

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Verbraucherschutzrechtlicher Widerruf eines Gesellschaftersbeitritts

RL 85/577/EWG Art. 1, 2, 3 Abs. 2, 5 Abs. 2, 7; BGB §§ 312, 355, 357

*EuGH, Urt. v. 15.4.2010 – Rs. C-215/08 (E. Friz GmbH)*¹
*BGH, Urt. v. 12.7.2010 – II ZR 292/06 (OLG München, LG München I)*²

A. Einleitung

Die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds ist für Verbraucher gerade im Hinblick auf den Gesellschaftersbeitritt eine riskante Möglichkeit der Kapitalanlage. Die Ausübung des Widerrufsrechts durch einen Gesellschafter gemäß § 355 BGB, welches bei Haustürgeschäften nach § 312 BGB besteht, verwandelt den Vertrag über den Gesellschaftersbeitritt ex nunc in ein Abwicklungsverhältnis, § 357 BGB. Die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft führt in diesen Fällen aber nicht zu einem rückwirkenden Verlust der Gesellschaftersstellung, sondern nur dazu, dass der Verbraucher nach Ausübung seines Widerrufsrechts aus der Gesellschaft ausscheidet.³ Dieses Spannungsfeld aufzulösen, war jüngst Gegenstand der hier in Auszügen wiedergegebenen und besprochenen Entscheidungen des EuGH und des BGH.⁴

B. Entscheidungen

I. Urteil des EuGH

1. Leitsätze

1. Die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist auf einen unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens geschlossenen Vertrag anwendbar, der den Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft betrifft, wenn der Zweck eines solchen Beitritts vorrangig nicht darin besteht, Mitglied dieser Gesellschaft zu werden, sondern Kapital anzulegen.

2. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577 steht unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens einer nationalen Regel nicht entgegen, die besagt, dass im Falle des Widerrufs eines in einer Haustürgesituation erklärten Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft der Verbraucher gegen diese Gesellschaft einen Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben geltend ma-

chen kann, der nach dem Wert seines Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens aus diesem Fonds berechnet wird, und dass er dementsprechend möglicherweise weniger als den Wert seiner Einlage zurückerhält oder sich an den Verlusten des Fonds beteiligen muss.

2. Aus den Gründen

(25) Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Richtlinie auf einen Vertrag wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden anwendbar ist, der den Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft betrifft und eine vertragliche Beziehung zwischen dem Verbraucher und dem Verwalter dieses Fonds begründet, wenn der Zweck eines solchen Beitritts, wie es meint, vorrangig nicht darin besteht, Mitglied dieser Gesellschaft zu werden, sondern Kapital anzulegen.

(26) Zur Beantwortung dieser Frage ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie nach ihrem Art. 1 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich u.a. für Verträge gilt, die anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher geschlossen werden, sofern der Besuch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt.

(27) Gem. Art. 2 der Richtlinie fällt unter den Begriff „Gewerbetreibender“ im Sinne der Richtlinie eine natürliche oder juristische Person, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, sowie eine Person, die im Namen und für Rechnung eines Gewerbetreibenden handelt.

(28) Im Ausgangsverfahren geht aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten hervor, dass Herr von der Heyden die Erklärung seines Beitritts zu dem fraglichen Immobilienfonds, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der Roland Steuerberatungs-GmbH im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit verwaltet wurde, während eines Besuchs in seinem Haus abgab, um den dieser Verbraucher nicht gebeten hatte. Der Beitritt erfolgte gegen Leistung einer Kapitaleinlage von 384 044 DM durch Herrn von der Heyden auf ein Bankkonto der genannten Gesellschaft.

(29) Ferner ist den Akten zu entnehmen, dass dieser Besuch von einem Vertreter der Roland Steuerberatungs-GmbH abgestattet wurde, die ausdrücklich als Verwalter des Immobilienfonds handelte und von diesem eine Provision für jeden Vertrag erhielt, der mit einem neuen Gesellschafter geschlossen wurde.

(30) Daher ist festzustellen, dass der Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft unter Umständen wie den vom vorlegenden Gericht beschriebenen eine der Varianten des objektiven Tatbestands von Art. 1 der Richtlinie erfüllt und somit in ihren Anwendungsbereich fällt.

