

**Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht  
WS 2007/08**

**Lösungshinweise zur 1. Hausarbeit**

Obwohl nach den Aussichten der **Klage** gefragt ist, ergibt sich aus dem Sachverhalt keinerlei Anlass, prozessuale Fragen der Zulässigkeit zu erörtern. Gefordert ist vielmehr ein rein **materiellrechtliches** Gutachten.

**A. Ansprüche des V gegen S auf Rückzahlung von 8.500 Euro**

**I. aus §§ 346 I, 495, 355, 357**

**Anmerkung:** Die Reihenfolge der Prüfung verschiedener Rückgewährordnungen soll keinen Einfluss auf die Bewertung haben. Ansprüche aus fortbestehendem Vertrag, z. B. auf Schadensersatz nach §§ 280 ff., sind allerdings nicht zu prüfen. Zwar kommt eine Haftung der S wegen einer Pflichtverletzung des M in Frage. Die denkbare Pflichtverletzung betrifft aber von vornherein nicht die Abwicklung, sondern das Zustandekommen des Vertrages. Daher ist allenfalls ein Schadensersatzanspruch nach §§ 311 II, 241 II, 280 I, 278, 31 (culpa in contrahendo) denkbar. In logisch richtiger Reihenfolge sind jedoch Ansprüche auf Rückgewähr aus dem (zunächst) wirksamen Vertrag vor Schadensersatzansprüchen aus c. i. c. zu prüfen.

**1. Widerrufserklärung, § 355 I**

Unabhängig vom Widerrufsgrund muss zunächst eine Widerrufserklärung vorliegen. Sie ist laut Sachverhalt am 30.03.2007 als „Widerruf“ (u. a.) „des Kreditvertrages“ gegenüber S erfolgt. Darin liegen offensichtlich keine Probleme, vgl. auch § 355 I 2.

**2. Widerrufsfrist, § 355 I 1, 2, II**

Da der Darlehensvertrag um die Jahreswende 2003/04 abgeschlossen (der Sachverhalt gibt kein genaues Datum an), der Widerruf aber erst am 30.03.2007, also mehr als drei Jahre später, erklärt worden ist, scheint er nicht fristgerecht erfolgt zu sein.

a) Die Zwei-Wochen-Frist des § 355 I 2 kann aber nach Abs. 2 nur bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung zu laufen beginnen. Die Fallangabe berichtet nur von einer Belehrung über den mit B abgeschlossenen Kaufvertrag. Die erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht für den Darlehensvertrag ist also nicht erfolgt.

**Anmerkung:** Aus dem Schweigen des Sachverhalts können Bearbeiter entnehmen wollen, dass beim Vertragsabschluss alles „ordnungsgemäß“ verlaufen sei, also dem V auch zum Kreditvertrag eine Belehrung erteilt worden sei. Dies ist fehlerhaft: Angesichts der ausführlichen Sachverhaltsschilderung zur Widerrufsbelehrung hinsichtlich des Kaufvertrages wäre es eine unzulässige Sachverhaltsunterstellung, für den Kreditvertrag dasselbe anzunehmen. Wer schon mit Unterstellungen „ordnungsgemäßen Verhaltens“ arbeiten will, müsste ein solches Verhalten erst recht dem Anwalt von V zusprechen, der zum Widerruf geraten hat, obwohl er die Widerrufsfrist und die Modalitäten der Belehrung kennen muss. Auch hätte sich S dann bei der Weigerung der Rückzahlung auf die ordnungsgemäße Belehrung berufen. Dazu schweigt der Sachverhalt aber ebenfalls. – Freilich darf man den Bearbeitern, die früh die Weiche für die folgende Lösung falsch stellen, keinen „Strick“ daraus drehen: Eine konsequente Lösung auf der Grundlage der Unwirksamkeit des Widerrufs (dazu unten III. und IV.) ist anzuerkennen und kann bei

guter Ausführung sogar überdurchschnittlich (vollbefriedigend und besser) bewertet werden.

b) Die Frist des § 355 I 2 konnte somit nicht zu laufen beginnen. Dann könnte aber der Widerruf nach § 355 III 1 verfristet sein. Dem steht jedoch § 355 III 3 entgegen. Die Widerrufserklärung am 30.03.2007 war also noch fristgerecht.

### 3. Der Widerrufsgrund des § 495 I

Dazu muss es sich um einen Verbraucherdarlehensvertrag nach § 491 I handeln. Die Sparkasse S ist Unternehmer nach § 14 und V hat bei Erteilung der Vollmacht an R wie auch hinsichtlich des von R abgeschlossenen Vertrages außerhalb seiner beruflichen oder gewerblichen Sphäre gehandelt, so dass er die Voraussetzungen des § 13 erfüllt. Keine Bedeutung für die Falllösung hat § 492 IV 1, der nur den Erklärungsinhalt der Vollmacht betrifft, nicht (ausdrücklich) die Widerrufsmöglichkeit.

Ein Ausschlussgrund für das Widerrufsrecht könnte sich am ehesten aus § 491 III Nr. 1 ergeben, weil hier die Vollmacht an R notariell beglaubigt worden ist. Die Bearbeiter müssen sehen, dass die Beglaubigung der Vollmacht nicht für das Erfordernis der notariellen Beurkundung des Darlehensvertrages genügt.

Der Widerrufsgrund des § 495 I ist somit gegeben.

