BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 387/02

Verkündet am:
21. Juli 2003
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 705
VerbrKrG (in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) § 9

a) § 9 Abs. 3 VerbrKrG (Einwendungsdurchgriff, vgl. § 359 BGB in der ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung) findet auf den kreditfinanzierten Erwerb einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft entsprechende Anwendung. Wenn der Vertrag über den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung mit dem zur Finanzierung der Einlage geschlossenen Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft bildet, kann der unter Verletzung einer Aufklärungspflicht oder durch Täuschung zum Gesellschaftsbeitritt veranlaßte Anleger sein Recht, jederzeit fristlos unter Forderung des ihm nach den Regeln des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts zustehenden Abfindungsguthabens aus der Anlagegesellschaft auszuscheiden, auch dem Rückzahlungsanspruch des Kreditinstituts entgegenhalten.

b) Die Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG (Rückforderungsdurchgriff, vgl. § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB in der ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung) ist in Fällen des § 9 Abs. 3 VerbrKrG entsprechend anzuwenden.

BGH, Urteil vom 21. Juli 2003 - II ZR 387/02 - OLG Karlsruhe
LG Mosbach

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juli 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Kraemer, Münke, Dr. Graf und Dr. Strohn

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 24. April 2002 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch, mit dem der Beklagte seinen Beitritt zu dem geschlossenen Immobilienfonds "G."
finanziert hatte.

Das Anlagekonzept für den Fonds, den die G. W. (GW.) initiiert hatte und vertrieb, sah vor, daß die Anleger

über die Treuhänderin, S. mbH,
St., der Fondsgesellschaft beitraten und sich die Mittel für ihre Einlage durch Bankdarlehen beschafften. Der Fondsbeitritt wurde durch Vermittler eingeleitet, die Interessierten einen vollständig ausgefüllten formularmäßigen Darlehensvertrag der Klägerin zur Unterschrift vorlegten.

Der Beklagte unterzeichnete am 1. September 1995 einen Antrag auf Gewährung eines am 1. August 2015 rückzahlbaren, durch eine Kapitallebensversicherung abzulösenden Darlehens über 68.888,88 DM und trat dem Fonds, vertreten durch die von ihm bevollmächtigte Treuhandgesellschaft, mit notariellem Vertrag vom 21. Dezember 1995 unter Übernahme von vier Anteilen von je 15.000,00 DM bei. Seine Einlage wurde von der Treuhandgesellschaft, an die die Klägerin die Darlehensvaluta ausgezahlt hatte, der Fondsgesellschaft zugeleitet.

Den vom Beklagten monatlich zu leistenden Zins- und Prämienzahlungen standen zunächst planmäßige Ausschüttungen aus Mieteinnahmen durch die Fondsgesellschaft gegenüber. Als die Ausschüttungen ab Sommer 2000 ausblieben, konnte der Beklagte die monatliche Zinslast nicht mehr tragen. Er stellte die Zinszahlungen an die Klägerin ein, die daraufhin das Darlehen fällig stellte und zum 6. Dezember 2000 Rückzahlung von 68.985,60 DM verlangte. Mit Anwaltsschreiben vom 10. April 2001 ließ der Beklagte seinen Beitritt zur Fondsgesellschaft gemäß § 123 BGB anfechten, hilfsweise seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft fristlos, hilfsweise fristgerecht, kündigen.

Der Beklagte ist der Ansicht, von den Vertreibern der Fondsanteile über den Wert des Anlageobjekts getäuscht worden zu sein. Es sei, wie den Fondsbetreibern bekannt gewesen sei, nur 5,8 Mio. DM wert gewesen, 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

Fondsgesellschaft habe es jedoch für insgesamt 10,8 Mio. DM erworben. Angesichts der den Anlegern verschwiegenen "weichen Kosten" in Millionenhöhe sei es ausgeschlossen gewesen, daß die Kapitalanlage jemals Gewinn abwerfen würde. Die Klägerin müsse sich die Arglist der Fondsbetreiber entgegenhalten lassen. Der Beklagte hat im Wege der Widerklage Rückzahlung der an die Klägerin geleisteten Zinsbeträge von 12.072,49 DM sowie Freistellung von sämtlichen Verpflichtungen aus seinem Beitritt zur Fondsgesellschaft verlangt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit seiner - zugelassenen - Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin gemäß seinen Widerklageanträgen.

