

**Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene
Wintersemester 2002/2003**

Lösungshinweise zur 1. Hausarbeit

1. Teil: Ansprüche des K gegen B

A. Anspruch des K gegen B auf Rückzahlung der 1.485,-- € aus § 346 I BGB

- I. Vorliegen eines Gelddarlehensvertrags zwischen K und B, § 488 BGB:
1. Nach dem Sachverhalt haben K und B am 02.01.2002 einen entgeltlichen Gelddarlehensvertrag i.S.d. § 488 BGB geschlossen. Für eine Nichtigkeit des Vertrags wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB liefert der Sachverhalt nicht genügend Anhaltspunkte. Auch eine Nichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. §§ 55, 56 I Nr. 6 GewO kommt nicht in Betracht, denn diese Vorschriften werden nach Inkrafttreten des Haustürwidererufgesetzes nicht mehr auf Darlehensverträge angewandt¹.
 2. Der Vertrag darf schließlich nicht nach § 494 I BGB wegen Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form nichtig sein.
 - a) Die Anwendung des § 494 I BGB setzt voraus, dass es sich bei dem Vertrag zwischen K und B um einen Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. § 491 I BGB handelt.
 - (1) K ist als technischer Angestellter Verbraucher i.S.d. § 13 BGB; der Darlehensvertrag kann nicht einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit des K zugerechnet werden.
 - (2) B ist als Bank Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB.
 - (3) Zwischen K und B wurde ein entgeltlicher Darlehensvertrag geschlossen (aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass K Zinsen für das Darlehen an B entrichtete).
 - (4) Die Anwendung der §§ 492 ff. BGB ist nicht nach § 491 II BGB ausgeschlossen.
 - b) Die Formerfordernisse des § 492 I 5 BGB (soweit im konkreten Fall erforderlich, vgl. § 491 III Nr. 1 BGB i.V.m. § 492 I 5 Nr. 2 BGB) wurden nach dem Sachverhalt beim Abschluss des Darlehensvertrags eingehalten. Der Darlehensvertrag ist daher nicht nach § 494 I BGB nichtig.

- II. Widerruf des Gelddarlehensvertrags durch K gem. §§ 495 I, 355 BGB?
K könnte den Gelddarlehensvertrag gem. §§ 495 I, 355 BGB widerrufen haben. Das setzt allerdings die Anwendbarkeit des § 495 I BGB im konkreten Fall voraus. Diese wäre nach § 491 III Nr. 1 BGB ausgeschlossen, wenn es sich um einen Verbraucherdar-

¹Vgl. BGH NJW 1992, 2560; BGHZ 131, 385, 388 ff.; BGHZ 133, 254, 257; *Spickhoff/Petershagen*, BB 1999, 165, 171; *von Heymann*, NJW 1999, 1577, 1582; anders die Situation bei Darlehensvermittlungsverträgen, vgl. BGH NJW 1999, 1636, 1637.

lehensvertrag handelt, bei dem die Gewährung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen erfolgt, die für grundpfandrechtl. abgesicherte Darlehensverträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind.

1. Bei dem Darlehensvertrag zwischen K und B handelt es sich um einen grundpfandrechtl. abgesicherten Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. § 491 III Nr. 1 BGB. § 491 III Nr. 1 BGB ist nach ganz h.M. auch in denjenigen Fällen anwendbar, in denen die Auszahlung des Darlehens, nicht der Kredit selbst von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird², so dass hier seine Anwendbarkeit - unabhängig von der konkreten Sachverhaltsauslegung - in jedem Fall zu bejahen ist.
2. Fraglich ist, ob dieser Vertrag zu den üblichen Bedingungen abgeschlossen wurde. Da die Finanzierung nach dem Sachverhalt insgesamt zu marktüblichen Bedingungen erfolgte, könnte allenfalls die im Sicherungsvertrag geregelte Erstreckung der Sicherungsgrundschuld auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des K gegenüber B eine unübliche Bedingung i.S.d. § 491 III Nr. 1 BGB darstellen.
 - a) Da die Erstreckung der Sicherungsgrundschuld auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des K gegenüber B in einem Formular der B erfolgte, ist zunächst zu prüfen, ob die Klausel gem. § 305c I BGB möglicherweise gar nicht Vertragsbestandteil geworden ist, denn dann könnte sie auch keine Unüblichkeit der Bedingungen begründen.
 - (1) Bei dem von B verwendeten Formular handelte es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I 1 BGB, die auch nicht i.S.d. § 305 I 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt wurden.
 - (2) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B wurden gem. § 305 II BGB in den Vertrag einbezogen. K hat das entsprechende Formular unterschrieben. Er hatte also Kenntnis von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B und erklärte sich durch seine Unterschrift mit deren Geltung einverstanden.
 - (3) Die Erstreckung der Sicherungsgrundschuld auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des K gegenüber B stellt keine überraschende Klausel i.S.d. § 305 c I BGB dar, denn K kann seine eigenen gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten gegenüber B und damit auch den jeweiligen Umfang der Sicherungsgrundschuld überblicken. Eine überraschende Klausel im Sinne dieser Vorschrift kommt auch nach der sog. „Anlass-Rechtsprechung“ des BGH³ nur dann in Betracht, wenn Schuldner und Sicherungsgeber nicht identisch sind.
 - (4) Die Klausel unterliegt daher der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB.
 - (a) Die Klausel ist nach § 307 III BGB kontrollfähig, da es sich bei der Erstreckung der Sicherungsgrundschuld auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des K gegenüber B nicht um die Vereinbarung einer Hauptleistung handelt, sondern lediglich um eine Nebenabrede im Rahmen des Sicherungsvertrags, welche die Verpflichtung des K erweitert.

²Vgl. BGH NJW 2002, 1199 f. (gegen KG WM 2001, 1859, 1860).

³Vgl. BGHZ 101, 30, 33 ff.; BGH ZIP 1997, 1229, 1230 f.

- (b) Die Klausel verstößt jedoch nicht gegen § 307 II Nr. 2 BGB, da auch im Rahmen der Inhaltskontrolle bei Personenidentität von Schuldner und Sicherungsgeber keine unangemessene Benachteiligung des Schuldners (hier: des K) angenommen werden kann. Auch insoweit bezieht sich die „Anlass-Rechtsprechung“⁴ nur auf Mehrpersonenverhältnisse und ist daher hier nicht einschlägig.

Damit ist die Klausel Vertragsbestandteil geworden.

- b) Zu klären bleibt daher die Üblichkeit der Klausel. Hierfür liefert die AGB-Kontrolle jedoch wesentliche Anhaltspunkte: Wenn eine solche Klausel sogar formularmäßig vereinbart werden kann, ist dies ein starkes Indiz für ihre Angemessenheit: Die Voraussetzungen für eine Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürften im Allgemeinen noch höher sein als diejenigen für eine „übliche“ Vereinbarung im Rahmen des § 491 III Nr. 1 BGB, die auch einzelvertraglich (und dann möglicherweise in noch restriktiverer Art als nach §§ 305 ff. BGB zulässig) erfolgen könnte. Wenn derartige Klauseln in Darlehensvertragsformularen verwendet werden dürfen, spricht dies für die Üblichkeit der Bedingung i.S.d. § 491 III Nr. 1 BGB.

Daher sind die Voraussetzungen des § 491 III Nr. 1 BGB erfüllt mit der Folge einer Unanwendbarkeit des § 495 I BGB.

3. Denkbar wäre es jedoch, § 491 III Nr.1 BGB im vorliegenden Fall mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften⁵ (auf Vorlage des BGH⁶) einschränkend auszulegen, um den Vorgaben der Haustürgeschäfts-Richtlinie (Richtlinie 85/577EWG) zu genügen⁷. Nach dem Urteil des EuGH muss auch bei Verträgen über die Gewährung grundpfandrechtlich abgesicherter Kredite, die in einer „Haustürsituation“ geschlossen wurden und dem Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-Richtlinie unterfallen, dem Verbraucher ein Widerrufsrecht im Sinne der Haustürgeschäfte-Richtlinie eingeräumt werden. Dies kann nach der für den Fall geltenden Gesetzeslage (BGB in der ab 01.01.2002 gültigen Fassung, vgl. Art. 229 § 8 I EGBGB) nur durch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 312a BGB (dazu unten A. III. 1. c [2]) oder des § 491 III Nr. 1 BGB oder beider Vorschriften gleichzeitig geschehen.

- a) Sofern man eine richtlinienkonforme Einschränkung des § 491 III Nr. 1 BGB erwägt, ist zunächst zu prüfen, ob der Wortlaut der Vorschrift eine solche überhaupt zulässt. Dies kann angesichts der klaren Formulierung des § 491 III Nr. 1 BGB bezweifelt werden - mit der Folge, dass für eine richtlinienkonforme Einschränkung des § 491 III Nr. 1 BGB in Fällen, in denen gleichzeitig ein

⁴Z.B. BGHZ 101, 30, 33 ff.; BGH ZIP 1997, 1229, 1230 f.

⁵EuGH NJW 2002, 281 - Heininger.

⁶BGH WM 2000, 26.

⁷Vgl. z.B. *Fischer*, DB 2002, 727, 730; *Reich/Rörig*, EuZW 2002, 87, 88 (beide verlangen eine kumulative richtlinienkonforme Auslegung). Dagegen stellt *Edelmann*, BKR 2002, 80, 82 in erster Linie auf eine richtlinienkonforme Auslegung des § 3 II Nr. 2 VerbrKrG ab, lehnt sie jedoch im Ergebnis ab, da er die Vorschrift als nicht auslegungsfähig ansieht.

Haustürgeschäft vorliegt, kein Raum bleibt⁸.