(31) Daran ändert auch das Vorbringen der deutschen Regierung nichts, wonach der Zweck des Immobilienfonds in der Instandsetzung, Modernisierung und Verwaltung eines Grundstücks bestehe und der Beitritt zu diesem Fonds deshalb einen Vertrag über „andere Rechte an Immobilien“ i.S. von Art. 3 Abs. 2 lit. a der Richtlinie darstelle, der aus diesem Grund nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle.

¹ BGH NJW 2010, 1511, vgl. auch den Vorlagebeschluss BGH NJW 2008, 2464 ff.

² BGH NJW 2010, 3096.

³ Zum Problemaufriss und einer dogmatischer Lösungsmöglichkeit *Kliebisch*, ZJS 2010, 10 ff.

⁴ Für eine klausurmäßige Aufarbeitung des zugrunde liegenden Falles vgl. *Kliebisch*, JuS 2010, 958.

(32) Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Ausnahmen von unionsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen sind.⁵

(33) Deshalb genügt die Feststellung, dass der von Herrn von der Heyden unterzeichnete Vertrag nach Aktenlage nicht irgendwelche Rechte an einer Immobilie betrifft, die Gegenstand der in Art. 3 Abs. 2 lit. a der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme sind, sondern ausschließlich den Beitritt zu einem Immobilienfonds mittels des Erwerbs von Beteiligungen an einer Personengesellschaft gegen Leistung einer Kapitaleinlage.

[...]

(35) Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie einer nationalen richterrechtlichen Regel entgegensteht, die besagt, dass im Falle des Widerrufs eines in einer Haustürsituation erklärten Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft der widerrufende Verbraucher gegen diese Gesellschaft einen Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben geltend machen kann, der nach dem Wert seines Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens berechnet wird, und dass er dementsprechend möglicherweise weniger als den Wert seiner Einlage zurückerhält oder sich an den Verlusten des Fonds beteiligen muss.

(36) Zur Beantwortung dieser Frage ist zum einen darauf hinzuweisen, dass nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie der Verbraucher das Recht besitzt, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten, indem er dies innerhalb von mindestens sieben Tagen nach dem Zeitpunkt anzeigt, zu dem der Gewerbetreibende ihn schriftlich über die Existenz dieses Rechts sowie das Verfahren und die Bedingungen für seine Ausübung belehrt hat.

(37) Zum anderen bewirkt gem. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie die Anzeige des Rücktritts von der von ihm eingegangenen Verpflichtung durch den Verbraucher, dass er aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen ist.

(38) Folglich kann sich der Verbraucher, wenn er ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, von seinen vertraglichen Verpflichtungen befreien, indem er innerhalb der in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen Frist entsprechend dem Verfahren und unter Beachtung der Bedingungen, die im einzelstaatlichen Recht festgelegt sind, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht.

(39) Wenn der Verbraucher hingegen nicht ordnungsgemäß belehrt worden ist, kann, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, die betreffende Frist von mindestens sieben Tagen nicht zu laufen beginnen, so dass er jederzeit sein Widerrufsrecht aus Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie ausüben kann.⁶

(40) Im vorliegenden Fall hat das vorliegende Gericht seine Frage allerdings ausdrücklich unter Bezugnahme auf Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie und damit auf den Fall gestellt, dass

der Verbraucher den Widerruf entsprechend den Bedingungen und dem Verfahren i.S. von Abs. 1 dieses Artikels angezeigt hat.

(41) In diesem Zusammenhang möchte der BGH wissen, in welchem Maße eine nationale richterrechtliche Regel wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende die Rechtsfolgen begrenzen kann, die sich aus der Ausübung des in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen Widerrufsrechts ergeben.

(42) Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass sich, wie Art. 7 der Richtlinie vorsieht, die Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher nach einzelstaatlichem Recht regeln.

(43) Auch wenn für die Folgen eines solchen gegebenenfalls erklärten Widerrufs somit nationales Recht gilt, müssen die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung ihre Befugnis in diesem Bereich gleichwohl unter Beachtung des Unionsrechts und insbesondere der Vorschriften der Richtlinie ausüben, die im Licht der Zielsetzung der Richtlinie und in einer Art und Weise auszulegen sind, dass ihre praktische Wirksamkeit gewährleistet ist. Ebenso müssen die nationalen Gerichte, die mit einem Rechtsstreit unter Einzelnen befasst sind, das gesamte nationale Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist.⁷

(44) Wie der Gerichtshof indessen bereits zu entscheiden Gelegenheit hatte, steht zwar außer Zweifel, dass die Richtlinie dem Verbraucherschutz dient, doch bedeutet das gleichwohl nicht, dass dieser Schutz absolut ist. Daher gelten, wie sich sowohl aus Sinn und Zweck als auch aus dem Wortlaut einiger Bestimmungen dieser Richtlinie ergibt, für diesen Schutz bestimmte Grenzen.⁸

