



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 266/07

Verkündet am:
23. September 2008
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HWiG § 1 Abs. 1 (in der Fassung vom 16. Januar 1986)

Die von dem Vermittler einer kreditfinanzierten Kapitalanlage geschaffene Haustürsituation ist der finanzierenden Bank nicht zuzurechnen, da der Vermittler nicht im Namen und für Rechnung der Bank gehandelt hat, wenn diese in den Vertrieb der Kapitalanlage nicht eingebunden war, sondern als Hausbank des Verbrauchers auf dessen Wunsch um die Finanzierung gebeten worden ist.

BGH, Urteil vom 23. September 2008 - XI ZR 266/07 - OLG Karlsruhe
LG Offenburg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. September 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Nobbe und die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Ellenberger, und Maihold

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe in Freiburg vom 20. April 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit und die Rückabwicklung von Darlehen zur Finanzierung einer Fondsbeteiligung.
- 2 Der Kläger wurde Anfang November 1993 von dem Vermögensberater B. (im Folgenden: Anlagevermittler) geworben, der G. GbR Immobilienfonds ... D. mit einer Einlage von 40.000 DM beizutreten. Der ihm vorgelegte Prospekt war in wesentlichen Teilen unrichtig und unvollständig.
- 3 Die Finanzierung der Beteiligung sollte zunächst durch die in den Vertrieb dieses Fonds eingebundene Sparkasse Z. erfolgen, geschah dann jedoch durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte), die „Hausbank“ des Klägers. Ob die Einschaltung der Beklagten auf Veranlassung des Klägers erfolgte, ist streitig. Der Anlagevermittler richtete am 10. November 1993 eine Finanzierungsanfrage an die Beklagte, in der er die Einkommensverhältnisse des Klägers, die Fondsanlage und den sich daraus ergebenden Finanzierungsbedarf darstellte. Am 23. November 1993 unterzeichnete der Kläger im Büro des Anlagevermittlers die Beitrittserklärung zu dem Fonds und sodann in den Geschäftsräumen der Beklagten, mit der der Anlagevermittler diesen Termin vereinbart hatte, einen Vertrag über ein tilgungsfreies am 30. November 1998 fälliges Darlehen über 47.191 DM. Der Darlehensvertrag, der keine Gesamtbetragsangabe enthält, sah die Möglichkeit einer Verlängerung vor, wenn eine Tilgungsvereinbarung getroffen werde. Als Sicherheit für das endfällige Darlehen trat der Kläger der Beklagten vereinbarungsgemäß die Fondsanteile ab.

4 Am 6. November 1998 schlossen die Parteien einen neuen Vertrag über einen ungesicherten Tilgungskredit mit geänderten Zinskonditionen, dessen Darlehensvaluta von 47.500 DM zur Ablösung des alten Kredits diente. Die ihr abgetretenen Fondsanteile gab die Beklagte frei.

5 Der Kläger widerrief am 9. August 2004 beide Darlehensverträge nach dem Haustürwiderrufgesetz, da er zur Aufnahme des der Finanzierung der Fondsanlage dienenden Darlehens in einer Haustürsituation bestimmt worden sei. Er begehrt die Feststellung, dass er auf den noch bestehenden Darlehensvertrag keine weiteren Zahlungen zu erbringen habe, und unter Berücksichtigung erhaltener Mietausschüttungen die Rückzahlung auf dieses Darlehen geleisteter 18.110 € zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung seiner Ansprüche aus der Fondsbeteiligung sowie etwaiger Forderungen gegen weitere, an Gründung und Vertrieb des Fonds Beteiligte.

6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet.

