



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 298/08

Verkündet am:
1. März 2011
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bergmann und die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 5. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 6. Mai 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage mit den Anträgen zu 1, 3 und 4 stattgegeben wurde.

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Gera vom 25. April 2006 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, soweit der Kläger beantragt hat festzustellen, dass der Beklagte aus dem Darlehensvertrag Nr. 0 mit der Privatbank R. GmbH & Co. KG keine Rechte mehr gegen den Kläger herleiten kann.

Die weitergehende Klage und die Widerklage werden abgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens tragen der Kläger zu 21 % und der Beklagte zu 79 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 38 % und der Beklagte zu 62 %. Die Kosten der ersten Instanz tragen der Kläger zu 47 % und der Beklagte zu 53 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger trat am 14. März 2003 zu Anlagezwecken der T. Wohnungsgenossenschaft e.G. (im Folgenden: T.) mit 18 Geschäftsanteilen zu je 300 € Euro und einem Eintrittsgeld von 270 € bei. Die Anlageentscheidung sollte für den Kläger den Vorteil haben, unter Zuhilfenahme der staatlichen Eigenheimzulage Wohnungseigentum erwerben zu können, ohne darin selbst wohnen zu müssen.
- 2 Ebenfalls am 14. März 2003 schloss der Kläger mit der Privatbank R. GmbH & Co. KG (nachfolgend: Schuldnerin) zur Vorfinanzierung der Eigenheimzulage einen Darlehensvertrag über einen Betrag von 6.000 €. Der Darlehensbetrag wurde nach Abzug eines Bearbeitungsentgelts von 105 € unmittelbar an die T. ausgezahlt. Das Darlehen sollte im Wesentlichen durch die Eigenheimzulage getilgt werden; den Anspruch auf Zahlung der Eigenheimzulage trat der Kläger an die Schuldnerin ab. Das Finanzamt zahlte an die Schuldnerin insgesamt 2.022 € Eigenheimzulage, der Kläger selbst leistete Zahlungen in einer Gesamthöhe von 1.275 €. Auf Aufforderung des Finanzamts zahlte der Kläger im Jahr 2007 die Eigenheimzulage zuzüglich eines Säumniszuschlags zurück.
- 3 Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 14. Juli 2005 widerrief der Kläger den Darlehensvertrag und erhob gegen die Schuldnerin Klage auf Rückzahlung der auf das Darlehen geleisteten Beträge, Zug um Zug gegen Übertragung der Anteile an der T. . Zuletzt nahm er sie auf Feststellung in Anspruch, dass sie sich mit der Annahme dieser Rechte in Verzug befinde und der Rechtsstreit erledigt sei, soweit der Kläger ursprünglich die Feststellung beantragt habe, dass die Schuldnerin aus dem Darlehen gegen den Kläger keine Rechte mehr herleiten könne. Die Schuldnerin verlangte widerklagend vom

Kläger Rückzahlung des Darlehens nebst Zinsen abzüglich der auf das Darlehen erbrachten Beträge in Höhe von 3.708,35 € nebst Zinsen.

- 4 Im Verlauf des Rechtsstreits zweiter Instanz wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Kläger meldete eine Forderung in Höhe von 3.297 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 251,95 € mit dem Schuldgrund „Schadensersatz aus institutionellem Zusammenwirken“ zur Tabelle an, die vom Beklagten vorläufig bestritten wurde. Der Kläger hat das durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochene Verfahren aufgenommen. Er verfolgt nunmehr die Feststellung eines Anspruchs in Höhe von 3.297 € zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung der Anteile an der T. zur Tabelle (Klageantrag zu 1 und 2). Weiter begehrt er die Feststellung, dass sich der Beklagte mit der Annahme der Rechte an den Genossenschaftsanteilen im Annahmeverzug befinde und sich der Antrag auf Feststellung, dass der Beklagte keine Rechte mehr aus dem Darlehensvertrag gegen ihn herleiten könne, erledigt habe. Der Beklagte, der in Übereinstimmung mit dem Kläger den Widerruf des Darlehensvertrags für wirksam erachtet, verfolgt mit der Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst Zinsen abzüglich der auf das Darlehen geleisteten Zahlungen weiter.
- 5 Das Landgericht hat die - in erster Instanz noch gegen die Schuldnerin gerichtete - Klage abgewiesen und deren Widerklage stattgegeben. Die Berufung des Klägers führte zum Erfolg der Klage und zur Abweisung der Widerklage. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten.
- 6 Während des Revisionsverfahrens hat der Kläger einen Zahlungsanspruch in Höhe von insgesamt 3.297 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 251,95 €

