

letzte Aktualisierung: 16.6.2017

OLG Köln, Urt. v. 8. 2. 2017 – 13 U 94/15

BGB §§ 13, 14, 491 Abs. 1; VerbrKrG § 1 Abs. 1 S. 2
Zur Einordnung einer BGB-Gesellschaft als Verbraucher bei Abschluss eines Kreditvertrages

1. Zur Einordnung des Kreditvertrages einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Verbraucherdarlehensvertrag i. S. d. § 491 Abs. 1 BGB genügt es, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Gesellschaft mindestens ein Verbraucher angehört.

2. Für die Abgrenzung der Verwaltung eigenen Vermögens von unternehmerischem Handeln ist der Umfang der hiermit verbundenen Geschäfte maßgeblich. Der Bereich der privaten Vermögensverwaltung wird erst dann überschritten, wenn ein planmäßiger Geschäftsbetrieb erforderlich wird, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder eine geschäftsmäßige Organisation.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Oberlandesgericht Köln, 13 U 94/15

Datum: 08.02.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 94/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:0208.13U94.15.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 1 O 264/14

Tenor: Auf die Berufung der Klägerin wird das am 21.05.2015 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen - 1 O 264/14 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass sich das Darlehensverhältnis mit der Beklagten vom 13.06.2008/19.06.2008, Nennbetrag 400.000 EUR, Darlehenskonto Nr. 645XXXXXXXX mit Widerrufserklärung vom 30.01.2014 in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand: 1

Gegenstand des Rechtsstreits ist der von Q und Q2 O am 30.01.2014 auf Geschäftspapier der Klägerin gegenüber der Beklagten erklärte Widerruf bezüglich der auf den Abschluss des Darlehensvertrages mit der Nr. 645XXXXXXXX gerichteten Willenserklärungen (GA Bl. 6). Wegen der Einzelheiten wird auf den Darlehensvertrag (GA Bl. 4 f., 68 f.) und die Widerrufsbelehrung (GA Bl. 9, 70) Bezug genommen. 2

Gesellschafter der Klägerin sind Q und Q2 O. Q O ist Eigentümer weiterer Immobilien und ist an der Immobilien verwaltenden T-O H GbR beteiligt (GA Bl. 55). Er betätigt sich außerdem als Automatenaufsteller (GA Bl. 59). Q2 O arbeitet als angestellter Arbeitnehmer in einer Steuerberatungskanzlei (GA Bl. 60, 215). 3

Mit Klageschrift vom 27.08.2014 haben Q und Q2 O Klage gegen die Beklagte erhoben. Sie haben ausgeführt, die GbR sei lediglich teilrechtsfähig, sie könne zwar unter ihrem eigenen Namen erben und verklagt werden, gleichwohl bleibe es den Gesellschaftern unbenommen, auch selbst zu klagen (GA Bl. 59). Dass sie, Q und Q2 O bei Abschluss des Darlehensvertrages als GbR gehandelt hätten, stehe der Qualifizierung des Darlehens als Verbraucherdarlehen nicht entgegen (GA Bl. 42). Sie seien Verbraucher, die lediglich eigenes Vermögen in der Rechtsform der GbR verwalteten. Es fielen lediglich Buchführungskosten in Höhe von rund 960,00 € für den Steuerberater an. Außerdem fielen Abschluss- und Prüfkosten an. Die Aufwendungen für Bürobedarf seien mit 577 €/Jahr gering (GA Bl. 43). Ein planmäßiger Geschäftsbetrieb werde nicht unterhalten (GA Bl. 44).	4
Die Widerrufsbelehrung habe die Widerrufsfrist nicht in Gang gesetzt. Die Beklagte habe ihren Vertragspartner infolge der Verwendung des Begriffs „frühestens“ über den Beginn der Widerrufsfrist nicht zutreffend belehrt. Die Widerrufsbelehrung habe im Übrigen auch nicht der Musterbelehrung gemäß § 14 BGB Info-VO entsprochen.	5
Sie haben beantragt,	6
1. festzustellen, dass sie das Darlehen der Beklagten mit der Nr. 645XXXXXXXXX wirksam widerrufen haben;	7
2. die Beklagte zu verurteilen, sie von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Rechtsanwälte Zimmermann pp. i.H.v. 5.455,91 € freizustellen.	8
Die Beklagte hat beantragt,	9
die Klage abzuweisen.	10
Sie hat geltend gemacht, die Feststellungsklage sei unzulässig, da Q und Q2 O auch Leistungsklage auf Rückabwicklung des Darlehens hätten erheben können. Den Anspruch auf Freigabe der Grundschuld müssten Q und Q2 O im Wege einer Leistungsklage durchsetzen (GA Bl. 53).	11
Ein Widerrufsrecht habe ihnen nicht zugestanden, da es sich bei ihnen nicht um Verbraucher handele. Insoweit hat die Beklagte insbesondere auf die von ihr als Anl. B 7 vorgelegte Steuererklärung von Q O für das Jahr 2011 – und die als Anlage B 8 vorgelegte Erklärung der Klägerin zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Grundlagen für die Einkommensbesteuerung sowie die Umsatzsteuererklärung und die als Anlage B 9 vorgelegte Einnahmen-Überschussrechnung der Klägerin für 2011 verwiesen.	12
Schon im Jahr der Darlehensvergabe hätten sie mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ihren Lebensunterhalt bestritten (GA Bl. 31). Q O, habe aus seiner (weiteren) Tätigkeit als Automatenaufsteller jedenfalls 2011 keine Einkünfte erzielt, die zur Mindestfinanzierung seines Lebensunterhalts ausreichen würden (GA Bl. 31).	13
Ausweislich der Steuererklärung der O W GbR für 2011 sei diese als planmäßiger Geschäftsbetrieb geführt worden. Dies ergebe sich insbesondere aus den Ansätzen für Raumkosten, der erheblichen Fläche des verwalteten Immobilienvermögens und der Höhe der Einnahmen (GA Bl. 29 f.).	14
Offenbar sei nicht die O W GbR Klägerin, für die es sich bei der Verwaltung der Immobilien um eigene Vermögensverwaltung handele. Q und Q2 O gingen vielmehr davon aus, persönlich Vertragspartner des Darlehensvertrages geworden zu sein. In letzterem Fall	15

