

Immobilienfinanzierung und Verbraucherschutz

Christian Hertel · Hervé Edelmann

Immobilienfinanzierung und Verbraucherschutz

 Springer

Dr. Christian Hertel
Dr. Hervé Edelmann
Stuttgart

ISBN 978-3-540-29746-8 Springer Berlin Heidelberg New York

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Springer ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media

springer.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Herstellung: LE-TeX Jelonek, Schmidt & Vöckler GbR, Leipzig

Einbandgestaltung: WMX Design GmbH, Heidelberg

SPIN 11532316 64/3100YL - 5 4 3 2 1 0 Gedruckt auf säurefreiem Papier

Für Chiara Michelle und Anna-Marie

Vorwort

Es gibt kaum ein anderes, auch in den öffentlichen Medien diskutiertes Thema, das in jüngster Vergangenheit für mehr Unruhe in Rechtsprechung und Literatur gesorgt hat, als die Haftung der Kreditwirtschaft im Zusammenhang mit der Finanzierung steuerinduzierter Immobilien- und Fondsanlagen. Verstärkt wurde diese Tendenz durch eine nahezu zwei Jahre andauernde Rechtsprechungsdivergenz zweier Senate des Bundesgerichtshofs. Da sich die mit dem Investment verbundenen Erwartungen der Anleger – nicht zuletzt wegen des Mitte der 90-er Jahre einsetzenden Preisverfalls bei Wohn- und Geschäftshäusern - häufig nicht realisiert haben, lag und liegt es aus Sicht der Immobilienerwerber nahe, das jeweils finanzierende Kreditinstitut als den zumeist einzig noch verbleibenden finanzkräftigen Beteiligten in Anspruch zu nehmen.

Nachdem sich die Judikatur bereits frühzeitig festgelegt hatte, eine Bank wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten nur unter engen Voraussetzungen zur Verantwortung zu ziehen, verlagerte sich die rechtliche Auseinandersetzung aufgrund der Vielzahl eingereicherter Klagen in den letzten Jahren zunehmend auf eher formelle, die Wirksamkeit des Darlehensvertrages betreffende und zum Teil für den Praktiker kaum mehr nachvollziehbare Rechtsfragen. Betroffen hiervon sind das Haustürwiderrufsrecht, das Verbraucherkreditrecht, die Rechtsfigur des Einwendungsdurchgriffs sowie die Problematik der Wirksamkeit von Treuhändervollmachten. Ob die jüngste Rechtsprechung des BGH zum so genannten institutionalisierten Zusammenwirken diesen Trend ändert, bleibt abzuwarten.

Das Buch erörtert und analysiert sämtliche dieser, sich im Bereich der Bankenhaftung bei der Finanzierung von Immobilien- und Immobilienfonds stellenden Rechtsfragen. Unter dem Blickwinkel des Kreditvertragsrechts dürfen dabei neben den vorerwähnten Gesichtspunkten die sich insbesondere seit der Schuldrechtsreform stellende Verjährungsproblematik sowie die Berechtigung von Kreditinstituten, ein Aufhebungsentgelt zu verlangen, nicht unberücksichtigt bleiben. Besonderheiten existieren schließlich bei so genannten Tilgungsaussetzungsmodellen.

Die Autoren haben sich vorwiegend an der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung orientiert, welche immer stärker durch die europäische Gesetzgebung und Judikatur beeinflusst wird.

Das Buch enthält schließlich eine umfangreiche, nach Instanzen und örtlicher Zuständigkeit gegliederte Rechtsprechungsübersicht, welche es dem Leser ermöglicht, Einblick in die Entscheidungsfindung „seiner“ Gerichtsbarkeit zu nehmen.

Durch die überwiegend anhand von konkreten Rechtsprechungsfällen erörterten Problempunkte ist das Buch insbesondere für die tägliche Arbeit von Anwälten,

Syndici, Justitiaren und Richtern sowie Personen geeignet, die sich in der Praxis regelmäßig mit der Haftung von Banken bei Immobilienfinanzierungen auseinandersetzen.

Wir möchten uns bei all jenen ganz herzlich bedanken, die ihren Beitrag zur Realisierung dieses Buches geleistet haben. Dies gilt insbesondere für Frau Martina Popig, die uns bei der schreibtechnischen Erstellung des Manuskripts maßgeblich unterstützt hat.

Stuttgart, im Dezember 2006

Christian Hertel
Hervé Edelmann

Inhaltsverzeichnis

IMMOBILIENFINANZIERUNG UND VERBRAUCHERSCHUTZ

| | | |
|-----------|--|-----------|
| A. | Ausgewählte Fragen aus dem Bereich des Verbraucherdarlehensrechts | 3 |
| I. | Anwendungsbereich | 3 |
| II. | Schriftform | 4 |
| III. | Angaben nach § 492 Abs. 1 S. 5, Abs. 1a BGB | 5 |
| | 1. Neuregelung..... | 5 |
| | 2. Nettodarlehensbetrag/Höchstgrenze des Darlehens | 5 |
| | 3. Gesamtbetrag der Teilzahlungen..... | 5 |
| | 4. Art und Weise der Rückzahlung | 7 |
| | 5. Zinsen und Kosten des Darlehens | 8 |
| | a. Allgemeines | 8 |
| | b. Vermittlungskosten | 8 |
| | c. „Packing“ | 8 |
| | d. Haftung aus culpa in contrahendo | 9 |
| | 6. Effektiver bzw. anfänglicher effektiver Jahreszins | 9 |
| | 7. Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung | 10 |
| | 8. Zu bestellende Sicherheiten | 11 |
| B. | Widerruf von Haustürgeschäften | 13 |
| I. | Schwebende Wirksamkeit | 13 |
| II. | Zuständiges Gericht..... | 13 |
| III. | Unzulässigkeit der Feststellungsklage | 14 |
| IV. | Beweislast..... | 14 |
| | 1. Anscheinsbeweis..... | 14 |
| | 2. Möglichkeit des „einfachen“ Bestreitens | 15 |
| V. | Haustürgeschäft und Gesellschaftsbeitritt | 15 |
| VI. | Haustürgeschäft und Sicherheitenbestellungen | 16 |
| VII. | Haustürgeschäftewiderruf und Vollmacht | 17 |
| VIII. | Haustürgeschäft und Aufhebungsvertrag..... | 18 |
| IX. | Verhältnis der Vorschriften über Haustürgeschäfte und Verbrauchercreditverträge..... | 18 |
| | 1. Aktuelle Rechtslage | 18 |
| | 2. Alte Rechtslage | 19 |

