

Finanzierter Abzahlungskauf und § 9 AGBG

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln

1. Grundzüge der BGH-Judikatur

Es entspricht *ständiger Rechtsprechung* des Bundesgerichtshofs¹, daß Kauf- und Darlehensvertrag beim finanzierten Kauf – trotz ihrer engen Verbindung – als zwei rechtlich selbständige Verträge zu werten sind². Mit anderen Worten: Die Rechtsprechung steht – nach wie vor – auf der Basis der Trennungstheorie³. Doch darf die Aufspaltung eines wirtschaftlichen einheitlichen Vorgangs in zwei rechtlich selbständige Verträge nicht einseitig zu Lasten des Käufers/Kreditnehmers ausschlagen⁴. Früher tendierte die Judikatur deshalb dazu, die – erforderliche – Einheit zwischen Kauf- und Darlehensvertrag dann zu bejahen, wenn zwischen Bank und Verkäufer eine *dauernde Geschäftsbeziehung* bestand⁵. Doch spätere Urteile des BGH haben von diesem Kriterium Abstand genommen⁶. Vielmehr ist die – erforderliche – wirtschaftliche Einheit zwischen Kauf- und Darlehensvertrag dann jedenfalls zu bejahen, wenn die beiden Geschäfte innerlich derart miteinander verbunden sind, daß keines ohne das andere geschlossen worden wäre⁷. Demzufolge: Ein finanziertes Abzahlungsgeschäft liegt nur dann vor, wenn objektiv bestimmte Umstände, d. h. *Verbindungselemente* zwischen beiden Verträgen vorliegen⁸, und wenn dadurch – subjektiv beim Darlehensnehmer und für den Darlehensgeber erkennbar – der Eindruck erweckt wird, Verkäufer und Darlehensgeber ständen ihm, dem Darlehensnehmer, als *einheitlicher Vertragspartner* gegenüber⁹.

Die danach – erforderliche – wirtschaftliche Einheit zwischen Kauf- und Darlehensvertrag ist jeweils aufgrund der *Umstände des Einzelfalls* zu ermitteln. *Kein wesentliches Indiz* für das Kriterium der – erforderlichen – wirtschaftlichen Einheit ist es, daß der Kaufgegenstand dem Darlehensgeber *sicherungsübereignet* worden ist¹⁰. Wichtig ist allerdings, ob sich der Darlehensnehmer den Kredit auf eigene Anregung, d. h. „auf eigene Faust“ beschafft, oder ob er von den vom Verkäufer angebotenen Kreditmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat¹¹. *Wichtig* für die Bejahung der – erforderlichen – wirtschaftlichen Einheit zwischen Kauf- und Darlehensvertrag ist schließlich, ob die Darlehenssumme *unmittelbar* vom Darlehensgeber auf das Konto des *Verkäufers* überwiesen wird, so daß der Darlehensnehmer/Käufer von jeder freien Verfügung über das Darlehen ausgeschlossen ist¹².

2. Der Einwendungsdurchgriff

Liegt die danach – erforderliche – wirtschaftliche Einheit zwischen Kauf- und Darlehensvertrag vor, so steht dem Käufer das Recht des *Einwendungsdurchgriffs* zur Seite. Damit ist die Frage angesprochen, unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Käufer berechtigt ist, die *Einrede des nichterfüllten Kaufvertrages* dem Anspruch des Darlehensgebers entgegenzusetzen¹³. Voraussetzung ist dabei, daß eine *Leistungsstörung* vorliegt, die dem Käufer das Recht geben würde, gegenüber dem Verkäufer seinerseits die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern¹⁴. Unter der Voraussetzung der wirtschaftlichen

