BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 292/06

vom

5. Mai 2008

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: nein

FRIZ I

EWGRL 577/85 Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 5 Abs. 2, Art. 7

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft werden folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

a) Ist die Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen dahin auszulegen, 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 der Gesellschaft, des Vereins oder der Genossenschaft zu werden, sondern - was vor allem bei der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds häufig zutrifft - die mitgliedschaftliche Beteiligung nur ein anderer Weg der Kapitalanlage oder der Erlangung von Leistungen ist, die typischerweise Gegenstand von Austauschverträgen sind?

b) Ist die Bestimmung des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen dahin auszulegen, dass sie einer nationalen (richterrechtlichen) Rechtsfolge im Sinne des Art. 7 der Richtlinie entgegensteht, die besagt, dass ein solcher in einer Haustürsituation erklärter Beitritt eines Verbrauchers im Falle des Widerrufs des Beitritts dazu führt, dass der widerrufende Verbraucher einen auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerrufs berechneten Anspruch gegen die Gesellschaft, den Verein oder die Genossenschaft auf sein Auseinandersetzungsguthaben, d.h. einen dem Wert seines Gesellschafts-, Vereins- oder Genossenschaftsanteils im Zeitpunkt des Ausscheidens entsprechenden Betrag erhält, mit der (möglichen) Folge, dass er wegen der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft, des Vereins oder der Genossenschaft entweder weniger als den Wert seiner Einlage zurückerhält oder sich ihnen gegenüber sogar noch über den Verlust der geleisteten Einlage hinausgehenden Zahlungspflichten ausgesetzt sieht, weil das Auseinandersetzungsguthaben negativ ist?

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Februar 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

beschlossen:

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft werden folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen dahin auszulegen, 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 der Gesellschaft, des Vereins oder der Genossenschaft zu werden, sondern - was vor allem bei der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds häufig zutrifft - die mitgliedschaftliche Beteiligung nur ein anderer Weg der Kapitalanlage oder der Erlangung von Leistungen ist, die typischerweise Gegenstand von Austauschverträgen sind?

2. Ist die Bestimmung des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen dahin auszulegen, dass sie einer nationalen (richterrechtlichen) Rechtsfolge im Sinne des Art. 7 der Richtlinie entgegensteht, die besagt, dass ein solcher in einer Haustürsituation erklärter Beitritt eines Verbrauchers im Falle des Widerrufs des Beitritts dazu führt, dass der widerrufende Verbraucher einen auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerrufs berechneten Anspruch gegen die Gesellschaft, den Verein oder die Genossenschaft auf sein Auseinanderset-

zungsguthaben, d.h. einen dem Wert seines Gesellschafts-, Vereins- oder Genossenschaftsanteils im Zeitpunkt des Ausscheidens entsprechenden Betrag erhält, mit der (möglichen) Folge, dass er wegen der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft, des Vereins oder der Genossenschaft entweder weniger als den Wert seiner Einlage zurückerhält oder sich ihnen gegenüber sogar noch über den Verlust der geleisteten Einlage hinausgehenden Zahlungspflichten ausgesetzt sieht, weil das Auseinandersetzungsguthaben negativ ist?

Gründe:

1 I. Der Beklagte hat am 23. Juli 1991 aufgrund von Verhandlungen, die in seiner Privatwohnung geführt worden sind, seinen Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) erklärt. Gegenstand dieser aus 46 Gesellschaftern bestehenden Publikumsgesellschaft ist die Instandsetzung, Modernisierung und Verwaltung des Grundstücks B. straße 9 in B. .

2 In einem Vorprozess forderte die Klägerin als Geschäftsführerin der GbR vom Beklagten die Zahlung von Nachschüssen, die die Gesellschafterversammlung der GbR zur Beseitigung von Unterdeckungen beschlossen hatte. Im Laufe des Verfahrens hat der Beklagte seine Mitgliedschaft in der GbR fristlos gekündigt und die Beitrittserklärung nach § 3 HWiG (jetzt § 312 BGB) widerrufen. Die Klage ist im Vorprozess mit der Begründung abgewiesen worden, nach wirksamer Kündigung des Gesellschaftsbeitritts durch den Beklagten bestünden zwischen den Parteien lediglich noch Ansprüche nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft. Die Nachschussforderung sei daher nicht mehr selbständig einklagbar, sondern sie sei als unselbständiger Rechnungsposten in die

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

infolge des Ausscheidens des Beklagten auf den Tag des Wirksamwerdens des Ausscheidens zu erstellende Auseinandersetzungsrechnung einzustellen.