| | | |
|--------|---|----|
| X. | Maßgeblichkeit des Vertreters | 21 |
| XI. | Situationsbedingte Erfordernisse | 22 |
| XII. | Kausalität | 23 |
| XIII. | Zurechenbarkeit | 25 |
| | 1. Frühere Sichtweise | 25 |
| | 2. Aktuelle Sichtweise | 26 |
| XIV. | Vorhergehende Bestellung | 27 |
| XV. | Ausschlussstatbestand des § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB bzw. § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG a.F. | 28 |
| XVI. | Ausschlussstatbestände des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a.F. sowie des § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. | 29 |
| | 1. Die jeweiligen Gesetzesänderungen | 29 |
| | 2. Richtlinienkonforme Auslegung des § 2 HWiG a.F. | 29 |
| | 3. Verfristung des Widerrufs nach § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. | 31 |
| XVII. | Ausschluss des Widerrufsrechts durch ordnungsgemäße Belehrung | 33 |
| | 1. Alte Rechtslage | 33 |
| | a) Drucktechnisch deutliche Gestaltung | 33 |
| | b) Unterschrift des Verbrauchers | 33 |
| | c) Hinweis auf Fristbeginn | 34 |
| | d) Inhalt der Belehrung | 34 |
| | e) „Einfache“ und „Verbund“-Belehrung nach VerbrKrG a.F. | 35 |
| | 2. Aktuelle Rechtslage | 35 |
| | a) Inhalt und Gestaltung der Belehrung | 35 |
| | b) Notwendigkeit einer Unterschrift | 36 |
| | c) Möglichkeit der Nachbelehrung | 36 |
| | d) Belehrung nach BGB-InfoV | 37 |
| XVIII. | Ausschluss des Widerrufsrechts durch Verfristung und Verwirkung | 37 |
| | 1. Verfristung | 37 |
| | 2. Verwirkung/unzulässige Rechtsausübung | 38 |
| XIX. | Rechtsfolgen des Widerrufs | 39 |
| | 1. Widerruf ausschließlich der Beitrittserklärung | 39 |
| | 2. Widerruf des Darlehensvertrages | 40 |
| | a) Grundsätzliches | 40 |
| | b) Anspruch der Bank | 40 |
| | c) Anspruch des Kreditnehmers | 41 |
| | d) Verrechnung der beiderseitigen Ansprüche | 42 |
| | e) Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäfts | 42 |
| | f) Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Verbundgeschäfts | 44 |
| | g) Rechtsfolgen bei Nichtempfang des Darlehens | 45 |
| XX. | Empfang des Darlehens | 45 |

| | |
|--|-----------|
| XXI. Realkreditvertrag gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F..... | 46 |
| 1. Grundsätzliches..... | 46 |
| 2. Die Abhängigkeit des Darlehensvertrages von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht | 47 |
| 3. „Übliche Bedingungen“ i.S.v. § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. | 49 |
| XXII. Realkreditvertrag und § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB | 50 |
| XXIII. Verbundene Geschäfte gem. § 9 Abs. 1 VerbrKrG a.F. | 51 |
| XXIV. Verbundgeschäfte nach § 358 Abs. 3 Satz 1, 2 und 3 BGB | 54 |
| XXV. Grundschild und Widerruf..... | 56 |
| XXVI. Wiedergabe der Rechtsprechungsentwicklung hinsichtlich der Rechtsfolgen eines verbundenen Geschäfts..... | 56 |
| | |
| C. Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff..... | 59 |
| I. Grundsatz..... | 59 |
| II. Ausschluss bei grundpfandrechtlicher Absicherung, Einschränkung bei Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten | 59 |
| III. Schaffung des Rückforderungsdurchgriffs | 61 |
| IV. Fortentwicklung des Rückforderungsdurchgriffsanspruchs | 62 |
| V. Einschränkung des Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriffsanspruchs..... | 64 |
| 1. Zu der in den Urteilen vom 25.04.2006 vorgenommenen Einschränkung | 64 |
| 2. Anfechtung des Darlehensvertrags bei Täuschung im Bereich des Erwerbsgeschäfts..... | 66 |
| 3. Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss..... | 66 |
| VI. Notwendigkeit der Kündigung | 66 |
| VII. Notwendigkeit der Ergreifung von Maßnahmen im Verhältnis zu Dritten..... | 67 |
| | |
| D. Vertragsabschluss durch Dritte – Wirksamkeit von Vollmachten im Rahmen sog. Treuhandmodelle..... | 69 |
| I. Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes im Allgemeinen | 70 |
| II. Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes im Besonderen..... | 71 |
| 1. Erlaubnispflicht nach dem RBERG, wenn der Geschäftsführer der Treuhand-GmbH Rechtsanwalt ist..... | 71 |
| 2. Anwendbarkeit des RBERG bei geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts | 72 |
| III. Auswirkungen auf die Vollmacht..... | 75 |
| IV. Auswirkungen auf einen Zeichnungsschein | 76 |
| V. Kreditgewährung als unerlaubte Rechtsbesorgung..... | 77 |
| VI. Gutglaubensschutz..... | 78 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 1. | Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 172, 173 BGB..... | 79 |
| 2. | Nachweis der Gutgläubigkeit..... | 83 |
| 3. | Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gutgläubigkeit..... | 86 |
| VII. | Duldungs- oder Anscheinsvollmacht..... | 89 |
| VIII. | Genehmigung | 92 |
| 1. | Stillschweigende Genehmigung..... | 93 |
| 2. | Ausdrückliche Genehmigung..... | 93 |
| 3. | Genehmigung durch Aufhebungsvereinbarung oder vollständige Darlehensrückzahlung..... | 95 |
| 4. | Bestätigung gem. § 141 BGB | 95 |
| IX. | Treu und Glauben | 96 |
| X. | Prozessvollmacht..... | 97 |
| XI. | Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung | 100 |
| XII. | Haftung des Geschäftsbesorgers..... | 102 |
| E. | Haftung der Bank wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten..... | 105 |
| I. | Haftung der Bank wegen der Verletzung eigener Aufklärungspflichten | 105 |
| 1. | Grundsatz..... | 105 |
| 2. | Individuelle Schutzbedürftigkeit des Kreditkunden..... | 106 |
| 3. | Aufklärungspflichten im Einzelfall..... | 107 |
| a. | Überschreitung der Kreditgeberrolle | 107 |
| b. | Interessenkollision..... | 108 |
| c. | Schaffung eines Gefährdungstatbestandes | 108 |
| d. | Konkreter Wissensvorsprung | 109 |
| aa. | Grundsatz..... | 109 |
| bb. | Nachforschungspflicht der Bank | 109 |
| cc. | Unangemessenheit des Kaufpreises | 110 |
| dd. | Prüfung von Sicherheiten..... | 111 |
| ee. | Verkaufsprospekt..... | 111 |
| ff. | Innenprovision | 111 |
| 4. | Aufklärungspflichten bei institutionalisiertem Zusammenwirken | 112 |
| a. | Rechtsprechung des BGH vom 16.05.2006..... | 112 |
| b. | Voraussetzungen im Einzelnen | 113 |
| aa. | Institutionalisiertes Zusammenwirken..... | 113 |
| bb. | Initiative für Kreditvertragsabschluss | 114 |
| cc. | Evidente Unrichtigkeit der Angaben | 114 |
| dd. | Arglistige Täuschung des Anlegers | 115 |
| ee. | Beweislastumkehr..... | 115 |
| c. | Anwendungsbereich..... | 116 |
| aa. | Nicht grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen | 116 |
| bb. | Unrichtigkeit ergibt sich ausschließlich aus Prospekt..... | 116 |
| cc. | Vertreterwissen..... | 117 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 5. | Aufklärungspflichten wegen nicht erfolgter Widerrufsbelehrung | 118 |
| 6. | Beratungsvertrag | 118 |
| II. | Zurechnung des Verhaltens Dritter, insbesondere Finanzdienstleister und Immobilienmakler | 119 |
| 1. | Erfüllungsgehilfe nach § 278 BGB | 119 |
| 2. | Zurechnung der Pflichtverletzung | 120 |
| 3. | Überlassung von Kreditantragsformularen | 121 |
| 4. | Wissenszurechnung innerhalb eines Konzerns | 122 |
| III. | Prospekthaftung und Einwendungsdurchgriff | 122 |
| 1. | Grundsätze der Prospekthaftung | 122 |
| a. | Prospekthaftung im engeren Sinne | 122 |
| b. | Prospekthaftung im weiteren Sinne | 123 |
| 2. | Einwendungsdurchgriff | 124 |
| F. | Rechtsprechung des II. und XI. Zivilsenats des BGH zur Finanzierung von Immobilienfonds | 127 |
| I. | Allgemeines | 127 |
| II. | Entscheidung des für das Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 27.06.2000 | 128 |
| III. | Entscheidung des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 21.07.2003 | 129 |
| IV. | Entscheidungen des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs seit dem 14.06.2004 | 130 |
| 1. | Kritik des XI. Zivilsenats | 132 |
| 2. | Kritik des V. Zivilsenats | 133 |
| 3. | Kritik der obergerichtlichen Rechtsprechung | 133 |
| V. | Entscheidungen des für das Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 25.04.2006 | 135 |
| G. | Endfällige Darlehen kombiniert mit Tilgungersatzmitteln | 137 |
| I. | Abgrenzung, Definition und Arten | 137 |
| II. | Darlehenstilgung durch Lebensversicherung mit geringerer Überschussbeteiligung | 138 |
| 1. | Darlehensvertrag mit eindeutiger Risikozuweisung | 138 |
| 2. | Darlehensvertrag ohne explizite Risikozuweisung | 139 |
| 3. | Darlehensvertrag mit unklarer Risikozuweisung | 140 |
| III. | Schadensersatzansprüche | 142 |
| 1. | Beratungs- und Aufklärungspflichten im Allgemeinen | 142 |
| 2. | Aufklärung über steuerliche Nachteile | 144 |
| 3. | Besondere Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Tilgungersatzdarlehen | 144 |
| 4. | Umfang des zu ersetzenden Schadens | 147 |
| 5. | Fazit | 148 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| IV. | Gesamtbetragsangabe nach § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 2 BGB..... | 149 |
| | 1. Tilgungersatzdarlehen mit festen Konditionen (echte Abschnittsfinanzierung) | 149 |
| | 2. Tilgungersatzdarlehen mit veränderlichen Bedingungen (unechte Abschnittsfinanzierung) | 149 |
| | 3. Wie hat eine Angabe des Tilgungersatzes im Rahmen von § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 2 BGB zu erfolgen?..... | 151 |
| V. | Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung gem. § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 6 BGB | 151 |
| VI. | Zinsfestschreibung, Tilgungersatz und Aufhebungsentgelt | 152 |
| H. | Vorfälligkeitsentschädigung | 153 |
| I. | Definition/Allgemeines | 153 |
| II. | Voraussetzungen..... | 154 |
| III. | Unverbrauchtes Disagio als unselbständiger Rechnungsposten der Vorfälligkeitsentschädigung | 154 |
| IV. | Berechnungsmethoden..... | 155 |
| | 1. Aktiv-Aktiv-Methode | 155 |
| | a. Konkrete Variante | 156 |
| | b. Abstrakte Variante..... | 156 |
| | 2. Aktiv-Passiv-Methode | 156 |
| | 3. Vertragsfreiheit | 157 |
| V. | Schuldrechtsreform..... | 157 |
| VI. | Fehlende Berechtigung, eine Vorfälligkeitsentschädigung zu verlangen..... | 158 |
| | 1. Zumutbarer Austausch von Sicherheiten | 158 |
| | 2. Tilgungersatz durch Lebensversicherung..... | 158 |
| | 3. Anspruch auf Rückführung eines Bauspardarlehens ohne Entrichtung eines Vorfälligkeitsentgelts | 159 |
| | 4. Gleichzeitige Aufnahme eines höheren Neukredits | 159 |
| | 5. Kein Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung ohne Regelung im Aufhebungsvertrag über die vorzeitige Ablösung eines Darlehens | 159 |
| VII. | Ordentliches Kündigungsrecht des Darlehensnehmers nach § 489 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BGB (früher § 609a BGB a.F.) | 160 |
| VIII. | Vorfälligkeitsentschädigung und (enge) Sicherungszweckerklärung | 160 |
| IX. | Aufhebungsentgelt bei vorausgegangener Grundschuldfreigabe..... | 160 |
| J. | Verjährung | 163 |
| I. | Allgemeines..... | 163 |
| II. | Verjährung im Verbraucherdarlehensrecht..... | 164 |
| III. | Überleitungsvorschriften | 164 |

