

Übungsfall: Nur Europa kann den Bürgen retten

Von Alexander Grimm, LL.M.oec., und Johannes Rehahn, Halle (Saale)*

Der Sachverhalt wurde im Wintersemester 2011/2012 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg in der Übung für Fortgeschrittene im Bürgerlichen Recht als Hausarbeit gestellt. Es wurde eine Durchschnittspunktzahl von 7,48 Punkten erreicht. Schwerpunkte des Falles sind die Abgrenzung von Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft, Verbraucherschutz und (vertragliches) Widerrufsrecht, richtlinienkonforme und -überschießende Auslegung sowie der Beitritt zu einer Personengesellschaft.

Sachverhalt

A, Immobilienmakler in Halle, lädt für den Abend des 1.10.2010 seinen Bekannten D nach Hause zum Kartenspiel ein. Am besagten Abend klingelt Z an der Tür des A. Z ist Komplementär der X-KG (X) und durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ermächtigt, namens der Gesellschafter neue Teilhaber aufzunehmen. Mit den Einlagen der neuen Gesellschafter möchte X den Erwerb und die Bebauung von Grundstücken finanzieren. An den späteren Gewinnen aus der Vermietung sollen die Gesellschafter beteiligt werden.

Z bietet dem A an, sich als Kommanditist mit einer Einlage in Höhe von 50.000 € zu beteiligen. A ist sich unsicher, ob er über die finanziellen Mittel verfügt. Z weiß jedoch eine Lösung: Er übereicht A das Formular eines Darlehensvertrages der Regionalbank C. C hatte zuvor X ermächtigt, im Zuge der Werbung neuer Teilhaber der X, Darlehensverträge und damit zusammenhängende Sicherungsmittel in ihrem Namen vereinbaren zu dürfen. Für das Darlehen mit einer Laufzeit von zwei Jahren und einem Zinsfuß von 5 % über dem Basiszinssatz pro anno sind vierteljährlich Zinsen für das vorangegangene Kalendervierteljahr zu entrichten. Die Tilgung des Darlehens hat in einem Betrag am Ende der Laufzeit zu erfolgen. Das Formular soll A ausgefüllt bei C abgeben.

Für das Darlehen verlangt Z von A ausreichende Sicherheiten. A denkt sofort an den D, welcher zwischenzeitlich hinzugestoßen ist. A und Z überzeugen D, schon jetzt eine „Haftungserklärung“ abzugeben, falls A das Darlehen später unterzeichnen sollte. D forderte eine Beschränkung seiner Haftung. Daraufhin wird das Folgende ausgehandelt und handschriftlich vermerkt:

„Haftungserklärung

zwischen der C [genaue Anschrift],
vertreten durch Z,
(Sicherungsnehmer)

und

D [genaue Anschrift]
(Sicherungsgeber)

§ 1 Zweck der Vereinbarung

Zweck der Vereinbarung ist es, dem Sicherungsnehmer eine Sicherheit dafür zu verschaffen, dass seine vertraglichen Forderungen gegen A (Hauptschuldner) aus dem künftigen Kreditvertrag zwischen C und A (Hauptschuld) erfüllt werden. Der Kredit wird dem Hauptschuldner zum Zweck der Beteiligung an der X gewährt.

§ 2 Umfang der Sicherungserklärung

Hiermit gibt der Sicherungsgeber gegenüber dem Sicherungsnehmer bis zum Höchstbetrag von 10.000 € eine Haftungserklärung für alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche, die dem Sicherungsnehmer aus der Hauptschuld zustehen können, ab.

§ 3 Reihenfolge der Ansprüche

Der Sicherungsnehmer kann bei Fälligkeit der Hauptschuld vom Sicherungsgeber sofort Zahlung verlangen und muss nicht erst gegen den Hauptschuldner vorgehen.

Halle, den 1.10.2010

Z [Unterschrift]

D [Unterschrift]“

D erhält ein Vertragsexemplar und eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung. Zugleich unterzeichnen A und Z den Vertrag über die Aufnahme des A in die X, da A die Summe „so oder so“ aufbringen will. In diesem Vertrag heißt es: „Angaben zur Möglichkeit des Widerrufs sind im Internet auf der Homepage der X abrufbar unter“ (es folgt ein Link auf die Homepage, wo die Informationen lesbar sind).

In der Folgezeit zeigt sich, dass A zwar vermögend ist, aber sein Vermögen nicht kurzfristig „liquidieren“ kann. Daher unterzeichnet er am 15.11.2010 das ausgefüllte Darlehensformular in einer Filiale der C, wobei eine Angestellte dieses gegenzeichnet. Hierbei wird A ordnungsgemäß über ein Widerrufsrecht wegen der Art des Darlehensvertrages, der alle Pflichtangaben enthält, informiert. Da sich die Angestellte wegen der besonderen Anbahnung des Vertrages unsicher ist, verwendet sie dabei ein Darlehensformular, welches eine weitere Widerrufsbelehrung enthält und eine Widerrufsfrist ab Vertragsschluss von vier Wochen vorsieht. A enthält ein Vertragsexemplar.

Mit Einverständnis des A wird das Darlehen am 1.12.2010 von C direkt an X überwiesen. Danach gerät A unerwartet in wirtschaftliche Schwierigkeiten und stellt die Zahlung der Zinsen für das Darlehen ein. C fordert A am 15.3.2011 und am 15.6.2011 erfolglos zur Zahlung der Zinsen jeweils binnen zwei Wochen auf. Als die Zahlung des A weiterhin ausbleibt, kündigt C das Darlehen.

Am 14.7.2011 verlangt C von D Zahlung von 50.000 € nebst Zinsen. Dieser lehnt mündlich jede Zahlung mit dem Hinweis ab, dass sich die C schon zuerst an A halten müsse. Außerdem erkläre er den Widerruf der „Sicherungsvereinbarung“ und mache „auch vom Widerrufsrecht des A Gebrauch.“

Kann C von D Zahlung verlangen?

* Die Verf. sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Matthias Lehmann, D.E.A., LL.M., J.S.D.

Lösungsvorschlag**Anspruch C gegen D gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB**

C könnte gegen D einen Anspruch auf Zahlung von 50.000 € nebst Zinsen gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB haben.

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Zunächst müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen D und C geschlossen worden sein. Beide schlossen am 1.10.2010 einen Vertrag, wobei C gem. §§ 164 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB wirksam durch Z vertreten wurde.

1. Vertragsart

Fraglich ist, welche Art von Vertrag geschlossen wurde. Der Inhalt eines geschlossenen Vertrages ist im Wege der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.¹ In Betracht kommen eine Garantie, ein vertraglicher Schuldbeitritt (Schuldmitübernahme) sowie eine Bürgschaft.

Eine Garantie verpflichtet den Garanten dazu, den Begünstigten bei Eintritt des Garantiefalles so zu stellen, als sei ein erstrebter Erfolg eingetreten oder ein erlittener Schaden nicht entstanden.² Diese Verpflichtung ist von der gesicherten Schuld in Entstehung und Fortbestand vollständig unabhängig, d.h. streng nicht-akzessorisch. Daher ist sie etwa auch dann zu erfüllen, wenn die Forderung gegen den Erstschuldner schon gar nicht zur Entstehung gelangt ist.³ Vorliegend sollte D gem. § 1 der „Haftungserklärung“ Sicherheit für Forderungen leisten, die C gegen A aus einem künftigen Kreditvertrag zustehen können. Damit war keine selbständige Verbindlichkeit des D, die vom Schicksal der Forderung gegen A losgelöst ist, gewollt. Ein Garantievertrag liegt also nicht vor.

Der Schuldbeitritt begründet eine Gesamtschuld gem. §§ 421 ff. BGB,⁴ so dass der Gläubiger nach § 421 S. 1 BGB jeden der Gesamtschuldner ganz oder teilweise in Anspruch nehmen kann. Bei der Bürgschaft gem. §§ 765 ff. BGB hingegen haftet der Bürge streng akzessorisch (§§ 765 Abs. 1, 767 Abs. 1, 768 Abs. 1 S. 1, 770 BGB) und im Grundsatz subsidiär (§ 771 BGB) für eine fremde Schuld.⁵ Zwar scheidet die Subsidiarität hier wegen der zulässigen (vgl. § 773

Abs. 1 Nr. 1 BGB) vertraglichen Vereinbarung in § 3 der „Haftungserklärung“ als Unterscheidungsmerkmal aus, doch ist der Klausel gleichwohl zu entnehmen, dass eine Bürgschaft gewollt war: Wäre ein Schuldbeitritt gegeben, würde das in § 3 des Vertrages niedergelegte Wahlrecht des Gläubigers bereits aus § 421 BGB folgen. Die Regelung wäre überflüssig. Auch stellt sich der Schuldbeitritt für den Erklärenden regelmäßig⁶ als risikoreicher dar, weil z.B. die Formvorschrift des § 766 BGB keine direkte und nach Ansicht der Rspr. auch keine analoge Anwendung findet.⁷ Im Wege der Auslegung kann daher regelmäßig nur dann auf den Willen zur Begründung einer solchen eigenen Schuld geschlossen werden, wenn der Erklärende ein eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an der Tilgung der Verbindlichkeit des Schuldners hat.⁸ Ein eigenes Interesse des D an der Durchführung des Hauptvertrages zwischen C und A ist nicht erkennbar. Es liegt daher kein Schuldbeitritt, sondern eine Bürgschaft vor. Diese ist gem. § 2 des Bürgschaftsvertrages auf den Höchstbetrag von 10.000 € beschränkt. Ein darüber hinausgehender Anspruch von C gegen D besteht nicht.