9 Der Kläger sei nicht berechtigt, den im November 1993 geschlossenen Darlehensvertrag zu widerrufen, weil eine Haustürsituation der Beklagten nicht zugerechnet werden könne. Zwar verlange § 1 HWiG nach der neueren Rechtsprechung nur objektiv eine Haustürsituation, nicht aber eine entsprechende Kenntnis der finanzierenden Bank davon. Im vorliegenden Fall sei jedoch der Vermittler weder im Namen noch für Rechnung der Beklagten, die mit dem Fonds nichts zu tun habe, an den Kläger herantreten. Aus ihrer Sicht sei der Darlehensvertrag vielmehr allein auf Initiative des Klägers zustande gekommen, da der Anlagevermittler ausschließlich als dessen Vertreter verhandelt habe. Der Vertrag sei schließlich von dem Kläger persönlich in den Räumen der Bank geschlossen worden.

10 Die Beklagte hafte auch nicht wegen einer Verletzung von Aufklärungspflichten, da weder ein verbundenes Geschäft vorliege noch die Beklagte in institutionalisierter Weise mit Fondsinitiatoren oder Gründungsgesellschaftern zusammengewirkt habe.

II.

11 Die Ausführungen des Berufungsurteils halten rechtlicher Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

12 1. Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten aus einem eigenen vorvertraglichen Aufklärungsverschulden wegen eines vermuteten Wissensvorsprungs über eine evident arglistige Täuschung des Klägers durch den Fondsprospekt abgelehnt hat. Eine solche Haftung käme nur in Betracht, wenn die Beklagte mit Initiatoren, Gründungsgesellschaftern oder Prospektverantwortlichen des in Rede stehenden Fonds in institutionalisierter Art und Weise zusammengewirkt hätte (BGHZ 168, 1, 22 ff. Tz. 50 ff.; 169, 109, 115 Tz. 23; Senatsurteile vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 205/05, WM 2007, 114, 115 Tz. 17 f., vom 5. Dezember 2006 - XI ZR 341/05, ZIP 2007, 414, 418 Tz. 29, vom 20. März 2007 - XI ZR 414/04, WM 2007, 876, 882 Tz. 53 und vom 3. Juni 2008 - XI ZR 319/06, WM 2008, 1346, 1348 Tz. 16).

13 Dies ist indes nicht der Fall. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte mit dem Fonds nichts zu tun, war insbesondere in den Vertrieb der Fondsanteile nicht eingebunden. Auf die vom Kläger erstmals in der Berufungsinstanz behauptete Rahmenvereinbarung zwischen dem Anlagevermittler und der Beklagten kommt es insoweit von vorneherein nicht an. Die angebliche Vereinbarung, nach der die Beklagte die Beteiligungen der vom Vermittler vermittelten Anleger, gleich bei welchem Fonds, finanzieren wollte, besagt nichts über eine institutionalisierte Zusammenarbeit der Beklagten mit den Initiatoren, Gründungsgesellschaftern und Prospektverantwortlichen des Fonds, dem der Kläger beigetreten ist. Abgesehen davon hat das Berufungsgericht die Behauptung des Klägers über die Rahmenvereinbarung in anderem Zusammenhang zu Recht als unsubstantiiert angesehen.

- 14 2. Dagegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht ein Widerrufsrecht des Klägers nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung (im Folgenden: HWiG a.F.) zurückgewiesen hat, nicht in allen Teilen einer rechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat eine möglicherweise bestehende Haustürsituation der Beklagten nicht zugerechnet, ohne die dafür erforderlichen Tatsachen vollständig festzustellen.
- 15 a) Im Berufungsurteil ist offen geblieben, ob dem Kläger die Fondsbeteiligung in einer Haustürsituation vorgeschlagen und diese für den Abschluss des Darlehensvertrages gerade mit der Beklagten ursächlich geworden ist. Für die Entscheidung über die Revision ist somit davon auszugehen.
- 16 b) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass ein Recht des Klägers, den Darlehensvertrag nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWiG a.F. zu widerrufen, dann nicht entstanden ist, wenn sich die Beklagte die Haustürsituation nicht zurechnen lassen muss.
- 17 aa) Ausgehend von dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2086 ff. - Crailsheimer Volksbank) hat der Senat wiederholt entschieden, dass einer finanzierenden Bank eine Haustürsituation, die durch das Handeln eines Dritten geschaffen worden ist, nicht nur unter den in der älteren Rechtsprechung herangezogenen Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 BGB, sondern ohne Rücksicht auf eine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Bank von der Haustürsituation bereits dann zuzurechnen ist, wenn sie bei Abschluss des Darlehensvertrags objektiv vorgelegen hat (Senatsur-