habe das Geschäft nicht der Verwaltung eigenen, sondern der Verwaltung fremden Vermögens gedient (GA Bl. 55).

Q und Q2 O hätten durch die Gestaltung des von ihnen unterschriebenen Darlehensvertrages den Anschein gewerblichen Handelns erweckt und müssten sich nach Treu und Glauben hieran festhalten lassen (Bl. 56). Insoweit verweist die Beklagte auf das Urteil des BGH vom 22.12.2004 - VIII ZR 91/04 (= NJW 2005, 1045). 16

Ginge man davon aus, dass es sich um ein Verbraucherdarlehen handele, sei der Widerruf jedenfalls verfristet, da die Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß erfolgt sei. 17

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 21.05.2015 (Az. 1 O 264/14) im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, der Feststellungsantrag sei zulässig, da die Darlehensnehmer bei Durchgreifen des Widerrufs in der Leistungspflicht seien. Die Klage sei indessen in der Sache unbegründet, da die Beklagte das damals gültige Muster der BGB Info-V verwandt habe und ihr deshalb die Gesetzlichkeitsfiktion zugutekomme. Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil des Landgerichts Aachen vom 21.05.2015 (GA Bl. 72 ff.) Bezug genommen. 18

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vortrages in vollem Umfang weiter. 19

Sie hält daran fest, es habe sich um ein Verbraucherdarlehen gehandelt; aufgrund der von ihr ausgefertigten Widerrufsbelehrung trage die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast, dass es an der Verbrauchereigenschaft gefehlt habe (GA Bl. 178). Q und Q2 O unterhielten kein Büro, wendeten keine Buchführung zur Gewinnermittlung an und verfügten über keine Organisationstruktur, böten weder Dienstleistungen noch Produkte einer breiten Öffentlichkeit an und betrieben auch keine Werbung für ihre Tätigkeit (GA Bl. 180). 20

Der BGH irre, wenn er automatisch vom umsatzsteuerlichen Unternehmer auf den Unternehmer im Sinne des § 14 BGB schließe, denn wenn Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt würden, wie sie die O W GbR erziele, sei diese zwar umsatzsteuerlicher Unternehmerin, da eine berufliche Tätigkeit selbständig und nachhaltig zur Erzielung von Einnahmen ausgeübt werde, ertragssteuerlich sei sie aber kein Unternehmer, da weder Einkünfte aus Gewerbebetrieb, noch aus selbständiger Tätigkeit/Arbeit vorlägen. 21

Die von der Beklagten verwendete Belehrung entspreche dem Musterformular nach BGB Info-VO nicht vollständig. Sie rügen im Einzelnen die Verwendung von im Musterformular nicht vorgesehenen Fußnoten und Klammerhinweisen, meinen, der Hinweis zu finanzierten Geschäften sei überflüssig und daher wegzulassen gewesen, zwingende Gestaltungshinweise seien von der Beklagten missachtet worden, da bei dem Passus bzgl. finanzierter Geschäfte der Satz 2 der Musterbelehrung nicht durch den Satz zur Finanzierung eines Grundstückes ersetzt worden, dieser vielmehr an den Satz 2 angehängt worden sei (GA Bl. 105 ff.). 22