2. Formwirksamkeit

Da die Schriftform gem. §§ 766 S. 1, 126 Abs. 1 BGB eingehalten wurde, ist die Bürgschaft nicht nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

Die Nichtigkeit könnte sich aber aus § 494 Abs. 1 BGB ergeben. Fraglich ist, ob die Formerfordernisse der §§ 492, 494 BGB zur Anwendung kommen. Da eine Bürgschaft kein Darlehensvertrag ist⁹ und auch die Verbraucherkreditrichtlinie¹⁰ keine Anwendung findet,¹¹ scheidet eine direkte Anwendung aus.

Die §§ 491 ff. BGB könnten jedoch analog anzuwenden sein. Da die Verbraucherkreditrichtlinie gerade die Bürgschaft nicht erfasst, steht deren Vollharmonisierung¹² einer

¹ Musielak, Grundkurs BGB, 12. Aufl. 2011, Rn. 102-104; Biehl, JuS 2010, 195 (196).

² RGZ 61, 157 (160); BGH NJW 1965, 148 (149); Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor § 765 Rn. 18; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, § 13 Rn. 15 f.; Grigoleit/Herresthal, Jura 2002, 825 (826).

³ RGZ 61, 157 (159 f.); Habersack (Fn. 2), Vor § 765 Rn. 18; Oetker/Maultzsch (Fn. 2), § 13 Rn. 17; Grigoleit/Herresthal, Jura 2002, 825 (826).

⁴ RGZ 59, 232 (233); BGHZ 58, 251 (255); Oetker/Maultzsch (Fn. 2), § 13 Rn. 9; Grigoleit/Herresthal, Jura 2002, 825.

⁵ Habersack (Fn. 2), § 765 Rn. 1; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl. 2007, Rn. 837, 964; Oetker/Maultzsch (Fn. 2), § 13 Rn. 6.

⁶ Mit Ausnahme beim Beitritt zum Darlehensvertrag und der Analogie zu § 492 BGB: BGH NJW 1996, 2156 (2157); BGHZ 133, 220 (224).

⁷ BGH NJW 1991, 3095 (3098); BGHZ 131, 1 (3); a.A. Habersack (Fn. 2), Vor § 765 Rn. 15; Bülow (Fn. 5), Rn. 1595.

⁸ BGH NJW 1981, 47; NJW 1986, 580; Möschel, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor § 414 Rn. 21 f.; Oetker/Maultzsch (Fn. 2), § 13 Rn. 13; Grigoleit/Herresthal, Jura 2002, 825 (828).

⁹ Schürmbrand, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 491 Rn. 71; Scherer/Mayer, DB 1998, 1217; v. Westphalen, MDR 1997, 307 (308). Noch anders Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 7. Aufl. 2011, § 491 Rn. 123; Bülow, NJW 1996, 2889 (2892).

¹⁰ Nun Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EG 2008 Nr. L 133, S. 66.

¹¹ EuGH, Slg. I 2000, S. 1741, Rn. 25 (Berliner Kindl).

¹² Siehe Erwägungsgründe 9, 11 der neuen Verbraucherkreditrichtlinie (Fn. 11).

solchen Analogie nicht entgegen.¹³ Voraussetzungen einer Analogie sind eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.¹⁴ Zum Teil werden diese bejaht: Die Beteiligung Dritter sei nicht geregelt, gleichwohl würden die Schutzbestimmungen dieses Gesetzes in analoger Anwendung den Schuldbeitritt des Verbrauchers erfassen.¹⁵ Gleiches müsse auch für Bürgschaftsverträge gelten, die sich zwar in der dogmatischen Begründung der Haftung, nicht aber mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit des Mithaftenden vom Schuldbeitritt unterscheiden würden.¹⁶

Dagegen lehnt die h.M.¹⁷ eine Analogie zu den §§ 491 ff. BGB ab, der BGH¹⁸ aber nur für die gewerblich eingegangene Hauptschuld. Zunächst bestehe spätestens seit der Schuldrechtsreform keine planwidrige Gesetzeslücke mehr.¹⁹ Zudem sei auch eine vergleichbare Interessenlage nicht gegeben: Während der Beitretende als gleichrangiger Schuldner in ein Schuldverhältnis eintrete, sei die Verpflichtung des Bürgen akzessorisch und subsidiär.²⁰

Dieser Ansicht ist beizutreten, da es i.E. an einer dem Schuldbeitritt vergleichbaren Nähe des Bürgen zum Darlehensnehmer fehlt: Der Bürge ist durch die Formvorschrift des § 766 BGB und die Einreden gem. §§ 768, 770, 771 BGB geschützt. Vergleichbare Vorschriften für den Schuldbeitritt existieren nicht. Mithin ist eine Analogie zu den §§ 491 ff. BGB abzulehnen.

Die Bürgschaft ist also formwirksam.

Hinweis: Studierende, die eine Analogie zu den §§ 491 ff. BGB annehmen, müssten im Anschluss prüfen, ob die

Bürgschaft gem. § 494 Abs. 1 BGB nichtig ist. Dies wäre zu bejahen, da D nicht die in § 494 Abs. 1 analog i.V.m. Art. 247 § 6 EGBGB vorgeschriebenen Angaben zum Darlehensvertrag erhalten hat. Sodann müsste eine Heilung des Formmangels nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB geprüft werden, da A das Darlehen der C empfangen hat. Dies wird für den Schuldbeitritt überwiegend verneint, da der Beitretende selbst keine Vorteile aus dem Empfang des Darlehens durch den Darlehensnehmer zieht.²¹ Folglich ist es gut vertretbar, dass auch die Heilung eines formunwirksamen Bürgschaftsvertrages nicht eintritt.

3. Bestimmbarkeit der Hauptschuld

Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses muss die Hauptforderung noch nicht bestehen (§ 765 Abs. 2 BGB), jedoch aufgrund der Akzessorietät und des damit zusammenhängenden Bürgschaftsschutzes hinreichend bestimmbar sein. Dabei müssen Gläubiger, Hauptschuldner und die Geschäftsverbindung feststehen, aus der sich die zu sichernde Forderung ergeben soll.²² Die weite Fassung der Bürgschaft in § 2 des Bürgschaftsvertrages wird durch § 1 auf jene Forderungen der C gegen A beschränkt, die sich aus dem Darlehensvertrag zwischen diesen ergeben. Mithin ist die Hauptschuld hinreichend bestimmt.

4. Widerruf des Bürgschaftsvertrages

Ein Bürgschaftsvertrag könnte gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB wegen eines Widerrufs unwirksam sein.

a) Bestehen eines Widerrufsrechts

Ein Widerrufsrecht aus §§ 491, 495 BGB analog scheidet wegen der abzulehnenden²³ Analogie aus. Es kommt aber ein Widerrufsrecht gem. § 312 BGB in Betracht.

aa) Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Zunächst setzt § 312 Abs. 1 S. 1 BGB einen Vertrag über eine entgeltliche Leistung voraus. Dabei ist fraglich, ob das Eingehen einer Bürgschaftsverpflichtung diese Voraussetzung erfüllt. Die Norm dient der Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie.²⁴

Zum einen wird angenommen, dass diese Richtlinie keine Bürgschaften erfasse.²⁵ Dafür spreche etwa Art. 1 Abs. 1 der

¹³ Zur Bedeutung des Anwendungsbereichs für die Vollharmonisierung: *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, 2009, S. 83 (86 ff.); *Wendehorst*, *ZEuP* 2011, 263 (268 f.).

¹⁴ *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 202.

¹⁵ BGHZ 133, 71 (74 ff.); 133, 220 (222 ff.); 138, 321 (326).

¹⁶ LG Magdeburg *NJW* 1999, 3496 (3496 f.); *Bülow*, *ZIP* 1999, 1613 (1615 f.); *Hasselbach*, *JuS* 1999, 329 (331 f.); *Holzengel*, *Jura* 2000, 578 (581 f.); *Kulke*, *NJW* 2006, 2223 (2224); v. *Westphalen*, *MDR* 1997, 307 (308); de lege ferenda *Drexler*, *JZ* 1998, 1046 (1053 ff.); *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273 (356), der i.E. aber a.A. ist.