3 Die Klägerin hat dieser Rechtsansicht des Berufungsgerichts im Vorprozess Rechnung getragen und zum Stichtag 6. August 2002 eine Auseinandersetzungsrechnung erstellt, die ein negatives Auseinandersetzungsguthaben des Beklagten in Höhe von 16.319,00 € ausweist.

4 Der Beklagte betreibt gegen die Klägerin die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Vorprozesses. Die Klägerin hat mit ihrer Forderung gegen den Beklagten auf Zahlung des negativen Auseinandersetzungsguthabens die Aufrechnung gegen die Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss erklärt und im vorliegenden Rechtsstreit Vollstreckungsgegenklage erhoben. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie auf die Berufung des Beklagten abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

5 II. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der zwischen den Parteien unstreitig erklärte und wirksame Widerruf der Beitrittserklärung des Beklagten zu der GbR nach § 3 HWiG führe zwar grundsätzlich zu einer Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft mit der Folge, dass der widerrufende Gesellschafter lediglich Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben habe. Dies gelte jedoch nicht, wenn die Auseinandersetzung zu einer Zahlungspflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft führe. Diese Folge verstoße gegen die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Haustürgeschäfte-RL), da aus dieser klar hervorgehe, dass den Verbraucher infolge des Wider-

rufs keine Verpflichtungen aus dem widerrufenen Vertrag mehr treffen dürften und empfangene Leistungen zurückzugewähren seien.

7 III. Die Entscheidung über die Begründetheit der Klage hängt davon ab, ob der Klägerin gegen den Beklagten ein Anspruch auf Ausgleich des negativen Auseinandersetzungsguthabens zusteht, nachdem dieser seinen Beitritt zu dem geschlossenen Immobilienfonds wirksam nach § 3 HWiG widerrufen hat.

8 1. 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 und ähnlichen Geschäften (jetzt: §§ 312, 355 ff. BGB) Anwendung (BGHZ 133, 254, 261 f.; 148, 201, 203; Sen.Urt. v. 18. Oktober 2004 - II ZR 352/02, ZIP 2004, 2319, 2320; v. 29. November 2004 - II ZR 6/03, ZIP 2005, 254, 255; v. 21. März 2005 - II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 756; v. 18. April 2005 - II ZR 224/04, ZIP 2005, 1124, 1126). Dieser Rechtsprechung wird in der nationalen deutschen Rechtsliteratur weitgehend zugestimmt (siehe nur Althammer, BKR 2003, 280, 281; Louven, BB 2001, 1806, 1807; Armbrüster, ZIP 2006, 406, 407 ff. ; Renner, DStR 2001, 1988; Staudinger/Thüsing, BGB [2005] § 312 Rdn. 22; MünchKommBGB/Masuch, 5. Aufl. § 312 Rdn. 30; Erman/I. Saenger, BGB 12. Aufl. § 312 Rdn. 24; Palandt/Grüneberg, BGB 67. Aufl. § 312 Rdn. 7; Bamberger/Roth/Ann, BGB 2. Aufl. § 312 Rdn. 8; a.A. Habersack, ZIP 2001, 327, 328; ders. ZIP 2001, 353, 356; Wagner, NZG 2000, 169, 171; kritisch auch Edelmann in Assmann/ Schütze, HdB d. Kapitalanlagerechts 3. Aufl. § 3 Rdn. 13; ders. DB 2001, 2434, 2435 f.; Krohn/C. Schäfer, WM 2000, 112, 122 f.). Die h.M. erkennt an, dass § 1 Abs. 1 HWiG (jetzt: § 312 Abs. 1 BGB) eine auf den Abschluss eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung voraussetze - was in

