

**Die mittelbare Darlehensvaluierung**  
**- Eine Untersuchung zur Tatbestandsseite der Darlehensgewährung -**

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde der  
Juristischen Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Thomas Henning  
aus Stuttgart

2008

Dekan: Prof. Dr. Joachim Vogel

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Harm Peter Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wernhard Möschel

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Februar 2008

*In Dankbarkeit, meinen Eltern.*

Im März 2008

## Die mittelbare Darlehensvalutierung

### - Eine Untersuchung zur Tatbestandsseite der Darlehensgewährung -

Abbildungsverzeichnis .....	IV
Abkürzungsverzeichnis .....	V
Einleitung .....	1
I. Teil: Grundlagen im Zwei-Personen-Verhältnis .....	6
A. Die Darlehensauszahlung .....	6
I. Das Gelddarlehen .....	6
II. Die Rechtsnatur des Darlehensvertrags .....	8
III. Die Erfüllungsvoraussetzungen .....	10
1. Die Erfüllungstheorien aus dem Blickwinkel der Darlehensvalutierung .....	10
a) Die allgemeine Vertragstheorie .....	11
b) Die beschränkte Vertragstheorie .....	13
c) Die Zweckvereinbarungstheorie .....	14
d) Die Theorie der finalen Leistungsbewirkung .....	15
e) Die Theorie der realen Leistungsbewirkung .....	19
f) Das Ergebnis der Untersuchung .....	21
2. Die Empfangszuständigkeit .....	23
3. Das Darlehen als Gegenstand der Erfüllungshandlung .....	25
4. Die maßgebliche Leistungshandlung .....	27
a) Der Darlehensempfang i.S.v. § 607 Abs. 1 BGB a.F. ....	27
b) Das Zur-Verfügung-Stellen des Darlehens i.S.v. § 488 Abs. 1 S. 1 BGB .....	29
c) Der Darlehensempfang i.S.v. § 494 Abs. 2 S. 1 BGB .....	30
d) Der Darlehensempfang in den Fällen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB .....	32
e) Zwischenergebnis .....	33
IV. Die Gefahrtragung bei der Darlehensvalutierung .....	34
V. Zusammenfassung .....	36
B. Die Einbeziehung eines Dritten in den Erfüllungsvorgang .....	38
I. Die Rechtsposition des Dritten .....	38
II. Die Erteilung der Empfangszuständigkeit .....	39
1. Die Ermächtigungsmöglichkeiten .....	39
2. Die Einordnung in die Erfüllungssystematik nach §§ 362 ff BGB .....	39
3. Die Rechtsnatur der Ermächtigung .....	40
a) Der Erteilungsakt .....	40
b) Abgrenzungsfragen .....	41
aa) Die Erteilung als Weisung im weiteren Sinne des Auftragsrechts? .....	41
bb) Die Erteilung als ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter? .....	42
cc) Die Erteilung als Anweisung im weiteren Sinne? .....	44
dd) Ergebnis .....	45
4. Der Zeitpunkt und die Bindungswirkung der Ermächtigung .....	46
III. Zusammenfassung .....	48

II. Teil: Das Drei-Personen-Verhältnis.....	49
A. Die mittelbare Darlehensvalutierung im „Normalfall“ .....	49
I. Das maßgebliche Drei-Personen-Verhältnis.....	49
II. Die Abgrenzung zu vergleichbaren Drei-Personen-Verhältnissen .....	51
1. Die Banküberweisung.....	51
2. Das Finanzierungsleasing .....	51
3. Das Factoring .....	51
4. Ergebnis .....	52
III. Die rechtliche Trennung von Deckungs- und Valutaverhältnis .....	53
IV. Die Erfüllungswirkung bei der mittelbaren Darlehensauszahlung .....	54
1. Darlehensspezifische Anforderungen .....	54
a) Rechtshistorisches Leitbild des Gesetzgebers .....	54
b) Die Anforderung von Rechtsprechung und Lehre.....	54
c) Einordnung in die bisherigen Erkenntnisse.....	56
aa) Das Interesse des Darlehensnehmers an einer mittelbaren Darlehensauszahlung.....	57
bb) Die Vereinbarung und die Weisung zur Drittleistung.....	59
d) Zusammenfassung.....	61
2. Der maßgebliche Erfüllungszeitpunkt .....	62
3. Die Darlehensvalutierung auf ein beim Darlehensgeber geführtes Konto.....	62
4. Die Darlehensvalutierung zugunsten eines Kreditvermittlers .....	63
5. Das Ergebnis der Untersuchung .....	64
B. Mängel im Deckungsverhältnis.....	68
I. Rechtsfolgen eines fehlerhaften Darlehensvertrags .....	68
II. Rechtsfolgen einer mangelhaften Anweisung.....	69
III. Teil: Besondere Fallgruppen der mittelbaren Darlehensvalutierung .....	72
A. Die Darlehensauszahlung im Rahmen eines verbundenen Geschäfts.....	72
I. Die Besonderheiten beim verbundenen Geschäft.....	73
II. Die gesetzlichen Regelungen zum verbundenen Geschäft.....	75
1. Die Kodifikation des verbundenen Geschäfts.....	75
a) Nationales Recht.....	75
aa) Die Rechtsprechung zum AbzG .....	75
bb) Die Kodifikation im Verbraucherkreditgesetz .....	78
cc) Die Novellierung durch das SMG .....	79
b) Europarechtliche Vorgaben.....	80
c) Ergebnis.....	83
2. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen .....	83
3. Zwischenergebnis.....	85
III. Die wirtschaftliche Einheit beim verbundenen Geschäft .....	87
IV. Die Darlehensvalutierung beim verbundenen Geschäft.....	90
1. Die Anweisungslage beim verbundenen Geschäft .....	90
2. Die neuere Rechtsprechung des BGH .....	93
a) Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats .....	93
b) Stellungnahme .....	96
aa) Der Heilungstatbestand nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB .....	97
bb) Die Regelungen zum verbundenen Geschäft .....	98
cc) Ergebnis.....	99
V. Zusammenfassung zum verbundenen Geschäft.....	101

B. Die Darlehensauszahlung bei einem Gesellschaftsdarlehen .....	104
I. Die Besonderheiten eines Gesellschaftsdarlehens.....	104
II. Die Folgen einer verbotswidrigen Auszahlung.....	107
1. Das Rechtsfolgensystem von §§ 30, 31 GmbHG .....	107
2. Die Rechtsfolgensystematik von §§ 57, 62 AktG.....	108
3. Zwischenergebnis.....	109
III. Die Anwendung von § 30 GmbHG auf Gesellschaftsdarlehen.....	111
1. Die Kapitalerhaltung gemäß § 30 GmbHG beim Gesellschaftsdarlehen .....	111
a) Der Gläubigerschutz und der Drittvergleich .....	111
b) Die Behandlung von Gesellschaftsdarlehen .....	112
aa) Die Vorleistungspflicht beim Gesellschaftsdarlehen .....	113
bb) Das mit § 30 Abs. 1 GmbHG vergleichbare Kapitalschutzsystem .....	114
cc) Die Gesetzesnovelle von 1980 .....	115
dd) Die bisherigen Ansichten im Schrifttum .....	116
(1) Die Ausweitung auf Gesellschaftsdarlehen.....	116
(2) Die Gegenansicht.....	118
ee) Die Rechtsprechung des BGH vom 24.11.2003 .....	120
ff) Die Stellungnahme im Schrifttum zur Rechtsprechung .....	121
gg) Die eigene Ansicht .....	124
c) Das Ergebnis der Untersuchung .....	129
2. Die konzerninterne Darlehensgewährung .....	131
a) Der GmbH-Vertragskonzern.....	131
aa) Der Kapitalschutz im GmbH-Vertragskonzern .....	131
bb) Die Auswirkungen der BGH-Entscheidung vom 24.11.2003.....	134
cc) Zwischenergebnis .....	135
b) Der faktische GmbH-Konzern.....	136
3. Zusammenfassung .....	137
IV. Das Cash-Pooling im GmbH-Konzern .....	138
1. Die Ausgestaltung des Cash-Management-Systems .....	138
a) Die Besonderheiten beim physischen Cash-Pooling .....	138
b) Die rechtliche Einordnung des Cash-Poolings.....	139
2. Die rechtlichen Grenzen der Darlehensvaluierung.....	142
3. Ergebnis .....	143
V. Zusammenfassung.....	144
IV. Teil: Thesen.....	147
Literaturverzeichnis.....	VII

## **Abbildungsverzeichnis**

Abbildung 1: Das maßgebliche Leistungsdreieck .....	5
Abbildung 2: Die unmittelbare Anweisung im weiteren Sinn.....	46
Abbildung 3: Das Leistungsdreieck der mittelbaren Darlehensvalutierung .....	65
Abbildung 4: Das maßgebliche Leistungsdreieck beim verbundenen Geschäft.....	74
Abbildung 5: Das Leistungsdreieck der mittelbaren Darlehensvalutierung beim verbundenen Geschäft .....	92
Abbildung 6: Das maßgebliche Leistungsdreieck beim Gesellschaftsdarlehen .....	106
Abbildung 7: Das maßgebliche Leistungsdreieck der mittelbaren Darlehens- valutierung beim Gesellschaftsdarlehen .....	110
Abbildung 8: Das maßgebliche Leistungsdreieck beim Cash-Pooling .....	139
Abbildung 9: Das maßgebliche Leistungsdreieck der mittelbaren Darlehens- valutierung beim Cash-Pooling .....	143

## Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
aE	am Ende
a.F.	alte Fassung des BGB; bis zum 31.12.2001; vor Inkrafttreten des SMG
Anm.	Anmerkung
Bauhandwerkersicherungsgesetz	Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches (Bauhandwerkersicherung) und anderer Gesetze vom 27.04.1993, BGBl. I, S. 509
Bearb.	Bearbeiter
Begr.	Begründer
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
bzw.	beziehungsweise
FDL-FernAbs-RL	Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002; auch: Distanzrichtlinie II
FernAbs-RL	Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie); Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997; auch: Distanzrichtlinie I
Ffm	Frankfurt am Main
FN	Fußnote
FS	Festschrift
HdB	Handbuch
HWi-RL	Haustürwiderrufsrichtlinie; Richtlinie betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen; Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985
Hrsg.	Herausgeber
MBO	Management Buy-Out

MoMiG	Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 23. Mai 2007, vgl. Bundesrats-Drucksache 354/07 vom 25. Mai 2007; der aktuelle Stand des Gesetzgebungsverfahrens ist abrufbar über die Homepage des Bundesjustizministeriums ( <a href="http://www.bmj.de">www.bmj.de</a> )
mwN	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung des BGB; nach Inkrafttreten des SMG; vgl. die Bekanntmachung vom 02.01.2002, BGBl. I, S. 42
n.rk.	nicht rechtskräftig
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.	im Sinn
i.S.v.	im Sinn von
i.V.m.	in Verbindung mit
Rn.	Randnummerierung
rk.	rechtskräftig
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz; Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138
s.o.	siehe oben
SR	Schuldrecht
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Timesharing-Richtlinie	Richtlinie zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien; Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994
u.a.	und andere
VerbrKr-RL	Verbraucherkreditrichtlinie; Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit; Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert

## Einleitung

Mit der Einführung des Schuldrechtmodernisierungsgesetzes (SMG) wurde auch das Darlehensrecht modernisiert. Das hier zu betrachtende Gelddarlehen ist nunmehr in §§ 488 ff BGB geregelt, wobei wie bisher der Rückerstattungsanspruch des Darlehensgebers auf die Valuta von der Zur-Verfügung-Stellung des Darlehens an den Darlehensnehmer abhängig ist, § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Darüberhinaus ist die Pflicht des Darlehensgebers zur Darlehenshingabe jetzt ausdrücklich als eine Hauptpflicht positiv in § 488 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt.<sup>1</sup> Mithin bleibt die Darlehenshingabe Grundlage und wesentliches Element jedes Darlehens.

In der überwiegenden Anzahl der Fälle wird die Darlehensaufnahme von der Investitionsbereitschaft des Darlehensnehmers in Vermögenswerte motiviert.<sup>2</sup> Im Verlaufe des Investitionsprozesses entsteht für ihn zunächst der Wunsch nach einer lohnenden Investition; gleichgültig, ob dieser aus renditeorientierten oder aus altruistischen Gründen heraus entsteht. Um dieses Bedürfnis zeitnah befriedigen zu können, ist der Darlehensnehmer, wenn er selbst nicht über eine ausreichende Finanzausstattung verfügt, auf die Inanspruchnahme von Finanzierungsmitteln angewiesen. Das Darlehen ist deshalb bei ökonomischer Betrachtungsweise im weitesten Sinn ein Hilfsmittel zur vorzeitigen Befriedigung des Investitionsbedürfnisses des Darlehensnehmers.<sup>3</sup>

Als Finanzierungsinstrument wird die Darlehensvaluta häufig nicht direkt an den Darlehensnehmer, sondern an einen weiteren Vertragspartner des Darlehensnehmers ausbezahlt. Aus Sicht des Darlehensgebers erfolgt damit eine Valutierung an einen am Darlehensvertrag unbeteiligten Dritten. Betrachtet man ausschließlich den Geldfluss, vollzieht sich die Zur-Verfügung-Stellung des Darlehens i.S.v. § 488 Abs. 1 BGB ohne unmittelbare Beteiligung des Darlehensnehmers. Im Mittelpunkt des Interesses dieser Arbeit stehen deshalb die Fragen, wann und unter welchen Voraussetzungen eine wirksame mittelbare Darlehensgewährung vorliegt.

Die mittelbare<sup>4</sup> oder auch drittbegünstigende Darlehensgewährung lässt sich auf die Interessenlagen der Vertragsparteien zurückführen. Im Vordergrund der mittelbaren Valutierung steht das Interesse des Darlehensnehmers an einer erleichterten Abwicklung, denn dies führt zu einer Abkürzung des Leistungswegs. Wie bei der Lieferkette erfolgt die Darlehenshingabe ohne direkte Einschaltung des Darlehensnehmers. Für ihn hat das den Vorteil, dass er beispielsweise nicht erst die Gutschrift des Darlehensbetrags auf seinem Bankkonto überwachen und anschließend den erhaltenen Betrag

---

<sup>1</sup> vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 252: Vorbemerkung zur Änderung des Darlehensrechts durch das SMG

<sup>2</sup> in diesem Sinn auch: Esser / Weyers, SR BT<sup>8</sup>, § 9 III. 1.

<sup>3</sup> statt vieler: Achterberg / Lanz<sup>3</sup>, Stichwort: Kredit, 1. a), S. 1060: Der Kredit- und damit auch der Darlehensbegriff wird hier prägnant auf die Kurzformel „Kredit ist die Gewährung von Gegenwartsgeld gegen Zukunftsgeld“ gebracht. Vgl. auch: Reifner, FS Derleder, S. 492; Heermann, § 16 I. 2. Rn. 2 mwN

<sup>4</sup> vgl. zum Begriff der mittelbaren Darlehensauszahlung auch: Hassold, § 2 I, S. 3 f

für seine Investitionstätigkeit verwenden muss. Das Darlehen fließt in seinem Sinn direkt an den Dritten. Die Geldbewegung wird damit von zwei auf einen Zahlungsstrom reduziert. Neben einer Kostenersparnis führt dies für den Darlehensnehmer zu einer Risikominimierung, weil der Geldbetrag als Leistungsgegenstand nur einmal „in die Hand genommen wird“: Die Gefahr einer Fehlleitung oder eines Verlustes auf dem Leistungsweg wird reduziert. Daneben kann eine mittelbare Valutierung dem Interesse des Darlehensgebers gerecht werden. Er hat bei der mittelbaren Darlehenshingabe Kenntnis, wie der Darlehensbetrag vom Darlehensnehmer verwendet wird. Dies erleichtert ihm die Bewertung des Kreditrisikos und führt zu einer Risikominimierung. Wird mit der Investitionstätigkeit ein Vermögenswert erworben, kann dieser ergänzend als Kreditsicherheit herangezogen werden. Die direkte Darlehensauszahlung ist aus Sicht des Darlehensgebers deshalb gleichfalls von Vorteil. Die mittelbare Darlehensvalutierung dient dem Grunde nach somit beiden Vertragsparteien.

Ziel der Untersuchung ist es, ausgehend von den grundlegenden Wertungen des Gesetzes, einheitliche Kriterien zur wirksamen Darlehensbegebung im Drei-Personen-Verhältnis herauszuarbeiten und im Anschluss hieran diese auf spezielle Anwendungsfälle zu übertragen und zu verifizieren.

Vermehrte Anwendungsfälle der mittelbaren Darlehensgewährung finden sich gerade im Bereich des verbundenen Geschäfts als auch im Rahmen der konzerninternen Finanzierungstätigkeit. Beide Fallgruppen sind aktuell Gegenstand zahlreicher Entscheidungen des BGH und werden in der Literatur kontrovers diskutiert. Diese Fallbeispiele werden daher in dieser Arbeit im Hinblick auf die Wirksamkeit einer mittelbaren Darlehensgewährung exemplarisch untersucht.

Im Zusammenhang mit dem verbundenen Geschäft thematisieren die Entscheidungen des BGH die Frage der verbrauchergerechten Rückabwicklung gescheiterter Darlehensfinanzierungen im Zusammenhang mit Grundstückserwerben sowie Anteilerwerben an Immobilienfonds. Dabei gehen Schätzungen von einem volkswirtschaftlichen Schaden in Milliardenhöhe aus.<sup>5</sup>

Die grundlegenden Streitfragen, die zu einer unterschiedlichen Rechtsprechungsentwicklung zwischen dem II. und dem XI. Zivilsenat des BGH geführt haben, wurden - anders als noch zum Zeitpunkt der Einreichung dieser Arbeit als Dissertation im März 2006 - durch eine Verständigung beider Senate geklärt.<sup>6</sup> Mit insgesamt vier Urteilen vom 25.04.2006<sup>7</sup> hat der nunmehr wieder primär zuständige XI. Senat gerade auch

---

<sup>5</sup> EG-Kommission, ZBB 04, 69 Rn. 1; Schäfer, BKR 05, 98

<sup>6</sup> vgl. Pressemitteilung des BGH Nr. 62/ 2006 vom 25.04.2006; hierzu auch: Goette, DStR 06, 1099 f; vgl. auch die Gesamtdarstellung der neueren Judikatur des BGH zu fehlgeschlagenen Immobilienfinanzierungen: Nobbe, WM Beilage Nr. 1/2007

<sup>7</sup> BGH, Urteile jeweils vom 25.04.2006: XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 ff; XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239 ff; XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252 ff; XI ZR 219/04, NJW 2006, 1957 ff

über die Frage der Wirksamkeit einer mittelbaren Darlehensvalutierung bei verbundenen Geschäften zu entscheiden. Der dort festgehaltene Grundsatz, dass ein Empfang der Darlehensvaluta bei einem verbundenen Geschäft auch dann erfolgt, wenn sie vereinbarungsgemäß an den Dritten, hier die Fondsgesellschaft, ausgezahlt wird, wurde in weiteren Entscheidungen bestätigt.<sup>8</sup> Dieser Grundsatz wird inzwischen sogar als gefestigte Rechtsprechung bezeichnet.<sup>9</sup> In den entsprechenden Neuauflagen der gängigen Kommentierung werden nunmehr - soweit ersichtlich - keine abweichenden Meinungen vertreten.<sup>10</sup>

Mit welcher Anstrengung der Kampf um die „richtige“ Rückabwicklung seinerzeit geführt wurde, zeigen sowohl die bereits geführten Verfahren als auch die Kontroversen in der Literatur. So wurde der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH offen der Vorwurf einer Interessenjurisprudenz entgegengebracht,<sup>11</sup> im Zusammenhang mit dem Vorlagebeschluss des OLG Bremen mit Befangenheitsanträgen gearbeitet<sup>12</sup> oder andererseits mit einem Willkürvorwurf (aufgrund einer Nichtannahmeentscheidung der Revision durch den XI. Zivilsenat) Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht erhoben.<sup>13</sup> Im Ringen um die „richtige“ Lösung wurde plakativ vom „Krieg der Senate“ gesprochen.<sup>14</sup> Von neuer Qualität war auch, dass sich das OLG Schleswig wegen verfassungsrechtlicher Bedenken nicht an die revisionsrechtlichen Vorgaben des II. Zivilsenats gebunden sah.<sup>15</sup>

Aufgrund des europarechtlich bestimmten Verbraucherrechts sind bereits Entscheidungen des EuGH ergangen. Infolgedessen wird der Fokus in Rechtsprechung und Literatur im Wesentlichen auf die Rechtsfolgenseite gescheiterter Immobilienfinanzierungen gelegt. Die Tatbestandsseite der mittelbaren Darlehensgewährung bleibt dagegen zumeist unberücksichtigt. Gleichwohl verdient dieser Aspekt gesonderte Aufmerksamkeit, weil die mittelbare Darlehensvalutierung die Grundlage des tatsächlichen Leistungsaustauschs bildet. Bevor über die Rechtsfolgen diskutiert wird, sollte zunächst die Tatbestandsseite näher untersucht werden. Erstmals hat der II. Zivilsenat

---

<sup>8</sup> BGH, Urteile jeweils vom 09.05.2006: XI ZR 119/05, WM 06, 1243 ff; XI ZR 114/05, BKR 06, 405 ff; XI ZR 03/05, jeweils die insoweit wortgleichen Ausführungen in den Entscheidungsgründen: Rn. 18 - 22; BGH, WM 07, 108 ff, Rn. 22; vgl. auch Nobbe, WM Beilage Nr. 1/2007, S. 25 f

<sup>9</sup> BGH, WM 08, 292 ff, Rn. 26

<sup>10</sup> MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 27, 33 und 34; MK / Schürnbrand<sup>5</sup>, § 494 Rn. 21; MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 27 FN 87; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Rohe, § 488 Rn. 16; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Möller, § 494 Rn. 7; Palandt / Weidenkaff<sup>67</sup>, § 448 Rn. 8 und § 494 Rn. 7; Schimansky u.a. / Lwowski - Münscher<sup>3</sup>, § 81 Rn. 377; Hinweis bereits bei: Bülow / Arzt<sup>6</sup>, § 494 Rn. 48a

<sup>11</sup> vgl. etwa: Wolf / Großrichter, WM 04, 1993; Jork / Engel, BKR 05, 9 und 12

<sup>12</sup> vgl. die dienstliche Äußerung von Prof. Dr. Peter Derleder, Richter am OLG Bremen, vom 19. Mai 2004 u.a. wegen seiner Kommentierung in NJW 03, 2064 ff

<sup>13</sup> vgl. BVerfG, NJW 04, 151; die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen. Gleichwohl wurde der Beschluss des Ersten Senats ausführlich begründet.

<sup>14</sup> Fischer, VuR 05, 241 ff; zur massiven Kritik an der Rspr. des II. Senats: Edelmann, BKR 05, 395, FN 9

<sup>15</sup> OLG Schleswig, ZIP 05, 1127, 1129 ff.

am 14. 06. 2004 in einer viel beachteten Entscheidungsreihe<sup>16</sup> nicht nur zu Fragen der Rechtsfolgen-, sondern auch zur Tatbestandsseite<sup>17</sup> Stellung genommen. Wie dargestellt ergingen nachfolgend - nach Einreichung der Dissertation - auf Grundlage einer Verständigung von II. und XI. Senat des BGH weitere Entscheidungen des XI. Senats, die sich mit der Tatbestandsseite der mittelbaren Darlehensvalutierung auseinandergesetzt haben.

Im Zusammenhang mit der Konzernfinanzierung bei Verwendung sogenannter Cash-Management-Systeme und der damit verbundenen aufsteigenden Darlehensgewährungen einer Tochtergesellschaft an die Mutter, auch als up-stream Darlehen bezeichnet, hat wiederum der II. Zivilsenat mit Blick auf die Kapitalerhaltungsregelungen zur Rechtsfolgenseite Stellung genommen. Vor allem seit seiner Entscheidung vom 24.11.2003<sup>18</sup> wird in der Literatur diskutiert, inwieweit eine aufsteigende Darlehensgewährung in der Praxis noch möglich ist. Auf die Tatbestandsvoraussetzungen einer solchen Darlehensgewährung wird dabei in der Regel nicht eingegangen.

Auch in diesem Punkt hat die Rechtsprechung in einzelnen Punkten für Klarheit gesorgt. Insbesondere mit den nach Einreichung der Arbeit erst veröffentlichten Grundsatzurteilen des BGH vom 16.01.2006 hat der II. Zivilsenat im Leitsatz festgehalten, dass es bei für eine GmbH, die in ein Cash-Pool-System einbezogen ist, kein „Sonderrecht“ von den Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbHG und den dazu von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen gibt.<sup>19</sup> Neben der Rechtsprechung hat der Gesetzgeber im Regierungsentwurf zum MoMiG auf die Entscheidung des BGH vom 24.11.2003 reagiert und gerade für den Bereich der Kapitalerhaltung eine entsprechende Regelung in § 30 Abs. 1 S. 2 vorgeschlagen, die eine Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise ermöglichen soll.<sup>20</sup>

Bewusst werden daher die angestellten Untersuchungen auf die Tatbestandsseite verengt. Die Arbeit konzentriert sich auf typische Drei-Personen-Verhältnisse, die sich regelmäßig in ein Valuta-, Deckungs- und Vollzugsverhältnis einteilen lassen. Charakteristisch für diese Drei-Personen-Verhältnisse ist, dass - entsprechend den wirtschaftlichen Gegebenheiten - zwischen den Personen im Vollzugsverhältnis keine vertraglichen Bindungen bestehen. Dafür wird hier der einzige und damit wesentliche Leistungsaustausch des gesamten Drei-Personen-Verhältnisses abgewickelt.

---

<sup>16</sup> BGH, II ZR 395/01, BGHZ 159, 280; II ZR 393/02, BGHZ 159, 294; II ZR 392/01, WM 04, 1518; II ZR 374/02, ZIP 04, 1407; II ZR 385/02, WM 04, 1527; II ZR 407/02, WM 04, 1536

<sup>17</sup> vgl. BGH, II ZR 393/02, BGHZ 159, 294; II ZR 407/02, WM 04, 1536

<sup>18</sup> vgl. BGH, Urteil vom 24.11.2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 16.01.2006, II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 ff

<sup>20</sup> Art. 1 Nr. 30 MoMiG (in der Fassung des Regierungsentwurfs vom 23.05.2007) BR-Drucks. 354/07

Zur Veranschaulichung soll nachstehende Grafik dienen, die in ihrer Grundkonzeption Geltung für die gesamte Untersuchung beansprucht:

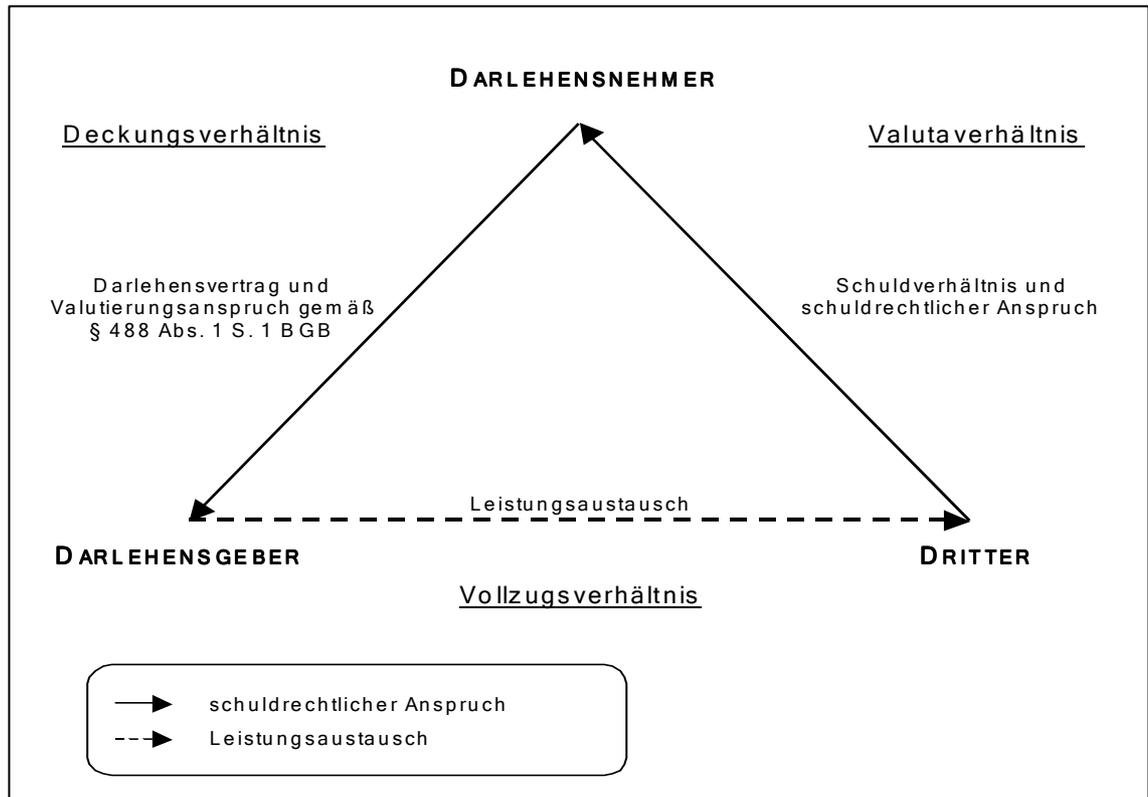


Abbildung 1: Das maßgebliche Leistungsdreieck

Nicht zum Gegenstand dieser Untersuchungen zählt indessen die Darlehensvalutierung unter Einbeziehung von Notaranderkonten. Dies wurde bereits an anderer Stelle ausführlich untersucht.<sup>21</sup>

Im Kern lässt sich stark simplifiziert die Thematik dieser Arbeit auf folgende Fragestellungen reduzieren:

Gibt es Fallkonstellationen, insbesondere im Verbraucherrecht und im Gesellschaftsrecht, welche dazu führen, dass bei einer vollzogenen, mittelbaren Darlehensauszahlung auf Anweisung des Darlehensnehmers die Darlehensvaluta nicht i.S.v. § 488 Abs. 1 BGB zur Verfügung gestellt wird?

Lässt es sich in diesen Fällen bei wertender Betrachtungsweise auf Tatbestandsseite rechtfertigen, dass trotz scheinbar vertragsgemäßigem Handeln des Darlehensgebers die Valutierungspflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfüllt wird?

<sup>21</sup> vgl. nur: König; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 35; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Rohe, § 488 Rn. 16; MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 47; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 120 und 124, BGHZ 113, 151, 158 f sowie Preuß, JuS 96, 103 ff; jeweils mwN

## I. Teil: Grundlagen im Zwei-Personen-Verhältnis

Bevor die Details des Drei-Personen-Verhältnisses, speziell die Besonderheiten der Abwicklung der Schuldverhältnisse im „Dreieck“, in Bezug auf die Wirksamkeit einer mittelbaren Darlehensvaluierung untersucht werden, sind vorab die Grundlagen im Zwei-Personen-Verhältnis zu betrachten. Der Schwerpunkt liegt dabei in der Klärung genereller Fragen anhand einer rechtssystematischen Analyse.

### A. Die Darlehensauszahlung

#### I. Das Gelddarlehen

Der Darlehensbegriff ist gesetzlich nicht definiert und wird im allgemeinen Sprachgebrauch unterschiedlich verwendet. Je nach Sichtweise und Situation erfährt er eine mannigfache Prägung. Bei Abfassung des BGB wurde von einer juristischen Definition abgesehen, da sich der Darlehensbegriff im Rechtsleben bereits verfestigt hatte.<sup>22</sup>

Generell lässt sich das Gelddarlehen unter den Oberbegriff des Kredits subsumieren.<sup>23</sup> Insoweit ist ausgehend vom Kreditbegriff eine Abgrenzung vorzunehmen. Die Schwierigkeit besteht darin, dass sich auch für den Kredit keine einheitliche juristische Definition finden lässt.<sup>24</sup> So ist in §§ 19 Abs. 1 und 21 Abs. 1 KWG der Kreditbegriff am umfassendsten definiert.<sup>25</sup> Diese Normierung erschließt sich erst bei Betrachtung von Sinn und Zweck. Bemerkenswert ist, dass er über die Festlegung des Kreditgeschäfts in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG, Kredit als die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten, hinausgeht. Ziel ist es, der Aufsichtsbehörde weitreichende Einsichtsmöglichkeiten in die Geschäftsfelder und die daraus resultierenden Belastungen der Kreditinstitute zu verschaffen.<sup>26</sup> Mithin ist diese Definition für das privatrechtliche Darlehen wenig tauglich, lässt aber die grundlegenden Gemeinsamkeiten durchscheinen. Das Wesensmerkmal des Kredits ist es, dem Kreditnehmer Kaufkraft in wirtschaftlicher Form zur Nutzung zu überlassen.<sup>27</sup> Die Art und Weise der

---

<sup>22</sup> Mugdan, II., Motive, S. 169

<sup>23</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 252; MK / Berger<sup>5</sup>, vor § 488 Rn. 1 und 38; Staudinger / Hopt, Mülb<sup>12</sup>, Vorbem zu §§ 607 ff Rn. 15 f, mwN; E/B/J - Thessing (2001), BankR IV Rn. 2

<sup>24</sup> Staudinger / Hopt, Mülb<sup>12</sup>, Vorbem zu §§ 607 ff Rn. 15 f, mwN; E/B/J - Thessing (2001), BankR IV Rn. 2; Baumbach / Hopt<sup>33</sup>, BankGesch Rn. G 1

<sup>25</sup> zur alten Fassung von § 19 Abs. 1 KWG: Staudinger / Hopt, Mülb<sup>12</sup>, Vorbem zu §§ 607 ff Rn. 15. Auch nach neuer Fassung ist keine neue Beurteilung geboten. Z.B. fällt eine Stundung unter den Begriff des Kreditgeschäfts i.S.v. § 19 Abs. 1 KWG, vgl. Kumpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.121 und Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 14 Rn. 2 mwN. Einzelheiten zum Kreditbegriff des KWG bei: Huber, BankR, Rn. 524 ff

<sup>26</sup> Huber, BankR, Rn. 523 ff; Staudinger / Hopt, Mülb<sup>12</sup>, Vorbem zu §§ 607 ff Rn. 15; MK / Westermann<sup>3</sup>, vor § 607 Rn. 12 f

<sup>27</sup> Canaris, BankR<sup>2</sup>, Rn. 1195; Heermann, § 16 III. Rn. 14; Vertrags-HdB / Graf von Westphalen<sup>5</sup>, III. 12 Rn. 1

Kreditgewährung ist hierfür unbeachtlich. Ob dem Kreditnehmer Geld oder eine andere Art der Kaufkraft zur Verfügung gestellt wird, ist beim Kredit unerheblich.<sup>28</sup>

Beim Gelddarlehen, welches nun in §§ 488 ff BGB geregelt ist,<sup>29</sup> ist charakteristisch, dass der Darlehensgeber zur zeitweisen Überlassung eines Geldbetrags verpflichtet ist, § 488 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit verengt sich das Gelddarlehen, welches selbst im Gesetz verkürzt nur als Darlehen bezeichnet wird,<sup>30</sup> auf den Begriff des Zahlungskredits.<sup>31</sup> Beim Darlehen i.S.v. §§ 488 ff BGB wird die Kaufkraft dem Darlehensnehmer durch die wertmäßige Überlassung von Geld, sei es als Bar- oder Buchgeld oder in anderer Weise, zur Verfügung gestellt.<sup>32</sup> Da durch das SMG zugleich die Überlassung von vertretbaren Sachen als Sachdarlehen bezeichnet wird, sind die Begriffe Darlehen und Darlehensvertrag nach der neuen juristischen Diktion im BGB eindeutig.<sup>33</sup>

Im Ergebnis lässt sich in Bezug auf die Valutierung das wesentliche Kennzeichen i.S.v. § 488 Abs. 1 S. 1 BGB festhalten:<sup>34</sup> Entsprechend den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Darlehensnehmers wird ihm ein Geldbetrag, das Darlehen i.S.v. §§ 488 ff. BGB, zur wirtschaftlichen Nutzung und Verwertung zeitweilig überlassen.<sup>35</sup> Bereits vor der Geltung des SMG war es nach allgemeiner Meinung Sinn und Zweck des Darlehens, dem Darlehensnehmer die vorübergehende Nutzungsmöglichkeit am überlassenen Kapital einzuräumen.<sup>36</sup> Vor diesem Hintergrund kann der Darlehensvertrag auch untechnisch als „Vermietung von Kaufkraft“ bezeichnet werden.<sup>37</sup>

---

<sup>28</sup> MK / Berger<sup>5</sup>, vor § 488 Rn. 38; so bereits in der 3. Auflage: MK / Westermann<sup>3</sup>, vor § 607 Rn. 12; Staudinger / Hopt, Mülb<sup>12</sup>, Vorbem zu §§ 607 ff Rn. 12

<sup>29</sup> vgl. die Gesamtdarstellung zum „neuen“ Darlehensrecht: Mülb<sup>12</sup>, WM 02, 465 ff; Wittig / Wittig, WM 02, 145 ff; Köndgen, WM 01, 1637 ff; derselbe, Darlehensrecht 2001, S. 457 ff. Letzterer allerdings auf dem Stand des Regierungsentwurfs.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 253; vgl. auch zum neuen Sprachgebrauch des BGB nach SMG, statt vieler: Dauner-Lieb u.a. / Reiff, § 10 Rn. 7 und Berger, BankR 2002, S. 6 ff; E/B/J - Nagel (2003), BankR Rn. 6.

<sup>31</sup> MK / Westermann<sup>3</sup>, vor § 607 Rn. 13; E/B/J - Thessing (2001), BankR IV Rn. 22; vgl. auch die beispielhafte Aufzählung bei Heermann, § 16 IV 1. Rn. 16; vgl. auch die Definition des Zahlungskredits bei: Fischer / Klanten, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.7

<sup>32</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 253

<sup>33</sup> vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 253; E/B/J - Nagel (2003), BankR Rn. 6; MK / Berger<sup>5</sup>, vor § 488 Rn. 1

<sup>34</sup> E/B/J - Thessing (2001), BankR IV Rn. 22; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 6

<sup>35</sup> zum BGB n.F.: MK / Berger<sup>5</sup>, vor § 488 Rn. 6; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 6

<sup>36</sup> bereits BGHZ 25, 174, 177 f; BGB - RGRK / Ballhaus<sup>12</sup>, vor § 607 Rn. 1; Staudinger / Hopt, Mülb<sup>12</sup>, § 607 Rn. 1; MK / Westermann<sup>3</sup>, vor § 607 Rn. 5; Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 I.

<sup>37</sup> Esser / Weyers, SR BT<sup>8</sup>, § 26 II. 1.

## II. Die Rechtsnatur des Darlehensvertrags

Mit der Änderung des BGB durch das SMG ist der Theorienstreit um die Rechtsnatur des Darlehens beigelegt. Mit der Neugestaltung von § 488 BGB ist im Einklang mit der herrschenden Meinung klargestellt, dass der Darlehensvertrag als Konsensualvertrag ausgestaltet ist.<sup>38</sup> Um das zugrunde gelegte Verständnis einer wirksamen Darlehensvalutierung nachvollziehen zu können, wird der Theorienstreit,<sup>39</sup> dessen praktische Relevanz bezweifelt wird,<sup>40</sup> in der gebotenen Kürze dargestellt.

Die Realvertragstheorie kann auf eine lange Rechtstradition verweisen. Ursprünge reichen bis ins römische Recht zurück.<sup>41</sup> Anders als in modernen Rechtssystemen konnte im römischen Recht durch übereinstimmende Willenserklärungen, also durch Konsens, grundsätzlich keine vertragliche Bindung erzeugt werden.<sup>42</sup> Im römischen „Kreditrecht“ war das formlose mutum der Grundtypus eines Darlehens.<sup>43</sup> Infolge der fehlenden Verzinslichkeit des Darlehens war das Darlehen im Kern auf den Rückerhalt des Hingegebenen gerichtet.<sup>44</sup> Voraussetzung hierfür war die tatsächliche Hingabe bestimmter Sachen.<sup>45</sup> Es bedurfte daher für das mutum der Vornahme eines Realakts.

An diese Rechtstradition anknüpfend wird nach der Realvertragstheorie der Darlehensvertrag erst mit der realen Überlassung des Darlehens wirksam.<sup>46</sup> Die Hingabe des Darlehens ist das konstitutive Element des Vertragsschlusses. Anhaltspunkte für diese Auffassung finden sich in § 607 Abs. 1 BGB a.F., wonach derjenige zur *„Rückerstattung des Empfangenen (...) verpflichtet ist, der Geld (...) als Darlehen empfangen hat“*. Der Gesetzeswortlaut betont den Empfang und die Hingabe des Darlehens als wesentliches Element des Darlehensvertrags. Die Vereinbarung über die Hingabe des Darlehens sowie über die Darlehensbedingungen wird nicht angesprochen. Sie ist nach dieser Ansicht daher lediglich ein Darlehensvorvertrag.

Der Legislative war indessen bei Abfassung des BGB der Theorienstreit zur Rechtsnatur des Darlehensvertrags gegenwärtig. Eine Festlegung auf eine der Theorien wurde bewusst nicht getroffen. Im Mittelpunkt der gesetzgeberischen Intention

---

<sup>38</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 252

<sup>39</sup> ausführlich: Mülbart, AcP 192 (1992), S. 447 ff; Dittrich, S. 27 ff; Neumann-Duesberg, NJW 70, 1403 ff, Canaris, BankR<sup>2</sup>, Rn. 1284 f

<sup>40</sup> Köndgen, Darlehensrecht 2001, S. 471

<sup>41</sup> Kaser / Knütel<sup>17</sup>, § 38 Rn. 7 und § 39 Rn. 3; ausführlich: von Lübtow; vgl. Harder, JA-ÜB 90, S. 165 ff

<sup>42</sup> Soergel / Häuser<sup>12</sup>, vor § 607 Rn. 6

<sup>43</sup> Kaser / Knütel<sup>17</sup>, § 39 Rn. 3; Staudinger / Hopt, Mülbart<sup>12</sup>, § 607 Rn. 12 mwN; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 14 Rn. 5; Heermann, § 16 II. Rn. 9

<sup>44</sup> Mülbart, AcP 192 (1992), S. 453; Köndgen, WM 01, 1638; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 14 Rn. 4 f

<sup>45</sup> Staudinger / Hopt, Mülbart<sup>12</sup>, § 607 Rn. 12; Dittrich, S. 7

<sup>46</sup> ausführlich statt vieler: Soergel / Häuser<sup>12</sup>, vor § 607 Rn. 6 mwN; Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>, § 142 I; vgl. auch: Fikentscher, SR<sup>9</sup>, § 77 III. 3. Rn. 845, der unter einem Realvertrag ein Konsensualvertrag versteht, bei dem die für den Vertragsschluss erforderliche Willenserklärung mindestens einer Partei typischerweise durch eine reale Handlung schlüssig erklärt wird. In der Neuauflage wird angesichts der klaren gesetzlichen Regelung im SMG die These vom Realvertrag als erledigt bezeichnet, Fikentscher / Heinemann, SR<sup>10</sup>, § 81 I. 1. Rn. 1086.

stand vielmehr den Umstand zum Ausdruck zu bringen, dass die Rückerstattungspflicht den vorherigen Empfang des Darlehens voraussetzt.<sup>47</sup> Mithin kann der Gesetzeswortlaut für die Begründung der Realvertragstheorie nicht herangezogen werden.<sup>48</sup> In der Rechtsprechung wurde bislang auf die Abgabe einer Stellungnahme verzichtet.<sup>49</sup>

Die Schwäche der Realvertragstheorie zeigt sich insbesondere darin, dass allein auf die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Rückzahlung abgestellt wird. Die grundlegende Pflicht des Darlehensgebers zur zeitweiligen Überlassung des Darlehens bleibt indessen unberücksichtigt.<sup>50</sup> In einem modernen Rechtssystem ist es befremdlich die wesentlichen Konditionen und Nebenabreden, welche für die Investitionsentscheidung und für den Abschluss des Darlehensvertrags maßgeblich sind, nicht einheitlich, sondern in einem Vorvertrag zum eigentlichen (Real-)Vertrag zu regeln.<sup>51</sup>

Diese Schwäche vermeidet die Konsensualtheorie. Sie ist jetzt gesetzliches Leitbild.<sup>52</sup> Entsprechend den Erfordernissen an ein modernes Wirtschaftssystem sieht sie in den übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien einen wirksamen Vertragsschluss, ohne dass es auf die Hingabe des Darlehens ankommt. Vielmehr ist es die Pflicht des Darlehensgebers dem Darlehensnehmer das Darlehen in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen und ihm für die vereinbarte Zeit zu überlassen.<sup>53</sup> Der Umweg über einen Vorvertrag ist nicht notwendig. Die Konsensualtheorie steht nach überwiegender Ansicht im Einklang mit dem BGB a.F..<sup>54</sup>

Die Darlehensvalutierung ist durch das SMG nunmehr eindeutig als Anspruch i.S.v. § 194 Abs. 1 BGB ausgestaltet. Die Darlehenshingabe ist kein konstitutives Element des Vertragsschlusses, sondern diesem nachgelagert. Mithin ist die Darlehensgewährung ein vom Vertragsschluss abstraktes Rechtsgeschäft.<sup>55</sup> Die Valutierung ist nach neuem Schuldrecht rechtsdogmatisch zweifellos Erfüllungshandlung des Darlehensgebers i.S.v. §§ 362 ff BGB.<sup>56</sup>

---

<sup>47</sup> Mugdan, II, Motive, S. 170; Staudinger / Hopt, Mülb<sup>12</sup>, § 607 Rn. 14; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, vor § 607 Rn. 6; Esser / Weyers, SR BT<sup>8</sup>, § 26 II. 2.; Schlechtriem, SR BT<sup>6</sup>, Rn. 198; aA: Erman / Saenger<sup>11</sup>, vor § 488 R. 3 mwN; ähnlich: BGB - RGRK / Ballhaus, vor § 607 Rn. 5

<sup>48</sup> Fischer / Klanten, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.18

<sup>49</sup> BGH, WM 80, 95, 96; WM 81, 1204, 1205; vgl. auch statt vieler: Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 110; Nobbe, BankR<sup>6</sup>, Rn. 674; König, S. 121; jeweils mwN

<sup>50</sup> MK / Westermann<sup>3</sup>, vor § 607 Rn. 7; Medicus, SR BT<sup>11</sup>, § 93 Rn. 287

<sup>51</sup> ebenso: Mülb<sup>12</sup>, AcP 192 (1992), S. 464 f; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, vor § 607 Rn. 8; Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 II.

<sup>52</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 252; Berger, BankR 2002, S. 41, bezeichnet die Änderung als dogmatische Bereinigung des Darlehensrechts und als eine Abkopplung von den römisch-rechtlichen Wurzeln.

<sup>53</sup> statt vieler: MK / Westermann<sup>3</sup>, vor § 607 Rn. 7 f; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, vor § 607 Rn. 8

<sup>54</sup> statt vieler: Mülb<sup>12</sup>, AcP 192 (1992); S. 447 ff; insbesondere die Zusammenfassung auf S. 515

<sup>55</sup> Esser / Weyers, SR BT<sup>8</sup>, § 26 II. 2.

<sup>56</sup> zur a.F.: MK / Westermann<sup>3</sup>, vor § 607 Rn. 9; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, vor § 607 Rn. 8; Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 II.; zur n.F.: MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 27; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.10; Oetker / Maultzsch<sup>3</sup>, § 3 B. 1. a)

### III. Die Erfüllungsvoraussetzungen

Im Vordergrund einer vertraglichen Bindung steht die Fixierung wechselseitiger Ansprüche. Die Parteien beabsichtigen durch den Leistungsaustausch ihre Bedürfnisse zu befriedigen. Danach ist regelmäßig das Interesse an einer vertraglichen Bindung erschöpft, so dass dann keine innere Rechtfertigung mehr gegeben ist, weiterhin am Vertrag festzuhalten.<sup>57</sup> Mithin ist die Erfüllung nach §§ 362 ff BGB maßgeblich bei der Erreichung des vertraglich gewollten Leistungsaustauschs zu beachten.

Nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt ist. Mit Schuldverhältnis ist in hier die einzelne Leistungspflicht des Schuldners und damit die Forderung des Gläubigers gemäß § 241 BGB gemeint.<sup>58</sup> Allgemein wird vom Schuldverhältnis im engeren Sinn gesprochen.<sup>59</sup>

Die Bewirkung der Leistung erfordert eine vom Schuldner ausgehende Leistungshandlung, die auf die Herbeiführung des Leistungserfolgs ausgerichtet ist. Erfüllung i.S.v. §§ 362 ff BGB liegt erst vor, wenn der Leistungserfolg eingetreten ist.<sup>60</sup> Dabei spezifiziert das Schuldverhältnis i.e.S. die Anforderungen an die Leistungshandlung. Es bestimmt den konkreten Leistungsgegenstand.<sup>61</sup> Da nur die Bewirkung der geschuldeten Leistung zur Erfüllung führt, bedarf es einer kongruenten Deckung von Leistungserfolg mit dem Pflichteninhalt des Schuldverhältnisses i.e.S.. Lediglich bei einer Übereinstimmung der erbrachten mit der geschuldeten Leistung ist das Gläubigerinteresse befriedigt. Erst dieser Umstand führt zum Erlöschen des Schuldverhältnisses i.e.S. und damit zur Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht gemäß § 362 BGB.<sup>62</sup>

#### 1. Die Erfüllungstheorien aus dem Blickwinkel der Darlehensvaluierung

Im Schrifttum wird der Erfüllungsbegriff der §§ 362 ff BGB seit der Kodifizierung kontrovers diskutiert. Streitig ist, ob neben den genannten Voraussetzungen weitere subjektive Elemente hinzutreten müssen. Davon ist aber der Umstand zu unterscheiden, dass nach dem Schuldverhältnis zur Erreichung des Leistungserfolgs ein rechtsgeschäftliches Handeln erforderlich ist. Dies betrifft nicht das Bewirken der Leistung i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB.<sup>63</sup> Wenn trotzdem das Vorliegen subjektiver Elemente gefordert wird, wird vom Wortlaut des Gesetzes abgewichen.

---

<sup>57</sup> vgl. Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 I.; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Dennhardt, § 362 Rn. 2 und 10

<sup>58</sup> statt vieler: BGHZ 97, 197, 199; Palandt / Grüneberg<sup>67</sup>, vor § 362 Rn. 2

<sup>59</sup> statt vieler: Soergel / Zeiss<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 1; Palandt / Grüneberg<sup>67</sup>, vor § 362 Rn. 2

<sup>60</sup> statt vieler: MK / Wenzel<sup>9</sup>, § 362 Rn. 2; BGHZ 87, 156, 162, jeweils mwN

<sup>61</sup> näheres nachfolgend unter III. 3.

<sup>62</sup> vgl. nur: Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 I. 1.; Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I.

<sup>63</sup> Schlechtriem / Schmidt-Kessel, SR AT<sup>6</sup>, Rn. 351; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Dennhardt, § 362 Rn. 11

Der Gesetzgeber wollte sich bei Normierung des Erfüllungstatbestands auf keine Erfüllungstheorie festlegen, sondern überließ dies bewusst der Rechtswissenschaft.<sup>64</sup> Vor diesem Hintergrund ist es bedenklich, wenn im Theorienstreit zur Begründung der vorgebrachten Ansicht dennoch auf die Gesetzesdogmatik zurückgegriffen wird.<sup>65</sup>

Im Wesentlichen haben sich fünf Haupttheorien herauskristallisiert, welche nachfolgend dargestellt und bewertet werden.<sup>66</sup> Sofern die Theorien nicht grundsätzlich abzulehnen sind, bedarf es keiner umfassenden Darstellung der Theorien mit ihren einzelnen Verästelungen, da sie sich beim Versuch sämtliche Fallkonstellationen zu erklären, einander in der Weise angenähert haben, dass hinsichtlich der praktischen Rechtsanwendung keine abweichende Ergebnisse festzustellen sind.<sup>67</sup>

### a) Die allgemeine Vertragstheorie

Zum Zeitpunkt der Kodifikation des BGB war diese Theorie vorherrschend. Soweit ersichtlich wird diese Theorie heute nicht mehr vertreten.<sup>68</sup> Nach dieser Ansicht bedarf es neben der Vornahme der Erfüllungshandlung eines Konsensualvertrags, welcher auf die Aufhebung des Schuldverhältnisses gerichtet ist.<sup>69</sup> Somit besteht der Erfüllungsvorgang aus einem zweigliedrigen Tatbestand, wobei die Erfüllung stets den Abschluss dieses Erfüllungsvertrags voraussetzt. Die Erfüllungswirkung ist also abhängig vom rechtsgeschäftlich geäußerten Parteiwillen. Mithin ist nach dieser Meinung die Erfüllung auf Seiten des Gläubigers zugleich eine Verfügung über die Forderung, weil durch ein rechtsgeschäftliches Handeln eine Rechtsänderung unmittelbar herbeigeführt wird. Zusätzlich wird auf die Verweisung in § 362 Abs. 2 BGB auf § 185 BGB hingewiesen, woraus sich ebenfalls der Verfügungscharakter der Erfüllung ergebe.<sup>70</sup>

Nach dieser Auffassung sind die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere diejenigen zur Geschäftsfähigkeit, maßgeblich. Vorteilhaft ist, dass danach Leistungen an einen minderjährigen Gläubiger anhand des Gesetzes gelöst werden können und so der Schutz geschäftsunfähiger Gläubiger gewährleistet wird. Ein Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Erfüllungsermächtigung ist nicht erforderlich,<sup>71</sup> denn eine Erfüllung

---

<sup>64</sup> Mugdan, II., Motive, S. 44

<sup>65</sup> ähnlich: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 1.

<sup>66</sup> Die Einteilung der Theorien orientiert sich an der gängigen Praxis in der Lehre. Vgl. statt vieler: MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 5 ff; Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I.

<sup>67</sup> Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 8; Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 2.; Raab, S. 129; Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 23 IV 3. Rn. 237, der insoweit keinen wesentlichen Unterschied zur Theorie der realen Leistungsbewirkung und der Theorie der finalen Leistungsbewirkung sieht. Ebenso bereits: Seibert, S. 1, der von der Konvergenz der Erfüllungstheorien spricht.

<sup>68</sup> vgl. auch: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 3; Schlechtriem / Schmidt-Kessel, SR AT<sup>6</sup>, Rn. 349

<sup>69</sup> Kreß, SR AT, § 20 1 b) und 2 a); Henle, SR, S. 368 f; von Tuhr, JherJB 48 (1904), S. 5 f

<sup>70</sup> Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>, § 60 I, der sich allerdings zur beschränkten Vertragstheorie äußert.

<sup>71</sup> vgl. Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>, § 60 I; Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 IV. 1.; Erman / Westermann<sup>11</sup>, § 362 Rn. 5; Raab S. 129; Muscheler / Bloch, JuS 00, 738; Taupitz, JuS 92, 453, FN 44, der die Empfangszuständigkeit als notwendiges Korrektiv bezeichnet.

i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB scheidet in diesem Fall bereits an der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen nach § 107 BGB.

Zur Kritik veranlasst diese Sichtweise, weil jedem Erfüllungsvorgang ein Erfüllungsvertrag zugrundeliegen muss. Es können nicht sämtliche Leistungspflichten i.S.v. § 241 Abs. 1 BGB schlüssig erklärt werden. Zu nennen sind Unterlassungspflichten als auch tatsächliche Handlungen des Schuldners, wobei Letztere nicht einen Sonderfall darstellen, sondern regelmäßig in der Rechtswirklichkeit vorkommen.<sup>72</sup> Diese können entsprechend dem Pflichteninhalt des Schuldverhältnisses ohne Wissen und Mitwirkung des Gläubigers vorgenommen werden.<sup>73</sup> Es ist daher nicht einzusehen, weshalb der Abschluss eines zusätzlichen Vertrags notwendig ist.<sup>74</sup>

Argumente, die für die Vertragstheorie sprechen, lassen sich auch nicht aus der Gesetzesauslegung gewinnen. Wie bereits betont, kann keine historische Exegese betrieben werden. Der Auslegung zugänglich ist gleichwohl der Wortlaut der §§ 362 ff BGB. Dem Grundtatbestand von § 362 BGB ist die Beteiligung des Gläubigers an der Erfüllungshandlung fremd.<sup>75</sup> Ebenso sieht § 366 Abs. 1 BGB nur eine Tilgungsbestimmung durch den Schuldner vor. Die Mitwirkung des Gläubigers wird nicht gefordert.<sup>76</sup> Ansonsten könnte der Gläubiger durch eine Verweigerungshaltung die Erfüllung scheitern lassen. Auch wenn er sich in Annahmeverzug begibt, bleibt die Erfüllung aus.<sup>77</sup> Die Erfüllung könnte damit - gerade bei tatsächlichen Handlungen und Unterlassen - zur Willkür des Gläubigers werden.<sup>78</sup>

Soweit man zur Begründung der Vertragstheorie § 364 Abs. 1 BGB oder anderweitige Erfüllungssurrogate heranzieht, verfängt diese Argumentation nicht. Bei der Annahme an Erfüllungsstatt liegt keine Deckung von geschuldeter und erbrachter Leistung vor. Wenn einer anderen als der geschuldeten Leistung Erfüllungswirkung zukommen soll, ist eine Abänderung des Pflichteninhalts und damit eine Änderung des ursprünglichen Schuldverhältnisses notwendig. Diese kann nur durch einen Konsens i.S.v. § 311 Abs. 1 BGB vorgenommen werden.<sup>79</sup> So ist beispielsweise bei wirksamer Erfüllung, also bei kongruenter Deckung von geschuldeter und erbrachter Leistung, regelmäßig das Gläubigerinteresse befriedigt.<sup>80</sup> Ist dem so, hat der Gläubiger die

---

<sup>72</sup> Zu denken ist zum Beispiel an Dienstleistungen, sonstigen Arbeitsleistungen und auch Werkleistungen; vgl. statt vieler: MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 7

<sup>73</sup> Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>, § 60 I; Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 II. 2.; Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 9; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 27

<sup>74</sup> Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 14

<sup>75</sup> Erman / Westermann<sup>11</sup>, § 362 Rn. 3

<sup>76</sup> Raab, S. 126

<sup>77</sup> Erman / Westermann<sup>11</sup>, § 362 Rn. 3; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 11; Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 23 IV. 3. Rn. 237

<sup>78</sup> statt vieler: Bülow, JuS 91, 530; Muscheler / Bloch, JuS 00, 732

<sup>79</sup> vgl. auch: Schreiber, Jura 03, 666

<sup>80</sup> siehe oben, 1. Teil A. III.

erbrachte Leistung ohne jedwede Einwendung hinzunehmen.<sup>81</sup> Zudem wäre § 366 BGB entbehrlich, da danach die Erfüllung ohne eine Beteiligung des Gläubigers eintreten kann.<sup>82</sup> Mithin ist die Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllungshandlung nach der hier verstandenen Konzeption der §§ 362 ff BGB nur ein Ausnahmefall.<sup>83</sup>

Wenn aber die Mitwirkung des Gläubigers bei der Bewirkung der Leistung nicht erforderlich ist,<sup>84</sup> liegt in der Erfüllung keine Verfügung des Gläubigers über die Forderung, da es dann an der maßgeblichen Willenserklärung des Gläubigers fehlt.<sup>85</sup> Zudem wäre eine Verweisung in § 362 Abs. 2 BGB überflüssig, weil ohnehin die §§ 185 ff BGB anwendbar wären.<sup>86</sup> Da jedoch die Erfüllung keine Verfügung darstellt, ist es nahe liegend - weil dann notwendig - hierin eine Sonderregelung zu erblicken.<sup>87</sup>

Meines Erachtens ist eine Auslegung der Erfüllungsvoraussetzungen vorzuziehen, welche sich am Wortlaut der gesetzlichen Regelungen und an der aufgezeigten Systematik orientiert. Es liegen keine gewichtigen Gründe vor, die eine Abweichung vom Gesetzeswortlaut rechtfertigen, so dass die allgemeine Vertragstheorie abzulehnen ist.

## b) Die beschränkte Vertragstheorie

Die beschränkte Vertragstheorie knüpft an die allgemeine Vertragstheorie an. Um auch diejenigen Leistungsbewirkungen erklären zu können, bei denen nach dem Schuldverhältnis kein rechtsgeschäftliches Handeln zur Erreichung des Leistungserfolgs notwendig ist, verzichtet sie in diesen Fällen auf das Vorliegen eines Erfüllungsvertrags.<sup>88</sup> Diese Theorie macht insoweit eine Ausnahme, geht aber grundsätzlich von einem zweigliedrigen Erfüllungstatbestand aus.<sup>89</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass der Schwerpunkt der Erfüllungshandlung auf der Bewirkung eines rechtsgeschäftlichen Leistungserfolgs liegt. Deshalb sei im Grundfall und nicht in der Ausnahme der Ansatz einer Erfüllungstheorie zu suchen.<sup>90</sup> Die beschränkte Vertragstheorie sieht daher in der Erfüllungshandlung grundsätzlich eine Verfügung über die Forderung.<sup>91</sup>

Auch für die beschränkte Vertragstheorie gilt die zur allgemeinen Vertragstheorie geäußerte Kritik. Deshalb ist meines Erachtens diese Theorie zu verwerfen. Hervorzu-

---

<sup>81</sup> Bülow, JuS 91, 530; ähnlich: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 8., der eine Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen nicht für gegeben hält, soweit die Leistung dem Inhalt der Schuld entspricht.

<sup>82</sup> Palandt / Heinrichs<sup>64</sup>, § 362 Rn. 5

<sup>83</sup> Soergel / Zeiss<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 6; Schlechtriem. SR AT, Rn. 498

<sup>84</sup> vgl. Bülow, JuS 91, 530; Eine Berücksichtigung des Gläubigerwillens erfolgt über das Rechtsinstitut der Empfangsermächtigung, Taupitz, JuS 92, 453, FN 44

<sup>85</sup> MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 11; Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5. mwN; so bereits: Siber, SR, § 31 I 2 b)

<sup>86</sup> Raab, § 4 III. 1 a)

<sup>87</sup> Soergel / Zeiss<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 6; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 11; Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn: 35; ausführlich: Muscheler / Bloch, JuS 00, 732

<sup>88</sup> Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>, § 60 I und II. 2; Fikentscher / Heinemann, SR<sup>10</sup>, § 38 II. 2. Rn. 315

<sup>89</sup> Fikentscher / Heinemann, SR<sup>10</sup>, § 38 II. 2. Rn. 312 ff; während zuvor noch ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis zugrundegelegt wird.

<sup>90</sup> Fikentscher / Heinemann, SR<sup>10</sup>, § 38 II. 2. Rn. 315 f

<sup>91</sup> Fikentscher / Heinemann, SR<sup>10</sup>, § 38 II. 3. Rn. 316

heben ist nochmals, dass nicht überzeugend dargelegt wird, dass die Bewirkung der Leistung vom Gläubigerwillen abhängig sein soll. Sie gewinnt auch nicht dadurch an Durchschlagskraft, dass sie nunmehr für die Fälle, bei denen zur Herbeiführung des Leistungserfolgs kein rechtsgeschäftliches Handeln erforderlich ist, zur Erfüllungswirkung gelangt, indem sie das tatsächliche Bewirken der Leistung für ausreichend hält.<sup>92</sup> Sie erreicht dieses Ziel nur durch die Annahme eines Ausnahmefalls.<sup>93</sup> Zudem ist es nicht plausibel, dass das rechtsgeschäftliche Bewirken der Leistung die Regel und die Vornahme tatsächlicher Leistungshandlungen die Ausnahme bildet. Vor allem bei Dienstleistungs- als auch bei Werkverträgen erschöpft sich häufig die geschuldete Leistung in der Vornahme einer tatsächlichen Handlung. Diese Beispiele zeigen, dass sich keine vertretbare Einteilung in ein Regel- und Ausnahmeverhältnis finden lässt.

### c) Die Zweckvereinbarungstheorie

Die Zweckvereinbarungstheorie greift ebenfalls auf die Grundlagen der allgemeinen Vertragstheorie zurück. Gemein ist ihr mit der allgemeinen Vertragstheorie, dass sie in der Erfüllung einen zweigliedrigen Tatbestand sieht, welcher zu seiner Wirksamkeit einer vertraglichen Willenseinigung bedarf.<sup>94</sup> Im Unterschied zur allgemeinen Vertragstheorie ist der Vertrag nicht auf die Schuldauflösung ausgerichtet.<sup>95</sup> Ziel der vertraglichen Einigung, die auch als Realvertrag bezeichnet wird,<sup>96</sup> ist es die Zuordnung der Erfüllungshandlung zu einem bestimmten Schuldverhältnis zu ermöglichen.<sup>97</sup> Nach dieser Ansicht wird durch diese Vereinbarung der Zweck der Leistung bestimmt. Fehlt diese Zweckvereinbarung bzw. wird der Zweck nicht erreicht, liegt keine Erfüllung vor.<sup>98</sup>

Die Unterschiede zur allgemeinen Vertragstheorie sind nicht stark ausgeprägt.<sup>99</sup> Die Zweckvereinbarungstheorie wird deshalb im Schrifttum den Vertragstheorien zugeordnet.<sup>100</sup> Zur generellen Kritik ist daher auf die dortigen Ausführungen zu verweisen.<sup>101</sup> Aus diesen Erwägungen heraus ist der Zweckvereinbarungslehre nicht zu folgen.<sup>102</sup>

---

<sup>92</sup> in diesem Sinn auch: Raab, § 4 III. 1. a) FN 94

<sup>93</sup> vgl.: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 4.; Muscheler / Bloch, JuS 00, 732, die jeweils sogar von einer dualistischen Erfüllungstheorie sprechen.

<sup>94</sup> Ehmann, JZ 68, 550 f mwN und JZ 03, 711; Weitnauer, FS von Caemmerer, S. 266 f

<sup>95</sup> Ehmann, NJW 69, 1836

<sup>96</sup> vgl. Ehmann, NJW 69, 1833 f; Diese Theorie wird daher auch als Realvertragstheorie bezeichnet.

<sup>97</sup> Ehmann, NJW 69, 1836; Weitnauer, FS von Caemmerer, S. 267

<sup>98</sup> Ehmann, JZ 68, 555 und JZ 03, 710 f; Weitnauer, S. 267, FS von Caemmerer, der die Zweckvereinbarung als konstitutives Element bezeichnet.

<sup>99</sup> Schlechtriem / Schmidt-Kessel, SR AT<sup>6</sup>, Rn. 349; nach Muscheler / Bloch, JuS 00, 731, ist sie nur eine Nuancierung der allgemeinen Vertragstheorie.

<sup>100</sup> statt vieler: Soergel / Zeiss<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 5

<sup>101</sup> siehe oben, 1. Teil A. III. 1 a)

<sup>102</sup> statt vieler: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 7.: Die Schwächen der alten Vertragstheorie werden nicht beseitigt.

#### d) Die Theorie der finalen Leistungsbewirkung

Nachdem im Schrifttum vorwiegend Erfüllungstheorien auf Basis vertraglicher Einigungen abgelehnt werden, ist indessen weit gehend streitig, ob ein subjektiver Wille des Schuldners bei der Erfüllung - abgesehen von der gesetzlichen Normierung in § 366 Abs. 1 BGB - bei der Bewirkung der Leistung i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB erforderlich ist.

Die Theorie der finalen Leistungsbewirkung bejaht dies. Sie verfolgt das Ziel, einen einheitlichen Leistungsbegriff sowohl für das Bereicherungsrecht als auch für das Erfüllungsrecht zu definieren.<sup>103</sup> Sie macht sich die Überlegung zu Eigen, dass im Bereicherungsrecht die Leistung nach allgemeiner Meinung eine subjektive Leistungsbestimmung enthält, welche den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung konkretisiert. Der Gleichklang mit dem Bereicherungsrecht setzt daher bei der Ausführung der Leistungshandlung stets die Vornahme eines subjektiven Bestimmungsaktes durch den Leistenden voraus.<sup>104</sup> Diese Tilgungsbestimmung ermöglicht die Zuordnung der Erfüllungshandlung zu einem bestimmten Schuldverhältnis.<sup>105</sup> Diese Ansicht versteht die Erfüllung daher als zweigliedrigen Erfüllungstatbestand.<sup>106</sup> Zur Begründung wird vorgetragen, dass das Bereicherungsrecht letztendlich nur die Umkehrung des Erfüllungsvorgangs ist.<sup>107</sup> Sie zieht hieraus die Konsequenz, dass der Leistungsbegriff nur einheitlich bestimmt werden kann und daher eine Tilgungsbestimmung bei jeder Vornahme einer Erfüllungshandlung vorliegen muss.

Das Erfordernis einer Tilgungsbestimmung führt nach dieser Ansicht dazu, dass ein schlüssiges Modell vorliegt, bei der Ausnahmen nicht erforderlich sind. In den Fällen, bei denen selbst die Kritiker eine Tilgungsbestimmung für beachtlich oder gar erforderlich halten, müssen keine Sonderregelungen aufgestellt werden, welche die grundsätzliche Konzeption in Frage stellen.<sup>108</sup>

Ferner wird betont, dass der Schuldner die Art und Weise der Erfüllung in den Händen halten muss. Ihm muss das Bestimmungsrecht obliegen, ob er mit seiner Handlung eine Schuld erfüllen will oder ob er mit der Leistung einen anderen Zweck verfolgen möchte.<sup>109</sup> Gerade bei Leistung durch einen Dritten oder bei mehreren gleichartigen Verbindlichkeiten ist es für den Schuldner erheblich, welchem Schuldverhältnis seine Handlung zuzuordnen ist. Ein solches Bedürfnis zeigt sich exemplarisch bei den unterschiedlichen Regressfolgen, wenn der Leistende als Sicherungsgeber an den Gläubiger leistet. Dieses rechtlich geschützte Interesse kommt zum Beispiel in § 774

---

<sup>103</sup> statt vieler: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 6.; Hassold, S. 6 ff, Seibert, S. 51 ff

<sup>104</sup> Soergel / Zeiss<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 7; Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 8.; Hassold, S. 7 f und 12 ff; Seibert, S. 61 f

<sup>105</sup> ebenda

<sup>106</sup> Muscheler / Bloch, JuS 00, 734

<sup>107</sup> Hassold, S. 7; Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 6., Muscheler / Bloch, JuS 00, 733; jeweils mwN

<sup>108</sup> statt vieler: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II: 8.; Muscheler / Bloch, JuS 00, 733

<sup>109</sup> Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 8.; Schlechtriem / Schmidt-Kessel, SR AT<sup>6</sup>, Rn. 353; Bülow, JuS 91, 531; Seibert, S. 68 ff

BGB zum Ausdruck. Wenn dagegen der Bürge nur als Dritter i.S.v. § 267 BGB leistet, findet keine *cessio legis* statt.<sup>110</sup> In Einzelfällen kann der Sachverhalt auch so gelagert sein, dass der Schuldner - trotz scheinbar kongruenter Deckung von Leistung und Schuld - sich durch seine Handlung nicht der Verbindlichkeit entledigen möchte; etwa weil er Einwendungen gegen diese Forderung erheben oder aufrechnen will.<sup>111</sup> Mithin ist es nach dieser Meinung nicht gerechtfertigt, den subjektiven Willen des Schuldners bei der Vornahme der Leistungshandlung unberücksichtigt zu lassen.

Schließlich liegt auch in den Fällen, bei denen die Leistungshandlung eindeutig einem Schuldverhältnis zuzuordnen ist, ein subjektiv entäußerter Wille des Schuldners vor. Dieser braucht nicht ausdrücklich geäußert zu werden. Unabhängig von der Rechtsnatur der Tilgungsbestimmung genügt eine schlüssige Kundgabe, die bei verständiger Würdigung eines verobjektivierten Empfängers nach §§ 133, 157 BGB die eindeutige Zweckbestimmung erkennbar macht.<sup>112</sup> Hier kann gleichfalls auf das Bereicherungsrecht verwiesen werden, da nach allgemein gültigen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen eine Leistungszweckbestimmung gegeben sein muss.<sup>113</sup> Diese Ansicht geht somit davon aus, dass bei jeder Erfüllungshandlung stets ein Wille des Schuldners vorhanden ist, denn ohne diesen Erfüllungswillen würde er nicht leisten.<sup>114</sup>

Zur Kritik veranlasst die Theorie der finalen Leistungsbewirkung, da sie als ein Hauptargument die Vereinheitlichung des Leistungsbegriffs im Erfüllungs- und im Bereicherungsrecht anführt, dieses Ziel aber nicht erreicht.<sup>115</sup> Gerade bei Unterlassungspflichten zeigt sich die Schwäche dieser Theorie. Die Erfüllung von Unterlassungspflichten kann auch erfolgen, ohne dass es einen geschäftsähnlichen oder gar rechtsgeschäftlichen Willen des Schuldners bedarf.<sup>116</sup> Wenn angeführt wird, dass der Schuldner deshalb leistet, weil er sich dabei etwas denkt oder sich an Unterlassungspflichten hält, weil dies die Rechtsordnung gebietet,<sup>117</sup> so greift diese Argumentation zu kurz. Zuzugeben ist, dass ein Schuldner nicht ohne inneren Grund handelt. Dies - und so ist die dargestellte Argumentation angelegt - betrifft aber nur die Motivationslage des Schuldners. Diese Motivation dann in den Rang zumindest einer geschäftsähnlichen Handlung zu erheben, ist nicht schlüssig erklärbar. Der Schuldner müsste sich dessen nämlich beim Unterlassen stets bewusst sein und dieses Bewusstsein zumindest in Form einer geschäftsähnlichen Entäußerung kundgeben. Zumindest bei der Erfüllung

---

<sup>110</sup> Bülow, JuS 00, 531; Schlechtriem / Schmidt-Kessel, SR AT<sup>6</sup>, Rn. 353

<sup>111</sup> Bülow, JuS 00, 531; ähnlich bereits: Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>, § 60 I und II, wobei diese Argumentation zur Begründung der bedingten Vertragstheorie angeführt wird.

<sup>112</sup> hierzu ausführlich: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 III, 4; Muscheler / Bloch, JuS 00, 732; vgl. auch: Soergel / Zeiss<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 7; Hassold, S. 14; Bülow, JuS 91, 531

<sup>113</sup> Muscheler / Bloch, JuS 00, 733

<sup>114</sup> Bülow, JuS 91, 530

<sup>115</sup> Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; insbesondere FN 9; Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 14

<sup>116</sup> Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 II. 2.; Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 9; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 27

<sup>117</sup> vgl. Bülow, JuS 91, 530

von Unterlassungspflichten kommt die Theorie der finalen Leistungsbewirkung ohne die Anerkennung von Ausnahmen zu keinem tragbaren Ergebnis.<sup>118</sup> Damit wird ein Hauptanliegen, die Einheitlichkeit des Leistungsbegriffs, nicht erreicht.

Des weiteren wird die Übertragung des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs kritisiert. Zum einen passt er nicht zur Theorie der finalen Leistungsbewirkung, sondern zur Zweckvereinbarungstheorie.<sup>119</sup> Zum anderen wird betont, dass das Bereicherungsrecht auf die Rückabwicklung zugeschnitten ist und deshalb vom Erfüllungstatbestand abhängig ist.<sup>120</sup> Letzteres ist eingehend, wenn man sich das zugrunde liegende Verständnis verdeutlicht. Nach der logischen Reihenfolge der Fallprüfung muss zunächst die Definition des Erfüllungstatbestands festgelegt werden. Erst in einem zweiten Schritt kann das Fehlschlagen der Erfüllungshandlung und unter Umständen hieran anschließend die Rückabwicklung aufgrund des Bereicherungsrechts zum Tragen kommen. Vor diesem Hintergrund sind meines Erachtens die Zweifel an der Übertragung des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs auf die Erfüllung berechtigt.

Ebenso ist der Umstand streitig, dass bei einer eindeutigen Zuordnung eine Tilgungsbestimmung mindestens in Form einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung durch konkludente Äußerung vorliegen muss.<sup>121</sup> Das Erfordernis einer generellen Zuordnung wird in diesen Fällen bezweifelt. So wird von Kritikern vorgetragen, Mögliches zu Notwendigem zu erheben.<sup>122</sup> Diese Kritik fußt allerdings auf der Annahme, dass § 362 Abs. 1 BGB das Erfordernis einer generellen Tilgungsbestimmungen nicht zu entnehmen ist. Die Tilgungsbestimmung wie sie etwa in §§ 366 Abs. 1 und 367 Abs. 2 BGB enthalten ist, soll dagegen einen Ausnahmefall darstellen.<sup>123</sup> Aufgrund der fehlenden Festlegung des Gesetzgebers lassen sich indes aus dieser Argumentation keine Erkenntnisse ziehen. Welche Norm die Regel und was die Ausnahme bildet, ist nicht feststellbar. Insbesondere kann genauso gut eine Tilgungsbestimmung in § 362 Abs. 1 BGB nicht erwähnt worden sein, weil sie der Erfüllung immanent ist, und nur deshalb in § 366 Abs. 1 BGB Eingang finden, da sie ausnahmsweise nach § 366 Abs. 2 BGB entbehrlich ist.<sup>124</sup> Somit ist aus der Gesamtschau der Erfüllungsnormen mit dem Ziel ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu bestimmen nichts gewonnen.