teile vom 14. Februar 2006 - XI ZR 255/04, WM 2006, 674, 675, vom 13. Juni 2006 - XI ZR 432/04, WM 2006, 1669, 1671 Tz. 19, vom 20. Juni 2006 - XI ZR 224/05, BKR 2006, 448, 449 f. Tz. 14, vom 19. September 2006 - XI ZR 242/05, WM 2006, 2303, 2304 Tz. 11 und vom 10. Juni 2008 - XI ZR 348/07, WM 2008, 1593, 1595 Tz. 22). Art. 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. EG Nr. L 372, S. 31, Haustürgeschäfte-Richtlinie) setzt für diese objektive Zurechnung der von einem Dritten geschaffenen Haustürsituation voraus, dass dieser Dritte im Namen und für Rechnung des Gewerbetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss des Vertrags eingeschaltet war (EuGH WM 2005, 2086, 2089 Tz. 45). Der erkennende Senat hat deswegen bereits im Urteil vom 20. Juni 2006 (XI ZR 224/05, BKR 2006, 448, 450 Tz. 15) darauf hingewiesen, dass der kreditgebenden Bank eine Haustürsituation dann nicht zuzurechnen sein könnte, wenn der Vermittler das Kreditgeschäft ausschließlich im Auftrag des von ihm in einer Haustürsituation geworbenen Anlegers vermittelt hat.

18 bb) In der Literatur wird streitig erörtert, welche rechtliche Qualität die mit dem Begriff „im Namen und für Rechnung“ beschriebene wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Dritten und dem Gewerbetreibenden aufweisen muss, um die Zurechnung des Handelns eines Dritten in der Haustürsituation zu rechtfertigen.

19 (1) Ein Teil der Literatur weist darauf hin, dass nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005 (WM 2005, 2086, 2089 Tz. 45 - Crailsheimer Volksbank) zwar das objektive Vorliegen einer Haustürsituation ausreiche, diese dem Gewerbetreibenden zurechenbar aber nicht von einem belie-

bigen Dritten geschaffen werden könne, sondern das Handeln eines Vertreters des Gewerbetreibenden erforderlich sei (vgl. Lechner NZM 2005, 921, 924 f.; Sauer BKR 2006, 96, 99; Freitag WM 2006, 61, 62; Piekenbrock WM 2006, 466, 469; Thume/Edelmann BKR 2005, 477, 480).

20 (2) Anderer Ansicht nach soll entweder eine Haustürsituation, die ein beliebiger, in keiner rechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehung zum Gewerbetreibenden stehender Dritter ausgelöst hat, gegen den Gewerbetreibenden wirken, sofern nur die Haustürsituation objektiv vorliegt (Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht 6. Aufl. 2006 § 495 BGB Rdn. 398; Staudinger NJW 2005, 3521, 3522; so wohl auch Lwowski/Wunderlich, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 3. Aufl. § 76 Rdn. 93a) oder das Merkmal einer Zurechnung der Haustürsituation vollständig entbehrlich sein (Derleder BKR 2005, 441, 443 f.).

21 (3) Ausgehend vom Wortlaut der Haustürgeschäfte-richtlinie wird schließlich verlangt, dass der Dritte die Willenserklärung des Verbrauchers entgegengenommen hat (Hoffmann ZIP 2005, 1985, 1988), im Interesse des Unternehmers gehandelt hat (Wagner, in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts 3. Aufl. § 15 Rdn. 251), als „Verhandlungsführer“ der Bank anzusehen ist (Lang/Rösler WM 2006, 513, 521 f.) oder die wirtschaftlichen Folgen des Haustürgeschäfts ausschließlich den Gewerbetreibenden treffen sollen (Meschede ZfIR 2006, 546, 547).