(45) Was insbesondere die Folgen der Ausübung des Widerrufsrechts angeht, hat der Gerichtshof zwar anerkannt, dass die Anzeige des Widerrufs sowohl für den Verbraucher als auch für den Gewerbetreibenden eine Wiederherstellung der ursprünglichen Situation bewirkt.⁹ Dennoch schließt es die Richtlinie keineswegs aus, dass der Verbraucher in ganz bestimmten Fällen Verpflichtungen gegenüber dem Gewerbetreibenden haben kann und gegebenenfalls gewisse Folgen tragen muss, die sich aus der Ausübung seines Widerrufsrechts ergeben.¹⁰

(46) Im Lichte dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die Richtlinie einer nationalen Regel entgegensteht, die besagt, dass ein Verbraucher, der seinen Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft widerruft, einen Anspruch gegen diese Gesellschaft hat, der nach dem Wert seines Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Fonds berechnet wird.

⁷ Vgl. in diesem Sinne insbes. EuGH NJW 2005, 3551, Rn. 69, 71, 102 (Schulte).

⁸ Vgl. EuGH, Slg. 2008 I 2383 = NJW 2008, 1865, Rn. 39 und 40 (Hamilton).

⁹ Vgl. in diesem Sinne EuGH NJW 2005, 3551, Rn. 88 (Schulte).

¹⁰ Vgl. in diesem Sinne EuGH NJW 2005, 3551, Rn. 93 (Schulte).

⁵ Vgl. u.a. EuGH, Slg. 2001 I 9945 = NJW 2002, 281, Rn. 31 (Heininger).

⁶ Vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 2001 I 9945 = NJW 2002, 281, Rn. 45 (Heininger).

(47) Dies scheint in Bezug auf die im Ausgangsverfahren streitige nationale Regel nicht der Fall zu sein.

(48) Wie nämlich der BGH in seiner Vorlageentscheidung ausgeführt hat, soll diese Regel entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts für einen vernünftigen Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den einzelnen Beteiligten sorgen.

(49) Insbesondere ermöglicht es eine solche Regel zum einen dem Verbraucher, der seinen Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft widerruft, seine Anteile zurückzugeben und gleichzeitig einen Teil der Risiken zu übernehmen, die untrennbar mit jeder Kapitalanlage der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind. Zum anderen erlaubt sie es außerdem den Mitgesellchaftern und/oder Drittgläubigern, unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens nicht die finanziellen Folgen des Widerrufs dieses Beitritts tragen zu müssen, der im Übrigen in Folge der Unterzeichnung eines Vertrags stattfand, an dem Letztere nicht beteiligt waren. [...]

II. Urteil des BGH – Friz II

1. Leitsätze

1. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, die entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts einen vernünftigen Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den einzelnen Beteiligten sichern soll, ist mit der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar und deswegen auch in Fällen anwendbar, in denen jemand zu Anlagezwecken einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in einer sog. „Haustürsituation“ beitrifft.

2. Das kann zur Folge haben, dass der Widerrufende nicht nur seine Einlage nicht oder nicht vollständig zurück erhält, sondern auf Grund der auf den Tag seines Ausscheidens zu erstellenden Auseinandersetzungsbilanz zur Verlustdeckung nach § 739 BGB verpflichtet ist.

2. Aus den Gründen

(9) Die Vorschriften der Richtlinie 85/577/EWG stehen – anders als das Berufungsgericht meint – der Rückabwicklung nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft und damit der auf § 739 BGB gestützten Ausgleichspflicht des Bekl. nicht entgegen.

(10) Das Berufungsgericht, das – mangels insoweit gestellten Tatbestandsberichtigungsantrags für die Revisionsinstanz bindend¹¹ – festgestellt hat, dass der Bekl. seinen Beitritt zu der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach § 3 HWiG wirksam widerrufen hat, irrt, wenn es meint, die nach der gefestigten Rechtsprechung des *Senats* auch im Falle des Widerrufs nach dem HWiG anwendbaren Grundsätze über die Abwicklung der fehlerhaften Gesellschaft¹² seien im

Hinblick auf die Richtlinie 85/577/EWG unanwendbar, wenn der Widerrufende – wie hier – infolge des Widerrufs mit einer Zahlungsverpflichtung belastet werde.