der richtlinienkonformen weiten Auslegung des Begriffs der Entgeltlichkeit bedeutet, dass irgendeine Leistung des Verbrauchers vorliegt (BGH, Urt. v. 9. März 1993 - XI ZR 179/92, NJW 1993, 1594, 1595; Beschl. v. 7. Januar 2003 - X ARZ 362/02, NJW 2003, 1190, 1191) - und diese Voraussetzung bei dem Beitritt zu einer Gesellschaft grundsätzlich nicht erfüllt sei, da darin ein auf die Begründung der Mitgliedschaft gerichtetes organisationsrechtliches Geschäft liege. Sie begründet die Anwendbarkeit der genannten Regelung aber mit der Erwägung, dass der Zweck des Gesellschaftsbeitritts - vor allem trifft dies bei der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds zu - vorrangig in der Anlage von Kapital und nicht darin bestehe, Mitglied der Gesellschaft zu werden. Deswegen sei der Beitrittsvertrag einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung zumindest gleichzustellen (siehe nur BGHZ 133, 254, 261 f.; BGHZ 148, 201, 203; Sen.Urt. v. 18. Oktober 2004 aaO S. 2320 m.w.Nachw.); ähnlich hat der Senat zur entgeltlichen Gewährung von Ferienwohnrechten im "Genossenschaftsmodell" unter Heranziehung des Umgehungsgedankens (§ 5 HWiG) argumentiert (BGH, Urt. v. 20. Januar 1997 - II ZR 105/96, ZIP 1997, 511, 512).

9 2. a) Widerruft der in einer sog. Haustürsituation beigetretene Gesellschafter seine Beitrittserklärung zu einem geschlossenen Immobilienfonds der hier vorliegenden Art (dasselbe Problem kann sich auch bei Immobilienfonds in Gestalt von Kommanditgesellschaften oder bei einem Beitritt zu einem Verein oder einer Genossenschaft stellen), sieht die nationale Rechtsprechung darin keinen ex tunc wirkenden Rücktritt von dem Gesellschaftsbeitritt, sondern behandelt die Erklärung als außerordentliche Kündigung, die folgerichtig nicht zu einer rückwirkenden Beseitigung der Gesellschafterstellung im Sinne einer grundsätzlich in § 3 HWiG für den Fall des Widerrufs vorgesehenen Rückabwicklung des Vertrages führt. Dementsprechend wird der widerrufende Gesellschafter bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung wie ein Gesell-

schafter mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten behandelt, er ist zur Leistung seiner Einlage, soweit sie noch nicht vollständig erbracht ist, verpflichtet und nimmt bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens an den Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft teil (BGHZ 153, 214, 221; 156, 46, 52 f.; 54; Sen.Urt. v. 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 491). Mit dem Wirksamwerden des Ausscheidens tritt an die Stelle der Mitgliedschaft der Anspruch auf Zahlung des dem Verkehrswert des Anteils im Zeitpunkt des Ausscheidens entsprechenden Auseinandersetzungsguthabens. Dem ist die Literatur weitgehend gefolgt (Armbrüster, Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz - Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen S. 1, 17 ff.; Schubert, WM 2006, 1328, 1332 ff.; Lenenbach, WM 2004, 501, 503; Louven, BB 2001, 1807, 1808; M. Schwab, ZGR 2004, 861, 892; Wallner, BKR 2003, 799, 800; a.A. Rolfing, NZG 2003, 854, 858; Renner, DStR 2001, 1988, 1989; N. Fischer, DB 2003, 83, 86; Strube, BKR 2003, 802, 803 f.; kritisch auch Hammen, WM 2008, 233 ff.).

10 b) Die Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt kann daher für den nach § 3 HWiG widerrufenden Gesellschafter zum einen dazu führen, dass sein Abfindungsguthaben wegen während seiner Mitgliedschaft eingetretener, von ihm mitzutragender Verluste der Gesellschaft geringer ist als seine Einlageleistung; ihre Anwendung kann sogar, wie im vorliegenden Fall, dazu führen, dass wegen der von der Gesellschaft während der Dauer der Mitgliedschaft des Widerrufenden erwirtschafteten Verluste das Abfindungsguthaben negativ ist, der widerrufende Gesellschafter also nicht nur seine Einlage nicht zurückerhält, sondern seinerseits zu Zahlungen an die Gesellschaft verpflichtet ist.