| | | |
|-------|--|-----|
| IV. | Verjährung von Ansprüchen gegen Bürgen..... | 167 |
| V. | Verjährung von Rückabwicklungsansprüchen bei Darlehensverträgen nach einem durch eine Haustürsituation ausgelösten Widerruf..... | 168 |
| IV. | Verjährung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen im Zusammenhang mit der Rückabwicklung steuerinduzierter Treuhandmodelle..... | 170 |
| VII. | Verjährung persönlicher Haftungsübernahmen mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Rahmen einer Grundsschuldbestellung | 171 |
| VIII. | Verjährung von Ansprüchen auf Abgabe von Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen | 172 |
| IX. | Verjährung und verbundenes Geschäft..... | 174 |
| X. | Verjährung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Verletzung von Aufklärungspflichten | 175 |
| | 1. Allgemeines | 175 |
| | 2. Kenntnis/grob fahrlässige Unkenntnis | 176 |
| | 3. Prospekthaftungsansprüche..... | 176 |
| | 4. Institutionalisiertes Zusammenwirken | 177 |
| | 5. Beratungsvertrag..... | 177 |

RECHTSPRECHUNGS- UND LITERATURÜBERSICHT

| | | |
|-----------|--|------------|
| K. | Rechtsprechungsübersicht..... | 181 |
| I. | EuGH-Urteile | 181 |
| II. | Entscheidungen des BVerfG..... | 182 |
| III. | Neue BGH-Entscheidungen..... | 182 |
| IV. | Neue obergerichtliche Rechtsprechung | 199 |
| V. | Neue landgerichtliche Entscheidungen..... | 231 |
| VI. | Neue amtsgerichtliche Entscheidungen | 245 |
| | | |
| L. | Literatur zur Bankenhaftung bei Immobilienfinanzierungen..... | 247 |

Immobilienfinanzierung und Verbraucherschutz

A. Ausgewählte Fragen aus dem Bereich des Verbraucherdarlehensrechts

I. Anwendungsbereich

Verbraucherdarlehensverträge im Sinne des Gesetzes sind entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) als Darlehensgeber und einem Verbraucher (§ 13 BGB) als Darlehensnehmer (§ 491 Abs. 1 BGB). Ausnahmeregelungen vom Anwendungsbereich finden sich in § 491 Abs. 2, 3 BGB.