Im Übrigen fügt sich in die angestrebte Einheitlichkeit der Konzeption nicht die Normierung in § 366 Abs. 2 BGB ein, wonach Erfüllung ohne Vorliegen einer Tilgungs-

---

<sup>118</sup> vgl. auch: Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5. FN. 9; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 13 und 27; ähnlich: Raab, S. 128

<sup>119</sup> MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 13, der auf die Parallelen zur Zweckvereinbarungstheorie verweist. Ebenso: Ehmann, JZ 03, 709 ff und bereits JZ 68, 555 sowie NJW 69, 398 ff mwN; Weitnauer, FS von Caemmerer, S. 259 ff

<sup>120</sup> Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 14

<sup>121</sup> Selbst von Befürwortern wird dies vereinzelt in Frage gestellt; vgl.: Schlechtriem / Schmidt-Kessel, SR AT<sup>6</sup>, Rn. 357

<sup>122</sup> Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 13; Palandt / Heinrichs<sup>64</sup>, § 362 Rn. 7

<sup>123</sup> ebenda

<sup>124</sup> in diesem Sinn: Bülow, JuS 91, 531, der hierin den Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes sieht.

bestimmung eintreten kann. Nach zutreffender Ansicht ist § 366 Abs. 2 BGB nicht als eine Ersetzung des Tilgungswillens durch einen mutmaßlichen Willen des Schuldners zu verstehen.<sup>125</sup> Zu berücksichtigen ist hier genauso die Interessenlage des Gläubigers, da dessen Sicherungsinteresse Eingang in die Tilgungsreihenfolge findet.<sup>126</sup> Bei diesem Verständnis lässt sich die Erfüllungswirkung gemäß § 366 Abs. 2 BGB mit der Theorie der finalen Leistungsbewirkung nicht ohne weiteres in Einklang bringen.<sup>127</sup>

Schließlich spricht gegen diese Theorie, dass eine gesonderte Zuordnung der Erfüllungshandlung zu einem Schuldverhältnis nach den grundsätzlichen Überlegungen zu den Erfüllungsvoraussetzungen entbehrlich ist.<sup>128</sup> Eine Erfüllungswirkung kann nur durch die Erbringung der geschuldeten Leistung erzielt werden. Der Leistungsgegenstand wird zuvor durch die Parteien einvernehmlich durch Festlegung des Pflichteninhalts bestimmt. Somit erfolgt bereits hier eine Zuordnung der zu erbringenden Leistung zur geschuldeten Leistung. Damit wird der Empfängerhorizont durch Vertrag zuvor eindeutig fixiert.<sup>129</sup> Wird die geschuldete Leistung erbracht, ist keine erneute Zuordnung mittels einer Tilgungsbestimmung geboten.<sup>130</sup> Abweichungen bei Vornahme der Erfüllungshandlung vom zuvor festgelegten Pflichteninhalt und damit von diesem Empfängerhorizont bedürfen dagegen der erneuten Zuordnung, weil nun erstmalig eine Fixierung des Empfängerhorizonts für diese Art der Befriedigung des Gläubigerinteresses vorgenommen wird.<sup>131</sup> Hierfür ist, da sich das Interesse des Gläubigers im Erhalt der geschuldeten Leistung und somit im Erfüllungserfolg erschöpft,<sup>132</sup> die Tilgungsbestimmung des Leistenden maßgeblich. Leistet z.B. entgegen den vertraglichen Absprachen etwa ein Dritter i.S.v § 267 BGB wie der Bürge auf die Hauptforderung oder der Bürge leistet aufgrund seiner Bürgschaftsverpflichtung gemäß § 765 Abs. 1 BGB oder der Schuldner möchte sich die Aufrechnung vorbehalten, kann die bereits erfolgte Zuordnung nur durch eine Tilgungsbestimmung durchbrochen werden. Nur auf diesem Wege kann die jetzt gewollte Zuordnung erkennbar werden. Mithin ist es meines Erachtens nicht erforderlich - sondern vom Grundansatz der Erfüllungsvoraussetzungen betrachtet sogar systemwidrig - stets eine gesonderte Tilgungsbestimmung zu fordern um die Erfüllungswirkung i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB zu erzielen.

---

<sup>125</sup> so aber: Bülow, JuS 91, 531, der dies im Kontext - wie zuvor erwähnt - als Ausdruck eines allgemeinen Gedankens bezeichnet.

<sup>126</sup> Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5; Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 23 IV 3. Rn. 234; auch Muscheler / Bloch, Jus 00, 734, die als Befürworter der Theorie der finalen Leistungsbewirkung sogar in § 366 Abs. 2 die Berücksichtigung des Gläubigerinteresses im Vordergrund sehen.

<sup>127</sup> MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 13; Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5; Bälz, FS Gernhuber, S. 15

<sup>128</sup> zu den grundsätzlichen Erfüllungsvoraussetzungen: s.o., 1. Teil A. III.

<sup>129</sup> vgl. Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 II. 2.

<sup>130</sup> aA: Ehmann, JZ 03, 711, der aus der Beachtlichkeit einer negativen Tilgungsbestimmung schließt, dass ansonsten eine positive Tilgungsbestimmung erforderlich ist. Siehe auch unten 1. Teil A. III. 1. e)

<sup>131</sup> vgl. Palandt / Heinrichs<sup>64</sup>, § 362 Rn. 7, der eine Tilgungsbestimmung für erforderlich und für möglich hält, wenn eine Zuordnung der Leistung zu einem bestimmten Schuldverhältnis nur durch eine Information des Schuldners erreicht werden kann.

<sup>132</sup> Die Unbeachtlichkeit des Gläubigerwillens wurde bereits ausgeführt; s.o. 1. Teil A. III. 1 a)

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die kritischen Erwägungen Schwächen der Theorie der finalen Leistungsbewirkung aufzeigen. Gerade im Hinblick auf den scheinbar großen Vorteil der Theorie, die Vereinheitlichung des Leistungsbegriffs, wird ersichtlich, dass die Theorie der finalen Leistungsbewirkung diesem Anspruch nicht gerecht werden kann. Zudem ist der grundlegende Ansatz, die Übertragung des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs auf die Erfüllungslehre, nicht unbedenklich. Vor allem aber vor dem Hintergrund der hier nahe gelegten Erfüllungsvoraussetzungen besteht kein grundlegendes Bedürfnis, stets eine erneute Zuordnung der Leistungshandlung zum Schuldverhältnis mittels Tilgungsbestimmung zu fordern. Nach alledem ergeben sich meines Erachtens keine zwingenden Gründe, die es rechtfertigen vom Wortlaut des § 362 Abs. 2 BGB abzuweichen. Die Theorie der finalen Leistungsbestimmung ist daher meiner Meinung nach abzulehnen.<sup>133</sup>

#### **e) Die Theorie der realen Leistungsbewirkung**

Die Theorie der realen Leistungsbewirkung hält am Wortlaut von § 362 BGB fest.<sup>134</sup> Nach dieser Ansicht tritt die Erfüllungswirkung regelmäßig ohne weitere Voraussetzungen ein, wenn die erbrachte Leistung der geschuldeten entspricht.<sup>135</sup> Diese Theorie geht davon aus, dass sich im Grundfall die erbrachte Leistung einem Schuldverhältnis zuordnen lässt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die bewirkte Leistung die allein Geschuldete ist oder wenn bei mehreren Verbindlichkeiten sämtliche Forderungen vollständig beglichen werden.<sup>136</sup> Sie anerkennt - um der Privatautonomie und der Regelung von § 366 Abs. 1 BGB gerecht zu werden - dann eine Ausnahme, wenn eine Zuordnung aus der Natur des Schuldverhältnisses nicht ersichtlich ist. Dann, namentlich bei Leistungen des Sicherungsgebers oder in Fällen des § 267 Abs. 1 BGB, ist eine Tilgungsbestimmung erforderlich.<sup>137</sup> Darüber hinaus ist eine ausdrücklich geäußerte Tilgungsbestimmung des Leistenden zu beachten, selbst wenn sich bereits aus den Umständen eine Zuordnung zu einem bestimmten Schuldverhältnis ergibt.<sup>138</sup> Wenn etwa mit der erbrachten Leistung ein anderer Zweck intendiert ist,<sup>139</sup> enthält die Tilgungsbestimmung bezüglich der angedeuteten Zuordnung eine Ablehnung, weshalb auch von einer negativen Tilgungsbestimmung gesprochen wird.<sup>140</sup>

---

<sup>133</sup> im Ergebnis ebenso: Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 14; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 11 ff; Erman / Westermann<sup>11</sup>, § 362 Rn. 2 und 5; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Dennhardt, § 362 Rn. 11; Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 II; Bälz, FS Gernhuber, S. 15; offengelassen: Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 23 IV. 3. Rn. 237

<sup>134</sup> so bereits: Staudinger / Kaduk<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 83

<sup>135</sup> statt vieler: Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 II: 2.; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 12

<sup>136</sup> BGH, NJW 91, 1294, 1295; NJW 92, 2698, 2699; BAG, NJW 93, 2397, 2398; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 11

<sup>137</sup> statt vieler: Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 12

<sup>138</sup> BGH, NJW 72, 1750; Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 14

<sup>139</sup> So kann etwa eine Schenkung beabsichtigt sein; vgl. auch Muscheler / Bloch, JuS 00, 733

<sup>140</sup> ausdrücklich: Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; vgl. auch: BGH, NJW 72, 1750

Mit der Theorie der realen Leistungsbestimmung lässt sich die Erfüllung von Unterlassungspflichten erklären, da die Erfüllung unabhängig vom Willen des Leistenden eintritt. Ausnahmen werden nur notwendig, wenn das Gesetz dies ohnehin billigt. Die Beachtung negativer Tilgungsbestimmungen führt nicht zum Bruch.<sup>141</sup> Zum einen wird hier der Privatautonomie Rechnung getragen.<sup>142</sup> Zum anderen bedarf die Beachtung von Tilgungsbestimmungen nach der hier vertretenen Ansicht nicht des Rückgriffs auf die übergeordneten Grundsätze der Privatautonomie. Wie oben aufgezeigt<sup>143</sup> ergibt sich die generelle Beachtlichkeit von Tilgungsbestimmungen aus den Grundsätzen der Erfüllungsvoraussetzungen. Mittels einer Tilgungsbestimmung wird vom Empfängerhorizont abgewichen, weshalb eine explizite Entäußerung dieses Willens durch den Leistenden notwendig ist. Diese Abänderung des Empfängerhorizonts kann nach Vertragsschluss einseitig wirksam vollzogen werden. Deshalb ist es meines Erachtens begrifflich besser greifbar nicht von negativen Tilgungsbestimmungen, sondern von nachvertraglichen Tilgungsbestimmungen zu sprechen.

Die Kritik an der fehlenden Einheitlichkeit des Leistungsbegriffs<sup>144</sup> verfängt nicht, da keine der dargelegten Theorien zu einer einheitlichen Begriffsdefinition gelangt. Da im Übrigen auf subjektive Willenselemente abgestellt wird, sind sie speziell bei der Erfüllung von Unterlassungspflichten auf die Anerkennung von Ausnahmetatbestände angewiesen. Ebenso geht die Beanstandung ins Leere, dass die Theorie der realen Leistungsbewirkung die Zuordnung der Leistungshandlung zu einem bestimmten Schuldverhältnis nicht schlüssig erklären kann.<sup>145</sup> Die grundsätzliche Zuordnung wird bereits bei Abschluss des Vertrags vorgenommen.

Meines Erachtens sprechen - in Ermangelung einer rechtshistorischen Auslegungsmöglichkeit von § 362 Abs. 1 BGB - die besseren Gründe für eine am Wortlaut von § 362 Abs. 1 BGB orientierte Auslegung. Es kann sich auch keine der beiden zuletzt betrachteten Theorien auf die innere Systematik der §§ 362 ff BGB berufen, weil sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht feststellen lässt.<sup>146</sup> Wie dargelegt, steht die Theorie der realen Leistungsbewirkung trotz der starken Kritik an der Zuordnungsproblematik im Einklang mit dem Erfüllungstatbestand. Eine andere Auslegung ist nicht zwingend erforderlich, so dass an einer am Wortlaut orientierten Auslegung festgehalten werden sollte. Deshalb ist die Theorie der realen Leistungsbewirkung meiner Meinung nach der Theorie der finalen Leistungsbewirkung vorzuziehen.

---

<sup>141</sup> aA: Muscheler / Bloch, JuS 00, 733; Ehmann, JZ 03, 711

<sup>142</sup> ebenda

<sup>143</sup> siehe oben, 1. Teil A. III. 1 d)

<sup>144</sup> statt vieler: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 6.; Hassold, S. 6 ff

<sup>145</sup> Soergel / Zeiss<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 7; Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 8. und III.; Schlechtriem / Schmidt-Kessel, SR AT<sup>6</sup>, Rn. 353

<sup>146</sup> siehe oben, 1. Teil A. III. 1 d)

## f) Das Ergebnis der Untersuchung

Die Theorien auf vertraglicher Basis sind wegen Bedenken gegen die Beachtlichkeit des Gläubigerwillens bei der Bewirkung der geschuldeten Leistung abzulehnen. Im Einzelnen haben sich die allgemeine Vertragstheorie, die beschränkte Vertragstheorie sowie die Zweckvereinbarungstheorie als nicht tragfähige Modelle erwiesen.

Die Theorie der finalen Leistungsbewirkung als auch die Theorie der realen Leistungsbewirkung weisen mit ihren einzelnen Ausnahmen im Endergebnis keine gravierende Unterschiede auf. Die erstgenannte Theorie geht grundsätzlich vom Erfordernis einer Tilgungsbestimmung seitens des Leistenden aus, ist aber zumindest bei der Erfüllung einer Unterlassungspflicht gezwungen hierauf zu verzichten. Die letztgenannte Ansicht geht dagegen im Grundsatz von keiner Notwendigkeit einer Tilgungsbestimmung aus, fordert dies aber in Ausnahmefällen als zwingendes Element und schenkt ihr Beachtung, wenn sie vom Leistenden geäußert wird. Auf den ersten Blick scheint deshalb die Theorie der realen Leistungsbewirkung weniger stringent zu sein als die Theorie der finalen Leistungsbewirkung, da bei ihr vermehrt Abweichungen von ihrer Kernaussage zu finden sind. Bei genauerer Betrachtung sprechen meiner Meinung nach indessen die besseren Gründe für die Theorie der realen Leistungsbewirkung. Sie lässt sich anhand der Erfüllungsvoraussetzungen und der gesetzlichen Regelung in § 362 Abs. 1 BGB eigenständig und schlüssig entwickeln. Ein Rückgriff auf das der Erfüllung nachgelagerte Bereicherungsrecht ist hierzu nicht notwendig.

Letztendlich sind beide Theorien vertretbar. Sie kommen regelmäßig zu gleichwertigen Lösungen, auch wenn diese auf unterschiedlichem Wege begründet werden.<sup>147</sup> Bezogen auf die Darlehensvalutierung, welche überwiegend durch eine Überweisung auf ein Girokonto vorgenommen wird, wird stets die Angabe eines Verwendungszwecks auf dem Kontoauszug erscheinen. Eine andere Auffassung erscheint lebensfremd.<sup>148</sup> Aber auch bei Überweisung ohne Angabe eines Verwendungszwecks oder bei der Darlehensvalutierung mittels Bargeld ist nach beiden Ansichten eine Erfüllung gegeben. Die nach der Theorie der finalen Leistungsbewirkung notwendige Tilgungsbestimmung wird dabei durch die Hingabe des Geldes konkludent erklärt.

Ohne den weiteren Ausführungen vorzugreifen, sind selbst bei der mittelbaren Darlehensauszahlung im Regelfall keine unterschiedlichen Ergebnisse zu erwarten.<sup>149</sup> Gerade hier dürfte in der Praxis ein Verwendungszweck angegeben sein. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, so tritt zumindest nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung dennoch die Erfüllungswirkung ein. Bei der mittelbaren Darlehensvalu-

---

<sup>147</sup> Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 8; Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 2.; vgl. auch: Seibert, S. 1 und Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 23 IV 3. Rn. 237, die insoweit keinen wesentlichen Unterschied zwischen der Theorie der realen Leistungsbewirkung und der Theorie der finalen Leistungsbewirkung sehen.

<sup>148</sup> in diesem Sinn auch: Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 II. 8.

<sup>149</sup> ähnlich: König, S. 130

tierung ist der Darlehensgeber zugleich Leistender. Mithin liegt keine Leistung durch einen Dritten i.S.v. § 267 Abs. 1 BGB, sondern die Leistung an einen Dritten vor. Wie noch zu zeigen ist, kann die Leistung dann nicht ohne Einbeziehung des Gläubigers vorgenommen werden. Ist aber der Gläubiger mit dieser Art und Weise der Erfüllung einverstanden, ist auch sein Empfängerhorizont in dieser Weise fixiert.<sup>150</sup> Eine eindeutige Zuordnung der Leistung des Darlehensnehmers ist damit gegeben. Mithin ist nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung mit Vornahme der Leistungshandlung und Eintritt des Leistungserfolgs eine wirksame Erfüllung und damit eine wirksame Darlehensvalutierung stets gegeben. Nach der Theorie der finalen Leistungsbewirkung ist dies fraglich, da gegenüber dem Darlehensnehmer bei einer fehlenden Angabe eines Verwendungszwecks eine gesonderte Tilgungsbestimmung festgestellt werden muss. Es muss der Bewirkung der Leistung an den Dritten durch den Darlehensnehmer, also der Vornahme der Leistungshandlung, ein für den Darlehensnehmer ermittelbarer, wenn auch verobjektivierter Erklärungswert zukommen. Da dieser Fall zu Recht praxisfremd erscheint, zeigt sich hierin eine weitere Schwäche der Theorie der finalen Leistungsbewirkung. Eine solche Lösung mutet doch ziemlich konstruiert an.<sup>151</sup>

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass nach der vorzugswürdigeren Theorie der realen Leistungsbewirkung die Darlehensauszahlung bei Eintritt des Leistungserfolgs wirksam ist. Dies gilt - wie eben aufgezeigt - auch für die mittelbare Darlehensvalutierung.

---

<sup>150</sup> aA Wolf, S. 23 ff, die in einem Drei-Personen-Verhältnis stets eine Tilgungsbestimmung fordert.

<sup>151</sup> ähnlich auch: Raab, § 4 III. 1. a), der hier allerdings zu Unterlassungspflichten Stellung nimmt.

## 2. Die Empfangszuständigkeit

Nach der hier vertretenen Theorie der realen Leistungsbewirkung ist für den Eintritt der Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers nicht notwendig. Er hat bei vertragsgemäßer Leistungserbringung durch den Schuldner dessen Leistung zu akzeptieren. Gleichwohl kann der Gläubiger nicht schutzlos gestellt werden.<sup>152</sup> Insbesondere wenn er geschäfts- oder verfügungsbeschränkt ist, kann auch bei vertragsgerechter Leistung nach den grundlegenden gesetzlichen Wertungen - etwa von §§ 104 ff BGB, §§ 1812, 1813 oder § 829 Abs. 1 S. 2 ZPO sowie §§ 80 Abs. 1, 82 InsO, um die wichtigsten Fälle zu nennen - keine wirksame Erfüllung i.S.v. § 362 BGB vorliegen.<sup>153</sup> Dem Gläubiger fehlt dann aufgrund einer gesetzlichen Anordnung die Rechtsmacht, die schuldgerechte Leistung anzunehmen.<sup>154</sup> Dieses Befugnis des Gläubigers zur Annahme der Leistung wird in der Lehre zum größten Teil als Empfangszuständigkeit bezeichnet.<sup>155</sup>

Sowohl die genannten Normen als auch § 362 Abs. 2 BGB zeigen, dass die Empfangszuständigkeit mit der Verfügungsmacht des Gläubigers zu vergleichen ist.<sup>156</sup> In beiden Fällen wird das rechtliche Können des Gläubigers betroffen, weshalb dieselben Grundsätze anzuwenden sind.<sup>157</sup> So folgt etwa die Empfangszuständigkeit der Verfügungsmacht über die Forderung. Fehlt die Verfügungsmacht, fehlt dem Leistungsempfänger zugleich die Empfangszuständigkeit. Eine befreiende Leistung ist dann ebenso wie in den Fällen der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit ausgeschlossen.<sup>158</sup> Die Erfüllung erfordert daher eine schuldgerechte Leistung an den empfangszuständigen Gläubiger.<sup>159</sup>

Eine andere Ansicht gelangt zu einem adäquaten Schutz beschränkt Geschäftsfähiger nicht über das Rechtsinstitut der Empfangszuständigkeit, sondern über die Anwendung von § 242 BGB.<sup>160</sup> Diese Meinung sieht in der Ablehnung der Erfüllungswirkung bei einem einsichtsfähigen Minderjährigen eine unbillige Schärfe der Lehre von

---

<sup>152</sup> Erman / Westermann<sup>11</sup>, § 362 Rn. 5

<sup>153</sup> statt vieler: Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Dennhardt, § 362 Rn. 16; Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 II. 2.; Muscheler / Bloch, JuS 00, 738 f

<sup>154</sup> MK / Schramm<sup>5</sup>, § 185 Rn. 40; Raab, § 4 III. 1 b); Schlechtriem / Schmidt-Kessel, SR AT<sup>6</sup>, Rn. 358; aA Harder, JuS 77, 150 ff und JuS 78, 85 ff; van Venrooy, BB 80, 1017 ff, die bei Minderjährigen eine Erfüllung für gegeben halten. Sie verweisen auf den Schuldnerschutz und auf die Verantwortung der Sorgeberechtigten.

<sup>155</sup> statt vieler: Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5; Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 36; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 15; Müller-Laube, S. 85; Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 IV. 1., wobei dieser in § 23 1. den Begriff enger fasst. Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 II. 2. und Schreiber, Jura 93, 667 sehen aufgrund der gesetzlichen Vorgaben keine Notwendigkeit mit dem zusätzlichen Begriff der Empfangszuständigkeit zu arbeiten. Ähnlich auch: BGB -RGRK / Weber, § 326 Rn. 42 ff. Um die Rechtsmacht zur Entgegennahme der erbrachten Leistung zu verdeutlichen, wird der Begriff der Empfangszuständigkeit in diesem Sinne verwendet.

<sup>156</sup> ebenda

<sup>157</sup> Siber, SR, § 31 I 2. b); Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I, Raab, § 4 III. 1. b)

<sup>158</sup> statt vieler: Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; Gernhuber<sup>2</sup>, § 5 IV. 1.

<sup>159</sup> Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 I. 5.; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 16

<sup>160</sup> Soergel / Zeiss<sup>12</sup>, vor § 362 Rn. 8; Schreiber, Jura 93, 667

der Empfangszuständigkeit, da der Leistende im Rahmen der Rückforderung dem Entreichungseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB ausgesetzt wäre. Somit hat danach eine Leistung an den Minderjährigen grundsätzlich Erfüllungswirkung. § 242 BGB ermöglicht bei Berücksichtigung der Umstände eine Einzelfallentscheidung.<sup>161</sup>

Auch wenn die eben dargestellte Ansicht nicht an starren Grenzen festhält, sondern flexible Entscheidungen ermöglicht, ist sie abzulehnen.<sup>162</sup> Im Recht der Geschäftsfähigkeit zeigt sich in §§ 104 ff BGB gerade die Schneidigkeit der gesetzlichen Regelungen. Es besteht nach der gesetzgeberischen Intention, den Schutz dieser Personengruppe besonders hervorzuheben, keine Notwendigkeit, im Rahmen der Erfüllung eine Ausnahme zu gestatten.<sup>163</sup> Es kann auch nicht die Rede davon sein, dass der Minderjährige lediglich mit Erhalt der Leistung einen rechtlichen Vorteil erfährt.<sup>164</sup> Mit Erfüllung geht sein Forderungsrecht unter und der Minderjährige hält den Leistungsgegenstand in den Händen. Damit gehen aber Gefahren einher, weil sich die Leistung bereits konkretisiert hat und somit eine Verwendung oder gar Verschwendung ohne Kenntnis der Sorgeberechtigten möglich ist. Eine nicht realisierte Forderung des Minderjährigen ist daher bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht stets nachteilig.<sup>165</sup> Wenn die Erfüllung eingetreten ist, kann sich zudem der gesetzliche Vertreter nicht auf den Entreichungseinwand berufen, falls der Minderjährige den Leistungsgegenstand verschwendet. Dennoch eine Erfüllung anzunehmen erscheint dogmatisch fragwürdig, weil gerade der Entreichungseinwand historisch zum Schutz Minderjähriger konzipiert wurde.<sup>166</sup> Mithin ist gerade bei der Frage, ob eine wirksame Erfüllung „zu Lasten“ des Minderjährigen eingetreten ist, der Schutz Minderjähriger geboten. Dieser Schutz kann über das Rechtsinstitut der Empfangszuständigkeit verwirklicht werden.

Nach § 362 Abs. 2 BGB besteht für den Gläubiger auch die Möglichkeit Dritten gemäß den Regeln über die Verfügungsmacht die Empfangszuständigkeit zu erteilen<sup>167</sup> und sie damit in den Erfüllungsvorgang einzubeziehen.<sup>168</sup> Es bleibt abzuwarten, ob und unter welchen Voraussetzungen der mittelbaren Darlehensvalutierung schuldbefreiende Wirkung zuteil wird. Hier ist bei der Leistung an einen Dritten die Frage der Erfüllung wegen der erforderlichen Empfangszuständigkeit erneut zu stellen.

---

<sup>161</sup> ebenda

<sup>162</sup> ausführlich: Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 37 ff; Muscheler / Bloch, JuS 00, 738 f

<sup>163</sup> vgl. auch: Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 39

<sup>164</sup> Harder, JuS 77, 152

<sup>165</sup> Muscheler / Bloch, JuS 00, 739

<sup>166</sup> Wacke, JuS 78, 82 mwN

<sup>167</sup> statt vieler: Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 41 ff

<sup>168</sup> Die Einbeziehung Dritter in den Erfüllungsvorgang wird noch nachfolgend thematisiert. Vgl. 1. Teil B.

### 3. Das Darlehen als Gegenstand der Erfüllungshandlung

Die Erfüllung tritt erst mit Eintritt des Leistungserfolgs ein.<sup>169</sup> Dieser bestimmt sich nach dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis.<sup>170</sup> Vor dem Hintergrund der neuen Kodifikation des Darlehensvertrags in §§ 488 ff BGB stellt sich die Frage, was der Darlehensgeber konkret leisten muss. Zu klären ist, in welcher Form die Darlehensvalutierung nach dem gesetzlichen Leitbild zu erfolgen hat. Dabei geht es um eine Definition des maßgeblichen Leistungserfolgs.

Nach der Grundkonzeption von § 607 Abs. 1 BGB a.F. war die Eigentumsübertragung zumindest vertretbarer Sachen für den Eintritt des Leistungserfolgs erforderlich.<sup>171</sup> Für zulässig hat aber bereits der historische Gesetzgeber die Möglichkeit einer Ersetzung der Eigentumsverschaffung erachtet.<sup>172</sup> Angesprochen wurde z.B. die Aussicht die Valutierung an Dritte auf Weisung des Darlehensnehmers<sup>173</sup> oder mittels Überweisung<sup>174</sup> zu vollziehen.

Die Rechtsprechung gelangte daher frühzeitig zur Ansicht, dass in einem modernen Wirtschaftsleben nicht zwingend eine körperliche Übereignung bestimmter Geldscheine vorliegen muss. Sie verzichtet damit auf die Eigentumsverschaffung.<sup>175</sup> Es ist insoweit ausreichend, dass das Darlehen dem Vermögen des Darlehensnehmers in irgendeiner Form zugeführt wird.<sup>176</sup> Vor diesem Hintergrund wird deshalb die Eigentumsverschaffungspflicht als Typusmerkmal bezeichnet, das für das Darlehen kennzeichnend, aber nicht notwendige Voraussetzung für eine wirksame Valutierung ist.<sup>177</sup> Falls keine abweichende Vereinbarung zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber vorliegt, ist die ältere Lehre deshalb der Auffassung, dass grundsätzlich der Leistungserfolg erst bei einer Eigentumsübertragung gegeben ist.<sup>178</sup>

Bereits vor Änderung des Darlehensrechts durch das SMG ging die neuere Lehre im Einklang mit der durch die Rechtsprechung vorgezeichneten Richtung von einer vermögensorientierten Betrachtungsweise aus.<sup>179</sup> Sie lassen generell eine Begebung von Buchgeld ausreichen.<sup>180</sup> Zum Teil gehen Vertreter davon aus, dass eine Valutierung

---

<sup>169</sup> statt vieler: MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 2; BGHZ 87, 156, 162, jeweils mwN

<sup>170</sup> s.o.: 1. Teil A. III

<sup>171</sup> Mugdan, II., Motive, S. 170

<sup>172</sup> ebenda

<sup>173</sup> Mugdan, II, Motive, S. 171

<sup>174</sup> Mugdan, II, Protokolle, S. 759

<sup>175</sup> BGH, LM § 607, Nr. 11 S. 3; NJW 78, 2294, 2295

<sup>176</sup> seit BGH, LM § 607, Nr. 11 S. 1 f ständige Rechtsprechung; vgl. nur: BGHZ 152, 331, 336 f; BGH, WM 85, 653 und NJW 78, 2294, 2295; jeweils mwN; noch aA: BFH, NJW 66, 855, der bei fehlender Eigentumsverschaffung eine Valutierung für nicht gegeben hält; während BGH, WM 81, 1204, 1205 hierin eine Eigentumsverschaffung im Sinne der Darlehensvorschriften erblickt.

<sup>177</sup> Staudinger / Hopt - Mülbart<sup>12</sup>, § 607 Rn. 3 und 339 f; E/B/J - Thessinga (2001), BankR IV Rn. 22

<sup>178</sup> RGRK / Ballhaus<sup>12</sup>, § 607 Rn. 4 f; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 110 und 112; Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 I

<sup>179</sup> Staudinger / Hopt - Mülbart<sup>12</sup>, § 607 Rn. 340; Graf von Westphalen u.a. / von Rottenburg<sup>2</sup>, § 7 Rn. 74

<sup>180</sup> E/B/J - Thessinga (2001), BankR IV Rn. 22; MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 3; Esser / Weyers, SR BT<sup>8</sup>, § 26 III .1.; Schimansky u.a. / Lwowski - Wunderlich<sup>3</sup>, § 76 Rn. 2 f

mittels Buchgeld eine echte Erfüllung i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB und nicht eine Leistung an Erfüllung statt i.S.v. § 364 Abs. 1 BGB darstellt.<sup>181</sup> Die Vertreter dieses vermögensorientierten Ansatzes lösen sich aber nicht vollständig von dem ursprünglichem Erfordernis der Eigentumsverschaffungspflicht. In jedem Fall tritt der Leistungserfolg erst dann ein, wenn der Darlehensnehmer grundsätzlich wie über bares Geld frei verfügen kann, weil nur so der wirtschaftliche Zweck der Valutierung, die Erhöhung der Kaufkraft des Darlehensnehmers, erreicht werden kann.<sup>182</sup>

Im Hinblick auf die Neuregelung von §§ 488 ff BGB ist die Rechtslage jetzt eindeutig geklärt. Mit der Formulierung „Geldbetrag“ sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers sämtliche Arten der Darlehensvalutierung erfasst werden.<sup>183</sup> Dies zeigt auch die klarstellende Regelung von § 607 Abs. 2 n.F..<sup>184</sup> Damit genügt für den Eintritt des Leistungserfolgs, dass das Darlehen dem Darlehensnehmer wertmäßig verschafft wird.<sup>185</sup> Erfüllungswirkung i.S.v § 362 Abs. 1 BGB hat hiernach auch die Zur-Verfügung-Stellung von Buchgeld.<sup>186</sup> Bei Buchgeld ist grundsätzlich erforderlich, dass der Geldbetrag vorbehaltlos gutgeschrieben wird.<sup>187</sup> Die Eigentumsverschaffungspflicht konkreter Geldscheine ist deshalb nicht mehr kennzeichnend für den Darlehensvertrag, weil dies nur eine Möglichkeit der Valutierung darstellt.<sup>188</sup> Die Neuregelung in § 488 Abs. 1 BGB durchbricht aber in Bezug auf den Leistungsgegenstand nicht die ursprüngliche Regelung von § 607 Abs. 1 BGB. Zum einen übernimmt die gesetzliche Regelung die bereits entwickelte vermögensorientierte Betrachtungsweise.<sup>189</sup> Zum anderen zielt nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Neureglung vielmehr auf eine Anpassung des Darlehensrechts an das moderne Wirtschaftsleben ab.<sup>190</sup> Schließlich ist anzuführen, dass die Rechtsprechung im Hinblick auf die Darlehensvalutierung bereits vor Inkrafttreten des SMG nach der Zur-Verfügung-Stellung des Darlehensbetrags fragte.<sup>191</sup> Mithin wurden die Begriffe „Zur-Verfügung-Stellung“ und „Darlehensempfang“ von der Rechtsprechung bisher synonym gebraucht.<sup>192</sup>

Ausreichend und zugleich notwendig ist daher nach neuem Schuldrecht eine Leistungshandlung, die es dem Darlehensnehmer ermöglicht, sich das Darlehen wirt-

---

<sup>181</sup> Staudinger / Olzen (2006), vor § 362 Rn. 34 ff mwN, BGB RGRK / Weber, § 362 Rn. 20; Gernhuber<sup>2</sup>, § 11 I. 2 b); aA: Staudinger / Hopt - Mülb<sup>12</sup>, § 607 Rn. 341

<sup>182</sup> E/B/J - Thessing (2001), BankR IV Rn. 22; vgl. auch: Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 V. 2.

<sup>183</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 253

<sup>184</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 259

<sup>185</sup> statt vieler: Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Rohe, § 488 Rn. 14; Erman / Saenger, § 488 Rn. 1; Berger, BankR 2002, S. 12 FN 38; Mülb<sup>12</sup>, WM 04, 658, der gar von einer Entmaterialisierung spricht.

<sup>186</sup> MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 29; Palandt / Weidenkaff<sup>67</sup>, § 488 Rn. 7; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.10; Schlechtriem, SR BT<sup>6</sup>, Rn. 211, FN 28; Mülb<sup>12</sup>, WM 04, 658

<sup>187</sup> Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 14 Rn. 13

<sup>188</sup> vgl. auch: BT-Drucks. 14/6040, S. 253; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 28; Heermann, § 21 I 2 a) bb) Rn. 7

<sup>189</sup> in diesem Sinn auch: MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 27

<sup>190</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 253 und S. 252, wobei allgemein der Gesichtspunkt einer zeitgemäßen Kodifikation hervorgehoben wird. Vgl. auch: MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 27; Wittig / Wittig, WM 02, 145

<sup>191</sup> BGH, NJW 80, 41, 43

<sup>192</sup> BGH, NJW 77, 38, 39; BGHZ 146, 190, 200

schaftlich zu Nutzen zu machen. Aus der Gleichstellung folgt aber auch, dass es nach wie vor erforderlich ist, dass der Darlehensnehmer wie ein Eigentümer über das Darlehen frei verfügen kann.<sup>193</sup> Somit ist der maßgebliche Leistungserfolg in Bezug auf die Darlehensvaluierung als die wertmäßige Überlassung des vereinbarten Darlehens zur freien Verfügung des Darlehensnehmers zu definieren, weil erst dann eine dem Darlehenszweck entsprechende wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit besteht.

#### 4. Die maßgebliche Leistungshandlung

Nachdem nach neuem Recht das Darlehen in der Weise dem Darlehensnehmer zur Verfügung stehen muss, dass er sich den verkörperten Wert zu Nutzen machen kann, also hierüber frei verfügen können muss, ist zugleich der für das Darlehen maßgebliche Leistungserfolg und damit der Vertragsgegenstand fixiert. Während also das „Was“ der Leistung geklärt ist, bleibt noch zu analysieren wie der Darlehensgeber dies erreichen kann. Es stellt sich die Frage, wann der Darlehensnehmer alles Erforderliche zur Erfüllung getan hat und ihm nichts mehr zu tun übrig bleibt, damit der Leistungserfolg eintreten kann. Die Einbeziehung Dritter in den Erfüllungsvorgang bleibt an dieser Stelle unberücksichtigt. Dies ist den weiteren Ausführungen vorbehalten.

##### a) Der Darlehensempfang i.S.v. § 607 Abs. 1 BGB a.F.

Zur Beantwortung dieser Fragen ist nochmals auf die ursprüngliche Fassung von § 607 Abs. 1 BGB und die dazu entwickelte Rechtsprechung einzugehen. Die so gewonnenen Kenntnisse können nahtlos auf § 488 Abs. 1 S. 1 BGB zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Zur-Verfügung-Stellung“ übertragen werden, weil - wie zuvor aufgezeigt<sup>194</sup> - ein Systembruch vom Gesetzgeber nicht intendiert ist. Deshalb ist es weiterhin zur Erreichung des Darlehenszwecks notwendig ist, dass der Darlehensnehmer die Valuta grundsätzlich zur freien Verfügung erhält.

Eine höchstrichterliche Rechtsprechung zum Darlehensempfang i.S.v. § 607 Abs. 1 BGB a.F. ist reichhaltig vorhanden.<sup>195</sup> Insoweit ist, wie sich gleich herausstellen wird, eine stetige Weiterentwicklung zu beobachten, wobei bereits vor Schaffung des XI. Zivilsenats beim BGH eine einheitliche Rechtsprechung zu erkennen ist.<sup>196</sup> Kontroverse Ansichten sind hierzu kaum feststellbar, weshalb die gefestigte Rechtsprechung nahezu kritiklos Eingang in die Kommentarliteratur und Lehre gefunden hat.

---

<sup>193</sup> Mülbart, WM 04, 658 f; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 29; Oetker / Maultzsch<sup>3</sup>, § 3 B. 1. a); Heermann, § 21 I 2 a) bb) Rn. 7

<sup>194</sup> s.o.: 1. Teil A. III. 3.

<sup>195</sup> vgl. auch: Nobbe, BankR<sup>6</sup>, Rn. 897 ff und BankR (1999), Rn. 486 ff

<sup>196</sup> Der XI. Zivilsenat wurde am 01.07.1988 ins Leben gerufen. Ihm ist als Spezialzuständigkeit das Bankenrecht zugewiesen, weshalb er auch als Bankensenat bezeichnet wird; vgl. nur: Derleder, NJW 2003, 2065 f. Seit dem Jahre 1990 ist der XI. Zivilsenat für das Darlehensrecht allein zuständig.

Sofern die Rechtsprechung auf die Eigentumsverschaffung konkreter Geldscheine verzichtet, verlangt sie, dass das Darlehen dem Vermögen des Darlehensnehmers in irgendeiner Weise zugeführt wird. Dabei muss die Valuta aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden sein und die Vermögensmehrung beim Darlehensnehmer muss in der vereinbarten Form eintreten.<sup>197</sup> Die eingetretene Vermögensmehrung muss endgültig sein.<sup>198</sup> Endgültig bedeutet hier, dass die Valuta den Einflussbereich des Darlehensgebers verlassen hat, so dass er keine rechtliche Möglichkeit besitzt, die Verwendung der Valuta einseitig nachvertraglich zu reglementieren.<sup>199</sup> Mithin muss der Darlehensnehmer das Darlehen frei verwenden können.<sup>200</sup> Er muss eine Zugriffsmöglichkeit auf das Darlehen haben.<sup>201</sup> Hieraus hat sich in der Rechtsprechung die gängige Formel gebildet, dass *„der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form endgültig zugeführt“* werden muss.<sup>202</sup> Dies kann auch durch Gutschrift auf ein Bankkonto des Darlehensnehmers erfolgen,<sup>203</sup> sofern dies vorbehaltlos erfolgt.<sup>204</sup> Ist dem so, so ist die weitere Verwendung der Valuta, selbst wenn diese als Sicherheit für den Darlehensgeber genutzt wird, grundsätzlich unbeachtlich.<sup>205</sup> Währenddessen führt die Gutschrift auf ein nur bankinternes Verrechnungskonto<sup>206</sup> nicht zum Darlehensempfang, weil der Darlehensnehmer die Gutschrift nicht einfordern kann. Es mangelt an einer Zugriffsmöglichkeit oder gar Verfügungsmacht.<sup>207</sup> Ebenso verhält es sich, wenn das Darlehen auf ein auf den Darlehensnehmer lautendes Konto ausbezahlt wird, welches ohne seine Vollmacht eröffnet wurde.<sup>208</sup>

In der Literatur werden die Grundsätze der Rechtsprechung mitgetragen.<sup>209</sup>

---

<sup>197</sup> BGH, LM § 607 Nr. 11, S. 2; NJW 78, 2294 f

<sup>198</sup> BGH, WM 83, 484, 485; NJW 85, 1020, 1022 (nicht abgedruckt in BGHZ 93, 264 ff); NJW 85, 1831

<sup>199</sup> BGH NJW 78, 2294, 2295; WM 85, 653, 654; NJW 86, 2947; WM 88, 1814, LM § 607 Nr. 90 S. 2

<sup>200</sup> BGH NJW 85, 1831, 1832; NJW 87, 55, 56; NJW 00, 3065, 3066; vgl. auch: OLG Karlsruhe (n.rk.), OLG Report Karlsruhe Stuttgart 05, 59, 61 sowie BGH, BGHZ 153, 107, 109 und DB 05, 155, 156, wobei in den letzten beiden Fällen die Erfüllung einer Einlagenverpflichtung eines GmbH-Gesellschafters bei Überweisung auf ein (Debet-) Konto streitig war.

<sup>201</sup> BGH, LM § 607 Nr. 11, S. 5; BGHZ 145, 44, 50; vgl. auch: OLG Bremen, Vorlagebeschluss an den EuGH, ZIP 04, 1253, 1256

<sup>202</sup> seit BGH, WM 85, 653 mwN; vgl. auch: BGH, WM 85, 910; NJW 86, 2947; WM 88, 1814; WM 97, 1658, 1659; BGHZ 152, 331, 336; OLG Ffm, WuB I E 1. - 16.89, S. 2; OLG Bamberg (n.rk.), WM 02, 537, 544

<sup>203</sup> BGH, WM 56, 217, 218; WM 57, 635, 637; WM 81, 1204, 1205; WM 83, 484, 485; LM § 607 Nr. 90, S. 2 mwN; grundlegend zur Erfüllung mittels Überweisung: BGHZ 6, 121, 123 ff mwN

<sup>204</sup> BGH, NJW 98, 3200, wobei der Zufluss der Valuta beim Darlehensgeber betont wird.

<sup>205</sup> BGH, LM § 607 Nr. 90, S. 2, wobei ein Teil des Darlehens an den Darlehensgeber zurückfließt.

<sup>206</sup> auch als CpD-Konto oder Konto pro Diverse bezeichnet

<sup>207</sup> BGHZ 27, 241, 247 ff; BGH, NJW 87, 55, 56; jeweils mwN; OLG Bamberg, WM 02, 537, 544 lässt die Inhaberschaft genügen, ohne dabei diese näher zu erläutern.

<sup>208</sup> BGH, WM 04, 1221, 1226

<sup>209</sup> Diedrichs / Rixecker, WM Beilage Nr. 5/1985, S. 3; Mülbart, JZ 92, Knott, WM 03, 51; 406; Canaris, BankR<sup>2</sup>, Rn. 1319; Schimansky u.a. / Lwowski<sup>2</sup>, § 76 Rn. 52 f; so auch in der Neuauflage zu § 488 Abs. 1 BGB: Schimansky u.a./ Lwowski - Wunderlich<sup>3</sup>, § 76 Rn. 142 ff; Vertrags-HdB / Graf von Westphalen<sup>5</sup>, III. 13, Rn. 3; E/B/J - Thessinga (2001), BankR IV, Rn. 85 ff; MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 46; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 109 f und Rn. 118; Staudinger / Hopt - Mülbart<sup>12</sup>, § 607 Rn. 340 ff

Demnach hat der Darlehensgeber alles Erforderliche getan, wenn er sich des Darlehens in der Weise begeben hat, dass er keinen maßgeblichen Einfluss auf die Verwendung der Valuta mehr hat und stattdessen dem Darlehensnehmer das Bestimmungsrecht am Darlehen zusteht und er somit über die Nutzung der Valuta nach eigenem Ermessen befinden kann.

Das entwickelte Verständnis vom „Empfang“ des Darlehens ist dem Recht nicht fremd, sondern entspricht einer allgemeinen Rechtsauffassung. Dies zeigt ein Vergleich mit anderen Rechtsgebieten, weshalb ein kurzer Exkurs an dieser Stelle gerechtfertigt erscheint. Es liegt, wie gleich zu zeigen ist, nahe eine Parallele zum Strafrecht und hier zum Diebstahl i.S.v. § 242 Abs. 1 StGB zu ziehen. Der Gewahrsamsbruch ist erst vollendet und ein neuer Gewahrsam begründet, wenn der Täter die tatsächliche Herrschaft über die Sache erlangt hat. Der Dieb muss Gewahrsam am Tatobjekt ohne Behinderung durch den bisherigen Inhaber ausüben können. Dies ist der Fall, wenn das Opfer selbst nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsmacht des Täters erneut zu brechen.<sup>210</sup> Die Zueignungsabsicht fordert zudem, dass dem Opfer der verkörperte Vermögenswert endgültig entzogen wird und zumindest kurzfristig vom Täter wirtschaftlich in irgendeiner Weise genutzt wird.<sup>211</sup> Mithin ist eine Einverleibung in das Vermögen des Täters notwendig, wobei nach der zutreffenden Sachwerttheorie eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angestellt wird.

Diese kurze Darstellung zeigt auf, dass die oben gefundenen Kriterien geeignet sind die Frage zu beantworten, wann eine endgültige Vermögensverschiebung vorliegt und damit letzten Endes bei Übertragung dieser Grundsätze auf das Darlehensrecht auch ein Empfang des Darlehens i.S.v. § 607 Abs. 1 BGB a.F. gegeben ist.

#### **b) Das Zur-Verfügung-Stellen des Darlehens i.S.v. § 488 Abs. 1 S. 1 BGB**

Nach § 488 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Darlehensgeber nunmehr verpflichtet dem Darlehensnehmer das Darlehen zur Verfügung zu stellen. Wie bereits betont,<sup>212</sup> ist im Hinblick auf die maßgebliche Erfüllungshandlung des Darlehensgebers mit der Neuformulierung keine veränderte Rechtslage eingetreten.

Mithin hat der Darlehensgeber das Darlehen dem Darlehensnehmer zur Verfügung gestellt, wenn er sich des Darlehens in der Weise begeben hat, dass er keinen maßgeblichen Einfluss auf die Verwendung der Valuta mehr hat und stattdessen dem

---

<sup>210</sup> Fischer<sup>55</sup>, StGB, § 242 Rn. 17 mwN

<sup>211</sup> Fischer<sup>55</sup>, StGB, § 242 Rn. 35 mwN

<sup>212</sup> s.o., 1. Teil A. III. 3. und 4. a)

Darlehensnehmer das Bestimmungsrecht am Darlehen zusteht und er somit über die Nutzung der Valuta nach eigenem Ermessen befinden kann.<sup>213</sup>

### c) Der Darlehensempfang i.S.v. § 494 Abs. 2 S. 1 BGB

Neben den bereits dargelegten Fragen der Darlehensauszahlung thematisiert das Gesetz den Darlehensempfang in § 494 Abs. 2 S. 1 BGB. Es ist daher notwendig festzustellen, ob dem Gesetz ein einheitlicher Begriff der Darlehensvalutierung zu Grunde liegt oder ob der Darlehensgeber je nach gesetzlichem Anwendungsbereich zur Vornahme einer anderweitigen Leistungshandlung verpflichtet ist.

Generell kommt § 494 BGB nur in den Fällen des Verbraucherdarlehens gemäß § 491 BGB zur Anwendung. Die Vorschrift geht auf das VerbrKrG zurück und wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung in das BGB integriert. Dabei ist die Vorgängervorschrift des § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG, abgesehen von den sprachlichen Anpassungen an die neuen Begrifflichkeiten des BGB, unverändert übernommen worden. Eine inhaltliche Veränderung ist daher nicht beabsichtigt.<sup>214</sup> Somit kann ergänzend das Schrifttum zu § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG herangezogen werden.

Die Rechtsprechung hat zuletzt in der bereits angesprochenen Entscheidungsreihe vom 14.06.2004, bei der die Rückabwicklung von widerrufenen Immobilienfondsfinanzierungen im Mittelpunkt stand, zum Empfang i.S.v. § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG, also auch zu § 494 Abs. 2 S. 1 BGB, Stellung genommen. Dabei hat der BGH die Grundsätze nicht in Frage gestellt, sondern ausnahmsweise einen Empfang verneint, weil es sich in den zu entscheidenden Fällen zur mittelbaren Darlehensvalutierung um ein verbundenes Geschäft i.S.v. § 9 VerbrKrG (§ 358 BGB n.F.) gehandelt hat.<sup>215</sup> Ob insoweit eine Ausnahme aufgrund der besonderen Regelungen des verbundenen Geschäftes geboten ist, bleibt abzuwarten. An dieser Stelle ist gegenwärtig nur eine Aussage zum grundsätzlichen Ansatz des Gesetzgebers möglich.

Aus den bisherigen höchstrichterlichen Entscheidungen zu § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG ist nicht erkennbar, dass der Darlehensempfang anders als in § 488 Abs. 1 S. 1 BGB zu bewerten ist. So hat der BGH deshalb eine Heilung zulasten des Mithaftenden beim Schuldbeitritt abgelehnt, weil die Darlehensvaluta nicht dem Mithaftenden zugeflossen ist und er keinen Anspruch auf das Darlehen hat.<sup>216</sup> Mithin fehlt es beim Mithaftenden

---

<sup>213</sup> in diesem Sinn auch: Oetker / Maultzsch<sup>3</sup>, § 3 B. III. 1. a); Heermann, § 21 I. 3. Rn. 13 f; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.12 und 5.15; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Rohe, § 488 Rn. 15; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 6; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 29

<sup>214</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 253 und 255; Wittig / Wittig, WM 02, 150 und 152; Frings, VuR 02, 392; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), Einl. zu §§ 491 ff, Rn. 15 ff; Palandt / Weidenkaff<sup>67</sup>, § 494 Rn. 1

<sup>215</sup> BGH, BGHZ 159, 294, 306 f; WM 04, 1536, 1540

<sup>216</sup> BGH, BGHZ 134, 94, 98; OLG Karlsruhe, WuB I E. 2. § 3 VerbrKrG 1.99, S. 2; weitergehend: Drescher, ebenda, S. 3 f, der insoweit eine analoge Anwendung von § 6 Abs. 2 VerbrKrG befürwortet und daher eine Auszahlung an den Darlehensgeber genügen lässt.

an einer freien Verfügung über das Darlehen.<sup>217</sup> Der Darlehensempfang i.S.v. § 494 Abs. 2 S. 1 BGB erfasst deshalb gleichfalls die Valutierungsfrage, da der Heilungstatbestand auf der Erfüllung basiert.<sup>218</sup> Nach dem gesetzgeberischen Willen ist die mittelbare Darlehensvaluierung als eine Heilungsmöglichkeit nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB zu verstehen.<sup>219</sup> Festzuhalten ist daher, dass nach nationalem Recht der Darlehensempfang gemäß § 494 Abs. 2 S. 1 BGB mit den gleichen Maßstäben zu bewerten ist wie die Zur-Verfügung-Stellung des Darlehens i.S.v. § 488 Abs. 1 S. 1 BGB.

Weil auch §§ 491 ff BGB das Darlehensrecht durch den Verbraucherschutz lediglich ergänzen, bleibt § 488 BGB als Grundnorm weiterhin anwendbar.<sup>220</sup> Dies zeigt auch die systematische Stellung im Gesetz unter dem Untertitel „Darlehensvertrag“. Mithin ist eine einheitliche Begriffsverwendung im Hinblick auf die Darlehensvaluierung gegeben, wobei die Begriffe „Darlehensempfang“ und „Zur-Verfügung-Stellung des Darlehens“ synonym verwendet werden.<sup>221</sup> Damit kann auf die oben zu § 607 BGB a.F. und zu § 488 BGB entwickelte Abgrenzung zurückgegriffen werden.<sup>222</sup>

Aber auch der Rückgriff auf die VerbrKr-RL führt zu keinem anderen Ergebnis, denn europäische Vorgaben zum Darlehensempfang i.S.v. § 494 Abs. 2 S. 1 BGB sind nicht ersichtlich. Weil §§ 492 ff BGB im Wesentlichen die VerbrKr-RL in nationales Recht umsetzt, ist es, um eine richtlinienkonforme Auslegung zu erzielen, notwendig, die Richtlinie im Hinblick auf den Darlehensempfang gemäß § 494 Abs. 2 S. 1 BGB zu untersuchen. Die VerbrKr-RL schreibt in Art. 4 die Einhaltung bestimmter Formalien, wie beispielsweise die Schriftform und verschiedene Pflichtangaben, vor. Eine konkrete Vorgabe, wie bei Verstößen gegen diese Formalien zu verfahren ist, sieht die Richtlinie nicht vor.<sup>223</sup> Gemäß Art. 14 Abs. 1 VerbrKr-RL haben die Mitgliedstaaten nur dafür Sorge zu tragen, dass eine nationalstaatliche Normierung nicht zum Nachteil des Ver-

---

<sup>217</sup> in diesem Sinn auch: Hadding, WuB I E 2. § 6 VerbrKrG 1.97, S. 2, der den Heilungstatbestand damit begründet, dass nach erbrachter Leistung des Kreditgebers der Kreditvertrag nicht mehr in Frage gestellt wird. Da der Leistungserfolg gefordert wird, impliziert dies zugleich eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze zum Darlehensempfang.

<sup>218</sup> MK / Schürnbrand<sup>5</sup>, § 494 Rn. 16; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 494 Rn. 14; Seibert, § 6 VerbrKrG Rn. 4; Schäfer / Schwintowski, § 15 Rn. 101

<sup>219</sup> BT-Drucks. 11/ 5462, S. 22 (zum Widerrufsrecht); Bülow / Artz<sup>5</sup>, § 494 Rn. 48 und § 495 Rn. 155; Bruchner u.a. / Bruchner<sup>2</sup>, § 7 Rn. 49; Münstermann / Hannes, § 6 Rn. 296; Graf von Westphalen u.a. / von Rottenburg<sup>2</sup>, § 6 Rn. 16 und § 7 Rn. 76; Martis, S. 58 f; MK / Schürnbrand<sup>5</sup>, § 494 Rn. 21; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 494 Rn. 20

<sup>220</sup> statt vieler: Bülow, NJW 02, 1146; zur a.F.: Staudinger / Kessal-Wulf (2001), § 1 VerbrKrG Rn. 47

<sup>221</sup> s.o.: 1. Teil A. III. 3

<sup>222</sup> vgl. zur Neuregelung von § 494 Abs. 2 S. 1 BGB: Bülow / Artz<sup>5</sup>, VerbrKrR, § 494 Rn. 48; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 494 Rn. 20; Erman / Saneger<sup>11</sup>, § 494 Rn. 4; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Möller, § 494 Rn. 7; Palandt / Weidenkaff<sup>67</sup>, § 494 Rn. 7; Heermann, § 22 III 2. Rn. 27; zustimmend, aber differenzierend: MK / Schürnbrand<sup>5</sup>, § 494 Rn. 21; ebenso Ulmer in der Voraufgabe, ebenda, die zusätzlich eine Disposition des Darlehensnehmers fordern, weil sie im Gegensatz zu den zuvor genannten im Tatbestand „der Inanspruchnahme des Darlehens“ keine eigenständige Alternative erblicken. Zur bisherigen Regelung von § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG: Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 6 VerbrKrG Rn. 14; Staudinger / Kessal-Wulf (2001), § 6 VerbrKrG Rn. 20; Bruchner u.a. / Wagner-Wieduwilt<sup>2</sup>, § 6 Rn. 6; Münstermann / Hannes, § 6 Rn. 296; Graf von Westphalen u.a. / von Rottenburg<sup>2</sup>, § 6 Rn. 16, § 7 Rn. 74

<sup>223</sup> in diesem Sinn auch, statt vieler: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 494 Rn. 2

brauchers abweicht. Damit bringt die VerbrKr-RL zum Ausdruck, dass mit der Rechtsangleichung nur ein Mindeststandard vorgegeben werden soll, Art. 15 VerbrKr-RL.<sup>224</sup> Wie der nationale Gesetzgeber dies sicherstellt, bleibt nach der Richtlinienvorgabe seinem Ermessen überlassen. Das abgestufte Sanktionssystem in § 494 BGB ist daher eine eigene Entscheidung des deutschen Gesetzgebers. Selbst der jüngste Kommissionsvorschlag zur Überarbeitung der VerbrKr-RL enthält hierzu keine ergänzenden Vorgaben.<sup>225</sup> Auch wenn der Vorschlag mit Art. 30 eine Maximalharmonisierung anstrebt, bleibt den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung eines Sanktionssystems vorbehalten, Art. 30 Abs. 2. Insbesondere legt der Vorschlag eine Schaffung eines abgestuften Sanktionssystems in Art. 31 nahe. Vorgaben, welche die Art und Weise der Umsetzung betreffen, sind indessen nicht enthalten. Mithin ist der Darlehensempfang nicht von europarechtlichen Einflüssen gekennzeichnet.<sup>226</sup> Im Ergebnis sind deshalb beim Empfang des Darlehens nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB die oben genannten Abgrenzungskriterien anzuwenden.<sup>227</sup>

#### **d) Der Darlehensempfang in den Fällen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB**

Die Ursprünge der Regelung von § 506 Abs. 2 S.1 BGB in der bis zum 30.06.2005 geltenden Fassung<sup>228</sup> gehen auf § 7 Abs. 3 VerbrKrG zurück.<sup>229</sup> Nach allgemeiner Meinung ist anerkannt, dass der Darlehensempfang i.S.v. § 7 Abs. 3 VerbrKrG nach den gleichen Grundsätzen wie § 607 BGB a.F. und damit wie § 488 Abs. 1 S. 1 BGB zu bewerten ist, denn nur so können Wertungswidersprüche vermieden werden.<sup>230</sup>

Mit der Integration des VerbrKrG in das BGB ging § 7 Abs. 3 VerbrKrG in § 495 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. auf. Eine inhaltliche Änderung erfolgte dadurch nicht.<sup>231</sup> Der Empfang i.S.v. § 495 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. liegt deshalb dann vor, wenn auch ein Darlehensempfang gemäß § 488 Abs. 1 S. 1 BGB gegeben ist.<sup>232</sup>

Mit Anerkennung eines eigenen Widerrufsrechts bei Realkreditverträgen in Haustürsituationen durch den EuGH,<sup>233</sup> welches bislang nach dem Verbraucherkreditrecht behandelt wurde, sah sich der nationale Gesetzgeber zur Aufhebung von § 495 Abs. 2

---

<sup>224</sup> in diesem Sinn auch, statt vieler: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), Einl. zu §§ 491 ff Rn. 2

<sup>225</sup> Geänderter Vorschlag der Kommission vom 28.10.2004, KOM (2004) 747 endgültig; vgl. auch den ursprünglicher Kommissionsvorschlag vom 11.09.2002, KOM (2002) 443 endgültig sowie Darstellungen hierzu von: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), Einl. zu §§ 491 ff Rn. 4 sowie Kaiser, VuR 02, 385 ff

<sup>226</sup> Entsprechend kann Bülow, NJW 02, 1150, in seiner Untersuchung keinen Verstoß gegen die Richtlinienkonformität feststellten.

<sup>227</sup> s.o.: 1. Teil A. III. 4. a)

<sup>228</sup> § 506 Abs. 2 tritt gemäß Art. 34 S. 4 OLGVertÄndG, BGBl. I, 2002, S. 2850 ff, zum 30.06.2005 aufgrund der Neufassung von § 506 in Art. 29 Abs. 2 OLGVertÄndG außer Kraft.

<sup>229</sup> vgl. statt vieler: Bamberger / Roth - Möller / Wendehorst, § 506 Rn. 8; Artz, BKR 02, 606

<sup>230</sup> BGH, BGHZ 152, 331, 337; Knott, WM 03, 51; Graf von Westphalen u.a. / Graf von Westphalen<sup>2</sup>, § 7 Rn. 74; Bruchner u.a. / Bruchner<sup>2</sup>, § 7 Rn. 47; Münstermann / Hannes, § 7 Rn. 364

<sup>231</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 253 und 255 f

<sup>232</sup> Bülow / Artz<sup>5</sup>, VerbrKrR, § 495 Rn. 150; MK / Ulmer<sup>4</sup>, § 495 Rn. 32

<sup>233</sup> EuGH, ZIP 02, 31 in Sachen „Heininger“

BGB a.F. gezwungen. So wurde eine gleichlautende Regelung in § 506 Abs. 2 BGB geschaffen, wobei der Anwendungsbereich nach S. 2 BGB beschränkt ist. Im Hinblick auf den Darlehensempfang wurde keine inhaltliche Änderung vorgenommen.<sup>234</sup>

Schließlich enthält die VerbrKr-RL keine Vorgaben, wie der Darlehensempfang zu definieren ist. Selbst der Änderungsvorschlag enthält keine Aussagen. Es kann daher auf das bereits Gesagte verwiesen werden.<sup>235</sup> Demnach ist der Darlehensempfang frei von europarechtlichen Einflüssen. Deshalb bleibt es bei einer einheitlichen Begriffsbestimmung des Darlehensempfangs. Dafür spricht auch, dass die Rechtsprechung eine Parallele zu § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG bzw. zu § 494 Abs. 2 S. 1 BGB gezogen hat.<sup>236</sup>

#### **e) Zwischenergebnis**

Die zuvor angestellten Untersuchungen haben aufgezeigt, dass dem nationalen Recht ein einheitlicher Begriff der Darlehensvalutierung zugrunde liegt. Dieser Begriff wird auch nicht von europarechtlichen Vorgaben bestimmt oder beeinflusst. Daher ist es meines Erachtens nicht nur möglich, sondern auch geboten, sich eine einheitliche Abgrenzung und Definition der Darlehensvalutierung zu Eigen zu machen:

Der Darlehensgeber hat dann den Leistungserfolg verwirklicht, also dem Darlehensnehmer die Valuta verschafft, wenn er sich des Darlehens in der Weise begeben hat, dass er keinen maßgeblichen Einfluss auf die Verwendung der Valuta mehr hat und stattdessen dem Darlehensnehmer das Bestimmungsrecht am Darlehen zusteht und er somit über die Nutzung der Valuta nach eigenem Ermessen befinden kann.

Nach dieser Definition der maßgeblichen Leistungshandlung des Darlehensgebers ist zugleich der Leistungszeitpunkt konkretisiert: Sobald der Darlehensnehmer über das Darlehen frei Verfügung kann und über die Verwendung des Darlehens bestimmen kann, ist die Erfüllung eingetreten. Am Beispiel der Valutierung mittels Überweisung lässt sich dies gut veranschaulichen. Erst mit Gutschrift auf dem Bankkonto des Darlehensnehmers ist die Erfüllung eingetreten, da der Darlehensnehmer erst ab diesem Zeitpunkt ungehindert das Darlehen nutzen kann.<sup>237</sup> Wann er von der Gutschrift Kenntnis erlangt ist, dagegen unbeachtlich.

---

<sup>234</sup> BT-Drucks. 14/9266, S. 48; vgl. auch: Koch, NZM 02, 805; Artz, BKR 02, 607; Schmidt-Räntsch, ZIP 02, 1103; Palandt / Putzo<sup>64</sup>, § 506 Rn. 5; Bamberger / Roth - Möller / Wendehorst, § 506 Rn. 7 f

<sup>235</sup> s.o.: 1. Teil A. III. 4. a)

<sup>236</sup> BGH, BGHZ 134, 94, 99

<sup>237</sup> vgl. statt vieler: MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 29; vgl. allgemein zur Erfüllung mittels Überweisung bereits: BGH, BGHZ 6, 121, 124 f

#### IV. Die Gefahrtragung bei der Darlehensvalutierung

Abschließend ist der Blick auf Leistungsstörungen bei der Valutierung zu richten. Es werden nachfolgend lediglich die Besonderheiten des Darlehensrechts näher betrachtet. Im Mittelpunkt des Interesses steht deshalb die vom Gesetz vorgesehene Gefahrtragungsregelung hinsichtlich der Leistungsgefahr.

Die Leistungsgefahr bei Geldschulden ist als „qualifizierte Schickschuld“ grundsätzlich in § 270 Abs. 1 BGB geregelt.<sup>238</sup> Weil es um die Frage geht, bis zu welchem Zeitpunkt der Darlehensgeber auf eigene Rechnung seine Leistungshandlung vornehmen und eventuell wiederholen muss, ist der Eintritt des Leistungserfolgs maßgeblich.<sup>239</sup> Nach der gesetzgeberischen Vorstellung hat der Darlehensgeber die Übermittlungsgefahr zu tragen und muss bei einem Fehlgehen der Darlehensauszahlung, zum Beispiel im Falle einer fehlerhaften Überweisung, nochmals Leistungsanstrengungen unternehmen. Erst wenn der Darlehensnehmer frei über das Darlehen verfügen kann, endet auch die Leistungsgefahr des Darlehensgebers.<sup>240</sup>

Die allgemeine Regelung des § 270 Abs. 1 BGB entspricht dabei den Wertungen des Darlehensrechts nach §§ 488 ff BGB. Auch ohne eine gesetzliche Regelung ergibt sich diese Konsequenz aus den grundlegenden Pflichten des Darlehensgebers.<sup>241</sup> Es ist seine Pflicht für eine vertragsgemäße Darlehensvalutierung zu sorgen, weshalb er das damit einhergehende Risiko trägt.<sup>242</sup> So erachtet die Rechtsprechung eine Bestimmung in den allgemeinen Darlehensbedingungen, welche das Risiko des Verlusts des Darlehens auf dem Weg zum Darlehensnehmer diesem zuweist, für unwirksam, § 9 AGBG (§ 307 BGB n.F.). Sie sieht hierin eine Verfolgung einseitiger Interessen des Darlehensgebers ohne Berücksichtigung der Belange des Darlehensnehmers und der gesetzlichen Regelungen, obwohl diese Ausdruck eines Gerechtigkeitsgebots sind.<sup>243</sup> Erst mit ordnungsgemäßer Erfüllung seiner Valutierungspflicht endet die Leistungsgefahr des Darlehensnehmers. Schließlich lässt er sich seine Tätigkeit regelmäßig durch eine Bearbeitungsgebühr vergüten.

Aber auch bei der Einbeziehung Dritter in den Erfüllungsvorgang ergeben sich keine abweichenden Ergebnisse. Ohne den nachfolgenden Ausführungen zur Einbeziehung Dritter in den Valutierungsprozeß vorzugreifen, kann bereits an dieser Stelle aufgrund der bisherigen Ergebnisse der Arbeit eine abschließende Stellungnahme zur Gefahrtragungsregelung zur Leistungsgefahr erfolgen. Durch die Einbeziehung eines Dritten

---

<sup>238</sup> vgl. statt vieler: Palandt / Heinrichs<sup>67</sup>, § 270 Rn. 1; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 112; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 38; ebenso die Begründung zu § 6 Abs. 3 VerbrKrG, BT-Drucks. 11/5462, S. 22

<sup>239</sup> MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 38; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 16; zum alten Recht, abstellend auf den Eigentumsübergang: MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 49; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 112

<sup>240</sup> in diesem Sinn auch: Heermann, § 3 V 3. c) Rn. 57

<sup>241</sup> MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 49; Dittrich, S. 118

<sup>242</sup> in diesem Sinn auch: Köndgen, NJW 00, 474

<sup>243</sup> BGH, NJW 98, 3200

in den Erfüllungsvorgang wird der Gefahrenbereich erweitert. Der Darlehensgeber hat zumindest bei einem Übermittlungsvorgang die Leistungsgefahr zu tragen, da er auch bei Einschaltung eines Dritten in den Erfüllungsvorgang nicht gänzlich von der Leistungsgefahr freigestellt werden kann. Folglich ist lediglich die Fallkonstellation klärungsbedürftig, dass das Darlehen auf dem Weg vom Dritten zum Darlehensnehmer abhanden kommt. Entscheidend ist, in wessen Interesse der Dritte in den Erfüllungsvorgang eingeschaltet wird. Dabei ist grundlegend festzuhalten, dass derjenige, der die Erweiterung des Gefahrenbereichs veranlasst hat, die damit korrespondierende Verantwortung zu tragen hat. Soweit daher der Dritte im Interesse des Darlehensgebers tätig wird, hat er die Leistungsgefahr zu tragen. Ob in diesem Fall auch keine wirksame Valutierung vorliegt, weil dann von einer freien Verfügbarkeit des Darlehens durch den Darlehensnehmer nicht gesprochen werden kann, bleibt abzuwarten. Ist umgekehrt der Dritte auf Veranlassung des Darlehensnehmers in den Erfüllungsvorgang einbezogen, ist der Darlehensgeber nicht mehr verantwortlich, wenn er mit der Leistung der Valuta an den Dritten dem Verlangen des Darlehensnehmers entsprochen hat.<sup>244</sup> Dies steht nicht im Widerspruch zu § 270 Abs. 1 BGB, da es sich um eine Auslegungshilfe handelt, indessen ein Zweifelsfall bei der geschilderten Sachlage nicht besteht.

Die Verantwortlichkeit des Darlehensnehmers wegen der Leistungsgefahr ist - gerade bei der Einbeziehung Dritter - mit der Frage verbunden, ob eine wirksame Erfüllung vorliegt. Bei einer wirksamen Erfüllung hat der Darlehensgeber alles Erforderliche getan. Er hat keinen Einfluss auf die weitere Verwendung des Darlehens, weshalb die Leistungsgefahr mit Erfüllung endet. Wann konkret die Erfüllung in einem Drei-Personen-Verhältnis eintritt, bleibt den weiteren Ausführungen vorbehalten.

Schließlich ist bei einem unwirksamen Darlehensvertrag wegen der dann fehlenden Leistungsverpflichtung des Darlehensgebers eine Darlehensvalutierung i.S.v. § 488 Abs. 1 S. 1 BGB unmöglich. Entsprechend den schuldrechtlichen Regelungen ist hier der erfolgte Leistungsaustausch nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln, wobei nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB der Darlehensnehmer zur Rückzahlung des erhaltenen Nettokreditbetrages verpflichtet ist.<sup>245</sup> Sonstige Leistungsstörungen im Darlehensrecht haben keinen erkennbaren Bezug zur Darlehensverschaffung. Sie können diese nicht beeinflussen, weshalb es nicht zielführend ist hierauf näher einzugehen.

---

<sup>244</sup> in diesem Sinn auch: Heermann, § 3 V. 3. c) Rn. 57; der auf die Endgültigkeit der Vermögensbewegung abstellt und: König, S. 138 f., der hier speziell die Einbeziehung des Notars als Dritten betrachtet.

<sup>245</sup> vgl. statt vieler: MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 124 f mwN

## V. Zusammenfassung

Aufgrund des Inkrafttretens des SMG wurde das Darlehensrecht neu in §§ 488 ff BGB geregelt. Der Gesetzgeber hat sich für die Konsensualvertragstheorie entschieden. Zudem wurde das gesetzliche Leitbild der Darlehensauszahlung an ein modernes Wirtschaftsleben angepasst. Die vorherigen Untersuchungen haben zugleich gezeigt, dass sich dieses Verständnis bereits zuvor durchgesetzt hatte. Es erfolgte daher mit der vorgenommenen Änderung nur eine Anpassung an die entwickelte Auffassung. Sie ist nun in §§ 488 ff BGB kodifiziert. Ferner hat sich herauskristallisiert, dass die gesetzlichen Regelungen von einem einheitlichen Begriff der Darlehensauszahlung ausgehen. Schließlich wurde dargelegt, dass es im Bereich der Darlehensauszahlung keine europarechtlichen Vorgaben vorhanden sind.

Insbesondere nach neuem Schuldrecht ist beim Darlehen nach §§ 488 ff BGB im Hinblick auf eine wirksame Darlehensvalutierung ein vermögensorientierter Ansatz zu wählen. Für die Darlehensvalutierung bedeutet dies, dass keine Übertragung des Darlehens im Wege einer verkörperten Eigentumsübertragung von Geld erforderlich ist. Es ist auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen, die dazu führt, dass es für eine wirksame Darlehensauszahlung ausreichend ist, wenn dem Darlehensnehmer vom Darlehensgeber das Darlehen endgültig zur freien Verfügung gestellt wird. Er muss in die Lage versetzt werden frei von der Einflussnahme des Darlehensgebers Eigentümerähnlich über die weitere Verwendung des Darlehens bestimmen zu können.

Diese Betrachtungsweise ist dem Gesetz nicht fremd, was auch ein ergänzender Blick auf den Gewahrsamsbruch i.S.v. § 242 StGB belegt. Mithin genügt eine wertmäßige Verschaffung des Darlehens, bei welcher der Darlehensgeber keinen maßgeblichen Einfluss auf die Verwendung der Valuta mehr hat und stattdessen der Darlehensnehmer frei über die Valuta verfügen kann. Erst wenn in dieser Art und Weise eine vom Darlehensgeber veranlasste Vermögensverschiebung endgültig eingetreten ist, hat der Darlehensgeber alles Erforderliche i.S.v. § 362 BGB getan.

Soweit bei der Vermögensbewegung das Geld untergeht oder sonst abhanden kommt, trägt der Darlehensgeber die Gefahr des zufälligen Untergangs. Es entspricht seinem Pflichteninhalt, dass er dafür einzustehen hat, dass der Darlehensnehmer das Darlehen zu seiner freien Verfügung erhält. Hat er seine Pflicht erfüllt, so ist er für die weitere Verwendung der Valuta nicht verantwortlich.

Als Erfüllungsvoraussetzungen ist bei der Darlehensvalutierung festzuhalten, dass die Valutierungspflicht des Darlehensgebers gemäß § 488 Abs. 1 S. 1 BGB nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung mit Leistung an den empfangszuständigen Gläubiger oder einen empfangszuständigen Dritten nach § 362 BGB erlischt. Voraussetzung hierfür ist, dass die Leistung des Darlehensgebers mit dem Pflichteninhalt des

Schuldverhältnisses aufgrund der vertraglichen Vereinbarung identisch ist. Unter Einhaltung dieser Voraussetzungen kann grundsätzlich eine mittelbare Darlehensvalutierung an einen Dritten nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB wirksam vorgenommen werden, wobei der Gefahrenbereich des Darlehensgebers erst endet, wenn er dem Darlehensnehmer das Darlehen zur Verfügung gestellt hat. Es bleibt indessen abzuwarten, wann eine wirksame Erfüllung bei der Auszahlung an Dritte vorliegt.

## **B. Die Einbeziehung eines Dritten in den Erfüllungsvorgang**

In der Praxis beschränkt sich die Leistungserfüllung nicht alleine auf die Vertragsparteien. Häufig sind Dritte in den Erfüllungsvorgang involviert. Für die mittelbare Darlehensvalutierung ist dies charakteristisch: Der Dritte erhält das Darlehen direkt vom Darlehensgeber, so dass eine Leistung an einen Dritten vorliegt. Vorrangig ist somit die dogmatische Frage zu klären, nach welchen Grundsätzen der Darlehensgeber seine Valutierungspflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB i.S.v. §§ 362 ff BGB erfüllen kann.

### **I. Die Rechtsposition des Dritten**

Ein Dritter kann in vielfältiger Weise am Erfüllungsvorgang beteiligt werden. Die Besonderheit liegt bei der mittelbaren Darlehenshingabe darin, dass nicht der Darlehensnehmer - vermittelt durch einen Dritten - das Darlehen empfängt, sondern dass dem Dritten das Darlehen zur Verfügung gestellt wird: Es wird in das Vermögen des Dritten geleistet. Der Dritte ist weder Hilfsperson noch Gläubiger, so dass im Verhältnis der Vertragsparteien nur nach § 362 Abs. 2 BGB erfüllt werden kann. Voraussetzung ist, dass dem Dritten vom Gläubiger die Empfangsermächtigung, die Empfangszuständigkeit, nach den Grundsätzen der Verfügungsmacht gemäß §§ 182 ff BGB erteilt wird.<sup>246</sup> Ausreichend ist insoweit, dass der Dritte vom Gläubiger schlicht zur Entgegennahme des Darlehens ermächtigt wird. Ob dem Dritten weitere Rechte eingeräumt werden, ist für die wirksame Valutierung unbeachtlich.