¹⁷ OLG Hamm *WM* 1998, 171 (172); *Kessal-Wulf*, in: *Staudinger*, *Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2004, § 491 Rn. 23; *Godefroid*, *Verbraucher kreditverträge*, 3. Aufl. 2008, Teil 2 Rn. 120; *Martis/Meinhof*, *Verbraucherschutzrecht*, 2. Aufl. 2005, 2. Teil, B, Rn. 109; *Fischer*, *ZIP* 2000, 828 (830); *Pfeiffer*, *ZIP* 1998, 1129 (1134 f., 1137); *Schmid-Burgk*, *DB* 1997, 513 (513 f.); *Tiedtke*, *NJW* 2001, 1015 (1027); *Zahn*, *DB* 1998, 353 (355 ff.); diff. *Schürnbrand* (Fn. 9), § 491 Rn. 75: Nur eine Analogie in Bezug auf das Informationsinteresse des Bürgen.

¹⁸ BGHZ 138, 321 (326 f.); ebenso OLG Frankfurt *ZGS* 2007, 240.

¹⁹ *Stadler*, in: *Jauernig*, *Kommentar zum BGB*, 14. Aufl. 2011, § 765 Rn. 12.

²⁰ Siehe oben I. 1.

²¹ *Schürnbrand* (Fn. 9), § 494 Rn. 20 m.w.N.

²² BGHZ 130, 19 (21 f.); *Habersack* (Fn. 2), § 765 Rn. 68, 70 f.; *Rohe*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 765 Rn. 16-18; *Sprau*, in: *Palandt*, *Kommentar zum BGB*, 71. Aufl. 2012, § 765 Rn 6 f.; *Coester-Waltjen*, *Jura* 2001, 742 (743); *Schmolke*, *JuS* 2009, 585.

²³ Siehe oben I. 2.

²⁴ Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, *ABl.* 1985 Nr. L 372, S. 31.

²⁵ *Jacobs*, *Schlussantrag zu EuGH Slg. I* 1998, S. 1199 (*Dietzinger*); *Vowinkel*, *DB* 2002, 1362 (1363); *Roth*, *ZIP* 1996, 1285 (1287 f.).

Richtlinie im englischen Wortlaut, der vorsehe, dass der Unternehmer konkret eine Ware oder Dienstleistung anbieten müsse und der Verbraucher als Abnehmer dafür eine Leistung zu erbringen habe.²⁶

Der EuGH und die h.M. hingegen streiten zu Recht dafür, dass eine Bürgschaft in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen könne.²⁷ So geht etwa aus dem Wortlaut der deutschen²⁸ und französischen²⁹ Fassung des Art. 1 Abs. 1 nicht hervor, dass der Unternehmer die Ware oder Dienstleistung an den Vertragspartner, der sich auf den Widerruf des Vertrages stützt, geliefert oder erbracht haben muss. Es reicht vielmehr, wenn ein Dritter der Begünstigte ist,³⁰ hier der Hauptschuldner. Außerdem erwähnt die Präambel auch einseitige Verpflichtungserklärungen.³¹ Letztlich befindet sich gerade der Bürge in einer Überrumpelungssituation.³² Er erscheint sogar noch schutzwürdiger, wenn er nicht einmal eine Leistung erhält.³³ Damit erstreckt sich der Anwendungsbereich der Haustürwiderrufsrichtlinie auch auf die Bürgschaft.

Fraglich ist daher, ob § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, der die Entgeltlichkeit gleichwohl voraussetzt, der richtlinienkonformen Auslegung zugänglich ist. Der Wortlaut legt zunächst ein enges Verständnis nahe, vermöge dessen eine Leistung und ihre Gegenleistung gemeint sind, so dass die Bürgschaft nicht erfasst wäre.³⁴ Im Unterschied zum „gegenseitigen Vertrag“ i.S.d. § 320 BGB ist aber auch ein weites Verständnis denkbar, so dass es nur eine Leistung des anderen Teils geben muss, die einen gewissen Bezug zur Leistung des Gegenübers hat. Damit ist es bereits vom Wortlaut her möglich, etwa

auch die Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner als Dritten als entgeltliche Leistung zu verstehen.³⁵

Somit ist eine richtlinienkonforme Auslegung möglich.³⁶ Damit ist die Bürgschaft „entgeltlich“ i.S.d. § 312 Abs. 1 S. 1 BGB.

Hinweis: Bis 13.12.2013 ist die neue Verbraucherrechtsrichtlinie (2011/83/EU) ins deutsche Recht umzusetzen, die für Verträge gilt, die nach dem 13.6.2014 geschlossen wurden. Diese Richtlinie vereinigt die Haustürwiderrufs- und Fernabsatzrichtlinie. Der Wortlaut der Richtlinie ist weitergehend und deutlicher als jener der Haustürwiderrufsrichtlinie, so dass es dann einfacher wird, Bürgschaften als erfasst anzusehen.

bb) Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher sowie Haustürsituation

(1) Einzelbetrachtung

Des Weiteren verlangt § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der zu widerrufende Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher innerhalb und aufgrund einer Haustürsituation geschlossen worden ist. D ist gem. § 13 BGB Verbraucher und C als Bank gem. § 14 BGB Unternehmer. Als Haustürsituation kommt nur § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB in Betracht. Der Bürgschaftsvertrag wurde in „einer Privatwohnung“ geschlossen. Hierbei ist unschädlich, dass C durch X und diese durch Z vertreten wurde, da die Haustürwiderrufsrichtlinie in Art. 2 a.E. aufseiten des Unternehmers eine Vertretung bereits vorsieht.³⁷ Im Ergebnis ist § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB dem Wortlaut nach erfüllt.

(2) Gesamtbetrachtung

Eventuell müssen jene Bedingungen auch beim Hauptschuldner vorliegen. Dies könnte sich aus der Haustürwiderrufsrichtlinie ergeben. Nach dem Verständnis des EuGH verlangt Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit der Akzessorietät der Bürgschaft, dass sowohl der Bürge als auch der Hauptschuldner Verbraucher sind, sich beide in einer Haustürsituation befinden haben und letzterer in diesem Rahmen Waren oder Dienstleistungen abgenommen hat.³⁸

²⁶ So die Stellungnahme mancher Regierung bei EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 14 f. (Dietzinger). Zudem Generalanwalt Jacobs, Schlussantrag zu EuGH Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 17 (Dietzinger); Roth, ZIP 1996, 1285 (1288); Vowinkel, DB 2002, 1362 (1363). Der englische Wortlaut besagt: „This Directive shall apply to contracts under which a trader supplies goods or services to a consumer“.

²⁷ EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 18 f. (Dietzinger); BGH NJW 1993, 1594 (1595); Kulke, JR 1999, 485; Pfeiffer, NJW 1996, 3297.

²⁸ „Diese Richtlinie gilt für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden“.

²⁹ „La présente directive s'applique aux contrats conclus entre un commerçant fournisseur des biens ou des services et un consommateur“.

³⁰ EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 18 f. (Dietzinger); Pfeiffer, NJW 1996, 3297 (3301).

³¹ BGH NJW 1993, 1594 (1595); ausführlich Hasselbach, JuS 1999, 329 (331); Pfeiffer, NJW 1996, 3297 (3300 f.).

³² EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 19 (Dietzinger); Kulke, JR 1999, 485 (487).

³³ BGH NJW 1993, 1594 (1595); EU-Kommission rezipiert in EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 12 (Dietzinger); so auch selbst BGH NJW 1996, 930 (931); Medicus, EWiR 1991, 693 (693 f.).

³⁴ So BGHZ 113, 287; BGH NJW 1996, 930 (931).

³⁵ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 60 II 3. a); Vowinkel, DB 2002, 1362.

³⁶ BGH NJW 1993, 1594 (1595); Maume, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 312 Rn. 7; Saenger, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 312 Rn. 28.

³⁷ EuGH, Slg. I 2005, S. 9273, Rn. 41-45 (Crailsheimer Volksbank); BGH NJW 2006, 497 f.; bereits auch Weiler, BB 2003, 1397.

³⁸ EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 22 f. (Dietzinger); Zu diesem Verständnis des EuGH auch BGHZ 139, 21; Masuch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 Rn. 26; Saenger (Fn. 36), § 312 Rn. 29; anders Kulke, JR 1999, 485 (488): keine doppelte Haustürsituation.

(a) Verbrauchereigenschaft des A

Die Verbrauchereigenschaft des A entfällt nach § 13 BGB, wenn das konkrete Geschäft zum Zwecke der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen wurde. A ist als Makler auf dem Immobilienmarkt tätig. Die Aufnahme eines Darlehens zur Finanzierung einer Einlageleistung bei einer Gesellschaft zählt nicht zu dieser beruflichen Tätigkeit. Die Darlehensaufnahme könnte dennoch zu gewerblichen Zwecken erfolgt sein, weil A sich Gewinne aus seiner finanzierten Gesellschafterstellung versprach, welche die Kosten für die Inanspruchnahme des Darlehens übersteigen sollten.