- b) Will man trotz des Wortlauts des § 491 III Nr. 1 BGB eine richtlinienkonforme Auslegung vornehmen (im Sinne einer teleologischen Reduktion für diejenigen Fälle, in denen der Kreditvertrag in einer Haustürsituation im Sinne der Richtlinie über Haustürgeschäfte abgeschlossen wurde und aufgrund der Richtlinie ein Widerrufsrecht nach nationalem Recht eingeräumt werden muss), ist weiter zu fragen, ob eine solche den Erfordernissen der Haustürgeschäfts-Richtlinie genügt. Dagegen könnte insbesondere sprechen, dass das Widerrufsrecht nach § 495 I BGB in Fällen wie dem vorliegenden vor allem wegen § 495 II BGB strengerer Voraussetzungen unterliegt als das Widerrufsrecht nach § 312 BGB. Damit genügt eine richtlinienkonforme Auslegung allein des § 491 III Nr. 1 BGB nicht den Erfordernissen der Richtlinie über Haustürgeschäfte und es bleibt bei der Anwendung des § 491 III Nr. 1 BGB in seiner ursprünglichen Fassung mit der Folge, dass ein Widerrufsrecht des K nach §§ 495 I, 355 BGB nicht in Betracht kommt.

(Wollte man eine richtlinienkonforme Einschränkung des § 491 III Nr. 1 BGB bejahen, wäre zu prüfen, ob das Widerrufsrecht des K nach § 495 II 1 BGB ausgeschlossen ist. Dafür wäre bereits an dieser Stelle zu untersuchen, ob § 495 II 2 i.V.m. § 358 II BGB eingreift, ob also ein verbundenes Geschäft i.S.d. § 358 III BGB vorliegt, dazu unten IV. 1. a. [1]. Bejahte man dies, müsste man vom Fortbestehen des Widerrufsrechts des K ausgehen; lehnte man ein verbundenes Geschäft dagegen ab, wäre das Widerrufsrecht des K nach § 495 II 1 BGB erloschen. Nach der - gem. Art. 229 § 8 I 1 Nr. 2 EGBGB für die Klausurlösung nicht maßgeblichen - Neufassung der §§ 491 ff. BGB erübrigt sich dieses Problem, da §§ 491 III Nr. 1 und 495 II BGB gestrichen werden [vgl. aber auch die bis zum 30.06.2004 geltende Neufassung des § 506 II, III BGB, die teilweise an die Stelle des alten § 495 II BGB tritt]. Dies ist jedoch als zusätzliches Argument für eine richtlinienkonforme Einschränkung im vorliegenden Fall nicht tauglich, soweit man nicht zugleich § 495 II BGB „ausschaltet“, was unter Berufung auf die Richtlinie über Haustürgeschäfte problematisch erscheint. Auch dies spricht im übrigen gegen eine Lösung durch richtlinienkonforme Auslegung des § 491 III Nr. 1 BGB, denn diese *allein* kann in keinem Fall den europarechtlichen Anforderungen genügen.)

III. Widerruf des Darlehensvertrags durch K nach §§ 312 I 1, 355 BGB?

1. K könnte den Darlehensvertrag jedoch möglicherweise nach §§ 312 I 1, 355 BGB widerrufen.
- a) Der persönliche Anwendungsbereich des § 312 BGB ist eröffnet, da es sich bei dem Darlehensvertrag um einen Vertrag zwischen einer Unternehmerin (B) und einem Verbraucher (K) i.S.d. §§ 312 I 1, 13, 14 BGB handelt (s.o. A. I. 2. a).
- b) Weiterhin muss der sachliche Anwendungsbereich des § 312 BGB eröffnet sein, d.h. bei dem Darlehensvertrag muss es sich um ein Haustürgeschäft i.S.d. § 312 I 1 BGB handeln.
- (1) Vertragsgegenstand i.S.d. § 312 I 1 BGB ist eine entgeltliche Leistung,

⁸So z.B. *Edelmann*, BKR 2002, 80, 82.

- nämlich die Gewährung eines verzinslichen Darlehens.
- (2) Beim Abschluss des Darlehensvertrags handelt es sich um ein Haustürgeschäft i.S.d. § 312 I 1 Nr. 1 BGB: Der Darlehensvertrag wurde in Folge mündlicher Verhandlungen im Bereich der Privatwohnung des K geschlossen.
 - (3) Fraglich ist, ob das Widerrufsrecht des K nach § 312 III Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist, weil dem Besuch des A eine telefonische Anmeldung vorausging. Jedoch lässt schon der Wortlaut des § 312 III Nr. 1 BGB an einer solchen Möglichkeit zweifeln, denn ein Anruf *des A* kann kaum als vorhergehende Bestellung *des K* interpretiert werden. Zudem kann auch bei einer unerbetenen telefonischen Anfrage Überrumpelungsgefahr bestehen; daher ist das Widerrufsrecht des Kunden nicht ausgeschlossen, wenn er in einem solchen Telefongespräch einem Hausbesuch zugestimmt hat⁹. Selbst wenn K also im Telefongespräch dem Besuch des A zugestimmt hat (und selbst wenn A ihn dabei über den Grund seines geplanten Besuchs informiert hat), schließt dies das Widerrufsrecht nach § 312 I 1 i.V.m. § 355 BGB nicht aus.
 - (4) Das Widerrufsrecht des K ist auch nicht nach § 312 III Nr. 3 BGB ausgeschlossen, denn eine notarielle Beurkundung erfolgte nur im Hinblick auf den Kaufvertrag (vgl. § 311b I BGB), nicht auch für den Darlehensvertrag¹⁰.
 - (5) Weiterhin müsste das Tätigwerden des A in einer derartigen „Haustürsituation“ B zuzurechnen sein. Fraglich ist hier, aufgrund welcher Norm eine solche Zurechnung erfolgen kann.
 - (a) Teilweise wird eine entsprechende Anwendung des § 123 II 1 BGB befürwortet¹¹. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift wären im vorliegenden Fall erfüllt, weil B laut Sachverhalt volle Kenntnis von den Geschäftspraktiken des A hatte. Eine Zurechnung nach § 123 II 1 BGB wäre also möglich.
 - (b) Näherliegend erscheint allerdings eine analoge Anwendung des § 166 I BGB für die hier zu klärende Frage der Wissenszurechnung¹². Auch die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind vorliegend erfüllt, da A die Finanzierungsverträge nach dem Sachverhalt „für“ B angebahnt hat (dass er gleichzeitig auch für V tätig wurde, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle).

⁹Vgl. insb. BGHZ 109, 127, 134 ff.; BGH NJW 1996, 55, 56 f.; *Klingsporn*, NJW 1997, 1546 ff. m.w.N. (auch zur Gegenansicht).

¹⁰Vereinzelt wird auch vertreten, die Vorschrift finde bei Bauherren- und Erwerbermodellen keine Anwendung, vgl. *Stüsser*, NJW 1999, 1586, 1589 (zu § 1 II Nr. 3 HWiG) m.w.N.

¹¹Z.B. OLG Oldenburg, Urteil vom 12.06.2002, Az. 2 U 65/02; OLG Stuttgart ZIP 1999, 2005, 2007 m.w.N., auch zur Gegenansicht.

¹²Vgl. dazu insb. BGHZ 117, 104, 106 ff.

In jedem Fall kann also das Handeln des A der B zugerechnet werden¹³ mit der Folge, dass ein Haustürgeschäft i.S.d. § 312 I 1 Nr. 1 BGB vorlag.

- c) Das wegen des Vorliegens der Voraussetzungen des § 312 I 1 BGB grundsätzlich gegebene Widerrufsrecht des K könnte jedoch nach § 312a BGB ausgeschlossen sein, weil es hier um einen Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. §§ 491 ff. BGB geht. Nach dem Wortlaut des § 312a BGB sind §§ 491 ff. BGB vorrangig anwendbar. Für ein Haustürgeschäft, das zugleich den Regeln über Verbraucherdarlehensverträge oder Finanzierungshilfen i.S.d. §§ 491 ff. BGB unterfällt, kommt also gem. § 312a BGB ein Widerrufsrecht nach § 312 I 1 i.V.m. § 355 BGB nicht in Betracht. Sofern aber - wie im vorliegenden Fall - das Widerrufsrecht für Verbraucherdarlehen (§§ 495 I, 355 BGB) nach § 491 III Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist, stellt sich hier wiederum die Frage der Europarechtskonformität der §§ 312a, 491 III Nr. 1 BGB in ihrem Zusammenspiel. Nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Heininger*¹⁴ muss für derartige Fälle dem Verbraucher ein Widerrufsrecht im Sinne der Haustürgeschäfte-Richtlinie eingeräumt werden. Dies kann nach der für den Fall geltenden Gesetzeslage nur durch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 312a BGB oder des § 491 III Nr. 1 BGB (dazu bereits oben A. II. 3.) oder beider Vorschriften gleichzeitig geschehen. Im Rahmen des § 312a BGB bieten sich dabei wiederum mehrere Lösungswege an.

- (1) Zunächst könnte die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 312a BGB abgelehnt werden, da der Wortlaut der Vorschrift sie nicht zulasse¹⁵. Dafür kann auch angeführt werden, dass durch eine bloße *Auslegung* des § 312a BGB keine Richtlinienkonformität herbeigeführt werden kann, sondern allenfalls durch eine teleologische Reduktion der Vorschrift¹⁶. § 312 BGB wird nach dieser Ansicht immer dann verdrängt, wenn der Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB eröffnet ist.

- (a) Aus der Europarechtswidrigkeit des daraus folgenden Ergebnisses sind nach ganz h.M. für das Verhältnis zwischen B und K keine weiteren Folgerungen zu ziehen. Zwar ist die Bundesre-

¹³Anders dagegen die Situation bei OLG München WM 2000, 1336, 1340, wo die Bank sich die Haustürsituation zu eigen gemacht und selbst mit dem Darlehensnehmer keine Vertragsverhandlungen geführt hatte.

¹⁴EuGH NJW 2002, 281.

¹⁵So die bisher wohl h.M., vgl. z.B. LG München I WM 1998, 1723, 1724; OLG München WM 1999, 728, 729; BGH WM 2000, 26, 27 m.w.N. aus der älteren Lit.; zur Situation nach „*Heininger*“ insb. LG München I WM 2002, 285, 287; OLG Bamberg WM 2002, 537, 545; *Sauer*, BB 2002, 431, 432; *Hochleitner/Wolf/Großrichter*, WM 2002, 529, 531 ff.; *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253, 257 f.; *Edelmann*, BKR 2002, 80, 81 f.; *von Heymann/Anertzok*, BKR 2002, 234, 235; *Piekenbrock/Schulze*, WM 2002, 523, 524 ff. m.w.N., auch zur Gegenmeinung; stärker differenzierend *Kulke*, ZBB 2002, 33, 45 ff.