neu zur Insolvenztabelle angemeldet. Als Schuldgrund hat er angegeben: „Nichterfüllungsschaden aus Rückabwicklung eines Darlehensverhältnisses gem. § 9 VVG; Fondanteil ist mit 0.00 Euro zu bewerten“.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision bleibt ohne Erfolg, soweit das Berufungsgericht die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt und die Widerklage abgewiesen hat. Im Übrigen führt sie zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 563 Abs. 3 ZPO).

8 I. Das Berufungsgericht (OLG Jena, ZIP 2008, 2306) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Dem Kläger stehe der zur Insolvenztabelle angemeldete Anspruch auf Rückzahlung von geleisteten Zins- und Kapitalzahlungen aus § 357 Abs. 1, § 346 Abs. 1 BGB Zug um Zug gegen Übertragung seiner Genossenschaftsanteile auf den Beklagten zu. Er könne die Feststellung verlangen, dass sich der Beklagte insoweit in Annahmeverzug befinde, weil er die Rückabwicklung abgelehnt habe. Weiter könne er die Feststellung verlangen, dass sich durch die Erhebung der Widerklage die Hauptsache insoweit erledigt habe, als der Kläger beantragt habe festzustellen, dass der Beklagte aus dem Darlehensvertrag keine Rechte mehr gegen den Kläger herleiten könne. Darlehensvertrag und Beitritt zur Genossenschaft stellten ein verbundenes Geschäft im Sinn von § 358 BGB dar. Der wirksame Widerruf des Darlehensvertrags habe daher zur Folge, dass der Vertrag nach den Grundsätzen des verbundenen Geschäfts gemäß § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB rückabzuwickeln sei. Zwar sei ein Vertrag über den

Beitritt zu einer Genossenschaft kein auf eine entgeltliche Leistung gerichtetes Geschäft. Er sei jedoch auf Grund des wirtschaftlichen Zweckes und der Schutzbedürftigkeit des Anlegers einem solchen Vertrag gleichzustellen. Dementsprechend sei die Widerklage abzuweisen.

10 II. Diese Beurteilung hält hinsichtlich der Widerklage der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

11 Das Berufungsgericht hat - von der Revision mit Recht nicht angegriffen - in Übereinstimmung mit dem Vortrag beider Parteien angenommen, dass der Kläger den Verbraucherkreditvertrag mit der Schuldnerin wirksam widerrufen hat. Dem Beklagten steht jedoch der mit der Widerklage verfolgte Anspruch auf Rückzahlung der offenen Darlehensvaluta nicht zu. Wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat, bilden der Darlehensvertrag und der Beitritt zu der als Anlagegesellschaft konzipierten Wohnungsgenossenschaft ein verbundenes Geschäft im Sinn von § 358 BGB mit der Folge, dass beide Verträge nach § 358 Abs. 4 Satz 3, § 357 Abs. 1 Satz 1, § 346 Satz 1 BGB rückabzuwickeln sind.

12 1. Die Annahme eines verbundenen Geschäfts im Sinn von § 358 Abs. 3 BGB setzt voraus, dass der drittfinanzierte Vertrag auf die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtet ist. Der Beitritt zu einer Genossenschaft erfüllt diese Voraussetzung an sich nicht. Vielmehr handelt es sich um ein organisationsrechtliches, auf die Begründung der Mitgliedschaft in der Genossenschaft gerichtetes Rechtsgeschäft (Beuthien, GenG, 15. Aufl., § 15 Rn. 14 f.). Dies steht allerdings der Anwendung der für verbundene Geschäfte geltenden Vorschriften nicht entgegen, weil der Beitritt des Klägers zur T. einem Vertrag im Sinn von § 358 Abs. 3 BGB gleichzustellen ist.