Während nach einer Ansicht aufgrund der rechtlichen Verselbständigung der Personenhandelsgesellschaften (siehe etwa § 124 HGB) deren Gesellschafter immer Verbraucher sind,³⁹ möchte eine andere Ansicht differenzieren. Hiernach sei eine gewerbliche Tätigkeit nicht gegeben, wenn die Teilhabe an der Gesellschaft nur der privaten Vermögensverwaltung diene. Demgegenüber sei sie zu bejahen, wenn der Neugesellschafter eine unternehmerische Stellung in der Gesellschaft anstrebe. Eine solche könne etwa bei einer persönlichen Haftung (bei der KG als Komplementär, §§ 128, 161 Abs. 2 HGB) angenommen werden.⁴⁰ Vorliegend hat A aber nur den Erwerb einer Kommanditistenstellung durch das Darlehen finanziert. Er hat also keine unternehmerische Stellung inne. Mithin ist A nach beiden Ansichten Verbraucher i.S.v. § 13 BGB.

(b) Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Der Darlehensvertrag ist auch entgeltlich, da A Zinsen auf die Valuta zahlen muss.

(c) Überrumpelungstatbestand

A müsste sich ferner in einer Situation i.S.v. § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB befunden haben. Eine Verhandlung i.d.S. ist bereits dann gegeben, wenn der Verbraucher auf die Möglichkeit eines Vertragsschlusses angesprochen wird.⁴¹ A und Z haben am 1.10.2010 in der Wohnung des A eingehend auch

³⁹ Schäfer, in: Staub, Großkommentar zum HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 83; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666 (1668). Ebenso für die Stellung als Kaufmann Hopt, in: Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 34. Aufl. 2010, § 161 Rn. 5; Schäfer, a.a.O., § 105 Rn. 79; Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 5 I 1. b); Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666 (1668).

⁴⁰ BGH ZIP 2005, 254 (255); ebenso EuGH NJW 2010, 1511 (1512, Rn. 34) – von der Heyden, für die Haustürwiderrufsrichtlinie (Fn. 25); Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 45; Saenger (Fn. 36), § 13 Rn. 14; Godefroid (Fn. 17), Teil 2 Rn. 69; Armbrüster, ZIP 2006, 406 (407). Ebenso für die Stellung als Kaufmann gem. §§ 1 ff. HGB Windbichler, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl. 2009, § 17 Rn. 17.

⁴¹ BGHZ 131, 385 (390); OLG Dresden WM 2008, 1682 (1684); Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 312 Rn. 12.

über ein Darlehen der C gesprochen und den Vertragsschluss vorbereitet. Darauf, dass der Abschluss des Vertrages später in der Filiale der C getätigt wurde, kommt es nicht an. Eine Haustürsituation liegt vor.

(d) Kausalität

A müsste durch diese Verhandlungen aber auch zum Abschluss des Vertrages „bestimmt“ worden sein. Von einer solchen Kausalität ist bereits dann auszugehen, wenn die Überrumpelungssituation bis zum Vertragsschluss fortwirkt.⁴² Erfolgt der Vertragsschluss in engem zeitlichem Zusammenhang mit der mündlichen Verhandlung, ist dies ein Indiz für die Mitursächlichkeit, das mit fortschreitendem zeitlichem Abstand schwächer wird.⁴³ Zwischen dem Gespräch in der Wohnung und dem Vertragsabschluss in der Filiale der C sind mehr als sechs Wochen vergangen. A hat erst nach der Verschlechterung seiner finanziellen Situation den Entschluss gefasst, das Darlehen der C in Anspruch zu nehmen. Daher liegt keine Kausalität zwischen dem überraschenden Ansprechen und der Willenserklärung des A vor.

(e) Zwischenergebnis

A befand sich als Verbraucher nicht in einer Haustürsituation, als er den Darlehensvertrag abschloss.

(3) Entscheidung gegen die Gesamtbetrachtung

Mithin ist entscheidend, ob man der Gesamt- oder Einzelbetrachtung folgt. Gegen die Gesamtbetrachtung ist bereits anzuführen, dass der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 Haustürwiderrufsrichtlinie nicht verlangt, dass der Abnehmer der Ware oder Dienstleistung selbst Verbraucher gewesen sein oder gar in einer Haustürsituation gehandelt haben muss. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Akzessorietät der Bürgschaft.⁴⁴ In praxi ist gleichwohl die Ansicht des EuGH maßgebend. Dann aber besteht aufgrund der lediglich erfolgten Mindestharmonisierung⁴⁵ die Möglichkeit einer richtlinienüberschießenden Auslegung des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine solche könnte aber abzulehnen sein, da der Wortlaut des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB gerade enger ist als jener der Richtlinie. Überdies wollte sich der Gesetzgeber⁴⁶ an die Vorgaben der Richtlinie halten, ohne über deren Schutzniveau hinauszugehen.⁴⁷

Hingegen spricht für die Einzelbetrachtung die Ratio des Widerrufsrechts: Im Mittelpunkt steht der Schutz des Bürgen, der sich als Verbraucher in einer Haustürsituation befunden hat, während die Situation des Hauptschuldners ohne Bedeu-

⁴² OLG Dresden WM 2008, 1682 (1684); Saenger (Fn. 36), § 312 Rn. 32 f.

⁴³ BGH WM 2006, 1243 (1244); OLG Dresden WM 2008, 1682 (1684); Grüneberg (Fn. 41), § 312 Rn. 13; ähnl. Saenger (Fn. 37), § 312 Rn. 33; Anscheinsbeweis.

⁴⁴ BGHZ 165, 363 (368); Drexler, JZ 1998, 1046 (1055); Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 894 (895).

⁴⁵ Art. 8 der Haustürwiderrufsrichtlinie (oben Fn. 25).

⁴⁶ BT-Drs. 10/4210, S. 9.

⁴⁷ BGHZ 139, 21 (25 f.); Vowinkel, DB 2002, 1362 (1364).

tung ist.⁴⁸ Außerdem kann eine Begrenzung auf den Willen des Gesetzgebers nicht stattfinden, wenn dieser das Problem gar nicht gesehen hat.⁴⁹ Im Ergebnis ist die Einzelbetrachtung heranzuziehen. In der Person des D sind die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB erfüllt.

Hinweis: Die Verbraucherrechterichtlinie (s.o.) ist grds. vollharmonisierend (Art. 4), d.h. die Mitgliedstaaten dürfen keine abweichenden Vorschriften erlassen, auch nicht zugunsten des Verbrauchers. Nach dieser Richtlinie ändert sich deswegen die Argumentation an dieser Stelle des Gutachtens: Wenn der EuGH an der Gesamtbetrachtung auch unter der neuen Richtlinie festhält (was aufgrund des weitergehenden Wortlautes nicht sicher ist), so kann das BGB davon nicht mehr abweichen. Aber: Die Vollharmonisierung gilt nur im Rahmen des Anwendungsbereichs der Richtlinie. Wenn die Bürgschaft konkret also nicht unter die Richtlinie fällt, kann das nationale Recht den Bürgen selbstständig schützen.

cc) Keine Ausnahme

Eine Ausnahme gem. §§ 312 Abs. 3, 312a BGB besteht nicht.

dd) Zwischenergebnis

D steht also ein Widerrufsrecht zu.

b) Frist- und formgerechter Widerruf

D muss sein Widerrufsrecht auch ordnungsgemäß i.S.v. § 355 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeübt haben. Der Widerruf muss in Textform (§ 126b BGB) erklärt werden. Die lediglich mündliche Erklärung des D reicht also nicht und ist nichtig (§ 125 S. 1 BGB). Weiterhin muss die Erklärung auch fristgerecht erfolgen. Die Fristdauer beträgt nur dann 14 Tage (§ 355 Abs. 2 S. 1 BGB), wenn eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung spätestens bei Vertragsschluss, aber nicht vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers,⁵⁰ erfolgte. Ansonsten gilt gem. § 355 Abs. 2 S. 3 BGB eine Monatsfrist. Z hat D erst nach seiner Gegenzeichnung die Belehrung ausgehändigt, so dass fraglich ist, ob die Widerrufsbelehrung „bei Vertragsschluss“ erteilt worden ist. Hierfür wird einerseits für maßgeblich gehalten wird, ob ein „einheitlicher

Vorgang“ gegeben ist.⁵¹ Nach anderer Ansicht genügt es, wenn dem Verbraucher die Widerrufsbelehrung noch am Tag des Vertragsschlusses (§ 187 Abs. 1 BGB) mitgeteilt wird.⁵² Letztlich kann dies hier offen bleiben, da maximal die Monatsfrist gilt, welche aber ebenfalls abgelaufen ist: Der Fristbeginn bestimmt sich nach § 355 Abs. 3 S. 1 BGB. Mithin begann die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 2.10.2010 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 1 BGB am 15.10.2010 (14 Tage) bzw. gem. § 188 Abs. 2 BGB am 1.11.2010 (1 Monat) um 24 Uhr. Damit ist im Juli 2011 die Widerrufserklärung auch nicht fristgerecht erfolgt.

