
Richtlinienwidriges Richterrecht? Methodische Bemerkungen zum Vorlagebeschluss des BGH in Sachen Verbraucherschutz vs. fehlerhafte Gesellschaft

Ulrike Babusiaux*

Inhalt

A. Einführung	132
B. Verbraucherschutz vs. Gesellschaftsrecht	134
I. Anwendbarkeit des § 1 HWiG (= § 312 BGB) auf die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds	135
II. Beitritt zu einer GbR als „entgeltliches“ Geschäft im Sinn von § 1 Abs. 1 HWiG?	137
III. „Nationales deutsches (Richter-)Recht“ und Richtlinie	138
IV. Fehlerhafte Gesellschaft und Widerruf nach Haustürreht	142
1. Verbraucherschutz durch Gesellschaftsrecht?	143
2. Grenzen des Verbraucherschutzes durch Drittirkung?	145
3. Mehrheit von Widerrufsberechtigten und Effizienz des Widerrufsrechts	147
4. Widerrufsrecht und Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft	148
C. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht der Haustürgeschäfte	155
I. Zur Arbeitsteilung zwischen EuGH und BGH mit Blick auf die Richtlinie über Haustürgeschäfte	156
1. Ergebnisse der Rechtsprechung „Heininger“ und „Schulte“	157
2. Anwendung der Rechtsprechung „Schulte“ auf den Sachverhalt des Vorlagebeschlusses	160
3. Berücksichtigung von Drittinteressen über Art. 4 Richtlinie 85/577/EWG	161
II. Richtlinienkonforme Auslegung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft	163

* Dr. iur. Ulrike Babusiaux ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Zivilrecht und Römisches Recht an der Universität des Saarlandes.

1.	Spezifische Grenzen des Richterrechts im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung?	163
2.	Die Richtlinie als „wichtiger Belang der Allgemeinheit“?	165
3.	Nichtanwendung als milderes Mittel	166
D.	Ergebnisse	167
E.	Fazit	169

A. Einführung

Die Rechtsprechung um die sogenannten „Schrottimmobilien“¹ geht in eine neue Runde. Nach den Entscheidungen *Heininger*, *Schulte*, *Crailsheimer Volksbank* und zuletzt *Hamilton* steht mit dem Vorlagebeschluss des zweiten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 5. Mai 2008 erneut die Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit der Haustürwiderrufsrichtlinie in Frage.² Das deutsche Gericht legt dem EuGH nach Art. 234 EG die Frage vor, ob die Richtlinie über Haustürgeschäfte³ auch den Gesellschaftsbeitritt im Rahmen einer Haustürsituation erfasst.⁴ Daran schließt sich die entscheidende Frage an, ob die Richtlinie über Haustürgeschäfte nationalem (Richter-)Recht entgegensteht, nach dem auch für den Widerruf eines Gesellschaftsbeitritts als einem Haustürgeschäft die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft Anwendung finden. Letzteres hätte zur Folge, dass der Verbraucher erst mit Wirkung für die Zukunft aus seinen Gesellschafterverpflichtungen ausscheidet und Verluste der Gesellschaft bis dahin zu tragen hätte. Der zu entscheidende Sachverhalt glich vielen: Der jetzige Beklagte war am 23. Juli 1991 von der Klägerin in seiner Wohnung aufgesucht worden und hatte seinen Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) erklärt.⁵ Im Unterschied zu den Fällen *Schulte* und *Crailsheimer Volks-*

¹ Zur Klarstellung des Begriffs vgl. *Armbriester*, Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen, 1. Aufl. 2005, S. 14, Fn. 58; ferner *Benedict*, Überrumpelung beim Realkredit – Ideologie und Wirklichkeit im deutsch-europäischen Privatrecht, Ein Lehrstück aktueller civilistischer Praxis, AcP 206 (2006), S. 58, Fn. 3.

² BGH v. 5.5.2008, Az. II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1018 = NJW 2008, S. 2464.

³ RL 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. Nr. L 372 v. 31.12.1985, S. 31.

⁴ Vorlagefrage 1: „Ist die Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 85/577/EWG [...] dahin auszulegen, dass davon der Beitritt eines Verbrauchers zu einer Personen-, einer Personengeschäftsellschaft, einem Verein oder einer Genossenschaft umfasst ist, wenn [...] die mitgliedschaftliche Beteiligung nur ein anderer Weg der Kapitalanlage oder der Erlangung von Leistungen ist, die typischerweise Gegenstand von Austauschverträgen sind“.

bank hatte der Beklagte seine Beteiligung eigenfinanziert. Nachdem die Gesellschaft notleidend geworden war, hatte die Klägerin den Beklagten aus seiner Nachschusspflicht in Anspruch genommen; letzterer hatte daraufhin den Beitritt nach § 1 Abs. 1 und 3 HWiG (= §§ 312, 355 BGB) widerrufen.⁶ Unter Anwendung der auch für die BGB-Gesellschaft geltenden Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft hätte dieser Widerruf nur zu einer Kündigung geführt und eine Befreiung aus der Haftung wäre nur *ex nunc* erfolgt, so dass der Klage der Fondsunternehmer statzugeben gewesen wäre. Demgegenüber hat das OLG München in der Ausgangsentscheidung befunden, dass die richtlinienkonforme Auslegung des Instituts der fehlerhaften Gesellschaft verlange, dem Verbraucher keine Nachschusspflicht aufzuerlegen.⁷ Es hat die Klage der Fondsunternehmer gegen den widerrufenden Gesellschafter daher abgewiesen. Angestoßen von dieser Entscheidung, die eine bereits etablierte Rechtsprechung angreift, stellt nun auch der zweite Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Frage, ob die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die Rechtsfolgen des Widerrufs nicht Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 85/577/EWG widerspricht. Die damit angesprochene Gemengelage von Verbraucherschutz und Gesellschaftsrecht (B.) wird überlagert von nicht vollständig geklärten Kompetenzfragen bei Auslegung und Anwendung richtliniengesteuerten nationalen Rechts (C.). Bei näherer Prüfung dieser Sachprobleme zeigt sich, dass auch das jetzige Vorlageverfahren nicht den umstrittenen Umfang verbraucherschützender Wohltaten betrifft, sondern grundlegende Fragen der zivilrechtlichen Methodik vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsangleichung aufwirft.⁸

⁵ Der BGH geht auf das Vorliegen der Haustürsituation nicht näher ein. Kritisch zur nachlässigen Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit vor allem *Benedict*, (Fn. 1), S. 71, Fn. 45; zu den Problemen auch *Hertel/Edelmann*, Immobilienfinanzierung und Verbraucherschutz, 2007, S. 23 f. m.w.N.

⁶ Aus den Urteilsgründen des OLG München v. 23.11.2006, Az. 8 U 3479/06, geht hervor, dass die Klägerin mit der (behaupteten) Forderung aus der gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung gegenüber dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Beklagten aufgerechnet hatte. Für die Überlassung dieses Urteilstexts des OLG München danke ich Frau Richterin am Oberlandesgericht *Frey*.

⁷ Vgl. OLG München v. 23.11.2006, Az. 8 U 3479/06, S. 6 f.: „Auch wenn die Richtlinie die Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs den Einzelstaaten überlässt, so geht sie doch ganz klar davon aus, dass den Verbraucher infolge des Widerrufs keine Verpflichtungen aus dem widerufenen Vertrag mehr treffen dürfen und empfängene Leistungen zurückzugewähren sind. [...] Würde man die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft jedoch auch noch dahingehend ausdehnen, dass dem faktischen Gesellschafter nach seinem Widerruf eine Nachschusspflicht trifft, würde der von der EU-Haustürgeschäfte-Richtlinie intendierte Verbraucherschutz ad absurdum geführt“. Siehe zu diesem Urteil auch NZG 2007, S. 225 f. Anders noch zur Rückforderung der Einlage OLG München v. 21.12.1999, Az. 25 U 3744/99, NJW-RR 2000, S. 624 f.

⁸ *Ehrcke*, Die Einbeziehung des Immobilienkaufs in die Folgen eines Widerrufs des Darlehensgeschäfts nach der Richtlinie 85/577/EWG, ZIP 2004, S. 1026; zum Vorlagebeschluss des LG Bochum v. 29.7.2003, Az. 1 O 795/02, der zur Entscheidung EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215 geführt hat.

B. Verbraucherschutz vs. Gesellschaftsrecht

Die widersprüchlichen Ergebnisse, zu denen die Anwendung von Verbraucherschutzvorschriften auf den Gesellschaftsvertrag führen kann, beschäftigen Gerichte und Literatur seit längerer Zeit.⁹ Das Problem ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die mit den „Schrottimmobilien“ verbundene Geschäftspraxis oftmals unter Umgehung der Vorgaben für das Kapitalmarktrecht auf die Gestaltung der Personengesellschaft zurückgegriffen hat, um die Beteiligung an Immobilienfonds zu ermöglichen.¹⁰ Umgekehrt eröffnet der Rückgriff auf die Widerrufsrechte des Verbraucherschutzes, vorrangig das Haustürwiderrufsrecht, einen vom Gesetzgeber nicht intendierten Schutz vor ungünstiger Geldanlage: Die meisten Betroffenen widerrufen ein Geschäft nach Regeln, die eine „Überrumpelung“ in der Haustürsituation verhindern sollen, tatsächlich aber, um sich von einer Anlage zu lösen, die finanziell zu einer Belastung geworden ist oder nicht die versprochene Rendite bringt.¹¹ Die Haustürsituation ist somit nur ein willkommener Anlass, um die geleistete Einlage zurückzuerhalten.¹² Die Rechtsprechung des EuGH hat diese Entwicklung gefördert, indem das Gericht in der umstrittenen Rechtssache *Heininger* die Befristung des Widerrufsrechts (im Verbraucherkreditgesetz) auf ein Jahr nach Vertragsschluss für richtlinienwidrig erklärt hat.¹³ Damit

⁹ Ausgenommen der AGB-Kontrolle von Gesellschaftsverträgen, die in § 310 Abs. 4 BGB explizit ausgeschlossen ist, hat sich der Gesetzgeber keine Gedanken über das Verhältnis von Verbraucherschutz und Gesellschaftsrecht gemacht.

¹⁰ Hintergrund ist das Steuersparmotiv der Fondsbe teiligung, vgl. nur *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 21. Aufl. 2008, S. 180. Zur Ausgestaltung vgl. auch *Bayer/Riedel*, Kapitalbeteiligungen an Personengesellschaften und Anlegerschutz, NJW 2003, S. 2567 f.

¹¹ Auf die Motivation kommt es indes nicht an, vgl. zur „Tatbestandslosigkeit“ des Reuerechts *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2003, § 31, Rdnr. 908: „aus gutem oder schlechtem Grund oder ohne Grund“.

¹² Vgl. *Hueck/Windbichler*, (Fn. 10), S. 185; gleichsinnig für Beratungsfehler *Rösler*, Anmerkung zu EuGH v. 25.10.2005 – Rs. C-350/03 –, Die europarechtlichen Vorgaben bei der Bewältigung der „Schrottimmobilien“-Problematik, ZEuP 2006, S. 884; *Piekenbrock*, Haustürwiderruf und Vertragstreue, WM 2006, S. 467 f. (auch zum Rechtsberatungsgesetz) und *Benedict*, (Fn. 1), S. 66 f., alle m.w.N.

¹³ EuGH, Rs. C-481/99, *Heininger*, Slg. 2001, I-9945, Rdnr. 47 f. Das Urteil des EuGH bezog sich auf die Befristung des Widerrufsrechts in § 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG. Für die Altfälle bis zur Schuldrechtsmodernisierung gibt es daher kein Problem der Befristung, sofern nicht § 5 Abs. 2 HWiG eingreift, der entsprechend richtlinienkonform auszulegen ist. Erst § 355 Abs. 2 BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes v. 26.11.2001 (Geltung ab 1.1.2002) widerspricht der Richtlinie, da die Norm ein Erlöschen „spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss“ vorsah. Durch das OLG-VertretungsänderungsG wurde mit Wirkung zum 1.8.2002 die Befristung bei unterlassener Belehrung aufgehoben und das BGB entsprechend richtlinienkonform ausgestaltet. Zur zeitlichen Geltung der Gesetzesänderung vgl. BGH v. 13.6.2006, Az. XI ZR 94/05, ZIP 2006, S. 1942 = BB 2006, S. 2269 f. Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. scheidet aus, vgl. *Hertel/Edelmann*, (Fn. 5), S. 32, Fn. 134 f. m.w.N.

war der Weg für viele enttäuschte Anleger über das Haustürwiderrufsrecht in Fällen eröffnet, in denen das nach Meinung des deutschen Gesetzgebers vorrangige Widerrufsrecht des Verbraucherkreditgesetzes bereits abgelaufen war.¹⁴ Für den im vorliegenden Fall anwendbaren § 2 HWiG stellt sich dieses Verfristungsproblem nicht, da kein Kreditgeschäft des Verbrauchers vorlag. Somit erlischt das Widerrufsrecht des Anlegers in diesem Fall schon nach dem Gesetzeswortlaut erst einen Monat nach vollständiger Erbringung der Leistungen, d.h. erst einen Monat nach Beendigung der Fondsbe teiligung. Dieses Erlöschen ist, wie der EuGH in seiner jüngsten Entscheidung *Hamilton* klargestellt hat, nicht europarechtswidrig.¹⁵ Dennoch zeigt bereits das Fristenproblem, dass die Vorschriften über Haustürgeschäfte nicht zum Gesellschaftsvertrag passen, beide Sonderprivatrechte nicht aufeinander abgestimmt sind.¹⁶ Dieser Eindruck verstärkt sich bei näherer Betrachtung der Vorschriften des HWiG auf den dem Vorlagebeschluss zugrunde liegenden Fall.

I. Anwendbarkeit des § 1 HWiG (= § 312 BGB) auf die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds

Der Widerruf kann dem Beklagten überhaupt nur zustehen, wenn das Gesetz über Haustürgeschäfte (HWiG) anwendbar ist. Ein erstes Anwendungshindernis ergibt sich dabei aus Art. 3 Abs. 2a Richtlinie 85/577/EWG. Die Richtlinie gilt nämlich „nicht für Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien“, und man könnte die Auffassung vertreten, dass auch der Beitritt zu einem Immobilienfonds einen Vertrag über „andere Rechte an Immobilien“ darstellt, der nicht der Richtlinie unterfällt.¹⁷

¹⁴ Zur kapitalmarktrechtlichen Stoßrichtung des § 5 Abs. 2 HWiG vgl. *Schlachter*, Verbraucherschutz gegen Strukturvertriebsmodelle: gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an ein effektives Widerrufsrecht, RIW 2004, S. 658.

¹⁵ EuGH, Rs. C-412/06, *Hamilton*, noch nicht in amtL Slg.; dazu *Kroll*, Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts, NJW 2008, S. 1999.

¹⁶ Zum Parallelproblem des Handelsrechts vgl. *Schmidt*, Unternehmer, „Kaufmann“, „Verbraucher“ – Schnittstellen im „Sonderprivatrecht“ und Friktionen zwischen §§ 13, 14 BGB und §§ 1 ff. HGB, BB 2005, S. 837.

¹⁷ So vor allem *Schäfer*, Anmerkung zu BGH v. 5.5.2008, II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1023. Restriktiv ebenfalls Schlussanträge GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-229/04, *Crailsheimer Volksbank*, Slg. 2005, I-9273, Nr. 53: „die Richtlinie kann daher nicht auf einen Immobilienkaufvertrag anwendbar sein, auch wenn dieser Vertrag zu einem einheitlichen Finanzgeschäft gehört“, der auf seine Stellungnahme in der Sache *Schulte* verweist, gleichsinnig *Ebricke*, (Fn. 8), S. 1032 und vor allem *Benedict*, (Fn. 1), S. 74 f., beide m.w.N. Die Rechtsprechung des EuGH ist widersprüchlich: EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-90215, Rdnr. 81 führt aus: „Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie [ist] dahin auszulegen [...], dass er vom Anwendungsbereich der Richtlinie auch Verträge über den Verkauf von Immobilien ausnimmt, die lediglich Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells sind“. Demgegenüber äußert sich der

Nach deutscher Rechtslage sind diese Fonds allerdings umfasst, denn § 1 Abs. 3 HWiG (= § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB) nimmt entgegen der Richtlinie lediglich die Willenserklärungen des Verbrauchers aus dem Schutzbereich aus, die von einem Notar beurkundet worden sind.¹⁸ Dabei war die Vorstellung leitend, dass bei einer notariellen Beurkundung und Aufklärung die für die Haustürsituation typische Überrumpelungsgefahr nicht besteht.¹⁹ Diese Ausgestaltung hat für die „Schrottimmobilien“-Fälle die folgenreiche Konsequenz, dass unabhängig vom Gegenstand des Geschäfts die Regeln über Haustürgeschäfte Anwendung finden.²⁰ Möglicherweise verursacht also erst die überschießende deutsche Umsetzung die Verwerfungen zwischen Haustürgeschäft und Gesellschaftsrecht bei Fondsbeleihungen über Immobilien.²¹ Dennoch wirft der BGH in seiner Vorlageentscheidung zu recht nicht mehr die Frage auf, ob die Tatsache, dass die Gesellschaft, der der Verbraucher beitritt, hauptsächlich Geschäfte über Immobilien abwickelt, der Anwendung der Richtlinie entgegensteht. Wie nicht nur die Erfahrung der „Heininger“-Entscheidung gezeigt hat, ist der EuGH gewillt, die Ausnahmen der Richtlinie 85/577/EWG eng auszulegen.²² Zwar kann man die Ausführungen in

EuGH, Rs. C-229/04, *Crailsheimer Volksbank*, Slg. 2005, I-9273, Rdnr. 11 f., nicht zur Frage der Anwendbarkeit, sondern verweist unter dem Titel „rechtlicher Rahmen“ auf die eigene Rechtsprechung in der Sache *Heininger*: „In seinem Urteil vom 13. Dezember 2001 in der Rechtssache C-481/99 [...] hat der Gerichtshof die Richtlinie in drei Punkten ausgelegt. Er hat zunächst entschieden, dass die Richtlinie auf Realkreditverträge, d.h. auf Kreditverträge, die zur Finanzierung eines Immobilienkaufs geschlossen wurden, anwendbar sind.“

¹⁸ Anders *Pickenbrock*, (Fn. 12), S. 468, der meint: „§ 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB ist [...] insgesamt richtlinienkonform“. Ebenso *Althammer*, Der Widerruf notariell beurkundeter Fondsbeitritte und die Modalitäten der Rückabwicklung, BKR 2003, S. 280.