Für Immobiliendarlehensverträge (Legaldefinition in § 492 Abs. 1a S. 2 BGB) hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz einige richtungsweisende Änderungen mit sich gebracht. Im Vergleich zum alten Recht (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F., § 491 Abs. 3 Nr. 1) sind sie seit 01.08.2002 (OLGVertÄndG) auch nach dem Verbraucherdarlehensrecht widerrufsfähig (§§ 495, 355 BGB); auf die Frage, ob eine Haustürsituation vorliegt, kommt es deshalb nicht an. Die Grundsätze des verbundenen Geschäfts finden über § 358 Abs. 3 S. 3 BGB – wenngleich nur eingeschränkt – Anwendung. Die Angabe eines Gesamtbetrages ist allerdings bei Immobiliendarlehensverträgen wie bisher nicht erforderlich (§ 492 Abs. 1a S. 1 BGB). Auch bei der Behandlung von Verzugszinsen und der Anrechnung von Teilleistungen genießen sie nach wie vor einen Sonderstatus (§ 497 Abs. 4 BGB); bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass die in § 497 Abs. 3 S. 3 BGB geregelte Verjährungshemmung bis zu zehn Jahren in § 497 Abs. 4 BGB nicht erwähnt wurde, also auch bei nach der Gesetzesreform abgeschlossenen Immobiliendarlehensverträgen zur Anwendung kommt.

Die Vorschriften der §§ 491 bis 506 BGB gelten auch für natürliche Personen, die sich ein Darlehen, einen Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gewähren lassen oder zu diesem Zweck einen Ratenlieferungsvertrag schließen, es sei denn, der Nettodarlehensbetrag oder Barzahlungspreis übersteigt € 50.000,-. (§ 507 BGB). Im Gegensatz zur vormaligen Regelung (§§ 1 Abs. 1 S. 2, 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG a.F.) muss der Darlehensnehmer beweisen, dass er Existenzgründer ist bzw. das Darlehen für die Aufnahme seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit bestimmt ist, um in den Genuss der §§ 491 ff. BGB zu gelangen.

Unternehmer- (§ 14 BGB) und nicht Verbraucherhandeln (§ 13 BGB) liegt schon dann vor, wenn das streitgegenständliche Geschäft im Zuge der Aufnah-

me einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sog. Existenzgründung) geschlossen wird¹.

II. Schriftform

Verbraucherdarlehensverträge sind schriftlich abzuschließen (§ 492 Abs. 1 BGB). Wie bisher ist der Abschluss der Vertrages in elektronischer Form ausgeschlossen (§§ 492 Abs. 1 S. 2 BGB, 4 Abs. 1 S. 3 VerbrKrG a.F.)

Eine mit Darlehensvertrag überschriebene Vereinbarung, aus welcher ausdrücklich hervorgeht, dass Zinssatz und anfänglicher Zinsbindungszeitraum noch vereinbart werden sollen (wovon auch die weiteren Pflichtangaben nach § 4 VerbrKrG a.F. abhängen), stellt noch keinen verbindlichen Darlehensvertrag dar, der von den Vorschriften für Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491 ff. BGB) bereits erfasst wäre. Vielmehr ist diese dahin auszulegen (§§ 133, 157 BGB), dass die Vertragsparteien sich einen Vertragsabschluss bis zur schriftlichen Festlegung der noch offenen Punkte vorbehalten².

Die Frage des Zustandekommens eines Darlehensvertrags regelt sich nicht nach dem Verbraucherdarlehensrecht. Sie ist von der Frage eines Formverstößes der vertraglichen Vereinbarung im Hinblick auf § 492 Abs. 1 BGB zu trennen³. Zwar führt das Fehlen einer formgültigen Annahmeerklärung als Fehler der Schriftform insgesamt zur Nichtigkeit der Kreditvereinbarung gem. § 6 Abs. 1 I. Alt. VerbrKrG a.F., wenn diese Erklärung dem Erklärungsempfänger nicht zugeht (§ 130 Abs. 1 BGB).⁴ Eine Erleichterung des Vertragsschlusses, die der Rationalisierung im Massenverkehr dient, lässt sich allerdings trotz Formbedürftigkeit der nach § 130 Abs. 1 BGB zugangsbedürftigen Annahmeerklärung dadurch erreichen, dass der Darlehensnehmer nach § 151 S. 1 BGB auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet; ein solcher Verzicht ist auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften zulässig⁵ und kann im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen erklärt werden.

Das Angaben- und Schriftformerfordernis umfasst auch Vollmachten, die ein Darlehensnehmer zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages erteilt. Nur Prozessvollmachten und notariell beurkundete Vollmachten sind hiervon ausgenommen (§ 492 Abs. 4 BGB). Die Regelung ist Konsequenz einer BGH-Entscheidung vom 24.04.2001⁶. Danach ist die Vollmacht gem. § 167 Abs. 2 BGB grundsätzlich formfrei; dies gilt nach Ansicht des BGH auch für die Formerfordernisse des § 4 VerbrKrG a.F.

¹ BGH BKR 2005, 358.

² OLG Karlsruhe BKR 2006, 378.

³ OLG Karlsruhe BKR 2006, 378.

⁴ BGH WM 2006, 217 mit Anmerkung Medicus in: EWiR § 6 VerbrKrG a. F. 1/06, 283.

⁵ Ulmer in: Münchener Kommentar, § 492 Rdnr. 32 m. w. N.

⁶ BGH WM 2001, 1024.

III. Angaben nach § 492 Abs. 1 S. 5, Abs. 1a BGB

1. Neuregelung

Die seit 01.01.2002 geltende Fassung in § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 – 7 BGB entspricht im Wesentlichen dem Regelungsinhalt des § 4 Abs. 1 S. 5 Nr. 1a – g VerbrKrG a.F. Neu aufgenommen wurde der Abs. 1a (Immobiliendarlehensverträge). Im Übrigen wurde die Bezeichnung „Verbraucherkredit“ durch den Begriff „Verbraucherdarlehen“ ersetzt.

2. Nettodarlehensbetrag/Höchstgrenze des Darlehens

Der bei Fest- und Ratenkrediten in Betracht kommende Nettodarlehensbetrag ist der – bei entsprechender Weisung des Darlehensnehmers auch an einen Dritten – auszahlende Darlehensbetrag (Legaldefinition in § 491 Abs. 2 Nr. 1 BGB), ggf. unter Abzug eines Disagios. Er bildet gleichzeitig die Basis für die Berechnung des Effektivzinses.

Der Nettodarlehensbetrag errechnet sich wie folgt:

| | |
|---|--|
| Darlehensbetrag | |
| ./ Disagio | |
| ./ Bearbeitungskosten | |
| ./ sonstige Kosten, die bei der Auszahlung unmittelbar einbehalten werden | |
| ./ Vermittlungsprovision (soweit diese auszuweisen ist) | |
| ./ Risikoversicherung (wenn mitfinanziert und unmittelbar einbehalten) | |
| Nettdarlehenbetrag | |

Ist – wie z.B. bei der Einräumung eines Kreditrahmens – keine Vollausszahlung vorgesehen, tritt an die Stelle des Nettodarlehensbetrages die Höchstgrenze des Darlehens. Bei Überziehungskrediten gem. § 493 BGB (§ 492 BGB findet hier keine Anwendung) ist die Angabe der Höchstgrenze des Darlehens obligatorisch.

3. Gesamtbetrag der Teilzahlungen

Der Gesamtbetrag errechnet sich wie folgt:

| | |
|--|--|
| + Summe aller Zins- und Tilgungsleistungen | |
| + Disagio | |
| + Bearbeitungskosten | |
| + Sonstige Kosten für z.B. Sicherheitenbestellung, von der Bank verlangte Restschuldversicherung, Risikolebensversicherung | |
| + Vermittlungsprovision (falls auszuweisen) | |
| Gesamtbetrag | |

Zur Angabe des Gesamtbetrages gehören grundsätzlich auch Tilgungersatzmittel⁷.

