



HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Anlegerschutz bei steuerorientierten Anlageformen¹

Überblick, Trennungsmöglichkeiten und –folgen

bei unliebsamen Kapitalanlagen

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
1. Allgemeines	3
2. Steuerorientierte Anlagen im Verbund mit wirtschaftlichem Handeln (= erste Umgrenzung der in Betracht kommenden Anlagemöglichkeiten)	4
II. Überblick über Anlegerschutz in Deutschland	5
1. Definition des Marktes für Anlagen am freien Kapitalmarkt	5
2. Anlegerschutz durch Behörden.....	6
a) Finanzamt	6
b) Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht	6
c) IdW Grundsätze ordnungsgemäßer Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen	7
d) Resümee.....	8
3. Anlegerschutz bei eingetretenem Schaden	8
a) Schadensersatzleistung von Steuerberatern	8
b) Haftung der Gründungsgesellschafter wegen fehlender Aufklärung über (potentielle) Änderung steuerlicher Bedingungen	10
c) Haftung wegen wertloser Mietgarantie	11
III. Der Widerruf unliebsamer Darlehensverträge	12
1. Die Ausgangsposition	12
2. Widerruf des Darlehensvertrages in der Haustürsituation	14
3. Rechtsfolgen des Widerrufs nach BGH-Rechtsprechung.....	15
4. Form und Modalität der Rückabwicklung	17
a) Folgen für den Anleger und Darlehensnehmer	17
b) Ansprüche des Kreditinstituts.....	17
c) Verwertungsrisiko der Kapitalanlage beim Anleger	18
5. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung und abweichende Ansichten.....	19
6. Beteiligung an geschlossenem Immobilienfonds und Kreditierung des Anlegers als verbundenes Geschäft	21
a) Ausgangslage	21
b) Einheit von Kredit und Kapitalanlage	22
c) Rechtsfolge	23
7. Stand zum nach Einführung des Widerrufs in das BGB (SchuldrechtsreformG) – kurzer Exkurs	23
IV. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf atypisch stille Gesellschaften.....	24
1. Die Ausgangsposition	24

¹ Der nachfolgende Text gibt den von RA Göddecke auf dem Steueranwaltstag der ARGE Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein in Berlin am 07.11.2003 gehaltenen Vortrag wieder.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

2. Entwicklungslinien.....	25
a) Faktisches Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr nach außen.....	25
b) Verhältnis der „faktischen“ Gesellschafter im Innenbereich	25
3. Voraussetzungen der „fehlerhaften Gesellschaft“.....	26
a) Willensbildungsprozess der Gesellschafter bzgl. der Gründung.....	26
b) Beginn der nach außen gerichteten Tätigkeit der Gesellschaft.....	27
c) keine gegenteiligen schützenswerten Interessen Dritter	27
4. Rechtsfolgen	28
5. Denkanstöße.....	28
a) Innengesellschaft (allgemein) und fehlerhafte Gesellschaft.....	28
b) Zweigliedrige (atypisch) stille Gesellschaft.....	30
c) fehlender Schutz von Mitgesellschaftern und des Geschäftsinhabers	31
6. Verbraucherschutz als gewichtiger Ansatzpunkt.....	32
a) fehlende Zweckvereinbarung	32
b) keine faktische Mitwirkung	32
c) kritische Ansätze und Diskussionspunkte	33
Anhang 1	35
Gesetzestexte (<i>auszugsweise</i>).....	35
1. Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HTWG)	35
2. Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG)	36

I. Einleitung

1. Allgemeines

Bekanntlich löst – einer altbekannten Erfahrung nach – der Gedanke an die zupa-
ckenden Pranken des Finanzamtes auf das Portemonnaie jedes Gutverdienenden
reflexartig den Fluchtinstinkt vor diesem Zugriff aus. Mit dieser Reaktion der Flucht
vor diesem Raubtier Finanzamt gesellt sich die Suche nach einem sicheren Schlupf-
winkel – einer „Steueroase“; in der die Erträge stets munter sprudeln und der
Kapitalstock nie versiegt. Hieran hat auch das jüngste Steuergesetz mit der Kurzbe-
zeichnung „Steuervergünstigungsabbaugesetz“ nichts geändert.

Im Folgenden soll es um die Frage gehen, welche Handlungsmöglichkeiten dem An-
leger bleiben, wenn eine solche Steueroase – um im Bild zu bleiben – ausgetrocknet
ist – also nicht mehr das köstliche Wasser der begehrten Steuervorteile, vorher ge-
sagten Subventionen und prospektierten Renditen sprudelt; ja sogar die Quelle ver-
siegt ist – nämlich das investierte Kapital ernsthaft gefährdet oder verschwunden ist.
Für den einen oder anderen Anleger lässt sich dieser GAU des Kapitalverlustes oh-
ne Schwierigkeiten noch dadurch toppen, wenn er für sein Engagement auch noch
einen Bankkredit aufgenommen hat – der SuperGAU; denn neben dem Geldverlust
selbst hat er auch noch Schulden.

Aus diesem Grunde habe ich diesen Vortrag – grob gesprochen – in zwei Teile, da-
von den zweiten Teil wiederum in zwei Unterpunkte gegliedert:

- Zum einen handelt es sich um eine Art Überblick über den Anlegerschutz in
Bezug auf Fehlleistungen, die in einem Zusammenhang mit der Kapitalanlage
stehen und
- Zum weiteren will ich auf zwei Detailpunkte größter Aktualität eingehen.
 - Hierbei handelt es sich um das Trennen von unliebsam gewordenen
Verbindlichkeiten, die man eingegangen ist, um den Kapitaleinsatz
ganz oder teilweise für das steuermotivierte Engagement aufzubringen;
deren man sich nach einer gescheiterten Kapitalanlage entledigen will.
 - Und zum weiteren möchte ich in die derzeit sehr aktuelle Diskussion
um die atypisch stille Beteiligung als Form der Mitunternehmerschaft
einsteigen und die Frage, ob die Figur der fehlerhaften Gesellschaft auf
diese Gesellschaftsform passt also die anstehenden Probleme dogma-
tisch akkurat zu lösen im Stande ist. Gerade hierzu kommt – wie wir
sehen werden – Bewegung in die Rechtsprechung und ihr folgend die
Literatur.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

2. Steuerorientierte Anlagen im Verbund mit wirtschaftlichem Handeln (= erste Umgrenzung der in Betracht kommenden Anlagemöglichkeiten)

Sicherlich ist auch der Ertrag aus sicheren Bundesanleihen und ähnlichen Kapitalanlagen i. S. d. § 20 EStG ein steuerlich relevanter Vorgang; denn er verursacht steuerpflichtiges Einkommen. Von diesem sind Beträge gemäß §§ 20 Abs. 4 S. 1, § 9a Abs. 1 Ziff. 2 EStG² abzuziehen. Auch der Verkaufsgewinn, der in den Grenzen des § 23 Abs. 1 Ziff. 2, 4 EStG – der einjährigen Spekulationsfrist – für Privatpersonen steuerfrei bleibt³. Jedoch sind Einkünfte dieser Art in diesem Zusammenhang nicht gemeint. Unzweifelhaft soll zu diesem Bereich des „Steuersparens“ nicht die Anlage in Lebensversicherungen zählen, deren Ertrag allen Strebens des Gesetzgebers hier die Steuerfreiheit zu streichen, im Ergebnis nichts geändert hat. Auch die steuerliche Förderung von Mitarbeiterbeteiligungen i. d. S. § 19a EStG betrifft den hier behandelten Fragenkomplex nicht.

Steuersparorientiertes wirtschaftliches Handeln erfolgt vielmehr in den Formen der Mitunternehmerschaft nach §§ 15 f. EStG, wenn es sich nicht Vorschriften über erhöhte Abschreibungen zur Richtschnur zur Kapitalanlage nimmt⁴, wie z. B. § 10f⁵, 10g⁶ EStG § 5 Fördergebietsgesetz⁷ (SonderAfA).

Grundsätzlich sind derartige Steuersparanreize unzweifelhaft Lenkungsmodelle für unser Gemeinwesen. Sie basieren – vereinfacht ausgedrückt – regelmäßig auf dem erhöhten Abschreibungsvolumen des Kapitalanlagemodells und der Übertragbarkeit des so erzielten Abschreibungsvolumens der Anlagegesellschaft auf die persönliche Ebene des Kapitalanlegers. Dieses hatte in früheren Jahren zur Folge, dass Abschreibungsvolumina von über 100 % vom eingesetzten Kapital keine Seltenheit waren. Insoweit kann durch anfänglich „produzierte“ und „provozierte“ Verluste, sei es in Form von vorgezogenen Aufwendungen oder – wie oben schon kurz beschrieben – Abschreibungen in Form von reinen Buchverlusten steuermindernd angelegt werden. Nicht selten wird versucht, diese Verluste durch Krediteinsatz zu intensivieren.

Derartige „fiskalisch“ provozierte Ertragsteuer reduzierende Modelle finden sich nicht nur in der Vergangenheit wie z. B. die inzwischen ausgelaufene Förderung nach dem Fördergebietsgesetz oder den Schiffonds, denen vor Jahren weitgehend der Garaus gemacht worden ist, sondern auch in den z. Zt. sehr aktuellen Medien-, Leasing- oder Windkraftfonds.

² Sparer-Freibetrag gemäß § 20 Abs. 4 S. 1 EStG Pauschalbetrag i. H. v. € 1550,00, für zusammen veranlagte Ehegatten € 3.100,00 und pauschaler Werbungskostenbetrag gemäß § 9a EStG Abs. 1 Ziff. 2 EStG in Höhe von € 51,00, für zusammen veranlagte Ehegatten € 102,00.

³ hierzu aktuell BFH Ur. v. 22.05.2003 IV R 9/00 bei Veräußerung eines durch eine Kapitalerhöhung entstandenen Bezugsrechts innerhalb der Spekulationsfrist.

⁴ aus „früheren“ Zeiten: 14 BHG 1968 bzw. § 14 BerlinFG 1970, § 14 a BHG 1968 bzw. § 14a BerlinFG 1970, ZonenrandförderungsG 1971, Entwicklungshilfesteuerg, AuslandsinvestitionsG (1969).

⁵ § 10 f EStG: Steuerbegünstigung für zu eigenen Wohnzwecken genutzte Baudenkmale und Gebäude in Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen.

⁶ § 10g EStG: Steuerbegünstigung für schutzwürdige Kulturgüter, die weder zur Einkunftserzielung noch zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden.

⁷ Gesetz über Sonderabschreibungen und Absatzbeträge im Fördergebiet (FördergebietsG).

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Sie suggerieren für einen Teil der Kapitalanleger – und nicht nur für einen unbedarften Teil – die Vorstellung, dass alles, was nach dem Steuerrecht „gefördert“ wird, also zumindest zunächst auf Grund geschickter Vertragsgestaltungen zur Steuerreduktion führt, eine Art (steuer-)staatliches Siegel darstellt. Also die Prüfung durch das Finanzamt. Dass und warum dem nicht so ist, brauche ich in diesem Kreis nicht auszuführen. Da derartige Anlagen oftmals kreditfinanziert werden und die Lösung aus einer Hand angeboten wird, vertrauen Anleger nicht selten darauf, dass das Kreditinstitut, das diese Finanzierung im Verbund mit dem Kapitalengagement durchführt, Gewähr dafür bietet, dass die Anlage „läuft“.

Dieses führt zur Frage, inwieweit Anlegerschutz in Deutschland durch Behörden – wohlgerne die nicht Strafverfolgungsbehörden sind – gewährleistet wird.

II. Überblick über Anlegerschutz in Deutschland

1. Definition des Marktes für Anlagen am freien Kapitalmarkt

Da der Markt, den wir hier beobachten, angesichts der fehlenden Trennschärfe bei den einzelnen Angeboten statistisch kaum erfasst werden kann⁸, sind wir auf Schätzungen angewiesen. Diese gehen von einem jährlichen Volumen von ca. € 45 – 55 Mrd. aus. Lediglich ein Teil davon – ca. € 0,5 bis 2,5 Mrd. jährlich – sind Verluste, die aufgrund krimineller Handlungen der Beteiligten – Initiatoren, Vertriebsorganisationen, Treuhänder etc. – in den Sand gesetzt werden. Eine weitere Ursache – durchaus der größte Teil – liegt im Missmanagement verwurzelt.

Dieser Markt wird oftmals wegen der fehlenden staatlichen Registrierung und Aufsicht oftmals auch als grauer oder freier Kapitalmarkt bezeichnet⁹. Die steuerbegünstigten Angebote sind seit ca. 4 Jahrzehnten zu beobachten. Primär geht es dem Anleger um steuerlich wirksame, aber sich nach Möglichkeit nur auf dem Papier abzeichnende Verluste zur Einkommensreduzierung. Zum Renner gerieten diese steuerrorientierten Modelle, nachdem die Existenz negativer Kapitalkonten von der BFH-Rechtsprechung anerkannt worden sind. Seit den 70-er Jahren reagierte der Fiskus auf Steuersparmodelle und versuchte sie teilweise zu Fall zu bringen; die Anbieter derartiger steuersensibler Modelle ließen ihren Ideenreichtum walten, den ich an dieser Stelle nicht weiter darstellen möchte¹⁰; dieses wiederum rief spiralengleich den Fiskus in den folgenden Jahren bis zum jetzigen Zeitpunkt auf den Plan¹¹.

⁸ vgl. dazu auch den durchaus sehr aufschlussreichen und plastischen Bericht der Bundesregierung zum „Grauen Kapitalmarkt“, BT-DS 14/1633 v. 17.09.1999.

⁹ an dieser Stelle sei der Hinweis gestattet, dass sich im vergangenen Jahr der 64. Deutsche Juristentag 2002 in Berlin in seinen Gutachten F + G zum Thema „Empfiehl es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?“ mit Fragen des institutionellen und im wesentlichen staatlich beaufsichtigten Kapitalanlagemöglichkeiten beschäftigt hat.

¹⁰ Verlustzuweisung unter Ausnutzung bilanzieller Ansatz- und Bewertungsvorschriften, z. B. Erdöl-, Erdgas- und Uranexplorationen, Produktion von Filmen sowie die Bauherrenmodelle.

¹¹ z. B. Einführung § 15a EStG (1979), § 2a EStG (1983), § 2b EStG (1999).

2. Anlegerschutz durch Behörden

a) Finanzamt

Der Anleger darf grundsätzlich nicht darauf vertrauen, dass die steuerliche Anerkennung eines Verlustes, den er von seinem Kapitalanlagemodell erhält, einerseits dazu führt, dass das Anlagemodell vom Finanzamt „geprüft“ worden ist und er andererseits den erhaltenen Steuervorteil auf Dauer behalten kann.

Denn selbst für den Fall, dass der Initiator einer Kapitalanlage sich bzgl. seiner Anlageform mit dem Finanzamt in der Form der Auskunft¹² vergewissert hat, so kann diese Aussage, so sie denn überhaupt vom Finanzamt als Auskunft qualifiziert werden kann, nur für die theoretische Form dieser Anlage gelten. Theoretisch deshalb, weil es natürlich der Regelfall ist, dass eine Kapitalanlage sich in den meisten Fällen, die mir auf den Schreibtisch kommen, anders entwickelt, als ursprünglich angenommen. Hiermit entfallen meistens die Parameter, die Ausgangspunkt der Anfrage waren.