- 13 a) Nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gelten für den durch einen Kredit finanzierten Erwerb eines Geschäftsanteils an einer Anlagegesellschaft in der Rechtsform einer Personengesellschaft die Regeln des verbundenen Geschäfts (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2003 - II ZR 387/02, BGHZ 156, 46, 50; Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 395/01, BGHZ 159, 280, 289; Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 392/01, WM 2004, 1518, 1519; Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 307 ff., jeweils zu § 9 VerbrKrG; Urteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 Rn. 25; vgl. auch Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 358 Rn. 7; MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 358 BGB Rn. 14). Ebenso finden die Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (§§ 312, 355 ff. BGB), die einen Vertrag über eine entgeltliche Leistung voraussetzen, auf den Beitritt zu einem Immobilienfonds in der Form einer Personengesellschaft Anwendung (vgl. - zu § 3 HWiG - nur BGH, Beschluss vom 5. Mai 2008 - II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018 Rn. 8 m.w.N.). Der Beitritt zu einer Personengesellschaft erfüllt nicht die Anforderungen an einen Vertrag über eine entgeltliche Leistung; er ist auch nicht auf die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung im Sinn von § 358 Abs. 3 BGB gerichtet. Werden jedoch mit der Begründung der Mitgliedschaft in der Personengesellschaft vorrangig Kapitalanlage- und/oder Steuerzwecke verfolgt, ist der Beitrittsvertrag mit Rücksicht auf den mit der Beteiligung verfolgten wirtschaftlichen Zweck und die Schutzbedürftigkeit des Anlegers einem solchen Vertrag zumindest gleich zu stellen.
- 14 b) Für eine Beteiligung an einer Genossenschaft gilt nichts anderes, wenn der Beitritt jedenfalls vorrangig der Anlage von Kapital dient. Tritt der Verbraucher wie im Streitfall der Genossenschaft (nur) bei, um die Voraussetzungen für den Bezug der Eigenheimzulage zu schaffen, geht es ihm nicht in erster Linie darum, Mitglied des Verbandes zu werden. Vielmehr stehen bei einem solchen Beitritt zu einer Genossenschaft die mit der Mitgliedschaft verbun-

denen Gewinne und Steuervorteile im Vordergrund. Entsprechend der Schutzrichtung des § 358 BGB muss der Verbraucher in diesem Fall ebenso vor den Risiken geschützt werden, die ihm durch die Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vertrages in ein Bargeschäft und einen Darlehensvertrag drohen (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 Rn. 26), wie wenn er sich stattdessen zum Zwecke der Kapitalanlage für die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft entschieden hätte.

15 c) Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigen die Unterschiede zwischen der Rechtsform der Genossenschaft einerseits und den Personengesellschaften andererseits keine abweichende Beurteilung (aA OLG Naumburg, OLGR 2006, 490, 491; Wittenberg, BB 2008, 1580, 1583). Die für Personengesellschaften anerkannte Unterscheidung zwischen so genannten Anlagegesellschaften und Gesellschaften nach dem gesetzlichen Leitbild lässt sich auch bei Genossenschaften vornehmen. Für die Frage, ob der Beitritt zu einer Genossenschaft einem Vertrag über die Lieferung einer Ware oder einer anderen Leistung im Sinn von § 358 BGB gleichzustellen ist, kommt es - wie auch die Revision nicht mehr in Zweifel zieht - in erster Linie auf die Schutzbedürftigkeit des Anlegers und nicht auf die Rechtsform der Anlagegesellschaft an. Stehen - wie hier - nicht die Mitgliedschaft in der Genossenschaft und die Verfolgung des in der Satzung festgelegten Zwecks im Vordergrund, sondern geht es dem Anleger ebenso wie bei der Beteiligung an einer Personengesellschaft zu Anlagezwecken wirtschaftlich um eine Geldanlage zur Erzielung von Steuervorteilen und Gewinnen, bedarf er hier wie dort des durch diese Gesetzesvorschrift bezweckten Schutzes.

16 d) Ohne Erfolg beruft sich die Revision für ihre Auffassung, auf den Genossenschaftsbeitritt des Klägers seien die Vorschriften für Verträge über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung im Sinn von

