat der Unternehmer aus dem empfangenen Geldbetrag keine Nutzungen gezogen, so hat der Darlehensgeber einen Anspruch auf Zahlung von Zinsen gem. § 347 Abs. 1 S. 1 BGB insoweit, als dem Unternehmer eine entsprechende Nutzung nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft möglich gewesen wäre.⁴⁰⁰

Der Unternehmer hat gegen den Darlehensgeber die Ansprüche, die er gegen den Verbraucher bei einer bilateralen Rückabwicklung des Leistungsvertrages hätte. Er kann vom Darlehensgeber gem. §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB die Herausgabe der an den Verbraucher geleisteten Sache aus übergegangenem Recht analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB verlangen. Ist die Her-

³⁹⁸ Siehe dazu oben § 3 II. 4. c. cc.

³⁹⁹ Zur Herleitung dieser Analogie siehe oben § 3 II. 4. d. dd.

⁴⁰⁰ MünchKomm-Masuch, § 357 Rn. 49. Siehe dazu oben unter § 3 II. 4. d. dd. (2).

ausgabe der Sache nicht mehr möglich oder hat sie sich verschlechtert, besteht ein Anspruch auf Wertersatz gem. § 346 Abs. 2 BGB nur, soweit auch der Verbraucher nach § 357 Abs. 2 – 4 BGB zum Ersatz verpflichtet gewesen wäre. Ferner hat der Unternehmer gegen den Darlehensgeber Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen gem. §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB, ebenfalls aus übergegangenem Recht. Da dem Darlehensgeber sowohl die Sache aus dem Leistungsvertrag vom Verbraucher übergeben worden sind, als auch die daraus gezogenen Nutzungen gezahlt wurden, ist der Darlehensgeber in der Lage, diese Ansprüche zu erfüllen. Seine Verpflichtung dazu ergibt sich aus der Schuldübernahme analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB. Soweit die sich aus dieser Rückabwicklung ergebenden Forderungen gleichartig sind, sind sie zu verrechnen.

4. Zwischenergebnis

Die Rückabwicklung der verbundenen Verträge vollzieht sich nach Widerruf des finanzierten Vertrages ebenso wie bei Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages. Der Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers bei Rückabwicklung des Verbraucherdarlehensvertrages sowie in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers bei Rückabwicklung des finanzierten Vertrages entspricht der vom Gesetzgeber gewollten Risikoverteilung.

IV. Wirkung des nichtigen Darlehensvertrages im Verbund

Ist ein Verbraucherdarlehensvertrag nichtig, der mit einem Leistungsvertrag im Sinne des § 358 Abs. 3 BGB verbunden ist, so stellt sich die Frage, ob und welche Auswirkungen die Nichtigkeit des einen Vertrages auf den anderen hat. Die Frage ist deshalb von Bedeutung, weil der wirtschaftlichen Verbundenheit des Darlehens- und des Leistungsvertrages der Gedanke zugrunde liegt, dass der eine Vertrag nicht ohne den anderen geschlossen worden wäre. Eine gesetzliche Regelung dieser Fallkonstellation findet sich in den Vorschriften über den verbundenen Vertrag nicht. In § 359 BGB ist lediglich der umgekehrte Fall bedacht, bei dem der Leistungsvertrag nichtig ist und sich daraus Einwendungen gegen den Darlehensvertrag ergeben. § 358 Abs. 2 BGB hingegen trifft lediglich eine Regelung für den Fall des Widerrufs des Verbraucherdarlehensvertrages.

1. Meinungsstand

Als Folge der Nichtigkeit des Darlehensvertrages ist zunächst die Möglichkeit denkbar, dass der mit dem Darlehensvertrag verbundene Leistungsvertrag ohne Einschränkung bestehen bleibt und lediglich eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrages stattfindet.

Der BGH hat diese Auffassung zunächst in einem Urteil aus dem Jahre 1980 vertreten.⁴⁰¹ Auch die Auffassung *Bülow's* ist wohl dahingehend zu verstehen, wenn er davon spricht, dass sich die Abwicklung auf die *bereicherungsrechtliche* Abwicklung des nichtigen Darlehensvertrages beschränke.⁴⁰² Dagegen spricht jedoch die Wertung des § 359 BGB. Danach kann der Darlehensnehmer bei einem verbundenen Vertrag dem Darlehensgeber Einwendungen entgegenhalten, die ihm aus dem Leistungsvertrag entstehen. Wird der nichtige Darlehensvertrag nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt und die daraus entstehenden Ansprüche saldiert, kann der Darlehensnehmer bei später auftretenden Mängeln des Leistungsvertrages dem Darlehensgeber diese Einwendungen nicht mehr entgegenhalten. Es bestünde schlichtweg kein Anspruch des Darlehensgebers mehr – etwa auf Rückzahlung des Darlehens – dem der Darlehensnehmer sein durch § 359 BGB gewährleistetes Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten kann. Diese Problematik hat auch der BGH in dem zu entscheidenden Falle so gesehen. Er hat den Rechtsstreit deshalb zur Prüfung etwaiger Einwendungen aus dem Leistungsvertrag an das Berufungsgericht zurück verwiesen.⁴⁰³ Die Möglichkeit, dass Einwendungen erst zukünftig entstehen und die daraus folgende Konsequenz eines Einwendungsverlustes wurden allerdings nicht erörtert.

Dass die Nichtigkeit des Darlehensvertrages auch Auswirkungen auf den Leistungsvertrag hat, wird demgegenüber als andere denkbare Möglichkeit häufiger vertreten. Am weitesten geht eine Mindermeinung in der Literatur, die als Folge der Nichtigkeit des einen Vertrages auch die Nichtigkeit des anderen Vertrages bejaht.⁴⁰⁴ Abgeleitet wird diese Folge aus § 139 BGB⁴⁰⁵ bzw. aus der entsprechenden Anwendung des § 358 Abs. 2 S. 1 BGB⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ BGH NJW 1980, 2301, 2302; im Anschluss daran auch Palandt-*Grüneberg*, 67. Aufl. § 359 Rn. 6; Münch-Komm-*Habersack*, § 359 Rn. 65, der allerdings unter Rn. 31 auch die Möglichkeit des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 3 S. 1 BGB sieht, aus der sich die Nichtigkeit des Leistungsvertrages ergibt.

⁴⁰² HK-*Bülow*, § 495 Rn. 313.

⁴⁰³ BGH NJW 1980, 2301, 2302.

⁴⁰⁴ *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 733; *ders.*, Bürgerliches Recht, S. 160; *Vollkommer*, FS Merz, S. 595, 607; *Erman-Saenger*, § 358 Rn. 30. Die Auffassung *Gernhuber's* und *Vollkommer's* ist Folge der Befürwortung eines einheitlichen Vertrages. Nach *Vollkommer* bilden Kauf und Darlehen nur Teilstücke eines dreiseitigen, eine rechtliche Einheit bildenden Gesamtgeschäftes, FS Larenz, S. 703, 712 f. *Gernhuber* leitet aus dem Finalnexus (Gefüge aus mindestens zwei Größen, die zur Verwirklichung eines bestimmten Zweckes wechselseitig aufein-

In der übrigen Literatur wird jedoch überwiegend die Meinung vertreten, dass sich die Nichtigkeit des Darlehensvertrages auf den Leistungsvertrag auswirken kann, wenn das der Verbraucher will.⁴⁰⁷ Bereits *Canaris*⁴⁰⁸ hatte angeregt, die Wechselwirkungen zwischen Darlehens- und Leistungsvertrag über die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage⁴⁰⁹ einer interessengerechten Lösung zuzuführen. Sei danach der Darlehensvertrag nichtig, könne sich der Verbraucher entscheiden, ob er sich vom finanzierten Geschäft durch Rücktritt bzw. Kündigung gem. § 313 Abs. 1 und 3 S. 2 BGB lösen wolle.⁴¹⁰ Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung findet nach dieser Auffassung ausschließlich im Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Verbraucher statt. Der Verbraucher habe Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Raten und der Darlehensgeber grundsätzlich Anspruch auf Rückerhalt der Darlehenssumme. Da die Valuta aber in der Regel nicht dem Verbraucher, sondern dem Unternehmer zugeflossen ist, sei der Darlehensnehmer nicht um die Valuta bereichert, sondern um die Befreiung von einer Verbindlichkeit. Diese beträfe das Verhältnis des Verbrauchers zum Unternehmer. In der Folge habe der Verbraucher gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB den objektiven Wert dieser Verbindlichkeit zu ersetzen.⁴¹¹

Die sich nach der Ausübung des Gestaltungsrechts ergebende Rückabwicklung *beider* Verträge wird allerdings nicht in dieser Konsequenz weiter diskutiert. Würde das Rücktrittsrecht durch den Verbraucher gegenüber dem Unternehmer ausgeübt, erhielte er eine Einwendung gegenüber dem Darlehensgeber, die er gem. § 359 BGB geltend machen könnte. Diese Schlussfolgerung ziehen allerdings nur *Möller/Lutz*.⁴¹² Auch wie sich die Rückabwicklung gestalten soll, wird nicht erörtert. Soll der Darlehensnehmer eine zentrale Rolle spielen, wie es § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Falle des Widerrufs des Leistungs- oder Darlehensvertrages vorsieht?

ander bezogen sind) analog dem genetischen Synallagma für die verbundenen Verträge her, dass die miteinander verknüpften Leistungspflichten im gegenseitig verpflichtenden Schuldverhältnis zueinander stehen, FS Larenz, S. 455, 476 f. Zu den vor Inkrafttreten des VerbrKrG vertretenen „Einheits- und Trennungstheorien“ ausführlich: *Bertram*, S. 78 ff.

⁴⁰⁵ *Vollkommer*, FS Merz, S. 595, 607; *Erman-Saenger*, § 358 Rn. 30.

⁴⁰⁶ *Erman-Saenger*, § 358 Rn. 30.

⁴⁰⁷ *MünchKomm-Habersack*, § 359 Rn. 31; *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 359 Rn. 21; *Lwowski/Peters/Gößmann*, § 9 VerbrKrG III. 2. a (S.205); *Lebek*, S. 80 f.; *Goebbels*, S. 93 f.; *Möller/Lutz*, VuR 2005, 81, 86; ähnlich *RGRK-Kessler*, 6 AbzG Rn. 17, der von einem Gestaltungsrecht spricht.

⁴⁰⁸ *Canaris*, *Großkomm.HGB*, Bd. III/3, Rn. 1518.

⁴⁰⁹ Nunmehr als Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB geregelt.

⁴¹⁰ *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 359 Rn. 21.

⁴¹¹ *Staudinger/Kessal-Wulf*, § 359 Rn. 31; *MünchKomm-Habersack*, § 359 Rn. 65; *Reuter*, FS Konzen, S. 775, 781; im Ergebnis ebenso *HK-Bülow*, § 495 Rn. 313.

⁴¹² *Möller/Lutz*, VuR 2005, 82, 86. Zu den Folgen des Einwendungsdurchgriffs siehe § 3 V.

Eine Wechselwirkung zwischen den Verträgen verneint *Habersack* in den Fällen der Anfechtung des Darlehensvertrages. Unterliege der Verbraucher etwa einem Inhalts- oder Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB, so beeinflusse dieser allein die Willenserklärung des Verbrauchers hinsichtlich des Darlehensvertrages und begründe keinen eigenständigen Anfechtungsgrund für den verbundenen Vertrag.⁴¹³ Liege jedoch auch beim Leistungsvertrag ein Anfechtungsgrund vor, gelte auch hier das Anfechtungsrecht des Verbrauchers. Für den Fall der arglistigen Täuschung oder der widerrechtlichen Drohung bei Abschluss des Darlehensvertrages kommt die Verbundenheit der Verträge nach *Habersack* jedoch wieder zum Tragen. Danach sei weder der Darlehensgeber, noch der Unternehmer oder ein Darlehensvermittler „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB, so dass die Anfechtung des Darlehensvertrages unabhängig davon möglich ist, ob der Darlehensnehmer die Täuschung kannte oder kennen musste. War die Täuschung über die Eigenschaften der finanzierten Leistung kausal für den Abschluss des Darlehensvertrages, könne der Verbraucher auch diesen nach § 123 BGB anfechten. Die Anfechtung sei für jeden Vertrag gesondert und gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner zu erklären.⁴¹⁴

Im Zusammenhang mit den im Rahmen von Immobilienfonds abgeschlossenen Verbraucherdarlehensverträgen hat der BGH an seiner – bis dahin ohnehin nicht einheitlichen – Rechtsprechung nicht festgehalten. In seinem Urteil aus dem Jahr 2004 hatte das Gericht über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines Darlehensvertrages zu entscheiden, der nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG und nach § 6 Abs.1 VerbrKrG nichtig war.⁴¹⁵ Es stellte fest, dass der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber weder die Rückzahlung des Darlehens nach § 812 BGB schulde, noch Ersatz für die Nutzung des Kredits nach § 818 Abs. 1 BGB. Begründet wurde dies damit, dass der Darlehensnehmer nicht um die Darlehensvaluta bereichert sei, sondern nur um die wirtschaftliche Beteiligung an dem Fonds, dem er unter Einzahlung der Darlehensvaluta beigetreten war. Nur diese Bereicherung könne die Bank im Wege der Abtretung herausverlangen.

Untermauert wurde dieser Ansatz – bezogen auf den Erwerb eines Fondsanteils – mit der Bestimmung des bereicherungsrechtlich „Erlangten“. Durch § 358 Abs. 3 BGB werde Darlehens- und Leistungsvertrag derart miteinander verbunden, dass auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nicht von Leistungen der Bank an den Darlehensnehmer

⁴¹³ MünchKomm-*Habersack*, § 359 Rn. 35.

⁴¹⁴ MünchKomm-*Habersack*, § 359 Rn. 33 f. Dieser Auffassung hat sich der BGH in BGHZ 167, 239, 250 f. angeschlossen, allerdings mit der Einschränkung, dass die Rückzahlung des Kredits nur insoweit verweigert werden kann, soweit sein Abfindungsanspruch gegen den Fonds reicht.

⁴¹⁵ BGHZ 159, 294 ff.

einerseits und des Verbrauchers an den Unternehmer andererseits auszugehen sei. Der Verbraucher erhalte vielmehr nur eine einheitliche Leistung, nämlich die aus dem Leistungsvertrag.⁴¹⁶

Diese Rechtsprechung ist später durch den XI. Zivilsenats des BGH aufgegeben worden.⁴¹⁷

Die vom Darlehensnehmer zurückzugewährende Leistung bestünde nicht in der mit dem Darlehen finanzierten Gesellschaftsbeteiligung. Sei der Darlehensvertrag nichtig, etwa wegen Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG, ist nicht auf den Verbundcharakter des Geschäfts abzustellen, sondern nach Bereicherungsrecht zu verfahren. Die Schutzintention des Rechtsberatungsgesetzes stehe in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Schutzzweck des § 9 VerbrKrG, Verbraucher vor den Risiken der Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vertrages zu schützen. Danach habe der Darlehensnehmer ein Darlehen auch dann empfangen, wenn es vereinbarungsgemäß an die Gesellschaft ausgezahlt worden ist.

Eine Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrages soll – auch wenn dies in den Urteilen nicht explizit zum Ausdruck gebracht wird – nur im Verhältnis zum Darlehensgeber nach Bereicherungsrecht erfolgen. Der ausdrücklichen Betonung einer Trennung des Schutzzweckes der Nichtigkeitsnorm und den Regelungen über den verbundenen Vertrag ist – jedoch nicht mit Sicherheit – zu entnehmen, dass der BGH nicht von einer Nichtigkeitserstreckung auf den Leistungsvertrag mit dem Unternehmer ausgeht.⁴¹⁸ Daraus folgt, dass grundsätzlich eine Pflicht des Verbrauchers zur Rückzahlung der Darlehensvaluta bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages besteht. Im Widerspruch dazu steht allerdings die Annahme des Gerichts, der Anleger sei nicht zur Herausgabe der Darlehensvaluta gegenüber dem Darlehensgeber verpflichtet, wenn der Schutzzweck der Nichtigkeitsregelung dem entgegenstehe. Der Verbraucher könne in diesem Fall gegen ein persönliche Inanspruchnahme § 242 BGB einwenden.⁴¹⁹

2. Stellungnahme

Der Zustimmung bedarf zunächst die grundsätzliche Annahme, dass die Nichtigkeit des Darlehensvertrages auch Auswirkungen auf den Leistungsvertrag haben muss. Dies liegt in der

⁴¹⁶ BGHZ 159, 294, 309. Insofern ähnelt die vom BGH vertretene Auffassung stark der *Gernhubers*, der – unter Verweis auf den wechselseitigen Bezug, in dem Darlehens- und Kaufvertrag inhaltlich stünden – die Darlehensvaluta als eine Leistung klassifiziert, mit der gleichzeitig zwei Verbindlichkeiten getilgt würden, FS Larenz, 455, 475. Dieser Rspr. folgend MünchKomm-*Habersack*, § 359 Rn.65; *Strohn*, WM 2005, 1441, 1450; *Barnert*, WM 2004, 2002, 2012.

⁴¹⁷ Siehe dazu die Entscheidungsreihe vom 25. April 2006, BGHZ 167, 223, 236 f.; 252, 264 ff. Der II. Zivilsenat hatte mitgeteilt, dass er an seiner abweichenden Auffassung nicht mehr festhält. Ferner BGH WM 2008, 1356, 1357 f.

⁴¹⁸ Noch offen gelassen in BGHZ 174, 334, 345.

⁴¹⁹ BGH WM 2008, 1356, 1359.

typischen vertraglichen Gestaltung eines Verbundgeschäftes begründet, in der dem Darlehensnehmer die Dispositionsbefugnis über die Darlehenssumme entzogen ist und er den Leistungsvertrag mangels eigenen Barvermögens nur abgeschlossen hat, weil die Finanzierung der Leistung gesichert ist. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn der Darlehensnehmer zwar in der Lage gewesen wäre, den Preis für die Leistung selbst zu erbringen, er aber – etwa wegen steuerlichen Abschreibungsmöglichkeiten – eine Finanzierung des Leistungs- (Kauf-)preises gewählt hat. Auch in diesem Fall ist das Darlehen für den Zweck des Erwerbes einer im Darlehensvertrag zumeist genannten Leistung bestimmt. Die Möglichkeit, über die Valuta frei zu verfügen, hat der Darlehensnehmer in beiden Fällen nicht.

Der Anwendung des § 139 BGB mit der Folge der Nichtigkeit auch des Leistungsvertrages steht jedenfalls die Entscheidung des Gesetzgebers entgegen, es bei der grundsätzlichen Trennung der wirtschaftlich miteinander verbundenen Verträge zu belassen. § 358 Abs. 3 S. 1 BGB spricht deshalb auch von „beiden Verträgen“. Die Voraussetzungen für eine Unwirksamkeitserstreckung im Sinne des § 139 BGB liegen somit nicht vor.

Auch die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage überzeugen nicht. Eine Störung der Geschäftsgrundlage liegt gem. § 313 Abs. 1 BGB vor, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag so nicht geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten.

Zwar sieht der BGH auch im Nichtzustandekommen eines rechtlich oder wirtschaftlich zusammenhängenden Vertrages eine schwerwiegende Veränderung der Geschäftsgrundlage, etwa bei der Wandelung eines Kaufvertrages, der die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages wegfallen läßt.⁴²⁰ Sei danach der eine Vertrag zum Inhalt des anderen Vertrages gemacht worden, so wird das Zustandekommen und die Wirksamkeit des einen Vertrages zur Geschäftsgrundlage des anderen.⁴²¹ Doch ist diese Definition der Verbundenheit zweier Verträge bereits in § 358 Abs. 3 S. 1, 2 BGB normiert – und zwar ausdrücklich für den hier zu untersuchenden Fall des Verbunds von Verbraucherkreditvertrag und Leistungsvertrag. Danach liegt ein verbundener Vertrag vor, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrages dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Fraglich ist daher, wozu es der Regelung über die Störung der Geschäftsgrundlage bedarf, wenn eine ge-

⁴²⁰ BGH NJW 1982, 105, 106; Ebenso BGH, DNotZ 1970, 540 f. für den Fall eines angefochtenen Bau- und Architektenvertrages fällt auch die Verpflichtung aus dem Kaufvertrag weg.

⁴²¹ BGH DNotZ 1970, 540.

sonderte gesetzliche Regelung zur wirtschaftlichen Verbundenheit zweier Verträge bereits existiert. Oder anders gefragt: Warum wurden die Wirkungen des Widerrufs nach § 358 Abs. 1 und 2 BGB auf den verbundenen Vertrag erstreckt oder haben die Mängel des Leistungsvertrages nach § 359 BGB Auswirkungen auf den Darlehensvertrag, wenn es dieser Regelungen gar nicht bedurft hätte, da die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage zu einem vergleichbaren Ergebnis führten? Möglicherweise läßt sich diese Frage damit beantworten, dass der Gesetzgeber – und vor der Kodifizierung die Rechtsprechung – bei der Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs Spezialregelungen haben schaffen wollen, die den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage vorgehen sollen.⁴²² Dafür finden sich allerdings weder in der Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff noch in den Gesetzesmaterialien zum Verbraucherkreditgesetz Anhaltspunkte. Vielmehr wurde der auf Treu und Glauben gestützte Einwendungsdurchgriff als eigenständiges Rechtsinstitut gesehen, das neben den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bestand. Anders als in den Fällen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, war Folge des Einwendungsdurchgriffs nicht eine Anpassung des Vertrages und bei deren Unmöglichkeit ein Rücktrittsrecht der benachteiligten Partei, sondern die Möglichkeit des Darlehensnehmers, dem Darlehensgeber die Einwendungen aus dem Leistungsvertrag entgegenzuhalten.⁴²³ Das nunmehr geltende Widerrufsrecht nach § 357 BGB und die in § 358 Abs. 1 und 2 BGB geregelte Widerrufserstreckung regeln nun ausdrücklich die Folgen des Widerrufs und unterwerfen sie einem eigenen Abwicklungsregime nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB. Darin eine Spezialregelung oder Kodifizierung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu sehen, überzeugt vor diesem rechtshistorischen Hintergrund nicht.

Die Schlussfolgerung, dass die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage diese Regelungslücke schließen sollen, ist schon deshalb nicht zwingend, weil § 313 BGB erst mit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 kodifiziert wurde, der in weiten Teilen mit den §§ 358, 359 BGB inhaltsgleiche § 9 VerbrKrG aber bereits seit 1990 besteht. Ferner läßt sich diese Aussage den Gesetzgebungsmaterialien nicht entnehmen.

Die Lösung des II. Zivilsenates über das Bereicherungsrecht hatte den Reiz der klaren Einfachheit, überzeugte jedoch insoweit nicht, als im Rahmen der Bestimmung des „Erlangten“ auf die Regelung zur Verbundenheit der beiden Verträge zurückgegriffen wurde. Zwar wird

⁴²² In diesem Sinne sieht *Goebbels*, S. 85 die Lehre von der Geschäftsgrundlage durch die Regelungen des § 9 VerbrKrG anerkannt, mit der Folge, dass § 9 VerbrKrG nichts anderes als eine Normierung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage darstellt.

⁴²³ Vgl. etwa BGH WM 1978, 459 f.

die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung immer auch im Hinblick auf das ursprünglich Vereinbarte durchgeführt und scheint die Rückabwicklung im Verhältnis von Verbraucher und Darlehensgeber nach § 812 BGB praktikabel, doch spricht gegen eine solche Lösung, dass die nach Rückabwicklung zwischen Verbraucher und Darlehensgeber dringend notwendige Abwicklung auch des Leistungsvertrages durch die bloße Abtretung der Ansprüche aus dem Leistungsvertrag nicht vollzogen werden kann. Insbesondere ist damit nicht geklärt, ob der Leistungsvertrag überhaupt noch besteht. Gleiches gilt für die postulierte Verpflichtung, dass die Bank die Abtretung des gesamten Gegenstandes aus dem Leistungsvertrag nur verlangen kann, wenn sie dem Darlehensnehmer auch das Eigenkapital ersetzt, was dieser direkt an den Unternehmer gezahlt hat.⁴²⁴ Wie sich dies aus dem Bereicherungsrecht schlussfolgern lassen könnte, ist nicht ersichtlich. Das Urteil nimmt im Übrigen keine Klärung dieser Problematik vor.

Die neuere Rechtsprechung des XI. Senates zur Nichtigkeit des Darlehensvertrages bei finanzierter Immobilienfondsbeteiligung überzeugt ebenfalls nicht. Auch sie setzt sich nicht mit dem Schicksal des finanzierten Vertrages – hier dem Beitritt zu einer Fondsgesellschaft – auseinander und verneint überdies einen Anspruch der Bank auf Abtretung der finanzierten Fondsbeteiligung.⁴²⁵ Da der Anleger aber auch nicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet sein soll, geht die Bank vollkommen leer aus. Sie kann – so die Konsequenz aus dieser Rechtsprechung – nicht einmal Ansprüche gegen die Fondsgesellschaft geltend machen oder zur Insolvenztabelle anmelden. Der Verbraucher bleibt demgegenüber weiterhin Gesellschafter des Immobilienfonds.

3. §§ 358, 359 BGB als Programm für die Abwicklung verbundener Verträge?

a. Entwicklung

Die von der herrschenden Literatur und Rechtsprechung favorisierten Lösungen des Problems der grundsätzlichen Verbundenheit des Darlehens- und Leistungsvertrages und der sich dar-

⁴²⁴ BGHZ 159, 294, 311.

⁴²⁵ BGHZ 167, 223, 236 ff.; 252, 264 ff.; BGH, WM 2008, 1356, 1358. Die Frage nach dem Schicksal des finanzierten Vertrages war auch nicht entscheidungserheblich. Bei den der Entscheidungsreihe vom 25. April 2006 (BGHZ 167, 223 ff.; 167, 252 ff.) zugrundeliegenden Fällen hat das Gericht eine Nichtigkeit der Darlehensverträge nicht bejaht. In der Entscheidungsreihe vom 17. Juni 2008 (u.a. BGH WM 2008, 1356 ff.) wurde zwar die Nichtigkeit des Darlehensvertrages wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG festgestellt, gleichwohl richtete sich der Rückzahlungsanspruch gegen den Fonds, weil dieser mangels zuzurechnender Zahlungsanweisung für eine Nichtleistungskondition haftete.

aus ergebenden Notwendigkeit der Wechselwirkungen von Widerruf oder Unwirksamkeit des einen Vertrages auf den anderen Vertrag, lassen jedoch außer Betracht, dass das BGB eine grundsätzliche, wenn auch fragmentarische Abwicklungslösung für verbundene Verträge bereithält: die Regelungen der §§ 358, 359 BGB. Zwar regelt das Gesetz lediglich die Folgen des Widerrufs des Darlehens- oder des finanzierten Vertrages, es normiert in § 359 BGB aber auch, dass sich andere Mängel des finanzierten Vertrages unmittelbar auf den Darlehensvertrag auswirken. Für die Rückabwicklung eines nichtigen Darlehensvertrages käme hier eine Unwirksamkeitserstreckung auf den finanzierten Vertrag analog § 358 Abs. 2 S. 1 BGB sowie eine Rückabwicklung beider Verträge analog §§ 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB in Betracht.

Wie bereits bei der zu § 358 Abs. 4 S. 3 BGB entwickelten Analogie für die Rückabwicklung zwischen Darlehensgeber und Unternehmer bei widerrufenem Darlehensvertrag dargestellt, ist für eine Analogie zunächst Voraussetzung, dass eine Anwendung der §§ 358, 359 BGB im Wege der Gesetzesauslegung nicht möglich ist.⁴²⁶

Die Regelung des § 358 Abs. 2 S. 1 BGB stellt in ihrem Wortlaut auf den Widerruf der auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages gerichteten Willenserklärung ab. Deren Widerruf bewirkt das Nicht-Mehr-Gebundensein auch an die Willenserklärung zum Abschluss des verbundenen Vertrages über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung. In den Fällen der Nichtigkeit, der Unwirksamkeit oder des Erlöschens des Darlehensvertrages liegen die Voraussetzungen des Widerrufs jedoch nicht vor. Eine Gesetzesauslegung dahingehend, dass von § 358 Abs. 2 S. 1 BGB auch eine Unwirksamkeit des Darlehensvertrages umfasst ist und sich die Unwirksamkeit auf den finanzierten Vertrag erstreckt, steht mithin der Wortlaut der Regelung – als Grenze der Gesetzesauslegung – entgegen.

Gleiches gilt für eine Auslegung des § 359 BGB. Unabhängig davon, dass diese Vorschrift keine Rückabwicklungsregelung für den Fall des nichtigen finanzierten Vertrages trifft, sondern lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht normiert, ist auch hier der Wortlaut eindeutig: Geregelt ist der Fall der Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag, nicht solcher aus dem Darlehensvertrag.

Eine Analogie setzt weiterhin voraus, dass eine Gesetzeslücke vorliegt, das heißt eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes besteht.⁴²⁷ Es wird zudem – so die weitere Voraussetzung – ein nichtgeregelter Fall erkannt, für den eine gleichartige Regelung als angemessen er-

⁴²⁶ Zu den Voraussetzungen einer Analogie siehe bereits oben § 3 II. 4. d. dd.

⁴²⁷ *Elze*, S. 3 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 194.

scheint, wie sie für ähnliche Fälle gesetzlich getroffen ist.⁴²⁸ Beurteilt wird die planwidrige Regelungslücke aufgrund der zugrundeliegenden Regelungsabsicht des Gesetzes, seiner verfolgten Zwecke und des Planes des Gesetzgebers.⁴²⁹

Zweck der Regelungen über den mit einem anderen Vertrag verbundenen Verbraucherdarlehensvertrag ist – wie eingangs⁴³⁰ dargestellt – der Schutz des Verbrauchers vor der Überschätzung seiner eigenen wirtschaftlichen Fähigkeiten zur Vermeidung einer dauerhaften Überschuldung. Im Wirkungsfeld der verbundenen Verträge soll der Verbraucher zudem vor einem Verlust seiner Rechte bewahrt werden, die sich aus der Trennung von Darlehensvertrag und finanziertem Vertrag ergeben. Anknüpfungspunkt ist auch hier die typisierte Gefahrenlage. Wird in diesem System der verbundenen Verträge zwar geregelt, was Folge des Widerrufs eines der beiden Verträge sein soll, so legt eine Nichtregelung der Folgen eines unwirksamen Darlehensvertrages nahe, dass eine Regelungslücke vorliegt.

Planwidrig ist eine solche Regelungslücke jedoch nur dann, wenn der Gesetzgeber keinen Willen zur „Nichtregelung“ hatte, es sich bei der Regelungslücke also nicht um eine „bewusste Lücke“ handelt und eine Nichtregelung bewirken sollte, dass die Nichtigkeit des Darlehensvertrages keinerlei Auswirkungen auf den finanzierten Vertrag haben sollte.

Die Gesetzesmaterialien geben über eine bewusste Lücke keine Auskunft. Vielmehr hat der Gesetzgeber zumindest in den Fällen der Formnichtigkeit Regelungsbedarf gesehen und mit § 494 BGB eine Teilregelung geschaffen, die jedoch den finanzierten Vertrag unberücksichtigt lässt. Bereits in der Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift (§ 6 VerbrKrG) finden sich die Überlegungen, die nach den Auffassungen der Literatur und der hier vertretenen Meinung zu einer Auswirkung der Nichtigkeit des Darlehensvertrages auf den Leistungsvertrag angestellt werden. Danach würde eine Rückabwicklung nach den Vorschriften des BGB den Verbraucher einem Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Folge aussetzen, dass er zur sofortigen Rückzahlung des Darlehensbetrages verpflichtet wäre.⁴³¹

⁴²⁸ Zippelius, S. 64 f.

⁴²⁹ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 194.

⁴³⁰ Siehe oben § 2 I.

⁴³¹ BT-Drucks. 11/5462 S. 21: „Eine Rückabwicklung nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches würde den Verbraucher einem Bereicherungsanspruch des Kreditgebers aussetzen und ihn zur sofortigen Rückzahlung verpflichten, § 812 Abs. 1 S.1 BGB. Eine Lösung nach dem Modell der Abzahlungsnovelle vom 1. September 1969 (§ 1a Abs. 3 AbzG) würde andererseits dazu führen, dass der Kreditnehmer das Darlehenskapital bis zum Ablauf der vereinbarten Darlehenszeit zinslos behalten dürfte. Beide Lösungen vernachlässigen jeweils schutzwürdige Belange einer Vertragspartei. Die angestrebte Regelung [§ 6 AbzG, nunmehr § 494 BGB] stellt einen angemessenen Kompromiss dar.“ Nach dem hier vertretenen Bereicherungsgegenstand ist die Valuta bei Nichtigkeit allerdings nur dann sofort zurückzuzahlen, wenn sie sich noch im Besitz des Darlehensgebers befindet oder aber ihm durch die sofortige Rückzahlungspflicht kein Nachteil entsteht, siehe dazu oben § 2 VI. 2. c. bb. (3).

Dass sich die unerwünschte Rechtsfolge für den Verbraucher nach Bereicherungsrecht auch bei anders begründeter Nichtigkeit des Darlehensvertrages ergibt, hat der Gesetzgeber offensichtlich nicht bedacht. Zumindest spricht die partielle Regelung der Nichtigkeit nicht für die Annahme einer abschließenden Nichtregelung. Ein weiteres Indiz dafür, dass die Regelungen der §§ 358, 359 BGB als – zumindest für die Abwicklung – offene Vorschriften zu lesen sind, ist ferner, dass noch in der Begründung zum Referentenentwurf eines VerbrKrG zu lesen ist, dass „ein Forderungsdurchgriff (Rückforderungsanspruch) gegen den Kreditgeber [...] nicht vorgesehen“⁴³² sei, während diese Einschränkung in der Begründung des Regierungsentwurfes⁴³³ fehlt.⁴³⁴ Dieser Lesart hat sich nunmehr zumindest für den Rückforderungsdurchgriff auch der BGH angeschlossen, nach dessen Ansicht der Gesetzgeber die Frage des Rückforderungsdurchgriffs bewusst der Rechtsprechung und Lehre überlassen hat.⁴³⁵

Dass diese Regelungslücke durch die direkte Anwendung anderer gesetzlicher Vorschriften nicht befriedigend geschlossen werden kann, wurde bereits bei der Auseinandersetzung mit den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen festgestellt. Insbesondere führt eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Darlehensvertrages nicht zur Unwirksamkeit des Leistungsvertrages, so dass in diesem Verhältnis der Rechtsgrund weiter besteht und deshalb keine Rückabwicklung erfolgen kann.

Die Unwirksamkeitserstreckung auf den finanzierten Vertrag analog § 358 Abs. 2 S. 1 BGB bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Darlehensvertrages ist – so das dritte Analogieerfordernis – auch vergleichbar mit dem gesetzlich geregelten Fall der Unwirksamkeitserstreckung im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages gem. § 358 Abs. 2 S. 1 BGB.

Die Unwirksamkeitserstreckung in analoger Anwendung ist für eine analoge Anwendung der Abwicklungsregelung des § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB erforderlich, so dass sich die Frage der Vergleichbarkeit der Sachverhalte in erster Linie darauf bezieht, ob ein Sachgrund besteht, die Rückabwicklung der verbundenen Verträge bei Nichtigkeit oder sonstiger Unwirksamkeit anderes zu regeln, als bei einem widerrufenen Darlehensvertrag.

Dies ist zu verneinen. Der Widerruf des Darlehensvertrages setzt allein voraus, dass der Verbraucher einen verbundenen Vertrag abgeschlossen hat und dass ein Widerrufsrecht noch

⁴³² Begr. RefE VerbrKrG in: ZIP 1988, 1215, 1220.

⁴³³ BT-DS 11/5462.

⁴³⁴ Dazu und zur Begründung eines Rückforderungsdurchgriffs *Goebbels*, S. 45.

⁴³⁵ BGHZ 156, 46, 55 = NJW 2003, 2821, 2823 unter Verweis auf *Reinking/Nießen*, ZIP 1991, 79, 84; *Vollkommer*, FS Merz, S. 595, 603; *Goebbels*, S. 46 ff. In der Folge wendet das Gericht § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (§ 358 Abs. 4 S. 3 BGB) entsprechend an. Ebenso BGH ZIP 2004, 1407, 1408; WM 2004, 1536, 1542; BGHZ 159, 280, 293; 159, 294, 313; 174, 334, 342.

besteht. Das Widerrufsrecht ist in den Fällen der §§ 312, 312d BGB einer Situation mit besonderem Gefährdungspotential und im Falle des § 495 BGB der Komplexität des Vertrages geschuldet. Das Risiko, den möglicherweise bereits in Vollzug gesetzten Vertrag ohne Nachteil für den Verbraucher rückabzuwickeln, wird in diesen Fällen über § 358 Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 S. 1 und 3 BGB dem Darlehensgeber aufgebürdet. Obwohl der Darlehensgeber auf die Gefährdungssituation bei Abschluss des Vertrages möglicherweise gar keinen Einfluss nehmen konnte, weist ihm das Gesetz im Verhältnis zum Verbraucher auch die Rechte, und vor allem die Pflichten zu, die sonst der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher hätte. Dem Darlehensgeber wird damit das Risiko der Insolvenz des Unternehmers zugeordnet. Diese Folgen kann der Verbraucher bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen allein mit der Erklärung seines Widerrufs auslösen.

Der Schutzzweck der gesetzlich angeordneten Nichtigkeit eines Vertrages bei Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten ist mit dem Schutzzweck der Widerrufsrechte vergleichbar. Das Verbot der Sittenwidrigkeit und die gesetzlichen Verbotsnormen untersagen rechtsgeschäftliche Regelungen wegen ihres Inhaltes oder der Umstände ihres Zustandekommens.⁴³⁶ Dabei geht es ebenso wie im Falle der Widerrufsrechte eines Verbrauchers um den Schutz vor Situationen bei Verträgen mit besonderem Gefährdungspotential oder um Verträge mit einem solchen Inhalt. Anders als bei einem Widerrufsrecht, tritt die Nichtigkeit jedoch ohne Willenserklärung des benachteiligten Vertragspartners ein. Kann der Verbraucher daher die Unwirksamkeit zweier Verträge – der des finanzierten Vertrages und der des Darlehensvertrages – durch die Ausübung seines Widerrufsrechtes im Darlehensvertrages herbeiführen, so muss dies im Wege eines *argumentum a minori ad maius* auch dann gelten, wenn die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages wegen besonderer Gefährdungspotentiale kraft Gesetzes eintritt. Dies gilt nicht nur für die Unwirksamkeitserstreckung nach § 358 Abs. 2 S. 1 BGB, sondern auch für die Rechtsfolgen der Erstreckung, die Rückabwicklung des Darlehensvertrages gem. §§ 358 Abs. 4 S. 1, 357 BGB und den Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers gem. § 358 Abs. 4 S. 3 BGB. Auch hier ist kein zwingender Grund ersichtlich, warum die Rückabwicklung im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages eine andere sein soll, als im Falle der Nichtigkeit des Darlehensvertrages. Es besteht vielmehr ein Bedürfnis, dass die vergleichbaren Sachverhalte auch eine vergleichbare Rechtsfolge nach sich ziehen.

⁴³⁶ Erman-Palm, § 138 Rn. 1; Palandt-Heinrichs, 67. Aufl. § 134 Rn. 5.

Ein Vergleich der Schutz Zwecke des Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung bei Abschluss des Vertrages mit den Schutzzwecken der Verbraucherwiderrufsrechte führt zu demselben Ergebnis. Zweck des § 123 BGB ist es, die Freiheit der Willensentschließung vor den äußeren Einflüssen durch andere zu bewahren.⁴³⁷ Ebenso wie das Widerrufsrecht des Verbrauchers dient die Anfechtung als Instrument zur Abwehr der Gefahr eines Eingriffs in die Entschließungsfreiheit. Soll etwa der Verbraucher in einer Überumpelungssituation gemäß §§ 358 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 3 BGB vor den Folgen zweier unüberlegter und verbundener Vertragsabschlüsse dadurch geschützt werden, dass er mit einer Widerrufserklärung die Unwirksamkeit beider Verträge herbeiführen kann und der Darlehensgeber in die Rechte und Pflichten des Unternehmers eintritt, mit der Folge, dass er auch das Insolvenzrisiko des Unternehmers aufgebürdet bekommt, so muss dies auch dann gelten, wenn die Gefährdungssituation bei Abgabe der Willenserklärung nicht nur in einer „Überumpelung“ sondern sogar in einer Täuschung oder Drohung bestand.

Auch die Irrtumsanfechtung nach §§ 119, 120 BGB eröffnet dem Erklärenden die Möglichkeit, die Bindung an das (so) nicht Gewollte zu beseitigen.⁴³⁸ Die Irrtumsanfechtung ist mit dem Widerrufsrecht des Verbrauchers, welches beispielsweise in § 312 BGB situativen Über-eilungsschutz gewährt, insofern vergleichbar, als sie die materielle Entscheidungsmöglichkeit des Erklärenden so weit wie möglich gewährleisten will.⁴³⁹ Anders als die zuvor abgehandel-ten Unwirksamkeitsgründe liegt der Grund für das Beseitigungsrecht nach §§ 119, 120 BGB jedoch nicht im Einflussbereich des Darlehensgebers. Er hat nicht getäuscht, einen sittenwid-rigen Vertrag abgeschlossen, den Vertrag mangelhaft erfüllt oder den Verbraucher in einer besonderen Gefährdungssituation zum Vertrag bestimmt. Das Recht zur Beseitigung des Ver-trages liegt allein in dem – rechtlich beachtlichen – Irrtum des Verbrauchers begründet. Mehr noch als in den anderen Fällen stellt sich hier die Frage, ob dem Darlehensgeber auch dieses Risiko zugewiesen werden soll. Dies ist mit Blick auf die Regelung des § 358 Abs. 1 S. 1 BGB und auf die des § 359 BGB ausdrücklich zu bejahen. Der Verbraucher kann mit dem Widerruf des finanzierten Vertrages auch die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages herbei-führen und er kann dem Darlehensgeber Einwendungen, die sich aus dem finanzierten Vertrag ergeben, entgegenhalten. Auch die Gründe für diese Einwendungen liegen außerhalb des Ein-

⁴³⁷ BGHZ 51, 141, 147; Palandt-*Heinrichs*, 67. Aufl. § 123 Rn. 1; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 303, m.w.Nachw.

⁴³⁸ *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag, S. 260.

⁴³⁹ *Mankowski*, Beseitigungsrecht, S. 223. Ähnlich BGH NJW 2000, 2268, 2269, der keine Bedenken trägt, den Rechtsgedanken des § 166 BGB für die situationsbezogenen Voraussetzungen des Haustürwiderrufsrecht heran-zuziehen; siehe auch *Pfeiffer*, LM H. 9/2000 § 166 BGB Nr. 41, Bl. 4.

flussbereiches des Darlehensgebers, gleichwohl wird ihm bereits durch die gesetzliche Regelung das Risiko für Fehler bei der Willensbildung des Verbrauchers zugewiesen. Betreffen diese Fehler die Willenserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrages, ist dies vergleichbar.

Nicht zuletzt setzt eine Analogie zu § 358 Abs. 2 S. 1 BGB und § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB voraus, dass ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vorliegt, der mit einem Verbraucherdarlehensvertrag derart verbunden ist, dass das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrages dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden.⁴⁴⁰ Ferner darf kein Ausschlussstatbestand gem. § 358 Abs. 3 S. 3 oder § 491 Abs. 3 BGB vorliegen. Zudem muss die Darlehensvaluta dem Unternehmer zum Zeitpunkt der Berufung auf die Nichtigkeit oder der Ausübung des Beseitigungsrechtes bereits zugeflossen sein, § 358 Abs. 4 S. 3 BGB.

b. Rückabwicklung nach der hier vertretenen Auffassung

Die Rückabwicklung des Darlehensvertrages folgt aus der analogen Anwendung der §§ 357, 346 ff. BGB; die des Leistungsvertrages aus der entsprechenden Anwendung der §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1, 357, 346 ff. BGB. Ist das Darlehen bereits an den Verbraucher ausgezahlt, tritt der Darlehensgeber analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des Leistungsvertrages in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein. Dieser Eintritt bewirkt einen zweistufigen Rückabwicklungsprozess: Zunächst wird der Darlehensvertrag vollständig im Verhältnis von Verbraucher und Darlehensgeber abgewickelt. Auf der zweiten Stufe findet dann die Rückabwicklung des Leistungsvertrages zwischen Darlehensgeber und Unternehmer statt. Die Ansprüche und die Pflichten des Verbrauchers werden auf der ersten Stufe vollständig erfüllt, während sich die übrige Abwicklung zwischen Unternehmer und Darlehensgeber vollzieht.⁴⁴¹

aa. Ansprüche des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber

Der Verbraucher hat gegen den Darlehensgeber demnach zunächst die Ansprüche, die sich aufgrund der Rückabwicklung des Darlehensvertrages ergeben. Er kann das für den Darle-

⁴⁴⁰ Siehe zu diesen Voraussetzungen oben § 3 I. 2.