Einheit zwischen Verkäufer und Darlehensgeber wird ein Einwendungsdurchgriff zugunsten des Käufers – gegenüber dem Darlehensgeber – immer dann bejaht, wenn die Leistung des Verkäufers gänzlich unterbleibt¹⁵, oder wenn *Sachmängel* vorliegen, die vom Verkäufer im Wege der Nachbesserung/Ersatzlieferung nicht beseitigt werden können, so daß ein „Wiederaufleben“ der gesetzlichen Gewährleistungsrechte eintritt¹⁶. Auch kann der Käufer – im Wege des Einwendungsdurchgriffs – gegenüber dem Darlehensgeber geltend machen, der Verkäufer sei in *Konkurs* gefallen, so daß der ihm, dem Käufer, eingeräumte Nachbesserungsanspruch nicht zu realisieren ist¹⁷. Das gleiche gilt dann, wenn der Käufer gegenüber dem Verkäufer – wegen schuldhaft unrichtiger Angabe über den zu erzielenden Gewinn – einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsabschluß hat¹⁸.

3. Einwendungsdurchgriff – § 9 Abs. 2 Nr. 1

Es ist heftig *umstritten*, ob das Recht des Käufers, sich gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers auf den *Einwendungsdurchgriff* zu berufen, auf die Fälle beschränkt ist, in denen es dem Käufer – zusammenfassend gesagt – *unzumutbar* ist, seine Rechte gegenüber dem Verkäufer durchzusetzen¹⁹, oder ob – ganz generell – alle AGB-Klauseln, die Kauf- und Darlehensvertrag voneinander trennen und damit das Synallagma des – wirtschaftlich einheitlichen – Vertragsverhältnisses auseinanderreißen, an der Sperre von § 9 Abs. 2 Nr. 1 scheitern²⁰.

a) Die Antwort auf diese Frage hängt entscheidend davon ab, ob man einen *einheitlichen Vertragstyp* des „finanzierten Kaufs“ anerkennt²¹. Denn nur unter dieser Voraussetzung wäre dann die – rechtliche – Trennung zwischen einem Kauf- und einem Darlehensvertrag ein *AGB-typisches Problem*²². *Unter dieser Prä-*

¹ Hiddemann, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht, WM-Beilage Nr. 5/1982, S. 11 ff.; Wolf, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum finanzierten Abzahlungsgeschäft, WM 1980 S. 998 ff.

² BGH, WM 1982 S. 658; Wolf, WM 1980 S. 998; Schmidt-Salzer, F 173.

³ BGHZ 20 S. 36, 41; BGHZ 33 S. 293, 295; BGHZ 47 S. 217, 219; BGHZ 47 S. 224, 227; BGH, NJW 1975 S. 1317.

⁴ BGHZ 47 S. 233, 237; BGH, WM 1979 S. 1180; BGH, WM 1980 S. 327; BGH, WM 1982 S. 150; BGH, WM 1982 S. 658.

⁵ BGHZ 47 S. 256; BGHZ 47 S. 224.

⁶ BGH, WM 1971 S. 1297; BGH, WM 1971 S. 1285; Wolf, WM 1980 S. 998, 999.

⁷ BGH, WM 1982 S. 658.

⁸ BGH, WM 1982 S. 658.

⁹ BGH, WM 1971 S. 1297, 1299; BGH, WM 1982 S. 658.

¹⁰ BGHZ 47 S. 253; a. M. BGH, WM 1980 S. 159.

¹¹ BGH, WM 1980 S. 620; BGH, WM 1982 S. 658; Wolf, WM 1980 S. 998, 999.

¹² BGH, WM 1980 S. 159; BGH, WM 1982 S. 658, 659.

¹³ BGHZ 47 S. 207; BGHZ 47 S. 224; BGHZ 47 S. 233; vgl. auch H. P. Westermann in MünchKomm., § 6 AbzG Rdnr. 44 f.; Erman/Weitmauer/Klingsporn, vor § 1 AbzG Rdnr. 33 jeweils m. w. N.

¹⁴ Hierzu Palandt/Putzo, Anh. zu § 6 AbzG Anm. 3 a; Erman/Weitmauer/Klingsporn, vor § 1 AbzG Rdnr. 33 a.

¹⁵ BGHZ 47 S. 233.

¹⁶ BGHZ 22 S. 90, 100; BGHZ 37 S. 94, 98 f.; BGHZ 47 S. 233; BGH, DB 1980 S. 298.