¹⁹ Vgl. BT-Drucksache 10/2876, S. 12: „Wegen der nachfolgenden notariellen Beurkundung fehlt es hier jedoch an einer Überraschung oder Überforderung des Kunden, der überdies noch durch die dem Notar obliegende Belehrung (§ 17 BeurkG) geschützt wird.“ Vgl. nun auch § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG. Dadurch schließt das deutsche Recht nach § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB Fälle allerdings umgekehrt aus, in denen der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist, das Geschäft, das widerrufen werden soll, aber dennoch beurkundet worden ist, vgl. dazu OLG Karlsruhe v. 16.5.2002, Az. 11 U 10/01, ZBB 2002, S. 341, Rdnr. 40.

²⁰ Ebenso überschießend ist die Umsetzung des Begriffs der Haustürsituation in § 1 HWiG (= § 312 BGB). Während das europäische Recht auf Vertragsschluss und rechtsgeschäftliche Erklärungen abstellt, lässt das deutsche Recht die Vertragsanbahnung in der Haustürsituation genügen. Vgl. dazu auch *Derleder*, Der Widerruf des Haustürgrundpfandrechts, ZBB 2002, S. 207 m.w.N.; *Franzen*, Heininger und die Folgen: ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, Anmerkung zu EuGH, U. v. 13.12.2001 - Rs. C-481/99 - und BGH, U. v. 09.04.2002 - XI ZR 91/99 -, JZ 2003, S. 322; *Benedict*, (Fn. 1), S. 80-85.

²¹ Zu diesen hausgemachten Problemen, die im vorgenannten Verfahren im Fall *Heininger* kulminieren, vgl. vor allem *Franzen*, (Fn. 20), S. 322 f.

²² Vgl. bereits Schlussanträge GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-481/99, *Heininger*, Slg. 2001, I-9945, Nr. 31 f.: „Man darf nämlich nicht den Gegenstand des Kreditvertrags (die Forderung) mit dem Immobilienkauf verwechseln. Der Realkreditvertrag hat nicht Rechte an einer Immobilie zum Gegenstand, sondern den Betrag des Darlehens. Dabei handelt es sich um zwei unterschiedliche

der Sache *Schulte* durchaus in dem Sinne verstehen, dass nicht jedes in einer Haustürsituation geschlossene Immobiliengeschäft in den Schutzbereich der Richtlinie fällt.²³ Indes stellt der Fondsbeitritt selbst kein Immobiliengeschäft dar, so dass der Beitritt nur bei einer extensiven Auslegung der Ausschlussklausel nicht der Richtlinie unterliefe. Eine derartige Beschränkung des Verbraucherschutzes ist von Seiten des EuGH kaum zu erwarten. Vielmehr hat das Gericht mehrfach betont, dass der Schutzzweck der Richtlinie 85/577/EWG grundsätzlich unabhängig von Gegenstand, Inhalt und Zweck des Geschäfts aufgrund der besonderen Abschlusssituation eingreift und damit einen weiten Anwendungsbereich hat.²⁴

II. Beitritt zu einer GbR als „entgeltliches“ Geschäft im Sinn von § 1 Abs. 1 HWiG?

Die Beteiligung des Beklagten am Fonds erfolgt im zu entscheidenden Fall allerdings über den Beitritt zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die die „Instandsetzung, Modernisierung und Verwaltung“ einer Immobilie zum Gegenstand hat. Der deutsche Rechtsanwender steht in diesem Fall zunächst vor dem Problem, dass das HWiG und das BGB nicht wie die Richtlinie schlicht einen Vertrag über Waren oder Dienstleistungen verlangen,²⁵ sondern eine „entgeltliche Leistung“. Diese, vor allem in der Rechtsprechung zur Einbeziehung der Bürgschaft in das Haustürgeschäft virulent gewordene Abweichung der deutschen Umsetzung macht eine weitere Korrektur des § 1 Abs. 1 HWiG (= § 312 Abs. 1 BGB) notwendig²⁶:

Elemente. Von seinem Gegenstand her fällt der Realkreditvertrag nicht unter Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Haustürgeschäftsrichtlinie²³. Ganz ähnlich kann man beim Beitritt zum geschlossenen Immobilienfonds argumentieren: Gegenstand ist das Mitgliedsschaftsrecht, nicht die Immobiliengeschäfte, die der Fonds tätigt.

²³ EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215, Rdnr. 81. Zutreffend auch *Schäfer*, (Fn. 17), S. 1023.

²⁴ So vor allem EuGH, Rs. C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei*, Slg. 2000, I-1741, Rdnr. 24: „Der sachliche Geltungsbereich der [...] Richtlinie [85/577/EWG] ist [...] nicht auf bestimmte Vertragsarten beschränkt, sondern betrifft alle Verträge über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, [...]; diese Richtlinie soll die Verbraucher schützen, indem sie ihnen ein allgemeines Recht einräumt, einen Vertrag zu widerrufen, der nicht auf Initiative des Verbrauchers, sondern auf die des Gewerbetreibenden geschlossen wurde“. Unter Verweis auf EuGH, Rs. C-45/96, *Dietzinger*, Slg. 1998, I-1199, Rdnr. 19 (dort aber weniger deutlich als im verweisenden Urteil).

²⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 RL 85/577/EWG: „Diese Richtlinie gilt für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden“. Richtigerweise unterfallen daher Fondsbeitritte der Richtlinie; vgl. ähnlich *Althammer*, (Fn. 18), S. 281.

²⁶ EuGH, Rs. C-45/96, *Dietzinger*, Slg. 1998, I-1199; vgl. dazu z.B. *Pfeiffer*, Anmerkung zu: EuGH, U. v. 17.03.1998 – Rs. C-45/96 – Widerrufsrecht des als Verbraucher handelnden Bürgen bei nicht zur Erwerbstätigkeit abgeschlossenem Haustürgeschäft des Hauptschuldners („Dietzinger“), EWiR 1998, S. 465 f.

Richtlinienkonform ist die Vorschrift so auszulegen, dass irgendeine Leistung des Verbrauchers genügt, eine echte Gegenseitigkeit somit nicht verlangt wird.²⁷ Das schuldvertragliche Element des Gesellschaftsvertrags ist damit unabhängig davon, ob man diesen als gegenseitigen Vertrag qualifiziert,²⁸ von der Regelung über Haustürgeschäfte umfasst. Schwieriger ist demgegenüber die Frage zu beantworten, ob auch der mitgliedschaftliche Begründungsakt als Vertrag, „der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat“, angesehen werden kann, obwohl er ein organisationsrechtliches Geschäft darstellt.²⁹ Der Vorlagebeschluss erörtert das Für und Wider der dazu vertretenen Standpunkte nicht erneut, sondern verweist stattdessen auf deutsches Richterrecht: „Nach nationalem deutschen (Richter-)Recht finden auf den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft, zu dem ein Verbraucher durch mündliche Verhandlungen im Bereich seiner Privatwohnung bestimmt worden ist, die Vorschriften des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften [...] Anwendung“.³⁰

III. „Nationales deutsches (Richter-)Recht“ und Richtlinie

Dabei soll der Begriff „(Richter-)Recht“ offenbar die Erstreckung der „auf den Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung“ gerichteten Willensklärung in § 1 Abs. 1 HWiG auf den Fondsbeitritt rechtfertigen. Allerdings ist der Begriff „(Richter-)Recht“ üblicherweise für Konstellationen reserviert, in denen Gerichte Lücken im (nationalen) Gesetzesrecht durch Rechtsfortbildung überwinden. Nun kann eine Lücke auch dadurch entstehen, dass eine Regelung zu eng gefasst ist und damit Fälle, die aufgrund rechtlicher, aber außergesetzlicher Wertungen erfasst sein müssten, in ihrem Wortlaut nicht aufnimmt.³¹ Es ist aber fraglich, ob die Einbeziehung von Gesellschaftsverträgen in Verträge über eine „entgeltliche Leistung“ tatsächlich eine analoge Anwendung des § 1 Abs. 1 HWiG darstellt, d.h. über den Wortlaut der Vorschrift hinausreicht.³² Bejaht wird dies von einer in der

²⁷ Vgl. BGH v. 14.5.1998, Az. IX ZR 56/95, ZIP 1998, S. 1144 = BGHZ 139, S. 21. Zu den Auslegungsmöglichkeiten vgl. BGH v. 11.1.1996, Az. IX ZR 56/95, ZIP 1996, S. 375 = NJW 1996, S. 930.

²⁸ Zur Frage vgl. nur *Happ*, in: Gummert/Beuthien (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. I, 2004, § 5, Rdnr. 30 f. m.w.N.

²⁹ Ablehnend *Krohn/Schäfer*, Haustürwiderrufsgesetz und der Beitritt zur Genossenschaft – Vorrang des Verbraucherschutzes gegenüber der Lehre vom fehlerhaften Beitritt?, WM 2000, S. 113, Fn. 14 m.w.N.; *Habersack*, Rechtsprechung zum Bank- und Kreditsicherungsrecht, ZIP 2001, S. 328.

³⁰ BGH v. 5.5.2008, Az. II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1018, Rdnr. 8.

³¹ Vgl. statt aller *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 16-18, 24 f., 89-91; zuletzt Bemerkungen bei *Hirsch*, Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung, 1. Aufl. 2003, S. 16 f.

Literatur vertretenen Ansicht, die „entgeltliche Leistung“ zwingend als Hinweis auf Austauschverträge versteht und damit Gesellschaftsverträge schon vom Wortlaut der Vorschrift nicht erfasst ansieht.³³ Der BGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung allerdings regelmäßig behauptet, das Gesetz lediglich extensiv auszulegen, d.h. den Gesellschaftsbeitritt noch innerhalb des Wortlauts des § 1 Abs. 1 HWiG verortet.³⁴ Dies entspricht der von der Rechtsprechung seit der „Dietzinger“-Entscheidung verfochtenen Linie,³⁵ nach der „entgeltlich“ im Sinn des § 1 Abs. 1 HWiG (= § 312 BGB) nicht im engen Sinne der Gegenseitigkeit zu verstehen ist, sondern jeden im Zusammenhang mit der Leistung des Verbrauchers stehenden Vorteil auch zugunsten Dritter erfasst.³⁶ Da Maßstab der Wortlautgrenze nicht die herkömmliche juristische Bedeutung eines Begriffs (= Gegenseitigkeit), sondern das in der Alltagssprache mögliche Verständnis ist, erscheint es in

³² So offenbar OLG Hamm v. 30.8.2004, Az. 8 U 15/04, OLGR Hamm 2004, 386, Rdnr. 20: „Der Beitritt zu einer Gesellschaft ist zwar kein auf eine entgeltliche Leistung gerichtetes Geschäft, allerdings ist der Beitritt zu einer Anlagegesellschaft mit Rücksicht auf den mit der Beteiligung verfolgten wirtschaftlichen Zweck und die Schutzbedürftigkeit des Anlegers einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung gleichzustellen.“

³³ *Armbrüster*, (Fn. 1), S. 6 f. m.w.N.: „Dass der Anleger eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, [...] führt entgegen dem BGH nicht zur Entgeltlichkeit. Der Anspruch auf Teilhabe am zu erwirtschaftenden Gewinn ist nämlich nicht eine von den Vertragspartnern des Beitretenen zu erbringende Gegenleistung für die Verpflichtung zur Einzahlung der Anlage.“ Diese Definition setzt indes die enge, europarechtswidrige Auslegung des Begriffs der „Entgeltlichkeit“ voraus.

³⁴ Insoweit besteht auch Einigkeit zwischen dem XI. und dem II. Zivilsenat, vgl. BGH v. 17.9.1996, Az. XI ZR 164/95, ZIP 1996, S. 1940 = BGHZ 133, 254-264, Rdnr. 19: „Die Beteiligung an einer Gesellschaft ist, jedenfalls wenn die Gesellschafterbeiträge um der Gewinnerzielung willen geleistet werden, als ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung im Sinne des § 1 HWiG anzusehen und nicht als ein – dem Vereinsbeitritt vergleichbares – organisationsrechtliches Geschäft“; und BGH v. 2.7.2001, Az. II ZR 304/00, ZIP 2001, S. 1364 = BGHZ 148, 201-209, Rdnr. 5: „Bei dem [...] abgeschlossenen Treuhandvertrag handelt es sich um einen ‚Vertrag über eine entgeltliche Leistung im Sinne von § 1 Abs. 1 HaustürWG, weil sich der Kläger als Anleger in der Hoffnung auf Gewinnerzielung zur Entgeltzahlung für den Erwerb eines für ihn von der Treuhänderin zu haltenden Gesellschaftsanteils verpflichtet hat‘; offengelassen dagegen in BGH v. 18.10.2004, Az. II ZR 352/02, ZIP 2004, S. 2319 = WM 2004, S. 2491, Rdnr. 7: „Auf den Beitritt zu einer Anlagegesellschaft [...] sind die Vorschriften des Haustürwiderruffgesetzes anwendbar. [...] Ein Vertrag über den Beitritt zu einer Gesellschaft hat zwar grundsätzlich nicht eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand. Wenn der Zweck des Gesellschaftsbeitritts aber vorrangig in der Anlage von Kapital besteht und nicht darin, Mitglied der Gesellschaft zu werden, ist der Beitragsvertrag einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung zumindest gleichzustellen“. Weitere Nachweise bei *Armbrüster*, (Fn. 1), S. 5, Fn. 16 sowie bei *Hertel/Edelmann*, (Fn. 5), S. 16, Fn. 43.

³⁵ Vgl. zuletzt *Thüsing*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2005, § 312 BGB, Rdnr. 16: „Es genügt eine kausale Verknüpfung mit den vom Verbraucher übernommenen Verpflichtungen“.

³⁶ Etwas anders das OLG Rostock v. 1.3.2001, Az. 1 U 122/99, ZIP 2001, S. 1009 = WM 2001, S. 1413, Rdnr. 11: „Treten persönliche oder wirtschaftliche Beziehungen aber derart in den Hintergrund, ist für den Gesellschafter einzig noch die Einzahlung der Beiträge zur Erzielung von Gewinnen von Bedeutung“.

der Tat zulässig, die Anwendung des § 1 Abs. 1 HWiG auf Gesellschaftsverträge noch als Auslegung zu bezeichnen. In der Umgangssprache umfasst der Begriff der „Entgeltlichkeit“ nämlich jede Bezahlung, Vergütung oder Entschädigung, die als Lohn für geleistete Arbeit, Hilfe oder Ähnliches gezahlt wird.³⁷ Damit ist dem BGH durchaus zuzustimmen, dass die Erfassung des Fondsbeitritts in § 1 Abs. 1 HWiG keiner Analogie bedarf. Allerdings stellt dann die Anwendung des § 1 Abs. 1 HWiG strenggenommen auch kein Richterrecht dar. Möglicherweise verwendet der Vorlagebeschluss den Begriff „(Richter-)Recht“ daher nicht methodisch, sondern deskriptiv für die Zwecke des Vorlageverfahrens: Da es dem EuGH verwehrt ist, über nationales Recht zu entscheiden, definiert das vorlegende Gericht die nationale Rechtslage.³⁸ Der Mechanismus des Vorlageverfahrens eröffnet dem vorlegenden Richter damit eine gegenüber dem Gesetzgeber zuvor unbekannte Macht-position bei der Fixierung des nationalen Rechts.³⁹ Zwar sind auch andere Gerichte desselben Mitgliedstaats nicht gehindert, ihre abweichende Rechtsmeinung vor den EuGH zu tragen und deren Richtlinienkonformität prüfen zu lassen. Aufgrund der bisherigen eher zurückhaltenden Vorlagepraxis ist dies allerdings wenig wahrscheinlich. Meist stellt es für die Instanzgerichte den leichteren Weg dar, das einmal als richtlinienkonform bestätigte Recht anzuwenden, genau wie die Befolgung einer höchstrichterlichen ständigen Rechtsprechung. Anders als bei dieser kommt aber im Vorlageverfahren hinzu, dass das vom EuGH verwandte Argument der „Richtlinienkonformität“ am Vorrang des Gemeinschaftsrechts Teil hat und damit oftmals streitentscheidend wirkt.⁴⁰ Daher ist es kein Wunder, dass die Vorlage gerade als Mittel der internen Auseinandersetzung benutzt wird, wie nicht nur der „Krieg der Senate“ gezeigt hat.⁴¹ Paradoxerweise dient somit die im Vorlageverfahren liegende Unterwerfung unter den Vorrang des Gemeinschaftsrechts der Stärkung der eigenen Position in der innerstaatlichen Diskussion. Auch dem hier durchgeführten Vorlageverfahren ist diese Janusköpfigkeit nicht abzusprechen. Zwar zeigt sich der zweite Zivilsenat gegenüber dem EuGH bereit, seine

³⁷ Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 2. Aufl. 1989, Entgelt.

