

Die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beim Widerruf eines Gesellschaftsbeitritts – Gesellschaftsrecht versus Verbraucherschutz

Von Wiss. Mitarbeiter **René Kliebisch**, Jena*

Nach dem aufsehenerregenden Rechtsprechungsdreiklang in den Fällen „Heininger“, „Schulte“ und „Crailsheimer Volksbank“, wird dem EuGH erneut Gelegenheit gegeben, zur Auslegung der Haustürgeschäftsrichtlinie 85/577/EWG Stellung zu nehmen. Im Vorlagebeschluss des BGH geht es um die Frage, wie die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft mit den Folgen eines Widerrufs bei Erwerb eines Anteils an einer Publikumpersonengesellschaft in Einklang zu bringen ist.¹ Überraschend ist, dass der BGH erstmals die Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Rahmen der Haustürgeschäftsrichtlinie in Zweifel zieht² und sich darüber hinaus die Frage stellt, ob der Verbraucherschutz überhaupt im Gesellschaftsrecht fruchtbar gemacht werden kann. Im Kern der Diskussion geht es um die Dichotomie von Verbraucherschutz und Gesellschaftsrecht.³

I. Ausgangsfall

Im Ausgangsfall hatte der Bekl. aufgrund von Verhandlungen in seiner Privatwohnung den Beitritt, zu dem aus 46 Gesellschaftern bestehenden geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), erklärt. In einem Vorprozess forderte die Klägerin als Geschäftsführerin der GbR vom Beklagten die Zahlung von Nachschüssen, die die Gesellschafterversammlung der GbR beschlossen hatte. Im Laufe des Verfahrens hat der Beklagte seine Mitgliedschaft in der GbR fristlos gekündigt und die Beitrittserklärung nach § 3 HWiG (jetzt: § 312 BGB) widerrufen.

Das OLG München⁴ hat in zweiter Instanz die Klage im Wesentlichen abgewiesen. Es führte aus: Zwar führe der wirksame Widerruf der Beitrittserklärung zur GbR nach § 3 HWiG grundsätzlich zu einer Anwendung der dogmatischen Figur von der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft. Dies gelte jedoch nicht, wenn die Auseinandersetzung zu einer Zahlungspflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft führe. Eine solche Rechtsfolge verstoße gegen die Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz (HaustRL) im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Aus Art. 5 Abs. 2 HaustRL folge, dass ein Verbraucher nach einem Widerruf aus allen erwachsenden Verpflichtungen zu entlassen sei. Folglich sei das Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft

richtlinienkonform anzuwenden, so dass der Verbraucherschutz vorgehe.

Die gegen das Urteil eingelegte Revision entschied der BGH durch Beschluss.⁵ Der BGH rückte zunächst die Dogmatik der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft in der Vordergrund⁶, um auf ihr basierend festzustellen, dass nur mit dieser Lehre den Interessen der Mitgesellschafter und Gläubiger in ausgewogener Weise Rechnung getragen werden könne.⁷ Jedoch hat der BGH im Hinblick auf die „Schulte-Entscheidung“⁸ und das sich anschließende Schriftum⁹ Zweifel bekommen, ob die Wirkung des Widerrufs nach § 3 HWiG (jetzt: § 312 BGB) mit dem ex nunc wirkenden Kündigungsrecht auf Grund des Rechtsinstituts der fehlerhaften Gesellschaft mit den Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 HaustRL vereinbar ist. Die Fragen, die der 2. Senat dazu im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG) an den EuGH stellt, waren:

1. Ist auf den Beitritt zu einem Immobilienfonds die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie so in Anwendung zu bringen, dass den dem Immobilienfonds beigetretenen Gesellschaftern ein Widerrufsrecht zusteht?

2. Kann die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft die Rechtsfolgen des Widerrufs abändern?

II. Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft im deutschen Recht

Nach der bisherigen Auffassung der Rechtsprechung ist der Fall über die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft¹⁰ zu lösen und steht damit den Rechtsfolgen eines Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften diametral entgegen.

1. Rechtsfolge bei Widerruf eines Gesellschaftsvertrages

Grundsätzlich wäre nach deutschem Recht bei Widerruf eines Vertrages, der durch ein Haustürgeschäft entstand, eine extunc-Wirkung §§ 312 Abs. 1, 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 BGB angezeigt.¹¹ Widerruft der in einer Haustürgesituation

⁵ BGH NJW 2008, 2464.

⁶ BGH NJW 2008, 2464 Rn. 9 bis 15.

⁷ BGH NJW 2008, 2464 Rn. 20.

⁸ EuGH NJW 2005, 3551.

⁹ *Staudinger*, NJW 2005, 3521 ff.; *Käseberg/Richter*, EuZW 2006, 46 ff.; *Lechner*, NZM 2007, 145; *C. Schäfer*, DStR 2006, 1753 ff.; *Tonner*, WM 2006, 513 ff.; *Maier*, WM 2008, 1630 ff.; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985 ff.; *Sauer*, BKR 2006, 96 ff.; *Jungmann*, WM 2006, 2193 ff.

¹⁰ BGHZ 156, 46; 148, 201 (207 f.); anders noch zum Genossenschaftsbeitritt BGH NJW 1997, 1069; dazu auch *Oechsler*, JA 2007, 69.

¹¹ Die Wirkung des Widerrufs ist teils umstritten für eine extunc Wirkung *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 357 Rn. 2; *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 357 BGB Rn. 10; OLG Koblenz NJW 2006, 919 (921). A.A. *Reiner*, AcP 202

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. *Torsten Körber*, LL.M (Berkeley) an der Universität Jena.

¹ Beschluss v. 5.5.2008 abgedruckt BGH NJW 2008, 2464.

² Entgegen der bisherigen ständigen Rechtsprechung BGHZ 156, 46; BGHZ 148, 201 (207 f.); anders noch zum Genossenschaftsbeitritt BGH NJW 1997, 1069.

³ Dazu umfassend *Armbrüster*, Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondbeteiligungen, 2005.