¹⁶Zu Methodenfragen der richtlinienkonformen Auslegung insb. *Hochleitner/Wolf/Großrichter*, WM 2002, 529, 531 ff.; *Piekenbrock/Schulze*, WM 2002, 521, 523 ff.; *Ulmer*, ZIP 2002, 1080, 1081.

publik Deutschland nach Artt. 249 III, 10 EG zur korrekten und vollständigen Umsetzung der Richtlinie verpflichtet. Bei nicht korrekter oder nicht vollständiger Umsetzung kommen jedoch lediglich Staatshaftungsansprüche des Betroffenen gegen die Bundesrepublik Deutschland nach der *Frankovich*-Rechtsprechung des EuGH in Betracht¹⁷, nicht aber horizontale Auswirkungen der Haustürgeschäfte-Richtlinie im Verhältnis zwischen den Beteiligten¹⁸.

- (b) Nur ganz vereinzelt wird eine horizontale Drittwirkung der Richtlinie in Fällen wie dem vorliegenden angenommen mit der Folge, dass § 312a nicht zur Anwendung kommt¹⁹
- (2) Entscheidet man sich dagegen für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 312a BGB²⁰, ist weiter zu erörtern, in welcher Weise diese vorzunehmen ist.
 - (a) Man könnte zunächst erwägen, § 312a BGB dahingehend richtlinienkonform zu interpretieren, dass § 312 I BGB durch §§ 491 ff. BGB nur dann verdrängt wird, wenn §§ 491 ff. BGB vollständig anwendbar sind, insbesondere also auch das Widerrufsrecht nach § 495 I BGB nicht gem. § 491 III Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist²¹. Im vorliegenden Fall wäre dann eine solche richtlinienkonforme einschränkende Auslegung des § 312a BGB vorzunehmen.
 - (b) Noch weitergehend könnte man annehmen, dass § 312a BGB nur eingreift, wenn §§ 491 ff. BGB einen gleich effektiven Schutz bieten wie § 312 BGB²². Da dies im vorliegenden Sachverhalt nicht der Fall ist, wäre auch insofern von einer richtlinienkonforme einschränkende Auslegung des § 312a BGB auszugehen.

Der Unterschied in der Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung

¹⁷Grundlegend EuGH, Slg. 1991, I-5357 - *Frankovich*.

¹⁸Vgl. insb. EuGH, Slg. 1990, I-4156 - *Marleasing*; EuGH, Slg. 1994, I-3325 - *Faccini Dori* (zur Richtlinie über Haustürgeschäfte); *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253, 256 m.w.N.

¹⁹Vgl. insb. *Hoffmann*, ZIP 2002, 145, 151 f. (zu § 355 III 1 BGB) m.w.N.; etwas anders die Argumentation bei *Reich/Rörig*, EuZW 2002, 87, 88 f. (§ 312a BGB wird durch § 312 BGB verdrängt, „indirekte horizontale Drittwirkung“).

²⁰So z.B. BGH ZIP 2002, 1075, 1077 ff.; BGH BKR 2002, 579, 580; OLG München WM 2000, 1336, 1338; OLG Oldenburg, Urt. vom 12.06.2002, Az. 2 U 65/02; *Pfeiffer*, EWiR 2002, 261, 262; *Staudinger*, NJW 2002, 653, 655; *Kulke*, EWiR 2002, 387, 388; *Lange*, EWiR 2002, 523, 524; ähnlich *Frisch*, BKR 2002, 84, 85 f.; *Rohe*, BKR 2002, 575, 576; *Fischer*, DB 2002, 727, 729; *ders.*, DB 2002, 1266.

²¹Vgl. z.B. BGH ZIP 2002, 1075, 1077 ff.; BGH BKR 2002, 579, 580; OLG München WM 2000, 1336, 1338; OLG Oldenburg, Urt. vom 12.06.2002, Az. 2 U 65/02; *Pfeiffer*, EWiR 2002, 261, 262; ähnlich *Frisch*, BKR 2002, 84, 85 f.

²²Eine solche Auslegung wurde vom BGH ZIP 2002, 1075, 1077 ff., für möglich gehalten. Vgl. weiterhin *Rohe*, BKR 2002, 575, 576; *Fischer*, DB 2002, 727, 729 sowie die Nachweise in BGHW 2000, 26 ff. zur älteren Lit.

wirkt sich also im vorliegenden Fall nicht aus. Sofern man die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Einschränkung des § 312a BGB überhaupt bejaht, ist eine solche teleologische Reduktion hier auch vorzunehmen mit der Folge, dass das Widerrufsrecht des K nach § 312 I 1 i.V.m. § 355 BGB erhalten bleibt.

2. Eine Widerrufserklärung i.S.d. § 355 I BGB ist in dem Schreiben des K an B vom 01.07.2002 zu sehen.
 3. Der Widerruf des K erfolgte auch fristgemäß i.S.d. § 355 I 1, III 1 BGB. Da der Sachverhalt keine Angaben über eine Belehrung des K über sein Widerrufsrecht enthält (anders als im Hinblick auf die Belehrung nach § 492 I 5 BGB), ist davon auszugehen, dass er nicht nach § 312 II BGB belehrt wurde und daher die Sechsmonatsfrist des § 357 III 1 BGB gilt, die vorliegend noch nicht abgelaufen ist (Abschluss des Darlehensvertrags am 02.01.2002, Widerrufserklärung vom 01.07.2002, §§ 187 I, 188 II, 1. Alt. BGB). Das Widerrufsrecht des K ist daher nicht nach § 357 III 1 BGB erloschen (die Europarechtskonformität der in § 355 III BGB enthaltenen Frist ist also für die Lösung dieses Falles nicht relevant, da die Frist gewahrt wurde). (Sofern in der Literatur für entsprechende Fälle die Einhaltung sogar der zweiwöchigen Widerrufsfrist erörtert wird, weil noch nicht alle Leistungen aus dem Darlehensvertrag vollständig erbracht sind, bezieht sich dies auf § 2 I 4 HWiG in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung. Da eine entsprechende Bestimmung in § 357 I BGB nicht enthalten ist, sind diese Erörterungen auf die für den vorliegenden Fall maßgebliche Gesetzeslage nicht übertragbar.)
- IV. Aufgrund der Ausübung des Widerrufsrechts ist der zwischen K und B geschlossene Darlehensvertrag rückabzuwickeln. Gem. § 357 I i.V.m. §§ 346 I, 348 BGB sind die empfangenen Leistungen Zug um Zug zurückzugewähren. Das bedeutet für den vorliegenden Fall im Einzelnen: B muss an K die 1.485,-- € Darlehenszinsen zurückzahlen. K müsste eigentlich die Darlehenssumme (90.000,-- €) an B zurückzahlen. Diese hat jedoch von vornherein nicht er, sondern V erhalten. Die Rückzahlungspflicht des K gegenüber B könnte deswegen aus verschiedenen Gründen modifiziert sein:
1. Wenn es sich bei Kauf- und Darlehensvertrag um ein verbundenes Geschäft i.S.d. § 358 III 1 BGB handelte, könnte K möglicherweise die Rückzahlung des Darlehens auch gegenüber B nach § 359 S. 1 BGB verweigern.
 - a) Zu prüfen ist also zunächst das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts i.S.d. § 358 III 1 BGB.
 - (1) Man könnte allerdings bereits die Anwendbarkeit des § 358 III 1 BGB im vorliegenden Fall ablehnen.
 - (a) Zum einen könnte der Einwendungsdurchgriff nach § 491 III Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist, weil es sich bei dem Darlehen (zugleich) um ein grundpfandrechtl. gesichertes Verbraucherdarlehen handelt. Ein solcher Ausschluss scheitert nicht an europarechtlichen Vorgaben, denn der Einwendungsdurchgriff im Rahmen eines Widerrufs nach §§ 312 I 1, 355 BGB beruht nicht auf der Richtlinie über Haustürgeschäfte. Daher ist zu fragen, ob der Gesetzeszweck des § 491 III Nr. 1 BGB so weit reicht, dass er sich auch gegenüber dem Zweck des Widerrufsrechts nach § 312 I 1 BGB durchsetzt. Hinter § 491 III Nr. 1 BGB steht der Gedanke, dass bei Realkreditverträgen die Einräumung einer Wider-

rufsmöglichkeit nicht passend sei, weil dem Realkreditkunden die angenommene günstige Verzinsung wegen der taggenauen Refinanzierung von Realkrediten erhalten werden sollte²³. Dieses Argument verliert allerdings an Stärke, wenn man aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung des § 312a (ggf. i.V.m. § 491 III Nr. 1) BGB einen Widerruf des Realkreditvertrags zugelassen hat. Zudem dient das Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte einem anderen Zweck (situativer Schutz) als dasjenige für Verbraucherkredite nach § 495 I BGB²⁴. Daher erscheint es hier vertretbar, keinen Ausschluss des Einwendungsdurchgriffs nach §§ 358, 359 BGB wegen des Widerrufsrechts nach § 312 I 1 BGB durch § 491 III Nr. 1 BGB anzunehmen²⁵ (a.A. jedoch ebenfalls vertretbar).

- (b) Sofern man § 491 III Nr. 1 BGB nicht durchgreifen lässt, ist zu fragen, ob § 358 BGB überhaupt auf Haustürgeschäfte Anwendung findet. § 358 BGB fasst die bisherigen Vorschriften über verbundene Geschäfte in §§ 9 I, II VerbrKrG, § 4 FernAbsG und § 6 TzWrG zusammen. Dagegen war für den Widerruf nach dem HWiG bislang gerade kein Einwendungsdurchgriff im HWiG vorgesehen; in Betracht kam allenfalls ein Rückgriff auf § 242 BGB in besonderen Fällen²⁶ oder eine Analogie zu § 9 II VerbrKrG. An der bisherigen Rechtslage sollte nach dem Willen des Gesetzgebers durch die Zusammenfassung in § 358 BGB nichts geändert werden²⁷. Sowohl dies als auch die Tatsache, dass in § 312 BGB nur §§ 355 - 357 BGB zitiert werden, spricht gegen eine Anwendung der Regelung auf Haustürgeschäfte, sofern nicht gleichzeitig ein Widerrufsrecht nach anderen Regeln (wie

²³Z.B. *Habersack*, WM 2000, 981, 982 f. u. 989; BGH WM 2000, 26, 27; OLG München WM 2000, 1336, 1338 m.N.- Dagegen aber z.B. *Kulke*, ZBB 2002, 33, 41 f.; *Hoffmann*, ZIP 2002, 1066, 1070.