Hieraus folgt, dass natürlich die Gefahr durchaus besteht, dass sich eine Kapitalanlage alleine schon aus steuerlicher Sicht als Flop erweist, wenn die steuerlichen Parameter eingehalten werden. Sie mutiert dann zur Liebhaberei im steuerlichen Sinne, wie Herr Kollege Dr. Schloßmacher berichtet hat. Es kann natürlich auch sein, dass sich erst im Nachhinein herausstellt, dass sie an der gefährlichen Klippe des ebenfalls von Dr. Schloßmacher zitierten § 2b EStG scheitert.

b) Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht¹³

Die seit dem letzten Jahr im Mai geschaffene Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kümmert sich i. d. R. wenig um die Anlageinstrumente, die das Prädikat „steuerorientiert“ tragen. Ihre Aufgabe besteht im Wesentlichen darin, den Handel an Kapitalmärkten zu überwachen sowie die Bankenlandschaft¹⁴.

Denn regelmäßig lassen sich steuerorientierte Anlagemodelle nicht in fungiblen Wertpapieren verbriefen, die nach dem Verkaufsprospektgesetz¹⁵ i. V. m. der Verkaufsprospektverordnung hinterlegungspflichtig wären. Damit unterstehen sie auch nicht der Aufsicht der BAFin.

¹² §89 Abgabenordnung (Auskunft).

¹³ im folgenden: BAFin genannt; diese Behörde ist 2002 aus der Fusion des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen (BAKred) und dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe) hervorgegangen (www.bafin.de); die BAFin stellt im übrigen auch den Entschädigungsfall fest, wenn ein Finanzdienstleistungsinstitut falliert.

¹⁴ vgl. dazu: Gesetz über integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 22.04.02, BGBl. S. 1310; § 14 AuslInvestmG, § 3 BausparkG, § 4 BörsG, §§ 5, 16GwG, § 3 HypBG, § 2 KAGG, §§ 4, 6 KWG, § 2,6 PfandbSchuldVg, § 4 WpHG.

¹⁵ vom 09.09.98 in BGBl I S. 2701, zul. geä. durch 4. FinanzmarktförderungsG vom 21.06.02 (BGBl I. S. 2010).

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

c) IdW Grundsätze ordnungsgemäßer Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen

Bereits im Jahre 1987 formulierte das Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW) Standards¹⁶ für Ihre Mitglieder – Wirtschaftsprüfer, die es ihnen ermöglichen sollte, anhand von Checklisten, Kapitalanlagemodelle zu prüfen. Da sich diese Grundsätze im Laufe der Jahre als zu grob erwiesen hat das IdW im Herbst 2000 die überarbeitete Fassung verabschiedet.

Das IdW hat in diesen Grundsätzen vom 01. September 2000 seine Auffassung dargelegt, nach der der Wirtschaftsprüfer unbeschadet dessen Eigenverantwortlichkeit Prospekte über Kapitalanlagen zu beurteilen und ein Prüfungsgutachten über den ihm vorgelegten Prospekt zu erstellen. Die Grundsätze gelten nicht für die Kapitalanlagen, für die bereits gesetzliche Normen bestehen¹⁷, da sie lediglich die Berufsauffassung darlegen, können abweichende Vereinbarungen einschließlich Einschränkungen des Prüfungsauftrages zwischen dem Auftraggeber – regelmäßig der Anbieter einer Kapitalanlage – und dem Wirtschaftsprüfer vereinbart werden.

Aufgabe des Wirtschaftsprüfers ist es festzustellen, ob das Kapitalanlageangebot die aus der Sicht eines verständigen und durchschnittlich vorsichtigen Anlegers so in dem Prospekt veröffentlicht ist, dass als für eine Anlageentscheidung erheblichen Punkte in geordneter Form und plausibel verständlich dargestellt worden sind.

Da der BGH in seiner Entscheidung vom 13.01.2000¹⁸ dem Vermittler von Kapitalanlagen ins Stammbuch geschrieben hat, dass er auf die Plausibilität von Geldanlagen zu achten hat, um nicht in die eigene Haftung zu gehen, wird der Vermittler derartiger Anlagen – mangels eigener Prüfungsmöglichkeit – im Regelfall auf ein solches qualifiziertes Gutachten Wert legen. Aus diesem Grunde hat die Begutachtung im Sinne eine Überlebensstrategie für den Vermittler einen erheblichen Wert.

Zwar kann ein solches Gutachten den steuerlichen und / oder wirtschaftlichen Erfolg nicht garantieren und auch nicht den individuellen Anlageerfolg bei dem einzelnen Anlagewilligen prognostizieren, so kommt diesem Gutachten in der Praxis mehr und mehr eine gehörige Wichtigkeit zu. Absolute Sicherheit gibt auch das Gutachten nicht¹⁹.

Soweit das Gutachten mit Wissen und Einverständnis des Wirtschaftsprüfers dem Anlageinteressenten ausgehändigt wird, so haftet dieser für falsche Angaben im Rahmen der Grundsätze für typisiertes Vertrauen. Im Sinne präventiven Schutzes des Kapitalanlegers im originären Sinne des Wortes gibt ein solches Gutachten keine Sicherheit.

¹⁶ WFA 1/1987: Grundsätze ordnungsmäßiger Durchführung von Prospektprüfungen in Wpg 1987, 325 ff. (WFA = Wirtschaftsprüferfachausschuss).

¹⁷ So z. B. BörsenG, VerkaufsprospektG, KapitalanlagegesellschaftenG.

¹⁸ BGH Urt. v. 13.01.2000 – III ZR 62/99 in NJW-RR 2000, 1302.

¹⁹ so auch IDW-S 4, S. 5.

d) Resümee

Damit kann festgestellt werden, dass von behördlicher Seite keinerlei präventiver Schutz des Kapitalanlegers gegeben wird.

Vorbeugender Schutz kann sich für den Kapitalanleger nur dergestalt leisten, als er selbst initiativ wird und sich beraten lässt; und zwar nicht nur von dem Vermittler oder Initiatoren der Kapitalanlage, sondern entweder von seinem steuerlichen oder rechtlichen Berater. Hierbei stellt es sich als ein Grundübel heraus, dass man ohne detaillierte Kenntnisse nicht immer erkennen kann, ob die zur Rede stehende Kapitalanlage laufen wird oder nicht. Denn leider liegt weder in dem Kriterium der Größe des Unternehmens noch in den Vergangenheitserfolgen ein eindeutiges Beurteilungskriterium.

3. Anlegerschutz bei eingetretenem Schaden

Die Schutzmechanismen, die die Zivilgerichte – man muss schon sagen eigenständig und ohne Anweisung durch den Gesetzgeber – geschaffen haben, nehmen als Ansatzpunkt im Wesentlichen die Verletzung vertraglicher Pflichten von

- Initiatoren i. w. S.,
- Vermittlern und Beratern, von denen die Aufklärungspflicht die Kardinalpflicht ist.

Nur einige dieser Kardinalpflichten können hier behandelt werden.

Die Gefahren, die vom gänzlich unregulierten Kapitalmarkt ausgehen, können nicht nur in Managementfehlern liegen oder in der Verletzung sonstiger vertraglicher Verpflichtungen wurzeln, sondern sie können in der Überschreitung des Erlaubten liegen, also auch deliktischer Natur sein. Diesen zuletzt genannten Punkt möchte ich bei den folgenden Betrachtungen allerdings ebenfalls außen vor lassen.

a) Schadensersatzleistung von Steuerberatern²⁰

Im Regelfall wendet sich der an steuerorientierten Anlagen Interessierte schon im Vorfeld der Beteiligungseingehung an seinen Steuerberater oder er wird von diesem mehr oder weniger offensiv auf ein Steuersparmodell aufmerksam gemacht. Dass dieses von der Klientel erwünscht ist, hat nach Presseberichten die Umfrage einer Kanzlei aus dem Jahre 2001 ergeben. Danach wünschen sich bis zu 80 % der Mandanten mehr Beratung im privaten Vermögensbereich.²¹

Dieses haben umtriebige Vertriebskanäle von derartigen Kapitalanlageanbietern schon längst für sich entdeckt und ködern diese Berater mit Provisionen oder sonstigen attraktiven Prämien, um Lobbyarbeit für das beworbene Anlageprojekt zu ma-

²⁰ exkludiert sind die Verletzung von Treuhandpflichten von Steuerberatern im Rahmen deren Einbindung von Kapitalanlagemodellen, hierzu zuletzt BGH Urt. v. 24.07.2003 – III ZR 390/02 in NZG 2003, 916.

²¹ Umfrage der Krefelder Kanzlei Verhülsdonk & Partner.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

chen. Lässt sich der Berater des Mandanten darauf ein, so muss der Mandant von seinem Berater informiert werden²² und hat auch einen Anspruch auf Herausgabe dieser „Vergütung“, die der Berater kassiert hat.

So hat das OLG Köln bereits im Jahre 1997 entschieden, dass es einen Treubruch darstellt, wenn der Steuerberater gegen seine ohne Wissen des Mandanten eine standesrechtliche nicht zulässige Provisionszahlung erhält²³. Das OLG Köln schließt sich damit im Wesentlichen der älteren Rechtsprechung des BGH an²⁴. Der BGH hat dabei in erster Linie auf diese treuwidrige Abrede abgestellt, für ihn war es insoweit nicht erheblich, ob eine sachliche falsche oder unvollständige Beratung stattgefunden hat.

Seltener wird es der Fall sein, dass der Steuerberater bei dem Anlagemodell entdeckt, dass eine ordnungsgemäße Buchführung fehlt; häufiger wird es allerdings sein, dass vollkommen ohne Eigenkapital auf Seiten des „Steuersparmodells“ gearbeitet wird. Auch diese Fallkonstellationen sind vorgekommen und führen dazu, dass der Steuerberater auch darauf hinzuweisen hat²⁵.

Selbstverständlich haftet der Steuerberater darüber hinaus für den Fall, dass er eine Kapitalanlage aus steuerlichen Gründen seinem Mandanten fahrlässig falsch²⁶ empfiehlt oder bei den Verhandlungen des Mandanten mit einem Anbieter von Steuersparmodellen Beratung erteilt²⁷. Das gilt auch dann, wenn er lediglich den Anschein erweckt, er habe das „Steuersparmodell“ geprüft²⁸.

Dabei trifft ihn als Pflicht nicht nur die steuerliche Prüfung, sondern auch eine erweiterte Pflicht in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit²⁹. Von dem genannten Risiko der mangelnden Wirtschaftlichkeit einer Anlage kann sich der Steuerberater auch nicht durch Allgemeine Haftungsbeschränkungen – jedenfalls in Bezug auf den ausgebliebenen Steuervorteil – befreien³⁰. Allerdings kann er sich mit dem Hinweis auf seine nicht vorgenommene Prüfung – insgesamt oder einzelner Punkte – der Haftung entziehen³¹.

Allerdings haftet der Steuerberater nicht auf Heller und Pfennig, wenn ein Anlageunternehmen den erhofften Steuererfolg nicht vollständig erzielt; so hat beispielsweise das OLG Hamm entschieden, dass u. U. eine Abweichung in zweierlei Hinsicht unschädlich sein kann³². So in dem Fall, wenn eine 10 % geringere Steuerersparnis

²² widrigenfalls setzt sich der Berater dem Verdacht einer Straftat aus (§ 263 StGB); wobei sich auch u. U. der Vermittler der Kapitalanlage der Anstiftung strafbar machen könnte.

²³ OLG Köln Urt. v. 13.02.1997 – 7 U 19/96 in NJW 1998,1431 (in der Folge schlägt dieser Treubruch auch auf die anderen an dem Anlagegeschäft Beteiligten durch: Anlagevermittler, Vertriebsgesellschaft, finanzierendes Kreditinstitut).

²⁴ BGH Urt. v. 20.05.1987 – IVa ZR 36/86 in WM 1987, 960 (hierbei stellte der Steuerberater sogar eine „Honorarrechnung“ an den Bauträger, die auch zu Lasten des Bauherrenkontos gezahlt wurde.).

²⁵ BGH Urt. v. 25.01.1984 – IVa ZR 81/82 in WM 1984,465.

²⁶ OLG Sachsen-Anhalt Urt. v. 25.04.2002 – 2 U 3/02 in OLGR Naumburg 2002,473.

²⁷ BH Urt. v. 09.11.1995 – IX ZR 161/94 in NJW 1996, 412.

²⁸ OLG Hamburg Urt. v. 28.11.1990 – 5 U 139/88.

²⁹ OLG Sachsen-Anhalt Urt. v. 29.04.2002 – 1 U 150/01 in OLGR Naumburg 2002,473, LG Coburg Urt. 27.02.03 – 23 I 396/02 nicht veröffentlicht; einschränkend noch BGH Urt. v. 20.05.1987 – IVa ZR 36/86 in WM 1987, 960.

³⁰ BGH Urt. v. 13.02.2003 – IX ZR 62/02 in ZIP 2003, 806.

³¹ BGH Urt. v. 18.09.1985 – IVa 199/83 in WM 1985, 1530.

³² OLG Hamm Urt. v. 01.05.1988 – 25 U 256/86.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

eintritt und der Steuererfolg nicht zum gewünschten, sondern zu einem späteren Zeitpunkt eintritt.

Insoweit steht der Steuerberater – aus meiner Sicht – in der ständigen Praxis in einer gewissen Zangensituation, da er einerseits dazu verpflichtet ist, seinen Mandanten von sich aus darauf aufmerksam zu machen wie dieser durch zivilrechtliche Konstruktionen Steuern sparen kann³³, andererseits steht er in der Haftung für unvollständig erteilten Rat bei der Zeichnung eines Steuersparmodellen. Hier wird – wie es das OLG Schleswig-Holstein festgelegt hat – der gangbare Weg sein, auf die Vor- und Nachteile erschöpfend hinzuweisen, ohne allerdings einen konkreten Vermögensanlagevorschlag mit zu tragen und der eindringliche Hinweis, dass das Steuersparmodell in seiner individuellen Weise nicht geprüft worden ist.

Der Umfang des zu ersetzenden Schadens ist regelmäßig auf das Vertrauensinteresse gerichtet und damit auf den Steuernachteil³⁴. Allerdings werden dem so Geschädigten auch die Kreditaufwendungen als ersatzfähig zugesprochen wie auch eine Abstandssumme für die Vertragsaufhebung³⁵, die Prämien zur Lebensversicherung abzüglich des Rückkaufswertes, wenn diese Versicherung zur Kredittilgung und / oder Sicherung eingesetzt worden ist. Nach dem Urteil des OLG München kann auch die Grunderwerbsteuer zu ersetzen sein³⁶, während das Risiko des Anlagegeschäftes selbst in den Bereich des unternehmerischen Risikos des Anlegers selbst fällt³⁷.

b) Haftung der Gründungsgesellschafter wegen fehlender Aufklärung über (potentielle) Änderung steuerlicher Bedingungen

In seinem recht aktuellen Urteil vom 14.07.2003³⁸ definiert der BGH die Tragweite der steuerlichen Aufklärungspflicht für Gründungsgesellschafter. Auf den ersten Blick erstaunlich ist der Zeitpunkt, an dem die Beteiligung eingegangen worden ist und der der Beurteilung zu Grunde lag. Hier ging es um ein „Steuersparmodell“ aus den frühen 70-er Jahren.