¹⁷ BGHZ 37 S. 94, 98 f.

¹⁸ BGH, WM 1971 S. 1285; BGH, WM 1971 S. 1297; Wolf, WM 1980 S. 998, 1001.

¹⁹ BGH, WM 1979 S. 489; Wolf, WM 1980 S. 998, 1003.

²⁰ Hierzu im einzelnen Vollkommer in Festschrift für Larenz, S. 703 ff.; Palandt/Putzo, Anh. zu § 6 AbzG Anm. 4; Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 126; Graba, § 9 Rdnr. 76; sowohl auch Schmidt-Salzer, F 174.

²¹ Hierzu insbesondere Graba, a. a. O.

²² Hierzu Vollkommer, a. a. O., S. 703, 712 ff.; Palandt/Putzo, a. a. O.; kritisch insoweit Staudinger/Schlosser, § 9 Rdnr. 126.

misse wäre dann – konsequenterweise – auch eine in den AGB enthaltene Trennungsklausel als überraschende Klausel gemäß § 3 unwirksam²³. Sie würde auch dann am Vorrangprinzip des Individualvertrages gemäß § 4 – gemessen am Typus des „finanzierten Kaufs“ – scheitern²⁴. Im Ergebnis bedeutet dies: Dem Käufer steht – gleichgültig, um welche Ansprüche es sich gegenüber dem Verkäufer handelt – ein *unabhängbarer Einwendungsdurchgriff* gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers zu²⁵.

b) Es ist jedoch *verfehlt*, den Wertungsmaßstab von § 9 Abs. 2 Nr. 1 – bezogen auf ein Leitbild des „finanzierten Kaufs“ – in der Weise fruchtbar machen zu wollen (vgl. aber Ziff. 4 c), daß dem Käufer schlechterdings – auch gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers – alle Einwendungen erhalten bleiben, die ihm, dem Käufer, gegenüber dem Verkäufer zustehen – mit der Folge, daß auch bei einem „finanzierten Kauf“ der Käufer nicht *schlechter gestellt* wird, als er bei einem einfachen Kaufvertrag/Abzahlungskauf stünde. Denn: Daß eine Aufspaltung in einem Kauf- und einem Darlehensvertrag vorgenommen wird, ist nicht das Resultat der Verwendung bestimmter AGB-Klauseln des Darlehensgebers, sondern unmittelbare Konsequenz der *Kreditgewährung* an den Käufer²⁶. Demzufolge fehlt es auch an einem Synallagma zwischen dem Erwerb der Kaufsache einerseits und dem Rückzahlungsanspruch des Darlehens andererseits. Die Trennung beider Verträge ist also sowohl vom Verkäufer als auch vom Darlehensgeber gewollt; und sie wird vom Käufer/Kunden hingenommen: Die auf die Trennung vom Kaufvertrag zielenden Klauseln im *Darlehensvertrag* entsprechen folglich dem Typus des Darlehensvertrages. Von ganz *entscheidender Bedeutung* ist schließlich: Soweit AGB-Klauseln im Darlehensvertrag eine Trennung zum Kaufvertrag zum Gegenstand haben, fehlt ihnen das nach § 9 maßgebende Kriterium der unangemessenen Benachteiligung des Kunden, die den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB widerspricht. Denn der Einwendungsdurchgriff wird – zusammenfassend gesagt – immer dann von der BGH-Judikatur zugelassen, wenn es dem Käufer *unzumutbar* ist, weiter am Kaufvertrag gegenüber seinem Verkäufer festgehalten zu werden, ohne sich gegen die Rückzahlungsansprüche des Darlehensgebers erfolgreich zur Wehr setzen zu können. In der Sache wird also damit – und allein dies ist im Sinne von § 9 entscheidend – eine *„Rechtlosstellung“* des Käufers/Kunden vermieden.