²⁴Vgl. - zu den unterschiedlichen Schutzzwecken der zugrundeliegenden Richtlinien - insb. *Hoffmann*, ZIP 2002, 145, 146; *Piekenbrock/Schulze*, WM 2002, 521, 521 f.; *Fischer*, DB 2002, 727, 729; *Reich/Rörig*, EuZW 2002, 87; *Staudinger*, NJW 2002, 653, 654; OLG München WM 2002, 1336, 1338 f.; allgemein (auch zum nationalen Recht) *Kulke*, ZBB 2002, 33, 40.- A.A. aber BGH WM 2000, 26, 28.

²⁵So z.B. *Fischer*, DB 2002, 1266, 1267; *Hoffmann*, ZIP 2002, 1066, 1069 ff.; OLG Stuttgart ZIP 1999, 2005, 2006.

²⁶Dazu z.B. BGH WM 2000, 1287, 1288 (i.E. abgelehnt); LG München I WM 2002, 285, 287 (i.E. abgelehnt). Dagegen wird in der Rspr. zum Beitritt zu einem Immobilienfonds vielfach angenommen, der Widerruf des Darlehensvertrags führe auch zur Unwirksamkeit des finanzierten Geschäfts vgl. nur BGH NJW 1996, 3414, 3415 f.; BGH NJW 1996, 3416, 3417; OLG Stuttgart WM 1999, 2305, 23310; OLG Stuttgart ZIP 2001, 322, 325 f.

²⁷Regierungsbegründung zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drs.- 14/6040, S. 200.

z.B. nach § 495 I BGB) gegeben ist²⁸. Andererseits ließe sich anhand der Gesetzssystematik argumentieren, § 358 BGB stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit den auf Haustürgeschäfte anwendbaren §§ 355 - 357 BGB unter der einheitlichen Überschrift „Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen“, so dass diese Sonderregelung über die Durchführung der Rückabwicklung auch bei Haustürgeschäften anwendbar wäre, sofern die übrigen Voraussetzungen der Vorschrift gegeben sind, also insbesondere einer der beiden Verträge ein Verbraucherdarlehensvertrag ist.- Beide Auffassungen erscheinen vertretbar. Geht man davon aus, dass § 358 BGB auf Haustürgeschäfte anwendbar ist, muss weiter geprüft werden wie folgt:

(2) Das Darlehen dient ganz der Finanzierung des Kaufvertrags. Fraglich ist allerdings, ob ein Immobilienkauf als „Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung“ i.S.d. § 358 III 1 BGB angesehen werden kann. Auch wenn die Vorschrift in erster Linie auf andere Verträge abzielt, ist eine derartige Auslegung doch nicht ausgeschlossen²⁹ und daher hier vertretbar (ebenso aber auch die Gegenansicht).

(3) Fraglich ist, ob zwischen Darlehen und Kaufvertrag eine wirtschaftliche Einheit i.S.d. § 358 III 1, 2 BGB besteht, ob B sich also bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrags mit K der Mitwirkung des V bedient hat.

Gegen das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts könnte zunächst sprechen, dass beim Immobilienerwerb auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie weiß, dass Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind³⁰. Zudem handelt es sich bei derartigen Verträgen meist um Steuersparmodelle, bei denen eine Trennung von Finanzierungs- und Erwerbsgeschäft für die Steuerersparnis gerade konstitutiv ist³¹. Ein Einwendungsdurchgriff (insbesondere auf der Grundlage von § 242 BGB) wurde bislang meist nur zugelassen, wenn sich der Darlehensgeber nicht mit seiner Finanzierungsrolle begnügte, sondern Funktionen des Verkäufers im Zusammenhang mit diesem in einer Art und Weise und einem Umfang wahrnahm, dass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit des Darlehensvertrags gegen Treu und Glauben verstieß³².

²⁸So i.E. auch (zu § 9 VerbrKrG) BGH BKR 2002, 579, 580; *Edelmann*, BKR 2002, 80, 83.

²⁹Vgl. auch *Hoffmann*, ZIP 1066, 1071 m.w.N., auch zur Gegenmeinung.

³⁰So z.B. BGH ZIP 1996, 1075, 1080; BGH WM 2000, 1287, 1288; weiterhin z.B. OLG Hamm WM 1999, 1056, 1057; *Rohe*, BKR 2002, 575, 577.

³¹Vgl. z.B. *Horn/Balzer*, WM 2000, 333, 337; *Stickelbrock*, ZGS 2002, 225, 229; kritisch aber insoweit *Staudinger*, ZGS 2002, 136, 137.

³²Vgl. z.B. BGH WM 2000, 1287, 1288; LG München I WM 2002, 285, 287; *Bruchner*, WM 1999, 825, 826 f.; *Felke*, MDR 2002, 226, 227 f.; *Rohe*, BKR 2002, 575, 577 f. (teilweise

Weil A für V und B gehandelt hat und bei seinem Hausbesuch bereits den Abschluss des Darlehensvertrags zu Zwecken der Kaufpreisfinanzierung vermittelte, erscheint es allerdings auch vertretbar anzunehmen, B habe sich bei der Vorbereitung des Darlehensvertrags der Mitwirkung des Verkäufers (bzw. hier seines Vertreters A) bedient. Dass der Vertreter des Verkäufers zugleich auch für B den Darlehensvertrag abschloss, spricht nicht gegen, sondern sogar noch stärker für ein verbundenes Geschäft i.S.d. § 358 III 1 BGB. Weiterhin kann auch die unmittelbare Überweisung der Darlehenssumme von B an V für das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts sprechen³³.- Auch aus der neuesten Gesetzgebungsentwicklung lässt sich u.U. ein Argument für die Annahme eines verbundenen Geschäfts ableiten: Die - für die Klausurlösung gem. Art. 229 § 8 I 1 Nr. 1 EGBGB noch nicht anwendbare - Neufassung des § 358 III BGB unterstellt die Annahme eines verbundenen Geschäfts im Verhältnis zwischen Kreditvertrag und Immobilienerwerb strengen Voraussetzungen: Ein verbundenes Geschäft soll danach nur noch anzunehmen sein, wenn die Bank „über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus“ den Grundstückskauf durch „Zusammenwirken mit dem Unternehmer fördert“ und dabei sich „dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt oder den Veräußerer einseitig begünstigt“. Wenn eine solche Einschränkung des § 358 III BGB für Immobilienanlagemodelle für erforderlich gehalten wird, kann daraus der Rückschluss gezogen werden, dass nach der bisherigen Fassung des § 358 III BGB die Annahme eines verbundenen Geschäfts in derartigen Fällen denkbar und vertretbar war - sofern man seine Anwendbarkeit trotz § 491 III Nr. 1 BGB bejaht (dazu oben A. IV. 1. a [1] [a])³⁴.- Schließlich könnte für die Annahme eines verbundenen Geschäfts auch eine Parallele zur Rechtsprechung zum Beitritt zu einer Fonds-Gesellschaft im Wege des Haustürgeschäfts³⁵ sprechen³⁶. Daher erscheint sowohl die Annahme eines verbundenen Geschäfts³⁷ als

differenzierend).

³³Dazu insb. OLG Oldenburg, Urt. vom 12.06.2002, Az. 2 U 65/02.

³⁴Der Gesetzgeber ging hingegen davon aus, dass § 358 III BGB bisher wegen § 491 III Nr. 1 BGB unanwendbar war, vgl. ZIP 2002, 1104 f.

³⁵Vgl. z.B. BGH NJW 1996, 3414, 3415 f.; BGH NJW 1996, 3416, 3417; OLG Stuttgart WM 1999, 2305, 2310; OLG Stuttgart ZIP 2001, 322, 325 f.; OLG Karlsruhe BKR 2002, 593, 596. Gegen diese Rspr. aber *Horn/Balzer*, WM 2000, 333, 337.

³⁶Vgl. z.B. OLG Stuttgart NZG 1999, 899; *Stüsser*, NJW 1999, 1586, 1590; *Hoffmann*, ZIP 2002, 1066, 1068 ff.- Ablehnend allerdings BGH ZIP 1996, 1075, 1080; *Wagner*, NZG 1999, 899, 900; *Horn/Balzer*, WM 2000, 333, 337; *Edelmann*, BKR 2002, 80, 83.