11 3. Diese Form der Abwicklung eines sog. fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts geht auf die Rechtsprechung bereits des Reichsgerichts (RGZ 57, 292,

297 f.) zurück. Sie trägt der Besonderheit des Gesellschaftsrechts Rechnung, dass - nachdem die Organisationseinheit erst einmal, wenn auch auf fehlerhafter Grundlage in Vollzug gesetzt worden ist - die Ergebnisse dieses Vorgangs, der regelmäßig mit dem Entstehen von Verbindlichkeiten verbunden ist, nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden können. Diese Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, der der fehlerhafte Gesellschaftsbeitritt gleichsteht (BGHZ 26, 330, 334 ff.; BGHZ 153, 214, 221; Sen.Urt. v. 14. Oktober 1991 - II ZR 212/90, WM 1992, 490, 491; v. 2. Juli 2001 - II ZR 304/00, ZIP 2001, 1364, 1366), gehört zum "gesicherten Bestandteil des Gesellschaftsrechts" (BGHZ 55, 5, 8). Danach kommt bei vorhandener, aber fehlerhafter rechtsgeschäftlicher Grundlage der Gesellschaftsgründung oder des Gesellschaftsbeitritts nur eine Auflösung für die Zukunft, nicht aber die Rückabwicklung in Betracht. Die Wirksamkeitsdefizite bei der rechtsgeschäftlichen Grundlage, die nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts (z.B. §§ 119, 123 BGB) zur Unwirksamkeit führen, wirken nur vom Zeitpunkt ihrer Geltendmachung an. Hierin ist grundsätzlich ein gerechter Ausgleich zu sehen zwischen einerseits den Interessen der (anderen) Mitglieder am Bestand der Gesellschaft und der Gläubiger an der Erhaltung der Haftungsmasse, andererseits den Interessen ausscheidungswilliger Gesellschafter, sich auf die Fehlerhaftigkeit des Beitritts berufen zu können. Die gegenläufigen Interessen des Beitretenden, der Mitgesellschafter und der Gläubiger der Gesellschaft werden gleichmäßig berücksichtigt. Darin liegt die Eigenheit der gesellschaftsrechtlichen Konstellation. Die vermögensmäßigen Grundlagen der in Vollzug gesetzten, am Wirtschaftsleben teilnehmenden Gesellschaft würden beeinträchtigt, wenn fehlerhafte Gesellschaftsbeitritte entsprechend den bürgerlich-rechtlichen Folgen rückabgewickelt würden. Das erscheint nicht nur im Interesse der Gläubiger, sondern gerade auch der Mitgesellschafter unvertretbar, weil der Ausfall eines Gesellschafters zu einer höheren finanziellen Belastung der verbleibenden führen kann, mit der

diese weder gerechnet haben, noch rechnen mussten. Hinzu kommt, dass die rückwirkende Vernichtung der Mitgliedschaft im Hinblick auf die zwischenzeitlich geschaffenen Rechtstatsachen, etwa aufgrund der unter Mitwirkung des widerrufenden Gesellschafters gefassten Beschlüsse, zu Schwierigkeiten führt, auf die die schuldrechtlichen Rückabwicklungsvorschriften nicht zugeschnitten sind (Sen.Urt. v. 11. März 1976 - II ZR 127/74, WM 1976, 475, 476; BGHZ 148, 201, 207; Goette, DStR 1996, 266, 267).