Der Dritte kann aber auch auf Seiten des Darlehensgebers oder des -nehmers, z.B. als Vertreter, Bote oder schlichter Gehilfe<sup>247</sup> tätig werden. Kennzeichnend ist hierbei, dass er nicht eigenverantwortlich, sondern ausschließlich im fremden Namen handelt. Sein Handeln wird stets seinem Prinzipal zugerechnet, weil er in dessen Pflichtenkreis agiert. Empfängt etwa der Dritte im Rechtskreis des Darlehensnehmers die Valuta, kann eine Erfüllung nicht in der Person des Dritten, sondern nur in Person des Darlehensnehmers nach § 362 Abs. 1 BGB eintreten.<sup>248</sup> Der Dritte ist damit Hilfsperson. Eine mittelbare Darlehensvalutierung ist dann nicht gegeben, weshalb diese Möglichkeit der Beteiligung eines Dritten am Erfüllungsvorgang auszuschließen ist.

Ferner kann der Dritte nicht selbst Gläubiger sein, da er dann das Darlehen nicht als Dritter, sondern als Vertragspartner des Darlehensgebers empfängt. Daher ist der berechtigende oder echte Vertrag zugunsten Dritter aufgrund des Forderungsrechts des Dritten nach § 328 Abs. 1 BGB kein Anwendungsfall von §§ 362, 185 BGB.<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> s.o.: 1. Teil A. III. 2.

<sup>247</sup> vgl. hierzu näher: Gernhuber<sup>2</sup>, § 23 1. und 6.

<sup>248</sup> MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 16; Erman / Westermann<sup>11</sup>, vor § 328 Rn. 2; Raab, § 2 IV. 2. b), FN 36; Tappitz, JuS 92, 449; Muscheler / Bloch, JuS 00, 739; aA: Hassold, § 10 II.; MK / Gottwald<sup>5</sup>, § 328 Rn. 14

<sup>249</sup> Staudinger / Jagmann (2004), vor §§ 328 ff Rn. 36; Raab, § 5 II. 3. a)

## II. Die Erteilung der Empfangszuständigkeit

Soll die Leistung an den Dritten, wie bei der mittelbaren Darlehensvalutierung, Erfüllungswirkung entfalten, bedarf es der Empfangsermächtigung des Dritten. Weil mit Erfüllung das Forderungsrecht des Darlehensnehmers auf die Valuta untergeht, kann nur der Darlehensnehmer dem Dritten die Empfangszuständigkeit erteilen.

### 1. Die Ermächtigungsmöglichkeiten

Es bestehen zwei Möglichkeiten die Empfangszuständigkeit zu erteilen. Die Ermächtigung kann dem Dritten oder dem Schuldner gegenüber erklärt werden, § 182 BGB analog.<sup>250</sup> Im ersten Fall ist dies unproblematisch. Sie liegt bei der mittelbaren Darlehensvalutierung aber regelmäßig nicht vor, denn ein Darlehensgeber wird nicht ohne die Empfangszuständigkeit zu kennen oder ohne sich zumindest deren Bestehen zu vergewissern an den Dritten leisten. Typisch und daher Gegenstand der Untersuchung ist, dass die Empfangszuständigkeit ohne Beteiligung des Dritten alleine aufgrund des Verhaltens zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer erteilt wird.

### 2. Die Einordnung in die Erfüllungssystematik nach §§ 362 ff BGB

Konkret wird bei der Erteilung der Empfangszuständigkeit gegenüber dem Schuldner diesem gestattet mit befreiender Wirkung in das Vermögen des Dritten zu leisten, weshalb von einer Ermächtigung zur Leistung an den Dritten gesprochen wird.<sup>251</sup> Der Dritte wird mittelbar vom Darlehensnehmer zur Entgegennahme des Darlehens berechtigt. Fraglich ist, ob diese Art der Ermächtigung von § 362 Abs. 2 BGB erfasst wird.

Nach einer Ansicht wird dieser Fall nicht von § 362 Abs. 2 BGB geregelt. Sie bedient sich des Rechtsinstituts der *solutionis causa adiectus*. Die Erteilung der Empfangszuständigkeit beruht danach auf der Vertragsfreiheit, weil primär dem Darlehensgeber eine weitere Möglichkeit der Erfüllung eröffnet wird. Der Dritte wird dagegen nur reflexartig betroffen, so dass diese Art der Ermächtigung nicht von § 362 Abs. 2 BGB erfasst sein soll.<sup>252</sup> Gleichwohl wird der Dritte zur Entgegennahme berechtigt, weshalb eine Erfüllungswirkung gleichfalls eintreten kann.<sup>253</sup>

Eine andere Ansicht sieht hier die Möglichkeit einer direkten Anwendung von § 362 Abs. 2 i.V.m. §§ 185, 182 ff BGB für gegeben.<sup>254</sup> Da beide Ansichten zum gleichen

---

<sup>250</sup> statt vieler: BGH, BGHZ 87, 156, 163; Bälz, FS Gernhuber, S. 56, Müller-Laube, S. 108 ff

<sup>251</sup> Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 II. 2., vgl. auch hierzu: König, S. 134 f

<sup>252</sup> Staudinger / Kaduk<sup>12</sup>, § 362 Rn. 76 f und vor §§ 328 Rn. 56; Taupitz, JuS 92, 451; vgl. auch: Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>, § 61 II

<sup>253</sup> ebenda

<sup>254</sup> BGH, BGHZ 87, 156, 163; WM 97, 1658, 1659; MK / Gottwald<sup>5</sup>, § 328 Rn. 14; Staudinger / Jagmann (2004), vor §§ 328 ff Rn. 36; Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 41, 45; Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 23 II. 2 a) Rn. 226; Bülow, JuS 91, 533; Muscheler / Bloch, JuS 00, 739; ausführlich: Raab, § 3 I. 2 a), § 4 III. 1. e) sowie § 5 II. 2. a) cc)

Ergebnis führen, erübrigt sich eine ausführliche Stellungnahme. Der marginale Unterschied beider Ansichten zeigt sich darin, dass die erstgenannte Meinung auch als historisches Vermächtnis bezeichnet wird.<sup>255</sup> Die letztgenannte Ansicht ist meines Erachtens vorzugswürdig, weil sich diese Lösung auf die gesetzlichen Normen von §§ 182 ff BGB i.V.m. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB zurückführen lässt. Wie dargelegt<sup>256</sup> hat die Verweisung in § 362 Abs. 2 BGB den Sinn, dass die Erteilung der Empfangszuständigkeit denselben Grundsätzen wie die Erteilung der Verfügungsmacht folgt. Gemäß § 182 Abs. 1 BGB kann daher die Erteilung der Empfangszuständigkeit dem Darlehensnehmer gegenüber erklärt werden.<sup>257</sup> Es ist somit nicht ersichtlich, weshalb die Leistung an den Dritten bei Vorliegen einer Ermächtigung gegenüber dem Darlehensgeber nicht in den Anwendungsbereich von §§ 362 Abs. 2, 185 BGB fallen soll.<sup>258</sup> Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit der Ermächtigung durch die Verweisung ausdrücklich vorgesehen. Gerade für den Fall einer mittelbaren Darlehensgewährung nimmt der Gesetzgeber selbst eine Erfüllung nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB an.<sup>259</sup>

### 3. Die Rechtsnatur der Ermächtigung

Nachdem die Erteilung der Empfangszuständigkeit rechtsdogmatisch in das Erfüllungsrecht eingeordnet wurde, stellt sich, um die Rechtswirkungen vollständig fassen zu können, die Frage nach der Rechtsnatur des Erteilungsakts.

#### a) Der Erteilungsakt

Weil die Ermächtigung das Forderungsrecht des Darlehensnehmers berührt, muss notwendigerweise der Darlehensnehmer - vergleichbar zur Bevollmächtigung - die Ermächtigung gemäß §§ 362, 185 BGB i.V.m. § 182 BGB durch einen rechtsgeschäftlichen Erteilungsakt vornehmen.<sup>260</sup> Die Ermächtigung ist in Analogie zu § 182 BGB durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung zu erteilen, wobei die Erteilung an keine Form gebunden ist und auch konkludent erklärt werden kann.<sup>261</sup> In jedem Fall muss in der Erklärung oder im schlüssigen Verhalten des Darlehensnehmers aus Sicht des Darlehensgebers als Empfänger der Willenserklärung gemäß

---

<sup>255</sup> in diesem Sinn auch: Gernhuber<sup>2</sup>, § 23 3. c); Raab, § 3 II. 2 a); Bayer, Kap. 2.1, FN 3

<sup>256</sup> s.o.: 1. Teil A. III. 2.

<sup>257</sup> Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 23 II. 2 a) Rn. 226; Bülow, JuS 91, 533; Taupitz, JuS 92, 453; Muscheler / Bloch, JuS 00, 739; Raab, § 5 II. 2. a) cc); so auch für die strukturell vergleichbare Erteilung einer Einziehungsermächtigung: Gernhuber<sup>2</sup>, § 24 I. 7.

<sup>258</sup> in diesem Sinn auch: Raab, § 4 III. 1. e)

<sup>259</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 22 (zu § 7 VerbrKrG). Aufgrund der einheitlichen Begriffsverwendung (s.o., 1. Teil A. III. 4.) kann diese Aussage pauschaliert werden. In diesem Sinn auch: BGH, BGHZ 87, 156, 163; Staudinger / Jagmann (2004), vor §§ 328 ff Rn. 36; Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 41 und 45

<sup>260</sup> Bülow, JuS 91, 533; Muscheler / Bloch, JuS 00, 739

<sup>261</sup> statt vieler: BGH, BGHZ 109, 171 und 175 ff; Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 41 sowie Gernhuber<sup>2</sup>, § 24 I. 7., dessen Ausführungen sich auf die Erteilung der Einziehungsermächtigung beziehen. aA: Müller-Laube, S. 91 ff, ohne im Ergebnis zu abweichenden Feststellungen zu gelangen; vgl. S. 115 f

§§ 133, 157 BGB erkennbar zum Ausdruck kommen, dass er mit einer Leistung an einen benannten Dritten einverstanden ist. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber den Dritten namhaft macht oder wenn eine Vertragsklausel die Auszahlung an einen Dritten vorsieht. Aber auch die Kenntnis und widerspruchslose Hinnahme einer erfolgten mittelbaren Darlehensvalutierung ist als Ermächtigung zu subsumieren.<sup>262</sup>

Der Ermächtigungsakt verleiht - gleich ob er dem Dritten oder wie vorliegend dem Darlehensgeber gegenüber erfolgt ist - dem Dritten die Rechtsmacht, die geschuldete Leistung, also die Valuta, mit befreiender Wirkung für den Darlehensnehmer anzunehmen.<sup>263</sup> Sie betrifft wie die Verfügungsmacht gleichfalls das rechtliche Können.<sup>264</sup> Mithin regelt sie das Außenverhältnis, besagt aber nichts über das rechtliche Dürfen im Sinne einer Ausnutzung der Empfangszuständigkeit. Sie ist daher wie die Verfügungsmacht gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB ein abstraktes Rechtsgeschäft. Folglich ist die Erteilung losgelöst vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zu betrachten.

#### **b) Abgrenzungsfragen**

Davon ausgehend, dass die Erteilung der Empfangszuständigkeit das Außenverhältnis regelt und dass hierdurch die Erfüllungsmöglichkeiten des Darlehensgebers erweitert werden, weil er neben der Leistung an den Gläubiger, also den Darlehensnehmer, zusätzlich in die Lage versetzt ist mit befreiender Wirkung an den ermächtigten Dritten zu leisten, ist die Ermächtigung des Dritten nicht als Erteilung einer „exklusiven Empfangszuständigkeit“ zu verstehen.<sup>265</sup> Der Darlehensgeber ist durch die Ermächtigung mangels Vereinbarung zu keiner Leistung an den Dritten verpflichtet.

##### *aa) Die Erteilung als Weisung im weiteren Sinne des Auftragsrechts?*

Die Erteilung einer Empfangsermächtigung ist somit von einer Weisung im Sinne des Auftragsrechts gemäß §§ 662 ff BGB zu sondern. Die an den Darlehensgeber gerichtete Aufforderung zur mittelbaren Darlehensauszahlung kann als Antrag zum Abschluss eines Auftragsverhältnisses gedeutet werden, da damit noch keine Verpflichtung des Darlehensgebers zur Leistung an den Dritten geschaffen wird. Weil das Gesetz in § 662 BGB auch das Vertragsangebot als Auftrag bezeichnet, wird zum Teil der Begriff der Weisung synonym verwendet.<sup>266</sup> Unter Hinweis auf die Normierung in § 665 BGB ist gleichwohl eine weitere Differenzierung erforderlich. Die Weisung i.S.v. § 665 BGB konkretisiert die Handlungspflicht des Beauftragten bei bestehendem

---

<sup>262</sup> BGH, BGHZ, 109, 171, 175 ff

<sup>263</sup> statt vieler: MK / Schramm<sup>5</sup>, § 185 Rn. 40

<sup>264</sup> s.o.: 1. Teil A. III. 2.

<sup>265</sup> vgl. auch: Raab, § 3 II. 2. a); zum Begriff der exklusiven Empfangszuständigkeit: Gernhuber<sup>2</sup>, § 23 3. b)

<sup>266</sup> Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 56 I.

Auftragsverhältnis. Der Beauftragte ist zudem an die erteilte Weisung gebunden.<sup>267</sup> Es erscheint mir daher sachgerecht von einer Weisung im weiteren Sinn zu reden.

Die Weisung im weiteren Sinn unterscheidet sich von der Erteilung der Empfangszuständigkeit dadurch, dass sie auf eine Verpflichtung des Auftragsnehmers ausgerichtet ist. Das Auftragsverhältnis kann das der Ermächtigung oder der Anweisung zugrunde liegende Schuldverhältnis bilden und mit der Erteilung der Empfangszuständigkeit einhergehen.<sup>268</sup> Mithin regelt der Auftrag das Innenverhältnis, wie von der erteilten Ermächtigung Gebrauch gemacht werden darf. Mit der Erteilung der Empfangszuständigkeit wird eine Weisung im weiteren Sinn indessen nicht automatisch begründet.<sup>269</sup>

*bb) Die Erteilung als ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter?*

Die Erteilung der Ermächtigung ist von einem ermächtigenden oder unechten Vertrag zugunsten Dritter abzugrenzen. Der ermächtigende Vertrag zugunsten Dritter ist aus der gesetzlichen Normierung des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter gemäß §§ 328 ff BGB abzuleiten. Mithin sind dort die grundlegenden Gemeinsamkeiten, aber auch Unterscheidungsmerkmale zu suchen. Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter gemäß §§ 328 ff BGB räumt dem Dritten nach § 328 Abs. 1 BGB ein eigenes Forderungsrecht ein. Die Leistungspflicht an den Dritten wird verbindlicher Leistungsinhalt. Der ermächtigende Vertrag zugunsten Dritter unterscheidet sich vom berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter darin, dass dem Dritten kein eigenes Forderungsrecht gemäß § 328 Abs. 1 BGB eingeräumt wird. Die Leistungspflicht an den Dritten wird aber gleichfalls verbindlich geregelt, allerdings mit dem Unterschied, dass beim ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter der Darlehensnehmer in seiner Eigenschaft als Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten fordern kann.<sup>270</sup> Deshalb ist es auch für den ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter charakteristisch, dass die Leistung an einen Dritten verbindlich eingefordert werden kann.<sup>271</sup> Primär ist damit der berechtigende als auch der ermächtigende Vertrag zugunsten Dritter auf eine Verpflichtung und nicht auf die Erteilung einer Rechtsmacht angelegt. Damit überhaupt der Darlehensgeber beim ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter die vertraglich vereinbarte Drittleistungspflicht erfüllen kann, bedarf es zugleich der Ermächtigung des Dritten zur Entgegennahme der Leistung nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB. Die

---

<sup>267</sup> MK / Seiler<sup>4</sup>, § 665 Rn. 9 f mwN; Staudinger / Martinek (2006), § 665 Rn. 1 f; Palandt / Sprau<sup>67</sup>, vor § 662 Rn. 2 und § 665 Rn. 3

<sup>268</sup> Staudinger / Marburger (2002), § 783 Rn. 21 f und 32; Hassold, S. 22 f; zum vergleichbaren Verhältnis von Auftrag und Bevollmächtigung, statt vieler: Staudinger / Martinek (2006), vor §§ 662 ff Rn. 34

<sup>269</sup> ebenda

<sup>270</sup> MK / Gottwald<sup>5</sup>, § 328 Rn. 9 und Rn. 14; Staudinger / Jagmann (2004), vor §§ 328 ff Rn. 3; Erman / Westermann<sup>11</sup>, vor § 328 Rn. 2; Raab, § 3 II. 2. a) und b); Krauskopf, Rn. 12 und 93; Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 17 I. a)

<sup>271</sup> Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 66 IV. Rn. 771; Bayer, Kap. 2.1; König, S. 106 f; Krauskopf, Rn. 593 ff

Willenserklärung des Versprechensempfängers muss, um zu einer dogmatisch tragfähigen Erfüllung i.S.v. §§ 362 ff BGB gelangen zu können, stets die Erteilung der Empfangszuständigkeit gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB mitenthalten.<sup>272</sup>

Beide Rechtsinstitute, die Erteilung der Empfangszuständigkeit und der ermächtigende Vertrag zugunsten Dritter, unterscheiden sich zudem grundlegend durch die Art der Erteilung. Wie dargelegt, genügt bei der Erteilung der Empfangszuständigkeit i.S.v. §§ 362, 185 BGB ein einseitiges Rechtsgeschäft des Darlehensnehmers. Eine Mitwirkung des Darlehensgebers oder des Dritten ist nicht erforderlich, weil ihre Rechtsposition nicht beschränkt wird, sondern durch die Schaffung einer weiteren Erfüllungsmöglichkeit erweitert wird. Beim ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter ist dagegen eine vertragliche Einigung zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber notwendig. Es handelt sich deshalb um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft.

Wenn in der Literatur die Erteilung der Empfangszuständigkeit als ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter eingeordnet wird,<sup>273</sup> so geht diese Ansicht von einem abweichenden Verständnis aus. Als Wesensmerkmal des ermächtigenden Vertrags zugunsten Dritter wird hier die zusätzliche Möglichkeit des Schuldners, also des Darlehensgebers, zur Leistung an den Dritten und damit die Ermächtigung des Dritten zur schuldbefreienden Entgegennahme genannt.<sup>274</sup> Dem ist nach dem hier dargelegten Verständnis vom ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter nicht zu folgen. Einerseits muss die zusätzliche Erfüllungsmöglichkeit nicht durch eine vertragliche Einigung geschaffen werden. Andererseits ist die Rechtsposition des Schuldners, also die des Darlehensgebers, nicht erweitert, sondern beeinträchtigt, weil er beim ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter gerade zur Leistung an den Dritten verpflichtet ist.<sup>275</sup>

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der berechtigende und der ermächtigende Vertrag zugunsten Dritten nach der hier vertretenen Auffassung die Erfüllungsmöglichkeiten des Schuldners verengen. Für eine wirksame, mittelbare Darlehensvalutierung ist nicht erforderlich, dass ein Vertrag zugunsten Dritter zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer vorliegen muss. Umgekehrt gilt aber, dass ein ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter stets eine Empfangsermächtigung des Dritten mitenthält.

---

<sup>272</sup> MK / Gottwald<sup>5</sup>, § 328 Rn. 14; Bayer, Kap. 2.1; Raab, § 3 II. 2. b) und § 5 II. 3. b)

<sup>273</sup> Gernhuber<sup>2</sup>, § 23 3. c)

<sup>274</sup> ebenda

<sup>275</sup> Bayer, Kap. 2.1

*cc) Die Erteilung als Anweisung im weiteren Sinne?*

Wenn mit der Erteilung der Empfangsermächtigung dem Darlehensgeber nur eine weitere Erfüllungsmöglichkeit eröffnet wird, nämlich die befreiende Leistungsmöglichkeit an den Dritte, ist der Erteilungsakt mit der Anweisung eines Gläubigers an seinen Schuldner, der sogenannten Anweisung im weiteren Sinne,<sup>276</sup> vergleichbar.

Soweit das Anweisungsrecht in §§ 783 ff BGB geregelt ist, geht das Gesetz von einem Drei-Personen-Verhältnis aus, bei dem der Dritte als Anweisungsempfänger unmittelbar vom Anweisenden durch die Aushändigung einer Urkunde nach § 783 BGB zur Erhebung der Leistung ermächtigt wird. Charakteristisch für eine Anweisung gemäß §§ 783 ff BGB ist die abstrakte doppelte Ermächtigung sowie das Vorliegen einer Simultanleistung.<sup>277</sup> Bei der Anweisung i.S.v. §§ 783 ff BGB wird der Dritte als Anweisungsempfänger ermächtigt die Leistung beim Gläubiger als Angewiesenen in eigenem Namen zu erheben. Zugleich wird der Darlehensgeber ermächtigt, an den Dritten für Rechnung des Darlehensnehmers als Anweisendem zu leisten. Letztere Ermächtigung vom Darlehensnehmer in Richtung des Darlehensgebers ist als eine Ermächtigung zur Leistung an den Dritten und somit als eine dem Darlehensnehmer gegenüber erklärte Erteilung der Empfangszuständigkeit des Dritten gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB zu bewerten.<sup>278</sup> Auch ist bei der Einbeziehung Dritter in den Erfüllungsvorgang eine Simultanleistung gegeben, weil im Vollzugsverhältnis nur eine Geldbewegung stattfindet und gleichzeitig Leistungen sowohl im Deckungsverhältnis, die Valutierung nach § 488 Abs. 1 S. 1 BGB, als auch im Valutaverhältnis erbracht werden. Dabei kann hier dahin gestellt sein, welche Rechtsverpflichtung der Leistung im Valutaverhältnis zugrundeliegen, sei es ein Kauf- oder Schenkungsvertrag, ein Auftragsverhältnis oder eine sonstige schuldrechtliche Verpflichtung.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Anweisungsrecht nicht abschließend geregelt. Die §§ 783 ff BGB werden auf Weisungen im weiteren Sinn angewandt, sofern nicht besondere Vorschriften, wie etwa § 784 BGB, eine schriftliche Fixierung erfordern.<sup>279</sup> Erfolgt die Anweisung ausschließlich gegenüber dem Angewiesenen ohne Beteiligung des Dritten als Anweisungsempfänger, auch unmittelbare Anweisung,<sup>280</sup> so ist diese Anweisung im weiteren Sinn mit Erteilung der Empfangszuständigkeit in der hier betrachteten Fallgestaltung bereits nach der Art der zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte vergleichbar. Im Unterschied zur Anweisung nach §§ 783 ff BGB fehlt es hier

---

<sup>276</sup> vgl. etwa: Heermann, § 10 I. 2. Rn. 4; Staudinger / Marburger (2002), § 783 Rn. 33 ff; Krauskopf, Rn. 93

<sup>277</sup> statt vieler: BGH, BGHZ 147, 269, 273 mwN; Erman / Heckelmann<sup>11</sup>, vor § 783 Rn. 2 ff

<sup>278</sup> s.o.: 1. Teil B. II. 2.; in diesem Sinn auch: Staudinger / Marburger (2002), § 783 Rn. 20; Larenz / Canaris, SR BT<sup>13</sup>, § 62 I 2. b); Raab, § 5 II. 2. a) cc); Hassold, S. 21; Gernhuber<sup>2</sup>, § 23 4., der den Begriff einer „schlichten Empfangszuständigkeit“ verwendet.

<sup>279</sup> Mugdan, II., Motive, S. 312; BGH, BGHZ 3, 238, 240; 6, 378, 383; MK / Hüffer<sup>4</sup>, § 783 Rn. 7 f und 19; Raab, § 2 III. 2.

<sup>280</sup> BGH, BGHZ 3, 238 ff

an der Ermächtigung des Dritten die Leistung in eigenem Namen zu fordern. Mithin liegt in beiden Fällen ein abstraktes, einseitiges Rechtsgeschäft vom Gläubiger an seinen Schuldner vor,<sup>281</sup> der diesen zur Leistung an den Dritten berechtigt, aber nicht verpflichtet.<sup>282</sup> Dies kommt in der Regelung zur Anweisung auf Schuld in § 787 Abs. 2 BGB zum Ausdruck.<sup>283</sup> Da bei der mittelbaren Darlehensvalutierung der Darlehensgeber seine Verpflichtung gegenüber dem Darlehensnehmer aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllen möchte, liegt im vorliegenden Fall stets eine Leistung auf eine Schuld vor. Sofern man die Erteilung mit der Anweisung im weiteren Sinn vergleicht, ist daher der grundsätzliche Anwendungsbereich von § 787 Abs. 2 BGB gegeben: Es wird dem Dritten durch die unmittelbare Anweisung des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber die Empfangszuständigkeit i.S.v. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB erteilt.<sup>284</sup> Wenn der angewiesene Darlehensgeber der Anweisung des Darlehensnehmers folgt, erfüllt er seine ihm gegenüber bestehende Pflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB durch die Leistung an den empfangszuständigen Dritten gemäß § 362 Abs. 2, 185 BGB.<sup>285</sup>

#### *dd) Ergebnis*

Die Erteilung der Empfangszuständigkeit ist im Hinblick auf die mittelbare Darlehensvalutierung mit einer unmittelbaren Anweisung im weiteren Sinn gleichzusetzen. Nur die direkt erteilte Anweisung im weiteren Sinn schafft wie die singuläre Erteilung der Empfangszuständigkeit eine abstrakte Ermächtigung des Dritten zur Entgegennahme des Darlehens gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB, ohne dass es der Beteiligung des Darlehensgebers oder des Dritten bedarf. Der Darlehensgeber wird nicht zu einer Leistung an den Dritten verpflichtet. Vielmehr wird ihm wie bei der Empfangszuständigkeit eine weitere Erfüllungsmöglichkeit offeriert. Da bei der mittelbaren Darlehensvalutierung ein dem Anweisungsrecht gleichgelagertes Drei-Personen-Verhältnis zugrunde liegt, kann begrifflich von einer Anweisung im weiteren Sinn gesprochen werden. Nachfolgend werden die Begriffe daher synonym verwendet.

---

<sup>281</sup> zur Anweisung: BGH, BGHZ 147, 269, 275 f; MK / Gottwald<sup>5</sup>, § 328 Rn. 15; Hassold, S. 21 f

<sup>282</sup> Mugdan, II., Motive, S. 311; Erman / Heckelmann<sup>11</sup>, vor § 783 Rn. 3, § 783 Rn. 2; MK / Gottwald<sup>5</sup>, § 328 Rn. 15; MK / Hüffer<sup>4</sup>, § 783 Rn. 19; Staudinger / Jagmann (2004), vor §§ 328 ff Rn. 33; Staudinger / Marburger (2002), § 783 Rn. 34 f; Raab, § 2 III. 3. b) und § 2 V. 2.

<sup>283</sup> in diesem Sinn auch: Bayer, Kap. 2.1; Raab, § 2 V. 2.

<sup>284</sup> Staudinger / Marburger (2002), § 783 Rn. 20; Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 42; Larenz / Canaris, SR BT<sup>13</sup>, § 62 I 2. b); Raab, § 5 II. 2. a) cc); Hassold, S. 21; Gemhuber<sup>2</sup>, § 23 4., der den Begriff einer „schlichten Empfangszuständigkeit“ verwendet; aA: Staudinger / Hopt - Mühlert<sup>12</sup>, § 607 Rn. 343, die von einer Leistung an den Dritten nach § 362 Abs. 1 BGB ausgehen.

<sup>285</sup> Raab, § 3 II. 2. b); so wohl auch Larenz, SR AT<sup>14</sup>, § 18 II. 2., der im Falle der Anweisung auf Schuld im weiteren Sinne eine Ermächtigung zur Leistung an einen Dritten sieht, was nach der hier vertretenen Ansicht gleichfalls als Erteilung der Empfangszuständigkeit gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB zu werten ist (s.o. 1. Teil B. II. 2.). In diesem Sinn auch: Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>, § 17 IV.

Die wesentlichen Rechtsbeziehungen lassen sich wie folgt veranschaulichen:

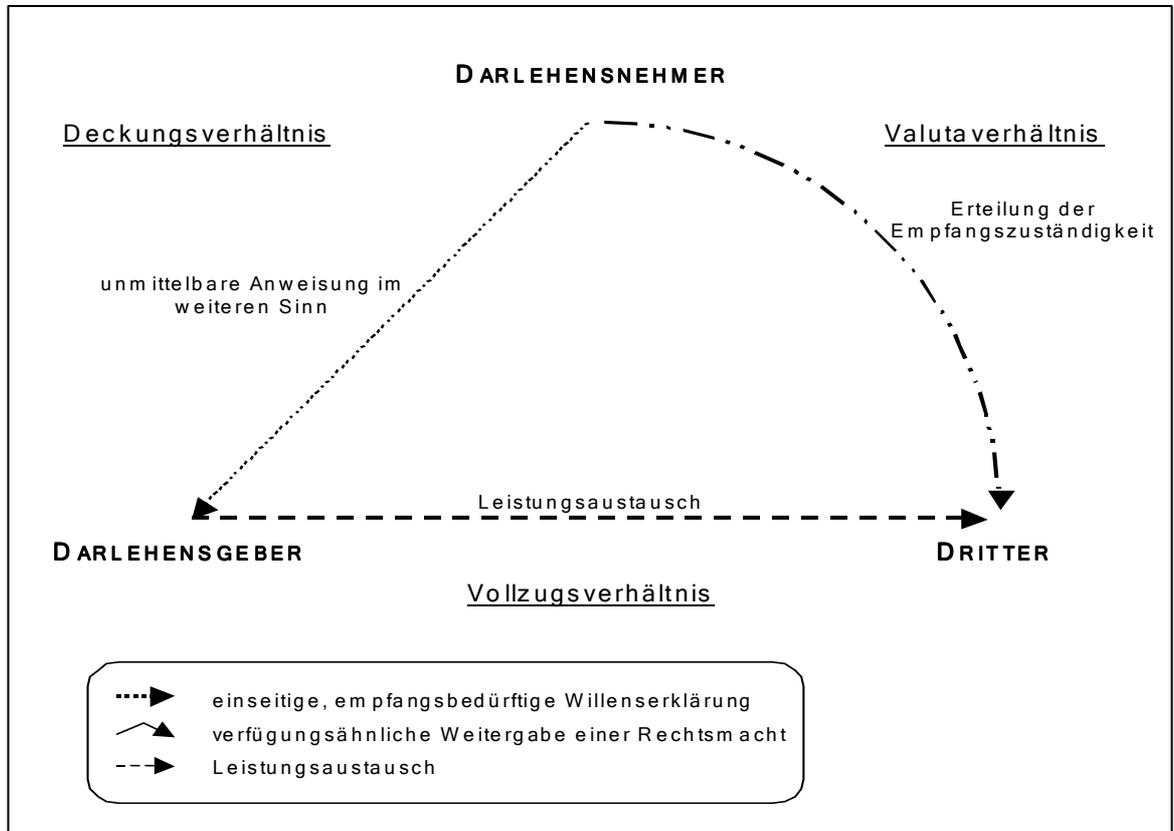


Abbildung 2: Die unmittelbare Anweisung im weiteren Sinn

#### 4. Der Zeitpunkt und die Bindungswirkung der Ermächtigung

In analoger Anwendung von §§ 362 Abs. 2, 185 BGB kann die Empfangszuständigkeit jeder Zeit erteilt werden. Entweder fällt sie mit Abschluss des Darlehensvertrags zusammen oder sie wird durch eine nachträgliche Erklärung des Darlehensnehmers unter Benennung des Dritten begründet, da eine Mitwirkungshandlung der übrigen Parteien im Drei-Personen-Verhältnis nicht erforderlich ist. Schließlich kann die Ermächtigung nach erfolgter Valutierung als Genehmigung erteilt werden.<sup>286</sup>

Die Ermächtigung als abstraktes Rechtsgeschäft bindet weder den Darlehensgeber als Erklärungsempfänger noch den Dritten, dessen Rechtsmacht erweitert wird. Eine Bindung und damit die Frage, wann ausnahmsweise eine Verpflichtung zur Leistung an den Dritten gegeben ist, bestimmt sich vielmehr nach den schuldrechtlichen Vereinbarungen der Parteien. Diesem Punkt wird sogleich nachgegangen.

Vorrangig ist aber zu klären, ob der Darlehensnehmer an die erteilte Ermächtigung gebunden ist oder ob er sie frei widerrufen kann. Gegen eine freie Widerruflichkeit

<sup>286</sup> statt vieler: Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 43; Muscheler / Bloch, JuS 00, 739

spricht die Tatsache, dass die Rechtsmacht des Dritten erweitert wird. Eine ältere Ansicht vertritt daher die Meinung, dass diese Rechtsposition dem Dritten nicht mehr einseitig entzogen werden kann. Sie lehnen somit eine freie Widerruflichkeit ab.<sup>287</sup> Diese ist jedoch wegen der Zuordnung der Ermächtigung zum Erfüllungsrecht i.S.v. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB abzulehnen.<sup>288</sup> Die Normen zur Verfügungsmacht, welche heranzuziehen sind, sehen in den Grenzen von § 183 BGB eine freie Widerruflichkeit vor. Deshalb ist der Darlehensnehmer nicht an die Ermächtigung gebunden, wenn das Darlehen noch nicht an den Dritten ausbezahlt ist. Er kann die Ermächtigung vorbehaltlich von Bindungen im Innenverhältnis analog § 183 BGB frei widerrufen.<sup>289</sup> Entsprechendes ergibt sich beim Blick in das Anweisungsrecht, namentlich auf § 790 BGB. Auch hier zeigt sich der Gleichklang von unmittelbarer Anweisung im weiteren Sinn und Empfangsermächtigung.<sup>290</sup>

Zu einer Bindungswirkung des Darlehensgebers und damit zu einer Verpflichtung zur Leistung an den Dritten kann es nur aufgrund der zugrunde liegenden schuldrechtlichen Pflichten von Darlehensnehmer und -geber kommen. Es bedarf stets der Mitwirkung und der Einwilligung des Darlehensgebers, weil eine Verpflichtung zur Leistung an einen Dritten den Darlehensvertrag inhaltlich abändert. Umgekehrt erzeugt die mit der Ermächtigung verbundene Aufforderung an den Darlehensgeber, er möge an den Dritten die Valuta auszahlen,<sup>291</sup> ohne dessen Einverständnis keine Rechtswirkung.

Gleichgültig ob diese Schuldabänderung bei Vertragsschluss oder erst später erfolgt, wird der Darlehensgeber mit seinem Einverständnis zur Leistung an den Dritten verpflichtet.<sup>292</sup> Rechtstechnisch kann dies etwa in Form der Abänderung oder Ausgestaltung des Darlehensvertrages in einen ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter<sup>293</sup> oder durch Begründung eines Auftragsverhältnisses, in dessen Rahmen der Darlehensgeber an die Weisung des Darlehensnehmers nach § 665 BGB gebunden ist,<sup>294</sup> erfolgen. Endlich kann auch eine Annahme der unmittelbaren Anweisung im weiteren Sinne vorliegen, wobei aufgrund der mangelnden schriftlichen Fixierung der Anweisung eine angenommene Anweisung nicht zur Begründung eines abstrakten Schuldversprechens durch den Angewiesenen führt.<sup>295</sup>

---

<sup>287</sup> Staudinger / Kaduk<sup>12</sup>, § 362 Rn. 78; Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>, § 62 II. 2.; Taupitz, JuS 92, 450

<sup>288</sup> s.o.: 1. Teil B. II

<sup>289</sup> Staudinger / Olzen (2006), § 362 Rn. 45; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 17; Müller-Laube, S. 113 f.; so bereits: Siber, SR, § 31 I 1 c) γ); in diesem Sinn, zur strukturell vergleichbaren Einziehungsermächtigung: Gernhuber<sup>2</sup>, § 24 I. 9; Bülow, JuS 91, 533

<sup>290</sup> vgl. auch: Raab, § 3 II. 4.

<sup>291</sup> hierzu: Hassold, S. 22 f

<sup>292</sup> in diesem Sinn auch die Gesamtdarstellung bei: Staudinger / Marburger (2002), § 783 Rn. 32

<sup>293</sup> s.o.: 1. Teil B. II. 3 b) bb)

<sup>294</sup> s.o.: 1. Teil B. II. 3 b) aa)

<sup>295</sup> BGHZ 3, 238, 239 f; Staudinger / Marburger (2002), § 783 Rn. 34 f

### III. Zusammenfassung

Wird ein Dritten in den Erfüllungsvorgang einbezogen, obwohl er am Schuldverhältnis nicht beteiligt ist, so bedarf es, um zu einer wirksamen Erfüllung zu gelangen, der Legitimation des Dritten. Vorrangig ist zunächst seine Rechtsposition zu betrachten, welche er im Rahmen der Abwicklung einnimmt: Der Dritte ist keine Hilfsperson einer Partei, sondern ist ein unabhängig, eigenständig handelnder Nichtgläubiger.

Im Falle der Leistung des Schuldners an den Dritten muss eine Ermächtigung des Dritten durch den eigentlichen Gläubiger gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB vorliegen. Um eine wirksame Erfüllung durch Leistung an den Dritten herbeiführen zu können, ist es aber nicht notwendig, dem Dritten weitergehende Rechte einzuräumen.

Die Empfangszuständigkeit kann dem Dritten oder dem Schuldner gegenüber erklärt werden, wobei letzter Fall hier maßgeblich ist, weil bei der mittelbaren Darlehensvalutierung eine direkte Beteiligung des Dritten nicht intendiert ist. Die Erteilung ist eine abstrakte Rechtshandlung des Darlehensnehmers und erfolgt mittels einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung. Die Erteilung der Empfangszuständigkeit ist ausschließlich auf die Erweiterung der Rechtsmacht des Dritten ausgerichtet. Da sie den Darlehensgeber nicht zu einer Leistung an den Dritten verpflichten kann, ist sie von einem Auftragsverhältnis und einer Weisung im weiteren Sinn sowie von einem ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter abzugrenzen. Vielmehr kann der Erteilungsakt mit der unmittelbaren Anweisung im weiteren Sinne gleichgesetzt werden, weil die Willenserklärung in beiden Fällen darauf abzielt, dem Dritten die Befugnis zur Entgegennahme der Leistung mit Erfüllungswirkung i.S.v. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB einzuräumen, aber keine Verpflichtung damit verbunden ist.

Die Empfangsermächtigung ist grundsätzlich für keine Seite bindend, denn sie schafft lediglich eine weitere Erfüllungsmöglichkeit. Wegen der gesetzlichen Normierung gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB ist sie in analoger Anwendung von § 183 BGB frei widerruflich. Eine Bindungswirkung kann nur das der Erteilung zugrunde liegende Schuldverhältnis erzeugen. Dabei bedarf es einer vertraglichen Einigung, also zusätzlich das Einverständnis des Darlehensgebers, nur an den Dritten zu leisten.

Die Empfangszuständigkeit des Dritten ist zwingende Voraussetzung, soll eine mittelbare Darlehensvalutierung zur Erfüllung im Verhältnis von Darlehensgeber und Darlehensnehmer führen. Fehlt sie oder ist sie mit Mängeln behaftet, die aufgrund der allgemeinen Wertungen, z.B. durch Anfechtung, die Unwirksamkeit der Empfangszuständigkeit zur Folge haben, kann eine mittelbare Darlehensauszahlung nicht zum Erlöschen der Valutierungspflicht nach § 488 Abs. 1 S. 1 BGB führen.

## **II. Teil: Das Drei-Personen-Verhältnis**

Nachdem im 1. Teil die Grundlagen in einem zweiseitigen Rechtsverhältnis für die mittelbare Darlehensvaluierung erarbeitet wurden, ist es Ziel dieses Teils diese Erkenntnisse zusammenzuführen und gezielt für das Grundverständnis einer mittelbaren Darlehensvaluierung fruchtbar zu machen. In diesem 2. Teil ist der Blick nicht nur auf die Vertragsbeziehung von Darlehensgeber und -nehmer gerichtet, sondern es werden nachfolgend die Einflüsse der Rechtsbeziehungen im Drei-Personen-Verhältnis auf die mittelbare Darlehensvaluierung betrachtet. Es geht im 2. Teil vereinfacht beschrieben deshalb darum die grundsätzlichen Mechanismen einer mittelbaren Darlehensvaluierung in einer dreiseitigen Rechtsbeziehung zu entwickeln.

### **A. Die mittelbare Darlehensvaluierung im „Normalfall“**

Der „Normalfall“ stellt die Grundkonstellation einer mittelbaren Darlehensvaluierung dar. Hierbei handelt es sich um ein einfaches Drei-Personen-Verhältnis, bei welchem keine Besonderheiten vorliegen oder Sondervorschriften zur Anwendung gelangen.

#### **I. Das maßgebliche Drei-Personen-Verhältnis**

Das Drei-Personen-Verhältnis wurde in der Einleitung bereits skizziert und diente bisher dazu, die Ausführungen stringent am Gegenstand der vorliegenden Arbeit auszurichten.<sup>296</sup> Die Besonderheiten in diesem Drei-Personen-Verhältnis lassen sich mit den Rechtsbeziehungen in einer Lieferkette vergleichen. Abgestellt auf die schuldrechtlichen Rechtsverhältnisse stellt der Darlehensnehmer das Scharnier zwischen den Beteiligten dar. Er steht an der Spitze eines Leistungsdreiecks, weil er durch den Darlehensvertrag mit dem Darlehensgeber verbunden ist und aufgrund einer vertraglichen Beziehung mit dem Dritten in ein Austauschverhältnis eingebunden ist. Im ersten Fall ist er zur Forderung einer Leistung, nämlich der Darlehensvaluta aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB, berechtigt. Im zweiten Fall ist er zur Leistung einer entsprechenden Geldsumme verpflichtet. Wie bei der Lieferkette deckt sich im Drei-Personen-Verhältnis die Forderung des Darlehensnehmers auf das Darlehen mit seiner Verpflichtung gegenüber dem Dritten. Es handelt sich um eine inhaltsgleiche Leistung.<sup>297</sup>

Nun wäre es denkbar, dass dem Darlehensnehmer das Darlehen zunächst vom Darlehensgeber als Gläubiger zur Verfügung gestellt wird und er erst danach den empfangenen Geldbetrag zur Tilgung seiner Schuld an den Dritten weiterleitet. Um diese Abwicklung zu verkürzen und das Risiko eines Untergangs der Geldbewegung auf dem Weg hin zum Dritten als designierten Empfänger zu minimieren, erfolgt bei der mittel-

---

<sup>296</sup> Zur Verdeutlichung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten kann Abbildung 1 herangezogen werden.

<sup>297</sup> allgemeine Ausführungen finden sich beispielsweise bei Raab, § 1

baren Darlehensvalutierung - wie bei der Lieferkette - nur eine Geldbewegung direkt vom Darlehensgeber an den Dritten. Es vollzieht sich anstelle zweier nur eine Leistungsbewegung, obwohl zwischen Darlehensgeber und Dritten keinerlei Rechtsbeziehung oder Verpflichtungen begründet worden sind. Im Sinne des Anweisungsrechts ist damit eine Simultanleistung gegeben.<sup>298</sup>

Entscheidend ist die Person des Darlehensnehmers, denn der Darlehensgeber hat keine Veranlassung, an einen am Darlehensvertrag unbeteiligten Dritten zu leisten. Sein Interesse ist es, seine Verpflichtung gegenüber dem Darlehensnehmer zu erfüllen. Mithin hat eine solche Leistung im Ausgangsfall ihre Ursache in der Person des Darlehensnehmers. Er hat durch sein Eingriffen die Leistung an den Dritten veranlasst. Genauso wenig hat der Dritte mangels einer schuldrechtlichen Verbindung mit dem Darlehensgeber eine Veranlassung, das Geld in Empfang zu nehmen und sich dem Vorwurf und den Folgen einer ungerechtfertigten Bereicherung auszusetzen. Der Empfang und damit das Behaltendürfen des Geldes ist alleine dadurch gerechtfertigt, dass ihm eine inhaltsgleiche Forderung gegen den Darlehensnehmer zusteht. Aus seiner Sicht - im Sinne eines verobjektivierten Empfängers - ist die an ihn erbrachte Leistung keine Leistung des Darlehensgebers, sondern eine Leistung des Darlehensnehmers in Erfüllung seiner Schuld. Mithin liefert die Rechtsbeziehung des Dritten mit dem Darlehensnehmer einen Rechtsgrund, der eine ungerechtfertigte Bereicherung des Dritten grundsätzlich ausschließt.

Der „Normalfall“ zeichnet sich im Ergebnis vereinfacht ausgedrückt dadurch aus, dass die Drittleistung des Darlehensgebers ausschließlich auf die Veranlassung durch den Darlehensnehmer zurückzuführen ist. Mithin besorgt sich der Darlehensnehmer die zum Drittgeschäft benötigten finanziellen Mittel „auf eigene Faust“.

In der juristischen Diktion<sup>299</sup> wird die Rechtsbeziehung zwischen Darlehensnehmer und Dritten als Valutaverhältnis bezeichnet, der dafür ursächlich ist, dass der Dritte den erhaltenen Geldbetrag als Leistung des Darlehensnehmers betrachtet. Da der Darlehensnehmer regelmäßig eine Leistung auf eine bestehende Schuld erbringt, muss er seine Leistungsfähigkeit dadurch sicherstellen, dass er eine entsprechende Leistung vom Darlehensgeber beanspruchen kann. Dies erfolgt mittels Abschluss eines Darlehensvertrags, weshalb im Drei-Personen-Verhältnis die Rechtsbeziehung zwischen Darlehensnehmer und -geber als Deckungsverhältnis bezeichnet wird. Schließlich wird die Ebene des einzigen Leistungsaustauschs zwischen Darlehensgeber und Drittem als Vollzugsverhältnis bezeichnet.

---

<sup>298</sup> s.o.: 1. Teil B. II. 3. b) cc); vgl. auch: Raab, § 1 (S. 4 am Ende)

<sup>299</sup> allgemein, statt vieler: Erman / Westermann<sup>11</sup>, vor § 328 Rn. 5 f mwN; Medicus, SR AT<sup>17</sup>, § 66 I. 3 b), Rn. 762 ff; ausführlich auch: Raab, § 1, § 2 III. 3. und IV. 3.

## II. Die Abgrenzung zu vergleichbaren Drei-Personen-Verhältnissen

Vor diesem Hintergrund lässt sich das betrachtete Drei-Personen-Verhältnis von ähnlich gelagerten Drei-Personen-Verhältnissen abgrenzen.

### 1. Die Banküberweisung

Bei der Banküberweisung ist die empfangende Bank nicht Dritte im Sinne von § 362 Abs. 2 BGB, sondern lediglich Zahlstelle und damit Mittelsperson in einem zweiseitigen Schuldverhältnis, denn sie erhält zu keiner Zeit das Darlehen zur freien Verfügung.<sup>300</sup> Mithin wird mittels Überweisung das Vermögen des Überweisungsempfängers unmittelbar vermehrt.<sup>301</sup> Ein mit der mittelbaren Darlehensauszahlung vergleichbarer Fall liegt daher nicht vor.<sup>302</sup>

### 2. Das Finanzierungsleasing

Beim Finanzierungsleasing gemäß § 500 BGB besteht im Vollzugsverhältnis gleichfalls kein Vertragsverhältnis zwischen Hersteller und Leasingnehmer. Jedoch findet die Finanzierung des Leasingnehmers durch den Leasinggeber im Rahmen des Valutaverhältnisses statt, weil dieser dem Leasingnehmer zur Gebrauchsüberlassung des Leasingguts verpflichtet ist.<sup>303</sup> Seinerseits tätigt der Leasinggeber im Deckungsverhältnis einen Deckungskauf beim Hersteller, so dass im Ergebnis zwei Geldbewegungen vollzogen werden. Sie finden damit im Rahmen der jeweiligen Schuldverhältnisse statt. Der Leasingvertrag wird deshalb auch als atypischer Mietvertrag eingeordnet.<sup>304</sup> Mithin ist die Finanzierung beim Leasing nicht mit der mittelbaren Darlehensvalutierung vergleichbar.

### 3. Das Factoring

Im Gegensatz zur mittelbaren Darlehensvalutierung erfolgt sowohl beim echten als auch beim unechten Factoring die Finanzierung der an beiden Vertragsverhältnissen beteiligten Mittelsperson, dem sogenannten Abschlusskunden, nicht im Deckungs-, sondern im Valutaverhältnis. Die Leistung, die der Factor letztendlich vom Drittschuldner im Vollzugsverhältnis erhält, beruht zwar auf einer Leistungspflicht des Drittschuldners gegenüber dem Abschlusskunden. Mit der Leistung an den Factor erfüllt der Abschlusskunde auch eine inhaltsgleiche Verpflichtung gegenüber dem

---

<sup>300</sup> BGH, BGHZ 53, 139, 142; 69, 186, 188 f; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Dennhardt, § 362 Rn. 23; MK / Wenzel<sup>5</sup>, § 362 Rn. 22

<sup>301</sup> Gernhuber<sup>2</sup>, § 23 3 d)

<sup>302</sup> vgl. auch: Staudinger / Hopt - Mülbart<sup>12</sup>, § 607 Rn. 343

<sup>303</sup> Baumbach / Hopt<sup>33</sup>, BankGesch Rn. P 1 ff, Palandt / Weidenkaff<sup>67</sup>, vor §§ 535 Rn. 39 und 45; Heermann, § 27 I 2 a) Rn. 2; Die Finanzierungsfunktion des Leasing heben hervor: BGH, BGHZ 11, 237, 242; BGHZ 112, 65, 71 f; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.482 f

<sup>304</sup> BGH, BGHZ 109, 368, 370

Factor. Beim echten Factoring ist dies der Vollzug der Abtretung der Geldforderung aus dem zugrunde liegenden Forderungskauf,<sup>305</sup> beim unechten Factoring ist dies die Rückzahlung des ihm vom Factor gewährten Darlehens.<sup>306</sup> Folglich bilden die jeweiligen Rechtsverhältnisse für den Factor den rechtlichen Grund für das Behalten-dürfen der Leistung. Nach der juristischen Diktion ist dies das Valutaverhältnis, so dass in diesem Verhältnis der Liquiditätsvorteil des Abschlusskunden geschaffen wird.<sup>307</sup> Damit unterscheidet sich das Factoring von der vorliegenden Fallgestaltung, weshalb dem Factoring keine mittelbare Darlehensgewährung zugrunde liegt.

#### 4. Ergebnis

Hinsichtlich der Finanzierungsfunktion ist für die mittelbare Darlehensvalutierung kennzeichnend, dass sich diese im Deckungsverhältnis vollzieht. Der Darlehensgeber gewährt dem Darlehensnehmer einen Kredit, welches dieser wiederum zur Begleichung einer auf Geld gerichteten Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten einsetzt. Im Rahmen des Valutaverhältnisses ist deshalb von einer Leistung auf Schuld auszugehen. Daher lässt sich die mittelbare Darlehensvalutierung von anderen Drei-Personen-Verhältnissen wie beispielsweise die Banküberweisung, das Finanzierungsleasing oder das Factoring abgrenzen.

---

<sup>305</sup> zur Rechtsnatur des echten Factorings: BGH, BGHZ 100, 353, 358; Baumbach / Hopt<sup>33</sup>, BankGesch Rn. O 2; Erman / Saenger<sup>11</sup>, vor § 488 Rn. 35; MK / Berger<sup>5</sup>, vor § 488 Rn. 19; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.459

<sup>306</sup> zur Rechtsnatur des unechten Factorings: BGH, BGHZ 100, 353, 358; Baumbach / Hopt<sup>33</sup>, BankGesch Rn. O 3; Erman / Saenger<sup>11</sup>, vor § 488 Rn. 33; MK / Berger<sup>5</sup>, vor § 488 Rn. 19; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.465

<sup>307</sup> zur Finanzierungsfunktion des Factorings vgl. auch: Heermann, § 28 I 1. Rn. 4 und Rn. 7; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.438 ff

### III. Die rechtliche Trennung von Deckungs- und Valutaverhältnis

Beim Grundfall der mittelbaren Darlehensauszahlung ist zugleich festzuhalten, dass die Rechtsbeziehungen und die Leistung der beteiligten Personen in keinem direkten, wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen,<sup>308</sup> denn die beiden Schuldverhältnisse werden mehr oder weniger zufällig über die Mittelsperson, den Darlehensnehmer, miteinander verknüpft. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten sind entsprechend dem Prinzip der dezentralen Risikoverteilung grundsätzlich einzeln und getrennt zu bewerten.<sup>309</sup> Mithin sind sie im „Normalfall“ in ihrem rechtlichen Bestand abstrakt.<sup>310</sup> Folglich können Leistungsstörungen in einem Schuldverhältnis grundsätzlich keine unmittelbaren Auswirkungen auf das andere Schuldverhältnis haben.

Nach allgemeinem Verständnis ist im Bereicherungsrecht bei gravierenden Mängeln oder Fehlen einer Leistungspflicht eine Rückabwicklung im jeweiligen Vertragsverhältnis, also bildlich gesprochen über das Dreieck, vorzunehmen, während eine direkte Kondiktion nur in Ausnahmefällen begründet ist.<sup>311</sup> Für die mittelbare Darlehensvalutierung ist somit das Valutaverhältnis im Normalfall irrelevant, weil es keinen Einfluss auf die Frage hat, ob im Deckungsverhältnis eine wirksame Erfüllung gegeben ist. Der Darlehensgeber als Leistender muss nicht einmal den Rechtsgrund im Valutaverhältnis kennen, weshalb er an den Dritten leisten kann.

Wie erwähnt ist im Rahmen des Valutaverhältnisses aber grundsätzlich von einer Leistung auf Schuld auszugehen. So kann zum Beispiel die Leistung in der Erfüllung eines Schenkungsversprechens ihren Ursprung haben. Im „Normalfall“ ist in den häufigsten Fallgestaltungen im Valutaverhältnis ein Kaufvertrag Ursache der mittelbaren Darlehensauszahlung. Zur Begleichung des Kaufpreises nutzt der Käufer ein Darlehen. Mithin vollzieht sich im „Normalfall“ beispielsweise die Finanzierung unabhängig vom Kaufvertrag. Eine Beteiligung oder Einflussnahme des Dritten findet nicht statt.

---

<sup>308</sup> Palandt / Weidenkaff<sup>67</sup>, § 488 Rn. 8; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 14 Rn. 14

<sup>309</sup> Westermann, AcP 178 (1978), S. 169; Dauner-Lieb, S. 57 ff; Schimansky u.a. / Lwowski - Münscher<sup>3</sup>, § 81 Rn. 547 ff

<sup>310</sup> std. Rspr.: BGH, BGHZ 159, 294, 306 f; ZIP 03, 1741, 1743; BGHZ 152, 331, 337; BGH, NJW 00, 3065, 3066; jeweils mwN: Eine Durchbrechung ist nur bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts denkbar.

<sup>311</sup> BGH, BGHZ 147, 269, 273 ff; OLG Jena (n.rk.), ZIP 04, 1097, 1098; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 33. Eine nähere Betrachtung der vielschichtigen, bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsprobleme im Drei-Personen-Verhältnis überschreitet den Rahmen der Untersuchung zur Tatbestandsseite der mittelbaren Darlehensvalutierung. Generell wird an dieser Stelle auf die allgemeinen Grundsätze hingewiesen. Vgl. die allgemeine Darstellung bei: Medicus, SR BT<sup>14</sup>, § 133 Rn. 727 ff; grundlegend: Canaris, FS Larenz (1973), S. 799 ff, speziell zur mittelbaren Darlehensvalutierung: Larenz / Canaris, SR BT<sup>13</sup>, § 70 IV 4 sowie Canaris, BankR<sup>2</sup>, Rn. 1308 f; zur Kondiktion bei Anweisungen: Heermann, § 10 V., VI. und VII. Rn. 28 ff; Kupisch, FS Hadding, S. 181 ff; Hassold, S. 35 ff

## IV. Die Erfüllungswirkung bei der mittelbaren Darlehensauszahlung

Es gilt nachfolgend herauszuarbeiten, welche Anforderungen an die Erfüllung bei einer mittelbaren Darlehensvalutierung zu stellen sind.

### 1. Darlehensspezifische Anforderungen

#### a) Rechtshistorisches Leitbild des Gesetzgebers

Der historische Gesetzgeber ist bereits von der Möglichkeit einer mittelbaren Darlehensvalutierung ausgegangen. In den Motiven heißt es wörtlich: „*Es versteht sich hiernach insbesondere von selbst, wenn (...) der Hingabe an den Darlehensempfänger gleichsteht, die auf dessen Anweisung erfolgte Übergabe der darzuleihenden Sachen für ihn an Dritte.*“<sup>312</sup> Somit steht fest, dass die grundlegenden Erkenntnisse zur Einbeziehung Dritter in den Erfüllungsvorgang auf die Darlehensauszahlung anzuwenden sind. Mithin bedarf es auch bei der mittelbaren Darlehensvalutierung einer Ermächtigung des Dritten durch den Darlehensgeber nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB.<sup>313</sup> Dies kann, so die Vorstellung des Gesetzgebers, durch eine Anweisung, also auch durch eine unmittelbare Anweisung im weiteren Sinn erteilt werden.

#### b) Die Anforderung von Rechtsprechung und Lehre

Die Rechtsprechung hat sich wiederholt mit der mittelbaren Darlehensvalutierung auseinandergesetzt. Richtungsweisend hat der BGH in seiner Entscheidung vom 08.04.1965<sup>314</sup> die wesentlichen Anforderungen an eine mittelbare Darlehensauszahlung festgehalten: Ein Empfang ist dann gegeben, wenn eine Auszahlung an einen Dritten auf Anweisung des Darlehensnehmers erfolgt ist, sofern das Darlehen aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers in irgendeiner - vereinbarten - Form zugeführt worden ist. Für einen Zufluss des Darlehens beim Darlehensnehmer ist die Stellung des Dritten entscheidend: Erhält dieser das Darlehen nicht im Interesse des Darlehensnehmers, sondern als verlängerter Arm des Darlehensgebers, z. B. als dessen Beauftragter, liegt keine wirksame Darlehensauszahlung vor. Maßgeblich ist, dass der Darlehensnehmer nach Auszahlung des Darlehens an den Dritten keine Zugriffsmöglichkeit auf die Valuta hat.<sup>315</sup>

Für eine mittelbare Darlehensauszahlung ergeben sich nach dem Grundsatzurteil zwei wesentliche Anforderungen an die Erfüllungswirkung. Zum einen muss die

---

<sup>312</sup> Mugdan, II., Motive, S. 171

<sup>313</sup> s.o.: 1, Teil B. II. 2.; statt vieler: BGH, BGHZ 145, 44, 50; 87, 156, 163; WM 97, 1658, 1659; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 33; Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 III.; vgl. auch BT-Drucks. 11/5462, S. 22 (zu § 7 VerbrKrG)

<sup>314</sup> BGH, Urteil vom 08.04.1965, III ZR 238/64, LM § 607 Nr. 11

<sup>315</sup> ebenda, S. 2 ff

Drittleistung im Deckungsverhältnis vereinbart sein und zum anderen muss der Dritte im Interesse des Darlehensnehmers eingeschaltet werden.

Die erste Anforderung wurde in dem nähergebrachten Urteil dadurch erfüllt, dass die Valutierung der Anweisung des Darlehensnehmers entsprach.<sup>316</sup> Dies wird auch als Auszahlung an einen vom Darlehensnehmer benannten Dritten<sup>317</sup> oder auch als weisungsgemäße Valutierung bezeichnet.<sup>318</sup>

Der BGH hat die zweite Anforderung im Urteil vom 13.04.1978<sup>319</sup> dahingehend verschärft, dass die Einschaltung des Dritten nicht nur im Interesse, sondern mindestens im überwiegenden Interesse des Darlehensnehmers erfolgen muss.<sup>320</sup> In dem zu entscheidenden Fall war im Rahmen der Vertragsanbahnung ein Vermittler für den Darlehensgeber tätig. Ferner enthielt der Darlehensvertrag die unwiderrufliche Weisung des Darlehensgebers an den Darlehensgeber, den wesentlichen Teil der Valuta an den Vermittler zu überweisen. Der BGH differenzierte in der Entscheidung allerdings feinsinnig, danach in welcher Phase der Leistungsbeziehungen der Vermittler für den Darlehensgeber tätig wurde. Hier war der Vermittler nur im Rahmen der Vertragsanbahnung tätig. Nach Ansicht des BGH lagen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Vermittler bei der Vertragserfüllung im Auftrag oder im Interesse des Darlehensgebers tätig werden sollte. Vor diesem Hintergrund hat der BGH keine Einflussmöglichkeit des Darlehensgebers auf die weitere Verwendung gesehen. Wenn dem Darlehensnehmer eine Auszahlung der Valuta an den Darlehensvermittler genügt, so bringe er durch die Erteilung einer entsprechenden Weisung an den Darlehensgeber regelmäßig zum Ausdruck, dass der Darlehensgeber nichts mehr zu veranlassen braucht, um ihm die Darlehensvaluta zu verschaffen. Er habe bei einer solchen Sachlage daher grundsätzlich alles Erforderliche getan, um dem Darlehensnehmer den Darlehensbetrag zu verschaffen, wenn er die ihm erteilte Weisung ordnungsgemäß ausgeführt, den Darlehensbetrag also dem ihm bezeichneten Dritten zur Verfügung gestellt hat.<sup>321</sup>

Diese Konkretisierung ist gerechtfertigt, weil der Darlehensnehmer erst dann eine Zugriffsmöglichkeit erhält und somit erst dann bei ihm eine Vermögensvermehrung eintritt.<sup>322</sup> Auch wird aus der Entscheidung deutlich, dass bei fehlender Vereinbarung oder Weisung des Darlehensnehmers eine Erfüllung scheitert.<sup>323</sup>

---

<sup>316</sup> ebenda, S. 2 f

<sup>317</sup> BGH, NJW 78, 2294

<sup>318</sup> ebenda: BGH, NJW 78, 2294, 2295

<sup>319</sup> BGH, Urteil vom 13.04.1978, III ZR 125/76, NJW 78, 2294

<sup>320</sup> BGH, NJW 78, 2294, 2295

<sup>321</sup> ebenda

<sup>322</sup> BGH, NJW 78, 2294, 2295

<sup>323</sup> so auch: BGH, BGHZ 50, 227, 231; NJW 77, 38, 39; NJW 80, 41, 43; OLG Nürnberg (n.rk.), NJW 04, 2838, 2839; Die Folgen einer fehlerhaften Anweisung werden nachfolgend näher betrachtet, s.u., 2. Teil B. II.

Die aufgestellten Grundsätze wurden in ständiger Rechtsprechung bestätigt.<sup>324</sup> Eine Weiterentwicklung dieser Grundsätze lässt sich im Urteil des BGH vom 12.11.2002<sup>325</sup> unter Verweis auf die sogenannte *Securenta*-Rechtsprechung<sup>326</sup> finden. Bei Verweis auf die bisherige Rechtsprechung wird eine Ausnahme bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts i.S.v. § 9 VerbrKrG (§ 358 BGB n.F.) gemacht, ohne die sich hieraus ergebenden Folgen näher zu thematisieren.<sup>327</sup> Diese Fortentwicklung wird in zwei Urteilen des 2. Zivilsenats vom 14.06.2004<sup>328</sup> aufgegriffen und die Konsequenzen bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts gezogen. Eine Bewertung dieser Entwicklung muss jedoch an dieser Stelle zurückgestellt werden.<sup>329</sup>

Die Lehre folgt der gefestigten Rechtsprechung. Abweichende Meinungen zu den Anforderungen an eine wirksame Darlehensvalutierung sind nicht feststellbar, so dass bei einer vereinbarungs- oder weisungsgemäßen mittelbaren Darlehensvalutierung Erfüllung eintritt, wenn dem Dritte das Darlehen im überwiegenden Interesse des Darlehensnehmers zur Verfügung gestellt wird.<sup>330</sup>

Im Ergebnis hat sich somit eine einheitliche Meinung in Rechtsprechung und Literatur zu den Voraussetzungen einer mittelbaren Darlehensvalutierung herausgebildet. Es müssen zwei wesentliche Voraussetzungen vorliegen, um zu einer befreienden Leistung zu gelangen: An erster Stelle steht die vereinbarungs- oder weisungsgemäße Leistung des Darlehensgebers und an zweiter Stelle das überwiegende Interesse des Darlehensnehmers an der mittelbaren Darlehensauszahlung.

### c) Einordnung in die bisherigen Erkenntnisse

Die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Voraussetzungen einer wirksamen mittelbaren Darlehensvalutierung sind eindeutig. Zu prüfen ist indessen, ob sich diese Voraussetzungen mit den bisherigen Erkenntnissen decken, welche aufgrund der rechtsdogmatischen Betrachtungsweise gewonnen wurden. Im Raum steht die Frage,

---

<sup>324</sup> vgl. etwa: BGH, WM 81, 1204, 1205; WM 83, 484, 485; WM 85, 596, 598; WM 85, 653; WM 85, 910, 910 f; WM 85, 993, 994; NJW 86, 2947; WM 88, 1814

<sup>325</sup> BGH, Urteil vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, BGHZ 152, 331

<sup>326</sup> *Securenta* III: BGH, Urteil vom 17.09.1996, XI ZR 164/95, BGHZ 133, 254 ff; *Securenta* II: BGH, Urteil vom 17.09.1996; XI ZR 197/95, NJW 96, 3416 f

<sup>327</sup> BGH, BGHZ 152, 331, 337

<sup>328</sup> BGH, II ZR 393/02, BGHZ 159, 294 ff sowie II ZR 407/02, WM 04, 1536 ff

<sup>329</sup> Die Ausnahme beim verbundenen Geschäft wird nachfolgend beleuchtet, da ein verbundenes Geschäft nicht mehr der Definition des „Normalfalls“ unterfällt: Nach § 358 Abs. 3 BGB wird das Deckungs- und das Valutaverhältnis nicht zufällig, sondern planmäßig miteinander verknüpft.

<sup>330</sup> zur n.F.: Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 12; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 33; Schimansky u.a. / Lwowski - Wunderlich<sup>3</sup>, § 76 Rn. 142 ff; Claussen / Erne, BankR<sup>2</sup>, § 8 Rn. 23, Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.13 ff; Knott, WM 04, 51; Heermann, § 21 I 3. Rn. 15; Palandt / Putzo<sup>64</sup>, § 488 Rn. 8; Vertrags-HdB / Graf von Westphalen<sup>5</sup>, III. 13 Rn. 3; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 14 Rn. 14, die die Interessen der Parteien nicht berücksichtigen; zur a.F.: MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 46; BGB - RGRK / Ballhaus<sup>12</sup>, § 607 Rn. 7; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 120 ff; Staudinger / Hopt - Mülberr<sup>12</sup>, § 607 Rn. 343, 346 mwN; E/B/J - Thessinga (2001), BankR IV Rn. 88; Schimansky u.a. / Lwowski<sup>2</sup>, § 76 Rn. 53; Canaris, BankR<sup>2</sup>, Rn. 1320; Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 III; Diedrichs / Rixecker, WM Beilage Nr. 07/1985, S. 4; Nobbe, BankR (1999), Rn. 486 ff; derselbe, BankR<sup>6</sup>, Rn. 867 ff; Mülberr, JZ 92, 406

ob aufgrund der Ausgestaltung als Drei-Personen-Verhältnis zusätzliche - über den bisherigen rechtssystematischen Ansatz hinausgehende - Anforderungen an die mittelbare Darlehensvaluierung zu stellen sind. Sowohl die notwendige Abgrenzung anhand der Interessenlage der Parteien als auch das Erfordernis einer vereinbarungs- oder weisungsgemäßen Leistung scheinen in diese Richtung zu weisen.

*aa) Das Interesse des Darlehensnehmers an einer mittelbaren Darlehensauszahlung*

Die Berücksichtigung der Interessenlage ist nach der Rechtsprechung notwendig, weil nicht jede mittelbare Darlehensauszahlung zu einer Vermögensmehrung beim Darlehensnehmer führt.<sup>331</sup> Erhält der Dritte das Darlehen im Interesse des Darlehensgebers als dessen verlängerter Arm, so kann der Darlehensnehmer nicht auf das Schicksal der Valuta Einfluss nehmen.<sup>332</sup> Bei der Beantwortung der Frage, in welchem Interesse der Dritte in den Erfüllungsvorgang einbezogen wird, sind dagegen sachenrechtliche Erwägungen nicht relevant.<sup>333</sup>

Konkret sollten mit der Zwischenschaltung des Dritten dem Darlehensnehmer Sicherheiten für das gewährte Darlehen aus dem finanzierten Kaufvertrag gegeben werden.<sup>334</sup> Insoweit ist die Darlehensauszahlung von der Stellung von Sicherheiten abhängig. Deshalb liegt die Einschaltung des Dritten auch im Interesse des Darlehensnehmers, weil ihm andernfalls kein Darlehen gewährt wird. Aus diesem Grunde fordert die Rechtsprechung in späteren Entscheidungen zutreffend ein überwiegendes Interesse des Darlehensnehmers an der Einbeziehung eines Dritten.<sup>335</sup> Bei der Beschaffung von Sicherheiten, etwa aus dem finanzierten Rechtsgeschäft, überwiegt oder ist das Sicherungsbedürfnis des Darlehensgebers zumindest gleichwertig, weshalb dann keine wirksame mittelbare Darlehensvaluierung vorliegt.<sup>336</sup>

Ein überwiegendes Interesse des Darlehensnehmers wird z.B. anerkannt, wenn der Dritte Gläubiger des Darlehensnehmers ist, also im Valutaverhältnis eine Leistung auf Schuld vorliegt oder der Dritte den Darlehensbetrag an den Darlehensnehmer weiterleiten soll.<sup>337</sup> Bei der Leistung auf Schuld ist entscheidend, dass im Valutaverhältnis die Verbindlichkeit des Darlehensnehmers gegenüber dem Dritten endgültig getilgt wird, weil dann durch die mittelbare Darlehensvaluierung sein Vermögen gemehrt wird.<sup>338</sup>

---

<sup>331</sup> BGH, LM § 607 Nr. 11, S. 3

<sup>332</sup> ebenda, S. 5

<sup>333</sup> ebenda, S. 3

<sup>334</sup> ebenda, S. 3

<sup>335</sup> std. Rspr. seit BGH, NJW 78, 2294, 2295; s.o. 2. Teil A. IV. 2 b)

<sup>336</sup> BGH, NJW 78, 2294, 2295; WM 85, 653; WM 88, 1814

<sup>337</sup> BGH, NJW 78, 2294, 2295; WM 83, 484, 485; WM 85, 596, 598; NJW 85, 1020, 1022 (nicht abgedruckt in BGHZ 93, 264); WM 88, 1814; im Grundsatz auch: BGH, BGHZ 133, 254, 259 (Securenta III) und NJW 96, 3416, 3417 (Securenta II)

<sup>338</sup> BGH, WM 83, 484, 485; WM 85, 596, 598; WM 85, 993, 994

Im Fall der Weiterleitung ist jedoch eine Einschränkung vorzunehmen, wenn der Dritte, etwa aufgrund eines Treuhandverhältnisses, zwar zur Weiterleitung der Valuta an den Darlehensnehmer verpflichtet ist, aber wegen der Treuhandabrede zuvor die Freigabe durch den Darlehensgeber notwendig ist. Ist dem so, so verwahrt der Dritte das Darlehen für den Darlehensgeber. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Darlehensgeber dem Dritten den Treuhandauftrag erteilt, da er dann auch ihm gegenüber verpflichtet ist nach seinen Weisungen zu handeln.<sup>339</sup> Gleichgelagert sind die Fallgestaltungen, bei denen der Darlehensgeber trotz Zahlung an den Dritten noch eine Zugriffsmöglichkeit auf die Valuta hat,<sup>340</sup> etwa wenn die Kontogutschrift beim Dritten nur vorläufig und damit bedingt erfolgt ist.<sup>341</sup> Mithin überwiegt in diesen Fällen das Interesse des Darlehensgebers an der Einschaltung des Dritten.<sup>342</sup>

Die Abgrenzungskriterien finden sich in vergleichbarer Form in der Literatur wieder, weshalb hier eine gesonderte Erörterung hinfällig ist.<sup>343</sup>

Allen Fällen, bei denen das überwiegende Interesse des Darlehensnehmers an der Einschaltung des Dritten fehlt, ist gemein, dass der Darlehensgeber seine Einwirkungsmöglichkeit auf die Valuta nicht aufgegeben hat, sondern die weitere Verwendung maßgeblich beeinflussen kann. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Darlehensgewährung kann der Darlehensnehmer sich das Darlehen wirtschaftlich nicht frei zu Nutze machen, weshalb in diesen Fällen keine Vermehrung seines Vermögens eingetreten ist.<sup>344</sup> Mithin fehlt es an einer eigentümerähnlichen, freien Verfügungsbefugnis des Darlehensnehmers.<sup>345</sup> Eine wirksame Darlehensvalutierung ist nach den allgemein gültigen Grundsätzen somit nicht erfolgt.

Damit steht fest, dass das von Rechtsprechung und Lehre entwickelte Abgrenzungskriterium nach der jeweiligen Interessenlage keine zusätzliche Voraussetzung einer wirksamen Darlehensauszahlung im Sinne eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals darstellt. Auf die Darlehensvalutierung im Drei-Personen-Verhältnis sind die Erkenntnisse des allgemeinen Darlehensrechts ohne Erweiterung oder Einschränkung anwendbar. Sie sind allgemein verbindlich. Das Interesse der Parteien an der Ein-

---

<sup>339</sup> BGH, NJW 86, 2947, 2947 f, NJW 98, 3200, wobei die - hier nicht betrachtete - Problematik der Valutierung über Notaranderkonten berücksichtigt wird; so auch BGH, BGHZ 146, 190, 200, wonach die Einschaltung eines Treuhänders durch den Darlehensnehmer unbeachtlich ist. Vgl. ausführlich: König.

<sup>340</sup> BGH, WM 85, 653, 654

<sup>341</sup> BGH, BGHZ 145, 44, 49 f

<sup>342</sup> BGH, NJW 85, 1831, 1832

<sup>343</sup> vgl. etwa: MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 33 f; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 12; MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 46; Staudinger / Hopt - Mülbart<sup>12</sup>, § 607 Rn. 346; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 122; BGB - RGRK / Ballhaus<sup>12</sup>, § 607 Rn. 9; E/B/J - Thessing (2001), BankR IV Rn. 88; Schimansky u.a. / Lwowski - Wunderlich<sup>3</sup>, § 76 Rn. 144 f; Claussen / Erne, BankR<sup>2</sup>, § 8 Rn. 23; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.13; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 14 Rn. 14; Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 III; Knott, WM 04, 51; Diedrichs / Rixecker, WM Beilage Nr. 07/1985, S. 4; Nobbe, BankR (1999), Rn. 486 ff; derselbe, BankR<sup>6</sup>, Rn. 867 ff; Mülbart, JZ 92, 406

<sup>344</sup> s.o., 1. Teil A. III. 3. ff und V.

<sup>345</sup> in diesem Sinn auch: Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 III.

beziehung eines Dritten ist der Zur-Verfügung-Stellung des Darlehens immanent. Dieser Umstand rechtfertigt es, diese Interessenlage im Rahmen der Subsumtion, also bei der tatbestandsmäßigen Konkretisierung des Zur-Verfügen-Stellen der Darlehensvaluta, zu berücksichtigen.

*bb) Die Vereinbarung und die Weisung zur Drittleistung*

Rechtsprechung und Lehre fordern für eine wirksame mittelbare Darlehensvalutierung, dass diese vereinbart oder entsprechend den Weisungen des Darlehensnehmers ausgeführt wird. Einerseits wird der Begriff der Weisung verwendet,<sup>346</sup> wobei zum Teil ausdrücklich auf das Auftragsrecht verwiesen wird,<sup>347</sup> und andererseits wird der Begriff der Anweisung benutzt.<sup>348</sup> Schließlich wird neutral von der Benennung eines Dritten gesprochen.<sup>349</sup> Auf den ersten Blick werden unterschiedliche Ansätze verfolgt. Bei genauer Leseart und Einordnung der Aussagen in die dogmatischen Grundsätze zeigt sich indessen, dass nicht stets eine scharfe Trennung zwischen den schuldrechtlichen Verpflichtungen und der Erteilung der Empfangszuständigkeit vorgenommen wird.