Jedenfalls aber sei in der Belehrung die Einräumung eines vertraglichen Widerrufsrechtes zu sehen (GA Bl. 108). Verwirkung liege nicht vor, weil das Zeit- und das Umstandsmoment nicht erfüllt seien und auch nicht erkennbar sei, dass die Beklagte sich im Vertrauen auf das Verhalten der Kläger so eingerichtet habe, dass ihr durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehe (GA Bl. 108 ff). Der Widerruf sei auch nicht rechtsmissbräuchlich, weil es auf die Widerrufsmotive nicht 23

ankomme.	
Sie beantragt,	24
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen - 1 O 264/14 - vom 21.05.2015,	25
1. festzustellen, dass sich der Darlehensvertrag mit der Beklagten vom 13.06.2008/19.06.2008, Nennbetrag 400.000 EUR, Darlehenskonto Nr. 645XXXXXXXX mit Widerrufserklärung vom 30.01.2014 in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat ,	26
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Rechtsanwälte A, K, I, T2 & D, F-Q3-Straße XX,XXXXX I2 i.H.v. 5.455,91 EUR freizustellen.	27
Die Beklagte beantragt (GA 123),	28
die Berufung zurückzuweisen.	29
Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.	30
Der Feststellungsantrag sei aufgrund des Vorrangs einer Leistungsklage unzulässig. Das Landgericht Aachen habe nicht berücksichtigt, dass eine Saldierung im Rückgewährschuldverhältnis nicht erfolge (GA Bl. 169):	31
Dass es sich nicht um einen Verbraucherkreditvertrag handele, ergebe sich bereits aus der Bezeichnung des Darlehensvertrages (GA Bl. 166). Die Belehrung sei nur vor dem Hintergrund erfolgt, dass sie, die Beklagte, seinerzeit die Angaben ihres Vertragspartners nicht habe überprüfen können (GA Bl. 167). Darlegungs- und beweispflichtig für die Verbrauchereigenschaft bei Abschluss des Darlehensvertrags sei im Übrigen nicht sie, sondern ihr Vertragspartner, der sich auf verbraucherschützende Normen berufe.	32
Nach den im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.02.2016 - V ZR 208/14 – niedergelegten Grundsätzen sei die O W GbR als Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB einzustufen, da die Immobilie zur gewerblichen Vermietung genutzt werde. Durch den Erwerb des vermieteten Grundstücks sei die O W GbR in die bestehenden Mietverträge eingetreten (§ 566 Abs. 1 BGB). Dies habe zur Folge, dass die Optierung zur Umsatzsteuerpflicht auch für sie gelte, da die Mietverträge (Anl. B 5,6) unter Ziff. 5 der Mietverträge eine vom Mieter zu leistende Umsatzsteuer auswiesen.	33
Ginge man von einem gesetzlichen Widerrufsrecht aus, sei der Widerruf jedenfalls verfristet, da die Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß erfolgt sei. Zu ihren Gunsten greife, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt habe, die Gesetzlichkeitsfiktion gemäß §§ 13, 14 BGB Info-VO ein. Nicht jegliche Abweichung von der Musterbelehrung lasse die Schutzwirkung entfallen (GA Bl. 150 ff). Bei den vorliegenden Abweichungen handele es sich nicht um inhaltliche Bearbeitungen, sondern lediglich um redaktionelle Anpassungen (GA Bl. 154 ff).	34
Ein vertragliches Widerrufsrecht sei mit der Widerrufsbelehrung nicht eingeräumt worden (GA 167), jedenfalls aber sei ein etwaiges vertraglich eingeräumtes Widerrufsrecht nicht fristgerecht ausgeübt worden (GA 167).	35
Der Widerruf sei aus nicht schützenswerten Motiven (Zinsjoker) erfolgt und damit	36

rechtsmissbräuchlich, jedenfalls aber sei Verwirkung eingetreten (GA 165).

Der Senat hat mit Beschluss vom 29.06.2016 (GA Bl. 225 f.) darauf hingewiesen, dass das Rubrum von Amts wegen zu berichtigen sei, da Vertragspartner der Beklagten nicht Q und Q2 O geworden seien, sondern die O W GbR und eine Klage der Gesellschafter im eigenen Namen auf Grund der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht in Betracht komme. 37

Dem ist die Beklagte entgegen getreten. Sie ist der Auffassung, die Voraussetzungen für eine Rubrumsberichtigung lägen nicht vor (GA Bl. 237 ff.). Bei einer Rubrumsberichtigung bliebe die Personenidentität nicht gewahrt. Zudem sei die Parteifähigkeit der B-GbR seit dem 2001 bekannt, ihre Grundbuchfähigkeit seit 2006. Schon dieser Zeitablauf stehe einer amtswegigen Rubrumsberichtigung entgegen. Entgegen der Auffassung des Senats sei das Urteil des BGH vom 01.03.2011 - VII ZR 654/10 - auf den vorliegenden Fall übertragbar. Einem Parteiwechsel hat die Beklagte ausdrücklich nicht zugestimmt. 38