³⁸ Vgl. zuletzt *Skouris*, L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des États membres sur l'interprétation du droit communautaire, in: Fs. Hirsch, 2008, S. 176 f., Fn. 3 f. m.w.N.

³⁹ Allgemein zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Richterrolle zuletzt *Steiner*, Richterliche Rechtsfortbildung und Grundgesetz, in: Fs. Hirsch, 2008, S. 613.

⁴⁰ Zur mittelbaren Präjudizwirkung der Rechtsprechung des EuGH vgl. zuletzt *Hergenröder*, Richtlinienwidriges Gesetz und richterliche Rechtsfortbildung, in: Fs. Zöllner II, 2005, S. 1143 f. m.w.N.

⁴¹ *Fischer*, Der EuGH als Schlichter im ‚Krieg der Senate‘? – Direktvertrieb und Rückabwicklung kreditfinanzierten Immobilienvertrags nach europäischem und deutschem Privatrecht, VuR 2006, S. 56 m.w.N.: „Soweit der Widerruf für den Verbraucher wirtschaftlich sinnlos oder [...] sogar nachteilig wird, wird die Widerrufsmöglichkeit faktisch verwehrt und somit die mit der Richtlinie intendierte Wiederherstellung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit zunich-te gemacht“.

bisherige Rechtsprechung zur Einbeziehung der Fondsbeitritte in die Haustürge- schäfte zur Disposition zu stellen.⁴² Er fragt nämlich, ob „die Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 85/577/EWG [...] dahin auszulegen [ist], dass davon der Beitritt eines Verbrauchers zu einer Personen-, einer Personenhandelsgesellschaft, einem Verein oder einer Genossenschaft umfasst ist, wenn der Zweck des Beitritts vorrangig nicht darin besteht, Mitglied [...] zu werden, sondern [...] die mitgliedschaftliche Beteiligung nur ein anderer Weg der Kapitalanlage oder der Erlangung von Leistungen ist, die typischerweise Gegenstand von Austauschverträgen sind?“⁴³

Bejaht der EuGH die vorgelegte Frage, kann der BGH innerstaatliche Kritik an seiner Auslegung zukünftig auch mit Hinweis auf das höherrangige Gemeinschaftsrecht zurückweisen. Der Erfolg dieser Strategie ist durchaus wahrscheinlich: Zum einen ist nämlich in der Richtlinie nicht von einer „entgeltlichen Leistung“ die Rede, sondern nur von „Verträgen“ zwischen einem Gewerbetreibenden, der „Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt“ und einem Verbraucher (Art. 1 Abs. 1). Der Gesellschaftsvertrag, der dem Beitritt zu einer Fondsgesellschaft dient, in der der Gewerbetreibende Dienstleistungen an den Verbraucher erbringt, unterfällt damit der Richtlinie.⁴⁴ Zum andern dürfte den EuGH der feine dogmatische Unterschied zwischen Individualsphäre und Sozialsphäre des deutschen Gesellschaftsrechts wenig interessieren,⁴⁵ zumal man in den Fällen der Immobilienfonds auch sehr gut das Argument der Umgehung von Schutzvorschriften, nicht nur für den Verbraucher, sondern auch kapitalmarktrechtlicher Art, verwenden kann.⁴⁶

⁴² Zur Bürgschaftsrechtsprechung vgl. Lorenz, Richtlinienkonforme Auslegung, Mindestharmonisierung und Krieg der Senate, NJW 1998, S. 2937; zu den Rechtsfolgen des Widerrufs bei verbundenen Geschäften vgl. Fischer, (Fn. 41), S. 53. Überlegungen zur Motivlage des Zweiten Senats für die Vorlage vom 5.5.2008 bei Schäfer, (Fn. 17), S. 1023 f. Der Zweite Senat zitiert BGH v. 17.9.1996, Az. XI ZR 164/95, ZIP 1996, S. 1940 = BGHZ 133, 254 (Anwendung bejaht); BGH v. 2.7.2001, Az. II ZR 304/00, ZIP 2001, S. 1364 = BGHZ 148, 201 (Anwendung bejaht, aber Grundsätze fehlerhafter Gesellschaft). Gleichsinnig BGH v. 18.10.2004, Az. II ZR 352/02, WM 2004, S. 2491 = ZIP 2004, S. 2320; BGH v. 18.4.2005, Az. II ZR 224/04, ZIP 2005, S. 1124 (nur inzident); zur stillen Gesellschaft (jeweils mit Gewährung eines Schadenersatzanspruchs des Anlegers), vgl. BGH v. 29.11.2004, Az. II ZR 6/03, WM 2005, S. 278 = ZIP 2005, S. 255 und BGH v. 21.3.2005, Az. II ZR 140/03, ZIP 2005, S. 756; BGH v. 26.9.2005, Az. II ZR 314/03, WM 2005, S. 2228 = ZIP 2005, S. 2060.

⁴³ BGH v. 5.5.2008, Az. II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1018, II.1.

⁴⁴ Ähnlich die Instanzrechtsprechung, die darauf abgestellt hat, dass es beim „Kauf“ der Geschäftsanteile um eine reine Vermögensanlage handele, hinter die die gesellschaftsrechtliche Gestaltung zurücktrete, vgl. (zur Genossenschaft) Nachweise bei Krohn /Schäfer, (Fn. 29), S. 113, Fn. 19 und 20.

⁴⁵ Vgl. nur Paschke, Außervertragliche Sozialbeziehungen, AcP 187 (1987), S. 72 f.

⁴⁶ In diesem Sinne Krohn /Schäfer, (Fn. 29), S. 113, Fn. 15 m.w.N.: „Allerdings kann in Fällen, in denen der Austauschcharakter der Beziehung zum Verband im Vordergrund steht und das mitgliedstaatliche Zusammenwirken dahinter stark zurücktritt, eine Anwendung des HWiG über die Umgehungsform des § 5 in Frage kommen.“

Gerade der EuGH hat immer wieder deutlich gemacht, dass er dem teleologischen Argument, d.h. hier dem Verbraucherschutz, Vorrang vor konstruktiven Bedenken einräumt. Daher ist es durchaus wahrscheinlich, dass das vom zweiten Zivilsenat zitierte deutsche „(Richter-)Recht“ bald Unterstützung durch das europäische Richterrecht erhält. Der bemerkenswerte Hinweis auf „(Richter-)Recht“ zeigt mithin, dass sich der BGH der Gestaltungsspielräume bewusst ist, die ihm gerade das Gemeinschaftsrecht eröffnet.⁴⁷

IV. Fehlerhafte Gesellschaft und Widerruf nach Haustürrecht

Weniger eindeutig ist die Rechtslage hinsichtlich der zweiten Vorlagefrage, d.h. die Entscheidung darüber, ob die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf den Widerruf eines Fondsbeitritts der Regelung der Richtlinie, insbesondere Art. 5 Abs. 2, entgegenstehen. Artikel 5 Abs. 2 verlangt, den Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen zu entlassen, und schränkt damit die dem nationalen Gesetzgeber in Art. 7 eingeräumte Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Widerrufsfolgen ein.⁴⁸ Nach Meinung des EuGH verpflichtet der *effet utile* der Richtlinie die Mitgliedstaaten, den Verbraucher von allen Verpflichtungen, die ein derartiges Geschäft begründet, zu befreien, legt also die Herstellung des früheren Zustands als Widerrufsfolge fest.⁴⁹ Den Mitgliedstaaten bleibt damit lediglich die Entscheidung über die nähere Ausgestaltung der Rückgewähr der Leistungen.⁵⁰ Diesem Auftrag ist der deutsche Gesetzgeber in § 3 HWiG (jetzt – mit entscheidenden Modifikationen – § 357 BGB) nachgekommen.⁵¹ Diese Vorschrift findet aber nach der bisherigen Recht-

⁴⁷ Symptomatisch etwa *Hirsch*, Zwischenruf, Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, S. 161: „Deshalb entspricht das Bild vom Herrn und Diener nicht mehr unserer Verfassungswirklichkeit. Sucht man ein Bild, so passt meines Erachtens am ehesten das des Pianisten und Komponisten für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber“.

⁴⁸ Art. 7 RL 85/577/EWG: „Übt der Verbraucher sein Rücktrittsrecht aus, so regeln sich die Rechtsfolgen des Widerrufs nach einzelstaatlichem Recht, insbesondere bezüglich der Rückerstattung von Zahlungen für Waren oder Dienstleistungen und die Rückgabe empfangener Waren.“

⁴⁹ EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215, 3. Leitsatz: „Nach Art. 7 der Richtlinie 85/577 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist es zwar Sache der Mitgliedstaaten, die Rechtsfolgen des Widerrufs des Vertrages durch den Verbraucher zu regeln, doch muss diese Befugnis unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Vorschriften der Richtlinie ausgeübt werden, die im Licht der Zielsetzung der Richtlinie und in einer Weise, die ihre praktische Wirksamkeit gewährleistet, auszulegen sind.“

⁵⁰ Plastisch *Arnbrüster*, (Fn. 1), S. 17: „Nicht das ‚ob‘ einer Rückgewähr, sondern lediglich das ‚wie‘, also der nähere Inhalt des Anspruchs, bleibt der Ausgestaltung durch die einzelstaatlichen Gesetzgeber vorbehalten.“

⁵¹ Anders als nach dem heutigen § 357 Abs. 3 BGB braucht der Verbraucher nach dem HWiG auch keinen Ersatz für eine Verschlechterung der Sache, die durch den bestimmungsgemäßen

sprechung des BGH keine Anwendung auf den Widerruf eines Fondsbeitritts, weil die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft § 3 HWiG nach Meinung des BGH als *lex specialis* ausschließen.⁵²

1. Verbraucherschutz durch Gesellschaftsrecht?

In der Vorlage geht es darum, ob der nach deutschem Recht mögliche Ausschluss des § 3 HWiG durch das Gesellschaftsrecht der Richtlinie entgegensteht, da die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft dazu führen, dass der Verbraucher seine Gesellschafterpflichten entgegen Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie bis zum Widerruf zu erfüllen hat. Dies bedeutet zunächst, dass keine vollständige Rückabwicklung des in Vollzug gesetzten Verhältnisses stattfindet, sondern der Verbraucher statt seiner Einlage nur das Auseinandersetzungsguthaben zurückverlangen kann,⁵³ was in den Fällen der „Schrottimmobilien“ oftmals einen erheblichen Verlust bedeutet. In dem der Vorlage zugrundeliegenden Münchener Fall steht sogar die weitergehende Haftung des Anlegers aus der Nachschusspflicht für die Gesellschaftsschulden bis zum Widerruf in Frage.⁵⁴ Das nach Haustürrerecht widerrufene Geschäft sollte also sogar haftungsauslösend sein! *Prima facie* ist dem OLG München daher recht zu geben, das argumentiert, jedenfalls die Nachschusspflicht widerspreche dem Schutzzweck der Richtlinie und sei damit auf den Widerruf der

Gebrauch entstanden ist, zu leisten, § 3 Abs. 3, 2. HS HWiG. § 3 Abs. 3 HWiG: „Für die Überlassung des Gebrauchs oder die Benutzung einer Sache sowie für sonstige Leistungen bis zu dem Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufs ist deren Wert zu vergüten; die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme einer Sache oder Inanspruchnahme einer sonstigen Leistung eingetretene Wertminderung bleibt außer Betracht.“

⁵² BGH v. 5.5.2008, Az. II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1018, Rdnr. 20: „Für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft spricht nach Ansicht des Senats vor allem die Spezialität des Gesellschaftsrechts. Gesellschaften, die tatsächlich im Rechtsgeschäftsverkehr aufgetreten sind, begründen eine soziale Wirklichkeit, an der das Vertragsrecht [!] nicht durch den schlichten Verweis auf die Nichtigkeit des Vertrages vorbeikommt.“

⁵³ Hueck/Windbichler, (Fn. 10), S. 185 f. m.w.N.

⁵⁴ Die umstrittene Frage ist bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen gewesen, vgl. dazu Wagner, Nachschusspflichten bei notleidenden geschlossenen GbR-Immobilienfonds, WM 2006, S. 1273 und Abram, Die Nachschusspflicht des Gesellschafters einer Publikums-Personengesellschaft, MDR 2006, S. 7; sowie aus der Rechtsprechung OLG Celle v. 17.5.2006, Az. 3 U 354/05, ZIP 2006, S. 2163; dazu Häublein, Anmerkung zu OLG Celle, U. v. 17.05.2006 - 3 U 254/05 -, Kurze Verjährung der bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüche eines GbR-Immobilienfondsanlegers gegen finanziierende Bank (Art. 229 § 6 EGBGB 1/07), EWir 2007, S. 105 f.; OLG Schleswig v. 24.5.2007, Az. 5 U 38/06, ZIP 2007, S. 2258 = WM 2007, S. 1516; dazu Hammen, Widerruf eines Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds und Art. 5 Abs. 2 der EG-Haustürgeschäfterrichtlinie, WM 2008, S. 234 f., 237, Fn. 36, spricht auch die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruchs des Widerrufenden gegen den Fondsbetreiber auf Grundlage der Rechtsformwahl (GbR statt KG) an. Beide Fragestellungen bleiben im Folgenden außer Betracht.

Fondsbe teiligung unanwendbar.⁵⁵ Auch der zweite Senat des BGH erkennt den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 ohne Weiteres an: „Eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands erfolgt bei Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt [...] nicht“.⁵⁶

Dennoch verteidigt der zweite Senat des BGH seine bisherige Rechtsprechung als richtlinienkonform. Er verweist nämlich darauf, dass die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft „gerade bei dem Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds [...] ihrerseits verbraucherschützenden Charakter“ haben. Dieser Behauptung liegt die Annahme zugrunde, dass die Mitgesellschafter regelmäßig gleichfalls Verbraucher sind und daher bei Annahme eines gleichförmigen Vertriebsmodells ebenso zur Lösung von der Gesellschaft nach HWiG berechtigt sein können wie der widerrufende Gesellschafter. Die Rückwirkung des von einem Verbraucher getätigten Widerrufs würde nach Meinung des BGH somit nicht nur die Beteiligungsbasis der übrigen Gesellschafter schmälern, sondern führt zu „einem Wettlauf („Windhundrennen“) um das Gesellschaftsvermögen“.⁵⁷ Deshalb sieht das Gericht keinen Grund, den einen Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft gegenüber den übrigen Gesellschaftern, für die dieselbe Schutz gelte, zu privilegieren. Vielmehr seien die Interessen aller Widerrufsberechtigten nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft zu berücksichtigen und das Risiko der Fondsbe teiligung gleichmäßig zu verteilen.⁵⁸

Mithilfe der These der verbraucherschützenden Tendenz der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft glaubt der BGH den an sich offensichtlichen Widerspruch zwischen Verbraucherschutz und Gesellschaftsrecht zu überwinden. Dabei wird verschwiegen, dass diese These eine Umdeutung des zunächst nur individuell vorgesehenen Verbraucherschutzes in einen kollektiven Verbraucherschutz der Gesellschafter bedeutet. Die Überzeugungskraft dieser Umdeutung wird unter 4. zu diskutieren sein. Zunächst ist aber zu würdigen, dass mit der „Kollektivierung“

⁵⁵ OLG München v. 23.11.2006, Az. 8 U 3479/06, Rdnr. 25 f.: „Auch wenn die Richtlinie die Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs den Einzelstaaten überlässt, so geht sie doch ganz klar davon aus, dass den Verbraucher infolge des Widerrufs keine Verpflichtungen aus dem widerufenen Vertrag mehr treffen dürfen und empfangene Leistungen zurückzugewähren sind. [...] Würde man die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft jedoch auch noch dahingehend ausdehnen, dass den faktischen Gesellschafter nach seinem Widerruf eine Nachschusspflicht trifft, würde der von der EU-Haustürgeschäfte-Richtlinie intendierte Verbraucherschutz ad absurdum geführt.“ Kritisch aber Wagner, Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, Beteiligung im Lichte des EU-Gemeinschaftsrechts, NZG 2008, S. 448, der auf § 707 BGB verweist und die Entscheidung für nicht „recht nachvollziehbar“ hält.

⁵⁶ BGH v. 5.5.2008, Az. II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1018, Rdnr. 17.

⁵⁷ Ibid., Rdnr. 20. Vgl. Ambrüster, (Fn. 1), S. 21-23 m.w.N. Zustimmend auch Oechsler, Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht, NJW 2008, S. 2474 f.