⁴⁴¹ Siehe zu dieser Rückabwicklung bereits § 3 II. 4.

hensvertrag gezahlte Entgelt und die bereits erbrachten Zins- und Tilgungsraten herausverlangen. Dieser Anspruch ist nicht aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB hergeleitet, sondern ergibt sich aus dem Rechtsgedanken der §§ 358, 359 BGB und der daraus resultierenden analogen Anwendung der §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB.

Ferner hat der Verbraucher einen Anspruch auf Zahlung der marktüblichen Zinsen, die der Darlehensgeber im Wege der Nutzung der gezahlten Zins- und Tilgungsraten erwirtschaftet hat. Dieser Anspruch besteht ebenfalls analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB.

Der Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers entsprechend § 358 Abs. 4 S. 3 BGB bewirkt eine gesetzliche befreiende Schuldübernahme.⁴⁴² In Folge dieser Schuldübernahme kann der Verbraucher vom Darlehensnehmer das verlangen, was er vom Unternehmer zu verlangen berechtigt gewesen wäre, würde allein die Rückabwicklung des Leistungsvertrages stattfinden. Der Verbraucher hat gegen den Darlehensgeber mithin einen Anspruch auf Rückzahlung des Entgeltes, dass er dem Unternehmer für die erbrachte Leistung gezahlt hat. Dies wird in der Regel eine Zahlung in Höhe des Nettodarlehensbetrages gewesen sein. Darin eingeschlossen ist auch eine aus eigenen Mitteln erbrachte Anzahlung des Verbrauchers. Anspruchsgrundlage sind die §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3, 357, 346 Abs. 1 BGB in analoger Anwendung aus übergegangenem Recht.

bb. Ansprüche des Darlehensgebers gegen den Verbraucher

Der Darlehensgeber kann vom Verbraucher zunächst das verlangen, was sich aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrages ergibt. Danach hat der Darlehensgeber Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta analog §§ 357, 346 Abs. 1 BGB. Einen Anspruch auf Verzinsung der Darlehensvaluta als Nutzungsersatz analog § 346 Abs. 1 BGB hat er nicht. Da die Darlehensvaluta in der Regel direkt an den Unternehmer ausgezahlt wird, hatte der Verbraucher keine Nutzungsmöglichkeit an der Valuta.

Im Wege der gesetzlich angeordneten Schuldübernahme nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB kann der Darlehensgeber jedoch den Gegenstand verlangen, den der Verbraucher im Leistungsvertrag erworben hat. Dieser Anspruch steht dem Darlehensgeber analog §§ 357, 346 Abs. 1, 358 Abs. 4 S. 3 BGB zu. Gleiches gilt für die Herausgabe der Nutzungen, die der Verbraucher aus

⁴⁴² Siehe dazu oben § 3 II. 4. b.

dem Gegenstand gezogen hat. Diese kann der Darlehensgeber analog §§ 357, 346 Abs. 1, 347 BGB verlangen.

Kann der Gegenstand des Leistungsvertrages wegen der Natur des Erlangten nicht zurückgegeben werden, so hat der Verbraucher Wertersatz nach §§ 357 Abs.1 S. 1, 346 Abs. 2 und 3, 357 Abs. 3 BGB zu leisten.

Im Wege der Rückabwicklung des Darlehensvertrages und des Leistungsvertrages zwischen Verbraucher und Darlehensgeber stehen sich mithin folgende Ansprüche gegenüber: Der Anspruch des Verbrauchers auf Rückzahlung der Zins- und Tilgungsraten, einschließlich marktüblicher Verzinsung sowie Anspruch auf Rückgewähr des an den Unternehmer geleisteten Leistungsentgeltes einschließlich Anzahlung und der Anspruch des Darlehensgebers auf Rückzahlung des Nettodarlehensbetrages ohne Zinsen sowie Anspruch auf Rückgewähr des Gegenstandes aus dem Leistungsvertrag einschließlich der daraus gezogen Nutzungen und Gebrauchsvorteile.

Die sich gegenüberstehenden, selbständigen Ansprüche werden aufgrund gesetzlicher Anordnung miteinander verrechnet. Dies bewirkt hinsichtlich der Pflicht des Verbrauchers zur Rückzahlung der Darlehensvaluta und der Rückzahlungspflicht des Darlehensgebers aus übergegangenem Recht auf die Leistung aus dem Leistungsvertrag ein Erlöschen der Forderung in Höhe der Deckung. Das Erlöschen der Leistung wirkt lediglich im Verhältnis zwischen Verbraucher und Darlehensgeber.⁴⁴³

Ein Beispiel zur Verdeutlichung: Der Verbraucher hat den Kauf eines Pkw zum Preis von 10.000,00 € finanziert. Er hat dafür ein Darlehen über 10.100,00 € einschließlich Darlehensgebühren etc. aufgenommen und den Kaufpreis direkt an den Unternehmer überweisen lassen. Auf den – wie sich später herausstellt – nichtigen Darlehensvertrag hat er bereits 500,00 € an Zins- und Tilgungsraten gezahlt. Wenn der Verbraucher nunmehr die Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrages verlangt, kann er vom Darlehensgeber zunächst die gezahlten Zins- und Tilgungsraten einschließlich der Darlehensgebühren sowie den Kaufpreis in Höhe von 10.000,00 € zurückverlangen. Dies sind insgesamt 10.600,00 €. Auf die Zins- und Tilgungsraten und die Darlehensgebühren kann er zudem den marktüblichen Zins verlangen. Im Gegenzug muss er dem Darlehensgeber den Darlehensnettobetrag in Höhe von 10.000,00 € zurückgewähren sowie eine Nutzungsvergütung für die Zeit des Gebrauchs des Pkw etwa in Höhe von 400,00 €, also insgesamt 10.400,00 €. Diese sich gegenüberstehenden Ansprüche

⁴⁴³ Siehe dazu oben § 3 II. 4. c. cc.

werden verrechnet, so dass der Verbraucher gegen den Darlehensgeber im Ergebnis noch einen Rückgewähranspruch von 200,00 € hat. Weil der Darlehensgeber im Wege der gesetzlichen Schuldübernahme auch in die Rechte des Unternehmers eingetreten ist, hat der Verbraucher dem Darlehensgeber auch den Pkw herauszugeben.

cc. Ansprüche des Darlehensgebers gegen den Unternehmer

Sind die Ansprüche zwischen Darlehensgeber und Verbraucher ausgeglichen, ist die Rückabwicklung der verbundenen Verträge für den Verbraucher abgeschlossen. Gleichwohl ist der Darlehensgeber noch nicht wieder im Besitz des Darlehensbetrages, sondern lediglich im Besitz des Kaufgegenstandes. Der Unternehmer hingegen ist von der bisherigen Rückabwicklung ausgeschlossen und verfügt noch über den Kaufpreis. Die Rückabwicklung der verbundenen Verträge ist noch nicht vollständig erfolgt, in einem zweiten Rückabwicklungsschritt müssen daher die Leistungen aus dem Leistungsvertrag, wieder an den Leistungserbringer zurückgeführt werden. Dies geschieht durch Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Wege einer Schuldübernahme.⁴⁴⁴ Danach kann der Darlehensgeber vom Unternehmer das verlangen, was der Unternehmer vom Verbraucher hätte verlangen können.

Der Darlehensgeber hätte mithin gegen den Unternehmer einen Anspruch auf Rückzahlung des Leistungsentgeltes analog §§ 357, Abs. 1, 346 Abs. 1 S. 1, 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3 BGB aus übergegangenem Recht. Dieser Anspruch umfasst auch die vom Verbraucher gezahlte Anzahlung, da der Darlehensgeber nicht die Ansprüche aus dem Darlehensvertrag sondern die Ansprüche des Verbrauchers aus dem Leistungsvertrag geltend macht. Er kann deshalb außerdem analog § 346 Abs. 1 S. 1 BGB die Herausgabe gezogener Nutzungen verlangen. Hat der Unternehmer aus dem empfangenen Geldbetrag keine Nutzungen gezogen, so hat der Darlehensgeber einen Anspruch auf Zahlung von Zinsen analog § 347 Abs. 1 S. 1 BGB insoweit, als dem Unternehmer eine entsprechende Nutzung nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft möglich gewesen wäre.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Zur Herleitung dieser Analogie siehe oben § 3 II. 4. d. dd.

⁴⁴⁵ Siehe dazu oben unter § 3 II. 4. d. dd. (2).

dd. Ansprüche des Unternehmers gegen den Darlehensgeber

Der Unternehmer hat gegen den Darlehensgeber die Ansprüche, die er gegen den Verbraucher bei einer bilateralen Rückabwicklung des Leistungsvertrages hätte. Er kann vom Darlehensgeber analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs.1, 358 Abs.2, Abs.4 S. 1 und 3 BGB die Herausgabe der an den Verbraucher geleisteten Sache aus übergegangenem Recht verlangen. Ist die Herausgabe der Sache nicht mehr möglich oder hat sie sich verschlechtert, besteht ein Anspruch auf Wertersatz analog § 346 Abs. 2 BGB nur, soweit auch der Verbraucher nach § 357 Abs. 2 – 4 BGB zum Ersatz verpflichtet gewesen wäre. Ferner hat der Unternehmer gegen den Darlehensgeber Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen analog §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 1, 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3 BGB. Da dem Darlehensgeber sowohl die Sache aus dem Leistungsvertrag vom Verbraucher übergeben worden sind, als auch die daraus gezogenen Nutzungen gezahlt wurden, ist der Darlehensgeber in der Lage, diese Ansprüche zu erfüllen. Seine Verpflichtung dazu ergibt sich aus der Schuldübernahme analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB. Soweit die sich aus dieser Rückabwicklung ergebenden Forderungen gleichartig sind, sind sie zu verrechnen.

Zur Verdeutlichung: Im oben genannten Beispiel hat der Darlehensgeber im Zuge der Rückabwicklung der verbundenen Verträge nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB vom Verbraucher den Pkw erhalten und eine Nutzungsvergütung für die Gebrauchsvorteile aus dem Pkw in Höhe von 400,00 €. Er kann nunmehr vom Unternehmer die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 10.000,00 € und eine marktübliche Verzinsung dieses Betrages verlangen. Im Gegenzug muss er dem Unternehmer den Pkw übereignen und Nutzungsvergütung für die Zeit zahlen, in der der Verbraucher das Fahrzeug genutzt hat. Da diese Ansprüche zu verrechnen sind, hat der Unternehmer Anspruch auf die Herausgabe des Pkw, Zug um Zug gegen Zahlung von 9.600,00 € (gezahlter Kaufpreis abzügl. 400,00 € Nutzungsvergütung) und marktübliche Verzinsung des Kaufpreises an den Darlehensgeber.

Nach der vollständigen Abwicklung der verbundenen Verträge ergibt sich folgende Vermögenssituation der Vertragsbeteiligten: Der Verbraucher erhält vom Darlehensgeber 200,00 € zuzüglich marktübliche Zinsen auf die bereits gezahlten Zins- und Tilgungsraten. Der Darlehensgeber erhält vom Unternehmer 9.600,00 € zuzüglich der marktüblichen Verzinsung des Kaufpreises in Höhe von 10.000,00 €. Der Unternehmer erhält vom Darlehensgeber den Pkw zurück.

c. Bewertung

Die analoge Anwendung der Widerrufs- und Unwirksamkeitsfolgen der §§ 358, 357, 346 ff. BGB im Falle der Nichtigkeit des Darlehensvertrages der mit dem finanzierten Vertrag verbunden ist, entspricht einer sachgerechten Risikoverteilung.

Die Risiken dieser Abwicklung liegen in erster Linie bei dem Darlehensgeber. Dies gilt zunächst für den Fall der Insolvenz des Unternehmers. Der Darlehensgeber kann den Kaufpreisrückforderungsanspruch aus übergegangenem Recht dann lediglich zur Tabelle anmelden.⁴⁴⁶

Da der Darlehensgeber jedoch im Zuge der Rückabwicklung mit dem Verbraucher Eigentümer des verkauften Gegenstandes aus dem finanzierten Vertrag geworden ist, kann er sich daraus befriedigen. Zudem liegen die Gründe für die Rückabwicklung nach Nichtigkeit des Darlehensvertrages überwiegend im Gefahrenbereich des Darlehensgebers. Dieser kann selbst dafür Sorge tragen, dass der mit dem Verbraucher geschlossene Vertrag nicht wegen Nichtigkeit des Darlehensvertrages rückabgewickelt werden muss.

Dies entspricht zudem den Interessen der anderen an den verbundenen Verträgen beteiligten Parteien und dem Schutzzweck der Regelungen zum verbundenen Vertrag. Zunächst wird dem Verbraucher ein besonderer Schutz zuteil, da er die Rückabwicklung der beiden Verträge über die Person des Darlehensgebers vornehmen kann und somit nicht das Risiko der Uneinbringlichkeit seiner Forderungen aus dem finanzierten Vertrag trägt. Dieser besondere Schutz ergibt sich auch nicht lediglich aus der einseitigen Risikozuweisung zu Lasten des Darlehensgebers, sondern ist Ausdruck des Zwecks der verbraucherkreditrechtlichen Regelungen. Wie eingangs dargestellt, ist Zweck der Regelungen über den verbundenen Vertrag – als originäre verbraucherkreditrechtliche Regelung –, dass der Verbraucher vor Überschuldung und Bindung an Verträge, deren Auswirkungen auf seine wirtschaftliche Situation er nicht abzuschätzen vermag, geschützt werden soll.⁴⁴⁷ Wenn dies im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages nach §§ 495 Abs. 1, 357 Abs. 1, 358 Abs. 2 BGB gilt, bei dem der Beendigungstatbestand des Widerrufs zur alleinigen Verfügung des Verbrauchers steht, so muss dies erst recht dann gelten, wenn der Verbraucher auf das Bestehen des Darlehensvertrages keinen Einfluss nehmen kann.

⁴⁴⁶ In dem Fall, dass der Insolvenzverwalter Erfüllung analog § 103 InsO wählt, erhalte der Darlehensgeber die Kaufpreisforderung Zug um Zug gegen Übereignung des Kaufgegenstandes und Zahlung des Nutzungersatzes zurück. Nach ganz h.M. ist § 103 InsO auf die Erfüllung nicht oder nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Rückabwicklungsschuldverhältnisse analog anzuwenden, vgl. BGH WM 1961, 482, 485 f., w. Nachw. bei HK/InsO-Marotzke, § 103 Rn. 11.

⁴⁴⁷ Siehe zum Schutzzweck des Verbraucherkreditrechts oben § 2 I.

Diese Argumentation kann freilich nicht für die Nichtigkeit des Darlehensvertrages verfangen, die in der Person des Verbrauchers begründet liegt. Der Vergleich der Widerrufsrechte mit den Anfechtungsgründen nach §§ 119, 120 BGB hat jedoch gezeigt, dass beide Regelungen die materielle Entscheidungsmöglichkeit des Erklärenden gewährleisten wollen und dass das Gesetz dem Darlehensgeber nach § 359 BGB auch das Risiko der Störungen aus dem finanzierten Vertrag zuweist.

Den Interessen des Unternehmers stehen die Folgen der Nichtigkeit des Darlehensvertrages nicht entgegen. Der mit dem Verbraucher abgeschlossene Leistungsvertrag wird ohne sein Zutun beendet. Er kann sich im Rahmen der Rückabwicklung nicht mehr an seinen ursprünglichen Vertragspartner wenden, da der Verbraucher beide Verträge allein mit dem Darlehensgeber abwickelt. Gleichwohl ist das soeben hergeleitete Ergebnis sachgerecht. Der Unternehmer hat dem Darlehensgeber bei der Vermittlung und beim Abschluss des Darlehensvertrages gedient und dies auf der Grundlage einer wenn nicht schon rechtlichen Verbindung, dann wenigstens wirtschaftlichen Verbindung zum Darlehensgeber getan. Er hatte dabei die Möglichkeit, den Darlehensvertrag auf eventuelle Nichtigkeitsgründe zu kontrollieren und konnte den Darlehensgeber als Partner der wirtschaftlichen Verbindung frei wählen. Ebenso wie der Darlehensgeber hat der Unternehmer die Möglichkeit, das Verhältnis zum Darlehensgeber durch einen Vertrag zu regeln. Ein darüber hinaus gehendes Risiko trifft ihn nach der hier vorgeschlagenen Rückabwicklung nicht.

Einer Rückabwicklung analog §§ 358, 357, 346 ff BGB könnte jedoch entgegengehalten werden, dass dem Verbraucher kein Wahlrecht dahingehend zustehe, trotz der Nichtigkeit des Darlehensvertrages an dem mit dem Darlehensvertrag verbundenen Vertrag festzuhalten. Diese Möglichkeit hätte er nach einer Rückabwicklung über die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage nach §§ 313 Abs. 1 und 3 S. 2 BGB, wonach er selber entscheiden könne, ob er sich vom finanzierten Geschäft durch Rücktritt oder Kündigung lösen wolle.⁴⁴⁸ In jedem Falle finde die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Verhältnis Verbraucher und Darlehensgeber statt. Möchte der Verbraucher an dem finanzierten Vertrag festhalten, habe er dem Darlehensgeber den objektiven Wert der Verbindlichkeit zu ersetzen, von der er durch Auszahlung der Darlehensvaluta an den Unternehmer frei geworden ist. Der Wertersatzanspruch des Darlehensgebers sei gem. § 271 BGB sofort fällig.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 21.

⁴⁴⁹ Staudinger/Kessal-Wulf, § 359 Rn. 31; MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 65; im Ergebnis ebenso HK-Bülow, § 495 Rn. 294.

Nach der hier vertretenen Abwicklung der verbundenen Verträge führt die Nichtigkeit des Darlehensvertrages in analoger Anwendung des § 358 Abs. 2 S. 1 BGB dazu, dass der Verbraucher auch an die Willenserklärung zum Abschluss des finanzierten Vertrages nicht mehr gebunden ist. Der Verbraucher hat gleichwohl die Möglichkeit an beiden Verträgen festzuhalten, indem er sich auf die Nichtigkeit des Darlehensvertrages nicht beruft. Er kann in diesem Falle auch an einer im Darlehensvertrag vereinbarten Ratenzahlung festhalten.

Ein weiteres Argument, das einer Analogie zu den §§ 358, 359 BGB etwa in der Diskussion eines Rückforderungsdurchgriffs nach Geltendmachung von dauerhaften Einreden aus dem finanzierten Vertrag häufiger entgegen gehalten wird, ist das sog. Besserstellungsverbot. Es könne danach nicht Sinn des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB sein, den fremdfinanzierenden Verbraucher besser zu stellen, als den selbstzahlenden Verbraucher, der sich allein mit dem Unternehmer auseinandersetzen müsse und auch das Risiko dessen Insolvenz trägt.⁴⁵⁰

In der Diskussion über § 358 Abs. 4 S. 3 BGB als zentrale Abwicklungsnorm wurde bereits dargestellt, dass die Besserstellung des finanzierenden Verbrauchers in der gesetzlichen Regelung über verbundene Verträge angelegt ist.⁴⁵¹

Das dort Gesagte gilt freilich nicht zwangsläufig für eine analoge Anwendung dieser Normen. Es ergibt sich aber aus der Verbundenheit der beiden Verträge, die mehr ist als nur die Summe beider Verträge. Sie verschafft allen am Geschäft Beteiligten wirtschaftliche Vorteile: Dem Verbraucher verschafft die Verbundenheit beider Verträge trotz fehlender Eigenmittel die Möglichkeit, einen Gegenstand oder eine Dienstleistung zu erwerben, ohne sich dabei auf eigene Faust um einen Kredit bemühen zu müssen. Der Unternehmer kann über den Erlös seines Geschäftes alsbald verfügen bzw. kann es mit einem Verbraucher, der über kein Barvermögen verfügt, überhaupt erst abschließen. Dem Darlehensgeber eröffnen sich ohne mühevollen Akquise neue Geschäftsfelder. Diese besonderen Interessen wollte der Gesetzgeber in einem übergeordneten Gefüge zusammenfassen, das Erwerbs- und Darlehensgeschäft miteinander verbindet.⁴⁵² In diesem Gefüge ist dem Darlehensgeber das Risiko des Scheiterns der vertraglichen Beziehungen zugewiesen. Er hat nämlich die Möglichkeit, sich gegen die Risiken abzusichern, indem er den Unternehmer, dem er sich als Ratenzahlungsbank zur Verfügung stellt, sorgfältig auswählt. Dies war wohl auch Folge der Einführung einer gesamtschuldnerischen Haftung von Darlehensgeber und Verkäufer durch sect. 75 des Consumer

⁴⁵⁰ So in neuerer Zeit *H.P. Westermann*, ZIP 2002, 240, 244; *Bertram*, S. 264 f.

⁴⁵¹ Siehe dazu bereits oben § 3 II. 4. d. dd.

⁴⁵² *Heermann*, S. 55 f.

Credit Act in Großbritannien im Jahre 1974.⁴⁵³ Möglicherweise bewirkt diese Risikoverteilung wirtschaftlich einen Rückgang des drittfinanzierten Erwerbs, doch entspricht dies dem Schutzzweck des Verbraucherkreditrechts, die Verbraucher vor einer zunehmenden Überschuldung zu bewahren.

4. Zwischenergebnis

Die §§ 358, 359 BGB treffen keine Regelung für die Rückabwicklung der verbundenen Verträge im Falle der Nichtigkeit des Darlehensvertrages, normieren aber, dass der Widerruf eines der beiden Verträge oder Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag den verbundenen Vertrag nicht unberührt lassen. Dies muss auch für den Fall des nichtigen verbundenen Darlehensvertrages gelten. Dessen Unwirksamkeit erstreckt sich analog § 358 Abs. 2 S. 1 BGB auf den verbundenen finanzierten Vertrag und bewirkt die Rückabwicklung beider Verträge analog § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB i.V.m. §§ 357 Abs. 1, 346 ff. BGB, bei der der Darlehensgeber in die Rechte und Pflichten des Unternehmers und in der Abwicklung des finanzierten Vertrages auch in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers eintritt. Die Rückabwicklung vollzieht sich in diesem Fall ebenso wie bei einem Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages oder des finanzierten Vertrages.

V. Wirkung der Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages im Verbund

Eine Darstellung der Wirkungen von verbundenen Verträgen wäre nicht vollständig, ließe man die Störungen unberücksichtigt, die sich aus dem finanzierten Vertrag ergeben. Im Rahmen der Untersuchung des finanzierten Gesellschaftsbeitritts wird auf die Störungen, die bei einem Beitritt zu einer Gesellschaft auftreten können, im Speziellen eingegangen werden. An dieser Stelle sei zunächst im Allgemeinen auf Störungen im finanzierten Vertrag und deren Folgen für den verbundenen wirksamen⁴⁵⁴ Darlehensvertrag eingegangen. Hierbei finden jedoch lediglich solche Vertragsstörungen Berücksichtigung, die eine Unwirksamkeit oder Rückabwicklung des Leistungsvertrages nach sich ziehen. Die Folgen anderer (Gewähr-

⁴⁵³ Dies berichtet jedenfalls der britische Experte während der Diskussionen über den 1. Entwurf einer Verbraucherkreditrichtlinie im November 1974 in Brüssel, wonach die britischen Bank beginnen, diejenigen Verkäufer mit denen sie in Geschäftsverbindung stünden, sehr sorgfältig zu überprüfen, Dok.KOM XI/736/74, S. 10 f. zitiert nach *Hüttebräuker*, S. 144 Fn. 988.

⁴⁵⁴ Zu den Doppelmängeln in finanziertem Vertrag und Darlehensvertrag später.

leistungs-) Rechte, die sich aus der Mangelhaftigkeit einer Leistung ergeben ohne die Wirksamkeit des Vertrages anzutasten, sollen von der Untersuchung ausgenommen werden.⁴⁵⁵

1. Gründe für die Nichtigkeit des finanzierten Vertrages

Die Nichtigkeit des finanzierten Vertrages kann sich aus denselben Gründen ergeben wie bei einem Darlehensvertrag.⁴⁵⁶ In Betracht kommt auch hier ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, die Sittenwidrigkeit des Vertrages oder die Nichtigkeit wegen Anfechtung des Vertrages. Eine besondere Bedeutung hat im Rahmen des finanzierten Gesellschaftsbeitritts die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB, doch dazu später.

2. Unwirksamkeits- und Erlöschensgründe

Gründe für die Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages können in der Person des Verbrauchers liegen, sei es, dass er minderjährig ist (§§ 107 ff. BGB) oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt (§§ 171 ff.). In diesen Fällen ist der Vertrag nicht unheilbar nichtig, sondern kann durch die Genehmigung eines Dritten von Anfang an wirksam werden. Wird diese Genehmigung verweigert, ist der bis dahin schwebend unwirksame Vertrag endgültig unwirksam.

Ansprüche und Verpflichtungen aus dem finanzierten Vertrag können aber auch durch Rücktritt gem. § 346 BGB erlöschen. Der Rücktritt beendet das ursprüngliche Schuldverhältnis und wandelt es in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Er wirkt schuldrechtlich zurück, da die Parteien weitgehend so gestellt werden sollen, als hätten sie den Vertrag nicht geschlossen.⁴⁵⁷ Neben dem vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht sieht das BGB gesetzliche Rücktrittsrechte vor. Relevanz hat hierbei insbesondere das Rücktrittsrecht wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung gem. § 323 Abs. 1 BGB. Liegen die Voraussetzungen dieser Norm vor, bestimmt sich die Regelung über die Rückabwicklung des Vertrages nach §§ 346 ff. BGB. Die Folgen sind somit – von den Modifikationen des § 357 BGB einmal abgesehen – die gleichen wie bei Widerruf des Vertrages.

⁴⁵⁵ Vertiefend dazu MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 39 f.

⁴⁵⁶ Siehe dazu oben § 2 VI. 1.

⁴⁵⁷ Schellhammer, S. 680.

3. Einwendungsdurchgriff nach § 359 BGB

Ist der finanzierte Vertrag nichtig, unwirksam oder etwa durch den ausgeübten Rücktritt erloschen, so ist das auch für den verbundenen Darlehensvertrag beachtlich, § 359 BGB. Der Verbraucher kann danach die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würden. Voraussetzung ist, dass die Einwendungen zwischen den Parteien des finanzierten Vertrages bereits entstanden sind und im Falle des Rücktritts das Rücktrittsrecht ausgeübt wurde.⁴⁵⁸ Als Einwendungen kommen alle Gegenrechte (peremptorische wie dilatorische) in Betracht, die dem Verbraucher gegen den Unternehmer zustehen. Entgegen der früheren Rechtsprechung hat sich der Gesetzgeber gegen den bis zur Verabschiedung des VerbrKrG geltenden Subsidiaritätsgrundsatz entschieden.⁴⁵⁹ Dem Verbraucher ist der Einwendungsdurchgriff auch dann gestattet, wenn ihm die Inanspruchnahme des Unternehmers möglich oder zumutbar ist.⁴⁶⁰ Allein bei Kaufverträgen muss der Verbraucher zunächst Nacherfüllung verlangen; erst wenn diese fehlgeschlagen ist, kann er die Rückzahlung des Darlehensvertrages verweigern, § 359 S. 3 BGB.

Ist demnach ein Vertrag mit einem Darlehensvertrag so verbunden, dass sie eine wirtschaftliche Einheit im Sinne des § 358 Abs. 3 BGB bilden, so kann der Verbraucher die Rückzahlung solange⁴⁶¹ verweigern, wie ihm Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag zustehen. Handelt es sich bei den geltend gemachten Einwendungen um dauerhafte – etwa der Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Erlöschen des Vertrages – so kann der Verbraucher die Rückzahlung des Darlehens ebenfalls dauerhaft verweigern.

4. Rückforderungsdurchgriff

§ 359 BGB trifft somit lediglich Aussagen über das Leistungsverweigerungsrecht. Er formuliert keinen Anspruch auf die Rückforderung bereits gezahlter Darlehensraten, als sog. „Rückforderungsdurchgriff“ bezeichnet. Gleichfalls nicht geregelt ist die Frage, ob sich eine Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages auch auf den Darlehensvertrag erstreckt.

⁴⁵⁸ MünchKomm-*Habersack*, § 359 Rn. 37.

⁴⁵⁹ BT-Drucks. 11/5462, S. 24.

⁴⁶⁰ Anders die vor Inkrafttreten des VerbrKrG geltende Rechtsprechung, wonach der Einwendungsdurchgriff nur zugelassen war, wenn die Durchsetzung der Rechte gegen den Unternehmer unmöglich war (Insolvenz oder Unauffindbarkeit) oder nach späterer Aufweichung des Subsidiaritätsgrundsatzes unzumutbar war, BGH 47, 233, 240; NJW 1980, 1155, 1157; BGHZ 95, 350, 352; Erman-*Saenger*, § 359 Rn. 17 f.

⁴⁶¹ Die Einwendung kann nur geltend gemacht werden, solange sie im Verhältnis zum Unternehmer besteht. Dies ergibt sich aus § 359 S. 1 BGB, der einschränkend von „soweit“ spricht. Entfällt das Gegenrecht im finanzierten Vertrag – etwa durch Verjährung – so entfällt auch das Einwendungsrecht nach § 359 BGB.

Bei der Erörterung der Nichtigkeit des Darlehensvertrages wurde die Unwirksamkeitserstreckung auf den finanzierten Vertrag in analoger Anwendung des § 358 Abs. 1 S. 1 BGB bejaht.⁴⁶² Danach ist der Verbraucher nicht mehr an die Willenserklärung zum Abschluß des finanzierten Vertrages gebunden. Die Annahme der hier entwickelten Grundsätze zur Rückabwicklung verbundener Verträge kann auch für den Fall des nichtigen finanzierten Vertrages gelten, wenn die Voraussetzungen für eine Analogie vorliegen. Die aufgeworfenen Fragen zum Rückforderungsdurchgriff und zur Unwirksamkeitserstreckung gehören eng zusammen, da sich die Frage der Rückabwicklung nur bei einer Unwirksamkeitserstreckung stellt. Wird diese analog § 358 Abs. 1 S. 1 BGB bejaht, folgt die Rückabwicklung beider Verträge nach der hier vertretenen Auffassung in analoger Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB durch Rückabwicklung des Darlehensvertrages nach § 357 BGB und Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers.

a. Meinungsstand

In der Rechtsprechung und Literatur wird der Rückforderungsdurchgriff kontrovers diskutiert. Die Ansichten reichen von gänzlicher Ablehnung eines Rückforderungsdurchgriffs über die Bejahung lediglich einzelner Ansprüche bis hin zur vollständigen Rückabwicklung beider Verträge. Die Rückabwicklung wird hierbei zumeist vom Inhalt der Einwendung abhängig gemacht. So wird unterschieden, aus welchem Risikobereich der Vertragspartner die Einwendungen stammen.

aa. Nichtigkeit des finanzierten Vertrages von Anfang an

Bei Nichtigkeit des finanzierten Vertrages von Anfang an, also etwa wegen §§ 105, 134, 138 BGB, bejaht die überwiegende Meinung in der Literatur einen Rückforderungsdurchgriff nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB.⁴⁶³ Dem Zahlungsanspruch des Darlehensgebers steht nach dieser Auffassung von Anfang an die Einrede des Verbrauchers aus § 359 S. 1 BGB entgegen, durch die die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen ist.⁴⁶⁴ Der Darlehensvertrag

⁴⁶² Siehe oben § 3 IV. 3.

⁴⁶³ MünchKomm-*Habersack*, § 359 Rn. 66; Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 359 Rn. 33; Erman-*Saenger*, § 359 Rn. 5; von Westphalen/*Emmerich/v.Rottenburg-Emmerich*, § 9 Rn. 169; Palandt-*Grüneberg*, 67. Aufl. § 359 Rn. 7; HK-*Bülow*, § 495 Rn. 358; *Dürbeck*, S. 143; *Lebek*, S. 180 f.; *Bertram*, S. 248 f.; *Polt*, S. 176; *Coester*, JURA 1992, 617, 623; insbes. *Emmerich*, zitiert von: *Habersack*, WM 1991, 1449, 1451 f.; *Staudinger*, NZM 2000, 498, 491; ebenso OLG Dresden, ZIP 2000, 180, 181; OLG Stuttgart, WM 2001, 1667, 1675. *Polt*, S. 175 lehnt einen Rückforderungsdurchgriff zumindest im Bereich finanziertter Fondsbeteiligungen gänzlich ab.

⁴⁶⁴ Erman-*Saenger*, § 359 Rn. 5.

bleibt danach wirksam. Der Verbraucher kann jedoch die bereits geleisteten Raten konditionieren und die zukünftigen Ratenzahlungen gem. § 359 S. 1 BGB verweigern. Der Darlehensgeber hat nach dieser Auffassung gegen den Verbraucher einen Anspruch auf Abtretung der Bereicherungsansprüche gegen den Unternehmer, die sich aus der Nichtigkeit des finanzierten Vertrages ergeben.⁴⁶⁵ Ist der Verbraucher bereits Eigentümer des finanzierten Kaufgegenstandes geworden, so hat er diesen an den Unternehmer Zug um Zug gegen Rückzahlung der Anzahlung zurück zu übereignen.⁴⁶⁶ Hat der Darlehensgeber Sicherungseigentum an der Sache, so kann er diese vom Darlehensnehmer herausverlangen. Sie dient als Sicherheit für den zedierten Bereicherungsanspruch gegen den Unternehmer.⁴⁶⁷

Nachdem der XI. Zivilsenat des BGH die Frage, ob und inwieweit ein Rückforderungsdurchgriff möglich ist, lange offen gelassen hatte, hat er sich im Jahre 2007 der herrschenden Meinung angeschlossen und einen Rückforderungsdurchgriff gemäß § 813 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB bei Nichtigkeit des Kaufvertrages von Anfang an bejaht.⁴⁶⁸ Im Unterschied zur herrschenden Auffassung hat der Senat einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Darlehensgebers selbst bei Nichtigkeit des Kauf- und Darlehensvertrages auf Übertragung des finanzierten Kaufgegenstandes – etwa durch Abtretung – abgelehnt, da dieser nicht als Nutzung oder Surrogat der Darlehensvaluta im Sinne des § 818 BGB anzusehen sei.⁴⁶⁹ Wie die weitere Rückabwicklung erfolgt, konnte der Senat bislang offen lassen.⁴⁷⁰

Kritisiert wird an dieser Auffassung, dass sich nicht ableiten läßt, was die Nichtigkeit des finanzierten Vertrages für das Schicksal des Darlehensvertrages im Ganzen bedeutet.⁴⁷¹ § 813 Abs. 1 S. 1 BGB regelt lediglich einen Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der bereits gezahlten Zinsen und Raten, nicht jedoch die Rückabwicklung des gesamten Darlehensvertrages. Das hat zur Folge, dass dem Darlehensgeber kein Rückforderungsanspruch zustünde.⁴⁷² Aus diesem Grund geht ein Teil der Literatur noch einen Schritt weiter und möchte die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB angewandt wissen.⁴⁷³ Danach führe die anfängliche Nichtigkeit des finanzierten Vertrages auch zur Nichtigkeit des

⁴⁶⁵ von Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg-Emmerich, § 9 Rn. 170; HK-Bülow, § 495 Rn. 312.

⁴⁶⁶ von Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg-Emmerich, § 9 Rn. 171.

⁴⁶⁷ MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 67.

⁴⁶⁸ BGHZ 174, 334, 342; BGH, WM 2008, 967, 968; 1596, 1597.

⁴⁶⁹ BGHZ 174, 334, 344.

⁴⁷⁰ In dem BGHZ 174, 334, 345 zugrunde liegenden Fall hatte die Beklagte keine Abtretung verlangt.

⁴⁷¹ Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 9 Rn. 131a; Erman-Saenger, § 359 Rn. 5.

⁴⁷² Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 9 Rn. 131a; Pietzcker, S. 102 ff., der nicht mehr von einem Rückforderungsdurchgriff sprechen möchte, da der Wegfall der Geschäftsgrundlage dem Verbraucher einen eigenen Anspruch gegen den Darlehensgeber verschafft.

⁴⁷³ Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 9 Rn. 129; Pietzcker, S. 53 ff.; Erman-Saenger, § 359 Rn. 5; Lwowski/Peters/Gößmann-Lwowski, S. 209; Rehberg, S. 91 ff.

Darlehensvertrages. Die Abwicklung der Verträge soll nach dieser Auffassung ebenso verlaufen wie bei Anwendung des § 813 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Verbraucher habe einen Anspruch auf Rückzahlung der in Erfüllung des Darlehensvertrages erbrachten Raten gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB. Er sei dem Darlehensgeber gegenüber zur Abtretung seines bereicherungsrechtlichen Kaufpreistrückzahlungsanspruchs gegen den Verkäufer gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1, 398 BGB verpflichtet.⁴⁷⁴

Zu einem überwiegend ähnlichen Ergebnis kommen die Befürworter der Lehre vom rechtlichen Verbund.⁴⁷⁵ Danach seien Darlehensvertrag und finanziert Vertrag zur Verwirklichung eines bestimmten Zwecks wechselseitig aufeinander bezogen. Dieser sog. Finalnexus wird in einer rechtlich formierten Zweckstruktur entfaltet und komme in der Art der Auszahlung der Darlehensvaluta zum Ausdruck. Folge des Finalnexus sei, dass der Darlehensgeber dem Unternehmer unmittelbar und einphasig die Darlehensvaluta leiste – als Leistung im Verbund – mit der zugleich zwei Verbindlichkeiten getilgt werden. Die Leistung im rechtsgeschäftlichen Verbund sei stets Leistung an den Empfänger der Zuwendung mit der Folge, dass der Empfänger in der Rückabwicklung Schuldner ist.⁴⁷⁶ Der rechtliche Verbund bewirke somit nicht nur eine wirtschaftliche Verbundenheit des Vertrages, sondern auch eine rechtliche. Das Scheitern des einen Vertrages führe mithin notwendig auch zum Scheitern des anderen Vertrages.⁴⁷⁷ Im Unterschied zu der Rückabwicklung nach Wegfall der Geschäftsgrundlage, kann nach dieser Auffassung der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta direkt vom Unternehmer verlangen.

Eine vierte Gruppe befürwortet hingegen die analoge Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB mit der Folge, dass der Darlehensgeber bei Nichtigkeit des finanzierten Vertrages – wie auch

⁴⁷⁴ Pietzcker, S. 127.

⁴⁷⁵ Gernhuber, FS Larenz, S. 455 ff.; ders., Schuldverhältnis, S. 729 ff.; ähnlich Vollkommer, FS Merz, S. 595, 606 und Tröster, S. 139 f. Nach Letzterem ist der verbundene Vertrag durch eine synallagmatisch verknüpfte Leistungskette übers Dreieck charakterisiert.

⁴⁷⁶ Gernhuber, FS Larenz, S. 455, 475.

⁴⁷⁷ Gernhuber, FS Larenz, S. 455, 478 f.; ders., Schuldverhältnis, S. 731; Vollkommer, FS Merz, S. 595, 609, wonach sich die Nichtigkeit nach Letzterem aus § 139 BGB ergibt. Ähnlich Heermann, S. 165 ff., der von einer trilateral-synallagmatischen Leistungsverknüpfung beider Verträge ausgeht, bei dem bestimmte Hauptleistungspflichten (Pflicht der Bank zur Zahlung der Valuta an den Verkäufer, Übereignungspflicht des Verkäufers und Übergabe des Erwerbsgegenstandes, Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers) vom trilateralen Synallagma erfasst werden, während die restlichen Haupt- und Nebenpflichten nur das zweiseitige Rechtsgeschäft betreffen. Ist danach eine der Pflichten, die im trilateralen Synallagma stehen, unwirksam, so betrifft das auch die anderen im trilateralen Synallagma stehenden Pflichten. Entfällt danach die Übereignungspflicht des Verkäufers etwa durch Anfechtung der Einigungserklärung, so entfallen auch die Pflicht des Darlehensnehmers zur Zahlung der Valuta und die Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers. Nach Tröster, S. 139 hat das Nichtbestehen einer Leistungspflicht zur Folge, dass auch die anderen damit verknüpften Leistungspflichten unwirksam sind.

bei Widerruf – im Verhältnis zum Verbraucher in die Rechte und Pflichten des Unternehmers eintritt.⁴⁷⁸

bb. Anfechtung des finanzierten Vertrages

Im Falle der Anfechtung des finanzierten Vertrages lehnt der Teil der Literatur, der die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage angewandt wissen will, eine Differenzierung hinsichtlich der Abwicklungsfolgen im Vergleich zur anfänglichen Nichtigkeit ab.⁴⁷⁹ Es komme nicht darauf an, ob der finanzierte Vertrag nichtig, unwirksam oder später weggefallen sei. Der finanzierte Vertrag stelle vielmehr die Geschäftsgrundlage des Darlehensvertrages dar, fehle diese – aus welchen Gründen auch immer – so sei der Darlehensvertrag mit Wirkung *ex tunc* nichtig.⁴⁸⁰

Auch die Vertreter der Lehre vom rechtlichen Verbund kommen zu diesem Ergebnis.⁴⁸¹ Mit der Vernichtung eines Rechtsgeschäftes im genetischen Verbund verliere auch das Darlehen rückwirkend seine Wirksamkeit.⁴⁸²

Die Vertreter des Rückforderungsdurchgriffs nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB sind hingegen uneins. Ein Teil ist der Überzeugung, dass § 813 Abs. 1 S. 1 BGB auch bei Anfechtung des finanzierten Vertrages zur Anwendung komme, weil die Anfechtungserklärung nach § 142 BGB bewirke, dass das Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig sei. Diese Einrede stehe daher von Anfang an dem Anspruch auf Zahlung der Darlehensraten entgegen.⁴⁸³

Dem steht die Annahme gegenüber, dass § 813 Abs. 1 S. 1 BGB voraussetzt, dass die Forderung bereits zum Zeitpunkt der Leistung einredebehaftet war.⁴⁸⁴ Diese Voraussetzung sei aber nicht gegeben, wenn die Anfechtung zu einem späteren Zeitpunkt erklärt werde; die bloße

⁴⁷⁸ Erman-Klinsporn/Rebmann, 9. Aufl. § 9 VerbrKrG Rn. 21; Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 813 Rn. 3; Esser/Weyers, SchuldR II/ 1 S. 111; Bamberger/Roth-Möller, § 359 Rn. 9, die sich jedoch nicht über das Schicksal des Darlehensvertrages äußern; C. Schäfer, BKR 2005, 98, 100 ff.; Kindler, ZGR 2006, 167, 181 f. Ähnlich Ma, S. 89, die (konsequent) zunächst vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgeht und die Rückabwicklung sodann analog § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (§ 358 Abs. 4 S. 3 BGB n.F.) befürwortet.

⁴⁷⁹ Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 9 Rn. 132; Erman-Saenger, § 359 Rn. 6; Pietzcker, S. 93.

⁴⁸⁰ Pietzcker, S. 91 ff.; Rehberg, S. 92.

⁴⁸¹ Gernhuber, FS Larenz, S. 455, 478 f.; ders., Schuldverhältnis, S. 733; Vollkommer, FS Merz, S. 595, 607; Ähnlich Tröster, S. 139 f.

⁴⁸² Gernhuber, FS Larenz, S. 455, 478 f.

⁴⁸³ von Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg-Emmerich, § 9 Rn. 169; HK-Bülow, § 495 Rn. 358 f.; Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 813 Rn. 3.

⁴⁸⁴ Dieses Problem sieht auch Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 813 Rn. 3, die § 813 BGB aufgrund der speziellen Wertungen des Verbraucherkreditrechts anwendet, obwohl die Einreden nicht von Anfang an, sondern erst mit Wirkung *ex tunc* entstehen.

Anfechtbarkeit begründe keine Einrede. Eine Rückforderung sei daher nur für die nach Anfechtungserklärung gezahlten Zins- und Tilgungsraten möglich, wobei jedoch § 814 BGB zu beachten sei.⁴⁸⁵ Den daraus resultierenden Nachteilen für den Verbraucher – schließlich ist er auf die Abwicklung des finanzierten Vertrages beschränkt und muss den Darlehensvertrag weiter bedienen – wird mit dem Einwand begegnet, dass in der Regel auch der Darlehensvertrag aus demselben Grund anfechtbar sei.⁴⁸⁶

Für die Vertreter des Rückforderungsdurchgriffs analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB ist die Rückabwicklung durch Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers sowohl für die Nichtigkeit als auch für andere Unwirksamkeitsgründe des finanzierten Vertrages selbstverständlich.

cc. Mängel der vom Unternehmer geschuldeten Leistung

Der Verbraucher ist zur Einstellung der Darlehensrückzahlung auch dann berechtigt, wenn der Unternehmer die geschuldete Leistung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbringt und der Verbraucher deshalb vom finanzierten Vertrag zurücktritt oder dieser endgültig scheitert.⁴⁸⁷ Dies gilt auch für Schadensersatzansprüche, die der Verbraucher aus dem finanzierten Vertrag gegen den Unternehmer hat.⁴⁸⁸

Ein Rückforderungsdurchgriff wird in diesen Fällen vom überwiegenden Teil der Literatur jedoch abgelehnt. Dies wird auf die Annahme gestützt, dass eine Rückforderung der bereits gezahlten Raten gemäß § 813 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen sei, weil die Einrede im Zeitpunkt der Leistung nicht bestand.⁴⁸⁹ Manche Vertreter der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung vertreten demgegenüber eine weitere Anwendung des § 813 BGB, so dass etwa bei Schadensersatzansprüchen, die auf Vertragsaufhebung gerichtet sind, eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt eintritt, in dem der Grund für den Schadensersatzanspruch geschaffen wurde.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 34; Staudinger/Kessal-Wulf, § 359 Rn. 33.

