

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

zu III.a) + b)

HTürGG § 1 Abs. 1 Nr. 1

GewO § 56 Abs. 1 Nr. 6 a.F.

Telefonwerbung fällt weder in den Anwendungsbereich des § 1
Abs. 1 Nr. 1 HWiG noch der §§ 55, 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a.F.

BGH, Urteil vom 16. Januar 1996 - XI ZR 57/95 - OLG München
LG Traunstein

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 57/95

Verkündet am:
16. Januar 1996
Wrede
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 1996 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Halstenberg, Dr. Schramm, Dr. Siol und Dr. Bungeroth

für Recht erkannt:

Die Revisionen des Klägers und der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Februar 1995 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob ein Darlehensvertrag, den die Beklagte 1988 mit Frau H. geb. J. geschlossen hat, wirksam ist und welche Ansprüche der Beklagten daraus gegen den Kläger als Rechtsnachfolger der Frau H. zustehen.

Der Kläger war bis zum 9. August 1990 alleiniger Aktionär der - damals noch als S.-Bank AG firmierenden - Beklagten; später veräußerte er seine Aktien. Er ist seit 15. März 1988 außerdem Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft, die sich als "S.-I. GbRmH" bezeichnet und die Mit-eigentum an einem Hotelgrundstück in M. erworben hatte. Schließlich war der Kläger auch Vorstand der "S.-Beteiligungs-AG" (später: V. AG), die als "Geschäftsbesorgerin" und Generalbevollmächtigte der BGB-Gesellschafter tätig war.

Nach dem Vortrag des Klägers wurde Frau H. am 18. Mai 1988 in ihrer Wohnung von einer - für die Beklagte tätigen - persönlichen Bekannten, Frau T., angerufen und in einem 1 1/2 stündigen Telefongespräch davon überzeugt, daß ein Beitritt zu der genannten BGB-Gesellschaft eine fantastische Kapitalanlage sei, für die sie keinen Pfennig eigenes Geld einsetzen müsse. Unstreitig unterschrieb Frau H. am 19. Mai 1988 in einem Büroraum des Hauses, in dem die Beklagte ihre Bankgeschäfte betreibt, eine Erklärung über ihren Beitritt zu der BGB-Gesellschaft mit einem Anteil vom 40.000 DM, einen Darlehensvertrag mit der Beklagten zur Finanzierung der Gesellschaftsbeteiligung und einen Treuhandvertrag. Als Sicherheit wurden der Beklagten der Gesell-

schaftsanteil der Darlehensnehmerin abgetreten und der Gesellschaftsanteil des Klägers in Höhe von 40.000 DM verpfändet. Frau H. wurde belehrt, daß sie ihre Beitrittserklärung und ihr Treuhandvertragsangebot innerhalb von 14 Tagen gegenüber der S.-Beteiligungs-AG widerrufen könne. Für den Darlehensvertrag wurde keine Widerrufsbelehrung erteilt.

Am 31. März 1991 teilte die V. AG den BGB-Gesellschaftern mit, aufgrund der Zinsentwicklung der letzten Jahre habe es sich als kaufmännisch vernünftigste Lösung ergeben, die Hotel-Restaurant-Immobilie an den Veräußerer zurückzugeben, die BGB-Gesellschaft aufzulösen und aus dem einbezahlten Betrag den Finanzierungskredit bei der Beklagten zurückzuführen. Das ist bisher nicht geschehen; nach dem Klägervortrag ist das Gesellschaftsvermögen als Festgeld angelegt.

Mit Schreiben vom 13. Dezember 1991 erklärte die V. AG im Namen der BGB-Gesellschafter gegenüber der Beklagten den Widerruf sämtlicher Darlehensverträge gemäß § 1 HWiG. Am 2. Juni/8. Juli 1993 schloß der Kläger mit Frau H. eine Formularvereinbarung, nach der er sie hinsichtlich der Forderungen der Beklagten aus dem Finanzierungsdarlehen freistellte, während sie ihm ihre Rechte und Pflichten aus ihrer Rechtsbeziehung zur Bank übertrug.