§ 358 BGB nicht (entsprechend) anzuwenden, auf die Entscheidung des Senats zur entgeltlichen Gewährung von Ferienwohnrechten im „Genossenschaftsmodell“ (BGH, Urteil vom 20. Januar 1997 - II ZR 105/96, ZIP 1997, 511). Der Senat hat dort zwar zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG entschieden, dass eine auf Aufnahme in eine Genossenschaft gerichtete Erklärung nicht auf den nach diesem Gesetz erforderlichen Abschluss eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung gerichtet ist und diese Vorschrift daher nur dann anwendbar war, wenn das Geschäft Leistungen betraf, die nicht schon aufgrund der Mitgliedschaft beansprucht werden konnten. Er hat jedoch schon in dieser Entscheidung unter Heranziehung des Umgehungsgedankens ein Widerrufsrecht des beigetretenen Genossen angenommen (BGH, Urteil vom 20. Januar 1997 - II ZR 105/96, ZIP 1997, 511, 512). Der Senat hat allerdings noch in seiner späteren Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 395/01, BGHZ 159, 280, 289; Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 392/01, WM 2004, 1518, 1519) obiter dictum zwischen dem Beitritt zu einer Genossenschaft und dem Beitritt zu einer Anlagegesellschaft in Form der Personengesellschaft unterschieden. Dabei hatte er jedoch ersichtlich keine „Anlagegenossenschaft“ vor Augen, der ein Verbraucher zu reinen Kapitalanlage- und Steuersparzwecken beitrifft, sondern eine Genossenschaft nach dem gesetzlichen Leitbild, bei der der Beitritt in erster Linie dem Erwerb der Mitgliedschaft als solcher und der damit verbundenen Rechte und Pflichten dient. Sofern dieser Rechtsprechung etwas anderes entnommen werden konnte, hat der Senat daran jedenfalls nicht festgehalten. Er hat vielmehr in seinem Vorlagebeschluss an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Klärung der Frage, ob Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 85/877/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen auch den Beitritt zu einer Gesellschaft umfasst, wenn der Zweck des Beitritts vorrangig nicht darin besteht, deren Mitglied zu werden, sondern die mitgliedschaftliche Beteili-

gung nur ein anderer Weg der Kapitalanlage ist, Genossenschaften - wie auch Vereine - anderen Anlagegesellschaften gleichgestellt (BGH, Beschluss vom 5. Mai 2008 - II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018 Rn. 22).

17 2. Dass sich der Kläger an der T. nicht in erster Linie um des genossenschaftlichen Förderzwecks willen beteiligt hat, sondern es sich vorrangig um eine Kapitalanlage vergleichbar dem Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft handelte, zieht die Revision nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen mit Recht nicht in Zweifel. Dem Kläger ging es nicht darum, Mitglied der T. zu werden, um deren Wohnungen zu nutzen oder zum Eigengebrauch zu erwerben. Vielmehr standen für ihn die mit der Mitgliedschaft verbundenen Steuervorteile in Form der gewährten Eigenheimzulage und die Erzielung von Gewinnen - gewissermaßen als Gegenleistung zu der Einlagenzahlung - im Vordergrund.

18 3. Da nach den von der Revision nicht beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts auch die sonstigen Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts (§ 358 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB) vorliegen, führt der wirksame Widerruf des Darlehensvertrags gemäß § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB dazu, dass der Kläger auch nicht mehr an den finanzierten Vertrag, hier den Beitritt zur Genossenschaft, gebunden ist. Der Darlehensbetrag ist der Genossenschaft bereits zugeflossen. Die Rückabwicklung beider Verträge findet somit gemäß § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB im Verhältnis zum Kläger ausschließlich zwischen ihm und der Darlehensgeberin (Schuldnerin) statt, die insoweit an die Stelle der Genossenschaft in das Abwicklungsverhältnis eingetreten ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 395/01, BGHZ 159, 280, 289; Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 392/01, WM 2004, 1518, 1519; Urteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 Rn. 26).