Hinweis: Nach der Verbraucherrechterichtlinie (s.o.) werden auch mündliche Widerrufserklärungen genügen (Art. 11 Abs. 1). Außerdem kann der Verbraucher ein zur Verfügung gestelltes Formular verwenden. Zudem beträgt die Widerrufsfrist bei Belehrung über dieses immer nur 14 Tage. Auch ohne Belehrung endet das Widerrufsrecht nach 12 Monaten (Art. 10).

c) Ergebnis

Mangels Widerrufs der Bürgschaft ist diese nicht unwirksam.

II. Bestand der Hauptschuld

Zudem müsste auch eine zu sichernde Hauptschuld i.S.d. § 765 Abs. 1 BGB bestehen. Eine solche könnte in Gestalt eines Anspruchs der C gegen A aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegen.

1. Darlehensvertrag

Hierfür müssten A und C einen Darlehensvertrag geschlossen haben.

a) Vertragsschluss

C und A schlossen am 15.11.2010 in der Filiale der C einen Darlehensvertrag über 50.000 €, die entsprechend des Vertrages zu verzinsen waren.

b) Formwirksamkeit

Der Vertrag könnte aber gem. § 494 Abs. 1 BGB formnichtig sein. Zwar liegt zwischen A und C ein Verbraucherdarlehensvertrag nach § 491 BGB vor. Da A und C schriftlich i.S.v. § 126 Abs. 1 BGB am 15.11.2010 den Vertrag unterzeichnet haben und dieser alle Pflichtangaben gem. § 492 Abs. 2 BGB enthielt, ist die Formvorschrift aber erfüllt. Der Vertrag ist i.E. formwirksam.

⁴⁸ BGHZ 165, 363 (368 f.); *Masuch* (Fn. 38), § 312 Rn. 26; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2005, § 312 Rn. 27; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (353 f.); *Reinicke/Tiedtke*, DB 1998, 2001 (2003); *Riehm*, JuS 2000, 138 (143 f.); *Tiedtke*, NJW 2001, 1015 (1027).

⁴⁹ *Reinicke/Tiedtke*, DB 1998, 2001 (2002); *Riehm*, JuS 2000, 138 (143). Zum Vorrang der Ratio vor einem (schwachen) historischen Argument *Canaris*, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 25 (58 f.); *ders.*, AcP 200 (2000), 273 (354).

⁵⁰ Eine Widerrufsbelehrung vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers ist unwirksam, vgl. BGH NJW 2002, 3396 (3398); *Grüneberg* (Fn. 41), § 355 Rn. 19; *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2004, § 355 Rn. 45.

⁵¹ *Kaiser* (Fn. 50), § 355 Rn. 47; *Masuch* (Fn. 38), § 355 Rn. 54; *Wildemann*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, Bd. 2.1, 2. Aufl. 2004, § 355 Rn. 45; *Bülow/Artz* (Fn. 9), § 495 Rn. 138; *Martis/Meinhof*, MDR 2004, 4 (6).

⁵² *Schwab/Witt*, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 319, 324 f.; *Artz*, BKR 2002, 603 (607).

c) *Widerruf*

A stellte die Zinszahlungen ein, ohne sich hierzu zu erklären. Sein Schweigen hat keinen Erklärungswert. Mangels Widerrufserklärung besteht der Darlehensvertrag zwischen C und A also noch fort.

2. *Auszahlung der Darlehensvaluta*

C hat das Darlehen gegenüber A valutiert, indem sie mit Einwilligung des A (§§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB) an X zahlte und dabei im Interesse des Darlehensnehmers eine Verbindlichkeit⁵³ desselben gegenüber X beglich.

3. *Zwischenergebnis*

Die Hauptschuld aus dem Darlehensvertrag besteht.

III. Einrede der Vorausklage

Die Einrede aus § 771 S. 1 BGB ist hier aufgrund der Vereinbarung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft i.S.v. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen (siehe § 3 der Bürgschaftserklärung).

IV. Einrede gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB

D könnte aber ein Leistungsverweigerungsrecht des A gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Dies ist der Fall, wenn die Hauptschuld noch nicht fällig ist. Nach der Vereinbarung zwischen C und A war die Fälligkeit noch nicht eingetreten. C könnte sie aber durch Kündigung gem. §§ 314, 490 Abs. 3 BGB herbeigeführt haben.

1. *Dauerschuldverhältnis*

Beim Darlehensvertrag mit Zinszahlung hängt die Hauptleistung des Darlehensnehmers von der Laufzeit des Vertrages ab, so dass es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt.⁵⁴

2. *Wichtiger Grund*

Erforderlich ist weiterhin ein wichtiger Grund. Die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses i.S.d. § 314 Abs. 1 S. 2 BGB ist insbesondere dann zu bejahen, wenn der Darlehensnehmer mit seiner Pflicht zur Zinszahlung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in Verzug ist. Eine solche Pflichtverletzung stellt in entsprechender Anwendung der §§ 498 S. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB aber nur dann einen wichtigen Grund dar, wenn mindestens zwei aufeinander folgende Zahlungen zu einem nicht unerheblichen Teil nicht geleistet wurden.⁵⁵ Mit der Valutierung entsteht die Pflicht zur Zinszahlung.⁵⁶ Ersterer erfolgte hier am 1.12.2010. Nach dem Darlehensvertrag waren die Zinsen vierteljährlich für das vorangegangene Kalendervierteljahr, also gem. § 271 Abs. 1 i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 1.3.2011 und am 1.6.2011 fällig. Diese Zahlungen sind vollständig ausgeblieben. Damit ist A mit zwei Raten in Folge zu einem nicht unerheblichen Teil in Verzug. Ein wichtiger Grund liegt vor.

chen Teil nicht geleistet wurden.⁵⁵ Mit der Valutierung entsteht die Pflicht zur Zinszahlung.⁵⁶ Ersterer erfolgte hier am 1.12.2010. Nach dem Darlehensvertrag waren die Zinsen vierteljährlich für das vorangegangene Kalendervierteljahr, also gem. § 271 Abs. 1 i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 1.3.2011 und am 1.6.2011 fällig. Diese Zahlungen sind vollständig ausgeblieben. Damit ist A mit zwei Raten in Folge zu einem nicht unerheblichen Teil in Verzug. Ein wichtiger Grund liegt vor.

3. *Abhilfefrist und Kündigungserklärung*

C hat A eine angemessene Abhilfefrist gem. § 314 Abs. 2 BGB gesetzt, indem sie ihn am 15.3.2011 und am 15.6.2011 aufforderte, die ausstehenden Zinszahlungen binnen zwei Wochen zu erbringen. Eine Zahlung ist gleichwohl nicht erfolgt, woraufhin C die Kündigung innerhalb der Frist i.S.d. § 314 Abs. 3 BGB erklärte.

4. *Zwischenergebnis*

C hat den Darlehensvertrag wirksam gekündigt und dadurch das Vertragsverhältnis mit Wirkung ex nunc beendet.⁵⁷ Damit besteht gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB eine fällige Hauptschuld in Gestalt der Rück- und Zinszahlungspflicht, so dass D keine Einrede gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen kann.

V. Einrede gem. § 770 BGB analog wegen Widerrufbarkeit des Darlehensvertrages A mit C

Überdies erklärt D auch, dass er „vom Widerrufsrecht des A Gebrauch machen“ wolle. Die Geltendmachung des Gestaltungsrechts eines anderen ist aber grds. nicht möglich.⁵⁸ Die Erklärung des D ist aber gem. §§ 133, 157 BGB dahin zu verstehen, dass er sich ein Widerrufsrecht des A zunutze machen will, selbst wenn dieses bisher nicht ausgeübt wurde.

1. *Anwendbarkeit des § 770 BGB*

In Betracht kommt eine Einrede gem. § 770 BGB, welche dem Wortlaut nach jedoch nur andere Gestaltungsrechte erfasst. Fraglich ist, ob die Vorschrift analog auch für die Widerrufbarkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts anzuwenden ist. Sie soll eine Schutzlücke zwischen § 767 Abs. 1 S. 1 BGB und § 768 Abs. 1 S. 1 BGB schließen, welche sich etwa auch beim Widerruf auftut: Der Bürge kann den Widerruf des Hauptschuldners nicht selbst ausüben und auch ein Leistungsverweigerungsrecht hieraus nicht herleiten. Daher müsste er für die Erfüllung einer Verbindlichkeit zunächst eintreten, obwohl der Hauptschuldner das Rechtsverhältnis mit dem Gläubiger möglicherweise später durch Wi-

⁵³ Zu dieser Voraussetzung BGHZ 152, 331 (336 f.); *Berger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 488 Rn. 33; *Kessal-Wulf*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 488 Rn. 2.

⁵⁴ Vgl. BGH NJW-RR 1988, 763 (765); *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 314 Rn. 6; *Medicus/Stürner*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 314 Rn. 4.