### 4. Rechtsfolge

Die Rechtsfolge des wirksamen Widerrufs ergibt sich aus §§ 357, 346 ff. Demnach hat S dem V nach § 346 I die erhaltenen Darlehensraten zurück zu gewähren.

### 5. § 387 wegen Gegenansprüchen

S könnte ihrerseits möglicherweise mit Gegenansprüchen aus dem **Rückgewährschuldverhältnis** aufrechnen, §§ 387, 388.

**Anmerkung:** Speziell für das Rückgewährschuldverhältnis ist nach § 348 nur die „Einrede des nicht erfüllten Rückgewährschuldverhältnisses“ vorgesehen. Dies passt jedoch nur für ungleichartige Leistungen. Stehen gleichartige Leistungen (hier: in Geld) einander gegenüber, geht Aufrechnung der Zug um Zug-Verknüpfung (letztlich aus Gründen der Prozessökonomie) vor.

a) Eine **Aufrechnungserklärung** ist im Sachverhalt nicht ausdrücklich erwähnt. Möglicherweise könnte sie in die Weigerung der S, die Raten zurück zu zahlen, hineingelegt werden. Jedenfalls aber kann S die Erklärung im Prozess noch nachholen.

b) Als **aufzurechnende Forderung** kommt der eigene Rückgewähranspruch der S gegen V in Betracht. Ohne Rücksicht auf das Dreiecksverhältnis unter Einschluss der B wäre dies der Anspruch auf Rückzahlung des überlassenen Darlehens sowie nach § 346 I am Ende u. U. der Zins für die Zeit, in der V das Darlehen zur Verfügung gestanden hat. Hieraus ergäben sich für S Ansprüche, die weit über den von V aufgebrauchten Zins- und Tilgungsraten lägen.

c) Der Anspruch auf die Nutzungszinsen könnte aber nach **§ 358 IV 2**, der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens nach **§ 358 IV 3** ausgeschlossen sein, weil S bei Anwendung dieser Vorschrift als Darlehensgeber nach dem Widerruf die Rückzahlung des Darlehens genauso wenig verlangen könnte wie die Zahlung des Kaufpreises. Voraussetzung dafür wäre, dass ein **verbundenes Geschäft** vorläge. Die dafür erforderliche wirtschaftliche Einheit ist bei einem finanzierten Immobilienerwerb nach § 358 III 3 nur unter engen Voraussetzungen zu bejahen. Nach dem Sachverhalt war R zwar sowohl als Vertreter für B als auch für S tätig. Damit allein hat sich S aber noch nicht das Veräußerungsinteresse der B zu Eigen gemacht, Funktionen der B übernommen oder die B einseitig begünstigt. S hat dem V auch nicht selbst die Eigentumswohnung verschafft. Somit sind hier die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäftes nicht erfüllt.

Die Pflicht zur Rückgewähr des Darlehens und zur Nutzungsvergütung ist also nicht wegen eines verbundenen Geschäftes ausgeschlossen.

**Anmerkung:** Die Umsetzung der hier unter II. 2 geschilderten Schutzerwägungen des EuGH kann auch an dieser Stelle erwogen werden.

d) Möglicherweise ergibt sich hier deshalb etwas anderes, weil M, das Vorstandsmitglied der S über die mangelnde Seriosität des Anlageobjektes Bescheid wusste. Daraus könnten nicht nur Aufklärungspflichten der S gegenüber V und somit ein Anspruch des V aus § 311 II sowie ein Anfechtungsrecht aus § 123 folgen, sondern nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH auch eine Gleichbehandlung mit dem verbundenen Geschäft. Diese Rechtsprechung bezieht sich allerdings auf Fälle, für die noch das Verbraucherkreditgesetz galt und die „Reparaturnovelle“ nicht anzuwenden war, durch die § 358 III 3 seine jetzige Fassung erhalten hat. Entgegen dem einengenden Wortlaut dieser Vorschrift ein verbundenes Geschäft anzunehmen, wäre unter der jetzigen Gesetzesfassung eine **Rechtsanwendung contra legem** und daher unzulässig.

## 6. Ergebnis zu § 495

Aus einem Widerruf des Darlehensvertrages nach § 495 ergibt sich demnach zwar ein Rückzahlungsanspruch des V aus § 346 I, der aber durch einen weit höheren, aufrechenbaren Gegenanspruch der S zunichte gemacht werden kann.

## II. Aus §§ 346 I, 312, 355, 357

Günstigere Rechtsfolgen für V könnten sich aus dem Widerruf nach § 312 ergeben, und zwar wegen der Ausgestaltung von dessen Rechtsfolgen durch den EuGH (NJW 2005, 3551; 3555).

### 1. Anwendbarkeit trotz § 312 a

Dann müsste § 312 neben § 495 überhaupt anwendbar sein. Dem könnte § 312 a entgegenstehen. Man wird aber diese Vorschrift so verstehen müssen, dass § 312 nur dann ausgeschlossen ist, wenn das andere Widerrufsrecht nicht nur überhaupt gegeben ist, sondern auch ein gleich hohes **Schutzniveau** für den Verbraucher hat. Dies bedeutet: Wenn sich ergeben sollte, dass V bei einem Widerruf wegen der Haustürsituation nach § 312 einen Anspruch hätte, der ihm nicht – wie der Anspruch aufgrund des Widerrufs nach § 495 – „Steine statt Brot“ gibt, dann ist § 312 auch entgegen § 312 a anwendbar. Insoweit bedarf § 312 a der teleologischen Reduktion (dazu 2.).