- 19 Der Kläger kann daher grundsätzlich von der Schuldnerin als Darlehensgeberin Rückerstattung aller von ihm auf das Darlehen bereits erbrachten Leistungen verlangen. Umgekehrt steht ihr gegen den Kläger kein Anspruch auf Rückzahlung des Darlehensbetrags zu, so dass die auf Zahlung der noch offenen Darlehensvaluta gerichtete Widerklage des Beklagten unbegründet ist. Vielmehr muss der Kläger dem Beklagten im Gegenzug lediglich seine ihm aus der finanzierten Genossenschaftsbeteiligung erwachsenden Rechte abtreten, damit der Beklagte diese gegebenenfalls gegenüber der Genossenschaft geltend machen kann.
- 20 Die Rechte des Klägers gegenüber der Genossenschaft sind auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 73 GenG) beschränkt. Auf den Beitritt zu einer Genossenschaft sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft oder des fehlerhaften Beitritts anwendbar (st.Rspr. seit RGZ 57, 292, 297 ff.; BGH, Beschluss vom 16. März 2009 - II ZR 138/08, ZIP 2009, 1318 Rn. 10 m.w.N.; Beuthien, GenG, 15. Aufl., § 15 Rn. 23; Schulte in Lang/Weidmüller, GenG, 36. Aufl., § 15 Rn. 19). Dies gilt auch für den Fall des Widerrufs nach § 358 Abs. 2 BGB (BGH, Urteil vom 21. Juli 2003 - II ZR 387/02, BGHZ 156, 46, 52 f.; Urteil vom 10. November 2009 - XI ZR 252/08, BGHZ 183, 112 Rn. 49, jeweils zu § 9 VerbrKrG; MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 358 Rn. 14). Danach haben wegen des bereits vollzogenen Beitritts des Klägers der Widerruf des Darlehensvertrags und die Erstreckung der Widerrufsfolgen auf den finanzierten Genossenschaftsbeitritt nach § 358 Abs. 2 BGB die Beendigung der Mitgliedschaft lediglich mit Wirkung für die Zukunft zur Folge. An deren Stelle tritt der Anspruch des Klägers auf Zahlung des ihm im Zeitpunkt der Beendigung seiner Mitgliedschaft zustehenden Auseinandersetzungsguthabens. Ist die Handelsbilanz negativ, kann sich unter Umständen auch eine Verpflichtung des ausscheidenden Mitglieds zum Verlustausgleich ergeben (§ 73 Abs. 2 Satz 4

GenG; vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2008 - II ZR 229/07, ZIP 2008, 2261 Rn. 10).

21 III. Hinsichtlich der Entscheidung über die Klage bleibt die Revision insoweit erfolglos, als das Berufungsgericht die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt hat. Im Übrigen hält das angefochtene Urteil den Angriffen der Revision dagegen nicht stand.

22 1. a) Die auf Feststellung eines aus dem Rückgewährschuldverhältnis folgenden Zahlungsanspruchs Zug um Zug gegen Abtretung der Anteile an der T. zur Tabelle gerichtete Klage (Klageanträge zu 1 und 2) ist unzulässig. Der Kläger hat - wie sich aus dem Tabellenauszug ergibt - eine solche Forderung nicht zur Insolvenztabelle angemeldet, sondern lediglich einen Anspruch auf „Schadensersatz aus institutionellem Zusammenwirken“. Nach § 181 InsO kann die Feststellung nach Grund, Betrag und Rang der Forderung nur in der Weise begehrt werden, wie die Forderung in der Anmeldung oder im Prüfungstermin bezeichnet worden ist. Die Anmeldung zur Tabelle ist Sachurteilsvoraussetzung. Eine Feststellungsklage, die eine Forderung zum Gegenstand hat, die nach ihrem Anspruchsgrund nicht zur Tabelle angemeldet wurde, ist unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, ZIP 2003, 2379, 2382; Urteil vom 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103 Rn. 12 m.w.N.). Dies gilt auch dann, wenn der Forderungsgrund ausgetauscht wird, ohne dass sich die Forderungshöhe ändert.

23 b) Abgesehen davon ist die zur Tabelle beehrte Feststellung eines Rückzahlungsanspruchs Zug um Zug gegen Übertragung der Anteile an der T. rechtlich nicht möglich (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, ZIP 2003, 2379, 2381). Ihr steht der insolvenzrechtliche Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger aus der Masse entgegen,

die nur durchführbar ist, wenn sich die Forderungen für die Berechnung der Quote eignen. Deshalb sind nach § 45 Satz 1 InsO Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind oder deren Geldbetrag unbestimmt ist, mit dem Wert geltend zu machen, der für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschätzt werden kann. Hierzu zählen auch Ansprüche auf Zug-um-Zug-Leistungen. Wäre auch die Anmeldung von Zug-um-Zug-Leistungen möglich, würde dies dazu führen, dass der Kläger entgegen §§ 45, 174 Abs. 2 InsO den Darlehensvertrag mit der Schuldnerin und den mit ihm verbundenen Genossenschaftsbeitritt gegen den Willen des Insolvenzverwalters - wenn auch hinsichtlich des Anspruchs auf Rückzahlung der auf das Darlehen geleisteten Zahlungen auf die Quote beschränkt - rückabwickeln könnte. Hierfür fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, ZIP 2003, 2379, 2381). Die Insolvenzordnung kennt in dem Feststellungs- und Verteilungsverfahren nach §§ 174 ff. InsO keine den §§ 756, 765 ZPO entsprechende Regelung.

