

Tagung der Deutschen Richterakademie
Vortrag am 10. Juli 2009

**Gelddarlehen und
Verbraucherdarlehensvertrag
– unter besonderer Berücksichtigung der
„Schrottimmobilien“-Problematik –**

Prof. Dr. Georg Bitter, Universität Mannheim

www.georg-bitter.de

Hinweis

- Begleitend zu diesen Folien existiert eine Materialssammlung, in der die hier zitierten und weitere Urteile in Leitsätzen und Auszügen aus den Entscheidungsgründen systematisch zusammengestellt sind.
- Diese Sammlung im PDF-Format mit einem Umfang von derzeit gut 125 Seiten ist auf der Homepage www.georg-bitter.de unter „Lehrstuhlinhaber“ / „Vorträge“ frei verfügbar.

1. Einführung

- „Schrottimmobilien“ als Musterfall des Verbraucherschutzes im Kreditrecht

2. Haustürwiderrufsrechte bei Kreditverträgen

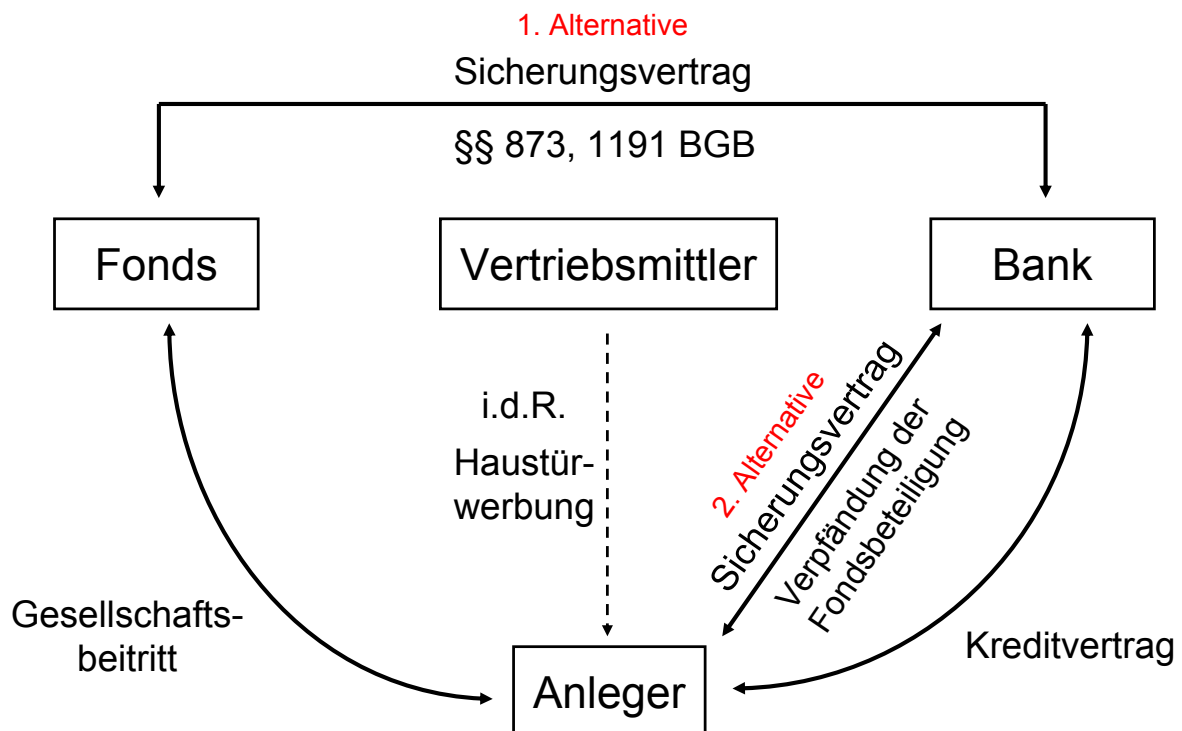
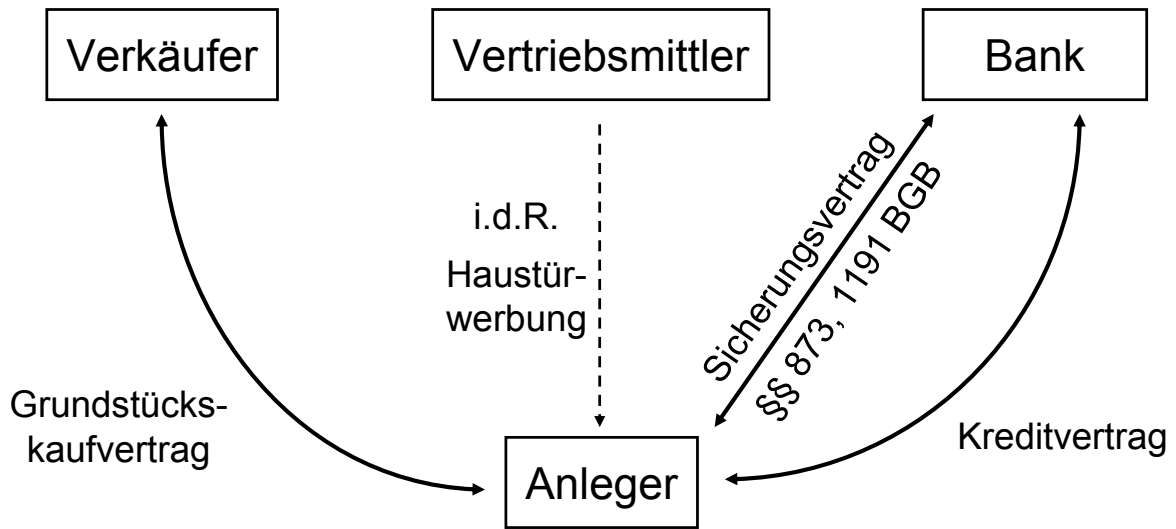
- insbes. Verhältnis des Haustürwiderrufs zum Widerruf nach Verbraucherkreditrecht

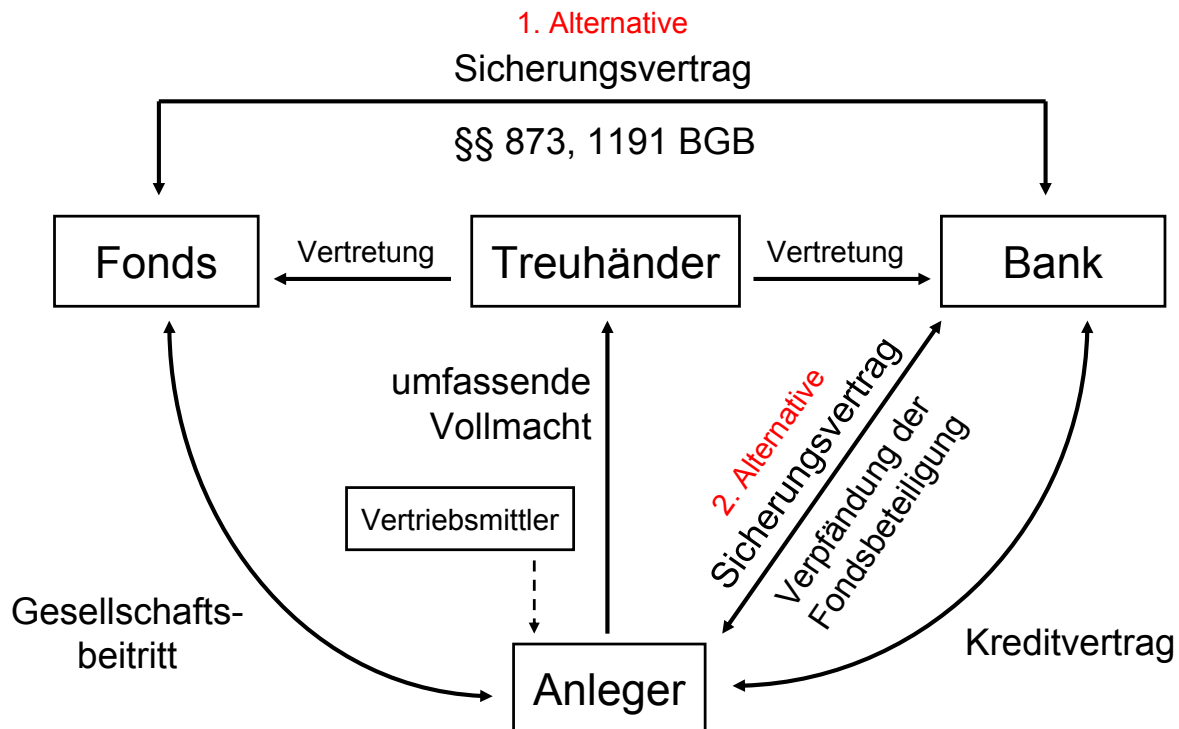
3. Verbraucherkreditrecht

- Nichtigkeit wegen fehlender Angaben + Heilung
- Verbundene Geschäfte

4. Sonderproblem: nichtige Treuhändervollmacht

1. Begriff des Immobilienerwerbs (§ 358 III 3 BGB)
2. „Schrottimmobilien“ als gesellschaftliches Problem
 - Steuersparmodell für Jedermann
 - Vollfinanzierung als Konstruktionsmerkmal: Eingang der Mieteinnahmen zur Finanzierung unabdingbar (aber oft wertlose Mietgarantie)
 - (Haustür-)Vertrieb über Finanzvermittler an finanzschwache Anleger
3. Häufung von Klagen seit Mitte der 1990er Jahre
4. Wende zugunsten der Anleger durch die Rechtsprechung des II. Senats betr. Erwerb von Fondsanteilen (2004)
5. Abgabe aller Fälle an den XI. Senat (2006)
6. Enorme wirtschaftliche Bedeutung (Wertberichtigungsbedarf)





1. Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts v. 27.6.2000 (ab 1.10.2000)

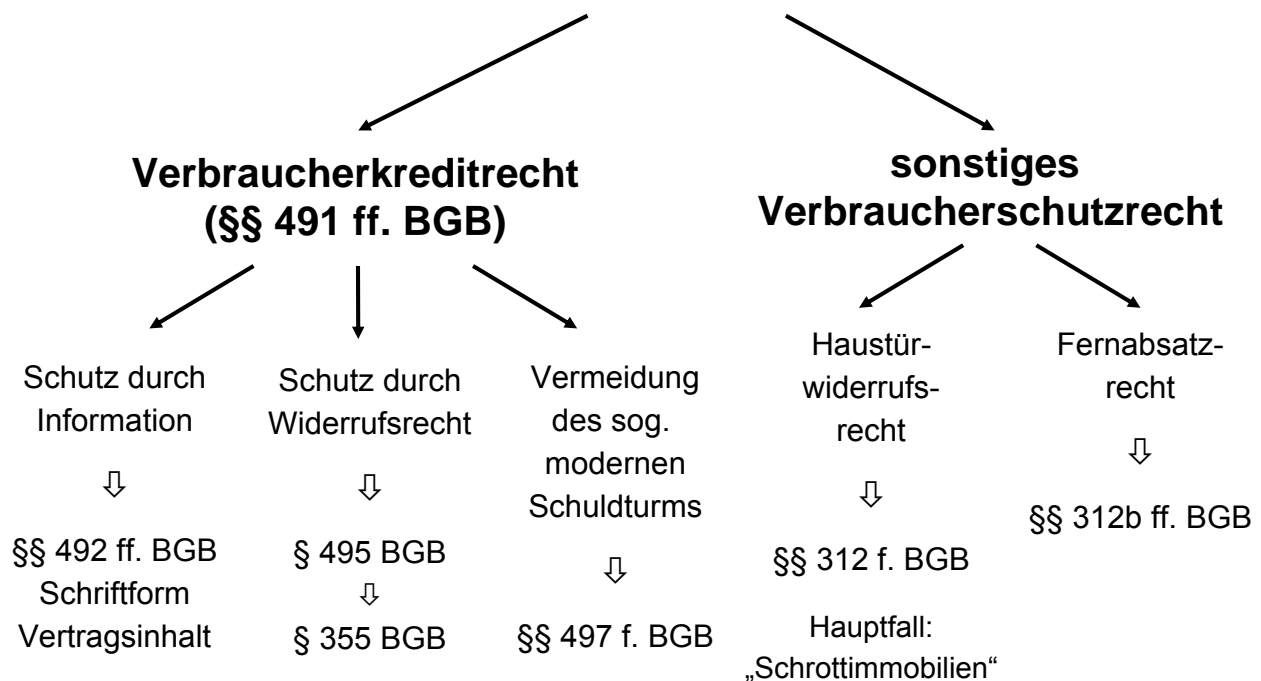
- Einstellung des Widerrufs- und Rückgaberechts bei Verbraucherverträgen in §§ 361a, 361b BGB
- Verweise im (gekürzten) HWiG und VerbrKrG

2. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (ab 1.1.2002)

- Haustürwiderrufsrecht ⇒ §§ 312, 312a BGB
- Verbraucherkreditrecht ⇒ §§ 491 ff. BGB (Ausnahme s.u.)
- Widerrufs- und Rückgaberecht ⇒ §§ 355 ff. BGB
- Verbundene Verträge ⇒ § 358 BGB (früher § 9 I, II VerbrKrG)
- Einwendungsdurchgriff ⇒ § 359 BGB (früher § 9 III VerbrKrG)

3. EG-Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG v. 23.4.2008

- Richtlinientext im ABl. EU L 133/66 v. 22.5.2008
- Umsetzung bis zum 12. Mai 2010
- Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG
- Gesetzentwurf der Bundesregierung:
Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 7. Nov. 2008 (BR Drs. 848/08)
 - ⇒ Folien 86 f.
- aktuell: Trennung der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie + der Zahlungsdiensterichtlinie



1. Früher: fehlende Bindung i.S.v. § 9 VerbrKrG

- keine Bindung an den verbundenen Kaufvertrag bei Widerruf des Kreditvertrags nach § 7 VerbrKrG (Abs. 2)

2. Heute: fehlende Bindung i.S.v. § 358 BGB

- keine Bindung an den Kreditvertrag bei Widerruf des verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer anderen Leistung (Abs. 1)
- keine Bindung an den verbundenen Vertrag über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer anderen Leistung bei Widerruf des Kreditvertrags (Abs. 2, Satz 1)

1. Voraussetzungen gemäß § 312 I BGB (§ 1 I HWiG)

- Vertrag zwischen Unternehmer i.S.v. § 14 BGB und Verbraucher i.S.v. § 13 BGB über eine entgeltliche Leistung
 - Existenzgründer ≠ Verbraucher (BGHZ 162, 253)
 - Wortlaut des § 13 BGB: Zweckrichtung entscheidend
 - Existenzgründer begibt sich bewusst in unternehmerischen Verkehr
 - Umkehrschluss aus § 507 BGB
 - Aber: Verbraucher bei Vorbereitung der Existenzgründung (BGH ZIP 2008, 27)
 - Anwendbarkeit auf die Bürgschaft str. ("entgeltliche Leistung")
 - ❖ BGHZ 165, 363: Anwendbarkeit (+), wenn Sicherheitenbestellung = Haustürgeschäft eines Verbrauchers (Einzelbetrachtung)

1. Voraussetzungen gemäß § 312 I BGB (§ 1 I HWiG)

- Bestimmung zum Vertragsschluss
 - durch mündliche Verhandlungen am Arbeitsplatz/in Privatwohnung (⇔ Anruf am Arbeitsplatz/in der Privatwohnung)
 - auch Privatwohnung des Vertragspartners, wenn privater Besuchszweck
 - ❖ BGH, 13.6.2006 – XI ZR 432/04, NJW-RR 2006, 1715 (Rdn. 14)
 - auch bei Werbung durch Verwandte
 - ❖ BGHZ 133, 254 = NJW 1996, 3414 (LS 1)
 - ❖ BGH, 13.6.2006 – XI ZR 432/04, NJW-RR 2006, 1715 (Rdn. 20)
 - nicht bei Vertragsschluss durch Ehefrau in Geschäftsräumen des Ehemanns, die im selben Haus wie die Privatwohnung liegen
 - ❖ BGHZ 165, 363 = NJW 2006, 845

- Bestimmung zum Vertragsschluss (Fortsetzung)
 - anlässlich einer Freizeitveranstaltung
 - im Anschluss an überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder auf öffentlichen Verkehrsflächen
- überschießende Umsetzung der Richtlinie (diese betrifft nur den Vertragsschluss in der „Haustürsituation“)

- Kausalität zw. „Haustürsituation“ und Vertragsschluss
 - Beweislast für Haustürsituation und deren Kausalität für den Vertragsschluss trägt der Verbraucher
 - ❖ BGH, 22.9.2008 – II ZR 257/07, ZIP 2008, 2359 (Rdn. 5)
 - Mitursächlichkeit ist ausreichend
 - ❖ BGH, 8.6.2004 – XI ZR 167/02, NJW 2004, 2744, 2745
 - ❖ BGH, 10.7.2007 – XI ZR 243/05, NJW 2007, 3272 (Rdn. 11 f.): besondere Umstände der ersten Kontaktaufnahme müssen nicht die entscheidende Ursache darstellen
 - bei mehreren vorbereitenden Gesprächen über einen längeren Zeitraum kann die Kausalität (Überrumpelung) fehlen
 - ❖ BGH, 22.9.2008 – II ZR 257/07, ZIP 2008, 2359 (Rdn. 5)

- Kausalität zw. „Haustürsituation“ und Vertragsschluss
 - zeitlicher Abstand + fehlender Widerruf eines parallel abgeschlossenen Vertrags (mit ordnungsgemäßer Belehrung) sind von Bedeutung
 - ❖ BGH, 9.5.2006 – XI ZR 119/05, NJW-RR 2006, 1419 (Rdn. 14 f.)
 - bei zunehmendem zeitlichen Abstand entfällt Indizwirkung
 - ❖ BGH, 13.6.2006 – XI ZR 94/05, NJW 2006, 3349 (Rdn. 15)
 - ❖ BGH, 22.9.2008 – II ZR 257/07, ZIP 2008, 2359 (Rdn. 5)
 - Kausalität entfällt nicht generell nach Ablauf bestimmter Frist (z.B. nach drei Wochen)
 - ❖ BGH, 18.12.2007 – XI ZR 76/06, ZIP 2008, 357 (Rdn. 20)
 - ❖ BGH, 24.3.2009 – XI ZR 456/07, ZIP 2009, 1054 (LS 2 + Rdn. 19)

2. Ausnahmen (§ 312 III BGB, § 1 II HWiG)

- Verbraucher bestellt den Unternehmer vorher zum Arbeitsplatz / in die Privatwohnung
 - nicht bei einer durch den vorherigen Anruf des Unternehmers provozierten Bestellung zum Arbeitsplatz / in die Wohnung
 - Bestellung zwecks Verhandlung über bestimmte Art von Leistungen erforderlich, nicht zur allgemeinen Informationserteilung
 - ❖ BGH, 10.6.2008 – XI ZR 348/07, ZIP 2008, 1865 (Rdn. 19)
 - unmittelbarer Leistungsaustausch bis 80 DM / 40 Euro
 - Willenserklärung von einem Notar beurkundet
 - z.B. notarieller Kaufvertrag über eine Immobilie
- ⇒ Richtlinie: Verträge über den Verkauf von Immobilien

1. Ausschluss des Haustürwiderrufsrechts bei Bestehen anderer Widerrufsrechte (z.B. nach Verbraucherkreditrecht)

- Wortlaut des früheren § 5 II HWiG: „Erfüllt ein Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz ..., so sind nur die Vorschriften diese[s] Gesetze[s] anzuwenden.“
- Problem: genereller Ausschluss des Widerrufrechtes aus § 7 VerbrKrG bei Realkrediten (§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG)
- BGH früher: generell kein Widerrufsrecht bei Realkrediten (NJW 2000, 521 – Vorlage an den EuGH in Sachen Heininger)

2. Richtlinienkonforme Auslegung der Subsidiaritätsklausel

- a) EuGHE I 2001, 9945 = NJW 2002, 281 – Heininger
- Haustürgeschäfte richtlinie ist auf Realkredite anwendbar
 - Verbraucher verfügt über das Widerrufsrecht nach Art. 5 der Richtlinie
 - Eine Befristung des Widerrufsrechtes auf ein Jahr bei fehlender Belehrung ist dem nationalen Gesetzgeber nicht möglich

2. Richtlinienkonforme Auslegung der Subsidiaritätsklausel

- b) BGHZ 150, 248 = NJW 2002, 1881 – Heininger (XI. Senat)
- Subsidiarität gilt nicht, soweit das VerbrKrG kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das HWiG einräumt ⇒ Restbedeutung?
 - ⇒ bei Realkredit keine Anwendung von § 7 HWiG (Gerichtsstand)
 - ❖ BGH, 9.4.2002 – XI ZR 32/99, BGHZ 150, 264 = NJW 2002, 2029
 - Wille des Gesetzgebers war auf Übereinstimmung von nationalem Recht und Richtlinienrecht gerichtet
 - richtlinienkonforme Auslegung auch bei Personalkreditverträgen, um Wertungswidersprüche im Vergleich zum Realkredit zu vermeiden
 - keine „gespaltene Lösung“ zw. Haustürsituation i.S.d. Richtlinie und i.S.d. HWiG ⇒ Widerrufsrecht auch bei Anbahnung an der Haustür
- c) Heute: Wortlaut des § 312a BGB

1. Willenserklärung gegenüber Vermittler in Haustürsituation

- Fall: Vermittler sucht den Verbraucher in der Wohnung auf und lässt den Vertrag dort unterzeichnen
- Früher: Zurechnung analog § 123 II BGB
 - ❖ BGH, 12.11.2002 – XI ZR 3/01, NJW 2003, 424
 - ❖ BGHZ 159, 280, 285 f. = NJW 2004, 2731, 2732 f. (II. Senat)
- Heute: objektives Bestehen der Haustürsituation reicht
 - ❖ EuGHE I 2005, 9273 = NJW 2005, 3555 – Crailsheimer Volksbank: Wortlaut der Richtlinie bietet für zusätzliches Erfordernis keine Grundlage
 - ❖ BGH, 12.12.2005 – II ZR 327/04, NJW 2006, 497 = WM 2006, 220
 - ❖ BGH, 14.2.2006 – XI ZR 255/04, NJW 2006, 1340 = WM 2006, 674: gegenteilige Absicht des Gesetzgebers ohne Niederschlag im Wortlaut

1. Willenserklärung gegenüber Vermittler in Haustürsituation

- keine Zurechnung ggü. der Bank, wenn der Vermittler „im Lager“ des Verbrauchers steht (z.B. langjähriger Steuerberater)
 - ❖ BGH, 10.6.2008 – XI ZR 348/07, ZIP 2008, 1865 (LS + Rdn. 22 ff.)
- keine Zurechnung, wenn die konkrete Bank auf Wunsch des Verbrauchers um die Finanzierung gebeten wurde
 - ❖ BGH, 23.9.2008 – XI ZR 266/07, ZIP 2008, 2211 (LS + Rdn. 16 ff.)