Es ist – darüber hinausgehend – nicht erforderlich, dem Käufer/Kunden die Rechte der §§ 273, 320 BGB *uneingeschränkt* einzuräumen. Der *gradueller Unterschied* zwischen dieser Rechtsposition und der von der BGH-Judikatur zugelassenen Gestattungen des Einwendungsdurchgriffs – im Fall der Unzumutbarkeit – ist nicht derart gravierend, daß deswegen alle Trennungsklauseln in Darlehensverträgen beim „finanzierten Kauf“ an § 9 Abs. 2 Nr. 1 scheitern müssen.

c) Daraus ergibt sich *zwingend*, daß der Darlehensgeber/AGB-Verwender nicht berechtigt ist, die etwa vorliegenden Voraussetzungen eines Einwendungsdurchgriffs beim „finanzierten Kauf“ durch eine AGB-Klausel *auszuschalten*²⁷. Vielmehr ergibt sich das Recht zur Verweigerung der Darlehensrückzahlung gemäß §§ 273, 320 BGB aus dem konkreten Darlehensvertrag, der mit dem Kaufvertrag beim „finanzierten

Kauf“ insoweit eine *Einheit* bildet, als der Zweck der Darlehensgewährung dahingeht, dem Käufer/Kunden im Wege eines finanzierten Kaufs den Erwerb der Kaufsache zu ermöglichen²⁸. Daraus folgt: Lediglich unter der Voraussetzung, daß zwischen Kaufvertrag und Darlehensvertrag die – erforderliche – *wirtschaftliche Einheit* besteht sowie unter der weiteren Voraussetzung, daß ein *Einwendungsdurchgriff* – bei zu bejahender *Unzumutbarkeit* eines weiteren Vorgehens des Käufers gegenüber dem Verkäufer – in Betracht kommt, kann beschränkt von einem „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“ gesprochen werden. Dieses „Leitbild“ verbietet es, die tatbestandlich gegebenen Voraussetzungen des Einwendungsdurchgriffs zu *negieren* oder zu *erschweren*; dem steht § 9 Abs. 2 Nr. 1 oder, wenn man auf den „Vertragszweck“, nicht aber auf das „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“ abstellt, § 9 Abs. 2 Nr. 2 entgegen.

4. Risiko-Aufklärung – Spaltungsrisiko – § 9

Der Rückgriff auf das Instrumentarium von § 9 beim „finanzierten Kauf“ steht in engem Zusammenhang mit dem Resultat der Judikatur, die vom Darlehensgeber fordert, daß dieser dem Darlehensnehmer das *Spaltungsrisiko* zwischen Kauf- und Darlehensvertrag *erläutert*²⁹. Dies bedeutet: Der BGH hält im Grundsatz an der Trennungstheorie zwischen Kauf- und Darlehensvertrag fest, erklärt aber den Darlehensgeber für verpflichtet, den Darlehensnehmer über die daraus entstehenden besonderen Vertragsrisiken *deutlich und eindeutig aufzuklären*³⁰. Die Aufklärungs- und Belehrungspflicht des Darlehensgebers ist auf den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden zu beziehen; und sie muß – in zeitlicher Hinsicht – *vor Stellung des Darlehensantrags* vorgenommen werden. Denn der Käufer/Kunde muß aufgrund der Risikobelehrung in die Lage versetzt werden, frei darüber zu entscheiden, ob er den „finanzierten Kauf“ abschließen will oder das Geschäft bleiben lassen möchte³¹.

a) Der Darlehensgeber/AGB-Verwender genügt der ihn treffenden Belehrungs- und Aufklärungspflicht gegenüber dem Kunden/Darlehensnehmer nur dann, wenn er seine Kunden ausdrücklich über Voraussetzungen und Folgen der Trennung zwischen Kauf- und Darlehensvertrag warnt (*„Achtung-Klausel“*). Man wird deshalb mindestens verlangen müssen, daß diese „Achtung-Klausel“ sich *unmittelbar* oberhalb der *Unterschrift* des Käufers/Darlehensnehmers befindet und *dick gedruckt* hervorsteht. Die Klausel muß also so gestaltet sein, daß sie auch für den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden ohne weiteres erkennbar ist. Inhaltlich muß sie so gestaltet sein, daß der Käufer/Darlehensnehmer ohne weiteres in der Lage ist, die sich aus der Trennung zwischen Kauf- und Darlehensvertrag ergebenden Risiken abzuschätzen. Die Mindestforderung läuft also darauf hin-

²³ Staudinger/Schlosser, a. a. O.