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien in erster und zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen. 39

Entscheidungsgründe: 40

1. Das Rubrum war dahingehend zu berichtigen, dass Kläger nicht Q und Q2 O sind, sondern die O W GbR Klägerin ist. 41

Die Klage der Gesellschafter einer B-GbR im eigenen Namen als notwendige Streitgenossen auf Erfüllung einer Forderung der Gesellschaft wird in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als unzulässig erachtet; das Recht steht der Gesellschaft als solcher zu, die Gesellschafter sind nicht aktiv legitimiert und auch nicht prozessführungsbefugt; sie können das Recht nur als Gesamtvertreter der Gesellschaft geltend machen. Klagen Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft eine Gesellschaftsforderung entsprechend der früheren Rechtsprechung als notwendige Streitgenossen ein, ist kein Parteiwechsel dahingehend erforderlich, dass Klägerin nun die BGB-Gesellschaft ist. Vielmehr ist das Rubrum so zu berichtigen, dass nicht die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft, sondern die Gesellschaft selbst Klägerin ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 14. September 2005 – VIII ZR 117/04 –, Rn. 8, juris; Bergmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 714 BGB, Rn. 41). 42

Diese Voraussetzungen für eine Rubrumsberichtigung sind hier erfüllt. Dass Q und Q2 O einen Anspruch der Klägerin als notwendige Streitgenossen geltend machen wollten, haben sie mit Schriftsatz vom 07.01.2015 (GA Bl. 42) bereits erstinstanzlich ausdrücklich vorgetragen. Auch ergibt die Auslegung des Vertrages, dass die Klägerin Darlehensnehmerin geworden ist. Der Senat verkennt nicht, dass Gesellschafter einer GbR im eigenen Namen Darlehen aufnehmen und der Gesellschaft alsdann zur Verfügung stellen können. So liegt es hier indessen nicht. Zwar sind als Darlehensnehmer in dem Darlehensvertrag Q O und Q2 O ohne Gesellschaftszusatz aufgeführt. Sie sind im Darlehensvertrag aber unter Ziff. 3 auch ohne Gesellschaftszusatz als Eigentümer der Nstr. XX eingetragen, wiewohl im Grundbuch nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten „Q und Q2 O in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer der Liegenschaft eingetragen waren (GA 29). Vor dem Hintergrund, dass der Darlehensvertrag mit „Darlehen ... an juristische Personen oder für bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Zwecke“ überschrieben ist und ausweislich des darin festgelegten Verwendungszwecks der „Renovierung der Büro – und Lagergebäude 43

Nstr. XX in O2“ (GA 4) diene, unter der im Darlehensvertrag angegebenen Anschrift der Darlehensnehmer auch die Klägerin residierte, der Widerruf auf Briefpapier der Klägerin abgegeben worden ist und die im Darlehensvertrag ausgewiesene Kontoverbindung ausweislich deren Geschäftspapiers der Klägerin zugeordnet ist, ist davon auszugehen, dass Vertragspartner der Beklagten die Klägerin geworden ist. Hierfür spricht schließlich auch, dass die GbR - nach Klagezustellung - ihre neue Anschrift mitgeteilt hat (GA 16). Dass die Beklagte auf das Widerrufsschreiben mit an Q und Q2 O adressiertem Schreiben vom 14.2.2014 geantwortet hat, ohne den Zusatz „O W GbR“ oder einen sonstigen Zusatz zu verwenden, lässt sich zwanglos damit erklären, dass (auch) die Beklagte – wie schon bei Vertragsschluss – nicht ausreichend zwischen den Q und Q2 O und der O W GbR differenziert hat. Die erst zweitinstanzlich abgegebene Erklärung, der Vertrag sei mit den Klägern als Einzelpersonen abgeschlossen und unterschrieben worden (GA Bl. 214) steht dieser Auslegung nicht entgegen, zumal die Klägerin die Rubrumsberichtigung mit Schriftsatz vom 11.07.2016 beantragt hat.

Der Auffassung der Beklagten, eine Rubrumsberichtigung komme nicht in Betracht, da die Rechtsprechung des Bundgerichtshofs zur Teilrechtsfähigkeit bei Vertragsschluss bereits seit langem bekannt gewesen sei, folgt der Senat nicht, denn die vom Bundesgerichtshof für diesen Fall entwickelte amtswegige Rubrumsberichtigung dient auch dem Ziel der Prozessökonomie. 44

2. Die zulässige Berufung der Klägerin ist auch in der Sache begründet. 45

a) Der auf die Feststellung, dass sich das Darlehensverhältnis aufgrund des Widerrufs der Klägerin in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat, gerichtete Antrag begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. 46