Der Kläger meint, der Darlehensvertrag sei gemäß §§ 134 BGB, 55, 56 GewO nichtig, die Beklagte habe daher nur Bereicherungsansprüche auf Rückzahlung des Darlehenskapitals. Er hat von ihr Rückübertragung des zur Sicherung

abgetretenen Gesellschaftsanteils der Frau H. und Aufgabe des Pfandrechts an seinem eigenen Gesellschaftsanteil verlangt Zug um Zug gegen Zahlung von 16.740 DM. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung von 30.159,84 DM. Dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt, der sich die Beklagte angeschlossen hat. Sie hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger zur Zahlung von 30.159,84 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Der Kläger hat Abweisung der Widerklage und im übrigen lediglich die Feststellung begehrt, daß der Beklagten nur noch ein Restbereicherungsanspruch von 10.901,50 DM gegen die S. GbRmH zustehe. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben und Klage und Widerklage abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien Revision eingelegt; sie verfolgen ihre Berufungsanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Beide Revisionen bleiben erfolglos.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seines Urteils ausgeführt:

Die Feststellungsklage sei zulässig, weil davon auszugehen sei, daß die Beklagte bei einem Erfolg dieser Klage die Freigabe der Sicherheiten nicht von einer Zahlung des Klägers abhängig gemacht hätte. Die Feststellungsklage sei

jedoch nicht begründet, da der Beklagten Ansprüche aus dem Darlehensvertrag vom 19. Mai/8. Juni 1988 zuständen. Die Darlehensnehmerin habe kein Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG gehabt; denn der Vertrag sei weder in einer Privatwohnung noch am Arbeitsplatz der Frau H. abgeschlossen worden. Daß die erste Kontaktaufnahme über den privaten Telefonanschluß der Darlehensnehmerin erfolgt sei, rechtfertige keine Anwendung des Haustürwiderrufsgesetzes; im übrigen habe zwischen dem Telefongespräch und dem Vertragsabschluß im Büro der Vermittlerin hinreichend Überlegungszeit bestanden. Der Darlehensvertrag sei auch nicht nach den §§ 55, 56 GewO a.F., 134 BGB nichtig; § 56 GewO sei seit dem Inkrafttreten des Haustürwiderrufsgesetzes kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB mehr; dem Schutz des Kunden vor Überrumpelung sei durch die gesetzliche Neuregelung hinreichend Rechnung getragen.

Die Widerklage sei ebenfalls nicht begründet. Die Beklagte habe weder aufgrund des ursprünglichen Darlehensvertrags noch der späteren Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Darlehensnehmerin H. vom 2. Juni/8. Juli 1993 einen Zahlungsanspruch gegen den Kläger erworben. Die genannte Vereinbarung bringe nicht klar zum Ausdruck, daß eine befreiende Schuldübernahme des Klägers und nicht bloß eine Erfüllungsübernahme gewollt gewesen sei. Selbst wenn man aber von einem Schuldübernahmevertrag ausgehe, fehle es an der erforderlichen Genehmigung gemäß § 415 BGB. Nachdem der Vereinbarungstext der Beklagten übermittelt worden sei, habe diese die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung nachdrücklich bestritten und so deren Genehmigung verweigert; damit sei die Schuldübernahme endgültig unwirksam geworden. Au-

ßerdem sei die Schuldübernahmevereinbarung der Beklagten nicht vom Kläger oder der Darlehensnehmerin gezielt mitgeteilt worden, um eine Genehmigung herbeizuführen.

II.

Die Rechtsmittel beider Parteien sind zulässig. Das Berufungsgericht hat die Revision in der Urteilsformel uneingeschränkt zugelassen. Eine Einschränkung kann sich zwar auch aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung ergeben (BGH, Urteil vom 19. November 1991 - VI ZR 171/91 = NJW 1992, 1039 m.w.Nachw.). Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Zulassung nur wegen bestimmter Rechtsfragen ausgesprochen wird, die lediglich für die Entscheidung über einen selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs erheblich sein können (BGHZ 48, 134). Hier hat das Berufungsgericht zur Rechtfertigung der Revisionszulassung auf die grundsätzliche Bedeutung der Fragen verwiesen, inwieweit Anrufe in einer Privatwohnung ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz begründen und ob § 56 GewO a.F. nach Inkrafttreten des Haustürwiderrufsgesetzes noch als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen ist. Diese Fragen waren im Berufungsurteil zwar nur im Rahmen der Entscheidung über die Klage erörtert worden. Sie hätten aber auch für die Widerklage Bedeutung gewinnen können: Wäre die Beklagte mit ihrer Auffassung durchgedrungen, es liege eine wirksame Schuldübernahme des Klägers vor, so wäre es für die Höhe des gegen ihn bestehenden Widerklageanspruchs auf die Wirksamkeit des Darlehensvertrags und damit auf die vom Berufungsgericht als grundsätzlich angesprochenen Rechts-