Bei der Berechnung wird die Vollausszahlung bei Vertragsbeginn unterstellt, so dass Bereitstellungsprovision bzw. Nichtabnahmeentschädigung nicht anzugeben sind.

Das Gesetz unterscheidet 3 Fälle:

- Gesamtbetrag steht bei Abschluss des Darlehensvertrages für die gesamte Laufzeit der Höhe nach fest (Zinsfestschreibung entspricht Darlehenslaufzeit).
- Bei Darlehen mit veränderlichen Bedingungen ist der Gesamtbetrag auf Grundlage der bei Abschluss des Vertrages maßgeblichen Darlehensbedingungen anzugeben (hypothetischer Gesamtbetrag). Unter den Begriff „veränderliche Bedingungen“ fallen nicht nur Darlehensverträge mit variablen Zinsen, sondern auch solche, bei denen die Zinsfestschreibung kürzer ist als die Gesamtlaufzeit des Darlehens (sog. unechte Abschnittsfinanzierung); darauf, dass es sich um hypothetische Angaben handelt, sollte hingewiesen werden. Die Angabepflicht besteht unabhängig davon, ob die Zinskonditionen einvernehmlich oder einseitig (§ 315 BGB) neu festgesetzt werden⁸.
- Die Angabe des Gesamtbetrages ist schließlich nicht notwendig, wenn lediglich eine Kreditlinie (§ 493 BGB) oder ein Kreditrahmen zugesagt wird, der Verbraucher also die Möglichkeit einer revolvingierenden Inanspruchnahme hat.

Bei Immobiliendarlehensverträgen (Legaldefinition in § 492 Abs. 1a S. 2 BGB) ist kein Gesamtbetrag anzugeben.

§ 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 2, Abs 1b BGB verpflichtet nur zur Angabe des Gesamtbetrages aller vom Verbraucher zu erbringenden Leistungen, nicht hingegen zu dessen Aufschlüsselung in die monatlich zu entrichtenden Zins- und Tilgungsleistungen. Der eindeutige Wortlaut der Vorschrift lässt auch keine erweiternde Auslegung im Sinne des Art. 1 Nr. 4 der Verbraucherkreditänderungsrichtlinie vom 22.02.1990 (90/88/EWG) zu⁹.

Bei einer so genannten unechten Abschnittsfinanzierung besteht gem. § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 b, S. 2 VerbrKrG a.F. eine Pflicht zur Angabe des Gesamtbetrags aller vom Verbraucher zu erbringenden Leistungen.

Bei Bestehen einer engen Verbindung zwischen Darlehens- und Ansparvertrag bedarf es der Angabe des Gesamtbetrags aller vom Verbraucher zu erbringenden Leistungen nach § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1b VerbrKrG a.F. auch bei endfälligen Verbraucherkrediten, die bei Fälligkeit zumindest zum Teil mittels einer in der Zwischenzeit angesparten Kapitallebensversicherung abgelöst werden sollen. Die Annahme einer solchen engen Verbindung setzt voraus, dass Zahlungen auf den

⁷ BGH ZIP 2004, 1445; ZIP 2002, 391; OLG Karlsruhe ZIP 2004, 946.

⁸ Peters WM 1994, 1405.

⁹ BGH WM 2004, 2436.

Ansparvertrag aus der Sicht des Verbrauchers wirtschaftlich regelmäßigen Tilgungsleistungen an den Kreditgeber gleichstehen¹⁰.

Ermäßigt sich bei einer sogenannten unechten Abschnittsfinanzierung der Zinssatz wegen Fehlens der gem. § 4 Abs. 1 S. 5 Nr. 1b, S. 2 VerbrKrG a.F. erforderlichen Angabe des Gesamtbetrags aller vom Verbraucher zu erbringenden Leistungen im Kreditvertrag nach § 6 Abs. 2 S. 2 VerbrKrG a.F., so erstreckt sich die Ermäßigung auf die gesamte Vertragslaufzeit¹¹.

Ist eine Kapitallebensversicherung mit einem Darlehensvertrag in der Weise verbunden, dass die Versicherungssumme der Kapitallebensversicherung der Tilgung des endfälligen Darlehens dienen soll, hat der Darlehensnehmer aus § 6 Abs. 2 S. 3 VerbrKrG a.F. gegen den Darlehensgeber weder einen Anspruch auf Erstattung bereits gezahlter Lebensversicherungsprämien noch einen Freistellungsanspruch hinsichtlich künftig fällig werdender Lebensversicherungsprämien, wenn die Höhe der Prämien für die Kapitallebensversicherung nicht als Kosten einer sonstigen Versicherung im Darlehensvertrag angegeben ist¹².

Nach der bis 30. April 1993 gültigen Fassung des § 4 VerbrKrG besteht bei einer so genannten unechten Abschnittsfinanzierung keine Pflicht zur Angabe des Gesamtbetrags aller vom Verbraucher zu erbringenden Leistungen (Abgrenzung zu Senatsurteil v. 08.06.2004 – XI ZR 150/03 und v. 14.09.2004 – XI ZR 11/04)¹³.

§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. ist im Hinblick auf eine Angabe nach § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1b VerbrKrG a.F. nicht teleologisch zu reduzieren¹⁴.

Nichtigkeit nach § 6 Abs. 1 VerbrKrG a.F. besteht nur dann, wenn die in § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1b S. 2 VerbrKrG a.F. vorgeschriebene Angabe des Gesamtbetrags aller vom Verbraucher zur Tilgung des Kredits sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen völlig fehlen. Allein die Unrichtigkeit von Pflichtangaben vermag eine solche Nichtigkeit nicht zu begründen¹⁵. Die erforderliche Gesamtbetragsangabe fehlt allerdings, wenn der Kreditvertrag nur den für die Zeit der Zinsfestschreibung zu erbringenden Betrag und den danach noch bestehenden Restkredit, nicht aber die für die Gesamtlaufzeit des Vertrages zu erbringenden Zahlungen ausweist¹⁶.

4. Art und Weise der Rückzahlung

Ist Teilzahlung vereinbart, sind Betrag, Anzahl und Fälligkeit der Raten anzugeben; nicht notwendig ist allerdings die Beifügung eines Tilgungsplans.

¹⁰ BGH WM 2004, 1542.

¹¹ BGH WM 2004, 2306.

¹² BGH WM 2005, 415.

¹³ BGH ZIP 2005, 521.

¹⁴ OLG München WM 2005, 1986.

¹⁵ BGH WM 2006, 1066, 1068.

¹⁶ BGH WM 2006, 1003.

Fehlt es an einer Vereinbarung über die Rückzahlung (wie z.B. bei Kontokorrentkrediten), sind die Modalitäten der Vertragsbeendigung (Fristablauf, Kündigung) zu benennen. Streitig ist, ob die gesetzlichen Kündigungsrechte wie § 489 BGB aufgenommen werden müssen.

5. Zinsen und Kosten des Darlehens

a. *Allgemeines*

Neben dem Nominalzins sind alle Kosten anzugeben, die im Zusammenhang mit der Darlehensaufnahme stehen und betragsmäßig bekannt sind (z.B. Bearbeitungskosten, Tax-/Schätzkosten, Kosten für die Kontoführung des Darlehenskontos, sog. Forward-Prämie). Soweit die Kosten betragsmäßig nicht feststehen oder aber nicht an die Bank zu zahlen sind, sollte auf das Bestehen solcher Kosten hingewiesen werden.