Das Geschäftsmodell der Abschreibungsgesellschaft basierte auf der bis zum vorhandenen Möglichkeit, den steuerpflichtigen Gewinn bei Entwicklungshilfestaat durch Bewertungsabschläge vorzunehmen und Rücklagen zu bilden. Zu derartigen Staaten – man kann es sich heute kaum vorstellen – gehörten damals auch die Kanarischen Inseln. Allerdings war der ursprünglich bis Ende 1972 reichende Begünstigungszeitraum im August 1971³⁹ eingeschränkt worden. In der Folge durften – maßgeblich für den hier vorliegenden Sachverhalt – nur die Maßnahmen steuerlich zum Verlust führen, die nachweislich in Erfüllung einer am Schluss des 31.12.1970 bestehenden rechtsverbindlichen Verpflichtung geleistet wurden. Die Gründungsgesellschafter, die ihr Abschreibungsmodell noch nicht gänzlich in „trockenen Tüchern“ hatten, datierten zum einen „steuerlich motiviert“ Verträge zurück und wiesen in dem

³³ Schleswig-Holsteinisches OLG Ur. v. 13.10.1998 – 6 U 1/98 in GmbHR 1999, 162.

³⁴ BGH Ur. v. 07.05.1991 – IX ZR 188/90; OLG Sachsen-Anhalt Ur. v. 29.04.2002 – 1 U 150/01.

³⁵ BGH Ur. v. 20.06.1996 – IX ZU 262/95.

³⁶ OLG München Ur. v. 23.01.1995 – 26 U 3350/94.

³⁷ OLG Stuttgart Ur. v. 03.02.1987 – 10 U 29/86.

³⁸ BGH Ur. v. 14.07.03 – II ZR 202/02 in ZIP 2003, 1651.

³⁹ eingeschränkt durch Zweites SteuerrechtsänderungsG 1971 vom 10.08.71 (BGBl. I S. 1272).

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Prospekt einerseits auf ihre eigene nicht unerhebliche Kapitaleinlage hin und weiterhin, dass die Steuervorteile auf den gesetzlichen Vorschriften des Entwicklungshilfe-Steuergezet von 1968 basieren und von den Einschränkungen des Kabinettsbeschlusses vom 17.12.1970 nicht betroffen seien.

Die Verluste wurden zunächst durch das Betriebsstättenfinanzamt anerkannt, dann aber nach Vermögensverfall der Abschreibungsgesellschaft wieder aberkannt.

Der BGH stellt auch hier – obwohl keine direkten Verhandlungen zwischen den Gründungsgesellschaftern und dem Anleger geführt worden sind – darauf ab, dass ein Vertragsverhältnis zustande gekommen sei. Zentraler Punkt – und deshalb wurde das Geschäftsmodell konzipiert und von Anlegern gezeichnet – sei der erwartete Steuervorteil. Da der Prospekt dazu dienen solle, die gleiche Augenhöhe zwischen dem Anbieter und dem Nachfrage (juristisch: Antragender und Annehmenden) herzustellen, hat dieser zur Erfüllung der Pflichten des Initiators so gestaltet zu sein, dass der Interessent seine steuerliche Situation richtig erkennen kann. Alles was in diesem Zusammenhang nicht der realen Rechtslage in Bezug auf das Anlageprojekt entspricht, führt zwangsläufig zur Haftung der Gründungsgesellschafter.

Natürlich muss eine solche Pflichtverletzung für die Eingehung der Beteiligung auch kausal sein. Hier sagt die Rechtsprechung meiner Meinung nach praxisnahe, dass prinzipiell jeder Fehler in einem Prospekt kausal ist; das gilt auch dann, wenn der Prospekt konkret dem Anleger *nicht* vorliegt. Denn nach ständiger Rechtsprechung entspricht es der Lebenserfahrung, dass ein wesentlicher Prospektfehler für die Anlageentscheidung ursächlich geworden ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass genau dieser Fehler, der herausgearbeitet worden ist, die Ursache des Scheiterns war oder auch nur dazu beitrug. Es reicht aus, dass der Prospektfehler in die Rechtssphäre des Anlegers eingegriffen hat, also die Pflichtverletzung in die Entscheidungsbildungsmöglichkeit und -freiheit als solche gegeben ist.

c Haftung wegen wertloser Mietgarantie

Bei baubezogenen Kapitalanlagen auf Mitunternehmerbasis spielt die Mietgarantie eine wichtige Rolle⁴⁰. Denn sie soll dem Anleger – jedenfalls vom Grundgedanken her – den Ertrag aus der Immobilie sichern. Diese Mietgarantie wird für die ersten Jahre der Kapitalanlage von einer Gesellschaft gegeben, die regelmäßig dem Initiatorenkreis sehr nahe steht oder von diesen beherrscht wird. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass diese Mietgaranten, für die der Anleger verpflichtet ist, einen Obolus zu entrichten, Kapitalgesellschaften in Form der GmbH mit der kapitalmäßigen Mindestausstattung sind, die einen Mietausfall von mehreren Mietern über einen Zeitraum von mehreren Monaten kaum oder oftmals gar nicht überstehen. Sie verfügen von Anfang an oftmals nicht über die gehörige Bonität.

Wie das Oberlandesgericht Karlsruhe vor etwa einem halben Jahr entschieden hat, hat der Vertriebsmittler auf die mangelnde Bonität des Mietgaranten hinzuweisen⁴¹.

⁴⁰ zu Einzelheiten und Problemen der Mitunternehmereigenschaft bei Immobilienfonds vgl. Loritz / Wagner, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Band 2, 1995, S. 101 f. (Rn 242 ff.).

⁴¹ OLG Karlsruhe Urt. v. 14.05.2003 – 6 U 149/02.

Das gleiche muss m. E. gelten, wenn es um Nachschusspflichten des Anlegers geht oder darum, dass ihm suggeriert wird, er würde Ausschüttungen erhalten, die er endgültig behalten dürfe, aber in Wirklichkeit es sich um gewinnunabhängige Ausschüttungen handelt, die nichts anderes sind als Vorschüsse auf seinen Gewinnanteil, der dann allerdings noch erwirtschaftet werden muss.

III. Der Widerruf unliebsamer Darlehensverträge

1. Die Ausgangsposition

Viele Steuersparmodelle sind aus den bereits zitierten Motiven eng verknüpft mit der Aufnahme eines Darlehens.

In der Praxis werden vom Vermittler oder Berater von Kapitalanlagen gleich ganze Paketangebote präsentiert – also die Kombination von

- Steuersparmodell, dem
- Kredit, der es überhaupt erst für den Anleger möglich macht, die Finanzmittel in das Anlagemodell zu investieren, und einer
- Lebensversicherung zum Zwecke der Absicherung und der Tilgung des Kredites⁴².

Der provisionsmaximierte Service aus einer Hand.

Auf die Problematik, inwieweit hier ein Verstoß durch Bevollmächtigung von Geschäftsbesorgern gegen das Rechtsberatungsgesetz vorliegt und die abgeschlossenen Kreditverträge entsprechend unwirksam sind, soll an dieser Stelle – um den Rahmen nicht zu sprengen – nicht weiter eingegangen werden⁴³.

Scheitert die Kapitalanlage, so ist der Anleger doppelt geschädigt: das Kapital ist weg und die Schulden sind noch vorhanden. Er ist höchst interessiert die nunmehr lästigen Verbindlichkeiten abzuschütteln. Die Gründe für ein Scheitern oder zumindest für eine Enttäuschung des Geldgebers sind vielfältig⁴⁴.

Ausgangspunkt der folgenden Betrachtung ist die wohl hinlänglich bekannte „Heininger-Entscheidung“ des EuGH⁴⁵ und die Folgeentscheidung des BGH⁴⁶. Lawinenartig sind der Entscheidung des BGH beipflichtende und opponierende Beiträge in der Literatur veröffentlicht worden. Nachdem weitgehend die Argumente der einander

⁴² so beispielsweise für eine Fondsbeteiligung an einer Immobilien-KG im Falle BGH Ur. v. 21.07.2003 – II ZR 287/02 in NJW 3003, 2821; sehr instruktiv auch die Ausführungen von Westermann in ZIP 2002, 189 f. über die Vertriebswege von Fondsgesellschaften u. ä. unter Ziffern I. 1. f.

⁴³ exkludiert soll an dieser Stelle die Unwirksamkeit des Abschlusses von Darlehensverträgen bei „Paketlösungen“ sein, in denen der Anleger einen Treuhänder – unter Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz – zum Abschluss aller erforderlichen Verträge bevollmächtigt hat, vgl. dazu den Fall BGH Ur. v. 18.03.2002 – XI ZR 188/02; vgl. dazu auch Münscher in Frisch/Münscher, Haftung bei Immobilienanlagen, RWS-Skript, 2002, S. 285 ff; aktuell: BGH Ur. v. 22.10.03 – IV ZR 398/02 (zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Skripts noch unveröffentlicht, lediglich als Pressemitteilung des BGH erhältlich.).

⁴⁴ vgl. dazu die Aufzählung bei Westermann in ZIP 2002, 189 (190 f.).

⁴⁵ EuGH Ur. v. 13.12.2001 – Rs C-481/99 in NJW 2002, 281.

⁴⁶ BGH Ur. v. 09.04.2002 – XI ZR 91/99 in ZIP 2002, 1075.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

widersprechenden Meinungen ausgetauscht und diskutiert worden sind; man also der Meinung sein könnte, dass wieder Ruhe eingekehrt ist, könnte nun eine Vorlage des LG Bochum⁴⁷ erneut zum EuGH für Bewegung sorgen.

Ansatzpunkt für die gerichtliche Auseinandersetzung ist das inzwischen durch die Schuldrechtsreform abgelöste Haustürwiderrufsgesetz⁴⁸. Dieses Gesetz, das ursprünglich vor aufdringlichen Drückern an der Haustüre und vor werbenden Kaffeefahrten schützen wollte, hat seinen Anwendungsbereich deutlich über dem erweitert als ursprünglich in den Vorstellungen der Kreditanbietenden verhaftet war.

Zur Heininger-Entscheidung des BGH: Zwar dürfte diese Entscheidung weitgehend bekannt sein, aber dennoch möchte ich die wesentlichen Punkte mit wenigen Worten ins Gedächtnis rufen.

Die Eheleute Heininger beteiligten sich 1993 kreditfinanziert an einer Eigentumswohnung. Zur Absicherung des Kredites wurde für die Bank eine Grundschuld gestellt, sog. real- oder grundschuldbesicherter Kredit (= kurz: Realkredit). Bei der Kreditvergabe wurde über zwar über das Widerrufsrecht nach dem Verbraucherkreditgesetz informiert, jedoch nicht über das nach dem Haustürwiderrufsgesetz a. F. bestehende Widerrufsrecht⁴⁹. In dem Klageverfahren, das von den Eheleuten Heininger 1998 angestrengt worden war, widerriefen sie nach § 1 HTWG ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung. Sie behaupteten, dass eine solche Haustürsituation vorgelegen habe.

Den entscheidenden Punkt, ob das HTWG auch auf Realkreditverträge anwendbar sei, bejahte der vom BGH⁵⁰ angerufene EuGH⁵¹. Dem hatte der BGH zu folgen und verwies die Angelegenheit zur weiteren Aufklärung zurück an das OLG München⁵²; dieses musste dann allerdings feststellen, dass überhaupt keine nach dem HTWG privilegierte Situation vorgelegen hat.

Im Folgenden soll die Linie des BGH zur Frage der Rückabwicklung von nach dem HTWG widerrufenen Realkreditverträgen bei Immobilienanlagen dargestellt werden. Anschließend werden die Einwände im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Widerrufs, insbesondere des bereits angeführten Vorlagebeschlusses des LG Bochum⁵³ illustriert und analysiert.

⁴⁷ LG Bochum Beschl. v. 29.07.2003 – 1 O 795/02.

⁴⁸ Das HTWG ist zum 01.05.1986 in Kraft getreten mit Änderungen zum 01.10.2000 und der späteren Überführung dieser Vorschriften in das BGB nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform; vgl. dazu unter III. 7 dieses Skripts. Nach Art. 3 Abs. 2 a) der Haustürwiderrufsrichtlinie (RL 85/577 EWG) war der Abschluss des Kaufvertrages über eine Immobilie vom Widerrufsrecht ausgenommen. Der deutsche Gesetzgeber hat diese so nicht geregelt, sondern in nur in § 1 Abs. Nr. 3 HTWG Notarverträge von der Widerrufsmöglichkeit ausgenommen.

⁴⁹ nach § 5 Abs. 2 HTWG i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG stand Verbrauchern bei Realkrediten kein Widerrufsrecht zu; insoweit hat der BGH in der Heininger-Entscheidung erklärt, dass § 5 Abs. 2 HTWG einengend richtlinienkonform auszulegen ist, als das es nur so weit geht, wie das VerbrKrG ein gleich weit reichendes Widerrufsrecht einräumt.

⁵⁰ BGH Beschl. v. 29.11.1999 – XI ZR 91/99 in ZIP 2000, 177.

⁵¹ EuGH Urt. v. 13.12.2001 – Rs C-481/99 in NJW 2002, 281.

⁵² OLG München 29.07.2002 – 31 U 4034/98 in BKR 2002, 912.

⁵³ LG Bochum Beschl. v. 29.07.2003 – 1 O 795/02.

2. Widerruf des Darlehensvertrages in der Haustürsituation

Viele Veröffentlichungen nach bekannt werden der Heininger-Entscheidung durch den EuGH erweckten den Eindruck, dass der Anleger, der in mittlerweile gescheiterten Immobilien investiert hatte, ohne weiteres die Möglichkeit hätte, sich von den Darlehensverbindlichkeiten zu löschen. Diese Konsequenz wäre ein Eldorado für den kreditfinanzierenden Anleger gewesen – er wäre in der Endbetrachtung gegenüber demjenigen bevorzugt, der eigenes Geld eingesetzt hätte – und ein desaströses Ergebnis für die Kreditwirtschaft.

In der ersten euphorischen Phase auf Seiten der kreditierten Anleger mag dabei übersehen worden sein, dass sich der BGH im Jahre 1999 bereits einmal zu den Modalitäten der Rückabwicklung nach dem HTWG widerrufenen Darlehen geäußert hatte.⁵⁴ Doch nicht nur die Fragen der Rückabwicklung verdienen Beachtung, sondern bereits der Tatbestand muss entsprechend sorgfältig betrachtet werden, hat doch – wie ich bereits erwähnte – das OLG München in der Beweisaufnahme festgestellt, dass keine Haustürsituation vorgelegen hat⁵⁵.

Häufig soll die Haustürsituation mit folgender Argumentation begründet werden: Vor Vertragsabschluss sei es nie zum direkten Kontakt zwischen dem Kreditinstitut und dem Darlehensnehmer gekommen; daher müsse sich die Bank das Verhalten Dritter zurechnen lassen, wenn sie selbst auf eine direkt Kontaktaufnahme verzichte. In der Praxis wird nämlich nicht ein Bankangestellter selbst die Kreditgespräche in der Privatsphäre des späteren Kreditnehmers führen, sondern der Anlagevermittler, der regelmäßig nicht Bankangestellter ist, führt die Verhandlungen.