⁴ OLG München NZG 2007, 225.

beigetretene Gesellschafter seine Beitrittserklärung zu einem geschlossenen Immobilienfonds¹², behandelt die Rechtsprechung die Erklärung – unter Heranziehung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – jedoch als außerordentliche, ex nunc wirkende Kündigung. Dies führt in der Folge nicht zu einer rückwirkenden Beseitigung der Gesellschafterstellung im Sinne einer grundsätzlich für den Fall des Widerrufs vorgesehenen Rückabwicklung des Vertrages¹³, sondern vielmehr zur Möglichkeit der Nachhaftung nach § 736 Abs. 2 BGB, der Fehlbetragshaftung nach § 739 BGB und nach jüngster vertretener Auffassung des BGH auch zu einem Nachschussanspruch aus § 735 BGB.¹⁴

2. Modifizierte Rechtsfolge nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist von Rechtsprechung und Literatur mit dem Ziel des Bestandschutzes der Unternehmens- und Gesellschaftsorganisation entwickelt worden.¹⁵ Die dogmatischen Ursprünge sind umstritten.¹⁶ Eine einheitliche Linie existiert bislang nicht. Die Rechtsfortbildung lässt sich aus dem Gesetz, namentlich der §§ 75 ff. GmbHG und der §§ 275 ff. AktG, ableiten. Nach diesen Vorschriften ist eine fehlerhafte Gesellschaft grundsätzlich für die Vergangenheit als wirksam zu behandeln.¹⁷ Ursprünglich vom Reichsgericht aus Gründen des Verkehrsschutzes entwickelt¹⁸, konnten sich die Gesellschafter im

(2002), 1 (27), der den Widerruf funktionell näher bei der Anfechtung als beim Rücktritt sieht.

¹² Dasselbe Problem kann sich auch bei Immobilienfonds in Gestalt von KG oder bei einem Beitritt zu einem Verein oder einer Genossenschaft stellen.

¹³ BGH BB 2004, 2711; BGHZ 156, 46; BGHZ 148, 201 (207 f.); anders noch zum Genossenschaftsbeitritt BGH NJW 1997, 1069.

¹⁴ Entgegen der bisherig herrschenden Auffassung BGH BB 1961, 7; WM 2005, 1608 (1609 f.); WM 2006, 774; WM 2006, 577; WM 2007, 743; WM 2007, 835; WM 2007, 1333; WM 2007, 2381; NZG 2008, 335; NZG 2008, 336; OLG Stuttgart OLG-Report 2000, 120 (121); OLG München NZG 2004, 807; Frings, NZG 2008, 218; Wagner, WM 2006, 1273; Wagner, DStR 2006, 1044; Erman/Westermann, in: Erman Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2004, § 707 Rn. 1; Wiedemann, ZGR 1977, 690 (692), spricht gar bei dem Belastungsverbot des § 707 BGB von einem mitgliedschaftlichen Grundrecht. So auch inzwischen BGH WM 2007, 2381 (2382). Einen Nachschussanspruch ausnahmsweise auf Grund entsprechender Auslegung der Beitrittserklärung bejahend BGH DStR 2008, 12 mit Anm. Goette.

¹⁵ Siehe dazu umfassend K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 6 I 3; sowie zur Anwendung auf Widerruffälle C. Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002, S. 280 f.

¹⁶ Dazu Hübner, ZHR 145 (1981), 86.

¹⁷ Dass diese Normen auf der ersten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie basieren und diese nur für Kapitalgesellschaften Anwendung findet, wird sogleich vertieft.

¹⁸ RGZ 40, 146.

Außenverhältnis nicht auf die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages berufen. Der Mangel des Gesellschaftsvertrages bewirkt aber, dass die Gesellschaft für die Zukunft durch Klage aufgelöst werden kann § 133 HGB, trotz des Mangels aber als Rechtsträger entstanden ist.

III. Fehlerhafte Gesellschaft versus Verbraucherschutzrecht

1. Rechtsprechung

Bisher judizierte der 11. Zivilsenat des BGH, dass bei Widerruf von Rechtsgeschäften, die im Rahmen einer Haustürsituation zustande gekommen sind, ein Recht des Verbrauchers auf „Wiederherstellung der ursprünglichen Situation“ durch den anderen Vertragsteil besteht.¹⁹ Der Anleger kann sich zu Lasten der Bank von seiner Verpflichtung aus geschlossenen Verträgen befreien und zwar sowohl beim Widerruf auf Grund einer Haustürsituation²⁰ als auch bei Täuschung durch einen Vermittler oder Initiator.²¹ Ausdrücklich erklärte der BGH die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches wegen unterbliebener Widerrufbelehrung als gegeben, die jedoch hinter den Vorgaben der EuGH Rechtsprechung zurück blieben.²² Das Anlagerisiko kann auf die Bank abgewälzt werden, sodass dem Verbraucher aus seinem Widerruf keine negativen Folgen treffen.²³ In den bisherigen Entscheidungen des 11. Zivilsenats ging es um Rückabwicklung und Widerruf eines Kreditvertrages, nun aber steht die isolierte Rückabwicklung eines Beitritts zu einer Publikumspersonengesellschaft im Fokus. Dennoch hat der Verbraucher nur unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit des Widerrufs nach der HaustRL und bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung über dieses Recht einen Schadensersatzanspruch. Der 2. Zivilsenat hatte sich mit Fragen dieser Art bislang noch nicht auseinandergesetzt.²⁴ Wäre die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf Grund der Teleologie der Richtlinie nicht anwendbar, dann läge das Risiko des „Windhundrennens“, wie es namentlich durch den Vorsitzenden des 2. Zivilsenats Goette angemahnt wird,²⁵ nahe.

¹⁹ BGHZ 169, 109 (120); BGH NJW 2007, 357; NJW 2008, 644; basierend auf der „Schulte-Entscheidung“, EuGH DStRE 2006, 107 Rn. 88.

²⁰ BGH DStR 2006, 1093 (1094 f.) Rn. 11.

²¹ BGH DStR 2006, 1091 (1093) Rn. 27 ff.