Kosten, die erst im Verlauf des Darlehens entstehen (z.B. Kosten für die Sicherheitenfreigabe, Verzugszinsen), sind nicht anzugeben.

§ 6 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG a.F. gewährt dem Darlehensnehmer keinen Anspruch auf Neuberechnung der geleisteten Teilzahlungen unter Aufschlüsselung der jeweiligen Zins- und Tilgungsanteile, sondern verpflichtet die Bank nur zur Neuberechnung der Höhe der Teilzahlungen unter Berücksichtigung der auf 4% p.a. herabgeminderten Zinsen¹⁷.

b. *Vermittlungskosten*

Eine Courtage, die der Kreditnehmer direkt an den Kreditvermittler zahlt, ist dann anzugeben, wenn der Vermittler auch im Interesse der Bank eingeschaltet wird. Erbringt der Vermittler hingegen Sonderleistungen ausschließlich für den Kreditnehmer oder ist der Bank die Beauftragung des Vermittlers nicht bekannt, bedarf es keiner diesbezüglichen Angabe. So gehört die Finanzierungsvermittlungsprovision bei Steuersparmodellen nicht in den Darlehensvertrag¹⁸.

c. *„Packing“*

Das ist die Vergütung der Bank, die diese an den Vermittler für die Zuführung entrichtet, und die an den Darlehensnehmer in Form eines Zinszuschlages weitergeleitet wird. Sie ist anzugeben, wenn aufgrund dessen zu Lasten des Darlehensnehmers ein Zinsaufschlag vorgenommen worden ist. Entscheidend ist unter anderem, ob die Zinsmarge ohne Einschaltung des Vermittlers geringer ausgefallen wäre.

¹⁷ BGH BKR 2006, 378.

¹⁸ BGH ZIP 2004, 209; WM 2003, 1710; OLG Karlsruhe WM 2001, 356; OLG Brandenburg WM 2000, 2191.

Ein Verstoß gegen die Angabepflicht wird zwar gem. § 494 Abs. 2 S. 1 BGB durch eine Darlehensauszahlung geheilt, die Kosten werden jedoch gem. § 494 Abs. 2 S. 3 BGB nicht geschuldet¹⁹.

d. Haftung aus culpa in contrahendo

Die Zahlung einer Provision durch die kreditgebende Bank an den Verhandlungsvertreter des Darlehensnehmers hinter dessen Rücken begründet zumindest eine Schadensersatzpflicht aus culpa in contrahendo. Wenn der Darlehensnehmer den Darlehensvertrag im Falle einer Aufklärung über die Provisionszahlung nicht abgeschlossen hätte, ist dem Darlehensnehmer der hierdurch entstandene Schaden zu ersetzen, d.h. er ist so zu stellen, als ob der Darlehensvertrag nicht abgeschlossen worden wäre²⁰.

Hat die Bank mit dem Vermögensverwalter eines Kunden eine Vereinbarung über die Beteiligung des Verwalters an ihren Provisionen und Depotgebühren geschlossen, so ist sie verpflichtet, dies gegenüber dem Kunden offenzulegen. Wird die Offenlegungspflicht verletzt, können Schadensersatzansprüche des Kunden nicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der verletzten Pflicht eingeschränkt werden²¹.

Die Schadensersatzpflicht beschränkt sich aber auf den Darlehensvertrag und schlägt grundsätzlich nicht auf das finanzierte Geschäft durch.

Eine Schadensersatzpflicht besteht allerdings dann nicht, wenn die Bank einen im Darlehensvertrag als Bearbeitungskosten ausgewiesenen Betrag von 0,5% der Darlehenssumme ohne Kenntnis des Darlehensnehmers an den Finanzierungsvermittler bezahlt. Eine vergleichbare Gefährdung der Interessen des Darlehensnehmers wie beim Vermögensverwalter des Kunden wird hierdurch nämlich nicht geschaffen. Denn der Vermittler ist lediglich als Makler tätig; hingegen besteht kein Vertragsverhältnis, aufgrund dessen er ähnlich einem Vermögensverwalter die Wahrnehmung der Interessen des Darlehensnehmers – zumal als Hauptleistungspflicht – schuldet²².

6. Effektiver bzw. anfänglicher effektiver Jahreszins

Der effektive Jahreszins soll die jährliche Gesamtbelastung des Darlehensnehmers in einem Prozentsatz des Nettodarlehensbetrages ausdrücken (vgl. Legaldefinition in § 492 Abs. 2 S. 1 BGB mit Verweis auf § 6 (früher § 4) PAngV).

Der Berechnung des Effektivzinses liegen folgende Komponenten zugrunde:

¹⁹ OLG München WM 2001, 1215.

²⁰ BGH WM 2001, 457.

²¹ BGH WM 2001, 297.

²² BGH WM 2003, 2328; 2003, 1686.

- Nominalzins
- Disagio
- Bearbeitungsgebühr
- Kreditvermittlungskosten
- Kosten der Restschuldversicherung
- Tilgungsfreie Räume
- Tilgungshöhe
- Zahlungstermine
- Höhe der Restschuld

Keine Berücksichtigung finden hingegen Bereitstellungszinsen, Kosten, die mit der Besicherung zusammenhängen, allgemeine Kontoführungsgebühren sowie Aufwendungen, die zusätzlich bei Verzug entstehen können (z.B. Mahnkosten).

Prämien für eine Kapitallebensversicherung, die der Tilgung eines endfälligen Darlehens dienen soll, sind bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses des Kredits im Sinne von § 4 Abs. 2 S. 2 VerbrKrG a.F. gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 5 Preisangabenverordnung a.F. nicht zu berücksichtigen²³.

Ist die Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorgesehen, ist der anfängliche effektive Jahreszins anzugeben. Außerdem ist mitzuteilen, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können (Sanktion: § 494 Abs. 2 S. 5 BGB).

Bei vor Inkrafttreten des VerbrKrG a.F. abgeschlossenen Darlehensverträgen findet im Rahmen einer Zinsanpassung nach 1991 § 4 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 e VerbrKrG a.F. keine Anwendung, soweit kein neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird, d.h. eine unechte Abschnittsfinanzierung vorliegt²⁴.

7. Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung

Dazu gehören nach hM neben einer Risikolebensversicherung und Restschuldversicherung auch die als Tilgungersatz dienende Kapitallebensversicherung (im einzelnen streitig)²⁵. Anzugeben sind neben der Versicherungsprämie die sonstigen, sich aus dem Abschluss der Versicherung ergebenden Kosten. Nicht angegebene Kosten werden gem. § 494 Abs. 2 S. 3 BGB nicht geschuldet.

²³ BGH WM 2005, 415, LG Bonn ZIP 2004, 2276.

²⁴ OLG Köln ZIP 1999, 21.

²⁵ LG Leipzig BKR 2004, 372; Bohner WM 2001, 2227.

8. Zu bestellende Sicherheiten

Es sind alle Sicherheiten, die dem Verbraucherdarlehen dienen sollen, konkret anzugeben.

Streitig ist, ob dem Gebot der hinreichenden Bestimmtheit der zu bestellenden Sicherheiten Rechnung getragen wird, wenn auf die entsprechenden Sicherungsklauseln in den AGB's (vgl. Pfandrechtsklausel gem. Ziff. 14 AGB-Banken = Ziff. 21 AGB-Sparkassen sowie Nachbesicherungsanspruch gem. Ziff. 13 AGB-Banken = Ziff. 22 AGB-Sparkassen) hingewiesen wird. Nr. 13 Abs. 2 S. 5 AGB-Banken trägt dem Bestimmtheiterfordernis allerdings dadurch Rechnung, dass bei Krediten, die unter das Verbraucherdarlehensrecht fallen, ein Anspruch auf Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten nur besteht, soweit die Sicherheiten im Darlehensvertrag angegeben sind.