Entscheidungsgründe:

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

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dem unstreitigen Darlehensrückzahlungsanspruch der Klägerin stünden Gegenrechte des Beklagten weder aus dem Gesichtspunkt der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten noch auf Grund Einwendungsdurchgriffs nach dem Verbraucherkreditgesetz (in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) wegen arglistiger Täuschung beim Fondsbeitritt gegenüber. Deshalb fehle es auch für die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche an einer Grundlage. Eine Aufklärungspflichtverletzung seitens der Klägerin liege nicht vor, weil diese keinen konkreten Wissensvorsprung im Hinblick auf die vom Beklagten behauptete Wertlosigkeit der

Gesellschaftsbeteiligung gehabt und auch die neutrale Rolle der Kreditgeberin nicht verlassen habe.

Eine arglistige Täuschung der Anlagegesellschafter durch die Initiatorin bzw. die von ihr eingesetzte Vertriebsorganisation führe, weil sie bei Publikumsgesellschaften den Gesellschaftern nicht zurechenbar sei, nicht zu einem Schadensersatzanspruch gegen die Fondsgesellschaft, den der Beklagte der Klägerin entgegenhalten könnte. Der getäuschte Gesellschafter könne seine Mitgliedschaft nur nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft beenden, die jedoch im Verhältnis zur Finanzierungsbank nicht zur Entkräftung des Darlehensrückzahlungsanspruchs führten. § 9 Abs. 3 VerbrKrG sei auf Fälle der finanzierten Beteiligung an einer Fondsgesellschaft weder unmittelbar noch gemäß § 9 Abs. 4 VerbrKrG entsprechend anwendbar, weil es bei der Gesellschaftsbeteiligung an einem Austauschverhältnis der Leistungen fehle. Jedenfalls aber stünden die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft der Anwendung des § 9 Abs. 3 VerbrKrG entgegen, da sie dem getäuschten Gesellschafter nicht eine Rückabwicklung der Beteiligung ermöglichten, sondern ihm lediglich einen Abfindungsanspruch nach Maßgabe des § 738 BGB gewährten.

II. 1. Ohne Erfolg muß die Revision allerdings bleiben, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Verletzung einer eigenen vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch die Klägerin verneint hat.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach die Prüfung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit des zu finanzierenden Geschäfts nicht zu den vorvertraglichen Aufgaben der finanzierenden Bank gehört, steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGH, Urteile

v. 27. Juni 2000 - XI ZR 174/99, ZIP 2000, 1430 und XI ZR 210/99, ZIP 2000, 1483).

Ebensowenig läßt es einen Rechtsfehler erkennen, wenn das Berufungsgericht sich auf der Grundlage des Sachvortrags des Beklagten außerstande gesehen hat, das Vorliegen von Umständen festzustellen, unter denen die Bank nach dieser Rechtsprechung ausnahmsweise zur Aufklärung und Warnung des Kunden verpflichtet sein kann. Der Beklagte hat weder schlüssig darlegen können, daß die Klägerin einen konkreten, auch von ihr selbst als solchen erkannten Wissensvorsprung im Hinblick auf die von ihm behauptete Wertlosigkeit der Gesellschaftsbeteiligung besessen noch daß sie über ihre Rolle als neutrale Kreditgeberin hinausgegangen sei. Der auch in der Revisionsinstanz wiederholte, als übergangen gerügte Vortrag des Beklagten, die Klägerin müsse die Anlage zwangsläufig detailliert geprüft haben, weil sie im Gegensatz zu anderen Banken in Kenntnis des Emissionsprospekts fast alle Anteile finanziert und diese als Sicherheit akzeptiert habe, reicht dazu ersichtlich nicht aus. In Ermangelung eigener Aufklärungspflichten kann die Klägerin auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß für etwa unterlassene Aufklärungen der Anleger durch den Anlagevermittler verantwortlich gemacht werden.

2. Dagegen begegnet die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Frage der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes (in seiner bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts findet § 9 Abs. 3 VerbrKrG auf durch Kredit finanzierte Beteiligungen an einer Anlagegesellschaft Anwendung. Der durch Verletzung der ihm geschuldeten Aufklärung zum Beitritt veranlaßte Anleger kann sein Recht zur jederzeitigen fristlosen Beendigung seiner

Beteiligung und Auszahlung seines Abfindungsguthabens bei Vorliegen eines Verbundgeschäfts auch gegenüber dem finanzierenden Institut geltend machen. Daher trägt auch die Begründung des Berufungsgerichts für die Abweisung der Widerklage nicht.