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Feststellungsinteresse gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (MünchKomm-ZPO/Becker-Eberhardt, 5. Auflage, § 256 Rn. 42 m. w. N.). Diese Gefahr besteht, weil zwischen den Parteien Uneinigkeit darüber besteht, ob das Darlehensverhältnis unverändert fortbesteht, wie die Beklagte meint, oder ob es durch den erklärten Widerruf in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt wurde. Die Klärung ist erforderlich, damit die Klägerin sich Gewissheit über die Rechtmäßigkeit einer Zahlungseinstellung verschaffen und somit Schadensersatzansprüche im Falle eines unwirksamen Widerrufs vermeiden kann. Ein Feststellungsurteil ist geeignet, diese Unsicherheit zu beseitigen (KG, 22. 12. 2014 – 24 U 169/13 – juris Tz. 23; OLG Dresden, 11. 6. 2015 – 8 U 1760/14 – Tz. 21 f.; OLG Stuttgart, 10. 11. 2014 – 9 U 119/14 – juris Tz. 13). 47

Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt dem Feststellungsantrag der Klägerin das Rechtsschutzbedürfnis auch nicht im Hinblick auf eine vorrangige Leistungsklage. Ein wirksamer Widerruf des Darlehens führte, bei einer nicht automatisch eintretenden Saldierung - zu einer Aufrechnung ist die Klägerin nicht verpflichtet - wirtschaftlich zu einem um die Ansprüche der Klägerin verringerten Zahlungsanspruch der Beklagten. Vor allem aber wäre die Frage, ob ein Rückabwicklungsverhältnis besteht, bei einer Leistungsklage lediglich eine Vorfrage und nähme an der materiellen Rechtskraft eines Leistungsurteils nicht teil, so dass die Klägerin durch eine Leistungsklage nicht abschließend klären könnte, ob ein Rückgewährschuldverhältnis vorliegt (vgl. OLG Hamm, 21.10.2015 – 31 U 56/15 – WM 2016, 116, 118). 48

b) Die auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung der bei 49

Vertragsschluss durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter vertretenen Klägerin ist wirksam widerrufen worden.

aa) Der Klägerin stand gemäß § 495 Abs. 1 BGB in der Fassung vom 23.7.2002 ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB zu, denn bei dem streitgegenständlichen, grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrag handelt es sich um einen Verbraucherdarlehensvertrag im Sinne des § 492 Abs. 1 a S. 2 BGB. Danach sind Immobiliardarlehensverträge Verbraucherdarlehensverträge, bei denen die Zurverfügungstellung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen erfolgt, die für grundpfandrechtlich abgesicherte Darlehensverträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind. Gemäß der Legaldefinition des § 491 Abs. 1 BGB in der Fassung vom 23.7.2002 ist ein Verbraucherdarlehensvertrag ein entgeltlicher Darlehensvertrag zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer. 50

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der Klägerin um eine Unternehmerin handelt, denn sie ist mit Rücksicht auf den Schutzzweck der verbraucherschützenden Normen im Hinblick auf den streitgegenständlichen Vertrag einer Verbraucherin gleichzustellen. Im Einzelnen: 51

Für die teilrechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat der BGH im Hinblick auf die Schutzfunktion des Verbraucherschutzes entschieden, dass als natürliche Person im Sinne des damaligen § 1 Abs. 1 VerbrKrG auch eine gesellschaftsrechtlich verbundene Gruppe von natürlichen Personen angesehen werden könne. Es komme entscheidend auf den Schutzzweck an. Das Verbraucherkreditgesetz wolle alle natürlichen Personen schützen, die mit dem Kredit nach dem Inhalt des Vertrages nicht eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit fördern wollten (§ 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG). Das gelte auch dann, wenn mehrere natürliche Personen den Kredit gemeinsam aufnähmen. An der Schutzwürdigkeit solcher Kreditnehmer ändere sich auch dann nichts, wenn sie auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Auf die rechtsdogmatisch richtige Einordnung der GbR könne es deshalb für die Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes nicht ankommen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2001 – XI ZR 63/01 –, BGHZ 149, 80-89, Rn. 17). Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 25. März 2015 – VIII ZR 243/13 –, BGHZ 204, 325-346 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die vorgenannte Entscheidung vom 23.10.2001 auf die WEG übertragen. Zugleich hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, die Wohnungseigentümergeinschaft sei im Interesse des Verbraucherschutzes der in ihr zusammengeschlossenen, nicht gewerblich handelnden natürlichen Personen dann einem Verbraucher gemäß § 13 BGB gleichzustellen, wenn ihr wenigstens ein Verbraucher angehöre und sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließe, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit diene. Eine natürliche Person verliere ihre Schutzwürdigkeit als Verbraucher nicht dadurch, dass sie Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2015 – VIII ZR 243/13 –, BGHZ 204, 325-346, Rn. 30). Da letzter Gesichtspunkt auch auf den Zusammenschluss natürlicher Personen in einer GbR zutrifft, reicht es aus, wenn der GbR im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses wenigstens ein Verbraucher angehört. Dies ist vorliegend der Fall. 52

Q2 O ist Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Er geht einer Tätigkeit in einer Steuerberatungskanzlei nach. Ausweislich der Zweckbestimmung des Darlehensvertrages diene der Abschluss des Darlehensvertrags der Renovierung der Immobilie O3 Str. XX und diene nicht seiner Tätigkeit in der Steuerberatungskanzlei. Dafür, dass die Beteiligung 53

an der Klägerin der Tätigkeit des Klägers in der Steuerberatungskanzlei dient, ist nichts ersichtlich.