²² Teilweise wird dies befürwortet Jungmann, NJW 2007, 1562; Kulke, NZM 2006, 854; auch OLG Bremen NJW 2006, 1210, verzichtete auf Verschulden und Kausalitätsnachweis. Unentschieden Oechsler, NZG 2008, 368 (370).

²³ In den entscheidungserheblichen Fällen konnte der Verbraucher seinen Darlehensvertrag gegenüber der Bank widerrufen und erhielt Zinsen und Raten gegen Übertragung der Geschäftsanteile an die Bank zurück.

²⁴ Zu den Schadensersatzfällen des 2. Zivilsenats Goette, DStR 2006, 1099 ff.; C. Schäfer, DStR 2006, 1753 ff.; Habersack, BKR 2006, 305 ff.

²⁵ BGH DStR 2008, 1100 (1103) m. Anm. Goette, 1104; so auch Lenenbach, WM 2004, 501 (503); Kindler/Libbertz, DStR 2008, 1335 (1338); Wagner, in: Assmann/Schütze

2. Meinungsstand der Literatur

Die in der Literatur vertretenen Auffassungen sind vorwiegend von pragmatischen Erwägungen geprägt. So wird vor allem ins Feld geführt, dass die komplexen Vertragsstrukturen des Gesellschaftsrechts eine vollständige Rückabwicklung nicht zulassen, da sonst die Gesellschaft in die Insolvenz getrieben würde und die Gesellschafter, die sich nicht rechtzeitig lösen können oder wollen, sämtliche Forderungen zu erfüllen hätten.²⁶ Dies würde vor allem dazu führen, dass der Verbraucherschutz der übrigen Gesellschafter mit Füßen getreten würde, da ein geschlossener Immobilienfonds häufig ausschließlich Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft hat, die gleichermaßen schutzbedürftig sind. Wenige vertreten die Ansicht, dass ein umfassender Schadensersatzanspruch des Verbrauchers gegen den Initiator des Beteiligungsfonds eine europarechtskonforme Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dergestalt möglich macht, dass das „Minus“ in der Rechtsfolge eines wirksamen Widerrufs durch ein „Plus“ im Rahmen des Schadensersatzes kompensiert wird.²⁷ Dabei wird das Erfordernis der Kausalität, zwischen fehlerhafter Widerrufsbelehrung und entstandenem Schaden aber als ungünstig für den Verbraucher empfunden, sodass – abgesehen davon, dass diese Lösung nur bei fehlerhafter Belehrung über die Widerrufrechte fruchtbar ist – der Verbraucherschutz nicht hinreichend gewahrt wäre.²⁸ De lege ferenda wird daher über eine Beweislastumkehr gestritten.²⁹

3. Stellungnahme

a) Anwendungsbereich der HaustRL

Ausgangspunkt der Diskussion ist, ob der situative Anwendungsbereich der HaustRL eröffnet ist. Voraussetzung dafür ist nach § 312 Abs. 1 S. 1 BGB ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem Verbraucher (§ 13 BGB) und einem Unternehmer (§ 14 BGB), der durch eine typische Überrumpelungssituation geschlossen wurde. Die Intention des Richtliniengebers besteht darin, den Verbraucher vor den Gefahren eines unüberlegten Geschäftsabschlusses zu schützen, der durch situative Überrumpelung entstehen kann.³⁰ Einzig

problematisches Merkmal im vorliegenden Fall ist die Entgeltlichkeit.³¹

Versteht man unter Entgeltlichkeit eine Art synallagmatischen Austauschvertrag, bei dem sich aus der Leistungspflicht des einen eine Leistungspflicht des anderen Vertragspartners ergibt³², so wäre der Beitritt zu einer Personengesellschaft gerade nicht entgeltlicher Natur.³³ Schließlich erlangt der Verbraucher mit dem Beitritt die Gesellschafterstellung mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten³⁴. Jedoch lässt sich daraus noch keine echte Austauschleistung ableiten. Es ist vielmehr ein Unterschied zwischen einem reinen Austauschvertrag und einem Gesellschaftsvertrag zu machen³⁵. Die jeweiligen Leistungen werden nicht erbracht, um den gesellschaftsvertraglich vereinbarten Geschäftsanteil zu übernehmen, sondern zur Förderung des vereinbarten gemeinsamen Zwecks. Dieser grundsätzliche Unterschied zwischen Austausch- und Sozietätsverträgen wird auch durch die Wechselseitigkeit der übernommenen Verpflichtungen nicht berührt.³⁶ Das gilt jedenfalls für das Verhältnis der Beitragsleistungen untereinander, im Ansatz aber auch für den Zusammenhang zwischen Beitragsleistung und Gewinnanspruch. Auch insoweit fehlt es am Synallagma. Im Gewinn liegt nicht etwa die Gegenleistung der Gesellschaft für die Beiträge der Gesellschafter, sondern er ist Ausdruck der im Gemeinschaftsverhältnis begründeten Erfolgsbeteiligung.³⁷

Ein enges Verständnis des Begriffes „entgeltlich“ wäre jedoch nicht richtlinienkonform. Vielmehr soll die HaustRL keine Einschränkung des Anwendungsbereichs durch das Merkmal der Entgeltlichkeit vornehmen, sodass der Begriff weit auszulegen ist, um eine Umgehung der Regelungen vgl. § 312f S. 2 BGB zu vermeiden.³⁸ Ruft man sich die Rechtsprechung zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages in Erinnerung³⁹, so liegt eine Entgeltlichkeit bereits dann vor, wenn irgendeine Leistung des Verbrauchers gegen Entgelt erfolgt.⁴⁰ Diese liegt bei Beitritt zu einem Gesellschaftsver-

(Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 16 Rn. 73 ff.; ders., NZG 2008, 447 (450); C. Schäfer, ZIP 2008, 1022 (1024); A.A. Hammen, WM 2008, 233 (237); krit. zu diesem Ansatz Schubert, WM 2006, 1328 (1332).