### 2. Schutzniveau nach EuGH

Zu prüfen ist somit, ob V aufgrund des Widerrufsrechts aus § 312 den Rückgewähranspruch nach § 346 I hat, ohne seinerseits **dem Gegenanspruch** auf Darlehensrückzahlung und Nutzungsvergütung **ausgesetzt zu sein**. Auf den **ersten Blick** scheint sich kein Unterschied zwischen den Rechtsfolgen des Widerrufs nach § 495 und desjenigen nach § 312 zu ergeben. Denn der Grund für das niedrige Schutzniveau für V ist **§ 358 III 3**, der nach seiner systematischen Stellung generell für den Widerruf nach §§ 355 ff., also auch für den Widerruf nach § 312 gilt.

Bei der Auslegung der §§ 312, 357, 358 ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei diesen Vorschriften um die **Umsetzung** der europäischen **Haustürwiderrufsrichtlinie** handelt. Deshalb bedürfen die deutschen Vorschriften der richtlinienkonformen Auslegung und u. U. sogar der Korrektur zur Einhaltung der Richtlinie.

Nach der Rspr. des EuGH (siehe oben), die für die deutschen Gerichte insoweit verbindlich ist, muss der Verbraucher vor den Risiken einer vollständig finanzierten Immobilienanlage unter bestimmten Voraussetzungen geschützt werden. Hat ein Verbraucher in einer Haustürsituation durch denselben Vermittler sowohl die Immobilie als auch den Finanzierungskredit angeboten bekommen und sein Widerrufsrecht ausgeübt, muss ihm das Risiko sowohl der mangelhaften Anlage als auch der Finanzierung **vollständig abgenommen** werden, wenn er bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung die Möglichkeit gehabt hätte, die Eingehung solcher Risiken zu verhindern.

V kann also möglicherweise mit dem Widerruf nach § 312 einen besseren Schutz als mit dem Widerruf nach § 495 erreichen. Deshalb gilt § 312 a für diesen Widerruf nicht und das Widerrufsrecht nach § 312 steht V zur Verfügung.

**Anmerkung:** Erwägenswert scheint auch folgende Überlegung: Da es sich bei der vom EuGH geforderten Rechtsfolge um eine Rechtsanwendung gegen den Wortlaut des § 358 III 3 (contra legem) handelt, sollte die Vorschrift für den Widerruf von Haustürgeschäften nicht **generell** als derogiert angesehen werden, sondern nur in Fällen, in denen das deutsche Recht auf keinem **anderen Wege** das geforderte Schutzniveau erreicht. Steht dem Verbraucher ein Schadensersatzanspruch nach §§ 311 II, 280 I zu oder ein Bereicherungsanspruch nach §§ 123, 812, wird er möglicherweise ohnehin hinreichend vor der Inanspruchnahme für das Darlehen trotz der missglückten Immobilieninvestition geschützt. Geht man den hier angedeuteten Weg einer fallbezogenen (nicht: generellen) Derogierung des § 358 III 3, müssten die genannten Alternativansprüche (unten III. und IV.) schon hier geprüft werden.

### 3. Haustürsituation

Der Hausbesuch des A bei V erfüllt die Merkmale des § 312 I 1 Nr. 1. Als Vertrag, der auf den Hausbesuch zurückgeht, können sowohl die Vollmacht für R als auch die von diesem abgeschlossenen Verträge, hier also der Kreditvertrag mit S, angesehen werden. Die Erteilung der Vollmacht ist zwar ein einseitiges Rechtsgeschäft. Da die Vollmacht aber auf den Abschluss des Vertretergeschäftes zielt, muss nach dem Schutzzweck der Widerrufsvorschrift eine Vollmacht zum Abschluss eines Verbrauchervertrages ebenfalls widerrufbar sein. Die Voraussetzungen eines Vertrages zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher liegen hier auch hinsichtlich der Vollmacht vor: R ist nach § 14 Unternehmer als Rechtsanwalt; für V ist die Erteilung der Vollmacht ebenso wenig ein Rechtsgeschäft im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit wie der Kreditvertrag. Nach vielen Stimmen in der Literatur beseitigt der Widerruf die Wirkung der Vollmacht von Anfang an. Der Widerruf der Vollmacht hat dann dieselben Wirkungen wie der Widerruf des vom Vertreter abgeschlossenen Vertrages.

### 4. Begrenzte Wirkung des Vollmachtswiderrufs?

Freilich stellt sich bei einem Widerruf der Vollmacht die Frage, ob das abgeschlossene Vertretergeschäft nach §§ 170 ff. wirksam bleiben kann. Dies würde hier zur Wirksamkeit des vom Vertreter R abgeschlossenen Kreditvertrages führen und der Widerruf der Vollmacht ginge ins Leere.

Eine solche isolierte Betrachtung von Vollmacht und Vertretergeschäft hat der **BGH** in st. Rspr. bei solchen Vollmachten vorgenommen, die wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG nach § 134 nichtig waren. Sogar Banken sollten sich diesem Mangel der Vollmacht gegenüber auf § 173 berufen können, da anerkanntermaßen den Geschäftspartner des Vertreters keine allgemeine Überprüfungs- und Nachforschungspflicht treffe. Diese Rspr. ist auf erhebliche Kritik gestoßen. Mindestens seit einigen Jahren ist die Praxis der finanzierten Anlagevermittlung mit Treuhandkonstruktion so allgemein bekannt, dass sich die professionellen Kreditgeber nicht mehr „dumm stellen“ können. Dies dürfte schon 2003, beim Abschluss des hier zu beurteilenden Vertrages, anzunehmen gewesen sein. Zudem widerspricht die geschilderte Rechtsprechung den Vorgaben des EuGH. Demnach kann die finanzierende Bank das Risiko jedenfalls nicht dadurch auf den Verbraucher zurückwälzen, dass sie sich auf § 173 beruft.