⁵⁸ BGH v. 5.5.2008, Az. II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1018, Rdnr. 21.

der Verbraucherinteressen ein in der bisherigen Diskussion vernachlässigter Aspekt Berücksichtigung erfährt: Die (Reflex-) Wirkungen⁵⁹ des Verbraucherschutzes zum Nachteil anderer Verbraucher.⁶⁰ Dieser Konflikt, der hier nur für das Haustürwiderrufsrecht zu betrachten ist, ist bisher weder in der europäischen noch in der nationalen Gesetzgebung beachtet worden. Er wird auch geleugnet, wie beispielsweise die Stellungnahme von *Hammen* zeigt: „[...] von einer Besserstellung zu Lasten der in der GbR verbleibenden Verbraucher [kann] keine Rede sein. Denn diesen Anlegern steht ja regelmäßig gleichfalls ein Widerrufsrecht zu, durch dessen Ausübung sie sich ebenfalls von Rückgriffsansprüchen anderer Mitgesellschafter befreien können. Ziehen sie es vor, in der GbR zu verbleiben, kann das nicht zu Lasten des Widerrufenden gehen: *Volenti non fit iniuria*“.⁶¹

Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass die Realisierung der Rückerstattungspflichten immer unwahrscheinlicher wird, je mehr Gesellschafter widerrufen haben. Da die Geldmittel, die der Gesellschaft zur Verfügung stehen, nicht unbegrenzt sind, ist das Risiko des „Windhundrennens“ um das Widerrufsrecht tatsächlich gegeben. Das Insolvenzverfahren, das bei massiver Ausübung der Widerrufsrechte mehr als wahrscheinlich ist, bedienen daher die Gesellschafter, die als letzte oder gar nicht widerrufen haben. Wahrscheinlich sind dies sogar diejenigen, die an sich den meisten Schutz verdienten, weil sie bei Vertragsschluss nicht ausreichend über ihre Rechte belehrt wurden. Aus diesem Grund geht es fehl, den Verbrauchern, die ihr Widerrufsrecht nicht ausüben, pauschal die Maxime *volenti non fit iniuria* entgegenzuhalten. Ein entsprechender „Wille“, der ja Kenntnis voraussetzt, dürfte regelmäßig fehlen.

2. Grenzen des Verbraucherschutzes durch Drittewirkung?

Den Gegnern des Vorlagebeschlusses ist allerdings darin recht zu geben, dass die bloße Tatsache, dass es andere Widerrufsberechtigte gibt, nicht ausreicht, um dem Verbraucher das Widerrufsrecht aufgrund der Haustürsituation abzuschneiden. Gerade die Tatsache, dass eine Vielzahl von Verbrauchern den Methoden des Direktvertriebs hilflos gegenüberstand, war dem Gesetzgeber des deutschen HWiG⁶²

⁵⁹ Vgl. dazu nun *Westermann*, Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 2008 (2008), S. 142 f.

⁶⁰ Zur schwierigen Ermittlung des eigentlichen Verbraucherinteresses vgl. bereits *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 84: „Die Ermittlung allgemeiner Verbraucherinteressen ist zweifelhaft, weil in einzelnen regelungsbedürftigen Fällen die autonom definierten Interessen einzelner Verbraucher häufig nicht übereinstimmen. Soziologische Methoden und die Verweisung der Verbraucherpolitik auf Verfahren der Wirtschaftsdemokratie führen bestenfalls zur Durchsetzung von ‚Mehrheitsinteressen‘ gegen jene der Minderheit.“

⁶¹ *Hammen*, (Fn. 54), S. 233, 237.

⁶² BT-Drucksache 10/2876, Begründung A.I.1.; vgl. auch Erwägungsgrund RL 85/577/EWG.

Anlass zum Tätigwerden. Insoweit verfolgte das HWiG auch eine gewerberechtliche bzw. wettbewerbsrechtliche Zielsetzung, die eine Einschränkung des Individualschutzes unter Berufung auf den Schutz anderer Verbraucher als geradezu widersinnig erscheinen lässt.⁶³

Die Einschränkung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts wegen Drittinteressen bedarf daher näherer Prüfung und Rechtfertigung. Bei der bipolaren Vertragssituation, von der auch das HWiG und die Richtlinie ausgehen, stellt sich das Problem einer derartigen Einschränkung des Widerrufs nicht, denn hier steht dem Verbraucher regelmäßig derjenige gegenüber, der die Vertriebsform gewählt hat, die den Verbraucher in seiner Entschlussfreiheit benachteiligt.⁶⁴ Dennoch sollte nicht übersehen werden, dass das Widerrufsrecht eines Verbrauchers in einem Vertrag gleichzeitig zu Nachteilen für andere Verbraucher in ihrer Vertragsbeziehung führen kann, z.B. indem deren Vertragsschluss erschwert oder der sonstige Aufwand für den Vertrag erhöht wird. Auch die Abwälzung von Kosten, die durch den Widerruf eines Verbrauchers entstanden sind, auf die vertragstreuen Verbrauchern ist oftmals nicht zu vermeiden. Diese mittelbaren Nachteile nimmt der Gesetzgeber allerdings regelmäßig hin.

Im Fall der Publikumsgesellschaft mit widerrufsberechtigten Verbrauchern als Gesellschaftern ist der Konflikt zwischen Verbraucherinteressen dagegen ein unmittelbarer, denn die Wahl des Gesellschaftsvertrags führt dazu, dass sich Verbraucher als Mitgesellschafter gegenüberstehen. Da alle Verbraucher als Gesellschafter einen gemeinsamen Vertragszweck verfolgen, wirkt sich der durch den Widerruf ermöglichte Rückzug des einen Verbrauchers unmittelbar belastend auf die anderen Beteiligten aus.⁶⁵ Die Frage, ob das Widerrufsrecht aufgrund seiner Auswirkungen zu Lasten anderer Verbraucher zu beschränken ist, lässt sich damit der allgemeinen Frage annähern, inwieweit Verpflichtungen aus einem Schuldverhältnis (hier: der Gesellschaft) aufgrund ihrer Wirkungen auf Dritte anzupassen sind.⁶⁶ Dabei geht es vorliegend nicht um die Erweiterung des vertraglich begründeten Schutzes auf andere, sondern um die Beschränkung der vertraglichen Rechte aufgrund von Drittinteressen. Dass Interessen Dritter die Vertragsabschlussfreiheit beschränken können, steht angesichts der §§ 134, 138 BGB außer Zweifel.⁶⁷ Der Widerruf betrifft freilich nicht eine vertragliche Gestaltung mit Drittbezug, sondern einen gesetzlichen Schutzmechanismus, der zugunsten eines Vertragspartners die Privatautonomie begrenzt, indem er die Lösung vom Vertrag erlaubt. Der gesetzliche

⁶³ Auch wenn der Individualschutz im Vordergrund steht.

⁶⁴ Gleichsinnig *Schäfer*, (Fn. 17), S. 1023, der daraus aber weitergehende Rechtsfolgen für die Rückabwicklung von Gesellschaftsbeitritten ableitet.

⁶⁵ Ausführlich dazu *Armbriester*, (Fn. 1), S. 20 f. m.w.N.

⁶⁶ Dazu zuletzt *Westermann*, (Fn. 59), S. 141-181 m.w.N.

⁶⁷ Dazu zuletzt ausführlich *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, 2007, bes. S. 18 f.

Individualschutz kollidiert nun mit dem prinzipiell gleichrangigen Individualschutz Dritter sowie dem öffentlichen Interesse an der Wirksamkeit fehlerhaft geschlossener Gesellschaften. Beide Normkonflikte sind – entgegen der Meinung des BGH – zu trennen und im Folgenden näher zu untersuchen.

3. Mehrheit von Widerrufsberechtigten und Effizienz des Widerrufsrechts

Gesetzliche Anhaltspunkte für die Entscheidung des Konflikts zwischen mehreren Widerrufsberechtigten fehlen, da sich der Gesetzgeber allein auf das Verhältnis Verbraucher-Unternehmer konzentriert hat. Man kann allenfalls sagen, dass es der Gesetzgeber hinnimmt, wenn Verbraucher ihr Widerrufsrecht zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausüben und sich dies auf die Realisierungsmöglichkeiten der Rückabwicklung nach Widerruf auswirkt, z.B. wenn der über Direktvertrieb agierende Unternehmer zwischenzeitlich insolvent geworden ist.⁶⁸ Dabei dürfte es auch keinen Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot darstellen, wenn die Widerrufsfolgen in einem Fall *de facto* vorteilhafter sind als in einem anderen. Entscheidend ist nämlich, dass beide Verbraucher grundsätzlich die Möglichkeit hatten, ein Widerrufsrecht auszuüben.⁶⁹ Das Risiko der Insolvenz eines Vertragspartners trägt auch im Verbraucherschutz nach wie vor jeder für sich selbst.⁷⁰ Diese Entscheidung des deutschen Gesetzgebers verstößt auch nicht gegen die Richtlinie über Haustürgeschäfte. Zwar lässt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, dass die Richtlinie eine effektive Rückabwicklung des in der Haustürsituation geschlossenen Vertrags verlangt. Die an Art. 5 Abs. 2 auszurichtende Effizienz des Verbraucherschutzes beinhaltet aber (bisher) nicht, Nachteile eines späten Widerrufs aufzufangen oder auszuschließen.⁷¹ Es genügt, dass der Verbraucher überhaupt ein Widerrufsrecht hat und dass er – wie Art. 4 der Richt-

⁶⁸ Dies gilt gleichermaßen nach dem HWiG wie nach dem BGB, auch wenn sich die dogmatische Konstruktion des Widerrufs geändert hat. Unter dem HWiG galt nach § 1 Abs. 1 HWiG der Vertrag als schwebend unwirksam bis zum Widerruf bzw. zum Verstreichen der Widerruffrist. Nach § 312 BGB ist der Vertrag wirksam, kann aber durch Widerruf in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt werden, auf das die Vorschriften über den Rücktritt Anwendung finden, vgl. nur Hertel/Edelmann, (Fn. 5), S. 13, Fn. 28 m.w.N.

⁶⁹ Anders OLG Celle v. 16.7.2004, Az. 9 U 15/04, WM 2005, S. 737, Rdnr. 21 zum „Windhundrennen“: „Eine gegenteilige Wertung ist nicht der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung zu entnehmen. Wenn im Falle der Insolvenz des Geschäftsinhabers diejenigen Gesellschafter, die ihre Beteiligung innerhalb der Jahresfrist vor Stellung des Antrags auf Insolvenzeröffnung aufgrund eines gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsrechts gekündigt und ihre Einlagen zurückhalten haben, sich besser stellen als Gesellschafter, die der Gesellschaft zur Zeit der Einleitung des Insolvenzverfahrens noch angehören, weil eine insolvenzrechtliche Anfechtung der vorherigen Rückgewähr gem. § 136 InsO bzw. § 237 HGB a.F. nicht zugelassen wird [...], handelt es sich nicht um eine vergleichbare Situation“.

⁷⁰ Anders nur im Recht der Pauschalreise, vgl. § 651k Abs. 1 Satz 2 BGB.

⁷¹ EuGH, Rs. C-350/03, Schulte, Slg. 2005, I-9215, Rdnrn. 82-85.

linie verlangt – über sein Widerrufsrecht belehrt wurde.⁷² Wenn aber sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch die Richtlinie 85/577/EWG entschieden haben, Nachteile, die dem Verbraucher durch Zeitablauf oder Konkurrenz zu anderen Verbrauchern entstehen, nicht zu berücksichtigen, so darf auch für den Fondsbeitritt in Form der GbR nichts anderes gelten. Im Gegenteil: Es ist zu bemängeln, dass der BGH, anstatt die gesetzliche Wertung des HWiG auch nur zu würdigen, sogleich seine eigene Interessenabwägung vornimmt. Eine Entscheidung des Konflikts zwischen Haustürrecht und fehlerhafter Gesellschaft hätte zunächst die gesetzgeberischen Intentionen klar herausarbeiten müssen.⁷³ Befolgt man diese methodische Grundregel, ist durchaus fraglich, ob der Normkonflikt tatsächlich zugunsten der fehlerhaften Gesellschaft aufzulösen ist.

4. Widerrufsrecht und Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass sich die Rechtsfolgenanordnung des HWiG und die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft als *leges contrariae* gegenüberstehen.⁷⁴ Anderer Ansicht ist der BGH, wenn er ausführt, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft seien *lex specialis* zum Verbraucherschutz.⁷⁵ Damit wird incident die Behauptung aufgestellt, der Normkonflikt sei in jedem Fall zugunsten des Gesellschaftsrechts aufzulösen. Dies trafe jedoch nur zu, wenn die Regeln über Haustürgeschäfte als Teil des allgemeinen Schuldrechts durch Vorschriften des besonderen Schuldrechts, d.h. die Regeln über die fehlerhafte GbR, außer Kraft gesetzt werden könnten. Für diese Annahme spräche die in der Schuldrechtsmodernisierung erfolgte Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB.⁷⁶ Dass die These aber in dieser Schlichtheit nicht zutreffen kann, ergibt sich schon daraus, dass nicht zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften über das Widerrufsrecht abgewichen werden kann. Genau wie die §§ 134, 138 BGB als zwingende Normen des Allgemeinen Teils selbstverständlich auf das Gesellschaftsrecht Anwendung finden können, ohne dass man ihnen dessen Spezialität entgegenhalten könnte, so müssen grundsätzlich auch die zwingenden Vorschriften des Verbraucherschutzes im Rahmen des Gesellschaftsvertrags berücksichtigt werden.

⁷² Vgl. ibid., Rdnrn. 98-102.

⁷³ Enger OLG Jena v. 26.2.2003, Az. 4 U 786/02, ZIP 2003, S. 1444, das die konkrete Gefahr einer Schädigung der Gesellschaftsgläubiger oder einer Ungleichbehandlung der Mitgesellschafter prüft.

⁷⁴ Dem steht nicht entgegen, dass Richterrecht grundsätzlich keine bindende Wirkung zukommt, vgl. dazu zuletzt Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 65-67 m.w.N.

⁷⁵ BGH v. 5.5.2008, Az. II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1018, Rdnr. 20, vgl. bereits unter Fn. 52.

⁷⁶ Die kodifikatorische Verortung ist natürlich kein hinreichendes Kriterium für die Qualifizierung als Sonderprivatrecht oder Zivilrecht, vgl. bereits Bürge, Rechtsdogmatik und Wirtschaft, 1987, S. 142; zuletzt Schmidt, (Fn. 16), S. 837 m.w.N.

Dies gesteht im Ergebnis auch der Bundesgerichtshof zu, wenn er den Widerruf der Fondsbe teiligung als solchen zulässt. In der Folge übersieht das Gericht allerdings, dass die Rück gewähr nach Widerruf (§ 3 HWiG bzw. § 355 BGB) nicht eine allgemeine schuldrechtliche Nichtigkeitsfolge, sondern eine spezifisch verbraucherschützende Anordnung ist, weshalb sich eine zu voreilige Gleichstellung mit Anfechtungsrechten nach §§ 119 ff. BGB bzw. Nichtigkeitsfolgen beispielsweise gemäß §§ 134, 138, 142 BGB verbietet.⁷⁷ Es kann daher nicht einfach unterstellt werden, dass die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft auch die Sanktion des Widerrufs verändern. Vielmehr ist im Einzelnen zu prüfen, welchem Schutzgut im Rahmen der bestehenden Kollision Vorrang einzuräumen ist.⁷⁸ Dazu sind die Zwecke beider Rechtsfolgenanordnungen näher zu prüfen und zu würdigen.

Das Widerrufsrecht bei Vertragsschluss in einer Haustürsituation sollte nach dem Willen des Gesetzgebers „die nach dem bürgerlichen Recht vorausgesetzte rechts geschäftliche Entscheidungsfreiheit des Kunden durch Gewährung einer nachträglichen Überlegungsfrist wiederherstellen“.⁷⁹ Als Mittel zur Gewährung dieser Überlegungsfrist hat der Gesetzgeber des HWiG angeordnet, dass der Vertrag erst wirksam ist, wenn der Kunde seine Willenserklärung nicht binnen einer Woche schriftlich widerruft.⁸⁰

Die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft beruhen dagegen nach neuerer Auffassung auf der Doppel natur des Gesellschaftsvertrags als Schuldvertrags- und Organisationsakt⁸¹: „Der auf vertraglicher Grundlage errichtete Verband erschöpft sich nicht in der Summe der schuldrechtlichen Beziehungen seiner Mitglieder, vielmehr geht mit der Begründung des Schuldverhältnisses zugleich die Schaffung eines Organisationsgefüges einher. Dessen tatsächliche und rechtliche Existenz aber bleibt von Mängeln der schuldrechtlichen Verbandsgrundlage unberührt, weil

⁷⁷ Zur teleologischen Reduktion des § 142 BGB im Fall der fehlerhaften Gesellschaft vgl. Nachweise bei *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 5. Aufl. 2006, § 142 BGB, Rdnr. 19.

⁷⁸ Zu entsprechenden Abwägungsoperationen vgl. zuletzt *Auer*, (Fn. 74), S. 84 f. m.w.N.

⁷⁹ BT-Drucksache 10/2876, III.1. Notwendigkeit eines Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften.