2. Bevollmächtigung in Haustürsituation

- Für Widerruflichkeit ist nicht auf die Haustürsituation des Vertretenen bei Vollmachtserteilung, sondern auf die des Vertreters bei Abschluss des (Darlehens-)vertrags abzustellen
 - ⇒ Rechtsgedanke des § 166 I BGB
 - ❖ BGHZ 144, 223 = NJW 2000, 2268
- Umgehung i.S.v. § 312f Satz 2 BGB (§ 5 I HWiG) nur bei Einschaltung des Vertreters mit Wissen + Wollen des Dritten (= Bank) zur Vermeidung der Widerruflichkeit
 - ❖ BGHZ 161, 15, 32 = NJW 2005, 664, 668
 - ❖ BGHZ 144, 223, 232: Treuhänder in Investitionsphase sinnvoll
- keine Änderung durch Rspr. in Sachen Crailsheimer Volksbank; arg.: betrifft Zurechnung, nicht das Vorliegen einer Haustürsituation
 - ❖ BGH, 28.3.2006 – XI ZR 239/04, NJW 2006, 2118 (Rdn. 18)

1. Gesetzliche Regelung

- § 1 I HWiG i.d.F. v. 16.1.1986: 1 Woche
- § 1 I HWiG i.d.F. v. 29.6.2000 i.V.m. § 361a BGB a.F.: 2 Wochen
- § 312 BGB ⇒ § 355 BGB
 - Frist: 2 Wochen (Abs. 1)
 - Fristbeginn mit ordnungsgemäßer Belehrung (Abs. 2)
 - Erlöschen nach 6 Monaten, jedoch nicht bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung (Abs. 3) ⇒ Folge von Heininger (s.u.)

2. Rechtsprechung

- ❖ EuGHE I 2001, 9945 = NJW 2002, 281 – Heininger: Richtlinie sieht Befristung nicht vor
- ❖ BGH: Belehrung nach VerbrKrG lässt Frist nicht beginnen
- ❖ EuGH ZIP 2008, 772 zu § 2 I 4 HWiG (Vorlage des OLG Stuttgart)

1. Widerruf des Grundstückskaufvertrags nicht möglich

- Willenserklärung von Notar beurkundet (§§ 1 II HWiG, 312 III BGB) ⇒ s.o. Folie 17
- Aber: Bindung entfällt bei einem verbundenen Geschäft mit dem Darlehensvertrag (selten) ⇒ Folge s.u. Folie 32

2. Widerruf der Fonds- / Gesellschaftsbeteiligung

- möglich, da Vertrag über entgeltliche Leistung (Geldanlage)
 - ❖ BGHZ 133, 254, 261 f. = NJW 1996, 3414, 3415 (Securenta)
 - ❖ BGH, 5.5.2008 – II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018 (Rdn. 8) m.w.N.
- Rechtsfolge bei verbundenem Geschäft mit Darlehensvertrag s.u. Folie 31
- Rechtsfolge bei fehlendem Verbundcharakter: Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband? ⇒ b.w.

2. Widerruf der Fonds- / Gesellschaftsbeteiligung

- Rechtsfolge bei fehlendem Verbundcharakter: Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband?
 - nach std. Rspr. auch anwendbar für Beitritt eines Verbrauchers
 - an die Stelle des Widerrufs tritt – wie bei Rücktritt, Kündigung, Anfechtung oder Nichtigkeit – die fristlose Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses
 - Fehler des Beitritts = absoluter Kündigungsgrund
 - Anspruch auf Abfindungsguthaben z.Z. der Kündigung, ggf. Nachzahlungspflicht bei negativer Abrechnungsbilanz
 - ❖ BGHZ 148, 201 = NJW 2001, 2718 – II. Senat
 - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 (Rdn. 18) – XI. Senat

b.w.

2. Widerruf der Fonds- / Gesellschaftsbeteiligung

- Rechtsfolge bei fehlendem Verbundcharakter: Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband ?
 - Widerruf des Beitritts befreit nicht vom Fortbestand der Außen- und Verlusthaftung eines Kommanditisten
 - ❖ OLG Köln, 14.6.2007 – 18 U 117/05, ZIP 2007, 2212
 - ❖ KG, 8.11.2007 – 23 U 19/07, ZIP 2008, 882
 - Vorlage an den EuGH: Frage, ob die Anwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Verband, insbes. eine eventuelle Nachzahlungspflicht, mit Art. 5 Abs. 2 RiLi 85/577/EWG (⇒ Entlassung des Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen) vereinbar ist
 - ❖ BGH, 5.5.2008 – II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018

1. Grundsatz: Pflicht zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen (§§ 357 I, 346 BGB, früher: § 3 HWiG)

- Kreditnehmer: Rückgewähr der Darlehensvaluta (+ Verzinsung)
 - ❖ BGHZ 152, 331 = NJW 2003, 422 = WM 2002, 2501
 - ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (LS 1)
 - ❖ BGH, 26.9.2006 – XI ZR 283/93, NJW 2007, 361 (Rdn. 17 ff.)
 - ⇒ Widerruf sichert Entscheidungsfreiheit, dient aber nicht der Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos der Darlehensverwendung auf die Bank
 - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = WM 2006, 1003 (Rdn. 12)
 - ⇒ marktübliche Verzinsung, nicht gesetzlicher Zinssatz
 - ❖ BGH, 19.9.2006 – XI ZR 242/05, NJW 2007, 364 (Rdn. 14)

- Kreditnehmer: Rückgewähr der Darlehensvaluta (+ Verzinsung)
 - ⇒ Kreditnehmer muss die Valuta tatsächlich empfangen haben (siehe zum VerbrKrR auch unten Folie 45 f.)
 - ⇒ Definition: Darlehensgegenstand scheidet aus dem Vermögen des Darlehensgebers aus und wird dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form endgültig zugeführt
 - ⇒ weisungsgemäße Auszahlung an einen Dritten = Auszahlung an den Darlehensnehmer (Ausnahme: Dritter ist „verlängerter Arm“ des Darlehensgebers)
Achtung: kein „Empfang“ bei Nichtigkeit der Auszahlungsweisung
- ❖ BGH, 21.3.2006 – XI ZR 204/03, ZIP 2006, 846 (Rdn. 13 ff.)

- Kreditgeber: Rückgewähr der vom Kreditnehmer selbst gezahlten Beträge (+ Verzinsung), nicht aber der dem Kreditgeber zugeflossenen Fondsausschüttungen
 - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = WM 2006, 1003 (Rdn. 41)
 - ⇒ marktübliche Verzinsung
 - ❖ BGH, 19.9.2006 – XI ZR 242/05, NJW 2007, 364 (Rdn. 14)

2. Ausnahme: verbundenes Geschäft

- a) Kreditnehmer von der Pflicht zur Kreditrückzahlung befreit
- Widerruf steht auch der Wirksamkeit des finanzierten Geschäfts entgegen (§ 358 II 1 BGB, früher: § 9 II 1 VerbrKrG ≈ bei HWiG)
 - Entscheidungsfreiheit ist nur gesichert, wenn Verbraucher nach Widerruf keinem Zahlungsanspruch der Bank ausgesetzt ist
⇒ Rückabwicklung zw. Bank und Partner des finanzierten Geschäfts ⇒ Verbraucher kann der Bank die finanzierte Sache (Fondsanteil) zur Verfügung stellen
 - ❖ BGHZ 133, 254, 259 ff. = NJW 1996, 3414, 3415 (Securenta)
 - ❖ BGHZ 159, 280, 287 f. = NJW 2004, 2731, 2733 (II. Senat)
 - ❖ BGH, 12.12.2005 – II ZR 327/04, NJW 2006, 497 (Rdn. 30)
 - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = WM 2006, 1003 (Rdn. 11 ff.)

2. Ausnahme: verbundenes Geschäft

- b) Befreiung des Kreditnehmers von der Pflicht zur Kreditrückzahlung auch bei notarieller Beurkundung des finanzierten Geschäfts (Fall der §§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG, 312 III Nr. 3 BGB)
- Gedanke fehlenden Bedürfnisses für einen Übereilungsschutz bezieht sich nicht auf den Darlehensvertrag
 - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = WM 2006, 1003 (Rdn. 17)
- c) Lehre vom fehlerhaften Verband steht einer Freistellung von der Pflicht zur Kreditrückzahlung nicht entgegen
- ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = WM 2006, 1003 (Rdn. 18 ff.)
- d) Anrechnung von Steuervorteilen des Verbrauchers auf dessen Rückforderungsanspruch gegen die Bank
- ❖ BGHZ 172, 147 = NJW 2007, 2401 (LS)
 - ❖ BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 (Rdn. 28)

3. Problemfall: fehlendes Verbundgeschäft

- a) Anwendungsfälle:
- wirtschaftliche Einheit fehlt ⇒ s.u. Folien 52 ff.
 - Unanwendbarkeit des § 9 VerbrKrG beim Realkredit (§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG) ⇒ s.u. Folien 56 ff.
- b) Problem: isolierter Widerruf des Darlehensvertrags stellt den Verbraucher schlechter als ohne Widerruf
⇒ sofortige Rückzahlung
- c) LG Bochum NJW 2003, 2612 – Schulte
- Rechtsfolge sofortiger Rückzahlungspflicht widerspricht dem Schutzzweck des Widerrufsrechts
 - Vorlage an den EuGH

3. Problemfall: fehlendes Verbundgeschäft

- d) EuGHE I 2005, 9215 = NJW 2005, 3551 – Schulte
- Haustürwiderrufsrichtlinie nimmt Kaufverträge über Immobilien ausdrücklich aus
 - Richtlinie enthält keine Vorschriften über Verbundgeschäfte
⇒ Achtung: siehe aber jetzt Art. 15 I VerbrKrRiLi 2008/48/EG
 - Rechtsfolgen richten sich nach nationalem Recht
 - Richtlinie steht Pflicht zur Rückzahlung der – mittelbar – erhaltenen Darlehensvaluta + Zinsen nicht entgegen
 - Aber **Schutz des Verbrauchers bei fehlender Belehrung:** Verbraucher darf nicht die Folgen der Verwirklichung von Risiken tragen, die er bei Widerruf nach ordnungsgemäßer Belehrung hätte vermeiden können.