fragen angekommen. Deswegen liegt keine eindeutige Beschränkung der Rechtsmittelzulassung auf die gegen die Klageabweisung gerichtete Revision des Klägers vor. Vielmehr konnte auch die Beklagte ihre Widerklage mit der Revision weiterverfolgen.

III.

Die Revision des Klägers bleibt in der Sache ohne Erfolg; die von ihm begehrte Feststellung, daß der Beklagten nur noch ein Restbereicherungsanspruch von 10.901,50 DM gegenüber der S. GbRmH zustehe, ist vom Berufungsgericht mit Recht als unbegründet abgelehnt worden.

1. Die Bedenken, die von der Beklagten gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage erhoben werden, greifen - jedenfalls im Ergebnis - nicht durch. Der Kläger hatte nach Erhebung der Widerklage seinen ursprünglichen, auf Freigabe der Sicherheiten gerichteten Leistungsantrag mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen. Er behielt jedoch ein rechtliches Interesse daran, im anhängigen Prozeß klären zu lassen, ob und inwieweit einem erneuten Freigabebegehren noch Ansprüche der Beklagten entgegenstehen. Die Widerklage konnte eine Klärung nur insoweit bringen, als die Beklagte Ansprüche gegen den Kläger selbst geltend macht. Der Kläger muß aber damit rechnen, daß sich die Beklagte bei Abweisung der Widerklage wiederum vertraglicher Ansprüche gegen die Darlehensnehmerin H. berühren und sie dem Kläger als Zessionar und Sicherungsgeber entgegenhalten wird. Sein neuer Klageantrag zielt auf die Feststellung,

daß die Beklagte - aufgrund der Unwirksamkeit des Darlehensvertrags - auch gegen Frau H. keine Vertragsansprüche mehr hat, sondern nur noch Bereicherungsansprüche gegen die BGB-Gesellschaft. Das Interesse des Klägers an dieser Feststellung hat das Berufungsgericht unter den gegebenen Umständen mit Recht bejaht.

2. Die Feststellungsklage ist unbegründet; die vom Kläger gegen die Wirksamkeit des Darlehensvertrags erhobenen Einwendungen greifen nicht durch.

a) Ein Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG stand der Darlehensnehmerin H. nicht zu: Sie ist nicht durch mündliche Verhandlungen an ihrem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung zur Darlehensaufnahme bestimmt worden. Nach dem Klägervorbringen hat die Bankrepräsentantin T. Frau H. lediglich in ihrer Wohnung angerufen und mit ihr am Telefon ein längeres Werbegespräch geführt. Das reicht nicht aus, um den Tatbestand der "mündlichen Verhandlungen" gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG zu erfüllen. Die Revision kann sich für ihre gegenteilige Auffassung zwar auf einzelne Autoren berufen (Gilles NJW 1988, 2424, 2427; MünchKomm/Ulmer 3. Aufl. § 1 HWiG Rdn. 36; Erman/B. Klingsporn 9. Aufl. § 1 HWiG Rdn. 13/13 a). Der erkennende Senat folgt jedoch der herrschenden Meinung, die es ablehnt, den Anwendungsbereich des Haustürwiderrufgesetzes auf telefonische Kontaktaufnahmen auszudehnen (Soergel/Wolf 12. Aufl. § 1 HWiG Rdn. 13; Palandt/Putzo 55. Aufl. § 1 HWiG Rdn. 7; Schlaus ZHR 151, 180, 182; Teske ZIP 1986, 624, 628; Bennemann JR 1986, 358, 361; Knauth WM 1987, 517, 528/529; Löwe BB 1986, 821, 824/825;

Klauss/Ose Verbraucherkreditgeschäfte 2. Aufl. Rdn. 97-100;
Fischer/Machunsky HWiG 2. Aufl. § 1 Rdn. 77).