24

c) Entgegen der Meinung der Revisionserwiderung gelten die vorstehenden Grundsätze im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Darlehensgeberin auch dann, wenn das Darlehen der Finanzierung eines verbundenen Geschäfts diene und die Rückabwicklung beider Verträge wie hier nach Maßgabe des § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB erfolgt. Die Revisionserwiderung weist zwar zu Recht darauf hin, dass diese Vorschrift den Schutz des Verbrauchers bezweckt, indem sie ihn vor Risiken bewahren will, die ihm durch die Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vertrags in ein Bargeschäft und einen damit verbundenen Darlehensvertrag drohen (BGH, Urteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 Rn. 26). Dies vermag aber nichts daran zu ändern, dass die nach dieser Vorschrift vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin entstandenen Rückabwicklungsansprüche nur nach Maßgabe der insolvenzrechtlichen Vorschriften durchsetzbar sind (§ 87 InsO). Die

im Insolvenzverfahren gebotene gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger kann - selbst wenn alle oder doch ein überwiegender Teil der Gläubiger Verbraucher wären - nur durch Anwendung der insolvenzrechtlichen Vorschriften erreicht werden.

25 Abgesehen davon führt die Anwendung von § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht regelmäßig zu einer Schlechterstellung des Verbrauchers im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Darlehensgeberin. Würden Darlehensvertrag und Genossenschaftsbeitritt getrennt rückabgewickelt, hätte dies hier die für den Kläger nachteilige Folge, dass er auf die Widerklage den nach Abzug der von ihm geleisteten Zahlungen noch offenen Darlehensbetrags zurück zu zahlen hätte und seinerseits von der T. nach der Lehre vom fehlerhaften Beitritt nicht seine Einlage, sondern nur und allenfalls sein Auseinandersetzungsguthaben fordern könnte. Die Anwendung des § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB führt hingegen dazu, dass die Darlehensgeberin (Schuldnerin) ebenso wenig wie der Insolvenzverwalter vom Kläger Rückzahlung des offenen Darlehensbetrags beanspruchen kann; vielmehr ist der Kläger nur zur Abtretung seiner Rechte aus den Genossenschaftsanteilen verpflichtet. Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses ab, verbleiben diese Rechte beim Kläger. Da er nach § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB von der Rückzahlung des Darlehensbetrags entbunden ist, wird er auch in diesem Fall regelmäßig nicht schlechter, sondern besser gestellt als bei einer getrennten Rückabwicklung beider Verträge, auch wenn er den ihm durch den Widerruf des Darlehensvertrags entstandenen, ohnehin nur noch als Insolvenzforderung durchsetzbaren Anspruch auf Rückgewähr der auf das Darlehen geleisteten Zahlungen nur noch saldiert mit dem ihm zustehenden Auseinandersetzungsguthaben geltend machen kann.

- 26 2. Soweit der Kläger seinen Antrag auf Feststellung eines Zahlungsanspruchs in Höhe von 3.297 € hilfsweise auf einen am 1. November 2010 angemeldeten, in dieser Höhe bezifferten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus Rückabwicklung eines Darlehensverhältnisses stützt, ist die Klage ebenfalls unzulässig.
- 27 Sachurteilsvoraussetzung einer auf den weiteren Rechtsgrund „Nichterfüllungsschaden aus Rückabwicklung eines Darlehensverhältnisses“ gestützten Insolvenzfeststellungsklage ist jedenfalls, dass diese Forderung, deren Bestehen festgestellt werden soll, vom Insolvenzverwalter geprüft und von ihm oder einem Gläubiger ganz oder teilweise bestritten wurde (vgl. §§ 87, 179 Abs. 1, § 180 Abs. 1 Satz 1 InsO; BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, ZIP 2003, 2379, 2382). Dass dies geschehen ist, hat der Kläger nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich.
- 28 3. Der Hilfsantrag auf Feststellung eines Zahlungsanspruchs mit dem Anspruchsgrund „Schadensersatz aus institutionellem Zusammenwirken“ ist, soweit Feststellung zur Insolvenztabelle Zug um Zug gegen Abtretung der Genossenschaftsanteile begehrt wird, abzuweisen, weil aus den oben unter III 1 dargelegten Erwägungen eine solche Feststellung rechtlich nicht möglich ist.
- 29 Im Übrigen hat der Kläger die Voraussetzungen einer Haftung der Schuldnerin wegen eines vorvertraglichen Aufklärungsverschuldens nicht schlüssig dargelegt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kreditgebende Bank bei steuersparenden Erwerbermodellen u.a. dann ausnahmsweise zur Aufklärung über die Risiken des finanzierten Geschäfts verpflichtet, wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann. Ein solcher Wissensvorsprung liegt vor, wenn die Bank positive