§ 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 7 VerbrKrG regelt nur die schuldrechtliche Verpflichtung, die benannte Sicherheit zu bestellen; d.h., dass das dingliche Vollzugsgeschäft gesondert zu erfolgen hat.

Die Rechtsfolgen ergeben sich aus § 494 Abs. 2 S. 6 BGB (kein Anspruch auf Bestellung der Sicherheit, soweit der Nettodarlehensbetrag EURO 50.000,-- nicht übersteigt).

Sicherheiten, die entgegen § 492 Abs. 1 S. 5 Nr. 7 BGB nicht in der auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages gerichteten Erklärung des Verbrauchers angegeben sind und daher gem. § 494 Abs. 2 S. 6 BGB vom Kreditgeber nicht verlangt werden dürfen, ihm vom Verbraucher aber gleichwohl bestellt werden, können nicht nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften herausverlangt werden²⁶.

Diese Frage ist im einzelnen streitig. Der Vergleich mit § 214 Abs. 2 S. 1 BGB (Verjährung) und § 656 Abs. 1 S. 2 BGB (Heiratsvermittlung) hinkt insoweit, als § 494 Abs. 2 S. 6 BGB eine entsprechende Regelung gerade nicht enthält.

²⁶ OLG Dresden ZIP 2001, 1531.

B. Widerruf von Haustürgeschäften

I. Schwebende Wirksamkeit

Anders als nach der alten gesetzlichen Regelung, nach welcher der Vertrag bis zum Verstreichen der Widerrufsfrist schwebend unwirksam war²⁷, ist der Vertrag nunmehr bis zu dessen Widerruf als schwebend wirksam anzusehen²⁸.

II. Zuständiges Gericht

Während § 7 HWiG a.F. für Klagen aus Geschäften im Sinne des Haustürwiderufsgesetzes einen ausschließlichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Kunden oder dessen gewöhnlichen Aufenthaltsorts zur Zeit der Klageerhebung begründete, eröffnet die diese Norm ablösende Vorschrift des § 29c ZPO, welche auch für bis zum Zeitpunkt ihres Erlasses (01.01.2002) abgeschlossene Haustürgeschäfte gilt, dem Verbraucher die Möglichkeit, den Unternehmer auch am allgemeinen oder am besonderen Gerichtsstand zu verklagen; durch dieses Wahlrecht wird die prozessuale Situation des Verbrauchers verbessert²⁹. Für Klagen des Unternehmers gegen den Verbraucher begründet § 29c Abs. 1 Satz 2 ZPO hingegen einen ausschließlichen Gerichtsstand. An diesen ausschließlichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Verbrauchers ist der Unternehmer nach § 29c Abs. 2 ZPO i.V.m. §§ 33 Abs. 1 und 2, 40 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nur bei Erhebung einer Widerklage nicht gebunden³⁰.

§ 29c ZPO ist weit auszulegen. Daher erfasst diese Norm ohne Rücksicht auf die Anspruchsgrundlage alle Klagen, mit denen Ansprüche geltend gemacht werden, die auf ein Haustürgeschäft i.S. der §§ 1 Abs. 1 HWiG a.F., 312 BGB zurückgeführt werden können. Demgemäß erstreckt sich die Anwendung des § 29c Abs. 1 ZPO auch auf alle Folgeansprüche aus Haustürgeschäften, insbesondere auf Ansprüche, die sich aus der Schlechterfüllung solcher Geschäfte, aus Verschulden bei Vertragsschluss oder aus Delikt ergeben³¹.

²⁷ Vgl. BGH Urteil v. 16.10.1995, Az. II ZR 298/94 JZ 1996, 575.

²⁸ Lwowski/Wunderlich ZInsO 2005, 57; Schwab ZGR 2004, 861, 890.

²⁹ Fischer, in Bülow/Artz, Handbuch Verbraucherprivatrecht, 2005, 17. Kapitel Rn. 9 ff, S. 506.

³⁰ Vollkommer, in Zöller, ZPOKomm, 25. Auflage § 29c Nr. 7 u. 10.

³¹ BGH WM 2003, 605, 606 f.

Trotz dieses weiten Anwendungsbereiches des § 29c ZPO bleibt der Verbraucher verpflichtet, substantiiert darzulegen, dass er Ansprüche geltend macht, die sich auf ein Haustürgeschäft zurückführen lassen. Liegt ein solcher schlüssiger Vortrag des Verbrauchers nicht vor, kann eine Zuständigkeit nach § 29c ZPO nicht begründet werden³².

III. Unzulässigkeit der Feststellungsklage

Da für eine Feststellungsklage im Allgemeinen dann kein Raum ist, wenn eine Leistungsklage möglich ist, die das Rechtsschutzinteresse des Klägers ebenso wahren würde, müssen Ansprüche, die sich aus einem Widerruf nach dem Haustürwiderrufgesetz ergeben, im Wege der Leistungsklage geltend gemacht werden. Eine Feststellungsklage ist in diesem Zusammenhang auch dann unzulässig, wenn sich Unsicherheiten über die Reichweite der Folgen eines Widerrufs ergeben³³.

IV. Beweislast

Dem Verbraucher obliegt die Beweislast sowohl für die Vertragsanbahnung in einer der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 HWiG a.F. bzw. § 312 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BGB genannten Situationen als auch für die Kausalität³⁴ zwischen Haustürsituation und Vertragsabschluss³⁵.

1. Anscheinsbeweis

Liegt zwischen Haustürsituation und Vertragsabschluss nur eine kurze Zeitspanne, ist im Regelfall zugunsten des Verbrauchers nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins vom Vorliegen der Kausalität auszugehen³⁶. Überschreitet allerdings diese Zeitspanne die Einwochenfrist, dürfte angesichts des Umstandes, dass die europäische Richtlinie selbst die Bedenkfrist für den Wi-

³² So auch LG Berlin, Beschluss v. 28.11.2005, Az. 21a O 431/05; LG Berlin, Beschluss v. 15.06.2005, Az. 21a O 308/05; LG Hagen, Beschluss v. 20.12.2005, Az. 8 O 442/04; LG Koblenz, Beschluss v. 13.10.2005, Az. 15.O.420/04; LG Detmold, Beschluss v. 14.11.2005, Az. 1 O 390/04; LG München I, Beschluss v. 11.03.2005, Az. 4 O 18039/04.

³³ LG Stuttgart, Urteil v. 30.08.2002, Az. 7 O 267/02, BKR 2002, 954, 955 f.

³⁴ Vgl. hierzu Punkt B XII.

³⁵ Zur Beweislast vgl. Ulmer in MünchKomm, 4. Auflage, § 312 Rn. 31 und 89; Werner in Staudinger, 2001, § 1 HWiG Rn. 71, 117 u. 151 ff; Münscher in Finanz Colloquium Heidelberg, Fehlgeschlagene Immobilienkapitalanlagen, S. 19; BGH Urteil v. 16.01.1996, Az. 11 ZR 116/95, BGHZ 131, 385, 392 = NJW 1996, 926, 928.