³⁷Für die Annahme eines verbundenen Geschäfts und einen Einwendungsdurchgriff in derartigen Fällen auch z.B. OLG Stuttgart NZG 1999, 899; OLG Stuttgart ZIP 1999, 2005, 2008 f.; OLG Oldenburg, Urt. vom 12.06.2002, Az. 2 U 65/02; *Spickhoff/Petershagen*, BB 1999, 165, 170 f.; *Staudinger*, ZGS 2002, 136, 137 (zu § 242 BGB); *Kulke*, ZBB 2002, 33, 48; *ders.*, EWiR

auch seine Ablehnung³⁸ vertretbar. Bejaht man die Voraussetzungen des § 358 III BGB ist weiter zu prüfen:

- b) Der Einwendungsdurchgriff könnte noch aus einem weiteren Grund ausgeschlossen sein: Vor dem Inkrafttreten von HWiG und VerbrKrG hat die Rechtsprechung angenommen, Besserverdienende hätten bei steuersparenden Kapitalanlagen ein eingeschränktes Schutzbedürfnis, so dass der Einwendungsdurchgriff ausgeschlossen sein könnte³⁹. Angesichts des hinter § 312 BGB stehenden gesetzgeberischen Zwecks („Schutz vor Überrumpelung in Haustürsituationen“) erscheint eine derartige Auffassung aber heute kaum noch haltbar und ist von der Rechtsprechung auch aufgegeben worden⁴⁰.
 - c) Hat man das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts i.S.d. § 358 III BGB bejaht, ist als nächstes zu prüfen, ob K ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber V (dieser ist Unternehmer i.S.d. §§ 359 S. 1, 14 BGB) zusteht. K kann gem. §§ 437 Nr. 2, 1. Alt., 440, 323 BGB wegen der Mängel der Wohnung (§ 434 I BGB) vom Kaufvertrag zurücktreten und in der Folge Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübereignung der Wohnung verlangen. Er muss auch nicht erst den erfolglosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist abwarten, weil wegen der Auflösung von V eine Nacherfüllung unmöglich i.S.d. § 275 I ist. Daher ist ein Einwendungsdurchgriff auch nicht nach § 359 S. 3 BGB ausgeschlossen.
 - d) Weiterhin ist die Bagatellgrenze des § 359 S. 2, 1. Alt. BGB (200,-- €) überschritten, und die Einwendung beruht auch nicht auf einer zwischen V und K nach Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags vereinbarten Vertragsänderung, § 359 S. 2, 2. Alt. BGB.
 - e) Hat man die Voraussetzungen des Einwendungsdurchgriffs bejaht, kann K die Rückzahlung der Darlehenssumme in Höhe von 90.000,-- € an B verweigern. Er muss allerdings gem. § 348 BGB seinerseits B die Rückübereignung der Wohnung anbieten, da B gem. § 358 IV 2 BGB in die Rechte und Pflichten des V eintritt.- Ein Nutzungsentgelt für das Darlehen nach § 346 I, letzter Hs. BGB (z.B. in Höhe des marktüblichen Zinses) muss K nicht an B zahlen, da er letztlich (wegen der Wertlosigkeit der Wohnung) keinen Nutzen von dem Darlehen hatte.
2. K könnte gegenüber dem Rückzahlungsanspruch der B auch gem. § 274 I BGB ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, bis sein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld aus dem Sicherungsvertrag (§ 311 I BGB) erfüllt wird.
- a) Dazu müsste ein Anspruch des K auf Rückgewähr der Grundschuld aus dem Sicherungsvertrag bestehen. Im Sicherungsvertrag ist ein derartiger Anspruch für den Fall der Rückzahlung der gesicherten Forderung (wie hier vorliegend) vorgesehen. Der Sicherungsvertrag wird auch von dem Widerruf des Darlehensvertrags durch K gegenüber B nicht automatisch mit erfasst, so dass der aus ihm

2002, 387, 388; *Hoffmann*, ZIP 2002, 1066, 1067 ff.; *Fischer*, DB 2002, 1266, 1267.

³⁸So z.B. BGH ZIP 2002, 1075, 1080; BGH WM 2000, 1287, 1288; *Horn/Balzer*, WM 2000, 333, 337.

³⁹BGH NJW 1981, 389, 391; BGHZ 93, 264, 268.

⁴⁰Vgl. BGH NJW 1996, 3414, 3416 m.w.N.; OLG Stuttgart, NZG 1999, 899; OLG Stuttgart ZIP 1999, 2005, 2006.

- folgende Rückgewähranspruch nicht nach § 312 I 1 BGB erloschen ist.
- b) Dieser Rückgewähranspruch des K beruht auch auf demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem der Rückzahlungsanspruch der B gegenüber K beruht, denn Darlehens- und Sicherungsvertrag wurden beide im Zusammenhang miteinander abgeschlossen (die Sicherung durch die Grundschuld war Voraussetzung für die Gewährung oder zumindest die Auszahlung des Darlehens).
 - c) Der Rückgewähranspruch des K ist auch fällig (Fälligkeit Zug um Zug gegen Rückzahlung des Darlehens genügt im Rahmen des § 273 BGB).
 - d) K muss sein Zurückbehaltungsrecht gegenüber B geltend machen. Tut er dies, kann er die Rückzahlung der Darlehenssumme bis zur Rückgewähr der Grundschuld verweigern.
 - e) Die Pflicht der B zur Rückgewähr der Grundschuld könnte jedoch nach § 275 I BGB erloschen sein, wenn B nicht mehr Inhaberin der Grundschuld wäre, wenn sie also die Grundschuld wirksam auf S übertragen hätte.
 - (1) Die hierfür erforderliche Einigung zwischen B und S musste gem. §§ 1192, 1154 I BGB durch schriftliche Abtretungserklärung erfolgen. Da vorliegend eine notariell beglaubigte Urkunde erstellt wurde, ist diese Voraussetzung erfüllt.
 - (2) Auch die gem. §§ 1192, 1154 I, 1117 I BGB erforderliche Briefübergabe von B an S ist laut Sachverhalt erfolgt.
 - (3) Im Zeitpunkt der Briefübergabe bestand die Einigung zwischen B und S auch noch fort („Einigsein“).
 - (4) B war zur Übertragung der Grundschuld berechtigt, wenn sie im Zeitpunkt der Übertragung Inhaberin der Grundschuld war. Dies setzt eine wirksame Grundschuldbestellung zu ihren Gunsten voraus.
 - (a) Eine Einigung zwischen B und K i.S.d. § 873 I BGB über die Bestellung der Grundschuld ist erfolgt. Auch diese Einigung wird von den Widerrufserklärungen, die K gegenüber B und S abgegeben hat, nicht berührt: Ein Widerruf nach §§ 495 I, 355 BGB kommt nicht in Betracht, da die Grundschuldbestellung weder ein Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. § 491 BGB noch ein ihm gleichstehendes Geschäft ist. Auch §§ 312 I 1, 355 BGB greifen nicht ein, da es sich bei der Grundschuldbestellung nicht mehr um ein im Rahmen des Hausbesuchs des A angebahntes Geschäft handelt und § 312 I BGB hier wegen § 312 III Nr. 3 BGB nicht anwendbar ist.
 - (b) Es wurde auch gem. §§ 1192 I, 1116, 1117 BGB ein Grundschuldbrief erteilt und an B übergeben.
 - (c) Die Bestellung der Grundschuld wurde gem. §§ 1192 I, 1115, 873 BGB im Grundbuch eingetragen.
 - (d) Die Einigung zwischen V (vertreten durch K) und B bestand auch im Zeitpunkt der Entstehung der Grundschuld (letzter wirksamkeitsbegründender Akt, hier wohl Eintragung im Grundbuch) noch fort („Einigsein“).
 - (e) Berechtigt zur Bestellung der Grundschuld ist grundsätzlich der Eigentümer des belasteten Objekts, hier also V, der im Zeitpunkt der Bestellung der Grundschuld noch Eigentümer der Wohnung

war. V hat jedoch K zur Belastung der Wohnung bevollmächtigt (§ 167 I, 1. Alt. BGB), so dass K zur Bestellung der Grundschuld für B berechtigt war, § 164 I 1 BGB (Anhaltspunkte dafür, dass die Belastung der Wohnung den von V gesetzten Rahmen von 90.000,- € überschritt, liegen nicht vor).

Die Grundschuld wurde daher wirksam zugunsten der B bestellt. B war folglich zur Übertragung auf S berechtigt (die Existenz bzw. Wirksamkeit der gesicherten Forderung ist für das [Fort-] Bestehen einer Sicherungsgrundschuld gerade nicht erforderlich).

Daher ist B nach § 275 I BGB auf den ersten Blick von ihrer Verpflichtung zur Rückübertragung der Grundschuld frei geworden. Allerdings ist in den Fällen subjektiver Unmöglichkeit fraglich, ob tatsächlich § 275 I BGB eingreift oder ob B nicht vielmehr verpflichtet ist, sich die Grundschuld von S wieder zu beschaffen und nur dann ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 II BGB gegenüber K geltend machen kann, wenn ihr Aufwand für die Wiederbeschaffung der Grundschuld in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des K steht (wofür hier keine Anhaltspunkte vorliegen). Für die erste Betrachtungsweise spricht, dass der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform eine Gleichbehandlung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit beabsichtigte⁴¹, für die zweite, dass andernfalls die dem Schuldner durch § 275 II, III BGB eingeräumte Möglichkeit, seine Leistung doch zu erbringen, ausgeschaltet würde⁴². Beide Ansichten erscheinen daher vertretbar; nach der ersten hätte K gegenüber B kein Zurückbehaltungsrecht bezüglich der Darlehensvaluta, nach der zweiten bestünde dagegen ein solches Zurückbehaltungsrecht.

3. Schließlich könnte K gegenüber dem Rückzahlungsanspruch der B möglicherweise auch mit einem Anspruch gegen B auf Freistellung von seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag mit V aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB aufrechnen mit der Folge, dass der Anspruch der B auf Rückzahlung der Darlehensvaluta gem. § 389 BGB ganz oder teilweise erlöschen würde.

a) K müsste dann gegenüber B ein Schadensersatzanspruch aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB zustehen.

(Ein Anspruch aus §§ 311 III, 241 II, 280 I BGB kommt dagegen nicht in Betracht, weil B gegenüber K nicht in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen und dadurch den Vertragsschluss erheblich beeinflusst hat [§ 311 III 2 BGB]: A ist für V und B aufgetreten, und es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass er gerade im Namen von B *besonderes* Vertrauen in *deren* Sachkunde in bezug auf den Erwerb der Wohnung erweckt und gerade dadurch den Abschluss des Kaufvertrags erheblich beeinflusst hat.)

(1) Ein Schuldverhältnis i.S.d. § 311 II (Nr. 2 oder Nr. 1) BGB zwischen K und B kann in der Anbahnung des Kreditvertrags gesehen werden. Dabei wurde A für B tätig, so dass das Schuldverhältnis zwischen K und B entstand. Man könnte allerdings argumentieren, dass im Falle des späte-

⁴¹Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 128.