Kenntnis davon hat, dass der Kreditnehmer von seinem Geschäftspartner oder durch Angaben im Fondsprospekt über das finanzierte Geschäft arglistig getäuscht wurde (vgl. nur BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 41; Urteil vom 10. November 2009 - XI ZR 252/08, BGHZ 183, 112 Rn. 35; Urteil vom 21. September 2010 - XI ZR 232/09, NZG 2010, 1347 Rn. 17 f.). Anleger, die durch unrichtige Angaben der Verkäufer, Fondsinitiatoren, der für sie tätigen Vermittler oder im Verkaufs- oder Fondsprospekt arglistig getäuscht werden, können sich gegenüber der finanzierenden Bank unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen eine Aufklärungspflicht der Bank auslösenden konkreten Wissensvorsprung berufen, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch über einen von ihnen benannten Finanzierungsvermittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler oder im Verkaufs- oder Fondsprospekt nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen. In einem solchen Fall wird die Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung widerleglich vermutet (BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 51 f.; Urteil vom 21. September 2010 - XI ZR 232/09, NZG 2010, 1347 Rn. 18).

30 Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Kläger die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs wegen Aufklärungsverschuldens nicht schlüssig dargetan hat. Das Berufungsvorbringen des Klägers rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Nach dem Vortrag des Klägers bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die behauptete Unrichtigkeit der Angaben der Vermittlerin nach den Umständen des Falles evident war. Ebenso

wenig rechtfertigt der Vortrag des Klägers die Annahme eines institutionalisierten Zusammenwirkens.

31 4. Der Antrag des Klägers auf Feststellung, dass sich der Beklagte im Annahmeverzug befindet, ist unbegründet. Ein Annahmeverzug des Beklagten liegt schon deshalb nicht vor, weil während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Darlehensgeberin kein Anspruch auf Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses besteht und eine solche gegen den Willen des Insolvenzverwalters nicht durchgesetzt werden kann (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, ZIP 2003, 2379, 2381).

32 5. Hingegen wendet sich die Revision ohne Erfolg gegen die Feststellung, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, soweit der Kläger zunächst beantragt hatte, festzustellen, dass dem Beklagten aus dem Darlehensvertrag mit der Schuldnerin keine Ansprüche gegen den Kläger mehr zustehen. Dieser Antrag war zulässig und begründet. Da Darlehensvertrag und Genossenschaftsbeitritt als verbundene Geschäfte infolge des wirksamen Widerrufs des Darlehensvertrags nach § 358 Abs. 4 Satz 3, § 357 Abs. 1, §§ 346 ff. BGB rückabzuwickeln sind, kann der Beklagte aus dem Darlehensvertrag keine weiteren Rechte gegen den Kläger herleiten. Durch die Erhebung der Widerklage auf Zahlung der offenen Forderung aus dem abgerechneten Darlehensvertrag ist die Erledigung der Hauptsache eingetreten. Denn das Feststellungsinteresse

für eine negative Feststellungsklage entfällt, wenn eine Leistungsklage zu demselben Streitgegenstand erhoben wird und nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann (BGH, Urteil vom 25. März 1999 - IX ZR 223/97, ZIP 1999, 621, 624, insoweit nicht in BGHZ 141, 173; Urteil vom 21. Dezember 2005 - X ZR 17/03, BGHZ 165, 305, 309 m.w.N.).

Bergmann

Reichart

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Gera, Entscheidung vom 25.04.2006 - 6 O 1484/05 -

OLG Jena, Entscheidung vom 06.05.2008 - 5 U 444/06 -