3. Problemfall: fehlendes Verbundgeschäft

e) Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung

- Grundsatz: Pflicht des Kreditnehmers zur Rückzahlung
 - ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Leitsatz 1)
 - ❖ BGH, 21.3.2006 – XI ZR 204/03, ZIP 2006, 846 (Rdn. 12)
- Aber: Schadensersatz aus c.i.c. bei unterbliebener Belehrung = echte Rechtspflicht zur Belehrung über das Widerrufsrecht
 - ❖ BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 (Rdn. 40 ff.)
- Schadensersatzanspruch auch, wenn Haustürsituation nur bei Anbahnung, nicht bei Vertragsschluss vorgelegen hat
 - ❖ BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 (Leitsatz 2 + Rdn. 19)

3. Problemfall: fehlendes Verbundgeschäft

e) Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung

- kein Schadensersatz ohne Verschulden (a.A. z.B. *Habersack*)
 - ❖ BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 (Rdn. 42)
 - ❖ BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 (Rdn. 21)
- Verschulden vor „Heininger“?
 - ❖ zweifelnd BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 (Rdn. 42)
 - ❖ offen jetzt BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 (Rdn. 22)
- kein Schadensersatzanspruch, wenn Kaufvertrag vor Kreditvertrag abgeschlossen wurde (fehlende Kausalität)
 - ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Leitsatz 2)
 - ❖ BGH, 26.9.2006 – XI ZR 283/03, NJW 2007, 361 (Rdn. 24)
 - ❖ BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 (Rdn. 24)

3. Problemfall: fehlendes Verbundgeschäft

e) Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung

- konkreter Nachweis des Anlegers erforderlich, dass er bei ordnungsgemäßer Belehrung den Kreditvertrag widerrufen und die Anlage nicht getätigt hätte → keine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens
 - ❖ BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 (Rdn. 43)
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 55)
 - ❖ BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 (Rdn. 33 f.)
- Nachweis selbst bei Unwirksamkeit des finanzierten Vertrags
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Leitsatz 2 + Rdn. 55)
 - ❖ BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 (Rdn. 34)
- Literatur: kein Schadensersatz bei (nur) unrichtiger Belehrung

1. Darlehensnehmer

- Verbraucher i.S.v. § 13 BGB
- Existenzgründer (§ 507 BGB)
 - Ausnahme: Nettodarlehensbetrag/Barzahlungspreis > 50.000 €
- nicht gewerblich tätige GbR
 - BGHZ 149, 80, 83 = NJW 2002, 368: Die GbR ist (trotz ihrer Rechtsfähigkeit) Verbraucher, wenn sie der Verwaltung eigenen Vermögens dient
 - Anderes gilt, wenn der Kredit der gewerblichen Tätigkeit der GbR dient; dann auch kein Schutz des akzessorisch mithaftenden Gesellschafters
 - ❖ BGH, 18.7.2006 – XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980 (Rdn. 30)
 - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 287/05, ZIP 2007, 1650 (Rdn. 22 ff.)

2. Darlehensgeber

- Unternehmer i.S.v. § 14 BGB
 - ❖ BGHZ 179, 126 = ZIP 2009, 261: auch bei sonst. gewerblicher Tätigkeit

1. Grundsatz: Darlehensverträge i.S.v. § 488 BGB

- BGHZ 133, 71: analoge Anwendung bei Schuldbeitritt zu Kreditvertrag, wenn Beitretender = Verbraucher
- BGHZ 142, 23: analoge Anwendung bei Übernahme eines Kreditvertrags durch Verbraucher (jedenfalls bei dreiseitiger Vereinbarung)
- BGHZ 138, 321: Unanwendbarkeit jedenfalls bei Bürgschaften für gewerbliche Kredite
- EuGHE I 2000, 1741 = NJW 2000, 1323: Bürgschaft unterfällt generell nicht der Verbraucherkreditrichtlinie

2. Ausnahme (§ 491 II BGB)

- Bagatellklausel: Darlehen ≤ 200 € (Nr. 1)
- Arbeitnehmerdarlehen unter marktüblichen Sätzen (Nr. 2)
- Förderdarlehen unter marktüblichen Sätzen (Nr. 3)

1. Schriftform i.S.v. § 492 I BGB (§ 4 I VerbrKrG)

- einfache Schriftform (Satz 1)
 - ⇒ fehlt bei verspäteter Annahme durch die Bank (§ 147 II BGB) und konkludenter Annahme des neuen Antrags (§ 150 I BGB) durch Zahlung der Kreditraten
 - ❖ BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 (Rdn. 38 ff.)
- kein Abschluss in elektronischer Form (Satz 2)
- getrennte schriftliche Erklärung möglich (Satz 3)
- qualifizierte Schriftform (Satz 5) ⇒ Folien 42 ff.
- gilt auch für spätere Änderungsvereinbarungen
 - ❖ BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 (Rdn. 11 f.)

2. Ausnahme für Überziehungskredit (§ 493 BGB)**3. Rechtsfolge fehlender Schriftform**

- Nichtigkeit des Vertrags – § 494 I BGB (§ 6 I VerbrKrG)
- aber möglicherweise Heilung durch Auszahlung (s.u.)

1. Erforderliche Angaben i.S.v. § 492 I 5 BGB (§ 4 I 5 VerbrKrG)

- a) Nettokreditbetrag, ggf. Höchstgrenze
 - b) Gesamtbetrag aller Teilzahlungen
 - ❖ BGHZ 179, 260 = ZIP 2009, 507 (Rdn. 10): bei Abschnittsfinanzierung nicht nur für Periode der Zinsfestschreibung + Restbetrag, sondern Gesamtbetrag
 - ❖ BGHZ 167, 239 (Rdn. 13) + 252 (Rdn. 25 ff.): Finanzierung über Lebensvers.
 - ⇔ BGH, 19.2.2008 – XI ZR 23/07, ZIP 2008, 826: Kredit einmal in LV eingezahlt
 - c) Art + Weise der Rückzahlung
 - d) Zinssatz + alle sonstigen Kosten
 - e) (anfänglicher) effektiver Jahreszins
 - f) Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung
 - g) zu bestellende Sicherheiten
- ⇒ *Erweiterung + Einführung von Formblättern durch VerbrKrRiLi 2008 ⇒ Folie 86*

2. Ausnahme für Überziehungskredit (§ 493 BGB)**3. Angaben in einer Vollmacht zum Abschluss des Kreditvertrags**

- ❖ BGHZ 161, 15, 32 f. = NJW 2005, 664, 668: nicht erforderlich
- siehe aber jetzt § 492 IV BGB

4. Rechtsfolge fehlender Angaben

- i.d.R. Nichtigkeit des Vertrags (§ 494 I BGB, früher: § 6 I VerbrKrG)
 - ⇒ aber möglicherweise Heilung durch Auszahlung (s.u. Ziff. 6)
- nicht genannte Sicherheiten sind nicht geschuldet (§ 494 II 6 BGB)
 - ⇒ gleichwohl bestelltes vollstreckbares Schuldversprechen kann aber nicht zurückgefordert werden, da es seinen Rechtsgrund in sich selbst trägt
- ❖ BGHZ 177, 345 = ZIP 2008, 1669 = NJW 2008, 3208 (LS + Rdn. 13 ff.)

5. Rechtsfolge fehlerhafter Angaben

- keine Nichtigkeit gemäß § 494 I BGB (früher: § 6 I VerbrKrG), da Wortlaut nur auf „fehlende“ Angaben abstellt
 - ❖ BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = WM 2006, 1066 (Rdn. 14)
 - ❖ BGH, 9.5.2006 – XI ZR 119/05, NJW-RR 2006, 1419 (Rdn. 28)

6. Heilung der Nichtigkeit

- a) durch Auszahlung der Valuta (§ 494 II 1 BGB, früher: § 6 II 1 VerbrKrG)
- Darlehensnehmer empfängt das Darlehen oder nimmt es in Anspruch
 - Definition: Darlehensgegenstand scheidet aus dem Vermögen des Darlehensgebers aus und wird dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form endgültig zugeführt
 - weisungsgemäße Auszahlung an einen Dritten = Auszahlung an den Darlehensnehmer (Ausnahme: Dritter ist „verlängerter Arm“ des Darlehensgebers)
 - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = WM 2006, 1003 (Rdn. 30 f.) u.a.
- Achtung: kein „Empfang“ bei Nichtigkeit der Auszahlungsweisung
- ❖ BGH, 21.3.2006 – XI ZR 204/03, ZIP 2006, 846

6. Heilung der Nichtigkeit

- a) durch Auszahlung der Valuta (§ 494 II 1 BGB, früher: § 6 II 1 VerbrKrG)
- Verletzung des Schriftformerfordernisses insgesamt wird auch durch Inanspruchnahme des Kredits geheilt
 - ❖ BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 (LS 2 + Rdn. 16 f.)
 - Fortsetzung der Darlehensnutzung bei bereits ausgezahltem Darlehen reicht aus (auch bei früherer weisungsgemäßer Auszahlung an Dritte)
 - ❖ BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 (Rdn. 18)
 - ❖ BGH, 18.12.2007 – XI ZR 76/06, ZIP 2008, 357 (Rdn. 26)

6. Heilung der Nichtigkeit

- b) Ermäßigung des Zinssatzes auf den gesetzlichen Zins, wenn Zinssatz, effektiver Jahreszins oder Gesamtbetrag fehlt; nicht angegebene Kosten oder Sicherheiten sind nicht geschuldet (§ 494 II 2 BGB, früher: § 6 II 2 VerbrKrG)
- keine Ermäßigung des Zinssatzes bei Nichtangabe der Anzahl der Raten und Nichtangabe der Kosten einer Versicherung
 - ❖ BGH, 18.12.2007 – XI ZR 76/06, ZIP 2008, 357 (Rdn. 27)
 - keine Ermäßigung des Zinssatzes bei Nichteinhaltung der Schriftform wegen fehlenden förmlichen Zugangs der Annahmeerklärung des Kreditgebers (Telefax), aber vollständiger Vertragserklärung des Kreditnehmers
 - ❖ BGHZ 165, 213 = NJW 2006, 681 (LS 3 + Rdn. 19 ff.)

6. Heilung der Nichtigkeit

- c) Neuberechnung der monatlichen Raten unter Berücksichtigung des ermäßigten Zinssatzes (§ 494 II 4 BGB, früher: § 6 II 4 VerbrKrG)
- Anspruch gegen die Bank auf Neuberechnung
 - Rückzahlung überzahlter Zinsen gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB
 - kein Wahlrecht, stattdessen die den gesetzlichen Zinssatz übersteigenden Beträge zur (schnelleren) Tilgung des Darlehens zu verrechnen
 - ❖ BGHZ 179, 260 = ZIP 2009, 507 = WM 2009, 506
 - Bereicherungs- und Neuberechnungsanspruch unterliegen je eigener Verjährung; Beginn der Verjährung des Neuberechnungsanspruchs nicht vor Beendigung des Darlehensverhältnisses
 - ❖ BGH, 20.1.2009 – XI ZR 487/07, ZIP 2009, 559 (LS 1, 2 + Rdn. 27 ff.)
 - Zurückbehaltungsrecht bezüglich Ratenzahlung bis zur Neuberechnung
 - ❖ BGH, 20.1.2009 – XI ZR 487/07, ZIP 2009, 559 (Rdn. 25)

6. Heilung der Nichtigkeit

- d) keine Ausnahme bei verbundenem Geschäft
- Wortlaut deutet nicht auf ein anderes Verständnis des Empfangs bei verbundenen Geschäften hin
 - Schutz des Verbrauchers durch günstige Zinskonditionen
 - Securenta-Rechtsprechung zum HWiG (BGHZ 133, 254, 259 ff.; s.o. Folie 31) ist nicht übertragbar, da es keine Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu sichern gilt; die Wirksamkeit des Vertrags tritt kraft Gesetzes mit den dort geregelten Rechtsfolgen ein (insbes. verminderter Zins)
 - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 (Rdn. 32 ff.) u.a. (XI. Senat)
 - ❖ BGHZ 177, 108 = ZIP 2008, 1317 (Rdn. 12)
 - ❖ a.A. noch BGHZ 159, 294, 306 f. = NJW 2004, 2736, 2739 f. (II. Senat)