Ausgangspunkt der unterschiedlichen Begriffsverwendung ist die vollzogene mittelbare Darlehensvalutierung. Sie beruht im Normalfall auf einer Veranlassung des Darlehensnehmers, denn der Darlehensgeber hat hieran kein Interesse. Er will lediglich seine Verpflichtung gegenüber seinem Gläubiger erfüllen. Folglich fordert der Darlehensnehmer den Darlehensgeber auf, das Darlehen an einen Dritten auszu zahlen. Weil eine befreiende Leistung an einen Dritten die Empfangszuständigkeit des Dritten nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB voraussetzt,<sup>350</sup> ist mit der Bitte die Erteilung einer Empfangszuständigkeit zwingend verbunden.<sup>351</sup> Andernfalls könnte der Darlehensgeber der Aufforderung nicht rechtswirksam folgen.<sup>352</sup> Zutreffend liegt deshalb, entsprechend der Vorstellung des historischen Gesetzgebers, eine Anweisung im weiteren Sinne vor.<sup>353</sup>

Die Aufforderung zur Leistung an den Dritten ist zugleich als schuldrechtliches Angebot auf Abschluss eines Auftragsverhältnisses zu deuten, denn ohne die Existenz

---

<sup>346</sup> BGH, NJW 77, 38, 39; NJW 78, 2294, 2295; NJW 80, 41, 43; WM 85, 910, 911; WM 85, 993, 994, BGHZ 133, 255, 259, BGHZ 146, 190, 200; BGHZ 152, 331, 336; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 12; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 33; MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 46; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.14; Knott, WM 03, 51

<sup>347</sup> grundlegend: BGH, NJW 78, 2294, 2295; vgl. auch: BGH, NJW 77, 38, 39; NJW 80, 41, 43; WM 85, 993, 994; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 12; Claussen / Erne, BankR<sup>2</sup>, § 8 Rn. 23

<sup>348</sup> vgl. z.B.: BGH, LM § 607 Nr. 11, S. 3; WM 81, 1204, 1205; WM 85, 596, 598; NJW 87, 55, 56; BGHZ 159, 294, 307; Nobbe, BankR<sup>6</sup>, Rn. 870

<sup>349</sup> BGH, WM 83, 484, 485; WM 85, 653; NJW 86, 2947; E/B/J - Thessinga (2001), BankR IV Rn. 88; Schimansky u.a. / Lwowski - Wunderlich<sup>3</sup>, § 76 Rn. 145; Diedrichs / Rixecker, WM Beilage Nr. 07/1985, S. 4

<sup>350</sup> s.o.: 1. Teil A. III. 2 und B.; für die mittelbare Darlehensvalutierung ausdrücklich: BGH, BGHZ 145, 44, 50; 87, 156, 163; WM 97, 1659; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 33; Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 III.; Heermann, § 21 I. 3. Rn. 15, Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.14; vgl. auch: BT-Drucks. 11/5462, S. 22 (zu § 7 VerbrKrG)

<sup>351</sup> vgl. auch: König, S. 138

<sup>352</sup> s.o., 1. Teil B. II. 3 und auch 2. Teil A. IV. 1

<sup>353</sup> s.o., 1. Teil B. II. 3 b) cc)

einer Causa wird sich der Darlehensgeber nicht auf eine Leistung an einen Nichtgläubiger einlassen. Dabei ist unerheblich, ob dies sogleich im Darlehensvertrag geregelt oder erst nachträglich vereinbart wird. Mit der Vornahme der mittelbaren Darlehensauszahlung nimmt der Darlehensgeber die Weisung im weiteren Sinne zumindest konkludent an. Das heißt, dass einer mittelbaren Darlehensauszahlung im Normalfall, also bei Drittleistung auf Aufforderung des Darlehensnehmers, stets eine schuldrechtliche Vereinbarung im Deckungsverhältnis zugrunde liegt. Vor diesem Hintergrund kann somit von einer vereinbarungs- oder weisungsgemäßen Leistung gesprochen werden. In diesem Fall ist die Rechtslage mit dem ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter zu vergleichen, weil die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung zwingend die Empfangsermächtigung des Dritten voraussetzt.<sup>354</sup>

Die Aufforderung des Darlehensnehmers an den Darlehensgeber zur Drittleistung enthält also bei genauer Betrachtung zwei selbständige Rechtsgeschäfte. Einmal wird das Außenverhältnis und das andere Mal das Innenverhältnis näher geregelt. Folgt der Darlehensgeber der Aufforderung, so nützt er die ihm gegenüber erklärte Empfangszuständigkeit des Dritten i.S.v. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB aus. Zugleich erklärt er konkludent sein Einverständnis mit der Weisung im weiteren Sinne.<sup>355</sup>

Auch bei Betrachtung der hier vertretenen Erfüllungstheorie ergeben sich keine weiteren Anforderungen. Bei weisungsgemäßer, vollzogener mittelbarer Darlehensvalutierung sind sich die Vertragsparteien im Innenverhältnis einig, dass die Leistung an den Dritten erfolgen soll. Nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung wird einvernehmlich der Pflichteninhalt abweichend geregelt, so dass auch die Erwartung des Darlehensnehmers an die Leistungshandlung des Darlehensgebers neu fixiert wird. Mithin ergibt sich eine eindeutige Zuordnung der Leistungshandlung zum konkreten Schuldverhältnis aus dem Schuldverhältnis selbst.<sup>356</sup> Die Erfüllung kann daher ohne weiteres eintreten, da die zu bewirkende und die bewirkte Schuld übereinstimmen.<sup>357</sup> Das Einverständnis des Darlehensgebers mit der Drittleistung ist in diesem Zusammenhang deshalb als (nach-)vertragliche Tilgungsbestimmung zu werten. Auch auf Basis der Theorie der finalen Leistungsbewirkung gelangt man zum selben Ergebnis, da durch das Einverständnis des Darlehensgebers gerade die geforderte Zuordnung der Erfüllungshandlung zu einem bestimmten Schuldverhältnis erreicht wird.

Vor diesem Hintergrund kann der Begriff der weisungsgemäßen Leistung grundsätzlich genutzt werden. Im Zusammenhang mit der Erfüllung und der notwendigen Rechtsmacht des Dritten, der Empfangszuständigkeit, ist es für ein besseres Ver-

---

<sup>354</sup> s.o., 1. Teil B. II. 3 b) bb)

<sup>355</sup> in diesem Sinn auch: Staudinger / Hopt - Mühlert<sup>12</sup>, § 607 Rn. 343 sowie Canaris, BankR<sup>2</sup>, Rn. 320 ff und Rn. 686 (jedoch zur Doppelnatur beim Überweisungsauftrag und bei der Scheckanweisung)

<sup>356</sup> s.o., 1. Teil A. III. 1

<sup>357</sup> Bälz, FS Gernhuber, S. 56

ständnis zielgerichteter, sich alleine auf die Betrachtung des Außenverhältnisses zu beschränken. Zudem beschreibt die Weisung die (nicht notwendige) Verpflichtung des Darlehensgebers, an einen Dritten zu leisten.<sup>358</sup> Der Begriff der Anweisung im weiteren Sinne ist somit für die Erfüllungseignung einer mittelbaren Darlehensbegebung maßgeblich, denn er bezieht sich ausschließlich auf das Außenverhältnis und beschreibt hinsichtlich der Erfüllung zutreffend die Rechtsmacht der Beteiligten. Im weiteren Fortgang wird daher auf den Begriff der Anweisung im weiteren Sinne abgestellt.

#### **d) Zusammenfassung**

Bei der mittelbaren Darlehensvalutierung im „Normalfall“, also bei Auszahlung auf Veranlassung des Darlehensnehmers, sind keine weiteren Besonderheiten zu beachten. Bei stringenter Orientierung an den allgemein gültigen Grundsätzen muss eine wirksame mittelbare Darlehensvalutierung die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

Falls der Darlehensgeber vom Darlehensnehmer zur Leistung an den Dritten angewiesen wird, genügt eine wertmäßige Verschaffung des Darlehens, bei welcher der Darlehensgeber keinen maßgeblichen Einfluss auf die Verwendung der Valuta hat. Ist die Vermögensverschiebung endgültig eingetreten, hat der Darlehensgeber alles Erforderliche getan. Der Darlehensnehmer kann die Valuta in irgendeiner Form wirtschaftlich nützen. Dabei ist für eine Vermögensmehrung beim Darlehensnehmer ausreichend, dass durch die mittelbare Darlehensauszahlung wegen der bei Anweisungsfällen typischen Simultanleistung eine Schuld gegenüber dem Dritten getilgt wird. Entscheidend ist, dass im Deckungsverhältnis eine endgültige Vermögensverschiebung stattfindet.<sup>359</sup> Somit darf der Dritte nicht verlängerter Arm des Darlehensgebers sein, sondern muss im überwiegenden Interesse des Darlehensnehmers das Darlehen empfangen. Ist dem so, so endet zugleich die Leistungsgefahr des Darlehensgebers.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> s.o., 1. Teil B. II. 3 b) aa)

<sup>359</sup> vgl. auch: BGH, WM 83, 484, 485; WM 85, 596, 598

<sup>360</sup> s.o., 1. Teil A. IV.

## 2. Der maßgebliche Erfüllungszeitpunkt

Mit vorbehaltlosem Drittempfang des Darlehens, also mit Geldeingang beim Dritten, tritt Erfüllung ein.<sup>361</sup> Der Darlehensgeber hat das seinerseits Erforderliche getan. Folglich ist der Erfüllungszeitpunkt fixiert.

Gleichbedeutend mit Eintritt der Erfüllung, geht auch die Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Darlehensnehmer über, denn er hat sich beim „Normalfall“ den Dritten als seinen Vertragspartner im Valutaverhältnis ausgesucht. Der Darlehensgeber hat hingegen keinen Einfluss auf die Auswahl des Dritten hat.<sup>362</sup>

Aus diesem Blickwinkel betrachtet, ist der wirtschaftliche Hintergrund der mittelbaren Darlehensvalutierung im Normalfall deutlich erkennbar. Mit Verkürzung der Leistungswege von zwei auf eine Leistungsbewegung wird der Erfüllungszeitpunkt im Valutaverhältnis vorverlagert. Der Darlehensnehmer erspart sich eine eigene Leistungshandlung. Aber auch im Deckungsverhältnis findet eine Vorverlagerung statt,<sup>363</sup> denn der mit Empfangszuständigkeit ausgestattete Dritte empfängt das Darlehen für den Darlehensnehmer. Ein gesonderter Darlehensempfang beim Darlehensnehmer ist nicht erforderlich, denn der Dritte ist zum einen keine Hilfsperson des Darlehensgebers, und zum anderen ist das Verhalten des Dritten wegen der Einbeziehung auf Wunsch des Darlehensnehmers diesem zurechenbar.

## 3. Die Darlehensvalutierung auf ein beim Darlehensgeber geführtes Konto

Danach ist der Sonderfall einer mittelbaren Darlehensvalutierung auf ein beim Darlehensgeber geführtes Konto ein Scheinproblem. Anhand der entwickelten Kriterien lässt sich diese Fallgestaltung problemlos lösen.

Unterhält der Dritte beim Darlehensgeber ein eigenes Konto, so ist dies genauso unschädlich, wie wenn im Zwei-Personen-Verhältnis auf ein Konto des Darlehensnehmers beim Darlehensgeber das Darlehen gutgeschrieben wird. Auch wenn das Darlehen körperlich die Vermögenssphäre des Darlehensgebers nicht verlässt, tritt Erfüllung ein, sofern der Darlehensgeber keinen Zugriff auf die Valuta hat. Daher muss das Darlehen dem Konto endgültig gutgeschrieben werden, so dass es im Valutaverhältnis zur endgültigen Erfüllung kommt. Ist dem so, ist zugleich das Vermögen des Darlehensnehmers durch Leistung des Darlehensgebers endgültig gemehrt. Dies ist Folge der in Anweisungsfällen typischen Simultanleistung. Wenn also dem Dritten die

---

<sup>361</sup> vgl. auch: BGH, WM 83, 484, 485; NJW 85, 1020, 1022 (nicht abgedruckt in BGHZ 93, 264); WM 85, 910, 910 f; WM 85, 993, 994; NJW 87, 55, 56; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, 5.14

<sup>362</sup> s.o., 1 Teil A. IV.

<sup>363</sup> ähnlich: König, S. 105, allerdings zur strukturell vergleichbaren Empfangsbevollmächtigung.

Verfügungsbefugnis ohne Einflussnahme des Darlehensgebers zusteht, ist mit der Darlehensvalutierung auf ein beim Darlehensgeber geführtes Konto erfüllt worden.<sup>364</sup>

Ob dabei aufgrund sonstiger Rechtsbeziehungen im Vollzugsverhältnis der Darlehensgeber Zugriff auf die Gutschrift beim Dritten hat, etwa weil in diesem Rechtsverhältnis ein Debet-Saldo oder Sicherungsrechte zugunsten des Darlehensgebers bestehen, ist für die Frage der mittelbaren Darlehensgewährung ohne Bedeutung.<sup>365</sup> Da nämlich zuvor durch Erfüllung im Valutaverhältnis beim Darlehensnehmer eine endgültige Vermögensmehrung eingetreten ist, liegt die weitere Verwendung außerhalb der Rechtssphäre des Darlehensgebers. Die Zugriffsmöglichkeit des Darlehensgebers beruht auf gesonderten Abreden und Rechtsbeziehungen im Vollzugsverhältnis, welche der Darlehensnehmer nicht beeinflussen kann. Mithin haben die damit verbundenen Risiken die jeweiligen Parteien zu tragen. Eine Risikoverlagerung zulasten des hieran unbeteiligten Darlehensnehmers ist deshalb ausgeschlossen.

#### 4. Die Darlehensvalutierung zugunsten eines Kreditvermittlers

Auf Basis der allgemeinen Erkenntnisse ist auch die Frage der Erfüllungswirkung bei einer mittelbaren Darlehensvalutierung zugunsten eines Kreditvermittlers zu beantworten. Es handelt sich um einen Fall, bei dem der Darlehensbetrag nicht im Vermögen des Kreditvermittlers als Dritten verbleibt, sondern an den Darlehensnehmer oder eine sonstige vom Darlehensnehmer benannte Person weitergeleitet werden soll. Mithin ist grundlegend auf die Rolle des Kreditvermittlers abzustellen.<sup>366</sup> Zu fragen ist, in welchem Interesse er tätig wird. Ist er dem Darlehensgeber gegenüber verantwortlich, ist er bildlich gesprochen verlängerter Arm des Darlehensgebers. Eine mittelbare Darlehensauszahlung hat in diesem Fall keine Erfüllungswirkung, da sich der Darlehensgeber der Valuta nicht entäußert hat. Der Darlehensnehmer hat das Darlehen mit Geldeingang beim Kreditvermittler somit nicht empfangen.<sup>367</sup> Ist, wie beschrieben, der Kreditvermittler für den Darlehensnehmer tätig, so wird die Valutierungspflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB mit Geldeingang beim Kreditvermittler erfüllt.

Bei der Abgrenzung kann auf die zu § 278 BGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, denn die Ausgangslage ist strukturell vergleichbar.<sup>368</sup> In beiden

---

<sup>364</sup> BGH, WM 83, 484, 485; BGH, WM 85, 596, 598; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 121; Staudinger / Hopt - Mülb<sup>12</sup>, § 607 Rn. 346; Diedrichs / Rixecker, WM Beilage Nr. 07/1985, S. 4; MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 46, der auch auf eine mögliche Pflichtverletzung des Darlehensgebers hinweist. Die Frage einer Pflichtverletzung berührt die Erfüllungswirkung nicht, weshalb hierauf nicht näher eingegangen wird.

<sup>365</sup> ebenda; vgl. auch: Schimansky u.a. / Lwowski - Wunderlich<sup>3</sup>, § 76 Rn. 145; Mülb<sup>12</sup>, JZ 92, 406

<sup>366</sup> s.o., 2. Teil A. IV. 2. c) aa)

<sup>367</sup> vgl. auch: BGH, LM § 907 Nr. 11, S. 3 ff; NJW 78, 2294, 2295 f; WM 85, 653 ff; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 488 Rn. 13; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 34; MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 46; Staudinger / Hopt - Mülb<sup>12</sup>, § 607 Rn. 346; Lammel, BB Beilage Nr. 08/1980, S. 6 f; vgl. zu früheren Rechtsansichten auch die Darstellung bei Scholz, MDR 77, 889 f

<sup>368</sup> vgl. auch, zur Zurechnung beim verbundenen Geschäft: Schäfer / Schwintowski, BankR, § 15 Rn. 152

Fällen geht es um eine reine Zurechnungsfrage: Wann ist es gerechtfertigt, ein Verhalten eines Dritten dem Rechtskreis einer Vertragspartei zuzurechnen?

Die einschlägige Rechtsprechung zur mittelbaren Darlehensvaluierung hat diese Parallelen aufgegriffen. Zur Begründung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft aus § 278 BGB hat sie ausschließlich auf die Interessenlage der Parteien an der Einbeziehung eines Kreditvermittlers abgestellt und die rechtlichen Beziehungen zum Dritten ausgeblendet.<sup>369</sup> Nach gefestigter Rechtsprechung zu § 278 BGB sind die einzelnen Tätigkeitsbereiche genau zu trennen und einzeln zu bewerten.<sup>370</sup> Für die vorzunehmende Abgrenzung ist maßgeblich, in wessen Interesse der Kreditvermittler bei der Darlehensvaluierung eingeschaltet wird. Unbeachtlich ist daher eine vorherige Tätigkeit des Kreditvermittlers für die andere Partei, etwa im Bereich der Vertragsanbahnung.<sup>371</sup>

## 5. Das Ergebnis der Untersuchung

Die Erfüllungsproblematik einer mittelbaren Darlehensvaluierung lässt sich nach den Wertungen des Gesetzes lösen. Zusätzliche Besonderheiten sind nicht zu beachten, so dass die systematischen Grundsätze aus dem Darlehens- und Erfüllungsrecht unverändert zusammengeführt werden können. Es hat sich gezeigt, dass die bisherigen Anforderungen diesen Grundsätzen zuzuordnen sind und zur Konkretisierung beitragen. Die herkömmlichen Problemstellungen bei Valuierung auf ein beim Darlehensgeber geführtes Konto oder die Darlehensauszahlung an einen Kreditvermittler stellen bei stetiger Anwendung dieser Grundsätze keine Herausforderung dar.

Im Ergebnis ergeben die aufgestellten Grundsätze auch in einem Drei-Personen-Verhältnis ein stimmiges Bild. Die für die mittelbare Darlehensgewährung maßgeblichen Rechtsbeziehungen lassen sich in der folgenden Grafik zusammenfassen:

---

<sup>369</sup> BGH, NJW 78, 2294, 2295 f; OLG Ffm, WM 80, 95, 97; OLG Ffm, WM 89, 1461, 1462

<sup>370</sup> BGH, Urteil vom 29.03.2003, XI ZR 201/02, S. 7 f; BGHZ 152, 331, 333; WM 00, 1685, 1686; WM 00, 1687, 1688; WM 92, 602 f; OLG Braunschweig (rk.), WM 98, 1223, 1229; OLG Köln, WM 02, 118, 122; OLG Karlsruhe, WM 01, 1210, 1215; OLG Koblenz (rk.), WM 03, 1228, 1233; Hennrichs, FS Kümpel, S. 254; sog. Trennungstheorie; vgl. auch: Stüsser, NJW 99, 1587

<sup>371</sup> BGH, NJW 78, 2294, 2295 f (s.o.: II. Teil A. IV. 1. b); OLG Ffm, WM 80, 95, 97; OLG Ffm, WM 89, 1461, 1462; Kessler, WuB I E 1. - 16.89, S. 2; ähnlich bereits: BGH, BGHZ, 47, 224, 231

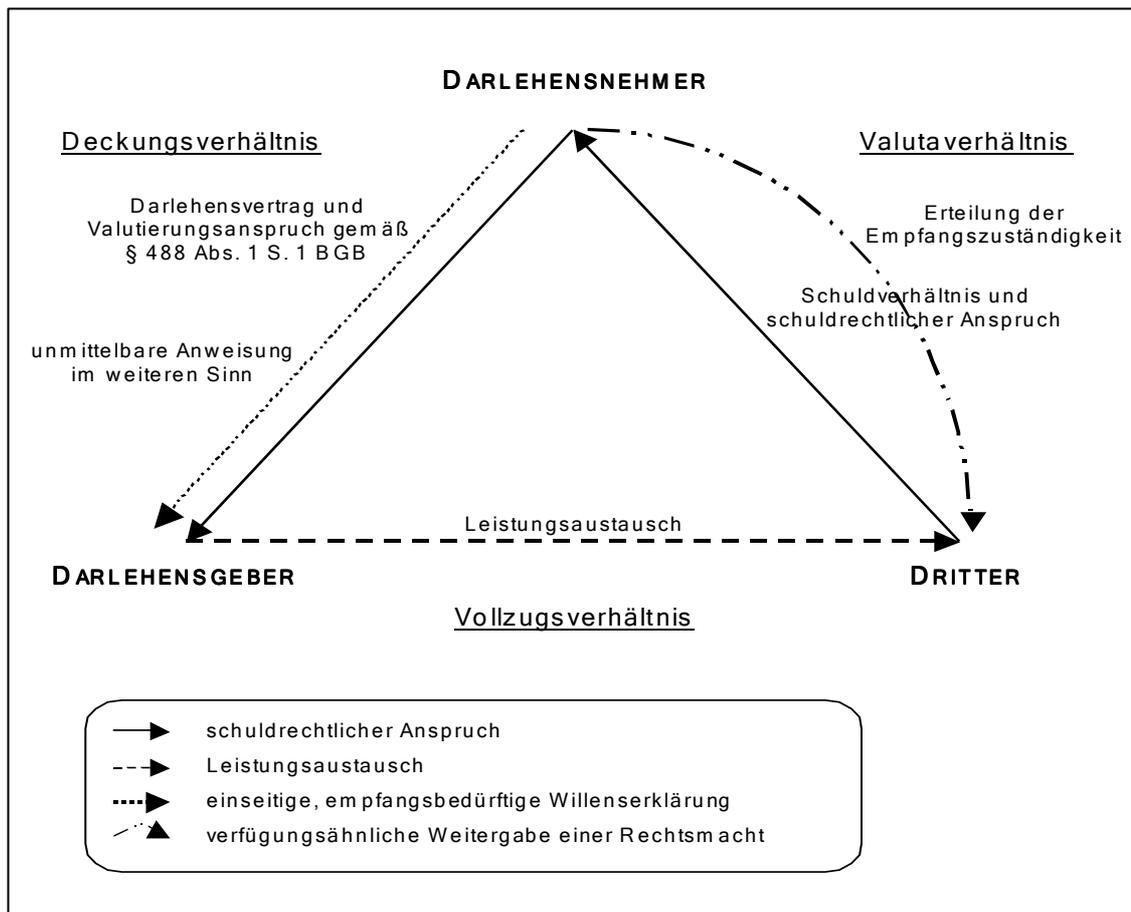


Abbildung 3: Das Leistungsdreieck der mittelbaren Darlehensvalutierung

Erfüllung im Wege der mittelbaren Darlehensbegebung liegt demnach vor, wenn der Darlehensgeber auf Anweisung des Darlehensnehmers das Darlehen in der Weise aus seinem Einflussbereich begibt, dass sich der Darlehensnehmer bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Valuta in irgendeiner Weise zu Nutzen machen kann und somit sein Vermögen eigentümerähnlich endgültig gemehrt ist. Konkret hat der Darlehensgeber mit Geldeingang beim Dritten seine Valutierungspflicht erfüllt, wenn dieser das Darlehen im Interesse des Darlehensnehmers empfängt. Er darf im Hinblick auf die Darlehensauszahlung nicht verlängerter Arm des Darlehensgebers sein. Positiv formuliert bedeutet dies, dass der Darlehensgeber das Darlehen auf Anweisung des Darlehensnehmers endgültig aus seiner Hand geben muss.

Zum besseren Verständnis ist es hilfreich, die innere Rechtfertigung für die zeitliche Vorverlagerung genauer zu betrachten. Wenn der Darlehensgeber eine vom gesetzlichen Leitbild abweichende Leistungshandlung vornimmt, ist es gerechtfertigt die Konsequenzen aus der Einbeziehung eines Dritten demjenigen Vertragspartner aufzuerlegen, dem dies nützlich ist.<sup>372</sup> Es liegt somit auf der Hand das Drei-Personen-

<sup>372</sup> vgl. auch oben, 1. Teil A. IV.

Verhältnis auf das ursprüngliche Zwei-Personen-Verhältnis zurückzuführen. Im Deckungsverhältnis ist dann der Dritte stets einem Vertragspartner zuzuordnen. Entscheidend ist damit der Grund, weshalb eine Erfüllung über das Dreieck erfolgt. Dies ist das Interesse der jeweiligen Vertragspartei. In der Interessenlage kommt zum Ausdruck, ob der Darlehensgeber das Darlehen aus der Hand gegeben hat und der Darlehensnehmer über die Valuta eigentümerähnlich verfügt.

Da zugleich zwingend eine Empfangsermächtigung des Dritten vorliegen muss, die nur der Darlehensnehmer erteilen kann, kann sich die Betrachtung alleine auf die Anweisung fokussieren. Nur durch die Erteilung der Anweisung greift der Darlehensnehmer aktiv in den Erfüllungsvorgang ein. Aus diesem Grunde muss sich dann in der Anweisung die entsprechende Interessenlage des Darlehensnehmers widerspiegeln. Zielt der Darlehensnehmer z.B. mit der auf der Anweisung beruhenden Drittleistung darauf ab, dass eine Schuld gegenüber dem Dritten getilgt wird, so gibt er kund, dass er mit einer Leistung an den Dritten einverstanden ist und der Darlehensgeber nichts Weiteres veranlassen muss als die Bewirkung der Leistung an den Dritten. Erteilt er dagegen nur die Anweisung, weil der Darlehensgeber etwa vor endgültiger Auszahlung Kreditsicherheiten fordert, so erfolgt dies nicht in seinem überwiegenden Interesse, sondern nur deshalb, weil er andernfalls keinen Darlehen erhalten würde.

Maßgeblich ist für die Beurteilung der Erfüllungswirkung der mittelbaren Darlehensgewährung - neben der tatsächlichen Bewirkung der Leistung an den Dritten durch den Darlehensgeber - damit die erteilte Anweisung.<sup>373</sup> Spiegelt sich in der Anweisung das Interesse des Darlehensnehmers an der Einbeziehung eines Dritten wider, so tritt mit Darlehensbegebung an den Dritten zugleich Erfüllung im Deckungsverhältnis ein. Die Bedeutung der zugrundeliegenden Anweisung des Darlehensnehmers hat der BGH bereits mit Urteil vom 13.04.1978 hervorgehoben und maßgeblich zur Begründung der Wirksamkeit der Darlehensvalutierung herangezogen.<sup>374</sup> Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass in dem entschiedenen Fall eine unwiderrufliche Anweisung vorlag.

In diesem Fall ist das Vermögen des Darlehensnehmers endgültig gemehrt. Eine zeitliche Vorverlagerung der Erfüllung ist deshalb gerechtfertigt. Bezogen auf das Darlehen ist die Anweisung daher ein Art „Vorabverfügung“: Mit der Anweisung verfügt der Darlehensnehmer in diesen Fällen frei über das Darlehen, denn er setzt zu diesem Zeitpunkt mittels Anweisung sein Forderungsrecht gegen den Darlehensgeber aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB ein. Mithin macht er sich bereits durch die Anweisung die Valuta wirtschaftlich wie ein Eigentümer zu Nutze. In einer Entscheidung des OLG Karlsruhe kommt gleichfalls zum Ausdruck, dass das Gericht wirtschaftlich die Dispositions-

---

<sup>373</sup> ähnlich Wallner, BKR 04, 368: „... ist die [An-] Weisung an einen Treuhänder wirksam, ist eine Empfangnahme des Darlehens durch den Darlehensnehmer nicht zu leugnen.“

<sup>374</sup> BGH, Urteil vom 13.04.1978, III ZR 125/76, NJW 78, 2294, 2295, s.o.: II. Teil A. IV. 1. b)

befugnis des Darlehensnehmers der Rechtsposition des Darlehensnehmers bei einer unmittelbaren Darlehensauszahlung gleichstellt. Aufgrund dieser rechtlichen Bewertung gelangt das erkennende Gericht zweifelsfrei zum Ergebnis, dass der Darlehensgegenstand dem Vermögen des Darlehensgebers zugeführt wird.<sup>375</sup> Erklärt der Darlehensnehmer sich dagegen mit einer Dritteistung einverstanden und erteilt die Anweisung, weil andernfalls kein Darlehensvertrag zustande kommen wird oder dies durch eine sonstige Interessenlage des Darlehensgebers motiviert ist, so verfügt er nicht frei über die Valuta. Hieran fehlt es gerade, wenn der Darlehensnehmer die Anweisung im weiteren Sinn nicht im Rahmen von § 183 BGB bzw. § 790 BGB analog frei widerrufen kann, sondern von Beginn an auf Betreiben des Darlehensgebers an die erteilte Empfangszuständigkeit gebunden ist. Da nämlich die Anweisung für den Darlehensgeber keine Erhöhung seines Risikos bedeutet,<sup>376</sup> macht die Unwideruflichkeit für ihn nur Sinn, wenn er ein übergeordnetes Interesse daran hat, dass gerade der Dritte als endgültiger Empfänger des Darlehens feststeht. Bei dieser Sachlage kann der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta nicht frei und ohne Einfluss durch den Darlehensgeber nutzen. Eine eigentümerähnliche Verwendung seines Anspruchs auf das Darlehen liegt im „Normalfall“ somit regelmäßig nicht vor, weshalb mit einer Dritteistung keine Erfüllung eintritt.

Im Ergebnis ist daher zumindest für den „Normalfall“ festzuhalten, dass für eine wirksame mittelbare Dritteistung entscheidend auf die Anweisung des Darlehensnehmers abzustellen ist. In ihr muss das Interesse des Darlehensnehmers an der Dritteistung zum Ausdruck kommen. Ist dies der Fall, so nutzt er seinen Auszahlungsanspruch frei. Gleich wie ein Eigentümer verfügt er somit über das Darlehen, so dass mit Geldeingang beim Dritten Erfüllung eintritt.

Ob diese Erkenntnisse auch für die besonderen Fallgestaltungen des verbundenen Geschäfts sowie des Gesellschaftsdarlehens bestanden haben, ist noch zu überprüfen.

---

<sup>375</sup> vgl.: OLG Karlsruhe (n.rk.), OLG Report Karlsruhe Stuttgart 05, 59, 61 (a.E.); vgl. auch Larenz, SR BT<sup>13</sup>, § 51 III, der im Hinblick auf die mittelbare Darlehensvalutierung entscheidend auf eine wirtschaftliche Gleichstellung von mittelbare und unmittelbarer Auszahlung abhebt. Ähnlich: EG-Kommission, Vorlagebeschluss des LG Bochum, EuGH Rs C-350/03, zum Empfang bei einer mittelbaren Darlehensvalutierung nach § 3 HWiG: ZBB 04, 69 ff, Rn. 35 sowie: Knott, WM 03, 54 (a.E.) und Lauer, BKR 04, 94

<sup>376</sup> s.o., II. Teil A. IV. 2. und 3.

## **B. Mängel im Deckungsverhältnis**

Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Anweisung im Drei-Personen-Verhältnis sind die Auswirkungen von Mängeln im Deckungsverhältnis auf die Erfüllungswirkung zu untersuchen. Bei der Darstellung ist zu differenzieren in Mängel, die den Darlehensvertrag betreffen und jene, die die Anweisung als solche betreffen.

### **I. Rechtsfolgen eines fehlerhaften Darlehensvertrags**

Die Rechtsfolgen eines fehlerhaften Darlehensvertrags sind im Drei-Personen-Verhältnis dieselben wie im „Normalfall“. Der Darlehensvertrag kann auf vielfältige Weise fehlerhaft sein. Wenn dieser Fehler so schwerwiegend ist, dass dies zur Unwirksamkeit des Vertrags führt, etwa wegen eines wucherähnlichen Geschäfts, durch Anfechtung oder sonstige Unwirksamkeitsgründe, so hat nach den allgemeinen Regelungen die Darlehensgewährung keinen Bestand. Es fehlt an der Causa, weshalb die Darlehensauszahlung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen regelmäßig im jeweiligen Leistungsverhältnis rückabzuwickeln ist. Dies gilt selbst, wenn sowohl Deckungs- und Valutaverhältnis unwirksam sind. Allerdings wird die Wirksamkeit der Darlehensauszahlung unmittelbar bei Vorliegen einer Fehleridentität betroffen; so bei Fehlen der Geschäftsfähigkeit einer der Vertragsparteien.<sup>377</sup>

Eine Rückabwicklung findet aber nur statt, wenn im Deckungsverhältnis geleistet wurde.<sup>378</sup> Ohne eine Leistung hat der Darlehensnehmer nichts erhalten, was er rückgewähren könnte. Er ist nicht bereichert. Dies ergibt sich auch daraus, dass in der Fallgestaltung, bei der die Drittleistung keine Erfüllungswirkung hat, das Darlehen den Vermögensbereich des Darlehensgebers nicht verlassen hat. Mithin hat er keine Vermögenseinbuße erlitten, die auszugleichen wäre.

Die Rückabwicklung der Darlehensbegebung über das Bereicherungsrecht zeigt auf, dass die Darlehensvalutierung als Leistungsakt entsprechend dem Abstraktionsprinzip nicht von der Unwirksamkeit des Darlehensvertrags per se betroffen ist. Eine wirksame Drittleistung wird deshalb nicht unwirksam, weil der zugrunde liegende Darlehensvertrag unwirksam ist. Mithin wird die Tatbestandsseite der mittelbaren Darlehensvalutierung von der Unwirksamkeit des Darlehensvertrags nicht unmittelbar betroffen. Sie hat „nur“ keinen dauerhaften Bestand. Zu welchem Zeitpunkt die Unwirksamkeit des Darlehensvertrags greift, ist deshalb unerheblich.

---

<sup>377</sup> vgl. auch oben, 2. Teil A. III. mwN

<sup>378</sup> MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 46 (a.E.)

## II. Rechtsfolgen einer mangelhaften Anweisung

Die mittelbare Darlehensvalutierung setzt zwingend eine Anweisung voraus. Nach den gewonnenen Erkenntnissen ist diese maßgeblich. Es stellt sich somit die Frage, welche Rechtsfolgen eine mangelhafte Anweisung nach sich zieht. Beispielsweise kann die Anweisung unbestimmt oder mit einem Irrtum behaftet sein.<sup>379</sup>

In Ermangelung einer wirksamen Anweisung fehlt es an der notwendigen Empfangsermächtigung des Dritten gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB. Eine fehlerhafte Anweisung, welche zur Unwirksamkeit führt, hat daher grundsätzlich zur Folge, dass eine Drittleistung keine schuldbefreiende Wirkung erzeugen kann: Der Darlehensgeber leistet an eine unzuständige Person.<sup>380</sup> Führt der Fehler dagegen nicht zur Unwirksamkeit der Anweisung im weiteren Sinn, ist die Erfüllungswirkung der mittelbaren Darlehensauszahlung nicht betroffen.<sup>381</sup>

Selbst wenn es an einer wirksamen Anweisung mangelt, kann diese gleichwohl nach Rechtsscheingrundsätzen zulasten des Darlehensnehmers als fortbestehend gelten. Dies lässt sich anhand der Verweisung in § 362 Abs. 2 BGB auf die strukturell vergleichbaren Grundsätze der Verfügungsmacht gemäß §§ 182 ff begründen.<sup>382</sup> Dort ist eine mögliche Rechtsscheinhaftung analog §§ 170 ff BGB anerkannt.<sup>383</sup> Entsprechend den allgemeinen Rechtsscheinhaftungsgrundsätzen muss aber ein Rechtsschein i.S.v. §§ 170 ff BGB analog vom Darlehensnehmer gesetzt werden.

In der Fallkonstellation der mittelbaren Darlehensvalutierung ist zu beachten, dass eine unmittelbare Anweisung im weiteren Sinne gegeben ist: Die Empfangszuständigkeit wird damit nicht dem Dritten als Ermächtigtem, sondern dem Darlehensgeber als Drittem i.S.v. §§ 170 ff BGB analog erteilt. Folglich ist die unmittelbare Anweisung im weiteren Sinn insoweit mit der Außenvollmacht vergleichbar. Grundlegend muss - damit die Empfangsermächtigung überhaupt als fortbestehend gilt - eine Empfangsvollmacht zumindest einmal gegenüber dem Darlehensgeber erklärt werden. Ein zulässiger Widerruf,<sup>384</sup> die Anfechtung oder sonstige Unwirksamkeitsgründe beeinträchtigen aufgrund von §§ 170 ff BGB analog solange nicht die Erfüllungswirkung einer ansonsten wirksamen mittelbaren Darlehensvalutierung, bis der Darlehensgeber die Unwirksamkeit kennt, etwa weil ihm gegenüber der Widerruf oder die Anfechtung erklärt wird, oder er die Gründe hierfür kennen muss.

---

<sup>379</sup> ausführlich zu den Fehlermöglichkeiten: Staudinger / Gursky (2004), Vorbem zu §§ 182 ff Rn. 44 ff

<sup>380</sup> BGH, BGHZ 50, 227, 231; NJW 77, 38, 39; NJW 80, 42, 43; OLG Nürnberg (n.rk.), NJW 04, 2838, 2839; MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 33; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Rohe, § 488 Rn. 16; BGB -RGRK / Ballhaus<sup>12</sup>, § 607 Rn. 7; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 607 Rn. 123; Staudinger / Hopt - Mülb<sup>12</sup>, § 607 Rn. 345

<sup>381</sup> vgl. auch: Staudinger / Hopt - Mülb<sup>12</sup>, § 607 Rn. 325

<sup>382</sup> s.o., 1. Teil A. III. 2.

<sup>383</sup> statt vieler: Soergel / Leptien<sup>13</sup>, § 182 Rn. 10; MK / Schramm<sup>5</sup>, § 182 Rn. 12 f

<sup>384</sup> s.o., 1. Teil B. II. 4.

Diese Wertung ist gerechtfertigt, da es sich bei der Anweisung im weiteren Sinne um eine einseitige Willenserklärung des Darlehensnehmers handelt. Es kommt daher auf seinen mit der unmittelbaren Anweisung geäußerten Willen an. Umstände, die zur Unwirksamkeit der Anweisung im weiteren Sinne führen können, kennt alleine der Darlehensnehmer und hat diese zu verantworten. Ausschließlich in seinem Einflussbereich liegt es, den Darlehensgeber hierüber zu unterrichten. Somit muss er das Risiko tragen, wenn der Darlehensgeber auf den Fortbestand der ihm erteilten Anweisung im weiteren Sinn vertraut und die mittelbare Darlehensauszahlung scheinbar anweisungsgemäß vollzieht. Erst wenn der Darlehensgeber nicht in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der Anweisung schutzwürdig ist, weil er die Fehlerhaftigkeit der Anweisung kennt oder kennen muss, ist eine Risikoverlagerung gerechtfertigt.

Schließlich ist bei Vorliegen einer unwirksamen Anweisung im weiteren Sinne an eine Genehmigung durch den Darlehensnehmer gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 2 1. Alt. BGB oder eine sonstige Heilungsmöglichkeit gemäß § 185 Abs. 2 BGB zu denken.<sup>385</sup> Im Fokus steht hier die Möglichkeit einer konkludenten Genehmigung. Eine solche setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft als verbindlich zu betrachten.<sup>386</sup> Dies gilt auch, wenn dem Erklärenden ein Erklärungsbewusstsein fehlt. Erforderlich ist, dass der Äußernde fahrlässig nicht erkannt hat, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden konnte und dass der Empfänger es tatsächlich auch so verstanden hat.<sup>387</sup>

Eine unwirksame Anweisung hat folglich nicht stets Einfluss auf die mittelbare Darlehensvaluierung. Sie wirkt sich auf die mittelbare Darlehensauszahlung im Ergebnis nur aus, falls nicht ausnahmsweise gemäß den Rechtsscheinhaftungsgrundsätzen nach §§ 170 ff BGB analog die Anweisung als fortbestehend gilt oder eine nachträgliche Genehmigung oder sonstige Heilung i.S.v. § 185 Abs. 2 BGB gegeben ist. Ist die Anweisung allerdings unwirksam, mangelt es an der Empfangszuständigkeit des Dritten i.S.v. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Mängel im Deckungsverhältnis nicht zwingend zum Scheitern der Erfüllung führen. Ist der Darlehensvertrag betroffen ist, wird ein Mangel im Wege der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung korrigiert. Der eigentliche Erfüllungsvorgang der mittelbaren Darlehensvaluierung bleibt davon unberührt. Bei einer fehlerhaften Anweisung dagegen, wenn dieser zu ihrer

---

<sup>385</sup> ausdrücklich für Fälle der Drittleistung: BGH, BGHZ 109, 171, 174 ff; WM 97, 1658, 1659

<sup>386</sup> BGH, BGHZ 159, 294, 304; WM 04, 1227, 1229; WM 04, 1221, 1226; WM 04, 372, 375; WM 04, 21, 24; WM 02, 1273, 1275; WM 96, 2230, 2232; BGHZ 47, 341, 351 f; vgl. auch statt vieler: Soergel / Leptien<sup>13</sup>, § 182 Rn. 7 ff; MK / Schramm<sup>5</sup>, § 182 Rn. 10 sowie § 177 Rn. 27

<sup>387</sup> BGH, WM 02, 1273, 1275; BGHZ 109, 171, 177

Unwirksamkeit führt, fehlt es dem Grunde nach an einer wirksamen Empfangs-  
ermächtigung des Dritten gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB. Letztendlich verbleibt hier  
nur eine Heilung nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 170 ff BGB analog. Bleibt  
die Unwirksamkeit der erteilten Anweisung dennoch beachtlich, so scheitert jeder  
Versuch einer mittelbaren Darlehensvalutierung an der fehlenden Empfangszu-  
ständigkeit des Dritten nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB.

### **III. Teil: Besondere Fallgruppen der mittelbaren Darlehensvalutierung**

Im nachfolgenden III. Teil der Arbeit wird untersucht, ob bei speziellen Anwendungsfällen der mittelbaren Darlehensauszahlung aufgrund einer anweisungsgemäßen Leistung des Darlehensgebers an den Dritten eine wirksame Valutierung i.S.v. §§ 362 ff BGB gegeben ist.

Im Blickpunkt stehen dabei Rechtsbereiche, die gegenwärtig aufgrund neuerer Rechtsprechungsentwicklungen Gegenstand der aktuellen Diskussion sind. Sowohl beim verbundenen Geschäft als auch beim konzerninternen Cash-Management wird in den Fachpublikationen das Hauptaugenmerk auf die Rechtsfolgenseite gelegt und äußerst kontrovers diskutiert. Die Tatbestandsseite der mittelbaren Darlehensvalutierung wird dagegen weitgehend ausgeblendet. Gleichwohl verdient dieser Aspekt gesonderte Aufmerksamkeit, weil die mittelbare Darlehensvalutierung die Grundlage des tatsächlichen Leistungsaustauschs bildet.

Konkret stellt sich - verkürzt - die Frage, ob die Fallgruppen eine andere Beurteilung der eben gefundenen Grundsätze einer mittelbaren Darlehensvalutierung<sup>388</sup> erfordern.

#### **A. Die Darlehensauszahlung im Rahmen eines verbundenen Geschäfts**

Nachdem die grundsätzlichen Fragen der wirksamen mittelbaren Darlehensgewährung in einem Drei-Personen-Verhältnis geklärt sind, hat der II. Zivilsenat in zwei Urteilen vom 14.06.2004<sup>389</sup> bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts i.S.v. § 9 VerbrKrG (§ 358 Abs. 3 BGB n.F.) ausnahmsweise einen Darlehensempfang abgelehnt. Die Entscheidungen werfen die Frage auf, ob die Eigenheiten eines verbundenen Geschäfts eine andere Beurteilung der mittelbaren Valutierungsfrage rechtfertigen: Ist eine Abweichung vom Grundsatz der dezentralen Risikoverteilung sach- und interessengerecht? Ist es somit notwendig den Grundsatz der Abstraktheit von Deckungs- und Valutaverhältnis auf Tatbestandsseite zu durchbrechen?

Ausgehend von der rechtshistorischen Entwicklung und der Normierung des verbundenen Geschäfts werden nachfolgend die wesentlichen Besonderheiten des verbundenen Geschäfts herausgestellt, um die angesprochene Rechtsprechung einer kritischen Würdigung unterziehen zu können. Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf den finanzierten Abzahlungskauf, weil dieser dem Gesetzgeber bei der Normierung des verbundenen Geschäfts als Leitbild gedient hat<sup>390</sup> und gerade beim Konsumgüterkauf vor dem Hintergrund der Ausgliederung und Übertragung der Finanzierungs-

---

<sup>388</sup> s.o.: II. Teil, insbesondere A. IV. 6.

<sup>389</sup> vgl. BGH, II ZR 393/02, BGHZ 159, 294; II ZR 407/02, WM 04, 1536, 1540

<sup>390</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 12 und 23 f; vgl. auch die Materialiensammlung bei Seibert, S. 91 ff, bei Franz, Anhang, S. 408 ff sowie bei Bülow / Artz<sup>6</sup>, VerbrKrR, § 491 Rn. 1 ff

tätigkeit auf eigene (Konzern-)Institute eine wirtschaftlich bedeutende Rolle einnimmt. Beispielhaft für diese Entwicklung sind die „Autobanken“ anzuführen.<sup>391</sup>

### I. Die Besonderheiten beim verbundenen Geschäft

Im Gegensatz zu dem im II. Teil behandelten „Normalfall“ einer mittelbaren Darlehensvalutierung werden die beteiligten Parteien beim verbundenen Geschäft nicht auf Betreiben des Darlehensnehmers zusammengeführt und zufällig miteinander verbunden. Die Grundstrukturen der Leistungsbeziehungen finden sich gleichwohl wieder. Der monetäre Leistungsaustausch findet ausschließlich im Vollzugsverhältnis ohne Beteiligung des Darlehensnehmers statt. Allerdings hat der Darlehensnehmer sich das Darlehen nicht „auf eigene Faust“ verschafft, sondern die Verbindung im Vollzugsverhältnis beruht auf einer planmäßigen Zusammenarbeit von Darlehensgeber und Dritten, der beim finanzierten Abzahlungskauf zugleich der Verkäufer ist. Die Zusammenarbeit kann im Extremfall soweit gehen, dass der Darlehensnehmer keinerlei Kenntnis vom Darlehensgeber hat, weil sich dieser zur Anbahnung und Abwicklung des Darlehensvertrags ausschließlich der Tätigkeit des Dritten bedient.<sup>392</sup> Mithin ist für das verbundene Geschäft die planmäßige Zusammenarbeit von Darlehensgeber und Drittem kennzeichnend. Allerdings ist eine vertragliche Verbindung zwischen Darlehensgeber und Drittem in keinem Fall zwingend.<sup>393</sup>

---

<sup>391</sup> Beispielsweise entfiel im Geschäftsjahr 2004 vom operativen Ergebnis der Volkswagen AG in Höhe von Mio. € 1.620 auf die Finanzdienstleistungssparte (einschließlich Europcar) ein Anteil von Mio. € 926. Bei der DaimlerChrysler AG trug die Finanzdienstleistungsaktivitäten einen Anteil von Mio. € 1.187 zum Gesamtgewinn für das Geschäftsjahr 2004 von Mio. € 2.466 bei, obwohl hier Belastung aus dem Engagement Toll Collect in Höhe von Mio. € 472 anfielen. Allgemein zur wirtschaftlichen Bedeutung des finanzierten Abzahlungsgeschäfts vgl. die Darstellung bei Franz, S. 60 ff und bei MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 6. Zu Finanzinstituten außerhalb der „Autobanken“ auch: Seibert, § 9 VerbrKrG Rn. 2

<sup>392</sup> vgl. auch: Medicus, SR BT<sup>14</sup>, § 94 I. 3. Rn. 295

<sup>393</sup> statt vieler: Palandt / Grüneberg<sup>67</sup>, § 358 Rn. 19

Es verbleibt daher beim bisherigen Leistungsdreieck wie es im Ausgangsfall aufgezeichnet wurde:

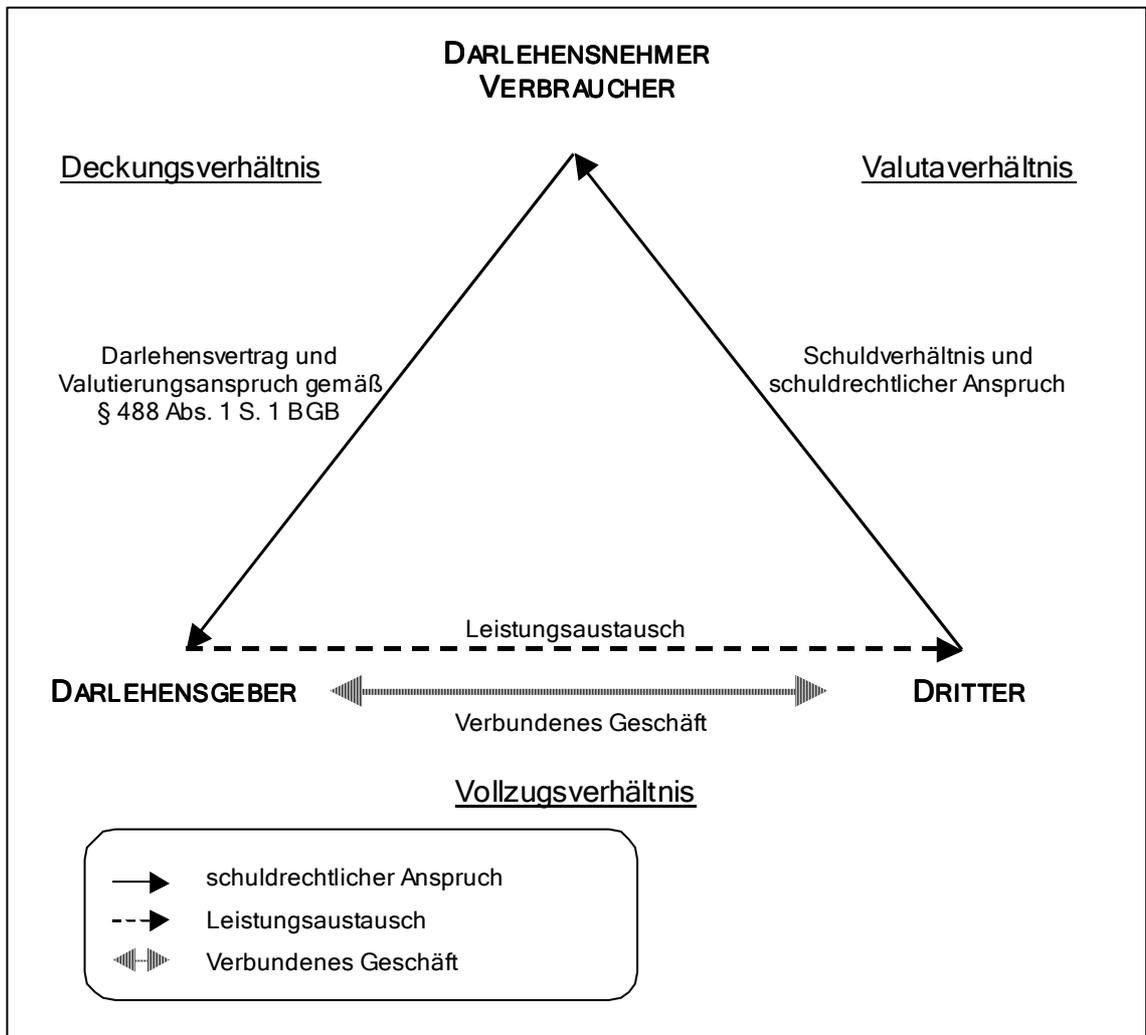


Abbildung 4: Das maßgebliche Leistungsdreieck beim verbundenen Geschäft

## II. Die gesetzlichen Regelungen zum verbundenen Geschäft

Nach Inkrafttreten des SMG ist das verbundene Geschäft jetzt in §§ 358 und 359 BGB normiert, wobei § 358 BGB neben der Widerrufserstreckung und den Rechtsfolgen eines Widerrufs in Abs. 3 den Grundtatbestand des verbundenen Geschäfts definiert. § 359 BGB regelt den Einwendungsdurchgriff bei verbundenen Verträgen und gewährt dem Verbraucher ein Leistungsverweigerungsrecht.

### 1. Die Kodifikation des verbundenen Geschäfts

#### a) Nationales Recht

##### *aa) Die Rechtsprechung zum AbzG*

Die Ursprünge des verbundenen Geschäfts gehen auf eine langjährige Rechtsprechung zum ehemaligen AbzG zurück. Das AbzG trat bereits vor der Kodifikation des BGB im Jahre 1894 in Kraft. Im Zuge mehrfacher Novellierungen bekam es ein moderneres Gesicht, das sich hauptsächlich dem Verbraucherschutz verschrieben hat.<sup>394</sup> Das AbzG war nach § 1 AbzG nur auf die Finanzierung beweglicher Sachen bei einem Kaufvertrag durch den Verkäufer anwendbar, wobei in § 6 AbzG ein Umgehungsverbot enthalten war. Im Kern beschränkte sich das AbzG - trotz § 6 AbzG - auf eine bilaterale Absatzfinanzierung.<sup>395</sup> Finanzierte Abzahlungskäufe werden daher nicht erfasst, denn sie stellen keinen Kaufvertrag mit Teilzahlungsabrede, sondern ein Bargeschäft dar, welches durch einen Dritten finanziert wird.<sup>396</sup>

Zur Erfassung dieser neueren Entwicklung etablierte die Rechtsprechung auf Basis von § 242 BGB i.V.m. § 6 AbzG das Rechtsinstitut des verbundenen Geschäfts.<sup>397</sup> Ausgangspunkt ist die grundsätzliche Anerkennung der Selbständigkeit der jeweiligen Rechtsbeziehungen durch die Rechtsprechung.<sup>398</sup> Daraus resultiert im Verhältnis zum Darlehensnehmer / Käufer die Verdoppelung der Vertragsverhältnisse<sup>399</sup> und damit die Erweiterung des Risikobereichs des Darlehensnehmers, welches als Aufspaltungsrisiko bezeichnet wird. So kann etwa beim ursprünglichen Ratenkauf i.S. des AbzG der

---

<sup>394</sup> Häuser / Soergel<sup>12</sup>, vor § 1 VerbrKrG Rn. 1; Dauner-Lieb, S. 28 und 34 ff; Franz, S. 27 f, ausführlich zur Entwicklung des AbzG und seines Schutzzwecks: Pechtold, S. 7 ff; Dauner-Lieb, S. 82 ff, dieselbe, WM Beilage Nr. 6/1991, S. 7 ff

<sup>395</sup> statt vieler: Graf von Westphalen u.a. / Emmerich<sup>2</sup>, § 9 VerbrKrG Rn. 8

<sup>396</sup> vgl. statt vieler: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 3; Seibert, § 9 VerbrKrG Rn. 1 und Franz, S. 28. Darauf fußt die Kritik am Begriff des finanzierten Abzahlungskauf der zuerst genannten Autoren.

<sup>397</sup> Zu den Grundlagen der Rechtsprechung zum AbzG ausführlich: Pagendarm, WM 67, 434 ff

<sup>398</sup> sog. Trennungstheorie, std. Rspr.; vgl.: BGH, BGHZ 3, 257, 259; 20, 36, 41; 47, 207, 209 f; 47, 217, 219 f; 47, 233, 236 ff; 47, 253, 254 f; 57, 112, 114; 66, 165, 168; 83, 301, 303 f; 91, 338, 339; 95, 350, 352; LM § 6 AbzG Nr. 28, S. 3; NJW 87, 1813, 1814; NJW 87, 1698, 1700; NJW 92, 2560, 2562; WM 00, 1287, 1288; offen gelassen in: BGH, BGHZ 22, 90, 94;

<sup>399</sup> vgl. Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 23 sowie: Claussen, NJW 93, 565, die zu Recht die Betonung auf die Verdoppelung der Vertragsverhältnisse legen, da hierdurch - und nicht durch die Verdoppelung der Gläubiger - die Risikoerweiterung begründet wird.

Käufer bei Leistungsstörungen die Zahlung der Kaufpreistraten aufgrund der allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften verweigern. Dagegen kann er beim finanzierten Abzahlungsgeschäft aufgrund der rechtlichen Trennung und der relativen Wirkung schuldrechtlicher Einwendungen nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht verweisen. Ebenso erstreckt sich ein Widerruf des Kaufvertrags nicht per se auf das Darlehen, so dass der Darlehensnehmer zwar zur Rückabwicklung des Kaufvertrags berechtigt ist, andererseits aber an den Darlehensvertrag gebunden ist. Infolge der Rückabwicklung des Kaufvertrags ist der Darlehensnehmer, sofern in der Zwischenzeit keine Verkäufersinsolvenz eingetreten ist<sup>400</sup> - dieses Risiko ist gleichfalls Folge der Verdoppelung der Vertragsverhältnisse - zwar in der Lage die Valuta vorzeitig zurückzuführen, die gezahlten Kreditkosten sind dagegen verloren.<sup>401</sup> Darüberhinaus ist er dem Darlehensgeber zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung verpflichtet.

Die Folgen der Verdoppelung der Vertragsverhältnisse sind für sich genommen nicht systemwidrig. Dies zeigt gerade der oben betrachtete „Normalfall“, bei welchem der Darlehensnehmer eigenständig die Finanzierung des Drittgeschäfts sicherstellt.<sup>402</sup> Das Aufspaltungsrisiko tritt daher nicht zusätzlich in Erscheinung, sondern entspringt den grundsätzlichen Wertungen des Gesetzes und ist deshalb regelmäßig nicht zu beanstanden.<sup>403</sup> Würde der Käufer beim finanzierten Abzahlungsgeschäft das Aufspaltungsrisiko tragen, so stünde er zwar schlechter als ein Ratenkäufer, gleichwohl würde er nur dieselben Risiken tragen wie ein Barkäufer. Der Vergleichsmaßstab bildet also der Abzahlungs- und nicht der Barkauf.<sup>404</sup> Das Aufspaltungsrisiko kommt aber dann zum Tragen, wenn an sich ein Kaufvertrag mit Teilzahlungsabrede vorgesehen, aber nicht realisiert wird, sondern statt dessen die Finanzierung des Kaufgegenstandes mittels eines eigenständigen Darlehensvertrags vollzogen wird. Bei diesem Verständnis wird das Aufspaltungsrisiko zu Recht lediglich als „*die gesetzlich vorgesehenen Konsequenzen der Wahl eines bestimmten Vertragstyps*“ bezeichnet.<sup>405</sup>

Die Gleichstellung mit dem Abzahlungskäufer und damit die Privilegierung des Darlehensnehmers / Käufers gegenüber dem „Normalfall“ bedarf einer gesonderten Rechtfertigung. In Abgrenzung zum „Normalfall“, bei dem sich der Darlehensnehmer

---

<sup>400</sup> Dieses Risiko ist nicht zu vernachlässigen. Gerade bei der viel diskutierten Rückabwicklung gescheiterter Immobilienerwerbe (sog. Schrottimmobilien) und Immobilienfondsbeteiligung war die Verkäufersinsolvenz Ursache unzähliger Rechtstreitigkeiten. Schätzungen gehen von einem volkswirtschaftlichen Schaden in Milliardenhöhe aus, vgl. EG-Kommission, ZBB 04, 69 Rn. 1; Schäfer, BKR 05, 98

<sup>401</sup> statt vieler: Schimansky u.a. / Lwowski - Münscher<sup>3</sup>, § 81 Rn. 534

<sup>402</sup> s.o., II. Teil

<sup>403</sup> s.o., II. Teil, A. III. und B; in diesem Sinn auch: Dauner-Lieb, S. 99; dieselbe, WM Beilage Nr. 06/1991, S. 12

<sup>404</sup> Fuchs AcP 99 (1999), S. 334

<sup>405</sup> Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 06/1991, S. 12 ff; dieselbe, S. 99 ff. Hierauf stützt sich ihre Kritik an der dogmatischen Begründung der Verlagerung des Aufspaltungsrisiko auf das Finanzinstitut. Diese beruht auf der Haftung der Banken aus c.i.c. wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht und somit auf einer unzureichender Information des Käufers. Eine Aufklärung und damit eine Kompensation sei nicht sachgerecht.

das Darlehen „auf eigene Faust“ besorgt und sich den Darlehensgeber aussucht, fordert die Rechtsprechung eine wirtschaftliche Einheit zwischen Darlehensgeber und Verkäufer, welche Ausdruck der planmäßigen und bezweckten Zusammenarbeit ist.<sup>406</sup> Bei Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit wurden die nachteiligen Folgen aus der Aufspaltung des finanzierten Abzahlungskaufs in zwei rechtlich selbständige Verträge durch die Rechtsprechung beseitigt, da hiermit die Möglichkeit eines Einwendungsdurchgriffs<sup>407</sup> und der Widerrufserstreckung<sup>408</sup> verbunden war. Zielrichtung der Rechtsprechung war daher beim finanzierten Abzahlungskauf stets die Gleichstellung des Darlehensnehmers / Käufers mit der Rechtsposition des Käufers, die er bei unmittelbarer Geltung des AbzG einnimmt: Er soll vom Aufspaltungsrisiko befreit werden.<sup>409</sup> Wird dieser Schutzzweck bereits auf andere Weise erreicht, findet die Rechtsfigur des verbundenen Geschäfts keine Anwendung.<sup>410</sup>

Die von der Rechtsprechung verfolgte Trennungstheorie von Darlehensvertrag einerseits und Kaufvertrag andererseits fand in der Literatur ein geteiltes Echo. Neben grundsätzlicher Zustimmung<sup>411</sup> gab es Ablehnung und Befürwortung einer einheitlichen Betrachtungsweise.<sup>412</sup> Indessen kann vorliegend der Theorienstreit aus zwei Gründen offen bleiben. Einerseits geht das Gesetz in §§ 358, 359 BGB erkennbar von der rechtlichen Trennung beider Verträge aus<sup>413</sup> und zum anderen ist der Meinungsstreit für die Frage nach der wirksamen Darlehensvalutierung und damit für die Rückzahlungsverpflichtung des Darlehensnehmers nicht entscheidungserheblich. Dies zeigt der Vergleich bei Vorliegen eines reinen Abzahlungsgeschäfts, also eines zweiseitigen Kaufvertrags mit Ratenzahlung. Selbst bei einem einheitlichen Lösungsansatz ist bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung der Darlehensnehmer / Käufer stets zur Zahlung des Kaufpreises, wenn auch in Raten einschließlich etwaiger Finanzierungskosten, verpflichtet. Andernfalls würde der Käufer besser als bei Vorliegen eines bilateralen Rechtsgeschäfts stehen. Aber auch bei Leistungsstörungen in einer dreiseitigen Vertragsbeziehung stünde dem Käufer / Darlehensnehmer aufgrund der allgemeinen

---

<sup>406</sup> statt vieler: BGH, BGHZ 3, 257, 259; 47, 233, 237 f; 47, 253, 255 ff, insbesondere 256 f; 83, 301, 304 ff, WM 00, 1287, 1288

<sup>407</sup> std. Rspr., vgl. BGH, WM 00, 1287, 1288 mwN

<sup>408</sup> vgl. BGH, BGHZ 57, 112, 114 f; 66, 165, 168

<sup>409</sup> std. Rspr.; vgl.: BGH, BGHZ 3, 357, 359; 22, 90, 94 f und 100; 47, 207, 210; 47, 217, 220; 47, 233, 237 und 240 f; 57, 112, 114; 66, 165, 168; 83, 301, 304; 95, 350, 352; auch für eine gesamtschuldnerische Haftung: BGH, BGHZ 91, 37, 44 ff; in diesem Sinn auch statt vieler: OLG Köln (rk.), ZIP 95, 21, 22; Münstermann / Hannes, § 9 Rn. 460

<sup>410</sup> exemplarisch: BGH, BGHZ 57, 112, 114 f; 66, 165, 168

<sup>411</sup> Staudinger / Hopt - Mühlert<sup>12</sup>, vor §§ 607 ff, Rn. 404 mwN; Canaris, BankR<sup>2</sup>, Rn. 1394 ff und, FS Larenz (1973), S. 838 ff; Fuchs AcP 178 (1978), S. 315 ff; Esser, FS Kern, S. 107 ff; nunmehr mit Nuancierung und Betonung der strukturellen Trennung von Teilfunktionen in Esser / Weyers, SR BT<sup>8</sup>, § 9 III. 2. a); grundsätzlich zustimmend: Larenz, FS Michaelis, S. 212 ff; wohl auch: Dauner-Lieb, S. 59 f FN 116

<sup>412</sup> Gernhuber, FS Larenz (1973), S. 469 ff und 476 ff, Vollkommer, FS Larenz (1973), S. 712 ff; derselbe, FS Merz, S. 603 ff, der nachdrücklich einen Abschied von der Trennungstheorie fordert (S. 610); neuerdings: Heermann, Erwerbsgeschäfte, S. 50 ff; derselbe, AcP 200 (2000), S. 14 ff; derselbe, § 24 I 4 Rn. 6 ff sowie Füller, DZWIR 00, 410 ff, die für eine Lösung über ein trilaterales Synallagma plädieren.

<sup>413</sup> statt vieler: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 14 und Seibert, § 9 VerbrKrG Rn. 4

schuldrechtlichen Regelungen regelmäßig nur ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Das Entstehen der Zahlungsverpflichtung ist bei Erhalt des Kaufgegenstands i.S.v. § 433 Abs. 1 BGB somit nicht tangiert.<sup>414</sup>

*bb) Die Kodifikation im Verbraucherkreditgesetz*

Das Verbraucherkreditgesetz normiert erstmals das Rechtsinstitut des verbundenen Geschäfts in § 9 VerbrKrG. Abs. 1 enthält die Definition des verbundenen Geschäfts, Abs. 2 regelt die Widerrufserstreckung und Abs. 3 erfasst den Einwendungsdurchgriff. Nur insoweit sind die beiden Verträge rechtlich miteinander verbunden.<sup>415</sup> Hieraus ergibt sich auch, dass der Gesetzgeber der Trennungstheorie gefolgt ist.<sup>416</sup>

Der Gesetzgeber beruft sich bei der Kodifikation des verbundenen Geschäfts ausdrücklich auf die Rechtsprechung und betont deren Umsetzung.<sup>417</sup> Insoweit knüpft der Gesetzgeber an die aufgezeigte Entwicklung an,<sup>418</sup> stellt jedoch den Darlehensvertrag in den Mittelpunkt. Hinsichtlich der Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts sind, in Abkehr zur bisherigen Rechtsprechung, lediglich objektive Verbindungselemente zwischen Dritten ausschlaggebend.<sup>419</sup> Mit der Kodifikation des verbundenen Geschäfts und den zwingenden Rechtsfolgen in Abs. 2 und 3 ist die dogmatisch fragwürdige Begründung der Abwälzung des Aufspaltungsrisikos entfallen. Eine Kompensation im Wege einer hinreichenden Aufklärung des Verbrauchers über die rechtliche Aufspaltung ist nicht mehr denkbar.<sup>420</sup> Das Grundanliegen der Rechtsprechung zum AbzG, den Verbraucher vor dem Aufspaltungsrisiko zu bewahren, bleibt allerdings tragender Gedanke der Kodifikation.<sup>421</sup> Die Normierung des verbundenen Geschäfts in § 9 VerbrKrG dient im Ergebnis damit der Begrenzung des Aufspaltungsrisikos.

---

<sup>414</sup> in diesem Sinn auch: Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 06/1991, S. 13; dieselbe, S. 100, die hervorhebt, dass sich das Aufspaltungsrisiko erst bei Leistungsstörungen des finanzierten Geschäft realisiert.

<sup>415</sup> Palandt / Grüneberg<sup>67</sup>, § 358 Rn. 19; Fuchs AcP 99 (1999), S. 322

<sup>416</sup> s.o., III. Teil A. II 1 a) aa)

<sup>417</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 12 und 23 f

<sup>418</sup> statt vieler: Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 9 VerbrKrG Rn. 7, 12, und 19; Seibert, § 9 VerbrKrG Rn. 1 ff; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.202; str. vgl. auch: Staudiner / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 15 und 27 mwN

<sup>419</sup> statt vieler: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 27; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 15 Rn. 150

<sup>420</sup> statt vieler: MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 24; Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 06/1991, S. 13; Bülow / Artz<sup>6</sup>, VerbrKrR, § 495 Rn. 256 mit Relativierung in Rn. 259

<sup>421</sup> vgl.: BT-Drucks. 11/5462, S. 23; BGH, BGHZ 131, 66, 72 f; ZIP 01, 2124, 2126; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 9 VerbrKrG Rn. 1, 4 und 6; Graf von Westphalen u.a. / Emmerich<sup>2</sup>, § 9 VerbrKrG Rn. 14 ff; Lwowski u.a. / Lwowski<sup>2</sup>, § 9 VerbrKrG, I; Münstermann / Hannes, § 9 VerbrKrG Rn. 460 ff; Schimansky u.a. / Lwowski<sup>2</sup>, § 81 Rn. 112; Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 6/1991, S. 5; Martis, S. 93 f; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), Einl. zu §§ 491 Rn. 15 und 18; Bülow / Artz<sup>6</sup>, VerbrKrR, Einf. Rn. 27; Pechtold, S. 54 und 124; Münscher, WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 4.01, S. 4; Habersack ZHR 156 (1992), S. 57; Fuchs, AcP 99 (1999), S. 334 f; Westermann, ZIP 02, 199 und 247 f

*cc) Die Novellierung durch das SMG*

Mit der Neufassung des BGB durch das SMG wurde auch das VerbrKrG in das BGB integriert. Ausweislich der amtlichen Begründung wird keine Änderung der geltenden Rechtslage, sondern eine weitere Vereinheitlichung der Rechtsfolgen bei Verbraucherverträgen angestrebt.<sup>422</sup> Das hier interessierende verbundene Geschäft ist jetzt in § 358 Abs. 3 BGB geregelt und enthält die Zusammenfassung von § 9 Abs. 1 VerbrKrG, § 4 FernAbsG und § 6 TzWrG, ohne deren Inhalt verändern zu wollen.<sup>423</sup>

Die Integration des verbundenen Geschäfts in das BGB sowie die Berücksichtigung von § 4 FernAbsG und § 6 TzWrG gelang jedoch nicht reibungslos, sondern brachte auch inhaltliche Neuerungen mit sich,<sup>424</sup> welche aber das verbundene Geschäft in seiner Grundstruktur einschließlich seinen Voraussetzungen nicht berühren.<sup>425</sup> Ebenso wurde § 358 Abs. 3 S. 3 BGB durch das OLG-VertÄndG neu eingefügt.<sup>426</sup> Wegen des grundsätzlich inhaltlichen Fortbestands des VerbrKrG bleibt indessen der Schutz vor dem Aufspaltungsrisiko tragendes Element der Regelungen von §§ 358, 359 BGB.<sup>427</sup>

Ebenso hat die Vereinheitlichung der Vorschriften zum verbundenen Geschäft keine Auswirkung. So enthält § 4 FernAbsG eine Regelung zur Widerrufserstreckung, die den Verbraucher zur Loslösung berechtigt, ohne dass für den Darlehensvertrag Zinsen oder Kosten anfallen. Entsprechend kann sich der Verbraucher gemäß § 358 Abs. 4 S. 2 BGB nur bei Widerrufsübung nach § 358 Abs. 1 BGB, also nicht bei Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrags gemäß § 358 Abs. 2 BGB, entschädigungslos vom Darlehensvertrag lösen. Nach Abs. 2 ist die Widerrufserstreckung gerade auf die Drittfinanzierung anzuwenden. Voraussetzung ist auch hier das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit, welche entsprechend der Definition zu § 9 Abs. 1 VerbrKrG ausgestaltet ist. Dagegen ist ein Einwendungsdurchgriff nicht im FernAbsG vorgesehen. Somit gehen die Regelungen des FernAbsG zum verbundenen Geschäft lediglich hinsichtlich der entschädigungslosen Widerrufsmöglichkeit über die bisherige Regelung in § 9 VerbrKrG hinaus. Diese in § 358 Abs. 4 S. 2 BGB übernommene Vorschrift ist aber auf den Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrags nicht anwendbar. Mithin sind die Vor-

---

<sup>422</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 200 f

<sup>423</sup> ebenda, S. 201

<sup>424</sup> ausführlich: Habersack, BKR 01, 75 ff; Bülow, NJW 02, 1145 ff; allgemein: Frings, VuR 02, 390 ff; wobei nach Köndgen, WM 01, 1646 und MK / Schürnbrand<sup>5</sup>, vor § 491 Rn. 10, diese nicht wesentlich sind. Überblick bei Artz, VuR 01, 391 ff, der die Verpflichtung zum Wertersatz gemäß §§ 358 Abs. 4, 357 Abs. 3 S. 1 BGB massiv kritisiert, S. 394 a.E.; hierzu auch: Bülow / Artz<sup>5</sup>, VerbrKrR, § 495 Rn. 197 ff.

<sup>425</sup> Habersack, BKR 01, 75

<sup>426</sup> Zur Änderung durch das OLG-VertÄndG, insbesondere zu § 358 Abs. 3 S. 3 BGB: BT-Drucks. 14/9266, S. 44 ff; Artz, BKR 02, 603 ff; Koch, NZM 02, 801 ff sowie Tonner, BKR 02, 856 ff

<sup>427</sup> Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 23; Bülow / Artz<sup>5</sup>, VerbrKrR, Einf. Rn. 8 f und 16 sowie § 495 Rn. 234, MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 1; MK / Schürnbrand<sup>5</sup>, vor § 491 Rn. 32; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 358 Rn. 2; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Möller, § 358 Rn. 2 und § 359 Rn. 1 f; Palandt / Grüneberg<sup>67</sup>, § 358 Rn. 1; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 15 Rn. 136 und 146; Kümpel, BankR<sup>3</sup>, Rn. 5.195; Wallner, BKR 04, 370; derselbe, BKR 03, 95 und 98; Sauer / Wittemann, Jura 05, 14; Wolf / Großerichter, WM 04, 1996 f; Becher, BKR 02, 932; Lenenbach, BKR 04, 503; Schäfer, JZ 04, 260

schriften zum verbundenen Geschäft durch das SMG die bis dato für den Verbraucher-  
kreditvertrag geltende Vorschrift des § 9 VerbrKrG nicht erweitert worden.

## b) Europarechtliche Vorgaben

Die VerbrKr-RL trifft in Art. 11 eine Regelung, die Rechtsfigur des verbundenen  
Geschäfts aufgreift, indessen nicht gezielt regelt.<sup>428</sup> Gemäß Art. 11 Abs. 1 VerbrKr-RL  
ist der Verbraucher vor Beeinträchtigungen aus der Finanzierungstätigkeit auf das  
finanzierte Drittgeschäft zu schützen. Diese Vorgabe entspricht der bisherigen Rechts-  
lage.<sup>429</sup> Mithin postuliert Art. 11 Abs. 1 VerbrKr-RL die Trennungstheorie. Art. 11 Abs. 2  
VerbrKr-RL sieht unter bestimmten, objektiven<sup>430</sup> Bedingungen die Möglichkeit eines  
Einwendungsdurchgriffs vor, da die Geltendmachung von Rechten aus dem finan-  
zierten Vertrag gegenüber dem Darlehensgeber eine Leistungsstörung des finanzierten  
Geschäfts voraussetzt, Art. 11 Abs. 2 S. 1 d) VerbrKr-RL. Die konkrete Ausgestaltung  
bleibt nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 VerbrKr-RL gleichwohl den Mitgliedsstaaten vorbehalten.  
Die Voraussetzungen gemäß Art. 11 Abs. 2 S. 1 VerbrKr-RL ähneln damit denjenigen,  
die zur wirtschaftlichen Einheit entwickelt wurden, bleiben aber hinter dem bisherigen  
Schutzstandard zurück.<sup>431</sup> Somit kommt in Art. 11 VerbrKr-RL grundsätzlich der Ge-  
danke zum Ausdruck, den Verbraucher vor dem Aufspaltungsrisiko zu bewahren.<sup>432</sup>

Die in § 358 BGB geregelte Widerrufserstreckung ist in der VerbrKr-RL bisher nicht  
enthalten. Eine solche Regelung sieht der Vorschlag zur Änderung der VerbrKr-RL in  
Art. 11 vor, welcher an das Widerrufsrecht der FDL-FernAbs-RL<sup>433</sup> angepasst ist.<sup>434</sup>  
Ebenso enthält die Neuregelung eine Konzeption des verbundenen Kreditvertrags in  
Art. 19, der dem Verbraucher das Recht gibt im Falle des Widerrufs eines Dritt-  
geschäfts auch den damit zusammenhängenden Kreditvertrag zu widerrufen.<sup>435</sup> Aus-  
weislich des Wortlauts und der jeweiligen Begründung gehen die vorgeschlagenen  
Änderungen aber nicht über das in §§ 358, 359 BGB geregelte Schutzniveau hinaus.