⁸⁰ § 1 HWiG und BT-Drucksache 10/2876, B. zu § 1: „Im Fall des rechtzeitigen Widerrufs kommt der Vertrag nicht zustande.“

⁸¹ Vgl. *Paschke*, Die fehlerhafte Korporation, ZHR 155 (1991), S. 5 f. m.w.N. zur Entwicklung der Lehre. Etwas anders der BGH v. 30.9.1982, Az. III ZR 58/81, WM 1983, S. 305 f., Rdnr. 13 m.w.N. aus der Rechtsprechung: „Es würde nämlich zu unerträglichen und mit dem richtig ver standenen Zweck der Vorschriften über die rückwirkende Kraft der Nichtigkeit von Verträgen nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnissen führen, eine nach den gesetzlichen Vorschriften zu lässige, auf Dauer angelegte und verwirklichte Leistungsgemeinschaft, für die die Beteiligten Bei träge erbracht, Werte geschaffen und vor allem das Risiko gemeinschaftlich getragen haben, wegen der Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages ohne weiteres so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte“. Zum französischen Einfluss vgl. *Oechsler*, (Fn. 57), S. 2472 f.

die rechtliche Existenz des Verbandes als Organisationsgefüge nicht kraft Schuldvertrages, sondern willensunabhängig kraft Gesetzes Anerkennung findet“.⁸²

Maßgeblich für die Anerkennung einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft als Organisation ist der Gedanke des Vertrauens- und Bestandsschutzes, wie ihn der BGH formuliert hat⁸³: „die Nichtigkeits- und Anfechtungsfolgen des bürgerlichen Rechts [passen] wegen ihrer Rückwirkung auf den Abschluss des Rechtsgeschäfts für Gesellschaftsverhältnisse im allgemeinen nicht [...]; denn es würde zu unerträglichen Ergebnissen führen und mit dem recht verstandenen Zweck jener Vorschriften nicht mehr vereinbar sein, eine derart auf Dauer angelegte und tatsächlich vollzogene Leistungsgemeinschaft, für die die Beteiligten Beiträge erbracht und Werte geschaffen, die Gewinnchancen genutzt und vor allem gemeinschaftlich das Risiko getragen haben, ohne weiteres mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben zu streichen und damit so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte.“⁸⁴

Dieser Gedanke, der nicht nur für die Wirkungen gegenüber Dritten oder Gesellschaftsgläubigern, sondern auch für die Gesellschafter untereinander gilt,⁸⁵ ist allerdings für jeden einzelnen Verband unterschiedlich stark ausgeprägt. Dies zeigt schon die gesetzliche Gestaltung des Bestandsschutzes im Bereich der Kapitalgesellschaften.⁸⁶ Für die Personengesellschaften, für die wie für die GbR eine gesetzliche Regelung fehlt, ist nach richtiger Ansicht ebenfalls zu differenzieren. Vor allem wiegt hier der Vertrauenschutzgesichtspunkt geringer, weil der Rechtsverkehr von vornherein nur mit einer persönlichen Haftung der Gesellschafter rechnet.⁸⁷ In jedem Fall gelten die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft nicht ausnahmslos. Dies betont auch der BGH in ständiger Rechtsprechung: „Die Rechtsordnung kann nicht ein von ihr verbotenes und für nichtig erklärttes Rechtsverhältnis anerkennen, das laufend neue Rechte und Pflichten begründet“.⁸⁸

⁸² Paschke, (Fn. 81), S. 5 f. und ders., (Fn. 45), S. 72 f. Grundlegend Schmidt, Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht, Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts, AcP 186 (1986), S. 421. Zuletzt umfassend Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002; allg. Hueck/Windbichler, (Fn. 10), S. 57 f.

⁸³ Zum Gegenentwurf einer Rechtsscheinhaftung vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 120-125, 167-172, 447-451 (zur Lehre vom faktischen Vertrag).

⁸⁴ BGH v. 29.6.1970, Az. II ZR 158/69, BGHZ 55, 8.

⁸⁵ So ursprünglich die Rechtsprechung, vgl. Nachweise bei Schmidt, (Fn. 82), S. 430, Fn. 40.

⁸⁶ Dazu im einzelnen Paschke, (Fn. 81), S. 8-16.

⁸⁷ Vgl. ibid., S. 17 m.w.N. Vielheitsprinzip, vgl. Hueck/Windbichler, (Fn. 10), S. 18 m.w.N. Dies auch zum Verweis auf Krohn/Schäfer, (Fn. 29), S. 116, deren Abwägung zugunsten des Verbands auf die Kapitalgesellschaft zugeschnitten ist und daher nicht unbesehen auf die Personengesellschaft (GbR) übertragen werden kann.

⁸⁸ BGH v. 25.3.1974, Az. II ZR 63/72, BGHZ 62, 234, Rdnr. 51; BGH v. 24.9.1979, Az. II ZR 95/78, BGHZ 75, 214, Rdnr. 21.

Aus dieser Überlegung rechtfertigt die Rechtsprechung vor allem die Nichtigkeit von Personengesellschaften, die unter Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB zustandegekommen sind. Hinzu kommt die Einschränkung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft durch „gewichtige Belange der Allgemeinheit oder bestimmter besonders schutzwürdiger Personen“.⁸⁹

Eine erste Konfrontation zwischen der Regelung über Haustürgeschäfte und der Lehre von der fehlerhaften GbR⁹⁰ zeigt somit, dass die gesellschaftsrechtliche Regel anders als die Verbraucherschutznorm Ausnahmen zulässt. Die einfachste Konfliktlösung bestünde somit darin, den Verbraucherschutz in die „gewichtigen Interessen“ der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft einzubeziehen und den widerrufenden Verbraucher als besonders schützenswerte Person aus der Lehre vom fehlerhaften Verband herauszunehmen. Genau dies verweigert aber die mittlerweile herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur.⁹¹ Typisch ist etwa die Argumentation im grundlegenden Werk von Schäfer,⁹² die sich auch der BGH mit Blick auf die GbR zu Eigen gemacht hat. Hauptargument ist ein Vergleich zum arglistig getäuschten Gesellschafter, dem die herrschende Meinung den rück-

⁸⁹ BGH v. 29.6.1970, Az. II ZR 158/69, BGHZ 55, 5, Rdnr. 39: „Die rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft findet allerdings [...] da ihre Grenze, wo gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen entgegenstehen [...]. Fälle dieser Art bilden der Gesetzesverstoß, eine besonders grobe Sittenwidrigkeit oder der Umstand, daß sich ein Gesellschafter durch Drohung oder Täuschung einen überaus günstigen Gewinn- und Liquidationsanteil zugestehen lässt und ein deswegen in die Auseinandersetzungsberechnung einzustellender Schadenersatzanspruch keinen genügenden Ausgleich ermöglicht“.

⁹⁰ Dies ist unabhängig von der Anerkennung ihrer Rechtsträgerschaft, vgl. bereits Nachweise bei Schmidt, (Fn. 82), S. 431, Fn. 42.

⁹¹ Vgl. vor allem BGH v. 2.7.2001, Az. II ZR 304/00, ZIP 2001, S. 1364. Weitere Nachweise bei BGH v. 5.5.2008, Az. II ZR 292/06, ZIP 2008, S. 1018, Rdnr. 20 f. Ferner OLG Dresden v. 19.6.2002, Az. 8 U 630/02, ZIP 2002, S. 1233 = WM 2002, S. 2334, Rdnr. 25; OLG Braunschweig v. 3.9.2003, Az. 3 U 231/02, ZIP 2004, S. 28, Rdnr. 52; OLG Hamm v. 20.11.2002, Az. 8 U 68/02, OLGR Hamm 2003, 100-103, Rdnr. 36, alle im Anschluss an den BGH; OLG Hamburg v. 31.1.2003, Az. 11 U 196/02, NZG 2003, S. 436, 1. Leitsatz; OLG Jena v. 5.2.2003, Az. 7 U 1305/01, OLGR Jena 2003, 309 f.; einschränkend aber OLG Jena v. 26.2.2003, Az. 4 U 786/02, ZIP 2003, S. 1444: „Der Gesellschafter einer stillen Gesellschaft in Form einer Innengesellschaft, der das Widerrufsrecht gemäß § 1 Abs. 1 HWiG ausübt, unterliegt bei der Abwicklung des durch seinen Widerruf ausgelösten Rückgewährverhältnisses dann nicht den einschränkenden Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft, wenn die Gefahr einer Schädigung der Gesellschaftsgläubiger oder einer Ungleichbehandlung der Mitgesellschafter ausgeschlossen ist.“ Eigene Argumentation OLG Stuttgart v. 18.5.2004, Az. 6 U 30/04, Rdnr. 21; OLG Celle v. 16.7.2004, Az. 9 U 15/04, WM 2005, S. 737, Rdnr. 21; KG Berlin v. 23.7.2004, Az. 5 U 61/03, ZBB 2005, S. 146 f.; OLG Hamm v. 30.8.2004, Az. 8 U 15/04, OLGR Hamm 2004, 383-386; OLG Stuttgart v. 2.4.2007, Az. 6 U 226/06, Rdnr. 29. Anders die frühere Rechtsprechung des zweiten Senats BGH v. 20.1.1997, Az. II ZR 105/96, ZIP 1997, S. 511 = NJW 1997, S. 1069; dazu kritisch Schäfer, (Fn. 82), S. 280 f., Fn. 82 m.w.N. Ähnlich aber OLG Stuttgart v. 14.9.1999, Az. 6 U 72/99, OLGR 1999, 430 f.; OLG Rostock v. 1.3.2001, Az. 1 U 122/99, ZIP 2001, S. 1009.

⁹² Mit etwas anderer Akzentuierung auch Oechsler, (Fn. 57), S. 2474 f.

wirkenden Austritt aus dem Verband verweigert⁹³: „Wenn selbst die Interessen des betrogenen Genossen nicht schwerer wiegen als diejenigen des Rechtsverkehrs und der übrigen Genossen, kann zugunsten desjenigen, der in einer Haustürsituation [...] seine Beitrittserklärung abgegeben hat, schlecht das Gegenteil richtig sein“.⁹⁴

Der aus dem Vergleich des getäuschten Gesellschafters mit dem Verbraucher-Gesellschafter gezogene Erst-Recht-Schluss hat zur Prämisse, dass der Verbraucher nur vor der (möglichen) Überrumpelung geschützt werden solle, während der Getäuschte, den man an der in Vollzug gesetzten Gesellschaft festhält, ja tatsächlich in seiner Willensfreiheit beeinträchtigt worden sei.

Dieser Schluss erweist sich bei näherer Prüfung als verfehlt. *Flume* hat in anderem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Anfechtung wegen Täuschung beim Gesellschaftsvertrag aufgrund des § 123 Abs. 2 BGB nur unter engen Voraussetzungen möglich ist.⁹⁵ Nach § 123 Abs. 2 BGB kann nämlich, wenn die Täuschung von einem Dritten verübt wurde, eine Erklärung gegenüber dem Vertragspartner, d.h. hier den anderen Gesellschaftern, nur angefochten werden, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste.⁹⁶ Da den übrigen Gesellschaftern einer

⁹³ Vgl. nur BGH v. 13.3.1975, Az. II ZR 154/73, JZ 1975, S. 448, Rdnr. 29: „Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, ist von diesen Grundsätzen [über die fehlerhafte Gesellschaft] in den Fällen der arglistigen Täuschung keine Ausnahme zu machen [...]. Entgegen der Auffassung der Revision würden sie auch dann eingreifen, wenn der Fall der sittenwidrigen Übervorteilung eines Gesellschafters vorläge. Denn arglistige Täuschung und sittenwidrige Übervorteilung müssen insoweit gleich behandelt werden; die unterschiedliche gesetzliche Regelung, daß in den Fällen des § 138 BGB die Nichtigkeit ohne weiteres eintritt, im Falle des § 123 BGB aber erst durch die Anfechtungserklärung ist in diesem Zusammenhange ohne Bedeutung.“

⁹⁴ Schäfer, (Fn. 82), S. 281 m.w.N. Ferner OLG Stuttgart v. 18.5.2004, Az. 6 U 30/04, Rdnr. 21. Ähnlich Armbrüster, (Fn. 1), S. 20 f. Zum Vorlagebeschluss vgl. auch Goette, Anmerkung zu BGH, B. v. 05.05.2008 – II ZR 292/06 -, Haustürgeschäft und Gesellschaftsbeteiligung: Vorabentscheidungsverfahren zur möglichen Unanwendbarkeit der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft, DStR 2008, S. 1103 f.: „ist schwer einzusehen, warum der Verbraucher im Sinne des HWiG demgegenüber besser gestellt sein soll.“

⁹⁵ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Die Personengesellschaft, 1977, S. 24 f.: „Zwar sind, wenn beim gegenseitigen Vertrag auf einer Seite mehrere Personen beteiligt sind, bei der Täuschung durch eine dieser Personen die anderen nicht Dritte. Beim Gesellschaftsvertrag stehen jedoch hinsichtlich des Abschlusses desselben die Gesellschafter nur jeder für sich den anderen Gesellschaftern gegenüber, und keinem der Gesellschafter ist anzulasten, für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages Hüter seiner Mitgesellschafter zu sein.“

⁹⁶ Zu dieser bewussten gesetzgeberischen Entscheidung vgl. Kramer, in: Münchener Kommentar, Bd. I, 5. Aufl. 2006, § 123 BGB, Rdnr. 22 f. m.w.N. Aus der Rechtsprechung vgl. BGH v. 17.11.1960, Az. VII ZR 115/59, BGHZ 33, 309; Immenga, Der Begriff des ‚Dritten‘ nach § 123 Abs. 2 BGB beim finanzierten Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft, BB 1984, S. 5 (zur Zurechnung des Vermittlers an die Bank). Nach BGH v. 22.1.1990, Az. II ZR 59 /89, ZIP 1990, S. 371 = WM 1990, S. 505 ist der Mehrheitsgesellschafter einer GmbH nur dann nicht Dritter, „wenn er die Möglichkeiten seiner Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsführung dazu nutzt, in mittelbarer Täterschaft durch die GmbH als Werkzeug deren Geschäftspartner arglistig zu täuschen“.

Personengesellschaft, insbesondere einer Publikums-GbR, regelmäßig nicht die Kenntnis des geschäftsführenden Gesellschafters bzw. des Beteiligungstreuhänders zugerechnet werden kann, kann ein Gesellschafter, der zu seinem Fondsbeitritt durch Täuschung des Fondsunternehmers bestimmt worden ist, den Gesellschaftsvertrag nicht anfechten, weil § 123 Abs. 1 BGB schon tatbestandlich nicht eingreift.⁹⁷ Hieraus ergibt sich der eindeutige gesetzgeberische Wille, die Anfechtungsmöglichkeiten bei einer Täuschung durch Dritte auf Fälle zu beschränken, in denen der Anfechtungsgegner wegen Kennen oder Kennenmüssen der Täuschung nicht schutzwürdig ist. Der Verbraucherschutz in § 1 HWiG bzw. § 312 BGB wegen Überrumpelung unterliegt dagegen keiner derartigen Beschränkung im Interesse des Widerrufsgegners. Vielmehr ist jedes Geschäft, das in einer Haustürsituation zustande kam, widerruflich. Hält man sich diese eindeutige gesetzliche Wertung, die man rechtspolitisch durchaus für verfehlt halten darf,⁹⁸ vor Augen, so kann aus der Behandlung des getäuschten Gesellschafters im Rahmen der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft jedenfalls kein *argumentum a fortiori* abgeleitet werden, um den Verbraucherschutz gegen Haustürgeschäfte aus den „höherrangigen Interessen“ herauszunehmen.⁹⁹

Sucht man umgekehrt den Vorrang des widerrufsberechtigten Gesellschafters vor der in Vollzug gesetzten Gesellschaft positiv zu begründen, kann auf den Minderjährigenschutz rekurriert werden, der anerkanntermaßen die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft einschränkt.¹⁰⁰ Diese Parallele erweist sich in der Tat als tragfähig, denn das Gesetz schützt sowohl den Verbraucher als auch den Minderjährigen aus der Erwägung, dass beide nicht zur uneingeschränkten Willensbildung in der Lage sind. Beim Minderjährigen unterstellt das Gesetz die Einschrän-

⁹⁷ Die Zulassung eines Austritts aus der Gesellschaft nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft stellt also für den getäuschten Gesellschafter regelmäßig keine Einschränkung seiner gesetzlichen Rechte dar, vgl. Flume, (Fn. 95), S. 25 f.

⁹⁸ So wohl Goette, (Fn. 94), S. 1104, der von einer Verabsolutierung des Verbraucherschutzes spricht. Ebenso Schäfer, (Fn. 17), S. 1024.

⁹⁹ So noch OLG Stuttgart v. 14.9.1999, Az. 6 U 72/99, OLGR Stuttgart 1999, 430 f., Rdnr. 15; anders jetzt OLG Stuttgart v. 2.4.2007, Az. 6 U 226/06, Rdnr. 21 unter Berufung auf Art. 4 RL 85/577/EWG.