²⁶ Vgl. Lenenbach, WM 2004, 501 (503); Wagner (Fn. 25), § 16 Rn. 73ff.; C. Schäfer, ZIP 2008, 1022 (1024); A.A. Hammen, WM 2008, 233 (237); krit. zu diesem Ansatz Schubert, WM 2006, 1328 (1332); konstatierend Weschpfennig, BKR 2009, 99 (105).

²⁷ Schubert, WM 2006, 1328 (1333); jüngst Kindler/Libbertz, DStR 2008, 1335 (1339 f.) unter Hinweis auf Rösler, ZEuP 2006, 869 (886).

²⁸ Hofmann, BKR 2005, 487 (490 ff.); Jungmann, NJW 2007, 1562 (1564 ff.); Gehrlein, WM 2005, 1489ff.

²⁹ Staudinger, NJW 2005, 3521 (3524); krit. Hofmann, BKR 2005, 487 (491); Schubert, WM 2006, 1328 (1334 f.).

³⁰ Bungereoth, WM 2004, 1505.

³¹ Umfassend zur Problematik des Widerrufsrechts bei Schrottimmobilen Gebauer/Laukemann, JA 2007, 341.

³² So Masuch (Fn. 11), § 312 Rn. 24 ff.

³³ BGH NJW 1997, 1069 (1070); BGH NJW-RR 2005, 180 (181); Masuch (Fn. 11), § 312 Rn. 30.

³⁴ Beispielhaft sei hier die Beitragspflicht § 706 I BGB, die persönliche Haftung oder die Gewinn und Verlustverteilung § 721 BGB erwähnt.

³⁵ Timm/Schöne, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 705 Rn. 67.

³⁶ BGHZ 98, 48 (50 f.) = NJW 1986, 2431 (2432); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 45 I. 1.a).

³⁷ Ulmer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 162.

³⁸ So bereits BGH NJW 1997, 1069 (1070) für Ferienwohnrechte im „Genossenschaftsmodell“; vgl. BGH Beschl. v. 5.5.2008 – II ZR 292/06; Masuch (Fn. 11), § 312 Rn. 30; Weschpfennig, BKR 2009, 99 (100); Armbrüster, ZIP 2006, 406 (408 f., 411); krit. zur Methodik, i.E. aber zustimmend: Möllers, LMK 2005, 34f.

³⁹ EuGH NJW 1998, 1295; dazu Lorenz, NJW 1998, 2937 ff.

⁴⁰ Grüneberg (Fn. 11), § 312 Rn. 7.

trag in der Verpflichtung des Verbrauchers zur Leistung der Gesellschaftereinlage. Nach BGH und der überwiegend vertretenen Ansicht⁴¹ prägt bei einer Geschäftsbeteiligung zur Vermögensanlage⁴² der Austauschcharakter die Mitgliedschaft wesentlich, sodass durch das Mitgliedschaftsverhältnis als organisationsrechtliches Geschäft eine entgeltliche Leistung vorliegt⁴³, oder dieser zumindest gleichgestellt wird.⁴⁴

Nach der Rechtsprechung des 2. Zivilsenats des BGH unterfällt auch der Beitritt zu einer Personengesellschaft der Richtlinie und ist daher entgeltlich.⁴⁵ Umso erstaunlicher ist es, dass diese Fragestellung dem EuGH vorgelegt wird. Am Ausnahmetatbestand des Art. 3 Abs. 2 lit. a) HaustRL kann es indes nicht liegen, da die Gesellschafter von Publikums-gesellschaften keine dinglichen Rechte erwerben wollen – wie es bei Ferienwohnrechten im Genossenschaftsmodell der Fall sein kann⁴⁶ –, sondern ausschließlich monetäre Interessen haben. Nach Analyse und Interpretation lässt dies nur den Schluss zu, dass der BGH sich hinsichtlich der Entscheidung unsicher ist und wohl für eine Nichtanwendung der HaustRL plädiert. Sollte der EuGH die erste Vorlagefrage negativ bescheiden, dann würden sich die weiteren Überlegungen des BGH erübrigen.

b) Einschränkung des Regelungsumfangs der HaustRL

Fragwürdig ist die vom BGH vorgeschlagene Einschränkung der Wirkung des Widerrufs.⁴⁷ Zunächst liegt eine Kollision mit den Vorgaben des europäischen Sekundärrechts vor. Das nationale Haustürwiderrufsrecht basiert auf der Umsetzung der gleichnamigen europäischen Richtlinie.⁴⁸ Betrachtet man die Normenhierarchie des Rechts, so steht durch den europäischen Einigungsprozess das europäische Primär- und Sekundärrecht an der Spitze.⁴⁹ Eine Einschränkung dieser Normen auf Grund des nationalen Rechts ist nach dem *effet utile* des Art. 4 Abs. 3 EU (ex-Art. 10 EG) nicht zulässig. Vielmehr hat das europäische Primärrecht Geltungsvorrang und verdrängt divergierende nationale Regelungen. Das Sekundärrecht in Form der Richtlinie muss zur Entfaltung seiner Wirk-

samkeit in nationales Recht umgesetzt werden und genießt – aus Äquivalenz- und Effektivitätsgründen – Vorrang in der Auslegung der nationalen Normen; diese sind richtlinienkonform auszulegen.⁵⁰