Im Ergebnis haben die Vorgaben der VerbrKr-RL auf den normativen Ansatz des  
verbundenen Geschäfts keinen maßgeblichen Einfluss. Vielmehr unterstreichen sie die

---

<sup>428</sup> in diesem Sinn auch: Fuchs AcP 99 (1999), S. 307; Bungereth, WM 04, 1510; Knott, WM 03, 51;  
ausführlich zu den europarechtlichen Vorgaben: Scholz, MDR 88, 730 ff

<sup>429</sup> Scholz, MDR 88, 733

<sup>430</sup> statt vieler: MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 24 und 37; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 27

<sup>431</sup> Staudinger - Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 17; Franz, S. 49 mwN; Scholz, MDR 88, 733; Wallner,  
BKR 04, 368

<sup>432</sup> Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 16; Bülow / Artz<sup>5</sup>, VerbrKrR, Einf. Rn. 8 f und § 495 Rn. 234;  
vgl. auch: BT-Drucks. 11/5462, S. 12 und 23

<sup>433</sup> Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, 2002/65/EG, auch sog. Distanzrichtlinie II

<sup>434</sup> vgl.: Geänderter Vorschlag der Kommission vom 28.10.2004, KOM (2004) 747 endgültig; vgl. auch den  
ursprünglicher Kommissionsvorschlag vom 11.09.2002, KOM (2002) 443 endgültig; hierzu auch die  
konsolidierte Fassung in: WM 05, 1194 ff sowie die Darstellungen von: MK / Schürnbrand<sup>5</sup>, vor § 491  
Rn. 19 ff; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), Einl. zu §§ 491 ff Rn. 4 und Kaiser, VuR 02, 385 ff

<sup>435</sup> Geänderter Vorschlag der Kommission vom 28.10.2004, KOM (2004) 747 endgültig, Anm. 3 und 4.3.2;  
vgl. auch die konsolidierte Fassung in: WM 05, 1194 ff

Schutzkonzeption der Regelungen zum verbundenen Geschäft. Inhaltliche Änderungen ergeben sich bislang nur dadurch, dass die VerbrKr-RL für die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts einen objektiven Maßstab vorschreibt.<sup>436</sup>

Die FernAbs-RL<sup>437</sup> enthält in Art. 6 Abs. 4 S. 1 eine dem § 4 FernAbsG entsprechende Vorschrift, wonach der Verbraucher bei Widerruf des finanzierten Geschäfts entschädigungslos von den Rechtsfolgen des Verbraucherkredits freizustellen ist. Eine gleichlautende Regelung sieht die Timesharing-RL<sup>438</sup>, Art. 7 S. 1 und die FDL-FernAbs-RL, Art. 6 Abs. 7 S. 2, vor. Den Mitgliedstaaten bleibt auch hier die Ausgestaltung vorbehalten. Somit geht das Schutzniveau nur geringfügig über die Regelung zu § 9 VerbrKrG hinaus, hat aber gemäß § 358 Abs. 4 S. 2 BGB für den Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrags keine Auswirkung. Demnach beeinflussen die weiteren Richtlinienvorgaben die nationale Rechtslage bei Darlehensverträgen nicht.

Die HWi-RL<sup>439</sup> enthält nach ihrem Wortlaut keine Regelung zum verbundenen Geschäft.<sup>440</sup> Aufgrund der Vorlagenbeschlüsse zum EuGH durch das LG Bochum<sup>441</sup> und das OLG Bremen<sup>442</sup> wird in der Literatur<sup>443</sup> diskutiert, ob wegen einer europarechtlichen Auslegung Art. 5 HWi-RL Verbundregelungen zu entnehmen sind.<sup>444</sup> In den Schlussanträge<sup>445</sup> sieht der Generalanwalt allerdings keinen Raum für eine erweiternde Auslegung, da die HWi-RL eindeutig ist<sup>446</sup> und keine Vorschrift enthält, auf welche man sich zweckdienlicherweise berufen könnte.<sup>447</sup> Ebenso sehen sowohl die EG-Kommission als auch die Bundesregierung in ihren Stellungnahmen keinen Anlass, im Zusammenhang mit § 3 HWiG den Darlehensempfang bei einer mittelbaren Darlehensvalutierung anders zu bewerten.<sup>448</sup> Auf der anderen Seite wird eine freie Verfügung des

---

<sup>436</sup> statt vieler: MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 24, 37; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 15 Rn. 150 mwN

<sup>437</sup> Fernabsatzrichtlinie, 97/7/EG, auch sog. Distanzrichtlinie I

<sup>438</sup> Timesharing-RL, Richtlinie 94/47/EG vom 26.10.1994

<sup>439</sup> Haustürwiderrufsrichtlinie, Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985

<sup>440</sup> Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 19; Hoffmann, ZIP 04, 54; derselbe, ZIP 05, 1986; Paefgen, WuB I G. 5. - 11.04, S. 3; derselbe, WuB IV D. § 3 HWiG 2.03, S. 4; Rott, VuR 03, 412

<sup>441</sup> LG Bochum, ZIP 03, 1437; vgl. auch die unmittelbare Reaktion des XI. Zivilsenats: Beschluss vom 23.09.2003, XI ZR 325/02, WM 03, 2186 f und Beschluss vom 16.09.2003, XI ZR 447/02, NJW 04, 153 f

<sup>442</sup> OLG Bremen, ZIP 04, 1253

<sup>443</sup> vgl. etwa: Hoffmann, ZIP 04, 49 ff; Wagner / Lürken, DStR 04, 242 f; Reiter / Methner, BKR 04, 169 ff; Westermann, ZfIR 03, 680 f; Edelmann, BKR 04, 172 ff; Paefgen, WuB IV D. § 3 HWiG 2.03, S. 3 f; derselbe, WuB I G. 5. 11.04, S. 3 f; Lange, EWIR 03, § 1 HWiG a.F. 5/03; zu den Beschlüssen des BGH: Reich, EWIR 04, Art. 5 RL 85/577/EWG 1/04; Schmidt-Kessel, WuB IV D. § 3 HWiG 1.04, S. 2 ff

<sup>444</sup> ausführlich zur richtlinienkonformen Auslegung: Ehrlicke, ZIP 04, 1025 ff; Rott, VuR 03, 409 ff; Roth, JZ 04, 529 ff sowie Habersack, WM 00, 981 ff und derselbe / Mayer, JZ 99, 913 ff

<sup>445</sup> EuGH GA, ZIP 04, 1946 ff; hierzu: Kulke, S. 1 ff; Schwintowski, VuR 04, 440 ff; auch: EG-Kommission, ZBB 04, 69 ff und Bundesregierung, ZBB 04, 161 ff; EuGH GA, VuR 05, 259 ff; hierzu: Reifner, VuR 05, 263 ff; Knops, VuR 05, 251 ff; Piegsa, AG-Report 05, 387; Müller-Ibold / Käseberg, WM 05, 1592 ff

<sup>446</sup> EuGH GA, ZIP 04, 1946, 1950, Rn. 95

<sup>447</sup> EuGH GA, VuR 05, 259, 261, Rn. 52

<sup>448</sup> EuGH GA, VuR 05, 259, 261, Rn. 47; EG-Kommission, ZBB 04, 69 ff, Rn. 35 sowie Bundesregierung, ZBB 04, 161 ff, Rn. 50 ff; vgl. auch: BGH, WM 04, 620, 623, welche die Ausgangsentscheidung des XI. Zivilsenats zum Vorlagebeschluss des OLG Bremen darstellt; hierzu ebenso etwa: Bülow, WuB I G 5. - 7.04, S. 4 und Reich, FS Derleder, S. 134 f; Die Ausführungen betreffen indessen die Rechtsfolgenseite nach Widerruf bzw. die Mangelhaftigkeit der Anweisung, hierzu: s.o., II. Teil B. II.

Verbrauchers über die Valuta und damit den Darlehensempfang abgelehnt, weil es an einer mangelnden Zurechnung der Anweisung fehle. Diese sei in der Fallkonstellation zum einen wegen des Verstoßes des Treuhandvertrags gegen das RBerG und zum anderen wegen des Widerrufs des Darlehensvertrags nichtig.<sup>449</sup> Diese Ausführungen betreffen indessen die Rechtsfolgenseite nach Widerruf bzw. die Mangelhaftigkeit der Anweisung.<sup>450</sup> Bezogen auf die Tatbestandsseite wird grundsätzlich einen wirksamen Darlehensempfang nicht abgelehnt.<sup>451</sup>

Dies wird nunmehr durch die ergangenen Entscheidungen des EuGH ausdrücklich bestätigt. Nach Ansicht des EuGH enthält die HWi-RL, anders als die VerbrKr-RL, keine Regelung zum verbundenen Geschäft. Auch begründe die HWi-RL keine Grundlage für die Annahme, dass es stillschweigende derartige Vorschriften gibt. Gleichwohl könne das nationale Recht eigenständige Regelungen vorsehen.<sup>452</sup>

Zweifel am Empfang der Darlehensvaluta ergeben sich nach Ansicht des EuGH nicht. Auch unter Berücksichtigung der HWi-RL bestehen keine Bedenken, wenn das Kreditinstitut auf Weisung des Verbrauchers unmittelbar die Valuta an den Dritten, hier den Verkäufer der Immobilie, ausbezahlt hat. Hierin liege ein Empfang der Valuta, denn auch mit dem Darlehensbetrag konnte der Verbraucher das Eigentum an der Immobilie erwerben.<sup>453</sup> Der EuGH führt also explizit aus, dass eine mittelbare Darlehensvalutierung auf Weisung des Verbrauchers zum Empfang der Valuta führt. Der EuGH folgt damit auch dem hier vertretenen Trennungsprinzip von Deckungs- und Valutaverhältnis.

Im Übrigen hätten selbst anerkennende Urteile zu keiner Erweiterung der Grundkonzeption des verbundenen Geschäfts geführt, da in beiden Verfahren der Anwendungsbereich der Verbundregelungen streitig ist, nicht aber deren grundsätzlicher Regelungsgehalt. Wenn dennoch eine andere Risikoordnung befürwortet wird, beruht dies auf den Besonderheiten der Widerrufsregelungen, nicht aber auf dem eigentlichen Schutzbereich der Regelungen zum verbundenen Geschäft.<sup>454</sup> Unabhängig hiervon betreffen die Verfahren zudem die Widerrufsfolgen nach der HWi-

---

Bezogen auf die Tatbestandsseite lehnt aber auch Knops grundsätzlich einen wirksamen Darlehensempfang nicht ab, ebenda.

<sup>449</sup> Knops, VuR 05, 253

<sup>450</sup> s.o.: II. Teil B. II.

<sup>451</sup> Knops, VuR 05, 253

<sup>452</sup> EuGH, WM 05, 2079, 2084, Rn. 76, 80; WM 05, 2086, 2089, Rn. 48; zustimmend: Derleder, BKR 05, 444; Ehrlicke, ZBB 05, 445 und 460; Staudinger, NJW 05, 3522; Käseberg / Richter, EuZW 06, 48; Hoffmann, ZIP 05, 1986; kritisch: Fischer, DB 05, 2509

<sup>453</sup> EuGH, WM 05, 2079, 2085, Rn. 85; WM 05, 2086, 2089, Rn. 48; insofern kritisch: Derleder, BKR 05, 445; Fischer, DB 05, 2510; aA: BGH, 12.12.2005, II ZR 327/04, Rn. 30 ([www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de))

<sup>454</sup> Auf die nachfolgenden, ergänzenden Anmerkungen wird verwiesen, III. Teil A. II. 2. Vgl. auch: Hoffmann, ZIP 04, 53; Wagner / Lürken, DStR 04, 243; so auch: EuGH, WM 05, 2079, 2083, Rn. 52; Staudinger, NJW 05, 3523

RL und somit Rückabwicklungsfragen.<sup>455</sup> Die Tatbestandsseite wird dagegen nicht berührt.

### c) Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzuhalten, dass das innerstaatliche Recht im Bereich des verbundenen Geschäfts bereits das maßgebliche Schutzkonzept geprägt hat. Mit der Umsetzung der VerbrKr-RL in Form des VerbrKrG sind die diesbezüglichen europarechtlichen Vorgaben berücksichtigt worden, da das VerbrKrG eine Widerrufserstreckung vorgesehen hat. Einen weiteren Einfluss, insbesondere auf das Grundanliegen der Kodifikation des VerbrKrG - den Schutz des Verbrauchers vor dem Aufspaltungsrisiko - haben die Richtlinien nicht. Aufgrund des Gestaltungsermessens des Gesetzgebers bleiben die national staatlich entwickelten Regelungen prägend.

Auch nach der Neufassung des verbundenen Geschäfts in §§ 358, 359 BGB bleibt das zum AbzG entwickelte Schutzkonzept tragend. Der Darlehensnehmer / Verbraucher soll durch die Trennung der an sich einheitlichen Vertragsbeziehung in zwei rechtlich selbständige Verträge vor der Verdoppelung seiner Vertragsverhältnisse geschützt werden. Durch die Kodifikation wurde eine gesetzliche Rechtfertigung geschaffen, so dass der beschwerliche Weg einer dogmatischen Begründung über eine Aufklärungspflichtverletzung entbehrlich geworden ist.

## 2. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen

Ausgehend vom Trennungsprinzip verfolgen die Regelungen zum verbundenen Geschäft das Ziel, die negativen Folgen für den Verbraucher aus der Aufspaltung in zwei rechtliche selbständige Verträge auszugleichen.<sup>456</sup> Dies zeigt sich auch am Eintritt des Darlehensgebers in die Pflichtenstellung des Dritten bei der Rückabwicklung nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB, weil so die Verdoppelung der Vertragsverhältnisse aufgehoben wird.<sup>457</sup> Die Regelungen des verbundenen Geschäfts greifen aber erst dann ein, wenn Leistungsstörungen auftreten, da sich hierbei regelmäßig erst das Aufspaltungsrisiko realisiert.<sup>458</sup> Im Übrigen entspricht dies auch Art. 11 Abs. 2 S. 1 b) VerbrKr-RL.

Bisher hat der BGH, und gerade der II. Zivilsenat, zu Recht festgehalten, dass das VerbrKrG und jetzt §§ 358, 359 BGB nicht vor allen Folgen fehlerhafter Kapitalanlagen schützt und den Verbraucher, der eine Finanzierung in Anspruch nimmt, nicht in allen Belangen gegenüber dem Barzahler privilegiert. Der Verbraucher ist nur vor dem Insolvenzrisiko des Dritten zu schützen, denn es ist Teil des Aufspaltungsrisikos,

---

<sup>455</sup> in diesem Sinne jetzt auch: Staudinger, NJW 05, 3524 und 3525

<sup>456</sup> s.o., III. Teil A. II 1 a); vgl.: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 14; Edelmann, BKR 05, 396

<sup>457</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 24

<sup>458</sup> s.o., III. Teil A. II 1 a); vgl. auch: Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 6/1991, S. 13; dieselbe, S. 100; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 359 Rn. 19; jüngst: OLG Schleswig, ZIP 05, 1127, 1129

weshalb es in den Schutzbereich der Regelungen zum verbundenen Geschäft fällt.<sup>459</sup> Das Anlagerisiko, also das Risiko, dass die Darlehensverwendung eine rentable Investition darstellt, hat der Verbraucher nach bisheriger Rechtsprechung zu Recht selbst zu tragen,<sup>460</sup> da er die Investition selbst auswählt.<sup>461</sup> Er setzt das Darlehen bewusst zur Finanzierung des Drittgeschäfts ein. Wenn sich dann die Anlage aus Verbrauchersicht nachträglich als fehlerhaft erweist, realisiert sich darin das jeder Investition innewohnende Anlagerisiko.<sup>462</sup> Mithin ist das Anlagerisiko Teil des allgemeinen Risikobereichs jedes Darlehensnehmers.<sup>463</sup> Das entspricht der Risikoverteilung beim „Normalfall“, wonach der Darlehensnehmer das Verwendungsrisiko selbst trägt.<sup>464</sup> Die Ausnahme für Spekulationsgeschäfte gemäß § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB spricht ebenfalls für eine derartige Begrenzung. So wurde § 3 Abs. 4 S. 2 VerbrKrG erst zum 01.05.1993 durch das Bauhandwerkersicherungsgesetz eingefügt um die

---

<sup>459</sup> s.o., III. Teil A. II 1 a)

<sup>460</sup> BGH, 21.07.03, II ZR 387/02, BGHZ 156, 46,55 f; Dieses Urteil stellte zum damaligen Zeitpunkt die Rückabwicklung gescheiterter Immobilienfondsbeteiligungen auf eine neue Grundlage; vgl. hierzu die zahlreichen Kommentierung, etwa: Tiedtke, EWIR 04, § 705 BGB 1/04; Tonner, WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 2.03, S. 3 f; Fischer, DB 03, 2062 ff; Bülow, WM 04, 1257 ff; Schäfer, JZ 04, 258 ff; Hahn / Brockmann, VuR 04, 173 ff sowie Bälz, FS Raiser, S. 615 ff; so bereits: BGH, BGHZ 3, 373, 376 zur allgemeinen Kaufkraftentwicklung und zum Konjunkturrisiko; vgl. auch BGH, WM 04, 620, 623

<sup>461</sup> Zu zugeben ist, dass sich eine andere Fragestellung ergibt, wenn der Verbraucher hinsichtlich des Drittgeschäfts bei der Willensbildung beeinträchtigt wird und dieses daher nicht mehr als Ausdruck seiner freien Entscheidung gewertet werden kann. Insbesondere wenn dem Verbraucher aufgrund der HWiG-RL nach Art. 5 ein Widerrufsrecht zu steht, ist vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 2 HWiG-RL zu überdenken, ob nicht wegen dieses Schutzbereichs der Verbraucher von den Folgen gänzlich frei zu stellen ist und somit auch dem Verbraucher das Anlagerisiko nicht auferlegt werden kann. Diese Überlegungen basieren allerdings nicht auf dem Schutzbereich, der durch das verbundene Geschäft eröffnet wird, sondern auf jenem der HWiG-RL; vgl. jetzt auch: Derleder, BKR 05, 446 f. Wie bereits in III. Teil A. II. 1 b) angesprochen, ist dies Gegenstand zweier Vorlagebeschlüsse zum EuGH; vgl. jetzt: EuGH, WM 05, 2079, 2083, Rn. 52. Es wird auf das dort aufgeführte Schrifttum verwiesen. Vgl. auch die Ausführungen von: Knops, VuR 05, 259 und Möller / Lutz, VuR 05, 81 ff, die insbesondere bei Fehlen eines Widerrufsrechts es nicht für sachgerecht erachten, dem Verbraucher das Anlagerisiko abzunehmen (S. 91 unten) sowie: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 29 mwN; ähnlich bereits: Strube, BKR 02, 942 f sowie zur alten Rechtslage, abstellend auf das Verschulden aufgrund der geschäftsimmanente Risikoübernahme bei einer Investitionsentscheidung: Claussen, NJW 93, 566 f. Bei konsequenter Weiterentwicklung des zuletzt genannten Ansatzes fehlt es bei einer beeinflussten Entscheidung an einer verschuldensbegründenden Risikoübernahme, weshalb es gerechtfertigt sein kann, das Spekulationsrisiko zu verlagern. Im neueren Schrifttum wird ähnlich, jedoch mit umgekehrten Vorzeichen, mit einem Schuldvorwurf argumentiert. Aus dem Versäumnis der Widerrufsbelehrung wird ein Schuldvorwurf konstruiert, mit der Folge dass der Darlehensgeber keinen Anspruch auf eine marktgerechte Verzinsung erheben kann und nur den finanzierten Gegenstand anstelle des Darlehens herauszugeben hat, vgl. z.B.: Rott, VuR 03, 413 f; Reiter / Methner, BKR 04, 171 mwN; vgl. - jedoch nur zur Verzinsung - neuerdings: EuGH GA, VuR 05, 259, 263, Rn. 76 ff; zustimmend: Reiter / Methner, VuR 05, 284 f; Piegsa, AG-Report 05, 388; ablehnend: Müller-Idold / Käseberg, WM 05, 1594 ff bestätigt durch: EuGH, WM 05, 2079, 2085 f, Rn. 97 ff; WM 05, 2086, 2089, Rn. 48; ähnlich: Derleder, EWIR 05, 838; ausführlich: Hoffmann, ZIP 05, 1988 ff. Die neuere Rechtsprechung des II. Senats am BGH folgt inzwischen im Wesentlichen diesem Weg; vgl. Nobbe, WM Beilage Nr. 1/2007

<sup>462</sup> instruktiv auch: EuGH, WM 05, 2079, 2083, Rn. 52; jetzt auch: Nobbe, WM Beilage Nr. 1/2007, S. 28

<sup>463</sup> Bülow / Artz<sup>5</sup>, VerbrKrR, § 495 Rn. 340; MK / Westermann<sup>3</sup>, § 607 Rn. 59; derselbe, ZIP 02, 248; Habersack ZHR 156 (1992), S. 57 und 62 ff; Bungenroth, WM 04, 1505; Pap / Sauer, ZfIR 02, 526 ff; Münscher, WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 4.01, S. 4; Claussen, NJW 93, 566; Edelmann, WuB IV D. § 3 HWiG 1.03, S. 3; derselbe, BKR 04, 172

<sup>464</sup> s.o., I. Teil A. IV. und II. Teil A. IV. 3. ff

Möglichkeit einer Kursrisikoverlagerung auf das Finanzinstitut auszuschließen.<sup>465</sup> Die Änderung dient damit zugleich der Verhinderung von Missbräuchen. Aus denselben Gründen sieht auch der Vorschlag zur Änderung der VerbrKr-RL in Art. 11 Abs. 3 für die Rückabwicklung eine Verzinsungspflicht vor.<sup>466</sup>

Es ist daher zutreffend, wenn der BGH wegen des Anlagerisikos davon spricht, dass der Verbraucher durch das verbundene Geschäft gegenüber einem Barkäufer nicht privilegiert werden soll.<sup>467</sup> Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese Normen durch die Befreiung des Verbrauchers vom Aufspaltungsrisiko stets zu einer Privilegierung des Verbrauchers gegenüber dem Barkäufer, also dem „Normalfall,“ führen.<sup>468</sup>

Wenn allerdings der Verbraucher besser gestellt wird als der Abzahlungskäufer, wird der Schutzbereich des verbundenen Geschäfts verlassen. Dieses Phänomen wird auch als Aufspaltungsvorteil bezeichnet. Zu Recht hat in diesen Fällen die Rechtsprechung zum AbzG dem Darlehensnehmer den Schutz versagt.<sup>469</sup> Für eine weitergehende Risikoverlagerung fehlt es in diesen Fällen an einer (gesetzlichen) Rechtfertigung.<sup>470</sup> Mithin gelangen die Regelungen zum verbundenen Geschäft nur dann zur Anwendung, wenn sich gerade die Realisierung das dem verbundenen Geschäft innewohnende Aufspaltungsrisiko abzeichnet.

### 3. Zwischenergebnis

Nach wie vor geht es bei den Regelungen zum verbundenen Geschäft im Kern um die Frage, ob durch die Aufspaltung eines an sich aus Sicht des Verbrauchers einheitlichen Lebensvorgangs in zwei rechtlich selbständige Verträge der Verbraucher vor diesem Aufspaltungsrisiko zu schützen ist.

Bei dieser Sachlage haben die von der Rechtsprechung zum AbzG entwickelten Grundsätze im Wesentlichen weiterhin Geltung. Die europarechtlichen Vorgaben, insbesondere jene der VerbrKr-RL einschließlich der eingebrachten Änderungsvor-

---

<sup>465</sup> Art. 2a Nr. 1 b) cc), BT-Drucks. 12/4526 S. 13; davor haben sich bereits aufgrund der ratio legis gegen einen Anwendung des verbundenen Geschäfts auf Spekulationsgeschäft ausgesprochen: Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 6/1991, S. 18; Habersack, ZHR 156 (1992), S. 61; Claussen, NJW 93, 566

<sup>466</sup> Geänderter Vorschlag der Kommission vom 28.10.2004, KOM (2004) 747 endgültig, Begründung zu Art. 11; vgl. auch EuGH GA, VuR 05, 259, 263, Rn. 73

<sup>467</sup> BGH, BGHZ 156, 46, 55 f

<sup>468</sup> s.o., III. Teil A. II 1 a); vgl. auch: Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 6/1991, S. 12; dieselbe, S. 99 f; Fuchs AcP 99 (1999), S. 334

<sup>469</sup> BGH, BGHZ 57, 112, 115; 66, 165, 168; vgl. zum VerbrKrG auch: BGHZ 131, 66, 74

<sup>470</sup> Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 359 Rn. 19; Schimansky u.a. / Lwowski - Münscher<sup>3</sup>, § 81 Rn. 547 ff; Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 6/1991, S. 5; Claussen, NJW 93, 566 f; Wolf / Großerichter, WM 04, 1697; Becher, BKR 02, 932; Wallner, BKR 04, 370, derselbe, BKR 04, 98; Schäfer, JZ 04, 260, derselbe, DStR 04, 1617; derselbe, BKR 05, 103, der aber auf die Besonderheiten bei der Rückabwicklung bei Anwendung der Grundsätze der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei gescheiterter Immobilienfondsbeteiligungen hinweist, die zu einer anderen Beurteilung führen können. Hierzu auch: Westermann, ZIP 02, 189 ff und 240 ff; Hahn / Brockmann, VuR 02, 164 ff; Lenenbach, WM 04, 501 ff; Bälz, FS Raiser, S. 615 ff

schläge, beeinflussen insoweit die nationalen Regelungen nicht weiter, da das deutsche Recht ein höheres Schutzniveau aufweist. Wie aufgezeigt, verfolgen die untersuchten Richtlinien für den Verbraucherdarlehensvertrag auch keinen anderweitigen Schutzzweck. Soll der Verbraucher das Recht haben sich entschädigungslos vom Darlehensvertrag lösen zu können, so greift diese Vorgabe nicht bei Widerruf des Darlehensvertrags ein, § 358 Abs. 4 S. 2 BGB.

Ebenso beruht die - bei gescheiterten Immobilien(fonds)finanzierungen - diskutierte Frage, wie die Rückabwicklung der Vertragsverhältnisse nach Widerruf aufgrund des HWiG zu vollziehen ist, nicht auf den Verbraucherschutzüberlegungen des verbundenen Geschäfts. Die Frage der Widerrufsfolgen ist aufgrund des dort geregelten Schutzbereichs zu bestimmen und bedarf hier nicht der näheren Erörterung.

Im Ergebnis soll der Verbraucher nicht schlechter stehen als ein Abzahlungskäufer. Nach der Konzeption von §§ 358, 359 BGB geschieht dies dadurch, dass erst bei Leistungsstörungen der Anwendungsbereich eröffnet ist. Dieser enge Ansatz ist gerechtfertigt, weil die Regelungen zum verbundenen Geschäft den Verbraucher gegenüber dem „Normalfall“ privilegieren und daher eine gesonderte Rechtfertigung bedürfen. Ein Aufspaltungsvorteil des Verbrauchers soll nicht ermöglicht werden, weshalb der Verbraucher das einer Investition innewohnende Anlagerisiko selbst zu tragen hat.

Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden zu klären, ob und inwieweit die Regelungen zum verbundenen Geschäft die Unwirksamkeit einer mittelbaren Darlehensvalutierung, so der BGH in seinen zwei Entscheidungen vom 14.06.2004,<sup>471</sup> rechtfertigen.

---

<sup>471</sup> vgl. BGH, II ZR 393/02, BGHZ 159, 294; II ZR 407/02, WM 04, 1536

### III. Die wirtschaftliche Einheit beim verbundenen Geschäft

Die Rechtfertigung zur Anwendung des verbundenen Geschäfts liegt in der Zusammenfassung von Deckungs- und Valutaverhältnis zu einer wirtschaftlichen Einheit beschrieben. Die gesetzliche Regelung hierzu enthält § 358 Abs. 3 BGB. Dahinter steht der Gedanke der Aufspaltung eines Erwerbsvorgangs in zwei selbständige Verträge, die derart miteinander verbunden sind, dass kein Vertrag ohne den anderen abgeschlossen wäre. Es müssen daher objektiv bestimmte Verbindungselemente vorliegen.<sup>472</sup> Die Definition der wirtschaftlichen Einheit ist jedoch offen ausgestaltet.<sup>473</sup> § 358 Abs. 3 S. 2 BGB enthält lediglich eine unwiderrufliche Vermutung.<sup>474</sup>

Ferner wird als ein Indiz für eine wirtschaftliche Einheit die freie Verfügbarkeit über das Darlehen angesehen.<sup>475</sup> Dies geht auf das Urteil des BGH vom 06.12.1979 zurück.<sup>476</sup> Bis dahin galt als wesentliches Indiz für ein verbundenes Geschäft die Sicherungsübereignung des Kaufgegenstands an den Darlehensgeber. Im zu entscheidenden Fall schlossen zunächst die Verbraucher einen Kaufvertrag zum Erwerb von Möbeln ab. Zur Finanzierung des Kaufpreises wendeten sie sich unter Vermittlung des Verkäufers an den Darlehensgeber. Entsprechender Darlehensvertrag wurde sodann zwischen Käufer und Darlehensgeber geschlossen. Im gleichzeitig vom Darlehensnehmer / Käufer unterschriebenen Zahlungsauftrag wurde der Verkäufer als Empfänger benannt. Schließlich wurde das Darlehen an den Verkäufer ausbezahlt. Die übliche Sicherungsübereignung des Kaufgegenstandes an den Darlehensnehmer erfolgte nicht. Sie stellte aber nach der bis dahin vertretenen Ansicht die letztlich entscheidende Verbindung von Kaufvertrag und Kreditvertrag zu einer wirtschaftlichen Einheit dar. Diese enge Auffassung vom Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit wurde aber dem Schutzzweck des AbzG nicht gerecht. Daher griff der BGH in Abgrenzung zum „Normalfall“ auf die dahinterstehende Erwägung zurück, in dem sich die wirtschaftliche Einheit zwischen Kreditvertrag und Kaufvertrag widerspiegelt. Haben Verkäufer und Darlehensgeber den Darlehensnehmer / Verbraucher durch die Ausgestaltung des Dreiecksverhältnisses von einer eigenen Verfügung über die Darlehensvaluta zugunsten des Verkäufers ausgeschlossen, liege hierin die entscheidende Verbindung für die Begründung einer wirtschaftlichen Einheit.<sup>477</sup> Diese Grundsätze wurden dann auf die mittelbare Darlehensvalutierung angewandt: Da eine mittelbare Darlehensvalutierung gleichgelagert sei, begründe die mittelbare Darlehensvalutierung

---

<sup>472</sup> std. Rspr. seit BGH, BGHZ 83, 301, 304; explizit: BGHZ 91, 338, 339; auch: BGHZ 91, 37, 43; 133, 254, 259 (Securenta III), NJW 96, 3416, 3417 (Securenta II); statt vieler: Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 358 Rn. 6

<sup>473</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 23 und 14/6040, S. 201

<sup>474</sup> BGH, BGHZ 133, 46, 51; MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 37

<sup>475</sup> vgl. zur Bedeutung dieses Merkmals: MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 47 f; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 15 Rn. 154; ausführliche Darstellung bei: Franzen, S. 89 ff sowie Pechtold, S. 167 ff

<sup>476</sup> BGH, 06.12.1979, III ZR 46/78, LM § 6 AbzG Nr. 28

<sup>477</sup> ebenda, S. 4 ff

ein verbundenes Geschäft, denn der Verbraucher könne in diesen Fällen dem Verkäufer kein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten.<sup>478</sup> Insoweit erfolgt regelmäßig eine Gleichstellung von mittelbarer Darlehensvalutierung und dem Ausschluss des Darlehensnehmers von der freien Verfügungsbefugnis.<sup>479</sup> Der Darlehensnehmer / Verbraucher werde dann vom Darlehensgeber gesteuert, so dass er sich in einer vergleichbaren Situation wie ein Abzahlungskäufer befindet.<sup>480</sup> Kann also der Darlehensnehmer über das Darlehen in keiner Weise frei verfügen, so begründe dies die Vermutung der wirtschaftlichen Einheit: Der Darlehensgeber sei nicht bereit dem Darlehensnehmer das Darlehen zu überlassen.<sup>481</sup>

Zu Recht weisen indessen auch die Befürworter<sup>482</sup> dieser Ansicht darauf hin, dass nicht jede mittelbare Darlehensvalutierung zum Ausschluss über die freie Verfügungsbefugnis führt.<sup>483</sup> Hinzukommen müssen noch andere Elemente, die die Verbindung als Ausdruck eines abgestimmten Handelns von Darlehensgeber und Drittem belegen.<sup>484</sup>

Wie beim „Normalfall“ aufgezeigt,<sup>485</sup> ist der Darlehensnehmer bei der mittelbaren Darlehensvalutierung nicht von der Verfügungsbefugnis ausgeschlossen. Andernfalls würde er das Darlehen nie wirksam erhalten. Wenn der Darlehensnehmer durch die Anweisung sein Einverständnis mit der mittelbaren Darlehensauszahlung zum Ausdruck bringt, liegt - falls die mittelbare Darlehensgewährung in seinem Interesse erfolgt - hinsichtlich der Valuta eine Art „Vorabverfügung“ vor: Mit der Anweisung verfügt der Darlehensnehmer in diesen Fällen frei über das Darlehen, denn er setzt zu diesem Zeitpunkt mittels Anweisung seine Forderung gegen den Darlehensgeber aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB ein. Diese Feststellung gilt auch grundsätzlich für das verbundene Geschäft, weil gerade durch die Aufspaltung des Erwerbsvorgangs in zwei selbständige Vertragsverhältnisse der Darlehensnehmer zugleich seine Verpflichtung gegenüber dem Dritten tilgen will. Mithin erfolgt die mittelbare Darlehensgewährung beim verbundenen Geschäft regelmäßig in seinem Interesse, so dass nicht generell von einem Ausschluss über die Verfügungsbefugnis gesprochen werden kann. Ferner ist zu beachten, dass das wesentliche Element der mittelbaren Darlehensauszahlung, die Anweisung, grundsätzlich der freien Willensentschließung des Darlehensnehmers

---

<sup>478</sup> BGH, BGHZ 83, 301, 305 f; NJW 83, 2250, 2251; NJW 87, 1813, 1814; NJW 92, 2560, 2562

<sup>479</sup> vgl. auch bei: Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 32; Martis, S. 99, Franzen, S. 99

<sup>480</sup> Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 15 Rn. 154

<sup>481</sup> MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 48; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 15 Rn. 154; Erman / Saenger<sup>11</sup>, § 358 Rn. 8; Soergel / Häuser<sup>12</sup>, § 9 VerbrKrG Rn. 24; Graf von Westphalen u.a. / Emmerich<sup>2</sup>, § 9 Rn. 52

<sup>482</sup> ablehnend etwa: Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 6/1991, S. 15 f; vgl.: Pechtold, S. 166 ff mwN

<sup>483</sup> MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 49; Staudinger / Kessal-Wulf (2004), § 358 Rn. 32; Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 15 Rn. 154; Lwowski u.a. / Lwowski<sup>2</sup>, S. 188 f; ebenso: Bülow / Artz<sup>6</sup>, VerbrKrR, § 495 Rn. 234; Canaris, BankR<sup>2</sup>, Rn. 1480 sowie Graf von Westphalen u.a. / Emmerich<sup>2</sup>, § 9 Rn. 52, der die Art und Weise der Zahlung als technische Frage der Abwicklung bezeichnet und für das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts für unbeachtlich hält; so bereits: Dauner-Lieb, WM Beilage Nr. 6/1991, S. 16

<sup>484</sup> Staudinger / Hopt - Mülbart<sup>12</sup>, vor §§ 607 ff Rn. 447 f

<sup>485</sup> s.o., II. Teil A. IV.

unterliegt. Er kann sie regelmäßig frei widerrufen.<sup>486</sup> Es zeigt sich, dass er die Richtung der Zahlungsströme auch nach der gesetzlichen Regelung selbst bestimmen kann.<sup>487</sup>

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das Merkmal vom Ausschluss der freien Verfügbarkeit des Verbrauchers über das Darlehen durchaus geeignet ist, einen Verbund i.S.v. §§ 358, 359 BGB zwischen Darlehensgeber und Drittem zu begründen, dieses Merkmal aber nicht mit der mittelbaren Darlehensauszahlung gleichzusetzen ist. Bei der mittelbaren Darlehensauszahlung hat es der Darlehensnehmer gerade selbst in der Hand sich das Darlehen wirtschaftlich in irgendeiner Weise zu Nutze zu machen. Die Anweisung ist nach der gesetzlichen Konzeption frei widerruflich. Mithin kann beim Vorliegen einer mittelbaren Darlehensauszahlung nicht darauf geschlossen werden, es liege - basierend auf der Begründung der Darlehensnehmer sei von der Verfügungsbefugnis ausgeschlossen - zwingend ein verbundenes Geschäft vor.

---

<sup>486</sup> s.o., I. Teil B. III. 3. und 4.

<sup>487</sup> vgl. auch: Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>, § 15 Rn. 154

## IV. Die Darlehensvalutierung beim verbundenen Geschäft

### 1. Die Anweisungslage beim verbundenen Geschäft

In der jüngsten Zeit ist vor allem von *Heermann* in Frage gestellt worden, ob die mittelbare Darlehensauszahlung beim verbundenen Geschäft mittels der Einordnung als Anweisungslage erklärt werden kann.<sup>488</sup> Dieser Ansatz ist von der Bestrebung gekennzeichnet dem Dritten gegen den Darlehensgeber einen direkten Auszahlungsanspruch unmittelbar aus den Regelungen zum verbundenen Geschäft zu gewähren.<sup>489</sup>

Zuzugeben ist, dass das Interesse von Dritten und Darlehensgeber beim verbundenen Geschäft darauf ausgerichtet ist, die mit der „Zwischenschaltung“ des Darlehensnehmers / Verbrauchers einhergehenden Risiken auszuschließen.<sup>490</sup> Gleichwohl handelt es sich nicht nur um eine „Zwischenschaltung“. Vielmehr ist aufgrund der Aufspaltung in zwei Verträge der Darlehensnehmer wesentliche Person bei der Erfüllung der trilateralen Vertragsbeziehungen, denn der Verbund führt - abgesehen von §§ 358, 359 BGB - nicht zu einer Rechtsbeziehung zwischen Darlehensgeber und Dritten.<sup>491</sup> Mithin erfolgt die mittelbare Darlehensauszahlung im eigenen Interesse des Darlehensnehmers, nämlich in der Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Dritten. Die Rechtsprechung hat die Anweisungslage daher als typische Konstellation bezeichnet, da erst hierdurch der Charakter eines Bargeschäfts erreicht wird.<sup>492</sup>

Zudem besteht nach dem gesetzlichen Leitbild zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber eine wechselseitige Verpflichtung. Mithin ist der Darlehensgeber gemäß § 488 Abs. 1 S. 1 BGB zur Auszahlung gegenüber dem Darlehensnehmer verpflichtet, so dass es besonderer Regelungen bedarf, weshalb der Dritte das Darlehen nicht nur in Empfang nehmen, sondern auch behalten darf. Entsprechende Regelungen hält das Anweisungsrecht parat.<sup>493</sup>

Wenn dagegen betont wird, der Darlehensnehmer steht nicht in der typischen Situation des Anweisenden, weil er beim verbundenen Geschäft keine freie Verfügungsbefugnis über das Darlehen erlangt,<sup>494</sup> so kann dem nicht gefolgt werden. Zum einen setzt das Anweisungsrecht nicht verbindlich eine mittelbare Darlehensgewährung

---

<sup>488</sup> Heermann, *Erwerbsgeschäfte*, S. 96 ff; derselbe, *AcP* 200 (2000), S. 25 ff; derselbe, § 24 I 4 b) Rn. 8 ff sowie *Füller*, *DZWiR* 00, 411 ff, der den Unterschied darin sieht, dass bei der Lösung über ein trilaterales Synallagma ein Anspruch zwischen dem Darlehensgeber und Dritten angenommen wird (S. 414).

<sup>489</sup> Herrmann, *Erwerbsgeschäfte*, S. 98; derselbe *AcP* 200 (2000), S. 25 ff und 36; derselbe, § 24 I 4 b) Rn. 8; anerkennend: *Köndgen*, *WM* 01, 1645 FN 83 f; ablehnend: *MK / Habersack*<sup>5</sup>, § 358 Rn. 29 FN 91, Rn. 49 FN 158; *Bülow / Artz*<sup>6</sup>, *VerbrKrR*, § 495 Rn. 234 FN 281

<sup>490</sup> Heermann, *Erwerbsgeschäfte*, S. 98; derselbe *AcP* 200 (2000), S. 25; derselbe § 24 I 4 b) Rn. 9

<sup>491</sup> *Palandt / Grüneberg*<sup>67</sup>, § 358 Rn. 19; *Fuchs AcP* 99 (1999), S. 322

<sup>492</sup> *BGH*, *ZIP* 01, 1224, 1226; vgl. auch: *Knops*, *BKR* 05, 59

<sup>493</sup> s.o., I. Teil B. 3. und II. Teil A. IV.

<sup>494</sup> Heermann, *Erwerbsgeschäfte*, S. 98 ff; derselbe *AcP* 200 (2000), S. 26; derselbe § 24 I 4 b) Rn. 10; *Füller*, *DZWiR* 00, 412

oder gar einen Direktanspruch des Dritten gegen den Darlehensgeber voraus,<sup>495</sup> denn die Anweisung muss nicht zwingend unwiderruflich ausgestaltet sein.<sup>496</sup> Zum anderen würde es bei diesem Verständnis vom verbundenen Geschäft in Verbindung mit der mittelbaren Darlehensgewährung stets an einer wirksamen Erfüllung der Verpflichtung aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB fehlen, weil der Darlehensnehmer sich die Valuta nicht zu Eigen machen könnte. Mithin wäre denknotwendig eine Darlehensauszahlung nie wirksam, obwohl das Gesetz gerade dies aufgrund der Aufspaltung fordert. Schließlich hat der Darlehensnehmer beim verbundenen Geschäft auch das Risiko der Zweckverfehlung zu tragen,<sup>497</sup> denn die Regelungen zum verbundenen Geschäft schützen lediglich vor dem Aufspaltungsrisiko und nicht generell vor dem Anlagerisiko.<sup>498</sup>

Mangels einer anderen gesetzlichen Regelung ist deshalb bei der mittelbaren Darlehensauszahlung auch beim verbundenen Geschäft am Bestehen einer Anweisungslage festzuhalten. Das Gesetz geht gerade von einer Trennung der vertraglichen Beziehungen aus, so dass hier zwei Vertragsverhältnisse durch eine Leistungshandlung in einem Zuge zu erfüllen sind. Diese Simultanleistung ist kennzeichnend für die Anweisung.<sup>499</sup> Ohne eine anderweitige rechtliche Grundlage gibt es keinen Anlass für den Fall der mittelbaren Darlehensauszahlung eine andere rechtliche Konstruktion zu wählen.<sup>500</sup> Somit bleibt die Anweisungslage beim verbundenen Geschäft beherrschendes Element einer wirksamen, mittelbaren Darlehensvalutierung.<sup>501</sup>

---

<sup>495</sup> MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 29 FN 91, Rn. 49 FN 158; Bülow / Artz<sup>6</sup>, VerbrKrR, § 495 Rn. 234 FN 281

<sup>496</sup> s.o., I. Teil B. 3. und 4.; Hingegen gehen die Vertreter der gegenteiligen Ansicht vom Vorliegen einer unwiderruflichen Anweisung aus, vgl. stellvertretend: Heermann, § 24 I 4b) Rn. 13.

<sup>497</sup> aA: Heermann, § 24 I 4 b) Rn. 10

<sup>498</sup> s.o., III. Teil A. II.

<sup>499</sup> s.o., I. Teil B. 3.

<sup>500</sup> In diesem Sinn auch: BGH, ZIP 01, 1224, 1226; Fuchs AcP 99 (1999), S. 315

<sup>501</sup> vgl. etwa: BGH, 14.06.2004 II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 306 f; II ZR 407/02, WM 04, 1536, 1540; BGH, BGHZ 152, 331, 336 f; 133, 254, 259 (Securenta III); NJW-RR 90, 1072, 1073; NJW 96 3416, 3417 (Securenta II); ZIP 01, 1224, 1226; OLG Köln (rk.), ZIP 85, 22, 25; MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 88; Staudinger / Hopt - Mülbart<sup>12</sup>, vor § 607 Rn. 456 und 543; Graf von Westphalen u.a. / Emmerich<sup>2</sup>, § 9 Rn. 160; Lindner, ZIP 03, 67 f; Wallner, BKR 04, 368; Knops, BKR 05, 59

Daraus lässt sich das nachfolgende Leistungsdreieck ableiten, dass gegenüber dem „Normalfall“<sup>502</sup> nur geringfügig modifiziert wurde:

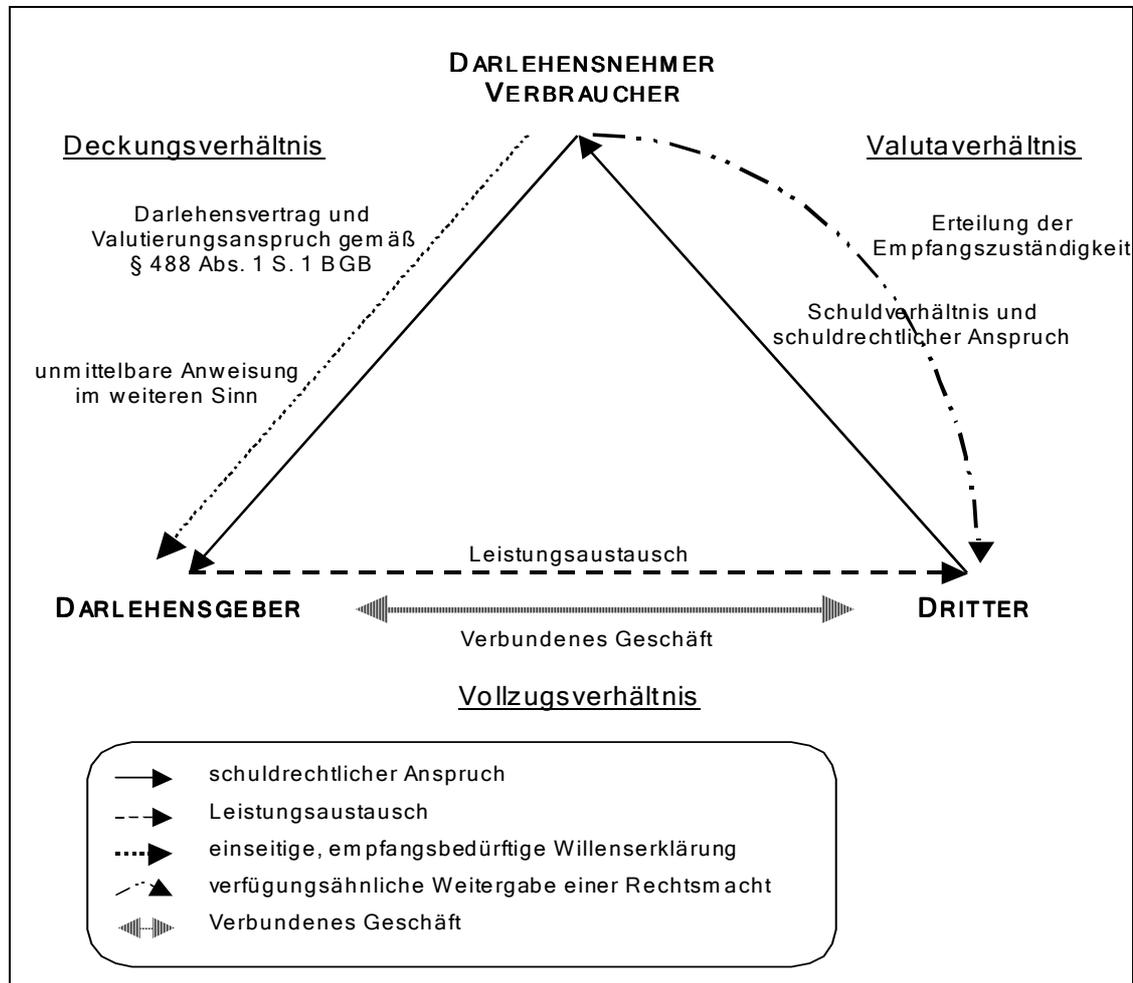


Abbildung 5: Das Leistungsdreieck der mittelbaren Darlehensvalutierung beim verbundenen Geschäft

<sup>502</sup> s.o., Abbildung 3

## 2. Die neuere Rechtsprechung des BGH

Weil bei der mittelbaren Darlehensvalutierung beim verbundenen Geschäft von einer Anweisungslage auszugehen ist, gibt es dem Grunde nach hinsichtlich der Erfüllung der Darlehensauszahlungspflicht gemäß § 488 Abs. 1 S. 1 BGB keine Veranlassung vom „Normalfall“ abzuweichen. Demnach sind zunächst die zum „Normalfall“ herausgearbeiteten Grundsätze heranzuziehen. Die mittelbare Darlehensvalutierung kann also nur nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB wirksam sein, wobei es unverändert der überwiegenden Interessenlage des Darlehensnehmers entspricht, seine Schuld gegenüber dem Dritten mit Hilfe der mittelbaren Darlehensgewährung zu tilgen.<sup>503</sup> Dies belegt gerade auch der Vergleich mit einem Abzahlungskäufer. Er möchte die Ware erwerben, weiß aber, dass er hierfür eine Gegenleistung zu erbringen hat. Wie er diese erbringt, ist ihm gleichgültig. Ob er die Raten direkt an den Dritten leistet oder die Gegenleistung unter Inanspruchnahme einer mittelbaren Darlehensvalutierung bezahlt und dann anschließend die Raten an den Darlehensgeber erbringt, spielt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Drittgeschäfts für ihn keine Rolle. Mithin ist er sich nur bewusst, dass er den „Preis“ für das Drittgeschäft in irgendeiner Form bezahlen muss.

In der bisherigen Rechtsprechung und Lehre war vor diesem Hintergrund beim verbundenen Geschäft bislang nicht streitig, dass eine mittelbare Darlehensvalutierung aufgrund der Besonderheiten des verbundenen Geschäfts unwirksam sein könnte.<sup>504</sup>

### a) Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats

In seinen Entscheidungen vom 14.06.2004 zum Darlehensempfang bei der mittelbaren Darlehensvalutierung im verbundenen Geschäft hat der II. Zivilsenat eine Heilung nach § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG, jetzt § 494 Abs. 2 S. 1 BGB, mit der Begründung verneint, der Darlehensnehmer habe das Darlehen nicht empfangen.<sup>505</sup>

Beiden Entscheidungen lag ein typischer Fall des Erwerbes einer sogenannten „Schrottimmoblie“ zugrunde. Die Kläger erwarben im Rahmen eines Strukturvertriebs einen Anteil an einem geschlossenen Immobilienfonds, der hier in der Rechtsform der

---

<sup>503</sup> so auch: Knops, FS Derleder, S. 390

<sup>504</sup> vgl. die Literatur vor den Entscheidungen des BGH vom 14.06.2004, II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 306 f; II ZR 407/02, WM 04, 1536, 1539 f statt vieler: Bülow / Artz<sup>5</sup>, VerbrKrR, § 494 Rn. 48 und § 495 Rn. 155; Graf von Westphalen u.a. / von Rottenburg<sup>2</sup>, § 6 Rn. 16; Bruchner u.a. / Bruchner<sup>2</sup>, § 6 Rn. 49; Münstermann / Hannes, § 6 Rn. 296; Martis, S. 58 f; Knott, WM 03, 51; Edelmann, WuB IV D. § 3 HWiG 1.03, S. 4

<sup>505</sup> BGH, BGHZ 159, 294, 306 f; WM 04, 1536, 1539 f; Die insgesamt sechs Urteile des II. Zivilsenats vom 14.06.2004 im Zusammenhang mit gescheiterten Immobilienfondsbeteiligungen haben in der Literatur zahlreiche Reaktionen hervorgerufen. Vgl. etwa: Barnert, WM 04, 2002 ff; Bungenroth, WM 04, 1505 ff; Derleder, EWiR 04, § 9 VerbrKrG 8/04; Doehner / Hoffmann, ZIP 04, 1884 ff; Edelmann, BB 04, 1648 ff; Fischer, DB 04, 1651 ff; Frings, VuR 04, 404 ff; Frisch, EWiR 04, § 1 HWiG a.F. 2/04, Häublein, EWiR 04, § 9 VerbrKrG 6/04; Jork / Engel, BKR 05, 3 ff; Knops, BKR 05, 59 ff; Koller, EWiR 04, § 9 VerbrKrG 3/04; Möller / Lutz, VuR 05, 81 ff; Mülbart / Hoger, WM 04, 2281 ff; Nittel, NJW 04, 2712 ff; Reiter / Methner, VuR 04, 365 ff; dieselben, VuR 05, 281 ff; Schäfer, DStR 04, 1611 ff; derselbe, BKR 05, 98 ff; Schmidt-Räntsch, MDR 05, 6 ff; Wallner, BKR 04, 367 ff; Wolf / Großerichter, WM 04, 1993 ff

GbR organisiert wurde. Anlageziel dieser Beteiligungen war regelmäßig die steuerlichen Vorteile aus einer Beteiligung zu nutzen, welche dem Erwerber verbleiben sollten. Um hier eine optimale Ausschöpfung der steuerlichen Abzugsbeträge zu erreichen, wurden diese Beteiligungen beinahe vollständig über Darlehensaufnahmen fremdfinanziert. Der Kapitaleinsatz hierfür sollte über Fondsausschüttungen geleistet werden, die aus Mieterträgen gespeist werden sollten. Als weiteren Anreiz für die Anleger wurden die prospektierten Einnahmen mit in der Regel wertlosen Mietgarantien unterlegt. In den Anschaffungskosten für die Beteiligungen waren erhebliche Provisionen sowohl für die Fondsinstitute, als auch für den Vermittler enthalten. Zur raschen Abwicklung bedienten sich die Vermittler insoweit bereits „bewährter“ Kreditinstitute, so dass unmittelbar mit Zeichnung der Beteiligung der Darlehensantrag entsprechend gestellt werden konnte. Zugleich wurde das finanzierende Kreditinstitut zur Auszahlung der Valuta zur Erfüllung der Einlagenverpflichtung angewiesen. Wie in einer Vielzahl vergleichbarer Fälle konnte das Objekt nicht wie prospektiert vermietet werden, so dass - nachdem alsbald die Mietgarantie wegen Zahlungsunfähigkeit des Garanten ausgefallen war - die Kläger zunächst persönlich den Kapitaleinsatz erbringen mussten. Auch war die Immobilie weitgehend wertlos. Erst nachdem den Erwerbern grundsätzlich ein Widerrufsrecht nach HWiG durch die „Heininger“-Entscheidung des EuGH<sup>506</sup> zugestanden wurde, und von diesem Gebrauch gemacht wurde, war streitig, wie der Beteiligungserwerb und die Darlehensausreichung rückabzuwickeln war.<sup>507</sup>

In den Entscheidungsgründen<sup>508</sup> lehnt der II. Zivilsenat die Erfüllungswirkung einer mittelbaren Darlehensgewährung auf Anweisung des Darlehensnehmers nicht grundsätzlich ab, sondern hält eine Ausnahme bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts für geboten, was er für gegeben erachtete. Dabei beruft sich der II. Zivilsenat ausdrücklich auf eine Entscheidung des XI. Zivilsenats.<sup>509</sup> Eine weitere Begründung zum fehlenden Empfang liefert der II. Zivilsenat nicht direkt. An anderer Stelle weist der II. Zivilsenat auf den umfassenden Schutz des Verbrauchers hin, der durch die Umsetzung der VerbrKr-RL bezweckt sei.<sup>510</sup> Bei der Frage der Rückabwicklung führt der Senat aus, dass der Verbraucher grundsätzlich im Rahmen eines verbundenen Geschäfts nicht die Darlehensvaluta empfängt, sondern die damit finanzierte Gesellschaftsbeteiligung, weil es sich um eine einheitliche Leistung handele.<sup>511</sup> Eine weitergehende Begründung zum fehlenden Empfang des Darlehens und zur Nichtigkeit des Darlehens nach § 6 Abs. 1 VerbrKrG, jetzt § 494 Abs. 1 BGB, enthalten die Urteile nicht. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der II. Senat den fehlenden Darlehens-

---

<sup>506</sup> EuGH, ZIP 02, 31 in Sachen „Heininger“; siehe auch oben: I. Teil A. III. 3 d)

<sup>507</sup> BGH, BGHZ 159, 294, 296 ff; WM 04, 1536, 1537

<sup>508</sup> BGH, BGHZ 159, 294, 306 f; WM 04, 1536, 1540 jeweils unter I. 2. b)

<sup>509</sup> BGH, 12.11.2002, XI ZR 47/01, BGHZ 152, 331, 336 f

<sup>510</sup> BGH, BGHZ 159, 294, 308; WM 04, 1536, 1540, jeweils unter I. 2. b)

<sup>511</sup> BGH, BGHZ 159, 294, 309 f; WM 04, 1536, 1541; jeweils unter I. 3.

empfang und damit die Unwirksamkeit der mittelbaren Darlehensvalutierung an der Feststellung eines verbundenen Geschäfts festmacht.<sup>512</sup>

In Folgeentscheidungen zur Wirksamkeit der mittelbaren Darlehensvalutierung aufgrund des Heilungstatbestands gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG hat der II. Zivilsenat seine Rechtsprechung mit eben derselben Begründung bestätigt, ohne dabei weitere Erwägungen darzutun.<sup>513</sup> In übrigen Entscheidungen zur Rückabwicklung gescheiterter Immobilienfondsbeteiligungen hat der II. Zivilsenat, obwohl gleichfalls eine mittelbare Darlehensauszahlung im Rahmen eines verbundenen Geschäfts festgestellt wurde, die Valutierungspflicht nach § 488 Abs. 1 S. 1 BGB dagegen nicht in Frage gestellt.<sup>514</sup>

Im Rahmen der Rückabwicklung vertritt das LG Bochum im Vorlagebeschluss an den EuGH zur Frage der empfangenen Leistung nach § 3 HWiG eine ähnliche Ansicht. Das LG Bochum hält den Empfang des Darlehens i.S.v. § 3 Abs. 1 HWiG für nicht gegeben, weil nach der vertraglichen Konzeption keine eigenverantwortliche Entscheidung des Darlehensnehmers über die Verwendung des Darlehens vorliege.<sup>515</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es unerlässlich die vom II. Zivilsenat zitierte Entscheidung des XI. Zivilsenats<sup>516</sup> näher zu betrachten. Ausweislich des Tatbestands ging es ebenfalls im Kern um die Rückabwicklung einer finanzierten Immobilienfondsbeteiligung, also um einen gleichgelagerten Fall des Erwerbs einer Beteiligung an einer „Schrottimmobilie“. Zur Frage der Rückabwicklung nach § 3 HWiG wurde vom XI. Zivilsenat problematisiert, welche Leistung der Darlehensnehmer nach erfolgtem Widerruf gemäß § 1 Abs. 1 HWiG beanspruchen kann. Zunächst geht der XI. Zivilsenat von einer einheitlichen Begriffsbestimmung der empfangenen Leistung sowohl für die Tatbestandsseite als auch für die Rückabwicklung aus.<sup>517</sup> Im Anschluss spricht der XI. Senat aus, dass bei einem verbundenen Geschäft eine andere Beurteilung gelten würde, diese aber im zu entscheidenden Fall nicht vorliegt. Seinerseits beruft sich der

---

<sup>512</sup> In diesem Sinn: Strohn, WM 05, 1448; Nittel, NJW 04, 2715; Doehner / Hoffmann, ZIP 04, 1890; Fischer, DB 04, 1652 FN 9; Jork / Engel, BKR 05, 6; Reiter / Methner, VuR 04, 367; Schäfer, DStR 04, 1618; Wallner, BKR 04, 368

<sup>513</sup> BGH, 06.12.2004, II ZR 379/02, unter II. 1. b), S. 8; 06.12.2004, II ZR 401/02, unter I. 1. b), S. 8 sowie BGH, 21.03.2005, II ZR 411/02 (WM 05, 843, 844) und 13.06.2005, II ZR 222/03, unter III. 2.; jeweils einsehbar unter: [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

<sup>514</sup> BGH, 15.11.2004, II ZR 375/02, unter II. 2., S. 8 f; 15.11.2004, II. ZR 344/03, unter I., S. 5; einsehbar: ebenda

<sup>515</sup> LG Bochum, ZIP 03, 1437, 1440; im Ergebnis zustimmend: Reiter / Methner, BKR 04, 172, die allerdings den Besonderheiten der Rückabwicklung Rechnung tragen, indem sie den ursprünglichen Darlehensempfang nicht in Frage stellen, sondern auf die wirtschaftliche Unmöglichkeit der Herausgabe abstellen. Mit anderer Begründung - abstellend auf die fehlende Widerrufsbelehrung: Rott, VuR 03, 413. Mit vergleichbarer Begründung stellt das OLG Bremen in seinem Vorlagebeschluss die Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers nach erfolgtem Widerruf in Frage, wobei jedoch die Vorlagefrage unabhängig vom Vorliegen eines verbundenen Geschäfts alleine aus den Besonderheiten der HWi-RL begründet wird; vgl. OLG Bremen, ZIP 04, 1253, 1255 f. Vgl. hierzu die Anm. oben: III. Teil A. II. 2.

<sup>516</sup> BGH, 12.11.2002, XI ZR 47/01, BGHZ 152, 331 ff

<sup>517</sup> s.o., I. Teil A. III. 4.

XI. Senat auf seine *Securenta*-Rechtsprechung.<sup>518</sup> Der XI. Senat hat dort ein verbundenes Geschäft für gegeben erachtet und sodann, im Rahmen der Rückabwicklung nach §§ 1, 3 HWiG, nicht das Darlehen als Gegenstand der Leistung betrachtet, sondern den Darlehensgeber auf einen Direktanspruch gegen den Dritten verwiesen. Somit konnte der Darlehensgeber gegen den Darlehensnehmer / Verbraucher keinen Wertersatz des Darlehens verlangen.<sup>519</sup>

Die Entscheidungen des XI. Zivilsenats thematisieren im Gegensatz zu jenen des II. Zivilsenats die Rechtsfolgenseite der Darlehensrückabwicklung nach erfolgtem Widerruf aufgrund des HWiG. Bei genauer Lektüre fällt auf, dass die wertenden Argumente folgerichtig von dieser Betrachtungsweise geprägt sind. Der XI. Zivilsenat beruft sich in seiner Begründung der *Securenta*-Rechtsprechung ausdrücklich auf den Schutzzweck der gesetzlichen Widerrufsregelungen.<sup>520</sup> Es heißt dort: „Für die Rückabwicklung des verbundenen Geschäfts nach dem Widerruf findet sich zwar auch im Verbraucherkreditgesetz noch keine ausdrückliche Regelung, auf welche Weise der Darlehensgeber das bereits ausgezahlte Darlehenskapital zurückerhalten kann.“<sup>521</sup> Mithin stellt der XI. Zivilsenat die Darlehensgewährung selbst nicht in Frage.

## b) Stellungnahme

Die Literatur hat sich intensiv mit der Entscheidungsserie des II. Zivilsenats vom 14.06.2004 beschäftigt.<sup>522</sup> Die Meinungen schwanken von begeisterter Zustimmung<sup>523</sup> bis hin zu äußerst massiver Kritik<sup>524</sup>, wobei die Auseinandersetzung mit der mittelbaren Darlehensvaluierung spärlich ausfällt. Lediglich soweit Kritik an der mangelnden Heilung geäußert wird, wird zu diesem Problemkreis dezidiert Stellung genommen.

Wie gleich zu zeigen wird, überzeugt die neuere Rechtsprechung des II. Senats zur Wirksamkeit der mittelbaren Darlehensvaluierung beim verbundenen Geschäft nicht. Bereits die unterschiedliche Ausgangslage der Urteile des II. und des XI. Senats - nämlich auf der einen Seite die Beurteilung der Darlehensvaluierung und auf der anderen Seite die Rückabwicklungsfragen eines bereits ausgereichten Darlehens - lässt es fragwürdig erscheinen, die Kriterien der Rückabwicklung mit Hinweis auf einen umfassenden Verbraucherschutz durch das Verbraucherkreditgesetz auf die Tat-

---

<sup>518</sup> BGH, 17.09.1996, XI ZR 164/94, BGHZ 133, 254, 259 ff (*Securenta* III) sowie 17.09.1996, XI ZR 197/95, NJW 96, 3416, 3417 (*Securenta* II)

<sup>519</sup> BGH, BGHZ 133, 254, 259 ff; NJW 96, 3416, 3417

<sup>520</sup> ebenda

<sup>521</sup> BGH, BGHZ 133, 254, 260; NJW 96, 3416, 3417 [Hervorhebung durch den Verfasser]

<sup>522</sup> siehe die Nachweise oben: III. Teil A IV 2 a)

<sup>523</sup> vgl. etwa: Derleder, EWIR 04, § 9 VerbrKrG 8/04 Rn. 4, der von einem Meilenstein spricht; Reiter / Methner, VuR 04, 365

<sup>524</sup> vgl. etwa: Wolf / Großrichter, WM 04, 1993 mit dem Vorwurf reiner Interessenjurisprudenz; Jork / Engel, BKR 05, 9 und 12

bestandsseite zu übertragen.<sup>525</sup> Gegen die neuere Rechtsprechung lassen sich im Wesentlichen zwei Hauptargumente anführen: zum einen die Entstehungsgeschichte von § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG, jetzt § 494 Abs. 2 S. 1 BGB, und zum anderen die Konzeption und der Schutzbereich des verbundenen Geschäfts.

*aa) Der Heilungstatbestand nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB*

Sinn des Heilungstatbestands von § 494 Abs. 2 S. 1 BGB ist es, den Verbraucher vor der Nichtigkeit des Darlehensvertrags und damit vor der sofortigen Rückgewährung des Darlehens zu bewahren.<sup>526</sup> Die Heilungsmöglichkeit entspricht und widerspricht nicht dem Verbraucherschutz. So wird bisher die Möglichkeit der Heilung durch eine mittelbare Darlehensvaluierung ausdrücklich anerkannt.<sup>527</sup> Der Gesetzgeber geht selbst von dieser Heilungsmöglichkeit aus.<sup>528</sup> Diese Wertung des Gesetzgebers lässt der II. Zivilsenat gänzlich außer Acht. Mithin weicht die neuere Rechtsprechung des II. Zivilsenats vom ausdrücklichen Willen des historischen Gesetzgebers ab.<sup>529</sup>

Ein Hinweis auf den umfassend zu gewährenden Verbraucherschutz durch die VerbrKr-RL rechtfertigt diesen Widerspruch nicht.<sup>530</sup> Insoweit ist zum einen das abgestufte Sanktionssystem eine freie Ermessensentscheidung des nationalen Gesetzgebers und nicht von europarechtlichen Vorgaben determiniert,<sup>531</sup> und zum anderen verfolgt die VerbrKr-RL keinen umfassenden Schutz des Verbrauchers, sondern strebt lediglich eine Minimalharmonisierung an, Art. 15 VerbrKr-RL.<sup>532</sup>

Aber auch der Schutzzweck des verbundenen Geschäfts rechtfertigt die Abweichung vom intendierten Schutzbereich des § 494 Abs. 2 S. 1 BGB nicht.<sup>533</sup> Beide Bereiche dienen dem Verbraucherschutz. Widerstreitende Interessen liegen nicht vor, weshalb sich eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 494 Abs. 2 S. 1 BGB nicht mit den Normen zum verbundenen Geschäft begründen lässt.<sup>534</sup>

Schließlich spricht auch gegen die neuere Rechtsprechung des II. Zivilsenats, dass der Verbraucher im Falle der mittelbaren Darlehensvaluierung bei Vorliegen eines

---

<sup>525</sup> in diesem Sinn auch: OLG Dresden (rk.), BKR 05, 190, 193, wobei das OLG Dresden dem II. Zivilsenats widerspricht. Es hält aber diesen Aspekt nicht für entscheidungserheblich, S. 195. Vgl. auch: Wallner, BKR 04, 369; Schäfer, DStR 04, 1618 FN 82; inzwischen auch: KG (rk.), WM 05, 2218, 2223; Assies, WuB I E 2. § 6 VerbrKrG 1.05, S. 3 f; Wolf / Großerichter, ZIP 05, 2096 f

<sup>526</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 21; siehe auch oben: I. Teil A. III. 4 c); Das KG (rk.), WM 05, 2218, 2224 spricht insofern von einer abschließenden Regelung

<sup>527</sup> s.o., I. Teil A. III. 4 c)

<sup>528</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 22 (zu § 7 VerbrKrG)

<sup>529</sup> vgl. auch: Wallner, BKR 04, 368; jüngst auch: Assies, WuB I E 2. § 6 VerbrKrG 1.05, S. 4; Edelmann, BKR 05, 395

<sup>530</sup> vgl. auch: OLG Dresden (rk.), BKR 05, 190, 193; jetzt auch: Assies, WuB I E 2. § 6 VerbrKrG 1.05, S. 4

<sup>531</sup> s.o., I. Teil A. III. 4 c)

<sup>532</sup> s.o., III. Teil A. II. 1 b); in diesem Sinn auch: BGH, 26.10.2004, XI ZR 255/03, unter II 2 a) cc) (1) (a), S. 17; einsehbar unter: [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

<sup>533</sup> in diesem Sinn auch: Schäfer, DStR 04, 1618

<sup>534</sup> OLG Dresden (rk.), BKR 05, 190, 193; jüngst auch: KG (rk.), WM 05, 2218, 2223

verbundenen Geschäfts die Heilungsmöglichkeit nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB genommen ist und er daher grundsätzlich zur sofortigen Rückgewähr verpflichtet ist.<sup>535</sup> Folglich ist die neuere Rechtsprechung in diesem Punkt nicht schlüssig, denn sie führt nicht zu einem Mehr, sondern zu einem Weniger an Verbraucherschutz.

*bb) Die Regelungen zum verbundenen Geschäft*

Bereits für sich genommen tragen die Regelungen zum verbundenen Geschäft nicht die mangelnde Heilung. Bei Beachtung des Trennungsprinzips ist die Valutierung des Darlehens unabdingbare Voraussetzung für den Anwendungsbereich der Verbundregelungen. Notwendig ist, dass der Dritte das Darlehen auch empfängt.<sup>536</sup> Mithin kann auf Tatbestandsseite von einer einheitlichen Leistung keine Rede sein.<sup>537</sup>

Zudem sieht § 358 Abs. 4 S. 3 BGB einen Eintritt des Darlehensgebers in die Rechtsposition des Dritten vor, falls dieser das Darlehen erhalten hat. Als Konsequenz der neueren Rechtsprechung könnte dies bei einer mittelbaren Darlehensvalutierung nicht wirksam vorgenommen werden.<sup>538</sup> Somit wird eine für den Verbraucher günstige Norm zu seinem Nachteil durch die neuere Rechtsprechung ausgehöhlt.

Die Regelungen zum verbundenen Geschäft verfolgen das Ziel, den Darlehensnehmer vor dem Aufspaltungsrisiko zu bewahren und ihn wie einen Ratenkäufer zu behandeln.<sup>539</sup> Das Aufspaltungsrisiko realisiert sich erst bei Leistungsstörungen, weshalb gesetzlich ein Einwendungsdurchgriff und eine Widerrufserstreckung in §§ 358, 359 BGB vorgesehen sind. Bei der mittelbaren Darlehensvalutierung, also auf Tatbestandsseite, ist dies dagegen nicht der Fall, weil der Darlehensvertrag noch nicht mit seinen wesentlichen Pflichten in Vollzug gesetzt wurde. Außerdem muss auch der Abzahlungskäufer den Kaufpreis in Raten einschließlich der Finanzierungskosten tragen. Das Risiko aus der Verdoppelung der Vertragsverhältnisse kommt folglich bei der Darlehensgewährung noch nicht zum Tragen. Mithin ist der Schutzbereich der verbundenen Regelungen nicht berührt. Für eine weitergehende Privilegierung des Darlehensnehmers fehlt es indessen an einer rechtlichen Grundlage.<sup>540</sup> Der Verbraucher ist bei einer mittelbaren Darlehensvalutierung daher (noch) nicht schutzwürdig.

---

<sup>535</sup> OLG Dresden (rk.), BKR 05, 190, 193; Schäfer, DStR 04, 1618; jüngst auch: KG (rk.), WM 05, 2218, 2223; Wolf / Großrichter, ZIP 05, 2096

<sup>536</sup> s.o., II. Teil A. IV. 6.; vgl. auch: EuGH GA, VuR 05, 259, 261, Rn. 47; bestätigt durch EuGH, WM 05, 2079, 2085, Rn. 85; so auch: Hoepner, nach: Artz / Balzer, WM 05, 1454; grundsätzlich zustimmend: Reiter / Methner, VuR 05, 282 f, die jedoch den Fokus auf den möglichen Widerruf der Anweisung richten. aA: Knops, FS Derleder, S. 391, wonach der Darlehensnehmer den Dritten nicht benennen kann und keinen maßgeblichen Einfluss auf die Verwendung der Valuta hat.

<sup>537</sup> jetzt auch: KG (rk.), WM 05, 2218, 2224

<sup>538</sup> Dieser Folgerung basiert auf einer einheitliche Begriffsverwendung, s.o., I. Teil A. III 4.. Vgl. auch die von der neueren Rechtsprechung zitierte Entscheidung: BGH, BGHZ 152, 331, 336 f; ähnlich: Wallner, BKR 04, 369; Assies, WuB I E 2. § 6 VerbrKrG 1.05, S. 3 f; jetzt auch: KG (rk.), WM 05, 2218, 2223

<sup>539</sup> s.o., III. Teil A. II.

<sup>540</sup> s.o., III. Teil A. II. 2

Zudem wäre der Darlehensnehmer bei Anwendung dieser Rechtsprechung mangels wirksamer Valuierung besser gestellt als ein Abzahlungskäufer, weil die Finanzierungskosten grundsätzlich nicht erhoben werden können. Die Anwendung der neueren Rechtsprechung würde damit zu einem unakzeptablen Aufspaltungsvorteil führen.

*cc) Ergebnis*

Eine Heilung kann nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts erfolgen.<sup>541</sup> Bemerkenswert ist, dass der XI. Senat im Nachgang in zwei vergleichbaren Urteilen, ohne sich überhaupt mit der Rechtsprechung des II. Senats auseinanderzusetzen, eine Heilung ausdrücklich angenommen hat.<sup>542</sup>

Die Ablehnung der Rechtsprechung des II. Senats ergibt sich nicht nur aus dem Gesetzeszweck des abgestuften Sanktionssystems gemäß § 494 BGB, sondern auch aus den Regelungen zum verbundenen Geschäft selbst. Diese sind auf Leistungsstörungen ausgerichtet und können mangels eröffnetem Schutzbereich nicht auf die Tatbestandsseite übertragen werden. Da das verbundene Geschäft schon nicht auf den Heilungstatbestand anwendbar ist, kann es auch im Allgemeinen nicht die Unwirksamkeit einer mittelbaren Darlehensvaluierung rechtfertigen. Auch hier fehlt es an der Schutzbedürftigkeit des Darlehensnehmers. Mithin ist die Wirksamkeit einer mittelbaren Darlehensvaluierung beim verbundenen Geschäft nach den aufgestellten Grundsätzen<sup>543</sup> zu bewerten. Für das verbundene Geschäft sind keine Besonderheiten zu beachten. Ob aus anderen Gründen ausnahmsweise eine andere Beurteilung abzuleiten ist, beruht nicht auf den Regelungen zum verbundenen Geschäft.<sup>544</sup>

Nachdem nunmehr eine Verständigung der beiden Zivilsenate im Umfeld der Entscheidungen des XI. Senats vom 25.04.2006 stattgefunden hat,<sup>545</sup> ist die Frage der mittelbaren Darlehensvaluierung bei verbundenen Geschäften auch höchstrichterlich geklärt. In allen Fällen ging es um die typische Konstellation eines Erwerbs einer „Schrottimmoblie“ durch Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds, die durch Darlehensaufnahme bei einem Kreditinstitut nahezu vollständig finanziert wurde. Die Darlehensvaluta wurde vereinbarungsgemäß zur Tilgung der Einlagenverpflichtung verwendet. Der BGH stellte jeweils einen Formmangel gegen die Formvorschriften des Verbraucherdarlehensrecht fest, so dass die Frage der Heilung durch Empfang der

---

<sup>541</sup> OLG Dresden (rk.), BKR 05, 190, 192 f; MK / Ulmer<sup>4</sup>, § 494 Rn. 21; Wallner, BKR 04, 368 f; Schäfer, DStR 04, 1618 sowie: Edelmann, WuB IV D. § 3 HWiG 1.03, S. 4; derselbe, BKR 05, 395; Lindner, ZIP 03, 67 f; Hoepner, nach: Artz / Balzer, WM 05, 1454; Jetzt auch: KG (rk.), WM 05, 2218, 2222 ff; Assies, WuB I E 2. § 6 VerbrKrG 1.05, S. 3 f; Wolf / Großerichter, ZIP 05, 2096 f

<sup>542</sup> BGH, 14.09.2004, XI ZR 11/04, WM 04, 2306, 2308 f; ausweislich des Tatbestands (S. 2306) lag dem Fall eine weisungsgemäße mittelbare Darlehensvaluierung zu Grunde. Ebenso: BGH, 14.09.2004, XI ZR 350/03, unter II 2., S. 8, einsehbar unter: [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

<sup>543</sup> s.o., II. Teil, insbesondere A. IV. 6.