### 5. „Überschießender“ Gegenanspruch der S aus § 346 I trotz höheren Schutzniveaus?

a) Nach dem bis hierhin entwickelten Lösungsweg hätte V (wie bei einem verbundenen Geschäft) die Möglichkeit gehabt, von allen Folgen des Kreditvertrages mit Wirkung ex tunc befreit zu werden gegen Übertragung der Eigentumswohnung auf S. Da V die Eigentumswohnung aber an B veräußert hat, stellt sich die Frage nach Ansprüchen der S nach §§ 280 ff. auf Schadensersatz. Zur Beurteilung dieser Frage ist es wichtig, konsequent zum verbraucherschützenden Zweck der EuGH-Rechtsprechung zu bleiben. Man muss deswegen annehmen, dass S **keinen** Schadensersatzanspruch gegen V aus §§ 275 I, 280, 283 hat. Begründung: Da S sich geweigert hat, das Darlehen unter Übernahme der Eigentumswohnung rückabzuwickeln, hat nicht V die jetzt bestehende Unmöglichkeit der Übertragung zu vertreten, sondern S. Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 326 II 1 wird man die „weit überwiegende“ Verantwortlichkeit der S deren alleiniger Verantwortung gleichstellen müssen.

b) Statt der Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch bleibt dann aber S die Möglichkeit, nach § 348 die Erfüllung der Rückgewährpflicht aus § 346 I zurückzuhalten, bis V ihr gegenüber die (sekundäre!) Herausgabepflicht nach § 285 erfüllt hat, also den Kaufpreisanspruch gegen B **abgetreten hat** nach § 398.

## 6. Ergebnis

Somit kann V von S Rückzahlung der Raten nach § 346 Zug um Zug gegen Abtretung des Kaufpreisanspruches gegen B verlangen.

**Anmerkung:** Da die „Umsetzung“ der Entscheidungen des EuGH in deutsches nationales Recht durch die Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist, darf es (mindestens) nicht als (schwerer) Fehler gewertet werden, wenn Bearbeiter trotz der oben erwähnten methodischen Bedenken § 358 III 3 beiseite schieben und V aus der Rechtsprechung des EuGH **selbständig** (also ohne §§ 358 III 1, IV 3) das Recht gewähren, so gestellt zu werden, als wäre es gar nicht zu dem finanzierten Anlagegeschäft gekommen. Methodisch „sauber“ lässt sich dies wohl so konstruieren, dass über § 357 zwar §§ 346 ff. anzuwenden sind, bei den **Rechtsfolgen** aus dem Rückgewährschuldverhältnis aber darauf geachtet werden muss, dass keine Nachteile für V (wie Vergütung der Darlehensüberlassung bis zum Widerruf und Rückzahlung des Darlehensbetrages) daraus entstehen („teleologische Reduktion“ der Rückgewährfolgen zugunsten des Verbrauchers).

## III. Aus §§ 311 II, 241 II, 280 I, 278, 31

**Anmerkung:** Wer zu I. einen jetzt noch wirksamen Widerruf verneint hat, muss sich besonders intensiv mit diesem Anspruch wie auch mit demjenigen nach IV. befassen.

### 1. Vorvertragliches Verhältnis

Ein solches Verhältnis liegt hier unproblematisch vor. Dass es zum Abschluss eines Vertrages gekommen ist, hindert Pflichten beim Zustandekommen des Vertrages nicht.

### 2. Aufklärungspflicht der S

Aus § 241 II sind Pflichten des Vertragspartners oder Partners eines vorvertraglichen Verhältnisses zur Aufklärung zu konstruieren, wenn nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte mit einer Aufklärung zu rechnen war. Verfügt eine Bank nachgewiesenermaßen über eine Information, die erkennbar von zentraler Bedeutung für ihren Kreditnehmer ist, muss sie ihre Information jedenfalls dann offenbaren, wenn es sich bei dem Kunden – wie hier – um einen Verbraucher handelt. Die Kenntnis des M ist hier der S zuzurechnen. M ist als **Wissensvertreter** der S anzusehen. Man kann dafür auch auf § 31 verweisen.

### 3. Pflichtverletzung

Da hier eine Aufklärungspflicht wegen der Kenntnis des M bestand, ist eine Pflichtverletzung nach § 280 I 1 ohne weiteres zu bejahen. S hat sie zu vertreten nach § 31. M hätte entsprechend seiner Funktion bei S dafür sorgen müssen, dass die Folgen aus seiner Kenntnis potentiellen Kreditkunden bekannt gegeben würden. Im Unterlassen solcher Vorkehrungen kann man auch ein Organisationsverschulden sehen.

### 4. Anspruchsinhalt

Der Anspruch ist nach § 249 I auf Naturalrestitution gerichtet, also darauf, dass V so gestellt wird, wie er stünde, wenn er die richtige Information erhalten hätte. Dies unterscheidet sich nicht vom „Schutzniveau“ bei Ausübung des Widerrufsrechts nach der Rechtsprechung des EuGH.