⁴²Vgl. insb. Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, § 2 Rn. 14.

ren Zustandekommens des angebahnten Vertrags Ansprüche aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB ausgeschlossen sind, weil insoweit die vertraglichen Ansprüche vorrangig sind. Bei einer möglicherweise unterlassenen Aufklärung über die Risiken der Darlehensverwendung kann es sich jedoch nur um die Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag i.S.d. § 241 II BGB handeln. Daher kommt es letztlich nicht darauf an, ob der Darlehensvertrag vor oder nach der Unterlassung, die K möglicherweise zum Abschluss des Kaufvertrags veranlasste, geschlossen wurde: Im ersten Fall kommt ein Anspruch aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB in Betracht, im zweiten ein solcher wegen Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag unmittelbar aus §§ 280 I, 241 II BGB (mit gleichem Ziel wie der Anspruch aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB). Der weitere Fortgang der Prüfung ist für beide Varianten derselbe.

- (2) Zu fragen ist, ob eine Pflicht der B i.S.d. § 241 II BGB bestand. In Betracht kommt hier eine Pflicht zum Schutz des Vermögens des K (das Vermögen wird nach ganz h.M. von § 241 II BGB erfasst⁴³). Jedoch ist umstritten, ob und inwieweit eine Bank vor Abschluss eines Darlehensvertrags zur Finanzierung eines anderen Geschäfts Pflichten zur Aufklärung im Hinblick auf das finanzierte Geschäft hat. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Bank keine Beratungspflicht hinsichtlich der Verwendung des von ihr gewährten Kredits hat⁴⁴. Eine Aufklärungspflicht der Bank anlässlich der Kreditvergabe wird von der Rechtsprechung regelmäßig nur in vier Fallgruppen angenommen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte aufklärende Hinweise geboten erscheinen lassen⁴⁵: bei Interessenkonflikt⁴⁶, bei Wissensvorsprung im Hinblick auf eine konkrete Gefahrenlage⁴⁷, bei Schaffung eines Gefährdungstatbestandes durch die Bank⁴⁸ und bei Überschreitung der Kreditgeberrolle⁴⁹. Ein Interessenkonflikt im Sinne der erstgenannten Ausnahme könnte vorliegend darin

⁴³Vgl. nur Anwaltkommentar-*Krebs*, § 311 Rn. 24 ff.; *Faust*, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, § 3 Rn. 8; *Canaris*, JZ 2001, 499, 519.

⁴⁴Vgl. z.B. *Horn/Balzer*, WM 2000, 333, 335; *Bruchner*, WM 1999, 825, 830 ff.; BGH WM 2000, 1287, 1289; OLG Bamberg WM 2002, 537, 541.

⁴⁵Zu den Fallgruppen insb. *Spickhoff/Petershagen*, BB 1999, 165, 166 f.; *von Heymann*, NJW 1577, 1583; *Horn/Balzer*, WM 2000, 333, 335; *Bruchner*, WM 1999, 825, 832 f.; LG München I WM 2002, 285, 286 f.; OLG Bamberg WM 2002, 537, 541; OLG Stuttgart WM 1999, 844, 846; BGH WM 2000, 1287, 1289 m.w.N.

⁴⁶Dazu z.B. BGH WM 1988, 561, 562; LG München I BKR 2002, 230, 232.

⁴⁷Dazu z.B. BGH NJW-RR 1992, 373, 374 f.; OLG Bamberg WM 2002, 537, 542; LG München I BKR 2002, 230, 232.

⁴⁸Dazu z.B. LG München I BKR 2002, 230, 232.

⁴⁹Dazu z.B. BGH WM 1988, 561, 562 m.w.N.; BGH WM 1992, 901, 905 f.; OLG Bamberg WM 1992, 537, 542; LG München I BKR 2002, 230, 232. Kritisch *Köndgen*, NJW 2000, 468, 470.

gesehen werden, dass B zugleich Hauptkreditgeberin des V war. Dies allein wird jedoch nicht stets als ausreichend angesehen; vielmehr wird i.d.R. verlangt, dass die Bank um eine Gefährdung ihrer Kredite wusste und gleichzeitig ihrem Kunden die Investition empfahl⁵⁰. Das ist beim vorliegenden Sachverhalt denkbar, aber nicht zwingend. Gleichzeitig könnte B jedoch einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken des Projektes hinzutretenden Gefährdungstatbestand für K geschaffen oder das Entstehen eines solchen Gefährdungstatbestandes begünstigt haben⁵¹. Daran ist hier zu denken, weil B bekannt war, dass es bei V bereits seit längerer Zeit Schwierigkeiten mit Baumängeln gab. Wenn B zuließ, dass A auch als ihr Vertreter für Projekte des V warb, hat sie für K einen Gefährdungstatbestand im Hinblick auf sein Vermögen geschaffen, weil sie damit rechnen konnte und musste, dass es sich um ein minderwertiges Objekt handelte. Weiterhin wäre denkbar, die Fallgruppe der Überschreitung der Kreditgeberrolle heranzuziehen, wenn B erkennbar in die unternehmerische Planung, Werbung und Durchführung des Gesamtprojekts eingeschaltet war und gleichsam als Partei des zu finanzierenden Geschäfts auftrat⁵². Da A für B und V tätig wurde, kann auch diese Voraussetzung im vorliegenden Fall möglicherweise bejaht werden. Dagegen kann von einem Wissensvorsprung der B in bezug auf die besonderen Risiken der konkreten Eigentumswohnung kaum ausgegangen werden.- Es zeigt sich also, dass im vorliegenden Fall Merkmale mehrerer Fallgruppen vorliegen, die eine Aufklärungspflicht der Bank begründen können. Auch wenn eine eindeutige Subsumtion unter eine bestimmte Fallgruppe (nicht zuletzt wegen der Überschneidungen der verschiedenen Fallgruppen) kaum möglich erscheint, ist doch wegen der Nähe des Sachverhalts zu gleich mehreren der einschlägigen Fallgruppen von einer Aufklärungspflicht der B gegenüber K in bezug auf die Verwendung des Darlehens auszugehen. Diese Pflicht hat B verletzt, indem sie K nicht über die Situation des V und die Gefahren des finanzierten Erwerbs einer Wohnung von V aufgeklärt hat⁵³.

- (3) Ein Verschulden der B im Hinblick auf die Verletzung dieser Aufklärungspflicht wird gem. § 280 I 2 BGB vermutet. Vorliegend kann B jedoch nachweisen, dass sie selbst vor und bei Abschluss des Darlehensvertrags keinen unmittelbaren Kontakt zu K hatte, so dass die Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB zu Lasten der B nur eingreift, wenn

⁵⁰Vgl. z.B. *Horn/Balzer*, WM 2000, 333, 335; BGH NJW 1978, 2547 ff.; BGH WM 1992, 216; ähnlich *Bruchner*, WM 1999, 825, 833; *Fuellmich/Rieger*, ZIP 1999, 465, 469; weitergehend *Köndgen*, NJW 2000, 468, 471 (bereits die abstrakte Gefahr eines Interessenkonflikts ist offen zu legen).

⁵¹Dazu z.B. BGH WM 1997, 662, 663.

⁵²Vgl. z.B. BGH WM 1992, 901, 905 f.; BGH NJW-RR 1992, 879, 882 f.; OLG Stuttgart WM 1999, 844, 846.

⁵³Zu Beweiserleichterungen in diesem Zusammenhang vgl. *Fuellmich/Rieger*, ZIP 1999, 465, 475.

ihr das Handeln des A gem. § 278 BGB zuzurechnen ist. In bezug auf Anlagevermittler bzw. Immobilienmakler wird zwar (insbesondere wegen deren eigener, unabhängiger beruflicher Tätigkeit) häufig bezweifelt, ob diese Erfüllungsgehilfen des Kreditgebers sein können⁵⁴. Vorliegend hat A jedoch den Kreditvertrag für B mit K abgeschlossen. Daher war er Erfüllungsgehilfe der B i.S.d. § 278 BGB, denn er wurde beim Abschluss des Darlehensvertrags mit Wissen und Wollen der B in deren Pflichtenkreis tätig⁵⁵. Zwar ist fraglich, ob für A im konkreten Fall eine Situation bestand, in der er - obwohl er gleichzeitig V vertrat, dem gerade am Verkauf der Wohnung gelegen war - *als Vertreter der B* zur Aufklärung des K über die Risiken des finanzierten Objekts verpflichtet war. Dies kann jedoch angesichts der Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB dahingestellt bleiben, denn diese muss so verstanden werden, dass bei Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen nach § 280 I 2 BGB *dessen* Verschulden vermutet wird (andernfalls könnten Schuldner die Vermutung des § 280 I 2 BGB stets durch Einschaltung von Erfüllungsgehilfen ausschalten). Daher ist ein Verschulden der B nach §§ 280 I 2, 276, 278 BGB zu bejahen⁵⁶.

- (4) Rechtsfolge eines Anspruchs aus §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 BGB ist der Ersatz des durch die fehlende Aufklärung über die Risiken des finanzierten Objekts entstandenen Schadens. Der Schaden des K besteht hier nicht in erster Linie darin, dass er den Darlehensvertrag mit B geschlossen hat⁵⁷, sondern insbesondere darin, dass er die minderwertige Eigentumswohnung erworben hat. Ein Schadensersatz in Form der Naturalrestitution nach § 249 S. 1 BGB kann daher in der Weise erfolgen, dass B den K von seinen Verpflichtungen aus dem nachteiligen Kaufvertrag freistellt⁵⁸. Dann schuldet sie K den Kaufpreis (der in der Höhe der Darlehenssumme entspricht, die sie ihrerseits von K fordern kann). Allerdings kann sie im Wege der Vorteilsausgleichung ihrerseits Über-eignung der Wohnung von K verlangen⁵⁹ (eine Anrechnung von Wohnungswert bzw. Steuervorteilen, die als alternativer Weg der Vorteilsaus-

⁵⁴Vgl. nur BGH WM 1992, 602 f.; LG München I WM 2002, 285, 287; *Bruchner*, WM 1999, 825, 834. Bejaht jedoch in BGH ZIP 1996, 1950.

⁵⁵Insoweit entsprechend zu beurteilen wie in OLG Nürnberg WM 1999, 2305; OLG München WM 1999, 1818, 1821.

⁵⁶Die Argumentation des LG München I BKR 2002, 230, 233 trifft insoweit nicht (zumal dort auf die Frage einer Pflichtverletzung durch *Unterlassen* einer Aufklärung nicht eingegangen wird).