Damit macht man es sich jedoch zu einfach, da unberücksichtigt bleibt, dass es oftmals dem ausdrücklichen Wunsch des Darlehensnehmers entspricht, sich nicht detailliert um die Finanzierung der Kapitalanlage kümmern zu müssen. Der Kapitalanleger wünscht die Paketlösung aus Anlagemodell und Kredit. Der entscheidende Aspekt soll damit deutlich hervorgehoben werden: Die Problematik der Haustürsituation ist in erster Linie eine Frage der Zurechnung.

Entsprechend urteilt auch der BGH im Einklang mit der herrschenden Auffassung in der Literatur, in dem er die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Haustürsituation dem Erklärungsempfänger zugerechnet werden können, auf die zu § 123 BGB – arglistige Täuschung – entwickelten Kriterien zurückgreift. Nach diesem Ansatz reicht es also grundsätzlich nicht mehr aus, dass der Dritte behauptet, er wolle für eine bestimmte Bank tätig werden. Vielmehr muss ihrerseits die Bank den Dritten, der das Geschäft in einer Haustürsituation abschließt, bevollmächtigt oder beauftragt haben, in ihrem Namen Verhandlung mit einem potentiellen Darlehensnehmer zu führen.

Der Fall des § 123 Abs. 1 BGB setzt demnach voraus, dass der Vermittler derart eng mit der Bank verbunden ist, dass er als Vertrauensperson erscheint. Diese Voraussetzung dürfte jedoch regelmäßig nicht erfüllt sein. Für die Praxis dürfte daher die Frage im Vordergrund stehen, wann der Bank die Tätigkeit des Vermittlers nach § 123 Abs. 2 BGB zugerechnet werden kann, weil die Bank dessen Handeln kannte

⁵⁴ BGH Urt. v. 02.02.1999 – XI ZU 74/98 in NJW 1999, 1636.

⁵⁵ OLG München Urt. v. 29.07.2002 – 31 U 4034/98 in BKR 2002, 912.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

oder hätte kennen müssen. Dabei genügt es, für ein fahrlässige Unkenntnis, dass die Umstände des einzelnen Falles den Erklärungsempfänger – also der Bank - veranlassen mussten, sich danach zu erkundigen, auf welchen Umständen die ihm übermittelte Willenserklärung beruht⁵⁶.

Nach der zugegebenermaßen engen Ansicht des BGH bedeutet das für den Fall der Finanzierung des Erwerbs von Immobilien: Allein die Kenntnis der Bank, dass die Eigentumswohnung nicht von einer Privatperson, sondern von einer gewerblich tätigen Bauträgergesellschaft über Vermittler verkauft wird, lässt weder den Schluss auf eine Haustürsituation zu, noch muss die Bank von sich aus die Umstände der Vertragsanbahnung aufklären oder hinterfragen⁵⁷.

Etwas weiter legte dagegen das OLG Dresden § 123 Abs. 2 BGB in diesem Zusammenhang aus. Danach war eine Zurechnung an die Bank bereits möglich, da sie wusste, dass der Darlehensvertrag unter Verzicht auf einen direkten Kontakt unter Einsatz einer Vermittlerperson zustande gekommen war⁵⁸. Da diese Entscheidung jedoch zeitlich vor derjenigen des BGH ergangen ist, muss abgewartet werden, ob an dieser, für den Anleger sicher günstigeren Auffassung festgehalten wird.

3. Rechtsfolgen des Widerrufs nach BGH-Rechtsprechung

Die Rechtsfolgen – also das wirtschaftliche Ergebnis der BGH-Entscheidung – über den ausgesprochenen Widerruf haben in der Literatur sicherlich für den meisten Zündstoff gesorgt, nicht zuletzt deswegen, weil vielfach die Ansicht vertreten wird, der BHG hätte den geschädigten Anlegern „Steine statt Brot“ gegeben. Dies deshalb, weil der Anleger nach einem wirksamen Widerruf nach § 3 Abs. 1 HTWG nicht nur zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet bleibe, sondern auch die zumeist wertlose Immobilie nicht loswerden könne. Dabei ist es gravierend, dass das HTWG – anders als das VerbrKrG – den Begriff des verbundenen Geschäftes und die damit einhergehende besondere Regelung der damit typischerweise einhergehenden Interessen gerade nicht kennt.

Denn anstatt die Immobilie nach den Grundsätzen über das verbundene Geschäft an die Bank abzugeben, müsse der Anleger die gesamten erhaltenen Darlehensvoluta sofort zurückzahlen. Daher sei der Widerruf für den Anleger letztlich in keiner Weise wirtschaftlich vorteilhaft. Doch trotz dieses grundsätzlichen Einwandes steht die Position des BGH fest:

Der Widerruf eines Realkreditvertrages berührt die Wirksamkeit eines Kaufvertrages grundsätzlich nicht. Die Grundsätze des „verbundenen Geschäftes“ sind bei der Rückabwicklung nach dem HTWG nicht anzuwenden, weil der Realkreditvertrag und das finanzierte Geschäft grundsätzlich keine Einheit seien⁵⁹.

⁵⁶ BGH Urt. v. 09.04.1992 in WM 1992, 1016.

⁵⁷ BGH Urt. v. 12.11.2002 – IX ZR 145/91 in BKR 2003, 108 (111).

⁵⁸ OLG Dresden Urt. v. 15.11.2002 - 8 U 2987/01 in BKR 2003, 114 (118).

⁵⁹ kritisch dazu Hoffman in ZIP 2002, 1066 (1069 f., 1072 ff.).

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Zur Begründung wird – für mich nicht ganz nachvollziehbar – ausgeführt, dass bei einem Immobilienkauf auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie wisse, dass Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind. Dieses gehe auch aus dem Prospektmaterial in aller Regel deutlich hervor; dieser Prospekt kläre im Übrigen auch, dass der kreditfinanzierenden Bank regelmäßig keine weitere Rolle zugeordnet sei in der Konzeption der Steuersparobjektes⁶⁰. Hierauf kann es meiner Ansicht aber nicht ankommen, um die Verbundenheit gegenüber dem Verbraucher – bemessen nach dessen verständiger Sichtweise und dem Wunsch nach einer Paketlösung – argumentativ darzustellen.

Entsprechend sei auch diese Ausnahme in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a. F.⁶¹ letztlich Gesetz geworden. Gegenteiliges lasse sich auch nicht unter Berufung auf die sog. „Securenta-Entscheidungen“ des BGH aus dem Jahre 1996 begründen⁶². Abgesehen davon, dass es in diesem Fall um eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung gehe, müssen auch die dortigen Ausnahmesituationen beachtet werden. So war der Gründungsgesellschafter des Fonds Alleinaktionär und Generalbevollmächtigter der finanzierenden Bank sowie Vorstand der von den Fondsgesellschaften umfassend beauftragten Treuhandgesellschaften; also die nahezu klassische Situation des allumfassenden, krakenhaft wirkenden und nahezu mit allen Kompetenzen ausgestatteten Initiators.

Ich bin der Meinung, dass diese Auffassung des BGH bzgl. der Eingehung einer Immobilienbeteiligung im Verhältnis zum Beitritt zu einem realkreditbesicherten Immobilienfonds nicht den wirklichen Gegebenheiten entspricht. Hierzu werde ich noch an anderer Stelle zurückkommen, wenn es um eine Entscheidung des 2. Senats vom Juli dieses Jahres geht⁶³.

⁶⁰ so Westermann in ZIP 2002, 189 (200).

⁶¹ Gesetzestext in der zeitlich maßgebenden Fassung siehe Anhang.

⁶² insbes. Securenta III Entscheidung BGH Ur. v. 17.09.1996 – XI ZR 164/94 in ZIP 1996, 1940 (das VerbrKrG war zum Zeitpunkt der Eingehung der Geldanlagebeteiligung im Jahre 1988 noch nicht in Kraft getreten, maßgebend waren die Vorschriften des AbzahlungsG. § 1 AbzG war auf den Kauf von bewegl. Sachen gerichtet, so dass auf den Rechtsgedanken bei der eingegangenen Geldanlage zurückgegriffen wurde, [vgl. S. 1942]).

im Übrigen: Securenta I Entscheidung BGH in ZIP 1996, 370; Securenta II Entscheidung BGH in ZIP 1996, 373; Securenta IV Entscheidung BGH in ZIP 1996, 1943.

⁶³ BGH Ur. v. 21.07.2003 – II ZR 387/02 in NJW 2003, 2821.

4. Form und Modalität der Rückabwicklung

Folgt man dem BGH im Ergebnis und in der Begründung, so richtet sich die Rückabwicklung nach § 3 HTWG⁶⁴. Danach müssen die Parteien im Falle des Widerrufs die empfangenen Leistungen einander rückgewähren. Es handelt sich demnach bei dem Rückgewähranspruch des § 3 HTWG um einen besonders ausgestalteten Bereicherungsanspruch⁶⁵.

a) Folgen für den Anleger und Darlehensnehmer

Danach hat der Darlehensnehmer zunächst einen Anspruch auf Erstattung der auf das Darlehen gezahlten Zins- und Tilgungsleistungen. Diese sind ihm von der Bank marktüblich zu verzinsen⁶⁶.

b) Ansprüche des Kreditinstituts

Einer genaueren Betrachtung bedürfen die Ansprüche des finanzierenden Kreditinstituts. Nach § 3 HTWG steht diesem nach ausgesprochenem Widerruf in erster Linie ein sofort fälliger Anspruch auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages zu⁶⁷. Nur diesen Betrag empfängt der Anleger als Leistung i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 1 HTWG. Bearbeitungsgebühren bzw. das einbehaltene Disagio sind abzuziehen⁶⁸.

Allerdings hat auch der Anleger diese empfangene Leistung – also den Darlehensbetrag – marktüblich zu verzinsen⁶⁹.

Keine Schwierigkeiten bereitet es hierbei der Rechtsprechung, dass dem Anleger da Geld nicht unmittelbar zufließt, sondern regelmäßig sofort von der Bank an den Immobilienverkäufer oder Treuhänder gezahlt wird. Um Wertungswidersprüche zwischen § 3 HTWG einerseits sowie § 607 BGB a. F. und § 7 Abs. 3 VerbrKrG⁷⁰ andererseits zu vermeiden, soll der Begriff des Empfangens identisch ausgelegt werden⁷¹.

Nach der Rechtsprechung zu § 607 BGB a. F. setzte der Empfang des Darlehens voraus, dass der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form

⁶⁴ Gesetzestext in der zeitlich maßgebenden Fassung siehe Anhang.

⁶⁵ BGH Urt. v. 16.10.1995 - II ZR 298/94 in Z 131, 82 (87); BGH Urt. v. 02.02.1999 – XI ZR 74/98 in NJW 1999, 1636 (1637).

⁶⁶ BGH Urt. v. 12.11.2002 – XI ZR 47/01 in BKR 2003, 106 (107) m.w.N.; Koch in WM 2002, 1593 (1595).

⁶⁷ BGH Urt. v. 12.11.2002 – XI ZR 47/01 in BKR 2003, 106 (107).

⁶⁸ BGH Urt. v. 12.11.2002 – XI ZR 47/01 in BKR 2003, 106 (108); Martis in MDR 1998, 1260 (1265).

⁶⁹ Zur Problematik der „marktüblichen“ Zinsen und der Berechnungsmethode vgl. Meinhardt/Klein in BKR, 234 (236 f.).

⁷⁰ Gesetzestext in der zeitlich maßgebenden Fassung siehe Anhang.

⁷¹ BGH Urt. v. 12.11.2002 – XI ZR 47/01 in BKR 2003, 106 ff.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

endgültig zugeführt worden ist⁷². Für den Empfang im Sinne dieser Vorschrift ist es daher grundsätzlich ausreichend, wenn die Darlehensvaluta auf Weisung des Darlehensnehmers an einen Dritten ausgezahlt wird, sofern der namhaft gemachte Dritte das Geld vom Darlehensgeber tatsächlich erhalten hat. Eine Ausnahme wird nur für den Fall gemacht, dass der Dritte nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers sondern sozusagen als „verlängerter Arm“ des Darlehensgebers tätig geworden ist⁷³. Diese Konstellation wird für den Immobilienerwerb, der realkreditfinanziert ist, abgelehnt.

c) Verwertungsrisiko der Kapitalanlage beim Anleger

Der Anleger kann dem Rückforderungsbegehren der Bank nicht entgegen halten, die Rückführung sei ihm wirtschaftlich nicht möglich. Das Argument, die Verwertung der Immobilie sei nicht ausreichend erlösversprechend, kann nicht ziehen. Da es sich bei dem Rückforderungsanspruch der Bank nach § 3 HTWG um einen besonderen bereichsrechtlichen Anspruch handelt, können sich Darlehensnehmer auf den Untergang der Darlehensvaluta nicht berufen. Der Darlehensnehmer wisse ja, dass ihm das Kapital nur zeitweilig und nicht auf Dauer überlassen sei und er demnach den Mangel des Rechtsgrundes gewissermaßen kenne und nach § 819 BGB verschärft hafte⁷⁴.

Daran ändert § 3 HTWG nicht. Diese Norm bürdet lediglich die Gefahr des zufälligen Unterganges und der nicht zu vertretenden Verschlechterung einer Sachleistung, die zum endgültigen Verbleib im Vermögen des Kunden bestimmt war, dem Geschäftspartner auf. Das mit der Verwendung der Darlehensvaluta verbundene wirtschaftliche Risiko habe damit eben nichts zu tun⁷⁵.

Bezeichnenderweise zeigt der BGH selbst, dass dieses Ergebnis, zumindest Bedenken unterliegt. Denn wortwörtlich führt er zu dieser Lösung aus, dass „mit der Pflicht zur sofortigen Rückzahlung und marktüblichen Verzinsung der Darlehensvaluta ein Widerruf der Darlehensvertragerklärung für viele Darlehensnehmer wirtschaftlich wenig oder nicht interessant ist“^{76 77}. Diese soll aber mit einem Vergleich zum arglistig Getäuschten gerechtfertigt werden können und beruhe weiterhin auf einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung⁷⁸.

⁷² BGH Urt. v. 07.03.1985 – IX ZR 21/83 in WM 1985, 653

⁷³ BGH Urt. v. 17.01.1985 – III ZR 135/83 in WM 1985, 221 (223); Urt. v. 12.06.1997 – IX 110/96 in WM 1997, 1658 (1659).

⁷⁴ BGH Urt. v. 25.04.1982 – VII ZR 60/81 in Z 83, 293 (295), Urt. v. 02.02.1999 – XI ZR 74/98 in NJW 1999, 1636 (1637).

⁷⁵ BGH Urt. v. 02.02.1999 – XI ZR 74/98 in NJW 1999, 1636 (1637).

⁷⁶ BGH Urt. v. 12.11.2002 – XI ZR 47/01 in BKR 2003, 106 (108).

⁷⁷ zur Auswirkung der Heininger-Entscheidung des BGH auf gestellte Besicherungen des Kreditvertrages vgl. Koch in WM 2002, 1593 (1599 f.).