Fraglich ist aber auch hier wieder, ob S nach § 273 einredeweise einen Gegenanspruch geltend machen kann. Ein solcher Anspruch ergibt sich hier aus dem gemeinsamen Rechtsgedanken der §§ 255, 285, 818 I. Den V trifft hiernach die Pflicht zur Abtretung seines Kaufpreisanspruches gegen B.

## IV. Aus §§ 812 I 1 Alt. 1, 123

## 1. Rechtsgrundlosigkeit durch Anfechtung

a) Die Erklärung des Widerrufs kann zugleich als Anfechtungserklärung ausgelegt werden. V kommt es darauf an, möglichst wirksam gegen den Kreditvertrag vorzugehen. Als Gegenstand der Anfechtung kommt in erster Linie die **Vollmacht** in Betracht. Vertretbar ist aber auch, die Anfechtung direkt gegen das Hauptgeschäft, also den Kreditvertrag, zu richten, weil R in Ausübung der Vollmacht diesen Vertrag bereits abgeschlossen hat.

b) Eine Täuschung ergibt sich hier, weil S – gleichsam vertreten durch M – zur Information des V verpflichtet gewesen wäre (s. o. III 2), diese Information aber unterlassen hat.

c) Nicht einschlägig ist hier § 123 II, weil gerade der Vertragspartner (S) durch ihr Vorstandsmitglied die Aufklärungspflicht verletzt hat.

## 2. Beschränkung der Herausgabepflicht durch Gegenansprüche?

a) Auch hier stellt sich wieder die Frage nach Gegenansprüchen der S gegen V. Im Rahmen des Bereicherungsrechts kommt zur Umsetzung einer solchen „Zweigleisigkeit“ von Ansprüchen die **Saldotheorie** in Betracht. Da hier die Rechtsgrundlosigkeit auf eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zurückgeht, ist richtiger Ansicht nach die Saldotheorie aber unanwendbar.

b) Allemal möglich (auch nach der 2-Konditionen-Lehre) bleibt aber eine Verknüpfung nach § 273. Dazu ist auf oben III 4 b zu verweisen. Schon zur Begründung des dort herangezogenen Rechtsgedankens wurde § 818 I erwähnt. Wirtschaftliches Surrogat für das ursprünglich erhaltene Darlehen ist hier nunmehr der Kaufpreisanspruch des V gegen B. Da dieser Anspruch V noch zusteht und nicht etwa gem. § 818 III weggefallen ist, hat V den Anspruch nach § 398 an S abzutreten.

## V. Gesamtergebnis von A

Sowohl nach Rücktrittsrecht wegen der Ausübung des Widerrufsrechts aus § 312 als auch nach § 311 II und nach § 812 I 1 Alt. 1, jeweils mit § 273, ergibt sich dieselbe Gesamtlösung. V kann also die Raten von S zurückverlangen, ohne das Erlöschen ihres Rückzahlungsanspruchs durch Aufrechnung von Seiten der S gewärtigen zu müssen. Bei Erhebung der entsprechenden Einrede braucht S das Rückzahlungsverlangen des V aber nur Zug um Zug gegen Abtretung des Kaufpreisanspruchs des V gegen B zu erfüllen.

## B. Anspruch des V gegen S auf Herausgabe des Grundschuldbriefes

### I. Anspruchsgrundlage: §§ 985, 952 II

Der Grundschuldbrief ist eine Urkunde, an der wie an anderen Sachen Eigentum bestehen könnte. Unter dieser Voraussetzung könnte V nach § 985 Herausgabe der Urkunde verlangen, wenn er deren **Eigentümer** und S nur Besitzerin wäre.

Als Sonderregel sieht § 952 jedoch vor, dass die dort genannten Urkunden – darunter nach § 952 II der Grundschuldbrief – nicht unmittelbar den Regeln für bewegliche Sachen folgen. Eigentümer der Urkunde ist vielmehr der **Inhaber des Rechts**, das im Brief dokumentiert (nicht aber – wie im echten Wertpapier – verkörpert) wird. Demnach kann V die Herausgabe des Grundschuldbriefes verlangen, wenn ihm das dokumentierte Recht selbst zusteht.

§ 952 I nennt als Eigentümer den **Gläubiger**. Dies darf nicht dahin missverstanden werden, dass es – im Sinne des § 241 I – auf eine schuldrechtliche Forderung ankäme. Da § 952 II ganz unbefangen den Grundschuldbrief nennt, die Grundschuld nach §§ 1191, 1192 I aber gerade keine zu sichernde Forderung voraussetzt, ist Eigentümer des Grundschuldbriefes der Inhaber der Grundschuld. Man kann den Inhaber freilich in einem weiteren Sinne als Grundschuldgläubiger bezeichnen, weil § 1191 I ja die Grundschuld

als Recht definiert, eine Geldsumme zu fordern. Nur richtet sich dieses Recht nicht (unmittelbar) gegen einen persönlichen Schuldner; vielmehr hat die Zahlung „aus“ dem Grundstück mit Hilfe der Zwangsvollstreckung nach § 1147 zu erfolgen.

Der Besitz des Grundschuldbriefes ist für den Inhaber der Grundschuld sehr wichtig. So benötigt er den Brief zur Übertragung des Rechts nach §§ 1192 I, 1154 I und zur Einziehung der Grundschuldsumme, da der Eigentümer sonst die Einrede des § 273 I wegen §§ 1192 I, 1144 erheben kann. Andererseits ermöglicht der Briefbesitz auch dem Nichtberechtigten zusammen mit §§ 1192 I, 1155 die Übertragung an einen redlichen Erwerber. Schon um dies zu verhindern, benötigt der Grundschuldinhaber den Besitz am Brief.