1. Grundsatz: Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensvertrag

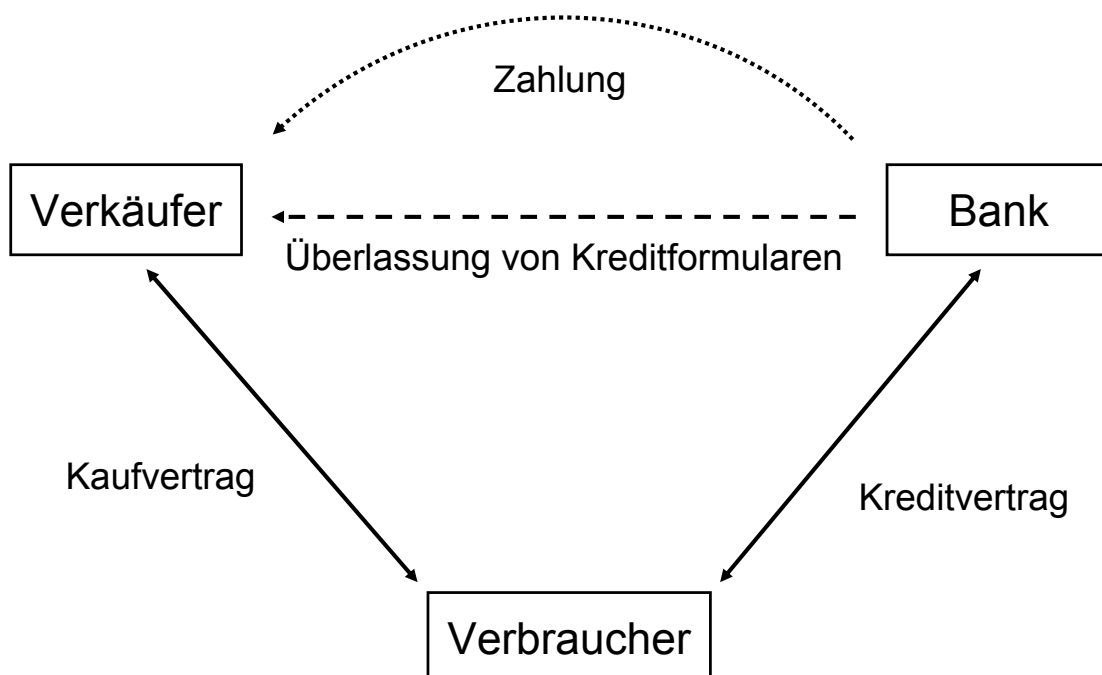
- Früher: § 7 I VerbrKrG ⇒ § 361a BGB a.F.
- Heute: § 495 I BGB ⇒ § 355 BGB n.F.
 - Frist: 2 Wochen (Abs. 1)
 - Fristbeginn mit ordnungsgemäßer Belehrung (Abs. 2)
 - Erlöschen nach 6 Monaten, jedoch nicht bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung (Abs. 3) ⇒ Verallgemeinerung der *Heininger-Rspr.*

2. Ordnungsgemäße Belehrung

- Belehrung muss bei schriftlichen Vertragsschlüssen (Abs. 2 Satz 3) deutlich machen, dass die Frist erst nach Erhalt des schriftlichen Dokuments und Vertragserklärung des Verbrauchers beginnt
- Zusatz erlaubt, dass die Belehrung zur Kenntnis genommen wurde
- ❖ BGH v. 10.3.2009 – XI ZR 33/08, ZIP 2009, 952 (für BGHZ vorgesehen)

4. Früher: Ausnahme bei Realkreditverträgen (§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG)

- Definition des Realkreditvertrags s.u. Folien 56 ff.
- Widerrufsrecht nach HWiG bleibt erhalten (*Heininger*); s.o. Folien 19 f.
- Heute: allgemeines Widerrufsrecht in § 495 BGB

5. Ausnahme bei jederzeit rückzahlbarem Kontokorrentkredit (§§ 495 II BGB, 7 IV VerbrKrG)

1. Verbundenes Geschäft

- a) Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung
 - ⇒ auch: Erwerb einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft (Fonds)
 - ❖ BGHZ 156, 46, 50 = NJW 2003, 2821, 2822 (II. Senat)
- b) Kredit dient der Finanzierung des anderen Vertrags + beide Verträge bilden eine wirtschaftliche Einheit (§ 358 III 1 BGB, § 9 I 1 VerbrKrG)
 - ❖ BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 (Rdn. 24 ff.)
- c) unwiderlegliche Vermutung wirtschaftlicher Einheit
 - aa) Gesetz (§ 358 III 2 BGB, § 9 I 2 VerbrKrG)
 - Unternehmer finanziert selbst die Gegenleistung
 - bei Drittfinanzierung: Kreditgeber bedient sich bei Vorbereitung und Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers

1. Verbundenes Geschäft

- c) unwiderlegliche Vermutung wirtschaftlicher Einheit
 - bb) Rechtsprechung
 - keine eigene Initiative des Kreditnehmers
 - Vorlage des Kreditvertrags durch Vertriebsbeauftragte des Anlagevertreibers
 - Bank hat sich zuvor dem Anlagevertreiber gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt
 - ❖ BGHZ 156, 46, 50 f. = NJW 2003, 2821, 2822 (II. Senat)
 - ❖ BGHZ 167, 252 = NJW 2006, 1788 = WM 2006, 1003 (Rdn. 14)
 - ❖ BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 (Rdn. 19)
 - ❖ BGH, 4.12.2007 – XI ZR 227/06, NJW 2008, 845 (Rdn. 21 ff.)

1. Verbundenes Geschäft

c) unwiderlegliche Vermutung wirtschaftlicher Einheit

bb) Rechtsprechung

- Kenntnis der Bank vom Zusammenwirken des Vermittlers mit der Verkäuferseite erforderlich (vgl. Wortlaut des § 358 III 2 BGB: sich der Mitwirkung des Unternehmens „bedient“)
- § 242 BGB, wenn sich die Bank der Kenntnis dieser Tatsache unredlich verschließt
- ❖ BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 (Rdn. 20 f.)

1. Verbundenes Geschäft

d) früher: Unanwendbarkeit bei Realkredit (§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG)

- Realkredit + finanziertes Grundstücksgeschäft ≠ wirtschaftliche Einheit; auch der wirtschaftliche Laie weiß, dass Kreditgeber + Immobilienverkäufer verschiedene Personen sind
 - ❖ BGHZ 150, 248, 263 = NJW 2002, 1881, 1884 u.a.
- konkreter Kredit muss tatsächlich zu den für Realkredite üblichen günstigen Bedingungen abgeschlossen sein
 - ❖ BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 (Rdn. 50)
 - ❖ BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 (Rdn. 47)
 - ❖ BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 (Rdn. 9)
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 21)
 - ❖ BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 (Rdn. 28 ff.)

1. Verbundenes Geschäft

- d) früher: Unanwendbarkeit bei Realkredit (§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG)
- Realkredit auch dann, wenn ein bereits bestehendes Grundpfandrecht übernommen wird
 - ❖ BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = WM 2006, 1008 (Rdn. 20)
 - ❖ a.A. noch BGHZ 159, 294, 308 = NJW 2004, 2736, 2739: besonderer Schutz durch Beurkundung (zw.)
 - Realkredit auch bei grundschuldgesicherter Kreditfinanzierung eines Immobilienfondsbeitritts; für § 3 II Nr. 2 VerbrKrG ist unerheblich, welchem Zweck der Kredit dient
 - ❖ BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = WM 2006, 1008 (Rdn. 22)
 - keine vollständige Sicherung des Kredits durch das Grundpfandrecht erforderlich
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 20)

1. Verbundenes Geschäft

- d) früher: Unanwendbarkeit bei Realkredit (§ 3 II Nr. 2 VerbrKrG)
- allein entscheidend, dass Kreditvergabe von grundpfandrechtlicher Sicherung abhängig gemacht wird; tatsächliche Bestellung des Grundpfandrechts ist nicht erforderlich
 - ❖ BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 (Rdn. 25)
 - parallele Gewährung eines nicht grundschuldgesicherten Kredits durch Zweitbank unerheblich (nur für jenen Kredit gilt § 9 VerbrKrG)
 - ❖ BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 (Rdn. 15)

1. Verbundenes Geschäft

- e) heutige Regel für Realkredit: § 358 III 3 BGB
- Bank verschafft dem Kreditnehmer auch das Grundstück/grundstücksgleiche Recht selbst oder fördert den Erwerb durch Zusammenwirken mit dem Unternehmer
 - Differenzierende Regelung für die Zukunft in § 358 III 3 BGB ändert an der Interpretation des § 3 II Nr. 2 VerbrKrG nichts
 - ❖ BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = WM 2006, 1008 (Rdn. 22)
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 22)

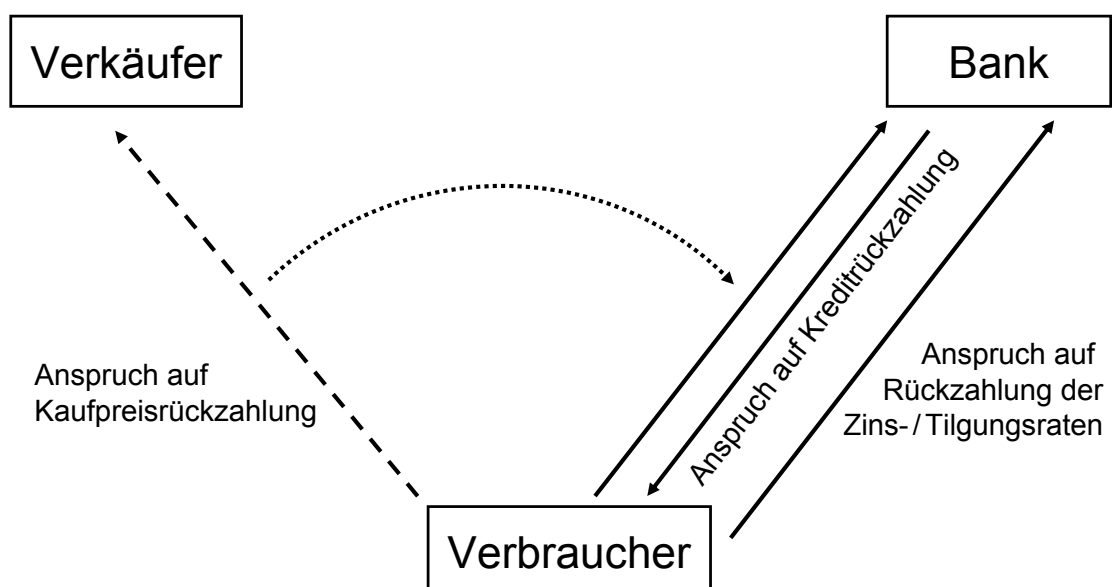
2. Keine Bindung an das verbundene Geschäft nach Widerruf – § 358 II 1 BGB (§ 9 II 1 VerbrKrG) ⇔ s.o. Folie 11

- a) Fehlende Bindung i.S.v. § 9 VerbrKrG
- keine Bindung an den verbundenen Kaufvertrag bei Widerruf des Kreditvertrags nach § 7 VerbrKrG (Abs. 2)
- b) Fehlende Bindung i.S.v. § 358 BGB
- keine Bindung an den Kreditvertrag bei Widerruf des verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer anderen Leistung (Abs. 1)
 - keine Bindung an den verbundenen Vertrag über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer anderen Leistung bei Widerruf des Kreditvertrags (Abs. 2, Satz 1)

3. Rückforderungsdurchgriff bei Widerruf – § 358 IV 3 BGB

(§ 9 II 4 VerbrKrG)

- a) bei Zufluss des Kreditbetrags zum Unternehmer vor dem Widerruf tritt der Kreditgeber im Verhältnis zum Verbraucher in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein
- b) Rechtsfolgen ⇒ Grafik Folie 62
 - Verbraucher kann den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises mit dem Anspruch des Kreditgebers auf Rückzahlung des Kredits verrechnen
 - Anspruch Verbraucher → Kreditgeber auf Rückzahlung einer an den Unternehmer geleisteten Anzahlung + der an den Kreditgeber geleisteten Zins- und Tilgungszahlungen
 - ❖ BGH v. 10.3.2009 – XI ZR 33/08, ZIP 2009, 952 (für BGHZ vorgesehen)