22 cc) Der Senat geht davon aus, dass nach dem Schutzzweck der Haustürgeschäfte-richtlinie und des Haustürwiderrufgesetzes die von einem Dritten geschaffene Haustürsituation dem Unternehmer nicht zugerechnet werden kann, wenn das Handeln des Dritten allein auf

selbstbestimmten Aufträgen bzw. Weisungen des Kunden beruht (Senat, Urteil vom 10. Juni 2008 - XI ZR 348/07, WM 2008, 1593, 1595 Tz. 22 f.). Dann fehlt der in der Haustürgeschäfte-Richtlinie und in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vorausgesetzte, in die Worte „im Namen und für Rechnung“ gefasste rechtliche oder wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Dritten in der Haustürsituation und dem Gewerbe des Unternehmers.

23

Der Vermittler einer kreditfinanzierten Kapitalanlage handelt nicht im Namen und für Rechnung der finanzierenden Bank, wenn er keine Empfehlung gerade zu Verhandlungen mit dieser Bank ausgesprochen hat, sondern deren Auswahl auf einer eigenständigen, selbstbestimmten Weisung des Anlegers beruht. Der mit der Haustürgeschäfte-Richtlinie (Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985, Erwägungen vor Art. 1) verfolgte Schutzzweck, den Verbraucher nicht an das Ergebnis von Vertragsverhandlungen zu binden, die auf eine für ihn unerwartete Initiative des Gewerbetreibenden hin geführt worden sind, rechtfertigt es nicht, eine von dem Dritten geschaffene Haustürsituation auch dann der Bank zuzurechnen, wenn sie allein auf Wunsch des Anlegers eingeschaltet wird. Besorgt hingegen der in den Vertrieb der Kapitalanlage eingebundene Dritte zwar im Auftrag des Anlegers die Finanzierung der vermittelten Kapitalanlage, wird die konkrete Bank dabei aber nach Empfehlungen, bestehenden geschäftlichen Verbindungen oder freiem Ermessen des Dritten bestimmt, so ist eine auf seinem Handeln beruhende Haustürsituation der Bank zuzurechnen. Erst wenn der Anleger einen solchen mit dem Vertrieb der Kapitalanlage zunächst angelegten Zusammenhang durch eine von den Empfehlungen des Vertriebs abweichende autonome Weisung unterbricht, wird der Dritte nicht mehr - auch nicht im weitesten

Sinne - wirtschaftlich für Rechnung der Bank tätig, sodass eine von ihm geschaffene Haustürsituation dieser nicht zugerechnet werden kann (Senatsurteil vom 10. Juni 2008 - XI ZR 348/07, WM 2008, 1593, 1595 Tz. 23).

24 dd) Entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht droht durch die Anwendung dieser Grundsätze keine unterschiedliche Behandlung von Haustürsituationen. Zwar lag im vorliegenden Fall eine Haustürsituation allenfalls bei der Vertragsanbahnung durch den Vermittler, nicht aber bei dem Vertragsschluss in den Geschäftsräumen der Beklagten vor, sodass der Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte richtlinie nicht eröffnet ist. In Fortsetzung der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 150, 248, 260 f.; BGH, Urteil vom 10. September 2002 - XI ZR 151/99, WM 2002, 2409, 2410) wird eine gespaltene Auslegung jedoch dadurch vermieden, dass die Zurechnung der von einem Dritten geschaffenen Haustürsituation auch bei ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilenden Haustürgeschäften nicht nach den in der älteren Rechtsprechung herangezogenen Grundsätzen gemäß § 123 Abs. 2 BGB analog, sondern auf Grundlage des dafür in der Haustürgeschäfte richtlinie sowie in dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 22. Oktober 2005 (WM 2005, 2086, 2089 Tz. 45 - Crailsheimer Volksbank) genannten Merkmals eines Handelns „im Namen und für Rechnung“ des Gewerbetreibenden vorgenommen wird.