⁴⁸⁶ MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 34.

⁴⁸⁷ MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 41.

⁴⁸⁸ Umstritten ist dabei lediglich die Frage, ob die Schadensersatzansprüche gegen den Unternehmer lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der Bank begründen, welches erlischt, wenn der Unternehmer den Schadensersatzanspruch erfüllt, so etwa MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 41; Staudinger/Kessal-Wulf, § 359 Rn. 13; HK-Bülow, § 495 Rn. 333, oder ob der Verbraucher mit diesen Ansprüchen gegenüber den Rückzahlungsforderungen des Darlehensgebers aufrechnen kann, so etwa v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg-Emmerich, § 9 Rn. 198; Coester, Jura 1992, 617, 624; Münstermann/Hannes, § 9 Rn. 528.

⁴⁸⁹ MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 75; Staudinger/Kessal-Wulf, § 359 Rn. 33.

⁴⁹⁰ HK-Bülow, § 495 Rn. 355.

Die Vertreter des Wegfalls der Geschäftsgrundlage des verbundenen Vertrages bei Wegfall des anderen Vertrages kommen auch bei Rücktritt oder Vertragsaufhebung aufgrund Schadenersatzes ebenso wie die Vertreter der Lehre vom rechtlichen Verbund zu dem Ergebnis, dass der Verbraucher die an den Darlehensnehmer bereits gezahlten Darlehensraten zurückverlangen kann.⁴⁹¹

Eine Sonderstellung – auch hinsichtlich der sonstigen Rechtsprechung zur Frage des Rückforderungsdurchgriffs⁴⁹² – nimmt das Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 21.7.2003⁴⁹³ ein. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war ein Anleger mit einer von der Bank finanzierten Einlage einer Immobilienfondsgesellschaft beigetreten. Er machte später geltend, dass er von den Fondsbetreibern bei seinem Gesellschaftsbeitritt über die sog. „weichen Kosten“ in Millionenhöhe getäuscht und so der versprochene Gewinn aus der Kapitalanlage von vornherein ausgeschlossen gewesen sei. Aufgrund der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft – auf die an dieser Stelle noch nicht einzugehen ist – hat der Senat dem Anleger ein Recht zur fristlosen Kündigung der Beteiligung an der Gesellschaft bestätigt und in dem daraus resultierenden Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft eine Einrede im Sinne des § 9 Abs. 3 VerbrKrG (nunmehr § 359 BGB) gesehen. Neben dem sich daraus ergebenden Recht auf Einstellung der künftigen Zins- und Ratenzahlung (Einwendungsdurchgriff) hat der Senat dem Anleger in analoger Anwendung des § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (heute § 358 Abs. 4 S. 3 BGB) auch einen Anspruch auf Rückzahlung der bis dahin gezahlten Raten (Rückforderungsdurchgriff) bis zur Höhe des Abfindungsanspruches zugebilligt. Zur Begründung verwies der Senat auf das „unabweisbare Bedürfnis“, auch im Bereich des § 9 Abs. 3 VerbrKrG (§ 359 BGB) eine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen zuzulassen und verwies auf die Gesetzgebungsmaterialien, wonach die Klärung dieser Frage bewußt der Rechtsprechung und Lehre überlassen worden sei.

In einer weiteren Entscheidungsreihe vom 14.6.2004⁴⁹⁴ wurde der Rückforderungsdurchgriff sodann auch auf Schadenersatzansprüche erweitert, die der Anleger aufgrund Verschuldens bei Vertragsschluß gegen Fondsiniiatoren, Gründungsgesellschafter und sonst Verantwortli-

⁴⁹¹ *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, § 9 Rn. 130 ff.; *Pietzcker*, S. 91 ff.; sowie *Gernhuber*, FS Larenz, S. 455, 490; *Vollkommer*, FS Merz, S. 595, 608 f.

⁴⁹² Eine Rückforderungsdurchgriff wurde in der Instanzrechtsprechung überwiegend abgelehnt, siehe etwa OLG Stuttgart, ZIP 2001, 692, 698; OLG Koblenz, BB 2002, 1981, 1984; LG Bonn, NJW-RR 1993, 1269; LG Hagen, NJW-RR 1994, 1260; LG Dortmund, DB 2001, 915; teilweise aber auch bejaht: OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1265; OLG Dresden, ZIP 2000, 180, 181; LG Braunschweig, NJW 1994, 2701.

⁴⁹³ BGHZ 156, 46, 54 f. = NJW 2003, 2821 ff. Der BGH war bis dahin – soweit ersichtlich – mit der Frage der Zulässigkeit eines Rückforderungsdurchgriffs nicht befaßt.

⁴⁹⁴ II ZR 393/02, BGHZ 159, 294 ff.; II ZR 395/01, BGHZ 159, 280 ff.; II ZR 374/02, ZIP 2004, 1407 ff.; II ZR 407/02, WM 2004, 1536 ff.; II ZR 392/01, NJW 2004, 2739 (LS).

che hat. Voraussetzung sei, dass Fondsbeitritt und Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft darstelle. Die Schadensersatzansprüche kämen danach als Einwendungen im Sinne des § 9 Abs. 3 VerbrKrG (§ 359 BGB) in Betracht. In dem Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich künftiger Darlehensraten erschöpften sich die Ansprüche des Verbrauchers jedoch nicht. Vielmehr könne er in analoger Anwendung des § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG (§ 358 Abs. 4 S. 3 BGB) vom Darlehensgeber die Rückgewähr der aufgrund des Darlehensvertrages erbrachten Leistungen verlangen.⁴⁹⁵

Die Erweiterung des Rückforderungsdurchgriffs auf solche Schadensersatzansprüche hat der XI. Zivilsenat des BGH im Jahre 2006 abgelehnt und darauf verwiesen, dass auch der II. Zivilsenat an seiner Rechtsprechung nicht mehr festhalte.⁴⁹⁶ Für die Geltendmachung dieser Schadensersatzansprüche fehle es bereits an dem erforderlichen Finanzierungszusammenhang, da aus der Haftungsbeziehung des Verbrauchers zu den Fondsinitiatoren, Gründungsgesellschaftern und sonst Verantwortlichen keine Entgeltforderung gegen den Verbraucher resultiere, die Gegenstand einer Finanzierung durch die Bank sein könne.⁴⁹⁷

Im Anschluss an den II. Zivilsenat befürwortet auch *C. Schäfer* eine analoge Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB in Bezug auf konkrete, auf Rückabwicklung zielende Einwendungen, ohne dabei eine schematische Anwendung auf jedwede Einwendung vornehmen zu wollen.⁴⁹⁸

b. Stellungnahme

Die Vielfalt der Meinungen zum Rückforderungsdurchgriff macht deutlich, dass ein „Stehenbleiben“ beim gesetzlich allein geregelten Einwendungsdurchgriff als unbefriedigend empfunden wird. Dementsprechend herrscht überwiegend Einigkeit über das Bestehen einer Regelungslücke hinsichtlich der Rückabwicklung von zumindest Teilen erbrachter Leistungen aus dem Darlehensvertrag.⁴⁹⁹

Denjenigen Vertretern, die für die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage plädieren, ist zugute zu halten, dass sie für eine Rückabwicklung auch des Darlehensvertrages, die Notwendigkeit der Beseitigung seiner Wirksamkeit sehen. Allerdings wird die Nichtigkeit des Darlehensvertrages angenommen, ohne auf die Voraussetzungen des §

⁴⁹⁵ BGHZ 159, 294, 311 ff., beispielhaft für die ähnlich gelagerten Entscheidungen vom selben Tag mit identischer Begründung.

⁴⁹⁶ BGHZ 167, 239, 250; BGH, WM 2007, 1257, 1259; 1367, 1368.

⁴⁹⁷ BGH WM 2007, 1257, 1259; WM 2008, 1596, 1597.

⁴⁹⁸ *C. Schäfer*, JZ 2004, 258, 260; *ders.* DStR 2004, 1611, 1614; *ders.* BKR 2005, 98, 101 f.

⁴⁹⁹ Die des finanzierten Vertrages ergibt sich bereits aus den einschlägigen Vorschriften.

313 BGB Rücksicht zu nehmen, der bei Wegfall der Geschäftsgrundlage zunächst Vertragsanpassung fordert und, falls dies nicht möglich ist, dem benachteiligten Teil ein Kündigungsrecht einräumt.⁵⁰⁰ Darüber hinaus muss an dieser Stelle die Kritik, die an dieser Auffassung im vergleichbaren umgekehrten Fall – Wegfall der Geschäftsgrundlage für den finanzierten Vertrag bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages – angebracht wurde, vertieft werden. Diese wurde unter § 3 IV. 2. bereits ausführlich erörtert.

Die Lehre vom rechtsgeschäftlichen Verbund überzeugt vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelungen nicht, die in § 358 Abs. 3 S. 1 BGB ausdrücklich von „beide[n] Verträge[n]“ spricht, die eine „wirtschaftliche Einheit“ – und keine rechtliche – bilden. *Vollkommer* ist jedoch darin zuzustimmen, dass das Gesetz zumindest für den Fall des Widerrufs eines Vertrages eine rechtliche Verknüpfung beider Verträge nach § 359 Abs. 1 und 2 BGB vorsieht. Eine strikte rechtliche Trennung beider Verträge lag dem Gesetzgeber folglich fern.⁵⁰¹

Eine Rückabwicklung nach § 813 BGB, gleich ob in allen Fällen der Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages oder nur im Falle der anfänglichen Nichtigkeit auch des Darlehensvertrages, überzeugt ebenfalls nicht. Sie trifft, soweit der Rückforderungsdurchgriff für alle dauerhaften Einwendungen anerkannt wird, keine Aussage zum rechtlichen Schicksal des Darlehensvertrages, sondern erkennt lediglich einen Anspruch des Verbrauchers auf Rückzahlung der gezahlten Zins- und Tilgungsraten an. Über eine weitere Rückabwicklung beider Verträge und in welchem Verhältnis diese stattfindet, werden keine Feststellungen getroffen.⁵⁰² So ist etwa offen, an wen sich der Darlehensgeber – bei einem noch wirksamen Darlehensvertrag – hinsichtlich seiner Rückforderung der Darlehensvaluta wenden kann.

Diese Unvollständigkeit müssen sich auch die Vertreter einer Rückabwicklung analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB vorwerfen lassen.⁵⁰³ Würde allein diese Regelung analoge Anwendung finden, so wäre der Darlehensgeber beispielsweise bei Nichtigkeit des finanzierten Vertrages aus übergegangenem Recht verpflichtet, dem Verbraucher den Kaufpreis zurückzuzahlen und im Gegenzug berechtigt, den Kaufgegenstand zu fordern – er könnte jedoch weder vom Verbraucher Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangen, noch vom Unternehmer. Ersterem Anspruch stünde der Einwendungsdurchgriff entgegen. Selbst wenn man diesen – etwa aufgrund der Zahlung des Kaufpreises – als untergegangen ansähe, so könnte der Darlehensgeber nur die Rückzahlung zu den Konditionen des gültigen Darlehensvertrages verlangen. Dies führte

⁵⁰⁰ Dieser Zwischenschritt wird von den Vertretern dieser Auffassung, etwa von Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 18. Darauf verweist auch Erman-*Saenger*, § 359 Rn. 5.

⁵⁰¹ Anders *Bertram*, S. 83, der die Trennungstheorie als im Gesetz verankert ansieht.

⁵⁰² Die Problematik sehen, aber offen lassend BGHZ 174, 334, 345.

⁵⁰³ Die Kritik *Habersacks* an dieser Auffassung beschränkt sich leider auf die Feststellung, dass sich „eine pauschale Analogie zu § 358 Abs. 4 S.3 BGB“ verbiete, MünchKomm-*Habersack*, § 359 Rn. 55; ähnlich *Lieb* in *Hadding/Hopt*, S. 118 f.

zu der kuriosen Situation, dass der Darlehensnehmer vom Darlehensgeber das erhalte, was er eigentlich zurückzahlen verpflichtet ist. Für einen Anspruch gegen den Unternehmer hingegen fehlte es an einer Anspruchsgrundlage. Der in Rechtsprechung und Literatur zur Parallelproblematik bei Widerruf des finanzierten Vertrages oder des Darlehensvertrages vertretene Lösungsansatz, dem Darlehensgeber einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch zu geben⁵⁰⁴, krankte in diesem Fall am Fortbestehen des Darlehensvertrages, so dass auch weiterhin ein Rechtsgrund für die Auszahlung der Valuta an den Unternehmer besteht. Wendete man – wie hier im Falle des Widerrufs der verbundenen Verträge vertreten – § 358 Abs. 4 S. 3 BGB auch analog für den Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte des Verbrauchers an, so gäbe es zwar eine Anspruchsgrundlage für die Rückforderung des Kaufpreises, es änderte sich jedoch nichts an der Darlehensrückzahlungspflicht des Verbrauchers mit der Folge, dass der Darlehensgeber die Valuta zweimal erhalte. Dieses Gedankenspiel verdeutlicht die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit dem Schicksal des Darlehensvertrages.

c. Rückabwicklungsprogramm der §§ 358, 359 BGB

In Betracht käme hier – wie auch im Falle des nichtigen Darlehensvertrages bei verbundenen Geschäften – eine Unwirksamkeitserstreckung analog § 358 Abs. 1 S. 1 BGB sowie eine Rückabwicklung beider Verträge analog § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB. Die für diesen Fall begründete Analogie zur Rückabwicklung des verbundenen Geschäfts greift im Falle des unwirksamen finanzierten Vertrages gleichermaßen. Auf die obigen Ausführungen kann daher verwiesen werden.⁵⁰⁵

Auch die Regelung des § 358 Abs. 1 S. 1 BGB stellt lediglich auf den Widerruf der auf den Abschluss eines Vertrages über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichteten Willenserklärung ab. Eine Gesetzesauslegung dahingehend, dass § 358 Abs. 1 S. 1 BGB auch die Fälle der Nichtigkeit oder sonstige Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages umfasst, ist aufgrund des eindeutigen Wortlautes ausgeschlossen.

Für die Feststellung, dass eine planwidrige Gesetzeslücke als Voraussetzung der Analogie vorliegt, kann ebenfalls auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Wird in diesem System der verbundenen Verträge geregelt, was Folge der Widerruf eines der beiden Verträge sein soll, so legt eine Nichtregelung der Folgen eines unwirksamen finanzierten Vertrages na-

⁵⁰⁴ Siehe dazu oben § 3 II. 4. c. cc.

⁵⁰⁵ Siehe § 3 IV. 3.

he, dass eine Regelungslücke vorliegt. Diese Lücke kann durch andere gesetzliche Institute nicht abschließend und gerecht⁵⁰⁶ geschlossen werden. Dies gilt zunächst für die Regelung des § 359 BGB, die dem Verbraucher ermöglicht, Einwendungen, die er gegen den finanzierten Vertrag geltend machen kann, auch den Ansprüchen aus dem Darlehensvertrag entgegenhalten kann. Keine Regelung trifft § 359 BGB über das Schicksal des Darlehensvertrages, er beläßt es vielmehr dabei, dass der Verbraucher zur Verweigerung seiner Leistungen berechtigt ist. Auch die Regelung des § 813 BGB oder die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB können diese Lücke – wie bereits dargestellt – nicht befriedigend schließen.

Mit Blick auf die Regelung des § 359 BGB muss jedoch auch die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass der Gesetzgeber eine Rückabwicklung nicht gewollt hat, er eine „bewußte“ Lücke geschaffen hat.⁵⁰⁷ Auch hier verfängt jedoch der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der verbraucherkreditrechtlichen Regelungen, in deren Entwicklungsprozeß der Gesetzgeber zwar über weitergehende Regelungen nachgedacht hat⁵⁰⁸, diese aber nur hinsichtlich des durch die Richtlinie geforderten Einwendungsdurchgriffs umgesetzt hat. Die in der Begründung zum Verbraucherkreditgesetz zum Ausdruck gebrachte Anerkennung der bisherigen Rechtsprechung zu Einwendungsdurchgriff kann daher als Hinweis und Aufforderung einer weiteren Rechtsfortbildung gesehen werden mit der Folge, dass die Regelung des § 359 BGB als offene Vorschrift zu lesen ist.⁵⁰⁹

Die Unwirksamkeitserstreckung auf den Darlehensvertrag analog § 358 Abs. 1 S. 1 BGB bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages oder bei Rücktritt von diesem Vertrag ist – so das dritte Analogieerfordernis – auch vergleichbar mit dem gesetzlich geregelten Fall der Unwirksamkeitserstreckung im Falle des Widerrufs des finanzierten Vertrages gem. § 358 Abs. 1 BGB. Die Unwirksamkeitserstreckung in analoger Anwendung ist in erster Linie für eine analoge Anwendung der Abwicklungsregelung des § 358 Abs. 4 S. 1 und 3

⁵⁰⁶ Die Kritik am Gesetz kann sich nur auf Gründe der Gerechtigkeit stützen; die erstrebte materielle Gerechtigkeit fordert die Ergänzung des Gesetzes, *Zippelius*, S. 66.

⁵⁰⁷ So wohl *Lieb* in *Hadding/Hopt*, S. 118 f.

⁵⁰⁸ Siehe Begr. RefE VerbrKrG in: ZIP 1988, 1215, 1220; der noch den Forderungsdurchgriff gegen den Kreditgeber ausgeschlossen hat.

⁵⁰⁹ In der amtlichen Begründung des VerbrKrG heißt es: „Der Entwurf lehnt sich an die bisher schon praktizierte und bewährte Rechtsprechung an. Dies gilt zunächst für den Begriff der wirtschaftlichen Einheit als wesentliche Voraussetzung für einen Handlungsdurchgriff. Der Entwurf beschränkt sich des weiteren darauf, dem Kreditgeber ein Zurückbehaltungsrecht einzuräumen, verzichtet aber im Grundsatz auf die Subsidiarität dieses Einwendungsdurchgriffs.“, BT-Drucks. 11/5462, 11, 12. Ebenfalls für eine Lesart als offene Vorschrift: BGHZ 156, 46, 55; 174, 334, 342; *Seibert*, § 9 VerbrKrG, Rn. 11; *Vollkommer*, FS Merz, S. 595, 603; *Reinking/Nießen*, ZIP 1991, 79, 84; *dies.* ZIP 1991, 634, 636; *Goebbels*, S. 46 ff.; *C. Schäfer*, BKR 2005, 98, 101; a.A.: *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 23, 30; *Coester*, JURA 1992, 617, 623; *Möller/Lutz*, VuR 2005, 81, 87 (keine Unwirksamkeitserstreckung).

BGB erforderlich, so dass sich auch hier die Frage der Vergleichbarkeit der Sachverhalte darauf bezieht, ob ein Sachgrund besteht, die Rückabwicklung der verbundenen Verträge bei Nichtigkeit, sonstiger Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages oder eines nach Rücktritt rückabzuwickelnden finanzierten Vertrages anderes zu regeln, als bei einem widerrufenen finanzierten Vertrag.

Dies ist unter Bezugnahme auf die bereits zur Rückabwicklung verbundener Geschäfte bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages entwickelte Analogie zu verneinen. Dies gilt für die Vergleichbarkeit der Schutzzwecke wegen der gesetzlich angeordneten Nichtigkeit eines Vertrages, dem Schutzzweck des Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung ebenso wie für die Irrtumsanfechtung nach §§ 119, 120 BGB.

Auch der Widerruf eines verbundenen Vertrages setzt allein voraus, dass der Verbraucher einen verbundenen Vertrag abgeschlossen hat und dass ein Widerrufsrecht⁵¹⁰ noch besteht. Das Widerrufsrecht ist in den Fällen der §§ 312, 312 d BGB und § 4 FernUSG einer Situation mit besonderem Gefährdungspotential und im Falle des § 485 BGB – ähnlich wie im § 495 BGB – der Komplexität des Vertrages geschuldet. Das Risiko, den möglicherweise bereits in Vollzug gesetzten Vertrag ohne Nachteil für den Verbraucher rückabzuwickeln, wird auch in diesen Fällen über § 358 Abs. 1 und Abs. 4 S. 1 und 3 BGB dem Darlehensgeber aufgebürdet. Anders als bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages weist das Gesetz in § 359 BGB dem Darlehensgeber sogar die Risiken aus dem finanzierten Vertrag zu, obwohl er möglicherweise gar keinen Einfluß auf die Situation bei Vertragsschluß hatte. Für die Vergleichbarkeit der Sachverhalte bei Irrtumsanfechtung zeigt ein Blick gerade auf § 359 BGB, dass dem Verbraucher das Recht eingeräumt wird, die sich aus der Anfechtung ergebende Nichtigkeit des finanzierten Vertrages dem Darlehensgeber als Einwendung entgegenzuhalten. Erfolgt die Anfechtung nach Auszahlung der Darlehensvaluta an den Unternehmer, aber noch vor Beginn der Rückzahlung des Darlehens, so hat der Verbraucher bereits über § 359 BGB die Möglichkeit, die Rückzahlung des gesamten Darlehens zu verweigern – auch für den Fall der Insolvenz des Unternehmers. Die Risikozuweisung ist mithin auch für einen Fehler bei der Willensbildung seitens des Verbrauchers bereits durch die Regelung des § 359 BGB erfolgt.

Anders als beim Darlehensvertrag kommt auch ein Rücktritt vom finanzierten Vertrag in Betracht. Der Zweck des gesetzlich geregelten Rechts zum Rücktritt vom Vertrag zielt hingegen weniger auf den Schutz vor Fehlern im Vertragsabschlußtatbestand, sondern vielmehr auf den

⁵¹⁰ Nach §§ 312, 312 d; 485 oder 4 FernUSG.

Schutz vor Fehlern in der Vertragsausführung.⁵¹¹ Anders als der Widerruf oder die Anfechtung einer Willenserklärung betrifft der Rücktritt den gesamten Vertrag und nicht nur die Wirkung einer einzelnen Erklärung. Im Vergleich zu den Wirkungen des Widerrufs im verbundenen Vertrag jedoch ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum der Verbraucher trotz Rückabwicklung des finanzierten Vertrages nach Rücktritt noch an den Darlehensvertrag gebunden sein soll, während er es nach Widerruf seiner auf den Abschluss des finanzierten Vertrages gerichteten Willenserklärung nicht mehr ist. Im einen wie im anderen Fall liegen in dem finanzierte Vertrag so erhebliche Gründe, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit gesehen hat, dem Verbraucher oder Gläubiger das Recht einzuräumen, an dem Vertrag nicht mehr festzuhalten. Dies muss in beiden Fällen auch Auswirkungen auf den Darlehensvertrag haben, die über die in § 359 BGB angeordneten hinausgehen.

Nicht zuletzt setzt eine Analogie zu §§ 358 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 und § 358 Abs. 4 S. 3 BGB auch hier voraus, dass ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung zwischen einem Unternehmer und einen Verbraucher vorliegt, der mit einem Verbraucherdarlehensvertrag derart verbunden ist, dass das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrages dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Ferner darf kein Ausschlußtatbestand gem. § 358 Abs. 3 S. 3 oder § 491 Abs. 3 BGB vorliegen. Zudem muss die Darlehensvaluta dem Unternehmer zum Zeitpunkt der Berufung auf die Nichtigkeit, der Ausübung des Beseitigungsrechtes oder der Erklärung des Rücktritts bereits zugeflossen sein, § 358 Abs. 4 S. 3 BGB.

d. Rückabwicklung nach der hier vertretenen Auffassung

Ausgehend von einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte bei Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages wegen Sittenwidrigkeit, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, Anfechtung und Rücktritt vom Vertrag mit den gesetzlichen Regelungen für den Widerruf des finanzierten Vertrages, erfolgt auch die Rückabwicklung wie in diesem Falle. In dem nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB gestalteten Rückabwicklungsverhältnis kommt es zunächst zu einer bilateralen Rückabwicklung zwischen Verbraucher und Darlehensnehmer und schließlich zu einer Abwicklung des verbundenen Vertrages zwischen Darlehensgeber und Unternehmer. Dabei können von den Vertragsbeteiligten die folgenden Ansprüche geltend gemacht werden:

⁵¹¹ *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 23. Eine Ausnahme bildet das Rücktrittsrecht bei anfänglicher Unmöglichkeit aus § 326 Abs. 5 BGB.

aa. Ansprüche im Verhältnis Verbraucher – Darlehensgeber

Der Verbraucher hat gegen den Darlehensgeber zunächst die Ansprüche, die sich aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrages analog §§ 358 Abs. 1 und Abs. 4 S. 1, 357, 346 ff. BGB ergeben. Er kann danach das für den Darlehensvertrag gezahlte Entgelt und die bereits erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen herausverlangen. Er hat ferner einen Anspruch auf Zahlung der marktüblichen Zinsen, die der Darlehensgeber durch die Nutzung der gezahlten Zins- und Tilgungsbeiträge erwirtschaftet hat. Beide Ansprüche bestehen analog §§ 358 Abs. 1 und 4 S. 1, 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB.

Infolge der Schuldübernahme analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB kann der Verbraucher vom Darlehensgeber das verlangen, was er vom Unternehmer aufgrund der Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages zu verlangen berechtigt gewesen wäre. Dies richtet sich je nach Grund der Unwirksamkeit nach den dort geltenden Rückabwicklungsfolgen. Ist der finanzierte Vertrag nichtig oder angefochten, so richten sich die Herausgabeansprüche nach den §§ 812 ff. BGB. Ist der Verbraucher vom Vertrag zurückgetreten, so entsteht ein Rückgewährschuldverhältnis mit den Pflichten der §§ 346 ff. BGB. Danach hat der Verbraucher gegen den Darlehensgeber in der Regel einen Anspruch auf Rückzahlung des auf den Vertrag gezahlten Entgeltes, meist in Höhe des Nettodarlehensbetrages. Anspruchsgrundlage dafür sind die §§ 358 Abs. 1, Abs. 4 S. 3 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1, Alt. 1; § 817 oder § 346 Abs. 1 BGB.

Der Darlehensgeber hat gegen den Verbraucher zunächst Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta analog §§ 358 Abs. 1, Abs. 4 S. 1, 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB. Ein Anspruch auf Verzinsung der Darlehensvaluta als Nutzungersatz gemäß § 346 Abs. 1 BGB besteht nicht, weil die Darlehensvaluta direkt an den Unternehmer ausgezahlt wurde und der Verbraucher in der Regel keine Möglichkeit der Nutzung hatte.

Im Wege der gesetzlich angeordneten Schuldübernahme analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB kann der Darlehensgeber ferner das verlangen, was der Verbraucher aufgrund des finanzierten Vertrages vom Unternehmer erhalten hat, in der Regel den Kaufgegenstand. Anspruchsgrundlage für diese Forderung ist § 358 Abs. 4 S. 3 BGB analog i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1; § 817 oder § 346 Abs. 1 BGB aus übergegangenem Recht. Ist der Verbraucher aus dem finanzierten Vertrag zum Ersatz der gezogenen Nutzungen verpflichtet, so kann der Darlehensgeber auch diese aus übergegangenem Recht in analoger Anwendung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB verlangen.

Kann der Gegenstand des finanzierten Vertrages wegen der Natur des Erlangten nicht zurückgegeben werden und wäre der Verbraucher dem Unternehmer zu Wertersatz verpflichtet, so ist der Darlehensgeber auch dies zu fordern berechtigt; ebenfalls aus übergegangenem Recht analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB.

Der Darlehensgeber kann vom Verbraucher – und umgekehrt dieser vom Darlehensgeber – aus übergegangenem Recht auch Schadensersatz verlangen. Grundsätzlich kann § 358 Abs. 4 S. 3 BGB nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Darlehensgeber hinsichtlich aller Rechte und Pflichten eintreten muss, die sich aus dem finanzierten Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer ergeben. § 358 Abs. 4 S. 3 BGB spricht lediglich von einem Eintritt in die „Rechtsfolgen“. Rechtsfolge der Nichtigkeit eines Vertrages oder eines Rücktritts vom Vertrag bedeutet jedoch nicht zwangsläufig auch Ersatz des anlässlich eines Vertrages entstandenen Schadens, weil dies zusätzlich das Vorliegen der vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchsgrundlage voraussetzt. Allerdings greift die Auffassung zu kurz, wonach die Schadensersatzansprüche des Verbrauchers, des Unternehmers und der Bank generell nicht aus einer „Rückabwicklung“ herrühren und eine Geltendmachung im Rahmen des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB deshalb ausgeschlossen sei.⁵¹² Ein Blick auf § 359 BGB zeigt indes, dass der Verbraucher alle Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers entgegenhalten kann, dass sind – soweit sie tatbestandlich vorliegen – auch Schadensersatzansprüche gegen den Unternehmer.⁵¹³ Im Rahmen der hier erörterten Rückabwicklung beider Verträge kommen jedoch nur dann Schadensersatzansprüche zum tragen, wenn sie neben der Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages und des Darlehensvertrages bestehen. Nur in diesem Fall kommt es zu der in § 358 Abs. 4 S. 3 BGB geforderten Rückabwicklung beider Verträge. Anders als die Schadensersatzansprüche die der Verbraucher gegen den Unternehmer hat, bewirken die Schadensersatzansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher keinen Einwendungsdurchgriff. Sie rühren nur im Falle des Schadensersatzanspruches aus § 122 Abs. 1 BGB aus der Rückabwicklung des finanzierten Vertrages her. Der Schadensersatzanspruch nach § 122 Abs. 1 BGB unterscheidet sich insofern von anderen Ansprüchen auf Schadensersatz, als er als reiner Vertrauenshaftungstatbestand kein Verschulden des Anfechtenden voraussetzt.⁵¹⁴ Er stellt sich damit quasi – vom Vorliegen eines konkreten Vertrauensschadens einmal abgesehen – als direkte Folge der Irrtumsanfechtung dar und ist über § 358 Abs. 4 S. 3 BGB in die Rückabwicklung mit einzubeziehen.

⁵¹² OLG München, WM 2003, 191, 194; wohl auch *Edelmann*, BKR 2002, 801, 804.

⁵¹³ Siehe die Kritik *Schwabs*, ZGR 2004, 861, 882 zu der vorstehenden Auffassung.

⁵¹⁴ *Staudinger/Singer*, § 122 Rn. 2; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 422 f.; *Larenz/Wolf*, AT S. 680.

Im Rahmen der Rückabwicklung stehen sich diese selbständigen Ansprüche gegenüber und werden analog der gesetzlichen Anordnung miteinander verrechnet. Das bewirkt hinsichtlich der Pflicht des Verbrauchers zur Rückzahlung des Darlehensbetrages und der Rückzahlungspflicht des Darlehensgebers aus übergegangenem Recht in der Regel ein Erlöschen der Leistung in Höhe der Deckung. Das Erlöschen wirkt jedoch lediglich im Verhältnis zwischen Verbraucher und Darlehensgeber.

bb. Ansprüche im Verhältnis Darlehensgeber - Unternehmer

Mit dem Ausgleich der Ansprüche zwischen Darlehensgeber und Verbraucher ist die Rückabwicklung der verbundenen Verträge für den Verbraucher abgeschlossen. Allerdings ist dem Darlehensgeber der Darlehensbetrag noch nicht wieder zugeflossen, sondern lediglich der Gegenstand des finanzierten Vertrages. Der Unternehmer wurde in die bisherige Rückabwicklung trotz Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages noch nicht einbezogen.

In einem zweiten Schritt müssen daher die Leistungen aus dem finanzierten Vertrag wieder zurückgeführt werden. Dies geschieht durch den Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Wege der Schuldübernahme.⁵¹⁵ Genauer betrachtet handelt es sich bei der Anwendung dieser Regelung um eine doppelte Analogie: Zunächst wird die Vorschrift auf die Rückabwicklung bei sonstiger Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages außer durch Widerruf angewandt und des Weiteren bei der gesetzlich ebenfalls nicht geregelten Abwicklung des Vertragsverhältnisses zwischen Darlehensgeber und Unternehmer. Der Darlehensgeber kann nunmehr vom Unternehmer das verlangen, was der Unternehmer vom Verbraucher hätte verlangen können. Umgekehrt hat er die Pflichten, die der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer hätte.

Mithin hat der Darlehensgeber gegen den Unternehmer einen Anspruch auf Rückzahlung des im finanzierten Vertrag erbrachten Leistungsentgeltes nach §§ 812 Abs. 1 S. 1, Alt. 1 BGB, 817 oder 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 358 Abs. 4 S. 3 BGB analog aus übergegangenem Recht analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB. Dieser Anspruch umfaßt auch die vom Verbraucher gezahlte Anzahlung, weil der Darlehensgeber nicht die Ansprüche aus dem Darlehensvertrag, sondern die Ansprüche des Verbrauchers aus dem finanzierten Vertrag geltend macht. Er kann aus diesem Grund auch gem. §§ 818 Abs. 1 oder 346 Abs. 1 BGB die Herausgabe gezogener Nut-

⁵¹⁵ Siehe dazu oben § 3 II. 4. d. dd.

zungen verlangen. Beruht die Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages auf einem Rücktritt, hat der Darlehensgeber auch bei nicht gezogenen Nutzungen Anspruch auf Zahlung von Zinsen gem. § 347 Abs. 1 S. 1 BGB insoweit, als dem Unternehmer eine entsprechende Nutzung nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft möglich gewesen wäre.⁵¹⁶

Der Unternehmer hat gegen den Darlehensgeber die Ansprüche, die er gegen den Verbraucher bei einer bilateralen Rückabwicklung des Leistungsvertrages hätte. Danach kann er gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, Alt. 1, 817 oder 346 Abs. 1 BGB die Herausgabe der an den Verbraucher geleisteten Sache oder des anstelle der Sache geleisteten Wertersatzes aus übergegangenem Recht analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB verlangen. Der Unternehmer hat gegen den Darlehensnehmer ferner einen Anspruch auf Herausgabe der durch den Verbraucher gezogenen Nutzungen gem. § 818 Abs. 1 oder gem. § 346 Abs. 1 BGB, ebenfalls aus übergegangenem Recht. Der Darlehensgeber ist aufgrund der zuvor mit dem Verbraucher vollzogenen Rückabwicklung in der Lage, diese Ansprüche zu erfüllen. Die Verpflichtung dazu ergibt sich aus der Schuldübernahme analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB.

Soweit die sich aus dieser Rückabwicklung ergebenden Forderungen gleichartig sind, können sie verrechnet werden.

e. Bewertung

Die nach der hier vertretenen Auffassung nachvollzogene Rückabwicklung durch Eintritt des Darlehensgebers macht deutlich, dass der Darlehensgeber nicht nur das Risiko der Insolvenz des Unternehmers in der Höhe des bis zur Geltendmachung des Einwendungsdurchgriffs durch den Verbraucher noch nicht zurück gezahlten Darlehensbetrages trägt, sondern das volle Risiko der Insolvenz des Unternehmers. Daneben trägt der Darlehensgeber auch das Risiko der Insolvenz des Verbrauchers, wobei sich letzteres jedoch allein auf den Gegenstand aus dem finanzierten Vertrag bezieht, welchen der Verbraucher an den Darlehensgeber aus übergegangenem Recht herauszugeben hat. Diesem Risiko kann durch Sicherungsübereignung oder -abtretung des Gegenstandes des finanzierten Geschäftes teilweise vorgebeugt werden.

Gegen die Risikozuweisung könnte vorgebracht werden, dass das Insolvenzrisiko generell nur den Partnern eines Vertrages zugewiesen werden dürfe. Der Darlehensgeber – so die weitere

⁵¹⁶ Siehe dazu oben § 3 II. 4. d. dd. (2).

Subsumtion – sei nicht Vertragspartner des Unternehmers, er habe in der Regel lediglich mit dem Verbraucher kontrahiert.⁵¹⁷ Dieser im Bereicherungsrecht entwickelte und angewandte Grundsatz ist jedoch nicht absolut, sondern wertender und abwägender Diskussion zugänglich, weil das System der Kondiktion immer auch im Zusammenhang mit den schuldrechtlichen Wertbewegungen und dem Rechtsgüterschutz steht.⁵¹⁸ Für eine analog angewandte Regelung des Schuldrechts gilt dieser Wertungsvorbehalt ebenfalls und erst recht, wenn Darlehensvertrag und Leistungsvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden. Die Annahme der wirtschaftlichen Einheit – die § 358 Abs. 3 S.2 BGB mit Regelbeispielen umschreibt – intendiert gerade, dass eine Verbindung zwischen Unternehmer und Darlehensgeber besteht. Entscheidendes Kriterium für die Bejahung der wirtschaftlichen Einheit ist, dass der Verbraucher infolge des Zusammenwirkens von Darlehensgeber und Unternehmer von der freien Verfügung über die Darlehensvaluta ausgeschlossen ist.⁵¹⁹ Damit ist der Unternehmer kein vertragsfremder „Dritter“ für den Darlehensgeber, sondern jemand zu dem Geschäftsbeziehungen bestehen, wenn nicht gar vertragliche Kontakte in Form von Rahmenverträgen oder eigenen Darlehensverträgen.

Für eine Verlagerung des Insolvenzrisikos spricht ferner, dass der Darlehensgeber dies auch im Falle des Widerrufs des finanzierten verbundenen Vertrages bereits aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung trägt, §§ 358 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 und 3 BGB. Auch der Widerruf des finanzierten Vertrages liegt grundsätzlich im Bereich der Risikosphäre des Unternehmers, die mit den Regelungen über den verbundenen Vertrag jedoch auf den Darlehensgeber – zumindest im Verhältnis zum Verbraucher – verlagert wird. Nichts anderes besagt im Übrigen die Regelung des § 359 BGB. Ist der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer zur Verweigerung seiner Leistung berechtigt, so kann er dies auch dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers entgegenhalten. Entsteht diese Einwendung nach Auszahlung der Darlehensvaluta und vor Beginn der Rückzahlung der Valuta an den Darlehensgeber, so erhält der Darlehensgeber die Valuta vom Verbraucher ebenfalls nicht zurück. Das Risiko, dass der finanzierte Vertrag nichtig oder unwirksam ist, geht auch in diesen Fällen bereits aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung zu Lasten des Darlehensgebers.

Eine Risikozuweisung an die Bank – die in der Regel Darlehensgeber ist – ist auch vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass sie einen Informationsvorsprung in Bezug auf den finanzierten Gegenstand hat bzw. sich diesen verschaffen kann und über besondere Sachkunde verfügt.

⁵¹⁷ Siehe die vergleichbare Diskussion zur Frage des Bereicherungsausgleiches im Dreipersonenverhältnis, dazu näher Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 812 Rn. 17 f.

⁵¹⁸ Erman-Westermann/Buck-Heeb, Vor § 812 Rn. 3.

⁵¹⁹ Siehe oben § 3 I. 2.

Sie trägt im Verhältnis zum Verbraucher mithin zusätzlich das Risiko einer Fehlinformation.⁵²⁰

Bleibe noch der Einwand der „verbotenen Besserstellung“ des finanzierenden Verbrauchers gegenüber dem selbstzahlenden Verbraucher. Auch gegen diesen Einwand verfängt das Argument der gesetzgeberischen Entscheidung.⁵²¹

5. Zwischenergebnis

§ 359 BGB regelt ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Darlehensgeber bei Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag, trifft jedoch keine Regelung über die Rückabwicklung der verbundenen Verträge bei dauerhaften Einwendungen. Die Untersuchung hat gezeigt, dass der Verbraucher in diesem Fall auch die bereits geleisteten Darlehensraten zurückverlangen kann, sog. Rückforderungsdurchgriff, und die Rückabwicklung des Darlehensvertrages überdies zur Geltendmachung von Ansprüchen des Darlehensgebers gegen den Unternehmer erforderlich ist. Die Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages erstreckt sich folglich analog § 358 Abs. 1 S. 1 BGB auf den verbundenen Darlehensvertrag und bewirkt die Rückabwicklung beider Verträge analog § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB i.V.m. §§ 357 Abs. 1, 346 ff. BGB, bei der der Darlehensgeber in die Rechte und Pflichten des Unternehmers und in der Abwicklung des finanzierten Vertrages auch in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers eintritt. Die Rückabwicklung vollzieht sich in diesem Fall ebenso wie bei einem Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages oder des finanzierten Vertrages.

VI. Doppelmängel im finanzierten Vertrag und im Darlehensvertrag

Zur Vervollständigung der Darstellung der Wirkungen eines nach §§ 358, 359 BGB verbundenen Vertrages gehört abschließend ein kurzer Abriss über die Folgen von Doppelmängeln unterschiedlicher Art in Darlehensvertrag und finanziertem Vertrag.

1. Widerruf des Darlehensvertrages und des finanzierten Vertrages

Zunächst ist die Möglichkeit denkbar, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf sowohl des Darlehensvertrages als auch des finanzierten Vertrages vorliegen. Dieser Fall wäre etwa

⁵²⁰ C. Schäfer, BKR 2005, 98, 103.

⁵²¹ Grundsätzlich zum Besserstellungsverbot siehe oben § 3 II. 4. d. dd. (3).

bei einem an der Haustür abgeschlossenen finanzierten Vertrag denkbar, der mit einem Verbraucherdarlehensvertrag zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden ist. In diesem Fall bestünde grundsätzlich ein Recht zum Widerruf des finanzierten Vertrages gem. § 312 Abs. 1 S. 1 BGB und ein Recht zum Widerruf des Darlehensvertrages gem. § 495 Abs. 1 BGB. Da die Folgen des Widerrufs des einen Vertrages auf den anderen nach §§ 358 Abs. 1 und 2 BGB – von der Besonderheit des § 358 Abs. 4 S. 2 BGB einmal abgesehen – die gleichen sind⁵²², könnte die Position vertreten werden, dass der Verbraucher die Wahl habe, welches Widerrufsrecht er ausübt. § 358 Abs. 2 S. 2 und 3 BGB regelt demgegenüber jedoch eine Subsidiarität des verbraucherkreditrechtlichen Widerrufs nach § 495 Abs. 1 BGB gegenüber des parallel dazu bestehenden Rechts auf Widerruf des finanzierten Vertrages, etwa aus §§ 312, 312 d, 485 BGB. In diesem Fall ist der Widerruf des Darlehensvertrages ausgeschlossen. Dies hat zur Folge, dass die verbundenen Verträge in diesem Falle immer über §§ 358 Abs. 1 und 4, 357, 346 BGB abzuwickeln sind. Der Gesetzgeber meinte, hier eine Konkurrenzregelung treffen zu müssen.⁵²³ Den sich daraus unter Umständen ergebenden Nachteilen für den Verbraucher, dem gegebenenfalls nicht erkenntlich geworden wäre, gegenüber welchem Vertragspartner er den Widerruf hätte erklären müssen, wurden durch die Regelung des § 358 Abs. 2 S. 3 BGB abgeholfen. Danach gilt auch der Widerruf des Darlehensvertrages als Widerruf des verbundenen Vertrages gegenüber dem Unternehmer im Sinne des § 358 Abs. 1 BGB.

Von der Konkurrenzregelung des § 358 Abs. 2 S. 2 BGB zu unterscheiden ist die Vorrangregelung des § 312 a BGB. Danach ist der Widerruf nach § 312 BGB ausgeschlossen, wenn dem Verbraucher zugleich nach Maßgabe anderer Vorschriften ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach §§ 355, 356 BGB oder § 126 InvG zusteht. Das Haustürwiderrufsrecht greift demnach nur, wenn kein anderes Widerrufsrecht besteht. Bei verbundenen Verträgen ist diese Vorrangregelung zunächst für beide Verträge zu prüfen. Erst nach Feststellung der Verbraucherrechte in dem jeweiligen Vertrag kommt die Konkurrenzregelung des § 358 Abs. 2 S. 2 BGB zum Tragen.

Ist sowohl der Darlehensvertrag als auch der finanzierte Vertrag nach § 312 BGB widerrufbar, hat der Verbraucher tatsächlich die Wahl, von welchem Widerrufsrecht er Gebrauch machen will.