³⁶ Ulmer in MünchKomm, 4. Auflage, § 312, Rn. 89; Werner in Staudinger, 2001, Rn. 71.

derruf auf einen Zeitraum von höchstens sieben Tagen begrenzt³⁷, der Anscheinsbeweis dem Verbraucher nicht mehr zugute kommen³⁸. Jedenfalls nimmt die Indizwirkung bei zunehmendem zeitlichen Abstand ab³⁹.

2. Möglichkeit des „einfachen“ Bestreitens

Obliegt aber die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Haustürsituation sowie für deren Kausalität für den späteren Vertragsabschluss dem Verbraucher und handelt es sich dabei wie üblich um Ereignisse aus dem eigenen Wahrnehmungsbereich des Verbrauchers, dann hat die finanzierende Bank das Recht, das behauptete Vorliegen der Haustürsituation mit Nichtwissen zu bestreiten. Denn ein substantiiertes Bestreiten kann vom Prozessgegner nur dann gefordert werden, wenn der Beweis dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen⁴⁰. Um eine solche die Auferlegung eines substantiierten Bestreitens rechtfertigende Ausnahmesituation geht es aber denotwendig in den vorliegenden Fällen gerade nicht, da Vorliegen und Kausalität einer Haustürsituation in der Regel ausschließlich dem eigenen Wahrnehmungsbereich des Verbrauchers zuzuordnen sind.

V. Haustürgeschäft und Gesellschaftsbeitritt

Zur Eröffnung der Anwendungsbereiche setzen sowohl § 1 Abs. 1 HWiG a.F. als auch § 312 Abs. 1 BGB das Vorliegen einer auf den Abschluss eines Vertrages, welcher eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat, gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers voraus.

³⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1995 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen („Haustürgeschäfte-Richtlinie“).

³⁸ Ulmer, in MünchKomm, 4. Auflage, § 312, Rn. 32; offen gelassen in BGH Urteil v. 09.05.2006, Az. XI ZR 119/05, ZIP 2006, 1238, 1239; ähnlich auch BGH Urteile v. 09.05.2006, Az. XI ZR 2/05, 31/05, 114/05, 120/05, 158/05, 377/04.

³⁹ BGH, Urteil v. 09.05.2006, Az. XI ZR 119/05, ZIP 2006, 1238, 1239; BGH, Urteil v. 16.01.1996, Az. 11 ZR 116/95, BGHZ 131, 385, 392; Werner in Staudinger, 2001, Rn. 71.

⁴⁰ So BGH Urteil v. 18.11.2003, Az. XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 31 m. Anm. Roth WuB I G 5. – 6.04 u. Joswig EWiR § 794 ZPO 1/04, 151; a.A. BGH Urteil v. 14.03.2005, Az. II ZR 405/02 S. 5, welcher in dem konkreten Fall (allerdings) der finanzierenden Bank eine Erkundigungspflicht in Bezug auf die Umstände, unter denen der Darlehensvertrag der Parteien angebahnt wurde aufbürdet, weil die Bank sich bei Abschluss dieses Vertrages die Tätigkeit des Vermittlers zunutze gemacht hat; so wohl auch BGH Urteil v. 25.10.2004, Az. II ZR 395/02 S. 4 f.; vgl. Münscher, a.a.O., Fehlgeschlagene Kapitalanlagen, 2002, S. 19, welcher die Beweislast analog der Frage der Zurechenbarkeit der Haustürsituation nach § 123 BGB lösen will.

Obwohl im Grundsatz anerkannt ist, dass Beitrittserklärungen zu Gesellschaften oder Vereinen nicht den Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung, sondern ein auf den Erwerb der Mitgliedschaft gerichtetes organisationsrechtliches Rechtsgeschäft darstellen⁴¹ und obwohl der Bundesgerichtshof in seiner Timesharing-Entscheidung im Genossenschaftsmodell die Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes verneint hat⁴², ist zwischenzeitlich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass das Haustürwiderrufgesetz bzw. § 312 BGB auf die unmittelbare und mittelbare Beteiligung eines Anlegers an einem geschlossenen Immobilienfonds Anwendung findet⁴³.

VI. Haustürgeschäft und Sicherheitenbestellungen

Das Haustürwiderrufgesetz sowie § 312 BGB sind sowohl auf Sicherungsabreden, die auf die Bestellung einer Grundschuld gerichtet sind⁴⁴, als auch auf Sicherungsabreden, die die Bestellung eines Pfandrechts oder eines anderen akzessorischen Sicherungsrechts zum Inhalt haben, anwendbar⁴⁵. Dass die Hauptschuld dabei dem Verbraucherdarlehensrecht unterliegt oder in einer Haustürsituation begründet wurde, ist unerheblich⁴⁶. Auch auf die Bürgschaft findet das Haustürwiderrufgesetz bzw. § 312 BGB Anwendung, wobei es, anders als früher⁴⁷, nicht mehr darauf ankommt, ob die verbürgte Hauptforderung ein Verbraucherdarlehen ist oder in einer Haustürsituation begründet wurde⁴⁸. Schließlich kann auch eine Sicherungszweckerklärung als Haustürgeschäft widerrufen werden⁴⁹.

⁴¹ Vgl. Edelmann DB 2001, 2434, 2435 Fußnote 2 m.w.N.

⁴² BGH WM 1997, 533 m. Anm. van Look WuB IV D § 5 HWiG § 1.97.

⁴³ BGH Urteil v. 02.07.2001, Az. II ZR 304/00; WM 2001, 1464 = BGHZ 148, 201 m. Anm. Littbarsky LM H.10/201, HWiG Nr. 38; Louven BB 2001, 1807; Renner DStR 2001, 1988; Edelmann DB 2001, 2434; Schäfer JZ 2002, 249; Mankowski WuB IV D. § 1 HWiG 1.01; Allmendinger EWiR § 3 HWiG 1/01, 919; BGH Urteil v. 18.10.2004, Az. II ZR 352/02, WM 2004, 2491 m. Anm. Münscher WuB IV D. § 2 HWiG 1.05; so auch Kindler ZGR 2006, 167, 171 f.m.w.N.; a.A. noch der II. Zivilsenat des BGH in seinem Nichtannahmebeschluss v. 10.12.2001, Az. II ZR 255/01 zu OLG Karlsruhe WM 2003, 182 u. WM 2003, 1218, wo noch der Entgeltcharakter der Einlageleistung und damit die Gleichstellung des Fondsbeitritts mit einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung abgelehnt wurde; so auch Habersack ZIP 2001, 327, 328; ders. ZIP 2001, 353, 355; Wagner NZG 2000, 169 ff.

⁴⁴ BGH Urteil v. 26.09.1995, Az. XI ZR 199/94, BGHZ 131, 1, 4 = WM 1995, 2027.

⁴⁵ BGH Urteil v. 10.01.2006, Az. XI ZR 196/05, ZIP 2006, 363, 364.

⁴⁶ BGH Urteil v. 10.01.2006, Az. XI ZR 196/05, ZIP 2006, 363, 364.

⁴⁷ BGH Urteil v. 14.05.1998, Az. XI ZR 56/95, NJW 1998, 2356.

⁴⁸ BGH, Urteil v. 10.01.2006, Az. XI ZR 196/05, ZIP 2006, 363, 364.

⁴⁹ OLG Hamm WM 2005, 2370, 2379; OLG Dresden BKR 2003, 114, 116.