25 c) Ausgehend davon fehlt im Berufungsurteil die erforderliche Feststellung, weshalb die Finanzierung der Kapitalanlage des Klägers nicht über die in den Vertrieb des Fonds eingebundene Bank sondern über die Beklagte, die damalige Hausbank des Klägers, erfolgt ist. Nach dem eigenen Vorbringen des Klägers in beiden Vorinstanzen, von dem

das Berufungsgericht, anders als die Revision meint, rechtsfehlerfrei ausgegangen ist, war eine Finanzierung zunächst durch die in den Vertrieb des Fonds eingebundene Sparkasse Z. vorge-
sehen. Ob der Anlagevermittler alsdann, wie der Kläger behauptet hat, von sich aus eine Finanzierung über die Beklagte vorgeschlagen hat, oder aber ob der Kläger, wie die Beklagte behauptet hat, den Kredit von ihr und nur von ihr als seiner damaligen Hausbank haben wollte, ist streitig. Gewichtige Indizien, die das Berufungsgericht in einem Hinweis vom 26. Februar 2007 gewürdigt hat, sprechen zwar für Letzteres. Der Kläger, dem der Nachweis für die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 HWiG a.F. (BGHZ 113, 222, 225; Senat, Urteil vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 31) und damit auch für ein Handeln des Anlagevermittlers im Namen und für Rechnung der Beklagten obliegt, hat aber den Anlagevermittler als Zeugen dafür angeboten, dass dieser nicht auf Wunsch des Klägers, sondern einem eigenen Vorschlag folgend die Finanzierung der Kapitalanlage nicht bei der dafür zunächst vorgesehenen Sparkasse Z. , sondern bei der Beklagten beantragt hat. Diesem Beweisantrag ist das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht nachgegangen.

III.

26 Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

27 1. Einem Widerruf nach dem Haustürwiderrufsgesetz könnte allerdings die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a.F. entgegenstehen,

nach der trotz fehlender Belehrung das Widerrufsrecht des Kunden einen Monat nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung erlischt. Entscheidend ist insoweit, ob das Darlehen vom 23. November 1993 mit Hilfe der Darlehensvaluta aus dem am 6. November 1998 abgeschlossenen Tilgungsdarlehen vollständig getilgt worden und dem Kläger durch diesen Vertrag ein vom alten Darlehensvertrag unabhängiges neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt worden ist, oder ob, wie im Vertrag vom 23. November 1993 angesprochen, lediglich eine Verlängerung dieses Vertrages unter Vereinbarung einer laufenden Tilgung und geänderter Zinskonditionen gewollt war. Auch dazu fehlen Feststellungen des Berufungsgerichts.

28 2. Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Darlehensvertrag vom 23. November 1993 trotz der fehlenden Gesamtbetragsangabe der Darlehensvaluta vertragsgemäß zur Bezahlung des von dem Kläger erworbenen Fondsanteils verwendet worden ist. Ein Darlehen hat der Verbraucher auch dann empfangen, wenn der Kreditgeber dieses - wie hier - vereinbarungsgemäß an einen Dritten auszahlt (Senat BGHZ 167, 223, 236 f. Tz. 38; 167, 239, 244 f. Tz. 16; 167, 252, 263 f. Tz. 31; Senatsurteil vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 76/06, WM 2008, 292, 294 Tz. 26).

IV.

29 Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, war sie zur weite-

ren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

30 Sollte das Berufungsgericht nach Durchführung der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangen, dass eine Haustürsituation der Beklagten zuzurechnen ist, so bedarf die bislang offen gebliebene Frage der Klärung, ob der Kläger durch eine Haustürsituation zum Abschluss des Darlehensvertrags bestimmt worden ist. Dies hat die Beklagte entgegen der von dem Kläger vertretenen Ansicht zulässig nach § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestritten (Senatsurteile vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 31, vom 29. September 2006 - XI ZR 358/04, ZGS 2007, 26, 28 Tz. 33 und vom 7. November 2006 - XI ZR 438/04, ZIP 2007, 762, 763 Tz. 11).

Nobbe

Müller

Joeres

Ellenberger

Maihold

Vorinstanzen:

LG Offenburg, Entscheidung vom 17.11.2005 - 2 O 205/05 -

OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 20.04.2007 - 14 U 1/06 -