Sonderfall: Beitritt zu einem Immobilienfonds

- Problem: Grundsätze über den fehlerhaften Verband ⇒ s.u. Folie 65
- Aber: Entscheidungsfreiheit nur gesichert, wenn Verbraucher nach dem Widerruf keinem Zahlungsanspruch der Bank ausgesetzt ist
 - ⇒ Rückabwicklung zwischen Bank und Partner des finanzierten Geschäfts
 - ⇒ Verbraucher kann der Bank die finanzierte Sache (Fondsanteil) zur Verfügung stellen
- ❖ BGHZ 133, 254, 260 = NJW 1996, 3414, 3415 (Securenta)
 - Kommentar: (damals) noch keine Begründung für die Übertragung (auch) des Anlagerisikos auf die Bank
- ❖ BGHZ 159, 280, 287 f. = NJW 2004, 2731, 2733 (II. Senat)

4. Einwendungsdurchgriff – § 359 BGB (§ 9 III VerbrKrG)

- a) Verbraucher kann Kreditrückzahlung verweigern, soweit ihm Einwendungen gegen den Unternehmer des verbundenen Geschäfts zustehen
 - Hauptfall: Mängel der Kaufsache / des finanzierten Werks
 - Nacherfüllungsverlangen: Verweigerung der Kreditrückzahlung erst nach Fehlschlagen der Nacherfüllung (Satz 3)
 - Rücktritt: Recht, die Zahlungen einzustellen
 - Minderung: Minderung des Betrags oder der Anzahl der Raten
 - Schadens- / Aufwendungsersatz: ZBR in Höhe des Anspruchs; Aufrechnungsmöglichkeit str.
 - Nichtigkeit des finanzierten Vertrags: Fehleridentität ist vorrangig vor Einwendungsdurchgriff (Beispiel: Folie 69)

4. Einwendungsdurchgriff – § 359 BGB (§ 9 III VerbrKrG)

- b) Sonderfall: Beitritt zu einem Immobilienfonds
- nach außerordentlicher Kündigung des Fondsbeitritts aufgrund arglistiger Täuschung kann der Verbraucher den Abfindungsanspruch (Lehre vom fehlerhaften Verband) dem Kreditrückzahlungsanspruch entgegenhalten
 - ❖ BGHZ 156, 46, 51 ff. = NJW 2003, 2821, 2822 f.
 - ❖ BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = WM 2006, 1066 (Rdn. 27)
 - keine Anwendung auf Ansprüche gegen Gründungsgesellschafter, Fondsinitiatoren, Manager und Prospektherausgeber
 - ❖ BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = WM 2006, 1066 (Rdn. 28)
 - ❖ BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 (Rdn. 27)
 - ❖ BGH, 5.6.2007 – XI ZR 348/05, NJW 2007, 2407 (LS + Rdn. 12)
 - ❖ a.A. noch BGHZ 159, 280, 291 f.; BGHZ 159, 294, 312 f. (II. Senat)

5. Rückforderungsdurchgriff bei Einwendungen

- Beispiele: (1) arglistige Täuschung des Fondsanlegers durch Fondsgesellschaft / Vermittler, (2) Unwirksamkeit des verbundenen Kaufvertrags wegen nichtiger Vollmacht
 - Lösung des XI. Senats: Rückforderung wegen dauernder Einrede gemäß § 813 I 1 BGB (⇒ keine Regelungslücke)
 - ❖ BGH, 4.12.2007 – XI ZR 227/06, NJW 2008, 845 (Rdn. 25 ff.)
 - ❖ BGH, 1.7.2008 – XI ZR 411/06, ZIP 2008, 1673 (Rdn. 15 f.)
 - Lösung des II. Senats: Rückforderungsdurchgriff analog §§ 9 II 4 VerbrKrG, 358 IV 3 BGB
 - ❖ BGHZ 156, 46, 52 ff. = NJW 2003, 2821, 2823 f.
- ⇒ „Diese Rechtsprechung ... ist ... im Einvernehmen mit dem II. Zivilsenat ... aufgegeben“ (sehr zweifelhaft; betr. nur Erweiterung auf Dritte)
- ❖ BGH, 1.7.2008 – XI ZR 411/06, ZIP 2008, 1673 (Rdn. 15)

5. Rückforderungsdurchgriff bei Einwendungen

- Grundsatz: Anspruch Verbraucher → Kreditgeber auf Rückzahlung geleisteter Zins- und Tilgungszahlungen
- Probleme der Lösung des XI. Senats
 - ⇒ § 813 I 1 BGB hilft jedenfalls nicht bei Rücktritt, da keine Rückwirkung und damit bei früheren Zahlungen noch keine (dauernde) Einrede bestand
 - ⇒ zusätzlicher Anspruch auf Rückzahlung einer ggf. an den Unternehmer geleisteten Anzahlung nur über die Lösung des II. Senats
 - ⇒ insoweit besteht durchaus eine Regelungslücke

5. Rückforderungsdurchgriff bei Einwendungen

- Sonderproblem: fehlerhafter Beitritt zu Fondsgesellschaft (z.B. wegen arglistiger Täuschung des Anlegers)
- kein Anspruch des Anlegers auf ungeschmälerete Rückerstattung der Einlage (Lehre vom fehlerhaften Verband)
- Saldierung zwischen Darlehensrückzahlungsanspruch und Abfindungsanspruch ⇒ Differenzzahlung des Anlegers
 - ❖ BGHZ 156, 46, 52 ff. = NJW 2003, 2821, 2823 f. (II. Senat); überholt?
 - ⇒ Gegensatz zur Lösung bei Widerruf (s.o. Folie 63)
 - ⇒ siehe aber noch die Lösung des XI. Senats (sogleich Folien 69 ff.)

6. Anfechtung des Darlehensvertrags

- Darlehensvertrag kann gemäß § 123 BGB angefochten werden, wenn die Täuschung des Vermittlers auch für den Abschluss des Darlehensvertrags kausal war
 - Vermittler sowohl der Fondsbeteiligung als auch des Darlehensvertrags ist nicht Dritter i.S.v. § 123 II BGB
 - Kausalität liegt regelmäßig bei verbundenem Geschäft vor
- ❖ BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = WM 2006, 1066 (Rdn. 29)
- ❖ BGH, 5.6.2007 – XI ZR 348/05, NJW 2007, 2407 (Rdn. 14 ff.)
- ❖ BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 (Rdn. 25)

7. Alternative: Anspruch aus c.i.c. gegen die Bank

- praktisch wichtig, wenn Anfechtungsfrist des § 124 I BGB verstrichen
- Bank muss sich das täuschende Verhalten des Vermittlers zurechnen lassen, da dieser nicht Dritter i.S.v. § 123 II BGB ist
- Rechtsfolge: Naturalrestitution (§ 249 BGB) ⇒ Zustand bei fehlendem Beitritt zum Fonds + fehlender Kreditaufnahme
 - ⇒ Kreditnehmer: Abtretung des Fondsanteils bzw. des Abfindungsanspruchs nach Kündigung
 - ⇒ Bank: Rückerstattung der Zins- und Tilgungsleistungen
./ . Vorteilsausgleich: Fondsausschüttungen + Steuerersparnis
- ❖ BGHZ 167, 239 = NJW 2006, 1955 = WM 2006, 1066 (Rdn. 30)
- ❖ BGH, 5.6.2007 – XI ZR 348/05, NJW 2007, 2407 (Rdn. 14 ff.)
- ❖ BGH, 19.6.2007 – XI ZR 142/05, NJW 2007, 3200 (Rdn. 25 ff.)
- ❖ BGH, 1.7.2008 – XI ZR 411/06, ZIP 2008, 1673 (Rdn. 17 ff.)

7. Alternative: Anspruch aus c.i.c. gegen die Bank

- Zurechnung gegenüber der Bank nur bei einer vorsätzlichen Täuschung des Anlegers durch den Vermittler
 - ❖ BGH, 5.6.2007 – XI ZR 348/05, NJW 2007, 2407 (Rdn. 21)
 - ❖ BGH, 1.7.2008 – XI ZR 411/06, ZIP 2008, 1673 (LS + Rdn. 17 ff.)
- Vermittlungsgesellschaft hat positive Kenntnis von im Prospekt zu niedrig ausgewiesener Provision, wenn sie selbst eine höhere Provision bezieht
 - ❖ BGH, 24.3.2009 – XI ZR 456/07, ZIP 2009, 1054 (Rdn. 35)
- für Vorsatz keine Vermutung nach § 282 BGB a.F., § 280 I 2 BGB n.F.
 - ❖ BGH, 1.7.2008 – XI ZR 411/06, ZIP 2008, 1673 (LS + Rdn. 23)

8. Keine Zurechnung fremden Verschuldens bei – gemäß § 3 II Nr. 2 VerbrKrG – fehlendem Verbundcharakter

- ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rdn. 63)
- ⇒ Kommentar: zweifelhaft, da Ausschluss des Verbundcharakters nach § 3 II Nr. 2 VerbrKrG und Wissenszurechnung in keinem Zusammenhang stehen
- zur Rechtslage, wenn ein verbundenes Geschäft fehlt, b.w.

1. Früher: Risikoaufklärung der Bank über finanziertes Geschäft nur unter besonderen Bedingungen:

- ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rdn. 40 ff.)
 - ❖ BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 (Rdn. 13 ff.)
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 30 ff.)
- a) Bank geht über die Rolle als Kreditgeberin hinaus
- ⇒ (+) bei erkennbarer Übernahme von Verkäuferfunktionen; nicht schon bei auf die Baufinanzierung bezogener Referenzerklärung im Verkaufsprospekt
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 38)
 - ⇒ (–) bei Abhängigkeit der Kreditauszahlung von Beitritt zu einem Mietpool
 - ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rdn. 43)
 - ❖ BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 (Rdn. 18)
 - ❖ BGH, 3.6.2008 – XI ZR 131/07, ZIP 2008, 1368 (Rdn.17)

- b) Schaffung besonderen Gefährdungstatbestands für den Kunden
- ⇒ (+) bei Verlangen des Beitritts zu einem Mietpool mit spezifischen Risiken (Überschuldung; konstant überhöhte Ausschüttungen etc.)
 - ❖ BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 (LS + Rdn. 27)
 - ❖ BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 (Rdn. 19)
 - ❖ BGH, 18.3.2008 – XI ZR 246/06, ZIP 2008, 1011 (Rdn. 17 ff.)
 - ❖ BGH, 3.6.2008 – XI ZR 131/07, ZIP 2008, 1368 (Rdn. 29)
 - ⇒ (–) bei Finanzierung ohne Eigenkapital + werthaltige dingliche Absicherung
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 41 ff.)

c) Verwicklung in schwerwiegende Interessenkonflikte

- ⇒ (+) bei Abwälzung eines eigenen notleidenden Kreditengagements auf Anleger
 - ❖ BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 (Rdn. 50)
 - ❖ BGH, 18.3.2008 – XI ZR 246/06, ZIP 2008, 1011 (Rdn. 41)
 - ❖ BGH, 3.6.2008 – XI ZR 131/07, ZIP 2008, 1368 (Rdn.18)
- ⇒ (–) bei schlichter „Doppelfinanzierung“ des Verkäufers und Anlegers
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 40)
 - ❖ BGH, 18.3.2008 – XI ZR 246/06, ZIP 2008, 1011 (Rdn. 41)

d) konkreter Wissensvorsprung in Bezug auf spezielle Risiken

- ⇒ Sittenwidrige Übervorteilung des Käufers (z.B. durch versteckte Innenprovision) → Kaufpreis = 2 x Wert des Objektes
 - ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rdn. 47)
 - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (Rdn. 15)
 - ❖ BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 (Rdn. 16)
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 34)
 - ❖ BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 (Rdn. 38)
 - ❖ BGH, 18.3.2008 – XI ZR 246/06, ZIP 2008, 1011 (Rdn. 42)
 - ❖ BGH, 29.4.2008 – XI ZR 221/07, ZIP 2008, 1421 (Rdn. 14 ff.)
 - ❖ BGH, 3.6.2008 – XI ZR 131/07, ZIP 2008, 1368 (Rdn. 24)
- ⇒ Sittenwidrigkeit: BGH, 18.12.2007 – XI ZR 324/06, ZIP 2008, 962 (Rdn. 31 ff.)