12 4. a) Die Gründe, die grundsätzlich zur Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages bzw. des Gesellschafterbeitritts führen können, ergeben sich aus den allgemein bürgerlich-rechtlichen Regeln. Dazu gehören vor allen Dingen die Anfechtungstatbestände wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung (§§ 119, 123 BGB), Dissens (§ 154 BGB), die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung, die Mitwirkung Minderjähriger oder Geschäftsunfähiger sowie der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Mit Ausnahme des Beitritts Minderjähriger oder Geschäftsunfähiger sowie des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten geht die Rechtsprechung stets davon aus, dass der Vollzug der Gesellschaft bzw. des fehlerhaften Beitritts zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt, das nur für die Zukunft durch Kündigung aufgelöst werden kann.

13 b) In den genannten Ausnahmefällen (Mitwirkung Minderjähriger oder Geschäftsunfähiger und Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB) hat die Rechtsprechung die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bzw. den fehlerhaften Beitritt deshalb abgelehnt, weil die Nichtanwendung der allgemeinen Regeln über Anfechtung und Nichtigkeit zu Ergebnissen führen würde, die mit höherrangigen rechtlich geschützten Interessen der Allgemeinheit nicht vereinbar sind bzw. den nach der Rechtsordnung gebotenen Schutz bestimmter Personengruppen verfehlen (vgl. nur BGHZ 62, 234, 241; 75, 214, 217 f.; 97,

243, 250). Die Grenze für die Anerkennung der in Vollzug gesetzten fehlerhaften Gesellschaft ist dort erreicht, wo die Beteiligten mit ihrer gemeinsamen Tätigkeit gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Die Rechtsordnung führte sich ad absurdum, würde sie das von ihr verbotene Geschäft nur deswegen als gültig behandeln, weil es von einer gesellschaftsrechtlich verbundenen Gruppe betrieben wird. Entsprechendes gilt für die Gesellschaften, deren Zweck gegen die guten Sitten verstößt (BGHZ 55, 5, 9 f.). Gleichermaßen überwiegendes Gewicht kommt dem Schutz geschäftsunfähiger oder nicht voll geschäftsfähiger Personen vor den Folgen ihrer ohne Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter geschlossenen Rechtsgeschäfte zu, was es rechtfertigt, deren Beitritt den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Unwirksamkeitsfolgen zu unterstellen.

14 c) Hingegen wird ein derart höherrangiger Schutzzweck in ständiger Rechtsprechung selbst dann verneint, wenn der Gesellschafter aufgrund einer arglistigen Täuschung zu dem Gesellschaftsbeitritt veranlasst worden ist (BGHZ 26, 330, 335; 63, 338, 344; 148, 201, 207; 159, 280, 291). Auch der arglistig getäuschte Gesellschafter kann die Unwirksamkeit seines Beitritts nur mit Wirkung ex nunc geltend machen. Eine andere Sichtweise, d.h. ein Abstellen auf die bürgerlich-rechtlichen Nichtigkeitsfolgen, würde nicht allein die Gläubigerinteressen vernachlässigen, sondern auch diejenigen der übrigen Gesellschafter; gerade bei Publikumsgesellschaften findet sich die Erscheinung, dass diese Personen unter ähnlichen Bedingungen beigetreten und daher im Ausgangspunkt nicht weniger schutzwürdig sind, als der anfechtende Gesellschafter. Soweit diese nach den einschlägigen Regelungen den Widerruf nicht mehr erklären können, müssten sie nicht nur die Folgen ihres eigenen, von einer fehlerhaften Willensbildung getragenen Beitritts tragen, sondern auch noch die auf den widerrufenden Gesellschafter entfallenden Lasten mittragen. Sie sind ferner dem sog. "Windhundrennen" ausgesetzt, wie unten noch auszuführen ist. Denn durch den rückwirkenden Wegfall einiger Gesellschafter erhöhen sich die von

den Einlagen der verbleibenden Gesellschafter abzuschreibenden Verluste und ebenso der Umfang evtl. zu leistender Nachschüsse im Falle der Überschuldung. Diese gegenüber einem schuldrechtlichen Austauschverhältnis bei weitem vielschichtigere Interessenlage rechtfertigt auch bei einem durch arglistige Täuschung veranlassten Gesellschaftsbeitritt die Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt. In der Literatur hat diese Beurteilung im Wesentlichen uneingeschränkte Zustimmung erfahren (Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I/1 S. 23 ff.; Staub/Ulmer, HGB 4. Aufl. § 105 Rdn. 353; MünchKommBGB/Ulmer 4. Aufl. § 705 Rdn. 340; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB 5. Aufl. § 105 Rdn. 212; Wiedemann, WM 1990, Beilage 8 S. 26 f.; Soergel/Hadding, BGB 12. Aufl. § 705 Rdn. 83).