## II. Inhaberschaft des V an der Grundschuld

### 1. Entstehung des Grundpfandrechts

Erste Voraussetzung für die Inhaberschaft der Grundschuld ist, dass überhaupt ein Grundpfandrecht entstanden ist. Eingetragen worden ist das Recht als Fremdgrundschuld für S und offenbar wurde ihr auch der Brief übergeben. Die Form der Grundschuldbestellung nach §§ 873 I, 1192 I, 1117 ist also gewahrt.

Fraglich kann aber sein, ob die **Einigung** über die Grundschuld nach § 873 I wirksam ist. Sie könnte sowohl an Mängeln der Vollmacht für R als auch an Mängeln des dinglichen Vertrages selbst scheitern. Fehlt die Einigung, ist überhaupt kein Grundpfandrecht entstanden. Die Veranlassung der Eintragung kann dann auch nicht nach § 140 in die Bestellung einer Eigentümergrundschuld umgedeutet werden.

Die Bestellung der Grundschuld durch einen **Vertreter**, wie hier, ist unbedenklich zulässig. Die im vorliegenden Fall gewählte Form der notariellen Beglaubigung ist materiellrechtlich nicht vorgeschrieben, diente aber der Einhaltung des § 29 GBO gegenüber dem Grundbuchamt.

R könnte dennoch **ohne Vertretungsmacht** gehandelt haben. Dies könnte sich daraus ergeben, dass er nicht nur V vertrat, sondern auch als Treuhänder von B handelte. Er könnte sich deshalb in einer Interessenkollision befunden haben. Zum einen bestand sie jedoch allenfalls zwischen V und B, nicht zwischen V und der (ersten) Grundschuldinhaberin S. Zum anderen wird § 181 von der h. M. nicht einmal dann analog angewendet, wenn der Vertreter die Sicherheit zu Lasten des Vertretenen für eine eigene Schuld bestellt. Hier aber wird die Belastung für den Sicherungsgeber selbst als persönlichen Schuldner begründet.

### 2. Widerruf der Vollmacht zur Grundschuldbestellung?

V könnte aber die Vollmacht des R widerrufen haben. Wie oben (zu A.) entwickelt, ist von einem wirksamen Widerruf des Kreditvertrages und/oder der Vollmacht für R auszugehen.

**Anmerkung:** Wer zu A. den Widerruf des Kreditvertrages für verfristet gehalten hat, muss im jetzigen Abschnitt ohne weiteres von der Wirksamkeit der Vollmacht und so auch der Grundschuldbestellung ausgehen.

Aus dem wirksamen Widerruf der Vollmacht für den Kreditvertrag und/oder des Kreditvertrages selbst ergibt sich jedoch nicht, dass der Widerruf **auch die** für den genommenen Kredit eingeräumte **Sicherheit** erfasst. Nach dem Abstraktionsprinzip ist die Wirksamkeit der Grundschuldbestellung unabhängig von dem Kreditvertrag zu beurteilen. Schon deshalb kann durch den „Verbraucherdarlehensvertrag“ in § 495 I nicht die Einigung über die Grundschuld erfasst werden. Denkbar bleibt hiernach aber ein selbständiges Widerrufsrecht wegen der „Haustürsituation“, in der A den V zur Erteilung der Vollmacht für eine Grundschuldbestellung veranlasst hat.

Auszuscheiden scheint aber § 312 I, weil die Grundschuldbestellung kein auf eine **entgeltliche Leistung** gerichteter Vertrag ist. Auf eine Leistung „gerichtet“ kann nach dem Wortsinn ohnehin nur ein schuldrechtlicher, verpflichtender Vertrag sein, und die Grundschuldbestellung für einen Kredit ist nicht, wie der Zins, Gegenleistung für die Überlassung des Darlehens, sondern eher eine Nebenleistung. Der EuGH hat sich jedoch bei Auslegung der Haustürwiderrufsrichtlinie, die dem § 312 zugrunde liegt, dafür

entschieden, dass auch ein Bürgschaftsvertrag unter die Regelung der Haustürgeschäfte fallen kann, obwohl er ebenso wenig wie die Einräumung einer dinglichen Sicherung als gegenseitiger Vertrag mit dem Gläubiger angesehen werden kann. Dies ist nach dem Schutzzweck des Haustürwiderrufsrechts zu billigen, Verbraucher vor der Eingehung solcher von ihnen nicht immer voll überblickter Verpflichtungen zu bewahren, in die sie aufgrund einer „verführerischen“ Situation hineingeraten sind. Dieser Gedanke trifft für dingliche Sicherheiten genauso zu wie für die persönliche Sicherheit in Gestalt der Bürgschaft.

Zu beachten ist jedoch auch bei Anwendung des europarechtlich beeinflussten Haustürwiderrufsrechts das im deutschen Recht geltende **Abstraktionsprinzip**: § 312 I schützt den Verbraucher vor Verpflichtungen, nicht vor Verfügungen. Nach dem für diese geltenden Grundsatz des Verkehrsschutzes bleiben sie wirksam, auch wenn ein Verbraucher sie vornimmt. Allerdings kann der Widerruf nach § 312 I dazu führen, dass der Sicherungsnehmer die Sicherheit nach §§ 357, 346 herausgeben muss. An der sachenrechtlich wirksamen Bestellung der Fremgrundschuld für S durch V (vertreten durch R) ändert das nichts.