Bezüglich der Rechtsfolge des Widerrufs trifft § 357 BGB differenzierte Regelungen.⁵¹ Dass diese für den Verbraucher im Einzelfall wirtschaftlich ungünstig sind und ihm zudem im Zuge des Widerrufs eine Verpflichtung aufbürden können, und daher im Sinne des Verbraucherschutzes eine Einschränkung dieser Rechtsfolge notwendig wäre, ist gerade nicht angezeigt.⁵² Würde der BGH die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht in Anwendung bringen, sondern vielmehr der nationalen gesetzlichen Regelung folgen, wären sprichwörtlich „zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen“. Zum einen liefe der BGH nicht Gefahr eine Lehre zur Einschränkung des Sekundärrechts zu gebrauchen und damit den Anwendungsbefehl des eigenen Rechts in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB zu unterlaufen, zum anderen bedürfte es nicht einer weiteren Ausnahmegruppe von der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft.⁵³ Nach einer im Schriftum weit verbreiteten Ansicht regelt die Richtlinie für den auf Grund der Haustürsituation erfolgten Widerruf des Gesellschaftsbeitritts die Rechtsfolge nicht abschließend.⁵⁴ Ins Feld wird die „Spezialität des Gesellschaftsrechts“ geführt, die vor allem dann zum Interessenausgleich führen müsse, wenn nicht expressis verbis unter die Richtlinie fallende Verträge betroffen sind.⁵⁵ Zieht man aber den Wortlaut und das Kompetenzgeflecht heran, so ist eindeutig, dass den widerrufenden Gesellschafter keine Verpflichtungen auf Grund des Widerrufs treffen sollen (Art. 5 Abs. 2 HaustRL): Nachhaftung, Fehlbetragshaftung und Nachschussverpflichtungen wären also unzulässig.⁵⁶ Die Literatur sieht dies kritisch:⁵⁷ Insbesondere wird die Sorge geäußert, dass die Interessenlage zu einem typisch zweiseitigen Geschäft eine andere sei und nicht ein einzelner Verbraucher zu Lasten der anderen Verbraucher (Gesellschafter) übervorteilt werden dürfe; hier liege ein wesentlicher Unterschied zur Intention der HaustRL. Betrachtet man einen möglichen Interessenkonflikt zur Gesellschaft und ihren personalistisch geprägten Gesellschafterkreis, so lässt sich feststellen, dass es kein übergeordnetes Schutzbedürfnis für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gibt. Das Argument, bei einer Beteiligungsbeendigung an einer Publi-

⁴¹ Masusch (Fn. 11), § 312 Rn. 30 m.w.N.

⁴² Martis, MDR 2003, 961 (963).

⁴³ BGH NJW 1996, 3414 (3415); vgl. auch Armbrüster, ZIP 2006, 406 (411), der das Vorliegen einer entgeltlichen Leistung damit begründet, dass sich der Anleger zu einer Leistung verpflichtet.

⁴⁴ BGH NJW-RR 2005, 180 f. m.w.N.; Beschl. v. 5.5.2008 – II ZR 292/06 m.w.N.

⁴⁵ BGHZ 148, 201 (203); zuletzt BGH ZIP 2005, 1124 (1126).

⁴⁶ BGH NJW 1997, 1069; hier hat der BGH im Ergebnis unter Heranziehung des Umgehungsgedankens, § 5 HWiG, dennoch nationales Haustürwiderrufsrecht angewendet

⁴⁷ BGHZ 133, 254 (261 f.); BGHZ 148, 201 (203); so insgesamt auch Wagner, NZG 2008, 447 ff.; Kindler, DStR 2008, 1335 ff.; Weschpfennig, BKR 2009, 99 ff.; C. Schäfer, ZIP 2008, 1022 ff.

⁴⁸ Richtlinie des Rates 85/577/EWG vom 20.12.1985.

⁴⁹ Hofmann, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 224.

⁵⁰ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 27.

⁵¹ Umfassend zum Widerruf und der Anwendung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft bei stiller Beteiligung Rohlfing, NZG 2003, 854 ff.; sowie Bayer/Riedel, NJW 2003, 2567 ff.

⁵² So aber C. Schäfer, ZIP 2008, 1022 (1023), der in Art. 7 HaustRL die Möglichkeit sieht korrigierend einzugreifen, um „sämtliche Anleger/Verbraucher gleichmäßig zu berücksichtigen und zu einem gerechten Gesamtausgleich“ zu gelangen.

⁵³ So im Ergebnis auch C. Schäfer, ZIP 2008, 1022 (1024).

⁵⁴ Hertel, jurisPR-BKR 6/2008 Anm. 3.

⁵⁵ C. Schäfer, ZIP 2008, 1022 (1023).

⁵⁶ C. Schäfer, ZIP 2008, 1022; Kindler/Libbertz, DStR 2008, 1335 (1338); Wagner, NZG 2008, 447 (450).

⁵⁷ Kindler/Libbertz, DStR 2008, 1335 (1338).

kumsgesellschaft zum Schutz der Gläubiger und Mitgesellschafter in der Regel einen Vorrang des Gesellschaftsrechts anzuerkennen, greift nicht. Typischerweise existiert in einem Immobilienfonds kein der Personengesellschaft immanentes personalistisches Gepräge.⁵⁸ Das liegt vor allem an der Struktur eines Immobilienfonds. Während bei der klassischen Variante der GbR die Gesellschafter sich untereinander kennen, so ist der Immobilienfonds als Steuersparmodell initiiert und im Zuge dessen nicht auf eine persönliche Verbundenheit der Gesellschafter angelegt. Zudem gilt gerade hier, dass soweit der Anwendungsbereich der HaustRL eröffnet ist, deren Rechtsfolge ernst zu nehmen ist und nicht auf nationaler Ebene durch Billigkeitserwägungen untergraben werden darf.

c) *Einschränkende Fallgruppen*

Folgt man den Ausführungen des BGH, so stellt sich als abschließende Frage die Einschränkungsmöglichkeit der Rechtsfolge der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Diese Lehre findet dann keine Anwendung, wenn der fehlerhafte Gesellschaftsvertrag einen Minderjährigen betrifft oder wenn gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen wurde.⁵⁹ Dagegen soll es bei der Anwendung der Lehre selbst dann bleiben, wenn ein Gesellschafter durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zum Gesellschaftsbeitritt veranlasst worden ist.⁶⁰ Bedenkt man die Schutzwürdigkeit des Minderjährigen, dann stellt sich die Frage, ob nicht der Verbraucher ebenso schutzwürdig sein kann. Ein umfassender Verbraucherschutz ist jedoch vom Anliegen des Minderjährigenschutzes zu unterscheiden. Der Minderjährige wird nur deswegen geschützt, weil er die Folgen seiner eigenen Willenserklärungen, deren Tragweite er wegen seines Alters nicht vollständig rechtlich zu überschauen vermag, weder abschätzen kann noch daraus Nachteile erleiden soll.⁶¹ Eine Einschränkung der Lehre gegenüber einem Verbraucher würde bedeuten, dass die situative Unterlegenheit einen vergleichbaren Ausschließungsgrund darstellt.