<sup>544</sup> vgl. etwa aufgrund von Drittschutzgedanken: Westermann, FS Raiser, S. 787 ff oder aufgrund des Widerrufs nach HWiG: s.o., III. Teil A. II 1 b) und 2.

<sup>545</sup> vgl. Einleitung; Pressemitteilung des BGH Nr. 62/2006 vom 25.06.2006; Goette, DStR 06, 1099 f

Darlehensvaluta i.S.v. § 494 Abs. 2 S. 1 BGB bzw. § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG entscheidungserheblich ist.

Nach Ansicht des BGH ist es nicht entscheidungserheblich, dass ein verbundenes Geschäft vorliegt. Maßgeblich ist, dass bei einer mittelbaren Darlehensvalutierung ein Darlehen auch dann als empfangen gilt, wenn der Darlehensnehmer es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat, der nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers, sondern als „verlängerter Arm“ des Darlehensgebers tätig geworden ist. Gerade dies verneint der BGH auch beim Vorliegen eines verbundenen Geschäfts mit der Begründung, dass sich weder nach dem Wortlaut, noch der Begründung noch aus der Systematik des Gesetzes oder dessen Sinn hierfür Anhaltspunkte ergeben. Insbesondere gebe es keinen Zusammenhang zwischen dem Einwendungsdurchgriff und dem Tatbestand der Heilung, da sich die Regelungsbereiche nicht überschneiden. Vielmehr geht das Gesetz von einer modifizierten Gültigkeit und nicht von der Nichtigkeit, also positiv formuliert von einem abgestuften Sanktionssystem, aus. Schließlich sind auch keine europarechtlichen Erwägungen einschlägig, weil die VerbrKr-RL keine Vorgaben zu Rechtsfolgen von Formvorschriften enthält. Wie der BGH noch ergänzend mitteilt, hält der II. Senat an seiner abweichenden, hier abgelehnten Auffassung, die vornehmlich in den Urteilen vom 14.06.2004 dargelegt sind, nicht mehr fest.<sup>546</sup>

Im Ergebnis bestätigen damit diese Grundsatzentscheidungen des XI. Senats die hier vertretene Ansicht. Die Entscheidungsgründe des BGH zum Darlehensempfang bei mittelbarer Darlehensvalutierung im verbundenen Geschäft greifen dabei die angeestellten Überlegungen und dargelegten Argumente nahezu inhaltsgleich auf. Auch in der Literatur wird den Entscheidungen insoweit weitgehend zugestimmt.<sup>547</sup>

In nachfolgenden Entscheidungen hat der XI. Senat diese Grundsätze mit vergleichbaren, wenn auch verkürzten Argumenten weiterhin angewendet und damit verfestigt.<sup>548</sup> Die Rechtsprechung hat inzwischen auch Eingang in die gängigen Kommentierungen gefunden.<sup>549</sup> Erst jüngst hat der BGH in diesem Zusammenhang von einer gefestigten Rechtsprechung gesprochen.<sup>550</sup>

---

<sup>546</sup> BGH, XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 ff, Rn. 31 - 41; nahezu wortgleich: XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239 ff, Rn. 15 - 21; XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252 ff, Rn. 30 - 36; XI ZR 219/04, NJW 06, 1957 ff, Rn. 36 - 42

<sup>547</sup> Medicus, EWiR 06, § 6 VerbrKrG 1/06; Kindler, EWiR 06, § 3 VerbrKrG 4/06 aE; Bütter / Flügel, BB 06, 1292, 1293; Schäfer, DStR 06, 1753, 1754; aA: Fischer, DB 2006, 1415, 1417, der seine Ansicht auf eine fehlende Zurechnung der „Fremd-Empfangnahme“ stützt.

<sup>548</sup> BGH, jeweils vom 09.05.2006, XI ZR 119/05, WM 06, 1243 ff, Rn. 18 - 22 sowie wortgleich: XI ZR 114/05, BKR 06, 405 ff, Rn. 18 - 22; XI ZR 03/05, Rn. 18 - 22; BGH, WM 07, 108 ff, Rn. 22

<sup>549</sup> MK / Berger<sup>5</sup>, § 488 Rn. 27, 33 und 34; MK / Schürnbrand<sup>5</sup>, § 494 Rn. 21; MK / Habersack<sup>5</sup>, § 358 Rn. 27 FN 87; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Rohe, § 488 Rn. 16; Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Möller, § 494 Rn. 7; Palandt / Weidenkaff<sup>67</sup>, § 448 Rn. 8 und § 494 Rn. 7; Schimansky u.a. / Lwowski - Münscher<sup>3</sup>, § 81 Rn. 377; Hinweis bereits bei: Bülow / Arzt<sup>6</sup>, § 494 Rn. 48a; vgl. auch: Nobbe, WM Beilage Nr. 1/2007, S. 25 f

<sup>550</sup> BGH, WM 08, 292 ff, Rn. 26

## V. Zusammenfassung zum verbundenen Geschäft

Im Unterschied zum „Normalfall“ sucht sich beim verbundenen Geschäft der Darlehensnehmer regelmäßig nicht den Darlehensgeber selbst aus, sondern dieser wird ihm vom Dritten angetragen. Insoweit wird dem Darlehensnehmer nicht stets in der notwendigen Deutlichkeit vor Augen geführt, dass er anders als ein Abzahlungskäufer aus zwei Vertragsverhältnissen verpflichtet ist. Insbesondere die im Vergleich zum Abzahlungskäufer hieraus resultierende Risikoverschiebung wird vom Darlehensnehmer bei Abschluss des drittfinanzierten Geschäfts selten bedacht, noch rechtlich vollständig erfasst. Vor diesem Hintergrund hat die Rechtsprechung frühzeitig zum AbzG die Rechtsfigur des verbundenen Geschäfts entwickelt, das den Darlehensnehmer vor diesem Aufspaltungsrisiko schützen soll, ihn aber nicht vom immanenten Anlagerisiko vollständig befreien soll.

Entsprechend wurde die Rechtsprechung im VerbrKrG kodifiziert und in Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben, namentlich der VerbrKr-RL, gebracht. Da bereits das nationale Recht ein ausreichend hohes Schutzniveau erreicht hat, schlagen die europäischen Vorgaben nicht entscheidend auf das deutsche Recht durch. Wesentliches Element der Regelungen zum verbundenen Geschäft verbleibt nach wie vor der Schutz des Verbrauchers vor dem Aufspaltungsrisiko und damit die Gleichstellung des Darlehensnehmers mit dem Abzahlungskäufer. Diese Zielrichtung bleibt auch nach der Integration des verbundenen Geschäfts in §§ 358, 359 BGB erhalten.

Die Sonderregelungen erfordern einen engen Anwendungsbereich, weil sie gegenüber dem „Normalfall“ eine Privilegierung darstellen. Es muss daher eine wirtschaftliche Einheit zwischen Darlehensgeber und Drittem bestehen. Bei Vorliegen einer mittelbaren Darlehensbegebung ist diese nicht zwingend gegeben, denn eine mittelbare Darlehensvalutierung führt gerade nicht zum Ausschluss des Darlehensnehmers von der freien Verfügungsbefugnis über das Darlehen. Wegen der Widerruflichkeit der Anweisung hat es der Darlehensnehmer selbst in der Hand die Zahlungsströme zu steuern, wobei er ein gesteigertes Interesse hat, mittels der Darlehensauszahlung sogleich seine Gegenleistung gegenüber dem Dritten zu erbringen.

Beim verbundenen Geschäft ist es gerade typisch, dass letztendlich der Dritte den Geldbetrag erhält. Da nach den Wertungen des Gesetzes von zwei selbständigen Vertragsverhältnissen auszugehen ist, welche über den Darlehensnehmer verknüpft sind, müssen diese bei der mittelbaren Darlehensbegebung simultan erfüllt werden. Vor diesem Hintergrund ist auch beim verbundenen Geschäft am Bestehen einer Anweisungslage festzuhalten. Für eine andere Sichtweise fehlt es an einer entsprechenden gesetzgeberischen Vorgabe. Mithin ist das bereits betrachtete Leistungsdreieck auf das verbundene Geschäft anwendbar.

Entgegen der Rechtsprechung des II. Zivilsenats führt das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts bei der mittelbaren Darlehensauszahlung zur Heilung i.S.v. § 494 Abs. 2 S. 1 BGB. Die untersuchte Rechtsprechung steht im Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen auch bei einer Leistung an Dritte eine Heilung zum Schutze des Verbrauchers anzuerkennen. Die Rechtsprechung führt, da sie die Heilungsmöglichkeit ablehnt, zu einer Verschlechterung des Verbraucherschutzes, so dass bereits wegen des Schutzzwecks von § 494 Abs. 2 S. 1 BGB eine teleologische Reduktion basierend auf den Regelungen zum verbundenen Geschäft nicht gerechtfertigt ist.

Betrachtet man isoliert die Regelungen zum verbundenen Geschäft, so können diese die Rechtsprechung des II. Zivilsenats zur mangelnden Heilung gleichfalls nicht tragen. Das Aufspaltungsrisiko, also der Schutzbereich des verbundenen Geschäfts, hat sich vorliegend noch nicht realisiert. Die Regelungen zum verbundenen Geschäft sind auf den Schutz bei Leistungsstörungen ausgerichtet. In eben diesen Kontext lässt sich die vom II. Zivilsenat angeführte Rechtsprechung des XI. Zivilsenats einordnen. Diese erging zu Fragen der Rückabwicklung nach erfolgtem Widerruf, also zur Rechtsfolgenseite. Sie ist aus den dargelegten Gründen nicht auf die Tatbestandsseite übertragbar, weil der Verbraucher zum Zeitpunkt der Darlehensbegebung noch nicht i.S. der Regelungen zum verbundenen Geschäft schutzwürdig ist.

Wenn bei der mittelbaren Darlehensauszahlung eine Heilung nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB nicht mit Verweis auf das verbundene Geschäft ausgeschlossen werden kann, so ist die mittelbare Darlehensvalutierung beim verbundenen Geschäft nicht grundsätzlich unwirksam. Insoweit verbleibt es bei der einheitlichen Begriffsbestimmung.

Das Ergebnis der Untersuchung der mittelbaren Darlehensvalutierung beim verbundenen Geschäft lässt sich deshalb ebenso kurz wie die Ausgangsüberlegung zusammenfassen: Bei der mittelbaren Darlehensauszahlung sind bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts auf der hier beleuchteten Tatbestandsseite keine Besonderheiten zu beachten. Die Regelungen zum verbundenen Geschäft rechtfertigen keine andere Beurteilung als der „Normalfall“.

Wie zum „Normalfall“ festgestellt, bleibt damit die erteilte Anweisung des Darlehensnehmers entscheidendes Element einer mittelbaren Darlehensvalutierung.<sup>551</sup> Auch beim verbundenen Geschäft entspricht regelmäßig die erteilte Anweisung dem überwiegenden Interesse des Darlehensnehmers, da er bestrebt ist, seine Verpflichtung aus dem drittfinanzierten Geschäft zu erfüllen. Mithin kommt es, weil sich der Darlehensnehmer mittels der Anweisung das Darlehen bereits zu diesem Zeitpunkt wirtschaftlich zu Nutzen machen will, für die Wirksamkeit der mittelbaren Darlehens-

---

<sup>551</sup> s.o., II. Teil A. IV 6.

valutierung auf die Wirksamkeit der erteilten Anweisung an.<sup>552</sup> Etwas anderes ergibt sich nur, falls die Anweisung nicht der überwiegenden Interessenlage des Darlehensnehmers entspricht.

Dies erscheint mir beim verbundenen Geschäft auch deshalb sachgerecht, weil - wie bei jedem finanzierten Drittgeschäft - zum Zeitpunkt der Darlehensvalutierung der Darlehensnehmer aufgrund der Verwendung des Darlehens vom Dritten einen entsprechenden Gegenwert erhält. Gerade zu diesem Zeitpunkt hat die Gegenleistung aus dem finanzierten Geschäft einen Marktwert, der wertmäßig mit der Nettodarlehenshöhe korrespondiert.<sup>553</sup> Mithin verfügt der Darlehensnehmer über das Darlehen bereits wie ein Eigentümer, weil er es zum Erwerb eines wertmäßig vergleichbaren Investitionsguts einsetzt. Sofern sich zu einem späteren Zeitpunkt, etwa nach ausgeübtem Widerrufsrecht, eine andere Bewertung des Investitionsguts ergibt, ist dies unbeachtlich. Dann hat sich nämlich lediglich das einer Investition immanente Anlagerisiko realisiert. Vor diesem wird der Darlehensnehmer aber beim verbundenen Geschäft nicht geschützt; es greifen aber andere Schutzinstrumente.<sup>554</sup>

Die hier vertretene Ansicht zur Wirksamkeit der mittelbaren Darlehensvalutierung zum verbundenen Geschäft entspricht nunmehr der als gefestigte bezeichneten Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH.<sup>555</sup> Erstmals bestätigt wurde diese Ansicht höchstrichterlich vom XI. Senat mit den Entscheidungen vom 25.04.2006 unter Heranziehung nahezu identischer Argumente.<sup>556</sup>

---

<sup>552</sup> ebenda; vgl. auch: EuGH GA, VuR 05, 259, 261, Rn. 47; OLG Dresden (rk.), BKR 05, 190, 192; OLG Karlsruhe (n.rk.), OLG Report Karlsruhe Stuttgart 05, 59, 61 (a.E.); Lauer, BKR 04, 94; Wallner, BKR 04, 368; ähnlich: EG-Kommission, ZBB 04, 69 ff, Rn. 35 (zur mittelbaren Darlehensvalutierung bei § 3 HWiG); jetzt auch: EuGH, WM 05, 2079, 2085, Rn. 85; WM 05, 2086, 2089, Rn. 48

<sup>553</sup> Der Marktwert muss dabei nicht stets einem objektiven Gegenwert entsprechen. Entscheidend ist, dass der Rechtsverkehr zu diesem Zeitpunkt bereit ist, den entsprechenden Preis für die Gegenleistung zu bezahlen. Die Kritik von Reiter / Methner, VuR 05, 283 verfängt somit nicht.

<sup>554</sup> s.o., III. Teil A. II. 2.

<sup>555</sup> BGH, WM 08, 292 ff, Rn. 26; zur Verständigung der beiden Senate und zur (erneuten) höchstrichterlichen Klärung der Rechtsprechung: s.o., III. Teil A. IV. 2. b) cc)

<sup>556</sup> BGH, XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 ff, Rn. 31 - 41; nahezu wortgleich: XI ZR 106/05, BGHZ 167, 239 ff, Rn. 15 - 21; XI ZR 193/04, BGHZ 167, 252 ff, Rn. 30 - 36; XI ZR 219/04, NJW 06, 1957 ff, Rn. 36 - 42

## **B. Die Darlehensauszahlung bei einem Gesellschaftsdarlehen**

Nachfolgend wird die Darlehensauszahlung im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses näher betrachtet. Hier sind - ähnlich wie beim verbundenen Geschäft - die Besonderheiten der Fallgestaltung für die Tatbestandsseite der mittelbaren Darlehensvalutierung zu beleuchten. Die Ausführungen beschränken sich auf Sondersituationen bei Kapitalgesellschaften, weil korrespondierend mit der beschränkten Haftung der Gesellschafter die Vermögensbindung und die Kapitalerhaltung des Gesellschaftsvermögens geboten sind.

Der Gang der Untersuchung zeigt im ersten Schritt den grundsätzlichen Zusammenhang einer verbotswidrigen Auszahlung mit der Tatbestandsseite der Darlehensgewährung auf, geht in einen zweiten Schritt auf die allgemeinen Probleme bei einem mittelbaren Gesellschaftsdarlehen, zum Beispiel zur Begleichung von Steuerschulden des Gesellschafters, ein und wendet sich im weiteren Verlauf den Besonderheiten einer konzerninternen Darlehensvalutierung, namentlich im Rahmen eines Cash-Management-Systems, zu. In diesem Bereich hat es in der Literatur zahlreiche Reaktionen auf das Urteil des BGH vom 24.11.2003<sup>557</sup> gegeben.

Das angesprochene Urteil des BGH erachtet ein im Anwendungsbereich von §§ 30, 31 GmbHG begebenes Gesellschaftsdarlehen auch dann als Verstoß gegen die Kapitalbindungsvorschriften, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig ist. Der BGH rückt mit dieser Entscheidung von der bis dahin herrschenden Ansicht, der bilanzrechtlichen Betrachtungsweise, ab, so dass die Wirksamkeit einer mittelbaren Darlehensvalutierung im Bereich des Kapitalgesellschaftsrechts neu zu bewerten ist. Selbst wenn die Darlehensvalutierung vermeintlich vertragsgemäß vollzogen wird, scheint sie nicht zur wirksamen Erfüllung zu führen.

### **I. Die Besonderheiten eines Gesellschaftsdarlehens**

Die Untersuchungen konzentrieren sich aus besagten Gründen auf Darlehen von Kapitalgesellschaften an ihre Gesellschafter. Aus Vereinfachungsgründen wird dabei unterstellt, dass es sich um einen Alleingesellschafter bzw. um eine 100%-ige Tochtergesellschaft handelt. Weil auch ein Vergleich der mittelbaren Darlehensvalutierung mit dem „Normalfall“ angestellt wird, werden hier marktübliche Darlehensbedingungen unterstellt. Zudem ist die Solvenz des Alleingeschafters bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung nicht zweifelhaft. Mithin ist der Rückzahlungsanspruch bei sonst üblicher Betrachtungsweise vollwertig. Schließlich geht es vorliegend um die Tatbestandsseite der Darlehensgewährung, weshalb an dieser Stelle die Problematik der

---

<sup>557</sup> BGH, 24.11.2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 ff

Nichtausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts, das sogenannte „Stehen lassen“, außer Acht gelassen wird.

Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit Anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich unter anderem aus dem Gesetz nichts anderes ergibt,<sup>558</sup> bedarf es für die beschränkte Haftung der Gesellschafter in der Kapitalgesellschaft eine gesonderte Rechtfertigung. Diese hat der Gesetzgeber mit den Vorschriften zur Kapitalerhaltung und Vermögensbindung in §§ 30, 31 GmbHG sowie in §§ 57 ff AktG geschaffen.<sup>559</sup> Bei der Gewährung von Gesellschaftsdarlehen sind deshalb vorrangig diese Beschränkungen zu beachten.

Die Rechtsprechung gelangt auch außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs der Kapitalerhaltungsvorschriften zu einer eigenständigen Haftung der Gesellschafter aufgrund eines existenzvernichtenden Eingriffs, weil hier das Haftungsprivileg nicht ausreichend berücksichtigt wurde.<sup>560</sup> Die Existenzvernichtungshaftung greift erst in die Rechtsfolge einer Darlehensauszahlung ein. Sie begründet einen Schadensersatzanspruch gegen den Gesellschafter. Mithin berührt die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nicht die Tatbestandsseite der Darlehensgewährung. Das Rechtsinstitut bleibt bei den nachfolgenden Ausführungen daher unberücksichtigt.

In der Praxis ist es üblich, dass die Gesellschaft dem Alleingesellschafter Liquidität verschafft, indem sie seine Verbindlichkeiten im Verhältnis zu einem Dritten, etwa Steuerschulden, tilgt und im Innenverhältnis ein Darlehensverhältnis begründet wird. Gerade in einem Konzernverbund findet sich im Rahmen eines Cash-Management-Systems häufig die Auskehrung liquider Mittel der Tochtergesellschaft an eine eigens hierfür zuständige Tochtergesellschaft des Mutterunternehmens wieder. Insoweit wird auch von aufsteigenden oder up-stream Darlehen gesprochen.

Das Darlehensverhältnis kann dabei durch die Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Mehrheitsverhältnisse, also aufgrund eines zumindest faktischen Weisungsrechts, begründet werden. Zu differenzieren ist die gesellschaftsrechtliche Weisung zur Begründung des Darlehensvertrags<sup>561</sup> von der nachfolgenden Anweisung

---

<sup>558</sup> BGH, BGHZ 142, 315, 319

<sup>559</sup> vgl. Saenger / Koch, NZG 04, 271; Sieger / Hasselbach, BB 99, 647, die von einem unabdingbaren Gegenpol zur beschränkten Gesellschafterhaftung sprechen.

<sup>560</sup> grundlegend: BGH, BGHZ 149, 10 ff (Bremer Vulkan); 150, 61 ff; 151, 181 ff (KBV) sowie WM 05, 176 ff und WM 05, 332 ff; Röhrich, FS 50 Jahre BGH, S. 83 ff; derselbe, VGR 2002, S. 22 ff; Wackenbarth, ZIP 05, 877 ff; Keßler, GmbHR 05, 257 ff; Schön, ZHR 168 (2004), 268 ff; Emmerich / Habersack<sup>5</sup>, Anh. § 318 Rn. 33 ff; jeweils mwN

Die „Existenzvernichtungshaftung“ wird nunmehr vom BGH mit der neuerlichen Grundsatzentscheidung (sog. *Trihotel*-Entscheidung, Urt. vom 16.07.2007, II ZR 03/2004, BGHZ 173, 246 ff.) auf Basis von § 826 BGB als unbeschränkte Innhaftung der Gesellschafter gegenüber der GmbH verstanden; siehe hierzu auch: Emmerich / Habersack<sup>5</sup>, Anh. § 318 Rn. 35; Goette, DStR 2007, 1593 f.; Altmeyden, NJW 2007, 2657 ff.; Paefgen, DB 2007, 1907 ff.; Vetter, BB 2007, 1965 ff.

<sup>561</sup> ausführlich zur gesellschaftsrechtlichen Weisung (im AG-Vertragskonzern): Müller-Bullinger, S. 68 ff

des Darlehensnehmers, welche die Zahlungsrichtung der Darlehensvalutierung vorgibt. Letztere hat, wie gezeigt, ihren Ursprung im Darlehensrecht und ist Ausdruck der Verfügungsbefugnis des Darlehensnehmers über die Valuta. Für die Frage der Wirksamkeit einer mittelbaren Darlehensvalutierung eines Gesellschaftsdarlehens ist die Weisung im gesellschaftsrechtlichen Sinne unbeachtlich, denn diese führt allenfalls erst zur Existenz einer zu erfüllenden Pflicht. Mithin betrifft das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht nicht die eigentliche Frage der wirksamen Erfüllung.

Entsprechend den bisherigen Ausführungen kann auch beim Gesellschaftsdarlehen auf das bereits bekannte Leistungsdreieck zurückgegriffen werden:

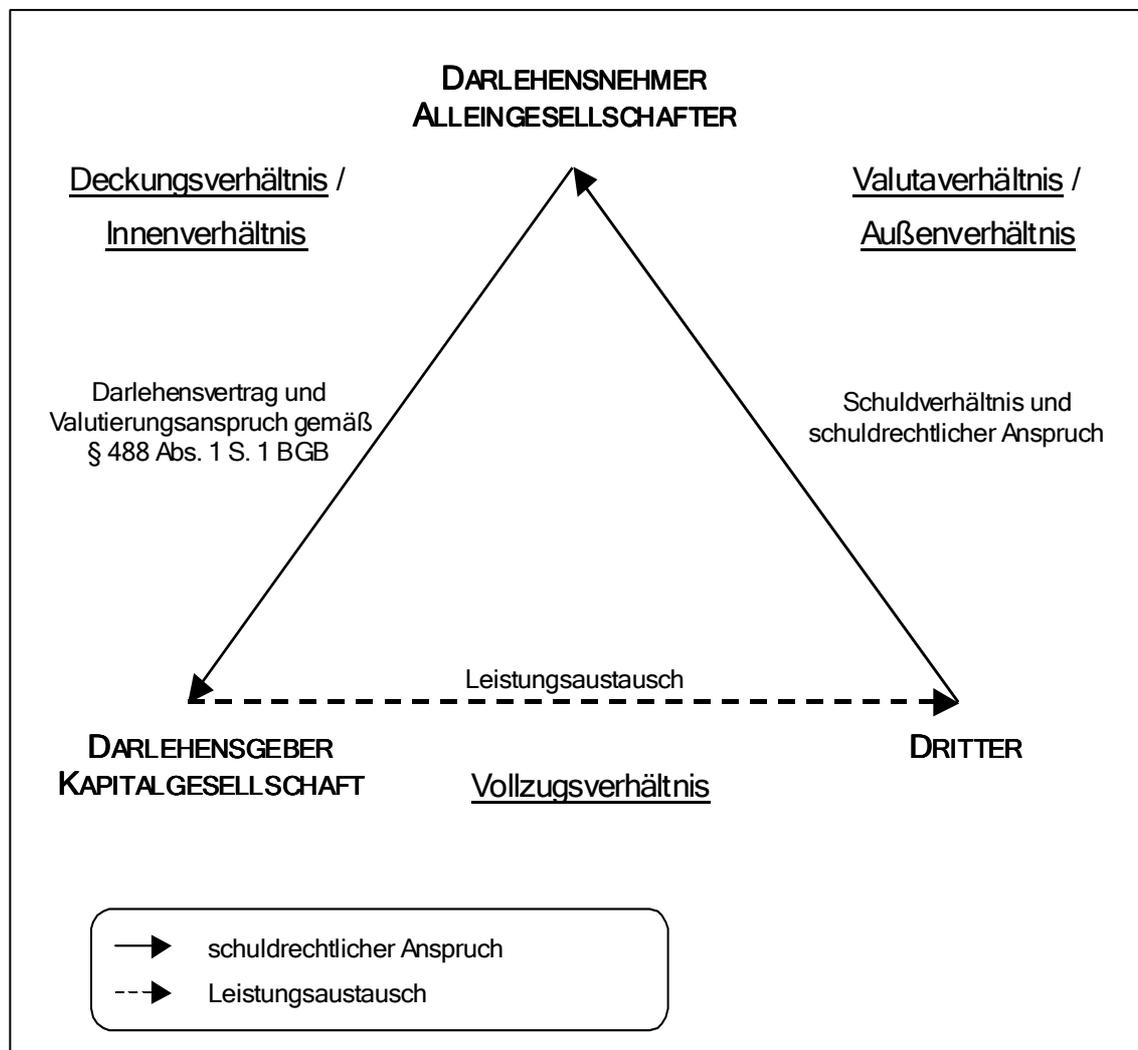


Abbildung 6: Das maßgebliche Leistungsdreieck beim Gesellschaftsdarlehen

## II. Die Folgen einer verbotswidrigen Auszahlung

Nachfolgend werden die Auswirkungen einer verbotswidrigen Auszahlung auf die Wirksamkeit der mittelbaren Darlehensvalutierung untersucht, um die Relevanz der gesellschaftsrechtlichen Normen für die hier interessierende Tatbestandsseite der Darlehensgewährung darzulegen. Zu thematisieren ist die Frage, ob eine wirksame Darlehensvalutierung trotz scheinbar vertragsgemäßer Erfüllung an den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des Kapitalerhaltungsrechts scheitert.

### 1. Das Rechtsfolgensystem von §§ 30, 31 GmbHG

Nach § 31 Abs. 1 GmbHG ist der Gesellschafter, der eine verbotswidrige Zahlung erhalten hat, zur Rückgewähr verpflichtet. Bezogen auf die Darlehensvalutierung hat er das Darlehen an die Gesellschaft zurückzuzahlen. Im Außenverhältnis ist es wegen der eigenen Rechtspersönlichkeit der Kapitalgesellschaft nicht zweifelhaft, dass es sich bei der mittelbaren Darlehensvalutierung in Bezug zum Dritten um eine Leistung des Alleingeschafters handelt, denn die Gesellschaft leistet ihrerseits im Innenverhältnis auf eine Schuld gegenüber dem Gesellschafter, nämlich in Erfüllung ihrer Valutierungspflicht gemäß § 488 Abs. 1 S. 1 BGB. Bei einer mittelbaren Darlehensvalutierung richtet sich der gesellschaftsrechtliche Rückgewähranspruch somit gegen den veranlassenden Gesellschafter.

Zu beachten ist aber, dass § 31 GmbHG die Rechtsfolge einer verbotswidrigen Darlehensvalutierung erfasst. Die Tatbestandsseite, also die Darlehensgewährung, wird dagegen nicht von § 31 GmbHG geregelt, so dass insoweit auf § 30 GmbHG abzustellen ist. Nach allgemeiner Meinung führt ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG auf der Tatbestandsseite nicht zur Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts, hier des Darlehensvertrags, da § 30 GmbHG kein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB enthält.<sup>562</sup> Dies ist deshalb gerechtfertigt, da nach §§ 30, 31 GmbHG kein umfassender Kapitalschutz bezweckt wird, sondern nur das Stammkapital entsprechende Vermögen geschützt wird. Weil das Auszahlungsverbot nur diesen beschränkten Bereich erfasst, muss deshalb das Verpflichtungsgeschäft erhalten bleiben.<sup>563</sup>

Somit ist § 30 Abs. 1 GmbHG für den Zeitraum des Vorliegens einer Unterbilanz als zeitlich befristetes Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft zu verstehen, welches im Sinne einer Einwendung stets zu beachten ist. Das heißt, dass der Valutierungsanspruch in diesem Zeitraum nicht durchsetzbar ist, aber nach Beseitigung

---

<sup>562</sup> statt vieler: BGH, BGHZ 69, 274, 280; 95, 188, 192; 136, 125, 129 f; Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, § 30 Rn. 38; Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 37 III 2 c)

<sup>563</sup> BGH, BGHZ 136, 125, 129 f

der Unterbilanz wieder voll auflebt.<sup>564</sup> Daher besteht der Erfüllungsanspruch, auch wenn eine verbotswidrige Auszahlung i.S.v. § 30 Abs. 1 GmbHG, also bei Herbeiführung oder Vertiefung einer Unterbilanz, vorgenommen wurde, fort. Mithin kann eine vertragsgemäße Darlehensauszahlung im Anwendungsbereich von § 30 Abs. 1 GmbHG keine Erfüllungswirkung haben. Entsprechend hat der BGH formuliert, dass „*ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft nicht erfüllt werden darf*“.<sup>565</sup> Darf nicht erfüllt werden, kann umgekehrt ein Verstoß gegen dieses Verbot trotz vertragsgemäßer Leistungserbringung nicht zur Erfüllung führen. Vielmehr ist der Gesellschafter ungeachtet des wirksamen Darlehensvertrags nicht zur Nutzung des Darlehens berechtigt, sondern er ist gemäß § 31 GmbHG zur sofortigen Rückzahlung verpflichtet.

Bei der mittelbaren Darlehensvalutierung führt auch die anweisungsgemäße Darlehensgewährung an einen Dritten im Anwendungsbereich von § 30 Abs. 1 GmbHG nicht zur Erfüllung des Valutierungsanspruchs gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB. Dabei wird nicht außer Acht gelassen, dass § 30 GmbHG nur im Innenverhältnis Wirkung entfalten kann, denn vorliegend handelt es sich bei der mittelbaren Darlehensvalutierung gerade um eine Leistung an den Gesellschafter selbst.

## 2. Die Rechtsfolgensystematik von §§ 57, 62 AktG

Die aktienrechtlichen Regelungen sind mit denjenigen des GmbH-Rechts vergleichbar. Der Aktionär ist gleichfalls zur sofortigen Rückzahlung einer verbotswidrigen Einlagenrückgewähr verpflichtet, § 62 AktG. Die Vermögensbindung ist bei der AG jedoch umfassender und strenger als bei der GmbH ausgestaltet. Sie lässt sich erst aus einer Gesamtschau der einschlägigen Vorschriften, namentlich von §§ 57 ff i.V.m. §§ 150, 172 f, 174 Abs. 1 S. 1 AktG, erfassen. Grundsätzlich sind Leistungen an die Aktionäre aus dem freien Vermögen der AG unzulässig. Neben dem Gläubigerschutz wird zu einem somit die Gleichbehandlung der Aktionäre gemäß § 53a AktG sichergestellt und zum anderen wird die gesetzliche Kompetenzverteilung in der AG gemäß §§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 172, 174 Abs. 1 AktG gewahrt.<sup>566</sup> Leistungen der AG an ihre Aktionäre unterliegen somit strengeren Beschränkungen als bei der GmbH, weil das ganze Vermögen der AG gemäß § 57 Abs. 1 und Abs. 3 AktG erfasst wird.<sup>567</sup>

Aufgrund der umfassenden Vermögensbindung besteht daher in der Rechtsfolgensystematik ein wesentlicher Unterschied zum GmbH-Recht. Da das Aktienrecht kein freies Vermögen der Gesellschaft kennt, welches zur Darlehensauszahlung an die

---

<sup>564</sup> Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, § 30 Rn. 38; Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 88; Roth / Altmeyen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 81; Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 44 f; Scholz / Westermann<sup>10</sup>, § 30 Rn. 13; so bereits: Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 356; Flume, ZHR 144 (1980), 23

<sup>565</sup> BGH, BGHZ 136, 125, 130

<sup>566</sup> MK - AktG / Bayer<sup>2</sup>, § 57 Rn. 2; Großkom. / Henze<sup>4</sup>, § 57 Rn. 7; Wilhelmi, S. 19

<sup>567</sup> statt vieler: KK / Lutter<sup>2</sup>, § 57 Rn. 5

Aktionäre zur Verfügung steht, bedarf es keiner Differenzierung wie im GmbH-Recht. Vor diesem Hintergrund enthält nach herrschender Meinung § 57 AktG ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB, so dass bereits der Darlehensvertrag nichtig ist.<sup>568</sup> Mithin fehlt es bereits an einer wirksamen Verpflichtung der AG zur Darlehensgewährung gemäß § 488 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Erfüllung ist daher ausgeschlossen, so dass die Leistungshandlung, die mittelbaren Darlehensvalutierung, unerheblich ist.

### 3. Zwischenergebnis

Die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten können sich in Bezug auf die Tatbestandsseite der mittelbaren Darlehensvalutierung folglich lediglich im GmbH-Recht auswirken. Im Aktienrecht unterliegt die Kapitalerhaltung strengeren Maßstäben, so dass die Schutzvorschrift des § 57 AktG zu einem früheren Zeitpunkt eingreift und bereits zur Nichtigkeit des Darlehensvertrags führt. Auf die Erfüllungshandlung kommt es daher im Aktienrecht nicht an, weshalb sich die Untersuchung im Folgenden auf GmbH-Rechtsverhältnisse beschränkt. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 30 Abs. 1 GmbHG erlaubt das GmbH-Recht ein Gesellschaftsdarlehen, so dass das Rechtsfolgensystem nicht zur Nichtigkeit führt. Das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG greift daher erst bei der Vornahme der Leistungshandlung ein. In seinem Anwendungsbereich hindert das gesellschaftsrechtliche Auszahlungsverbot eine wirksame Erfüllung des Darlehensanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB. Unterschiede zur mittelbaren Darlehensvalutierung sind insoweit nicht festzustellen, weshalb § 30 Abs. 1 GmbHG auch hier eingreift und in seinem Anwendungsbereich eine wirksame Darlehensgewährung verhindert.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass im Rahmen der mittelbaren Darlehensvalutierung aus dem gebundenen GmbH-Vermögen trotz einer vermeintlich ordnungsgemäßen Erfüllung die Valutierung aufgrund von § 30 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich unwirksam ist. Mithin ist bei der mittelbaren Darlehensvalutierung die gesellschaftsrechtliche Sonderregelung von § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten. Insoweit bleibt es den nachfolgenden Ausführungen vorbehalten zu klären, ob und wann überhaupt ein Gesellschaftsdarlehen bei der GmbH in den Anwendungsbereich von § 30 Abs. 1 GmbHG fällt.

---

<sup>568</sup> statt vieler: MK - AktG / Bayer<sup>2</sup>, § 57 Rn. 137 und 140; Großkom. / Henze<sup>4</sup>, § 57 Rn. 6; so bereits: KK / Lutter<sup>2</sup>, § 57 Rn. 61 und 67

Grafisch lässt sich dies wie folgt darstellen:

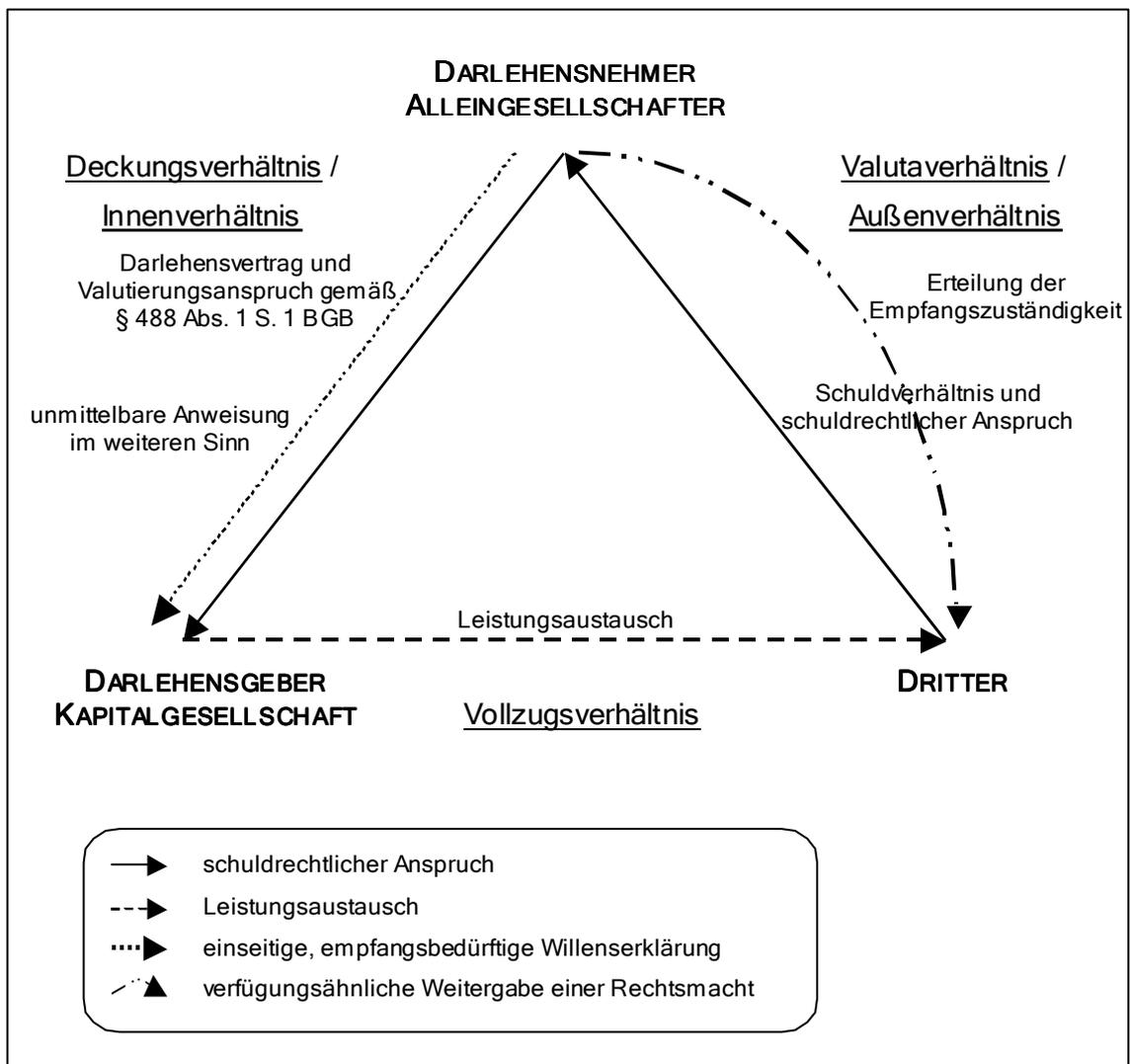


Abbildung 7: Das maßgebliche Leistungsdreieck der mittelbaren Darlehensvalutierung beim Gesellschaftsdarlehen

### III. Die Anwendung von § 30 GmbHG auf Gesellschaftsdarlehen

#### 1. Die Kapitalerhaltung gemäß § 30 GmbHG beim Gesellschaftsdarlehen

Die zentrale Vorschrift zur Kapitalerhaltung bei der GmbH stellt § 30 GmbHG dar. Vorliegend können wegen des Umfangs der Arbeit nur die wesentlichen Grundzüge nachgezeichnet werden.<sup>569</sup> Durch das Urteil des BGH vom 24.11.2003,<sup>570</sup> das sich im Kern mit § 30 GmbHG auseinandersetzt, hat sich zum Gesellschaftsdarlehen eine lebhafte Diskussion in der Literatur entfacht.<sup>571</sup> Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt den Schutzzweck von § 30 GmbHG sowie seine Tatbestandsvoraussetzungen mit Blick auf das Gesellschaftsdarlehen an dieser Stelle erneut aufzugreifen. Hinzuweisen ist bereits an dieser Stelle, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung von § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG nach Art. 1 Nr. 20 MoMiG diese Diskussion beenden will und durch die Neufassung Rechtsklarheit schaffen will.<sup>572</sup>

#### a) Der Gläubigerschutz und der Drittvergleich

Bereits nach dem Wortlaut beschränkt sich der Kapitalschutz der GmbH nach § 30 Abs. 1 GmbHG auf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen. Hierdurch soll die Verminderung des Stammkapitals zugunsten der Gesellschafter und zu Lasten der Gesellschaft sowie seiner Gläubiger verhindert werden.<sup>573</sup> Im Mittelpunkt von § 30 Abs. 1 GmbHG steht der Gläubigerschutz.<sup>574</sup> Mit dem Auszahlungsverbot soll sichergestellt werden, dass zumindest Vermögen in Höhe des Stammkapitals der GmbH zur ausschließlichen betrieblichen Verwendung zur Verfügung steht.<sup>575</sup>

Voraussetzung für eine Auszahlung i.S.v. § 30 GmbHG ist das Vorliegen einer Leistung an einen Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.<sup>576</sup> In diesem Fall wird bereits nach bilanzieller Betrachtungsweise das Vermögen der Gesellschaft vermindert. Mithin kommt es auf einen Drittvergleich des getätigten Geschäfts an: Verzichtet die Gesellschaft auf einen möglichen Gewinn, den die Gesellschaft bei Vertragsschluss mit einem Dritten erzielt hätte, gewährt sie dem Gesellschafter einen ungerechtfertigten Sondervorteil und mindert so das Vermögen der Gesellschaft zulasten der Gesellschaftsgläubiger.<sup>577</sup> Somit ist danach zu fragen, ob

---

<sup>569</sup> ausführlich etwa: Wilhelmi, Kleffner und Berg

<sup>570</sup> BGH, BGHZ 157, 72 ff

<sup>571</sup> vgl. die kritischen Anmerkungen: Ulmer, ZHR 169 (2005), 3 ff; Kerber, ZGR 05, 437 ff

<sup>572</sup> Begründung zu Art. 1 Nr. 20, BR-Drucks. 354/07, S. 93 f; s.u.: III. Teil B. III. 1 b) gg)

<sup>573</sup> statt vieler: Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, § 30 Rn. 1; Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 1

<sup>574</sup> statt vieler: Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 37 III. 1. f) und 2. d); Wilhelmi, S. 36 f; Schön, Konzern 04, 168

<sup>575</sup> Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 1

<sup>576</sup> Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, § 30 Rn. 8 und 27 f; Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 9; noch aA mit Betonung der *causa societatis* Flume, ZHR 144 (1980), S. 21, der bei Umsatzgeschäften nicht die Ausgeglichenheit der beiderseitigen Verpflichtungen in den Mittelpunkt der Betrachtung rückt.

<sup>577</sup> Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, § 30 Rn. 11; Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 34; Priester u.a. / Mayer - Fronhöfer, HdB GesR, GmbH<sup>2</sup>, § 51 Rn. 12

„ein gewissenhafter und nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsleiter das Geschäft unter sonst gleichen Umständen zu gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtaktionär abgeschlossen hätte.“<sup>578</sup> Ob dagegen das Rechtsgeschäft wegen der Gesellschafterstellung zustande kommt, ist nach zutreffender Meinung nicht ursächlich, denn die Vermögensbindung ist objektiv zu bestimmen.<sup>579</sup> Entscheidend ist beim Drittvergleich deshalb der betriebswirtschaftlich Nutzen dieses Geschäfts.<sup>580</sup>

Gleichfalls führt bei einem Gesellschaftsdarlehen zum Zeitpunkt der Valutierung ein nicht vollwertiger Rückzahlungsanspruch nach bilanzieller Betrachtungsweise zu einer Vermögensminderung und damit zu einer verbotswidrigen Auszahlung: Entsprechend dem strengen Niederstwertprinzip ist die gegen den Gesellschafter begründete Forderung auf Darlehensrückzahlung einzeln zu bewerten und nach dem Vorsichtsprinzip bei absehbarer Uneinbringlichkeit auf den niedrigeren Wert vermögensmindernd abzuschreiben, §§ 252 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 1. HS., 253 Abs. 3 HGB.

#### **b) Die Behandlung von Gesellschaftsdarlehen**

Für bilanzneutrale Geschäfte, das heißt für Geschäfte, bei denen Leistung und Gegenleistung äquivalent sind und bei denen kein Bedarf einer Einzelwertberichtigung gegeben ist, ist bei Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz streitig, ob diese dem Auszahlungsverbot von § 30 Abs. 1 GmbHG unterfallen. Insoweit geht es nicht um die Frage, wie eine Unterbilanz ermittelt wird, sondern um die gegenständliche Reichweite von § 30 GmbHG.<sup>581</sup> Gerade dieser Umstand wird in neueren Kommentierungen nunmehr ausdrücklich betont. Hervorzuheben sind die jüngeren Äußerungen des Senatsvorsitzenden Goette. Nach seinem Verständnis ist eine Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise, hin zu einem Substanzschutz, nur dann geboten, wenn durch die Darlehensausreichung an einen Gesellschafter eine bestehende Unterbilanz vertieft wird.<sup>582</sup> Wie an andere Stelle zustimmend bestätigt wird, wird im Anwendungsbereich von § 30 GmbHG immer ein Angriff auf das geschützte Stammkapital vorliegen.<sup>583</sup> Hierauf weist der Referentenentwurf zum MoMiG deutlich hin.<sup>584</sup> Konkret stellt sich die Frage, ob der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB auch bei Vorliegen einer Unterbilanz geeignet ist, die durch die Darlehensvalutierung eingetretene Vermögensminderung wertmäßig wieder auszugleichen.

---

<sup>578</sup> BGH, NJW 87, 1194, 1195; NJW 96, 589, 590

<sup>579</sup> statt vieler: Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 41 ff; Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 42; Wilhelmi, S. 20; so bereits: Brockfeld, S. 64 und Meister, WM 80, 390 f

<sup>580</sup> in diesem Sinn: BGH, NJW 97, 1194, 1195; NJW 96, 589, 590; Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 34; Scholz / Westermann<sup>10</sup>, § 30 Rn. 33; Makowski, S. 116; ähnlich auch: Meister, WM 80, 301

<sup>581</sup> Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 11; Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, § 30 Rn. 9; Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 341; Wilhelmi, S. 167 ff; Vetter, BB 04, 1511 ff

<sup>582</sup> Goette, KTS 06, 227 und DStR 06, 768

<sup>583</sup> Altmeppen, ZIP 2006, 1030 f

<sup>584</sup> Referentenentwurf zum MoMiG vom 29. Mai 2006, S. 53 f

Bei Unterbilanz und Verkauf zu Buchwerten, also bei einem bilanzneutralen Geschäft, aber ohne Realisierung der stillen Reserven, führt das Austauschgeschäft zu einer realen Minderung des Vermögens der Gesellschaft. Mithin gleicht der Rückforderungsanspruch die Vermögensminderung nicht aus. Zudem hält ein solches Geschäft dem Drittvergleich nicht stand. Kein kaufmännisch handelnder Geschäftsführer würde auf diese Gewinnchance der Gesellschaft ohne vernünftigen Grund verzichten. Leistung und Gegenleistung sind in diesem Fall nicht gleichwertig.<sup>585</sup> Mithin liegt eine verbotswidrige Auszahlung i.S.v. § 30 Abs. 1 GmbHG vor.<sup>586</sup>

Ansonsten besteht bei bilanzneutralen Austauschgeschäften der Gesellschaft mit Gesellschaftern Uneinigkeit, ob eine verbotswidrige Auszahlung gegeben ist. Insbesondere wenn durch das Austauschgeschäft der Gesellschaft liquide Mittel entzogen wird, war bisher höchstrichterlich ungeklärt, ob der Vermögensschutz gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG zur Anwendung gelangt.

#### *aa) Die Vorleistungspflicht beim Gesellschaftsdarlehen*

Gerade im Bereich der Darlehensvaluierung ist die Vorleistungspflicht der Gesellschaft augenscheinlich. Mithin übernimmt sie das jeder Darlehensvergabe immanente Insolvenzrisiko des Darlehensnehmers.<sup>587</sup> Da bei bilanzieller Betrachtungsweise zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung vorliegend keine Anhaltspunkte gegeben sind, die eine Einzelwertberichtigung der Gesellschaftsforderung rechtfertigen, handelt es sich zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt um ein abstraktes Risiko. Mithin geht es bei der Frage, ob bilanzneutrale Austauschgeschäfte unter das Auszahlungsverbot fallen, im Kern um die Frage, ob § 30 Abs. 1 GmbHG bereits eine abstrakte Gefährdung des Gesellschaftsvermögens erfasst.

Selbst wenn man § 30 Abs. 1 GmbHG nur einen wertmäßigen Vermögensschutz entnimmt,<sup>588</sup> kann gleichwohl durch eine Vorleistungspflicht der Gesellschaft wegen des allgemeinen Insolvenzrisikos des Gesellschafters eine wertmäßige Vermögensminderung letztendlich realisiert werden und so das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen beeinträchtigt sein. Problematisch ist daher die Eingehung eines nur scheinbar abstrakten Risikos, wenn sich dieses Risiko im Nachhinein realisiert. Somit wird der Gesellschaft im Verhältnis zum Gesellschafter ein Prognoseisiko über dessen Kreditwürdigkeit auferlegt: Sie hat zum Zeitpunkt der Darlehens-

---

<sup>585</sup> in diesem Sinn: Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, § 30 Rn. 11; Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 39; Priester u.a. / Mayer - Fronhöfer, HdB GesR, GmbH<sup>2</sup>, § 51 Rn. 19; Goette, DStR 97, 1498

<sup>586</sup> statt vieler: Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 11; Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 33 und 52; jeweils mwN

<sup>587</sup> in diesem Sinn: Brockfeld, S. 5 f und 47 ff; Wilhelmi, S. 206; Schön, ZHR 159 (1995), S. 360

<sup>588</sup> ausführlich: Joost, ZHR 148 (1984), S. 27 ff; vgl. auch: Scholz / Westermann<sup>9</sup>, § 30 Rn. 13 und 25; Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 37 III. 1. b) ff und 6.; Grunewald, GesR<sup>6</sup>, 2. F. Rn. 115; Cahn, 5. Teil B. I. 2.; Goette, DStR 97, 1496; auch Fürsprecher für eine Anwendung von § 30 GmbHG auf Gesellschaftsdarlehen gehen von einem wertmäßigen Vermögensschutz aus. Vgl. statt vieler: Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 342 und Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 36

valutierung eine Einordnung vorzunehmen, ob ein konkretes oder lediglich ein abstraktes Insolvenzrisiko gegeben ist.<sup>589</sup> Vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes ist aber kritisch zu hinterfragen, ob nicht schon die Übernahme dieses Prognoserisikos zu unterbinden ist und damit die Gesellschaftsgläubiger bereits vor einer potentiellen Vermögensminderung geschützt werden.

*bb) Das mit § 30 Abs. 1 GmbHG vergleichbare Kapitalschutzsystem*

Zur Beantwortung dieser Fragen ist ein Rückgriff auf das Kapitalschutzsystem der GmbH geboten. Die Vorschriften von §§ 30, 31 GmbHG ergänzen zugleich die strengen Regelungen für eine ordnungsgemäße und effektive Kapitalaufbringung des Stammkapitals und tragen dem Prinzip der Vermögens- und Risikotrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter Rechnung.<sup>590</sup> So ist es im Rahmen der Bargründung als Verstoß gegen § 9a Abs. 1 GmbHG zu werten, wenn der Einlagebetrag absprachegemäß umgehend an den Gesellschafter zurückfließt, da insoweit die Gesellschaft die Einlage zu keinem Zeitpunkt zur freien Verfügung hatte.<sup>591</sup> Ebenso liegt bei einer verdeckten Sacheinlage ein Verstoß gegen § 19 Abs. 2 und 5 GmbHG vor, wenn in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Bargründung ein Austauschgeschäft mit dem Gesellschafter geschlossen wird.<sup>592</sup> Somit wird bei der Kapitalaufbringung - flankiert durch die Unterbilanzhaftung - besonderes Gewicht darauf gelegt, dass entsprechend dem Unversehrtheitsgrundsatz zum Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister das Stammkapital der Gesellschaft zur freien, betrieblichen Verfügung steht.<sup>593</sup> Mithin werden hier die Gesellschaft und die Gesellschaftsgläubiger davor geschützt, dass zugunsten der Gesellschafter vorhandene Barmittel ausgekehrt werden und gar das Gesellschaftsvermögen mit dem Insolvenzrisiko der Gesellschafter belastet wird.<sup>594</sup> Losgelöst von einer bilanziellen Betrachtungsweise stellt das Recht der Kapitalaufbringung somit darauf ab, dass die GmbH mit einem dem Stammkapital entsprechendem, objektiv zu bemessendem, tatsächlichem Vermögenswert ausgestattet wird, welches der GmbH für die Erreichung des Gesellschaftszwecks frei zur Verfügung steht.<sup>595</sup>

---

<sup>589</sup> in diesem Sinn: Schneider, FS Döllerer, S. 543; Brockfeld, S. 48; Kühbacher, S. 40 ff; Eichholz, S. 142, der aber das Kriterium der Kreditwürdigkeit lediglich als Indiz wertet. Zutreffend die Formulierung von Bayer / Lieder, ZGR 05, 138 f: „... die Darlehensgewährung, die bilanzneutral ist, weil ... der Darlehensempfänger als uneingeschränkt kreditwürdig erscheint.“ So bereits Bayer, FS Lutter, S. 1021. Ebenso fordert Meister, WM 80, 392 wegen der Prognoseproblematik die Anlegung strenger Maßstäbe, weshalb in Zweifelsfällen kein neutrales Drittgeschäft vorliegen soll. Ähnlich: Koppensteiner, ZHR 155 (1991) S. 104 und 106; im Hinblick auf die Bestellung von Sicherheiten weist Schön, ZHR 159 (1995), S. 360 zu Recht darauf hin, dass die Realisierung des Sicherungsrechts das entscheidende Kriterium ist.

<sup>590</sup> statt vieler: Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 2; ausführlich: Wilhelmi, S. 44 ff

<sup>591</sup> Goette, S. 39 ff mwN; ausführlich zur Kapitalaufbringung: Bayer, GmbHR 04, 445 ff

<sup>592</sup> Goette, S. 47 ff; Raiser / Veil<sup>4</sup>, § 26 Rn. 69 ff; jeweils mwN

<sup>593</sup> in diesem Sinn auch: Sieger / Hasselbach, BB 99, 647 und 650

<sup>594</sup> Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 31; Wilhelmi, S. 58 f

<sup>595</sup> Bayer, GmbHR 04, 447 f; Wilhelmi, S. 58 f; Jäger, DStR 00, 1655 f

Gleichfalls kommt im Recht der Kapitalerhaltung, namentlich in §§ 33 Abs. 2 S. 2, 43a GmbHG, eine Ergänzung von § 30 Abs. 1 GmbHG zum Ausdruck.<sup>596</sup> Zweck dieser Vorschriften ist es, dass das gebundene Vermögen zum Schutz der Gläubiger nicht mit abstrakten Risiken der Uneinbringlichkeit der Forderungen belastet werden darf.<sup>597</sup>

Im Ergebnis ist in den betrachteten Fallgruppen eine rein bilanzielle Betrachtungsweise unzureichend. Die Regelungen stellen im Interesse des Gläubigerschutzes darauf ab, dass der GmbH ein dem Stammkapital entsprechendes, objektiv zu bewertendes Vermögen zur betrieblichen Nutzung zur Verfügung steht und erhalten wird. Insoweit verbieten die Regelungen die Übernahme abstrakter Risiken zu Lasten der Gesellschaft, namentlich das Insolvenzrisiko der Begünstigten, die in der engen Beziehung zur Gesellschaft ihren Ursprung haben. Im Sinne eines schlüssigen und widerspruchsfreien Kapitalschutzsystems scheint es angebracht zu sein, die entsprechenden Wertungen auch im Rahmen von § 30 Abs. 1 GmbHG zu berücksichtigen.<sup>598</sup>

#### *cc) Die Gesetzesnovelle von 1980*

Mit der Gesetzesnovelle von 1980 wurde für das Kapitalerhaltungsrecht das Verbot jeglicher Kreditgewährung an Geschäftsführer und andere mit einer umfassenden Vertretungsmacht ausgestattete Person in § 43a GmbHG normiert. Hier ist zugunsten des Gläubigerschutzes bereits eine abstrakte Gefährdung des gebundenen Vermögens i.S.v. § 30 Abs. 1 GmbHG generell unzulässig.<sup>599</sup> Ausweislich des Gesetzgebungsverfahrens war zunächst auch eine Erstreckung auf Gesellschafter angedacht, jedoch mit dem Hinweis nicht weiterverfolgt, dass eine solche Regelung nicht notwendig sei, da diese Fälle bereits von § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst werden.<sup>600</sup>

Aus diesem Grund wird zu Recht mangels planwidriger Regelungslücke eine Analogie von § 43a GmbHG für Gesellschaftsdarlehen abgelehnt.<sup>601</sup> Auch die systematische Stellung von § 43a GmbHG im dritten Abschnitt, der das Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht und nicht wie der zweite Abschnitt das Verhältnis zu den Gesellschaftern regelt, spricht gegen eine Analogie.<sup>602</sup> Diese Ansicht wird durch

---

<sup>596</sup> Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 37 III. 6. a); Joost, ZHR 148 (1984), S. 32 ff; Goette, DStR 97, 1496; Brockfeld, S. 9

<sup>597</sup> statt vieler: Baumbach / Hueck<sup>18</sup>, § 43a Rn. 1 f.; Wilhelmi, S. 62 ff; Kühbacher, S. 45, Bayer / Lieder, ZGR 05, 136 f; die zuletzt genannten allerdings nur zu § 43a GmbHG; jeweils mwN

<sup>598</sup> in diesem Sinn: Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 31; Wilhelmi, S. 68; Kühbacher, S. 44; Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 37 III. 6. b); Letztere allerdings für § 43a GmbHG analog; wohl auch: Roth / Altmeppen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 91

<sup>599</sup> statt vieler: Michalski / Michalski, § 43a Rn. 2; Schneider, FS Döllerer, S. 547

<sup>600</sup> BT-Drucks. 8/3908, S. 74 f; BT-Drucks. 8/1347, S. 67 und 74; in diesem Sinn auch: Lux, MDR 04, 342; Wilhelmi, S. 42 und 66; vgl. auch: Diskussionsbericht zu MBO, ZHR 155 (1991), S. 164

<sup>601</sup> Michalski / Michalski, § 43a Rn. 11; Priester u.a. / Mayer - Fronhöfer, HdB GesR, GmbH<sup>2</sup>, § 51 Rn. 93; Cahn, 5. Teil B. II.; Wilhelmi, S. 42 f, S. 65 f; Brockfeld, S. 9 ff; Kühbacher, S. 45 ff; Müller, BB 98, 1807; aA: Scholz / Schneider<sup>10</sup>, § 43a Rn. 61 ff; derselbe, FS Döllerer, S. 549 f; Lutter u.a. / derselbe, Finanzierung, § 25 Rn. 61; Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 37 III. 6. b); Sotiropoulos, GmbHR 96, 655 f; Hormuth, S. 205

<sup>602</sup> Bayer / Lieder, ZGR 05, 136

das angesprochene Urteil des BGH vom 24.11.2003 bestätigt.<sup>603</sup> Die historische Auslegung von § 30 Abs. 1 GmbHG nach der Gesetzesnovelle von 1980 spricht für eine Ausdehnung des Auszahlungsverbots auch auf abstrakte Gefährdungstatbestände.

*dd) Die bisherigen Ansichten im Schrifttum*

(1) Die Ausweitung auf Gesellschaftsdarlehen

In der Literatur wurde auch vor Ergehen der neueren Rechtsprechung bisher eine Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG bei Vorliegen eines an sich bilanzneutralen Austauschgeschäfts vertreten. Die Gesellschaft ist bei Rechtsgeschäften mit den Gesellschaftern nach dieser Ansicht vor jeder Vermögensminderung zu schützen, weshalb ein Gesellschaftsdarlehen bei Auszahlung aus dem geschützten Vermögen gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich verbotswidrig ist.<sup>604</sup>

In der Literatur wird angeführt, dass sich bei Vorliegen einer Unterbilanz und damit in einer angespannten wirtschaftlichen Situation aus Sicht der Gesellschaft als auch deren Gläubiger strukturell ein anderes Bild ergibt, wenn der Gesellschaft statt des Kapitals lediglich die Zinsen zur wirtschaftlichen Nutzung zur Verfügung stehen.<sup>605</sup> Im Sinne des Gläubigerschutzes führe die Darlehensvaluierung dazu, dass der Gläubiger im Zweifel auf die Pfändung der Rückzahlungsforderung angewiesen ist und somit im Gegensatz zur Vollstreckung in liquide Mittel noch mit weiteren Risiken belastet ist. Etwa muss er erst bis zur Fälligkeit der Forderung zuwarten bevor er Befriedigung erlangen kann. Auch wird der Gläubiger, etwa durch die Pfändung, welche regelmäßig nur zur Einziehung überwiesen wird, noch nicht befriedigt. Die im Gesellschaftsrecht angelegte strukturelle Nachrangigkeit der Gesellschaftergläubiger wird ins Gegenteil verkehrt.<sup>606</sup> Ebenso fehlt es bei einer Sicherheitenbestellung der Gesellschaft zugunsten ihres Gesellschafters an einem angemessenen Ausgleich.<sup>607</sup> Bei der Sicherheitenbestellung ist aber ergänzend zu berücksichtigen, dass der Gesellschaft bei der Verwertung der Sicherheit im Außenverhältnis kein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Somit kann die Gesellschaft in diesem Fall - im Unterschied zu einer Verpflichtung im Innenverhältnis - die Vermögensminderung zu keiner Zeit verhindern. Vor diesem Hintergrund ist die Sicherheitenbestellung mit der mittelbaren Darlehens-

---

<sup>603</sup> BGHZ 157, 72, 74; insoweit zustimmend: Bähr / Hoos, GmbHR 04, 305; Bayer / Lieder, ZRG 05, 135 ff; Helmreich, GmbHR 04, 461; Lux, MDR 04, 342; Langner / Mentgen, GmbHR 04, 1122 FN 13; Saenger / Koch, NZG 04, 271 f

<sup>604</sup> Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 346 ff; Schön ZHR 159 (1995), S. 359 ff; Roth / Altmeppen<sup>4</sup>, § 30 Rn. 93; Bayer, FS Lutter, S. 1021 f; Brockfeld, S. 45 ff; Kühbacher, S. 37 ff; Wilhelmi, S. 167 ff und 205 f; Jula / Breitbarth, AG 87, 264; in diesem Sinn auch: Kleindiek, NZI 00, 484 f

<sup>605</sup> Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 349 ff; Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 30

<sup>606</sup> Schön, ZHR 159 (1995), S. 352 ff

<sup>607</sup> Lutter u.a. / Maier-Reimer, Finanzierung, § 16 Rn. 27; ebenda / Lutter - Kleindiek, § 21 Rn. 42; Raiser / Veil<sup>4</sup>, § 37 Rn. 17 ff; Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, § 30 Rn. 35; Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 37 mit Hinweis auf § 31 GmbHG sowie: Scholz / Westermann<sup>10</sup>, § 30 Rn. 46.

Valutierung nach den Vorschriften von §§ 362 Abs. 2, 185 BGB nicht vergleichbar, weil im letzteren Fall der Dritte keinen Anspruch gegen die Gesellschaft erwirbt.<sup>608</sup>

Der schuldrechtliche Anspruch ist aus diesen Gründen in der Unterbilanz kein angemessener Ausgleich für die Auszahlung des Darlehens.<sup>609</sup> Dieser Gedanke war auch Grundlage dafür, dass der BGH in der Sonnenring-Entscheidung eine Stundung einer Kaufpreisforderung als Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG gewertet hat. Demnach fehlt es bei einer nicht fälligen Forderung an einem gleichwertigen Zugriffsobjekt und daher an einer äquivalenten Gegenleistung.<sup>610</sup>

Mit ähnlichen Argumenten<sup>611</sup> wird gleichfalls ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG begründet. Jedoch steht hier nicht die strukturelle Benachteiligung der Gläubiger im Vordergrund, sondern die Auswirkung der Valutierung auf das gebundene Vermögen. Im Vergleich zu anderen Austauschgeschäften, wie etwa beim Kauf, wird beim Gesellschaftsdarlehen der Gesellschaft eine Vorleistungspflicht auferlegt. Deshalb ist ein Vergleich des Gesellschaftsdarlehens mit anderen Austauschgeschäften nicht darstellbar.<sup>612</sup> Insoweit trägt die Gesellschaft das allgemeine Kreditrisiko, dass der Rückforderungsanspruch gegen den Gesellschafter uneinbringlich wird.<sup>613</sup> Somit erfährt die Gesellschaft einen wirtschaftlichen Nachteil, da ihr keine vollwertige Gegenleistung zusteht, die die durch die Valutierung bedingte Vermögensminderung ausgleichen kann.<sup>614</sup> Lediglich wenn ausreichende Sicherheiten bestellt werden, die das Insolvenzrisiko des Gesellschafters ausschließen, fehlt es an einer Vermögensminderung.<sup>615</sup>

In diesem Sinne hat auch der BGH in einer früheren Entscheidung - allerdings in einem obiter dictum - darauf hingewiesen, dass die unterlassene Geltendmachung einer fälligen Forderung gegen einen Gesellschafter ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 BGB begründet, wenn der Gesellschafter anschließend in Vermögensverfall gerät.<sup>616</sup> Es soll das geschützte Gesellschaftsvermögen nicht mit dem Insolvenzrisiko des Gesellschafters belastet werden.

Ferner ist der wirtschaftliche Nachteil auch bei bilanzieller Betrachtungsweise messbar, da handelsrechtlich eine Pauschalwertberichtigung gebildet werden kann. Bei

---

<sup>608</sup> s.o.: I. Teil B. II. 3. b)

<sup>609</sup> Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 349 ff; in diesem Sinn auch: Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 49 f; Roth / Altmeppen<sup>4</sup>, § 30 Rn. 93; Kleindiek, NZI 00, 484

<sup>610</sup> BGH, BGHZ 81, 311, 321; vgl. auch den Hinweis in: Diskussionsbericht, ZHR 155 (1991), S. 164

<sup>611</sup> vgl. etwa: Schön, ZHR 159 (1995), S. 367, der an dieser Stelle in der Übernahme des Insolvenzrisikos die Begründung einer verbotswidrigen Auszahlung erblickt.

<sup>612</sup> Bayer, FS Lutter, S. 1022; Kühbacher, S. 41 f; Brockfeld, S. 46 f

<sup>613</sup> Im „umgekehrten“ Fall des Eigenkapitalersatzes wird von Gegnern das Insolvenzrisiko als erhebliche Gefahrenquelle identifiziert, vgl.: Cahn, ZHR 166 (2002), S. 281; anders: Vetter, BB 04, 1512 f

<sup>614</sup> Bayer, FS Lutter, S. 1021 f; Joost, ZHR 148 (1984), S. 31 und 33 FN 23; Brockfeld, S. 48; Wilhelmi, S. 170 und 205 f; Julia / Breitbarth, AG 87, 264, die von einer konkreten Gefährdung sprechen; ähnlich: Schneider, FS Döllerer, S. 543, der im Ergebnis eine Anwendung von § 30 GmbHG ablehnt.

<sup>615</sup> Bayer, FS Lutter, S. 1022; Kleffner, S. 66; Wilhelmi, S. 170 und 206; Julia / Breitbarth, AG 87, 264; Baumbach / Hueck<sup>18</sup>, § 30 Rn. 21 und 26

<sup>616</sup> BGH, BGHZ 122, 333, 339 f

der Berechnung der Wertberichtigung wird die Forderung gegen den Gesellschafter im gleichen Maße mitberücksichtigt wie jede andere Forderung. Mithin schlägt sich das allgemeine Insolvenzrisiko vermögensmindernd in der Bilanz nieder.<sup>617</sup>

Zudem weicht das Gesetz bei § 31 GmbHG von einer bilanziellen Betrachtungsweise ab, weil die Rechtsprechung<sup>618</sup> eine unverzügliche Durchsetzung des Rückzahlungsanspruchs fordert. Somit werde nach der Konzeption von §§ 30, 31 GmbHG keine Vorleistung der Gesellschaft hingenommen.<sup>619</sup> Entsprechendes gilt gerade auch im Rahmen der Kapitalaufbringung nach §§ 7 Abs. 2, 19 Abs. 2 GmbHG, die auf § 31 GmbHG analog anzuwenden sind.<sup>620</sup>

Letztendlich sei auch der Rechtsgedanke des § 43a GmbHG für eine widerspruchsfreie Lösung der Kapitalerhaltungsvorschriften bei der Auslegung von § 30 Abs. 1 GmbHG zu berücksichtigen.<sup>621</sup>

## (2) Die Gegenansicht

Die Gegenansicht sieht in § 30 Abs. 1 GmbHG keinen konkreten Substanzschutz oder gar einen Liquiditätsschutz der Gesellschaft. Geschützt ist die wertmäßige Erhaltung des gebundenen Vermögens. Entsprechend der Formulierung in § 30 Abs. 1 GmbHG, wonach eine Auszahlung aus dem gebundenen Vermögen verboten sei, ist für die Begründung einer verbotswidrigen Auszahlung eine tatsächliche Vermögensminderung erforderlich. Eine bloße Vermögensgefährdung reicht nicht aus.<sup>622</sup> Ein solch weitreichender Schutz im Recht der Kapitalerhaltung wird nach dieser Meinung nur durch § 43a GmbHG erreicht, der aber aufgrund der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung nicht für Gesellschaftsdarlehen gelte.<sup>623</sup>

In der Konsequenz der Befürworter müsste, um die Befriedigungsaussichten der Gesellschaftsgläubiger nicht zu verschlechtern, jeder Leistungsaustausch mit den Gesellschaftern unter das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG fallen, da auch hier der Gesellschaft Liquidität im Austausch gegen andere Vermögensgegenstände entzogen

---

<sup>617</sup> Brockfeld, S. 51 ff

<sup>618</sup> vgl. BGH, ZIP 87, 370, 371

<sup>619</sup> Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 350 f; Schön, ZHR 159 (1995), S. 361; Kühbacher, S. 43; ähnlich für die Sicherheitenbestellung zugunsten eines Gesellschafters: Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 37

<sup>620</sup> Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 351 mwN; Schön, ZHR 159 (1995), S. 361; Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 50

<sup>621</sup> Wilhelmi, S. 68; Kühbacher, S. 45 ff; Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 352; Bayer, FS Lutter, S. 1022

<sup>622</sup> Cahn, 5. Teil B. I. 2; Scholz / Westermann<sup>9</sup>, § 30 Rn. 13 und 25; Hachenburg / Goerdeler - Müller<sup>7</sup>, § 30 Rn. 36 ff und 53; Grunewald, GesR<sup>6</sup>, 2. F. Rn. 115; Sonnenhol / Groß, ZHR 159 (1995), S. 398 ff; Goette, DStR 97, 1496; Vetter, VGR 2002, S. 75 ff; Müller, BB 98, 1806; Sieger / Hasselbach, BB 99, 650 f; so auch: Schneider, FS Döllerer, S. 544, derselbe, Konzernfinanzierung, § 25 Rn. 60, der wegen der grundsätzlichen Vermögensgefährdung aber für eine Analogie von § 43a GmbHG eintritt; ebenso: Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 37 III. 1. b) ff und 6. und: Sotiropoulos, GmbHR 96, 654; hinsichtlich des wertmäßigen Vermögensschutzes vgl. auch zu den Befürworter: s.o.: III. Teil B. II 2. a) bb) (1)

<sup>623</sup> Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 34; Scholz / Westermann<sup>9</sup>, § 30 Rn. 25; Vetter, VGR 2002, S. 77; Müller, BB 98, 1807; ausführlich: Cahn, 5. Teil B. II.; derselbe, Konzern 04, 237; Hahn, Konzern 04, 642

wird. Mithin kann der Gesellschaftsgläubiger auch nur eine Befriedigung mittels Pfändung dieser Gegenstände erreichen, wobei er das Verwertungsrisiko letztendlich auch zu tragen hat.<sup>624</sup> Zudem kann die Darlehensgewährung beispielsweise auch durch die Abtretung von Guthabenforderungen erfolgen, weshalb es selbst bei der Darlehensvaluierung nicht zwingend zu einer Verschlechterung der Befriedigungsmöglichkeiten der Gesellschaftsgläubiger kommen muss.<sup>625</sup>

Die Sonnenring-Entscheidung des BGH<sup>626</sup> kann nach dieser Ansicht nicht zur Begründung der Ausweitung von § 30 Abs. 1 GmbHG auf bilanzneutrale Geschäfte herangezogen werden. Bei einer Stundung fehlt es im Gegensatz zur Darlehensvergabe bereits dem Grunde nach an einer Gegenleistung, weshalb die Stundung auch nach dieser Ansicht unter das Auszahlungsverbot von § 30 Abs. 1 GmbHG fällt.<sup>627</sup>

Die notwendige Vermögensminderung lasse sich zum Zeitpunkt der Auszahlung anhand der bilanziellen Betrachtungsweise messen. Entsprechend sind alle erkennbaren Risiken bei der Bilanzierung der Forderung zu berücksichtigen. Liegen keine Gründe für eine Abwertung der Forderung vor, tritt per Saldo keine Vermögensminderung ein. Ist der Rückzahlungsanspruch nach kaufmännisch vernünftiger Beurteilung vollwertig, steht der Vermögensminderung ein angemessener Ausgleich gegenüber.<sup>628</sup> Sollte sich ausnahmsweise eine Realisierung des allgemeinen Kreditrisikos abzeichnen, kann die Gesellschaft in angemessener Weise durch außerordentliche Kündigung des Darlehens gemäß § 490 Abs. 1 BGB reagieren. Ein wirtschaftlicher Nachteil besteht daher bei einem Gesellschaftsdarlehen nicht.<sup>629</sup>

Zudem kann nach dieser Meinung zur Begründung einer verbotswidrigen Auszahlung gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG nicht auf die Vorschriften der Kapitalaufbringung und schon gar nicht auf die Regelung in § 31 GmbHG zurückgegriffen werden. Der Verweis auf § 19 Abs. 2 und auf § 31 GmbHG ist deshalb untauglich, weil er die Rechtsfolge eines Verstoßes normiert und somit seine Anwendung erst einen Verstoß voraussetzt: Es kann mit der Rechtsfolgenseite nicht der Tatbestand begründet werden.<sup>630</sup>

---

<sup>624</sup> Cahn, 5. Teil B. I. 2

<sup>625</sup> ebenda

<sup>626</sup> BGH, BGHZ 81, 311, 320 f

<sup>627</sup> Cahn, 5. Teil B. I. 2

<sup>628</sup> Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 34; Koppensteiner, ZHR 155 (1991), S. 105 f; Sonnenhol / Groß, ZHR 159 (1995), S. 398 ff; Cahn, 5. Teil B. I. 2; Makowski, S. 113 und 116; Morsch, NZG 03, 104 f; Sieger / Hasselbach, BB 99, 650 f; grundsätzlich auch: Meister, WM 80, 391 f, der jedoch wegen des Prognoserisikos strenge Maßstäbe fordert und im Zweifel zu einer verbotswidrigen Auszahlung tendiert.

<sup>629</sup> Cahn, 5. Teil B. I. 2; Blöse, GmbHR 02, 678

<sup>630</sup> Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 37 III. 1. c); Cahn, 5. Teil B. I. 2; ähnlich: Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 34; Schneider, FS Döllerer, S. 549 f, der jedoch mit Hinweis auf die fehlende Fortgeltung der Vorschriften zum Kapitalaufbringungsrecht die Regelungslücke im Kapitalerhaltungsrecht begründet.