⁷⁸ BGH Urt. v. 12.11.2002 – XI ZR 47/01 in BKR 2003, 106 (108).

5. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung und abweichende Ansichten

Nicht zuletzt, diese vom BGH selbst angesprochene Erkenntnis hat in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung dazu geführt, sich über die Rechtsfolgen des Widerrufs eigene Gedanken zu machen und sich mehr oder minder offen gegen den BGH zu stellen.

So möchte das OLG Oldenburg⁷⁹ den Anleger besser stellen, indem es die Grundsätze der „Securenta“-Entscheidungen heranzieht. Dies dürfte vorliegend jedoch problematisch sein, da in dieser Entscheidung keine besonderen Umstände zu entnehmen sind, die den Rückschluss auf eine wirtschaftliche Einheit des Darlehens- und des Immobilienkaufvertrages zuließen. Die wirtschaftliche Verbundenheit bereits deswegen anzunehmen, weil die Darlehenssumme an die Verkäuferin der Immobilie ergangen sei, dürfte noch nicht genügen⁸⁰. Aus einem nur kurze Zeit später ergangenen Urteil des OLG Karlsruhe lässt sich entnehmen, dass ein verbundenes Geschäft zwischen Realkredit und Kapitalanlage angenommen wird und deshalb das Kreditinstitut – entsprechend des Schutzzwecks des HTWG – der Darlehensnehmer nicht mit dem unmittelbaren und vollständigen Rückzahlungsanspruchs aus dem Darlehensverhältnis belastet werden darf⁸¹. Dieses hat zur Folge, dass das Finanzierungsinstitut und der „Partner des finanzierten Geschäfts“ die Rückabwicklung vorzunehmen haben.

Einen dogmatisch anderen Ansatz wählt dagegen das LG Bremen⁸². Es sieht nach der „Heininger“-Entscheidung des EuGH eine planwidrige Lücke für die Rückabwicklung nach dem HTWG und will diese Lücke durch eine analoge Anwendung des § 9 VerbrKrG schließen. Die Hürde des § 3 Abs. 2 Nr.2 VerbrKrG soll mit der Begründung überwunden werden, dass diese Norm aus europarechtlichen Gründen für den in Rede stehenden Fall teleologisch reduziert werden soll⁸³.

Die meiste Bewegung in die scheinbar gefestigten Fronten dürfte wohl der Vorlagebeschluss des LG Bochums vom 29.07.2003 gebracht haben⁸⁴. Gemäß § 234 EGV werden dem EuGH vier Fragen mit Fokus auf den Verbraucherschutz zur Vorabentscheidung vorgelegt.

- Erstens geht es darum, ob von der Haustürgeschäfte-Richtlinie auch solche Kaufverträge über Immobilien erfasst werden, die lediglich als Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells anzusehen sind und bei dem die bis zum Vertragsschluss durchgeführten Vertragsverhandlungen in einer Haustürsituation nach § 1 HTWG erfolgen.

⁷⁹ OLG Oldenburg Ur. v. 19.06.2002 – 2 U 65/2002 in VuR 2002, 321.

⁸⁰ wie hier: Münscher in BKR 2003, 86 (89).

⁸¹ OLG Karlsruhe Ur. v. 17.09.2002 – 2 U 23/02 in ZIP 2003, 163.

⁸² LG Bremen Ur. v. 02.07.2002 – 8 O 2420/00 in WM 2002, 1450; Reiter/Methner Anmerkungen zu LG Bremen, Ur. v. 02.07.2002 in VuR 2002, 316.

⁸³ LG Bremen Ur. v. 02.07.2002 – 8 O 2420/00 in WM 2002, 1450 (1455).

⁸⁴ LG Bochum Beschl. vom 29.07.03 - 1 O 795/02.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

- Zweitens wird gefragt, ob eine Auslegung der nationalen Rechtsordnung, die die Rechtsfolgen des Widerrufs der Darlehenserklärung auch bei o. a. Kapitalanlagemodellen lediglich auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrages beschränkt, den Anforderungen eines effektiven Verbraucherschutzes entspricht.⁸⁵
- Drittens soll überprüft werden, die vom BGH praktizierte Form der Rückabwicklung dem Schutzzweck der Widerrufsregelung in Art. 5 Abs. 2 der Haustürgeschäfte-Richtlinie genügt.
- Viertens geht es schließlich darum, ob sich im Falle eines Widerrufs die sofortige Rückzahlungspflicht der Darlehensvaluta an die Bank nebst deren marktüblicher Verzinsung mit dem Grundsatz des effektiven Verbraucherschutzes verbinden lässt.

Zu dieser Vorlage sieht sich das LG Bochum genötigt, da nach seiner Ansicht die soeben skizzierte Rechtsprechung des BGH⁸⁶, u.a. die Rechtsfolgen dem Schutzzweck des Widerrufsrechts nicht gerecht würden. Es bedauert ausdrücklich, dass zwar das Widerrufsrecht und deren Voraussetzungen europarechtlich geregelt seien, jedoch nicht die Rechtsfolgen; denn diese auszugestalten sei dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber zur Verantwortung übertragen.

Zur Begründung wird bezweifelt, dass es bei derartigen steuerrechtlich motivierten Kapitalanlagemodellen fraglich sei, ob man der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta überhaupt nach § 3 HTWG empfangen habe.

Diese Sichtweise lässt außer Acht, dass zum einen das Darlehen ausschließlich der Finanzierung der Immobilie dienen sollte. Zum anderen hätten im konkreten Fall die Vertragsbedingungen der Bank eine Auszahlung an den Kläger überhaupt nicht vorgesehen. Vielmehr sei die unmittelbare Auszahlung an die Immobilienverkäuferin gerade Teil der von der Bank gewählten Vertragskonstruktion gewesen. Eine solche Vertragsgestaltung vermittelt der Bank einen erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Immobilienkaufvertrages. Hinzu komme, dass das gesamte – auch auf eine Steuerminderung ausgerichtete – Kapitalanlagemodell eine Abstimmung zwischen Darlehens- und Immobilienkaufvertrag voraussetze. Wegen der deswegen erforderlichen Kooperation von Verkäufer und Kreditgeber sei es jedenfalls fraglich, ob die Ausbezahlung der Darlehensvaluta an den Verkäufer auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Anlegers beruhe.

Sollte diesem Gedanken nicht gefolgt werden, so müsse das Ergebnis der gefestigten Rechtsprechung aus einem anderen Grund hinterfragt werden. Denn zwar sei es richtig, dass § 9 VerbrKrG wegen der Ausnahme des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden könne. Das hindere indes nicht den Rechtsgedanken dieser Regelung zur Lösung dieser Problematik heranzuziehen.

⁸⁵ Die Regelung der Rechtsfolgen des widerrufenen Geschäftes ist nach der Richtlinie ins Belieben des nationalen Gesetzgebers gestellt worden; dieser hat nach Meinung des LG Bochum sich jedoch in Bezug auf eben diese Rechtsfolgen richtlinienkonform zu Verhalten und nicht solche Regularien zuzulassen, die den Verbraucherschutz, den das HTWG gewährt, konterkarieren lassen.

⁸⁶ übersichtlich die aktuelle BGH-Rechtsprechung aufgelistet auf Seite 7 des Beschlusses LG Bochum.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Die notwendige wirtschaftliche Einheit solle demnach dann vorliegen, wenn das Anlagemodell eine Steuerersparnis nur erreichen kann, wenn der Erwerb und Finanzierung entsprechend den steuerrechtlichen Vorschriften aufeinander abgestimmt würden.

Auch wenn die Rechtsfolgen – anders als die Voraussetzungen – des Widerrufs dem nationalen Recht obliegen, dürfte diese im Hinblick auf einen wirksamen Verbraucherschutz nicht derart ausgestaltet sein, dass dem Verbraucher zwar ein unbefristetes Widerrufsrecht zugestanden wird, dessen Rechtsfolgen den Verbraucherschutz aber derart außer Acht lassen, dass er bei Ausübung seines Rechts wirtschaftlich schlechter steht, als ohne Widerruf.

Nach alledem stellt das nationale Recht nach der Ansicht des LG Bochum keine „geeigneten Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers“ bereit, da auf Grund der Rechtsprechung des BGH der Verbraucher trotz berechtigten Widerrufs des Darlehens erhebliche wirtschaftliche Nachteile erleide, die in vielen Fällen in der privaten Insolvenz endeten.

Abzuwarten bleibt, wie der EuGH die ihm vorgelegten Fragen entscheiden wird.

6. Beteiligung an geschlossenem Immobilienfonds⁸⁷ und Kreditierung des Anlegers als verbundenes Geschäft

Während der für Zwangsvollstreckungssachen zuständige des BGH in der behandelten Heining-Entscheidung eine Trennung zwischen dem realbesicherten Kreditgeschäft und dem Beteiligungsengagement sieht, und eben keinen Verbund annimmt; kommt der für gesellschaftsrechtliche Fragen zuständige 2. Senat des BGH in einer Entscheidung von diesem Jahre, bei der es um eine kreditfinanzierte Beteiligung an einem Immobilienfonds handelte, zu dem Ergebnis, dass ein Verbund nach § 9 Abs. 1 S. 2 VerbrKrG gegeben ist⁸⁸.

a) Ausgangslage

In diesem Falle nahm die Klägerin, eine Kreissparkasse, den kreditierten Anleger auf Rückzahlung des Darlehens in Anspruch. In diesem Falle bejaht der BGH die so genannte Paketlösung, da der Verkäufer des Fondsanteils die Formulare der Kreissparkasse im direkten Kundenverkehr verwendet hat. Ein Widerruf nach dem HTWG lag ausweislich des Tatbestandes nicht vor. Aus diesem Grunde will ich anhand dieses Falles nicht auf den lediglich formalen Mangel der Belehrung nach dem HTWG das Schlaglicht werfen, sondern auf das wirtschaftliche Ergebnis.

Mit diesem Darlehen wurde die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds – in Form einer KG – finanziert. Da der Anleger auf Grund ihm später bekannt gewordener Tatsachen der Meinung war, dass er arglistig ge-

⁸⁷ derartige Immobilienfonds werden regelmäßig in der Rechtsform der GbR oder KG vertrieben.

⁸⁸ BGH Urt. v. 21.07.2003 – II ZR 387/02.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

täuscht worden sei⁸⁹, focht er seinen Beitritt zum Fonds an und kündigte hilfsweise seine Mitgliedschaft an dem Fonds⁹⁰.

b) Einheit von Kredit und Kapitalanlage

In diesem Falle nimmt der BGH die wirtschaftliche Einheit von Kredit und finanziertem Gesellschafterbeitritt an, da der Vertrieb dem Anleger neben dem Beteiligungsantrag auch gleichzeitig den Kreditantrag vorlegt und das Kreditinstitut sich gegenüber dem Fondsvertreiber bereit erklärt hat, die Finanzierung der Anleger vorzunehmen. Ich meine, dass es auf die zuletzt genannte Bedingung, nämlich der Bereitschaftsbekundung der Bank gegenüber dem Vertrieb zur Finanzierung nicht ankommt für die Beurteilung der wirtschaftlichen Verbundenheit, hier ist meiner Ansicht nach nur das Problem der Zurechenbarkeit des Handelns des Vertriebsagenten gegenüber der Bank betroffen.

Auch wenn der BGH in diesem Falle das Verbundgeschäft gemäß VerbrKrG bejaht, so sieht es sich gehindert, die vom Anleger eingegangene Beteiligung dem Kreditinstitut zuzuordnen und damit den Kredit zu 100 % als erledigt anzusehen. Dieses ist eine Folge aus den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft⁹¹. Denn dem Anleger steht zum Zeitpunkt der Anfechtung als auch im Falle der Kündigung nicht sein ursprünglich eingezahlter Betrag zu, sondern nur der Wert seines Abfindungsguthabens zum Zeitpunkt der Beendigung der fehlerhaften Gesellschaft⁹².

Hier sind wir bei einer Besonderheit der Finanzierung einer Gesellschaftereinlage angelangt. Denn die auf Grund der erklärten Anfechtung eingetretene Nichtigkeit wirkt auf den Zeitpunkt des Beitritts zur Gesellschaft zurück und bei Rückbesinnung auf den Beitrittszeitpunkt ergibt sich, dass der Anleger verpflichtet zur Erbringung seiner Gesellschaftereinlage bleibt, dem aber – im Wege der dolo agit-Einrede – die Höhe seines Abfindungsanspruchs entgegenhalten kann.

Dem Kreditinstitut wird gemäß § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG⁹³ die Rechtsposition des Anbieters der Kapitalanlage zugeschlagen; sie erhält das Abfindungsguthaben, um dessen Betrag sich die Verbindlichkeit des Anlegers reduziert. Da sich in der Praxis zwar die Höhe des Abfindungsanspruchs ermitteln lassen, jedoch regelmäßig die Realisierung des Abfindungsguthabens scheitern wird, übernimmt folglich die Bank eben dieses Risiko – der Anleger ist davon befreit. Darüber hinaus ist die Bank – auf Grund der ihr jetzt zuerkannten Position als Kapitalanlageangebot – die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe des Abfindungsguthabens trägt. Anders als bei der Hei-

⁸⁹ sofern die Täuschung auf dem ausgegebenen Prospekt fußt, wird es sich aller Wahrscheinlichkeit um eine „Serienfolge“ handeln, die auch anderen, wenn nicht allen Anlegern die Anfechtung ermöglichen dürfte..

⁹⁰ Die Erklärung kann sowohl dem Kreditinstitut als auch der Fondsgesellschaft abgegeben werden. Soweit der XI. Zivilsenat in den Entscheidungen XI ZR 174/99 und XI ZR 210/99 vom 27.06.2000 etwas anderes ausgeurteilt hat, wird daran nicht mehr festgehalten, wie der XI. Zivilsenat auf Anfrage des II. Zivilsenats mitteilte (vgl. S. 11 der Entscheidungsgründe); zu der Frage, wem gegenüber zu widerrufen ist, vgl. auch Westermann in ZIP 2002, 189 (197 f.).

⁹¹ Westermann in ZIP 2002, 240 (242).

⁹² so im Ergebnis auch: Edelmann in BKR 2002, 801 (805).

⁹³ Nach dem Sinn des § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG soll sich der Verbraucher nicht mit dem „Dreiecksverhältnis“ mit dem Verkäufer und dem Kreditinstitut auseinandersetzen müssen; Westermann in ZIP 2002, 240 (241, 244). Es ist nach erfolgtem Widerruf Aufgabe des Kreditinstituts, diesen Konflikt aufzulösen.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

ninger-Entscheidung trägt nicht mehr der Anleger das Risiko der Verwertung der Kapitalanlage, sondern die Bank.

c) Rechtsfolge

Ist in der Folge – was regelmäßig der Fall sein wird – das Abfindungsguthaben niedriger als der ursprünglich gewährte Kredit, so hat der Anleger diesen Differenzbetrag an das Kreditinstitut zu leisten.