(11) Mit Urteil vom 15.4. 2010 (C-215/08, a.a.O.) hat die 1. Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften entschieden, dass die Richtlinie 85/577/EWG auf den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds, der, wie hier vom Berufungsgericht festgestellt, in einer sog. Haustürsituation erklärt wurde, anwendbar ist (Rn. 30).

(12) Gemäß Art. 7 der Richtlinie in der Auslegung des Gerichtshofs in der genannten Entscheidung beurteilen sich die Rechtsfolgen eines Widerrufs nach einzelstaatlichem Recht, was, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, nach der ständigen Rechtsprechung des *Senats*¹³ zur Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft und zur Ermittlung des Wertes des Gesellschaftsanteils des fehlerhaft beigetretenen Gesellschafters im Zeitpunkt seines Ausscheidens führt. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, die entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts einen vernünftigen Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den einzelnen Beteiligten sichern soll, ist mit der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar und bleibt anwendbar.

[...]

III. Folgerechtsprechung des BGH

BGH, Beschluss vom 12.07.2010 – II ZR 269/07 (KG)¹⁴

1. Leitsätze

1. Die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist auf den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds anwendbar, wenn der Zweck des Beitritts nicht vorrangig darin besteht, Mitglied dieser Gesellschaft zu werden, sondern Kapital anzulegen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Fonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer oHG bzw. KG errichtet ist (*acte claire*).

2. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, die entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts einen vernünftigen Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den einzelnen Beteiligten sichern soll, ist mit der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar und bleibt anwendbar. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie schließt damit auch nicht aus, den widerrufenden Verbraucher auf seine Haftsumme nach § 171 Abs. 1 HGB in Anspruch zu nehmen.

2. Aus den Gründen

(5) Die Ausführungen des Gerichtshofs zur Vereinbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie gelten wegen der identischen Interessenlage bei einer Personenhandelsgesellschaft ebenso wie bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Entgegen der Auffassung der

¹¹ Siehe insoweit BGH NJW-RR 2007, 1434 = NZG 2007, 428.

¹² BGHZ 148, 201 (207 f.) = DStR 2001, 1355; BGH DStR 2004, 2159; BGH DStR 2005, 2133 m.w.N.

¹³ Siehe nur BGHZ 148, 201 (207 f.) = DStR 2001, 1355; BGH DStR 2004, 2159.

¹⁴ BGH WM 2010, 1589.

Revision schließt Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie damit auch nicht aus, die widerrufenden Verbraucher auf ihre Haftsumme gem. § 171 Abs. 1 HGB in Anspruch zu nehmen.

(6) Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft trägt der Besonderheit des Gesellschaftsrechts Rechnung, dass – nachdem die Organisationseinheit erst einmal, wenn auch auf fehlerhafter Grundlage in Vollzug gesetzt worden ist – die Ergebnisse dieses Vorgangs, der regelmäßig mit dem Entstehen von Verbindlichkeiten verbunden ist, nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden können. Diese Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, der der fehlerhafte Gesellschaftsbeitritt gleichsteht,¹⁵ gehört zum „gesicherten Bestandteil des Gesellschaftsrechts“.¹⁶ Die gegenläufigen Interessen des Beitretenden, der Mitgesellschafter und der Gläubiger der Gesellschaft werden gleichmäßig berücksichtigt. Darin liegt die Eigenheit der gesellschaftsrechtlichen Konstellation. Der Kern der Aussagen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bzw. von dem fehlerhaften Beitritt besteht nach der ständigen Rechtsprechung des *Senats*, der die Literatur einmütig folgt, darin, dass der Beitretende – bis zum Austritt infolge der geltend gemachten Fehlerhaftigkeit durch Widerruf/Kündigung – Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten ist, und zwar sowohl im Innen-¹⁷ als auch im Außenverhältnis.¹⁸ Ist der fehlerhaft Beigetretene bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens Kommanditist mit allen Rechten und Pflichten, ist er das auch in Bezug auf seine Außenhaftung nach § 171 HGB.

[...]

C. Anmerkung

I. Vorgaben des EuGH

Nach der Vorabentscheidung des EuGH in der Rechtssache „Friz“¹⁹ steht fest, dass die Rechtsfolgen des Haustürwiderrufs durch vorrangig wirkendes Gesellschaftsrecht modifiziert werden können.²⁰ Dieser Feststellung gingen zwei vieldiskutierte²¹ Vorlagefragen des BGH²² voraus, die sich einerseits mit dem Anwendungsbereich der Haustürwiderrufsrichtlinie (HWi-RL), andererseits mit der Wirkung des Widerrufs

beschäftigten, der sich auf den Fondsbeitritt an der Haustür bezog.