a) Die Vorschriften des § 9 Abs. 1 - 3 VerbrKrG gelten nach § 9 Abs. 4 dieses Gesetzes entsprechend für Kredite, die zur Finanzierung des Entgelts für eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache gewährt werden. Bei dem Erwerb einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft handelt es sich um ein Geschäft über eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache. Das ergibt sich aus dem Zweck der Regelungen des § 9 VerbrKrG, den Verbraucher davor zu schützen, einen Kredit auch dann in voller Höhe zurückzahlen zu müssen, wenn der Vertragspartner des finanzierten Geschäfts seine Leistungen nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt. Diesem Zweck wird die vom Berufungsgericht angenommene Begrenzung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Fälle, die dem Grundmodell des kaufrechtlichen Leistungsaustausches entsprechen, nicht gerecht.

b) Der Vertrag des Beklagten über den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung bildet nach § 9 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG ein mit dem Kreditvertrag der Parteien verbundenes Geschäft, da der Kredit der Finanzierung der Gesellschaftseinlage des Beklagten diente und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind.

Die wirtschaftliche Einheit wird nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG unwiderleglich vermutet, wenn sich der Kreditgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluß des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers bedient, was im Falle des Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds der Mitwirkung der

Fondsgesellschaft entspricht. Von einer Mitwirkung der Fondsgesellschaft ist auszugehen, wenn der Kreditvertrag nicht auf Grund eigener Initiative des Kreditnehmers zustande kommt, der von sich aus eine Bank um die Finanzierung seines Gesellschaftsbeitritts ersucht, sondern deshalb, weil der Vertriebsbeauftragte des Fondsvertreibers dem Interessenten zugleich mit den Beitrittsunterlagen einen Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt hat, das sich zuvor dem Fondsvertreiber gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte. Der Beklagte hat den Kredit, wie dies nach dem Anlagekonzept der Initiatorin der Fondsgesellschaft vorgesehen war, durch Unterzeichnung eines ihm vom Vermittler der Fondsbeteiligung vorgelegten Antragsformulars der Klägerin beantragt.

c) Der Beklagte kann die Rückzahlung des Kredits gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG insoweit verweigern, als ihm infolge der fristlosen Kündigung seiner Beteiligung an der Fondsgesellschaft gegen diese ein Abfindungsanspruch zusteht.

aa) Im Ergebnis zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß dem Anleger auf Grund einer Täuschung durch die Initiatoren bzw. die von ihnen eingesetzte Vertriebsorganisation kein Anspruch auf Schadensersatz aus Verhandlungsverschulden gegen die Fondsgesellschaft zusteht, den er über § 9 Abs. 3 VerbrKrG dem Anspruch des finanzierenden Kreditinstituts entgegenhalten könnte. Der Grund liegt nach ständiger Rechtsprechungspraxis in der Überlegung, daß bei rein kapitalistisch organisierten Gesellschaftsbeteiligungen der einzelne Gesellschafter auf die Beitrittsverträge neuer Gesellschafter keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten hat und demgemäß die Gesellschafter dem am Beitritt interessierten Dritten gegenüber überhaupt nicht in Erscheinung treten. Der (getäuschte) Beitrittswillige bringt regelmäßig nur dem die Verhandlung füh-

renden Vertreter der Gesellschafter, nicht aber diesen oder der Gesellschaft Vertrauen entgegen. Daher ist es gerechtfertigt, nur diesen Vertreter persönlich und nicht auch die übrigen Gesellschafter haften zu lassen. Anders läßt sich eine geordnete Auseinandersetzung der Fondsgesellschaft nach dem Regelwerk über die fehlerhafte Gesellschaft bzw. den fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt nicht durchführen (vgl. H.P. Westermann, ZIP 2002, 240, 243, 245 li.Sp. unten/re.Sp. oben).