Jetzt fragt sich nur noch, was mit den vom Anleger in der Vergangenheit gezahlten Zinsen passiert: Der BGH gesteht dem Anleger zu, dass er die Rückzahlung von Zinsen und Tilgung verlangen kann⁹⁴, dem Finanzinstitut steht allerdings gemäß § 3 Abs. 3 HTWG ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zu. Beide Positionen sind in eine Abrechnung⁹⁵ zu stellen und zu saldieren⁹⁶.

7. Stand zum nach Einführung des Widerrufs in das BGB (SchuldrechtsreformG) – kurzer Exkurs

An dieser Stelle sei nur ein ganz kurzer Exkurs erlaubt über das Schicksal des HTWG nach dem 01.10.2000.⁹⁷: Die Änderungen erfolgten gewissermaßen Schlag auf Schlag und in inhaltlicher Hinsicht zum Teil auch nur halbherzig.

Zum Oktober 2000 entfiel aus dem HTWG das spezielle Rückgewährschuldverhältnis gemäß § 3 HTWG, da in § 1 HTWG ein Verweis auf das im BGB verankerte Rückgaberecht aufgenommen worden ist.

Mit der Einführung des modernisierten Schuldrechts Anfang 2002 wurde sowohl das HTWG als auch das VerbrKrG zu Grabe getragen und der Inhalt in das BGB überführt⁹⁸.

Noch bevor ein halbes Jahr vergangen war, hat der Bundestag schon wieder – nicht zu letzt unter dem Eindruck der Heinger-Entscheidung – die Regelungen verändert⁹⁹. Angesichts dessen, dass ein so einfach erscheinendes Recht auf den Widerruf von Erklärungen bei näherer Betrachtung erhebliche praktische Schwierigkeiten aufwirft, hat der Gesetzgeber sogar eine Vorschrift speziell zum richtigen Abfassen von Widerrufserklärungen erlassen¹⁰⁰.

⁹⁴ § 9 Abs. 3 Satz 4 VerbrKrG analog.

⁹⁵ ausführlich zu der Rückabwicklung eines kreditfinanzierten Gesellschafterbeitritts nach ausgesprochenen Widerruf: Westmann in ZIP 2002, 240 ff.

⁹⁶ Für den Fall, dass der Anleger schon über einen längeren Zeitraum Zins- und Tilgungsleistungen erbracht hat und das Abfindungsguthaben einen nicht unerheblichen Wert hat, kann es sein, dass der Anleger einen überzahlten Mehrbetrag von dem Kreditinstitut zurückfordern kann.

⁹⁷ ausführlich: Artz in BKR 2002, 603 ff., Schmidt-Räntsch in ZIP 2002, 1100 ff.

⁹⁸ Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen: §§ 355 ff BGB; Widerrufsrecht bei Verbraucherkreditverträgen: §§ 491 ff. BGB.

⁹⁹ Art. 25 OLG-Vertretungs-ÄnderungsG vom 23.07.03 BGBl. I vom 31.07.2002, S. 2850 (2856 ff.).

¹⁰⁰ BGB-InfoV vom 02.01.2002 i. d. F. vom 05.08.2002.

IV. Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf atypisch stille Gesellschaften

1. Die Ausgangsposition

Ein weiterer Problemkreis, der in letzter Zeit vermehrt in Rechtsprechung und Literatur diskutiert wird, ist die Frage nach der Anwendbarkeit der Regeln über die „fehlerhafte Gesellschaft“ auf atypisch stille Gesellschaften¹⁰¹. Dieser Streit hat nicht nur rein akademische Dimension, sondern konkrete Auswirkungen – wie noch zu zeigen sein wird – auf die Höhe des „Auszahlungsbetrages“ bei Auseinandersetzung der Gesellschaft. Im Folgenden geht es bei der Fokussierung nicht so sehr um die Rolle des finanzierenden Kreditinstituts, sondern um die Beteiligungsgesellschaft selbst.

Die atypisch stille Beteiligungsform wird regelmäßig in steuerlicher Hinsicht als Mitunternehmerschaft i. S. d. § 15 EStG ausgestaltet. Meistens ist die Ausgangslage folgende:

Ein Anleger beteiligt sich als atypisch stiller Gesellschafter an einer Kapitalgesellschaft, üblicherweise an einer Aktiengesellschaft¹⁰². Den Beitrittsvertrag schließt der Anleger im Rahmen der HTWG-Situation ab, ohne jedoch ordnungsgemäß über seine Widerrufsrechte belehrt zu sein. Nach einiger Zeit, vielleicht sogar erst nach einigen Jahren widerruft er nicht zuletzt möglicherweise im Hinblick auf die zuvor diskutierten Entscheidungen seine Willenserklärung.

Soweit ist die Rechtslage noch eindeutig. Schwierigkeit wirft wiederum die Rückabwicklung nach § 3 HTWG auf. Nach der Ansicht des BGH sowie einiger Obergerichte¹⁰³ sollen in diesen Fällen die Grundsätze der „fehlerhaften Gesellschaft“ eingreifen. Das bedeutet, dass der Anleger grundsätzlich nur die Auseinandersetzung für die Zukunft verlangen kann; es ist eine Abfindungsbilanz zu erstellen und das Auseinandersetzungsguthaben auszuzahlen¹⁰⁴. Diese Möglichkeit ist für den Anleger jedoch kaum interessant, da die Beteiligung häufig, gerade aus steuerlichen Gründen, nicht mehr den Einzahlungswert hat und eine Wertaufholung durch die intendierten Geschäfte der Gesellschaft hat noch nicht stattgefunden oder wird vielleicht auch in Zukunft nicht stattfinden. Für den Anleger hätte eine Abwicklung nach bereicherungsrechtliche Rückabwicklung klare Vorteile: Danach müsste die Aktiengesellschaft ihm die Einlage erstatten, während der Anleger die Rückzahlung von erhaltenen Entnahmen zu leisten hat.

Dieser von mir vertretene Ansatz widerspricht der herrschenden Auffassung. Dennoch lohnt sich eine genauere Betrachtung dieser Frage nach der Anwendbarkeit

¹⁰¹ zur – hier nicht weiter behandelten Frage – der Anwendbarkeit des HTWG vgl. OLG Rostock Ur. v. 01.03.2001 – 1 U 122/99 in ZIP 2001, 1009, OLG Dresden Ur. v. 19.06.2002 – 8 U 630/02 (n. rkr.).

¹⁰² diese Form der atypisch stillen Gesellschaft wird als Gewinnabführungsvertrag i. S. d. § 292 AktG Abs.1 S. 2 AktG [BGH Ur. v. 21.07.2003 – II ZR 109/02, Urteilsgründe S. 6 ff.] gesehen und bedarf zu deren Wirksamkeit des stattgebenden Beschlusses der Hauptversammlung und der Eintragung in das Handelsregister.

¹⁰³ OLG Dresden Ur. v. 19.06.2002 – 8 U 630/02 (n. rkr.), m. w. N. S. 1002 unter B. I. c) bb).

¹⁰⁴ § 738 Abs. 1 BGB.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

der Rückabwicklungsregeln, da in verschiedener Hinsicht begründete Bedenken gegen die Ansicht des BGH bestehen. Um diese Kritikpunkte deutlich zu machen gehe ich zuerst auf die Entwicklung der „fehlerhaften Gesellschaft“ in aller Kürze ein.

2. Entwicklungslinien

Mit Recht gehören die Grundsätze der „fehlerhaften Gesellschaft“ mittlerweile zu den „gesicherten Bestandteilen des Gesellschaftsrechts“¹⁰⁵. Eines solchen Instituts bedurfte es, da es der Gesetzgeber übersehen hat, dass eine Personengesellschaft mehr ist nur ein multilateraler, auf Dauer angelegter schuldrechtlicher Vertrag. Vielmehr haben die Bildung von gesamthänderisch gebundenem Vermögen und der Eintritt der Gesellschaft ins Rechtsleben schon verbandsrechtliche Züge. Da aber – im Gegensatz zum Kapitalgesellschaftsrecht – Regeln fehlen¹⁰⁶, nach denen die Rückwirkung von Fehlern bei Entstehung der Gesellschaft in bestimmter Weise gegenüber den allgemeinen Regeln beschränkt ist, war die Rechtsprechung aufgerufen, diese Lücke im Personengesellschaftsrecht zu schließen. An die Stelle einer gesetzlichen Regelung ist daher die „fehlerhafte Gesellschaft“ getreten.

a) Faktisches Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr nach außen

Ausgangspunkt war das Handelsgesellschaftsrecht. In das Handelsregister eingetragene nichtige bzw. anfechtbare Gesellschaften wurden im Interesse der Gesellschaftsgläubiger so behandelt, als wären sie mängelfrei entstanden¹⁰⁷. Bald jedoch zeigte sich, dass diese Behandlung der Gesellschaftsgläubiger auch auf das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander auswirkt. Behandelt man die Gesellschaft im Außenverhältnis als bestehend, so hat dies zur Folge, dass der einzelne Gesellschafter den Gläubigern der fehlerhaften Gesellschaft im Rahmen des Gesellschaftsrechtes haftet¹⁰⁸.

b) Verhältnis der „faktischen“ Gesellschafter im Innenbereich

Nimmt der Gläubiger jetzt nur einen der gesamtschuldnerisch haftenden Gesellschafter in Anspruch, so kann es nicht sein, dass dieser zwar für die Gesellschaftsschulden einstehen muss, bei seinen Mitgesellschaftern aber keinen Regress nehmen kann, weil diese sich auf das Nichtbestehen des Gesellschaftsverhältnisses berufen. Würde man die Regeln der „fehlerhaften Gesellschaft“ also nicht auch auf das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander erstrecken, so könnten sich möglicherweise einzelne Gesellschafter den Haftungsfolgen der gemeinsamen Tätigkeit entziehen¹⁰⁹. Darüber hinaus wird diese Ausweitung von der Rechtsprechung damit begründet, dass eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht, wie sie sich unter Anwendung der allgemeinen Regeln ergeben würde, zu unabsehbaren prakti-

¹⁰⁵ BGH Urt. v. 29.06.1970 – II ZR 158/69 in Z 55, 5 (8).

¹⁰⁶ so z. B. § 57 AktG; hierzu und zum Vorrang des Verbraucherschutzgedankens aus § 3 HTWG LG Schwerin Urt. v. 12.03.2003 – 4 O 283/03.

¹⁰⁷ RGZ 51, 33 (39); 75, 339 (340).

¹⁰⁸ Verkehrsschutzgedanke.

¹⁰⁹ Bestandsschutzgedanke.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

schen Schwierigkeiten führen würde¹¹⁰. Diese beiden Faktoren waren letztlich für die Anerkennung der „fehlerhaften Gesellschaft“ ausschlaggebend¹¹¹.

3. Voraussetzungen der „fehlerhaften Gesellschaft“

Die Anwendung der „fehlerhaften Gesellschaft“ hängt für den Fall von Gründungsmängeln von zwei positiven und einer negativen Voraussetzung ab¹¹².

a) Willensbildungsprozess der Gesellschafter bzgl. der Gründung

Erste und gleichzeitig elementare Voraussetzung ist das Vorliegen der – wenngleich fehlerhaften – auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichteten Willenserklärung der Beteiligten¹¹³. Nur wenn die Beteiligten also auf gesellschaftsrechtlicher Ebene haben zusammenwirken wollen und auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichtete Willenserklärungen abgegeben haben, kann sich überhaupt nur die Problematik der „fehlerhaften Gesellschaft“ stellen. Die Fehlerhaftigkeit ergibt sich dabei in der Regel aus einer der folgenden Fallgruppen:

- Anfechtungstatbestände, worunter auch der Widerruf nach § 3 HTWG zu fassen sein dürfte
- Ursprüngliche Nichtigkeit des Vertrages
- Fehlerhafte Mitwirkung einzelner, besonders schutzwürdiger Personen; zu beachten ist, dass für die übrigen Gesellschafter die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ohne Einschränkung gelten

¹¹⁰ RGZ 89, 333 (335); 112, 280 (283).

¹¹¹ Terminologisch spricht der BGH seit BGH, LM Nr. 19 zu § 105 HGB, im Einklang mit der herrschenden Lehre von einer „fehlerhaften“ statt von der „faktischen Gesellschaft“.

¹¹² Der Widerruf nach § 3 HTWG steht einem Gründungsmangel insoweit gleich, als dass eigentlich die ursprüngliche Beitrittserklärung nachträglich wegfällt.

¹¹³ BGH Urt. v. 28.11.1953 – II ZR 188/52 in Z 11, 190 (191); MüKo/Ulmer, § 705 Rn. 246.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

b) Beginn der nach außen gerichteten Tätigkeit der Gesellschaft

Zweite Voraussetzung ist die Invollzugsetzung. Das bedeutet, dass neben dem Abschluss des letztlich nicht einwandfrei zustande gekommenen Vertrages die Beteiligten mit der Ausführung des Beschlossenen begonnen haben müssen. Unzweifelhaft wird man von einer Invollzugsetzung dann sprechen können, wenn die fehlerhafte Gesellschaft nach außen tätig geworden ist, also z.B. in ihrem Namen Verträge mit Dritten geschlossen hat¹¹⁴. Unabhängig von diversen Detailfragen, die heillos umstritten sind, behandelt der Bundesgerichtshof diese Frage eher pragmatisch: Nach zwei Entscheidungen¹¹⁵ ist eine „fehlerhafte Gesellschaft“ dann in Vollzug gesetzt, sofern „Rechtstatsachen geschaffen worden sind, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann“. Alternativ sei weiter ausreichend, wenn „die Beiträge geleistet“ bzw. „gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt“ worden sind.

c) keine gegenteiligen schützenswerten Interessen Dritter

Drittens setzt die Anerkennung einer fehlerhaften Gesellschaft voraus, dass ihr nicht höherrangige gesetzlich geschützte Interessen der Allgemeinheit oder besonders schutzwürdiger Personen entgegenstehen¹¹⁶. Als Fallgruppen sind in diesem Zusammenhang mittlerweile anerkannt:

- Verstoß gegen gesetzliches Verbot¹¹⁷:
Nicht mehr zur Anwendung gelangen die Grundsätze der „fehlerhafte Gesellschaft“, soweit die Beteiligten mit ihrer Tätigkeit gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Dies ist einsichtig, weil sich die Rechtsordnung nicht selbst dadurch ad absurdum führen kann, dass ein an sich verbotenes Geschäft für den Fall als gültig behandelt wird, wenn es von einer gesellschaftsrechtlich organisierten Gruppe betrieben wird.
- Sittenwidrige Geschäfte¹¹⁸:
Gleiches muss aus denselben Erwägungen für Gesellschaften gelten, deren Zweck gegen die guten Sitten verstößt.
- Schutz nicht voll Geschäftsfähiger¹¹⁹:
Ebenso ist anerkannt, dass der Minderjährigenschutz ein gewichtiger Belang ist, welcher der Anwendung der Grundsätze der „fehlerhaften Gesellschaft“ vorgeht.
- Scheingeschäft¹²⁰:
Eine weitere Ausnahme wird für den Fall eines Scheingeschäftes nach § 117

¹¹⁴ BGH Urt. v. 24.10.1951 – II ZR 18/51 in Z 3, 285 (288); MüKo/Ulmer, § 705 Rn. 249.

¹¹⁵ BGH Urt. v. 14.10.1991 – II ZR 212/ 90 in DStR 1992, 437 (438); Beschluss v. 22.05.1995 - II ZR 201/94 in DStR 1995, 1316.