Mit seinem Anteil an der Klägerin verwaltet Q2 O eigenes Vermögen. Da die Verwaltung eigenen Vermögens ihren Ausdruck in der Mitgeschäftsführung der Klägerin durch Q2 O fand (§ 709 Abs.1 BGB), kann auf die vom Bundesgerichtshof im Urteil vom 23. Oktober 2001 – XI ZR 63/01 – zur Abgrenzung der Verwaltung eigenen Vermögens aufgestellten Kriterien abgestellt werden. Ausschlaggebend für die Abgrenzung der Verwaltung eigenen Vermögens zu einem unternehmerischen Handeln ist danach der Umfang der hiermit verbundenen Geschäfte. Dabei kommt es nicht auf die Höhe der verwalteten Werte oder des Kreditbetrages an, weil auch mit einem geringen organisatorischen und zeitlichen Aufwand große Kapitalbeträge verwaltet werden können. Bei Immobilien ist dementsprechend nicht deren Größe entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge. Ein ausgedehntes oder sehr wertvolles Objekt an eine geringe Zahl von Personen zu vermieten hält sich daher grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Dagegen spricht die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte für ein professionelles Vorgehen. Die Vermögensverwaltung wird erst dann eine berufs- oder gewerbsmäßige, wenn der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder eine geschäftsmäßige Organisation erfordert (vgl. BGH NJW 2002, 368, 369; Micklitz, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., 2012, § 13 Rn. 45). Hier überschreitet bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Umfang der Mitgeschäftsführung des Q2 O an der Klägerin den Umfang einer vermögensverwaltenden Tätigkeit nicht. Die in der Einnahme-Überschuss-Rechnung für 2011 ausgewiesenen Raumkosten in Höhe von 33.229,02 € setzen sich im Wesentlichen aus Grundbesitzabgaben, Kosten für Schornsteinfeger, Entsorgungs- und Entwässerung, sowie Strom und Gas zusammen. Dass es sich bei der unter Kto.-Nr. 4XXX ausgewiesenen Miete/ Pacht für unbewegliche Wirtschaftsgüter in Höhe von 5.400 € um die Jahresmiete für Büroräumlichkeiten der Klägerin handelt, steht nicht fest, kann aber letztlich auch dahinstehen, denn der geringe Umfang, die niedrige Komplexität und geringe Anzahl der damit verbundenen Vorgänge ergeben sich aus folgenden Umständen: Die Einnahme –Überschuss-Rechnung weist Einnahmen nur aus der Vermietung an fünf Mietparteien aus. Der geringe Umfang der zur Verwaltung erforderlichen Tätigkeiten ergibt sich ohne weiteres aus den geringen Kosten für Telekommunikation (176,41 €) und Büromaterialien (577,08€) sowie den geringen Ansätzen für Buchführungskosten in Höhe von 960 € (Vorjahr 1.920,00 €), Abschluss und Prüfungskosten i.H.v. 525,545 € (Vorjahr 2.268,80 €). Aushilfslöhne sind für 2011 in Höhe von 800,00 € ausgewiesen, im Vorjahr erfolgte kein Ansatz; gesetzliche Sozialaufwendungen nur für 2011 mit 270,49 €. Zwar mag mit der Renovierung der Immobilie ein erhöhter Verwaltungsaufwand einhergegangen sein. Dies rechtfertigt indessen keine abweichende Beurteilung, denn zum einen ist dieser auf die Erhaltung des Vermögensgegenstandes gerichtete erhöhte Verwaltungsaufwand seiner Art nach nur von vorübergehender Natur, zum anderen ist davon auszugehen, dass die zur Finanzierung der Renovierung erfolgte Kreditaufnahme der Renovierungstätigkeit vorausgegangen ist.