⁵²² Nicht-Mehr-Gebundensein an den jeweils nicht widerrufenen Vertrag und Rückabwicklung beider Verträge nach § 357 BGB durch Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers.

⁵²³ Siehe Begründung des Gesetzesentwurfes, Drucks. 14/7052 S. 194.

2. Widerruf des Darlehensvertrages und Nichtigkeit des finanzierten Vertrages

Die Konkurrenzregel des § 358 Abs. 2 S. 2 BGB findet bereits aufgrund des Wortlautes keine Anwendung auf den Fall, in dem der Verbraucher den Darlehensvertrag widerrufen hat und der finanzierte Vertrag nichtig ist. Kann er den finanzierten Vertrag nicht widerrufen, so entfaltet die Konkurrenzregel keine Wirkung.

Allerdings ist § 358 Abs. 1 BGB anwendbar. Widerruft der Verbraucher danach den Darlehensvertrag, so ist er an die Willenserklärung zum Abschluß des finanzierten Vertrages nicht mehr gebunden. Die Rückabwicklung richtet sich sodann nach §§ 358 Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1, 346 BGB. Auf die Nichtigkeit des finanzierten Vertrages kommt es dann nicht mehr an. Nach dem hier vertretenen Gleichlauf der Rückabwicklung bei Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der verbundenen Verträge hat der Verbraucher jedoch auch die Möglichkeit, dem Darlehensgeber die Nichtigkeit des finanzierten Vertrages als dauerhafte Einwendung entgegenzuhalten. Die Rückabwicklung vollzieht sich dann im gleichen Umfang wie bei Widerruf des Darlehensvertrages.

In dieser Konstellation wird nochmals deutlich, dass die hier vertretene einheitliche Behandlung der Rückabwicklung in verbundenen Verträgen durchaus sinnvoll ist: Würde der Verbraucher die Nichtigkeit des finanzierten Vertrages im Wege des § 359 BGB als Einwendung gelten machen, könnte er nach der herrschenden Auffassung zwar zukünftige Ratenzahlung verweigern, aber bereits gezahlte Raten auf das Darlehen nur zurückverlangen, wenn der Vertrag von Anfang an nichtig ist, nicht jedoch, wenn er durch Erklärung der Anfechtung nichtig geworden ist.⁵²⁴ Würde er den Darlehensvertrag jedoch mit der Folge der §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 2, 357 Abs. 1, 346 BGB widerrufen, so könnte er sämtliche an die Bank bereits gezahlte Raten zurückverlangen. Diese unterschiedliche Handhabung geht bei Wahl des ungünstigeren Einwendungsdurchgriffs zu Lasten des Verbrauchers und überzeugt nicht.

3. Widerruf des finanzierten Vertrages und Nichtigkeit des Darlehensvertrages

Das soeben Gesagte gilt ebenso im Falle des Bestehens eines Widerrufsrechtes für den finanzierten Vertrag bei gleichzeitiger Nichtigkeit des Darlehensvertrages. Die verbundenen Verträge werden wie bei Wirksamkeit des Darlehensvertrages über §§ 358 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1, 346 BGB abgewickelt.

⁵²⁴ Siehe dazu oben § 3 V. 4.

4. Nichtigkeit des Darlehensvertrages und des finanzierten Vertrages

Die Behandlung der sog. Doppelmängel verbundener Verträge findet sich – anders als die vorgenannten Fälle – in der Diskussion der Rechtsprechung und Lehre wieder.

Der BGH hatte unter der Geltung des Abzahlungsgesetzes einen Anspruch des Darlehensgebers auf Rückzahlung des Darlehensbetrages bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages und des damit verbundenen Kaufvertrages mit der Begründung abgelehnt, dass der Darlehensnehmer nur um die – wertlosen – Ansprüche gegen den Unternehmer bereichert, deren Abtretung jedoch im Klageantrag nicht verlangt worden sei. Der Darlehensnehmer sei bereicherungsrechtlich deshalb nicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta gemäß §§ 812 ff. BGB verpflichtet, da er niemals zu eigener Verfügung über die Darlehensvaluta oder zu deren Nutzung gelangt war. Durch Direktauszahlung der Valuta an den Unternehmer sei das zur Verfügung gestellte Geld rechtlich und wirtschaftlich nicht Bestandteil des Vermögens des Darlehensnehmers geworden.⁵²⁵

Die vorherrschende Meinung in der Literatur verweist zunächst ergänzend darauf, dass die bereicherungsrechtliche Kondiktion in dem jeweiligen Vertragsverhältnis, also „übers Dreieck“ stattfinde. Es müsse jedoch auch die Regelung des § 359 BGB⁵²⁶ bzw. des § 358 Abs. 3 BGB⁵²⁷ berücksichtigt werden. Dies führe dazu, dass der Darlehensgeber den Verbraucher wegen der Valuta allenfalls insoweit in Anspruch nehmen kann, als dieser selbst Bereicherungsansprüche gegen den Verkäufer hat. Danach habe der Darlehensgeber lediglich einen Anspruch auf Abtretung der dem Verbraucher zustehenden Bereicherungsansprüche gegen den Unternehmer, sog. Kondiktion der Kondiktion.⁵²⁸ Eine andere Auffassung in der Literatur bejaht einen Direktanspruch des Darlehensgebers gegen den Unternehmer auf Rückzahlung der Darlehensvaluta.⁵²⁹

⁵²⁵ BGHZ 71, 358, 365. Ähnlich BGH NJW 1978, 2144, 2145; 1979, 1593, 1595 - in dieser Entscheidung wurde betont, dass nicht auf die Verbundenheit der Verträge ankomme, sondern diese Rechtsprechung auch bei Personalkrediten gelte; BGH NJW 1989, 2879, 2881; NJW-RR 1990, 750, 751.

⁵²⁶ MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 56.

⁵²⁷ HK-Bülow, § 495 Rn. 309.

⁵²⁸ MünchKomm-Habersack, § 359 Rn. 56; Erman-Westermann/Buck-Heeb, § 812 Rn. 39; Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 9 VerbrKrG Rn. 135; HK-Bülow, § 495 Rn. 309; Esser, FS Kern, S. 87, 111; Pietzcker, S. 120 ff., 127; Reinking/Nießen, ZIP 1991, 634, 635; Coester, JURA 1992, 617, 623 a.A. Soergel-Häuser, 12. Aufl. § 9 VerbrKrG Rn. 123: es bleibt bei einer Abwicklung übers Dreieck.

⁵²⁹ Gernhuber, Schuldverhältnis, S. 733 f. der im Rahmen der Lehre vom rechtsgeschäftlichen Verbund den Unternehmer als Zuwendungsempfänger sieht, von dem der Darlehensgeber die Valuta kondizieren kann. Ähnlich Vollkommer, FS Merz, S. 595, 608. Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 508, die eine Durchgriffskondiktion befürworten, da die Anweisung i.d.R. ebenfalls nichtig sei; Staudinger/Kessal-Wulf, § 359 Rn. 27, § 358 Rn. 71, die dem Darlehensgeber im Wege der Drittleistungskondiktion einen Anspruch auf Rückzahlung der Valuta gegenüber dem Unternehmer einräumt, da die Zahlung der Valuta gem. § 267 BGB als Eigenleistung auf die fremde Schuld des Verbrauchers erfolgte. Ähnlich Tröster, S. 142 nach dem sich die Zahlung

Grundtenor der vorstehend genannten Auffassungen ist jedoch die Überlegung, dass es bei einem verbundenen Vertrag mehr Verbindungen zwischen Darlehensgeber und Unternehmer gibt, als die bloße Personengleichheit des Vertragspartners. Das ist die Grundaussage der Regelungen der §§ 358, 359 BGB. Deshalb sollte auch im Falle der Nichtigkeit beider miteinander verbundener Verträge eine Rückabwicklung über diese – wenn auch fragmentarischen – Regelungen stattfinden. Für den Fall der Nichtigkeit lediglich eines Vertrages wurde deshalb bereits herausgearbeitet, dass dies die Unwirksamkeit des anderen Vertrages analog § 358 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB bewirkt, mit der Folge, dass der Darlehensgeber – ebenfalls analog – § 358 Abs. 4 S. 3 BGB zunächst in die Rechte und Pflichten des Unternehmers und in der Rückabwicklung des finanzierten Vertrages mit dem Unternehmer in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers eintritt.⁵³⁰ Für den Fall der Nichtigkeit beider Verträge kann nichts anderes gelten.

des Darlehens als Leistung des Finanzierers an der Veräußerer im Vollzugsverhältnis darstellt. Zur Kritik an diesen Auffassungen siehe bereits oben § 3 II. 4. d. cc.

⁵³⁰ Siehe zur Abwicklung im einzelnen oben § 3 II. 4. c. und d.

2. Teil – Der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft als verbundener Vertrag

Nachdem die Folgen des Widerrufs und der Unwirksamkeit des Verbraucherdarlehensvertrages, des finanzierten Vertrages und die Folgen für beide Verträge als verbundene Verträge im Sinne des § 358 Abs. 3 S. 1 BGB untersucht wurden, soll nunmehr der Blick auf ein besonderes Rechtsgeschäft gelenkt werden, das durch einen Verbraucherdarlehensvertrag finanziert werden kann: Der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft.

Bevor sich die Untersuchung der Frage widmet, ob der finanzierte Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft ein verbundener Vertrag im Sinne der §§ 358, 359 BGB ist und ob und wie sich die Abwicklung eines fehlerhaften Beitritts nach diesen Regelungen vollziehen kann (§ 5), soll zunächst ein Überblick über das Recht der Publikumsgesellschaft gegeben werden (§ 4). Dabei wird insbesondere auf die Grundsätze der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft eingegangen, die nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur einer Anwendung der §§ 358, 359 BGB bei Störungen des Gesellschaftsbeitritts entgegenstehen.

§ 4 Publikumsgesellschaften

Publikumsgesellschaften sind Gesellschaften, die überwiegend aus steuerlichen Gründen in der Rechtsform einer Personengesellschaft gegründet werden und die zum Zweck der Kapital Sammlung auf der Grundlage eines bereits abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags dem Beitritt einer Vielzahl persönlich nicht miteinander verbundener Gesellschafter offen stehen.⁵³¹ Die Gründung ist motiviert durch die im Vergleich zum Aktienrecht relativ flexibel handhabbare Kapitalaufnahme.⁵³² Publikumsgesellschaften haben unterschiedlichste Geschäftsgegenstände. Sie erstrecken sich von Schiffbau, Flugzeugleasing und Filmprojekten über Finanzdienstleistungen bis hin zur Lebensmittelproduktion und -handel. Im Fokus der Öffentlichkeit stehen allerdings vornehmlich geschlossene Immobilienfonds zur Errichtung und Vermietung von Gebäuden.

Besondere Regelungen, die über die gesetzlichen Normen zu den Personengesellschaften hinausgehen und die dem Charakter der Publikumsgesellschaft gerecht werden, sind nicht vorhanden. Deshalb hat die Rechtsprechung für die Publikumsgesellschaft wegen ihrer körper-

⁵³¹ Palandt-Sprau, 67. Aufl. § 705 Rn. 47.

⁵³² MünchKomm-HGB-Grünwald, § 161 Rn. 104. Bis zur Einführung des § 15 a EStG waren daneben auch steuerliche Vorteile, sog. Abschreibungsgesellschaften, Motiv für die Errichtung einer Publikumsgesellschaft.

schaftlichen Struktur und im Interesse von Gläubiger- und Minderheitenschutz besondere Regeln entwickelt, z.B. für die Auslegung des Gesellschaftsverträge, die Überprüfung gesellschaftsrechtlicher Klauseln anhand des § 242 BGB, die Haftung der Gesellschafter im Innenverhältnis und gegenüber Dritten, die Geschäftsführung und das Stimmrecht sowie der Kündigung der Beteiligung.

Weil die Publikumsgesellschaften in unterschiedlicher Form auftreten, hat die Rechtsprechung Merkmale herausgearbeitet, bei deren Vorliegen die genannten besonderen Rechtsgrundsätze angewandt werden können. Liegen mehrere dieser Merkmale vor – nicht zwingend alle –, kann von einer Publikumsgesellschaft ausgegangen werden:

- die Gesellschaft sieht die Beteiligung einer zahlenmäßig unbestimmten und nur durch die Höhe des insgesamt aufzubringenden Kapitals definierten Anzahl von Anlegern vor⁵³³,
- der Gesellschaftsvertrag ist von den Initiatoren vorformuliert und kann von den Anlegern nicht verhandelt werden kann, der Gesellschaftsvertrag hat gerade mit Blick auf den Beitritt von Gesellschaftern eine atypische Ausgestaltung erfahren⁵³⁴
- der Gesellschaftsvertrag beschränkt die Rechte der Gesellschafter stark auf die nicht einschränkbaren Kontroll- und Überwachungsrechte⁵³⁵ bzw. läßt den Gesellschafter diese Rechte nur über einen Treuhänder wahrnehmen⁵³⁶,
- die Initiatoren beherrschen die Gesellschaft über ihre Beteiligungen etwa an der Komplementär-GmbH⁵³⁷,
- die Gesellschafter werden durch Prospekte, Anzeigen oder im Rahmen von Großveranstaltungen geworben und es findet ein öffentlicher Vertrieb der Anteile statt⁵³⁸,
- die Gesellschafter stehen untereinander und zum Kreis der Initiatoren in keiner persönlichen oder sonstigen Beziehung⁵³⁹.

⁵³³ BGH WM 1972, 863, 865. Das Urteil stellt den Beginn einer Herausbildung eines Sondergesellschaftsrechts für Publikumsgesellschaften dar.

⁵³⁴ BGH NJW 1985, 380.

⁵³⁵ BGH WM 1973, 863, 866; BGH, Urt. v. 11.11.2008, Az.: XI ZR 408/07, juris Rn.20.

⁵³⁶ BGH NJW 1988, 1903 ff.

⁵³⁷ BGHZ 71, 284, 287.

⁵³⁸ BGH NJW 1988, 1903, 1904.

⁵³⁹ BGH NJW 1988, 1903, 1904.

Die in den letzten Jahren von Rechtsprechung und Literatur in den Fokus genommenen geschlossenen Immobilienfondsgesellschaften erfüllen diese Voraussetzungen.⁵⁴⁰

I. Erscheinungsformen

Die durch diese Merkmale gekennzeichnete Publikumsgesellschaft kann in unterschiedlichen Rechtsformen betrieben werden. In der Regel tritt sie in Gestalt der GmbH & Co. KG auf.⁵⁴¹ Betreibt die Gesellschaft jedoch kein Handelsgewerbe (§§ 105 Abs.2, 123 Abs.2 HGB) liegt häufig eine GbR vor. Aber auch eine Stille Gesellschaft kann eine Publikumsgesellschaft sein.

Bei der als Publikumsgesellschaft organisierten GmbH & Co. KG handelt es sich in der Regel um kapitalgesellschaftlich strukturierte, im Anlegerkreis offene Kommanditgesellschaften, bei denen die Anleger als Kommanditisten nicht gleichzeitig an der Komplementär-GmbH und damit am Management beteiligt sind.

Bei dieser Gesellschaftsform lassen sich drei Vorzüge miteinander kombinieren: die steuerrechtlichen Besonderheiten der Personengesellschaft auf Seiten der Anleger, die organisatorischen und haftungsrechtlichen Vorzüge auf Seiten des Managements und die Publizitätsvorteile der Handelsgesellschaft im Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts.⁵⁴² Dies hat zur Folge, dass die Kommanditisten zwar untereinander in einem Gesellschaftsverhältnis stehen, diese Verbindung jedoch so unpersönlich ist, dass die eigentliche personengesellschaftliche Beziehung der Gesellschafter untereinander von einer typisch kapitalgesellschaftlichen Beziehung der Gesellschafter als Anteilsinhaber zur Gesellschaft überlagert wird.⁵⁴³

Die Publikumsgesellschaft kann ebenso in Form der KG oder der GbR ausgestaltet sein, je nach dem, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt oder nicht. In diesen Gesellschaftsformen wiederum gibt es unzählige vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten.

In vielen Fällen wird die KG so organisiert, dass die Anleger nicht selbst als Kommanditisten beitreten, sondern nur im Wege der Innengesellschaft mit einem Treuhand-Kommanditisten oder stillen Treuhand-Gesellschafter verbunden sind.⁵⁴⁴ Bei dieser Form der Publikumsgesellschaft hält der Treuhand-Kommanditist (z.B. eine GmbH) einen Kommanditanteil für eine Vielzahl von Anlegern. Im Außenverhältnis und im Verhältnis zum Komplementär hat der

⁵⁴⁰ So etwa die Fondsgesellschaft, über die BGH WM 2008, 1356 ff. zu entscheiden hatte.

⁵⁴¹ MünchHdb.GesR II-Gummert, § 61 Rn. 1.

⁵⁴² K.Schmidt, GesR S. 1667.

⁵⁴³ K.Schmidt, GesR S. 1668.

⁵⁴⁴ MünchKommHGB-Grünwald, § 161 Rn. 103.

Treuhänder die Rechte und Pflichten eines Kommanditisten. Im Innenverhältnis liegt zwischen ihm und den Anlegern ein Treuhandverhältnis vor, kraft dessen der Treuhandkommanditist berechtigt und verpflichtet ist, die Anleger wie Kommanditisten zu stellen. Sie bekommen Gewinne gutgeschrieben und werden mit Verlusten belastet.⁵⁴⁵ Die dadurch auftretenden Probleme münden vor allem in die Frage, ob die Anleger zu ihrem Vorteil oder Nachteil wie Kommanditisten behandelt werden können.

Auch die Rechtsform der stillen Gesellschaft gem. §§ 230 ff. HGB ist als Instrumentarium für das Massenanlagegeschäft geeignet. Dabei beteiligen sich Gesellschafter beispielsweise mit Spareinlagen zur Altersvorsorge ohne Verlustbeteiligung. Die gesetzliche geregelte Form der „typischen“ Stillen Gesellschaft zeichnet sich vor allem durch drei Merkmale aus: dem Nichtvorhandensein eines gemeinschaftlichen Vermögens, der Befugnis des Geschäftsinhabers zur alleinigen Führung seiner Geschäfte und der Zweigliedrigkeit der Gesellschaft.⁵⁴⁶ Je nach Ausgestaltung können dem Gesellschafter gar keine oder umfangreiche Mitgestaltungsrechte eingeräumt werden, so dass die stille Gesellschaft in ihrer wirtschaftlichen Funktion eher einem Kreditverhältnis oder einer Handelsgesellschaft nahe stehen.⁵⁴⁷ Die Gesellschaft kann auch so ausgestaltet werden, dass mehrere Gesellschafter mit dem Geschäftsinhaber in einer Gesellschaft oder in einer Organisation verbunden werden, so dass eine Gesellschaft mit Verbandscharakter entsteht.⁵⁴⁸

Solche Abweichungen von der Leitidee der stillen Gesellschaft werden unter dem Begriff der „atypisch“ stillen Gesellschaft zusammengefaßt. All diesen Gestaltungsmöglichkeiten ist gemein, dass jede stille Gesellschaft Innengesellschaft bleibt. Als Innengesellschaft stellt die stille Gesellschaft in erster Linie ein Schuldverhältnis dar, nicht eine Organisation.⁵⁴⁹

Bei manchen Publikumsgesellschaften wurden stille Gesellschaften auch mit Außengesellschaften kombiniert. Etwa wenn der Anleger eine Kommanditisteneinlage und in Verbindung damit eine stille Einlage übernommen hat. Dabei werden Kommanditistenbeteiligung und stille Beteiligung zu einer Funktionseinheit verbunden, obwohl sie als Rechtsform voneinander getrennt sind.⁵⁵⁰

⁵⁴⁵ *K.Schmidt*, GesR S. 1669.

⁵⁴⁶ MünchHdB.GesR II-*Bezzenberg/Keil*, § 73 Rn. 30.

⁵⁴⁷ *K.Schmidt*, GesR S. 1839.

⁵⁴⁸ MünchHdB.GesR II-*Bezzenberg/Keil*, § 73 Rn. 30.

⁵⁴⁹ *K.Schmidt*, GesR S. 1838.

⁵⁵⁰ *K.Schmidt*, GesR S. 1841.

II. Das Recht der Publikumsgesellschaften

Die Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten ergibt sich aus der Zulassung atypischer Gestaltungsformen und ist für die Gestaltungspraxis von Vorteil. Je nach Gesellschaftstyp richten sich Verfassung und die Rechtsfolgen nach den jeweiligen Vorschriften; für die GbR etwa nach den §§ 705 ff. BGB. Da sich die Publikumsgesellschaft aber vor allem durch ihre kapitalgesellschaftliche Struktur auszeichnet, hat die Rechtsprechung die Notwendigkeit des Schutzes der Anleger gesehen. Bei einer typischen Personengesellschaft hingegen, ist eine solch starke Rücksichtnahme auf Anlegerinteressen aufgrund der persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander nicht erforderlich. Das Richterrecht zur Publikumsgesellschaft hat deshalb besondere Grundsätze insbesondere im Hinblick auf das Organisationsrecht, die Kapitalsicherung und des Anlegerschutzes herausgebildet⁵⁵¹, die im folgenden umrissen werden.

1. Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrages

Der Gesellschaftsvertrag unterliegt nach ständiger Rechtsprechung – anders als Gesellschaftsverträge typischer Personengesellschaften – einer verschärften Inhaltskontrolle nach § 242 BGB. Dies wird mit der besonderen „Anleger“-stellung der Kommanditisten begründet. Diese könnten bei ihrem Beitritt zu der Gesellschaft lediglich einen fertig vorformulierten Gesellschaftsvertrag unterzeichnen und hätten nicht die Möglichkeit einen mitgestaltenden, ihre Interessen wahrenen Einfluß auszuüben. Die Rechtslage sei daher vergleichbar mit der bei allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ähnlich wie dort bestehe auch bei Gesellschaftsverträgen das Bedürfnis der Inhaltskontrolle.⁵⁵² Unwirksam sind beispielsweise Bestimmungen, nach denen Schadensersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder in drei Monaten verjähren und die Haftung auf das in der Gesellschaft angelegte Vermögen begrenzt ist⁵⁵³ oder die Komplementär-GmbH befugt ist, die Anteile der Kommanditisten gegen eine Abfindung selbst zu übernehmen und auf Dritte zu übertragen.⁵⁵⁴ Die Inhaltskontrolle der Gesellschaftsverträge stellt mithin ein wirksames Institut des Anlegerschutzes dar.

⁵⁵¹ BeckHdb.PersGes.-*Watermeyer*, § 16 Rn. 9.

⁵⁵² BGHZ 64, 238, 241. Nach MünchKommHGB-*Grunewald*, § 161 Rn. 116 ff. ist der Rückgriff auf § 242 BGB hingegen nicht erforderlich.

⁵⁵³ BGHZ 64, 238, 242 ff.

⁵⁵⁴ BGHZ 84, 11, 13 ff. Weitere Beispiele für unwirksame Klauseln bei *K.Schmidt*, GesR S. 1682 f.: BGHZ 102, 172, 178 f. (Vertrag sah vor, dass Geschäftsführer und Treuhänder nur mit einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter abberufen werden können), BGHZ 104, 50, 53 ff. (Recht der persönlich haftenden Gesellschafter zur

2. Organe der Publikumsgesellschaft

Eine Publikumsgesellschaft kann mehrere Organe haben. Leitungsorgan der Publikums-KG ist regelmäßig der Komplementär, also in der Regel die GmbH, die wiederum durch ihren Geschäftsführer handelt. Dieser ist nach § 43 GmbHG nicht nur der GmbH verantwortlich, sondern auch der Kommanditgesellschaft.⁵⁵⁵ Die Beteiligung der Anleger am Management ist meist nicht gewünscht, so dass die Gesellschaftsgründer und -initiatoren die Anteile an der Komplementär-GmbH in der Regel ausschließlich selbst halten.⁵⁵⁶

Das Repräsentationsorgan einer Publikumsgesellschaft ist die Gesellschafterversammlung.⁵⁵⁷ Der Anleger nimmt entweder selbst oder vertreten durch seinen Treuhänder daran teil. Da bei Personengesellschaften das Einstimmigkeitsprinzip gem. § 709 Abs. 1 BGB gilt, wird im Gesellschaftsvertrag in der Regel eine Mehrheitsentscheidung vereinbart und vom BGH für zulässig erachtet.⁵⁵⁸ Zur Wahrung der Interessen der überstimmten Gesellschafter unterliegen die Mehrheitsentscheidungen bestimmten Grenzen.⁵⁵⁹

Wird ein Ausschuß, Beirat oder ähnliches gebildet, der die gleiche Funktion wie der Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft hat, so bejaht der BGH auch eine Haftung in entsprechender Anwendung der §§ 52 GmbHG, 116, 93 AktG. Die Haftungsbeschränkungen des § 708 BGB gelten nicht, wenn das Mitglied des Gremiums gleichzeitig Kommanditist ist.⁵⁶⁰

3. Kapitalsicherung

In der Publikumsgesellschaft erfolgt auch die Kapitalsicherung den Regeln der §§ 171 f. HGB bzw. §§ 30 GmbHG, 172 a HGB.

Eine in der Publikumsgesellschaft häufig auftretende Besonderheit ist die gesplittete Einlage.⁵⁶¹ Eine solche liegt vor, wenn der Kommanditist neben der üblichen Kommanditeinlage

Übernahme der Treuhand-Kommanditbeteiligungen nach freiem Ermessen); BGH NJW 1979, 419, 420; OLG München, NJW-RR 1987, 925, 926 f. und bei MünchHdB.GesR II-Gummert, § 65 Rn. 13 ff.

⁵⁵⁵ BGHZ 75, 321, 327f.; *K.Schmidt*, GesR S. 1674.

⁵⁵⁶ Beck.HdB.PersGes.-*Watermeyer*, § 16 Rn. 35.

⁵⁵⁷ *K.Schmidt*, GesR S. 1674.

⁵⁵⁸ Grundsätzlich kann das Einstimmigkeitsprinzip in der Personengesellschaft nur aufgegeben werden, wenn der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich andere Mehrheiten für bestimmte Beschlußgegenstände festlegt, sog. Bestimmtheitsgrundsatz. Für Publikumsgesellschaften ist der BGH von diesem Erfordernis abgerückt, um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten, vgl. BGH NJW 1985, 972, 973; NJW 1985, 974.

⁵⁵⁹ Dazu im Einzelnen: BeckHdB-PersGes.-*Watermeyer*, § 16 Rn. 41; MünchHdB.GesR II-Gummert, § 66 Rn. 14 ff. Zur entsprechenden Anwendung der Grundsätze des Kapitalgesellschaftsrechts, § 133 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 1 GmbHG siehe MünchKommHGB-*Grunewald*, § 161 Rn. 124.

⁵⁶⁰ BGHZ 64, 238, 244; 69, 207, 209, 213.

⁵⁶¹ Näher dazu *K.Schmidt*, GesR, S. 1678 f.

einen weiteren Beitrag als Darlehen oder in Form einer stillen Beteiligung an der Gesellschaft zu erbringen hat.⁵⁶² Nach Auffassung der BGH sind diese Beiträge im Zweifel Teil der gesellschaftsrechtlichen Beitragsverpflichtung.⁵⁶³

4. Treuhand-KG

Erfolgt die Beteiligung der Gesellschafter einer Publikumskommanditgesellschaft über einen Treuhänder, trägt der Treuhänder in der Regel die Rechte und Pflichten eines Gesellschafters im Außenverhältnis. Er haftet also auch als Kommanditist. Im Innenverhältnis lassen sich die Treuhänder jedoch von der Kommanditistenhaftung freistellen.⁵⁶⁴

Besonderheiten ergeben sich auch hinsichtlich des Beitritts und des Austritts des Gesellschafters. Nicht der Anleger selbst tritt der Gesellschaft bei, sondern der Treuhänder. Der Anleger ist nur durch den schuldrechtlichen Treuhandvertrag mit der Gesellschaft verbunden. Der BGH betont in diesen Fällen zwar, dass die vertraglichen Beziehungen des Anlegers ausschließlich zu dem Treuhänder bestehen, jedoch sei auch zu berücksichtigen, dass dieser lediglich eine Mittlerfunktion einnimmt. Wirtschaftlicher Vertragspartner ist allein die Publikumsgesellschaft. Sie ist selbst Empfänger und Inhaber von Leistungen des Anlegers und deshalb auch ohne bestehende rechtliche Beziehungen etwa Anspruchsgegner von Rückgewähransprüchen des Anlegers.⁵⁶⁵ Möchte der Anleger seine mittelbare Beteiligung an der Gesellschaft aus wichtigem Grund kündigen, ist er einem unmittelbar an der Gesellschaft beteiligten Gesellschafter gleichgestellt und kann das Gestaltungsrecht ohne Rücksicht auf seinen Treuhandvertrag ausüben.⁵⁶⁶ Auch bei anderen Fragestellungen im Verhältnis von Anleger und Gesellschaft ist regelmäßig davon auszugehen, dass die über einen Treuhänder beteiligten Gesellschafter so gestellt werden, als ob sie Kommanditisten wären.⁵⁶⁷

⁵⁶² MünchHdB.GesR II-*Gummert*, § 67 Rn. 3 ff.

⁵⁶³ BGHZ 69, 160, 170; 70, 61, 63. Zu den weiteren Folgen der gesplitteten Einlage siehe BGH NJW 1980, 1522, 1523; 1981, 2251, 2252; 1982, 2253, 2254; 1988, 1841, 1842 f.

⁵⁶⁴ *K.Schmidt*, GesR, S. 1679.

⁵⁶⁵ BGHZ 148, 201, 205 f.

⁵⁶⁶ Das ist aus BGHZ 156, 46, 51; 159, 294 ff. zu entnehmen. In den zugrunde liegenden Sachverhalten hatten die Anleger trotz Treuhandvertrag die Beteiligung an der Gesellschaft fristlos gekündigt. Der BGH hat diese Kündigung als wirksam angesehen, ohne die mittelbare Beteiligung des Anlegers oder den Treuhandvertrag überhaupt zu problematisieren.

⁵⁶⁷ BGH NJW 1987, 2677. Siehe auch BGHZ 76, 127, 131 (Einlagehaftung); BGH NJW 1978, 755, 756; 1991, 2906, 2907 (Inhaltskontrolle der Gesellschaftsverträge); BGH NJW 1980, 1162, 1163; BGHZ 133, 254, 262; 159, 294, 309.

5. Prospekthaftung

Ebenfalls Ausfluss des Anlegerschutzes ist die sog. Prospekthaftung. Sie gewährt dem Anleger einen Schadensersatzanspruch wegen falscher, unvollständiger oder irreführender Vertriebsangaben, wenn diese für den Beitritt des Anlegers zu der Publikumsgesellschaft kausal geworden sind.⁵⁶⁸ Zur Prospekthaftung können beispielsweise falsche Angaben über persönlicher Eigenschaften etwaiger Treuhänder oder Komplementäre⁵⁶⁹ führen, aber auch die im Prospekt zugesicherten, jedoch nicht eingetretenen Steuervorteile und Renditeerwartungen⁵⁷⁰, der fehlende Hinweis auf etwaige Risiken⁵⁷¹, die verschwiegene, personelle und finanzielle Verflechtung zwischen Komplementär und anderen Beteiligten⁵⁷² oder der fehlende Hinweis, dass anfängliche Gewinnausschüttungen nicht aus echten Gewinnen herrühren und die Einlagenrückgewähr das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung bewirke.⁵⁷³ Gläubiger dieses Schadensersatzanspruches sind die Personen, die den Prospekt gestaltet, die irreführende Angaben hervorgerufen haben und diejenigen, die mit dem Prospekt werbend nach außen in Erscheinung getreten sind, soweit sie durch ihr Mitwirken einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen haben.⁵⁷⁴

Nicht von der Prospekthaftung umfasst ist die Publikumsgesellschaft selbst, weil diese am Beitritt des „Anlage“-Gesellschafters nicht beteiligt ist, sondern der Gesellschaftsvertrag in einer Personengesellschaft allein zwischen den Gesellschaftern geschlossen wird.⁵⁷⁵ Das gilt nach Auffassung des BGH gleichermaßen für die Mitgesellschafter, die nicht zugleich zum Kreis der Initiatoren gehören.⁵⁷⁶

Neben der Prospekthaftung kommt eine deliktische Haftung der Prospektverantwortlichen gem. §§ 823 Abs. 2 BGB, 236, 264a StGB, 4 UWG; § 826 BGB in Betracht.⁵⁷⁷

⁵⁶⁸ BeckHdB.PersGes-*Watermeyer*, § 16 Rn. 85. Die Voraussetzungen für eine spezialgesetzliche Prospekthaftung nach §§ 44-48 BörsG, 127 InvG, 13 f. VerkProspG erfüllen die Publikumspersonengesellschaften in der Regel nicht, so dass lediglich die maßgeblich vom II. Senat des BGH aus dem Institut der culpa in contrahendo entwickelte zivilrechtliche Prospekthaftung in Frage steht. Diese erfolgt jedoch in Anlehnung die spezialgesetzliche Prospekthaftung, MünchHdB.GesR II-*Gummert*, § 69 Rn. 5 ff.

⁵⁶⁹ BGH NJW 1995, 130, 131.

⁵⁷⁰ OLG Köln, NJW-RR 1992, 278, 279.

⁵⁷¹ BGHZ 71, 284, 290.

⁵⁷² BGHZ 79, 337, 344.

⁵⁷³ Beispiele nach BeckHdB.PersGes-*Watermeyer*, § 16 Rn. 88; w.Nachw. *K.Schmidt*, GesR, S. 1686 f.; Münch-KommHGB-*Grunewald*, § 161 Rn. 141 ff.

⁵⁷⁴ Dies betrifft demnach die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, die Initiatoren, Gründer und Gestalter, die für die Richtigkeit des Prospekts garantieren, aber u.U. auch die finanzierenden Kreditinstitute BeckHdB.PersGes-*Watermeyer*, § 16 Rn. 86.

⁵⁷⁵ Ein (enttäushtes) Vertrauen kann ihr daher nicht entgegengebracht werden BGHZ 26, 330, 333 f.; OLG Koblenz, ZIP 2002, 1979, 1980.

⁵⁷⁶ BGHZ 71, 284, 289.

⁵⁷⁷ Siehe dazu MünchHdB.GesR II-*Gummert*, § 70 Rn. 1 ff. mit Einzelheiten.

6. Mitgliedschaft in einer Publikumsgesellschaft

Die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft begründet Rechte und Pflichten des Beitretenden. Dazu gehört in erster Linie die Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks, die meist – nicht jedoch tatbestandlich vorausgesetzt – in Form einer Einlage ausgestaltet ist. Die Einlage wird als ein zur Eigenkapitalbildung in das Gesellschaftsvermögen geleisteter Beitrag definiert, der die Haftungsmasse mehrt.⁵⁷⁸ Hat die Gesellschaft ein Gesamthandsvermögen, wächst dem Gesellschafter mit seinem Beitritt die vertraglich vorgesehene Quote an, die mit einer Abwachsung in entsprechender Höhe bei den anderen Gesellschaftern einhergeht.⁵⁷⁹

a. Beitritt von Neugesellschaftern

Der Beitritt zu einer Gesellschaft bezeichnet genaugenommen nur eine von mehreren Möglichkeiten, Mitglied einer Gesellschaft zu werden. Die Mitgliedschaft ist durch eine auf die Zugehörigkeit zu einem Verbund beruhende Rechtsstellung einer Person gekennzeichnet.⁵⁸⁰ Für den Verbund genügt eine verfasste Personengesellschaft. Der Beitritt zu einer solchen Personengesellschaft bewirkt die Mitgliedschaft einer Person in einer bereits bestehenden Gesellschaft, im Unterschied zu der Beteiligung einer Person am Gründungsvorgang oder der Mitgliedschaft durch Rechtsnachfolge.⁵⁸¹ Der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft ist die verbreitetste Form, die Mitgliedschaft zu erwerben. Die Untersuchung wird sich deshalb auf einen solchen Beitritt beschränken.

Tritt ein Gesellschafter einer Gesellschaft nachträglich bei, hat dies die Änderung des Gesellschaftsvertrages zur Folge, wozu grundsätzlich die Zustimmung aller Vertragspartner erforderlich ist, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag einen Mehrheitsbeschluß oder die Entscheidung eines einzelnen Gesellschafters über die Aufnahme vorsieht.⁵⁸²

Dieses Verfahren ist für eine Publikumsgesellschaft ungeeignet, da bei jedem neuen Anleger ein neuer Vertrag mit allen anderen Gesellschaftern geschlossen werden müsste. Bei Publikumsgesellschaften mit weit über 500 Anlegern ist dies nicht praktikabel. In den Gesellschaftsverträgen wird deshalb geregelt, dass die Personengesellschaft selbst Aufnahmeverträge mit weiteren Kommanditisten im eigenen Namen, jedoch mit Wirkung für alle Gesellschafter abschließen kann oder dass die Komplementär-GmbH bzw. deren Geschäftsführer

⁵⁷⁸ K.Schmidt, GesR, S. 572.

⁵⁷⁹ Grunewald, GesellschR, S. 69.

⁵⁸⁰ K.Schmidt, GesR, S. 547.

⁵⁸¹ K.Schmidt, GesR, S. 551.

⁵⁸² Grunewald, GesellschR, S. 69.

bevollmächtigt ist, den Beitritt weiterer Kommanditisten im Namen aller Gesellschafter zu vereinbaren.⁵⁸³ Erfolgt der Beitritt über einen Treuhänder gelten die Beitrittsregelungen des Gesellschaftsvertrages für ihn; der Anleger ist lediglich über den Treuhandvertrag mit der Gesellschaft verbunden.

b. Ausscheiden aus der Publikumsgesellschaft

Auch für das Ausscheiden aus der Publikumsgesellschaft gelten im Grundsatz die allgemeinen Regelungen, etwa der §§ 723 ff. BGB oder §§ 131 ff. HGB, die ein Ausscheiden kraft Gesetzes oder kraft Gesellschaftsvertrages, einen Austritt durch Kündigung oder einen Ausschluß des Gesellschafters vorsehen.

Ein Kündigungsrecht des Gesellschafters aus wichtigem Grund mit der Folge, dass der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und eine Abfindung erhält, die Gesellschaft aber weiterhin besteht (sog. Austrittskündigung⁵⁸⁴), ist gesetzlich nicht geregelt und wurde unter der Geltung des § 131 HGB a.F.⁵⁸⁵ überwiegend abgelehnt.⁵⁸⁶ Dem Gesellschafter stand nach dieser Auffassung lediglich die Auflösungsklage gem. § 133 HGB oder die Ausschließungsklage nach § 140 HGB zur Verfügung.⁵⁸⁷ Die vormals herrschende Meinung ist nach der Neuregelung des § 131 HGB im Wandel begriffen.⁵⁸⁸ Da § 131 HGB nicht zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung unterscheidet, sei dem Gesellschafter neben der Auflösungsklage auch das Recht zur außerordentlichen Kündigung durch einseitige Erklärung zuzugestehen.⁵⁸⁹

Diese Lösung hatte der BGH bereits früh als ein Sonderrecht für Publikumsgesellschaften vertreten. Anstatt der im Gesetz vorgesehenen Auflösungsklage habe der Gesellschafter ein Austrittsrecht, welches vertraglich nicht geregelt sein müsse.⁵⁹⁰ So könne der Kommanditist sein Beteiligungsverhältnis durch Kündigung beenden, ohne die ganze Gesellschaft aufzulösen. Begründet wurde dies mit dem Sinn und Zweck der Publikumsgesellschaft, die aufgrund ihrer Vielzahl rein kapitalistisch beteiligter Gesellschafter den einzelnen, möglicherweise nur gering beteiligten Anleger nicht auf eine Auflösungsklage verweisen darf, wenn dieser aus

⁵⁸³ Siehe dazu im Einzelnen MünchHdB.GesR II-Gummert, § 62 Rn. 6 ff.; BeckHdB.Personengesellschaften-Watermeyer, § 16 Rn. 45; K.Schmidt, GesR, S. 1672; BGH WM 1976, 15, 16; NJW 1978, 1000.

⁵⁸⁴ K.Schmidt, GesR S. 1454.

⁵⁸⁵ Die Norm sah bei Kündigung die Auflösung der Gesellschaft vor. Für die GbR gilt das gem. §§ 723, 736 BGB weiterhin, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag regelt Abweichendes.

⁵⁸⁶ MünchHdB.GesR I-Piebler, 1. Aufl. § 67 Rn. 8; Koller/Roth/Morck-Koller, § 133 Rn. 3.

⁵⁸⁷ Koller/Roth/Morck-Koller, § 133 Rn. 3; K.Schmidt, GesR, S. 1457.

⁵⁸⁸ Dazu näher MünchHdB.GesR I-Piebler/Schulte, 2. Aufl. § 74 Rn. 25; Koller/Roth/Morck-Koller, § 133, Rn. 3; K.Schmidt, GesR, S. 1457.

⁵⁸⁹ MünchHdB.GesR I-Piebler/Schulte, 2. Aufl. § 74 Rn. 25.

⁵⁹⁰ BGHZ 63, 338, 345.

wichtigem Grund ein Interesse an der sofortigen Beendigung seiner Beteiligung hat, während die anderen Mitgesellschafter den Weiterbestand der Gesellschaft wünschen.⁵⁹¹ Auf die Gründe, die zu einer solchen außerordentlichen Kündigung berechtigen, wird noch im Näheren eingegangen.

Eine Ausnahme erfährt allerdings auch diese Sonderregelung: Die Austrittskündigung kommt nur in Betracht, solange die Fortsetzung der Gesellschaft durch die anderen Gesellschafter gewährleistet ist.⁵⁹² Sind alle Gesellschafter aus dem gleichen Grund zum Austritt berechtigt, soll nur die Auflösung der gesamten Gesellschaft in Betracht kommen.⁵⁹³ Ein Austrittskündigung soll ferner dann ausgeschlossen sein, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Kündigung bereits aufgelöst oder insolvent ist.⁵⁹⁴

7. Auseinandersetzung der Gesellschaft, Haftung der Mitgesellschafter

Hat ein Gesellschafter seine Gesellschaftsbeteiligung gekündigt oder scheidet er anderweitig aus der Gesellschaft aus, so hat sich die Gesellschaft mit ihm auseinanderzusetzen. § 738 Abs. 1 BGB ordnet – soweit der Gesellschaftsvertrag keine Sonderregelungen trifft⁵⁹⁵ – für diese Auseinandersetzung an, dass der Gesellschaftsvermögensanteil des ausscheidenden Gesellschafters den verbleibenden Gesellschaftern zuwächst und diese ihm dasjenige zu zahlen haben, was er erhalten würde, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Er ist ferner von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm sind die eingebrachten Gegenstände zurückzugeben. Im Unterschied zu der Auseinandersetzung bei Auflösung der Gesellschaft⁵⁹⁶ findet in diesem Falle lediglich eine Teilliquidation statt.⁵⁹⁷

Um festzustellen, was dem ausscheidenden Gesellschafter als Vermögenswert zugeordnet werden kann, ist eine sog. Abschichtungsbilanz⁵⁹⁸ zu erstellen. In diese Bilanz gehen die gesellschaftsvertraglichen Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Einlagenrückerstattung, § 733 BGB, Überschußzahlung, § 734 BGB, auf den Ersatz von Aufwendungen oder eines Schadens, als auch alle Ansprüche gegen die übrigen oder gegen einen Gesell-

⁵⁹¹ BGHZ 63, 338, 345.

⁵⁹² *K.Schmidt*, GesR, S. 1673.

⁵⁹³ BGHZ 69, 160, 168 f.

⁵⁹⁴ BGH NJW 1979, 765.

⁵⁹⁵ Insbesondere Abfindungsklauseln, die einen praktikablen Maßstab für die Berechnung des Abfindungsanspruchs enthalten, dazu vertiefend MünchKomm-*Ulmer*, § 738 Rn. 39 ff.

⁵⁹⁶ §§ 730 BGB ff.

⁵⁹⁷ *K.Schmidt*, GesR, S. 1474.