¹¹⁶ z.B. BGH Urt. v. 25.03.1974 – II ZR 63/72 in Z 62, 234 (241); Urt. v. 20.03.1986 - II ZR 75/85 in Z 97, 243 (250).

¹¹⁷ vgl. BGH Urt. v. 24.09.1979 – II ZR 95/78 in Z 75, 214 (217).

¹¹⁸ vgl. BGH Urt. v. 29.06.1970 – II ZR 158/69 in Z 55, 5 (9).

¹¹⁹ vgl. BGH Urt. v. 30.04.1955 – II ZR 202/53 in Z 17, 160 (167).

¹²⁰ vgl. BGH Urt. v. 28.11.1953 – II ZR 188/52 in Z 11, 190 (191).

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

BGB gemacht, da die Erklärungen der Vertragspartner von Anfang an nicht auf die Gründung einer Gesellschaft gerichtet waren.

- Arglistige Täuschung/Drohung:
Diese Fallgruppe wird von der Rechtsprechung nicht einheitlich behandelt. Während in einigen Entscheidungen der Gedanke anklingt, die Regeln zur „fehlerhaften Gesellschaft“ könnten bei arglistiger Täuschung bzw. Drohung zum Schutz des auf diese Weise zum Beitritt genötigten Gesellschafters Anwendung finden¹²¹, machen andere Entscheidungen wiederum deutlich, dass die Regeln der „fehlerhaften Gesellschaft“ uneingeschränkt Geltung beanspruchen¹²².

4. Rechtsfolgen

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist eine fehlerhafte, in Vollzug gesetzte Gesellschaft nach innen und außen als existent zu behandeln. Die Geltendmachung des Fehlers hat dabei nur Bedeutung für die Zukunft, weil er als solcher ein wichtiger Grund ist, der zur fristlosen Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses ausreicht. Die Wirkungen der Kündigung treten dann aber, entgegen der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik nicht ex tunc, sondern nur ex nunc ein. Für die Abwicklung der Gesellschaft gelten dann die allgemeinen Regeln, wobei allerdings im Gesellschaftsvertrag enthaltene Liquidationsbestimmungen vorrangig heranzuziehen sind. Auf diese Weise wird der bis zur Kündigung vollgültigen Gesellschaft Rechnung getragen.

5. Denkanstöße

Im Folgenden werden drei Ansätze dargestellt, die einen möglichen Angriffspunkt an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bieten. Sie basieren auf der Prämisse, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf alle Typen der stillen Gesellschaft angewendet werden sollen. Das schließt auch reine Innengesellschaften ohne Gesellschaftsvermögen mit ein¹²³. Diese Aussage ist aber bereits diskussionswürdig und nicht nur auf stille Gesellschaften beschränkt.

a) Innengesellschaft (allgemein) und fehlerhafte Gesellschaft

So ist es umstritten, ob die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auch auf reine Innengesellschaften Anwendung finden sollen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelten die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, wie bereits ausgeführt, für Innengesellschaften ohne Gesamthandsvermögen. Um Abgrenzungen zu vermeiden, gilt diese Rechtsprechung

¹²¹ vgl. BGH Urt. v. 12.05.1954 – II ZR 167/53 in Z 13, 320 (323); Urt. v. 29.06.1970 – II ZR 158/69 in Z 55, 5 (9).

¹²² vgl. BGH Urt. v. 08.11.1965 – II ZR 267/64 in Z 44, 235 (236); Urt. v. 19.12.1974 – II ZR 27/73 in Z 63, 338 (345).

¹²³ BGH Urt. v. 29.06.1970 – II ZR 158/69 in Z 55, 5 (9).

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

sowohl für typische wie auch atypische stille Gesellschaften¹²⁴. Für diese Rechtsprechung sprechen dabei in erster Linie pragmatische Gründe. Zudem wird ergänzend zum Gedanken des Bestandsschutzes angeführt, dass zwischen den Partnern eine Risikogemeinschaft bestehe, die es als unbillig erscheinen lasse, in schlechten Zeiten der Geschäftsinhaber auf den Verlusten sitzen zu lassen, in guten Zeiten aber dem Stillen die Teilhabe an den auch mit seiner Einlage erwirtschafteten Gewinnen vorzuenthalten und ihn auf bereicherungsrechtliche Ansprüche zu verweisen.

Gegen diese Auffassung lässt sich zum einen einwenden, dass sie meines Erachtens nicht ausreichend fundiert ist. Dogmatische Grundlage der fehlerhaften Gesellschaft ist nach herrschender Meinung die Theorie der Doppelnatur des Gesellschaftsvertrages.

Die zwei Komponenten sind dabei das Schuldverhältnis einerseits und die personenrechtliche Organisation, die durch Bildung von Gesamthandsvermögen entstanden ist und über die bloß schuldrechtlichen Bindungen hinausgeht, andererseits. Von diesem Ausgangspunkt ist es geradezu zwingend, dass eine fehlerhafte Gesellschaft bei Innengesellschaften ohne Gesamthandsvermögen ausscheiden muss, da es gerade an der zweiten Komponente, der personenrechtlichen Organisation, fehlt; dieser Befund trifft dabei sowohl bei typischer wie auch bei atypischer Gestaltung des Innenverhältnisses zu¹²⁵. Demnach könnte es bei dieser Konstellation durchaus bei einer Rückabwicklung anhand der allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre bleiben.

Zum anderen muss berücksichtigt werden, dass der Bestandsschutzgedanke allein die Verdrängung der allgemeinen Regeln nicht zu rechtfertigen vermag¹²⁶, da eine Risikogemeinschaft auch bei partiarischen Rechtsverhältnissen¹²⁷ besteht und dort im Falle der Nichtigkeit nach den allgemeinen Regeln rückabgewickelt wird.

Schließlich sind auch die Auseinandersetzungsprobleme bei der Innengesellschaft nicht so schwerwiegend, dass sie die Anwendung von Gesellschaftsrecht erforderlich machen würden. Bei einer (a-)typisch stillen Beteiligung könnte auch durch Anwendung der flexiblen § 818 Abs. 1 bis 3 BGB eine interessengerechte Rückabwicklung erreicht werden, indem der Anleger die entnommenen Entnahmen zurückzahlen muss, dafür aber seine Einlage zurückbehält.

¹²⁴ BGH Urt. v. 25.03.1974 – II ZR 63/72 in Z 62, 234 (237); OLG Dresden Urt. v. 19.06.2002 – 8 U 630/02 in BKR 2002, 1001; gegen die Anwendbarkeit der Regeln der fehlerhaften Gesellschaft auf die typisch stille Gesellschaft spricht sich explizit die österreichische Rechtsprechung in OGH Urt. 24.10.2000 – 4 Ob 233/00v in NZG 2001, 465 aus.

¹²⁵ MüKo/Ulmer, § 705 Rn. 276.

¹²⁶ OGH Urt. 24.10.2000 – 4 Ob 233/00v in NZG 2001, 465.

¹²⁷ BGH, Beschl. v. 17.05.1993 – II ZR 175/92 in DStR 1993, 956; MüKo/Ulmer, a.a.O.

b) Zweigliedrige (atypisch) stille Gesellschaft

Einen anderen Ansatz, der aus meiner Sicht uneingeschränkte Zustimmung verdient, wählt das OLG Jena¹²⁸. Die Quintessenz der Entscheidung tritt bereits im Leitsatz zu Tage. Danach sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft zwar alle Typen der stillen Gesellschaft anzuwenden, jedoch nur insoweit, als dies ihrem Zweck die Gläubiger zu schützen entspricht. Kein Schutzbedürfnis soll bei einer zweigliedrigen atypisch stillen Gesellschaft bestehen, die nach § 3 HTWG widerrufen worden ist¹²⁹.

Ausgangspunkt ist zwar, die aufgrund der vorangegangenen Erwägungen wohl nicht haltbare These, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf alle Formen stiller Gesellschaften anzuwenden seien. Allerdings dürften diese Grundsätze nicht nur schematisch angewendet werden, sondern dort, wo diese Rechtsfigur Sinn mache und nicht losgelöst von ihrem Zweck zu widersinnigen Ergebnissen führe.

So schütze die fehlerhafte Gesellschaft nicht nur die Gläubiger, sondern auch die Mitgesellschafter¹³⁰. Es würde nach Ansicht zu *„unerträglichen Ergebnissen führen, wenn man eine derart auf Dauer angelegte und tatsächlich vollzogenen Leistungsgemeinschaft, für die die Beteiligten Beiträge erbracht und Werte geschaffen, die Gewinnchancen genutzt und vor allem gemeinschaftlich das Risiko getragen haben, ohne weiteres mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben streichen und damit so behandeln würde, als ob sie niemals bestanden hätte“*¹³¹. Der hat Bundesgerichtshof dem geltend gemachten Zahlungsanspruch außerhalb der Auseinandersetzung stattgegeben, da im konkreten Fall wegen ausreichender Liquidität weder die Gesellschaftsgläubiger noch die Mitgesellschafter durch das Ausscheiden benachteiligt worden sind¹³².

Das OLG Dresden will in dem Urteil aus dem Jahre 2002 der anlegerorientierten Sichtweise, dass die massenhaft an die Geschäftsinhaberin angeflanschten atypischen Gesellschaften, einem Dauerschuldverhältnis näher stehen, nicht beitreten, da Unternehmensinitiative und Unternehmerrisiko für den atypisch still Beteiligten faktisch nicht wirklich gegeben seien. Diese Kriterien, die ihre Wurzeln im Einkommenssteuerrecht haben, sind allerdings bei der Publikumsgesellschaft regelmäßig so schwach ausgeprägt und haben immer nur formellen Charakter. Mögen sie für die steuerrechtliche Betrachtung notwendig und auch ausreichend sein, für ein Zurücktreten des Verbraucherschutz haben diese Wurzeln zu schwache Anker im Gesellschaftsrecht.

Zurück zur Ansicht der überwiegenden Rechtsprechung: Es könne, also im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgeleitet werden, dass der das Widerrufsrecht ausübende Gesellschafter bei der Abwicklung des durch seinen Widerruf ausgelösten Rückgewährverhältnis dann nicht den einschränkenden Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft unterliege, sofern Gesellschaftsgläubiger nicht gefähr-

¹²⁸ OLG Jena, Ur. v. 26.02.2003 – 4 U 786/02 in ZIP 2003, 1444.

¹²⁹ Vorrang des Verbraucherschutzgedankens.

¹³⁰ Unter Berufung auf BGH, Ur. v. 02.07.2001 – II ZR 304/00 in ZIP 2001, 1364 zu einer Publikums-BGB-Gesellschaft; OLG Dresden Ur. v. 19.06.2002 – 8 U 630/02 in BKR 2002,1001.

¹³¹ OLG Dresden Ur. v. 19.06.2002 – 8 U 630/02 in BKR 2002,1001 (1002).

¹³² BGH, a.a.O. (vgl. Fn-Nr. 130)

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

det und eine Ungleichbehandlung der Mitgesellschafter ausgeschlossen wäre. Diese Konstellation kann auch bei einer stillen Beteiligung vorliegen.

So sei zunächst eine Einschränkung des Rückzahlungsanspruchs des stillen Gesellschafters zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft nicht erforderlich, da es sich bei der stillen Gesellschaft um eine Innengesellschaft handle. Gegenüber dieser Innengesellschaft erwerben sie auch keine Forderungen, so dass sie in dieser Hinsicht nicht schützwürdig sind. Die Situation ist insoweit der eines gewährten partiarischen Darlehens. Soweit weiter eingewendet werde, der Kapitalgesellschaft würde so Liquidität entzogen, die deren Gläubigern nicht mehr zur Verfügung stehe, sei dies zwar richtig, doch betreffe dies die stille Gesellschaft nicht unmittelbar. Im Übrigen stünden sich diese Gläubiger auch nicht schlechter, als wenn sich die Kapitalgesellschaft auf andere Weise finanziert hätte.

c) fehlender Schutz von Mitgesellschaftern und des Geschäftsinhabers

Weiter sei eine Einschränkung des Rückzahlungsanspruchs auch nicht zum Schutz dritter Mitgesellschafter erforderlich, da es solche Mitgesellschafter bei einer zweigliedrigen stillen Gesellschaft gar nicht gebe. Zudem ist ergänzend zu diesem Punkt anzumerken, dass die übrigen stillen Mitgesellschafter ebenfalls keinen Schutz genießen, da es kein gemeinsames Vermögen gibt, sondern eine Verbindung allenfalls sternförmig über das Unternehmen besteht. Zutreffend weist das OLG Jena zu diesem Aspekt weiter darauf hin, dass diese Rechtsauffassung praktisch zu einem Konkurrenzverhältnis zwischen verschiedenen Anlegern führen kann, soweit das Vermögen nicht zur Befriedigung aller Ansprüche ausreicht. Diese Konstellation ist verächtlich als „Windhundrennen“ beschrieben worden. Richtig erkennt das OLG aber, dass die anderen Anleger nicht schlechter gestellt sind, als wenn statt stiller Beteiligungen partiarische Darlehen gewährt worden wären; sie damit auch lediglich mit dem von jedem Gläubiger zu tragenden Insolvenzrisiko ausgesetzt.

Der pauschale Einwand des Windhundrennens geht fehl, weil bei einer zweigliedrigen Gesellschaft die übrigen Anleger mangels rechtlicher Verbindung mit dem widerrufenden Anleger – bildlich gesprochen – in einem anderen Rennen sind. Hinzu kommt, dass der Grundsatz der gleichen Verteilung im Falle der Liquidation erst nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gewährleistet ist. Vorher gilt als Regellaßstabmangels anderweitiger gesetzlicher Normierung für die Verteilung von Vollstreckungschancen das allgemeine Prioritätsprinzip.

Schließlich, so führt das OLG Jena weiter aus, sei auch die Kapitalgesellschaft als einzige Mitgesellschafterin nicht schützwürdig. Zwar habe sie als Folge der Rückabwicklung die während des Bestandes der Gesellschaft entstandenen Verluste alleine zu tragen. Dies sei aber schon Konsequenz des HTWG und beruhe nicht zuletzt darauf, dass sie als Publikumsgesellschaft mit ganz eindeutig definierten Kapitalanlageangebot an private Kapitalanleger unter Umgehung institutioneller Vertriebswege – wie z. B. Banken und deren Schalterverkehr – ihren nach dem HTWG bestehenden Pflichten nicht nachgekommen ist. Insoweit sei im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien der im HTWG zum Ausdruck kommende Gedanke des Verbraucherschutzes der Vorrang einzuräumen. Zudem könnte eine unzulässige Umgehung des HTWG nach § 5 Abs. 1 HTWG vorliegen.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Ergänzend zu dieser Argumentation darf nicht vergessen werden, dass die fehlerhafte Gesellschaft immer noch die Ausnahme zu den allgemeinen Regeln der Rückabwicklung ist. Daher ist stets in jeder Konstellation erneut zu überprüfen, ob diese Regeln Geltung beanspruchen können, oder ob sich mangels Vorliegen besonderer Umstände die Rückabwicklung nach den §§ 812ff. BGB bzw. § 3 HTWG, als besondere Ausprägung einer ungerechtfertigten Bereicherung, vollzieht.