Dies ist nicht der Fall. Der Verbraucher erkennt in der Regel durch umfassende Aufklärungspflichten des Unternehmers die rechtlichen Folgen seiner Willenserklärung.⁶² Ob das Geschäft wirtschaftlich erträglich ist und ob darüber hinreichend informiert wurde, muss für die ratio des Widerrufsrechts außer Betracht bleiben. Das Widerrufsrecht wird

nicht auf Grund der Unterlegenheit des Verbrauchers gewährt, sondern auf Grund einer dem Vertragsschluss untypischen Überraschungssituation. Wenn schon bei einer Täuschung oder Drohung keine Ausnahme von der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft gemacht wird,⁶³ dann erst recht nicht bei einer situativen Unterlegenheit. Zudem ist der Hinweis des OLG München auf Art. 7 der HaustRL an dieser Stelle verfehlt.⁶⁴ Danach „[...] *regeln sich die Rechtsfolgen des Widerrufs nach einzelstaatlichem Recht* [...]“.⁶⁵ Legt man den Begriff „*Recht*“ hier eng aus, so handelt es sich nur um geschriebenes Recht, welches durch den nationalen Gesetzgeber normiert werden muss und sich vom Gewohnheitsrecht oder auch anerkannten Rechtsinstituten – wie der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – unterscheidet. Der deutsche Gesetzgeber hat bereits die Regelung zur Rechtsfolge eines Widerrufs in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB getroffen. Der Richtlinienbefehl zur Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs ist daher umgesetzt worden. So dass einer weiteren nationalen Gestaltung durch die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft und durch die dann wiederum wenig geglückte Einschränkung derselben kein Raum besteht.

4. *Zwischenergebnis*

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB die Rechtsfolgen des Widerrufs mit denen des Rücktritts harmonisiert und damit Art. 7 HaustRL ausgeschöpft. Aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 der HaustRL geht hervor, dass der Verbraucher bei Ausübung seiner Widerrufsrechte aus allen, dem widerrufenen Vertrag erwachsenden, Verpflichtungen zu entlassen ist.⁶⁶ Ein *ex tunc* wirkender Widerruf führt zur Rückabwicklung der schuldvertraglichen Verpflichtungen im Wege eines Rückgewährschuldverhältnisses §§ 357 Abs. 1, 346 BGB. Dadurch werden alle erlangten Rechte und Rechtsgüter dem jeweiligen Rechtsinhaber zurückgeführt. Eine zusätzliche Verpflichtung, die dem Verbraucher die Auswirkung seiner Rechte erschweren könnte, ist durch die Regelung des nationalen Gesetzgebers nicht angezeigt.⁶⁷ Wendet man aber die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft an, dann entstehen durch die Wirksamkeitsfiktion der Lehre Kollisionen mit den Richtlinienvorgaben.

⁵⁸ Wirtschaftlich betrachtet liegt ein Steuersparmodell mit einer Vielzahl teilweise unbekannter Gesellschafter vor.

⁵⁹ Dazu bereits oben.

⁶⁰ *Ulmer* (Fn. 37), § 705 Rn. 323; Dies gilt nur für das Außenverhältnis (d.h. der Befriedigung von Dritten). Im Innenverhältnis darf dem Getäuschten oder Bedrohten jedoch kein Nachteil gegenüber den unredlich handelnden Gesellschaftern erwachsen.

⁶¹ *Wendtland*, in: *Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB*, 2. Aufl. 2007, § 106 Rn. 1.

⁶² Zudem würde eine andere Einschätzung das Leitbild des Verbrauchers konterkarieren; dazu beispielsweise *Buchner/Rehberg*, GRURint, 2007, 394.

⁶³ Gilt wiederum nur für das Außenverhältnis.

⁶⁴ Vielmehr hätte er bei der Frage der Rechtsfolge des einfachen Widerrufs gestellt werden müssen und nicht bei der Frage der Rechtsfolge der fehlerhaften Gesellschaft.

⁶⁵ Art. 7 Richtlinie des Rates 85/577/EWG vom 20.12.1985.

⁶⁶ OLG München NZG 2007, 225 (Vorinstanz); so auch der BGH – II ZR 292/06, *Beschl. v. 5.5.2008*.

⁶⁷ Diese Konstellation ist auch von der jüngst vom EuGH entschieden Kostentragung bei der Nacherfüllung zu unterscheiden, dort hat der EuGH entschieden, dass bei der Geltendmachung des (verlängerten) Primäranspruchs dem Verbraucher keine zusätzlichen Kosten entstehen dürfen, insbesondere kein Nutzungsersatz zu gewähren ist; siehe dazu EuGH NJW 2008, 1433.

V. Differenzierte Betrachtungsweise

Der BGH hat, sowohl hinsichtlich der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gegen umgesetztes Sekundärrecht verstoßen, als auch hinsichtlich der Ausformung und Einschränkung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft inkonsequent und ergebnisorientiert gehandelt. Die Literatur folgt dem BGH weitgehend, wobei der Ansatz der Anwendung und Einschränkung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft das Normengefüge zwischen mitgliedersstaatlichem Recht und Sekundärrecht sprengt. Die Ansätze de lege ferenda lösen das Problem nicht. Es stellt sich daher die Frage, ob die herkömmliche Lösung einer differenzierten Betrachtungsweise weichen kann.