Wenig überzeugend ist allerdings der Versuch des Berufungsgerichts, diese engere Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG damit zu begründen, die in § 2 Abs. 1 Satz 2 HWiG verlangte Aushändigung einer schriftlichen Widerrufsbelehrung sei nur bei gleichzeitiger persönlicher Anwesenheit möglich, außerdem mache Art. 1 Abs. 1 der EG-Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 (ABl. EG Nr. L 372 vom 31. Dezember 1985 S. 31) das Aufsuchen des Kunden in dessen Wohnung zur Voraussetzung des Widerrufsrechts. Der Hinweis auf § 2 Abs. 1 Satz 2 HWiG geht hier schon deswegen fehl, weil die Widerrufsbelehrung erst bei Vertragsschluß auszuhandigen ist (Fischer/Machunsky aaO § 2 HWiG Rdn. 44, 45), nicht bereits bei einer vorangehenden ersten Kontaktaufnahme. Die EG-Richtlinie hindert nach Art. 8 die Mitgliedsstaaten nicht daran, günstigere Verbraucherschutzbestimmungen zu erlassen oder beizubehalten.

Mit Recht beruft sich die herrschende Meinung aber zur Rechtfertigung ihrer engeren Auslegung des § 1 HWiG auf die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 10/2876 S. 11). Dort werden telefonische Vertragsabschlüsse ausdrücklich vom Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG ausgenommen; dazu wird ausgeführt, bei telefonischen Verhandlungen sei die Einflußnahme auf den Kunden regelmäßig weniger intensiv als bei persönlicher Anwesenheit der anderen Vertragspartei. Der erkennende Senat sieht für die Rechtsprechung keinen Anlaß, den Anwendungsbereich des § 1 HWiG über diese Vorstellungen des Gesetzgebers hinaus zu erweitern. Es ist

zwar anerkannt, daß auch bei einer den Kunden unvorbereitet treffenden telefonischen Anfrage die Gefahr einer Überraschung bestehen kann und daß deswegen, wenn der Kunde in einem solchen Telefongespräch einem Hausbesuch zugestimmt hat, sein Widerrufsrecht nicht gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 HWiG ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 29. September 1994 - VII ZR 241/93 = NJW 1994, 3351, 3352; BGHZ 109, 127). Daraus folgt aber nicht, daß eine telefonische Kontaktaufnahme auch ohne nachfolgenden Hausbesuch genügt, um die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG zu erfüllen. Mit Recht verweist das Berufungsgericht darauf, daß es dem Kunden leichter fällt, ein Telefongespräch abubrechen als einen Besucher aus der Wohnung zu weisen. Die Wettbewerbswidrigkeit einer unerbetenen telefonischen Kontaktaufnahme (BGHZ 54, 188) ist allein kein entscheidendes Kriterium für die Auslegung des § 1 HWiG (vgl. MünchKomm/Ulmer 3. Aufl. vor § 1 HWiG Rdn. 34; Löwe BB 1986, 821, 825; Knauth WM 1987, 517, 529 m.w.Nachw.; vgl. auch BGHZ 109, 127, 135).

b) Eine Nichtigkeit des Darlehensvertrags gemäß §§ 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO, 134 BGB scheidet schon deswegen aus, weil es an einem Verstoß gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO fehlt: Die Vorschrift verbot in ihrer im Mai 1988 geltenden Fassung den Abschluß und die Vermittlung von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe. Nach der Definition des § 55 Abs. 1 GewO betreibt ein Reisegewerbe, wer außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung eine der in § 55 Abs. 1 Nr. 1 genannten Tätigkeiten ausführt; der Gewerbetreibende muß dabei in eigener Person auftreten. Allein dadurch, daß er von seinem eigenen Anschluß aus mit anderen Telefonkontakt

aufnimmt, wird er nicht im Reisegewerbe tätig; die bloße Telefonwerbung verstößt nicht gegen das Verbot des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO (Sieg/Leifermann/Tettinger GewO 5. Aufl. § 55 Rdn. 13; Fröhler/Kormann GewO § 55 Rdn. 4).