⁵⁹⁸ Auch Auseinandersetzungsbilanz genannt, *K.Schmidt*, GesR, S. 1474.

schafter.⁵⁹⁹ Auch die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter werden in dieser Bilanz berücksichtigt. Der Anteilswert des ausscheidenden Gesellschafters errechnet sich dabei aus dem Wert des Gesellschaftsunternehmens als Ganzes, der nach dem Gewinnverteilungsschlüssel auf die Gesellschafter verteilt wird.⁶⁰⁰

Nach ständiger Rechtsprechung sind die Ansprüche des ausscheidenden Gesellschafters gegen die Gesellschaft und die Mitgesellschafter als unselbständige Rechnungsposten in die Abschichtungsbilanz aufzunehmen. Das bedeutet, dass sie nach dem Ausscheiden des Gesellschafters nicht mehr selbständig im Wege der Leistungsklage durchgesetzt werden können, sog. Durchsetzungssperre.⁶⁰¹ Hiervon werden jedoch auch Ausnahmen gemacht. Ist die Gesellschaft etwa liquide und der Gesellschafter von der Verlustteilnahme freigestellt, kann er die Rückzahlung seiner Einlage schon vor der Schlußrechnung verlangen.⁶⁰² Gleiches gilt für unstrittige Einzelansprüche, die der Ausgeschiedene unabhängig von der Berechnung der Abfindung in jedem Fall beanspruchen kann oder für Forderungen gegen Drittgläubiger des Ausgeschiedenen.⁶⁰³

Ergibt die Gesamtabrechnung ein Abfindungsguthaben, kann dies der ausscheidende Gesellschafter grundsätzlich in Geld verlangen, § 738 Abs. 1 S. 2 BGB.

Die Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft haften akzessorisch für die Schulden der Gesellschaft, § 128 HGB. Dies gilt entsprechend für die Gesellschafter einer GbR. Sie haften für vertragliche ebenso wie für gesetzliche Ansprüche.⁶⁰⁴ Allerdings ist anerkannt, dass eine Übernahme der persönlichen Haftung der Gesellschafter für vertragliche Ansprüche über das gesamte Investitionsvolumen nicht zumutbar ist und vom Rechtsverkehr vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, wenn sich etwa der Erwerb einer Fondsbeteiligung als reine Kapitalanlage darstellt.⁶⁰⁵ Überlegungen in der Literatur, die Haftung des Gesellschafters einer Publikumsgesellschaft auch bei gesetzlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu beschrän-

⁵⁹⁹ Palandt-Sprau, 67. Aufl. § 730 Rn. 7.

⁶⁰⁰ Einen Überblick über die (schwierige) Unternehmensbewertung gibt K.Schmidt, GesR, S. 1477 f. m.w. Nachw.

⁶⁰¹ BGHZ 37, 299, 304; BGH WM 1968, 697, 699; 1979, 937, 938; 1992, 306, 307; 1997, 2220, 2221; BGH NJW-RR 1986, 459; NJW 1995, 188, 189; 2005, 2618, 2620. Der Grund für diesen Rechtssatz liegt darin, dass wechselseitige Zahlungen im Abwicklungsstadium vermieden werden sollen und die Geltendmachung von Ansprüchen grds. der Schlußrechnung vorbehalten bleiben, MünchKomm-Ulmer, § 730 Rn. 49. Er gilt auch für sonstige gesellschaftsvertragliche Ansprüche gegen die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter, BGHZ 37, 299, 304.

⁶⁰² BGH WM 1964, 740, 741; 1967, 346, 347; KG Berlin, NZG 2001, 556, 557f.; MünchKomm-Ulmer, § 730 Rn. 54.

⁶⁰³ BGH NJW 1992, 2757, 2758; NJW-RR 1988, 1249; WM 1981, 487; 1993, 1340.

⁶⁰⁴ BGHZ 154, 88, 94f.; 370, 372 ff.; BGH WM 2008, 1356, 1357.

⁶⁰⁵ BGHZ 150, 1, 5; BGH WM 2008, 1356, 1357.

ken, erachtet der BGH immerhin als beachtlich.⁶⁰⁶ Jedenfalls müssen Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft nach § 242 BGB für solche Gesellschaftsschulden nicht haften, die aus einem Anspruch gegen die Gesellschaft herrühren, für die die Gesellschaft nur deshalb haftet, weil eine Inanspruchnahme des Gesellschafters ausgeschlossen ist. Resultiert danach die Nichtleistungskondition gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus der Auszahlung eines Darlehens, für welches der Anleger wegen der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages weder vertraglich noch bereicherungsrechtlich in Anspruch genommen werden kann, so darf der Anleger dafür auch nicht akzessorisch als Gesellschafter haften müssen.⁶⁰⁷

Auch die Mitgesellschafter müssen bei Publikumsgesellschaften für die auf arglistige Täuschung oder auf anderen Beitrittsmängeln beruhenden Abfindungsforderungen von Mitgesellschaftern nicht persönlich haften.⁶⁰⁸

8. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Ein Überblick über das Recht der Publikumsgesellschaft wäre nicht vollständig, würde nicht auch ein Blick auf die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft geworfen werden. Diesen Grundsätzen kommt bei der hier zu untersuchenden Abwicklung verbundener Verbraucherverträge eine erhebliche Bedeutung zu, da sie nach Meinung ihrer Vertreter zu einer Einschränkung der Verbraucherschutzrechte führt.

Der Beitritt zu einer (Publikums-) Gesellschaft wird als fehlerhaft bezeichnet, wenn ein (Willens-) Mangel vorliegt, der nach allgemeinen Regeln zur Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Geschäftes führt, auf das die Willenserklärung gerichtet war.⁶⁰⁹ Ist ein Gesellschaftsvertrag ganz oder zum Teil unwirksam, verstößt er gegen zwingende Nichtigkeitsvorschriften oder wurde ein Gesellschafter bei seinem Beitritt in die Gesellschaft arglistig getäuscht, entstünde nach den allgemeinen Regelungen des BGB entweder keine Gesellschaft oder die Anfechtung der Beteiligung an der Gesellschaft durch den getäuschten Gesellschafter würde zur Nichtigkeit es tunc seines Beitritts führen. Es entstünde kein wirksames Schuldverhältnis, weil die Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsvorschriften diesem die Anerkennung versagen.

Sind bereits Leistungen aus dem Gesellschaftsvertrag erbracht, die Einlage gezahlt oder die Geschäfte aufgenommen worden, wäre eine Rückabwicklung erforderlich, die je nach Grund

⁶⁰⁶ BGH WM 2008, 1356, 1357 m. w. Nachweisen.

⁶⁰⁷ BGH WM 2008, 1356, 1357; 2008, 2158, 2162. A.A. *Altmeyen*, ZIP 2006, 1, 7 f. der nur den vertraglich mit der Bank abgeschlossenen Haftungsausschluss gelten läßt.

⁶⁰⁸ BGHZ 156, 46, 56; BGH WM 2008, 1356, 1357.

⁶⁰⁹ *K.Schmidt*, GesR S. 160.

der Nichtigkeit/Unwirksamkeit nach §§ 985 ff., 812 ff. bzw. §§ 358, 359, 357, 346 BGB zu erfolgen hätte.

Die von der Rechtsprechung entwickelte Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft will denjenigen Schutz gewähren, die nach Beginn der Tätigkeit der Gesellschaft mit der Gesellschaft kontrahierten (Außenverhältnis), und diejenigen, die Leistungen erbracht und wirtschaftliches Risiko übernommen haben (Innenverhältnis). Die Beteiligten sollen nicht so behandelt werden, als habe die Gesellschaft nie existiert. Ihnen sollen keine Nachteile dadurch entstehen, dass ihnen entgegen gehalten wird, die Gesellschaft sei nicht wirksam entstanden oder durch Anfechtung/Widerruf rückwirkend nichtig/unwirksam geworden.

Deshalb könnten Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft einmal ins Leben getreten ist.

Die Begründung dieser Lehre, ihre Voraussetzungen und Folgen – die ganz erheblich von den Regelungen des BGB abweichen – sollen im Folgenden eine kurze Darstellung erfahren. Sie ist Voraussetzung für die sich anschließende Untersuchung der Rechte des Anlegers bei der Abwicklung eines fehlerhaften, finanzierten Gesellschaftsbeitritts zu einer Publikumsgesellschaft.

*a. Von der Lehre der faktischen Gesellschaft zu den Grundsätzen
der fehlerhaften Gesellschaft*

aa. Rechtsprechung

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wurde von der Rechtsprechung aus ganz pragmatischen Gründen entwickelt. Man wollte einer einmal ins Leben gerufenen Personengesellschaft nicht die rechtliche Anerkennung allein deshalb versagen, weil sie aufgrund fehlerhaften Beitritts, fehlerhafter Satzung etc. nach den allgemeinen Vorschriften des BGB als nichtig anzusehen wäre.

Die ältere Rechtsprechung stellte dabei zunächst nur auf das Außenverhältnis der Gesellschaft ab und beschränkte den Schutz auf Dritte, gegenüber denen sich die Gesellschafter nicht auf die Nichtigkeit des Beitritts oder der Gesellschaft sollen berufen dürfen.⁶¹⁰ Im Innenverhältnis

⁶¹⁰ Seit RGZ 51, 33, 37 st. Rspr.

sollte es dagegen bei den Nichtigkeitsfolgen bleiben.⁶¹¹ Dies änderte sich mit einem Urteil des Reichsgerichts⁶¹² aus dem Jahre 1940. Das Reichsgericht sah darin das Sichberufen eines Gesellschafters auf den Vertragsmangel als Beendigungs- und Auflösungsgrund als nicht ausreichend an und verlangte die Einhaltung der Auflösungsvorschriften des einschlägigen Gesellschaftsrechts.⁶¹³ Begründet wurde dies damit, dass die Gesellschafter mit der Invollzugsetzung der Gesellschaft zugleich den Willen betätigt haben, ihre gegenseitigen Beziehungen für die Dauer des tatsächlichen Vollzugs des Gesellschaftsvertrages aus einem zu Recht bestehenden Gesellschaftsverhältnis angesehen zu wissen.⁶¹⁴ Hinzu komme, „dass die Auseinandersetzung eines mit Erfolg angefochtenen Gesellschaftsvertrages einer ins Leben getretenen offenen Handels- oder Kommanditgesellschaft nach den oben erwähnten Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung usw. namentliche bei längerer Betätigung der Gesellschaft zu kaum lösbaren Schwierigkeiten, zu größter Rechtsverwirrung und auch zu durchaus unbilligen Ergebnissen führen könnte und müßte, alles Folgen, die mit den richtig verstandenen Belangen und Bedürfnissen der beteiligten Gesellschafter unvereinbar sind.“⁶¹⁵ Damit stand fest, dass die fehlerhafte Gesellschaft ungeachtet ihrer mangelhaften Vertragsgrundlage bis zur Herbeiführung ihrer Auflösung als nach außen und innen voll wirksam zu behandeln war.⁶¹⁶ Der BGH hat diese Rechtsprechung weiter verfestigt, ihren Anwendungsbereich definiert und Grenzen festgelegt.⁶¹⁷ Dazu später.

Hintergrund für die Entwicklung dieses Institutes war mithin das Interesse des Rechtsverkehrs am Vertrauensschutz und das der Gesellschafter am Bestandsschutz hinsichtlich der vermeintlichen Gesellschaft. Die fehlerhafte Gesellschaft wurde deshalb zunächst als Fall eines faktischen Vertragsverhältnisses angesehen und als „faktische Gesellschaft“ bezeichnet.⁶¹⁸ Mit der Überwindung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen – sie widersprach der verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie⁶¹⁹ – entwickelte sich die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, für deren Anwendung nunmehr nicht mehr der bloße Vollzug einer Gesellschaft ausreichte, sondern zudem ein – wenn auch mangelhafter – Gesellschaftsvertrag erforderlich war. Die fehlerhafte Gesellschaft und die daraus entwickelten Grundsätze wurden

⁶¹¹ RGZ 51, 33, 37, RG JW 1937, 1242 Nr.11.

⁶¹² RGZ 165, 193 ff.

⁶¹³ RGZ 165, 193, 206.

⁶¹⁴ RGZ 165, 193, 205.

⁶¹⁵ RGZ 165, 193, 206 f.

⁶¹⁶ So zusammenfassend Ulmer, ZHR 161 (1997), 102, 117.

⁶¹⁷ BGHZ 3, 285, 287 ff.; 8, 157, 165 ff.; 13, 320, 322 ff.; 17, 160, 166 ff.; 26, 330, 334 f.; 55, 5, 8 ff.; 75, 214, 217 f.; BGH NJW-RR 1988, 1379; NJW 1992, 1503, 1504; BGHZ 159, 280, 291 f.; BGH ZIP 2006, 1388.

⁶¹⁸ Soergel-*Hadding*, 11. Aufl. 1985, § 705 Rn. 85.

⁶¹⁹ Soergel-*Hadding*, 11. Aufl. 1985, § 705 Rn. 85.

aber zunächst weiterhin als „faktische Gesellschaft“ bezeichnet. Den terminologischen Unterschied stellte der BGH⁶²⁰ im Jahre 1964 klar und sprach fortan von der „fehlerhaften Gesellschaft“. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zählt nach dem Diktum des BGH zum „gesicherten Bestandteil des Gesellschaftsrechts“.⁶²¹

bb. Literatur

Die Literatur unternahm im Anschluss an die Rechtsprechung unterschiedliche Versuche, das Institut von der fehlerhaften Gesellschaft auf eine dogmatische Grundlage zu stellen. Zunächst wurde lediglich auf die Ziele dieser Lehre, nämlich die Vermeidung der Rückabwicklung und Schutz der Dritten und Gesellschafter abgestellt und die „Lehre vom Vertrauens- und Bestandsschutz und der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen“ entwickelt.⁶²² Danach müssten gesetzliche Nichtigkeitstatbestände derart teleologisch reduziert werden, dass an die Stelle der Nichtigkeit der Gesellschaft ihre bloße Auflösbarkeit tritt. Bei dieser Lehre ging es nicht um die Suche nach einem neuen, außerhalb des Gesetzes liegenden Rechtsgrund für die Vollwirksamkeit einer Gesellschaft, sondern lediglich um die Suche nach einer zweckmäßigen Lösung für pathologische Fälle.⁶²³

Von diesem auf das Ergebnis orientierten und deshalb wegen des fehlenden dogmatischen Fundaments kritisierten⁶²⁴ Ansatz ausgehend, entwickelte sich – begründet durch Flume⁶²⁵ – ein organisationsrechtlicher Ansatz. Dem lag die Einsicht zugrunde, dass die Personengesellschaft nicht nur als Schuldverhältnis, sondern auch als Organisation zwischen den Beteiligten besteht.⁶²⁶ Eine solche Organisation sei eine durch Gesellschaftsvertrag bewußt und gewollte Wirkungseinheit.⁶²⁷ Vor allem die Bildung der Gesamthand sei Ausdruck dieser gesellschaftsrechtlichen Organisation, deren Inhalt mit ihrem Vollzug berücksichtigt werde. Verfestige sich die Gesellschaft durch ihren Vollzug danach zu einer Organisation, müßten sich die Ge-

⁶²⁰ BGH LM Nr. 19 zu § 105 HGB m. Anm. *Robert Fischer*.

⁶²¹ BGHZ 55, 5, 8.

⁶²² *Soergel-v.Lasaulx*, 10. Aufl. 1969, § 705 Rn.91 m.w.Nachw. zu dieser damals herrschenden Auffassung; *Ermann-Westermann*, § 705 Rn. 74.

⁶²³ *Soergel-v.Lasaulx*, 10. Aufl. 1969, § 705 Rn. 91.

⁶²⁴ *Flume*, Personengesellschaft, § 20 III, S. 17.

⁶²⁵ *Flume*, Personengesellschaft, § 20 III.

⁶²⁶ *Flume*, Personengesellschaft, § 20 III, S. 17 in Anlehnung an *Gierkes* vertretenen Ansatz von den personenrechtlichen oder sozialrechtlichen Elementen der Gesellschaft, deren Organisation durch einverständlichen Vollzug auch ohne wirksamen Vertrag entsteht, *Gierke*, Genossenschaftstheorie; S. 470 ff.; *K.Schmidt*, GesR S. 141. Nach *Oechsler*, NJW 2008, 2471, 2474 wird die Lehre historisch betrachtet somit wieder auf ihren eigentlichen Kern zurückgeführt, der bereits im französischen Recht verankert war.

⁶²⁷ *Ulmer*, FS Flume II, S. 301, 314; *Soergel-Hadding*, 11. Aufl. 1985, § 705 Rn. 88.

sellschafter an der fehlerhaften Vertragsgrundlage festhalten lassen.⁶²⁸ Die grundsätzlich zur Anwendung kommenden Nichtigkeits- und Anfechtungsregelungen würden nach dieser Auffassung durch ein organisationsrechtliches Verhältnis überlagert.⁶²⁹

Die dogmatische Begründung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft durch die sog. „Lehre von der Doppelnatur des Gesellschaftsverhältnisses“ kann derzeit als herrschende Meinung im Schrifttum bezeichnet werden.⁶³⁰

b. Voraussetzungen für die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft

Die Rechtsprechung und Literatur, die die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft anerkennen, stellen an ihre Anwendung folgende Voraussetzungen: Es muss ein Gesellschaftsvertrag vorliegen, der in vollem Umfang nichtig, unwirksam oder anfechtbar ist. Der Gesellschaftsvertrag muss in Vollzug gesetzt worden sein, sei es durch Aufnahme der Geschäftstätigkeit oder Leistung der Einlage. Schließlich dürfen der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft keine bedeutenden Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen entgegenstehen.

aa. Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag

Sollen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung finden, muss eine Vertragsgrundlage (Satzung) vorliegen, die aufgrund zurechenbarer Willenserklärung der Gesellschafter geschaffen worden ist. Nur in einem solchen Gesellschaftsvertrag komme der Wille der Gesellschafter zum Ausdruck, eine von einem bloßen Schuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern unabhängige, von der Rechtsordnung anerkannte Personenverbindung⁶³¹ zu schaffen, die über eigene Organe, eigenes Vermögen und eine eigene Haftungsordnung ver-

⁶²⁸ *Ulmer*, FS Flume II, S. 301, 314; *Flume*, Personengesellschaft, § 20 III S. 17 f.; *Soergel-Hadding*, 11. Aufl. 1985, § 705 Rn. 88.

⁶²⁹ *Ulmer*, FS Flume II, S. 301, 315; *K.Schmidt*, GesR S. 141

⁶³⁰ Siehe etwa auch: *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 354 ff.; *MünchKomm-AktG-Hüffer*, § 275 Rn. 7; *Staudinger/Habermeier*, § 705 Rn. 63; *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 81 ff.; *Paschke*, ZHR 155 (1991), S. 1, 5 f.; *Pörnig*, S. 136 f.; *MünchHdb.GesR I-Bälz*, §100 Rn. 56 ff., der anregt, statt von einer Doppelnatur der Gesellschaft von drei verschiedenen Erscheinungsformen des (Gesellschafts-) Vertrages auszugehen: vermögensrechtlicher Koordinationsvertrag, personenrechtlicher Organisationsvertrag und verbundener vermögensrechtlicher Koordinations- und personenrechtlicher Organisationsvertrag; *Maultzsch*, JuS 2003, 544, 546 f., der einen methodisch-dogmatischen Ausgangspunkt fordert und eine teleologische Reduktion der Unwirksamkeitsgründe vorschlägt, die wiederum durch die organisationsrechtliche Seite des Gesellschaftsvertrages materiell begründet wird. Die Begründung der Lehre von der Doppelnatur des Gesellschaftsverhältnisses ablehnend, gleichwohl die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft anwendend *Grunewald*, GesR, S. 82 f.

⁶³¹ *Ulmer*, FS Flume II, S. 301, 309.

fügt. Der Gedanke der Gesellschaft als Zuordnungsobjekt für Rechte und Pflichten hat im Recht der OHG und KG in § 124 HGB bereits seinen Niederschlag gefunden. Die Anerkennung der Personengesellschaft als eine besondere Personenverbindung entspricht auch der neueren Sichtweise, die die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eine besondere Wirkungseinheit ansieht, die als Personengruppe am Rechtsverkehr teilnehmen kann.⁶³²

Überholt ist die „Lehre von der faktischen Gesellschaft“, die die Anerkennung der Gesellschaft allein an die Tatsache des Vollzugs knüpft, mit der Folge, dass bereits durch eine Scheingründung eine fehlerhafte Gesellschaft entstünde.⁶³³ Nach der Lehre von der Doppelnatur des Gesellschaftsverhältnisses ist ein Organisationsvertrag immer Voraussetzung für das Entstehen der Organisation. An einem solchen rechtsgeschäftlichen Handeln fehlt es, wenn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt. Der Vertretene ist mangels Zurechenbarkeit der Willenserklärung nicht Mitglied einer (fehlerhaften) Gesellschaft geworden.⁶³⁴

Hinzukommen muss eine Fehlerhaftigkeit des Vertragsschlusses, die nach allgemeinen Rechtsgeschäftsgrundsätzen dem Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrages entgegensteht. Diese vertraglichen Mängel lassen sich in anfängliche und nachträgliche Nichtigkeitsgründe⁶³⁵ einteilen, sowie in sonstige Gründe, die dem Gesellschaftsvertrag seine Wirksamkeit entziehen.

Zu den anfänglichen Nichtigkeitsgründen gehören die Formnichtigkeit, § 125 BGB, der Dissens, §§ 154, 155 BGB und sonstige Nichtigkeitsgründe, wie die Nichtigkeit aufgrund verbots- oder sittenwidrigen Gesellschaftszwecks, §§ 134, 138 BGB. Zu den Fällen der nachträglichen Nichtigkeit zählen die Anfechtungstatbestände wegen Irrtum, Täuschung oder Drohung, §§ 119, 123 BGB, die eine rückwirkende Nichtigkeit des Vertrages bewirken, § 142 BGB.

Zu den sonstigen Gründen, die die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages beeinflussen können, zählt die Gesellschaftsgründung oder -beteiligung eines Minderjährigen, dessen Eltern die Genehmigung zu diesem Geschäft verweigern.⁶³⁶ Die Beteiligung des Minderjährigen ist zunächst schwebend wirksam und mit Verweigerung der Zustimmung als von Anfang an unwirksam anzusehen, §§ 108, 1829 BGB.

⁶³² MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 131; BGHZ 146, 341, 343 ff. m.w.Nachw.

⁶³³ So auch entgegen der h.M.: C. Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 204 ff., 207.

⁶³⁴ BGH WM 1962, 1353, 1354; NJW 1988, 1321, 1323; 1992, 1501, 1502; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 327; C. Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 209 ff.

⁶³⁵ So differenzierend H. Weber, Fehlerhafte Gesellschaft S. 43 ff.; MünchKomm-Ulmer, § 705, Rn. 328 nennt als dritte Gruppe, die Gründungen, die unter Mitwirkung einzelner, besonders schutzwürdiger Personen (Minderjährige) vollzogen werden.

⁶³⁶ Oder ihrerseits nicht über Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gem. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB verfügen.

Ebenfalls in diese Gruppe einzuordnen ist der Widerruf einer Gesellschaftsbeteiligung aus Verbraucherrechten einzuordnen. Zwar bewirkt der wirksame Widerruf nicht die Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages, er wandelt jedoch das Vertragsverhältnis ex nunc in ein Rückgewährverschuldverhältnis um, §§ 357, 346 ff. BGB. Auch hier wird der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag modifiziert. Ein solches Widerrufsrecht könnte dem Verbraucher zustehen, wenn er in einer Haustürsituation zu der Gesellschaftsbeteiligung bestimmt wurde, § 312 BGB. Auch andere Verbraucherwiderrufsrechte, etwa aus §§ 495, 358 Abs. 2 BGB, können in Betracht kommen.

bb. Vollzug des Gesellschaftsvertrages

Ist eine (fehlerhafte) Vertragsgrundlage vorhanden, so bedarf es für die Wirksamkeit der Gesellschaft trotz bestehender Mängel einer zweiten Voraussetzung: den Vollzug der Gesellschaft. Dieser liegt dann vor, „wenn Rechtstatsachen geschaffen worden sind, an der die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann“⁶³⁷. Indiz dafür ist nach h.M. die Aufnahme der Geschäfte nach außen, mit Zustimmung der Gesellschaft.⁶³⁸ Aber auch interne Handlungen, wie die Bildung eines Gesellschaftsvermögens, sei als Vollzug der Gesellschaft zu qualifizieren.⁶³⁹

cc. Entgegenstehendes Interesse der Allgemeinheit oder schützwürdiger Personen

Die dritte (negative) Voraussetzung zur Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wurde von der Rechtsprechung entwickelt, um eine Korrekturmöglichkeit für die Fälle zu haben, in denen die Folgen der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – die Anerkennung der Wirksamkeit der Gesellschaft – nicht mit zwingend zu beachtenden Rechten Einzelner überein gebracht werden kann. Die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft soll da ihre Grenze finden, wo vorrangige Interessen der Allgemeinheit oder schützwürdiger Personen entgegenstehen.⁶⁴⁰

⁶³⁷ BGH NJW 1978, 2505, 2506; 1992, 1501, 1502.

⁶³⁸ RGZ 165, 193, 205; BGHZ 3, 285, 287 f.; BGH NJW 1992, 1501, 1502; Soergel-Hadding, 11. Aufl. § 705 Rn. 75; K.Schmidt, GesR, S. 148; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 331; Reusch, S. 99; C. Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 242: rein innergesellschaftliche Vorgänge wie die Erbringung von Einlagen genügen nicht.

⁶³⁹ BGH NJW 1992, 1501, 1502; K.Schmidt, GesR, S. 148; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 331, a.A. Soergel-Hadding, 11. Aufl. § 705 Rn. 75 in Anschluß an Wiesner, S. 117 ff., der darauf hinweist, dass das Gesamthandsvermögen in Form der Beitragsansprüche bereits mit Vertragsschluß entstehe; C. Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 252.

⁶⁴⁰ BGHZ 3, 285, 388; 17, 160, 167; 55, 5, 9; 62, 234, 241; 75, 214, 217 f.; BGH NJW 1992, 1503, 1504; 2005, 1784, 1785; OLG Dresden, ZIP 2002, 1293, 1295 f.

Dieses Tatbestandsmerkmal ist massiven Einwendungen ausgesetzt. Vor allem *K. Schmidt* weist darauf hin, dass eine unternehmenstragende Gesellschaft vor allem dann nicht als *nul-lum* angesehen werden kann, wenn sie ständig am Rechtsverkehr teilnimmt.⁶⁴¹ So sei selbst bei einem Verein, der verbotswidrig ist, gem. § 3 VereinsG das Vereinsvermögen einzuziehen. Damit werde die Rechtsträgerschaft eines verbotswidrigen Vereins ganz selbstverständlich angenommen.⁶⁴² Auch *C. Schäfer* lehnt eine Einschränkung der Lehre vom fehlerhaften Verband durch gewichtige entgegenstehende Interessen – mit Ausnahme der Begründung eines Verbandes unter Beteiligung eines volljährigen Geistesgestörten – ab.⁶⁴³ Ob ein Verzicht auf die Einschränkung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft in Betracht kommt, wird sich in der nachfolgenden Untersuchung zeigen. Hierbei soll zunächst ein Blick auf die von der Rechtsprechung und Literatur gebildeten Fallgruppen und deren Relevanz geworfen werden.

Die von der Rechtsprechung und Literatur in Betracht gezogenen, vorrangigen Interessen der Allgemeinheit und der einzelner schutzwürdiger Personen können in folgende fünf Fallgruppen zusammengefasst werden:

- Verbots- und sittenwidriger Vertrag
- Vorrangiger Minderjährigenschutz
- Besonders schwere Fälle arglistiger Täuschung
- Vorrangiger Verbraucherschutz
- keine Gläubigergefährdung⁶⁴⁴.

(1) Verbots- oder sittenwidriger Vertrag

Ist der Gesellschaftsvertrag gesetzeswidrig im Sinne des § 134 BGB⁶⁴⁵ oder grob sittenwidrig gem. § 138 BGB⁶⁴⁶, so sollen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft keine Anwendung finden. Es bleibt bei den allgemeinen Rechtsfolgen der Nichtigkeit. In diesen Fällen

⁶⁴¹ *K.Schmidt*, GesR S. 150 m.w.Nachw.

⁶⁴² *K.Schmidt*, GesR S. 150.

⁶⁴³ *C.Schäfer*, Fehlerhafter Verband, S. 278 ff.

⁶⁴⁴ *Hahn/Brockmann*, VuR 2002, 164, 167 ff.

⁶⁴⁵ BGHZ 62, 234, 241; 75, 214, 217 f.; 97, 243, 250; OLG Hamm, NJW-RR 1986, 1487.

⁶⁴⁶ OLG Schleswig, ZIP 2002, 1244, 1247; ZIP 2003, 74, 77 - allerdings beide Urteile auch unter Berücksichtigung der Ausgestaltung der Gesellschaft als stille Gesellschaft; OLG Hamm, OLGR Hamm 2001, 49, 51 - allerdings unter Qualifizierung des Beteiligungsvertrages als Franchisevertrag.

kann die Rechtsordnung durch die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft „nicht ein von ihr verbotenes und für nichtig erklärtes Rechtsverhältnis anerkennen, das laufend neue Recht und Pflichten verkündet. Hier verdient die fehlerhafte Gesellschaft grundsätzlich keinen Bestandsschutz.“⁶⁴⁷

In der Praxis allerdings sind Urteile, die die Nichtigkeit der Gesellschaft bejahen eher Ausnahmen. So fanden die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auch im Falle eines den Gesellschaftern nicht bewußten Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz Anwendung⁶⁴⁸ bzw. wurden im Fall eines sittenwidrigen Gesellschaftsvertrages die Nichtigkeitsfolgen unter Verweis auf die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft verneint⁶⁴⁹.

Die zögerliche Anwendung dieser Fallgruppe liegt wohl darin begründet, dass die Konsequenz, die Gesellschaft als nullum anzusehen, schwer zu ziehen ist, wenn die Gesellschaft als Organisation und mit eigenem Unternehmensvermögen ständig am Rechtsverkehr teilgenommen hat. Dies ist – wie die Kritik *K. Schmidts* zeigt – Hauptargument gegen alle Einschränkungen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.

(2) Vorrangiger Minderjährigenschutz

Schließt ein Minderjähriger einen Gesellschaftsvertrag ab, so hält die herrschende Meinung den Schutz des Minderjährigen vorrangig gegenüber dem Interesse am Bestehen der Gesellschaft.⁶⁵⁰ Dies habe zur Folge, dass die Beitrittserklärung des nicht voll Geschäftsfähigen (schwebend) unwirksam ist und für ihn keine rechtlich nachteiligen Wirkungen entfaltet; allerdings bestehe eine fehlerhafte Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern.⁶⁵¹

Die Kritik⁶⁵² an dieser Lösung verweist auf das Problem der Zweipersonengesellschaft, die nach dem Bekanntwerden des Mangels nicht als fehlerhafte Gesellschaft fortbestehen kann. Aus diesem Grund findet eine von *K. Schmidt* begründete Auffassung zur Behandlung der Minderjährigenbeteiligung zunehmend Anhänger⁶⁵³: Danach soll die fehlerhafte Gesellschaft auch unter Mitwirkung des Minderjährigen entstehen. Der Vorrang der Minderjährigenschutzes wirke sich dahingehend aus, dass keine Erfüllungs- und Haftungsansprüche gegen den

⁶⁴⁷ BGHZ 62, 234, 241.

⁶⁴⁸ BGH LM HGB § 105 Nr.8.

⁶⁴⁹ BGH NJW 1970, 1540, 1541.

⁶⁵⁰ RGZ 145, 155, 159; BGHZ 17, 160, 167 f.; BGH NJW 1983, 748; *Kübler/Assmann*, *GesellschR* S. 396 f.; *Soergel-Hadding*, 11. Aufl. § 705 Rn. 82; *H. Weber*, *Fehlerhafte Gesellschaft* S. 53 ff.

⁶⁵¹ BGHZ 17, 160, 167; BGH NJW 1983, 748; *Soergel-Hadding*, 11. Aufl. § 705 Rn. 82; *Baumbach/Hopt-Hopt*, § 105 Rn. 84; *MünchKomm-Ulmer*, § 705, Rn. 336, 339; *Kübler/Assmann*, *GesellschR* S. 397; *Flume*, *Persongesellschaft* S. 19; *Erman-Westermann*, § 705 Rn. 72; *Hüffer*, *GesellschR* S. 213 f.

⁶⁵² *K. Schmidt*, *GesR*, S. 152 f.; *Pörnig* S. 64 f.; *BeckHdb.PersGes.-Sauter*, § 2 Rn. 118.

⁶⁵³ *Grunewald*, *GesellschR* S. 78; *Pörnig* S. 64 f.; *C. Schäfer*, *Fehlerhafter Verband* S. 271 ff.; *BeckHdb.PersGes.-Sauter*, § 2 Rn. 118 für die zweigliedrige Gesellschaft.

Minderjährigen geltend gemacht werden können und dass er im Innenverhältnis eine rechnerische Rückabwicklung ex tunc verlangen kann. Im Außenverhältnis hafte er nicht nach §§ 128 ff., 171 ff. HGB.⁶⁵⁴ Diese Lösung entspräche hinsichtlich der Abwicklung im Innenverhältnis der herrschenden Meinung, im Außenverhältnis werde die Gesellschaft aber nicht mit Wirkung für die Vergangenheit negiert.⁶⁵⁵

(3) *Besonders schwerer Fall arglistiger Täuschung*

Die ältere höchstrichterliche Rechtsprechung hat eine Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft im Falle einer arglistigen Täuschung oder einer widerrechtlichen Drohung gemäß § 123 BGB ausgeschlossen.⁶⁵⁶ Der Bundesgerichtshof hat diesen absoluten Ausschluss eingeschränkt. Die Anerkennung der Gesellschaft finde seine Grenze dann, wenn sich „ein Gesellschafter durch Täuschung oder Drohung einen überaus günstigen Gewinn- oder Liquidationsvorteil zugestehen läßt und ein deswegen in die Auseinandersetzung einzustellender Schadensersatzanspruch keinen genügenden Ausgleich ermöglicht“⁶⁵⁷. Allerdings hat das Gericht diese Einschränkung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nie selbst auf einen zu entscheidenden Fall angewandt und in späteren Entscheidungen auch nicht mehr erwähnt. Vielmehr hat er wiederholt ausgeführt, dass der Schutz des Getäuschten dadurch hinreichend gewahrt sei, dass ihm ein Schadensersatzanspruch zustehe, der bei der Auseinandersetzung mit in die Berechnung einzubeziehen sei.⁶⁵⁸

Dem wird entgegen gehalten, dass ein Schadensersatzanspruch, der in der Auseinandersetzung rechnerisch Berücksichtigung findet, dann ins Leere ginge, wenn sich das Kapitalkonto des Gesellschafters im Negativbereich befindet.⁶⁵⁹ Erweist sich diese negative Wertentwicklung einer Unternehmensbeteiligung nicht als Folge des normalen unternehmerischen Risikos, sondern als Ergebnis eines dem Gesellschafter – beispielsweise aufgrund eines betriebenen Schneeballsystems – von Anfang an einseitig zugewiesenen Risikos, so sei dem Gesellschaf-

⁶⁵⁴ *K.Schmidt*, JuS 1990, 517, 520 ff.; *ders.* GesR, S. 152 ff.; *Schlegelberger-K.Schmidt*, § 105 Rn. 211; *MünchKomm-HGB-K.Schmidt*, § 105 Rn. 239.

⁶⁵⁵ *MünchKomm-HGB-K.Schmidt*, § 105, Rn. 239. Dem hält *Maultzsch*, JuS 2003, 544, 550 entgegen, dass bei der Zweipersonengesellschaft unter Beteiligung eines Minderjährigen faktisch doch nur das Privatvermögen des zweiten Beteiligten sowie sein Anteil am Gesellschaftsvermögen zur Verfügung stünde und das es deshalb keinen Unterschied mache, ob die verbleibende Person Scheingesellschafter oder Gesellschafter sei.

⁶⁵⁶ RG DR 1941, 1943; 1943, 1221.

⁶⁵⁷ BGHZ 13, 320, 323; BGHZ 55, 5, 10.

⁶⁵⁸ BGHZ 13, 320, 323; 26, 330, 335; 55, 5, 9 f.; BGH NJW-RR 1988, 1379.

⁶⁵⁹ *Hahn/Brockmann*, VuR 2002, 164, 170.

ter, bei dem sich dieses Risiko in einem negativen Auseinandersetzungsguthaben realisiere, ein Anspruch auf Rückabwicklung nach §§ 142, 812 ff. BGB zuzubilligen.⁶⁶⁰

(4) Vorrangiger Verbraucherschutz

Ein Teil der Rechtsprechung ordnete die Interessen des Verbrauchers unter den Vorrang der überragenden Schutzinteressen ein.⁶⁶¹ Die Urteile ergingen in allen Fällen vor dem Hintergrund des eröffneten Schutzbereiches des Haustürwiderrufgesetzes (jetzt §§ 312, 355, 357 BGB). Die dort normierten Verbraucherschutzinteressen hätten einen wesentlich höheren Stellenwert als die Interessen der Gesellschaft, deren Gesellschafter und Gläubiger. Insbesondere sei fraglich, ob überhaupt ein Bestandsschutzinteresse zu bejahen sei, wenn in der Personengesellschaft die Gesellschafter nicht persönlich sondern lediglich kapitalistisch miteinander verbunden sind.⁶⁶²

Diese Rechtsprechung hat in der Literatur einigen Beifall erhalten.⁶⁶³ Sind Verbraucherschutzvorschriften doch zum Schutze gewichtiger Interessen Einzelner erlassen worden. Ein Vorrang der Verbraucherinteressen wird aber von der herrschenden Meinung mit der Begründung abgelehnt, dass die Mitgesellschafter des widerrufenden Gesellschafters nicht schlechter als er selbst behandelt werden dürfen.⁶⁶⁴ Da nicht einmal ein durch arglistige Täuschung veranlaßter Beitritt eines Gesellschafters zu einer Publikumsgesellschaft zur Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsvorschriften führe, könne auch der Widerruf des Beitrittsvertrages, der in einer Haustürsituation geschlossen wurde, keine Beendigung der Mitgliedschaft in der Gesellschaft ex tunc bewirken.⁶⁶⁵

⁶⁶⁰ Hahn/Brockmann, VuR 2002, 164, 170.

⁶⁶¹ Für den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft bejaht: OLG Stuttgart, OLGR 1999, 430, 431; ZIP 2001, 322 ff.; OLG Rostock, ZIP 2001, 1009 ff. Für den Beitritt zu einer Genossenschaft bejaht: OLG Celle, ZfgG 48 (1998), 152, 157 f.; LG Hamburg, VuR 1999, 47, 48; LG Bonn, MDR 1998, 337; LG Bielefeld, VuR 1998, 124; AG Köpenick, WM 1997, 1753. Ebenso – ohne die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft problematisierend – BGH NJW 1997, 1069, 1070; krit.: Schiemann, ZfgG 1998, 158, 160.

⁶⁶² OLG Rostock, ZIP 2001, 1009, 1011.

⁶⁶³ Mankowski, EWiR 1999, 413, 414; ders. EWiR 1998, 461, 462; van Look, WuB IV.D. § 5 HWiG 1.97, 580, 581 zu BGH NJW 1997, 1069 f.; Hahn/Brockmann, VuR 2002, 164, 170 ff.; Machunsky, Immobilienfonds, S. 201; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 46; MünchKomm-Habersack, 3. Aufl. § 9 VerbrKrG Rn. 16.

⁶⁶⁴ BGH ZIP 2004, 1402, 1406; BGHZ 148, 201, 207; BGH WM 2000, 1685, 1686; 1687, 1689; OLG Dresden, ZIP 2002, 1293, 1296; OLG Koblenz, BB 2002, 1981, 1984; H.P. Westermann, ZIP 2002, 240, 249; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 14; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 31; MünchKomm-HGB-K.Schmidt, § 105 Rn. 241; Staudinger/Habermeier, § 705 Rn. 70; Lenenbach WM 2004, 501, 503; Krohn/Schäfer, WM 2000, 112, 118.

⁶⁶⁵ BGHZ 148, 201, 207; BGH WM 2004, 2491, 2494; 2005, 278, 279 f.; 547, 549; C. Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 281; Nobbe, WM-Beilage 1/2007, S. 1, 20.

(5) *Keine Gläubigergefährdung*

Schließlich sollen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft dann nicht zur Anwendung kommen, wenn weder Gläubiger- noch Mitgesellschafterinteressen gefährdet sind und kein Bedürfnis besteht, die Gesellschaft für die Zukunft aufzulösen.⁶⁶⁶ In diese Gruppe ist die Fallgestaltung einzuordnen, in der sich nach Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses wegen der Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages ein Auseinandersetzungsguthaben in Höhe der begehrten Einlagerückzahlung ergibt. In einem solchen Falle hatte der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs dafürgehalten, dass einer Rückabwicklung „ex tunc“ – also der Rückzahlung der Einlage - nichts entgegenstehe.⁶⁶⁷ Ähnlich argumentierte das Thüringische OLG in einem Fall einer zweigliedrigen, atypischen stillen Gesellschaft.⁶⁶⁸ Nach dem Widerruf einer solchen Gesellschaftsbeteiligung sei eine Einschränkung des Rückzahlungsanspruchs unter Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft zum Schutze der Gläubiger nicht erforderlich. Denn handele es sich um eine Innengesellschaft, hätten die Gläubiger nicht notwendig Kenntnis und keine Forderungen gegen die Innengesellschaft.⁶⁶⁹ Eine Einschränkung des Rückzahlungsanspruchs des widerrufenden Gesellschafters – so der Senat weiter – sei auch nicht zum Schutze der Mitgesellschafter erforderlich. Durch das Ausscheiden des Gesellschafters stehen die Mitgesellschafter nicht besser oder schlechter, als wenn er gar nicht beigetreten wäre.⁶⁷⁰

Richtigerweise ist erstere Fallgestaltung nicht als Ausnahme zu qualifizieren, sondern als Vereinfachung der Auseinandersetzung nach Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses. Letztere Fallgestaltung ist richtigerweise in den Problemkomplex der Anwendung der fehlerhaften Gesellschaft auf die stille Gesellschaft einzuordnen. In diesem Problemkomplex – der nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein soll – gibt es beachtliche Gründe die gegen eine Anwendung der Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft sprechen.⁶⁷¹

In diese Fallgruppe ebenfalls eingeordnet haben *Hahn/Brockmann* die Fälle, in denen Schadensersatzansprüche nicht gegen die Gesellschaft selbst, sondern gegen täuschende Dritte verfolgt werden. In diesen Fällen habe der Gesellschafter seine Gesellschaftsbeteiligung Zugum-

⁶⁶⁶ *Hahn/Brockmann*, VuR 2002, 164, 169.

⁶⁶⁷ BGHZ 148, 201, 208.

⁶⁶⁸ OLG Jena, DB 2003, 766, 767.

⁶⁶⁹ OLG Jena, DB 2003, 766, 767.

⁶⁷⁰ OLG Jena, DB 2003, 766, 767.

⁶⁷¹ Siehe dazu etwa *Ulmer*, FS Flume II, S. 301, 317 f.; *Reusch*, S. 98 ff.; *Armbrüster/Joos*, ZIP 2004, 189 ff.

Zug gegen den Ersatz seines Schadens an den Täuschenden abzutreten. Dieser könne sich jedoch gegenüber der Gesellschaft nicht auf die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages berufen, da er nicht getäuscht worden sei. Die Frage der Modifizierung der Rückabwicklung nach den normalen Grundsätzen stellt sich in diesem Falle nicht, so dass eine Ausnahme von dem Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht in Betracht kommt.

(6) Zusammenfassung

Wie die Betrachtung der einzelnen Fallgruppen zeigt, kommt nach der herrschenden Meinung lediglich dann eine Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft in Betracht, wenn Minderjährige an einer Gesellschaft beteiligt sind und ihre gesetzlichen Vertreter⁶⁷² der Beteiligung nicht zustimmen. In einem solchen Falle sind die Interessen des Minderjährigen schutzwürdiger als die der Gesellschaftsgläubiger und der übrigen Gesellschafter. Ob dies sich so bestätigen läßt, werden die weiteren Untersuchungen zeigen.

c. Fehlerhafter Beitritt zu einer Gesellschaft

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft findet nach herrschender Auffassung auch bei einem fehlerhaften *Beitritt* zu einer Gesellschaft Anwendung.⁶⁷³ Der Aufnahmevertrag mit dem neuen Gesellschafter ist seinerseits Gesellschaftsvertrag mit der Folge der partiellen Umstrukturierung der Gesellschaft.⁶⁷⁴ Wird die Gesellschaft auf Grundlage dieses fehlerhaften Vertrages fortgeführt, liegen die Voraussetzungen für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft vor.

Der für die Anwendung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft vorausgesetzte Vollzug der Gesellschaft liegt bei einem Beitritt in eine bestehende Gesellschaft in der Beitragsleistung durch den Beitretenden oder in der Ausübung seiner gesellschaftsvertraglichen Rechte.⁶⁷⁵

Auch für den fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft gelten die übrigen Voraussetzungen für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.

⁶⁷² Bzw. das Vormundschaftsgericht.

⁶⁷³ So bereits RGZ 2, 130, 132 zur Nichtanwendbarkeit der allgemeinen Regeln über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit beim Beitritt zu einer Kapitalgesellschaft; BGHZ 26, 330, 335; 63, 338, 344; BGH NJW 1992, 1501, 1502; WM 2000, 1685, 1686; NJW 2003, 1252, 1254; *K.Schmidt*, GesR S. 160; *C.Schäfer*, Fehlerhafter Verband, S. 310 f.