1. Personen- und Kapitalgesellschaften

Für die Anwendbarkeit der Grundsätze ist zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zu differenzieren. Mit Eintragung in das Handels-, Vereins- oder Genossenschaftsregister tritt für die jeweilige Gesellschaftsform Bestandsschutz ein. Bei gravierenden Satzungsmängeln besteht für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage.⁶⁸ Grundlage der gesetzlichen Normierung des Rechtsinstituts der fehlerhaften Gesellschaft (§§ 75 ff. GmbHG, §§ 275 ff. AktG) bildet die Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie – PubliRL) tatsächlich ein gemeineuropäisches Prinzip erkennen kann, nach dem die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte von der Nichtigkeit unberührt bleiben sollen und sich dieser Grundsatz auf Personengesellschaften erstreckt⁷², ist fragwürdig. Schon der auf Kapitalgesellschaften beschränkte Anwendungsbereich verbietet dies auf Grund eines bestimmten Wesensmerkmals, nämlich der personalistischen Prägung der Personengesellschaften. Ausdruck für diesen Unterschied kann die Wahl der Rechtsform sein, obgleich sich eine trennscharfe Abgrenzung anhand formaler Kriterien nicht durchhalten lässt.⁷³ Vielmehr sind Übergangsformen bekannt, die je nach Prägekraft der kapitalistischen oder der personalistischen Elemente des Gesellschaftsvertrages zu bewerten sind.⁷⁴ So lange aber – wie hier – eine eindeutige Zuordnung der Gesellschaft vollzogen werden kann, ist der Anwendungsbereich der PubliRL nicht eröffnet. Wären die Rechtsfolgen einer Kündigung des Gesellschaftsbeitritts nach Maßgabe der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie auch für Personengesellschaften zu bestimmen, dann wäre die Folge eine Divergenz des Sekundärrechts, soweit die Verbraucherschutzrichtlinien für Personengesellschaften anwendbar sind.⁷⁵ Die Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie schriebe eine ex-nunc-Wirkung der Kündigung vor, während dessen die HaustRL von einer extunc-Wirkung des Widerrufs ausgeht. Nicht nur die Begriffspaare Widerruf/Kündigung divergieren hier, sondern auch deren Rechtsfolgen ex nunc/ex tunc. Bedenkt man, dass die HaustRL einen Mindeststandard setzen will, um die Rechte des Verbrauchers ausreichend schützen zu können, so darf weder die deutsche Legislative noch die Judikative sich diesem Gebot widersetzen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass gerade die personalistisch geprägten Personengesellschaften vom Verbraucherschutz umfasst sein müssen und hier eine Einschränkung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft vorzunehmen ist.

⁶⁸ §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG, 94 ff. GenG.

⁶⁹ Richtlinie Nr. 68/151/EWG vom 9. 3. 1968 (Publizitätsrichtlinie), ABI EWG Nr. L 65/8; Text auch bei *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2006, § 5 Rn. 58; einführend *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, IntGesR, 4. Aufl. 2006, Rn. 34.

⁷⁰ Dazu *Bachmann*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG 2007, § 277 AktG Rn. 9; *Füller*, in: Bürgers/Körber, Heidelberger Kommentar zum AktG, 2008, § 277 Rn. 4; *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 2008, § 277 AktG Rn. 5; *Schulze-Osterloh/Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 19. Aufl. 2009, § 77 Rn. 5; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 77 Rn. 2.

⁷¹ *Bachmann* (Fn. 70), § 277 AktG Rn. 6; *Füller* (Fn. 70), § 277 Rn. 2; *Riesenhuber* (Fn. 70), § 277 AktG Rn. 4; *Schulze-Osterloh/Zöllner* (Fn. 70), § 77 Rn. 2; *Kleindiek* (Fn. 70), § 77 Rn. 1.

Subsidiarität vom Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft bewirken.

Bei Personengesellschaften gibt es keine vergleichbaren Regelungen. Insbesondere ist die Rechtsfolge einer Nichtigkeit weder im Außenverhältnis, noch bei Kündigung eines Gesellschafters im Innenverhältnis normiert. Deshalb hat die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft in diesem Bereich besondere Relevanz. Ob man aber aus der Publizitätsrichtlinie (PubliRL) tatsächlich ein gemeineuropäisches Prinzip erkennen kann, nach dem die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte von der Nichtigkeit unberührt bleiben sollen und sich dieser Grundsatz auf Personengesellschaften erstreckt⁷², ist fragwürdig. Schon der auf Kapitalgesellschaften beschränkte Anwendungsbereich verbietet dies auf Grund eines bestimmten Wesensmerkmals, nämlich der personalistischen Prägung der Personengesellschaften. Ausdruck für diesen Unterschied kann die Wahl der Rechtsform sein, obgleich sich eine trennscharfe Abgrenzung anhand formaler Kriterien nicht durchhalten lässt.⁷³ Vielmehr sind Übergangsformen bekannt, die je nach Prägekraft der kapitalistischen oder der personalistischen Elemente des Gesellschaftsvertrages zu bewerten sind.⁷⁴ So lange aber – wie hier – eine eindeutige Zuordnung der Gesellschaft vollzogen werden kann, ist der Anwendungsbereich der PubliRL nicht eröffnet. Wären die Rechtsfolgen einer Kündigung des Gesellschaftsbeitritts nach Maßgabe der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie auch für Personengesellschaften zu bestimmen, dann wäre die Folge eine Divergenz des Sekundärrechts, soweit die Verbraucherschutzrichtlinien für Personengesellschaften anwendbar sind.⁷⁵ Die Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie schriebe eine ex-nunc-Wirkung der Kündigung vor, während dessen die HaustRL von einer extunc-Wirkung des Widerrufs ausgeht. Nicht nur die Begriffspaare Widerruf/Kündigung divergieren hier, sondern auch deren Rechtsfolgen ex nunc/ex tunc. Bedenkt man, dass die HaustRL einen Mindeststandard setzen will, um die Rechte des Verbrauchers ausreichend schützen zu können, so darf weder die deutsche Legislative noch die Judikative sich diesem Gebot widersetzen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass gerade die personalistisch geprägten Personengesellschaften vom Verbraucherschutz umfasst sein müssen und hier eine Einschränkung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft vorzunehmen ist.

Die Differenzierung des BGH geht noch weiter: Der BGH differenziert sogar innerhalb der Personengesellschaften. Personengesellschaften, die keiner personalistischen Prägung

⁷² So aber *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335.

⁷³ Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 43 I.

⁷⁴ Zu denken wäre vor allem an die GmbH & Co KG vgl. dazu *Haar*, Die Personengesellschaft im Konzern, 2006, S. 248.