⁵⁵ BGH NJW-RR 1988, 763 (765); *Looschelders*, Schuldrecht BT, 6. Aufl. 2011, Rn 362; ähnlich *Berger* (Fn. 53), § 490 Rn. 49: zwei volle Zahlungen.

⁵⁶ *Berger* (Fn. 53), § 488 Rn. 193; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 488 Rn. 22.

⁵⁷ Vgl. *Gaier* (Fn. 54), § 314 Rn. 23; *Medicus/Stürner* (Fn. 54), § 314 Rn. 20.

⁵⁸ *Grüneberg* (Fn. 41), § 355 Rn. 3; *Masuch* (Fn. 38), § 355 Rn. 23.

derruf aufhebt. Dieses Ergebnis erscheint planwidrig und ist unvereinbar mit dem Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft. Daher ist § 770 BGB analog anzuwenden, wenn noch ein Recht des Hauptschuldners zum Widerruf des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses besteht.⁵⁹

Hinweis: D beruft sich allein auf die Widerrufbarkeit des Darlehensvertrages zwischen A und C. Daher spielt es keine Rolle, ob er auch dann eintreten müsste, wenn A den Darlehensvertrag tatsächlich wirksam widerrufen hätte. In diesem Falle würde sich eine Pflicht des A zur Rückgewähr der Darlehensvaluta aus §§ 346 ff., 357 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Das ursprüngliche Vertragsverhältnis würde sich in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandeln. Die Frage, ob sich die Einstandspflicht des Bürgen auch auf diese Verbindlichkeit erstreckt, ist durch Auslegung des Bürgschaftsvertrages zu ermitteln.⁶⁰ Nach § 1 des Bürgschaftsvertrages sollte C eine Sicherheit für die vertraglichen Forderungen gewährt werden. Da gem. §§ 346 ff. BGB das Vertragsverhältnis nicht ex tunc erlischt, sondern (in umgestalteter Form) weiter besteht, erscheint es vertretbar, auch den Anspruch auf Rückgewähr als durch die Bürgschaft gesichert anzusehen. Da vorliegend aber gerade noch nicht widerrufen wurde, kann D die Befriedigung des Gläubigers möglicherweise so lange verweigern, wie nicht endgültig klargestellt ist, auf welche Anspruchsgrundlage der Gläubiger die Hauptverbindlichkeit stützen kann, da wegen der Akzessorietät hiervon auch die Verteidigungsmöglichkeiten des Bürgen abhängen. Der Einwand, dass A womöglich ohnehin zahlen muss, weil sich die Hauptverbindlichkeit aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB oder aber aus §§ 346 ff., 357 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, geht folglich fehl.

2. Widerrufbarkeit gem. §§ 355, 495 BGB

In Betracht kommt eine Widerrufbarkeit des Darlehensvertrages gem. §§ 355, 495 Abs. 1 BGB.

a) Widerrufsrecht

Dem A steht gem. § 495 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu.⁶¹ Ausnahmen nach § 495 Abs. 3 BGB greifen nicht ein.

b) Fristgerechter Widerruf

Fraglich ist aber, ob ein fristgerechter Widerruf durch A noch möglich ist. Die Widerrufsfrist beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 1 i.V.m. 495 Abs. 1, 2 BGB 14 Tage. Sie beginnt gem. § 355 Abs. 3 i.V.m. § 495 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 BGB mit dem Vertragsschluss und dem vollständigen Erhalt der erforderlichen Pflichtangaben zu laufen. A schloss den inhaltlich vollständigen Darlehensvertrag am 15.11.2010 ab und erhielt ein Ver-

tragsexemplar. Nach § 187 Abs. 1 BGB setzte der Fristbeginn damit am 16.11.2010 ein. Die Frist endete nach § 188 Abs. 2 BGB am 29.11.2010. Sie ist damit verstrichen. Ein Widerruf durch A ist nicht mehr möglich.

c) Zwischenergebnis

Der Darlehensvertrag ist nicht nach §§ 355, 495 BGB widerrufbar.

3. Widerrufbarkeit nach §§ 355, 312 BGB

Nach dem oben⁶² Gesagten, scheidet auch ein Widerrufsrecht des A nach §§ 355, 312 Abs. 1 S. 1 BGB aus.

4. Vertragliches Widerrufsrecht

Der Darlehensvertrag zwischen A und C ist aber auch dann widerrufbar, wenn ein vertragliches Widerrufsrecht vereinbart worden ist.

a) Bestehen

Das Bestehen eines vertraglichen Widerrufsrechts setzt eine Einigung beider Parteien gem. §§ 145 ff. BGB voraus. Ein Angebot auf Abschluss einer Widerrufsmöglichkeit könnte in der Widerrufsbelehrung der C über das vermeintlich bestehende Widerrufsrecht des A aufgrund der Anbahnung des Vertrages in der Wohnung des A zu sehen sein.

Nach einer Ansicht ist dies abzulehnen, da regelmäßig, insbesondere wenn auf die gesetzlichen Vorschriften verwiesen werde, nur dann ein Widerrufsrecht gewollt sei, wenn dieses auch gesetzlich bestehe.⁶³ Die Widerrufsbelehrung selbst sei nur eine geschäftsähnliche Handlung, mit der der Unternehmer über die Rechtslage informieren wolle. Es fehle ihm sowohl am Erklärungsbewusstsein als auch am Geschäftswillen.⁶⁴

Nach anderer Auffassung müsse eine Einigung über ein vertragliches Widerrufsrecht angenommen werden, wenn dem Vertragstext nicht zu entnehmen sei, dass das Widerrufsrecht nur dann bestehen solle, wenn die gesetzlichen Bedingungen erfüllt seien, denn die Belehrung über ein Widerrufsrecht setze dessen Bestehen voraus.⁶⁵ Zudem könne die Widerrufsbelehrung Bestandteil Allgemeiner Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sein, so dass Unklarheiten in der Formulierung gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Unternehmers gingen.⁶⁶ Vorliegend wurde das Widerrufsrecht nicht vom Bestehen der gesetzlichen Bedingungen

⁵⁹ Siehe oben I. 4. a) bb) (2) (d).

⁶⁰ OLG Frankfurt NJOZ 2010, 1033 (1033 f.).

⁶¹ OLG München WM 2003, 1324 (1326 f.); *Bülow/Artz* (Fn. 10), § 495 Rn 91; *Corzelius*, EWiR 2009, 243 (244); *Münsche*, WuB I E 1. – 5.03.

⁶² OLG Köln, Urteil v. 22.7.2009 – 27 U 5/09 Rn. 22 f. (zit. nach juris).

⁶³ BGH NJW-RR 2009, 709 (710); wohl auch BGH, Beschl. v. 15.12.2009 – XI ZR 141/09, Rn. 12 f. (zit. nach juris); BGH NJW 1982, 2313 (2314); *Ebnet*, NJW 2011, 1029 (1031).

⁵⁹ BGHZ 165, 363 (368); *Brödermann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 770 Rn. 3; *Habersack* (Fn. 2), § 770 Rn. 6; *Bülow* (Fn. 5), Rn. 987.

⁶⁰ *Bülow* (Fn. 5), Rn. 966.

⁶¹ Vgl. oben II. 1. b).

abhängig gemacht. Damit wäre es vertraglich vereinbart worden.

Dieser Ansicht ist zu folgen. Die Formulierung, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung widerrufen könne, ist aus dessen objektiver Laiensicht so zu verstehen, dass er ein Widerrufsrecht habe.⁶⁷ Ansonsten müsste der zu schützende Verbraucher das Risiko tragen, dass trotz Belehrung kein Widerrufsrecht besteht, während der Unternehmer sorglos eine solche vornehmen könnte.⁶⁸ Mithin ist A ein vertragliches Widerrufsrecht angetragen worden, das dieser durch seine Unterschrift angenommen hat.

b) Inhalt des Widerrufsrechts und fortbestehende Widerrufbarkeit

Fraglich ist aber, welchen Inhalt das vertragliche Widerrufsrecht hat. Zuweilen wird vertreten, dass allein die Vertragsauslegung entscheidend sei.⁶⁹ Die h.M. geht dagegen davon aus, dass mangels erkennbaren abweichenden Willens die gesetzlichen Anforderungen des entsprechenden gesetzlichen Widerrufsrechts gelten.⁷⁰ Vorliegend kommt es darauf nicht an. Die Widerrufsbelehrung entsprach den gesetzlichen Vorgaben. Zugleich wurde ausdrücklich von den gesetzlichen Regelungen abgewichen, indem eine Widerrufsfrist von 4 Wochen vereinbart wurde.⁷¹ Diese Frist ist aber bereits am 13.12.2010 abgelaufen.

c) Zwischenergebnis

A kann auch nicht aufgrund eines vertraglichen Widerrufsrechts widerrufen.