¹⁰⁰ Vgl. nur BGH v. 30.9.1982, Az. III ZR 58/81, WM 1983, S. 305 f., Rdnr. 14: „weil sonst der Sinn und Zweck des [...] Schutzes des Minderjährigen in rechtlich nicht tragbarer Weise verletzt würde“, unter Hinweis auf BGHZ 17, 168. Zum geschäftsunfähigen Gesellschafter vgl. BGH v. 17.2.1992, Az. II ZR 100/91, ZIP 1992, S. 541 = WM 1992, S. 693. Dort betont der BGH: „Die Anwendung von Schutzbefreiungen kann sich indessen nicht danach richten, was für den einzelnen Betroffenen günstiger ist; denn das würde zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen.“ Vgl. zuletzt die Synthese bei Schäfer, (Fn. 82), S. 268-271 m.w.N. auch zur Gegenansicht des „hinkenden Gesellschaftsvertrages“. Schäfer entwickelt auf Grundlage des Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes, d.h. §§ 1629a, 723 Abs. 1 Satz 3-5 BGB, die These, dass wegen des erreichten Überschuldungsschutzes auch der Minderjährige vollständig faktischer Gesellschafter werden kann.

kung aus der altersbedingten Unreife; beim Verbraucher – im Fall des Haustürge- schäfts – aus der besonderen Abschluss situation. Diese beschreibt der Gesetzgeber des hier maßgeblichen HWiG mit den folgenden Worten: „die Möglichkeiten des Direktvertriebes [erlauben es] auf den Kunden besonders einzugehen, [...] um ihn an der Haustüre, auf der Straße, am Arbeitsplatz oder bei einer sogenannten Kaffee fahrt zu bedrängen oder zu überrumpeln. Hier wirkt sich für den Abnehmer nachteilig aus, daß bei Direktvertrieb die für Ladengeschäfte typische Umkehr möglichkeit und Überlegungszeit fehlt. Da der Verhandlungspartner für die Ver handlungsführung bei Geschäften dieser Art meist psychologisch besonders ge schult ist, bringt es der Kunde häufig nicht fertig, ihn abzuweisen.“¹⁰¹

Trotz aller berechtigter Kritik an einem übertriebenen Verbraucherschutz hat der Normanwender diese Wertung des Gesetzgebers hinzunehmen.¹⁰² Der Verbraucherschutz erscheint als ein öffentlicher, weil gesetzlich anerkannter Belang, der nicht durch richterrechtliche Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft außer Kraft gesetzt werden kann.¹⁰³ Dass seine gegenteilige Entscheidung methodologisch angreifbar ist, hat der zweite Zivilsenat wohl gespürt, denn der Verweis auf die kollektiv verbraucherschützende Tendenz der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft lässt sich als Versuch begreifen, dem gesetzgeberischen Bekenntnis zum Verbraucherschutz doch noch Respekt zu zollen. Demgegenüber ist freilich zu betonen, dass dem Interesse der übrigen Fondsbe teiligten systemkonform durch einen Schadenersatzanspruch wegen fehlender Aufklärung über die mit der Gesellschaft verbundenen Risiken¹⁰⁴ oder wegen fehlender Belehrung¹⁰⁵ Rechnung getragen

101 BT-Drucksache 10/2876, A.I.2, S. 6.

102 *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 41-46. Anders *Schäfer*, (Fn. 17), S. 124, der über kompetenzrechtlichen Bedenken durch den Hinweis auf den „Schutzzweck“ der fehlerhaften Gesellschaft hinwegzukommen glaubt: „Die gelegentlich zu vernehmende Behauptung, der BGH setze sein [...] Richterrecht über den Verbraucherschutz geht am Kern des Problems vorbei: Die LfV ist kein Selbstzweck, sondern verfolgt ihrerseits Schutzzwecke“. Darauf kommt es indes nicht an.

103 Im Ergebnis wie hier OLG Rostock v. 1.3.2001, Az. 1 U 122/99, ZIP 2001, S. 1009 = WM 2001, S. 1413, Rdnr. 24: „Entscheidend ist aber, dass dem Schutz des Verbrauchers im Rahmen der Interessenabwägung ein höherer Stellenwert beizumessen ist als dem Interesse der Gesellschaft. [...] Die Vorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes haben zwingenden Charakter zum Schutze des Verbrauchers und gehen daher den Regeln über die faktische Gesellschaft vor.“

104 Vgl. z.B. BGH v. 26.9.2006, Az. II ZR 314/03, WM 2005, S. 2228 = ZIP 2005, S. 2060, Rdnr. 22: „Wie der Senat in seinen [...] Entscheidungen [...] ausgeführt hat, sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft dann nicht berührt und stehen deshalb einem Anspruch auf Rückgewähr der Einlage nicht entgegen, wenn der Vertragspartner des stillen Gesellschafters [...] verpflichtet ist, den stillen Gesellschafter im Wege der Schadenersatzklage so zu stellen, als hätte er den Gesellschaftsvertrag nicht abgeschlossen und seine Einlage nicht geleistet. Demjenigen, der sich aufgrund eines Prospektmangels, einer Verletzung der Aufklärungspflicht oder aus sonstigen Gründen schadenersatzpflichtig gemacht hat, darf es nicht zugutekommen, dass er gleichzeitig auch an dem mit dem geschädigten Anleger geschlossenen Gesellschaftsvertrag beteiligt ist.“

werden kann. Dieser richtet sich gegen denjenigen, der dem vertragsschließenden Verbraucher in einer Haustürsituation entgegengetreten ist, kann aber nicht Widerrufsrechte anderer Verbraucher beschränken.

Nach der hier vertretenen Lösung ist daher bereits nach innerstaatlichen Recht kein Raum für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die Widerrufsfolgen des HWiG bzw. des § 312 BGB. Die Vorlage an den EuGH stellt sich somit – wie schon in anderen Fällen¹⁰⁶ – als unnötig dar.¹⁰⁷

Allerdings wird der EuGH, da er nicht über das nationale Recht zu befinden hat, voraussichtlich dennoch die Vorlagefrage entscheiden. Dabei stellt sich das bisher wenig beachtete Problem, dass die Regeln über die fehlerhafte GbR nationales Richterrecht sind, dessen Richtlinienkonformität nicht ohne Weiteres nach den Regeln des Gesetzesrechts überprüft werden kann.

C. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht der Haustürgeschäfte

Grundsätzlich ist dem EuGH im Rahmen des Vorlageverfahrens nach Art. 234 EG nur die „Auslegung“ der Richtlinie aufgegeben, nicht auch die „Anwendung“ des durch die Umsetzung der Richtlinie geschaffenen Rechts zu überwachen.¹⁰⁸ Angesichts des richterrechtlichen Charakters der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft zeigt sich die Schwierigkeit dieser ohnehin kaum durchführbaren

Zwar betreffen die bisherigen Urteile die stille Gesellschaft; eine explizite Beschränkung auf diesen Typus hat der BGH aber nicht angenommen; dies wäre auch nicht sachgerecht.

¹⁰⁵ BGH v. 21.3.2006, Az. XI ZR 204/03, ZIP 2006, S. 846 f.; BGH v. 16.5.2006, Az. XI ZR 6/04, ZIP 2006, S. 1187 = BGHZ 168, 1; BGH v. 19.9.2006, Az. XI ZR 204/04, ZIP 2006, S. 2262 = BGHZ 169, 109. Vgl. dazu z.B. *Rösler*, (Fn. 12), S. 881 f.; *Häublein*, Rechtsfolgen unterlassener Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht nach den Urteilen des EuGH vom 25.10.2005, NJW 2006, S. 1553 f.; *Röthel*, Mit Richterkunst zu Richtlinienkonformität: Schrottimmobilien vor dem XI. Zivilsenat des BGH, GPR 2006, S. 184 f.; ferner *Jungmann*, Schadenersatzansprüche in Schrottimmobilienfällen, NJW 2007, S. 1562.

¹⁰⁶ Hinweise dazu vor allem bei *Franzen*, (Fn. 20), S. 325 und *Benedict*, (Fn. 1), S. 90 f.

¹⁰⁷ A.A. *Wagner*, (Fn. 55), S. 450, der dem EuGH die Entscheidung darüber anheimstellt, ob im Rahmen der RL 85/577/EWG eine wirtschaftliche oder eine rechtliche Betrachtungsweise gelten sollte.

¹⁰⁸ Die Abgrenzung ist im einzelnen umstritten, vgl. *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004 S. 356 f. und *Remien*, Die Vorlagepflicht bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, RabelsZ 66 (2002), S. 520 f. einerseits; restriktiver *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 271 f., alle m.w.N. Zuletzt umstritten EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981 mit zwei widersprüchlichen Leitsätzen. Zum hier diskutierten Vorlagebeschluss *Wagner*, (Fn. 55), S. 449 m.w.N.

Trennung¹⁰⁹ in aller Deutlichkeit. Zwar wird es bei einer Überprüfung von Gesetzesrecht regelmäßig hingenommen, dass der EuGH die Richtlinie gerade mit Blick auf das Gesetz auslegt, über dessen Anwendung das vorlegende nationale Gericht zu entscheiden hat, und damit *de facto* bereits das zu erzielende Ergebnis vorgibt.¹¹⁰ Gegenüber Richterrecht ist ein derartiges Vorgehen dagegen nicht möglich, da es erst in jedem Einzelfall geschaffen wird,¹¹¹ der EuGH aber die konkrete Entscheidung des nationalen Richters nicht vorwegnehmen darf. Maßstab des EuGH kann daher nur die verallgemeinerungsfähige *ratio decidendi* sein, d.h. die in der Einzelentscheidung zu konkretisierende Regel.¹¹² Der EuGH wird also allenfalls fragen können, ob eine richterrechtliche Regel, die die Widerrufsfolgen bei einem Gesellschaftsbeitritt auf eine Kündigung beschränkt, mit den Vorgaben von Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 85/577/EWG vereinbar ist. Auch bei dieser Prüfung ist allerdings die Offenheit der richterrechtlichen Regel zu berücksichtigen. Insbesondere ist zu beachten, dass die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in ihrer weithin akzeptierten Formulierung bereits höherrangige Interessen berücksichtigen, so dass die *ratio decidendi* als solche möglicherweise gar nicht richtlinienwidrig ist, sondern allenfalls ihre Anwendung in bestimmten Fällen. Da der EuGH diese Einzelfälle nicht überprüfen darf, wird ihm nichts anderes übrigbleiben, als die nach Art. 5 Abs. 2 zulässigen Beschränkungen der Widerrufsfolgen mit Blick auf die fehlerhafte Gesellschaft möglichst genau, wenngleich abstrakt zu beschreiben. Diese Beschreibung muss zudem die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft im Anwendungsbereich der Richtlinie beachten. Die Rechtsprechung des EuGH in dieser Frage ist bisher schwankend, so dass der aktuelle Stand zu rekapitulieren ist.

I. Zur Arbeitsteilung zwischen EuGH und BGH mit Blick auf die Richtlinie über Haustürgeschäfte

Während die Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten mit Blick auf die Klauselrichtlinie häufig thematisiert wird,¹¹³ hat die parallele Frage im Rahmen der Haustürgeschäfterichtlinie wenig Aufmerksamkeit gefunden.

¹⁰⁹ Vgl. dazu nur *Franzen*, (Fn. 108), S. 271 f. m.w.N.

¹¹⁰ Vgl. nur *Hergenröder*, (Fn. 40), S. 1140 f. m.w.N.

¹¹¹ Grundlegend zur Abgrenzung *Esser*, Grundsatz und Norm, 1956, bes. S. 22 f. m.w.N.

¹¹² *Ibid.*, bes. S. 26, 267-289; zuletzt vor allem *Langenbucher*, (Fn. 102), S. 40-62.

¹¹³ Vgl. zuletzt den (kritischen) Überblick bei *Basedow*, Der Europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13: Der verweigerte Dialog, in: *Fs. Hirsch*, 2008, S. 51-62, der die Entscheidung *Freiburger Kommunalbauten* allerdings kritisiert und hinter ihr die Abwehr einer Entscheidungsflut vermutet.

1. Ergebnisse der Rechtsprechung „Heininger“ und „Schulte“

Genau wie zur Klauselrichtlinie sind in der Rechtsprechung des EuGH zur Haustürgeschäfterichtlinie zwei Phasen zu unterscheiden. In einem ersten Schritt, den die Rechtssache *Heininger* darstellt, hat der EuGH die nach Art. 7 Richtlinie 85/577/EWG weite Ermessensfreiheit des nationalen Gesetzgebers durch Art. 5 dieser Richtlinie beschränkt und sich damit die Kontrolle über den Schutzzweck der Richtlinie gesichert.¹¹⁴ Die Entscheidung hat damit eine ganz ähnliche Funktion wie das zur Klauselrichtlinie ergangene Urteil in der Sache *Océano*.¹¹⁵ Beide unterstreichen den Anspruch des EuGH, die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben umfassend zu kontrollieren und die verbraucherschützende Teleologie auch gegen nationale Bedenken durchzusetzen. Nach dieser autoritativen Klarstellung scheint der EuGH dagegen wieder die Verantwortung der nationalen Rechtsprechung bei der Überwachung der Richtlinienziele in den Vordergrund zu rücken. So verweigert das europäische Gericht in der Entscheidung *Freiburger Kommunalbauten*¹¹⁶ die Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Klausel, weil sie die nähere Berücksichtigung des nationalen Rechts verlange. Ein ähnliches „Zurückrudern“ ist hinsichtlich der Richtlinie 85/577/EWG in der Sache *Schulte* zu beobachten, in der der EuGH zwar an die Vorgaben der „Heininger“-Rechtsprechung erinnert, wenn er ausführt: „Demnach [nach Rdnr. 45 des Urteils *Heininger*] ist es zwar Sache der Mitgliedstaaten, die Rechtsfolgen des Widerrufs zu regeln, doch muss diese Befugnis unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Vorschriften der Richtlinie ausgeübt werden, die im Licht der Zielsetzung der Richtlinie und in einer Weise, die ihre praktische Wirksamkeit gewährleistet, aus-

¹¹⁴ EuGH, Rs. C 481/99, *Heininger*, Slg. 2001, I-9945.

¹¹⁵ EuGH, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, *Océano*, Slg. 2000, I-4941, Rdnrn. 21-24. Hierzu bemerkt der EuGH, Rs. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Slg. 2004, I-3403, Rdnr. 23: Die Beurteilung einer konkreten Klausel als missbräuchlich „erfolgte jedoch in Bezug auf eine Klausel, die ausschließlich und ohne Gegenleistung zugunsten des Verbrauchers für den Gewerbetreibenden vorteilhaft war, da sie unabhängig vom Vertragstyp die Wirksamkeit des gerichtlichen Schutzes der Rechte in Frage stellte, die die Richtlinie dem Verbraucher zuerkennt. Daher konnte die Missbräuchlichkeit dieser Klausel festgestellt werden, ohne dass alle Umstände des Vertragsschlusses geprüft und die mit dieser Klausel verbundenen Vor- und Nachteile im Rahmen des auf den Vertrag anwendbaren nationalen Rechts gewürdigt werden mussten.“

¹¹⁶ Ibid., Rdnr. 21 f.: „Die Missbräuchlichkeit einer bestimmten Vertragsklausel beurteilt sich nach Artikel 4 der Richtlinie unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, und aller den Vertragsschluss begleitenden Umstände. In diesem Zusammenhang sind auch die Folgen zu würdigen, die die Klausel im Rahmen des auf den Vertrag anwendbaren Rechts haben kann, was eine Prüfung des nationalen Rechtssystems impliziert. Daraus folgt, [...], dass der Gerichtshof im Rahmen der Ausübung der Zuständigkeit zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die ihm in Artikel 234 EG übertragen ist, [...] sich nicht zur Anwendung dieser allgemeinen Kriterien auf eine bestimmte Klausel äußern [kann], die anhand der Umstände des konkreten Falles zu prüfen ist“. Zur Bewertung vgl. *Röthel*, Missbräuchlichkeitskontrolle nach der Klausel-Richtlinie, ZEuP 2005, S. 421-427, die auf die Prozesshaftigkeit der Konkretisierung verweist.

zulegen sind. Die Mitgliedstaaten müssen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus einer Richtlinie alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten“.¹¹⁷

Das Zitat zeigt, dass der EuGH daran festhält, den Gestaltungsspielraum, den Art. 7 der Richtlinie über Haustürgeschäfte den Mitgliedstaaten einräumt, mithilfe des Kriteriums der Effektivität des Gemeinschaftsrechts zu kontrollieren. In der Rechtsache *Schulte* fügt der Gerichtshof aber zwei weitere Überlegungen an, die sich als Grenzen der so eben skizzierten Ausübungskontrolle darstellen. Auch wenn der Gerichtshof dies selbst nur andeutet,¹¹⁸ findet die Kontrolle der Mitgliedstaaten durch den EuGH ihre Grenze in dem Verbot der horizontalen Richtlinienwirkung: Die Entscheidung der Vorlagefrage darf nicht zur unmittelbaren Anwendung der Richtlinie zwischen Privaten führen.¹¹⁹ Die damit entstehende Lücke soll nach dem Willen des EuGH dadurch geschlossen werden, dass die nationalen Gerichte verpflichtet werden, die Richtlinie auch in den Bereichen des nationalen Rechts zu berücksichtigen, die nicht als Umsetzung der Richtlinie gelten.¹²⁰ Unter Einbeziehung der in Art. 4 der Richtlinie vorgesehenen Belehrungspflicht ermöglicht diese Differenzierung die bekannte zweigleisige Lösung der Rechtssache *Schulte*: Zwar seien die von den vorlegenden Gerichten gerügten Rückabwicklungsmodalitäten des deutschen Widerrufsrechts mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie vereinbar,¹²¹ denn das Widerrufsrecht selbst sei nicht tangiert und der Verbraucher

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215, Rdnr. 69.

¹¹⁸ Insb. der Anschluss: „Darüber hinaus hat der Gerichtshof entschieden, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist“, vgl. ibid., Rdnr. 70 ist wenig gelungen.

¹¹⁹ Ibid. Zur Klauselrichtlinie vgl. EuGH, Rs. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Slg. 2004, I-3403; zu den damit verbundenen Beschränkungen der Richtermacht vgl. zutreffend *Rüthers*, Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz?, Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte, JZ 2008, S. 452; allgemein zur Frage zuletzt *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 80-82 m.w.N.

¹²⁰ EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215, Rdnr. 71 unter Berufung auf EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 120.