bb) Ebensowenig steht dem Anspruch des finanzierenden Kreditinstituts als Gegenstand eines Einwendungsdurchgriffs nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG ein Anspruch des Anlegers gegen die Fondsgesellschaft auf ungeschmälerte Rückerstattung seiner Einlage entgegen. Dies folgt zwar nicht bereits daraus, daß die Einlage schon geleistet ist. Da in der Situation des Verbundgeschäfts die Forderung aus dem entgeltlichen Vertrag nach § 9 Abs. 4 VerbrKrG mittels der zumeist von dem Finanzierungsinstitut direkt an den Gläubiger ausgezahlten Kreditsumme bereits beglichen ist, fingiert § 9 Abs. 3 Satz 1 VerbrKrG die Nichterbringung der Leistung gegenüber dem Verkäufer ("berechtigen würde"), so daß zu fragen ist, ob der Kreditnehmer, wenn er die geschuldete Leistung an den Gläubiger des finanzierten Vertrags noch nicht erbracht hätte, berechtigt wäre, sie zu verweigern. Ist die Frage zu bejahen, ist der Kreditnehmer auch gegenüber der Bank zur Verweigerung der Bezahlung der noch offenstehenden Kreditraten berechtigt (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB 13. Aufl. (2001) § 9 VerbrKrG Rdn. 66, 75; MünchKomm.BGB/Habersack, 3. Aufl. § 9 VerbrKrG Rdn. 74; ders. Bankrecht 2000, 235, 243; Bülow, VerbrKrG 4. Aufl. § 9 Rdn. 104).

Das Fehlen eines Anspruchs auf ungeschmälerte Rückerstattung der Einlage folgt jedoch aus den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft. Da-

nach führt ein fehlerhafter Gesellschaftsbeitritt grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des Beitritts nach allgemeinen Grundsätzen. Der Gesellschaftsbeitritt ist vielmehr, wenn er in Vollzug gesetzt worden ist, zunächst wirksam. Der Gesellschafter, der sich auf den Mangel berufen will, hat aber das Recht, sich jederzeit auf dem Wege der außerordentlichen Kündigung von seiner Beteiligung für die Zukunft zu lösen. An die Stelle des ihm nach allgemeinen Grundsätzen zustehenden Anspruchs auf Rückzahlung der geleisteten Einlage tritt - auch bei einem durch arglistige Täuschung verursachten Beitritt - ein Anspruch auf das ihm nach den Grundsätzen gesellschaftsrechtlicher Abwicklung zustehende Abfindungsguthaben. Dessen Höhe bemißt sich nach dem Wert der Beteiligung im Kündigungszeitpunkt, weil der Anleger, da seiner Kündigung nach den Regeln des Gesellschaftsrechts keine Rückwirkung zukommt, an den bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft im Verhältnis seiner Beteiligung teilnimmt.

cc) Das Recht zur fristlosen Kündigung der Beteiligung, das dem unter Verletzung einer Aufklärungspflicht oder sogar unter arglistiger Täuschung zur Beteiligung veranlaßten und damit fehlerhaft beigetretenen Anlagegesellschafter zusteht, unterliegt anders als ein Schadensersatzanspruch nicht der Verjährung, sondern nur der Verwirkung. Es braucht daher nicht in einer bestimmten Frist nach Kenntniserlangung von dem Mangel geltend gemacht zu werden, sondern ist erst verwirkt, wenn sich die Gesellschaft wegen der Untätigkeit des getäuschten Anlegers über einen gewissen Zeitraum hinweg ("Zeitmoment") bei objektiver Beurteilung darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dieser werde von seinem Recht nicht mehr Gebrauch machen ("Umstandsmoment"), und die verspätete Geltendmachung daher gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstieße.

Das Kündigungsrecht kann unmittelbar der Fondsgesellschaft gegenüber ausgeübt werden, aber auch dadurch, daß der getäuschte Anleger (lediglich) dem Finanzierungsinstitut mitteilt, er sei durch Täuschung zum Erwerb der Beteiligung veranlaßt worden, und ihm die Übernahme seines Gesellschaftsanteils anbietet. Diese Mitteilung an das Finanzierungsinstitut genügt mit Rücksicht darauf, daß Fondsbeitritt und Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft bilden (s. oben II. 2. b). Soweit sich aus den Entscheidungen des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 27. Juni 2000 - XI ZR 174/99 und XI ZR 210/99, jeweils aaO, etwas anderes ergeben sollte, hält der XI. Zivilsenat daran nicht mehr fest, wie er auf Anfrage mitgeteilt hat.

d) Mit der Berufung auf den Abfindungsanspruch macht der Anleger eine Einwendung i.S. des § 9 Abs. 3 VerbrKrG geltend. Hätte er seine Gesellschaftseinlage noch nicht erbracht, so könnte er deren Zahlung zwar nicht verweigern, weil seine Kündigung die Einlageverpflichtung nicht rückwirkend entfallen ließ. Er könnte der Einlageforderung jedoch im Wege der dolo-facit-Einrede seinen Abfindungsanspruch entgegensetzen oder mit diesem Anspruch gegen den Einlageanspruch aufrechnen.

e) Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß der Beklagte durch arglistige Täuschung - Verschweigen von sog. "weichen Kosten" in Höhe mehrerer Mio. DM - durch die von den Fondsbetreibern als Vermittler eingeschaltete Vertriebsperson zum Erwerb der Fondsbeteiligung bestimmt wurde. Es ist auf dieser Grundlage rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß dem Beitritt des Beklagten damit ein Mangel anhaftete, aus dem ihm zwar kein Schadensersatzanspruch gegen die Fondsgesellschaft erwachsen konnte, der ihn aber nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft zur fristlosen Kündigung seiner Beteiligung berechtigte. Da der Beklagte seine Beteiligung an der Fondsgesell-

schaft unstreitig im April 2001 dieser gegenüber gekündigt hat und von einer Verwirkung des Kündigungsrechts keine Rede sein kann, weil eine Kenntnis des Beklagten von der arglistigen Täuschung frühestens ab Ausbleiben der Ausschüttungen der Mieteinnahmen im Sommer 2000 angenommen werden kann, verweigert er im Hinblick auf den ihm gegen die Fondsgesellschaft zustehenden Abfindungsanspruch mit Recht gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG die Begleichung der noch offenen Rückzahlungsansprüche der Klägerin.

3. a) Mit seinem auf Rückzahlung geleisteter Zinszahlungen gerichteten Widerklageantrag macht der Beklagte einen Anspruch auf Grund sog. Rückforderungsdurchgriffs entsprechend § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG geltend. Dieser Anspruch erweist sich auf der Grundlage der vom Berufungsgericht angenommenen arglistigen Täuschung des Beklagten als begründet.

aa) Das Gesetz sieht den Rückforderungsdurchgriff in der bezeichneten Vorschrift für den Fall des (berechtigten) Widerrufs der auf den Abschluß des Kreditvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers gemäß § 7 Abs. 1 VerbrKrG vor; eine entsprechende Regelung fehlt in § 9 Abs. 3 VerbrKrG. Die Entstehungsgeschichte des Verbraucherkreditgesetzes bietet jedoch keinen Anhalt für die Annahme, § 9 Abs. 3 VerbrKrG sei als abschließende Regelung im Sinne einer negativen Entscheidung des Gesetzgebers zu verstehen, die einen §§ 9 Abs. 2 Satz 4, 7 Abs. 1 VerbrKrG entsprechenden Rückforderungsdurchgriff im Falle des § 9 Abs. 3 VerbrKrG ausschließe. Die Gesetzesmaterialien sprechen vielmehr nachdrücklich für das Gegenteil. Der in der Begründung des Referentenentwurfs noch enthaltene Hinweis "Andererseits gewährt der Entwurf dem Verbraucher auch keinen Forderungsdurchgriff (Rückforderungsanspruch). Eine Haftung des Kreditgebers für einen Rückforderungsanspruch des Verbrauchers gegenüber dem Verkäufer ist ausgeschlos-

sen" (Referentenentwurf v. 10. Juni 1988, S. 34) wurde im Regierungsentwurf gestrichen (BT-Drucks. 11/5462, S. 23).

§ 9 Abs. 3 VerbrKrG ist damit als offene Vorschrift zu lesen, durch die der Gesetzgeber die Frage des Rückforderungsdurchgriffs bewußt Rechtsprechung und Lehre überlassen hat (Reinking/Nießen, ZIP 1991, 79, 84; Vollkommer, FS Merz, S. 595, 603; Goebbels, Der Rückforderungsdurchgriff des Verbrauchers im Rahmen der Rückabwicklung verbundener Geschäfte im Sinne des § 9 Verbraucherkreditgesetz, Diss. Bonn 2000, S. 46 ff.). Nach Ansicht des Senats besteht ein unabweisbares Bedürfnis, auch im Anwendungsbereich des § 9 Abs. 3 VerbrKrG eine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen nach Maßgabe der für das finanzierte Vertragsverhältnis geltenden Regeln zuzulassen. Im Rahmen finanzierter Fondsbeteiligungen spricht für diesen Ansatz, daß er einerseits wegen der Minderung des Rückzahlungsanspruchs um die Verlustbeteiligung das Anlagerisiko beim Verbraucher beläßt - wie bei jedem anderen Anleger auch - und daß andererseits die Bank und nicht der Verbraucher das Risiko der Insolvenz der Fondsgesellschaft trägt. Zugleich wird damit dem Grundprinzip Rechnung getragen, daß das Verbraucherkreditgesetz nicht vor allen Folgen einer fehlerhaften Kapitalanlage schützen und den Verbraucher, der eine Beteiligung über einen Kredit finanziert, nicht gegenüber Anlegern, die ihre Fondsbeteiligung eigenfinanziert haben, privilegieren will.

bb) In concreto bedeutet dies: Ist der Nettokreditbetrag der Fondsgesellschaft - wie im Falle des Beklagten - bereits zugeflossen, tritt das Kreditinstitut im Verhältnis zum Anleger bei der Rückabwicklung in die Rechte und Pflichten der Fondsgesellschaft ein. Im übrigen erfolgt die Rückabwicklung gemäß §§ 9 Abs. 2 Satz 4, 7 Abs. 4 VerbrKrG nach § 3 HaustürWG.