VI. Einrede gem. § 770 BGB analog wegen Widerrufbarkeit des Aufnahmevertrages

Möglicherweise kann D aber gleichwohl die Einrede gem. § 770 BGB analog erheben. In Betracht kommt, dass es sich bei dem Erwerb der Kommanditistenstellung durch A und dem Verbraucherdarlehensvertrag um verbundene Verträge i.S.d. § 358 Abs. 3 S. 1 BGB handelt und der erstgenannte Vertrag noch widerrufen werden kann. Gem. § 358 Abs. 1 BGB würde dieser Widerruf auch den Darlehensvertrag erfassen.

1. Verbundene Verträge

Nach § 358 Abs. 3 S. 1 BGB ist ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung mit dem Verbraucherdarlehensvertrag verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung dieses Be-

schaffungsvertrages dient und die Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden.

a) Beschaffungsvertrag

Es müsste ein solcher Beschaffungsvertrag vereinbart worden sein.

aa) Vertragsschluss

A hat eine auf die Begründung einer Kommanditistenstellung gerichtete Willenserklärung abgegeben. Fraglich ist aber, ob die korrespondierende Willenserklärung des Z von der erforderlichen Vertretungsmacht gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB getragen war. Z ist als Komplementär der X gem. §§ 125 Abs. 1, 161 Abs. 2, 170 HGB organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft. Seine Vertretungsmacht erstreckt sich gem. § 126 Abs. 1 HGB auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen der *Gesellschaft*. Nicht von dieser Vertretungsmacht gedeckt sind Geschäfte, die in die Zuständigkeit der *Gesellschafter* fallen. Dies ist bei Grundlagengeschäften, zu denen auch die Aufnahme neuer Gesellschafter zu zählen ist, der Fall.⁷² Der Vertragsschluss erfolgt zwischen dem Beitretenden und allen bisherigen Gesellschaftern.⁷³ Möglich ist aber etwa die Übertragung der Vertretungsmacht für den Abschluss des Aufnahmevertrages auf einen Gesellschafter allein.⁷⁴ Vorliegend wurde Z durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich nach § 167 Abs. 1 BGB ermächtigt, Aufnahmeverträge im Namen aller Altgesellschafter abzuschließen. Folglich handelte Z mit und innerhalb seiner Vertretungsmacht. Seine Willenserklärung wirkt gem. § 164 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB für und gegen alle bisherigen Gesellschafter. Ein Gesellschaftsvertrag zwischen A und den Altgesellschaftern über die Aufnahme des A in die X wurde geschlossen.

bb) Verbraucher/Unternehmer

Ferner ist gem. § 358 Abs. 1 BGB erforderlich, dass A Verbraucher ist und seine Vertragspartner Unternehmer sind. Während A und die bisherigen Kommanditisten der X Verbraucher sind, ist dies für die Komplementäre, wie oben gesehen,⁷⁵ streitig. Für die Ansicht, dass diese Unternehmer sind, spricht indes Folgendes: Die Rechtsfähigkeit der KG vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Komplementäre die Geschicke der Gesellschaft selbständig leiten

⁶⁷ *Ebnet*, NJW 2011, 1029 (1031).

⁶⁸ *Lindner*, EWIR 2011, 43 (44).

⁶⁹ OLG Naumburg BeckRS 2008, 25865; LG Krefeld BeckRS 2007, 17915.

⁷⁰ OLG Hamm, Urt. v. 4.2.2010 – 27 U 14/09, Rn. 37-39 (zit. nach juris); *Grüneberg* (Fn. 41), § 355 BGB Rn. 16; *Masuch* (Fn. 38), § 355 Rn. 58; *Ebnet*, NJW 2011, 1029 (1031).

⁷¹ Zu Abweichungen zugunsten des Verbrauchers: BGH NJW-RR 2009, 709 (710).

⁷² *Habersack*, in: Staub, Großkommentar zum HGB, 5. Aufl. 2009, § 126 Rn. 12 f.; *Hopt* (Fn. 39), § 126 Rn. 3.

⁷³ RGZ 128, 172 (176); BGHZ 26, 330 (333); *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 142; *Habersack* (Fn. 72), § 126 Rn. 12; *Hopt* (Fn. 39), § 105 Rn. 67; *Schmidt*, in: Schlegelberger, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 1992, § 105 Rn. 180; *Piehler/Schulte*, in: Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 34 Rn. 2.

⁷⁴ BGH NJW 1978, 1000; *Grunewald* (Fn. 73), § 161 Rn. 135; *Habersack* (Fn. 72), § 126 Rn. 12; *Hopt* (Fn. 39), § 105 Rn. 67; *Piehler/Schulte* (Fn. 73), § 34 Rn. 17.

⁷⁵ Siehe bereits oben I. 4. a) bb) (2) a).

(vgl. §§ 125 Abs. 1, 161 Abs. 2, 170 HGB) und dieser zu-
meist auf Dauer mit ihrem ganzen Vermögen verbunden sind
(vgl. §§ 128, 161 Abs. 2 HGB). Ihre Arbeitsleistung und ihre
Haftung muss auch bei der Verteilung des Gewinns gem.
§ 168 Abs. 2 HGB angemessen berücksichtigt werden. Damit
stehen sie der Gesellschaft näher als den Kommanditisten.
Sie sind ebenso Unternehmer wie die Gesellschaft selbst.

A hat den Aufnahmevertrag folglich nicht nur mit Ver-
brauchern, sondern auch mit mindestens einem Unternehmer
geschlossen. Die Frage, ob dies für die Bejahung eines Be-
schaffungsvertrages als Verbrauchergeschäft i.S.v. § 358
Abs. 1 BGB ausreicht, ist offen. Der Verbraucherschutz ist
von der Annahme getragen, dass sich der Verbraucher ge-
genüber dem Unternehmer in einer unterlegenen Stellung
befindet, weil er nicht in gleichem Maße auf Geschäftserfah-
rung zurückgreifen kann.⁷⁶ Eine Unterlegenheitssituation ent-
steht damit bei mehrseitigen Verträgen nur dann nicht, wenn
sich allein Verbraucher gegenüberstehen. Ist nur ein Unter-
nehmer beteiligt, ist der Schutz des Verbrauchers erforder-
lich. Der persönliche Anwendungsbereich ist hier also eröff-
net.

Hinweis: Studierende, die davon ausgehen, dass der Auf-
nahmevertrag mit der KG geschlossen wurde, müssten
sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Gesellschaft
selbst Unternehmer oder Verbraucher ist. Die KG ist un-
ter die rechtsfähigen Personengesellschaften gem. § 14
Abs. 2 BGB zu fassen und kann wegen des eindeutigen
Wortlauts des § 13 BGB kein Verbraucher sein.⁷⁷

cc) Ware oder andere Leistung

Gegenstand dieses Vertrages müsste gem. § 358 Abs. 1,
Abs. 3 S. 1 BGB die Lieferung einer Ware oder die Erbrin-
gung einer anderen Leistung sein. Fraglich ist, ob der Beitritt
zur Anlagegesellschaft eine andere Leistung i.d.S. darstellt.

Nach einer Ansicht ist diese Tatbestandsalternative wie
im alten § 9 VerbrKrG zu verstehen, so dass ein entgeltlicher
Leistungsaustausch vorliegen müsse.⁷⁸ Ein „Entgelt“ des
Verbrauchers werde bei dem Erwerb einer Beteiligung aber
nicht geleistet, da die Einlage des Gesellschafter kein Ent-
gelt für die Erlangung der Gesellschafterstellung darstelle,
sondern allein mit den Beitragspflichten der anderen Gesell-
schafter im Austauschverhältnis stehe.⁷⁹

Nach der Gegenauffassung führt das Tatbestandmerkmal
nicht zu einer sachlichen Einschränkung. Der Widerruf-
durchgriff wolle den Verbraucher davor schützen, den Darle-
hensvertrag erfüllen zu müssen, obwohl der Vertragspartner
des finanzierten Geschäfts nicht oder nicht vertragsgemäß
geleistet habe. Eine Begrenzung auf einen entgeltlichen Leis-

⁷⁶ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 19. Aufl. 2010, Rn 582.

⁷⁷ *Micklitz* (Fn. 40), § 14 Rn. 9; *Prütting*, in: *Prütting/We-
gen/Weinreich*, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 13
Rn. 8.

⁷⁸ OLG Karlsruhe ZIP 2003, 202 (204); Vgl. auch *Habersack*
(Fn. 2), § 358 Rn. 11.

⁷⁹ OLG Karlsruhe ZIP 2003, 202 (204); *Wallner*, BKR 2003,
799 f.

tungsaustausch werde diesem Zweck nicht gerecht.⁸⁰ Daher
stelle der Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft eine
andere Leistung i.S.d. § 358 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BGB dar.