- d) konkreter Wissensvorsprung in Bezug auf spezielle Risiken
- ⇒ Überschuldung des Mietgaranten
 - ❖ BGHZ 159, 294, 316 f. = NJW 2004, 2736, 2741 f.
 - ⇒ Falschangaben zur Höhe der Vertriebsprovision im Prospekt
 - ❖ BGH, 10.7.2007 – XI ZR 243/05, NJW 2007, 3272 (Rdn. 14 f.)
 - ❖ BGH, 24.3.2009 – XI ZR 456/07, ZIP 2009, 1054 (Rdn. 35)
 - ⇒ arglistige Täuschung des Käufers über wesentliche Eigenschaften
 - ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 205/05, NJW-RR 2007, 257 (Rdn. 20)
 - ⇒ setzt konkrete, dem Beweis zugängliche unrichtige Angaben des Vermittlers/Verkäufers voraus
 - ❖ BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 (Rdn. 20)

- d) konkreter Wissensvorsprung in Bezug auf spezielle Risiken
- ⇒ Wertermittlung von Kreditsicherheiten erfolgt im Eigeninteresse der Bank ⇒ keine Pflichtverletzung allein aus Beleihungswertermittlung
 - ❖ BGH, 3.6.2008 – XI ZR 131/07, ZIP 2008, 1368 (LS 3 + Rdn. 24) m.w.N.
 - ⇒ Wissensvorsprung im Grundsatz nur bei Kenntnis der Bank; ausnahmsweise reicht Erkennbarkeit, wenn sich die sittenwidrige Überteuerung dem Bankmitarbeiter aufdrängen musste
 - ❖ BGH, 29.4.2008 – XI ZR 221/07, ZIP 2008, 1421 (Rdn. 17 ff.)
 - ⇒ keine Zurechnung von privat erlangtem Wissen eines Mitarbeiters der Bank
 - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (Rdn. 11 ff.)
 - ⇒ Anordnung der Vorlage von Bewertungsunterlagen (§ 142 I ZPO)
 - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (Rdn. 16 ff.)

2. **Neu:** BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rdn. 50 ff.):
Beweiserleichterung in Fallgruppe des konkreten Wissensvorsprungs
⇒ Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung durch Verkäufer,
Fondsinitiatoren oder Vermittler wird widerleglich vermutet, wenn
- a) Bank und Verkäufer/Vertreiber institutionell zusammenwirken
- (–) bei allgemeiner Finanzierungszusage
 - ❖ BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 (Rdn. 40)
 - (–) bei Prüfung von Finanzierungswünschen von Zeit zu Zeit
 - ❖ BGH, 26.9.2006 – XI ZR 283/03, NJW 2007, 361 (Rdn. 30 f.)

- a) Bank und Verkäufer/Vertreiber institutionell zusammenwirken
- (+) bei ständiger Geschäftsbeziehung = Vertriebsvereinbarung
 - ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 205/05, NJW-RR 2007, 257 (Rdn. 20)
 - ❖ BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 (Rdn. 40 ff.)
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 51)
 - ❖ BGH, 24.3.2009 – XI ZR 456/07, ZIP 2009, 1054 (Rdn. 37)
 - (+) bei Überlassung von Büroräumen oder Formularen an Vermittler
 - (+) bei ständiger Vermittlung von Finanzierungen
 - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (Rdn. 28)

- b) die Unrichtigkeit der Angaben evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.
- (+) bei grob falscher Darstellung, z.B. $\geq 46\%$ überhöhte Mietkalkulation
- ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rdn. 55 ff.)
 - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (Rdn. 27)
 - ❖ BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 (Rdn. 23)
 - ❖ BGH, 6.11.2007 – XI ZR 322/03, ZIP 2008, 210 (Rdn. 47 ff.)
 - ❖ BGH, 27.5.2008 – XI ZR 132/07, ZIP 2008, 1268 (Rdn. 20 f.)
- (–) bei 11,1 % überhöhter Kalkulation der Nettomiete
- ❖ BGH, 18.3.2008 – XI ZR 246/06, ZIP 2008, 1011 (Rdn. 46)

- b) die Unrichtigkeit der Angaben evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.
- (+) bei sittenwidriger Überteuerung des Objekts
- ❖ BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 (Rdn. 16)
- (+) bei erheblichen Baumängeln + Diskrepanz zw. vereinbartem und tatsächlichem Baujahr
- ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 205/05, NJW-RR 2007, 257 (Rdn. 18 f.)

- b) die Unrichtigkeit der Angaben evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.
- (+) bei deutlich höherer Vertriebsprovision als im Prospekt angegeben
- ❖ BGH, 10.7.2007 – XI ZR 243/05, NJW 2007, 3272 (Rdn. 14 ff.)
- ⇒ setzt konkrete, dem Beweis zugängliche unrichtige Angaben des Vermittlers / Verkäufers voraus
- ❖ BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 (LS 1 + Rdn. 24)
 - ❖ BGH, 5.12.2006 – XI ZR 341/05, ZIP 2007, 414 (Rdn. 30)
- ⇒ Vermutung zulasten der Bank nur bei arglistiger Täuschung des Anlegers; evidente Unrichtigkeit allein reicht nicht
- ❖ BGH, 23.10.2007 – XI ZR 167/05, NJW 2008, 640 (Rdn. 16)
 - ❖ BGH, 3.6.2008 – XI ZR 319/06, ZIP 2008, 1714 (Rdn. 20)

- c) Widerlegung der Vermutung
- ⇒ Vernehmung von bankseits benannten Zeugen erforderlich
- ❖ BGH, 27.5.2008 – XI ZR 132/07, ZIP 2008, 1268 (Rdn. 20 f.)
- ⇒ bei Gesamtschau aller Umstände können auch die lediglich zu bankinternen Zwecken erfolgten Beleihungswertermittlungen herangezogen werden
- ❖ BGH, 27.5.2008 – XI ZR 132/07, ZIP 2008, 1268 (Rdn. 28)
- d) Verjährung
- ⇒ subjektive Voraussetzungen des § 199 I Nr. 2 BGB nicht erst ab Erlass des Urteils BGHZ 168, 1
- ❖ BGH, 27.5.2008 – XI ZR 132/07, ZIP 2008, 1268 (Rdn. 36)
- ⇒ Kenntnis geringerer Miete reicht nicht für § 199 I Nr. 2 BGB
- ❖ BGH, 3.6.2008 – XI ZR 319/06, ZIP 2008, 1714 (Rdn. 26 ff.)

3. Rechtsfolge: § 249 BGB – Naturalrestitution

- Kreditnehmer ist so zu stellen, wie er ohne die schuldhaftige Aufklärungspflichtverletzung gestanden hätte
 - ⇒ kein Erwerb des überbewerteten Objektes, oder
 - ⇒ Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung
- Grundsatz: umfassender Rückabwicklungsanspruch
 - ❖ BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099 = WM 2006, 1194 (Rdn. 61)
 - ❖ BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 (Rdn. 27 f.)
- Ausnahme: Differenzschaden bei Isolierbarkeit des aus der Auskunftspflichtverletzung resultierenden Schadens
 - ❖ BGH, 20.3.2007 – XI ZR 414/04, WM 2007, 876 (Rdn. 21 f. + 43)
 - ❖ BGH, 24.4.2007 – XI ZR 340/05, NJW 2007, 2404 (Rdn. 35 f.)
 - ❖ BGH, 3.6.2008 – XI ZR 131/07, ZIP 2008, 1368 (LS 2 + Rdn. 16)

1. Erhöhung der Transparenz durch

- Standardinformationen in der Werbung – Art. 4 (§ 6a PreisangabenVO-E)
- vorvertragliche Informationspflichten – Art. 5 ff. – mit EU-einheitlichem Formular – Anhang II (§ 491a BGB-E ⇒ Art. 247 EGBGB-E)
- Erweiterung der erforderlichen Angaben – Art. 10 II (§ 492 II BGB-E ⇒ Art. 247 §§ 6-13 EGBGB-E) – z.B.
 - Recht auf Tilgungsplan (i)
 - Entgelt für Kreditabwicklungskonten (k)
 - Verzugszinssatz + Regeln der Anpassung (l)
 - Warnhinweis zu Folgen ausbleibender Zahlungen (m)
 - Recht auf vorzeitige Rückzahlung (r)
 - Modalitäten bei Kreditkündigung (s)
 - Aufsichtsbehörde (v)

2. Verpflichtung der Kreditinstitute zur Bewertung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Art. 8 (§ 18 II KWG-E, § 509 BGB-E) – und Zugang zu entsprechenden Datenbanken in anderen Mitgliedstaaten – Art. 9 (§ 29 VI, VII BDSG-E)
 - *Herresthal*, WM 2009, 1174; *Schürnbrand*, Bankrechtstag 2009
3. Recht zur vorzeitigen Kreditrückzahlung – Art. 16 I (§ 500 II BGB-E) und Begrenzung der Vorfälligkeitsentschädigung – Art. 16 II-V (§§ 502, 504 I 2 BGB-E)
4. Einbindung von Kreditvermittlern – Art. 3 f – in das Pflichtenprogramm der Richtlinie (§§ 655a II, 655b II BGB-E ⇒ Art. 247 EGBGB-E)

1. **Nichtigkeit nach Art. 1 § 1 RBerG i.V.m. § 134 BGB**
 - Umfassender Treuhandhandvertrag im Rahmen eines Steuersparmodells = unzulässige Rechtsbesorgung
 - Nichtigkeit erfasst auch die dem Treuhänder erteilte Vollmacht
 - Rechtsanwalt als Geschäftsführer der Treuhänderin unerheblich
 - ggf. zusätzlich erteilte isolierte Vollmacht bez. Beitritts zum Fonds + Aufnahme von Finanzierungsdarlehen dient der Wahrnehmung wirtschaftlicher, nicht rechtlicher Belange ⇒ kein Art. 1 § 1 RBerG
 - isolierte Vollmacht trotz Parallelität mit einer Pflicht zur Erteilung einer (zusätzlichen) notariell beurkundeten Vollmacht
 - ❖ BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = WM 2006, 1008 (Rdn. 12 ff.) u.a.
 - ❖ BGH, 24.10.2006 – XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395 (Rdn. 17 ff.)
 - ❖ teilweise a.A. noch BGHZ 159, 294, 303 = NJW 2004, 2736, 2738

1. Nichtigkeit nach Art. 1 § 1 RBerG i.V.m. § 134 BGB

- Verstoß gegen das RBerG nur, wenn Schwerpunkt der Tätigkeit nicht auf wirtschaftlichem, sondern auf rechtlichem Gebiet
 - ❖ BGH, 22.4.2008 – XI ZR 272/06, WM 2008, 1211 (Rdn. 3 ff.)
- Vollmacht im Zeichnungsschein für Erwerb, Verwaltung + Abwicklung einer Fondsbeteiligung einschließlich Finanzierung ist nicht nichtig
 - ❖ BGH, 20.1.2009 – XI ZR 487/07, ZIP 2009, 559 (LS 3 + Rdn. 18 ff.)
- isolierte Vollmacht im Zeichnungsschein kann nicht über ihren Wortlaut hinaus auf weitere Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden
 - ❖ BGHZ 178, 271 = ZIP 2008, 2354 (LS 1 + Rdn. 34 f.)
- unwirksame Auszahlungsanweisung wegen Nichtigkeit der Vollmacht
 - ❖ BGH, 21.3.2006 – XI ZR 204/03, ZIP 2006, 846 (Rdn. 18 ff.)
 - ❖ BGH, 22.4.2008 – XI ZR 272/06, WM 2008, 1211 (Rdn. 9 ff.)