⁶⁷⁴ BeckHdb.PersGes.-*Sauter*, § 2 Rn. 201; *K.Schmidt*, GesR, S. 160.

⁶⁷⁵ BGH NJW 1992, 1501, 1502; *C.Schäfer*, Fehlerhafter Verband, S. 331.

d. Rechtsfolgen

Ist nach dieser Auffassung eine fehlerhafte Gesellschaft begründet worden, so müsse sie für die zurückliegende Zeit im Wesentlichen der rechtsgeschäftlich wirksamen Gesellschaft gleichgestellt sein. Sie erzeuge für die einzelnen Gesellschafter echte obligatorische Verpflichtungen nach Maßgabe ihres (fehlerhaften) Gesellschaftsvertrages.⁶⁷⁶ Die Anerkennung der Wirksamkeit bewirke die (fortbestehende) Verpflichtung, die Gesellschaftseinlage zu erbringen und sei Grundlage für die Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft verbieten somit eine rückwirkende Auflösung des Vertragsverhältnisses.⁶⁷⁷

Allerdings kann nach der h.M. die Fehlerhaftigkeit der Gesellschaft als wichtiger Auflösungs- bzw. Ausschließungsgrund hinsichtlich des Gesellschaftsverhältnisses geltend gemacht werden.⁶⁷⁸ Eine einschränkende Auffassung erkennt die Fehlerhaftigkeit der Gesellschaft nur dann als Auflösungsgrund an, wenn der Mangel der Gesellschaft noch anhafte.⁶⁷⁹ Im Ergebnis führen beide Auffassungen jedoch zu vergleichbaren Resultaten: Eine Berufung auf die Fehlerhaftigkeit ist dann ausgeschlossen, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt.

In einer Personenhandelsgesellschaft ist nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft daher grundsätzlich eine Auflösungs- oder Ausschlußklage gem. §§ 133, 140 HGB zu erheben.⁶⁸⁰ Ist im Gesellschaftsvertrag ein außerordentliches Kündigungs- und Übernahmerecht vorgesehen, so sei dies maßgebend; ein solches Recht könne auch durch ergänzende Vertragsauslegung gewonnen werden.⁶⁸¹ Bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts reiche die Kündigung nach § 723 Abs.1 S.2 BGB durch Erklärung gegenüber den übrigen Gesellschaftern.⁶⁸²

Für das danach gekündigte oder aufgelöste Gesellschaftsverhältnis gelten die Liquidationsvorschriften des Gesellschaftsvertrages oder der §§ 730 bis 735 BGB bzw. §§ 145 ff. HGB. Im Rahmen dieser Auseinandersetzung habe der Gesellschafter Anspruch auf sein Auseinander-

⁶⁷⁶ BGHZ 3, 285, 288; 17, 160, 167; Soergel-Hadding, 11. Aufl. § 705 Rn. 76; K.Schmidt, GesR S. 148 f.

⁶⁷⁷ BGHZ 55, 5, 8 f.; BGH NJW 1993, 2107, 2108; WM 2000, 1685, 1686.

⁶⁷⁸ BGHZ 3, 285, 292; 148, 201, 207; BGH WM 2000, 1685, 1686; Baumbach/Hopt-Hopt, § 105 Rn. 88; Soergel-Hadding, 11. Aufl. § 705 Rn.78; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 343; Krohn/Schäfer, WM 2000, 112, 119.

⁶⁷⁹ MünchKomm-HGB-K.Schmidt, § 105 Rn. 245.

⁶⁸⁰ RG DR 1943, 1221, 1223; st. Rspr. seit BGHZ 3, 285, 290; K.Schmidt, GesR, S. 151.

⁶⁸¹ BGHZ 47, 293, 301; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 345.

⁶⁸² BGH NJW 2003, 2821, 2823; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 345; K.Schmidt, GesR, S. 151.

dersetzungsguthaben. Er sei aber, soweit ein solches nicht vorhanden ist, auch zum Ausgleich eines Defizits verpflichtet. Die Rückzahlung seiner Einlage könne er außerhalb der Auseinandersetzung ebenso wenig geltend machen, wie evtl. Schadensersatzansprüche aus §§ 280, 311 Abs. 2 (c.i.c.); 823 Abs. 2; 826 BGB. Letztere seien in der Auseinandersetzung als Gesamtabrechnungsposten einzubringen.⁶⁸³

§ 5 Der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft als verbundener Vertrag

Wird der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft – genauer: die Erbringung der Gesellschaftseinlage – durch einen Darlehensvertrag finanziert und handelt es sich dabei um einen Verbraucherdarlehensvertrag, so ist die Gesellschaftsbeteiligung nicht nur mehr durch die Zugehörigkeit einer Person zu einem Verbund gekennzeichnet, vielmehr besteht daneben auch eine rechtliche Beziehung zu einem Dritten (Darlehensgeber), die womöglich in die gesellschaftsrechtliche Beziehung hineinwirkt. Die §§ 358, 359 BGB regeln solche Wechselwirkungen des einen Rechtsverhältnisses auf das andere, setzen allerdings zunächst voraus, dass der Gesellschaftsbeitritt ein mit einem Verbraucherdarlehensvertrag verbundener Vertrag ist.

I. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Verbraucherdarlehensrechts

Die Voraussetzungen für die Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts haben bereits im ersten Teil der Untersuchung eine Darstellung erfahren. Gemäß § 491 Abs. 1 BGB muss danach ein entgeltlicher Darlehensvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher abgeschlossen worden sein. Hat der Anleger sich bei der Finanzierung seiner Gesellschaftseinlage einer Bank bedient – dies wird regelmäßig der Fall sein – so kann die Unternehmereigenschaft des Darlehensgebers nach § 14 Abs. 1 BGB bejaht werden.

Nicht ganz so klar läßt sich allerdings die Verbrauchereigenschaft des Anlegers beantworten. Diese setzt gem. § 13 BGB voraus, dass das Rechtsgeschäft von einer natürlichen Person zu einem Zweck abgeschlossen wird, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen Tätigkeit zugeordnet werden kann. In der Literatur wird eine gewerbliche Tätigkeit dann angenommen, wenn die Gesellschaftsbeteiligung – als Zweck des Darlehensvertrages – einer planmäßigen und nachhaltigen Gewinnerzielung dient. Dieses Merkmal wird bejaht, wenn die Gesellschaftereigenschaft eine unternehmerische Position vermittelt, wie dies etwa bei einer

⁶⁸³ Siehe dazu bereits oben unter § 4 II 7.

Gesellschafterstellung in einer OHG oder KG der Fall ist.⁶⁸⁴ Dabei kommt es nach *Hopt/Mülbert* entscheidend auf die Pflicht des Gesellschafters zum persönlichen Tätigwerden an.⁶⁸⁵ Allerdings sei das Darlehen dann für private Zwecke bestimmt, wenn es der privaten Vermögensanlage diene.⁶⁸⁶ Eine solche Anlage im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung liegt dann vor, wenn der Umfang der mit der Vermögensverwaltung verbundenen Geschäfte keinen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert.⁶⁸⁷

Die Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft stellt – anhand dieser Merkmale betrachtet – in den meisten Fällen keine gewerbliche Tätigkeit des Anlegers dar.⁶⁸⁸ Dies wird offensichtlich auch von der Rechtsprechung so gesehen, die die Verbrauchereigenschaft des Anlegers auch in den Fällen, in denen sie Verbraucherschutzrecht anwendet, soweit ersichtlich, nie problematisiert hat.⁶⁸⁹ Ist die Publikumsgesellschaft eine Gesellschaft, die allein der privaten Vermögensverwaltung dient – wie dies etwa bei geschlossenen Immobilienfonds angenommen werden kann – so ist der Anleger Verbraucher im Sinne des Verbraucherdarlehensrechts. Beteiligt er sich über einen Treuhänder an der Gesellschaft, so fehlt es bereits an der Verpflichtung zum persönlichen Tätigwerden, weil die Gesellschafterrechte – sofern sie bestehen – vom Treuhänder wahrgenommen werden.⁶⁹⁰ An dieser Voraussetzung fehlt es auch, wenn der Anleger als Kommanditist beitrifft. In diesem Fall sind seine gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse in der Regel auf sein Stimmrecht für außergewöhnliche Geschäfte nach § 164 HGB beschränkt, wenn nicht durch Gesellschaftsvertrag ganz ausgeschlossen.⁶⁹¹ Auch in diesem Fall kann der Anleger nicht persönlich unternehmerisch tätig werden. Wird der Anleger Gesellschafter einer Publikums-GbR oder -OHG, bestünde jedoch grundsätzlich eine Pflicht zu unternehmerischer Betätigung, etwa aus § 709 Abs. 1 BGB, wenn die Gesellschaft nicht dem Zweck der rein privaten Vermögensverwaltung dient. Ein solch unternehmerisches Tätigwerden der Anlagegesellschafter ist jedoch in der Regel nicht erwünscht. Wird aus diesem Grund die Geschäftsführungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag auf einen oder einige wenige Gesellschafter übertragen und die Beteiligung durch Gesellschafterbeschlüsse auf das

⁶⁸⁴ MünchKomm-Schürnbrand, § 491 Rn. 38; Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 39; Staudinger-Hopt/Mülbert, § 609 Rn. 31.

⁶⁸⁵ Staudinger-Hopt/Mülbert, § 609 Rn. 31; ebenso *Lwowski*, WM-Festgabe Heinsius 1991, S. 52: Diese Pflicht sei bei einer Kommanditistenstellung – etwa in einer Massen-KG – zu verneinen.

⁶⁸⁶ Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 38; MünchKomm-Schürnbrand, § 491 Rn. 34, ähnlich *HK-Bülow*, § 491 Rn. 66, der bei einem Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft auf die Kapitalbeteiligung abstellt.

⁶⁸⁷ BGHZ 63, 32, 33; 104, 205, 208; BGH NJW 2002, 368, 369.

⁶⁸⁸ Siehe dazu die umfassende Auseinandersetzung bei *Bertram*, S. 100 ff.

⁶⁸⁹ Statt aller: BGH WM 2008, 1356, 1357.

⁶⁹⁰ Aus diesen Gründen ist vermutlich die Verbrauchereigenschaft der Anleger in einigen, der Entscheidungsreihe des BGH vom 14.6.2004 zugrunde liegenden Fällen gar nicht problematisiert worden, vgl. BGHZ 159, 280 ff.; 159, 294 ff.; siehe bereits zuvor auch BGHZ 156, 46 ff.

⁶⁹¹ Staudinger-Hopt/Mülbert, § 609a Rn. 31.

Mehrheitsstimmrecht beschränkt, so ist bereits fraglich, ob der dem Gesellschafter verbleibende Handlungsspielraum für die Annahme eines persönlichen, unternehmerischen Tätigwerdens ausreicht. Da der BGH den im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Ausschluß der persönlichen Haftung bei Fondsbeteiligungen, die der reinen Kapitaleinlage dienen, zuläßt⁶⁹², kann auch in diesen Fällen eine – auch von dem Haftungsrisiko gekennzeichnete – unternehmerische Beteiligung im Sinne des § 13 BGB nicht angenommen werden. Im Zweifel kann die Verbrauchereigenschaft des Anlegers dann verneint werden, wenn er wegen seiner Gesellschafterrechte die Möglichkeit hat, seine Interessen wahrzunehmen, ohne dass er den besonderen Schutz des Verbraucherrechts benötigt. Auch in diesem Fall findet Verbraucherdarlehensrecht dann Anwendung, wenn der Anleger Existenzgründer im Sinne von § 507 BGB ist und der Nettodarlehensbetrag 50.000 Euro nicht übersteigt.⁶⁹³

II. Voraussetzungen des verbundenen Vertrages

Die Regelungen der §§ 358, 359 BGB setzen ferner voraus, dass der persönliche und der sachliche Anwendungsbereich auch in Bezug auf den finanzierten Vertrag eröffnet ist. Es ist also zu prüfen, ob der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft ein Verbrauchervertrag ist und ob er als ein mit dem Darlehensvertrag verbundener Vertrag in Betracht kommt.

1. Persönlicher Anwendungsbereich – Gesellschaftsbeitritt als Verbrauchervertrag?

Voraussetzung ist, dass der eine Vertragspartner Verbraucher im Sinne des § 13 BGB und der andere Unternehmer im Sinne des § 14 BGB ist.

a. Verbraucher

Kann die im Rahmen des § 491 BGB soeben geprüfte Verbrauchereigenschaft des Beitretenden bejaht werden, so gilt dies auch für die §§ 358, 359 BGB; denn sowohl der Verbraucherdarlehensvertrag, als auch der auf den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft gerichtete verbundene Vertrag setzen die Prüfung voraus, ob das Rechtsgeschäft dem privaten oder gewerblichen Zweck des Anlegers dient.

⁶⁹² BGHZ 150, 1, 5.

⁶⁹³ Siehe dazu bereits oben unter § 2 II 2.

Den Gesellschaftern, die persönlich haften und die zu den Gründungsmitgliedern der Publikumsgesellschaft gehören, dient das Rechtsgeschäft jedoch gewerblichen Zwecken. Sie sind unternehmerisch tätig, wenn sie werbend an potentielle Anleger für die Kapitalanlage herantreten. Sie sind auch zum persönlichen Tätigwerden verpflichtet. Weil der Abschluss von Beitrittsverträgen für einen solchen (Gründungs-)Gesellschafter zur gewerblichen Tätigkeit des Vertriebs von Gesellschaftsbeteiligungen zählt, ist er in dieser Funktion kein Verbraucher.⁶⁹⁴ Dies gilt auch, wenn der persönlich haftende Gesellschafter eine GmbH ist. Handelt diese zum Zweck des Vertriebes von Gesellschaftsbeteiligungen, kann sie nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sein.

b. Unternehmer

Für die Feststellung der Unternehmereigenschaft des anderen Vertragsteils ist zunächst zu klären, wer Vertragspartner des der Gesellschaft beitretenden Verbrauchers ist.

Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen Tätigkeit handelt, § 14 Abs. 1 BGB. Da die Gründung einer Gesellschaft – aber auch der Beitritt eines Gesellschafters zu einer bereits bestehenden Gesellschaft – einen Vertrag mit allen Gesellschaftern voraussetzt⁶⁹⁵ und die Mehrzahl der Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft – wie der neu Beitretende auch – Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sind, erscheint die Antwort zunächst einfach: Der Beitrittsvertrag wird nicht mit einem Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB geschlossen, es läge kein Verbrauchervertrag vor.

Dem scheint jedoch die Auffassung der Rechtsprechung entgegenzustehen, die den Anwendungsbereich des alten § 9 VerbrKrG – unter Bejahung des Gesellschaftsbeitritts als verbundenem Vertrag – als eröffnet ansah und die Unternehmereigenschaft der Gesellschafter überhaupt nicht problematisiert hat.⁶⁹⁶ Dies läßt sich mit dem Wortlaut des § 9 VerbrKrG erklären, wonach lediglich die Verbrauchereigenschaft des Darlehensnehmers und die Unternehmereigenschaft des Darlehensgebers Voraussetzung war, nicht jedoch ein Verbrauchergeschäft im Hinblick auf den verbundenen Vertrag. Eine Auseinandersetzung mit der Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft der Vertragsparteien des finanzierten Vertrages erfolgte deshalb nicht.

⁶⁹⁴ Sondern unternehmerisch tätiger Gesellschafter, *Bertram*, S. 117 f.

⁶⁹⁵ Siehe dazu oben unter § 4 II 6 a.

⁶⁹⁶ BGHZ 156, 46 ff.; 159, 280 ff.; 294 ff.; BGH WM 2008, 1356, 1357.

Der These, dass der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft kein Verbrauchervertrag ist, weil Vertragspartner des Beitretenden ebenfalls Verbraucher sind, steht jedoch entgegen, dass der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft in der Regel so ausgestaltet ist, dass die Personengesellschaft selbst Aufnahmeverträge mit weiteren Kommanditisten im eigenen Namen, jedoch mit Wirkung für alle Gesellschafter abschließen kann oder dass die Komplementär-GmbH bzw. deren Geschäftsführer ermächtigt ist, den Beitritt weiterer Kommanditisten im eigenen Namen für alle Gesellschafter zu vereinbaren.⁶⁹⁷ Erklären sich die Gesellschafter mit der Aufnahme neuer Gesellschafter einverstanden – dies geschieht in aller Regel durch den Aufnahmevertrag – und bringen damit der Gesellschaft und der Geschäftsführung ihr Vertrauen entgegen, besteht eine wirksame Ermächtigung der Gesellschaft, neue Gesellschafter aufzunehmen. Vertragspartner des neu beitretenden Gesellschafters ist in diesen Fällen die Gesellschaft selbst.⁶⁹⁸ Die Publikumsgesellschaft – gleich, ob als KG oder GbR ausgestaltet – wird somit gem. § 14 Abs. 2 BGB als Unternehmerin tätig. Der Abschluß des Beitrittsvertrages erfolgt zumindest auch dann zum Zwecke des Vertriebs der Anteile der Publikumsgesellschaft auf dem Kapitalmarkt, wenn die Gesellschaft lediglich private Vermögensverwaltung betreibt. Allein der Vertrieb von Gesellschaftsanteilen, gerichtet an eine Vielzahl von Personen, läßt sich bereits als planmäßige und auf Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb und damit als gewerbliche Tätigkeit klassifizieren.⁶⁹⁹ Hat darüber hinaus der Gesellschaftszweck auch eine gewerbliche Betätigung der Gesellschaft zum Gegenstand, so ist die Unternehmereigenschaft der Publikumsgesellschaft bereits aus diesem Grund zu bejahen.

Dieses Ergebnis wird vom Wortlaut des § 14 Abs. 1 BGB getragen, wonach eine rechtsfähige Personengesellschaft auch Unternehmer sein kann. Dem Gesetzgeber konnte es daher nicht auf die Unternehmereigenschaft der einzelnen Gesellschafter der Personengesellschaft angekommen sein, sondern auf die unternehmerische Betätigung der Gesellschaft als solcher.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ BGH WM 1976, 15, 16; NJW 1978, 1000; NJW 1983, 1117; MünchHdB.GesR-II-Gummert, § 62 Rn. 6 ff.; BeckHdB.PersGes.-Watermeyer, § 16 Rn. 45; K Schmidt, GesR, S. 1672.

⁶⁹⁸ BGH NJW 1978, 1000. Siehe dazu bereits § 4 II. 6. a.

⁶⁹⁹ Bertram, S. 146, 117 f.

⁷⁰⁰ A.A. Bertram, S. 142 ff. Danach wird der Beitrittsvertrag auch bei Publikumsgesellschaften zwischen beitretendem Anleger und den (Alt-) Gesellschaftern geschlossen, da die vom BGH als zulässig erachtete „Ermächtigung“ der Gesellschaft zum Abschluß neuer Beitrittsverträge im eigenen Namen als Bevollmächtigung zu verstehen ist. Andernfalls würden die Regelungen der Stellvertretung umgangen. Dem kann entgegen gehalten werden, dass der Beitrittsvertrag zu einer Publikumsgesellschaft nicht nur die Gesellschafter verpflichtet, sondern auch die Gesellschaft. Da diese Verpflichtung neben die der Gesellschaft tritt, ist das Interesse des Gläubigers, zu wissen, wer sein Geschäftspartner ist, nicht besonders schützenswert. Die Ermächtigung zum Abschluß der Beitrittsverträge durch die Gesellschaft im eigenen Namen mit Wirkung für die (Alt-) Gesellschafter ist daher als echte Ermächtigung zu verstehen, K.Schmidt, GesR, S. 1671 f.; Binz/Sorg, S. 264; BeckHdB.PersGes.-Watermeyer, § 16 Rn. 45.

Das ist auch sachgerecht, wird das Ergebnis unter dem Schutzzweck des Verbrauchergeschäftes betrachtet. Ziel der Verbraucherschutzgesetze ist es, Personen, die mitunter die Tragweite einer Entscheidung nicht übersehen können, besondere Rechte gegenüber den Personen einzuräumen, die als Vertragspartner aufgrund ihrer beruflichen Erfahrung nicht in gleichem Maße schutzbedürftig sind. Ist ein Vertragspartner Unternehmer und der andere Verbraucher, so gehen die Regelungen zum Schutze des Verbrauchers davon aus, dass sie als Vertragspartner nicht unter den gleichen Voraussetzungen in die Vertragsverhandlungen gehen. Sei es, dass der Unternehmer über einen Wissensvorsprung verfügt, vorformulierte Verträge verwendet oder eine besondere Vertragssituation nutzen kann.

Der Beitretende zu einer Publikumsgesellschaft schließt seinen Beitrittsvertrag mit der Publikumsgesellschaft. Die Beitrittsverhandlungen finden nicht zwischen ihm und den einzelnen Gesellschaftern statt. Vielmehr treten ihm unternehmerisch tätige Gesellschafter – die durch ihre Tätigkeit im Vertrieb der Gesellschaftsbeteiligungen selbst gewerblich tätig werden – oder beauftragte Anlagevermittler als Vertreter der Gesellschaft gegenüber. Die „hinter“ der Gesellschaft stehenden anderen Anlagegesellschafter sind durch ihren Beitrittsvertrag mit der Gesellschaft nicht in der Lage, auf die Vertragsverhandlungen Einfluß zu nehmen, ebensowenig wird dem Beitretenden für die Aufnahme künftiger Gesellschafter dieses Recht eingeräumt.

Aus diesen Gründen ist der Abschluss des Beitrittsvertrages auf seiten der Gesellschaft als unternehmerische Betätigung im Sinne des § 14 BGB anzusehen.

Sieht der Gesellschaftsvertrag dagegen keine Ermächtigung der Gesellschaft oder der geschäftsführenden Gesellschafter vor, Beitrittsverträge im eigenen Namen abzuschließen, sondern werden die Gesellschafter bei den Beitrittsverhandlungen vertreten, so ist der Beitrittsvertrag gleichwohl auch dann als Verbrauchervertrag für den Anleger anzusehen, wenn er zumindest für einen der Gesellschafter eine unternehmerische Betätigung darstellt. Da es in der Regel auch nur dieser unternehmerisch tätige Gesellschafter ist, der dem Beitrittswilligen bei den Vertragsverhandlungen gegenübertritt, stellt sich der Beitrittsvertrag in erster Linie als eine gewerbliche Tätigkeit des unternehmerisch tätigen Gesellschafters dar.⁷⁰¹ Auch in diesem Fall ist der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft Verbrauchervertrag.

⁷⁰¹ Bertram, S. 149 f.

2. Sachlicher Anwendungsbereich – Verbundener Vertrag

Ferner setzen die Regelungen der §§ 358, 359 BGB voraus, dass ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung vorliegt und dieser Vertrag mit einem Verbraucherdarlehensvertrag verbunden ist. Verbunden sind beide Verträge dann, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrages dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, § 358 Abs. 3 S. 1 BGB.⁷⁰²

Der Beitritt zu einer Gesellschaft ist gekennzeichnet durch die vertraglich begründete Mitgliedschaft einer Person in einem Verband. Die Mitgliedschaft begründet Rechte und Pflichten des Beitretenden gegenüber der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern. Den Umfang dieser Mitgliedsrechte und -pflichten regelt das Gesetz und der Gesellschaftsvertrag.

Fraglich ist, ob diese Mitgliedschaft als Leistung im Sinne des § 358 Abs. 3 S. 1 BGB in Betracht kommt. Leistung im Sinne des BGB – nur in diesem Sinne ist die Verwendung des Begriffes in § 358 Abs. 1 BGB zu verstehen – ist die Zuwendung eines wirklichen oder vermeintlichen Vorteils, der typischer-, nicht aber notwendigerweise einen Vermögenswert hat.⁷⁰³ Da die Mitgliedschaft in einer Publikumsgesellschaft nicht nur ein Rechtsverhältnis darstellt aus dem sich Rechte und Pflichten ergeben, sondern auch selbst ein subjektives Recht – und somit Herrschaftsrecht und absolutes Recht – ist⁷⁰⁴ und dieses Recht dem Beitretenden durch die Gesellschafter mit Abschluß des Beitrittvertrages eingeräumt wird, stellt der Beitrittsvertrag die Zuwendung eines Vorteils dar. Die Begründung einer Mitgliedschaft in einem körperschaftlichen Verband ist mithin eine Leistung.

Diese Leistung ist zwar nicht entgeltlich, da die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft lediglich die gegenseitige Verpflichtung zur Förderung des gesellschaftlichen Zwecks begründet, nicht jedoch zwangsläufig die Verpflichtung zur Zahlung einer Einlage statuiert. Bei der Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft steht jedoch die Investition eines Geldbetrages im Vordergrund. Dieser Geldbetrag wird in Form der Einlage erbracht. Diese ist als ein zur Eigenkapitalbildung in das Gesellschaftsvermögen zu leistender Beitrag definiert, der die Haftungsmasse mehrt.⁷⁰⁵ Die Verpflichtung des Anlegers zur Zahlung dieser Einlage ist mit der Einräumung der Mitgliedschaft eng, wenn auch nicht synallagmatisch⁷⁰⁶, verknüpft. Weil sich die

⁷⁰² Dazu im einzelnen oben § 3 I.

⁷⁰³ Henke, S. 19 f.; Palandt-Heinrichs, 67. Aufl. § 241 Rn. 4.

⁷⁰⁴ K.Schmidt, GesR S. 549.

⁷⁰⁵ K.Schmidt, GesR S. 567.

⁷⁰⁶ Erman-Westerman, § 705 Rn. 51; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 162; Esser/Schmidt, SchuldR I/1 S. 219 f.; Bertram, S. 153.

Mitgliedschaft in einer Publikumsgesellschaft typischerweise auf die Gewinnbeteiligung an einem Anlageobjekt beschränkt, wird die Verpflichtung zum gegenseitigen Fördern des gesellschaftlichen Zwecks auf die Einlagezahlung reduziert. Die Gesellschaftsregelungen werden dadurch, wie *Bertram*⁷⁰⁷ treffend formuliert, von Elementen des Austauschverhältnisses überlagert. Der beteiligte Verbraucher ist in dieser Konstellation ebenso schutzwürdig wie der Verbraucher als Partei eines auf eine entgeltliche Leistung gerichteten Vertrages.⁷⁰⁸

Der Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft ist mithin einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung gleichzustellen und unter diesen Voraussetzungen als Vertrag über eine andere Leistung im Sinne des § 358 Abs. 3 S. 1 BGB anzusehen.⁷⁰⁹

Wird das Verbraucherdarlehen dem Anleger zu dem Zweck gewährt, dass die durch den Beitrittsvertrag vom Anleger geschuldete Einlage beglichen wird und ist er von jeder freien Verfügung über das Darlehen ausgeschlossen, dient das Darlehen dem Beitrittsvertrag im Sinne des § 358 Abs. 3 S. 1 BGB.⁷¹⁰ In der Regel wird beim finanzierten Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft im Darlehensvertrag eine Vereinbarung über die Verwendung des Darlehens getroffen und das Darlehen unmittelbar an die Publikumsgesellschaft oder einen Treuhänder ausgezahlt.

Die Anwendung der §§ 358, 359 BGB auf den finanzierten Gesellschaftsbeitritt setzt ferner eine wirtschaftliche Einheit des Verbraucherdarlehens- und des Beitrittsvertrages im Sinne des § 358 Abs. 3 BGB voraus. Die wirtschaftliche Einheit ist nach objektivem Maßstab und anhand der Regelbeispiele des § 358 Abs. 3 S. 2 BGB oder sonstiger Indizien zu bestimmen.⁷¹¹

In den meisten Fällen erfüllt die Vertragsanbahnung zum Beitritt eines Publikumsgesellschafters die Voraussetzungen des zweiten Regelbeispiels, wonach eine wirtschaftliche Einheit der beiden Verträge vermutet wird, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung

⁷⁰⁷ *Bertram*, S. 156.

⁷⁰⁸ BGHZ 156, 46, 50; 159, 280, 289; BGH NJW-RR 2005, 180, 181; ebenso für den vergleichbaren Tatbestand des § 1 Abs. 1 HWiG BGHZ 133, 254, 261 f., 148, 201, 203, BGH NJW 2004, 2731, 2733; Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 46; MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 14.

⁷⁰⁹ So auch BGHZ 133, 254, 261; 148, 201, 203 (jeweils zu § 1 HWiG); OLG Köln, ZIP 1989, 1267, 1269; OLG München, ZIP 1995, 1362, 1363; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1999, 124, 125; OLG Stuttgart, ZIP 2001, 322, 323 (zu § 1 HWiG); *Armbrüster*, Widerruf, S. 16; *Erman-Saenger*, § 358 Rn. 4; *Fischer/Machunsky*, HWiG § 1 Rn. 48; *C. Schäfer*, JZ 2002, 249, 250. A. A.: OLG Karlsruhe, ZIP 2003, 202, 204; *Habersack*, ZIP 2001, 327, 328 (zu § 1 HWiG; ders. anders jedoch noch für das VerbrKrG in ZHR 156 (1992), 45, 51 f.); *Krohn/Schäfer*, WM 2001, 112, 113, da der Gesellschaftsbeitritt ein auf die Begründung einer Mitgliedschaft gerichtetes organisationsrechtliches Rechtsgeschäft darstellt.

⁷¹⁰ Siehe dazu bereits oben § 3 I 1.

⁷¹¹ Siehe auch dazu bereits oben § 3 I 2.

oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages der Mitwirkung des Unternehmers bedient. Dabei genügt jedes faktische, planmäßige und arbeitsteilige Zusammenwirken zwischen den beiden Parteien.⁷¹² Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Mitwirken der Gesellschaft am Abschluß des Verbraucherdarlehensvertrages dann anzunehmen, wenn der Kreditvertrag nicht auf Grund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, der von sich aus eine Bank um die Finanzierung seines Gesellschaftsbeitritts ersucht, sondern deshalb, weil der Vertriebsbeauftragte des Fondsbetreibers dem Interessenten zugleich mit den Beitrittsunterlagen einen Kreditantrag des Finanzierungsinstitutes vorgelegt hat, das sich zuvor dem Fondsbetreiber gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hat.⁷¹³ Beantragt der Anleger danach das Darlehen durch Unterzeichnung eines ihm vom Vermittler der Fondsbeteiligung vorgelegten Antragsformulars der Bank, so ist das Tatbestandsmerkmal der wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

Sind die Regelbeispiele des § 358 Abs. 3 S. 2 BGB nicht einschlägig, ist die wirtschaftliche Einheit der beiden Verträge anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Indizien zu bestimmen.⁷¹⁴ In diesen Fällen bedarf es der Feststellung des inneren Zusammenhangs beider Verträge. Im Falle des finanzierten Erwerbs von Gesellschaftsanteilen wurden solche Indizien darin gesehen, dass die Bank sich zuvor gegenüber den Fondsbetreibern zur Übernahme der Finanzierung bereiterklärt hat oder die Bank selbst davon ausgeht, dass es sich bei dem abgeschlossenen Darlehensvertrag um einen verbundenen Vertrag handelt.⁷¹⁵

III. Gründe für eine Rückabwicklung des finanzierten Gesellschaftsbeitritts

Die Gründe für eine Rückabwicklung des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft können zum einem im Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Verbraucher, also im Darlehensvertragsverhältnis, oder im Verhältnis zwischen Verbraucher und Publikumsgesellschaft, also in der Gesellschaft, liegen. An dieser Stelle soll kurz auf die häufigsten Rückabwicklungsgründe eingegangen werden, auf die sich Anleger in finanzierten Immobilienfonds berufen haben. Die Voraussetzungen, die etwa an ein Widerrufs- oder Anfechtungsrecht oder die Nichtigkeit eines Vertrages gestellt werden, werden jedoch nur umrissen.⁷¹⁶ Die Folgen dieser Vertragsstörungen werden anschließend dargestellt.

⁷¹² *Dauner-Lieb*, WM-Beilage 6/1991, S. 14; MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 38; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 28.

⁷¹³ BGHZ 156, 46, 51; BGH NJW 2003, 3703, 3704; BGHZ 167, 252, 257; BGH ZIP 2006, 1626, 1629.

⁷¹⁴ Siehe dazu oben § 3 I. 2. b.

⁷¹⁵ LG Bielefeld, VuR 2004, 380, 383.

⁷¹⁶ Siehe dazu bereits oben § 2 V. 1.; VI. 1.; § 3 III. 1.; § 3 V. 1. und 2.

1. Gründe aus dem Darlehensvertrag

In einer Vielzahl von Fällen haben sich die Anleger in Immobilienfonds gegenüber dem Darlehensgeber auf ihr Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG (jetzt § 312 BGB) berufen. Sie konnten geltend machen, dass sie den Darlehensvertrag in einer Haustürsituation abgeschlossen haben oder der Darlehensvertragsschluss auf einer Haustürsituation beruhte, die sich der Darlehensgeber zurechnen lassen musste. Zugerechnet werden kann die Haustürsituation bereits dann, wenn sie objektiv vorgelegen hat und der Vermittler im Namen und für Rechnung der Bank in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet war.⁷¹⁷ In der Regel konnten die Anleger die Darlehensverträge auch Jahre nach Vertragsschluss noch widerrufen, weil die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 Abs. 1 HWiG nicht in Lauf gesetzt wurde, da es den Verträgen an einer den Anforderungen des § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 HWiG entsprechenden Widerrufsbelehrung mangelte.⁷¹⁸ Für die Ausübung des Widerrufsrechts reichte es aus, dass der Anleger deutlich macht, dass er den Vertragsschluss nicht mehr gelten lassen will, etwa dadurch, dass er den Rücktritt vom Darlehensvertrag erklärt oder seine Willenserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrages angefochten hat.⁷¹⁹

Hat der Anleger einem Geschäftsbesorger eine umfassende Vollmacht zum Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft sowie zur Aufnahme der zur Finanzierung notwendigen Darlehen erteilt, kam ein Widerruf nach Haustürwiderrufsrecht in der Regel nicht in Betracht, weil die Haustürsituation in der Person des Vertreters liegen muss, der die Vertragserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrages abgegeben hat.⁷²⁰ Allerdings brauchte der Geschäftsbesorger für eine solch umfassende Bevollmächtigung eine Rechtsbesorgungserlaubnis. Hat eine solche nicht vorgelegen, war der umfassende Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG (a.F.) nichtig.⁷²¹ Daraus folgte, dass die Vollmacht zum Abschluss des Darlehensvertrages und auch letzterer nichtig war, es sei denn, die Regelungen der §§ 171, 172 BGB oder die Grundsätze der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht haben einge-

⁷¹⁷ BGH WM 2006, 220, 221; NJW 2006, 1340, 1341; ZIP 2006, 1626, 1628.

⁷¹⁸ So etwa beispielhaft in den BGH ZIP 2006, 1626 ff. und BGH WM 2007, 1173 ff. zugrunde liegenden Sachverhalten.

⁷¹⁹ BGH WM 1993, 416, 417; WM 2007, 1209, 1210.

⁷²⁰ BGH NJW-RR 1991, 1074, 1075; BGHZ 144, 223, 227f.; BGH NJW 2004 154, 155; BGHZ 161, 15, 32; BGH WM 2007, 440, 442.

⁷²¹ Siehe dazu bereits oben § 2 VI. 1. c.

griffen oder aber der Anleger hat den aufgrund der nichtigen Vollmacht geschlossenen Vertrag genehmigt.⁷²²

Regelmäßig wurde von den Anlegern auch geltend gemacht, der Darlehensvertrag sei nichtig, weil ihm die Schriftform nach § 4 Abs. 1 S. 1 VerbrKrG (jetzt § 492 Abs. 1 BGB) oder die Pflichtangaben nach § 4 Abs. 1 S. 4 VerbrKrG (jetzt § 492 Abs. 1 S. 5 BGB) fehlten. Weil das Darlehen jedoch in der Regel vereinbarungsgemäß an den Darlehensnehmer oder an einen Dritten ausgezahlt wurde und der Darlehensnehmer das Darlehen somit im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 1 bzw. § 7 Abs. 3 VerbrKrG oder § 607 Abs. 1 BGB a.F. empfangen hatte, sind die Fehler der Schriftform oder das Fehlen der Pflichtangaben geheilt worden.⁷²³

Die Geltendmachung des Widerrufsrecht nach § 7 Abs. 1 VerbrKrG (jetzt § 495 BGB) spielte in den bislang judizierten Altfällen keine Rolle, weil das Widerrufsrecht nach § 7 Abs. 3 VerbrKrG nach Empfang der Valuta auf zwei Wochen und bei unterlassener Widerrufsbelehrung generell gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 VerbrKrG auf ein Jahr befristet war. Solchen Einschränkungen unterliegt § 495 BGB jedoch nicht mehr.

Ist der Anleger durch den Vermittler über die steuerliche Förderung der Fondsgesellschaft, die Rentabilität, die Wiederverkaufsmöglichkeiten, seine Nachschusspflichten etc. arglistig getäuscht worden, kann er den mit dem Fondsbeitritt verbundenen Darlehensvertrag ebenfalls nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten, wenn die Täuschung auch für den Abschluss des Darlehensvertrages kausal war. Eine Person, die sowohl Fondsbeteiligung als auch Darlehensvertrag vermittelt, ist für die darlehensgebende Bank nicht Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB. Wegen der wirtschaftlichen Einheit von Fondsbeitritt und Kreditvertrag wird von einer Kausalität der Täuschung für den Abschluss auch des Darlehensvertrages regelmäßig auszugehen sein.⁷²⁴

Anstelle der Anfechtung des Darlehensvertrages kann der Kreditnehmer im Falle eines Vermögensschadens auch Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss gegen

⁷²² Siehe zu dieser Rechtsprechung im einzelnen *Nobbe*, WM-Beilage 1/2007, S. 1, 3 ff.

⁷²³ BGHZ 167, 223, 236; 167, 239, 246; BGH WM 2007, 108, 110. Die zwischenzeitlich andere Auffassung des II. Zivilsenates in u.a. BGHZ 159, 294, 306 f. ist u.a. in BGHZ 167, 223, 236, 238 aufgegeben worden. An der Rechtsmeinung des II. Zivilsenates festhaltend übrigens OLG Stuttgart, WM 2007, 203, 205.

⁷²⁴ BGHZ 167, 239, 250 f.; BGH NJW 2008, 2912, 2913. Allerdings wurde in diesen Urteilen und auch in anderen Fällen über solche Ansprüche noch nicht entschieden.

die Bank geltend machen. Die Bank muss sich das täuschende Verhalten des Vermittlers bei einem verbundenen Vertrag zurechnen lassen.⁷²⁵

2. Gründe aus dem Gesellschaftsbeitritt

Die Einwendungen die der Verbraucher dem Darlehensgeber entgegenhalten halten kann, können grundsätzlich auch den finanzierten Gesellschaftsbeitritt betreffen. In Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft kann der Anleger nach der Rechtsprechung des BGH seine Gesellschaftsbeteiligung jederzeit fristlos kündigen, wenn er die Beitrittserklärung nach Haustürwiderrufsrecht widerrufen kann⁷²⁶ oder wenn er den Beitrittsvertrag wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB angefochten hat⁷²⁷.

Soweit ersichtlich, wird die Nichtigkeit des Gesellschaftsbeitritts bei Immobilienfondsgesellschaften ebenso wenig problematisiert wie andere Gründe, die die Wirksamkeit des Gesellschaftsverhältnisses betreffen.

IV. Wirkung des verbraucherrechtlichen Widerrufs beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt

Wird der Verbraucherdarlehensvertrag zur Finanzierung eines Anteils an einer Publikumsgesellschaft aufgrund eines Verbraucherwiderrufsrechts widerrufen⁷²⁸, stellt sich die Frage, was dies für die Beteiligung des Anlegers einer Publikumsgesellschaft bedeutet und welche Rechtsfolgen der verbraucherrechtliche Widerruf auf die verbundenen Verträge hat.

Grundsätzlich führt die Anwendung des § 358 Abs. 2 S. 1 BGB dazu, dass der Verbraucher auch an seine auf den Beitritt zur Publikumsgesellschaft gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist. Hat der Darlehensgeber die Darlehenssumme bereits ausgezahlt, ist die besondere Rückabwicklung nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB zu beachten, wonach der Darlehens-

⁷²⁵ Ebenda.

⁷²⁶ BGH NJW-RR 2005, 180, 181.

⁷²⁷ BGH WM 2007, 200, 201.

⁷²⁸ Als Widerrufsrecht können § 495 BGB oder § 312 BGB in Betracht kommen. Letzteres jedoch nur, wenn § 312 a BGB keinen Vorrang regelt. Problematisch sind in der Regel vor allem die Fälle, in denen keine Widerrufsbelehrung erfolgt. In diesen Fällen besteht keine Zwei-Wochen-Frist zur Ausübung des Widerrufs nach § 355 Abs. 1 S.2 BGB, so dass die Gefahr der Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse in der Publikumsgesellschaft wesentlich größer ist, als innerhalb der ersten zwei Wochen nach Vertragsschluss.

geber hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs gegenüber dem Verbraucher in die Rechte und Pflichten des Unternehmers eintritt.⁷²⁹

Demgegenüber fordern die von der herrschenden Meinung vertretenen Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft eine Modifikation der allgemeinen Vorschriften des BGB. Finden diese Grundsätze beim Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages Anwendung, so sind dem aus der Publikumsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafter nicht seine erbrachten Leistungen nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts zurückzugewähren, sondern hat die Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen.

1. Meinungsstand

a. Rechtsprechung

Die ersten streitigen Fälle des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft erreichten die Gerichte in den 90er Jahren. Zuvor waren lediglich Fälle anhängig, in denen die Anleger ihre Einlage selbst finanziert hatten. Die sich in der Folge entwickelnde Rechtsprechung des BGH war zunächst uneinheitlich, da es unterschiedliche Auffassungen des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenates und des für Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenates gab. Zudem entwickelte sich eine unterschiedliche Rechtsprechung je nach Vertragsgegenstand. Der Widerruf etwa des Darlehensvertrages nach Haustürwiderrufsrecht führte zu anderen Folgen als der Widerruf des Gesellschaftsbeitritts aus gleichem Grund.⁷³⁰ Gemeinsam hatten jedoch alle Fälle, dass die Anleger bestrebt waren, ihre Darlehen zur Finanzierung ihres Gesellschaftsbeitritts nicht zurückzuzahlen oder die bereits geleisteten Tilgungen und Zinsen zurückzubekommen.

Der Schwerpunkt der Auseinandersetzung in den frühen Fällen lag deshalb zunächst bei den Ansprüchen, die der Anleger gegen die finanzierende Bank selbst hatte. Diese gründeten vor allem im Widerruf des Darlehensvertrages.

So entschied etwa der BGH im Jahre 1996⁷³¹ über einen Rückzahlungsanspruch der Bank, nachdem der Anleger in einer „GbRmbH“ seinen Darlehensvertrag nach dem Haustürwiderrufsrecht widerrufen hatte: Der Widerruf führe dazu – so die Richter – dass die Bank keinen

⁷²⁹ Siehe dazu bereits § 3 II. 4.

⁷³⁰ Vgl. etwa BGH ZIP 2006, 1626, 1630. Dazu im einzelnen später.

⁷³¹ BGHZ 133, 254 ff.

Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens habe. Zudem stelle der Darlehensvertrag ein mit dem Gesellschaftsbeitritt verbundenes Geschäft dar, so dass aus dem Widerruf des Darlehensvertrages auch die Unwirksamkeit des Gesellschaftsbeitritts folge. Zwar sei die Wirkungserstreckung für das Widerrufsrecht lediglich im Anwendungsbereich des § 9 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG (jetzt § 358 Abs. 2 S. 1 BGB) geregelt. Diese gelte wegen des Schutzzweckes des Haustürwiderrufsrechts aber auch für den Haustürwideruf.⁷³² Die Rückabwicklung finde deshalb im Wege der Durchgriffskondition unmittelbar zwischen der Bank und der Gesellschaft als Zahlungsempfänger statt.⁷³³ Diese Rechtsprechung wurde von den Instanzgerichten dahingehend konkretisiert, dass der Anleger nicht verpflichtet sei, seinen Gesellschaftsanteil an die Bank abzutreten, weil durch den Widerruf die Unwirksamkeit des Gesellschaftsbeitritts herbeigeführt werde und der Anleger über den Anteil nicht mehr verfügen könne.⁷³⁴ Die Durchgriffskondition erwähnte der BGH jedoch in seiner späteren Rechtsprechung nicht mehr.