⁵⁷Teilweise wird bereits die Verpflichtung aus einem solchen Darlehensvertrag als Schaden angesehen, vgl. *Fuellmich/Rieger*, ZIP 1999, 465, 474 f.

⁵⁸Auch im Rahmen der Kodifikation der culpa in contrahendo ließ der Gesetzgeber die Möglichkeit offen, sich auf diese Weise von einem „unerwünschten Vertrag“ zu lösen, vgl. nur Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 162 f.

⁵⁹Dazu z.B. *Stüsser*, NJW 1999, 1586, 1588 m.w.N.

gleichung denkbar wäre, kommt für den vorliegenden Sachverhalt praktisch nicht in Betracht). Anhaltspunkte für die Anrechnung eines Mitverschuldens des K nach § 254 BGB sind nach dem Sachverhalt nicht gegeben, insbesondere spricht nichts für eine besondere Geschäftserfahrung des K⁶⁰.

- (5) Angesichts dieser Rechtsfolge ist zu fragen, ob nicht § 312 I 1 BGB seiner Intention nach eine Spezialregelung ist, welche die Annahme eines Rückzahlungsanspruchs nach §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB ausschließt. Dafür spricht, dass der Anspruch aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB des Käufers im Einzelfall über die Rechtsfolgen des § 312 I 1 BGB hinausgehen kann, insbesondere wenn man einen Einwendungsdurchgriff nach §§ 358, 359 BGB bei Haustürgeschäften ablehnt, aber auch wenn beispielsweise ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht belehrt wurde. Dagegen ist jedoch zu bedenken, dass das Widerrufsrecht nach §§ 312 I 1, 355 BGB und der Anspruch aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB sowohl unterschiedliche Voraussetzungen als auch eine unterschiedliche Zielrichtung haben. Insbesondere setzt der Anspruch nach §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB Verschulden voraus, und wenn ein solches gegeben ist, erscheinen auch weitergehende Rechtsfolgen als im Rahmen der Vorschriften über Haustürgeschäfte angemessen, weil der Unrechtsgehalt hier ein anderer ist als bei einer unterlassenen Belehrung über ein Widerrufsrecht. Das spricht für eine uneingeschränkte Konkurrenz von Ansprüchen wegen schuldhafter Pflichtverletzung im Hinblick auf den Inhalt des konkreten Geschäfts (selbst bei vermutetem Verschulden) und solchen wegen unterlassener Aufklärung über eine allein aufgrund einer Haustürsituation bestehenden Widerrufsmöglichkeit (ohne jeglichen Bezug zum Inhalt des abgeschlossenen Geschäfts oder seiner „Fernwirkungen“, z.B. im Hinblick auf das finanzierte Geschäft).

Folglich steht K gegenüber B ein Schadensersatzanspruch aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB in Höhe von 90.000,-- € zu.

- b) Der Schadensersatzanspruch des K ist mit dem Erwerb der Wohnung fällig geworden. Daher kann K gegenüber B die Aufrechnung mit diesem Anspruch erklären mit der Folge, dass der Anspruch der B gegen K auf Rückzahlung der Darlehensvaluta nach § 389 BGB erlischt.
4. Weiterhin ist eine Aufrechnung mit einem Rückzahlungsanspruch aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB nach Anfechtung des Darlehensvertrags nach § 123 I, 1. Alt. BGB denkbar. Diese würde K gegenüber dem Anspruch der B nur in geringem Umfang weiterhelfen (nämlich nur in Höhe von 1.485,-- €) und ist daher ungünstiger als die Aufrechnung mit einem Anspruch aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB. (In Betracht kommt allerdings ein gesonderter Anspruch des K auf Rückzahlung der 1.485,-- € aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB, dazu unten B.).
5. Eine Aufrechnung mit einem Anspruch aus § 826 BGB kommt dagegen nicht in Betracht, denn für einen (auch bedingten) Vorsatz der B im Hinblick auf eine sittenwidrige

⁶⁰Vgl. zum Mitverschulden in derartigen Fällen insb. *Spickhoff/Petershagen*, BB 1999, 165, 169.

Schädigung des K im Rahmen des gemeinsamen Vertriebs der Eigentumswohnung mit V ergeben sich aus dem Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte (a.A. evtl. bei guter Begründung vertretbar).

Daher kann K von B aus § 346 I BGB Rückzahlung der 1.485,-- € verlangen, ohne seinerseits etwas an B zahlen zu müssen, sofern man entweder den Einwendungsdurchgriff oder die Aufrechnung mit einem Anspruch gegen B aus §§ 311 II, 241 II, 280 IBGB bejaht hat.

B. Anspruch des K gegen B auf Rückzahlung der 1.485,-- € aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB

- I. B hat die 1.485,-- € Darlehenszinsen von K erlangt.
- II. Die Zahlungen stellen eine Leistung des K dar, mit der er seine Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag mit B erfüllen wollte.
- III. Ein Rückzahlungsanspruch des K gegen B setzt weiterhin eine Unwirksamkeit des Darlehensvertrags (=Fehlen eines rechtlichen Grundes für die Zahlungen des A) voraus. Der Darlehensvertrag könnte durch Anfechtung seitens des K nach § 142 I BGB rückwirkend vernichtet worden sein.
 1. Da B zur Aufklärung des K über das Risiko des Erwerbs einer Wohnung von V im Bauträgermodell verpflichtet war (s.o. A. IV. 3. a [2]), kann das Unterlassen dieser gebotenen Aufklärung als Täuschung i.S.d. § 123 I, 1. Alt. BGB angesehen werden (hierbei ist unerheblich, ob B selbst oder V die Aufklärung unterlassen hat, denn ein Unterlassen ihres Vertreters V wäre B jedenfalls zuzurechnen; er wäre im Hinblick auf den Darlehensvertrag nicht Dritter i.S.d. § 123 II 1 BGB).
 2. Dieses Unterlassen war möglicherweise kausal dafür, dass K den Kaufvertrag über die Wohnung mit V und zu dessen Finanzierung den Darlehensvertrag mit B geschlossen hat (letzteres ist hier entscheidend, denn Gegenstand der Anfechtung ist der Darlehensvertrag). Zwar ist nach dem Sachverhalt nicht eindeutig feststellbar, ob K bei einem entsprechenden Hinweis durch B oder A beide Verträge nicht geschlossen hätte. Wenn man eine solche Reaktion jedoch mangels entgegenstehender Anhaltspunkte als Handeln eines vernünftigen Menschen unterstellt, kann eine Kausalität zwischen dem Unterlassen der B und der auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des A bejaht werden.
 3. Im Rahmen des § 123 I, 1 Alt. BGB ist anerkannt, dass für die Bejahung von Arglist bereits bedingter Vorsatz genügt⁶¹. Wenn B es also billigend in Kauf nahm, dass K einen für ihn möglicherweise finanziell nachteiligen Kaufvertrag und zu dessen Finanzierung den Darlehensvertrag mit ihr schloss, sind die Voraussetzungen einer Anfechtung des Darlehensvertrags wegen arglistiger Täuschung gegeben.
 4. Die Widerrufserklärung des K gegenüber B vom 01.07.2002 könnte auch als Anfechtungserklärung i.S.d. § 143 I BGB ausgelegt werden, da K vor allem daran gelegen war, sich von seinen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag rückwirkend zu lösen. Man kann davon ausgehen, dass er sich zu diesem Zweck nicht auf einen bestimmten juristi-

⁶¹Vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 123 Rn. 11 m.N.

schen Weg festlegen wollte, sondern - auch bei Bezeichnung als „Widerruf“ - seiner Erklärung den für ihn günstigsten Effekt zukommen lassen wollte. Die Anfechtungserklärung war auch fristgemäß i.S.d. § 124 I BGB.

5. Rechtsfolge der Anfechtung wäre das rückwirkende Erlöschen des Darlehensvertrags nach § 142 I BGB.

- IV. Infolge einer Anfechtung des Darlehensvertrags durch K wäre B zur Rückzahlung der 1.485,-- € an K aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB verpflichtet. Wenn ihm B im Rahmen der Rückabwicklung ihren Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta entgegenhält, könnte sich K gem. § 818 III BGB auf Entreicherung berufen. Da die Rückabwicklung auf einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung beruht, ist auch die Saldotheorie hier nicht zu Ungunsten des K anwendbar⁶². Einer Entreicherung steht allerdings entgegen, dass K als Substitut für die Darlehensvaluta Eigentum an der Wohnung erworben hat, § 818 I BGB. Daher ist er auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung zur Übereignung der Wohnung an B, Zug um Zug gegen Rückzahlung der 1.485,--- € verpflichtet.

2. Teil: Ansprüche des K gegen S

A. Anspruch des K gegen S auf Rückzahlung der an S seit Anfang Mai 2002 gezahlten Raten aus §§ 346 I, 357 BGB

Der Rückzahlung der an S gezahlten Raten könnte K nach §§ 346 I, 357 BGB zustehen. Dann müsste entweder der gegenüber B erklärte Widerruf auch S gegenüber anspruchsbegründend wirken oder der gegenüber S erklärte Widerruf müsste wirksam sein und die Rechtsfolge eine selbständigen Rückgewährpflicht des S nach sich gezogen haben.

- I. Ursprünglicher Widerrufsgegner war B. Eine „Drittwirkung“ des gegenüber B erklärten Widerrufs könnte sich aus § 358 I BGB ergeben, jedoch allenfalls dann, wenn man die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Verbraucherdarlehensverträge trotz § 491 III Nr. 1 BGB bejaht (dazu bereits oben 1. Teil A. IV. 1. a [1] [a]). Aber auch dann erscheint es fraglich, ob im Verhältnis der Verträge K - B und K - S eine Verbindung i.S.d. § 358 I BGB hergestellt werden kann.- Lehnt man die Anwendbarkeit des § 358 I BGB von vornherein ab, ist auch § 358 IV 3 BGB im vorliegenden Fall nicht anwendbar, so dass ein Rückgewähranspruch gegen S als Folge des Widerrufs gegenüber B ausscheidet.