*ee) Die Rechtsprechung des BGH vom 24.11.2003*

In dem mehrfach angesprochenen Urteil vom 24.11.2003<sup>631</sup> hatte der BGH zu entscheiden, ob die Valutierung eines Gesellschaftsdarlehens, welches nach allgemeiner bilanzieller Betrachtungsweise ein neutrales Drittgeschäft darstellt, unter das Auszahlungsverbot von § 30 Abs. 1 GmbHG fällt. Der BGH hat diese Frage bejaht. Bereits im Leitsatz heißt es: *„Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen, sind auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen zu bewerten, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig ist.“*<sup>632</sup>

Der BGH hatte über eine GmbH mit einem Mindeststammkapital von € 50.000 zu entscheiden. Insgesamt gewährte die GmbH ihren Gesellschaftern Darlehen in Höhe von € 1,0 Mio. In den Entscheidungsgründen verwirft der BGH zunächst eine analoge Anwendung von § 43 a GmbHG unter Hinweis auf den ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen und wendet auf Gesellschaftsdarlehen § 30 Abs. 1 GmbHG unmittelbar an.<sup>633</sup> Dabei geht der BGH selbst nur von einer rechnerischen Wertbindung des Gesellschaftsvermögens in Höhe des Stammkapitals aus.<sup>634</sup> Im Anwendungsbereich von § 30 Abs. 1 GmbHG lehnt er aber ausdrücklich eine rein bilanzielle Betrachtungsweise der Vermögensminderung ab, weil der Gesellschaft nach § 30 Abs. 1 GmbHG eine das Stammkapital deckende Haftungsmasse verbleiben muss.<sup>635</sup> Ein Austausch liquider Mittel gegen einen aufgeschobenen Rückzahlungsanspruch wird dem nicht gerecht. Wegen der schlechteren Befriedigungsmöglichkeit werden die Gesellschaftsgläubiger zu Gunsten der Gesellschaftergläubiger benachteiligt, obwohl nach der gesetzgeberischen Vorstellung diese lediglich einen nachrangigen Zugriff erhalten sollten.<sup>636</sup> Das reale Gesellschaftsvermögen ist demnach vor einer Aufspaltung in schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschafter zu schützen.<sup>637</sup> Wegen der mangelnden sofortigen Realisierbarkeit stellt die Gesellschaftsforderung trotz angemessener Verzinsung nach Ansicht des BGH keinen Ausgleich für den Kapitalabfluss dar.<sup>638</sup>

Im Übrigen beuge das Verbot der Kreditgewährung einer Aushöhlung von § 30 GmbHG vor. So könnten etwaige verbotswidrige Auszahlungen, deren Rückgewähr nach § 31 GmbHG sofort fällig werden und nicht gestundet werden dürfen, dadurch

---

<sup>631</sup> BGH, Urteil vom 24.11.2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 ff

<sup>632</sup> ebenda, S. 72

<sup>633</sup> ebenda, S. 74 f; zur Analogie: s.o.: III. Teil B II. 2. a) bb) (3)

<sup>634</sup> ebenda, S. 75

<sup>635</sup> ebenda, S. 75

<sup>636</sup> ebenda, S. 76

<sup>637</sup> ebenda, S. 76

<sup>638</sup> ebenda, S. 76

nicht zu zulässigen Auszahlungen deklariert werden, indem man diese Zahlungen als bilanzneutrale Darlehen verschleierte.<sup>639</sup>

Letztendlich billigt der BGH in einem obiter dictum nur dann eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Darlehensgewährung an Gesellschafter aus dem gebundenen Vermögen zu, wenn - neben dem Drittvergleich und der Darlehensgewährung im Interesse der Gesellschaft - auch der Rückzahlungsanspruch bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels steht oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist.<sup>640</sup>

Im Ergebnis schließt sich der BGH in seiner Begründung den Argumenten der Befürworter für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 30 Abs. 1 GmbHG an, ohne dabei selbst neu Ansätze zu beschreiten.<sup>641</sup>

*ff) Die Stellungnahme im Schrifttum zur Rechtsprechung*

Die Entscheidung des BGH vom 23.11.2004 hat in der Literatur eine Vielzahl von Reaktionen hervorgerufen.<sup>642</sup> Entsprechend den gegensätzlichen Ansichten vor Ergehen der Entscheidung ergibt sich im Wesentlichen ein zweigeteiltes Bild.<sup>643</sup>

Zu Recht weist die zustimmende Literatur darauf hin, dass es weder dem BGH noch den bisherigen Fürsprechern einer erweiterten Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG um einen Liquiditätsschutz oder Substanzschutz geht.<sup>644</sup> Im Kern geht es um einen Vermögensschutz der GmbH, nämlich Schutz vor Weggabe sofort realisierbarer Vermögensgegenstände gegen erst künftige Rückzahlungsversprechen.<sup>645</sup> Eine damit einhergehende Benachteiligung der Gesellschaftsgläubiger ist nicht hinnehmbar.<sup>646</sup> Indessen bestehen aber gegen sofort vollzogene Austauschgeschäfte mit Gesellschaftern, die einem Drittvergleich standhalten, keine Bedenken.

Nur die Loslösung von der bilanziellen Betrachtungsweise verhilft nach dieser Ansicht dem Kapitalerhaltungsgrundsatz zur vollen Geltung.<sup>647</sup> Die bilanzielle Betrachtungsweise ist ungeeignet, weil hiermit der Gesellschaft stets das Prognoserisiko über

---

<sup>639</sup> ebenda, S. 76 f

<sup>640</sup> ebenda, S. 77

<sup>641</sup> zur Darstellung der wesentlichen Argumente: s.o. III. Teil B. III. 2. b) dd) (1)

<sup>642</sup> Neben den Stellungnahmen zum Urteil beschäftigen sich verschiedene Autoren mit den Folgewirkungen. Vgl. etwa zu den Problemen der Konzernfinanzierung: Bender, BB 05, 1492 ff; Langner / Mentgen, GmbHR 04, 1121 ff; Niemann, NZI 04, 397 ff; Reidenbach, WM 04, 1421 ff, Seibt, NJW-Spezial 04, 221 f; Seidel, DStR 04, 1130 ff; zum Bilanzausweis: Binz, DB 04, 1273 ff sowie zu steuerrechtlichen Folgen: Wienands / Teufel, GmbHR 04, 1301 ff

<sup>643</sup> vgl. zu den unterschiedlichen Auslegungsergebnissen auch: Scholz / Westermann<sup>10</sup>, § 30 Rn. 22

<sup>644</sup> Roth / Altmeppen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 93; Bayer / Lieder, ZGR 05, 141 f

<sup>645</sup> Bayer / Lieder, ZGR 05, 141; Saenger / Koch, NZG 04, 273

<sup>646</sup> Habersack / Schürnbrand, NZG 04, 696; Saenger / Koch, NZG 04, 273; zur Benachteiligung der Gesellschaftsgläubiger auch: Henze, WM 05, 722; insoweit zustimmend: Servatius, DStR 04, 1179, der zusätzlich eine Anknüpfung an die Gesellschafterstellung (causa societatis) fordert.

<sup>647</sup> Saenger / Koch, NZG 04, 272

das Insolvenzrisiko auferlegt wird. Bei richtigem Verständnis der BGH-Entscheidung ist es gerade der Sinn und Zweck von § 30 Abs. 1 GmbHG, die Gesellschaft vor der Übernahme dieses Insolvenzrisikos zu schützen.<sup>648</sup> Dies ist gerechtfertigt, weil der Gesellschaft bei der Bewertung des Insolvenzrisikos auch bei kaufmännisch vernünftiger Beurteilung stets ein nicht unerhebliches Ermessen eingeräumt wird. Im Sinne eines effektiven Gläubigerschutzes ist es nicht sachgerecht dieses Ermessen zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger auszuüben und den Gesellschaftern zusätzlich das Haftungsprivileg nach § 13 Abs. 2 GmbHG zu Gute kommen zu lassen. Vor diesem Hintergrund ist deshalb schon im Ansatz ein Streit über die Bewertung zu unterbinden.<sup>649</sup> Als weiteren Beleg kann die im obiter dictum dargestellte Ausnahmesituation angeführt werden, da hierdurch auch eine abstrakte Gefährdung des Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen ist.<sup>650</sup> Mithin ist für die Frage der Zulässigkeit eines Gesellschaftsdarlehens das Kreditrisiko für die Gesellschaft in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen. Entweder besteht in der Person des Gesellschafters oder aufgrund der Besicherung kein Zweifel an der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs. Mit anderen Worten kann auch negativ formuliert werden, dass bereits kleinste Zweifel an der künftigen Realisierung des Rückzahlungsanspruchs zur Unzulässigkeit der Auszahlungen führen.

Allerdings stößt die Begründung nicht stets auf Verständnis, denn nach anderer Ansicht bleibt gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG der wertmäßige Vermögensschutz und nicht der Schutz des Stammkapitals in seiner gegenständlichen Zusammensetzung (Substanzschutz) Ausgangspunkt einer verbotswidrigen Auszahlung. Somit kann auch weiterhin der Rückzahlungsanspruch nach § 488 Abs. 1 S. 2 BGB eine gleichwertige Gegenleistung darstellen und die Vermögensminderung ausgleichen. Die Darlehensvaluierung schmälert nicht das Vermögen, sondern nur die Liquidität. Maßgeblich ist aber der Drittvergleich, der im zu entscheidenden Fall deshalb negativ ausfällt, weil es an einer konkreten Besicherung des Darlehens mangelt.<sup>651</sup> Mithin wird nach dieser Ansicht darauf abgestellt, dass der Darlehensgeber üblicherweise nicht das allgemeine Kreditrisiko selbst trägt, ohne dafür einen sachgerechten Ausgleich zu erhalten.

---

<sup>648</sup> Bayer / Lieder, ZGR 05, 142; Schäfer, GmbHR 05, 137; Schilmar, DB 04, 1411; Vetter, BB 04, 1512

<sup>649</sup> Bayer / Lieder, ZGR 05, 142; in diesem Sinn wohl auch: Habersack / Schürnbrand, NZG 04, 695 und Kerber, ZGR 05, 442 und 449, der wegen eines effizienten Kapitalerhaltungsrechts nachdrücklich auf die Notwendigkeit des Schutzes vor Gefährdungslagen und auf die im obiter dictum enthaltene nachhaltige Kreditwürdigkeit des Gesellschafters hinweist.

<sup>650</sup> Bayer / Lieder, ZGR 05, 143 f; Habersack / Schürnbrand, NZG 04, 695; Henze, WM 05, 719; insoweit zustimmend: Schäfer, GmbHR 05, 137; aA: Saenger / Koch, NZG 04, 273, die der Kreditwürdigkeit nur untergeordnete Bedeutung beimessen. Kritiker halten die Ausnahmesituation praktisch für nicht einschlägig; vgl. etwa: Helmreich, GmbHR 04, 462; Bender, BB 05, 1492, FN 8; Wessels, ZIP 05, 794

<sup>651</sup> Bähr / Hoos, GmbHR 04, 305; Helmreich, GmbHR 04, 459; Schilmar, DB 04, 1411 ff; grundsätzlich ablehnend auch: Grunewald, GesR<sup>6</sup>, 2.F. VII. 2. Rn. 115; Cahn, Konzern 04, 238; Fuhrmann, NZG 04, 555; Servatius, DStR 04, 1178, der in vorliegendem Fall keine Vermögensminderung für gegeben hält.

Gegen das Umgehungsargument des BGH wird eingewandt, dass das in § 31 GmbHG geregelte Stundungsverbot zur Begründung des Tatbestands nicht herangezogen werden kann, da dessen Anwendung zunächst einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG voraussetzt.<sup>652</sup> Auch der Bezug auf das Sonnenring-Urteil<sup>653</sup> überzeugt die Gegenansicht nicht, da dort für die Stundung des Kaufpreises keine Gegenleistung geflossen ist. Dagegen liegt beim Gesellschaftsdarlehen eine marktgerechte Verzinsung vor. Somit wird beim Gesellschaftsdarlehen gerade nicht auf eine Gewinnchance verzichtet und dem Gesellschafter kein vermögenswerter Vorteil gewährt.<sup>654</sup>

Ferner werden, da zum Schutz des Gesellschaftsvermögens auf den Liquiditätsabzug abgestellt wird, Nichtgesellschafter bevorzugt, da eine Darlehensauszahlung an diese Personengruppe gleichfalls das Gesellschaftsvermögen mindert.<sup>655</sup> Schließlich ist jeder Forderung das Ausfallrisiko immanent, weshalb dieser Umstand nicht eine andere Beurteilung von Gesellschaftsdarlehen rechtfertigt, so dass es nach dieser Ansicht kein vorrangiges Zugriffsrecht der Gesellschaftsgläubiger gibt.<sup>656</sup>

Der Ausnahmetatbestand trage auch nicht zu Erhellung bei, da hier auf die ordnungsgemäße Verzinsung abgestellt wird und Wert auf die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs gelegt wird, beide Gesichtspunkte aber in der Hauptentscheidung zwar gegeben seien, aber für die Beurteilung unerheblich seien. Deshalb kommt es nach der Logik der Entscheidung auf das Interesse der Gesellschaft an der Kreditvergabe an. Bei fehlendem Gesellschaftsinteresse verstößt aber eine Darlehensvaluierung ohnehin gegen den Verhaltenskodex eines ordentlichen Kaufmanns, weshalb die Entscheidung sich alleine auf diesen Umstand hätte stützen müssen.<sup>657</sup>

Zudem wird angeführt, dass der abstrakte Vermögensschutz des § 43a GmbHG über § 30 Abs. 1 GmbHG durch die Hintertür eingeführt wird, obwohl der historische Gesetzgeber bewusst Gesellschafter aus dem Adressatenkreis von § 43a GmbHG herausgenommen hat. Daher verbietet sich eine verallgemeinernde Betrachtungsweise, die Darlehensvaluierung sei für das Gesellschaftsvermögen stets schädlich.<sup>658</sup>

---

<sup>652</sup> Cahn, Konzern 04, 240; Reiner / Brakemeier, BB 05, 1459; Helmreich, GmbHR 04, 460; Langner / Mentgen, GmbHR 04, 1127; Reidenbach, WM 04, 1422; Servatius, DStR 04, 1178; Schäfer, GmbHR 03, 136 f; Schilmar, DB 04, 1412; Vetter, BB 04, 1513; Wessels, ZIP 05, 794

<sup>653</sup> BGHZ, 81, 311, 320 f

<sup>654</sup> Servatius, DStR 04, 1178; Reiner / Brakemeier, BB 05, 1459; ähnlich: Vetter, BB 04, 1513; Cahn, Konzern 04, 239

<sup>655</sup> Cahn, Konzern 04, 238; Wessels, ZIP 05, 794 f; Reiner / Brakemeier, BB 05, 1459

<sup>656</sup> Wessels, ZIP 05, 794; Reiner / Brakemeier, BB 05, 1463; ähnlich: Cahn, Konzern 04, 241

<sup>657</sup> Reiner / Brakemeier, BB 05, 1459 f

<sup>658</sup> Reiner / Brakemeier, BB 05, 1460 f; Helmreich, GmbHR 04, 461; Langner / Mentgen, GmbHR 04, 1127; ähnlich auch: Servatius, DStR 04, 1179; Schäfer, GmbHR 05, 137, Wessels, ZIP 05, 795, die jeweils eine Anwendung von § 30 Abs. 1 BGB wegen „bloßer“ abstrakter Gefährdung ablehnen.

Im Übrigen könne der Vermögensgefährdung durch die Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts nach § 490 Abs. 1 BGB wirksam begegnet werden.<sup>659</sup>

*gg) Die eigene Ansicht*

Es lassen sich sowohl für die eine als auch für die andere Ansicht triftige Gründe finden. Dies zeigt die große Anzahl der Reaktionen auf das Urteil vom 24.11.2003 und die ambivalente Diskussion. Meiner Meinung nach sprechen jedoch die besseren Argumente für die Einbeziehung von Gesellschaftsdarlehen in den Schutzbereich von § 30 Abs. 1 GmbHG und die Erfassung auch abstrakter Gefahrenpotentiale.

Die vorgeschlagene Betonung des Drittvergleichs ist meines Erachtens im Gesellschaftsrecht kein adäquates Heilmittel. Der Drittvergleich mag hilfreich sein, ungerechtfertigte Sondervorteile der Gesellschafter aufzuspüren und im Steuerrecht verdeckte Gewinnausschüttungen zu ermitteln. Im Gesellschaftsrecht, wenn es vorrangig um den Gläubigerschutz geht, stößt er an seine Grenzen. Versteht man den Drittvergleich wie die überwiegende Meinung als Rechtfertigung für eine betriebliche Veranlassung der Darlehensvergabe, so muss konsequenterweise bereits darauf abgestellt werden, ob die Darlehensvaluierung im betrieblichen und damit auch im betriebswirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft liegt. Im Blickpunkt des Drittvergleichs steht damit nicht nur die Angemessenheit der Gegenleistung, sondern bereits das „Ob“ des Vertragsschlusses. Als betriebswirtschaftliche Handlungsalternative ist regelmäßig die Rückführung kurzfristiger Kredite oder die Investition des Vermögens in die eigentliche Unternehmenstätigkeit in Betracht zu ziehen. Soweit die Gesellschaft durch Rückführung eigener Verbindlichkeiten anstelle der Darlehensvergabe per Saldo Aufwendungen erspart, ist die Darlehensvergabe nicht betrieblich veranlasst. Gleichfalls mangelt es an einer betrieblichen Veranlassung, wenn sich aus der Investitionstätigkeit eine höhere Rendite als aus der Darlehensvergabe erzielen lässt. Unter diesen Umständen würde aus kaufmännischer Sichtweise keine Darlehensvergabe an einen Nichtgesellschafter erfolgen.<sup>660</sup> Somit beschränkt sich der Drittvergleich nicht nur auf einen Konditionenvergleich, sondern damit ist zugleich das Tor eröffnet, die Darlehensvergabe mit Blick auf die Zweckmäßigkeit der Maßnahme umfassend zu untersuchen. Dies entspricht aber nicht dem Schutzzweck von § 30 Abs. 1 BGB.<sup>661</sup>

---

<sup>659</sup> Vetter, BB 04, 1516; Wessels, ZIP 05, 795; so auch: Schilmar, DB 04, 1414; Schäfer, GmbHR 05, 137; Cahn, Konzern 04, 240; Hahn, Konzern 04, 643 f

<sup>660</sup> s.o., III. Teil B. III. 2. b) aa); in diesem Sinn auch: Fleck, JbFStR 84/85, S. 554; Rust, S. 41

<sup>661</sup> Schneider, FS Döllerer, S. 544; Helmreich, GmbHR 04, 460; vgl. zur Haftung wegen existenzvernichtendem Eingriff nunmehr: BGH, 13.12.2004, II ZR 256/02, WM 05, 332, 334, der eine Haftung wegen Managementfehler ablehnt, obwohl die Unternehmensentscheidung mutmaßlich nicht einen kaufmännisch vernünftigen Wirtschaftsleben entsprochen habe; zustimmend etwa: Keßler, GmbHR 05, 263

Ebenso zeigt sich bei Verzicht auf die Realisierung stiller Reserven, dass eine bilanzrechtliche Betrachtungsweise nicht stets den Gläubigerschutz berücksichtigt.<sup>662</sup> Daher wird die bilanzielle Betrachtungsweise nicht konsequent durchgehalten. Auch aus diesem Grund ist die bilanzielle Betrachtungsweise nicht geeignet die gegenständliche Reichweite des Auszahlungsverbots von § 30 Abs. 1 GmbHG zu erfassen.<sup>663</sup>

Auszugehen ist nach wie vor von einem wertmäßigen Vermögensschutz, das gebundene Vermögen nicht zu Gunsten der Gesellschafter zu vermindern.<sup>664</sup> Beim Gesellschaftsdarlehen ist indessen die Vorleistungspflicht besonders zu beachten, weshalb die Gesellschaft dem Insolvenzrisiko des Gesellschafters ausgesetzt ist. Diese Belastung des Vermögens ist meines Erachtens entscheidend in die Vermögensbetrachtung einzubeziehen, da die Gesellschaft im Zweifel die Vermögensminderung nach Auszahlung des Darlehens nicht verhindern kann.

Das außerordentliche Kündigungsrecht gemäß § 490 Abs. 1 BGB verschafft keinen Ausgleich. Zum einen normiert § 490 Abs. 1 BGB nur einen Regelfall, so dass die Anwendung mit Unsicherheiten behaftet ist und zum anderen beseitigt das außerordentliche Kündigungsrecht nicht die Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs, da dessen Erfüllung immer noch aussteht.<sup>665</sup> Insoweit kann eine faktische Stundung vorliegen, die sich zulasten der Gesellschaftsgläubiger auswirkt. Dies ist aber nach höchstrichterlicher Rechtsprechung verboten.<sup>666</sup> Vielmehr hat sich zu diesem Zeitpunkt das Gefahrenpotential deutlich erhöht, weshalb sich hieraus bereits ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG begründen lässt.<sup>667</sup> Schließlich berücksichtigt § 490 Abs. 1 BGB den Drittschutz gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG nicht, da nur das Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Darlehensgeber und -nehmer geregelt wird. Meines Erachtens kann die GmbH deshalb nicht auf § 490 Abs. 1 BGB verwiesen werden.

Anzuerkennen ist, dass das Gesellschaftsvermögen stets Risikogeschäften und Prognoseentscheidungen ausgesetzt ist. Darauf basiert jede unternehmerische Betätigung und nur so eröffnen sich Gewinnchancen. Zu beachten ist jedoch, dass es sich bei der Darlehensvergabe außerhalb eines Kreditinstituts um kein normales Umsatzgeschäft handelt. Die Mittelverwendung bewegt sich nicht im Rahmen des statutarischen Unternehmenszwecks, sondern kommt dem Gesellschafter zu Gute, der zugleich das Haftungsprivileg für sich in Anspruch nimmt. Gerade diese Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens betont der BGH auch in seiner Rechtsprechung zum

---

<sup>662</sup> statt vieler auch: Scholz / Westermann<sup>9</sup>, § 30 Rn. 16 und 21; Bayer, FS Lutter, S. 1020 f; so auch: Hachenburg / Goerdeler - Müller<sup>8</sup>, § 30 Rn. 42

<sup>663</sup> in diesem Sinn auch: Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG, S. 346; Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 11

<sup>664</sup> jetzt ausdrücklich betont von: Goette, KTS 06, 227; derselbe, DStR 06, 768; Altmeppen, ZIP 06, 1030 f

<sup>665</sup> in diesem Sinn auch: Berg, S. 98 f

<sup>666</sup> BGH, BGHZ 81, 311, 320 f; BGHZ 122, 333, 339 f

<sup>667</sup> BGH, BGHZ 122, 333, 339 f

existenzvernichtenden Eingriff.<sup>668</sup> Die Verfügungsbefugnis der Gesellschafter über das gebundene Vermögen ist daher zu Recht eingeschränkt.<sup>669</sup> Entgegen einer geäußerten Meinung ist diese Sondersituation nicht auf außenstehende Dritte übertragbar, da sie nicht vom Schutzzweck des Kapitalerhaltungsrechts erfasst werden.<sup>670</sup> Eine ungerechtfertigte Privilegierung ist daher nicht gegeben.

Zuzugeben ist den Kritikern auch, dass das Sonnering-Urteil<sup>671</sup> mit einem Gesellschaftsdarlehen nicht gänzlich vergleichbar ist, da bei der Stundung keine Gegenleistung erbracht wird. Betrachtet man hingegen den angestrebten Vermögensschutz, so kann eine Zinsleistung als Gegenleistung für die Übernahme des Delkredererisikos nicht als Ausgleich für eine unter Umständen eintretende Vermögensminderung angesehen werden.<sup>672</sup> Die Zinszahlung beseitigt die Vermögensgefährdung nicht, sondern eröffnet der Gesellschaft lediglich eine Gewinnchance. Nur deshalb hält ein Verzicht auf die Verzinsung nicht einem Drittvergleich stand. Mithin ist die Verzinsung des Gesellschaftsdarlehens für die Frage eines angemessenen Schutzes vor der Vermögensgefährdung unbeachtlich.<sup>673</sup> Insoweit können vorliegend die Wertungen des Sonnering-Urteils herangezogen werden.

Der Schutz des Gesellschaftsvermögens vor einer abstrakten Gefährdung ist nicht systemwidrig.<sup>674</sup> Wie aufgezeigt,<sup>675</sup> bestehen auch im Kapitalerhaltungs- und -aufbringungsrecht vergleichbare Schutznormen. Ebenso ist in anderen Bereichen, namentlich zum Begriff der „Auszahlung“, eine extensive Auslegung von § 30 Abs. 1 GmbHG anerkannt, um Wertungswidersprüche mit dem Kapitalschutzsystem zu vermeiden.<sup>676</sup>

Diese Wertung ist mit dem historischen Gesetzgeber vereinbar. Mit der Novelle von 1980 hat er bewusst von einer Regelung innerhalb von § 43a GmbHG abgesehen, weil er Gesellschaftsdarlehen von § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst sah. Da er mit Hinweis auf den fehlenden Anwendungsbereich von einer solchen Normierung in § 43 a GmbHG abgesehen hat, ist es verfehlt, wenn mit gleicher Begründung die hier vorgenommene Auslegung von § 30 Abs. 1 GmbHG abgelehnt wird. Ausweislich der Gesetzesbegründung kann gerade nicht der Umkehrschluss gezogen werden, § 30 Abs. 1 GmbHG solle in keinem Fall vor abstrakten Gefährdungslagen schützen. Andernfalls hätte gerade eine Aufnahme in § 43 a GmbHG einen eigenen Regelungsgehalt.<sup>677</sup>

---

<sup>668</sup> vgl. nur den ersten Leitsatz in der KBV-Entscheidung: BGH, BGHZ 151, 181

<sup>669</sup> in diesem Sinn auch: Roth / Altmeppen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 93; Servatius, DStR 04, 1180; Wilhelmi, S. 100

<sup>670</sup> in diesem Sinn auch: Bayer, FS Lutter, S. 1021

<sup>671</sup> BGH, BGHZ 81, 311, 320 f

<sup>672</sup> so aber etwa: Cahn, 5. Teil B. I. 2; Makowski, S. 113 f; Eichholz, S. 142

<sup>673</sup> in diesem Sinn auch: Engert, BB 05, 1593; Schön ZHR 159, S. 367 f; Schneider, FS Döllerer, S. 543; Kühbacher, S. 49; Wilhelmi, S. 206 und 169

<sup>674</sup> in diesem Sinn: Servatius, DStR 04, 1181

<sup>675</sup> s.o., III. Teil B. III. 2. b) bb)

<sup>676</sup> statt vieler: Hachenburg / Goerdeler - Müller<sup>8</sup>, § 30 Rn. 56

<sup>677</sup> in diesem Sinn: Joost, ZHR 148 (1984), 33 FN 23; Bayer, FS Lutter, S. 1022

In diesem Sinne ist die jüngere Rechtsprechung zu verstehen. Zutreffend wird der wertmäßige Schutz des Gesellschaftsvermögens betont, aber zugleich auch eine bilanzielle Betrachtungsweise mit dem Sinn und Zweck von § 30 Abs. 1 GmbHG abgelehnt.<sup>678</sup> Dieser liegt, wenn man das obiter dictum in die Bewertung der Entscheidung einbezieht, darin, das Gesellschaftsvermögen vor abstrakten Gefährdungspotentialen, namentlich der Übernahme des Insolvenzrisikos des Gesellschafters, zu schützen. Der Gesellschaft soll nicht das Prognoserisiko über die zukünftige Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs auferlegt werden, weshalb nur dann keine verbotswidrige Auszahlung vorliegt, wenn bei Beachtung strengster Maßstäbe ein Risiko mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist. Genau hier liegt auch die Nuancierung im obiter dictum, eine Abgrenzung zur bisherigen Ansicht zu schaffen, dass eine nach bilanzrechtlichen Methoden vollwertige Forderung genüge.<sup>679</sup> Mit anderen Worten kann festgehalten werden, dass geringste Zweifel an der Realisierung des Rückzahlungsanspruchs schädlich sind.<sup>680</sup> Mithin steht das obiter dictum nicht im Widerspruch zur eigentlichen Entscheidung.

Gerade im Anwendungsbereich von § 30 GmbHG, also dem Schutz des gebundenen Vermögens, spricht bei Entstehung, zumindest aber bei Vertiefung einer Unterbilanz,<sup>681</sup> bedarf es einer Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise.<sup>682</sup> Andernfalls könnte auch ein Zirkelschluss dadurch entstehen, dass durch den sofort fälligen Rückzahlungsanspruch nach § 31 GmbHG ein Verstoß gegen § 30 GmbHG nicht denkbar wäre.<sup>683</sup> Der Rückzahlungsanspruch nach § 31 GmbHG ist in keinem Fall als Ausgleichsposition beachtlich. Der Gesetzgeber weist daher in der Begründung zu Art. 1 Nr. 3 MoMiG zu Recht auf diesen Zirkelschluss hin.<sup>684</sup>

Es entspricht aber auch dem Drittvergleich, längerfristige Forderungen gegen das allgemeine Kreditrisiko abzusichern. Beim Gesellschaftsdarlehen ist dies aufgrund der Notwendigkeit des Gläubigerschutzes erst recht zu fordern, so dass auch aufgrund dieser Erwägung der vorgezeichnete strenge Maßstab gerechtfertigt ist.<sup>685</sup>

Schließlich ist die Berücksichtigung allgemeiner Kreditrisiken der bilanziellen Betrachtungsweise selbst nicht fremd. Sie werden mittels Pauschalwertberichtigung berücksichtigt. So lässt sich jeder Forderung einen Anteil an der Pauschalwertberich-

---

<sup>678</sup> BGH, BGHZ 157, 72, 75 ff

<sup>679</sup> in diese Richtung wohl auch: Goette, ZIP 05, 1484 f

<sup>680</sup> ebenso: Bayer / Lieder, ZGR 05, 141 ff; Habersack / Schürmbrand, NZG 05, 695; Henze, WM 05, 719; Engert, BB 05, 1484 f

<sup>681</sup> zum Anwendungsbereich/ Schutzbereich von § 30 GmbHG: s.o. III. Teil B. III. 1 b)

<sup>682</sup> Goette, KTS 06, 227 und DStR 06, 768; Altmeyden, ZIP 06, 1030 f

<sup>683</sup> Altmeyden, ZIP 06, 1030 f

<sup>684</sup> Begründung zu Art. 1 Nr. 20, BR-Drucks. 354/07, S. 94 f

<sup>685</sup> vgl. auch: Rust, S. 41 f, die entscheidend auf den Drittvergleich abstellt.

tigung zuweisen, so dass jede Forderung trotz scheinbarer Vollwertigkeit zu einer - wenn auch geringen - Vermögensminderung führt.<sup>686</sup>

Mit der geplanten Neufassung von § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG will der Gesetzgeber die durch das Urteil des BGH vom 24.11.2005 entfachte Diskussion beenden. Nach Art. 1 Nr. 30 MoMiG soll § 30 Abs. 1 GmbHG folgenden Wortlaut erhalten:

*„Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.“*

Der Gesetzgeber sieht aufgrund der Bezugnahme in S. 1 auf den Begriff „Vermögen“ den Schutzzweck von § 30 GmbHG auf einen Vermögensschutz beschränkt und möchte der Ausweitung auf ein gegenständliches Schutzkonzept entgegenzutreten. Für ihn ist das Stammkapital eine bilanzielle Ausschüttungssperre, weshalb der Entwurf nach der ausdrücklichen Begründung eindeutig zur bilanziellen Betrachtungsweise zurückkehre.<sup>687</sup> Aber bereits im Referentenentwurf wurde deutlich hervorgehoben, dass eine Darlehensvalutierung an den Gesellschafter aus dem freien Vermögen unbedenklich ist, und insoweit von einem Aktivtausch auszugehen ist.<sup>688</sup>

Mit der Neufassung stellt der Gesetzgeber auf die Notwendigkeit der Deckung des Gesellschaftsdarlehens durch einen vollwertigen Gegenanspruch ab. Er spricht insoweit von einem Deckungs- und Vollwertigkeitsgebot. Vollwertigkeit soll danach nur gegeben sein, wenn bei Abschluss die Werthaltigkeit und damit die durch Durchsetzbarkeit der Forderung feststeht. Der Begriff der Vollwertigkeit setzt gerade bilanzielle Bewertungsmethoden voraus. Zudem führen spätere, nicht vorhersehbare Veränderungen nicht zu einer nachträglich Ausschüttungssperre.<sup>689</sup>

Im Ergebnis fasst der Gesetzgeber das vom BGH entwickelte Schutzkonzept weiter. Es wird der Gesellschaft selbst bei Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs die Möglichkeit eines anzuerkennenden Aktivtauschs eröffnet sein.<sup>690</sup> Bei „Vollwertigkeit“ gebe es keine beachtlichen Gründe, die gegen eine bilanzielle Betrachtungsweise sprechen.<sup>691</sup> Der Gesetzgeber beabsichtigt, die vom BGH sehr eng formulierten Aus-

---

<sup>686</sup> vgl. auch: Brockfeld, S. 52 ff

<sup>687</sup> Begründung zu Art. 1 Nr. 20, BR-Drucks. 354/07, S. 93 f; ausführlich: Drygala/ Kremer, ZIP 07, 1289 ff

<sup>688</sup> Referentenentwurf zum MoMiG vom 29. Mai 2006, S. 53 f; vgl.: Seibert, ZIP 06, 1157, 1162 f

<sup>689</sup> Begründung zu Art. 1 Nr. 20, BR-Drucks. 354/07, S. 94

<sup>690</sup> vgl. auch: Schmidt, GmbHR 07, 1, 4 f; Winter, DStR 07, 1484, 1485 ff

<sup>691</sup> Wilhelm, DB 2006, 2729, 2730

nahmetatbestände unter Berücksichtigung bilanzrechtlicher Bewertungen auszu-  
dehnen. Für die mittelbare Darlehensvaluierung bedeutet die Neuregelung durch das  
MoMiG, dass bei Entstehen, aber auch bei Bestehen einer Unterbilanz, also die  
Valuierung aus gebundenen Mitteln, § 30 Abs. 1 GmbHG einer Ausreichung bei  
Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs nicht entgegensteht.<sup>692</sup>

### c) Das Ergebnis der Untersuchung

Es ist festzuhalten, dass - nach gegenwärtiger Gesetzesfassung - eine abstrakte  
Gefährdung des geschützten Gesellschaftsvermögens von § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst  
wird, falls sich die Mittelverwendung außerhalb des Gesellschaftszwecks bewegt. Beim  
Gesellschaftsdarlehen darf die Gesellschaft nicht mit dem Insolvenzrisiko des Gesell-  
schafter belastet werden darf.<sup>693</sup> Folglich darf es für eine Darlehensvaluierung aus  
dem gebundenen Vermögen keine Zweifel an der Realisierung des Rückzahlungsan-  
spruchs geben. Sei es, weil der Gesellschafter unzweifelhaft solvent ist oder sei es,  
weil der Rückzahlungsanspruch durch werthaltige Sicherheitsleistungen in keiner  
Weise gefährdet wird. Das bedeutet zugleich, wenn es sich um kein Finanzinstitut  
handelt, dass die Darlehensvaluierung aus dem gebundenen Vermögen ohne nähere  
Begründung und Beleg des Ausnahmetatbestands verbotswidrig ist.<sup>694</sup>

Der Vermögensbindung unterliegt nicht das das Stammkapital übersteigende  
Vermögen der GmbH. Insoweit unterliegt eine Darlehensvaluierung keinen gesell-  
schaftsrechtlichen Beschränkungen.<sup>695</sup> Eine mittelbare Darlehensvaluierung kann  
auch an einen Gesellschafter, welches das Stammkapital nicht angreift, nach allge-  
meinen Grundsätzen vorgenommen werden. Insofern kann sich der Alleingesellschaf-  
ter liquide Mittel verschaffen und - um das erwähnte Beispiel aufzugreifen - eigene  
Steuerschulden durch Auszahlung aus dem Vermögen der GmbH als eigene Leistung  
tilgen. Im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ist die mittelbare  
Darlehensgewährung nach den allgemeinen Grundsätzen gemäß §§ 362, 185 BGB  
wirksam. Ob aber dennoch eine unmittelbare Haftung des Gesellschafters wegen eines  
existenzvernichtenden Eingriffs zum Tragen kommt, wirkt sich aus besagten Gründen  
nicht auf die mittelbare Darlehensvaluierung aus.<sup>696</sup>

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass sich die grundlegenden Wertungen der  
Entscheidung des BGH vom 24.11.2003<sup>697</sup> nach richtiger Ansicht auf die AG über-

---

<sup>692</sup> vgl. Seibert, ZIP 06, 1157, 1162; Winter, DStR 07, 1484, 1486 und 1491

<sup>693</sup> vor der neueren Rechtsprechung bereits: Joost, ZHR 148 (1984), S. 31 und 33 FN 23; Kühbacher,  
S. 41 f; Brockfeld, S. 46 ff; Wilhelmi, S. 170 und 205 f; Julia / Breitbarth, AG 87, 264

<sup>694</sup> in diesem Sinn auch: Roth / Altmeppen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 91

<sup>695</sup> statt vieler: Hachenburg / Goerdeler - Müller<sup>8</sup>, § 30 Rn. 28; so auch: Goette, KTS 06, 217, 227 und  
DStR 06, 767, 768

<sup>696</sup> s.o., III. Teil B. I.

<sup>697</sup> BGH, BGHZ 157, 72 ff

tragen lassen, da durch §§ 57 ff AktG ein vergleichbarer Schutz wie durch § 30 Abs. 1 GmbHG erreicht werden soll. Die Gefährdung des Gesellschaftsvermögens ist in entsprechender Anwendung des BGH-Urteils vom 24.11.2003 nicht mit dem Kapitalerhaltungsrecht der AG vereinbar. Im Ergebnis ist in der AG wegen der umfassenden Vermögensbindung gemäß § 57 Abs. 3 AktG jede Darlehensvaluierung zugunsten eines Aktionärs verbotswidrig, sofern nicht der Ausnahmetatbestand greift.<sup>698</sup> Auswirkungen auf die Erfüllung der Valutierungspflicht können sich aber nicht ergeben, da bereits der Darlehensvertrag wegen Verstoß gegen § 57 AktG nichtig ist, § 134 BGB.<sup>699</sup>

Meiner Meinung nach kann, wenn man wie hier den Schutz des Gesellschaftsvermögens vor abstrakten Vermögensgefährdungen außerhalb des Gesellschaftszwecks hervorhebt, aufgrund der BGH-Entscheidung vom 24.11.2003 eine Verallgemeinerung für sämtliche Gesellschaftsforderungen aufgestellt werden. Grundsätzlich ist jeder Forderung das allgemeine Insolvenzrisiko immanent. Daher ist das Gesellschaftsvermögen stets vor einer Gefährdung des gebundenen Vermögens nach § 30 Abs. 1 GmbHG zu schützen, wenn eine Forderung gegen die Gesellschafter außerhalb des konkreten Gesellschaftszwecks begründet wird und somit lediglich ein Aktivtausch vorliegt. Mithin ist die Situation mit dem Gesellschaftsdarlehen vergleichbar, wobei im letzteren Fall das allgemeine Insolvenzrisiko offensichtlicher in Erscheinung tritt. Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil sich §§ 30 f GmbHG als Ausgleich für das Haftungsprivileg ausschließlich gegen die Gesellschafter richten. Nur wenn keine Zweifel an der Realisierung der Forderung bestehen und somit das allgemeine Insolvenzrisiko unzweifelhaft nicht zum Tragen kommt, ist der Austausch von Gesellschaftsvermögen zugunsten der Gesellschafter nach § 30 Abs. 1 GmbHG erlaubt. Bei Verallgemeinerung des Ausnahmetatbestands ist - vergleichbar zum außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 490 Abs. 1 BGB - indessen die Fälligkeit der Forderung unbeachtlich, da die Fälligkeit noch nichts über den Zeitpunkt der tatsächlichen Realisierung aussagt und somit die Möglichkeit einer faktischen Stundung gegeben ist.<sup>700</sup>

Mithin kann in der Entscheidung des BGH vom 24.11.2004 eine Umkehr von Regel- und Ausnahmeverhältnis gesehen werden, die in der praktischen Rechtsanwendung eine Verlagerung der Beweislast nach sich zieht. Im Grundsatz ist damit jeder Austausch von Aktivvermögen der Gesellschaft außerhalb des Unternehmenszwecks aus

---

<sup>698</sup> Habersack / Schürnbrand, NZG 04, 690; Henze, WM 05, 720 f; Kerber, ZGR 05, 442; Stein, DZWIR 04, 496; Cahn, Konzern 04, 243 f; so bereits: Blockfeld, S. 46 ff; vgl. auch: Großkom. / Henze<sup>4</sup>, § 57 Rn. 50; differenzierend: Reidenbach, WM 05, 1427; Seidel, DStR 04, 1131 f, der auf eine unternehmerische Beteiligung (Quorum: 25%) abstellt, was unter Gläubigergesichtspunkten bedenklich ist; vgl. hierzu: Stein, DZWIR 04, 496. Im Ergebnis folgerichtig auch: Wessels, ZIP 04, 796. Eine Anwendung auf Konzernlagen bejahen: Helmreich, GmbHR 04, 462; Seibt, NJW-Spezial 04, 219; Schilmar, DB 04, 1413. Im Grunde ebenso, aber wegen aktienrechtlicher Besonderheiten aA: Reiner / Brakemeier, BB 05, 1461 f; wie hier bereits: MK - AktG / Bayer<sup>2</sup>, § 57 Rn. 81; Großkom. / Henze<sup>4</sup>, § 57 Rn. 49 FN 131

<sup>699</sup> s.o.: III. Teil B. II. 2.

<sup>700</sup> in diesem Sinn auch: BGH, BGHZ 122, 333, 339 f; Roth / Altmeyen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 93; Kleffner, S. 65 f; Berg, S. 101; Langner, GmbHR 05, 1019 f

dem gebundenen Vermögen zugunsten eines Gesellschafters nach § 30 Abs. 1 GmbHG verboten, es sei denn die Realisierung der hierdurch begründeten Gesellschaftsforderung steht unzweifelhaft fest. Dies hat allerdings der begünstigte Gesellschafter nachzuweisen.<sup>701</sup>

Mit der Neufassung von § 30 Abs. 1 GmbHG durch das MoMiG wird dieses strenge Haftungskonzept zugunsten der bilanziellen Betrachtungsweise zurückgeschnitten. Auch im Bereich der Darlehensvaluierung an Gesellschafter mit Mitteln aus dem gebundenen Vermögen ist ein Aktivtausch darstellbar, sofern der Rückzahlungsanspruch zum Zeitpunkt der Valuierung dem neuen Deckungs- und Vollwertigkeitsgebot gerecht wird. Eine dementsprechende Darlehensvaluierung aus dem gebundenen Vermögen an Gesellschafter ist somit nicht verbotswidrig. Weil nach der Gesetzesbegründung nur eine stichtagsbezogene Betrachtungsweise anzustellen ist, erlaubt das MoMiG, die Gesellschaft mit dem Insolvenzrisiko des Gesellschafters zu belasten.

## **2. Die konzerninterne Darlehensgewährung**

Nachdem die grundsätzliche Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG auf Gesellschaftsdarlehen geklärt ist, fragt sich, ob diese gesellschaftsrechtliche Besonderheit auch bei der Einbindung einer GmbH in Konzernstrukturen zu beachten ist. In Betracht zu ziehen sind vorliegend nur aufsteigende Darlehen. Aufgrund dessen beschränkt sich die Untersuchung auf eine als 100%-iges Tochterunternehmen geführte GmbH. Konzernrechtliche Regelungen sind indessen im GmbHG nicht enthalten, so dass auf die Grundlage des Aktienrechts zurückzugreifen ist. Hiernach wird zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern differenziert.

### **a) Der GmbH-Vertragskonzern**

#### *aa) Der Kapitalschutz im GmbH-Vertragskonzern*

Ein Vertragskonzern liegt gemäß §§ 291 ff AktG vor, wenn die Leitungsbefugnis des herrschenden Unternehmens durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrags legitimiert ist. Bei dessen Vorliegen greifen einerseits eine Reihe von Schutzvorschriften zugunsten der Minderheitsgesellschafter beim Tochterunternehmen sowie deren Gesellschaftsgläubiger. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG. Andererseits schließt § 291 Abs. 3 AktG die Anwendung der zentralen Kapitalerhaltungsvorschrift von § 57 AktG aus und ermöglicht nach § 308 Abs. 1 S. 2 AktG zugunsten des Konzerninteresses und zulasten des beherrschten Unternehmens nachteilige Weisungen zu erteilen.<sup>702</sup> Mithin werden im

---

<sup>701</sup> so auch: Roth / Altmeyers<sup>5</sup>, § 30 Rn. 93, mit Verweis auf BGH, BGHZ 157, 72, 77

<sup>702</sup> statt vieler: Raiser / Veil<sup>4</sup>, § 54 Rn. 1

aktienrechtlichen Vertragskonzern die im Vergleich zur GmbH strengeren Kapitalerhaltungsvorschriften wegen des Konzerninteresses gelockert.

Im GmbH-Recht besteht bereits aufgrund der alleinigen Gesellschafterstellung des herrschenden Unternehmens ein Weisungsrecht nach §§ 37 Abs. 1, 45 GmbHG. Auch das Gewinnbezugsrecht steht ihm uneingeschränkt zu. Jedoch wird mit Abschluss des Beherrschungsvertrags die zuvor eigenständige Tochtergesellschaft dem Konzerninteresse unterstellt. Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist deshalb gleichfalls ein umfassender Vermögensschutz geboten.<sup>703</sup> Zu beachten ist beim Gesellschaftsdarlehen nach der hier vertretenen Ansicht, dass eine Darlehensvaluierung außerhalb des Unternehmenszwecks nicht dem unternehmerischen Interesse der beherrschten GmbH entspricht, da diese die liquiden Mittel regelmäßig betriebswirtschaftlich sinnvoller einsetzen kann.<sup>704</sup> Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Darlehensgewährung aufgrund des übergeordneten Konzerninteresses, also im Sinne einer Weisung gemäß § 308 Abs. 1 S. 2 AktG analog erfolgt. Fraglich ist jedoch, ob der Vermögensschutz über eine Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG zu erfolgen hat oder ob hier die Kapitalerhaltungsvorschriften entsprechend § 291 Abs. 3 AktG suspendiert sind und stattdessen gemäß § 302 Abs. 1 AktG analog die Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens greift.

Letztere Ansicht wird mit systematischen Erwägungen begründet. Der GmbH-Vertragskonzern kann nicht einer strengeren Vermögensbindung unterliegen als der aktienrechtliche Vertragskonzern. Wenn nämlich schon die an sich strengeren Kapitalerhaltungsvorschriften der AG keine Geltung haben, so können die mildereren Vorschriften des GmbHG auch keine Geltung beanspruchen. Zudem hat das Aktienrecht in §§ 291 ff AktG ein ausgewogenes Schutzsystem etwa durch die Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG für die außenstehenden Aktionäre als auch der Gesellschaftsgläubiger geschaffen. Ferner ist im Vertragskonzern die Vermögensbindung insgesamt aufgehoben, so dass auch ein Zugriff auf das statutarische Grundkapital möglich ist. Außerdem hat sich der Gesetzgeber beim aktienrechtlichen Vertragskonzern bewusst dafür entschieden, der beherrschten Gesellschaft lediglich einen künftig fälligen Verlustausgleichsanspruch zu verschaffen und somit mit dem Insolvenzrisiko des herrschenden Unternehmens zu belasten. Insoweit ist die Situation des aktienrechtlichen Vertragskonzerns mit derjenigen beim GmbH-Vertragskonzern vergleichbar, so dass eine analoge Anwendung von §§ 291 ff AktG gegenüber einer strikten Geltung von § 30 Abs. 1 GmbHG vorzuziehen ist. Schließlich wird der Rechtsverkehr

---

<sup>703</sup> BGH, BGHZ 105, 324, 331; Wimmer-Leonhardt, § 2 IV. 1)

<sup>704</sup> s.o.: III. Teil B. III. 2 b) gg)

durch die Eintragung des Beherrschungsvertrages in das Handelsregister über die Möglichkeit nachteiliger Leistungen informiert.<sup>705</sup>

Gegen eine Verdrängung von § 30 Abs. 1 GmbHG durch eine analoge Anwendung von §§ 291 ff AktG wird die fehlende Notwendigkeit einer Aufhebung der Kapitalerhaltungsvorschriften eingewendet. Im GmbH-Konzernrecht sind Leistungen aufgrund des Beherrschungsvertrags auch ohne eine Aufhebung der Kapitalerhaltungsvorschriften denkbar, während aufgrund der umfassenden Vermögensbindung in der AG eine Leistung ohne Aufhebung von § 57 AktG nicht möglich ist. Gleichfalls steht dem Alleingesellschafter bereits ein umfassendes Weisungsrecht nach §§ 37 Abs. 1, 45 GmbHG, weshalb es einer gesonderten Legitimation der Leitungsmacht nicht bedarf. Mithin fehlt es an einer Regelungslücke für den GmbH-Vertragskonzern. Der Anspruch auf Verlustausgleich aus § 302 AktG ist zudem mit dem Rückgewähranspruch von § 31 GmbHG vergleichbar. Allerdings ist dieser nicht sofort fällig und unterliegt damit dem Insolvenzrisiko der herrschenden Gesellschaft. Insoweit ist er auch nicht geeignet die bei Darlehensvergabe eintretende Vermögensminderung auszugleichen. Eine Anwendung von §§ 291 ff AktG widerspreche nach dieser Auffassung daher dem eigentlichen Sinn und Zweck von § 30 Abs. 1 GmbHG.<sup>706</sup> Offen ist dagegen, ob diesbezüglich nunmehr die neuere Rechtsprechung des BGH angeführt werden kann.<sup>707</sup>

Meines Erachtens sprechen die besseren Gründe für eine Analogie von §§ 291 ff AktG. Zum einen fehlt es nicht an einer Regelungslücke, da § 291 Abs. 3 AktG über den Anwendungsbereich von § 30 GmbHG hinausgeht. Die Befreiung umfasst nämlich das gesamte Gesellschaftsvermögen. Weshalb die Mittelverwendung beim GmbH-Vertragskonzern nach § 30 Abs. 1 GmbHG dagegen beschränkt sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Ebenso kann es als bewusste gesetzgeberische Entscheidung verstanden werden, die Gesellschaftsgläubiger auf den Verlustausgleichsanspruch zu verweisen,

---

<sup>705</sup> Rowedder / Pentz<sup>4</sup>, § 30 Rn. 75; ebenda / Koppensteiner<sup>4</sup>, Anh. § 52 Rn. 108 FN 375; Scholz / Westermann<sup>10</sup>, § 30 Rn. 10 und 51; Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 117; Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>, Anh. § 13 Rn. 32; Roth / Altmeppen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 55 f und 106 f; Emmerich / Habersack<sup>5</sup>, § 291 Rn. 43; Lutter u.a. / Lutter - Kleindiek, Finanzierung, § 21 Rn. 43; Wimmer-Leonhardt, § 2 IV. 1); Cahn, 3. Teil A. II. 3; derselbe, Konzern 04, 241 f; Rust, S. 187 ff; Fleck, ZGR 90, 47 f; derselbe, FS 100 Jahre GmbHG, S. 395 f; Schön, ZHR 159 (1995), S. 373; Sonnenhol / Groß, ZHR 159 (1995), S. 409 f; Jäger, DStR 00, 1738; Julia / Breitbarth, AG 97, 263; auch nach dem Urteil vom 24.11.2003, BGH, BGHZ 157, 72 ff; Bayer / Lieder, ZGR 05, 152; Hentzen, ZGR 05, 521 ff; Fuhrmann, NZG 04, 554; Henze, WM 05, 722; Seibt, NJW-Spezial 04, 220; Seidel, DStR 04, 1133 f; Schäfer, GmbHR 05, 138; Stein, DZWIR 04, 495 f; sowie Habersack / Schürmbrand, NZG 04, 691 und Reidenbach, WM 04, 1426. Letztere jedoch unter dem Vorbehalt der Ausgleichsfähigkeit, da dann das Weisungsrecht überschritten wird und deshalb § 30 GmbHG anzuwenden ist, jeweils mwN; ablehnend auch: Vetter, BB 04, 1513, der aber bei Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG auf Gesellschaftsdarlehen auch eine Geltung im GmbH-Vertragskonzern für konsequent hält; ebenso wohl: Schilmar, DB 04, 1413; Wessels, ZIP 04, 796; auch die Rechtsprechung befürwortet eine Analogie: BGH, BGHZ 103, 1, 4 ff; 105, 324, 333 f; jüngst: OLG Jena (n.rk.), AG 05, 405, 406 sowie OLG München (n.rk.), ZIP 06, 25, 26

<sup>706</sup> Hachenburg / Goerdeler - Müller<sup>8</sup>, § 30 Rn. 72; ebenda / Ulmer<sup>8</sup>, Anh. § 77 Rn. 219; Scholz / Emmerich<sup>10</sup>, Anh. § 13 KonzernR, Rn. 177; Lutter u.a. / Maier-Reimer, Finanzierung, § 16 Rn. 59; Raiser / Veil<sup>4</sup>, § 54 Rn. 36; Brandes, FS Kellermann, S. 33; Kühbacher, S. 51 ff; Wilhelmi, S. 153 ff; Makowski, S. 119 f; Hormuth, S. 209 f; Peltzer, GmbHR 95, 17; Bitter, ZIP 01, 269 f und 276 ff

<sup>707</sup> BGH, BGHZ 157, 72 ff

da der Rechtsverkehr durch den Handelsregistereintrag hiervon Kenntnis hat. Zudem hat die vertragliche Legitimation eine andere Qualität als die GmbH-rechtlichen Regelungen, weshalb die Vereinbarung als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag eingeordnet wird.<sup>708</sup> Einmal wird der Gesellschaftszweck der beherrschten GmbH geändert, da sie nicht mehr ausschließlich eigenen erwerbswirtschaftlichen Interessen, sondern dem Konzerninteresse verpflichtet ist. Zum anderen ist das Weisungsrecht des Alleingeschafters gemäß §§ 37 Abs. 1, 45 GmbHG nicht gleichbedeutend mit der Leistungsmacht im Vertragskonzern, weil im letzteren Fall nicht der Gesellschaftsversammlung, sondern unmittelbar der herrschenden Gesellschaft zugewiesen wird.

*bb) Die Auswirkungen der BGH-Entscheidung vom 24.11.2003*

Zutreffend wird gleichwohl in der Literatur darauf hingewiesen, dass die praktischen Auswirkungen des Theorienstreits gering sind.<sup>709</sup> Bei Anwendung von §§ 291 Abs. 3, 308 Abs. 1 AktG besteht zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger der Verlustausgleichsanspruch nach § 302 AktG.<sup>710</sup> Fehlt es an der Ausgleichsfähigkeit einer Nachteilszufügung durch § 302 AktG, ist die Weisung auf Basis von § 308 Abs. 1 AktG rechtswidrig, weil ansonsten der Verlustausgleichsanspruch ins Leere geht. Mithin ist die Ausgleichsfähigkeit des zugefügten Nachteils Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Weisung und damit für eine analoge Anwendung von § 291 Abs. 3 AktG.<sup>711</sup> § 30 Abs. 1 GmbHG erlangt bei fehlender Ausgleichsfähigkeit dann unmittelbar Geltung. Wendet man dagegen § 30 Abs. 1 GmbHG stets an, ergeben sich somit Unterschiede nur dann, wenn der zugefügte Nachteil ausgleichspflichtig und -fähig ist.

Zu klären ist, ob bei einem Gesellschaftsdarlehen im GmbH-Vertragskonzern die Grundsätze der Rechtsprechung vom 24.11.2003 nach der hier vertretenen Ansicht<sup>712</sup> dazu führen, dass eine rechtswidrige Weisung vorliegt. In diesem Fall wäre grundsätzlich jedes Gesellschaftsdarlehen im GmbH-Vertragskonzern gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG als verbotswidrige Auszahlung zu werten. Es stellt sich die Frage, ob der zugefügte Nachteil - die Belastung des Vermögens der beherrschten Gesellschaft mit dem Insolvenzrisiko der herrschenden Gesellschaft - auszugleichen ist, wenn keine konkreten Zweifel an der Realisierung des Rückzahlungsanspruchs bestehen, dagegen aber ein abstraktes Risiko im Sinne des dort ausgeführten Ausnahmetatbestands nicht auszuschließen ist: Besteht im Vertragskonzern nach der Entscheidung vom 24.11.2003 gleichfalls eine Ausgleichspflicht für die abstrakte Vermögensgefährdung?

---

<sup>708</sup> statt vieler: BGH, BGHZ 105, 324, 331; Schmidt, GesR<sup>4</sup>, § 39 II 3 c); Wimmer-Leonhardt, § 2 IV. 1)

<sup>709</sup> Michalski / Heidinger, § 30 Rn. 117 ff

<sup>710</sup> statt vieler: MK - AktG / Altmeppen<sup>2</sup>, § 302 Rn. 35; Hachenburg / Ulmer<sup>8</sup>, Anh. § 77 Rn. 219

<sup>711</sup> MK - AktG / Altmeppen<sup>2</sup>, § 302 Rn. 35 ff und § 308 Rn. 121 f; Hachenburg / Ulmer<sup>8</sup>, Anh. § 77 Rn. 219; Roth / Altmeppen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 55 f und Anh. § 13 Rn. 62; Kerber, ZGR 05, 447; Hentzen, ZGR 05, 522

<sup>712</sup> s.o.: III. Teil B. III. 2. b) gg)

Das Gesetz sieht in §§ 291 ff AktG aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung für den aktienrechtlichen Vertragskonzern eine Eingriffsmöglichkeit in das gebundene Vermögen vor, gestattet nachteilige Eingriffe und verlangt lediglich die Vornahme eines zeitlich verzögerten Verlustausgleichs nach § 302 Abs.1 AktG. Bei sonstigen Leistungen belastet damit das Aktienrecht auf der Rechtsfolgenseite das Gesellschaftsvermögen der beherrschten AG mit dem Insolvenzrisiko des herrschenden Unternehmens. Das Gesetz hält daher in Abkehr von den sonstigen Regelungen der §§ 57 ff AktG diese abstrakte Vermögensgefährdung für zulässig. Somit mildert bzw. relativiert das Aktienrecht im Vertragskonzern die strengen Kapitalerhaltungsvorschriften und stellt den Schutz der beherrschten Gesellschaft oder der Gesellschaftsgläubiger auf eine andere Rechtsgrundlage. Mithin hat der Gesetzgeber bewusst ein Konzernprivileg geschaffen. Der Verlustausgleichsanspruch nach § 302 Abs. 1 AktG ist deshalb nicht mit dem Schutzsystem nach §§ 57 ff AktG vergleichbar.<sup>713</sup>

Wendet man nach der hier vertretenen Ansicht im GmbH-Vertragskonzern anstelle von §§ 30 f GmbHG §§ 291 ff AktG analog an, so ist auch hier die gesetzliche Privilegierung des Vertragskonzerns zu beachten, denn der Abschluss des Beherrschungsvertrags hat bei der GmbH eine eigenständige Bedeutung. Die Gesellschaftsgläubiger bleiben nicht schutzlos, denn sie werden über die veränderte Rechtslage bei der beherrschten GmbH durch den Handelregistereintrag nach § 294 AktG analog informiert und wissen daher um die Gefährdungslage. Vor diesem Hintergrund können sie dann nicht auf einen umfassenden Vermögensschutz vertrauen. Eine Ausgleichspflicht für eine lediglich abstrakte Vermögensgefährdung besteht deshalb nicht. Mithin reicht die Belastung der beherrschten GmbH mit dem Prognose- und damit mit dem abstrakten Insolvenzrisiko des herrschenden Unternehmens nicht aus, um die fehlende Ausgleichsfähigkeit i.S.v. §§ 308, 302 AktG zu begründen. Nur konkrete Zweifel an der Realisierung des Rückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB sind im GmbH-Vertragskonzern schädlich. Sie sind durch werthaltige Sicherheiten auszugleichen.<sup>714</sup> Eine höhere Verzinsung schafft dagegen keinen adäquaten Ausgleich.<sup>715</sup>

### *cc) Zwischenergebnis*

Im Ergebnis greift beim GmbH-Vertragskonzern, auch nach der Entscheidung vom 24.11.2003, beim Gesellschaftsdarlehen regelmäßig das Auszahlungsverbot von § 30 Abs. 1 GmbHG nicht. Im Vertragskonzern wird §§ 30 f GmbHG durch §§ 291 ff AktG

---

<sup>713</sup> statt vieler: Emmerich / Habersack<sup>5</sup>, § 302 Rn. 17 und 25 f

<sup>714</sup> in diesem Sinn auch: Habersack / Schürnbrand, NZG 05, 691; Bayer / Lieder, ZGR 05, 152; Langner, GmbHR 05, 1022; Seidel, DStR 04, 1133 f; Fuhrmann, NZG 04, 554; Reidenbach, WM 04, 1426; Seibt, NJW-Spezial 04, 220; wohl auch: Kerber, ZGR 05, 446 ff; kritisch: Vetter, BB 04, 1513; Wessels, ZIP 04, 796 sowie Stein, DZWIR 04, 495, nach deren Ansicht die Vollwertigkeit des Verlustausgleichsanspruchs nicht mehr ausschlaggebend sein dürfte.

<sup>715</sup> s.o.: III. Teil B. III. 2. b) gg)

verdrängt.<sup>716</sup> Dabei ist aufgrund der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung zugunsten eines Konzernprivilegs nach §§ 308, 302 AktG i.V.m. § 291 Abs. 3 AktG die Darlehensgewährung an einen Gesellschafter grundsätzlich zulässig; auch ohne das der im BGH-Urteil vom 24.11.2003<sup>717</sup> genannte Ausnahmetatbestand vorliegen muss. Mithin ist beim GmbH-Vertragskonzern die durch die Darlehensvaluierung eintretende abstrakte Vermögensgefährdung unbeachtlich. Damit folgt die Valuierung und somit auch die mittelbare Darlehensvaluierung den hier allgemein aufgestellten Grundsätzen gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB.<sup>718</sup>

#### b) Der faktische GmbH-Konzern

Beim faktischen GmbH-Konzern fehlt es an einer vertraglichen Legitimation der Leitungsmacht durch einen Beherrschungsvertrag, weshalb das herrschende Unternehmen mittels seines Weisungsrechts nach §§ 37 Abs. 1, 45 GmbHG Einfluss auf die Unternehmenstätigkeit der beherrschten GmbH nimmt. Aufgrund der Entwicklung der Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff hat der BGH der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns und damit einer analogen Anwendung von §§ 311, 317 AktG eine klare Absage erteilt: „Der Schutz der abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingeschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Aktienrechts (§§ 291 ff., 311 ff. AktG), sondern ist auf die Erhaltung ihres Stammkapitals ... beschränkt.“<sup>719</sup> Im konkreten Fall ging es nicht um den Schutz der abhängigen GmbH in einem Vertragskonzern, sondern im Rahmen einer faktischen Konzernstruktur.<sup>720</sup> Gegenüber der Haftung wegen existenzvernichtendem Eingriff ist die Erhaltung des Stammkapitals i.S.v. §§ 30 f GmbHG vorrangig.<sup>721</sup>

Mithin ist unabhängig von der Ausgestaltung des faktischen Konzernrechtsverhältnisses zum Schutz des Gesellschaftsvermögens und deren Gläubiger der beherrschten GmbH § 30 Abs. 1 GmbHG nach der hier vertretenen Ansicht auf Gesellschaftsdarlehen anwendbar. Aufgrund der bewussten Schaffung eines Konzernprivilegs im Vertragskonzern und der damit verbundenen Eintragungspflicht in das Handelsregister kann nicht von einem Wertungswiderspruch gesprochen werden.<sup>722</sup>

Sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Darlehensvaluierung aus dem gebundenen Vermögen der beherrschten GmbH stellt damit eine verbotswidrige Auszahlung gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG dar, falls selbst geringste Zweifel an der

---

<sup>716</sup> jetzt auch: OLG München (n.rk.), ZIP 06, 25, 26

<sup>717</sup> BGH, BGHZ 157, 72, 77

<sup>718</sup> s.o., II. Teil insbesondere A. IV. 6.

<sup>719</sup> BGH, BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan); so bereits: BGH, BGHZ 95, 330, 340 (Autokran); jetzt auch: OLG München (n.rk.), ZIP 06, 25, 26

<sup>720</sup> BGH, BGHZ 149, 10, 15

<sup>721</sup> BGH, BGHZ 149, 10, 16 (Bremer Vulkan; Leitsatz); BGHZ 150, 61, 68; BGHZ 151, 181, 187 (KBV)

<sup>722</sup> s.o.: III. Teil B. III. 3. a); in diesem Sinn etwa: Habersack / Schürnbrand, NZG 05, 690 ff; Bayer / Lieder, ZGR 05, 151 f; Langner, GmbHR 05, 1022; aA: Schäfer, GmbHR 05, 138; Vetter, BB 04, 1513

Realisierung des Rückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB nicht auszuräumen sind. In diesem Fall führt eine vertragsgemäße Darlehensgewährung nicht zur Erfüllung des Darlehensanspruchs.<sup>723</sup>

### 3. Zusammenfassung

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH ist nach der hier vertretenen Ansicht das Auszahlungsverbot gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG bei einem Gesellschaftsdarlehen aus dem gebundenen Vermögen zu beachten. Eine bilanzielle Betrachtungsweise genügt dem Sinn und Zweck von § 30 Abs. 1 GmbHG nicht, denn das Gesellschaftsvermögen darf nicht mit dem Insolvenzrisiko des Gesellschafters belastet werden. Eine abstrakte Vermögensgefährdung des geschützten GmbH-Vermögens ist daher bereits schädlich, wenn sie sich außerhalb des Gesellschaftszwecks bewegt. Nur wenn das abstrakte Risiko auszuschließen ist, verstößt ein Gesellschaftsdarlehen aus dem gebundenen Vermögen nicht gegen § 30 Abs. 1 GmbHG. Sofern allerdings die geplante Neufassung von § 30 Abs. 1 GmbHG durch das MoMiG umgesetzt wird, ist nach dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen eine „bloße“ bilanzielle Betrachtungsweise vorzunehmen.

Die Beschränkung durch § 30 Abs. 1 GmbHG greift auch im faktischen Konzern. Lediglich im GmbH-Vertragskonzern sind wegen der bewussten Schaffung eines Konzernprivilegs die §§ 30 f GmbHG suspendiert und stattdessen §§ 291 ff AktG analog anzuwenden. Die neuere Rechtsprechung des BGH zu § 30 Abs. 1 GmbHG ist nicht auf den Vertragskonzern übertragbar, weshalb hier eine abstrakte Vermögensgefährdung durch ein Gesellschaftsdarlehen nicht ausgleichspflichtig ist. Das hat zur Folge, dass die nachteilige Weisung zum Abschluss eines Darlehensvertrags i.S.v. § 308 AktG nicht rechtswidrig ist. Die Gesellschaftsgläubiger werden „nur“ durch die Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 Abs. 1 AktG analog geschützt. Bestehen konkrete Zweifel an der Realisierung des Rückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB und werden diese nicht durch ausreichende Sicherheiten beseitigt, mangelt es an einer Ausgleichsfähigkeit mit der Rechtsfolge, dass wegen der rechtswidrigen Weisung das Auszahlungsverbot nach § 30 Abs. 1 GmbHG wieder zum Tragen kommt.

Findet beim Gesellschaftsdarlehen außerhalb des Gesellschaftszwecks wegen Entstehen oder Vertiefung einer Unterbilanz § 30 Abs. 1 GmbHG Anwendung, so führt auch eine mittelbare Darlehensvaluierung nicht zur Erfüllung der Valutierungspflicht.

---

<sup>723</sup> zur mangelnden Erfüllungstauglichkeit: s.o.: III. Teil B. II. 1.

## IV. Das Cash-Pooling im GmbH-Konzern

Das Cash-Pooling in einem Konzern ist eine Finanzierungsform, um den Liquiditätsbedarf eines Konzerns zentral planen und steuern zu können. Als Managementinstrument hat das Cash-Pooling zu Recht grosse Beliebtheit erfahren. Der betriebswirtschaftliche Nutzen eines zentralen Cash-Management-Systems steht außer Zweifel.<sup>724</sup> Die Kapitalerhaltungsvorschriften im GmbH-Konzern können aber nicht außer Betracht gelassen werden. Sie bilden eine rechtliche Grenze für das Cash-Pooling.<sup>725</sup>

### 1. Die Ausgestaltung des Cash-Management-Systems

Ein zentrales Cash-Pooling macht regelmäßig dann Sinn, wenn dem Mutterunternehmen mehrere Gesellschaften angegliedert sind. Auch im Folgenden wird unterstellt, dass es sich um 100%-ige Beteiligungen handelt. Die Teilnahme am Cash-Pooling erfolgt daher aufgrund der konzernrechtlichen Einbindung der Tochterunternehmen.

#### a) Die Besonderheiten beim physischen Cash-Pooling

Von der Vielzahl der möglichen Ausgestaltungen, wie etwa das fiktive (notional) Cash-Pooling, interessiert hier das physische Cash-Pooling, da hier reale Zahlungsströme vorliegen und die Kontensalden nicht nur virtuell zusammengeführt werden. Beim physischen Cash-Pooling wird die Liquidität der Tochtergesellschaften periodisch, meist täglich, auf ein Zielkonto abgeführt sowie fehlende Liquidität bei anderen Tochterunternehmen ausgeglichen. So werden in einem Konzern die Kontensalden über Verrechnungskonten ausgeglichen, während freie Mittel auf dem zentralen Zielkonto extern angelegt werden bzw. über dieses Konto zentrale Kreditaufnahmen abgewickelt werden. Im Rahmen des Cash-Pooling steht den Töchtern einerseits das Recht zu, Liquidität abzurufen, aber andererseits sind sie zur Abführung freier Mittel an das Cash-Management-System aufgrund einer Rahmenvereinbarung verpflichtet.<sup>726</sup> Kennzeichnend für das Cash-Pooling ist somit eine konzernweite Liquiditätstransparenz und ein entsprechend konzernweiter Liquiditätszugriff.<sup>727</sup>

In der Praxis wird dabei das Cash-Pooling von einer speziell dafür eingerichteten Tochtergesellschaft als quasi konzerninterne Bank betrieben. Mithin handelt es sich beim Cash-Pooling regelmäßig um ein Drei-Personen-Verhältnis, so dass sich die mittelbare Gewährung der freien Mittel nach der bekannten Grafik skizzieren lässt:

---

<sup>724</sup> ausführlich etwa: Müller-Bullinger, S. 5 ff; Makowski, S. 3 ff; Hormuth, S. 51 ff; Überblick bei: Burgard, VGR 2002, S. 47 ff; Lutter u.a. / Wehlen, Finanzierung, § 23 Rn. 1 ff; ebenda / Schneider, § 25 Rn. 1 ff

<sup>725</sup> zum faktischen Aktienkonzern vgl.: Hüffer, AG 04, 416 ff; Kerber, DB 05, 1835 ff

<sup>726</sup> statt vieler: Lutter u.a. / Schneider, Finanzierung, § 25 Rn. 11

<sup>727</sup> Lutter u.a. / Schneider, Finanzierung, § 25 Rn. 1 ff; Lutter / Vetter<sup>4</sup>, Holding HdB, § 8 Rn. 1 ff; Müller-Bullinger, S. 5 ff; Makowski, S. 3 ff; Ammelung / Kaeser, DStR 03, 656 ff; Morsch, NZG 03, 97 f

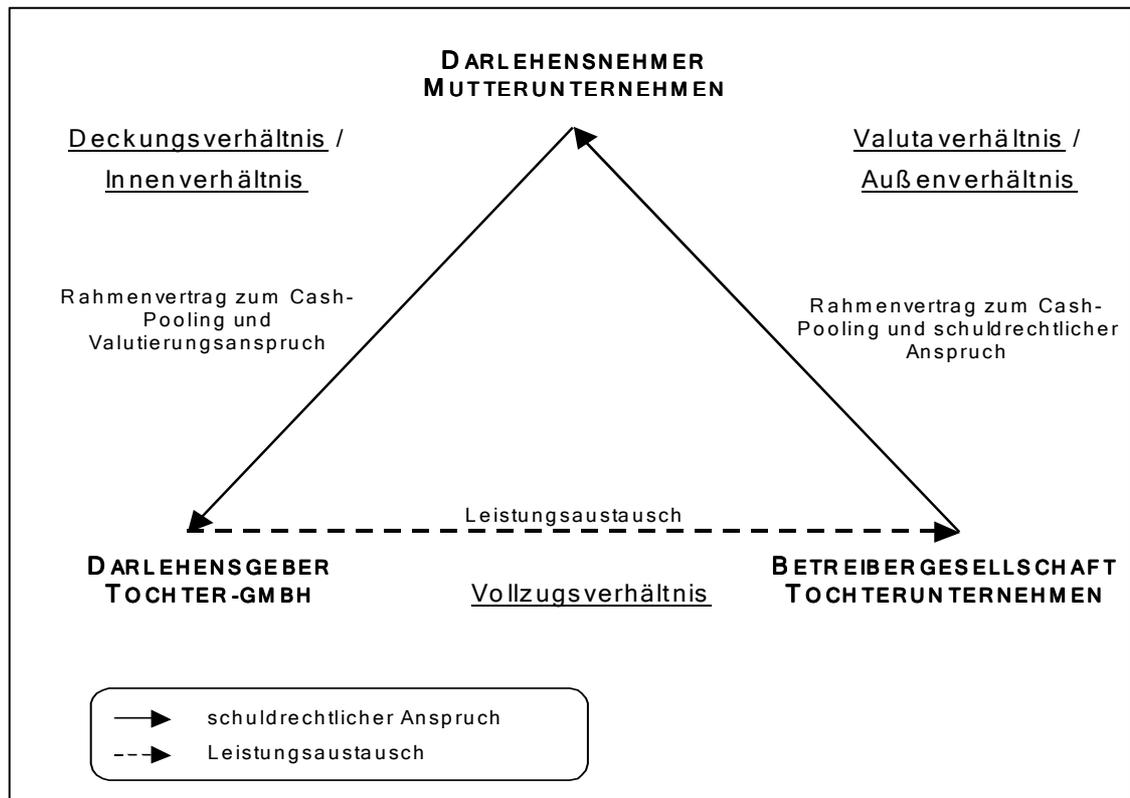


Abbildung 8: Das maßgebliche Leistungsdreieck beim Cash-Pooling

Aufgrund der zentralistischen Liquiditätsversorgung haben sich für die Tochterunternehmen die besonderen Abhängigkeitsrisiken deutlich verstärkt. Neben dem Insolvenzrisiko der Mutter besteht auch das Risiko, dass die anderen Konzerngesellschaften in die Krise geraten und zu Lasten der Mutter sowie der anderen Töchter Liquidität in Anspruch nehmen. Das „Kartenhaus“ ist z.B. zusammengefallen bei Bremer Vulkan, Babcock, Klöckner Humbold Deutz, IBH, AEG und der Harpener AG.<sup>728</sup> Zudem geht wegen der Zentralisierung Know-how bei der Tochter verloren, das sich bei einer Krise der Muttergesellschaft negativ auswirken kann, sogenanntes Klumpenrisiko.<sup>729</sup>

## b) Die rechtliche Einordnung des Cash-Poolings

Die Gesellschaftsgläubiger sind im Vergleich zu einer konzerninternen Darlehensgewährung damit größeren Risiken ausgesetzt. Neben der Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff gilt es nachfolgend zu untersuchen, ob § 30 Abs. 1 GmbHG ein Schutzmechanismus für das gebundene Vermögen darstellen kann. Wie aufgezeigt,<sup>730</sup> greift beim GmbH-Vertragskonzern das Konzernprivileg gemäß §§ 291

<sup>728</sup> Lutter u.a. / Schneider, Finanzierung, § 25 Rn. 31; Lutter / Vetter<sup>4</sup>, Holding HdB, § 8 Rn. 3

<sup>729</sup> statt vieler: Lutter / Vetter<sup>4</sup>, Holding HdB, § 8 Rn. 3 f; derselbe, VGR 2002, S. 73

<sup>730</sup> s.o.: III. Teil B. III. 3. a)

Abs. 3, 302 Abs. 1, 308 AktG anstelle von §§ 30 f GmbHG. Deshalb kann § 30 Abs. 1 GmbHG nur beim faktischen GmbH-Konzern zum Tragen kommen.

Für Klarheit haben in diesem Punkt zwei jüngere Entscheidungen des BGH gesorgt.<sup>731</sup> Hierbei ging es allerdings nicht um die Frage der Kapitalerhaltung, sondern um die Rechtmäßigkeit der Kapitalaufbringung einer GmbH bei Einbeziehung in ein konzerninternes Cash-Pooling. Der von zwei natürlichen Gesellschaftern beherrschten GmbH wurde zur Kapitalerhöhung zunächst die Barmittel in Höhe von insgesamt DM 1,5 Mio. auf ein eigenes Sonderkonto zur Verfügung gestellt. Diese stellt sodann die Barmittel auf das Eigenkonto ein, welches in das konzerninterne Cash-Pooling-System einbezogen wurde. Ein weiteres, von den beiden Gesellschaftern beherrschtes Unternehmen führte als Zentralgesellschaft das physische Cash-Management durch Abzug der Mittel aus das Zentralkonto durch. Hierdurch wurden die Verbindlichkeiten der GmbH gegen über der Zentralgesellschaft in entsprechender Höhe zurückgeführt. Nach Ansicht des BGH wurden die Barmittel der GmbH nicht zur freien Verfügung gestellt, sondern planmäßig zur Rückführung bestehender Verbindlichkeiten eingesetzt.