### 3. Widerruf der Einigung

So wie der Widerruf der Vollmacht keine dingliche Wirkung hinsichtlich der Grundschuld entfalten kann, wäre auch der Widerruf der dinglichen Einigung für die Grundschuld selbst nicht über das Verbraucherwiderrufsrecht zu begründen.

## III. Ergebnis

Der Anspruch auf Herausgabe des Grundschuldbriefes ist somit nicht begründet.

### C. Anspruch des V gegen S auf Rückübertragung der Grundschuld

#### I. aus dem Sicherungsvertrag

##### 1. Rückgewährklausel im Sicherungsvertrag V – S?

Im Sachverhalt ist nur von einer **Zweckerklärung** die Rede, nicht von einem Sicherungsvertrag. Die „Zweckerklärung“ ist jedoch nur eine andere Bezeichnung für einen Sicherungsvertrag: Die Begründung des Sicherungszwecks für die Grundschuld erfolgt durch das Schuldrecht. Schuldrechtliche Verpflichtungen können nach § 311 I aber nur kraft Gesetzes oder durch einen Vertrag begründet werden, nicht durch einseitige Erklärung, also etwa allein die Erklärung des Kreditnehmers, dass die von ihm bestellte Grundschuld den Zweck habe, die Rückzahlung des Kredites zu sichern. Demnach ist die Zweckerklärung des vorliegenden Falles als Sicherungsvertrag zu verstehen.

Freilich schweigt der Sachverhalt darüber, ob die Zweckerklärung eine **Klausel zur Rückgewährpflicht** enthält. Die juristische Konstruktion eines Sicherungsvertrages als causa der Grundschuld hat aber vor allem gerade den Sinn, einen Rückgewähranspruch bei Erreichen des Sicherungszwecks zu begründen. Daher enthalten die Formulare der Kreditbanken und Bausparkassen für den Sicherungsvertrag durchweg eine Rückgewährklausel. Als Formulare und gegenüber Verbrauchern auch im Individualvertrag (§ 310 III) sind Vertragsbedingungen einer Zweckerklärung ohne Rückgabeklausel unwirksam nach § 307, weil sie den Sicherungsgeber unangemessen benachteiligen.

##### 2. Wegfall des Sicherungsvertrages

Im vorliegenden Fall ist der Sicherungszweck der für S bestellten Grundschuld aber nicht erfüllt. Vielmehr ist der Sicherungszweck der Grundschuldbestellung durch den Widerruf mit Wirkung ex tunc weggefallen. Ein solcher Sachverhalt wird vom Sicherungsvertrag nicht erfasst. Dies ist aber auch unnötig. Denn die Ausübung des Widerrufsrechts beseitigt die Wirkung des Sicherungsvertrages insgesamt, und dann ist nach §§ 357, 346 ff. die eingeräumte Sicherheit aus diesem Grunde, also **aus Rückgewährschuldverhältnis** und nicht aus dem Sicherungsvertrag, zurückzugewähren.



### 3. Widerruf der Vollmacht

Man kann noch überlegen, ob der Sicherungsvertrag auch dann durch Widerruf entfällt, wenn nicht dieser Vertrag selbst, sondern die Vollmacht (hier: an R) widerrufen wird. Dann gilt auch hier (wie oben A II 4), dass sich S nicht auf die Wirksamkeit der Vollmacht oder ihres Rechtsscheins nach §§ 170 ff. berufen kann. Auch bei Annahme eines Widerrufs der Vollmacht allein nach § 312 I kommt es demnach zu einem Rückgewährschuldverhältnis nach §§ 357, 346 ff. Ein (dauerhaft) wirksamer Sicherungsvertrag besteht unter dieser Voraussetzung nicht. Folglich lässt sich auch ein Rückgewähranspruch aus diesem nicht herleiten.

## II. aus §§ 312, 355, 357, 346

### 1. Vorliegen eines Widerrufs nach § 312

Nach den vorangegangenen Erwägungen erstreckt sich der Widerruf, den V gegenüber S erklärt hat, unproblematisch auf den Sicherungsvertrag: Da V „die Grundschuldbestellung“ widerruft, bedarf seine Erklärung der **Auslegung**. Wie bereits ausgeführt, besteht das Widerrufsrecht wegen des Abstraktionsprinzips nicht für den dinglichen Vertrag nach § 873 I. Die Erklärung des Widerrufs kann aber nach § 140 umgedeutet werden in den Widerruf des Sicherungsvertrages (oder der Zweckerklärung). Ein solcher Widerruf muss möglich sein, obwohl der Sicherungsvertrag nicht in das Schema des entgeltlichen Verbrauchervertrages passt (dazu schon oben B II 2).

Somit liegen die Voraussetzungen für ein Herausgabeverlangen nach §§ 357, 346 I **hinsichtlich der Grundschuld** vor.

**Anmerkung:** Bei Annahme, der Widerruf sei ausgeschlossen, ergibt sich der Rückgewähranspruch nach Anfechtung aus §§ 812 I 1 Alt. 1, 142 I und aus §§ 311 II, 280 I, 249 I als Anspruch auf Naturalrestitution.