Die erste Vorlagefrage hat der EuGH eindeutig beantwortet. Bei einem Beitritt zu einem geschlossenen Fonds in einer Überrumpelungssituation (Haustürgeschäft) ist sowohl der subjektive als auch der objektive Anwendungsbereich des Haustürwiderrufsrechts eröffnet, insbesondere weil kein Vertrag über „andere Rechte an Immobilien“ vorliegt, den Art. 3 Abs. 2 lit. a HWi-RL von der Widerruflichkeit ausnimmt.²³ Eine Positivbestimmung des Anwendungsbereichs nimmt der EuGH indes nicht vor.²⁴ Das Gericht begnügt sich damit, dass, wie bei § 312 BGB, überhaupt ein entgeltlicher Vertrag vorliegt, den das Gericht offenbar wie der BGH²⁵ beim Gesellschaftsbeitritt dann annehmen will, wenn der Zweck eines solchen Vertrages vorrangig nicht im Erwerb der Mitgliedschaft, sondern in der Kapitalanlage besteht.²⁶

Die Rechtsfolgen des Widerrufs, so der EuGH zur zweiten Vorlagefrage, richteten sich gemäß Art. 7 HWi-RL nach dem einzelstaatlichen Recht, das zwar die Vorgaben des Unionsrechts beachten und dem Widerruf zur praktischen Wirksamkeit verhelfen müsse, der Verbraucherschutz gelte aber nicht absolut.²⁷ Der Verbraucher muss daher auch nach dem Widerruf gewisse Folgen tragen, die sich aus der Ausübung seines Widerrufsrechts ergeben.²⁸ Die HWi-RL steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, wonach sich der Anspruch eines Verbrauchers, der seinen Beitritt zu einem geschlossenen Fonds widerruft, nach dem Wert seines Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Fonds berechnet. Die nationale Regel der fehlerhaften Gesellschaft, die den ausscheidenden Gesellschafter lediglich auf den Wert seines Anteils im Zeitpunkt des Widerrufs verweise, sei deshalb mit der Richtlinie vereinbar, weil sie für einen „vernünftigen Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den einzelnen Beteiligten Sorge.“²⁹

Zum einen weise diese Regel dem Verbraucher einen Teil der Risiken zu, „die untrennbar mit jeder Kapitalanlage der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind.“ Zum anderen verhindere sie, dass die Widerrufsfolgen einseitig zu Lasten der Mitgesellschafter, die auch Verbraucher sein können,³⁰ und „Drittgläubiger“ gingen.³¹ Art. 5

¹⁵ BGHZ 26, 330 (334 ff.); BGHZ 153, 214 (221); BGH WM 1992, 490 (491); BGH ZIP 2001, 1364 (1366).

¹⁶ BGHZ 55, 5 (8).

¹⁷ Siehe bereits BGHZ 26, 330 (334).

¹⁸ So zu §§ 128 ff. HGB: BGHZ 44, 235 (236); BGH ZIP 1988, 512 (513); BGHZ 177, 108 Rn. 22; siehe zur Literatur nur *Habersack*, in: Staub, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2009, § 130 Rn. 7 m.w.N.

¹⁹ Siehe Fn. 1.

²⁰ Ebenso BGHZ 148, 201 (203); *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (407 ff.); a.A. etwa *Habersack*, ZIP 2001, 327 (328); *Kliebisch*, ZJS 2010, 10 (14 f.).

²¹ Grundlegend *Armbrüster*, Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen, 2005, S. 1 (17 ff.); kritisch *Hammen*, WM 2008, 233 ff.; *Kliebisch*, ZJS 2010, 10 ff.; sowie *Schäfer*, ZIP 2008, 1022 ff.; *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 ff.; *Wagner*, NZG 2008, 447 ff.

²² BGH NJW 2008, 2464.

²³ Rn. 31 der Entscheidungsgründe (Fn. 1); dazu kritisch *Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1023); *Habersack*, ZIP 2010, 775.

²⁴ Kritisch *Schäfer*, DStR 2010, 1138 (1139); *Habersack*, ZIP 2010, 775.