Auf die umstrittene Frage, ob ein Verstoß gegen § 56 GewO nach Inkrafttreten des Haustürwiderrufsgesetzes noch zur Nichtigkeit gemäß § 134 BGB führt, kommt es daher im vorliegenden Fall nicht an.

IV.

Die Revision der Beklagten ist ebenfalls nicht begründet; das Berufungsgericht hat die Widerklage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Vom Kläger kann die Beklagte die Erfüllung ihrer Ansprüche aus dem Darlehensvertrag nicht verlangen. Er war unstreitig am Abschluß des Vertrags nicht beteiligt. Seine Haftung ergibt sich auch nicht aus seiner späteren Vereinbarung mit der Darlehensnehmerin H.

a) Der erkennende Senat teilt allerdings nicht die Bedenken des Berufungsgerichts, diese Vereinbarung als Schuldübernahme nach § 415 BGB auszulegen. Wortlaut und Sinn der Regelung in Ziffer II., nach der die Darlehensnehmerin ihre "Rechte und Pflichten" aus ihrer "Rechtsbeziehung mit der Bank" auf den Kläger "überträgt", sprechen dafür, daß - über die Regelung in Ziffer I. hinausgehend - nicht nur eine interne Erfüllungsübernahme, sondern als Ausgleich für die Abtretung der Rechte eine Befreiung der Darlehensnehmerin von ihren Verpflichtungen im Außenver-

hältnis zur Beklagten gewollt war. Gegen diese Auslegung spricht nicht, daß der Vereinbarungstext eine Beteiligung der Beklagten nicht ausdrücklich vorsieht. Die Notwendigkeit der Genehmigung durch die Beklagte ergab sich aus dem Gesetz; darüber waren sich die Beteiligten nach der ausdrücklichen Feststellung des Berufungsgerichts "offenbar auch im klaren".

b) Die zur Rechtswirksamkeit der Schuldübernahme erforderliche Genehmigung ist jedoch nicht gemäß § 415 Abs. 1 BGB erteilt worden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Übermittlung des Vereinbarungstextes durch die B. GmbH als Mitteilung im Sinne des § 415 Abs. 1 Satz 2 BGB anzusehen ist. Auch ohne eine solche Mitteilung kann der Gläubiger, der auf andere Weise Kenntnis von der Schuldübernahmevereinbarung erhält, die Genehmigung gemäß § 415 Abs. 2 Satz 1 BGB verweigern. Das Berufungsgericht hat eine solche Verweigerung darin gesehen, daß die Beklagte die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung nachdrücklich bestritten hat. Dagegen wendet sich die Revision vergeblich. Die Verweigerung der Genehmigung bedarf keiner bestimmten Form; sie kann sogar durch schlüssige Handlung erfolgen; es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine endgültige Ablehnung der Genehmigung gewollt war oder ob der Gläubiger nur eine abwartende Haltung eingenommen hat (Staudinger/Kaduk 12. Aufl. § 415 BGB Rdn. 66). In einem vom Reichsgericht entschiedenen Fall ist die Äußerung des Gläubigers, die Abmachungen zwischen Schuldner und Unternehmer seien für ihn gleichgültig, als Verweigerung der Genehmigung angesehen worden (JW 1912, 683, 684). Auch im vorliegenden Fall ist die tatrichterliche Würdigung revisionsrechtlich nicht zu bean-

standen: Darin, daß die Beklagte sich zunächst nachdrücklich auf die Unwirksamkeit der ihr bekannt gewordenen Schuldübernahmevereinbarung berief, durfte das Berufungsgericht eine endgültige Weigerung sehen, diese Vereinbarung durch Genehmigung rechtswirksam zu machen. Danach war für eine spätere Erteilung der Genehmigung kein Raum mehr.

c) Ohne Erfolg bleibt die Rüge, das Berufungsgericht habe in der Vereinbarung vom 2. Juni/8. Juli 1993 zumindest einen Schuldbeitritt des Klägers sehen müssen, der ohne Genehmigung der Beklagten wirksam gewesen sei. Da die Vereinbarung auf eine völlige Befreiung der Darlehensnehmerin von ihren Verpflichtungen gegenüber der Beklagten abzielte, scheidet eine Auslegung als bloße Schuldmitübernahme aus.

Schimansky

Dr. Halstenberg

Dr. Schramm

Dr. Siol

Dr. Bungeroth