¹²¹ EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215, Rdnr. 103: Der EuGH kommt nämlich zu dem Ergebnis, dass es die Richtlinie nicht verbietet, dass „– ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, die Darlehensvaluta an den Darlehensgeber zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird; – die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt wird; – nationale Rechtsvorschriften vorsehen, dass der Verbraucher im Fall des Widerrufs eines Realkreditvertrags nicht nur die aufgrund dieses Vertrages erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen muss“. Anders noch die Beurteilung bei *Hoffmann*, Die Rechtsfolgen des Verbraucherwiderrufs und die Haustürgeschäftsrichtlinie – Unbeschränkter Gestaltungsspielraum des nationalen Rechts?, ZIP 2004, S. 54-56, der den allgemeinen Effektivitätsgrundsatz bemüht. Kritisch zur Entscheidung des EuGH vor allem *Fischer*, (Fn. 41), S. 56 m.w.N.

habe die Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen. Allerdings habe der nationale Gesetzgeber es bisher versäumt, Schäden, die dem Verbraucher aus der fehlenden Belehrung entstehen, effizient zu sanktionieren. Diese Lücke muss durch eine richtlinienkonforme Auslegung des sonstigen staatlichen Rechts, d.h. durch richterliche Umsetzung der Richtlinie, geschlossen werden.

Diese Konstruktion dürfte auch auf das Verbot der unmittelbaren horizontalen Drittwirkung der Richtlinie zurückzuführen sein. Hätte der EuGH die Widerruffolgen des deutschen Rechts insgesamt für richtlinienwidrig erklärt, hätte er die Richtlinie selbst anwenden müssen. Der Umweg über die Belehrungsobliegenheit des Art. 4 vermeidet diese unmittelbare Drittwirkung und greift auf die im Urteil zuvor abstrakt diskutierte Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung zurück. Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass der EuGH an der zuvor gefundenen Abgrenzung von gemeinschaftsrechtlicher (Art. 5 Abs. 2) und nationaler Zuständigkeit (Art. 7) im Bereich der Haustürgeschäfterichtlinie festhalten will und die grundsätzlich den Mitgliedstaaten zugewiesene Kompetenz, über die Rechtsfolgen des Widerrufs zu entscheiden, nicht in Frage stellt. Diese klare Ansage hat man in Deutschland über die Aufregung der „Heininger“-Rechtsprechung nahezu übersehen.¹²² Dabei lässt sich nicht leugnen, dass die Zuständigkeiten jedenfalls abstrakt durchaus klar abzugrenzen sind: Über die Rechtsfolgen des Widerrufs entscheidet nach Art. 7 Richtlinie 85/577/EWG das innerstaatliche Recht. Nach Art. 5 Abs. 2 kontrolliert der EuGH aber die Effektivität des erreichten Verbraucherschutzes, d.h. die Entlassung des Verbrauchers aus den aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenen Verpflichtungen.¹²³ Diese Kontrollfunktion ist ihrerseits durch die Vorgabe begrenzt, dass die Richtlinie nicht unmittelbar zwischen Privaten Anwendung finden darf.¹²⁴ Die dadurch entstehende Rechtslücke wird durch die den mitgliedstaatlichen Gerichten auferlegte Verpflichtung, auch das übrige nationale Recht nach Möglichkeit richtlinienkonform auszulegen, geschlossen.

¹²² Diese betrifft die weitere Folgerung des EuGH aus Art. 4, vgl. EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215, Rdnr. 103 a.E.

¹²³ Dies ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 EG, vgl. dazu Schlussanträge GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-229/04, *Crailsheimer Volksbank*, Slg. 2005, I-9273, Rdnr. 40: „Nach Artikel 10 Absatz 1 EG treffen die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus dem EG-Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Europäischen Gemeinschaft ergeben. Zu diesen Handlungen gehören die Richtlinien, die nach Artikel 249 Absatz 3 EG für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet werden, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind. Diese Verpflichtung impliziert für jeden Mitgliedstaat, an den eine Richtlinie gerichtet ist, die Verpflichtung, im Rahmen seiner nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die volle Wirksamkeit der betreffenden Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.“

¹²⁴ Zweifelnd zu den Rechtsfolgen *Hammen*, (Fn. 54), S. 235, Fn. 16.

2. Anwendung der Rechtsprechung „Schulte“ auf den Sachverhalt des Vorlagebeschlusses

Es liegt nahe, die in der Sache *Schulte* vorgenommene Auslegung der Richtlinie auch für das hier zu diskutierende Vorlageverfahren fruchtbar zu machen. Damit könnten durchaus Zweifel an dem *prima facie* eindeutigen Ergebnis entstehen, nach dem die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft gegen Art. 5 Abs. 2 verstossen. Man könnte nämlich argumentieren, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft schlössen den Widerruf des Haustürgeschäfts nicht generell aus, sondern modifizierten lediglich die nach § 1 HWiG eintretende Nichtigkeitsfolge, deren Ausgestaltung nach Art. 7 ohnehin dem nationalen Gesetzgeber überlassen sei.¹²⁵ Allerdings müssen derartige Rückabwicklungsvorschriften den in Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 85/577/EWG angeordneten Verbraucherschutz gewährleisten und den Verbraucher „aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenen Verpflichtungen“ entlassen, was durch die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in der Regel vereitelt wird. Dies ergibt sich weniger daraus, dass – wie der BGH meint¹²⁶ – die Rückabwicklung grundsätzlich den früheren Zustand wiederzustellen hat, als schon aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2.¹²⁷ Die dort angeordnete Freistellung des Verbrauchers von allen Verpflichtungen des widerufenen Geschäfts soll, wie der EuGH bereits in der Rechtssache *Travel-Vac* klar gestellt hat, den Schutzzweck der Richtlinie garantieren.¹²⁸ Auch das Verbot der horizontalen Wirkung der Richtlinie widerspricht der Lösung im vorliegenden Fall anders als in der Sache *Schulte* nicht: Sind die Regeln über die fehlerhafte

¹²⁵ So auch die Kommission in EuGH, Rs. C-412/06, *Hamilton*, Rdnr. 22, noch nicht in amtlicher Slg.: „dass zwar die Frage des Widerrufs eines Realkreditvertrags in den Anwendungsbereich der Richtlinie über Haustürgeschäfte falle, dass sich die Folgen dieses Widerrufs aber nach dem nationalen Recht richten, das allerdings so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie ausgelegt werden müsse.“

¹²⁶ „In der Rechtssache C-350/03 hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt, dass es nach Art. 7 der Richtlinie Sache der Mitgliedstaaten ist, die Rechtsfolgen des Widerrufs zu regeln, dass diese Befugnis aber unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Vorschriften der Richtlinie 85/577/EWG ausgeübt werden muss, [...]. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie dahin zu verstehen ist, dass der Wegfall der Verpflichtungen des Verbrauchers sowohl für ihn als auch für seinen Vertragspartner eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bedeutet. [...] Eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands erfolgt bei Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt [...] nicht.“

¹²⁷ Die Deutung der Sache *Schulte* durch den BGH übersieht, dass der EuGH die „Wiederherstellung“ des ursprünglichen Zustands vor allem deshalb betont hat, um den von den Klägern erhobenen Vorwurf abzuwehren. Sie hatten nämlich vorgetragen, die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta nach Widerruf sowie die nach nationalem Recht vorgesehene Verzinsungspflicht verstießen gegen die Richtlinie, vgl. EuGH, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215, Rdnrs. 82-92. Noch anders, nämlich als Problem der Konkretisierung der RL 85/577/EWG deutet *Wagner*, (Fn. 55), S. 449 die Vorlage.

¹²⁸ EuGH, Rs. C-423/97, *Travel Vac*, Slg. 1999, I-2195, Rdnrs. 58-60.

Gesellschaft nämlich richtlinienwidrig, kommen die regulären Rechtsfolgen des Widerrufs, d.h. §§ 1 Abs. 1, 3 HWiG, zur Anwendung. Anstelle einer direkten Anwendung der Richtlinie tritt somit das für ihre Umsetzung geschaffene Gesetzesrecht.¹²⁹ Als Ergebnis der oben aufgeworfenen Frage ist damit festzuhalten, dass die vom EuGH bisher umrissene Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft im Anwendungsbereich der Haustürgeschäftsrichtlinie den EuGH nicht daran hindert, die Richtlinienwidrigkeit der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft festzustellen.

3. Berücksichtigung von Drittinteressen über Art. 4 Richtlinie 85/577/EWG

Allerdings kann auch der EuGH die Entscheidung über die Richtlinienwidrigkeit einer nationalen Norm oder Rechtsprechung nicht „im leeren Raum“ treffen. Wie die bisherige Praxis zeigt, ist er vielmehr bemüht, die jeweiligen Tatsachen, über die das vorlegende Gericht zu entscheiden hatte, mit zu berücksichtigen und seine formal abstrakten Ausführungen *de facto* auf den Sachverhalt zuzuschneiden.¹³⁰ Daher ist es zu erwarten, dass der EuGH sich nicht darauf beschränken wird, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft auf den Widerruf nach der Haustürgeschäftsrichtlinie für richtlinienwidrig zu erklären. Vielmehr wird er zu dem Argument des Bundesgerichtshofes, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft sorgten für einen gleichmäßigen Verbraucherschutz, Stellung beziehen müssen. Als Anknüpfungspunkt für derartige Überlegungen bietet sich, wie schon in der Sache *Schulte*, Art. 4 Richtlinie 85/577/EWG an, d.h. die notwendige Belehrung über das Widerrufsrecht. Der EuGH hat die Effektivität der Belehrungsobligie dadurch gesichert, dass er den Mitgliedstaaten auferlegt hat, bei fehlender Belehrung entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um Schaden vom Verbraucher abzuwenden.¹³¹ Auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 4 sind dabei grundsätzlich zwei Lösungswege denkbar. Ein Schadenersatzanspruch könnte entweder darauf gestützt werden, dass die fehlende Belehrung eine rechtzeitige Ausübung des Widerrufs verhindert hat, steht dann also den Gesellschaftern zu, die den Widerruf nicht (rechtzeitig) erklärt haben und sich somit gegenüber den früher Widerrufenden im Nachteil sehen, weil das verbleibende Gesellschaftsvermögen nicht mehr wertträchtig war. Theoretisch ebenfalls denkbar wäre es, dem widerriefenden Gesellschafter einen Schadenersatzanspruch auf der Grundlage zuzugesten, dass sein Widerruf aufgrund der Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft nicht länger effektiv war, d.h. lediglich ein nachträgliches

¹²⁹ Insoweit zutreffend auch *Hammen*, (Fn. 54), S. 235, der von einer „Rückausnahme“ spricht.

¹³⁰ Der EuGH verlangt von den nationalen Gerichten, das tatsächliche und rechtliche Umfeld zu schildern, aus dem sich das Vorabentscheidungsersuchen ergibt, vgl. Nachweise bei *Röthel*, (Fn. 108), S. 393, Fn. 324; zudem EuGH, Rs. C-144/05, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981.

¹³¹ Vgl. ausführlich dazu unter C.

Ausscheiden aus der Gesellschaft ermöglicht hat. Die letzte Möglichkeit besteht allerdings nur, wenn die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft – entgegen der hier vertretenen Lösung – überhaupt noch Anwendung finden können, d.h. wenn sie nicht als richtlinienwidriges Recht vollständig aus dem Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte herauszuhalten sind.¹³² Einen Versuch, dieser Konsequenz zu entkommen, unternimmt das OLG Stuttgart, wenn es die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft beim Haustürgeschäft aus Art. 4 Richtlinie 85/577/EWG rechtfertigt: „Der europäische Gerichtshof hat allerdings aus Art. 4 der Haustürgeschäfterrichtlinie die Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet, dafür zu sorgen, dass ihre nationalen Rechtsvorschriften nicht den ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrten Verbraucher vor den Folgen der sich hieraus ergebenden Risiken schützen [...]. Die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf den Widerruf des Beitritts eines Verbrauchers zu einer Publikumsgesellschaft steht im Einklang mit Art. 4 der Haustürgeschäfterrichtlinie. Bei einer [...] in Vollzug gesetzten Gesellschaft ist sicherzustellen, dass die Mitgesellschafter des das Widerrufsrecht ausübenden Gesellschafters nicht schlechter als dieser selbst gestellt werden.“¹³³

Der vom OLG Stuttgart in Anspruch genommene Gleichlauf von Art. 4 Richtlinie 85/577/EWG und den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ist aber nur scheinbar. Das Gericht übersieht, dass seine Auslegung der Richtlinie zu einer gegen Art. 5 Abs. 2 verstößenden Belastung eines anderen Verbrauchers führt. Auch dieser Lösung ist daher entgegenzuhalten, dass der (europäische) Gesetzgeber den Konflikt zwischen mehreren Widerrufsberechtigten nicht geregelt hat und jedenfalls erkennbar nicht derart regeln wollte,¹³⁴ dass die fehlende Belehrung eines Verbrauchers zu Lasten der anderen Verbraucher gehen sollte. Vielmehr soll das Fehlen der Belehrung im Verhältnis Verbraucher-Unternehmer sanktioniert werden.

Damit ist als Ergebnis festzuhalten, dass die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft nach dem Widerruf eines Haustürgeschäfts nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH gegen Art. 5 Abs. 2 verstößt. Gemeinschaftsrechtlich sind die Belange der anderen widerrufsberechtigten Gesellschafter, die der BGH als Grund für die Anwendung dieser Regeln angeführt hat, allenfalls über einen Schadenersatzanspruch zu befriedigen. Der Schutz der Interessen anderer am Fonds beteiligter Verbraucher, die der BGH im Vorlagebeschluss ins Zentrum seiner Überlegungen gestellt hat, erlaubt es mithin nicht, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft als richtlinienkonform anzusehen. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht daher weder nach deutschem noch nach europäischem Recht

¹³² Zum Parallelproblem bei richtlinienwidrigem Gesetzesrecht vgl. *Herresthal*, (Fn. 119), S. 82 f., der zu recht eine restriktive Linie vertritt.

¹³³ OLG Stuttgart v. 2.4.2007, Az. 6 U 226/06, Rdnr. 32.

¹³⁴ Vgl. unter B.IV.4.

Anlass dafür, die Rechtsfolgen des Widerrufs durch die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft zu modifizieren.

Da der Vorlagebeschluss vom 5. Mai 2008 von einer abweichenden deutschen Rechtslage ausgeht, bleibt im Folgenden zu untersuchen, wie das zu erwartende Urteil des EuGH im nationalen Recht umzusetzen wäre, wie also die – folgt man dem BGH – unterschiedlichen nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Rückabwicklung des Fondsbeitritts in Einklang zu bringen wären.

II. Richtlinienkonforme Auslegung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft

Grundlage der richtlinienkonformen Auslegung ist das Umsetzungsgebot des Art. 249 Abs. 3 EG, das nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Pflicht der Gerichte begründet, die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien zu beachten und im Rahmen ihrer Kompetenzen umzusetzen.¹³⁵ Hinsichtlich der hier in Frage stehenden Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ist behauptet worden, ihre Anpassung an die Haustürgeschäfterichtlinie sei „ohne weiteres möglich, weil die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft seit jeher Ausnahmen zugänglich sind, wenn höherrangige Prinzipien, etwa der Minderjährigenschutz, die Absicherung gesetzlicher Verbote, dann aber auch, [...] das europäische Recht dies gebietet“.¹³⁶ Dieser Einschätzung ist indes nur zuzustimmen, wenn man die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft – anders als der BGH in seinem Vorlagebeschluss – nicht selbst als verbraucherschützend ansieht. Teilt man nämlich die Meinung des BGH, nach dem die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft selbst verbraucherschützende Wirkung haben, ergibt sich ein Konflikt zwischen den Zielvorgaben des deutschen Richterrechts und dem Gemeinschaftsrecht, der nicht einfach durch den Ausnahmetatbestand, dessen Anwendung der BGH explizit verweigert hat,¹³⁷ zu lösen ist. Es lohnt sich, die Schwierigkeiten, die die damit notwendige richtlinienkonforme Auslegung von Richterrecht allgemein mit sich bringt, wenigstens kurz zu skizzieren.

1. Spezifische Grenzen des Richterrechts im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung?

So stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage, ob nicht die Rechtsnatur des Richterrechts eine eigenständige Grenze der richtlinienkonformen Auslegung bildet. Die besondere Rechtsnatur judikativer Regeln ist bisher vor allem im Zusam-

¹³⁵ Vgl. nur *Herresthal*, (Fn. 119), S. 85-87.

¹³⁶ *Hammen*, (Fn. 54), S. 235 m.w.N.

¹³⁷ Vgl. ausführlich unter B.IV.1

menhang mit der richterlichen Umsetzung von Richtlinien behandelt worden.¹³⁸ So arbeitet etwa *Herrmann* einen „methodologischen Widerspruch zwischen generalklausel-konkretisierendem Richterrecht und Richtlinienkonformität“ heraus, den er darin sieht, dass das „Postulat der Richtlinienkonformität“ dem Richter die Spielräume nimmt, die ihm die Generalklausel der Rechtsprechung bietet.¹³⁹ Schreibe die Richtlinie ein bestimmtes Ergebnis vor, so könne die typische Funktion des Richterrechts verloren gehen, sich der Lösung tastend durch eine Reihe von Urteilen anzunähern.¹⁴⁰ Die Gefahr, die *Herrmann* damit herauftreten sieht, lautet: „Die Generalklausel wandelt sich zur schlichten Verweisungsnorm“.¹⁴¹ Diese Gefahr ist auch bei einer richtlinienkonformen Auslegung von Richterrecht nicht von der Hand zu weisen, wenn die Richtlinie nur ein Ergebnis zulässt und so die meist generalklauselartige richterrechtliche *ratio decidendi* auf eine Entscheidungsalternative beschränkt.