²⁵ BGH WM 2004, 2491; BGH ZIP 2005, 1124 (1126); BGHZ 156, 46; BGHZ 148, 201 (207 f.); anders noch zum Genossenschaftsbeitritt BGH NJW 1997, 1069.

²⁶ Kritisch dazu *Kliebisch*, ZJS 2010, 10 (12 f.).

²⁷ Rn. 48 der Entscheidungsgründe (Fn. 1); *Kliebisch*, JuS 2010, 958.

²⁸ *Goette*, DStR 2010, 878 (881); *Wagner*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 15 Rn. 257; zustimmend *Langen/Möhle*, BB 2010, 1301 (1304).

²⁹ Rn. 48 der Entscheidungsgründe (Fn. 1).

³⁰ Das Schlagwort für dieses Phänomen ist „Windhundrennen“, vgl. BGH DStR 2008, 1100 (1103) m. Anm. *Goette*,

Abs. 2 HWi-RL stehe deshalb einer Regel nicht entgegen, aufgrund derer der Gesellschafter im Falle seines Widerrufs „einen Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben geltend machen kann, der nach dem Wert seines Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens aus diesem Fonds berechnet wird, und dass er demgemäß möglicherweise weniger als den Wert seiner Einlage zurückerhält oder sich an den Verlusten des Fonds beteiligen muss“. Das gilt auch dann, wenn der Ertragswert des Fonds negativ sein sollte und der Verbraucher daher gemäß § 739 BGB sogar noch einen Verlustausgleich schuldet. Triebfeder dieser EuGH-Lösung ist es, den Verlust gerecht unter den Anlegern zu verteilen, so dass sich nicht einzelne Anleger zu Lasten der übrigen entziehen können.³²

Im Ergebnis löst der EuGH den Konflikt zwischen Verbraucherschutzrecht – mit der Wirkung des Widerrufs *ex nunc* – und Gesellschaftsrecht zu Gunsten vorrangiger gesellschaftsrechtlicher Interessen auf.³³ Da der Verbraucher nicht aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen wird, kann durchaus bezweifelt werden, ob dies mit Sinn und Zweck der HWi-RL vereinbar ist.³⁴

II. Umsetzung durch den BGH

In seiner aktuellen „Friz II“-Entscheidung³⁵ setzt der BGH diese Vorgaben des EuGH um. Der BGH stellt fest, dass die HWi-RL auf Beitritte zu Gesellschaften bürgerlichen Rechts zum Zwecke der Kapitalanlage anwendbar sei. Des Weiteren stehe die Richtlinie der Rückabwicklung nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft und damit einer aus § 739 BGB folgenden Verlustausgleichspflicht nicht entgegen. Denn diese Grundsätze sollten entsprechend den allgemeinen Regeln des Zivilrechts einen interessengerechten Ausgleich zwischen den Beteiligten sichern.

Dies gilt nach weiteren Entscheidungen des BGH³⁶ in verschiedenen Fallkonstellationen unabhängig davon, ob der Fonds in der Form einer GbR oder einer oHG bzw. KG errichtet worden ist.³⁷ Der EuGH hat seine Ausführungen zwar explizit auf geschlossene Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR beschränkt, da seine Zuständigkeit nur soweit reicht, wie der maßgebliche Sachverhalt des Ausgangsverfah-

rens – also die Beteiligung an einer Immobilien-GbR in einer Haustürsituation – betroffen ist.³⁸ Dennoch konnte der BGH die Grundsätze der EuGH-Entscheidung zur GbR heranziehen und brauchte nicht erneut vorzulegen gemäß Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG). Nach der *acte-claire*-Doktrin muss eine Rechtsfrage dem EuGH nicht vorgelegt werden, wenn über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht vernünftigerweise keine Zweifel bestehen.³⁹ Aus diesem Grund sah der 2. Zivilsenat richtigerweise keine Veranlassung für eine erneute Vorlage an den EuGH zur Beurteilung des Widerrufs des Beitritts zu einer oHG und einer KG. Auch die Gesellschafter dieser Rechtsformen müssen im Zuge eines vernünftigen Interessenausgleichs im Fall eines Widerrufs gewisse Rechtsfolgen tragen und können diese nicht auf Mitgesellschafter oder Gläubiger des Immobilienfonds abwälzen. Das gilt richtigerweise für alle Formen von Personengesellschaften als klassische Fonds-Vehikel. Auch der Kommanditist-Anleger bleibt daher nach Widerruf zur Zahlung seiner restlichen Haftsumme verpflichtet, § 171 HGB.