1. Nichtigkeit nach Art. 1 § 1 RBerG i.V.m. § 134 BGB

- keine Nichtigkeit eines Vertrags, durch den eine GbR (Immobilienfonds) die Führung ihrer Geschäfte umfassend einem Geschäftsbesorger überträgt
 - ❖ BGH, 18.7.2006 – XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980 = WM 2006, 1673
 - ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 19/05, ZIP 2007, 64 = WM 2007, 62 (LS 1)
- Nichtigkeit eines dem geschäftsführenden Gesellschafter außerhalb des Gesellschaftsvertrags erteilten weit reichenden Auftrags mit Vollmacht zur Vertretung der GbR-Gesellschafter u.a. bei der Abgabe vollstreckbarer Schuldanerkenntnisse
 - ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 = WM 2007, 110
 - ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 19/05, ZIP 2007, 64 = WM 2007, 62 (LS 2)
 - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 287/05, ZIP 2007, 1650 (Rdn. 17)

2. Treuwidrigkeit der Berufung auf die Nichtigkeit

- Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) der Berufung auf die Nichtigkeit bei wirksamer (!) Verpflichtung zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung
 - ❖ BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 (Rdn. 33 f.)
 - ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 (Rdn. 32)
- keine Treuwidrigkeit der Berufung auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfungserklärung bei persönlicher (Zahlungs-)Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag
 - ❖ BGH, 26.6.2007 – XI ZR 287/05, ZIP 2007, 1650 (LS 1 + Rdn. 25 ff.)
- keine Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) der Berufung auf die Nichtigkeit des Darlehensvertrags bei eigenem Kontoeröffnungsantrag des Anlegers
 - ❖ BGH, 29.7.2008 – XI ZR 387/06, ZIP 2008, 1816 (LS + Rdn. 14 ff.)

3. Anwendbarkeit der §§ 171 ff. BGB

- Rechtsschein bestehender Vollmacht durch Vorlage der Vollmachtsurkunde auch bei Nichtigkeit nach RBerG
- Vorliegen eines verbundenen Geschäfts i.S.v. § 9 VerbrKrG schließt Anwendbarkeit nicht aus
 - ⇒ § 9 VerbrKrG ist für Rechtsscheinhaftung ohne Belang
 - ⇒ §§ 171 ff. BGB setzen kein Vertrauensverhältnis zwischen Vertreter + Vertretenem voraus
 - ⇒ Schutz des Vertretenen nur bei Missbrauch der Vertretungsmacht
 - ❖ BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = WM 2006, 1008 (Rdn. 24 ff.) u.a.
 - ❖ a.A. noch BGHZ 159, 294, 300 ff = NJW 2004, 2736, 2737
- keine fahrlässige Unkenntnis (§ 173 BGB) vor dem Jahr 2000
 - ❖ BGHZ 167, 223 = NJW 2006, 1952 = WM 2006, 1008 (Rdn. 28 ff.) u.a.
 - ❖ BGH, 26.2.2008 – XI ZR 74/06, ZIP 2008, 686 (Rdn. 30)

3. Anwendbarkeit der §§ 171 ff. BGB

- Vorlage bei Vertragsschluss erf., nicht erst bei Darlehensvalutierung
 - ❖ BGH, 22.4.2008 – XI ZR 272/06, WM 2008, 1211 (Rdn. 3 ff.)
 - ❖ BGH, 27.5.2008 – XI ZR 149/07, ZIP 2008, 1417 (LS + Rdn. 18 f.)
- Darlehensauszahlung und -entgegennahme keine Bestätigung i.S.v. § 141 I BGB
 - ❖ BGH, 27.5.2008 – XI ZR 149/07, ZIP 2008, 1417 (Rdn. 20)
- Vertragsanpassung keine (konkludente) Genehmigung
 - ❖ BGH, 27.5.2008 – XI ZR 149/07, ZIP 2008, 1417 (Rdn. 33 f.)
- bei Auszahlungsanweisung reicht Vorlage im Zeitpunkt der Auszahlung
 - ❖ BGH, 27.5.2008 – XI ZR 149/07, ZIP 2008, 1417 (Rdn. 35 ff.)

3. Anwendbarkeit der §§ 171 ff. BGB

- Unanwendbarkeit auf Vollmacht zur Abgabe einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung wegen prozessualen Charakters ⇒ Vollstreckungsgegenklage auf Nichtigkeit des Titels (§ 767 ZPO analog)
 - ❖ BGHZ 169, 109 = NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 (Rdn. 32)
 - ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 (Rdn. 24 + 31)
- Einschränkung der §§ 171 ff. BGB betrifft nur die prozessuale Erklärung, nicht das zugrunde liegende materiell-rechtliche Schuldanerkenntnis
 - ❖ BGH, 17.10.2006 – XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 (Rdn. 24)

4. Anforderungen an Vollmachtsurkunde + Vorlage der Urkunde

- Vorlage der Vollmachtsurkunde im Original oder – bei notariell beurkundeter Vollmacht – in Ausfertigung; Vorlage einer (beglaubigten) Abschrift oder bloße Bezugnahme reicht nicht
 - ❖ BGHZ 159, 294, 302 = NJW 2004, 2736, 2737 f. (II. Senat)
 - ❖ BGH, 22.4.2008 – XI ZR 272/06, WM 2008, 1211 (Rdn. 7, 14)
 - ⇒ Abschriften unterliegen nicht der Rückgabepflicht (§ 175 BGB) + besagen nichts über den Verbleib der Originalurkunde
 - ❖ BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 (Rdn. 24)
- Vorlage einer Durchschrift der Vollmacht reicht
 - ⇒ Anzahl der Durchschriften steht fest (⇔ Abschriften)
 - ⇒ Herstellung eines Originals für jeden Beteiligten bezweckt
 - ❖ BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 (Rdn. 23 ff.)

4. Anforderungen an Vollmachtsurkunde + Vorlage der Urkunde

- ausreichend ist der vorherige Zugang der Ausfertigung einer notariellen Urkunde, in der das Vorliegen einer Ausfertigung der Vollmacht vermerkt ist, zusammen mit einer Abschrift der Vollmacht
 - ❖ BGH, 28.3.2006 – XI ZR 239/04, NJW 2006, 2118 (Rdn. 26 ff.) in m.E. unzutreffender Erweiterung von BGHZ 102, 60, 65 (dort ging es um die Wirksamkeit des notariell beurkundeten Geschäfts, hier eines Drittgeschäfts)
- Vorlage der Urkunde reicht; Einsichtnahme oder Veranlassung zum Geschäftsabschluss durch den Rechtsschein nicht erforderlich
 - ❖ BGH, 25.4.2006 – XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 (Rdn. 29 ff.)
- kein Rückschluss von allgemeiner Handhabung auf den Einzelfall
 - ❖ BGH, 10.10.2006 – XI ZR 265/05, NJW 2007, 1131 (Rdn. 15 f.)

5. Rückabwicklung nichtiger Darlehensverträge

- Beweislast für fehlenden Rechtsgrund beim Gläubiger des Bereicherungsanspruchs; auch für das Fehlen der Voraussetzungen der §§ 171 f. BGB
 - ❖ BGH, 23.9.2008 – XI ZR 262/07, ZIP 2008, 2164 (LS 2 + Rdn. 21)
 - ❖ BGH, 23.9.2008 – XI ZR 253/07, ZIP 2008, 2255 (LS 2 + Rdn. 36)
- Anspruch des „Kreditnehmers“ auf Rückzahlung der Zins- und Tilgungsbeträge, soweit nicht verjährt
 - ❖ BGH, 27.2.2007 – XI ZR 56/06, ZIP 2007, 718 (Rdn. 20 ff.)
- mangels wirksamer Anweisung kein Anspruch der Bank gegen „Kreditnehmer“ auf Rückzahlung der Darlehensvaluta
 - ⇒ Direktkondiktion beim Zuwendungsempfänger
 - ❖ BGH, 27.2.2007 – XI ZR 56/06, ZIP 2007, 718 (Rdn. 27)
 - ❖ BGH, 22.4.2008 – XI ZR 272/06, WM 2008, 1211 (Rdn. 9 ff.)
 - ❖ BGH, 27.6.2008 – V ZR 83/07, ZIP 2008, 1911 (Rdn. 31)

5. Rückabwicklung nichtiger Darlehensverträge

- mangels wirksamer Anweisung auch keine Erfüllung der Kaufpreisschuld
 - ⇒ Anspruch aus ggf. wirksamem (!) Kaufvertrag kann fortbestehen
 - ❖ BGH, 27.6.2008 – V ZR 83/07, ZIP 2008, 1911 (Rdn. 25 ff.)
- kein Anspruch der Bank gegen „Kreditnehmer“ auf Übereignung der finanzierten Eigentumswohnung
 - ❖ BGH, 27.2.2007 – XI ZR 56/06, ZIP 2007, 718 (LS 2 + Rdn. 33 ff.)
 - ❖ BGH, 4.12.2007 – XI ZR 227/06, NJW 2008, 845 (Rdn. 36)
- kein Anspruch der Bank aus Bereicherungsrecht gegen die Gesellschafter der Immobilienfonds-GbR in entsprechender Anwendung des § 128 HGB (Ausschluss nach § 242 BGB)
 - ❖ BGHZ 177, 108 = ZIP 2008, 1317 (LS + Rdn. 16 ff.)

5. Rückabwicklung nichtiger Darlehensverträge

- Unwirksamkeit des Darlehensvertrags führt nicht zur Rückabwicklung der kreditfinanzierten Fondsbeteiligung; daher bleiben auch die Steuervorteile beim Anleger
 - ❖ BGH, 23.9.2008 – XI ZR 262/07, ZIP 2008, 2164 (Rdn. 33)
 - ❖ BGHZ 178, 271 = ZIP 2008, 2354 (Rdn. 31)
- Beginn der Verjährungsfrist gem. § 199 I BGB bei zweifelhafter Rechtslage erst mit deren objektiver Klärung
 - ❖ BGH, 23.9.2008 – XI ZR 262/07, ZIP 2008, 2164 (LS 1 + Rdn. 12 ff.)
- Die Zustellung eines auf „Schadensersatz wegen Beratungsverschuldens“ gestützten Mahnbescheids hemmt nicht die Verjährung eines Bereicherungsanspruchs
 - ❖ BGH, 23.9.2008 – XI ZR 253/07, ZIP 2008, 2255 (LS 1 + Rdn. 17 ff.)

© 2009
Prof. Dr. Georg Bitter
Universität Mannheim
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Schloss, Westflügel W 241/242
68131 Mannheim
www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de