Die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft wurde zunächst nicht problematisiert. Dies erfolgte erst, nachdem das OLG Stuttgart annahm, dass der Freistellung des Anlegers von der Rückzahlung des Darlehens auch im Falle des Darlehenswiderrufs die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft entgegenstünden und er lediglich Gegenansprüche in Höhe des Abfindungsguthabens geltend machen könne.⁷³⁵

Der BGH hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, sondern in seinen jüngsten Urteilen klargestellt, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht zur Folge hätten, dass der Anleger dem Kreditgeber im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages nur sein Abfindungsguthaben entgegengesetzen könne und eine eventuelle Differenz gegenüber der noch offenen Darlehensvaluta zu zahlen habe. Widerrufe der Gesellschafter nicht den Gesellschaftsbeitritt sondern den Darlehensvertrag, fänden die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft im Verhältnis des Gesellschafters zu der kreditgebenden Bank keine Anwendung. Dies habe zur Folge, dass der Anleger allein zur Übertragung seines Gesellschaftsanteils bzw. seiner Rechte aus dem fehlerhaften Beitritt verpflichtet sei.⁷³⁶

Grundsätzlich – dies musste der erkennende XI. Senat vor allem wegen der umstrittenen Frage erörtern, ob die sofortige Rückzahlungspflicht nach Haustürwideruf gegen die Haustürge-

⁷³² BGHZ 133, 254, 259 ff.

⁷³³ BGHZ 133, 254, 263; so in der Folge auch OLG Stuttgart, WM 1999, 2305, 2310. Siehe dazu bereits oben unter § 3 II. 4. c. cc. (2).

⁷³⁴ OLG Stuttgart, WM 1999, 2305, 2310; OLG Stuttgart, ZIP 2001, 322, 326.

⁷³⁵ OLG Stuttgart, ZIP 2004, 891, 896 ff.; ebenso OLG Stuttgart, juris, Urt. v. 18.5.2004 (Az.: 6 U 20/04).

⁷³⁶ BGHZ 159, 280, 287 f.; 167, 252, 260 f.; BGH ZIP 2006, 1626, 1629 f. Der Rechtsprechung des BGH folgend denn auch OLG Stuttgart, WM 2005, 981, 985f.

schäfterrichtlinie verstoße⁷³⁷ – habe der Darlehensnehmer die Valuta im Fall des Widerrufs nach Haustürwiderrufsrecht zurückzuzahlen, es sei denn, er habe den Darlehensbetrag nicht empfangen oder der Darlehensvertrag bilde mit dem finanzierten Vertrag ein verbundenes Geschäft. In letzterem Fall sei der Verbraucher jedoch nicht zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet, sondern zur Übertragung seiner Rechte aus dem verbundenen Vertrag. Ist der Darlehensvertrag mit dem Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft verbunden, so habe der Darlehensnehmer der Bank lediglich den finanzierten Gesellschaftsanteil oder – falls der Gesellschaftsanteil nicht entstanden oder wieder untergegangen ist – seine Rechte aus dem fehlgeschlagenen Gesellschaftsbeitritt zu übertragen.⁷³⁸ Gestützt wurde dies auf § 3 Abs. 1 S. 1 HWiG, wonach im Falle des Widerrufs jeder Teil verpflichtet ist, dem anderen die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Empfangene Leistung in diesem Sinne sei nicht die Darlehensvaluta, sondern der Fondsanteil.⁷³⁹ Weil im Anwendungsbereich des § 9 VerbrKrG der Widerruf des Darlehensvertrages auch zur Unwirksamkeit des verbundenen Vertrages führe, bestünde auch keine Pflicht zur Rückzahlung des Darlehens.⁷⁴⁰

b. Literatur

Den Folgen des Widerrufs des Verbraucherdarlehensvertrages zur Finanzierung des Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft sind in der Literatur bislang nur wenige Autoren nachgegangen. Der überwiegende Teil der Untersuchungen kommt jedoch zu einem anderen Ergebnis als der BGH in seiner jüngsten Rechtsprechung.

Danach greife der Widerruf des Darlehensvertrages gemäß § 358 Abs. 2 S. 1 BGB auf den verbundenen Vertrag durch. Dies habe grundsätzlich zur Folge, dass der Verbraucher nicht mehr an die Willenserklärung zum Abschluß des Beitritts zu der Publikumsgesellschaft gebunden sei. Aufgrund der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft entstünden hinsichtlich des Beitrittsvertrages jedoch nicht die Rechtsfolgen der §§ 358 Abs. 4 S. 1; 357 Abs. 1 S. 1, 346 BGB, vielmehr könne die Mitgliedschaft in der Gesellschaft lediglich mit der Folge des

⁷³⁷ Dass die Richtlinie 85/577/EWG und insb. ihr Art. 5 II es nicht verbiete, dass nach Widerruf die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt würde, hat der EuGH (25.10.2005, Rs. C-350/03 „Elisabeth und Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG“, NJW 2005, 3551 ff.) entschieden. Etwas anderes gelte jedoch dann, wenn über das Haustürwiderrufsrecht nicht belehrt worden sei. In diesem Falle müßte das nationale Recht dafür Rechnung tragen, dass der Verbraucher nicht die Risiken einer Kapitalanlage tragen muss, die sich daraus ergeben, dass sie wegen der fehlenden Belehrung ihr Widerrufsrecht nicht wahrgenommen haben und deshalb auch den (nachteiligen) Kaufvertrag noch eingegangen sind, EuGH, a.a.O. 3551, 3554. Siehe dazu *Meller-Hannich*, WM 2005, 1157 ff.; *Staudinger*, NJW 2005, 3521 ff. jew. m. w. Nachw.

⁷³⁸ BGHZ 159, 280, 287 f.; BGH ZIP, 2006, 1626, 1630; BGHZ 167, 252, 256; BGH WM 2008, 1356, 1357; BGH WM 2008, 2359, 2361.

⁷³⁹ BGH NJW 2005, 2545, 2546; BGHZ 159, 280, 287.

⁷⁴⁰ BGHZ 159, 280, 287 f.

§ 738 BGB aus wichtigem Grund gekündigt werden.⁷⁴¹ In die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten trete der Darlehensnehmer gemäß § 358 Abs. 4 S. 3 BGB ein. Danach habe der Verbraucher seinen Abfindungsanspruch an den Darlehensgeber abzutreten. Der Abfindungsanspruch werde mit dem Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta saldiert. Ergäbe sich eine Wertdifferenz zwischen Rückzahlungs- und Abfindungsanspruch, habe der Verbraucher die Differenz zu tragen, da ihm insoweit nicht das wirtschaftliche Risiko der Anlageentscheidung abgenommen werden könne.⁷⁴²

Demgegenüber befürwortet ein Teil der Literatur die Verlagerung des Anlagerisikos auf die Bank, wie sie der BGH praktiziert.⁷⁴³ Schäfer betont jedoch, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft grundsätzlich anwendbar blieben mit der Folge, dass auch die Bank bei der Inanspruchnahme der Gesellschaft auf die Auseinandersetzung beschränkt sei.⁷⁴⁴

Eine dritte Gruppe will die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft dann nicht angewendet wissen, wenn die Verbraucherinteressen die Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger am Bestand der Gesellschaft überwiegen. Dies sei der Fall, wenn die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft zu einem, für den Verbraucher im Vergleich zur Ausübung seines Verbraucherwiderrufsrecht nachteiligem Ergebnis führten.⁷⁴⁵

2. Stellungnahme

Im Ergebnis ist die Rechtsprechung des BGH zur Rückabwicklung der verbundenen Verträge nach Widerruf des Darlehensvertrages sachgerecht, sie überzeugt jedoch nicht in ihrer Begründung.

Zunächst wird der Rückabwicklungsgegenstand nur vage umrissen. Der Anleger soll nach § 3 Abs. 1 S. 1 HWiG entweder den Gesellschaftsanteil übertragen oder seine Rechte aus dem fehlgeschlagenen Gesellschaftsbeitritt.⁷⁴⁶ Begründen ließe sich diese ungenaue Rückabwicklungsaussage damit, dass die alte Regelung keine Aussage über die Rückabwicklung für den Fall getroffen hat, in dem der nach Haustürwiderrufsrecht widerrufen Darlehensvertrag mit

⁷⁴¹ Bertram, S. 267 f.; Polt, S. 89 ff.; Barnert, WM 2004, 2002, 2009 f.; Kindler, ZGR 2006, 167, 174 f.

⁷⁴² Polt, S. 93; H.P. Westermann, ZIP 2002, 240, 244. Wallner, BKR 2003, 92, 97 hingegen ist der Auffassung, dass der zu zahlende Abfindungsanspruch kein spiegelverkehrter Anspruch zur Einlage sei, sondern erst mit dem Ausscheiden entstehe und mit den Rückabwicklungsansprüchen nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB nichts gemein habe. Aus diesem Grund könne der Darlehensgeber den gesamten Darlehensbetrag verlangen.

⁷⁴³ MünchKomm-Habersack, § 358 Rn. 87, 92; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 67; Fischer, DB 2006, 1415, 1417; C. Schäfer, DStR 2006, 1753, 1756; HK-Artz, § 495 Rn. 400.

⁷⁴⁴ C. Schäfer, a.a.O.

⁷⁴⁵ Möller/Lutz, VuR 2005, 81, 83. So im Ergebnis, aber nicht konkret auf die Folgen des Widerrufs des Darlehensvertrages eingehend auch Renner, DStR 2001, 1988, 1989; Rohlfing, NZG 2003, 854, 859; Tiedtke, EWiR § 705 BGB 1/04 S. 177, 178; wohl auch Weisemann, DZWIR 2007, 183, 186 und Hammen, WM 2008, 233, 236.

⁷⁴⁶ BGHZ 159, 280, 287 f.; 167, 252, 260.

einem anderen Leistungsvertrag verbunden war. Allerdings hatte sich die Unwirksamkeitsfolge des Widerrufs – wie der BGH selbst ausführt⁷⁴⁷ – bereits nach § 7 VerbrKrG, als auch nach § 1 HWiG auf beide Verträge zu erstrecken. Danach könnte der Anleger dem Darlehensgeber jedoch nicht mehr den Gesellschaftsanteil abtreten, da sich die Unwirksamkeit des Gesellschaftsbeitritts auch auf die Gesellschafterstellung des Anlegers auswirken muss.

Mit Blick auf die Neuregelung des verbundenen Vertrages in den §§ 358, 359 BGB, die auch im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages nach § 312 BGB Wirkung entfalten⁷⁴⁸, bedarf die Rückabwicklung beider Verträge einer Begründung, die konkretere Aussagen über den Abwicklungsgegenstand treffen muss. Vor dem Hintergrund dieser Unwirksamkeitserstreckung des einen Vertrages auf den anderen ist deshalb nicht recht verständlich, dass nach der Auffassung des BGH eine Übertragung der Rechte aus dem Gesellschaftsbeitritt an die Bank dann nicht in Frage kommt, wenn statt des Darlehensvertrages der Gesellschaftsbeitritt widerrufen wird. In diesem Falle seien die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar und der Anleger verpflichtet, das Darlehen – saldiert um seinen Abfindungsanspruch – zurückzahlen. Der Zweck der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft – das Interesse der Rechtsverkehrs an der Erhaltung der Haftungsgrundlage und das der Gesellschafter an der Bewahrung der geschaffenen Werte der Gesellschaft für die Vergangenheit – seien nicht tangiert, wenn der Gesellschafter nicht den Gesellschaftsbeitritt, sondern den zu seiner Finanzierung geschlossenen Darlehensvertrag widerrufe; anders sei das bei Widerruf nur des Fondsbeitritts.⁷⁴⁹

Nach der Regelung über den verbundenen Vertrag führt sowohl der Widerruf des Darlehensvertrages nach § 358 Abs. 2 S. 1 BGB als auch der Widerruf des Leistungsvertrages nach § 358 Abs. 1 S. 1 BGB dazu, dass der Verbraucher an die auf den Abschluß des jeweils anderen Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist. Ist das Darlehen dem

⁷⁴⁷ BGHZ 167, 252, 266.

⁷⁴⁸ Die systematische Stellung der §§ 358, 359 BGB im Bereich der Folgen des Widerrufsrechts bei Verbraucherverträgen, §§ 355 ff. BGB legte die Auslegung des § 358 Abs. 2 S. 1 BGB dahingehend nahe, dass als „Widerruf“ der auf den Abschluß des Verbraucherdarlehensvertrages gerichteten Willenserklärung jeder anwendbare Widerruf eines Verbrauchers in Betracht kommt und nicht nur der nach § 495 BGB. Ist etwa der Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages nach § 495 BGB ausgeschlossen, besteht aber ein Widerrufsrecht nach § 312 BGB – der Vorrang des § 495 BGB vor § 312 BGB nach § 312 a BGB besteht nicht, wenn kein Widerrufsrecht nach § 495 BGB (mehr) besteht – so führt dies zur Anwendung des § 358 Abs. 2 BGB mit der Folge, dass der Verbraucher auch nicht mehr an die Willenserklärung zum Abschluß des verbundenen Vertrages gebunden ist. A.A. wohl MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 19, wonach § 358 Abs. 2 ausschließlich den Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages nach § 495 BGB erfaßt. Siehe aber auch die dazu im Widerspruch stehenden Aussagen der Rn. 21.

⁷⁴⁹ BGHZ 167, 252, 260; BGH ZIP 2006, 1626, 1630, jeweils unter Berufung auf BGH NJW-RR 2005, 180, 182. Bei diesem Verweis wird allerdings übersehen, dass es sich in diesem Fall zwar um einen finanzierten Gesellschaftsbeitritt handelte, es aber lediglich um die Ansprüche der im Verhältnis Anleger – Gesellschaft ging und der Verbund mit dem Darlehensvertrag überhaupt nicht erwähnt wurde. Zudem stand dem Anleger ein Abfindungsguthaben in Höhe der Einlage zu.

Unternehmer bereits zugeflossen, so tritt der Darlehensgeber in beiden Fällen im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein, § 358 Abs. 4 S. 3 BGB. In Anbetracht dessen, widerspricht die Differenzierung des BGH nach dem Gegenstand des Widerrufs dem Wortlaut des Gesetzes. Auch vor diesem Hintergrund bedarf die Rückabwicklung einer neuen, am Wortlaut des Gesetzes gehaltenen Begründung.

Diejenige Literaturmeinung, welche die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft im Rückabwicklungssystem des verbundenen Vertrages anwendet⁷⁵⁰, ist in der Anwendung dieser Rückabwicklungsregelungen konsequenter als der BGH. Sie muss sich jedoch den Vorwurf gefallen lassen, dass sie die Ziele des Verbraucherschutzes negiert. So ist der Anleger nach dieser Auffassung trotz Widerruf des Darlehensvertrages verpflichtet, das Darlehen zurückzuzahlen, wenn ihm kein Abfindungsguthaben aus der Kündigung seiner Gesellschaftsbeteiligung zusteht. Er ginge seiner Rechte aus § 358 Abs. 4 S. 3 BGB insoweit verlustig, als er den Darlehensgeber hinsichtlich der Rückabwicklung auch des Darlehensvertrages nicht an die Gesellschaft verweisen könnte. Mehr noch: Der Anleger wäre zur sofortigen Rückzahlung des Darlehensbetrages verpflichtet. Würde er von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch machen, könnte er das Darlehen auf Grundlage des Vertrages in Raten zurückzahlen und darauf hoffen, dass sich die Gesellschaft möglicherweise doch wieder wirtschaftlich positiv entwickelt.

Die sich aus dieser Auffassung ergebenden Rechtsfolgen führten im Falle der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft also dazu, dass der Anleger sein Widerrufsrecht nicht ausüben könnte, weil dies die wirtschaftlich ungünstigeren Folgen nach sich ziehen würde. Sein Widerrufsrecht als Verbraucher wäre nicht gewährleistet. Dies wird zugunsten der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft in Kauf genommen.

Letztlich muss die Rückabwicklung eines finanzierten Gesellschaftsbeitritts nach Widerruf des Darlehensvertrages auch diesen Konflikt – Gewährleistung des Verbraucherschutzrechts oder des Gesellschaftsrechts – interessengerecht lösen.

⁷⁵⁰ *Bertram*, S. 267 f.; *Polt*, S. 89 ff., 93; *Barnert*, WM 2004, 2002, 2009 f.; *Kindler*, ZGR 2006, 167, 174 f.; *H. P. Westermann*, ZIP 2002, 240, 244.

3. Vorrang des Verbraucherschutzrechts vor den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft?

Ausgangspunkt für die Lösung eines Interessenskonflikts muss zunächst die Frage sein, welches Ziel das Gesetz – im Falle des Widerrufsrechts – oder die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft – im Falle der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – verfolgt.

Beiden Fragen wurde bereits nachgegangen. Das Verbraucherwiderrufsrecht dient der Information des Verbrauchers, dem Schutz vor Abschlußtechniken, die typischerweise die freie Willensentschließung beeinträchtigen und schließlich dem Schutz vor Verträgen, denen einen besonderes Risiko für die Leistungsfähigkeit des Verbrauchers immanent ist.⁷⁵¹ Schutzzanliegen der Regelungen über den verbundenen Vertrag ist die Sicherung der Rechte des Verbrauchers aus den jeweiligen Vertragsverhältnissen. Im Vordergrund stehen somit die Individualinteressen des Verbrauchers.

Demgegenüber dient die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dem Interesse des Rechtsverkehrs am Vertrauensschutz und dem der Gesellschafter am Bestand hinsichtlich der vermeintlichen Gesellschaft. Dogmatisch wird dieses Interesse durch die Doppelnatur des Gesellschaftsverhältnisses überlagert, welche jedoch den eigentlichen Zweck der Lehre nicht ändert.

Man könnte den Interessenskonflikt leichthin zugunsten der gesetzlichen Regelung entscheiden, mit der Begründung, der Richter sei grundsätzlich an die Kriterien gebunden, für die sich der Gesetzgeber zur Lösung eines Rechtsproblems entschieden habe.⁷⁵² Und tatsächlich entscheidet der Gesetzgeber die Abwägung zwischen dem Schutz des Verbrauchers vor „anfälligen Kreditverhältnissen“⁷⁵³ einerseits und dem Interesse des Kreditgebers und des Unternehmers am Bestand der vertraglichen Vereinbarung andererseits zugunsten des Verbrauchers, indem er ihm ein Widerrufsrecht einräumt, das sich über § 358 Abs. 2 S. 1 BGB auch auf den verbundenen Vertrag erstreckt.

Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, der Gesetzgeber habe die Rechtsfrage, ob die Regelung über den verbundenen Vertrag auch auf den finanzierten Gesellschaftsbeitritt Anwendung finden solle, nicht entschieden. Kann in diesem Fall der Inhalt des gesetzlichen Tat-

⁷⁵¹ Siehe dazu bereits oben § 2 I.

⁷⁵² Zur Legitimation der Rechtsfortbildung siehe insb. *Zippelius*, S. 83.

⁷⁵³ BT-Drs. 11/5462 S. 21.

bestandes mit den Mitteln der Auslegung nicht unzweideutig festgestellt werden, so ist die Rechtsprechung nicht an die Vorentscheidung des Gesetzgebers gebunden.⁷⁵⁴

Es wurde bereits festgestellt, dass der Beitritt zu einer Gesellschaft als Vertrag über eine andere Leistung im Sinne des § 358 Abs. 3 S. 1 BGB anzusehen ist.⁷⁵⁵ Zwar ist diese Auslegung keine eindeutige, so dass, wenn man zu dem Ergebnis käme, der Gesellschaftsbeitritt sei kein verbundener Verbrauchervertrag im Sinne des § 358 Abs. 3 BGB, die Anwendung der Regelungen über den verbundenen Vertrag insgesamt ausgeschlossen wäre.

Kommt man hingegen zu dem Auslegungsergebnis, der finanzierte Gesellschaftsbeitritt sei ein Vertrag über eine andere Leistung im Sinne des § 358 Abs. 3 S. 1 BGB, so ist man in der Folge an die Vorentscheidung des Gesetzgebers, wie ein ebensolcher verbundener Vertrag rückabzuwickeln ist, gebunden. Im Rahmen dieser gesetzgeberischen Entscheidung ist kein Platz für richterliche Rechtsfortbildung in der Weise, dass die organisationsrechtliche Struktur einer Gesellschaft positives Recht derart überlagert, dass es nur punktuell Wirkung entfalten kann.

Auch dem könnte entgegengetreten werden: Generell fordert der (auch) personenrechtliche Gesellschaftsvertrag, dass die auf Individualrechtsgeschäfte und Individualrechtsverhältnisse ausgerichteten Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände auf die in Vollzug gesetzte Gesellschaft grundsätzlich nicht anwendbar sind.⁷⁵⁶ Nicht nur im Falle der §§ 358, 359 BGB soll das Gesellschaftsverhältnis positives Recht verdrängen, sondern auch im Falle etwa der Anfechtung nach § 123 BGB oder einer Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages nach § 134 BGB. Folge soll nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sein, dass die jeweiligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsregelung nicht anwendbar ist, sondern allenfalls ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund gibt. Auch in diesen Fällen wird die gesetzgeberische Entscheidung – Herausgabe der Leistungen nach § 812 BGB – vollkommen negiert.

Nun könnte dies jedoch dann gerechtfertigt sein, wenn man nicht nur die eine Vorentscheidung des Gesetzgebers – Folgen der auf Individualrechtsgeschäfte ausgerichteten Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände oder Wirkung eines Widerrufs – betrachtet, sondern auch eine Vorentscheidung des Gesetzgebers zugunsten des verbandsrechtlichen Bestandsschutzes findet.

Eine solche Vorentscheidung findet sich indes nicht. Zwar wird von *K. Schmidt* vertreten, die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft seien positivrechtlich durch §§ 20 Abs. 2, 121 Abs.

⁷⁵⁴ Voraussetzungen der Rechtsfortbildung, *Zippelius*, S. 11.

⁷⁵⁵ So auch die herrschende Meinung, siehe oben § 5 II. 2.

⁷⁵⁶ *Flume*, Personengesellschaft, S. 17.

2, 202 Abs. 3 UmwG geregelt, wonach die Eintragung einer Verschmelzung das Erlöschen der übertragenden Rechtsträger und den Rechtsübergang auf den übernehmenden Rechtsträger zur Folge hat.⁷⁵⁷ Gleichwohl sind die Folgen der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – Entschmelzung mit Wirkung ex nunc im Falle der mangelhaften Verschmelzung – im Falle des § 20 Abs. 2 UmwG umstritten. Die herrschende Meinung entnimmt der Regelung eine auch für die Zukunft wirkende Bestandsfestigkeit der Verschmelzung⁷⁵⁸, so dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft gerade nicht anwendbar sind.

Auch wenn man mit den vorstehenden Überlegungen zu dem Ergebnis kommt, dass eine Bindung an die in den §§ 358, 359 BGB Ausdruck gefundene gesetzgeberische Entscheidung besteht, so kann gleichwohl nicht leichthin über die seit gut hundert Jahren bestehende Rechtsprechung zur fehlerhaften Gesellschaft hinweggegangen werden.⁷⁵⁹ Sie ist Ausdruck konsensfähiger Gerechtigkeitsvorstellungen geworden. Gleichwohl ist die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gerade vor dem Hintergrund entgegenstehender gesetzlicher Regelungen einem besonderen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt, der beim fehlerhaften Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft zu einer Bejahung des Vorrangs der Verbraucherschutzrechte führen muss. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft läßt – ohne dass ihre grundsätzliche Berechtigung angezweifelt werden müßte – entgegenstehende Interessen der Allgemeinheit oder schutzwürdiger Personen als negative Voraussetzung ihrer Anwendung zu und gibt damit Korrekturmöglichkeiten. Davon kann und sollte im Bereich von Verbraucherschutzregelungen Gebrauch gemacht werden. Dafür sprechen auch weitere Gründe:

a. Halbzwingender Charakter der Verbraucherschutzgesetze

Verbraucherschutzregelungen sind Schutzgesetze zugunsten des Verbrauchers; sie beschränken die Vertragsfreiheit zum Schutze einer typischerweise unterlegenen Vertragspartei. Sie haben einen halbzwingenden Charakter, d.h. sie verbieten vertragliche Abweichungen nicht schlechthin, sondern solche, die von der gesetzlichen Regelung zu Lasten der unterlegenen Partei abweichen.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ K.Schmidt, GesR, S. 157; ders. ZGR 1991, 373, 377.

⁷⁵⁸ Schmitt/Hörtnagl/Stratz-Stratz, § 20 UmwG, Rn. 125 ff.; Mankowski, Beseitigungsrecht, S. 919, jew. m.w.Nachw.

⁷⁵⁹ Dies gebieten bereits der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Prinzip der Rechtssicherheit, dazu Zippelius, S. 16.

⁷⁶⁰ Larenz/Wolf, AT, § 34 Rn. 52, § 42 Rn. 57.

Der halbzwingende Charakter der §§ 358, 359 BGB ergibt sich bereits aus § 312f BGB, der abweichende Vereinbarungen für den Fall des Haustürwiderrufs verbietet. Da § 312 Abs. 1 S. 1 BGB auf das Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB verweist, ist von der Unabdingbarkeit auch die sich aus dem Haustürwiderrufsrecht ergebende Rückabwicklung umfaßt. Gleiches gilt für § 506 BGB, der die Unabdingbarkeit für die Regelungen des Verbraucherdarlehensvertrages normiert. Mit der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf den finanzierten Gesellschaftsbeitritt eines Verbrauchers wäre eine Umgehung der §§ 358, 359 BGB verbunden, weil der Widerruf des Gesellschaftsbeitritts nur zur Kündigung, nicht aber zu der für den Verbraucher günstigen Rückabwicklung über den Darlehensgeber führen würde. Im Falle der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft hätte ein Widerruf des Darlehensvertrages sogar nur zur Folge, dass der Verbraucher das Darlehen sofort zurückzahlen müsste, ohne dass er dem Darlehensgeber seinen Auseinandersetzungsanspruch entgehen könnte.

b. Keine Schlechterstellung der Mitgesellschafter wegen rein kapitalistisch organisierter Publikumsgesellschaft

Für einen Vorrang der Verbraucherinteressen vor dem Interesse am Bestand der Gesellschaft spricht zudem die Organisation einer Publikumsgesellschaft. In der Regel hat diese Form der Gesellschaft wenig Übereinstimmung mit der gesetzestypischen Personengesellschaft. Zwar stehen die Anleger (Kommanditisten, Gesellschafter der GbR) untereinander in einem Gesellschaftsverhältnis. Gleichwohl ist diese personengesellschaftliche Beziehung so unpersönlich, dass sie von der typisch kapitalgesellschaftlichen Beziehung der Gesellschafter überlagert wird.⁷⁶¹

Dies wird deutlich, wenn man sich den Unterschied zwischen einer Körperschaft und einer personenrechtlichen Gemeinschaft vergegenwärtigt. *Flume* hat diesen treffend charakterisiert. Danach besteht der grundsätzliche Unterschied der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft gegenüber derjenigen in einer juristischen Person darin, dass die Mitglieder der Personengesellschaft zueinander in einem Vertragsverhältnis stehen und dieses die Grundlage der Personengesellschaft als Personenverband und damit auch der Mitgliedschaft ist.⁷⁶² Folglich ist die personengesellschaftliche Beziehung der Gesellschafter Hauptmerkmal der Personengesellschaft.

⁷⁶¹ *K.Schmidt*, GesR, S. 1668.

⁷⁶² *Flume*, Jur. Personen, S. 268.

Gerade dieses Merkmal wird in der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft betont, um den Vorrang der Gesellschaftsinteressen vor den Individualinteressen zu begründen.⁷⁶³ Bei der Publikumsgesellschaft hingegen ist der einzelne Gesellschafter eine relativ kleine Größe in dessen Mitwirken kein anderer Gesellschafter persönliches Vertrauen setzt.⁷⁶⁴ Die Beschwörung des Bestandsschutzes der Gesellschaft im Interesse der anderen Gesellschafter erscheint daher reflexartig und am bloßen Tatbestand der Rechtsform verhaftet. Faktisch ist die Mitgliedschaft in einer Publikumsgesellschaft jedoch auf die Gewinnbeteiligung beschränkt und die Verpflichtung zum gegenseitigen Fördern des Leistungszwecks auf die Einlagezahlung reduziert.⁷⁶⁵ Das Argument des Bestandsschutzes für die Gesellschaft kann sich daher bei der Publikumsgesellschaft lediglich auf den Erhalt des Einlagekapitals beziehen. Dieser wird allerdings nicht gewährleistet, wenn es – wie von der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft vorgesehen – aus Gründen der Fehlerhaftigkeit der Gesellschaft ein Recht zur außerordentlichen Kündigung gibt. Auch in diesem Fall kann der Gesellschafter – bei positiver Auseinandersetzungsbilanz – seine Einlage zurückerhalten oder – bei negativer Auseinandersetzungsbilanz – aus der Gesellschaft ausscheiden, ohne dass die Vertreter der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft den Bestand der Gesellschaft als gefährdet ansehen würden.⁷⁶⁶

Das zeigt, dass sich das zur Begründung für die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft herangezogene Interesse der Gesellschafter am Bestand der Gesellschaft lediglich darauf beziehen kann, dass bei ungünstiger wirtschaftlicher Entwicklung anstatt der vollen Einlage nur das Auseinandersetzungsguthaben an den fehlerhaft beigetretenen Anleger zurückgezahlt werden muss. Gegenüber den Zielen des Verbraucherschutzes kann allein dieses Interesse an der Differenz zwischen vollständiger Einlage und Auseinandersetzungsguthaben nicht überwiegen.

Daraus folgt aber auch, dass sich der Bestand der Gesellschaft – der im Interesse der Gesellschaft erhalten werden soll – als Argument zur Begründung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nur darauf beziehen kann, dass die Gesellschaft wegen ihrer Fehlerhaftigkeit nicht als insgesamt nicht-existent angesehen wird. Dies ist die eigentliche Leistung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft: Bei dem fehlerhaften Beitritt eines Gesellschafters ist allein der Beitritt unwirksam, nicht aber die Gesellschaft als solche. Sie wird als eine wirksam entstandene Gesellschaft behandelt, die auch nach der Geltendmachung der Unwirksamkeitsgründe weiterhin am Geschäftsverkehr teilnehmen kann.⁷⁶⁷

⁷⁶³ Siehe dazu bereits oben § 4 III. 1.

⁷⁶⁴ *Mankowski*, WuB IV D. § 1 HWiG 1.01, S. 1204, 1205.

⁷⁶⁵ Siehe dazu bereits oben § 5 II. 2.

⁷⁶⁶ *Mankowski*, WuB IV D. § 1 HWiG 1.01, S. 1204, 1205.

⁷⁶⁷ Siehe dazu die bereits unter § 4 I. b. aufgeführte herrschende Meinung.

Die Rückzahlung der Einlage der fehlerhaft beigetretenen Gesellschafter berührt aber die Wirksamkeit der Gesellschaft als solche nicht.

Auch die in diesem Zusammenhang als Begründung für die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft bei einer Publikumsgesellschaft bemühte Gefahr eines „Windhundrennens“⁷⁶⁸ der Anleger verfängt als Argument gegen die Rückzahlung der Einlage eines Gesellschafters nach Widerruf seines Beitritts nicht. Nach dieser Auffassung käme es zu einem Wettlauf der Mitgesellschafter, die in der Regel auch Verbraucher seien, die ihre Einlage durch ein Darlehen finanziert haben.⁷⁶⁹ Ließe man eine Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft zu, trügen die verbleibenden Anleger das gesamte Risiko.⁷⁷⁰

Der eigentliche Hintergrund für diese Argumentation ist die Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dieser besagt, dass im Verhältnis zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern gleiche Sachverhalte gleich und ungleiche nach ihrer Eigenart behandelt werden müssen.⁷⁷¹ Werden demnach eine Vielzahl von Anlegern getäuscht, so müsste die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft damit begründet werden, dass die Geltendmachung eines durch rechtswidrige Täuschung begründeten fehlerhaften Beitritts nicht nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften rückabgewickelt werden kann, indem der Anleger die Rückzahlung seiner Einlage verlangt, sondern er – wie alle anderen Gesellschafter auch – seine Gesellschaftsbeteiligung kündigen und sein Auseinandersetzungsguthaben geltend machen kann. Nur so werden die Verluste unter allen durch die Täuschung betroffenen Gesellschaftern gleichmäßig verteilt.

Allerdings kann auch diese Abwicklung eine gleichmäßige Verlustbeteiligung und damit eine verhältnismäßige Gleichbehandlung nicht sicherstellen. Machen nämlich die Gesellschafter ihr Kündigungsrecht zu unterschiedlichen Zeitpunkten geltend, fällt die Verlustbeteiligung der Anleger durchaus in unterschiedlicher Höhe aus.⁷⁷² Je nach Zeitpunkt des Ausscheidens und Finanzverfassung der Gesellschaft kann ein Abfindungsguthaben in Höhe der Einlagen entstehen – so dass es keinen Unterschied macht, ob die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft oder die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften angewandt werden – oder wesentlich niedriger ausfallen als die ursprüngliche Einlage. Ein „Windhundrennen“ entstün-

⁷⁶⁸ Den Begriff prägte in diesem Zusammenhang wohl bereits Assmann/Schütze-Assmann, § 7 Rn. 103.

⁷⁶⁹ Assmann/Schütze-Assmann, § 7 Rn. 103; H.P. Westermann, ZIP 2002, 240, 243; Lenenbach, WM 2004, 501, 503; Doehner/Hoffmann, ZIP 2004, 1884, 1886; Schwab, ZGR 2004, 861, 892; OLG Celle ZIP 1999, 1128; WM 2005, 737, 740; OLG München, NZG 2000, 305, 306; OLG Schleswig, ZIP 2003, 121, 124; OLG Bamberg, NZG 2004, 129, 130.

⁷⁷⁰ Lenenbach, WM 2004, 501, 503.

⁷⁷¹ K.Schmidt, GesR, S. 462.

⁷⁷² Moll, BB 3.Beil.1982, S. 11.

de also auch im Falle der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft. Zutreffend weist das OLG Schleswig darauf hin, dass sich die Interessen der einzelnen Anleger zueinander nicht anders verhalten als die Interessen einzelner Bankkunden bei Liquidationsschwierigkeiten einer Bank oder allgemein einer Vielzahl von Gläubigern bei drohender Insolvenz eines Unternehmens.⁷⁷³

Diese „Ungleichbehandlung“ ist im Übrigen von der Rechtsordnung so gewollt, denn die Gleichbehandlung von Gläubigern wird erst in der Insolvenz hergestellt.⁷⁷⁴ Solange gilt das Prioritätsprinzip, wonach eine vorrangige Befriedung einzelner Gläubiger nicht nur zulässig ist, sondern als Regelmaßstab für die Verteilung von Vollstreckungschancen gilt.⁷⁷⁵ Dies gilt bei der Anwendung und Geltendmachung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ebenso wie bei einer Rückzahlung der Einlage nach den allgemeinen Grundsätzen und kann damit nicht als Grund für die Präferenz nur einer Abwicklung dienen.

c. Keine Gläubigerbenachteiligung

Verbleibt das Argument des Verkehrsschutzes. Gläubiger einer Gesellschaft – so die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – vertrauen auf den Bestand der Gesellschaft.⁷⁷⁶ Dass es dabei nicht allein um das Vertrauen der Gläubiger an der Mitgliedschaft eines bestimmten Gesellschaftspartners oder an die Aufbringung der Einlage gehen kann⁷⁷⁷, belegt die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch im Falle einer Innengesellschaft, insbesondere bei einer Stillen Gesellschaft nach §§ 230 HGB. Die höchstrichterliche Rechtsprechung und die ihr überwiegend folgende Literatur will auch in diesen Fällen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwenden⁷⁷⁸, obwohl die Gläubiger – oder gar andere Mitgesellschafter – keine Kenntnis von der Existenz eines stillen Gesellschafters haben.

Wenn auch in diesen Fällen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar sein sollen, so kann als Begründung dafür allenfalls der verbandsrechtliche Bestandsschutz als solcher dienen. Gerade dieser verbandsrechtliche Bestand – als Kern der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – soll nicht in Abrede gestellt werden; die fehlerhafte Gesellschaft soll

⁷⁷³ OLG Schleswig, ZIP 2003, 121, 126.

⁷⁷⁴ Moll, BB 3.Beil.1982, S. 11; Bälz, FS Raiser, S. 615, 645.

⁷⁷⁵ OLG Schleswig, ZIP 2003, 121, 126.

⁷⁷⁶ RGZ 145, 155, 158; BGHZ 3, 285, 288; Palandt-Sprau, 67. Aufl. § 705 Rn. 18.

⁷⁷⁷ So aber H.P. Westermann, ZIP 2002, 240, 243.

⁷⁷⁸ BGHZ 8, 157, 167 f.; 55, 5, 9; BGH WM 2004, 1823, 1824; BGH ZIP 2005, 254, 255; 753, 755; 763, 765; BGH WM 2005, 2228, 2230; Baumbach/Hopt-Hopt, § 230 HGB Rn. 11; Staub/Zutt, Großkomm.HGB, § 230 Rn. 69. A.A. MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 359, Koenigs, S. 111 ff.; Hüffer, GesR, S. 216 (Fn. 28); Bayer/Riedel, NJW 2003, 2567, 2571; Gehrlein, WM 2005, 1489, 1496. Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nur bei atypischen stillen Gesellschaften anwendend: K.Schmidt, GesR, S. 145; Soergel-Hadding, § 705 Rn. 92.

weiterhin am Verkehr teilnehmen. Gleichwohl nimmt die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auch bei einer stillen Gesellschaft dem Argument des Vertrauensschutzes der Gläubiger jegliche Überzeugungskraft und legt offen, dass die Auszahlung der Einlage des Anlegers in einer Publikumsgesellschaft die Gläubigerinteressen nicht mehr beeinträchtigt als andere Verbindlichkeiten der Gesellschaft, auf deren Eingehung der Gläubiger ebensowenig Einfluss nehmen kann.

Hinzu kommt, worauf *Mankowski* treffend verweist, dass der einzelne Gesellschafter in einer Publikumsgesellschaft nur ein relativ kleines Gewicht hat, in dessen Mitwirken oder dessen Beitrag andere Gesellschafter kein persönliches Vertrauen setzen.⁷⁷⁹ Auch orientieren sich die Gläubiger weniger an der – ohnehin ständig veränderlichen – Zahl der Gesellschafter und an dem von ihnen eingezahlten Haftkapital, sondern am Gesellschaftsvermögen, also am Kapital, Cash-flow und sonstigen Aktiva, während die Hafteinlage darin einen verschwindend geringen Posten darstellt.⁷⁸⁰

So verbleibt es bei der Tatsache, dass bei einer Rückgewähr der Einlage dem Gläubiger dieses Haftkapital nicht mehr zur Verfügung steht. Ist die Publikumsgesellschaft gesund, birgt die Rückzahlung der Einlage das gleiche Risiko wie eine Kündigung des Anlegers aus wichtigem Grund mit der sich anschließenden Auseinandersetzung der Gesellschaft. Ist die Gesellschaft insolvent, steht neben dem normalen Gesellschaftsgläubiger auch der fehlerhaft beigetretene Gesellschafter; dass sich darin verwirklichende Risiko ist in jedem Falle bestehendes Vollstreckungsrisiko.⁷⁸¹ Der Gesellschaftsgläubiger hat keinen Anspruch auf Schutz vor Konkurrenz mit anderen Gläubigern.⁷⁸²

Bedenkt man, dass der Anleger von seinem Verbraucherwiderrufsrecht Gebrauch gemacht und der Gläubiger nicht auf dessen Haftkapital vertraut hat, so fällt der Schritt zu der Annahme, dass Gesellschaftsgläubiger einer Publikumsgesellschaft nicht auf den Ausschluß sämtlicher – sonst in jedem geschäftlichen Umfeld geltender – Verbraucherschutzrechte vertrauen dürfen, nicht schwer. Dies gilt um so mehr, als die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft keine Ausnahme für den Fall vorsieht, dass der Gläubiger die Fehlerhaftigkeit des Beitritts kennt und trotzdem Verträge mit der Gesellschaft abschließt.⁷⁸³

⁷⁷⁹ *Mankowski*, WuB IV D. § 1 HWiG 1.01, S. 1204, 1205.

⁷⁸⁰ *Mankowski*, a.a.O.

⁷⁸¹ *Renner*, DStR 2001, 1988, 1989.

⁷⁸² *Moll*, BB 3.Beil.1982, S. 10.

⁷⁸³ *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 921. Die Arglisteinrede gegen den bösgläubigen Gläubiger, wie sie *Flume*, Personengesellschaft, S. 18 zur Abmilderung der sich daraus ergebenden Folgen anführt, hilft dem fehlerhaft Beigetretenen möglicherweise bei seiner persönlichen Inanspruchnahme durch den Gläubiger nach §§ 128, 130, 173 HGB; sie entläßt ihn jedoch nicht aus seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft, auf deren Vermögen gerade auch dieser Gläubiger zugreifen kann.

Die Argumentation zeigt, dass auch der Gläubigerschutz immer Ausfluss einer Interessenabwägung ist, die – wie etwa im Fall des Minderjährigenschutzes – zugunsten des in seiner Position benachteiligten Vertragspartners entschieden werden kann.

d. Keine Benachteiligung getäuschter Anleger

Wird nach alledem ein Vorrang des Verbraucherschutzrechts vor den Grundsätzen von der fehlerhaften Gesellschaft bejaht, stellt dies in der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft einen unerträglichen Vorteil des Anlegers mit Verbraucherrechten gegenüber dem Anleger dar, der durch Täuschung zum Beitritt in die Gesellschaft bewegt wurde.⁷⁸⁴

Diese Folge ist systemimmanent, löst sich aber, wenn die Regelungen des BGB zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, rechtswidriger Drohung ebenso wie die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Sittenwidrigkeit als originärer „Verbraucherschutz“ verstanden werden. Ebenso wie das im Verbraucherschutzrecht verfolgte Schutzzanliegen, dass die materielle Entscheidungsfreiheit des Erklärenden so weit wie möglich gewährleistet soll, erfüllt das Anfechtungsrecht wegen Willensmängeln – insbesondere bei arglistiger Täuschung des Erklärenden – eine ordnungspolitische Funktion mit Hilfe eines gesetzgeberischen Eingriffs gegen das Versagen der grundsätzlich im BGB vorausgesetzten Privatautonomie.⁷⁸⁵ Es geht letztlich in beiden Fällen um die strukturelle Unterlegenheit des Erklärenden. Folglich ist es nur konsequent, auch in den Fällen arglistiger Täuschung eines Anlegers bei seinem Beitritt zur Gesellschaft eine Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft gelten zu lassen. Die Rechtsprechung erkennt eine solche Ausnahme nur in besonders schweren Fällen der Täuschung – zumindest theoretisch – an⁷⁸⁶ und verweist in den übrigen Fällen auf Schadensersatzansprüche gegen die Bank, die sich die arglistige Täuschung etwa eines Fondsvermittlers im Rahmen des verbundenen Vertrages zurechnen lassen muss.⁷⁸⁷ Gerade im letzten Fall liegt es näher, das Handeln des Vermittlers der Gesellschaft zuzurechnen und dem getäuschten Gesellschafter einen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage zu geben. Diesen Anspruch könnte er im Rahmen des § 359 BGB auch der Bank als Einwendung entgegenhalten. Einer Zurechnungskonstruktion bedarf es in diesen Fällen nicht. Die Lösung des BGH zeigt aber, dass es durchaus einer für den bei Gesellschaftsbeitritt getäuschten Anleger günstigen

⁷⁸⁴ Krohn/Schäfer, WM 2000, 112, 118 – für den Beitritt zur Genossenschaft; Louven, BB 2001, 1807, 1809; Lennenbach, WM 2004, 501, 503; Schwab, ZGR 2004, 861, 892; Armbrüster, Widerruf S. 28.

⁷⁸⁵ Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 223; ähnlich Schnauder, JZ 2007, 1009, 1019 der der strengen Sanktion des Verbotstatbestandes des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO (hieraus folgte die Nichtigkeit von Darlehensverträgen) die Wirkung eines absoluten Verbraucherschutzrechts zuschreibt.

⁷⁸⁶ Siehe dazu bereits oben § 4 II. 8. b. cc.

⁷⁸⁷ BGH WM 2006, 1066, 1067.