III. Folgen

Der EuGH hat die Verlustausgleichspflicht für ein negatives Auseinandersetzungsguthaben nach § 739 BGB ohne Bedenken und auch ohne nähere Begründung für richtlinienkonform erachtet. Auf die vor allem in der deutschsprachigen Literatur erhobenen Einwände und Argumente, die auch die Generalanwältin zumindest partiell teilte,⁴⁰ ging der EuGH nicht ein. Dies kann man aus dogmatischen Gründen kritisieren, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit schafft die Linie des EuGH gleichwohl: Die Anleger eines geschlossenen Immobilienfonds trifft auch eine Nachhaftung nach § 736 Abs. 2 BGB, §§ 159, 160, 128 HGB sowie eine Ausgleichshaftung gegenüber den Mitgesellschaftern gemäß § 426 Abs. 1 BGB. Insoweit werden die Rechtsfolgen des Widerrufs eingeschränkt. Dies ist dogmatisch nur schwer nachzuvollziehen⁴¹ und unter dem Blickwinkel der Kohärenz auch kritikwürdig.⁴² Im Ergebnis ist es von der rechtlichen Ausgestaltung der Anlageform abhängig, wie die Rechtsfolgen des Widerrufs für den Verbraucher sind. Namentlich wenn als Anlageform eine Schuldverschreibung gewählt wird, gilt das Widerrufsrecht mit den gesetzlichen Rechtsfolgen,⁴³ wird hingegen der Beitritt zu einem Fonds gewählt, werden die Rechtsfolgen des Widerrufs eingeschränkt. Der Verbraucher wird aber die rechtlichen Unterschiede der einzelnen Anlageformen, die

1104; so auch *Lenenbach*, WM 2004, 501 (503); *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 (1338).

³¹ Rn. 49 der Entscheidungsgründe (Fn. 1).

³² BGH DStR 2008, 1100 (1103) m. Anm. *Goette*, 1104; so auch *Lenenbach*, WM 2004, 501 (503); *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 (1338).

³³ Zur gerechten Risikoverteilung *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 347 ff.; *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 (1338).

³⁴ *Schulte-Nölke*, LMK 2009, 44 ff.; *Westermann*, DZWIR 2010, 265 (267); *Kliebisch*, ZJS 2010, 10 (12 f.).

³⁵ BGH BB 2010, 2527.

³⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 12.7.2010 – II ZR 189/09; BGH, Urt. v. 12.7.2010 – II ZR 258/07, beide abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de (15.11.2010).

³⁷ Dies bereits andeutend der Vorsitzende des 2. Zivilsenats *Goette*, DStR 2010, 878 (881).

³⁸ So bereits EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (*Bosman*) = NJW 1996, 505 (508); EuGH, Urt. v. 16.07.1992, Rs. C-83/91 (*Meilicke*) = RIW 1992, 768 (769).

³⁹ *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art 234 EGV Rn. 28.

⁴⁰ Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* vom 8.9.2009, Rn. 100.

⁴¹ Zu den Brüchen der Dogmatik *Kliebisch*, ZJS 2010, 10 (12 ff.).

⁴² Kritisch beispielsweise *Ernstthaler/Kluge*, BB 2010, 2835 (2837 ff.); *Armbrüster*, EuZW 2010, 614 (616).

⁴³ Zum Widerrufsrecht bei Schuldverschreibungen *Ernstthaler/Kluge*, BB 2010, 2835 (2837 ff.).

sich im Ziel der Steuersparmöglichkeit als nahezu identisch erweisen,⁴⁴ kaum erkennen können. Einerseits wird damit dem Anleger auferlegt sich ex ante Rechtsrat einzuholen, was de facto beim Vertragsschluss in einer Überrumpelungssituation kaum möglich ist,⁴⁵ andererseits gilt es zu besorgen, dass Emittenten zukünftig auch Schuldverschreibungen im Rahmen einer GbR-Beteiligung als Anlageform anbieten werden, da das Widerrufsrecht nunmehr im Rahmen einer GbR-Beteiligung ein stumpfes Schwert ist.