54

Der Einordnung des Darlehnsvertrages als Verbraucherdarlehensvertrag steht schließlich auch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.02.2016 – V ZR 208/14 - nicht entgegen. Zwar hat der Bundesgerichtshof mit dem in der Literatur auf erhebliche Kritik (vgl.: Leitzen, ZNotP 2016, 126 128 f.; Krauß, Notar 2016, 300; Thode, jurisPR-PrivBauR 9/2016 Anm. 1 a.E.) gestoßenen Urteil vom 26.02.2016 – V ZR 208/14 – ausgeführt (aaO Rn. 29, juris), dass die dortigen Käufer eines Grundstückes den Kaufvertrag nicht als Verbraucher, sondern als Existenzgründer geschlossen hätten. Der Kaufvertrag sei nicht als Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 S. 1 BGB, sondern als Unternehmervertrag

55

im Sinne von § 310 Abs. 1 S. 1 BGB in der bis zum 27.07.2014 geltenden Fassung anzusehen. Die Kläger seien als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB anzusehen, weil sie in dem Kaufvertragsangebot nach § 9 Abs. 1 UStG zur Umsatzsteuerpflicht optiert hätten, um eine Umsatzsteuerrückerstattung zu erlangen. Das lasse sich nach § 9 Abs. 2 S. 1 UStG nur erreichen, wenn das Grundstück unter weiterem Verzicht auch auf die Umsatzsteuerbefreiung der Grundstücksvermietung nach § 4 Nr. 12 Buchstabe a UStG von den Klägern zur gewerblichen Vermietung eingesetzt werde. Dies habe zur Folge, dass die Kläger mit dem Kaufvertrag nicht nur zu Unternehmern im Sinne von § 9 Abs. 1, § 2 Abs. 1 UStG, sondern auch im Sinne von § 14 BGB geworden seien (aaO Rn. 29, juris).

Es kann dahinstehen, ob die Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Unternehmerin im Sinne des UStG war. Nach § 9 Abs. 1 UStG kann ein Unternehmer einen Umsatz, der nach § 4 Nr. 12 lit. a UStG steuerfrei ist, als steuerpflichtig behandeln, wenn der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird. Der Veräußerer der Nstr. hat ausweislich § 5 von der Beklagten vorgelegten Mietverträge (B5, B6) jeweils für die Umsatzsteuer optiert, denn er hat den Mietzins unter Einbeziehung der Umsatzsteuer ermittelt. Mangels gegenteiligen Vortrags ist auch davon auszugehen, dass nach §§ 566, 578 Abs. 2 BGB die bei Erwerb der Nstraße bestehenden Mietverhältnisse im Zeitpunkt des Übergangs des Eigentums qua Gesetz auf den Erwerber übergegangen sind, da von dieser Regelung nicht durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen Alteigentümer und Neueigentümer ohne Beteiligung der Mieter abgewichen werden kann. Dafür, dass die Klägerin den Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung widerrufen hätte, was umsatzsteuerrechtlich für einen noch nicht abgeschlossenen Veranlagungszeitraum möglich war, ist nichts vorgetragen und auch sonst nichts ersichtlich.

56

Auch wenn die Klägerin aufgrund der fortwirkenden Option zur Umsatzsteuer als Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB einzustufen gewesen ein sollte – dies erscheint zweifelhaft, weil die Ausübung der Option voraussetzt, dass es sich bei dem Optierenden um einen Unternehmer im Sinne des § 2 UStG handelt, er also nicht durch die Ausübung eines Optionsrechts zum Unternehmer wird (vgl. Leitzen, ZNotP 2016, 126 128 f.) – stünde dies hier der Einordnung des Darlehensvertrages als Verbraucherdarlehen nicht entgegen. Denn selbst wenn die die Klägerin aufgrund ihrer umsatzsteuerlichen Behandlung als Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB einzustufen sein sollte, schliege dies nicht auf deren Gesellschafter, den Q2 O durch. Subjekt des Umsatzsteuerrechts ist allein die GbR, nicht deren Gesellschafter. Ist einer ihrer Gesellschafter aber - wie hier - , weil er mit seiner Beteiligung an der GbR lediglich eigenes Vermögen verwaltet, als Verbraucher einzustufen, ist die GbR einem Verbraucher gleichzustellen, der von der GbR abgeschlossene Darlehensvertrag mithin als Verbraucherdarlehen zu qualifizieren, verliert der hinter der GbR stehende Verbraucher seine Schutzwürdigkeit doch nicht durch den Zusammenschluss zu einer GbR.

57

bb) Der von der durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter vertretenen Klägerin erklärte Widerruf ist nicht verfristet. Die von der Beklagten erteilte Widerrufsbelehrung war nicht ordnungsgemäß und hat deshalb die Widerrufsfrist nicht in Gang gesetzt.