15 Wenn aber selbst die Interessen des betrogenen Gesellschafters nicht als gewichtiger einzustufen sind als diejenigen des Rechtsverkehrs und der übrigen Gesellschafter, kann zugunsten desjenigen, der in der Haustürsituation - gesetzestypisch überrumpelt, also in der freien Willensbildung beeinträchtigt - seine Beitrittserklärung abgegeben hat, nach der von der überwiegenden Meinung im Schrifttum geteilten langjährigen Rechtsprechung des Senats schwerlich anderes gelten.

16 5. Der Senat hat unter Beachtung - insbesondere - des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 25. Oktober 2005 (Rs C-350/03 Schulte, ZIP 2005, 1959 ff.) und der sich hieran anschließenden Diskussion im Schrifttum inzwischen Zweifel, ob die aufgezeigten, nach deutschem Recht mit dem Widerruf der Beitrittserklärung zu einer Gesellschaft nach § 3 HWiG für den Verbraucher verbundenen Rechtsfolgen mit der Richtlinie 85/577/EWG in Einklang stehen, nach deren Art. 5 Abs. 2 die Anzeige des Rücktritts von den eingegangenen Verpflichtungen bewirkt, dass der Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen ist.

17 a) In der Rechtssache Rs 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, die im Licht der Zielsetzung der Richtlinie und in einer Weise, die ihre praktische Wirksamkeit gewährleistet, auszulegen sind ("effet utile"). Die Mitgliedstaaten müssen zur Erfüllung ihrer Verpflichtung aus einer Richtlinie alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten (Tz. 67, 69). 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 (Tz. 88, 92).

18 b) Eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands erfolgt bei Anwendung der Grundsätze über den fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt, wie unter III. 2. dargestellt, nicht.

19 Der Senat hält gleichwohl die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft im Falle des Widerrufs nach dem HWiG für geboten. Die Ursache für den Konflikt zwischen Verbraucherschutz und Gesellschaftsrecht liegt in den unterschiedlichen Ausrichtungen beider Rechtsgebiete. Das HWiG orientiert seine Regelungen an auf Gegenseitigkeit beruhenden Rechtsverhältnissen, d.h. an klassischen Austauschverträgen wie Kauf-, Werk- und Dienstverträgen, die der Verbraucher als Konsument abschließt. Dabei sind die Regelungen des HWiG von der Vorstellung geprägt, dass sich ein strukturell unterlegener Verbraucher und ein Unternehmer gegenüberstehen. Angesichts dessen hat die Anwendung des HWiG auf einen Gesellschaftsbeitritt Ausnahmecharakter. Sie führt zu einem Konflikt zwischen den Interessen des Anlegers und der Mit-

gesellschafter bzw. der Drittgläubiger, der in der gesetzlichen Regelung keine Berücksichtigung, geschweige denn eine Lösung gefunden hat. Auf diesen Interessenkonflikt ist hingegen das Gesellschaftsrecht zugeschnitten. Die Interessen der Drittgläubiger finden Berücksichtigung. Die gesellschaftsrechtliche Sichtweise kann indessen den besonderen Schutz des Verbrauchers, soweit es nicht um die Lösung der Verbindung für die Zukunft geht, nicht gewährleisten. Der so beschriebene Konflikt zwischen dem HWiG und der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beruht darauf, dass beide das Zusammentreffen von Verbraucherschutz und Gesellschaftsrecht nicht in den Blick nehmen.