- II. 1. Für den gegenüber S erklärten Widerruf kann dieser mit der Erwägung als „zuständig“ angesehen werden, dass einwendungs begründende Gestaltungsrechte aus Gründen des Schuldnerschutzes dem Zessionar gegenüber genauso erklärt werden können wie gegenüber dem Zedenten. Für die Aufrechnung sieht § 406 BGB dies ausdrücklich vor. Würde man die Widerrufsmöglichkeit anders beurteilen, ergäbe sich eine Lücke zwischen §§ 404 und 406. Diese Vorschriften begründen aber ausschließlich einen Einwendungsdurchgriff, keinen Rückgewährdurchgriff.

⁶²Vgl. nur die Nachweise bei Palandt-Heinrichs, § 818 Rn. 49.

2. Schließlich könnte man erwägen, ob ein Rückgewährdurchgriff aus dem Gesichtspunkt der Umgehung des Verbraucherschutzrechts zu begründen ist. Zwar ist durch die Umstellung der Gesetzssystematik vom VerbrKrG zum BGB kein Umgehungsverbotstatbestand für § 358 BGB vorgesehen. Aus §§ 506 S. 2, 312f S. 2 könnte jedoch ein allgemeines Umgehungsverbot hinsichtlich verbraucherrechtlich relevanter Rechtsgeschäfte entnommen werden. Gerade § 506 S. 2 zeigt freilich, dass die hierauf gestützte Erwägung im vorliegenden Fall zu einem Zirkelschluss führen würde: Durch den Ausschluss des § 358 BGB in § 491 III Nr. 1 BGB hat das Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht, dass von § 358 BGB nicht nur abgewichen werden darf, sondern von Gesetzes wegen abgewichen wird.

Betrachtet man die Anwendung des § 358 BGB nicht durch § 491 III Nr. 1 BGB als ausgeschlossen, wäre zu prüfen, ob § 358 I, IV 3 BGB über das ursprüngliche verbundene Geschäft hinaus auf eine Abtretung des Darlehens(rückzahlungs)anspruchs anzuwenden ist. Die Abtretung würde dann wie eine Vertragsübernahme wirken⁶³. Darin läge nicht eine schlichte Auslegung des § 358 IV 3 BGB, sondern eine Analogie zu ihm. Dies würde eine Regelungslücke voraussetzen, also implizieren, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Verkürzung von Verbraucherrechten bei der Abtretung nicht gesehen hat. Aus § 496 BGB ergibt sich das Gegenteil. Danach ist der Schuldner aber nur vor dem Einwendungsverzicht geschützt, und das aus gutem Grund: Für den Rückgewähranspruch steht der Zedent nach wie vor zur Verfügung; er wird - anders als die Einwendungen - durch die Abtretung nicht wirkungslos. - Eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme, die möglicherweise ebenfalls zur Anwendung des § 358 IV 3 BGB führen könnte, sofern man oben ein verbundenes Geschäft bejaht hat, kann hier nicht angenommen werden; nach dem Sachverhalt liegt vielmehr eine Abtretung der Darlehensforderung in Verbindung mit einer Übertragung der Grundsuld vor.

B. Anspruch des K gegen S auf Rückzahlung der an S seit Anfang Mai 2002 gezahlten Raten aus §§ 812 I 1, 1. Alt., 813 BGB

- I. S hat ab Mai 2002 die monatlichen Raten von K zu je 530,-- € (= „etwas“ i.S.d. § 812 I 1, 1. Alt. BGB) erlangt.
- II. Dies geschah auch durch Leistung (= bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens) des K, denn K wollte durch die Zahlung eine (zumindest vermeintliche) Schuld gegenüber S (im Hinblick auf den Darlehensvertrag oder die Grundsuld) tilgen.
- III. Fraglich ist, ob die Zahlungen des K ohne rechtlichen Grund erfolgten. Hierfür kommt es darauf an, ob die Monatsraten auf die Darlehensschuld oder die Grundsuld gezahlt wurden.
 1. Eine Darlehensschuld des K gegenüber S (§ 488 I 2 BGB) bestand nur, wenn die Forderung aus dem Kreditvertrag wirksam von B auf S übertragen wurde (§ 398 S. 2 BGB).
 - a) Die Übertragung erfolgte gem. § 398 S. 1 BGB durch Vertrag zwischen B und S.

⁶³Vgl. zum Verbraucherschutz bei der Vertragsübernahme auch BGHZ 129, 371.

Damit bestand an sich ein Rechtsgrund für die Zahlungen von K an S, wenn diese auf die Darlehensforderung erfolgten.

- b) Allerdings könnte eine bereicherungsrechtliche Rückforderung nach § 813 I 1 BGB in Betracht kommen, wenn der Forderung der S gegen K auf Zahlung der Darlehensraten und -zinsen eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauerhaft ausgeschlossen wurde. K kann der S gem. § 404 BGB entgegenhalten, dass er den Darlehensvertrag mit B nach § 312 I 1 BGB widerrufen hat. Es ist anerkannt, dass der Schuldner dem Zessionar Gestaltungsrechte, die bereits im Zeitpunkt der Abtretung bestanden, ebenso entgegenhalten kann wie Einwendungen (vgl. §§ 404, letzter Hs., 406 BGB)⁶⁴. Da hier die Widerrufslage vom Abschluss des Kreditvertrags mit B an bestand, kann K also den Widerruf auch S entgegenhalten mit der Folge, dass dem Zahlungsanspruch der S gegen K aus dem Darlehensvertrag eine dauernde Einrede entgegensteht und K folglich Rückzahlung der Monatsraten ab Mai 2002 nach §§ 812 I 1, 1. Alt., 813 I 1 BGB verlangen kann, sofern er auf die Darlehensschuld gezahlt hat.
2. Bei Zahlung auf die Grundsuld wäre ein rechtlicher Grund für die Zahlung der Monatsraten durch K dann gegeben, wenn S Grundsuldgläubigerin geworden ist. Das setzt eine wirksame Übertragung der Grundsuld von B auf S voraus, die oben bereits bejaht wurde (1. Teil, A. IV. 2. e). Insoweit bestünde also ein Rechtsgrund für die Zahlungen des K. Auch § 813 I 1 BGB hilft K hier nicht weiter. Er hat zwar einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundsuld aus dem Sicherungsvertrag (§ 311 I BGB) und kann diesen S gem. §§ 1192, 1157 S. 1 BGB entgegenhalten (einem einredefreien Erwerb der Grundsuld durch S nach §§ 1157 S. 2, 892 BGB steht entgegen, dass S von B Grundsuld und Darlehensforderung erwerben wollte und folglich davon auszugehen ist, dass S den Rückforderungsanspruch aus dem Sicherungsvertrag kannte). Wenn aber infolge der Rückabwicklung des Darlehensvertrags das Eigentum an der Wohnung letztlich auf B übergeht, steht der Anspruch auf Rückgewähr der Grundsuld nun dieser und nicht mehr K zu und er kann den Rückgewähranspruch nicht einredeweise Ansprüchen von S auf Zahlung auf die Grundsuld entgegenhalten. Daher wären Zahlungen des K auf die Grundsuld mit Rechtsgrund erfolgt und eine Rückforderung nach § 812 I 1, 1. Alt. BGB käme insoweit nicht in Betracht.
3. Entscheidend ist daher, ob die monatlichen Zahlungen des K auf die Darlehensforderung oder auf die Grundsuld erfolgten. Das Recht zur Bestimmung der Wirkungen der Zahlungen steht nach h.M. grundsätzlich dem Schuldner, hier also K zu⁶⁵. Im Zeitpunkt der Zahlungen hat K nach dem Sachverhalt keine ausdrückliche Bestimmung (i.S.d. § 366 I BGB) getroffen, auf welche Schuld seine Zahlungen erfolgen sollten. Er könnte aber jetzt noch erklären, auf die (vermeintliche) Darlehensforderung gezahlt zu haben. Andernfalls ist nach § 366 II BGB zu ermitteln, auf welche der beiden Schulden die Leistungen des K erfolgten. Dabei könnte bezweifelt werden, ob die Zahlungen auf die Grundsuld überhaupt schon fällig waren, da es sich um eine Sicherungsgrundsuld handelt und der Sicherungszweck (noch) nicht eingetreten ist (mit der Folge, dass gem. § 366 II, 1. Alt. BGB die Zahlungen auf die Darlehensschuld erfolgten). Auch für die

⁶⁴Vgl. nur Palandt-*Heinrichs*, § 404 Rn. 3.

⁶⁵Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 45 Rn. 43 ff. m.N.

Fälligkeit gilt hinsichtlich der Kenntnis der S das für die Rückgewährinrede (oben 2.) Gesagte. Wenn man von gleichzeitiger Fälligkeit ausginge, käme man über § 366 II, 2. Alt. BGB ebenfalls zum Ergebnis, dass die Zahlungen des K auf die Darlehensschuld erfolgten.

Folglich kann K auch seine an S seit Mai 2002 gezahlten monatlichen Raten von S zurückverlangen.

C. Ansprüche von S gegen K auf Zahlung weiterer Monatsraten

- I. Einem Anspruch der S gegen K auf Zahlung weiterer Monatsraten aus §§ 488 I 2, 398 S. 2 BGB wegen des Darlehens kann K wiederum gem. § 404 i.V.m. § 406 BGB analog seinen Widerruf des Darlehensvertrags entgegenhalten, so dass er aus dem Darlehensvertrag nicht zu weiteren Zahlungen an S verpflichtet ist.
- II. Fraglich ist, ob S aufgrund des Sicherungsvertrags (§ 311 I BGB) wegen der Grundschuld weitere Zahlungsansprüche gegen K hat. Der Sicherungsvertrag ist jedoch genauso wenig wie der Darlehensvertrag insgesamt auf S übergegangen (oben A. II.). Durch den Übergang des Wohnungseigentums von K auf B gehen außerdem auch die Lasten der Wohnung und damit auch die Belastung der Wohnung durch die Grundschuld auf B über, so dass S Zahlungsansprüche aufgrund der Grundschuld künftig allenfalls gegenüber B, nicht aber gegenüber K geltend machen kann.

Folglich ist K gegenüber S nicht zur Zahlung weiterer Raten verpflichtet.