Gewissermaßen als Ausgleich für diese (Nach-)Haftung kommen Ansprüche des Gesellschafters aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gegen die Initiatoren, Vermittler bzw. Prospektverantwortlichen in Betracht, sofern über das Verlust- und Nachschussrisiko nicht ausreichend aufgeklärt worden ist⁴⁶ bzw. dem Anleger entweder das Risiko eines Totalverlusts seiner Einlage oder das – darüber hinausgehende – Risiko weiterer Nachschusspflichten im Ausscheidensfall nicht hinreichend verdeutlicht worden ist. Schließlich besteht ein Unterschied, ob der Anleger „nur“ das Risiko eines Totalverlusts seiner Einlage trägt oder darüber hinaus beim Ausscheiden aus dem Fonds sogar noch zusätzliche Mittel als Verlustausgleich nachschießen muss. Diese Ansprüche lassen sich nur gegen den Urheber des Aufklärungsmangels geltend machen, gegen die Mitgesellschafter oder gar die Gesellschaft grundsätzlich nicht. Sie richten sich ausnahmsweise dann gegen die Gesellschaft, wenn dieser das Verhalten des schuldhaft handelnden Initiators zugerechnet werden kann, § 31 BGB analog.⁴⁷

Keine Auswirkungen hat die EuGH-Entscheidung auf die Ansprüche von Gesellschaftern gegen die Kredit gebenden und teilweise auch beratenden Banken. Bekanntlich können in diesem Verhältnis die Grundsätze des verbundenen Geschäfts § 358 BGB⁴⁸ zu einem Durchschlagen von Mängeln des Beitrittsgeschäfts auf den von den Anlegern zur Finanzierung ihrer Einlage geschlossenen Darlehensvertrag führen.⁴⁹ Zur Folge hat dies, dass der Gesellschafter die an die Bank gezahlten Zinsen und Tilgungsraten zurückfordern kann, der

Bank dann seine Beteiligung überlassen muss, die darin aber kaum einen adäquaten Ausgleich für ihre Darlehensgewährung finden wird. Die Gesellschafter können grundsätzlich weiterhin das Risiko ihres fehlgeschlagenen Engagements bei ihrer finanzierenden Bank auszugleichen versuchen.⁵⁰

Nach der Lektüre der aufgeführten Urteile bleibt für den Studierenden kaum eine Frage offen. Exemplarisch verquicken die Entscheidungen das Zusammenspiel europarechtlich geprägter Vorgaben und mitgliedstaatlicher Rechtsfiguren, verbunden mit einigen prozessualen Besonderheiten des Europarechts. Auch wenn die Details schwierig sind, so muss zumindest das Spannungsfeld verstanden und der Konflikt argumentativ gelöst werden. Der EuGH hat eine klare Vorgabe gemacht, die dogmatisch zwar angreifbar, in einer Klausur aber gut vertretbar ist. In einer Haus- oder Examensarbeit müssen die Argumente nach Pro und Contra gewichtet und verstanden werden, das Ergebnis ist dann zweitrangig.

Wiss. Mitarbeiter René Kliebisch, Jena*

⁴⁴ Vgl. *Birk*, Steuerrecht, 12. Aufl. 2009, § 6 D V 1, Rn. 693.

⁴⁵ *Ernstaler/Kluge*, BB 2010, 2835 (2838); *Armbrüster*, EuZW 2010, 614 (616).

⁴⁶ Ausführlich dazu *Schäfer*, DStR 2010, 1138 (1140 f.); so auch *Podewills*, EWiR 2010, 561 (562); *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 (1340); *Westermann*, DZWiR 2010, 265 (268); ablehnend *Langen/Möhle* BB 2010, 1301 (1304).

⁴⁷ Sehr streitig *K. Schmidt*, AcP 186 (1986), 421 (425); Auseinandersetzung mit diesen Fällen bei *Konzen*, in: Festschrift für Harm Peter Westermann, 2008, S. 1133 ff.; *Armbrüster/Joost*, ZIP 2004, 198 ff.; *Schäfer*, ZHR 170 (2006), 373 ff.; *Westermann*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008, 2009, S. 145 (160 ff.).

⁴⁸ Zuletzt *Bergmann*, BKR 2010, 189 ff.; *Bälz*, in: Festschrift für Thomas Raiser, 2005, S. 615; sowie *Bayer/Riedel*, NJW 2003, 2567 ff.; didaktisch aufbereitet *Emmerich*, JuS 2002, 297.

⁴⁹ BGH ZIP 2006, 940; BGH ZIP 2006, 445; *Goette*, DStR 2006, 1099; *Habersack*, BKR 2006, 305; *Hammen*, WM 2008, 236; *Wagner*, NZG 2008, 447.

⁵⁰ Kritisch *Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1023); dazu auch *Westermann*, DZWiR 2010, 265 (268).

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand an der Universität Jena.