Dieser Ansicht ist zu folgen. In wirtschaftlicher Hinsicht
ist der Verbraucher, der einer Personengesellschaft zum
Zwecke der Vermögensanlage beiträgt, nicht weniger schutz-
würdig als ein Käufer: Er leistet seine Einlage mit der Aus-
sicht auf Gewinne und steuerliche Vorteile, wofür er de facto
doch ein „Entgelt“ entrichtet.⁸¹ Ohne Übertragung des Wider-
rufs vom Beschaffungs- auf den Darlehensvertrag könnte
eine Schutzlücke gerade durch die Aufspaltung wirtschaftlich
zusammengehöriger Verträge geschaffen werden. Eine ande-
re Leistung ist also gegeben.

dd) Zwischenergebnis

Ein Beschaffungsvertrag liegt vor.

b) Verbraucherdarlehensvertrag

A hat auch einen Verbraucherdarlehensvertrag abgeschlos-
sen.⁸²

c) Verbindung

Die Verträge müssten aber auch gem. § 358 Abs. 1, Abs. 3
S. 1 BGB verbunden sein. Dies erfordert zunächst, dass das
Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen
Vertrages dient. Einer Zweckabrede im Darlehensvertrag
bedarf es nicht.⁸³ Maßgebend ist allein die objektive Verwen-
dung der Darlehensvaluta.⁸⁴ Das von C gewährte Darlehen
wurde vollständig dafür eingesetzt, die Beteiligung des A an
der X zu finanzieren.

§ 358 Abs. 3 S. 1 BGB erfordert ferner, dass beide Ver-
träge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist nach § 358
Abs. 3 S. 2 BGB insbesondere beim arbeitsteiligen Zusam-
menwirken des Darlehensgebers und des Unternehmers der
Fall. Hier hat C die X ermächtigt, Darlehensverträge in ihrem
Namen abzuschließen, und ihr die erforderlichen Formulare
überlassen. Z als Vertreter der Gesellschafter der X hat diese
Finanzierungsmöglichkeit dazu genutzt, Interessenten zum
Beitritt in die Gesellschaft zu bewegen. Ein arbeitsteiliges
Zusammenwirken liegt vor. Der Sonderfall des § 358 Abs. 3
S. 3 BGB greift nicht ein, da kein Erwerb eines Grundstücks
in Rede steht.⁸⁵ Eine wirtschaftliche Einheit ist gegeben.

⁸⁰ BGHZ 156, 46 (50); 159, 280 (289); *Habersack* (Fn. 2),
§ 358 Rn. 10.

⁸¹ Ebenso BGHZ 159, 280 (289); *Armbrüster*, ZIP 2006, 406
(412).

⁸² Siehe oben II. 1. b).

⁸³ EuGH, Slg. I 2007, S. 8017 Rn. 50 (Max Rampion/Fran-
finance).

⁸⁴ *Habersack* (Fn. 2), § 358 Rn 31 f.; a.A. *Möller*, in:
Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand:
1.11.2011, § 358 Rn. 20, die zusätzlich verlangt, dass der
Erbringer der finanzierten Leistung von der Finanzierung
wusste und diese billigt.

⁸⁵ Vgl. *Grüneberg* (Fn. 41), § 358 Rn. 14; *Saenger* (Fn. 36),
§ 358 Rn. 13.

Es handelt sich um verbundene Verträge.

2. Widerrufbarkeit des Beschaffungsvertrages

Die Einrede gem. § 770 BGB analog i.V.m § 358 Abs. 1 BGB setzt ferner voraus, dass der Beschaffungsvertrag – hier der Beitrittsvertrag – noch widerrufen werden kann. Es kommt eine Widerrufbarkeit gem. §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht.

a) Vorliegen des Widerrufsrechts

Der Vertrag über den Beitritt zu einer Personengesellschaft zwischen A als Verbraucher und den Gesellschaftern der X, wobei zumindest der Komplementär Z Unternehmer ist,⁸⁶ ist entgeltlicher Natur i.S.v. § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, da mit der Aufnahme in die Gesellschaft die Einlagepflicht des Gesellschafters entsteht.⁸⁷ Zudem ist eine Haustürsituation durch Vertragsschluss in der Wohnung des A gegeben.⁸⁸

b) Frist- und formgerechter Widerruf noch möglich?

Zuletzt dürfte aber auch die Widerrufsfrist noch nicht verstrichen sein. Eine Widerrufsfrist beginnt gem. § 355 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 BGB erst zu laufen, wenn u.a. die Widerrufsbelehrung in Textform (§ 126b BGB) erfolgte. Fraglich ist, ob die Angaben auf einer Homepage diesen Anforderungen genügen. Wesentliches Merkmal dieser Form ist, dass die Erklärung „auf [...] zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete[n] Weise abgegeben“ worden ist. Zum einen könnte man argumentieren, dass diese Anforderungen erfüllt seien, da eine Internetseite vom Erklärungsempfänger abgerufen werden könne und ein Speichern oder Ausdrucken grds. ohne Probleme möglich sei.⁸⁹ Zum anderen wird dies abgelehnt und verlangt, dass der Verbraucher die Angaben auf der Homepage auch tatsächlich heruntergeladen oder ausgedruckt habe.⁹⁰ Zwar kann zugunsten ersterer Auslegung der weite Wortlaut des § 126b BGB angeführt werden.⁹¹

⁸⁶ Siehe oben VI. 1. a) bb).

⁸⁷ Vgl. oben VI. 1. a) cc).

⁸⁸ Vgl. oben I. 4. a) bb) (2) (c).

⁸⁹ LG Flensburg MMR 2006, 686 (687); LG Paderborn MMR 2007, 191 (beide unter den Besonderheiten bei ebay); *Arnold*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 126b Rn. 3; *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 126b Rn. 9; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 126b Rn. 5; *Kaufmann*, CR 2006, 764 (766).

⁹⁰ BT-Drs. 14/2658, S. 40; 14/7052, S. 195; BGH NJW 2010, 3566 (3567 f.); *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 126b Rn. 3; *Grothe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 355 Rn. 9; *Kaiser* (Fn. 50), § 355 Rn. 42; *Martis/Meinhof* (Fn. 17), F Rn. 168; *Ebnet*, NJW 2011, 1029 (1032); *Lorenz*, JuS 2000, 833 (837); noch weitergehend: *Palm*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., § 126b Rn. 3 und *Buchmann*, MMR 2007, 347 (349 f.): Abrufbarkeit reiche nie, selbst bei tatsächlicher Speicherung.

⁹¹ *Kaufmann*, CR 2006, 764 (766).

Außerdem hätte es ansonsten der Empfänger in der Hand, ob die Form eingehalten ist.⁹² Für die zweite Auslegung spricht aber entscheidend, dass wegen der Ratio des § 355 BGB und der Vorgaben der EU-Richtlinien⁹³ dem Verbraucher die Erklärung in der entsprechenden Form der dauerhaften Wiedergabe auch zugehen muss.⁹⁴ Die temporäre Speicherung auf dem PC aufgrund des Betrachtens der Homepage reicht dafür nicht, vielmehr befindet sich die Homepage noch im Machtbereich des Unternehmers, der den Inhalt manipulieren kann.⁹⁵ Der Unternehmer trägt aber die Bürde der korrekten Belehrung.⁹⁶ Zudem reicht beim „analogen“ Versandhandel auch nicht die Bereitstellung eines Faxabrufes.⁹⁷ Im Ergebnis wurde die Belehrung also nicht formgemäß erteilt. Somit hat die Widerrufsfrist noch nicht zu laufen begonnen. Auch ist das Widerrufsrecht nicht gem. § 355 Abs. 4 S. 1 BGB erloschen, da ein Fall des § 355 Abs. 4 S. 3 BGB vorliegt.

c) Zwischenergebnis

Der Widerruf ist noch möglich.

3. Zwischenergebnis

D kann C gem. § 770 Abs. 1 BGB analog die Widerrufbarkeit des Darlehensvertrages entgegenhalten.

VII. Endergebnis

C hat gegen D keinen Anspruch auf Zahlung von 50.000 € nebst Zinsen gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

⁹² LG Flensburg MMR 2006, 686 (687); *Wendtland* (Fn. 89), § 126b Rn. 5.

⁹³ Hier konkret etwa Art. 4 Abs. 1 Haustürwiderrufsrichtlinie (oben Fn. 25); auch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 97/7/EG v. 20.5.1997, ABl. EG 1997 Nr. L 144, S. 19; Art. 10 Abs. 1 Verbraucherkreditrichtlinie (oben Fn. 11). Zukünftig auch Art. 7 Abs. 1 Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU).

⁹⁴ BGH NJW 2010, 3566 (3567 f.); BGH NJW 2006, 3215 (3216); OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 174. *Palm* (Fn. 90), § 126b Rn. 3 und *Buchmann*, MMR 2007, 347 (350) verneinen bereits die Abgabe der Erklärung.

⁹⁵ BT-Drs. 14/2658, S. 40; 14/7052, S. 195; *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169 (3170); *Buchmann*, MMR 2007, 347 (349); *Lorenz*, JuS 2000, 833 (837 mit Fn. 35).

⁹⁶ *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169 (3170).

⁹⁷ *Föhlisch/Hoffmann*, NJW 2009, 1175.