Vor diesem Hintergrund lag nach Ansicht des BGH eine verdeckte Sacheinlage vor. Wesentlich führt der BGH dabei aus, dass eine schuldrechtliche Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Barmittel über die Beanspruchung des Cash-Pooling kein rechtmäßiger Ausgleich für die dingliche Verfügungsbefugnis über die Einlagen darstellt. Insbesondere existiert bei einer GmbH, die in ein Cash-Pool-System einbezogen ist, kein „Sonderrecht“ von den Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbHG und den dazu von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.<sup>732</sup>

Entsprechendes muss dann auch für die Kapitalerhaltungsvorschriften gelten. Es wäre widersinnig anzunehmen, der BGH würde für die (strengen) Kapitalaufbringungsvorschriften ein Sonderrecht nicht anerkennen, aber dann für die Kapitalerhaltung ein Sonderrecht für beachtlich halten. Aus Gründen des einheitlichen Kapitalschutzsystems ist somit auch für die Kapitalerhaltung und damit für die konzerninterne Darlehensgewährung und Teilnahme an einem Cash-Pooling ein Sonderrecht abzulehnen. §§ 30 f GmbH ist daher hier einschlägig.<sup>733</sup>

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es für die Anwendung von § 30 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich unbeachtlich, wie das Cash-Pooling rechtlich einzuordnen ist. Aufgrund des Schutzes von § 30 Abs. 1 GmbHG vor einer Gefährdung des gebundenen Vermögens der Tochtergesellschaft wegen des allgemeinen Insolvenzrisikos der Muttergesellschaft ist dem Grunde nach § 30 Abs. 1 GmbHG auf jeden Aktivtausch außerhalb

---

<sup>731</sup> BGH, Urt. vom 16.01.2006, II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 ff und Parallelentscheidung II ZR 75/04

<sup>732</sup> BGH, Urteil vom 16.01.2006, II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 ff

<sup>733</sup> vgl. auch: Altmeppen, ZIP 06, 1025, 1029; Werner, BKR 06, 211, 214; andeutend: Flitsch / Schellenberger, BB 06, 850; Bayer / Lieder, GmbHR 06, 449, 454

des Gesellschaftszwecks anzuwenden.<sup>734</sup> Gleichwohl ist zum Verständnis der Besonderheiten beim Cash-Pooling auf die rechtliche Einordnung einzugehen.

Während von der überwiegenden Meinung zumeist pauschal vom Vorliegen eines Darlehens ausgegangen wird, bewertet eine andere Ansicht das Zur-Verfügung-Stellen der freien Mittel beim Cash-Pooling als unregelmäßige Verwahrung nach §§ 700, 695 BGB. Danach ist die jederzeitige Verfügbarkeit beim Cash-Pooling über den Saldo ausschlaggebend für die rechtliche Einordnung. Im Cash-Pool werden die Liquiditätsströme bei der Betreibergesellschaft wie bei einem Kontokorrent mittels Verrechnung geführt, so dass zugunsten der teilnehmenden Gesellschaften ein sofort fälliger Ausgleichsanspruch besteht, ohne dass es eine besondere Vereinbarung bedarf. Ohne einen sofortigen Ausgleichsanspruch kann das Cash-Pooling nicht funktionieren, da ansonsten das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft an einer ausreichenden Liquiditätsversorgung unberücksichtigt bleibt. Mangels Gewährung einer Kreditlinie ist dem Cash-Pooling eine Kreditierungsfunktion grundsätzlich nicht zu entnehmen.<sup>735</sup>

Dagegen betont die herrschende Ansicht zu Recht die Finanzierungsfunktion beim Cash-Pooling. Das Cash-Pooling wird vornehmlich durchgeführt, um das Finanzergebnis im Konzern günstiger gestalten zu können. Neben Kosteneinsparungen wegen nicht benötigter Fremdmittel lassen sich aufgrund der Zentralisierung Größenvorteile durch günstigere Anlage- und Darlehenskonditionen realisieren. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist im Konzerninteresse die Finanzierungsfunktion wesentliches Argument für die Implementierung eines Cash-Management-Systems.<sup>736</sup> Bezogen auf die konkrete Ausgestaltung sowie das Zur-Verfügung-Stellen der liquiden Mittel ist dies nicht anders. Die sofortige Verfügbarkeit trägt nur rechtlichen Bedenken, insbesondere einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs, Rechnung. Die Kündigungsfrist nach § 489 BGB ist im Wege der vertraglichen Regelung abdingbar. Hingegen steht bei einem Kontokorrent die sichere Aufbewahrung der Mittel im Vordergrund. Dies ist indessen bei einem Cash-Pool nicht vorrangig.<sup>737</sup> Vorliegend wird auch der Muttergesellschaft i.S.v. § 488 Abs. 1 S. 1 BGB die Darlehensvaluta zur freien Verfügung gestellt, da sie die Mittel nach eigenen Vorstellungen wie ein Eigentümer nutzen kann.<sup>738</sup> Mithin ist es meiner Meinung nach sachgerechter, in der Zur-Verfügung-Stellung liquider Mittel beim Cash-Pooling eine Darlehensgewährung zu erblicken.<sup>739</sup>

---

<sup>734</sup> s.o.: III. Teil B. III. 2. c); so jetzt auch: Blöse, GmbHR 06, 147

<sup>735</sup> Schäfer, GmbHR 05, 135 f; Ulmer, ZGR 05, 4 f; ablehnend auch: Blöse, GmbHR 02, 675; derselbe, GmbHR 06, 147

<sup>736</sup> in diesem Sinn auch: Langner, GmbHR 05, 1018 f

<sup>737</sup> s.o.: III. Teil B. IV. 1. a)

<sup>738</sup> s.o.: I. Teil A. III. 4.

<sup>739</sup> so auch: Langner, GmbHR 05, 1018 f; Eichholz, S. 42 ff; Makowski, S. 48 ff; Müller-Bullinger, S. 130 ff und 237 ebenso, ohne nähere Begründung: BGH 5. Strafsenat, NJW 04, 2248, 2253 (Bremer Vulkan II); Lutter u.a. / Schneider, Finanzierung, § 25 Rn. 11 f; ebenda / Lutter - Kleindiek, § 21 Rn. 4 ff; Lutter / Vetter<sup>4</sup>, Holding HdB, § 8 Rn. 7 ff; derselbe, VGR 2002, S. 77 ff; Burgard, ebenda, S. 48; Bayer, FS Lutter, S. 1014 f; Kühbacher, S. 59 f; Hormuth, S. 100 f; Ammelung / Kaeser, DStR 03, 659 FN 24 und

## 2. Die rechtlichen Grenzen der Darlehensvaluierung

Selbst wenn das konzerninterne Darlehen beim Cash-Pool aufgrund der vertraglichen Vereinbarung sofort fällig ist, also das Prognoserisiko gering erscheint, ist das Darlehen mit dem allgemeinen Insolvenzrisiko belegt, denn bereits zum Zeitpunkt der Darlehensvaluierung steht das Darlehen dem Zugriff der Gläubiger der Muttergesellschaft zur Verfügung. Wie bei jedem Aktivtausch wird Vermögen der Tochtergesellschaft gegen eine Gesellschaftsforderung eingetauscht. Mithin erfolgt eine Vermögensverschiebung zugunsten der Muttergesellschaft, obwohl diese das Haftungsprivileg beansprucht. § 30 Abs. 1 GmbHG ist der „Preis“ für die Haftungsbeschränkung, so dass nur Gesellschafter Adressat der Kapitalerhaltungsregeln sein können.<sup>740</sup> Mithin geht es nicht um die sichere Aufbewahrung der ausgekehrten Mittel, sondern um den vorrangigen Schutz des Gläubigers als Ausgleich für die beschränkte Haftung des Mutterunternehmens.<sup>741</sup> Dies rechtfertigt auch, die Erweiterung von § 30 Abs. 1 GmbHG auf abstrakte Vermögensgefährdungen auszudehnen, weshalb die Durchführung eines Cash-Pools aus dem gebundenen Vermögen, also die konkrete mittelbare Darlehensvaluierung, nach § 30 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich verbotswidrig ist.<sup>742</sup> Nur wenn die Muttergesellschaft unzweifelhaft die Realisierung der Forderung nachweisen kann, etwa dadurch, dass sie entsprechende, werthaltige Sicherheiten stellt, ist die Durchführung eines Cash-Pools nicht i.S.v. § 30 Abs. 1 GmbHG verbotswidrig.<sup>743</sup>

Allerdings sind auch hier die Auswirkungen der GmbH-Reform zukünftig im Auge zu behalten, die eine Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise ermöglichen. Problematisch wird jedoch auch die veränderte Rechtslage nach MoMiG beim Cash-Pooling gesehen, da gerade bei täglich veränderten Finanzströmen stets die Vollwertigkeit geprüft werden muss. Vor diesem Hintergrund wird sogar befürchtet, dass aus Gründen der Rechtssicherheit solche Tochter-GmbHs nicht am Cash-Pool teilnehmen, wenn auch nur zu befürchten ist, dass durch eine Teilnahme das Stammkapital angegriffen werden könnte.<sup>744</sup>

---

25; Sieger / Hasselbach, BB 99, 646; Jäger, DStR 00, 1736; Jula / Breitbarth, AG 97, 256 ff; Morsch, NZG 03, 98; nach BGH, BGHZ 157, 72 ff; Hüffer, AG 04, 419 und 422; Fuhrmann, NZG 04, 552 ff; Helmreich, GmbHR 04, 462; Langner / Mentgen, GmbHR 05, 1121 und 1123; Reidenbach, WM 04, 1423; Seibt, NJW-Spezial 04, 319 f; Seidel, DStR 04, 1132; Schilmar, DB 04, 1413 f; Stein, DZWIR 04, 496; Vetter, BB 04, 1509; Wessels, ZIP 05, 796; jetzt auch: Grothaus / Halberkamp, GmbHR 05, 1318

<sup>740</sup> s.o.: III. Teil B. III. 2 c); ebenso, zum Cash-Pooling: Langner, GmbHR 05, 1019

<sup>741</sup> s.o.: III. Teil B. III. 2 a); in diesem Sinn auch: Roth / Altmeppen<sup>5</sup>, § 30 Rn. 107 aE; ähnlich: Becker, DStR 98, 1532; aA: Schäfer, GmbHR 05, 137

<sup>742</sup> in diesem Sinn auch: Goette, ZIP 05, 1484; Engert, BB 05, 1956; Langner, GmbHR 05, 1018 ff; jetzt auch: OLG München (n.rk.), ZIP 06, 25, 26 f., das deshalb die Revision zugelassen hat; zustimmend: Blöse, GmbHR 06, 147 f; Grothaus / Halberkamp, GmbHR 05, 1318

<sup>743</sup> s.o.: III. Teil B. III. 2 b) gg) und c); jetzt auch: OLG München (n.rk.), ZIP 06, 25, 26; die abstrakte Vermögensgefährdung anerkennend, aber im Ergebnis ablehnend: Schäfer, GmbHR 05, 137

<sup>744</sup> Drygala/ Kremer, ZIP 07, 1289, 1290

### 3. Ergebnis

Beim Cash-Pooling im Rahmen eines faktischen GmbH-Konzerns ist wie bei jedem Gesellschaftsdarlehen § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten. Sofern die mittelbare Darlehensgewährung zu einer Unterbilanz führt oder diese vertieft, greift grundsätzlich das Auszahlungsverbot gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG. Nur wenn die Muttergesellschaft die Realisierung der Darlehensrückforderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ohne jeden Zweifel nachweisen kann - wenn sie also jeden Zweifel an ihrer Solvenz ausräumen oder die Werthaltigkeit durch Sicherheiten belegen kann - ist eine Teilnahme am Cash-Pooling der abhängigen GmbH auch aus dem gebundenen Vermögen möglich. Liegt dagegen eine verbotswidrige Auszahlung vor, führt eine mittelbare Darlehensvalutierung nicht zur Erfüllung des eigentlichen Valutierungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>745</sup> Es gilt das bekannte Leistungsdreieck:

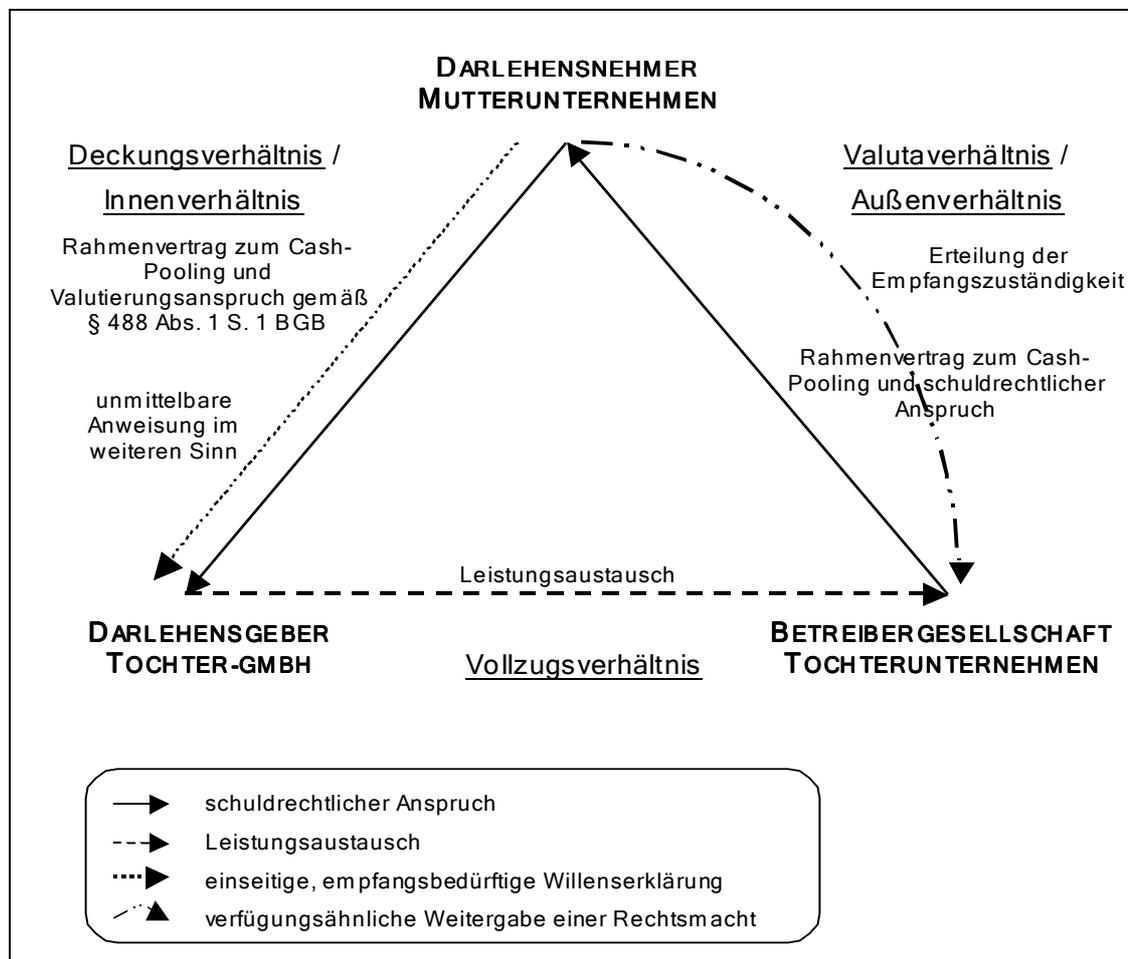


Abbildung 9: Das maßgebliche Leistungsdreieck der mittelbaren Darlehensvalutierung beim Cash-Pooling

<sup>745</sup> zur mangelnden Erfüllungstauglichkeit: s.o.: III. Teil B. II. 1.

## V. Zusammenfassung

Bei Kapitalgesellschaften ist für das Haftungsprivileg der Gesellschafter als eine von mehreren Ausgleichsmechanismen deren Verfügungsrecht über das gebundene Vermögen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger eingeschränkt. In Abgrenzung zum aktienrechtlichen Kapitalschutz nach §§ 57 ff AktG führt im GmbH-Recht ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG nicht zur Nichtigkeit der Leistungsverpflichtung oder gar der Erfüllungshandlung. Aufgrund der Systematik von §§ 30 f GmbHG führt jede verbotswidrige Leistungshandlung, gleichgültig ob unmittelbare oder mittelbare Darlehensvalutierung, nicht zur Erfüllung nach §§ 362 ff BGB. Somit besteht der Unterschied zwischen GmbH- und Aktienrecht darin, dass der aktienrechtliche Schutzmechanismus früher eingreift, während im GmbH-Recht erst die vermeintliche Erfüllungshandlung sanktioniert wird. Sie ist deshalb im Anwendungsbereich von § 30 Abs. 1 GmbHG trotz scheinbarer vertragsgetreuer Vornahme nicht erfüllungstauglich. Hieraus ergibt sich auch die Fokussierung auf das GmbH-Recht.

Bei Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz ist nach der hier vertretenen Ansicht eine Forderung gegen einen Gesellschafter grundsätzlich nicht als Ausgleich für die Vermögensminderung in die Betrachtung einzustellen. Nach dem Sinn und Zweck von §§ 30 ff GmbHG ist eine Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise geboten, da das Gesellschaftsvermögen in diesen Fällen des Aktivtauschs mit dem Insolvenzrisiko des Gesellschafters belastet wird. Insbesondere beim Gesellschaftsdarlehen wird deutlich, dass die GmbH in Vorleistung tritt und die Gesellschafter entsprechende Vorteile aus der Zur-Verfügung-Stellung liquider Mittel ziehen können, obwohl das Gesellschaftsvermögen der strengen statutarischen Zweckbindung unterliegt. Diese Sichtweise ist aber gleichwohl einer Verallgemeinerung zugänglich. Insoweit ist die vorgenommene Rechtshandlung für die Gesellschaft regelmäßig nachteilig. Weil aber das Kapitalschutzrecht an die Gesellschafter adressiert ist, die das Haftungsprivileg nach § 13 Abs. 2 GmbHG beanspruchen, ist zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dem Grunde nach jede nachteilige Vermögensverschiebung aus dem gebundenen Vermögen zu sanktionieren. Folglich ist meines Erachtens entsprechend der neueren Rechtsprechung des BGH § 30 Abs. 1 GmbHG in den Fällen des Gesellschaftsdarlehens, wie auch in den sonstigen Fällen eines Aktivtauschs, außerhalb der gesellschaftsvertraglichen Zweckbindung anzuwenden.

Folglich ist jede Darlehensvalutierung, die eine Unterbilanz herbeiführt oder vertieft, als verbotswidrige Auszahlung gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG zu bewerten. Die Fälligkeit der Forderung ist dagegen unbeachtlich, weil der Zeitpunkt der Beitreibung der Forderung ungewiss ist. Im Sinne des vom BGH postulierten Ausnahmetatbestands kommt § 30 Abs. 1 GmbHG dann nicht zur Anwendung, wenn keinerlei Zweifel an der Realisierung des Rückzahlungsanspruchs besteht. In der Entscheidung des BGH vom

24.11.2004 kann deshalb auch eine Umkehr von Regel- und Ausnahmeverhältnis gesehen werden, die in der praktischen Rechtsanwendung eine Verlagerung der Beweislast nach sich zieht: Im Grundsatz ist jeder Austausch von Aktivvermögen der Gesellschaft aus dem gebundenen Vermögen zugunsten eines Gesellschafters nach § 30 Abs. 1 GmbHG verboten, es sei denn die Realisierung der hierdurch begründeten Gesellschaftsforderung steht unzweifelhaft fest. Dies hat der begünstigte Gesellschafter nachzuweisen.

Gleichwohl wird sich bei Umsetzung des MoMiG insoweit eine Änderung ergeben, denn es ist ausdrücklicher Wille des Reformgesetzgebers, zur bilanziellen Betrachtungsweise zurückzukehren. Unabhängig von Entstehen einer Unterbilanz bei Valutierung eines Gesellschaftsdarlehens, aber auch bei bereits bestehender Unterbilanz, ist eine bilanzielle Betrachtungsweise vorzunehmen.

Diese Grundsätze haben auch im faktischen Konzernrecht Geltung. Auch hier ist § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten. Lediglich im Vertragskonzern hat der Gesetzgeber bewusst ein Konzernprivileg nach §§ 291 ff AktG analog geschaffen. Eine Berücksichtigung der dargestellten Grundsätze ist daher im Vertragskonzern nicht gerechtfertigt. Lediglich wenn sich bereits bei der Darlehensvalutierung konkrete Zweifel an der Realisierung der Rückforderung andeuten, greift das Konzernprivileg nicht, sondern es findet § 30 f GmbHG Anwendung.

Bezogen auf das Cash-Pooling gilt dies entsprechend. Im Rahmen eines faktischen GmbH-Konzerns ist wie bei jedem Gesellschaftsdarlehen § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten. Sofern die mittelbare Darlehensgewährung zu einer Unterbilanz führt oder diese vertieft, greift grundsätzlich das Auszahlungsverbot gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG. Nur wenn die Muttergesellschaft die Realisierung der Darlehensrückforderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ohne jeden Zweifel nachweisen kann, ist eine Teilnahme am Cash-Pooling der abhängigen GmbH auch aus dem gebundenen Vermögen möglich.

Im Ergebnis ist hier festzuhalten, dass im Grunde bei jeder Darlehensvalutierung aus dem gebundenen GmbH-Vermögen § 30 Abs. 1 GmbHG zu berücksichtigen ist. Das GmbH-rechtliche Kapitalerhaltungsrecht hat somit Auswirkungen auf die mittelbare Darlehensvalutierung. Selbst die scheinbar vertragsgemäße Leistungshandlung ist insofern erfüllungsuntauglich: Eine mittelbare Darlehensvalutierung aus dem geschützten GmbH-Vermögen führt nicht zur Erfüllung nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB des Darlehensanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB. Nur wenn der Darlehensnehmer zuvor jeden Zweifel an der Tilgung des Darlehens ausschließen kann, tritt Erfüllung mit der Folge ein, dass er das Darlehen frei verwenden kann ohne einem sofortigen Rückgewähranspruch der Gesellschaft ausgesetzt zu sein. Außerhalb des Anwen-

dungsbereichs von § 30 Abs. 1 GmbHG greifen dagegen die oben ausgeführten allgemeinen Grundsätze zur mittelbaren Darlehensvalutierung.<sup>746</sup>

Dies gilt auch für ein physisches Cash-Pooling-System. Der konzernrechtliche Sonderfall des Cash-Poolings ist nicht anders zu bewerten: Sofern die mittelbare Darlehensgewährung im faktischen GmbH-Konzern aufgrund des Cash-Poolings zu einer Unterbilanz führt oder diese vertieft, greift grundsätzlich das Auszahlungsverbot gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG. Nur wenn die Muttergesellschaft die Realisierung der Darlehensrückforderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ohne jeden Zweifel nachweisen kann, ist eine Teilnahme am Cash-Pooling der abhängigen GmbH auch aus dem gebundenen Vermögen möglich.

---

<sup>746</sup> s.o.: II. Teil insbesondere A. IV. 6.

## IV. Teil: Thesen

Aus den wesentlichen Erkenntnissen dieser Arbeit lassen sich die nachfolgenden Thesen ableiten:

- Durch das SMG ist das bereits von Rechtsprechung und Lehre vorgezeichnete Verständnis einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Darlehensvalutierung in § 488 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich als Kardinalspflicht des Darlehensgebers kodifiziert.
- Die Tatbestandsseite der Darlehensgewährung bestimmt sich alleine nach nationalem Recht und wird nicht von europarechtlichen Vorgaben beeinflusst.
- Die Begriffe „Darlehensempfang“ und die „Zur-Verfügung-Stellung“ wurden und werden sowohl in der gesetzlichen Diktion als auch in Rechtsprechung und Lehre synonym verwendet. Es ist insoweit von einer einheitlichen Begriffsverwendung auszugehen.
- Die Erfüllung der Valutierungspflicht erfolgt gemäß §§ 362 ff. BGB nach der Theorie der realen Leistungsbewirkung, ohne dass eine Mitwirkung des Darlehensnehmers notwendig ist, denn die notwendige Zuordnung von erbrachter Leistung zur geschuldeten Leistung ergibt sich bereits aus der Fixierung des Gläubigerhorizonts im Darlehensvertrag. Lediglich wenn der Darlehensgeber nach Vertragsschluss eine andere Art der Erfüllung gemäß §§ 362 ff BGB wählen will, hat er dies dem Darlehensnehmer durch eine nachvertragliche Tilgungsbestimmung mitzuteilen.
- Für die Darlehensvalutierung genügt eine wertmäßige Verschaffung des Darlehens, die beim Darlehensnehmer zu einer endgültigen, vom Darlehensgeber veranlassten Vermögensmehrung führt. Eine verkörperte Eigentumsverschaffung z.B. von Geld ist entbehrlich.
- Eine Darlehensvalutierung ist konkret gegeben, wenn sich der Darlehensnehmer das Darlehen wirtschaftlich zu Nutze machen kann, so dass er wie ein Eigentümer über das Darlehen frei und ohne Einflussnahme durch den Darlehensgeber verfügen kann. Im Ergebnis muss ihm ein ausschließliches Bestimmungsrecht an der Verwendung des Darlehens zustehen.
- Mit wirksamer Darlehensvalutierung geht das Risiko des zufälligen Untergangs sowie das weitere Verwendungsrisiko auf den Darlehensnehmer über.

- Bei Einbeziehung eines Dritten in den Erfüllungsvorgang, also bei Darlehensauszahlung in dessen Vermögen, ist ein Einverständnis des Darlehensnehmers erforderlich: Er muss gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB die Empfangsermächtigung für den Dritten erteilen, wobei diese bei der mittelbaren Darlehensvalutierung - vergleichbar zur Außenvollmacht - regelmäßig dem Darlehensgeber gegenüber erklärt wird.
- Mangels wechselseitiger Bindungswirkung (in den Grenzen von § 183 bzw. § 790 BGB analog) ist die erteilte Empfangsermächtigung bei der mittelbaren Darlehensvalutierung nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB als Anweisung im weiteren Sinne gemäß §§ 783 ff BGB zu werten.
- Bei der mittelbaren Darlehensvalutierung sind die jeweiligen Rechtsverhältnisse einzeln und getrennt zu bewerten. Eine vertragliche Beziehung im Vollzugsverhältnis ist nicht notwendig.
- Aufgrund der mittelbaren Darlehensvalutierung werden zwei Schuldverhältnisse, jenes im Valuta- und jenes im Deckungsverhältnis, simultan durch eine Leistungsbewegung erfüllt, so dass der Darlehensnehmer regelmäßig seinerseits auf eine Schuld leistet.
- Die oben herausgestellten Wertungen zum Darlehens- und zum Erfüllungsrecht sind auf die mittelbare Darlehensvalutierung uneingeschränkt anwendbar. Sie werden durch die Kriterien der Rechtsprechung und Lehre näher konkretisiert.
- Für eine mittelbare Darlehensvalutierung genügt eine auf Anweisung des Darlehensnehmers beruhende wertmäßige und endgültige Verschaffung des Darlehens vom Darlehensgeber an den Darlehensnehmer, so dass sich dieser das Darlehen wie ein Eigentümer wirtschaftlich frei und ohne Einfluss des Darlehensgebers zu Nutzen machen kann. Konkret steht dem Darlehensnehmer das maßgeblich Bestimmungsrecht an der Valuta erst dann zu, wenn der Dritte im überwiegenden Interesse des Darlehensnehmers in den Erfüllungsvorgang einbezogen wird und das Darlehen empfängt.
- Von einem überwiegenden Interesse des Darlehensnehmers ist bei der mittelbaren Darlehensvalutierung grundsätzlich auszugehen, da eine Leistung des Darlehensnehmers auf eine Schuld vorliegt und der Darlehensgeber seinerseits nur seine Valutierungspflicht gegenüber dem Darlehensnehmer aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllen will.
- Entscheidend ist auf die Anweisung des Darlehensnehmers abzustellen, denn lediglich mittels der Anweisung kann er auf die eben dargestellte Weise der mittelbaren Darlehensvalutierung Einfluss nehmen: Neben der tatsächlichen

Darlehensauszahlung an den Dritten muss sich in der erteilten Anweisung die überwiegende Interessenlage des Darlehensnehmers in Form einer Art „Vorabverfügung“ manifestieren, wenn er sich bereits zu diesem Zeitpunkt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das Darlehen zu Nutzen macht.

- Bei einer von Beginn an unwiderruflichen Anweisung fehlt es im Regelfall an einer überwiegenden Interessenlage des Darlehensnehmers an einer mittelbaren Darlehensvaluierung, was einer wirksamen Erfüllung der Valutierungspflicht nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB entgegensteht.
- Eine unwirksame Anweisung kann sich im Gegensatz zur Unwirksamkeit des Darlehensvertrags auf die mittelbare Darlehensvaluierung negativ auswirken: Wird die unwirksame Anweisung nicht durch eine Genehmigung oder einen sonstigen Heilungstatbestand von § 185 Abs. 2 BGB ersetzt und greift auch kein Rechtsscheintatbestand gemäß §§ 170 ff BGB analog ein, so führt eine vollzogene mittelbare Darlehensvaluierung nicht zur Erfüllung des Valutierungsanspruchs.
- Die mittelbare Darlehensvaluierung ist bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts mit der mittelbaren Darlehensgewährung im „Normalfall“ zumindest auf Tatbestandsseite vergleichbar. Bei einer mittelbaren Darlehensvaluierung sind daher bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts die aufgestellten Grundsätze unmittelbar ohne Modifikation anwendbar, so dass die Anweisung auch hier maßgeblich zu betrachten ist: Nur wenn die Anweisung des Darlehensnehmers keine Rechtswirkungen entfaltet oder nicht der überwiegenden Interessenlage des Darlehensnehmers entspricht, führt auch beim verbundenen Geschäft eine sonst schuldgerechte und vollzogene mittelbare Darlehensvaluierung nicht zur Erfüllung i.S.v. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB.
- Die Schutzvorschriften des verbundenen Geschäfts greifen sowohl nach nationalem als auch nach europäischem Recht dagegen erst bei Leistungsstörungen und damit erst ein, wenn bereits der Darlehensvertrag mit seinen wesentlichen Pflichten in Vollzug gesetzt wurde.
- Das verbundene Geschäft schützt nach seinem Sinn und Zweck vor der Aufspaltung in zwei rechtlich selbständige Verträge, nicht aber vor dem Anlage- und Verwendungsrisikos des Darlehens. Diese Risiken hat der Darlehensnehmer auch beim verbundenen Geschäft selbst zu tragen.
- Eine Ausdehnung des Schutzbereichs des verbundenen Geschäfts auf die Tatbestandsseite der mittelbaren Darlehensgewährung ist nicht gerechtfertigt.

- Die anderslautende Rechtsprechung des II. Zivilsenats ist abzulehnen, denn die Unwirksamkeit einer mittelbaren Darlehensvalutierung lässt sich nicht ursächlich mit dem Vorliegen eines verbundenen Geschäfts begründen.
- Inzwischen hält der II. Zivilsenat nicht mehr an dieser Rechtsprechung fest. Die hier herausgearbeiteten Kriterien einer mittelbaren Darlehensvalutierung werden auch bei Vorliegen eines verbundenen Geschäfts von der Rechtsprechung angewendet. Sie werden mittlerweile sogar als gefestigte Rechtsprechung bezeichnet.
- Beim Gesellschaftsdarlehen der GmbH ergibt sich grundsätzlich keine andere Bewertung der mittelbaren Darlehensvalutierung wie beim „Normalfall“, so dass die allgemeinen Grundsätze auch hier dem Grunde nach einschlägig sind.
- Zusätzlich ist bei der GmbH bei jeder Begründung einer Gesellschaftsforderung gegen einen Gesellschafter aus dem gebundenen Gesellschaftsvermögen außerhalb des Gesellschaftszwecks die Beschränkung durch § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten. Insoweit hindert § 30 Abs. 1 GmbHG nach der Systematik der Kapitalerhaltungsregeln der GmbH eine unmittelbare Darlehensvalutierung, auch wenn im Übrigen die oben genannten Grundsätze beachtet werden: Greift § 30 Abs. 1 GmbHG, führt eine mittelbare Darlehensvalutierung nicht zur Erfüllung der Valutierungspflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB.
- Die bilanzielle Betrachtungsweise ist abzulehnen, denn nach Sinn und Zweck von § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist die Belastung des gebundenen Gesellschaftsvermögens mit dem Insolvenzrisiko des Gesellschafters außerhalb des Gesellschaftszwecks und damit ein Sondervorteil des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft und deren Gläubiger nicht gerechtfertigt.
- Der Darlehensrückzahlungsanspruch ist wie jede andere Gesellschaftsforderung grundsätzlich nicht geeignet die auszahlungsbedingte Vermögensminderung auszugleichen, so dass § 30 Abs. 1 GmbHG auch greift, wenn ein Aktivtausch vorgenommen wird. Nur wenn der Gesellschafter zum Beispiel durch geeignete und ausreichende Sicherheiten jeden Zweifel an der Realisierung des Rückzahlungsanspruchs nachweisen kann, liegt ausnahmsweise keine verbotswidrige Auszahlung nach § 30 Abs. 1 GmbHG vor: Mithin ist regelmäßig jeder Austausch von Aktivvermögen der Gesellschaft aus dem gebundenen Vermögen zugunsten eines Gesellschafters außerhalb des konkreten Gesellschaftszwecks nach § 30 Abs. 1 GmbHG verboten, es sei denn die Realisierung der hierdurch begründeten Gesellschaftsforderung steht unzweifelhaft fest. Dies hat der begünstigte Gesellschafter nachzuweisen.

- Eine Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise soll nach dem Willen des Reformgesetzgebers durch das MoMiG erreicht werden. Danach ist eine bilanzielle Betrachtungsweise auch dann anzustellen, wenn durch ein Gesellschaftsdarlehen nicht nur eine Unterbilanz erst entsteht, sondern vertieft wird. Der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter muss allerdings dem Deckungs- und Vollwertigkeitsgebot entsprechen.
- Der in der Entscheidung des BGH vom 24.11.2003 (BGHZ 72, 157 ff) zum Ausdruck kommende Ausnahmetatbestand führt insoweit zu einer Verlagerung der Beweislast zu Lasten des begünstigten Gesellschafters.
- Die Beschränkungen nach § 30 Abs. 1 GmbHG sind bei der mittelbaren Darlehensvaluierung auch in einem faktischen Konzern sowie bei einem physischen Cash-Pooling zwingend zu beachten.
- Nur im Vertragskonzern werden die Beschränkungen der §§ 30 f GmbHG durch die §§ 291 ff AktG analog und das damit verbundene Konzernprivileg verdrängt.
  
- Die mittelbare Darlehensvaluierung folgt im Ergebnis einem allgemein gültigen Leitbild, das sich aus der rechtssystematischen Betrachtung des Darlehens- und des Erfüllungsrechts ergibt: Wenn die Anweisung des Darlehensnehmers zur Dritteistung Rechtswirkung entfaltet und seiner überwiegenden Interessenlage an einer mittelbaren Darlehensvaluierung entspricht, führt eine sonst schuldgerechte und vollzogene mittelbare Darlehensvaluierung i.S.v. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB zur Erfüllung der Valutierungspflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB.
- Besondere Fallgestaltungen sind dem Grunde nach gleichfalls nach diesem Lösungsansatz zu bewerten.
- Sofern sich zu berücksichtigende Besonderheiten ergeben, ist dies nicht auf die mittelbare Darlehensvaluierung, sondern auf die dort einschlägigen übergeordneten Schutzzwecküberlegungen zurückzuführen. Diese sind ergänzend zu beachten. Exemplarisch ist hier für die GmbH - mit Ausnahme des Vertragskonzerns - die Beschränkung durch § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG wertend in die Betrachtung zusätzlich einzubeziehen.

## Literaturverzeichnis

### Kommentierungen:

- Altmeppen, Holger / Roth, Günter H. Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG), München  
4. Auflage 2003 [zit.: Roth / Altmeppen<sup>4</sup>]  
5. Auflage 2005 [zit.: Roth / Altmeppen<sup>5</sup>]
- Bamberger, Heinz Georg /  
Roth, Herbert [Hrsg.] Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
München  
1. Auflage 2003 [zit.: Bamberger / Roth - Bearb.]  
2. Auflage 2007 [zit.: Bamberger / Roth<sup>2</sup> - Bearb.]
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J. Handelsgesetzbuch, mit GmbH & Co., Handels-  
klauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht  
(ohne Seerecht), 33. Auflage, München 2008  
[zit.: Baumbach / Hopt<sup>33</sup>]
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred GmbH-Gesetz, Gesetz betreffend die Gesel-  
schaft mit beschränkter Haftung, 18. Auflage,  
München 2006 [zit.: Baumbach / Hueck<sup>18</sup>]
- Boujong, Karlheinz / Ebenroth, Carsten Thomas /  
Joost, Detlef [Hrsg.] Handelsgesetzbuch, München  
2001 [zit.: E/B/J - Bearb. (2001)]  
Aktualisierungsband 2003  
[zit.: E/B/J - Bearb. (2003)]
- Bruchner, Helmut / Ott, Claus /  
Wagner-Wieduwilt, Klaus Verbraucherkreditgesetz, Kommentar, 2. Auf-  
lage, München 1994 [zit.: Bruchner u.a. / Bearb. <sup>2</sup>]
- Bülow, Peter / Artz, Markus Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkredit-  
recht, Heidelberg  
5. Auflage 2002 [zit.: Bülow / Artz<sup>5</sup>, VerbrKrR]  
6. Auflage 2006 [zit.: Bülow / Artz<sup>6</sup>, VerbrKrR]
- Emmerich, Volker /  
Habersack, Mathias Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Auflage,  
München 2008 [zit.: Emmerich / Habersack<sup>5</sup>]
- Erman, Walter Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar,  
herausgegeben von Prof. Dr. H. P. Westermann,  
11. Auflage, Köln 2004 [zit.: Erman / Bearb. <sup>11</sup>]
- Fischer, Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage,  
München 2008 [zit.: Fischer<sup>55</sup>, StGB]

- Graf von Westphalen / Emmerich, Volker /  
Rottenburg, Franz von Verbraucher kreditgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Köln 1996  
[zit.: Graf von Westphalen u.a. / Bearb.<sup>2</sup>]
- Hachenburg, Max /  
Ulmer, Peter [Hrsg.] Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Berlin  
7. Auflage 1975 ff [zit.: Hachenburg / Bearb.<sup>7</sup>]  
8. Auflage 1990 ff [zit.: Hachenburg / Bearb.<sup>8</sup>]
- Hopt, Klaus J. /  
Wiedemann, Herbert [Hrsg.] Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, Berlin 1992 ff [zit.: Großkom. / Bearb.<sup>4</sup>]
- Kropff, Bruno /  
Semler, Johannes [Hrsg.] Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2000 ff  
[zit.: MK - AktG / Bearb.<sup>2</sup>]
- Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Auflage, Köln 2004 [zit.: Lutter / Hommelhoff<sup>16</sup>]
- Lwowski, Hans-Jürgen / Peters, Bernd /  
Gößmann, Wolfgang Verbraucher kreditgesetz - Kreditverträge - Leasing - verbundenes Geschäft, 2. Auflage, Berlin 1994 [zit.: Lwowski u.a. / Bearb.<sup>2</sup>]
- Michalski, Lutz [Hrsg.] Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), München 2002 [zit.: Michalski / Bearb.]
- Mitglieder des Bundesgerichtshofes [Hrsg.] Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, 12. Auflage, Berlin u.a. 1978  
[zit.: BGB - RGRK / Bearb.<sup>12</sup>]
- Münstermann, Walter /  
Hannes, Rudi Verbraucher kreditgesetz, Kommentar, Münster 1991 [zit.: Münstermann / Hannes]
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, München  
64. Auflage 2005 [zit.: Palandt / Bearb.<sup>64</sup>]  
67. Auflage 2008 [zit.: Palandt / Bearb.<sup>67</sup>]
- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz /  
Rixecker, Roland [Hrsg.] Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München  
3. Auflage 1997 [zit.: MK / Bearb.<sup>3</sup>]  
4. Auflage 2003 f [zit.: MK / Bearb.<sup>4</sup>]

5. Auflage 2007 f [zit.: MK / Bearb.<sup>5</sup>]
- Rowedder, Heinz /  
Schmidt-Leithoff, Christian [Hrsg.]      Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 4. Auflage, München 2002 [zit.: Rowedder / Bearb.<sup>4</sup>]
- Scholz, Franz      Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, Köln 9. Auflage 2000 [zit.: Scholz / Bearb.<sup>9</sup>] 10. Auflage 2006 f [zit.: Scholz / Bearb.<sup>10</sup>]
- Soergel, Hans Theodor u.a. [Hrsg.]      Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Stuttgart u.a. 12. Auflage 1990 ff [zit.: Soergel / Bearb.<sup>12</sup>]
- Staudinger, Julius von      Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 12. Auflage 1983 ff [zit.: Staudinger / Bearb.<sup>12</sup>] Neubearbeitung 2000 ff [zit.: Staudinger / Bearb. (Jahr)]

**Allgemeine Lehrbücher:**

- Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Lepa,  
Manfred / Ring, Gerhard [Hrsg.]      Das Neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Heidelberg 2002 [zit.: Dauner-Lieb u.a. / Bearb.]
- Enneccerus, Ludwig / Lehmann, Ulrich      Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958 [zit.: Enneccerus / Lehmann, SR<sup>15</sup>]
- Esser, Josef / Schmidt, Eike      Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, Heidelberg 1995 [zit.: Esser / Schmidt, SR AT<sup>8</sup>]
- Esser, Josef / Weyers, Hans-Leo      Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, Verträge, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, Heidelberg 1998 [zit.: Esser / Weyers, SR BT<sup>8</sup>]
- Fikentscher, Wolfgang      Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin u.a. 1997 [zit.: Fikentscher, SR<sup>9</sup>]
- derselbe / Heinemann, Andreas      Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006 [zit.: Fikentscher / Heinemann, SR<sup>10</sup>]
- Gernhuber, Joachim      Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, Handbuch des Schuldrechts in Einzel-









- Fischer, Reinhold / Klatten, Thomas Bankrecht, Grundlagen der Rechtspraxis, 3. Auflage, Köln 2004 [zit.: Fischer / Klatten, BankR<sup>3</sup>]
- Fleck, Hans-Joachim Der Grundsatz der Kapitalerhaltung - seine Ausweitung und seine Grenzen, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, herausgegeben von Marcus Lutter u.a., S. 335 - 361, Köln 1992 [zit.: Fleck, FS 100 Jahre GmbHG]
- Franz, Ulrich Der Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 Absatz 3 Verbraucherkreditgesetz, Baden-Baden 1996 [zit.: Franz]
- Gernhuber, Joachim Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund, Zur Lehre von den Vertragsbindungen, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Gotthard Paulus u.a., S. 455 - 494, München 1973 [zit.: Gernhuber, FS Larenz (1973)]
- Goette, Wulf Kapitalaufbringung und Kapitalschutz in der GmbH, Aktuelle GmbH-Rechtsprechung, München 2004 [zit.: Goette]
- Hassold, Gerhard Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis - Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Modell, München 1981 [zit.: Hassold]
- Heermann, Peter W. Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen, Tübingen 1998 [zit.: Heermann, Erwerbsgeschäfte]
- Hennrichs, Joachim Informationspflichten bei Darlehensgeschäften - Insbesondere bei Festdarlehen mit alternativen Tilgungsinstrumenten, Bankrecht und Kapitalmarktrecht in der Entwicklung, Festschrift für Siegfried Kümpel zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Jens Ekkenga u.a., S. 241 - 255, Berlin 2003 [zit.: Hennrichs, FS Kümpel]
- Hormuth, Mark W. Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, Ein Beitrag zur Konzernfinanzierung, Konzern, Konzernrecht und Konzernfinanzierung, Teil VIII, herausgegeben von Walther Hadding u.a., Berlin 1998 [zit.: Hormuth]
- Kleffner, Thomas Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG, Berlin 1994 [zit.: Kleffner]

- Knops, Kai-Oliver Die Rückabwicklung gescheiterter, an der Haustür vermittelter Bauträgerfinanzierungen, Zivilrecht im Sozialstaat, Festschrift für Professor Dr. Peter Derleder, herausgegeben von Wolf-Rüdiger Bub u.a., S. 383 - 403, Baden-Baden 2005 [zit.: Knops, FS Derleder]
- Köndgen, Johannes Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlanzeige, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, herausgegeben von Wolfgang Ernst u.a., S. 457 - 478, Tübingen 2001 [zit.: Köndgen, Darlehensrecht 2001]
- König, Jörg Rechtsverhältnisse und Rechtsprobleme bei der Darlehensvaluierung über Notaranderkonten, Baden-Baden 1988 [zit.: König]
- Kühbacher, Uli Darlehen an Konzernunternehmen, Besicherung und Vertragsanpassung, Konzern, Konzernrecht und Konzernfinanzierung, Teil III, herausgegeben von Walther Hadding u.a., Berlin 1993 [zit.: Kühbacher]
- Kümpel, Siegfried Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, Köln 2004 [zit.: Kümpel, BankR<sup>3</sup>]
- Kupisch, Berthold Schenkung auf Römisch - und ketzerische Fragen an die aktuelle Anweisungsdogmatik, Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, herausgegeben von Franz Häuser u.a., S. 167 - 184, Berlin 2004 [zit.: Kupisch, FS Hadding]
- Krauskopf, Patrick Der Vertrag zugunsten Dritter, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, herausgegeben von Peter Gauch, Freiburg (Schweiz) 2000 [zit.: Krauskopf]
- Larenz, Karl Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis - Zur Rechtslage des Käufers beim finanzierten Ratenkauf, Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag am 21. Dezember 1970, herausgegeben von Hans-Martin Pawlowski u.a., S. 193 - 214, Göttingen 1972 [zit.: Larenz, FS Michaelis]
- Lübtow, Ulrich von Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation, Berlin 1965 [zit.: von Lübtow]

- Makowski, Valerie Julia                      Cash-Management in Unternehmensgruppen, Zulässigkeitsvoraussetzungen und Grenzen der zentralen Konzernfinanzierung, Berlin 2000 [zit.: Makowski]
- Martis, Rüdiger                                Verbraucherschutz - Verbraucherkredit- und Haustürwiderrufsgesetz - Systematische Darstellung, München 1998 [zit.: Martis]
- Müller-Bullinger, Alexandra M.            Rechtsfragen des Cash Management, Stuttgart 1999 [zit.: Müller-Bullinger]
- Müller-Laube, Hans-Martin                Die Empfangszuständigkeit im Zivilrecht, Berlin 1978 [zit.: Müller-Laube]
- Mugdan, Benno [Hrsg.]                    Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 [zit.: Mugdan, II]
- Nobbe, Gerd                                  Bankrecht, Aktuelle höchst - und obergerichtliche Rechtsprechung, 1. Auflage, Köln 1999 [zit.: Nobbe, BankR (1999)]
- derselbe                                      Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Bankrecht, 6. Auflage, Köln 1995 [zit.: Nobbe, BankR<sup>6</sup>]
- Pechtold, Wolfram                         Der Tatbestand des verbundenen Geschäfts zwischen normierter Rechtsprechung und Regelungskonzeption des § 9 VerbrKrG, Aachen 2000 [zit.: Pechtold]
- Raab, Thomas                                Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Tübingen 1999 [zit.: Raab]
- Reich, Norbert                               Heininger und das Europäische Privatrecht, Zivilrecht im Sozialstaat, Festschrift für Professor Dr. Peter Derleder, herausgegeben von Wolf-Rüdiger Bub u.a., S. 127 - 143, Baden-Baden 2005 [zit.: Reich, FS Derleder]
- Reifner, Udo                                 „Wirtschaftliche Betrachtungsweise“ und verbundenes Geschäft - ein Beitrag zur Dogmatik der §§ 506 S. 2, 358 BGB, Zivilrecht im Sozialstaat, Festschrift für Professor Dr. Peter Derleder, herausgegeben von Wolf-Rüdiger Bub u.a., S. 383 - 403, Baden-Baden 2005 [zit.: Reifner, FS Derleder]

- Röhricht, Volker Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz, Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, herausgegeben von Karlmann Geiß u.a., S. 83 - 122, Köln 2000 [zit.: Röhricht, FS 50 Jahre BGH]
- derselbe Die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), herausgegeben von der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung, S. 3 - 35, Köln 2003 [zit.: Röhricht, VGR 2002]
- Rust, Brigitte Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Leistung an Dritte in der Kapitalgesellschaft, 1. Auflage, Baden-Baden 2000 [zit.: Rust]
- Schneider, Uwe H. „Kapitalmindernde Darlehen“ der GmbH an ihre Gesellschafter - Zugleich ein Beitrag zu den rechtlichen Grenzen der Finanzierung des Leveraged / Management Buy out, Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für Georg Döllerer, herausgegeben von Brigitte Knobbe-Keuk u.a., S. 537 - 551, Düsseldorf 1988 [zit.: Schneider, FS Döllerer]
- Schwintowski, Hans-Peter / Schäfer, Frank A. Bankrecht, Commercial Banking - Investment Banking, 2. Auflage, Köln u.a. 2004 [zit.: Schwintowski / Schäfer, BankR<sup>2</sup>]
- Seibert, Ulrich Erfüllung durch finale Leistungsbewirkung, Hamburg 1982 [zit.: Seibert]
- Stimpel, Walter Zum Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG, Die Befreiung vom handelsbilanziellen Denken und die Unzulässigkeit an Gesellschafter hinausgeschobene schuldrechtliche Ausgleichsverpflichtungen, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, herausgegeben von Marcus Lutter u.a., S. 335 - 361, Köln 1992 [zit.: Stimpel, FS 100 Jahre GmbHG]
- Vetter, Jochen Rechtliche Grenzen und praktische Ausgestaltung von Cash Management-Systemen, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), herausgegeben von der Gesellschafts-

- rechtlichen Vereinigung, S. 69 - 107, Köln 2003  
[zit.: Vetter, VGR 2002]
- Vollkommer, Max  
Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft des „finanzierten Abzahlungskaufs“, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Gotthard Paulus u.a., S. 703 - 716, München 1973 [zit.: Vollkommer, FS Larenz (1973)]
- derselbe  
Zum Rückforderungsdurchgriff bei „Verbundenen Geschäften“, Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, herausgegeben von Walter Gerhardt u.a., S. 595 - 610, Köln 1992 [zit.: Vollkommer, FS Merz]
- Weitnauer, Hermann  
Die Leistung, Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Hans Claudius Ficker u.a., S. 255 - 293, Tübingen 1978  
[zit.: Weitnauer, FS von Caemmerer]
- Westermann, Harm Peter  
Gläubiger und Schuldner der Nebenpflichten aus dem bankgeschäftlichen Darlehensvertrag, Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, herausgegeben von Reinhard Damm u.a., S. 787 - 807, Berlin 2005  
[zit.: Westermann, FS Raiser]
- Wilhelmi, Rüdiger  
Der Grundsatz der Kapitalerhaltung im System des GmbH-Rechts, Eine Untersuchung anhand des Auszahlungsverbots des § 30 I GmbHG, 1. Auflage, Baden-Baden 2001 [zit.: Wilhelmi]
- Wimmer-Leonhardt, Susanne  
Konzernhaftungsrecht. Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaft im deutschen und englischen Recht, Tübingen 2004 [zit.: Wimmer-Leonhardt]
- Wolf, Christina  
Drittleistung und Leistungsmittlung, Berlin 1995  
[zit.: Wolf]



- Bender, Hans-Udo                      Das Ende klassischer Konzernfinanzierung durch die jüngere BGH-Rechtsprechung?, Kein Raum für Banken zwischen verbotener Einlagenrückgewähr und verbotenem existenzgefährdendem Eingriff, BB 2005, S. 1492 - 1496
- Binz, Hans-Bert                         Darlehen an Gesellschafter als verbotene Auszahlung i.S. von § 30 GmbHG und die Folgen für Bilanzierung und Berichterstattung - Auswirkung des BGH-Urteils vom 24.11.2003 - II ZR 171/01, DB 2004, S. 1273 - 1275
- Bitter, Georg                             Das „TBB“-Urteil und das immer noch vergessene GmbH-Vertragskonzernrecht, zur Unmöglichkeit von Beherrschungsverträgen mit einer 100%igen Tochter-GmbH oder Tochter-GmbH & Co KG, ZIP 2001, S. 265 - 278
- Blöse, Jochen                            Cash-Management-Systeme als Problem des Eigenkapitalersatzes, GmbHR 2002, S. 675 - 678
- Bülow, Peter                             Grundfragen der Erfüllung und ihrer Surrogate, JuS 1991, S. 529 - 536
- derselbe                                 Verbraucher kreditrecht im BGB, NJW 2002, S. 1145 - 1150
- derselbe                                 Einwendungsdurchgriff und Rückforderungsdurchgriff in neuer Sicht - Folgerungen aus dem Urteil des BGH vom 21.7.2003 = WM 2003, 1762, WM 2004, S. 1257 - 1263
- Bungeroth, Erhard                       Die Rückabwicklung nach dem HWiG widerrufener Immobilienkredite - einige Gedanken zu den Ungereimtheiten einer aktuellen Diskussion, WM 2004, S. 1505 - 1511
- Cahn, Andreas                            Kapitalaufbringung im Cash Pool, ZHR 166 (2002), S. 278 - 306
- derselbe                                 Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen, Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 24. November 2003, II ZR 171/01, Der Konzern 2004, S. 235 - 245
- Claussen, Lorenz                        Finanzierter Wertpapierkauf und Verbraucherkreditgesetz, NJW 1993, S. 564 - 567
- Derleder, Peter                         Bankschaden und Bankrecht, NJW 2003, S. 2064 - 2066

- Diedrichs, Petra / Rixecker, Roland Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Darlehensrecht, WM Sonderbeilage 07/1985 zu Nr. 38 vom 21.09.1985
- Dierksmeier, Jochen Die englische Ltd. in Deutschland - Haftungsrisiko für Berater, BB 2005, S. 1516 - 1523
- Doehner, Rupert / Hoffmann, Jochen Kreditfinanzierter Fondsbeitritt und Anlegerschutz - zugleich Besprechung der BGH-Urteile v. 14.6.2004 - II ZR 392/01, II ZR 395/01, II ZR 374/02, II ZR 385/02, II ZR 393/02 sowie II ZR 407/02, ZIP 2004, S. 1884 - 1893
- Drygala, Tim / Kremer, Thomas Alles neu macht der Mai - Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im Regierungsentwurf zum MoMiG, ZIP 2007, S. 1289 - 1296
- Ehmann, Horst Zur Causa-Lehre, JZ 2003, S. 702 - 714
- dieselbe Ist die Erfüllung Realvertrag?, NJW 1969, S. 1833 - 1837
- dieselbe Über den Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812 BGB, NJW 1969, S. 398 - 404
- dieselbe Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, Ein Beitrag zur causa solvendi, JZ 1968, S. 549 - 556
- Ehricke, Ulrich Die Einbeziehung des Immobilienkaufs in die Folgen eines Widerrufs des Darlehensgeschäfts nach der Richtlinie 85/577/EWG, Klarstellung aus europarechtlicher Sicht zur Vorlage des LG Bochums an den EuGH v. 29.7.2003, ZIP 2003, 1437, ZIP 2004, S. 1025 - 1034
- dieselbe Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zur Rückabwicklung von finanzierten Immobiliengeschäften, zugleich eine Besprechung der Urteile des EuGH vom 25.10.2005 - Rs C-350/03 („Schulte / Badenia“) sowie Rs C-229/04 („Crailsheimer Volksbank“), ZBB 2005, 436 und 442, ZBB 2005, S. 443 - 451
- Engert, Andreas Kreditgewährung an GmbH-Gesellschafter und bilanzorientierter Kapitalschutz, Ökonomische Begründbarkeit der BGH-Rechtsprechung und Zukunft des Cash Pooling, BB 2005, S. 1951 - 1958

- Fischer, Nikolaj Rückabwicklung kreditfinanzierter Fondsbeteiligungen: Rückzahlungspflicht des Anlegers gegenüber der Bank? - Anmerkung zu den BGH-Urteilen vom 14.6.2004 - II ZR 392/01, II ZR 395/01, II ZR 374/02, II ZR 407/02, II ZR 385/02, II ZR 393/02 (DB 2004 S. 1655 ff) -, DB 2004, S. 1651 f
- derselbe Direktvertrieb und Rückabwicklung kreditfinanzierter Fondsbeteiligungen und der „Krieg der Senate“ - Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.11.2004, II ZR 375/02, VuR 2005, S. 241 - 247
- derselbe Gemeinschaftsrechtskonforme Rückabwicklung von Haustür-„Schrottimmobilen“-Geschäften - Anmerkungen zu den EuGH-Urteilen vom 25.10.2005 - Rs. C-350/03 und C-229/04, DB 2005, S. 2507 - 2512
- derselbe Ende der Rechtsprechungsdivergenz? - Entwicklung der jüngsten BGH-Judikatur zur Rückabwicklung von „Schrottimmobilen“-Geschäften, DB 2006, S. 1415 - 1419
- Fleck, Hans-Joachim 7. Generalthema, Verdeckte Gewinnausschüttung bei verbundenen Unternehmen, Teil III: Aussprache mit den Referenten und Teilnehmern, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1984/1985 herausgegeben vom Deutschen Anwaltsinstitut e.V., Herne 1995
- derselbe Missbrauch der Vertretungsmacht oder Treubruch des mit Einverständnis aller Gesellschafter handelnden GmbH-Geschäftsführers aus zivilrechtlicher Sicht, ZGR 1990, S. 31 - 49
- Flume, Werner Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung, ZHR 144 (1980), S. 18 - 33
- Frings, Michael Das neue Verbraucherschutzrecht im BGB 2002, VuR 2002, S. 390 - 398
- derselbe Verbesserter Verbraucherschutz bei kreditfinanzierten Immobiliengeschäften, VuR 2004, S. 404 - 410
- Fuchs, Angelika Zum Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften, AcP 99 (1999), S. 305 - 306

- Füller, Jens Thomas Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung verbundener Geschäfte im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG, DZWIR 2000, S. 409 - 418
- Fuhrmann, Lambertus Kreditgewährung an Gesellschafter: Ende des konzernweiten Cash-Managements, NZG 2004, S. 552 - 555
- Goette, Wulf Der Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung und zum Rückgewährverbot im GmbH-Recht, DStR 1997, S. 1495 - 1500
- derselbe Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zum GmbH-Recht, ZIP 2005, S. 1481 - 1489
- derselbe Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht - Aktuelle Rechtsprechung des II. Zivilsenats, KTS 2006, S. 217 - 237
- Grothaus, Achim / Halberkamp, Thomas Probleme des Cash-Poolings nach der neueren Rechtsprechung des BGH zur Stammkapitalrückgewähr, GmbHR 2005, S. 1317 - 1323
- Grunewald, Barbara / Noack, Ulrich Zur Zukunft des Kapitalsystems der GmbH - Die Ein-Euro-GmbH in Deutschland, GmbHR 2005, S. 189 - 195
- Habersack, Mathias Drittfinanzierter Immobilien- und Beteiligungserwerb unter Geltung des § 9 VerbrKrG, ZHR 156 (1992), S. 42 - 63
- derselbe Haustürgeschäfte richtlinie und Realkreditverträge, WM 2000, S. 981 - 992
- derselbe Verbraucher kredit- und Haustürgeschäfte nach der Schuldrechtsmodernisierung, BKR 2001, S. 72 - 77
- derselbe / Mayer, Christian Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, Normauslegung und Rechtsweg im Grenzbereich zwischen deutschem und europäischem Privatrecht, JZ 1999, S. 913 - 921
- derselbe / Schürnbrand, Jan Cash Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter, NZG 2005, S. 689 - 696

- Hahn, Peter / Brockmann, Petra Die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf Publikumsgesellschaften, VuR 2002, S. 164 - 172
- dieselben Der Einwendungsdurchgriff auf dem Weg zu einem wirksamen Verbraucherschutzrecht? - zugleich ein Beitrag zu BGH, Urt. v. 21.07.2003 - II ZR 387/02 - und BGH, Urt. vom 23.09.2003 - XI ZR 135/02, VuR 2004, S. 173 - 179
- Hahn, Volker Zum Spannungsverhältnis von Kapitalerhaltung und Cash Pool im Konzern, Der Konzern 2004, S. 641 - 646
- Harder, Manfred Forum: Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen - lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1977, S. 149 - 152
- derselbe Nochmals: Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen - lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1978, S. 84 - 86
- derselbe Römischrechtliche Exegese-Hausarbeit zum Anweisungsdarlehen und Vereinbarungsdarlehen (Ulpian D.12.1.15), JA-Übungsblätter (JA-ÜB) 1990, S. 165 - 173
- Heermann, Peter W. Verbundene Geschäfte im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG, AcP 200 (2000), S. 1 - 44
- Heidinger, Andreas Der Kapitalschutz der GmbH auf dem Prüfstand, DNotZ 2005, S. 97 - 119
- Helmreich, Kilian Die Gewährung von Darlehen durch die GmbH in der Situation der Unterbilanz an ihre Gesellschafter nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH, zugleich Besprechung des BGH-Urt. v. 24.11.2003 - II ZR 171/01, GmbHR 2004, S. 457 - 462
- Hentzen, Matthias Konzernfinanzierung nach BGHZ 157, 72, ZGR 2005, S. 480 - 527
- Henze, Hartwig Konzernfinanzierung und Besicherung - Das Upstreamrisiko aus Gesellschafter- und Bankensicht, WM 2005, S. 717 - 727
- Hoffmann, Jochen Die Rechtsfolgen des Verbraucherwiderrufs und die Haustürgeschäfte-Richtlinie - Unbeschränkter Gestaltungsspielraum des nationalen Rechts?, zugleich Besprechung LG Bochum, Beschl. v. 29.7.2003 - 1 O 795/02, ZIP 2003, 1437, ZIP 2004, S. 49 - 57

- derselbe Die EuGH-Entscheidungen „Schulte“ und „Crailsheimer Volksbank“: Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb? Zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 25.10.2005 . Rs C-350/03 und Rs C-229/04, ZIP 2005, 1959, 1965, ZIP 2005, S. 1985 - 1994
- Hüffer, Uwe Die Probleme des Cash Managements im faktischen Aktienkonzern, AG 2004, S. 416 - 422
- Jäger, Axel Kapitalaufbringung und Haftungsrisiken in Cash-Management-Systemen von GmbH-Konzernen, DStR 2000, S. 1653 - 1658
- derselbe Kapitalerhaltung und Haftungsrisiken in Cash-Management-Systemen von GmbH-Konzernen, DStR 2000, S. 1736 - 1741
- Joost, Detlev Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln in der GmbH, ZHR 148 (1984), S. 27 - 35
- Jork, Ulrich / Engel, Markus Konsequenzen der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zu darlehensfinanzierten Kapitalanlagen in geschlossenen Immobilienfonds, BKR 2005, S. 3 - 12
- Jula, Rocco / Breitbarth, Carmen Liquiditätsausgleich im Konzern durch konzerninterne Darlehen, AG 1997, S. 256 - 265
- Käseberg, Thorsten / Richter, Klaus Haustürwiderrufsrichtlinie und „Schrottimmobilien“, EuZW 2005, S. 46 - 49
- Kaiser, Sven Vorschlag der EU-Kommission für eine Überarbeitung der Verbraucherkreditrichtlinie - Darstellung der wesentlichen Änderungen, VuR 2002, S. 385 - 390
- Kerber, Markus C. Die Beurteilung von Cash-Pool-Verträgen im Lichte höchstrichterlicher Rechtsprechung, Beiläufige Notizen zum Interpretationswettbewerb um das Urteil des BGH ZIP 2004, 263, ZGR 2005, S. 437 - 449
- derselbe Cash-Management im faktischen Aktienkonzern: Aktienrechtliche Defizite des Liquiditätsschutzes, DB 2005, S. 1835 - 1838



- Lenenbach, Markus Verbraucherschutzrechtliche Rückabwicklung eines kreditfinanzierten, fehlerhaften Beitritts zu einer Publikumsgesellschaft, WM 2004, S. 501 - 511
- Lutter, Marcus Zur Entwicklung der GmbH in Europa und in der Welt, GmbHR 2005, S. 1 - 4
- Meister, Burkhardt W. Die Sicherheitsleistung der GmbH für Gesellschaftsverbindlichkeiten, WM 1980, S. 390 - 401
- Mellert, Christofer BB-Forum: Das MindestkapG - Hoffentlich aufgegeben und nicht aufgehoben, BB 2005, S. 1809 f
- Möller, Cosima / Lutz, Kristian Rückabwicklung von Darlehensverträgen und verbundenen Anlagefondsbeitritten, VuR 2005, S. 81 - 91
- Morsch, Stephan Probleme der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung im Cash-Pool, NZG 2003, S. 97 - 107
- Mülbert, Peter Das verzinsliche Darlehen, AcP 192 (1992), S. 447 - 515
- derselbe Die Auswirkung der Schuldrechtsreform im Recht des „bürgerlichen“ Darlehensvertrags, WM 2002, S. 465 - 476
- derselbe / Hoger, Christian „Schrottimmobilien“ als fortfressender Mangel - Fortbestand finanzierter Immobilienaltgeschäfte im Lichte neuester Rechtsprechung des II. und XI. BGH-Zivilsenats -, WM 2004, S. 2281 - 2294
- Müller, Klaus J. Darlehensgewährung der GmbH an ihren Gesellschafter, BB 1998, S. 1804 - 1807
- Müller-Ibold, Till / Käseberg, Thorsten Zinsen nach Darlehenswiderruf beim Haustürgeschäft - Anmerkungen zum Schlussantrag von Generalanwalt Léger im Verfahren Crailsheimer Volksbank, WM 2005, S. 1592 - 1597
- Muscheler, Karlheinz / Bloch, Wolfgang E. Erfüllung und Erfüllungssurrogate, JuS 2000, S. 729 - 740
- Neumann-Duesberg, Horst Irrelevanz des Darlehen-Theorienstreits, NJW 1970, S. 1403 - 1405

- Nittel, Mathias Am Anfang war das verbundene Geschäft, Der II. Zivilsenat des BGH zur Abwicklung von Immobilienfondsfinanzierungen, NJW 2004, S. 2712 - 2715
- Nobbe, Gerd Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu fehlgeschlagenen Immobilienfinanzierungen, Sonderbeilage Nr. 1/2007, zu Nr. 47 vom 24. November 2007
- Paefgen, Walter G. Existenzvernichtungshaftung nach Gesellschaftsdeliktsrecht, DB 2007, S. 1907 - 1912
- Pagendarm, Kurt Das finanzierte Abzahlungsgeschäft, Bemerkungen zu acht neuen Urteilen des Bundesgerichtshofs, WM 1967, S. 434 - 445
- Pap, Michael / Sauer, Stefan Widerruf und Rückabwicklung von Realkreditverträgen nach der Heininger-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 9. April 2002 - XI ZR 91/99, ZfIR 2002, 434 - Heininger, ZfIR 2002, S. 523 - 528
- Peltzer, Martin Besicherte Darlehen von Dritten an Konzerngesellschaften und Kapitalerhöhungsvorschriften, GmbHR 1995, S. 15 - 23
- Piegsa, Ralf Schadensersatz bei „Schrottimmobilien“?, AG-Report 2005, S. 387 f
- Preuß, Nicola Erfüllungseintritt bei Kaufpreiszahlungen über Notaranderkonten - BGH, NJW 1994, 1403 - JuS 1996, S. 103 - 106
- Reidenbach, Dirk Cash Pooling und Kapitalerhaltung nach neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung, WM 2004, S. 1421 - 1429
- Reiner, Günter / Brakemeier, Sabine Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter als verbotene Rücklagengewähr?, BB 2005, S. 1458 - 1466
- Reiter, Julius / Methner, Olaf Praxisnahe Rechtsfortbildung des BGH bei kreditfinanzierten Kapitalanlagen (zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. 14.6.2004, Az. II ZR 393/02), VuR 2004, S. 365 - 371
- dieselben Perspektiven beim „Immobilienwiderruf“ - Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Philippe Léger, Rs. C-229/04, VuR 2005, S. 281 - 285







- derselbe Gesellschaftsbeitritt als Verbraucherkreditgeschäft?  
Teil I: Die gesetzliche Rechtslage in Bezug auf die Widerruflichkeit, ZIP 2002, S. 189 - 200;  
Teil II: Rückabwicklung einer Fonds-Beteiligung bei Widerruflichkeit oder bei der Geltendmachung von Beitrittsmängeln, ZIP 2002, S. 240 - 250
- derselbe Die GmbH in der nationalen und internationalen Konkurrenz der Rechtsformen, GmbHR 2005, S. 4 - 16
- Wienands, Hans-Gerd / Teufel, Tobias Darlehen einer GmbH an ihre Gesellschafter, Aktuelle steuerliche Beratungsschwerpunkte, GmbHR 2005, S. 1301 - 1305
- Wilhelm, Jan Cash-Pooling, Garantiekapital der GmbH und die GmbH-Reform, DB 2006, S. 2729 - 2733
- Winter, Michael Upstream-Finanzierung nach dem MoMiG-Regierungsentwurf, Rückkehr zum bilanziellen Denken, DStR 2007, S. 1484 - 1491
- Wittig, Judith / Wittig, Arne Das neue Darlehensrecht im Überblick, WM 2002, S. 145 - 156
- Wolf, Manfred / Großerichter, Helge Ergebnis als Methode in der Bankenhaftung? - Zur Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 14.06.2004 und ihre Folgen für das finanzierte Abzahlungsgeschäft, WM 2004, S. 1993 - 2002
- dieselben Zu rückwirkenden Umgestaltung des Verbraucherkreditgesetzes und neuen Ungereimtheiten in der jüngsten Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH, ZIP 2005, S. 2091 - 2099

**Urteilsanmerkungen:**

- Assies, Pau H. zu OLG Dresden, 23.03.2005, 8 U 2262/04, WuB I E 2. § 6 VerbrKrG 1.05, S. 3 f
- Bähr, Biner / Hoos, Jan-Philipp zu BGH, 24.11.2003, II ZR 171/01, GmbHR 2005, S. 304 f
- Blöse, Jochen zu OLG München, 24.11.2005, 23 U 3480/05 (n.rk.), GmbHR 2006, S. 146 ff.
- Bülow, Peter zu BGH, 27.04.2004, XI ZR 37/03, WuB I G 5. - 7.04, S. 3 f

- Bütter, Michael / Flügel, Christoph zu BGH, 25.04.2006, XI ZR 193/04, BB 2006, S. 1292 f
- Derleder, Peter zu BGH, 14.06.2004, II ZR 395/01, EWiR 2004, § 9 VerbrKrG 8/04
- derselbe zu EuGH, 25.10.2005, C-299/04, BKR 2005, S. 442 - 450
- derselbe zu EuGH, 25.10.2005, C-299/04, EWiR 2005, Art. 1 RL 85/577/EWG 2/05
- Drescher, Jochen zu OLG Karlsruhe, 27.10.1998, 17 U 316/97, WuB I E 2. § 3 VerbrKrG 1.99, S. 2 ff
- Edelmann, Hervé zu BGH, 12.11.2002, XI ZR 47/01, WuB IV D. § 3 HWiG 1.03, S. 3 f
- derselbe zu LG Bochum, Beschluss vom 29.07.2003, 1 O 795/02, BKR 2004, S. 172 - 174
- derselbe zu BGH, 14.06.2004, II ZR 395/01, BB 2004, S. 1648 - 1651
- Fischer, Nikolaj zu BGH, 21.07.2003, II ZR 387/02, DB 2004, S. 2062 - 2064
- Flitsch, Michael / Schellenberger, Michael zu BGH, 16.01.2006, II ZR 76/04, BB 2006, S. 850 f
- Frisch, Stefan zu BGH, 14.06.2004, II ZR 385/02, EWiR 2004, § 1 HWiG a.F. 2/04
- Goette, Wulf zu BGH, 16.01.2006, II ZR 76/04, DStR 2006, S. 767 f
- derselbe zu BGH, 25.04.2006, XI ZR 29/05, XI ZR 106/05, XI ZR 193/04 und XI ZR 219/04, DStR 2006, S. 1099 f
- derselbe zu BGH, 16.07.2007, II ZR 3/04, TRIHOTEL, DStR 2007, S. 1593 f.
- Hadding, Walther zu BGH, 12.11.1996, XI ZR 202/95, WuB I E 2. § 6 VerbrKrG 1.97, S. 2
- Häublein, Martin zu BGH, 14.06.2004, II ZR 407/02, EWiR 2004, § 9 VerbrKrG 6/04
- Kessler, Ronald zu OLG Ffm, 14.04.1989, 2 U 246/88, WuB I E 1. - 16.89, S. 2 ff

- Kindler, Peter zu BGH, 25.04.2006, XI ZR 29/05, EWiR 2006, § 3 VerbrKrG 4/06
- Kleindiek, Detlef zu KG, 11.01.2000, 14 U 7683/97, NZI 2000, S. 483 ff
- Koller, Ingo zu BGH, 14.06.2004, II ZR 393/02, EWiR 2004, § 9 VerbrKrG 3/04
- Kulke, Ulrich zu EuGH GA, Schlussanträge vom 28.09.2004, Rs. C-350/03 - Vorlagebeschluss des LG Bochum vom 29.07.2003, [www.rws-verlag.de/volltext-2004/04kulke01.htm](http://www.rws-verlag.de/volltext-2004/04kulke01.htm)
- Lange, Kurt Werner zu LG Bochum, Beschluss vom 29.07.2003, 1 O 795/02, EWiR 2003, § 1 HWiG a.F. 05/03
- Lindner, Richard zu BGH, 12.11.2002, XI ZR 47/01, ZIP 2003, S. 67 - 69
- Lux, Jochen zu BGH, 24.11.2003, II ZR 171/01, MDR 2004, S. 342 f
- Medicus, Dieter zu BGH, 25.04.2006, XI ZR 193/04, EWiR 2006, § 6 VerbrKrG 1/06
- Münscher, Michael zu BGH, 19.05.2000, V ZR 322/98, WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 4.01, S. 3 f
- Niemann, Katia zu BGH, 24.11.2003, II ZR 171/01, NZI 2004, S. 397 ff
- Paefgen, Walter G. zu LG Bochum, Beschluss vom 29.07.2003, 1 O 795/02, WuB IV D. § 3 HWiG 2.03, S. 3 f
- derselbe zu OLG Bremen, Beschluss vom 27.05.2004, 2 U 20/2002 u.a., WuB I G 5. 11.04, S. 3 f
- Reich, Norbert zu BGH, Beschluss vom 16.09.2003, XI ZR 447/02, EWiR 04, Art. 5 RL 85/577/EWG 1/04
- Reifner, Udo zu EuGH GA, Schlussanträge vom 02.06.2005 - Rs C-229/04, VuR 2005, S. 263 f
- Reiter, Julius F. / Methner, Olaf zu LG Bochum, Beschluss vom 29.07.2003, 1 O 795/02, BKR 2004, S. 169 - 172
- Schäfer, Carsten zu BGH, 21.07.2003, II ZR 387/02, JZ 2004, S. 258 - 260

- Schmidt-Kessel, Martin zu BGH, Beschluss vom 16.09.2003, XI ZR 447/02 und Beschluss vom 23.09.2003, XI ZR 325/02, WuB IV D. § 3 HWiG 1.04, S. 2 ff
- Schwintowski, Hans-Peter zu EuGH GA, Schlussanträge vom 28.09.2004, Rs. C-350/03 - Vorlagebeschluss des LG Bochum vom 29.07.2003, VuR 2004, S. 440 - 442
- Tiedtke, Klaus zu BGH, 21.07.2003, II ZR 387/02, EWiR 2004, § 705 BGB 1/04
- Tonner, Klaus zu BGH, 21.07.2003, II ZR 387/02, WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 2.03, S. 3 f
- Wagner, Franz / Lürken, Sascha zu LG Bochum, Beschluss vom 29.07.2003, 1 O 795/02, DStR 2004, S. 243
- Wallner, Franz X. zu BGH, 14.06.2004, II ZR 385/02 u.a., BKR 2004, S. 367 - 372
- Werner, Stefan zu BGH, 16.01.2006, II ZR 76/04, BKR 2006, S. 211 -214
- Westermann, Harm Peter zu LG Bochum, Beschluss vom 29.07.2003, 1 O 795/02, ZfIR 2003, S. 680 f