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 (Flume, Allgemeiner Teil des BGB, I/1 S. 15 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 4. Aufl. S. 136 f.). Gerade bei dem Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds zeigt sich, dass diese Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit ihrerseits verbraucherschützenden Charakter hat. Geschützt werden durch die Regelung über die fehlerhafte Gesellschaft gerade auch die Mitgesellschafter (BGHZ 148, 201, 207; Sen.Urt. v. 11. März 1976 - II ZR 127/74, WM 1976, 475, 476), bei denen es sich insbesondere im Bereich der geschlossenen Immobilienfonds regelmäßig ebenfalls um Verbraucher handelt. Deren Interessen wären durch die verbraucherschutzrechtlichen Widerrufsregeln gleich in mehrfacher Hinsicht - nachteilig - betroffen. Die Mitgesellschafter haben ein schützenswertes Interesse daran, dass die Beteiligungsbasis (der Gesellschafterkreis) sich nicht schmälert. Dasselbe gilt hinsichtlich der Liquiditäts- und der Kapitalbasis (das gesamte Gesellschaftsvermögen), die zum Nachteil der verbleibenden Gesellschafter verringert würden, erhielte der ausscheidende Gesellschafter einen

höheren Betrag ausbezahlt als das auf seine Beteiligung entfallende Auseinandersetzungsguthaben. Vor allem haben aber Gesellschafter, die ihrerseits gleichfalls nach den einschlägigen Regeln zur Lösung des Gesellschaftsverhältnisses durch Rückgängigmachung ihrer Beteiligung berechtigt wären, ein Interesse daran, nicht einem Wettlauf ("Windhundrennen") um das Gesellschaftsvermögen ausgesetzt zu sein: Der Gesellschafter, der schnell handelt, erlangte die volle Einlage zurück; die übrigen widerrufenden Anleger hätten die Folgen zu tragen; dies wirkt in besonderem Maße dann nachteilig, wenn die Gesellschaft aufgrund der Erfüllung der zuerst geltend gemachten Rückzahlungsverlangen in die Insolvenz getrieben wird. Derartige rechtliche und vor allem wirtschaftliche/finanzielle Folgen sind unvereinbar mit dem gesellschaftsrechtlichen Gebot einer gleichmäßigen Behandlung aller (betroffenen) Gesellschafter.

21 Die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft führt hingegen zu einem gerechten Interessenausgleich: Die übrigen Mitgesellschafter müssen zwar das Ausscheiden des Anlegers mit den mit jeder Kündigung verbundenen finanziellen Folgen hinnehmen, obwohl sie für die Fehlerhaftigkeit der Beteiligung, soweit sie nicht die Initiatoren der Gesellschaft sind, nicht verantwortlich sind. Das finanzielle Risiko der Fondsbeteiligung wird ihnen jedoch nicht einseitig in der Weise aufgebürdet, dass der widerrufende Gesellschafter seine Einlage ungeschmälert zurückerlangt wegen eines Fehlers, der den Mitgesellschaftern nicht anzulasten ist (in diesem Sinne auch Lenenbach, WM 2004, 501, 503; Krohn/C. Schäfer, WM 2000, 112, 118; Louven, BB 2001, 1807, 1809; M. Schwab, ZGR 2004, 861, 862; Armbrüster, Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz - Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen S. 1, 26 ff.).

22 6. Die Entscheidung darüber, ob Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass davon der Beitritt zu einer Personen-, Personenhandels-

gesellschaft, einem Verein oder einer Genossenschaft umfasst ist, wenn der Zweck des Beitritts vorrangig die in der ersten Frage formulierten Ziele verfolgt und nicht darin besteht, Mitglied der Gesellschaft oder Vereinigung zu werden, was vor allem bei der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds zutrifft, und ob die Bestimmungen der Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 der Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie der Behandlung des widerrufenden Verbrauchers als (zunächst) wirksam beigetretenen Gesellschafter mit allen daraus folgenden Rechten und Pflichten bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerrufs entgegenstehen, ist gemäß § Art. 234 EG dem Gerichtshof der Europäischen

Gemeinschaft vorbehalten. Der Rechtsstreit ist daher auszusetzen und die vorbezeichneten Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts sind dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Goette Kraemer Strohn

Caliebe Reichart

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 25.04.2006 - 34 O 16095/05 -
OLG München, Entscheidung vom 23.11.2006 - 8 U 3479/06 -