⁷⁵ Sehr weitgehend *Wagner*, NZG 2008, 447 (450 f.); zur Bereichsausnahme für Gesellschaftsverträge des Art. 10 S. 3 Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG auch *Drygala*, ZIP 1997, 968, 970; *Michalski/Schuldenberg*, NZG 1999, 898 ff.; *Heinrichs*, NJW 1998, 1447 (1462); *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (413).

unterliegen, wie es beim geschlossenen Immobilienfonds regelmäßig der Fall ist, sollen anders behandelt werden, als Personengesellschaften mit personalistischer Prägung. Wo aber die trennscharfe Grenze zu ziehen ist, ist ebenso unklar, wie die Konsequenz der Unterscheidung. Eine solche Differenzierung zerstört das bisher kohärente System, welches in Personen- und Kapitalgesellschaft differenziert.

2. „Windhundrennen“

Der Einwand von Rechtsprechung und Literatur, dass ein „Windhundrennen“ stattfinden würde, lässt sich tatsächlich nicht entkräften. Der mündige Verbraucher wird von seinen Rechten effektiv Gebrauch machen, währenddessen der uninformierte Verbraucher wohl das Risiko der Haftung tragen wird. Es ist aber nicht Aufgabe der nationalen Rechtsprechung ein offensichtliches Panoptikum der *lex lata* durch eigenmächtige Interpretation oder Anwendung national durch Richterrecht entwickelte Lehren aufzulösen. Vielmehr wäre hier entweder der europäische Gesetzgeber gefragt Klarheit zu schaffen, oder aber der EuGH durch eindeutige Stellungnahme.

3. Berücksichtigung verbraucherspezifischer Interessen

Die Wertung – so wird vom BGH angewendet – sei jedoch nicht nur dogmatischer Natur, vielmehr lässt sich die Problematik auf eine Grundfrage reduzieren: Soll eine Fondsbeteiligung den Verbraucherschutzregeln unterfallen und wenn, sind die Verbraucherschutzregeln vorgelagert?⁷⁶

Für Personengesellschaften besteht – anders als für Kapitalgesellschaften – grundsätzlich die Möglichkeit den beteiligten Gesellschaftern in ihrer Eigenschaft als Verbraucher umfassenden Schutz über die gesetzlichen Regelungen zu gewähren. Auch wenn die Gesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds nach Einkommensteuerrecht als Unternehmer behandelt werden § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG und von Teilen der Literatur ein umfassender Verbraucherschutz durch die Regeln der Prospekthaftung apostrophiert wird⁷⁷, so darf man nicht verkennen, dass im Sinne der HaustRL – und auf diese kommt es beim Widerruf ausschließlich an – die Verbrauchereigenschaft gegeben ist und die Prospekthaftung eben nicht ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht gewährt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kann weder die bloße Gewinnerzielungsabsicht⁷⁸ noch die Quantität der In-

vestition⁷⁹ die Verbrauchereigenschaft bestimmen. Eine die Richtlinie unterspülende und damit das Normengefüge sprengende Bewertung der Verbrauchereigenschaft an Hand ergebnisorientierter Lösungen führt zu Rechtsunsicherheit und zur Durchbrechung rechtsstaatlicher Prinzipien. § 13 BGB grenzt den Begriff des Verbrauchers von dem des Unternehmers durch objektive Kriterien ab: Entscheidend ist lediglich der Status der natürlichen Person, die keiner gewerblichen Tätigkeit nachgeht.⁸⁰

VI. Ergebnisse und Ausblick

Wenn schon die nationale Rechtsordnung eine ex-tunc-Wirkung des Widerrufs vorsieht und nach gängiger Praxis des Europarechts, Richtlinien weder durch nationales Gesetz noch durch dogmatische Lehren in ihrer Verbindlichkeit eingeschränkt werden dürfen, dann ist eine Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beim Widerruf eines Gesellschaftsvertrages ebenso rechtsdogmatisch bedenklich, wie eine Einschränkung durch Fallgruppenerweiterung. Es scheint der BGH hat die Schieflage seiner Rechtsprechung erkannt, von dieser aber nicht Abstand genommen, sondern vielmehr durch die Erweiterung einer Fallgruppe ein wohl den Interessen gerechtes, aber dogmatisch fragwürdiges Ergebnis erzielt. Ob pragmatische Erwägungen das Normengefüge derart unterlaufen können, sodass de facto die Wertung des Sekundärrechts ausgehebelt wird, muss der EuGH beantworten. Aus einem übergeordnetem Gesellschaftsinteresse, welches die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft rechtfertigen könnte, um die übrigen Gesellschafter zu schützen und nicht denjenigen zu Privilegieren, der als erster der Gesellschafter seinen Beitritt widerruft, kann eine Sprengung des Normengefüges nicht begründet werden.⁸¹ Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wird vom EuGH nicht gekippt werden⁸², aber sie muss differenziert gehandhabt werden, um dem dogmatischen Gefüge und den unterschiedlichen Interessen gerecht werden zu können.

⁷⁶ Zum aktuellen Streitstand: *Edelmann*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 3; Zur Unternehmereigenschaft der Immobilienfonds siehe *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (407 f.) der darauf abstellt, dass jedenfalls der Initiator kein Verbraucher ist; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 58 Abs. 3 2.b), der auf eine Eintragung nach § 105 Abs. 2 HGB abstellt; *Wagner* (Fn. 25), § 16 Rn. 16 ff.; umfassend *Armbrüster*, Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen, 2005, S. 120 ff.

⁷⁷ Vgl. *Edelmann* (Fn. 76), § 3 Rn. 11; A.A. *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (407); ferner *Möllers*, LMK 2005, 34 (35).

⁷⁸ BGH WM 1993, 1215 (1216).

⁷⁹ BGHZ 149, 80 (86 f.) = BKR 2002, 26.

⁸⁰ *Edelmann* (Fn. 76), § 3 Rn. 23; vgl. auch *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 13 Rn. 10.

⁸¹ So aber *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1024); A.A. *Hammen*, WM 2008, 233 (237).

⁸² EuGH GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 8.9.2009 – C-215/08 Rn. 100.