6. Verbraucherschutz als gewichtiger Ansatzpunkt

Als letzter Ansatz, den unliebsamen Folgen der fehlerhaften Gesellschaft zu entgehen, könnte versucht werden, den Widerruf nach dem HTWG als eigenständige Ausnahme zur fehlerhaften Gesellschaft anzusehen¹³³. Gegenwärtig sind diese Versuche indes wohl noch nicht ausreichend untersucht, um die Erfolgsaussichten abschließend beurteilen zu können. So wird argumentiert, dass die Vorschriften des HTWG zwingend Charakter zum Schutze des Verbrauchers hätten;¹³⁴ insbesondere wenn außerdem eine Disparität von Chancen und Risiken vorliegen würde¹³⁵.

a) fehlende Zweckvereinbarung

Daher könnten sie im Rahmen einer Interessenabwägung höher bewertet werden, als das Vertrauens- und Bestandsschutzinteresse der Gesellschaft. Das OLG Schleswig-Holstein hebt in seiner Entscheidung inhaltlich auch auf die Massenhaftigkeit der eingegangenen atypisch stillen Beteiligungen an der Geschäftsherrin ab, die mangelhaften Gewinnmöglichkeiten sowie die im Endeffekt fehlende gemeinsame Zweckvereinbarung, die nun einmal als allgemeine immanente Spielregel Nr. 1 für Personengesellschaften gilt. Alles diese Umstände erfüllen nach Ansicht des Gerichts den Tatbestand des § 138 BGB mit der Folge eines Anspruches des Anlegers aus § 812 BGB.

b) keine faktische Mitwirkung

Die dominante Stellung der Geschäftsherrin bei der Gründung, Konzeption aller Vertragswerke und der Anlagestrategie führt dazu, dass Kontrollrechte des einzelnen atypisch still Beteiligten faktisch konzeptionsbedingt nicht gegeben sind. Dieses entspricht m. E. der Realität, genauso wie die Tatsache, dass alle diese Einzelpunkte dem Anlagewilligen vor Eingehung seiner atypisch stillen Beteiligung anlegergerecht i. S. d. höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht erklärt werden.

¹³³ In diese Richtung zuletzt: OLG Rostock, Urt. v. 01.03.2001 – 1 U 122/99 in ZIP 2001, 1009 (1011); Rohlfing in NZG 2003, 854 (858).

¹³⁴ OLG Rostock, Urt. v. 01.03.2001 – 1 U 122/99 in ZIP 2001, 1009, LG Schwerin Urt. v. 12.03.2003 – 4 O 283/03.

¹³⁵ OLG Schleswig Urt. v. 13.06.2002 – 5 U 78/01 in BKR 2002, 1004; mit generell zustimmender Anmerkung für die Nichtanwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei atypisch stiller Gesellschaft, Schäfer in BKR 2002, 1010.

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Die jeweiligen Verkaufsprospekte, die in der Rechtsprechung (auszugsweise) veröffentlicht werden und die mir persönlich bekannt sind¹³⁶, tragen für den durchschnittlichen Anleger eher zur Verwirrung bei, denn zur Aufklärung, um sachgerecht das Kapitalanlageengagement beurteilen zu können¹³⁷. Unter Bezugnahme auf die strukturellen Unterschiede, die zwischen dem wissenden Kapitalanlageanbieter und dem wissensdurstigen Kapitalgeber bestehen und die durch den Prospekt nicht ausgeglichen werden¹³⁸, ist durch ein Unterlassen des Kapitalsuchenden ein Ungleichgewicht zu Lasten des Kapitalgebers vorhanden, das den Verbraucherschutz wieder in die erste Priorität vor Verkehrsschutz und Bestandschutzgedanken stellt.

c) kritische Ansätze und Diskussionspunkte

Obwohl aus Anlegerschutzsicht sicherlich mit dem zu erzielenden Ergebnis sympathisiert werden kann, fragt es sich doch, ob der Verbraucherschutz einen solchen Stellenwert hat. Dagegen spricht möglicherweise der Vergleich zum arglistig Getäuschten bzw. Bedrohtem, also in seiner Willensentschließungsfreiheit eingeschränktem Anleger. Wenn selbst dieser nicht in jedem Falle gegenüber einer in Vollzug gesetzten fehlerhaften Gesellschaft schutzwürdig ist, muss man sich die Frage gefallen lassen, warum dies für Verbraucher anders sein sollte.

Zudem wird man berücksichtigen müssen, dass der Widerruf nach dem HTWG nur aus rein formalen Gründen möglich ist, denn sicherlich hätten die meisten Anleger den Vertrag auch geschlossen, wenn sie ordnungsgemäß belehrt worden wären. Im Gegensatz dazu ist im Falle der Arglist oder Bedrohung in qualifizierter Weise auf die Willensentschließung eingewirkt worden.

Ebenso muss anerkannt werden, dass der Verbraucherschutz, wenn auch europarechtlich beeinflusst, nicht mit dem Minderjährigenschutz vergleichbar sein dürfte. Daher dürfte der Verbraucherschutz zumindest zurzeit noch nicht als „gewichtiger Belang“ anzusehen sein, der eine Ausnahme zur fehlerhaften Gesellschaft rechtfertigt.

Dem kann auch nicht mit Hinweis auf die Heiningen-Entscheidung begegnet werden¹³⁹. Die aus dem Urteil des EuGH entnommene Aussage, dass Umstände, die die mit der Haustürrichtlinie verbundenen Verbraucherschutzrechte andere Rechte einschränken können, zurücktreten müssten, bezieht sich allein auf die zeitliche Geltung des Widerrufsrechts. Daraus einen Vorrang vor den grundsätzlich berechtigten Interessen der fehlerhaften Gesellschaft abzuleiten, ist daher eher fragwürdig.

Im Übrigen weist selbst der EuGH darauf hin, dass dem Verbraucherschutz mit einer ordnungsgemäßen Belehrung Rechnung getragen werden kann¹⁴⁰. Letztlich wird auch damit wieder deutlich, dass es sich um einen formalen Verbraucherschutz handelt.

¹³⁶ Teilweise über 100 DIN A4 Seiten stark einschließlich des Abdrucks wesentlicher Verträge, Übersichten etc.

¹³⁷ OLG Schleswig Urt. v. 13.06.2002 – 5 U 78/01 in BKR 2002, 1004 (1007).

¹³⁸ insoweit mag das Argument nicht nur speziell auf die atypisch stille Beteiligung zutreffen, sondern auch auf Publikums-GbR und –KG.

¹³⁹ so aber wohl: Rohlfing in NZG 2003, 854 (858).

¹⁴⁰ EuGH Urt. v. 13.12.2001 – Rs C-481/99 in NJW 2002, 281 (283).

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Insoweit mag erscheint es zumindest als vertretbar, bezüglich der Rechtsfolgen bei der Publikums-atypisch-stillen-Beteiligung auf Grundlage des Ausgangspunktes, der zur außerplanmäßigen Beendigung geführt hat, zu differenzieren.

Anhang 1

Gesetzestexte (auszugsweise)

1. Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HTWG)

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.12.1996 – gültig bis 30.09.2000, ab 2002 im Schuldrecht verankert)

§ 1 Widerrufsrecht

Abs. 1

Eine auf den Abschluss eines Vertrags über ein entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung, zu der der Erklärende (Kunde)

1. durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung,
2. anlässlich einer von der anderen Vertragspartei oder von einem Dritten zumindest auch in ihrem Interesse durchgeführten Freizeitveranstaltung, oder
3. im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrswege

bestimmt worden ist, wird erst wirksam, wenn der Kunde sie nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft.

Abs. 2

Ein Recht auf Widerruf besteht nicht, wenn

1. im Fall von Absatz 1 Nr. 1 die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Kunden geführt worden sind oder
2. die Leistung bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht und bezahlt wird und das Entgelt achtzig Deutsche Mark nicht übersteigt oder
3. die Willenserklärung von einem Notar beurkundet worden ist.

§ 3 Rechtsfolgen des Widerrufs

Abs. 1

Im Falle des Widerrufs ist jeder Teil verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Der Widerruf wird durch eine Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstands nicht ausgeschlossen. Hat der Kunde die Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit zu vertreten, so hat er der anderen Vertragspartei die Wertminderung oder den Wert zu ersetzen.

Abs. 2

Ist der Kunde nicht nach § 2 belehrt worden und hat er auch nicht anderweitig Kenntnis von seinem Recht zum Widerruf erlangt, so hat er eine Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit nur dann zu vertreten, wenn er diejenige Sorgfalt nicht beachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Abs. 3

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Für die Überlassung des Gebrauchs oder die Benutzung einer Sache sowie für sonstige Leistungen bis zu dem Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufs ist deren Wert zu vergüten; die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme einer Sache oder Inanspruchnahme einer sonstigen Leistung eingetretene Wertminderung bleibt außer Betracht.

Abs. 4

Der Kunde kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Aufwendungen Ersatz von der anderen Vertragspartei verlangen.

§ 5 Umgehungsverbot; Subsidiarität, Unabdingbarkeit, Rückgaberecht

Abs. 1

Dieses Gesetz findet Anwendung, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

Abs. 2

Erfüllt ein Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz, nach § 11 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen, nach § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften oder nach § 4 des Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, so sind nur die Vorschriften dieser Gesetze anzuwenden.

Abs. 3

...

Abs. 4.

...

2. Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG)

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.12.1996 – gültig bis 30.09.2000, ab 2002 im Schuldrecht verankert)

§ 3 Ausnahmen der Anwendbarkeit

Abs. 1

Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Kreditverträge und auf Verträge über die Vermittlung oder den Nachweis von Kreditverträgen,

1. bei denen der auszahlende Kreditbetrag (Nettokreditbetrag) oder Barzahlungsbetrag vierhundert Deutsche Mark nicht übersteigt;
2. wenn der Kredit für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit bestimmt ist und der Nettokreditbetrag oder Barzahlungsbetrag 100.000 Deutsche Mark übersteigt;
3. durch die dem Verbraucher ein Zahlungsaufschub von nicht mehr als drei Monaten eingeräumt wird,
4. die ein Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer zu Zinsen abschließt, die unter den marktüblichen Sätzen liegen;
5. die im Rahmen der Förderung des Wohnungswesens und des Städtebaus auf Grund öffentlich rechtlicher Bewilligungsbescheide oder auf Grund von Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten unmittelbar zwischen der die Fördermittel vergebenden öffentlich-rechtlichen Anstalt und dem Verbraucher zu

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

Zinssätzen abgeschlossen werden, die unter den marktüblichen Sätzen liegen.

Abs. 2.

Keine Anwendung finden ferner

1. § 4 Abs. 1 Satz 4 und 5, § 13 Abs. 3 und § 14 auf Finanzierungsleasingverträge;
2. § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchstabe b und die §§ 7, 9 und 11 bis 13 auf Kreditverträge, nach denen der Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite und deren Zwischenfinanzierung üblichen Bedingungen gewährt wird; der Sicherung durch ein Grundpfandrecht steht es gleich, wenn von einer solchen Sicherung gemäß § 7 Abs. 3 bis 5 des Gesetzes über Bausparkassen abgesehen wird;
3. die §§ 4 bis 7 und 9 Abs. 3 auf Kreditverträge, die in eine nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes gerichtliches Protokoll aufgenommen oder notariell beurkundet sind, wenn das Protokoll oder die notarielle Urkunde den Jahreszins, die bei Abschluss des Vertrages in Rechnung gestellten Kosten des Kredits sowie die Voraussetzungen enthält, unter denen der Jahreszins oder die Kosten geändert werden können;
4. § 9 auf Kreditverträge, die der Finanzierung des Erwerbs von Wertpapieren, Devisen oder Edelmetallen dienen.

§ 7 Widerrufsrecht

Abs. 1

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.

Abs. 2

Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Lauf der Frist beginnt erst, wenn dem Verbraucher eine drucktechnisch deutlich gestaltete und vom Verbraucher gesondert zu unterschreibende Belehrung über die Bestimmung nach Satz 1, sein Recht zum Widerruf, dessen Wegfall nach Abs. 3 sowie Namen und Anschrift des Widerrufsempfängers ausgehändigt worden ist. Wird der Verbraucher nicht nach Satz 2 belehrt, so erlischt das Widerrufsrecht erst nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung, spätestens jedoch ein Jahr nach Abgabe der auf den Abschluss des Kreditvertrages gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers.

Abs. 3

Hat der Verbraucher in den Fällen des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 das Darlehen empfangen, gilt der Widerruf als nicht erfolgt, wenn er das Darlehen nicht binnen zweier Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlt.

Abs. 4

Auf den Widerruf findet im übrigen § 3 des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften Anwendung.

Abs. 5

Die Absätze 1 bis 4 finden keine Anwendung auf die in § 5 Abs. 1 Satz 1 genannten Kreditverträge, wenn der Verbraucher nach dem Kreditvertrag den Kredit jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne zusätzliche Kosten zurückzahlen kann. Sie finden ferner keine Anwendung, wenn der Kreditvertrag der Finanzierung

HARTMUT GÖDDECKE

*Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Bankkaufmann*

des Erwerbs eines Teilzeitnutzungsrechtes an einem Wohngebäude dient und mit dem Erwerbsvertrag eine wirtschaftliche Einheit bildet.

§ 9 Verbundene Geschäfte

Abs. 1

Ein Kaufvertrag bildet ein mit dem Kreditvertrag verbundenes Geschäft, wenn der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises dient und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind. Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Kreditgeber sich bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers bedient.

Abs. 2

Die auf den Abschluss des verbundenen Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers wird erst wirksam, wenn der Verbraucher seine auf den Abschluss des Kreditvertrages gerichtete Willenserklärung nicht gemäß § 7 Abs. 1 widerruft. Die nach § 7 Abs. 2 Satz 2 erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht hat den Hinweis zu enthalten, dass im Falle des Widerrufs auch der verbundene Kaufvertrag nicht wirksam zustande kommt. § 7 Abs. 3 findet keine Anwendung. Ist der Nettokreditbetrag dem Verkäufer bereits zugeflossen, so tritt der Kreditgeber im Verhältnis zum Verbrauch hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs (§ 7 Abs. 4) in die Rechte und Pflichten des Verkäufers aus dem Kaufvertrag ein.

Abs. 3

Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Kredits verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Kaufvertrag ihn gegenüber dem Verkäufer zur Weigerung seiner Leistung berechtigen würden. Dies gilt nicht, wenn der finanzierte Kaufpreis vierhundert Deutsche Mark nicht überschreitet sowie bei Einwendungen, die auf einer zwischen dem Verkäufer und dem Verbraucher nach Abschluss des Kreditvertrages vereinbarten Vertragsänderung beruhen. Beruht die Einwendung des Verbrauchers auf einem Mangel der gelieferten Sache und verlangt der Verbraucher aufgrund vertraglicher oder gesetzlicher Bestimmungen Nachbesserung oder Ersatzlieferung, so kann er die Rückzahlung des Kredits erst verweigern, wenn die Nachbesserung oder Ersatzlieferung fehlgeschlagen ist.

Abs. 4

Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend für Kredite, die zur Finanzierung des Entgelts für eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache gewährt werden.