### 2. Fortbestand der Grundschuld für S aus „Forderungsauswechslung“?

Zu erwägen ist jedoch ein Ausschluss dieses Herausgabeverlangens, weil S auch nach Widerruf des Kreditvertrages einen Anspruch gegen V haben könnte, für den die Sicherheit der Grundschuld möglicherweise fortbesteht. Angesichts der Flexibilität der Grundschuld könnte man daran denken, die ursprünglich für den Rückzahlungsanspruch nach § 488 I 2 vorgesehene Grundschuld einfach **auf den Rückgewähranspruch** aus § 346 zu beziehen. Durch den Widerruf ist jedoch der Sicherungsvertrag selbst, also die causa der Grundschuld, beseitigt worden. Eine Forderungsauswechslung wäre hingegen nur **auf der Grundlage des Sicherungsvertrages** möglich.

Etwaige finanzielle Forderungen der S gegen V nach dem Widerruf können daher den Anspruch des V auf Rückgewähr der Grundschuld nicht ausschließen.

**Anmerkung:** Für diejenigen, die den Widerruf ohnehin für ausgeschlossen halten, stellt sich die hier erörterte Frage z. B. für den Darlehensrückzahlungsanspruch aus §§ 812 I 1 Alt. 1, 142 I in entsprechender Weise und mit demselben Ergebnis. Die unter 3. erörterte Folgefrage stellt sich auch unter der Voraussetzung, dass V aus §§ 812 I 1 Alt. 1, 142 i. V. m. 818 I oder aus dem Rechtsgedanken der §§ 255, 285, 818 I bei Gewährung eines Anspruchs für V aus § 311 II seinerseits zur Abtretung des Kaufpreisanspruchs gegen B an S verpflichtet ist.

### 3. Ausschluss der Rückforderung nach § 242

Da aber solche Forderungen überhaupt in Betracht kommen, bleibt zu prüfen, ob V nicht aus anderen Gründen verpflichtet wäre, der S die Grundsuld, die V beansprucht, zurück zu übertragen. Träfe dies zu, müsste V die Grundsuld nach § 242 weiter der S überlassen, ohne sie „für einen Augenblick“ zurücknehmen zu dürfen: **dolo facit**, qui petit, quod statim redditurus est. Um dies zu klären, ist ein Gegenanspruch der S gegen V auf Verschaffung der Grundsuld zu prüfen.

a) Da V den Kreditvertrag und den Sicherungsvertrag widerrufen hat, kommt eine vertragliche Verschaffungspflicht jedenfalls nicht in Frage. Auch aus den widerrufenen Verträgen hat V die Grundsuld gerade noch nicht, so dass ein Rückgewährgegenanspruch ausscheidet, mit dem S die eigene Pflicht nach § 348 S. 1 zur Zug-um-Zug-Verpflichtung umgestalten könnte. Weil aber eben die lex specialis des § 348 S. 1 nicht anzuwenden ist, muss hier auf § 242 zurückgegriffen werden, der sogar eine **Einwendung** begründet und nicht nur eine Einrede, wie § 348 S. 1. Für diese Einwendung kommt dann aber nur noch ein Anspruch wegen einer etwaigen Störung der Rückgewähr in Betracht. Wie zu A. entwickelt, war V der S gegenüber verpflichtet, im Gegenzug zur Rückzahlung der Raten die Eigentumswohnung auf S zu übertragen.

b) Da V in der Zwischenzeit die Eigentumswohnung an B (zurück)übereignet hat, kann er sie nicht an S herausgeben. Von seiner primären Rückgewährpflicht ist er nach § 275 I befreit. Gerade deshalb könnte er aber zur Herausgabe der **Sicherheit als Surrogat** für die Wohnung nach § 285 verpflichtet sein.

Zunächst ist der Ersatz für die herauszugebende Wohnung aber nicht die Sicherheit, sondern die **zu sichernde Kaufpreisforderung** gegen B. Sie also muss V nach §§ 285, 398 an S abtreten.

Mit der Abtretungspflicht hinsichtlich dieser Forderung könnte aber eine entsprechende Pflicht hinsichtlich der dafür bestimmten Sicherheit einhergehen. Würde es sich um eine akzessorische Sicherheit handeln, ergäbe sich deren Übergang mit der Forderung nach § 401. Diese Vorschrift ist mangels Akzessorietät auf die Grundsuld nicht anzuwenden. Schon im Verhältnis zum Sicherungsgeber – hier also nunmehr gegenüber B – ist der Zedent (V) aus dem Sicherungsvertrag aber regelmäßig verpflichtet, die Grundsuld nicht von der Forderung zu trennen. Fehlt eine entsprechende Vereinbarung, wird man eine solche Pflicht aus § 241 II zur Wahrung der Interessen des Schuldners und Sicherungsgebers annehmen müssen. Als Folge davon ist der Inhaber der Grundsuld auch dem Zessionar der Forderung (S) gegenüber **zur Abtretung** der Grundsuld **verpflichtet**: Würde V die Forderung isoliert von der Grundsuld abtreten, könnte B der S nach § 404 entgegenhalten, dass er zur Erfüllung nur gegen Rückgabe der Grundsuld verpflichtet sei. Herauszugeben hat V an S nach § 285 aber nicht eine „nackte“, sondern eine durchsetzbare Forderung, so wie er sie selbst als Surrogat für die Wohnung erhalten hat.

c) Somit wäre hier V, da er die Grundsuld, die er von S verlangt, zur Sicherung seines Kaufpreisanspruchs gegen B verwenden soll und will, nach Empfang der Grundsuld verpflichtet, diese sogleich in Analogie zu § 401 zusammen mit der nach §§ 285, 346 abzutretenden, gesicherten Kaufpreisforderung auf S zu übertragen. Deshalb ist V **von vornherein** nach § 242 gehindert, die Übertragung der Grundsuld von S zu verlangen.