Lösung bedarf. Diese Lösung kann jedoch auch im Rahmen der Regelungen der §§ 358, 359 BGB gefunden werden, wenn auf die Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft innerhalb einer Publikumsgesellschaft verzichtet und den ordnungspolitischen Normen des BGB zur Geltung verholfen wird.⁷⁸⁸

Auch der Vergleich mit den Verbraucherschützenden Widerrufsrechten würde – diesmal in anderer Richtung – konsequenterweise dazu führen, dass eine nach Ausübung des Widerrufsrechts stattfindende Rückabwicklung ex tunc erst recht für eine Anfechtung des Gesellschaftsbeitritts wegen arglistiger Täuschung gilt.

e. Keine unmögliche Rückabwicklung – Erwerb eines Anteils an einer Publikumsgesellschaft als Austauschvertrag

Letztlich ist eine Rückabwicklung des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft auch durchführbar. Dies erkennen selbst die Vertreter der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft für den Beitritt eines Minderjährigen zu einer Gesellschaft an. Der Minderjährigenschutz wird im Verhältnis zu den Interessen der Gesellschafter und der Gläubiger am Bestand der Gesellschaft als vorrangig angesehen. Wird aber in diesem Fall eine Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft allgemein anerkannt, ist die Unmöglichkeit der Rückabwicklung eines einmal in Kraft getretenen Verbandes auf Grundlage der allgemeinen Rückabwicklungsvorschriften des BGB kein durchschlagendes Argument mehr.⁷⁸⁹ Ein Teil der Literatur zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sieht diesen Widerspruch und schlägt für den Fall des Beitritts eines Minderjährigen vor, die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft dahingehend zu modifizieren, dass die Gesellschaft unter Einschluss des Minderjährigen zwar als entstanden anzusehen sei, sich der Vorrang des Minderjährigenschutzes aber innerhalb der Gesellschaft so auswirken müsse, dass keine Erfüllungs- und Haftungsansprüche gegen den Minderjährigen geltend gemacht werden und er im Innenverhältnis eine Rückabwicklung ex tunc verlangen könne. Im Außenverhältnis hafte der Minderjährige den Gläubigern nicht.⁷⁹⁰

Diese Modifizierung kann auch auf den hier vertretenen Vorrang der Verbraucherschutzinteressen im Recht der fehlerhaften Gesellschaft angewandt werden. Sie führt dazu, dass der

⁷⁸⁸ So auch *Tonner*, WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 2.03, S. 1013, 1014.

⁷⁸⁹ Siehe bereits *H. Weber*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 85; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 917.

⁷⁹⁰ *K.Schmidt*, JuS 1990, 517, 521; *Schlegelberger/K.Schmidt*, § 105 Rn. 211. Ähnlich wohl bereits *Ganssmüller*, NJW 1955, 1067; *Ulmer*, FS Flume II, S. 301, 313; *Hueck*, OHG, S. 95; *Kraft/Kreutz*, GesellschR, S. 213; *Hueck/Windbichler*, GesellschR, S. 137.

nach Verbraucherschutzrecht widerrufende Anleger seine Beteiligung an der Gesellschaft mit schuldrechtlich-interner Wirkung ex tunc abwickeln kann, dass gegen ihn keine Erfüllungsansprüche geltend gemacht werden können und er im Außenverhältnis nicht haftet; die Gesellschaft im Übrigen aber als wirksam angesehen werden kann. Damit kann dem Verbraucherschutz Rechnung getragen werden, ohne dass der fehlerhaften Publikumsgesellschaft als solcher die Anerkennung versagt werden müßte.

Begründen läßt sich eine solche Modifizierung mit einer inhaltlichen Differenzierung des Beitrittsvertrages zu einer Publikumsgesellschaft: Dieser läßt sich unterscheiden in einen Vertrag über den Erwerb einer Beteiligung an der Anlagegesellschaft und in einen Vertrag über den Beitritt zur Gesellschaft. Ersterer ist ein vermögensrechtlicher Schuldvertrag des Anlegers mit der Personengesellschaft, zweiter stellt ein personenrechtliches Grundlagengeschäft zwischen Anleger und Personengesellschaft dar.⁷⁹¹ Zusammen beschreiben sie die sog. Doppelnatur der Gesellschaft, die sich als Schuldverhältnis und Organisation darstellt.⁷⁹² Auf den vermögensrechtlichen Schuldvertrag sind danach die Regelungen der §§ 358, 359 BGB anwendbar, während die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft allein auf den personenrechtlichen Beitrittsvertrag Anwendung findet.

Diese Trennung wäre auch durch die typische Konzeption einer Publikumsgesellschaft gerechtfertigt: Anders als die klassische Personengesellschaft ist sie nicht auf das gedeihliche Zusammenwirken der Gesellschafter zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes angelegt, vielmehr überwiegen bei dem Beitritt eines Gesellschafters zu einer bestehenden Publikumsgesellschaft die Elemente des reinen Austauschvertrages: Gegen die Zahlung einer bestimmten Investitionssumme wird dem Anleger eine Beteiligung an den Umsätzen des Anlagefonds sowie die jederzeit mögliche, gar gewinnbringende Rückzahlung der Anlage versprochen. Die personenrechtlichen Aspekte dieser Anlage werden entweder bereits im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder bei den Anlagevermittlungsgesprächen derart ausgeblendet, dass der potentielle Anleger die personenrechtliche Dimension seiner Anlage nicht überblicken kann. Es ist daher sachgerecht, ihn auch so zu behandeln.

⁷⁹¹ Bälz, FS Raiser, S. 615, 620; Balz/Ilina, BB 2007, 2764, 2765 für die Sonderrechtsnachfolge in Kommanditanteile; Bertram, S. 156 nach dem die Elemente eines Austauschvertrages die Gesellschaftsregelungen überlagern: i.E. für das Recht des Minderjährigen wohl auch K.Schmidt, JuS 1990, 517, 522.

⁷⁹² Bereits nach der systematischen Stellung des 16. Titels (§§ 705-740 BGB) im Besonderen Teil des Schuldrechts bildet die Gesellschaft ein vertragliches Schuldverhältnis. Sie dazu MünchKomm-Ulmer, Vor § 705 BGB Rn. 14; Flume, Personengesellschaft, S. 11 f.; K.Schmidt, GesR, S. 3 f.; Ulmer, FS Flume II, S. 301, 308.

f. Ergebnis

Die Lösung des Interessenkonflikts zwischen Gewährleistung des Verbraucherschutzes und dem Gesellschaftsrecht führt zu dem Ergebnis, dass den Regelungen über den Verbraucherschutz der Vorrang einzuräumen ist, soweit es um die schuldrechtlich-interne Abwicklung des Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft geht. Den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft wird insoweit Rechnung getragen, als der verbraucherrechtliche Widerruf des Beitrittsvertrages durch den Anleger nicht zur Unwirksamkeit der Gesellschaft führt, sondern der Anleger lediglich aus der Gesellschaft ausscheidet. Eine Haftung des Anlegers für Verbindlichkeiten der Gesellschaft wird nicht begründet.

4. Rückabwicklung nach Widerruf des verbundenen Darlehensvertrages

Die schuldrechtlich-interne Rückabwicklung des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft folgt bei einem Widerruf des Darlehensvertrages nach den im ersten Teil herausgearbeiteten Grundsätzen.

a. Erstreckung des Widerrufs auf den Beitrittsvertrag

Wird der Verbraucherdarlehensvertrag widerrufen, so erstreckt sich der Widerruf gemäß § 358 Abs. 2 S. 1 BGB auch auf die Willenserklärung, die der Anleger zum Abschluss seines Beitrittsvertrages zu der Publikumsgesellschaft abgegeben hat. Für die Beendigung seiner Mitgliedschaft in der Gesellschaft reicht es demnach, dass der Anleger den Darlehensvertrag widerruft. Damit wird auch die Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung bewirkt.⁷⁹³ Der Darlehensvertrag wird gemäß § 495 Abs. 1 oder § 312 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 355 Abs. 1, 357 Abs. 1, 346 BGB und der Beitrittsvertrag gemäß §§ 358 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 1, 357 Abs. 1, 346 BGB rückabgewickelt.

Kann der Anleger dagegen die auf den Beitritt zu der Publikumsgesellschaft abgegebene Willenserklärung widerrufen, etwa wegen Abgabe der Willenserklärung in einer Haustürsituation nach § 312 Abs. 1 BGB, geht dieses Widerrufsrecht gemäß § 358 Abs. 2 S. 2 BGB dem

⁷⁹³ So auch BGH WM 2007, 200, 201, wonach die Ausübung des Kündigungsrechts gegenüber dem Finanzierungsinstitut als ausreichend anzusehen ist. Nach BGHZ 156, 46, 53 wird das Kündigungsrecht auch ausgeübt, wenn der Anleger dem Finanzierungsinstitut mitteilt, er sei zum Erwerb der Beteiligung durch Täuschung veranlaßt worden, und ihm die Übernahme des Gesellschaftsanteils anbietet.

des § 495 Abs. 1 BGB vor. In diesem Falle erstreckt sich der Widerruf des Beitrittsvertrages auch auf den Darlehensvertrag, § 358 Abs. 1 S. 1 BGB. Erklärt der Anleger dennoch den Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages gegenüber dem Darlehensgeber, gilt dies als Widerruf des Beitrittsvertrages gegenüber der Publikumsgesellschaft, § 358 Abs. 2 S. 3 BGB.

Verfügt der Anleger demnach über ein Widerrufsrecht – gleich ob im Rahmen des Verbraucherdarlehensvertrages oder seines Gesellschaftsbeitritts – so ist ein Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages gegenüber dem Darlehensgeber ausreichend. Diese Vereinfachung korrespondiert mit der Regelung des § 358 Abs. 4 S. 3 BGB, wonach eine Rückabwicklung der verbundenen Verträge in jedem Falle im Verhältnis von Darlehensgeber und Verbraucher stattfindet, indem der Darlehensgeber hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag eintritt.

b. Ansprüche im Verhältnis Anleger - Darlehensgeber

Wie bereits oben ausgeführt, stellt der in § 358 Abs. 4 S. 3 BGB normierte „Eintritt“ des Darlehensgebers eine gesetzliche befreiende Schuldübernahme dar. Ist der Darlehensbetrag der Publikumsgesellschaft bereits zugeflossen, kann der Verbraucher gegenüber dem Darlehensgeber die Ansprüche geltend machen, die ihm aus dem widerrufenen Darlehensvertrag zustehen sowie die aus dem durch die Widerrufserstreckung unwirksamen Gesellschaftsbeitritt entstandenen Ansprüche gegen die Publikumsgesellschaft. Der Darlehensgeber kann hingegen die Rechte aus dem Darlehensvertrag und aus dem Gesellschaftsbeitritt geltend machen.⁷⁹⁴

Im Einzelnen kann der Anleger vom Darlehensgeber aus dem Darlehensvertrag das gezahlte Entgelt, die bereits geleisteten Zinsen und Tilgungsraten sowie die marktübliche Verzinsung der zur Nutzung zur Verfügung gestellten Raten gemäß §§ 357 Abs. 1, 346 f. BGB verlangen. Infolge der gesetzlichen Schuldübernahme kann der Anleger vom Darlehensgeber auch das verlangen, was er von der Publikumsgesellschaft zu fordern berechtigt wäre. Dieser Anspruch beruht auf den §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1, 346 ff. BGB. Würden hier die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft angewandt, könnte der Anleger allenfalls Ansprüche aus der Auseinandersetzung der Gesellschaft nach Kündigung geltend machen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Anwendung der verbraucherrechtlichen Rückabwicklung im Wege der schuldrechtlich-internen Rückabwicklung der Gesellschaftsbeteiligung gerechtfertigt.

⁷⁹⁴ Siehe dazu im bereits oben unter § 3 II. 4. b.

tigt. Danach geht der Anspruch des Anlegers auf Rückzahlung dessen, was im Leistungsverhältnis, also hier dem Beitritt zur Gesellschaft, von ihm geschuldet war. Die in diesem Verhältnis geschuldete Einlage wird sich bei vollfinanzierten Beitritten in der Höhe der Nettodarlehenssumme bewegen, erhöht sich jedoch um den selbst finanzierten Eigenanteil an der Einlage.

Der Darlehensgeber hat gegen den Anleger zunächst Ansprüche aus dem Darlehensvertrag. Er kann gemäß § 357 Abs. 1 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB die Rückzahlung des Nettodarlehensbetrages verlangen. Wurde die Darlehensvaluta direkt an die Personengesellschaft gezahlt, hat der Darlehensgeber keinen Anspruch auf Verzinsung der Valuta als Nutzungsersatz gemäß § 346 Abs. 1 BGB, weil der Verbraucher keine Nutzungsmöglichkeit an der Valuta hatte.

Infolge der gesetzlichen Schuldübernahme kann der Darlehensgeber vom Anleger zudem die dem Anleger zustehenden Rechte aus dem Leistungsvertrag – hier die Rechte aus der Beendigung der Mitgliedschaft in der Publikumsgesellschaft – beanspruchen. Da die personenrechtliche Beteiligung bereits durch den Widerruf des Anlegers beendet wurde, kann diese als „Leistungsgegenstand“ des Beitrittsvertrages nicht herausgegeben werden. Der Anteil des Anlegers am Gesellschaftsvermögen ist den anderen Gesellschaftern vielmehr automatisch zugewachsen, § 738 BGB. Der Darlehensgeber kann jedoch gem. §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 BGB die Herausgabe der gezogenen Nutzungen verlangen. Ist der Anleger danach infolge seines Beitritts am Gewinn der Gesellschaft beteiligt worden, etwa durch sog. Fondsausschüttungen, hat er diese an den Darlehensgeber herauszugeben. Dies gilt auch für etwaige Steuerersparnisse.⁷⁹⁵

Soweit die bestehenden Ansprüche des Darlehensgebers und des Anlegers gleichartig sind, erfolgt eine Verrechnung aufgrund gesetzlicher Anordnung. Das bewirkt hinsichtlich der Pflicht des Anlegers zur Rückzahlung der Darlehensvaluta und der Rückzahlungspflicht des Darlehensgebers in Höhe der Einlage aus übergegangenem Recht in der Regel ein Erlöschen der Forderungen in Höhe der Deckung.⁷⁹⁶

⁷⁹⁵ Im Ergebnis ebenso BGHZ 159, 280, 287; 167, 252, 267 f.; BGH WM 2006, 1066, 1071. In BGHZ 172, 147, 153 ff. hat das Gericht diesen Anspruch konkretisiert. Danach sei der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung im Schadensrecht, wonach ein Geschädigter für erlittene Nachteile zu entschädigen ist, aber aus einem schädigenden Ereignis keinen Gewinn erzielen soll, bei einem Rückforderungsanspruch nach § 3 HWiG entsprechend anzuwenden.

⁷⁹⁶ Siehe dazu bereits oben § 3 II. 4. c. cc.

c. Ansprüche im Verhältnis Darlehensgeber und Publikumsgesellschaft

Besteht zwischen Darlehensgeber und Publikumsgesellschaft eine vertragliche Abrede mit Blick auf eine Rückabwicklung im Falle des durch den Verbraucher widerrufenen Darlehensvertrages, so wird im Sinne dieser Vereinbarung verfahren werden. Besteht eine solche Rahmenvereinbarung nicht, vollzieht sich die Rückabwicklung des verbundenen Vertrages nach den hier⁷⁹⁷ entwickelten Grundsätzen:

Der Darlehensgeber tritt analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB im Verhältnis zur Publikumsgesellschaft in die Rechte des Anlegers ein. Dies geschieht in Form der gesetzlich befreienden Schuldübernahme. Danach kann der Darlehensgeber von der Publikumsgesellschaft das verlangen, was der Anleger aus dem verbundenen Beitrittsgeschäft hätte verlangen können. Die Publikumsgesellschaft kann das verlangen, was sie vom Anleger hätte beanspruchen können. Die Abwicklung betrifft lediglich das Leistungsgeschäft, da der Darlehensvertrag bereits zwischen Darlehensgeber und Anleger vollständig abgewickelt wurde.

Der Darlehensgeber hat danach einen Anspruch auf Rückzahlung der Einlage §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3, 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 S. 1 BGB aus übergegangenem Recht. Er kann zudem die von der Gesellschaft gezogenen Nutzungen herausverlangen, § 346 Abs. 1 S. 1 BGB. Hat die Gesellschaft keine Nutzungen gezogen, schuldet sie Zinsen aus dem empfangenen Geldbetrag gemäß § 347 Abs. 1 S. 1 BGB, soweit ihr eine entsprechende Nutzung nach den Regeln der ordnungsgemäßen Wirtschaft möglich gewesen wäre.

Der Anspruch des Darlehensgebers richtet sich gegen die Publikumsgesellschaft, da der Beitrittsvertrag in der Regel mit der Gesellschaft selbst geschlossen wurde.⁷⁹⁸ Die Haftung der Gesellschafter folgt den vertraglichen und gesetzlichen Regelungen.⁷⁹⁹

Die Fondsgesellschaft hätte gegen den Darlehensgeber einen Anspruch auf Herausgabe der an den Anleger geleisteten Sache. Da die geleistete Sache jedoch in der Beteiligung an der Gesellschaft bestand und diese mit Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages gemäß § 358 Abs. 2 S. 1 BGB beendet wurde, hat die Gesellschaft gegen den Darlehensgeber lediglich einen Anspruch auf Herausgabe der durch den Anleger gezogenen Nutzungen an der Beteiligung nach §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 und 3 analog, 357 Abs. 1, 346 Abs. 1 S. 1 BGB.

⁷⁹⁷ Siehe § 3 II. 4. d. dd.

⁷⁹⁸ Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft siehe § 4 II. 6. a. und § 5 I.

⁷⁹⁹ Siehe dazu oben § 4 II. 7.

V. Wirkung des Widerrufs des Beitrittsvertrages beim finanzierten Gesellschaftsbeitrag

Auch der Widerruf des verbundenen Vertrages bewirkt eine Unwirksamkeitserstreckung auf den Verbraucherdarlehensvertrag, § 358 Abs. 1 BGB. Hat der Verbraucher danach seine auf Abschluß des Beitrittsvertrages gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, ist er auch an seine auf den Abschluß des Verbraucherdarlehensvertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden. Beim Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft in Form des geschlossenen Immobilienfonds liegt der häufigste Grund für den Widerruf in der Haustürsituation bei Abschluß des Vertrages, § 312 BGB.⁸⁰⁰ Für die Rückabwicklung der verbundenen Verträge gelten grundsätzlich die §§ 358, 357, 346 BGB; nach Ansicht von Rechtsprechung und Schrifttum jedoch mit Modifizierungen, die sich in der Regel aus der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ergeben.

Mit Blick auf die Folgen des Widerrufs einer Beitrittserklärung entschied der BGH, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft dazu führten, dass der Anleger seine Gesellschaftsbeteiligung für die Zukunft, nicht aber mit Wirkung ex tunc, kündigen könne.⁸⁰¹ Anders als bei Widerruf des verbundenen Darlehensvertrages könne der Anleger der Bank jedoch nur seinen Abfindungsanspruch aus der beendeten Beteiligung entgegensetzen, müsse im Übrigen jedoch eine eventuelle Differenz aus der noch offenen Darlehensvaluta zahlen.⁸⁰²

Dass diese Gegenrechte hinter denen aus dem Widerruf des verbundenen Darlehensvertrages erheblich zurückbleiben, musste auch das Gericht einräumen, ohne daraus jedoch Schlußfolgerungen zu ziehen.⁸⁰³ Bei der Prüfung dieses Ergebnisses hat jedoch keine Berücksichtigung gefunden, dass die Folgen des Widerrufs des verbundenen Verbraucherdarlehensvertrages gemäß § 358 Abs. 2 BGB die gleichen sind wie bei Widerruf des verbundenen Leistungsvertrages, § 358 Abs. 1 BGB. In beiden Fällen erstreckt sich der Widerruf des einen Vertrages auch auf die Willenserklärung zum Abschluß des anderen Vertrages. In beiden Fällen gilt für den nicht widerrufenen Vertrag § 357 BGB entsprechend und der Darlehensgeber tritt im

⁸⁰⁰ Siehe zu den in Betracht kommenden Verbraucherwiderrufsrechten bereits oben § 3 III. 1.

⁸⁰¹ BGHZ 148, 202, 207; BGH NJW-RR 2005, 180, 182; BGH ZIP 2005, 254, 255 f.; 2005, 1124, 1126 f., BGH, Beschl. v. 10.4.2006 – II ZR 218/04; jeweils für Widerruf eines Gesellschaftsbeitritts nach § 3 Abs. 1 HWiG. Im Urteil vom 14.6.2004, BGHZ 159, 280, 291 hatte der II. Senat noch offengelassen, ob die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft bei Widerruf des Beitritts anwendbar seien und dies in seinem Beschl. vom 10.4.2006 – II ZR 218/04 mit den Besonderheiten des verbundenen Geschäfts begründet, die jenem Verfahren zugrunde gelegen hätten.

⁸⁰² BGH WM 2005, 547, 549; BGHZ 167, 252, 260.

⁸⁰³ BGH WM 2005, 547, 549.

Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein, § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB.⁸⁰⁴ Die im Gegensatz dazu stehende Rechtsprechung erzeugt daher einen Wertungswiderspruch zu den gesetzlichen Regelungen. Dieser Widerspruch verstärkt sich zusätzlich vor dem Hintergrund der Regelung des § 358 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach ein bestehendes Widerspruchsrecht aus dem verbundenem Vertrag dem aus dem Darlehensvertrag vorgeht. Hat der Anleger sowohl ein Widerrufsrecht aus dem Beitrittsvertrag als auch aus dem Darlehensvertrag, führt dies nach der Rechtsprechung des BGH immer zu der für den Anleger in der Regel nachteiligen Rückabwicklung des Beitrittsvertrages, wonach er den Rückzahlungsforderungen der Bank lediglich sein Auseinandersetzungsguthaben entgegensetzen kann; und dies, obwohl der BGH betont, dass die Unwirksamkeitsfolge nach Widerruf den Schutzzweck verfolgt, dem Widerrufenden eine Überlegungsfrist einzuräumen, in der er ohne Furcht vor finanziellen Nachteilen frei entscheiden kann.⁸⁰⁵ Diesem Schutzzweck wird die Rechtsprechung durch die zugunsten der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft modifizierten gesetzlichen Regelungen über den verbundenen Vertrag nicht gerecht. Den Regelungen über den Verbraucherschutz ist auch im Falle des Widerrufs der Gesellschaftsbeteiligung nach Verbraucherwiderrufsrecht der Vorrang einzuräumen.⁸⁰⁶

Die herrschende Meinung in der Literatur kommt zum selben Ergebnis wie der BGH und gibt dem Anleger lediglich einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, welchen er der Bank entgegenhalten könne.⁸⁰⁷ Begründet wird dieses Ergebnis unter anderem damit, dass der fremdfinanzierende Anleger nicht besser gestellt werden dürfe als ein Selbstzahler, der sich das Ausbleiben seiner Anlage entgegenhalten lassen müsse. Dem Anleger könne nicht das wirtschaftliche Risiko der Anlageentscheidung abgenommen werden.⁸⁰⁸

Dieses Argument verfängt nur scheinbar. Tatsächlich sind mit einer Gesellschaftsbeteiligung ungleich mehr Risiken für den Verbraucher verbunden, der diese finanzieren läßt, als für den, der seine Einlage selbst aufbringen kann. Letzterer riskiert lediglich sein bereits vorhandenes

⁸⁰⁴ Vorgenannte Entscheidungen des II. Zivilsenates hat der XI. Zivilsenat zwar dahingehend interpretiert, dass „bei verbundenen Geschäften die Unwirksamkeitsfolge des Widerrufs sowohl nach § 7 VerbrKrG als auch nach § 1 HWiG auf beide Verträge zu erstrecken und der widerrufende Darlehensnehmer keinem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgeber auszusetzen“ sei, gleichwohl solle dies lediglich im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages gelten, BGHZ 167, 223, 238; 252, 266.

⁸⁰⁵ BGHZ 167, 252, 266.

⁸⁰⁶ Siehe dazu bereits § 5 IV. 3.

⁸⁰⁷ *H.P. Westermann*, ZIP 2002, 240, 244, 248; *Bertram*, S. 262; *Lenenbach*, WM 2004, 501, 502 f., 510; *Strohn*, WM 2005, 1441, 1448; *Wertenbruch*, NJW 2005, 2823, 2824; *Kindler*, ZGR 2006, 167, 175 ff.

⁸⁰⁸ *Bertram*, S. 265.

Vermögen, während sich der Verbraucher, der ein Darlehen aufnimmt, verschuldet.⁸⁰⁹ Zudem schützt die hier vertretene Auffassung auch den Selbstzahler insoweit, als er seine Einlage nach Widerruf der Gesellschaftsbeteiligung von der Gesellschaft zurückfordern kann.

Habersack hingegen befürwortet die – gesetzlich vorgesehene – Gleichbehandlung von Widerruf des Darlehensvertrages und Widerruf des damit verbundenen Beitrittsvertrages. Danach sei der Anleger auch bei Widerruf des Beitrittsvertrages gegenüber dem Darlehensgeber allein zur Abtretung seines durch den Widerruf entstandenen Abfindungsanspruchs gegen die Fondsgesellschaft verpflichtet und kann im Gegenzug vom Darlehensgeber die Rückzahlung des gesamten Darlehensbetrages verlangen, ohne sich auf die Differenz zwischen Abfindungsanspruch und Darlehensvaluta verweisen lassen zu müssen.⁸¹⁰ Nach dieser Auffassung führen die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft zwar dazu, dass der Widerruf des Beitrittsvertrages oder die Widerrufserstreckung gem. § 358 Abs. 2 S. 1 BGB lediglich die Kündigung der Mitgliedschaft mit Wirkung ex nunc zur Folge haben und ein Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft anstelle der Mitgliedschaft entsteht.⁸¹¹ Da der Anleger im Falle des Verbunds von Darlehensvertrag und Gesellschaftsbeitritt bei ausgeübtem Widerruf aber nur zur Abtretung des Abfindungsanspruchs gegenüber dem Darlehensgeber verpflichtet ist, er jedoch die Rückzahlung des gesamten Darlehensbetrages verlangen kann, finden die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft im Rückabwicklungsverhältnis gem. § 358 Abs. 4 S. 3 BGB zwischen Anleger und Bank keine Anwendung. Auf diesem Wege werde, so *Habersack*, das wirtschaftliche Risiko der Anlage auf den Darlehensgeber verlagert.⁸¹²

Demgegenüber wird von einer dritten Gruppe vertreten, die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft würden gegenüber den Verbraucherschutzinteressen zurücktreten und der Verbraucher müsse bei einem Verbraucherwiderrufsrecht aus allen Verpflichtungen entlassen werden.⁸¹³ Gestützt wird diese Begründung auf die von der Rechtsprechung aufgestellte Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft für den Fall, dass gewichtige Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. Das Gewicht des Verbraucherschutzes wird unter anderem dem Europarecht entnommen, wonach insbesondere das mit Art. 5 II der Haustürge-

⁸⁰⁹ Siehe zum sog. „Besserstellungsverbot“ bereits § 3 II. 4. d. dd. (3).

⁸¹⁰ MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 14, 85. Wohl ebenso Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 358 Rn. 67.

⁸¹¹ MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 14.

⁸¹² MünchKomm-*Habersack*, § 358 Rn. 14.

⁸¹³ *Renner*, DStR 2001, 1988, 1989; *Rohlfing*, NZG 2003, 854, 859 f.; *Möller/Lutz*, VuR 2005, 81, 83, 87. Ebenso *Leisch*, LMK 2004, 202, 203, wonach die vom BGH vorgenommene Lösung nicht durch Art. 7 der Haustürgeschäfte-richtlinie (85/577/EWG) gedeckt sei, da diese gerade nicht erlaube, die Erstattung der Einlage vom Wert des Abfindungsguthabens abhängig zu machen.

schäfterrichtlinie verfolgte Ziel, den Verbraucher bei Ausübung des Widerrufsrechts von allen aus dem Vertrag erwachsenden Verpflichtungen zu entlasten, nicht erreicht werden kann, wenn die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft eine solche Entlastung des Verbrauchers gerade nicht bewirken.⁸¹⁴ Im Ergebnis entspricht diese Lösung der hier vertretenen Auffassung, wonach dem Verbraucherschutz der Vorrang gegenüber den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft einzuräumen ist. Eine Differenzierung erfolgt lediglich in der schuldrechtlich-internen Abwicklung.

Mit Blick auf den Gleichlauf der Folgen eines Widerrufs sowohl des verbundenen Gesellschaftsvertrages als auch des Verbraucherkreditvertrages sei auf die bereits oben dargestellte Wirkung des verbraucherkreditrechtlichen Widerrufs beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt verwiesen. Die Rückabwicklung nach Widerruf des verbundenen Gesellschaftsbeitritts erfolgt in der gleichen Weise wie nach Widerruf des verbundenen Darlehensvertrages.⁸¹⁵

VI. Wirkung des nichtigen Darlehensvertrages beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt

Wie oben dargelegt, können die §§ 358, 359 BGB als Programm für die Rückabwicklung der verbundenen Verträge auch dann herangezogen werden, wenn der Darlehensvertrag nichtig ist.⁸¹⁶ Danach erfolgt die Rückabwicklung des Darlehensvertrages aus der analogen Anwendung der §§ 357, 346 ff. BGB. Die des Leistungsvertrages aus der entsprechenden Anwendung der §§ 358 Abs. 2, Abs. 4 S. 1, 357, 346 ff. BGB. Ist das Darlehen bereits an den Dritten ausgezahlt, tritt der Darlehensgeber analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein.

Fraglich ist, ob diese Abwicklung auch dann gelten kann, wenn der mit dem Darlehensvertrag verbundene Vertrag in einem Gesellschaftsbeitritt zu einer Publikumsgesellschaft liegt, die Besonderheiten des Gesellschaftsbeitritts also gerade gegen die hier vertretene einheitliche Abwicklung von verbundenen Verträgen sprechen.

Die in Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagenen Lösungen lassen – abgesehen von der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft – nicht auf solche Gründe

⁸¹⁴ *Rohlfing*, NZG 2003, 854, 858.

⁸¹⁵ Siehe dazu § 5 IV. 4.

⁸¹⁶ Siehe oben § 3 IV. 3.

schließen. Nach der Rechtsprechung des BGH erfolgt die Rückabwicklung des Darlehensvertrages nach Bereicherungsrecht. Die abweichende Auffassung, wonach der Darlehensnehmer bei der Beteiligung an einem Immobilienfonds weder die Rückzahlung der Valuta nach § 812 Abs. 1 BGB, noch Ersatz für die Nutzung des Kredits nach § 818 Abs. 1 BGB schulde, sondern vielmehr die Abtretung der wirtschaftlichen Beteiligung an den Darlehensgeber, da er nur um diese bereichert sei⁸¹⁷, hat der BGH wieder aufgegeben.⁸¹⁸ Mit der Frage der Rückabwicklung der wirtschaftlichen Beteiligung setzt sich diese Rechtsprechung nicht auseinander. Auf die Stellungnahme zu dieser Rechtsprechung bei Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrages, ohne die besondere Berücksichtigung des Inhaltes des verbundenen Geschäfts kann daher verwiesen werden.⁸¹⁹ Gleiches gilt für die in der Literatur vertretenen Meinungen, die in der Regel nicht zwischen den Inhalten der mit dem Darlehensvertrag verbundenen Leistungsverträge differenzieren. Auch hier sei auf die Ausführungen im allgemeinen Teil dieser Arbeit verwiesen.

Dass die Regelungen über den verbundenen Vertrag dem Schutze des Verbrauchers dienen, dieser Schutz auch den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft umfasst und die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht dazu führen, dass die Regelungen der §§ 358, 359 BGB nicht oder nur partiell Anwendung finden, wurde ebenfalls bereits erörtert.⁸²⁰ Auch die Gründe für eine analoge Anwendung des § 358 Abs. 2 S. 1 BGB auf den nichtigen Darlehensvertrag sowie einer Rückabwicklung beider Verträge analog §§ 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB haben bereits eine Darstellung erfahren. Dabei hat sich gezeigt, dass der Schutzzweck der Regelungen über die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten ebenso mit dem Schutzzweck der Widerrufsrechte des Verbrauchers vergleichbar ist wie der Schutz, den die gesetzlichen Regelungen dem Erklärenden bei Mängeln in der Willensentschließung durch das Recht zur Anfechtung der Willenserklärung gewähren.⁸²¹

Für den finanzierten Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft bedeutet das, dass letztlich auch Gründe, die nicht in der Fehlerhaftigkeit des Beitritts zu der Gesellschaft liegen, die Unwirksamkeit des Beitritts bewirken und zu einer Rückabwicklung der Beteiligung an der Gesellschaft führen. Dies ist den Besonderheiten der Regelungen über den verbundenen Vertrag geschuldet, wonach der eine Vertrag nicht ohne den anderen geschlossen worden wäre und das

⁸¹⁷ BGHZ 159, 294 ff.

⁸¹⁸ BGHZ 167, 252, 266 f. Siehe dazu bereits oben § 3 IV. 2.

⁸¹⁹ Siehe oben a.a.O.

⁸²⁰ Siehe § 5 IV. 3.

⁸²¹ Siehe § 3 IV. 3.

Schicksal des einen Vertrages nicht losgelöst vom anderen Vertrag betrachtet werden kann und der Tatsache, dass bei dem Beitritt eines Verbrauchers zu einer Publikumsgesellschaft die Elemente des reinen Austauschvertrages die gesellschaftsrechtlichen Regelungen überwiegen.⁸²² Die Abwicklung des Darlehensvertrages und der Mitgliedschaft des Anlegers in der Publikumsgesellschaft erfolgt damit nach den bei Widerruf des Darlehensvertrages und des Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft aufgestellten Grundsätzen.⁸²³

VII. Wirkung des unwirksamen Beitrittsvertrages beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt

Nach der hier vertretenen Auffassung zur Rückabwicklung verbundener Verträge führt auch der mit dauerhaften Einwendungen behaftete verbundene Vertrag zur Unwirksamkeit des Darlehensvertrages analog § 358 Abs. 1 BGB. Dies bewirkt eine Rückabwicklung beider Verträge analog § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB, also wie im Falle des Widerruf des finanzierten Vertrages.⁸²⁴

Auch hier stellt sich die Frage, ob die Besonderheiten des Gesellschaftsbeitritts als verbundener Vertrag einer solchen Abwicklung entgegenstehen. Da der Rückforderungsdurchgriff analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB gerade für den Fall eines finanzierten Fondsbeitritts höchststrichterlich entwickelt wurde, erfolgte eine Auseinandersetzung mit den Folgen des wegen Nichtigkeit, Anfechtung oder Widerruf des finanzierten Vertrages ebenfalls bereits im allgemeinen Teil dieser Arbeit.⁸²⁵ Dabei wurde festgehalten, dass die Nichtigkeit, die Unwirksamkeit oder der Rücktritt vom finanzierten Vertrag auch die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages analog § 358 Abs. 1 S. 1 BGB bewirkt. Dass die Regelungen über die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des verbundenen Vertrages mit den Widerrufsrechten eines Verbrauchers vergleichbar sind und aus diesem Grund ebenso wie das Verbraucherschutzrecht eine Ausnahme von den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft bei einem fehlerhaften Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft erfordern, wurde ebenfalls als Ergebnis erzielt.⁸²⁶

⁸²² Siehe dazu bereits § 5 IV. 3. d. und e.

⁸²³ Siehe § 5 IV. 4.

⁸²⁴ § 3 V.

⁸²⁵ Siehe dazu oben § 3 V. 4.

⁸²⁶ Siehe § 5 IV. 4.

Auf die Ausführungen zur Rückabwicklung des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft nach Widerruf des Darlehensvertrages und des Beitritts sei deshalb auch an dieser Stelle verwiesen.⁸²⁷

VIII. Doppelmängel beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt

Wird die Anwendung der Regelungen über den verbundenen Vertrag auf den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft bejaht, ergeben sich nach der hier vertretenen Auffassung keine Besonderheiten zu vorstehend gesagtem, wenn beide verbundenen Verträge widerrufen werden können bzw. beide unwirksam oder nichtig sind. Da es bei dem hier vertretenen Gleichlauf bei der Rückabwicklung verbundener Verträge nicht darauf ankommt, dass sich der Anleger bevorzugt auf die Widerrufbarkeit oder Nichtigkeit des Darlehensvertrages berufen muss, sei auf die Ausführungen zu den Doppelmängeln und deren Geltendmachung durch den Verbraucher im allgemeinen Teil verwiesen.⁸²⁸

⁸²⁷ Siehe § 5 IV. 4.

⁸²⁸ Siehe § 3 VI.

3. Teil – Zusammenfassung und Ausblick

§ 6 Zusammenfassung

Ziel der Untersuchung war es, den finanzierten Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft in das Abwicklungssystem des verbundenen Vertrages einzuordnen und dem Anleger wirksame Instrumentarien zur Rückabwicklung seines Gesellschaftsbeitritts an die Hand zu geben. In diesem Zusammenhang war zu klären, wie sich die konkrete Abwicklung des widerrufenen oder nichtigen Darlehens- oder finanzierten Vertrages zwischen Verbraucher, Darlehensgeber und Unternehmer darstellt.

Widerruft der Verbraucher danach seine Willenserklärung zum Abschluss des Darlehensvertrages, so ist er gemäß § 358 Abs. 2 S. 1 BGB nicht mehr an die Willenserklärung zum Abschluss eines mit dem Darlehensvertrag verbundenen Leistungsvertrages gebunden. Dies gilt gemäß § 358 Abs. 1 S. 1 BGB auch im umgekehrten Fall des Widerrufs des finanzierten Vertrages. Für die Rückabwicklung der beiden Verträge tritt der Darlehensgeber gemäß § 358 Abs. 4 S. 3 BGB hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein. Der Verbraucherdarlehensvertrag wird zunächst zwischen Verbraucher und Darlehensgeber rückabgewickelt. Die weitere Abwicklung des finanzierten Vertrages erfolgt zwischen Darlehensgeber und Unternehmer durch Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers analog § 358 Abs. 4 S. 3 BGB.

Die §§ 358, 359 BGB können als Programm für die Rückabwicklung der verbundenen Verträge im Fall der Nichtigkeit des Darlehensvertrages analog herangezogen werden. Die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages erstreckt sich analog § 358 Abs. 2 S. 1 BGB auf den verbundenen Vertrag und bewirkt die Rückabwicklung beider Verträge analog § 358 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB i.V.m. §§ 357 Abs. 1, 346 ff. BGB.

Das Gleiche gilt im Falle der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages. Die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages erstreckt sich analog § 358 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Darlehensvertrag und bewirkt die Rückabwicklung beider Verträge.

Die Abwicklung zwischen Verbraucher und Darlehensgeber im ersten und zwischen Darlehensgeber und Unternehmer im zweiten Schritt entspricht der Abwicklung der verbundenen Verträge bei Widerruf des einen oder anderen Vertrages.

Der finanzierte Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft ist ein Verbrauchervertrag. Die Regelungen über den verbundenen Vertrag, §§ 358, 359 BGB, finden Anwendung. Sie werden nicht durch die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft modifiziert. Hat der Anleger ein Widerrufsrecht als Verbraucher, ist der Beitritt sittenwidrig oder aufgrund der Ausübung eines Anfechtungsrechts nichtig, so hat dies Vorrang vor den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft. Das fordert der Schutzzweck der Verbraucherwiderrufsrechte sowie die Regelungen über den verbundenen Vertrag, die den Verbraucher ebenfalls schützen sollen.

Die Abwicklung des Gesellschaftsbeitritts und des verbundenen Darlehensvertrages vollzieht sich nach dem im ersten Teil der Arbeit dargestellten Grundsätzen im Rahmen einer schuldrechtlich-internen Abwicklung des Beitritts. Den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft wird insoweit Rechnung getragen, als die Unwirksamkeit des Beitrittsvertrages nicht zur Unwirksamkeit der Publikumsgesellschaft, sondern lediglich zu einem Ausscheiden des Anlegers führt.

§ 7 Ausblick

Werden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft – anders als bei der hier vertretenen Rückabwicklung des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft nach §§ 358, 359 BGB – angewandt, bewirkt der Widerruf des Gesellschaftsbeitritts oder dessen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung allenfalls die Kündigung der Gesellschafterstellung. Der Verbraucher kann der finanzierenden Bank lediglich – wenn überhaupt – Einwendungen in Höhe des nach der Kündigung entstandenen Auseinandersetzungsanspruchs entgegenhalten. Diese Lösung wird wohl vor dem Hintergrund der Verbundenheit des Darlehensvertrages und des Gesellschaftsbeitritts als unbefriedigend empfunden.⁸²⁹ Dies würde erklären, dass der BGH seine Rechtsprechung zu den Aufklärungspflichten der Banken gerade in den Fällen des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft weiterentwickelt hat. Danach soll der Verbraucher bei arglistiger Täuschung durch die Fondsiniiatoren bzw. Gründungsgesellschafter einen Schadensersatzanspruch gegen die Bank aus eigenem Aufklärungsverschulden wegen eines Wissensvorsprungs haben.⁸³⁰ Die Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung bei Abschluss des Beitrittsvertrages wird vermutet, wenn die Bank mit den Fondsiniiatoren und Gründungsgesellschaftern in institutionalisierter Art und Weise zusammengewirkt

⁸²⁹ Der ehemalige Vorsitzende des XI. Zivilsenates begründet eine Beweiserleichterung bei Fondsbeteiligungen mit dem „Interesse einer Effektivierung des Verbraucherschutzes“, Nobbe, WM-Beilage 1/2007, 1, 30.

⁸³⁰ BGHZ 168, 1, 22 ff.; BGH WM 2006, 2347, 2350; WM 2007, 200, 202. Zu den Umständen die ein Wissensvorsprung begründen siehe Nobbe, WM-Beilage 1/2007, 1, 29.

hat, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsvermittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falls objektiv evident ist, so dass sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.⁸³¹ Wird diese Vermutung nicht widerlegt, kann der Anleger den aus der Aufklärungspflichtverletzung resultierenden Schadensersatzanspruch dem Darlehensrückzahlungsanspruch nach § 242 BGB entgegenhalten.⁸³²

Es wird sich zeigen, ob diese Lösung in der Praxis umsetzbar ist. Soweit ersichtlich, hat der BGH bislang alle Verfahren zur Feststellung der erforderlichen Tatsachen an die Vorinstanz zurückverwiesen.⁸³³

Eine Verbraucherinteressen berücksichtigende Lösung für den Fall des Widerrufs des finanzierten Gesellschaftsbeitritts, weil dieser in einer Haustürsituation abgeschlossen wurde, bietet der Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungspflichtverletzung nicht. Da Art. 5 Abs. 2 der Haustürgeschäfte-Richtlinie normiert, dass der Verbraucher aus allen Verpflichtungen entlassen wird, die aus dem widerrufenen Vertrag erwachsen, hat der II. Zivilsenat des BGH dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Haustürgeschäfte-Richtlinie auch bei einem Beitritt zu einer Gesellschaft gilt oder die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft Anwendung findet.⁸³⁴ Die Frage der Abwägung zwischen Verbraucherinteressen und dem Interesse am Bestand einer Gesellschaft bzw. am Erhalt ihres Vermögens kann daher als in der Rechtsprechung offen gelten.

⁸³¹ BGHZ 168, 1, 22 ff.; BGH WM 2006, 2347, 2350; WM 2007, 876, 882; NJW 2008, 640, 643.

⁸³² BGH NJW 2008, 640, 643.

⁸³³ So sollte der Bank etwa in dem BGH NJW 2008, 640, 643 zugrunde liegenden Fall zunächst Gelegenheit gegeben werden, die fehlende Kenntnis zu beweisen.

⁸³⁴ BGH WM 2008, 1026 ff.

Thesen

I.

Die Rückabwicklung verbundener Verträge vollzieht sich nach Widerruf des finanzierten Vertrages ebenso wie nach Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages durch Eintritt des Darlehensgebers in die Rechte und Pflichten des Unternehmers sowie durch Eintritt in die Rechte und Pflichten des Verbrauchers.

II.

Die Regelungen der §§ 358, 359 BGB werden im Fall der Nichtigkeit des Darlehensvertrages oder der Unwirksamkeit des finanzierten Vertrages entsprechend angewandt.

III.

Der finanzierte Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft kann ein Verbrauchervertrag sein, auf den die §§ 358, 359 BGB Anwendung finden.

IV.

Die Grundsätze der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft finden bei der Rückabwicklung des finanzierten Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft nur insoweit Anwendung, als die Unwirksamkeit des Beitritts nicht zur Unwirksamkeit der Gesellschaft führt. Die Mitgliedschaft des fehlerhaft beigetretenen Verbrauchers wird schuldrechtlich-intern nach den Regelungen über den verbundenen Vertrag rückabgewickelt.

Erklärung

Hiermit erkläre ich,

- dass mir die geltende Promotionsordnung der Fakultät bekannt ist;
- dass ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe;
- dass die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen wurde;
- dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt meiner vorgelegten Dissertation stehen;
- dass ich die Dissertation noch nicht als Prüfungsarbeit für eine staatliche oder andere wissenschaftliche Prüfung eingereicht habe;
- dass ich weder die gleiche, eine in wesentlichen Teilen ähnliche oder eine andere Abhandlung bei einer anderen Hochschule als Dissertation eingereicht habe.

Dresden, den 30. März 2009/den 28. Oktober 2009

Juliane Hundert