Das führt dazu, daß der Anleger nicht mehr zur Rückzahlung des Kredits verpflichtet ist, sondern das Kreditinstitut seinen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta mit seiner aus der Einnahme der Stellung der Fondsgesellschaft resultierenden Verpflichtung zur Auszahlung des Abfindungsguthabens des Anlegers zu saldieren hat (vgl. H.P. Westermann aaO, S. 248). Der Anleger bleibt, da ihm das Anlagerisiko nicht abgenommen werden und er auch gegenüber dem die Beteiligung aus eigenen Mitteln finanzierenden Gesellschafter nicht privilegiert werden soll, verpflichtet, in dem Fall, daß sein Abfindungsguthaben niedriger ist als die noch offene Darlehensvaluta, die Differenz an das Finanzierungsinstitut zu zahlen. Die Bank trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen und die Höhe des ihr gegen den Verbraucher etwa noch zustehenden Anspruchs. Deshalb ist sie auch hinsichtlich der Höhe des zu berücksichtigenden Abfindungsguthabens des Anlegers darlegungs- und beweispflichtig.

Der Anleger, der - wie der Beklagte - seine Beteiligung gekündigt hat, muß dem Kreditinstitut seinen Anspruch auf das Abfindungsguthaben zur Verfügung stellen, um es in die Lage zu versetzen, das Guthaben bei der Fondsgesellschaft einzufordern. Der Kreditgeber trägt das Risiko, das Abfindungsguthaben nicht realisieren zu können. Er kann sich bei dessen Uneinbringlichkeit nicht entsprechend § 128 HGB an die übrigen Gesellschafter des Fonds halten, weil nach der Rechtsprechung des Senats bei Publikumsgesellschaften eine Haftung der Gesellschafter für auf Beitrittsmängeln oder arglistiger Täuschung durch Initiatoren und Gründer der Gesellschaft beruhende Abfindungsforderungen von Mitgesellschaftern nicht in Betracht kommt. Sofern sich aus der Entscheidung BGHZ 148, 201, 206/207 etwas anderes ergeben sollte, hält der Senat daran nicht fest.

Das Kreditinstitut hat entsprechend § 3 Abs. 3 HaustürWG Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Zeit ab Auszahlung der Darlehensvaluta bis zur Kündigung der Beteiligung, während der Anleger analog § 9 Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG Rückzahlung der geleisteten Zins- und Tilgungsraten von ihm verlangen kann.

cc) Demnach fordert der Beklagte die unstreitig an die Klägerin gezahlten Zinsleistungen von 12.072,49 DM zu Recht mit der Widerklage zurück. Weil dieser Anspruch aber nur einen Teil der zwischen den Parteien durchzuführenden Rückabwicklung von Kredit und Gesellschaftsbeteiligung betrifft, kommt ihm nur die Bedeutung eines in die Gesamtabrechnung einzustellenden Rechnungspostens zu. Eine isolierte Entscheidung darüber verbietet sich, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die bisher über die Behandlung durch Kredit finanzierter Gesellschaftsbeteiligungen bestehende Rechtsunsicherheit. Diese Rechtsunsicherheit ist ursächlich dafür, daß die Klägerin Einwendungen gegen die Widerklageforderung - etwa nach der Saldierung mit dem Abfindungsguthaben des Beklagten verbleibende Ansprüche auf Darlehensrückzahlung und Nutzungsentschädigung - bislang nicht ermittelt und geltend gemacht hat.

b) Auch eine Entscheidung des Senats über das Freistellungsbegehren des Beklagten ist unter den gegebenen Umständen nicht veranlaßt.

III. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es, nachdem die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag erhalten haben,

die noch erforderlichen Feststellungen, auch hinsichtlich der bisher nur unterstellten arglistigen Täuschung des Beklagten, treffen kann.

Röhricht Kraemer Münke

Graf Strohn