Dass diese Gefahr nicht überschätzt werden darf, hat indes *Röthel* gezeigt, die – ebenfalls für den Bereich der Generalklausel – die Verteilung der Konkretisierungskompetenzen zwischen EuGH und nationalen Instanzen untersucht hat.¹⁴² Sie exemplifiziert anhand der Klausurrichtlinie, dass die Feinabstimmung zwischen Richtlinie und Generalklausel nicht allein in den Händen des EuGH liegt. Dabei beschreibt sie die Konkretisierung als Prozess, der durch das Vorlageverfahren vorausgesetzt und an dem mitgliedstaatliche Richter und EuGH gleichermaßen beteiligt sind.¹⁴³ Diese differenzierte Ansicht dürfte auch für die beiderseitigen Konkretisierungsbefugnisse im Rahmen der Haustürgeschäfterichtlinie gelten. Wie oben gezeigt, überlässt der EuGH grundsätzlich den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung der Widerrufsfolgen, überwacht aber deren Effektivität.¹⁴⁴ Besteht somit grundsätzlich ein Spielraum der nationalen Gerichte, ist nur noch zu prüfen, ob dieser im Einzelfall durch die vom EuGH formulierten Vorgaben tatsächlich so weit eingeschränkt ist, dass nicht mehr von der für das Richterrecht typischen Rechtsfindung gesprochen werden kann. Dass diese Grenze selbst dann, wenn man dem Vorlagebeschluss des BGH folgt, noch nicht erreicht sein dürfte, zeigt ein

¹³⁸ *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003. Zu unrecht verneint *Ehrcke*, (Fn. 8), S. 1030 aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht die Möglichkeit, Richtlinien durch Rechtsprechung „umzusetzen“. Das an die mitgliedstaatlichen Gerichte adressierte Gebot richtlinienkonformer „Auslegung“ umfasst gerade auch die Pflicht zu richtlinienkonformer Rechtsbildung, vgl. *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007, S. 49 f. Richtig *Röthel*, (Fn. 108), S. 346, die nur die „isolierte“ judikative Umsetzung als gemeinschaftsrechtlich unzulässig ansieht.

¹³⁹ *Herrmann*, (Fn. 138), S. 246 f.

¹⁴⁰ Ibid., S. 247.

¹⁴¹ Ibid., S. 251.

¹⁴² *Röthel*, (Fn. 108), S. 353-373.

¹⁴³ Ibid., S. 364 f. m.w.N.

¹⁴⁴ Vgl. zur „Schulte“-Rechtsprechung unter C.I.2.

Blick auf die (mögliche) Konstruktion der richtlinienkonformen Auslegung der richterrechtlichen Regel.

2. Die Richtlinie als „wichtiger Belang der Allgemeinheit“?

Der BGH hat sich mit der Annahme, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft seien selbst verbraucherschützend, den Weg versperrt, die Zwecke der Haustürgeschäfte-Richtlinie über die Ausnahmeklausel zugunsten besonders schützenswerter Personen (Minderjährige und Verbraucher) zu erreichen.¹⁴⁵ Damit bleibt, folgt man seiner Lösung, allein die Möglichkeit, die Richtlinie als „gewichtigen Belang der Allgemeinheit“ zu berücksichtigen,¹⁴⁶ der unter Umständen eine Abweichung von der regelmäßigen Aufrechterhaltung des gesellschaftsrechtlichen Verbandes erlaubt. Dass diese Differenzierung ernst zu nehmen ist und insbesondere die Behauptung des Vorlagebeschlusses, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft hätten selbst verbraucherschützenden Charakter, nicht einfach durch den Verweis auf höherrangiges Recht beiseitegeschoben werden darf, ergibt sich aus den anerkannten Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung. Diese sind zwar für die Auslegung von Gesetzesrecht formuliert, sollten aber – soweit keine Besonderheiten des Richterrechts entgegenstehen – sinngemäß auf die richtlinienkonforme Auslegung von Richterrecht übertragen werden. So ist anerkannt, dass die richtlinienkonforme Auslegung des Gesetzes – schon aufgrund des Verbots der unmittelbaren horizontalen Richtlinienwirkung – nicht zu Rechtsfolgen führen darf, die das nationale Recht nicht kennt. Ebensowenig darf sie Rechtsfolgen an Tatbestände knüpfen, für die das nationale Recht diese nicht vorsieht.¹⁴⁷ Zwar ist die vor allem früher vertreten Meinung abzulehnen, die die richtlinienkonforme Auslegung auf das nach rein innerstaatlicher Auslegung Zulässige beschränken wollte – wie vor allem *Hommelhoff* gezeigt hat, ist vielmehr bereits die Auslegung nach den vier Kanones durch die Richtlinie modifiziert.¹⁴⁸ Dennoch besteht im Ergebnis zu recht Einigkeit darüber, dass die richtlinienkonforme Auslegung die innerstaatliche Norm nicht vollständig „umpolen“ darf.¹⁴⁹ Auf die richtlinien-

¹⁴⁵ Vgl. dazu unter B.IV.2.-4.

¹⁴⁶ Vgl. BGH v. 29.6.1970, Az. II ZR 158/69, BGHZ 55, 8. Weitere Nachweise bei *Happ*, (Fn. 28), Rdnr. 5 f. Gegen derartige Ausnahmen aber *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2005, S. 78 f., Rdnr. 162 m.w.N.

¹⁴⁷ Einzelheiten bei *Röthel*, (Fn. 108), S. 417-419; *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Fs. Bydlinski, 2002, S. 97. Weitergehend *Hergenröder*, (Fn. 40), S. 1147 f. und 1154 f. m.w.N.

¹⁴⁸ *Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), S. 71; dies ergibt sich aus dem gemeinschaftsrechtlichen Charakter des Gebots richtlinienkonformer Auslegung, vgl. zuletzt *Heiderhoff*, (Fn. 138), S. 53 f. m.w.N.

¹⁴⁹ Einzelheiten vor allem bei *Canaris*, (Fn. 147), S. 92 f.; zustimmend *Roth*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2006, S. 330 f., Rdnr. 53 f.

konforme Auslegung von Richterrecht übertragen, bedeutet dieses Verbot, dass die Richtlinie den Richter nicht zu einer Rechtsfolge zwingen darf, die die Rechtsprechung bisher nicht kannte oder – wie hier! – sogar explizit abgelehnt hat.¹⁵⁰ Nimmt man diese Schranke ernst und sieht in dem Vorlagebeschluss eine ausreichende Grundlage für eine entsprechende Fortbildung der Regeln über die fehlerhaften Gesellschaft,¹⁵¹ so bedarf es der näheren Begründung, ob der angeblich erreichte kollektive Anlegerschutz im Einzelfall hinter dem individuellen, von der Richtlinie vorgegebenen Schutz des Widerrufsberechtigten zurückstehen muss. Aufgrund des offenen Widerspruchs zwischen nationalem Richterrecht (BGH) und Richtlinie bleibt dem Gericht, das die Vorgaben des Vorlageverfahrens umzusetzen hat, im Ergebnis ein Entscheidungsspielraum, so dass schon deshalb von einer eigenständigen richterrechtlichen Lösung zu sprechen ist. Entsprechend den Vorgaben des Vorlagebeschlusses ist beispielsweise zu untersuchen, ob im zu entscheidenden Fall tatsächlich andere Anleger betroffen sind, deren Interessen die Einschränkung der Widerrufsfolgen durch das Institut der fehlerhaften Gesellschaft rechtfertigen könnten. Daher dürfte die vom EuGH zu erwartende Feststellung der Richtlinienwidrigkeit der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in diesem Fall keinen unzulässigen Eingriff in die Entscheidungshoheit der nationalen deutschen Gerichte bedeuten.

Umgekehrt ist aber erneut zu betonen, dass die nationalen Gerichte auch bei der Fortbildung von Richterrecht mithilfe des Gemeinschaftsrechts die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers zu achten haben. Dieses elementare rechtsstaatliche Gebot hat der BGH mit seiner Entscheidung, den Schutz des Verbrauchers durch das HWiG bzw. das BGB nicht als Ausnahmetatbestand der fehlerhaften Gesellschaft zuzulassen, verletzt. Wie gezeigt, hat das höchste deutsche Zivilgericht sich nicht einmal die Mühe gemacht, die gesetzgeberische Intention bei Schaffung des Widerrufsrechts für Haustürgeschäfte zu untersuchen und mit dem Richterrecht der fehlerhaften Gesellschaft in Einklang zu bringen.¹⁵²

3. Nichtanwendung als mildereres Mittel

Diese Beobachtung wirft die Frage auf, ob nicht ausnahmsweise die Nichtanwendung des nationalen (Richter-)Rechts der einfachere Weg wäre, um die Richtlinienkonformität der deutschen Widerrufsfolgen herzustellen. Verzichtet man nämlich auf die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft, kommt im vorliegenden Fall die gesetzliche Regelung des HWiG über die Rückabwicklung des Vertrags nach Wider-

¹⁵⁰ Vgl. zum entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers ausführlich *Langenbucher*, in: dies., Europa-rechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1, Rdnr. 94 f. m.w.N.

¹⁵¹ Zur widersprüchlichen Rechtsprechung und zur Diskussion in der Literatur vgl. bereits unter B.IV.1.

¹⁵² Vgl. unter B.IV.2.-4.

ruf zur Anwendung, deren Richtlinienkonformität jedenfalls insoweit keine Schwierigkeiten bereitet.¹⁵³ Aufgrund der besonderen Konstellation – das richtlinienwidrige Richterrecht ersetzt ein richtlinienkonformes Gesetzesrecht – steht dieser Lösung auch nicht das Verbot der unmittelbaren Drittewirkung der Richtlinie entgegen, denn bei Nichtanwendung der richterrechtlichen Regeln zur fehlerhaften Gesellschaft kommt nicht die Richtlinie, sondern das vom Gericht derozierte Gesetz selbst zur Anwendung.¹⁵⁴ Obwohl die richtlinienkonforme Auslegung meist das mildere und daher vorzugswürdige Mittel gegenüber der Nichtanwendung des innerstaatlichen Rechts ist,¹⁵⁵ schont in diesem Fall der vollständige Verzicht auf die richterrechtliche Regel den nationalen Gesetzgeber mehr als jede richtlinienkonforme Auslegung. Daher ist – wie in anderen Fällen auch¹⁵⁶ – die im Gesetz nicht vorgegebene Konstruktion der Rechtsprechung, soweit sie der Richtlinie widerspricht, aufzugeben.

D. Ergebnisse

Die erzielten Ergebnisse lassen sich in folgenden Thesen zusammenfassen:

1. Das Recht der Haustürgeschäfte und das Gesellschaftsrecht sind nicht aufeinander abgestimmt; aufgrund der Anlagepraxis, die geschlossene Immobilienfonds in Form der GbR organisiert, sind Zielkonflikte zwischen Verbraucherschutz und gesellschaftsrechtlichen Prinzipien daher unvermeidlich.¹⁵⁷
2. Trotz einiger Schwierigkeiten bei der Subsumtion des Gesellschaftsbeitritts unter § 1 HWiG bzw. § 312 BGB ist dem BGH recht zu geben, dass der Beitritt zum geschlossenen Immobilienfonds dem Recht der Haustürgeschäfte unterfällt.

¹⁵³ Vgl. unter C.I.1.

¹⁵⁴ Vgl. unter C.I.2.

¹⁵⁵ Zu den Entscheidungsgrenzen vgl. vor allem *Hergenröder*, (Fn. 40), S. 1139-1160. Zuletzt EuGH, Rs. C-144/05, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Leitsatz: „Es obliegt dem nationalen Gericht [...] im Rahmen seiner Zuständigkeiten, den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt“.

¹⁵⁶ Beispiele zur Korrekturwirkung der richtlinienkonformen Auslegung gerade im Recht der Haustürgeschäfte bei *Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung im deutschen und französischen Zivilrecht, 2007, S. 67-74 m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. nur *Hueck/Windbichler*, (Fn. 10), S. 180 m.w.N. zu Abschreibungsgesellschaften: „Gesellschaftsrechtlich sind solche Gebilde bedenklich, da der im Aktien- und Kapitalmarktrecht entwickelte Anlegerschutz im Personengesellschaftsrecht fehlt, dessen Funktionsprinzipien nicht auf eine Vielzahl von Gesellschaftern zugeschnitten sind.“

3. Übt der dem Fonds beitretende Verbraucher sein Widerrufsrecht nach § 1 HWiG bzw. § 312 BGB aus, stehen zwei sich widersprechende Rechtsfolgen gegenüber: die vollständige Rückabwicklung der Vertragsbeziehung nach Haustürrecht einerseits, die Beibehaltung der in Vollzug gesetzten Gesellschaft andererseits. Indem der zweite Zivilsenat den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft verbraucherschützende Wirkung zuspricht, löst er den Normwiderspruch voreilig zugunsten des Gesellschaftsrechts.
4. Die Lösung der Kollisionsproblematik setzt die weitergehende Offenlegung der in Frage stehenden Interessen und Wertungen voraus. Dabei ist die Frage der Dritt-wirkung von Widerrufsrechten von der Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft zunächst getrennt zu betrachten.
5. Eine gesetzeskonforme Abwägung zwischen der gesetzgeberischen Intention des HWiG und den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft muss nach allgemeinen Regeln zum Vorrang des Verbraucherschutzes führen. Eine Vorlage an den EuGH ist daher nach innerstaatlichem Recht unnötig.
6. Entscheidet der EuGH dennoch über die Vorlage, hat er nicht nur die allgemeinen Grenzen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG, sondern auch die kompetenziellen Grenzen der Richtlinie 85/577/EWG zu berücksichtigen. Die genauere Analyse der Rechtsprechung *Schulte* zeigt, dass der EuGH die Entscheidungskompetenz über die Widerrufsfolgen grundsätzlich den Mitgliedstaaten zuweist. Der EuGH wacht aber darüber, dass der Widerrufsberechtigte entsprechend Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 85/577/EWG von den vertraglichen Verpflichtungen befreit wird.
7. Die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft dürften einen Fall darstellen, in dem die Kontrollbefugnis des EuGH eröffnet ist, da sie gerade die Rückwirkung des Widerrufs entgegen Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 85/577/EWG beschränken.
8. Der vom BGH angeführte kollektive Verbraucherschutz hat nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH keine Entsprechung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene. Auch der an den Verstoß gegen die Belehrungspflicht angeknüpfte Schadenersatz nach Art. 4 der Richtlinie erlaubt keine abweichende Entscheidung.
9. Sofern der EuGH – wie zu erwarten ist – zu dem Ergebnis kommt, dass die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft richtlinienwidrig sind, bedarf es der richtlinienkonformen Auslegung dieses Rechtsinstituts. Seine richterrechtliche Natur schließt entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht nicht per se die richtlinienkonforme Auslegung aus, da den nationalen Gerichten ein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt.
10. Anstelle der schwierigen Abwägungsfragen, die der zu erwartende Widerspruch zwischen nationalem Richterrecht und gemeinschaftsrechtlicher Richtlinie auszulösen droht, ist die Nichtanwendung des gesetzesderogierenden Richterrechts der einfachste Weg und das mildeste Mittel, um den Zweck der Richtlinie zu erreichen.

E. Fazit

Wie immer die Entscheidung des EuGH auf den Vorlagebeschluss des zweiten Zivilsenats hin ausfallen wird, wird sie das Recht der Haustürgeschäfte um eine weitere Facette bereichern und die Komplexität dieses Rechtsgebiets erneut steigern. Schon aus diesem Grund ist das frühestens für 2010 zu erwartende Urteil kritisch zu begleiten. Wegweisend wird es auch in kompetenzrechtlicher Hinsicht sein. Der EuGH wird sich entscheiden müssen, ob er die restriktiven Ansätze der „Schulte“-Rechtsprechung ausbaut und so die Verantwortung der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Anwendung richtlinieninduzierten Rechts stärkt oder erneut seine Kontrollbefugnisse über den Verbraucherschutz in den Mitgliedstaaten betont. Eine interessengerechte Abstimmung zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht setzt allerdings vor allem voraus, dass die nationalen Gerichte ihrerseits genauer über die Voraussetzungen einer Vorlage nachdenken. Abzulehnen ist jedenfalls eine Vorlagepraxis, die vor allem dazu dient, sich durch die Flucht in das gemeinschaftsrechtliche Argument eine genauere Analyse des eigenen Rechts zu ersparen.¹⁵⁸ Dies verbietet sich weniger wegen der wachsenden Arbeitsbelastung des EuGH als aus Respekt vor dem eigenen Gesetzgeber: Bevor nicht feststeht, dass eine richterliche Rechtsfortbildung mit der Teleologie eines Gesetzes vereinbar ist, besteht kein Bedürfnis, nach der Vereinbarkeit von Richterrecht und Richtlinie zu fragen. Gerade wegen der zunehmenden Entmachtung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers im Rahmen der europäischen Rechtsangleichung durch Richtlinien ist zu hoffen, dass diese methodische Grundregel nicht in Vergessenheit gerät.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Zum Autoritätsargument („Erschleichen von Autorität“) statt eigener Auseinandersetzung als Topos verdeckter Rechtsfortbildung vgl. zuletzt *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 305-312.

¹⁵⁹ Vgl. zum Parallelproblem der Grundrechte im Privatrecht zuletzt *Simon*, ‚Grundrechtstotalitarismus‘ oder ‚Selbstbehauptung des Zivilrechts‘, AcP 204 (2004), bes. S. 265, der ebenfalls eine Tendenz konstatiert, statt einfachrechtlicher Begründung auf verfassungsrechtliche Argumentationsmuster zurückzugreifen. Zur Kritik der Deduktion aus „überpositivem Recht“, vgl. vor allem *Rüthers*, (Fn. 119), S. 449 f.; alarmiert *ders.*, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, S. 2759.