58

aaa) Die von der Beklagten Zusatzlos verwendete Formulierung, die Frist beginne "frühestens mit Erhalt dieser Belehrung", belehrt den Verbraucher, wie der Bundesgerichtshof bereits wiederholt entschieden hat, nicht richtig über den nach § 355 Abs. 2 BGB maßgeblichen Beginn der Widerrufsfrist, weil sie nicht umfassend und zudem irreführend ist. Die Verwendung des Wortes "frühestens" ermöglicht es dem Verbraucher nicht, den Fristbeginn ohne Weiteres zu erkennen. Er vermag ihr lediglich zu entnehmen,

59

dass die Widerrufsfrist "jetzt oder später" beginnen, der Beginn des Fristlaufs also ggf. noch von weiteren Voraussetzungen abhängen soll. Der Verbraucher wird jedoch darüber im Unklaren gelassen, welche - etwaigen - weiteren Umstände dies sind (vgl. nur BGH, Urteile vom 9. Dezember 2009 - VIII ZR 219/08, WM 2010, 721 Rn. 13, 15, vom 29. April 2010 - I ZR 66/08, WM 2010, 2126 Rn. 21, vom 1. Dezember 2010 - VIII ZR 82/10, WM 2011, 86 Rn. 12 und vom 2. Februar 2011 - VIII ZR 103/10, WM 2011, 474 Rn. 14). Das hat das Landgericht zutreffend festgestellt und wird mit der Berufung nicht angegriffen.

bbb) Der Beklagten kommt die Gesetzlichkeitsfiktion gemäß § 14 Abs. 1, 3 BGB Info-V nicht zu Gute, denn die Beklagte hat - schon durch die Verwendung von Fußnoten in einem Umfang in das Muster eingegriffen, der den beispielhaft in § 14 Abs. 3 BGB-InfoV a. F aufgelisteten Abweichungen nicht mehr entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2016 – XI ZR 564/15 –, Rn. 24, juris). 60

cc) Der Ausübung des Widerrufsrechts durch die Klägerin standen weder der Einwand der Verwirkung, noch der einer sonst unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB entgegen. Das Widerrufsrecht war schon deshalb nicht verwirkt, weil es - der Vertrag war noch nicht beiderseits voll erfüllt - am Umstandsmoment fehlt. Der Widerruf ist auch nicht rechtsmissbräuchlich, denn auf das Widerrufmotiv kommt es nicht an, sonstige besondere Gesichtspunkte, die eine Rechtsmissbräuchlichkeit begründen könnten, sind nicht ersichtlich und lassen sich insbesondere nicht aus dem von der Beklagten bei Abschluss des Darlehensvertrags eingesetzten Formular ableiten. 61

3. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten gegen die Beklagte zu. Aus Verzugsgesichtspunkten (§§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB) kann sich ein solcher Anspruch nicht ergeben. Denn das würde voraussetzen, dass die Beklagte sich zum Zeitpunkt der Beauftragung des Klägervertreters bereits in Verzug befunden hätte. Daran fehlt es. Die Beklagte befand sich mit der Rückabwicklung ungeachtet des Widerrufs durch die Klägerin selbst (GA Bl. 6) nicht in Verzug und ist dies bis heute nicht. Zwar wandelte der Widerruf den Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Die sich daraus ergebenden wechselseitigen Ansprüche (Herausgabe der erhaltenen Zahlungen auf Seiten der Beklagten zzgl. Nutzungsersatz, Rückzahlung der gesamten Darlehensvaluta zzgl. Wertersatz auf Seiten der Klägerin) sind indes gemäß § 348 S.1 BGB Zug-um-Zug zu erfüllen. Diesbezüglich steht der Beklagten über § 348 S. 2 BGB die Einrede aus §§ 320, 322 BGB zu, die - anders als diejenige aus § 273 BGB - auch ohne Berufung hierauf den Verzugseintritt hindert (BGH NJW-RR 2003, 1318/1319 m.w.N.). In einer den Annahmeverzug begründenden Weise hat die Klägerin die ihr obliegende Leistung ersichtlich nicht angeboten. Ein Verzug der Beklagten bestand auch nicht deshalb, weil sie mit Schreiben vom 14.02.2014 (GA Bl. 7) den Widerruf nicht als wirksam anerkannt hat. Der Verzug setzt eine wirksame und durchsetzbare Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner voraus (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine durchsetzbare Forderung des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber, einen Widerruf als wirksam anzuerkennen, gibt es aber nicht. Dazu besteht, da der Widerruf als einseitiges Gestaltungsrecht im Wirksamkeitsfall das Rückabwicklungsverhältnis auch ohne Zustimmung des Darlehensgebers herbeiführt, auch kein Bedürfnis (vgl.: OLG Zweibrücken, Urteil vom 23. November 2016 – 7 U 62/16 –, Rn. 120, juris). 62

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 Satz 2 iVm § 711 ZPO. 63

5. Der Gegenstandswert wird unter Zugrundlegung der bis zur Einleitung des jeweiligen Rechtszugs (§ 40 GKG) von der Klägerin geleisteten Zins- und 64

Tilgungsleistungen für das Verfahren erster Instanz auf bis zu 185.000,00 € und für das Berufungsverfahren auf bis zu 200.000,00 € festgesetzt.

[logo_nrwe](#)