²⁴ Staudinger/Schlosser, a. a. O.

²⁵ Palandt/Putzo, Anh. zu § 6 AbzG Anm. 4

²⁶ Erman/Weitnauer/Klingsporn, vor § 1 AbzG Rdhr. 31.

²⁷ Hierzu BGH, WM 1982 S. 658 ff.

²⁸ BGH, WM 1982, S. 658, 659.

²⁹ BGHZ 47 S. 217; BGHZ 47 S. 207; BGHZ 47 S. 233; vgl. auch BGH, WM 1971 S. 1286; BGH, WM 1978 S. 459; BGH, WM 1979 S. 488; BGH, WM 1980 S. 327.

³⁰ BGHZ 75 S. 1298; BGH, WM 1978 S. 458; BGH, WM 1979 S. 1180, 1182 – jeweils keine ausreichende Belehrung.

³¹ Vgl. auch Wolf, WM 1980 S. 998, 1002; BGH, WM 1979 S. 1180, 1182.

aus, daß der Tatbestand der *Nichtlieferung* der Kaufsache angesprochen wird, ebenso der Tatbestand der *Mängelgewährleistung* sowie der Tatbestand einer *Anfechtung*. Auch muß sich die „Achtung-Klausel“ darauf beziehen, welche Rechte dem Käufer/Darlehensnehmer für den Fall zustehen, daß ein Vertreter/Gehilfe des Verkäufers, der gleichzeitig als Vertreter des Darlehensgebers fungierte, falsche Angaben gemacht hat, die für das Zustandekommen des „finanzierten Kaufs“ wichtig waren³². Im Sinn einer unmißverständlichen Risikoauflklärung des Käufers/Darlehensnehmers wird man die „Achtung-Klausel“ auch nicht darauf beschränken dürfen, den Käufer/Darlehensnehmer lediglich darüber zu unterrichten, unter welchen Voraussetzungen ihm *keine Rechte* gegenüber dem Darlehensgeber zustehen. Denn es kommt entscheidend darauf an, das Spaltungsrisiko zwischen Kauf- und Darlehensvertrag zu überwinden, was nur dadurch erreicht werden kann, daß der Käufer/Darlehensnehmer – zusätzlich – darüber in Kenntnis gesetzt wird, unter welchen Voraussetzungen ihm *konkrete Ansprüche* gegenüber dem Darlehensgeber zustehen³³.

b) Wird beim „finanzierten Kauf“, was indessen selten der Fall ist, lediglich ein *einheitliches Gesamtformular* verwendet, so ist eine darlehensspezifische „Achtung-Klausel“ gemäß § 3 überraschend. Sie ist jedenfalls nicht geeignet, das besondere, aus der Spaltung von Kauf- und Darlehensvertrag resultierende Risiko des Käufers/Darlehensnehmers transparent zu machen. Schon der äußere Eindruck deutet nämlich bei Verwendung eines einheitlichen Formulars darauf hin, daß nicht zwei juristisch voneinander getrennte Verträge vorliegen, sondern ein einheitlicher Vertrag³⁴.

c) Verletzt der Darlehensgeber/AGB-Verwender die ihn treffende Belehrungs- und Aufklärungspflicht, so macht er sich wegen *Verschuldens bei Vertragsabschluß* schadensersatzpflichtig³⁵. Die Verletzung dieser Risiko-Belehrungspflicht öffnet dem Käufer/Darlehensnehmer den Weg zum *Einwendungsdurchgriff*³⁶. Dies bedeutet gleichzeitig: Erst die Erfüllung der Risiko-Belehrungspflicht bewirkt, daß sich der Darlehensgeber/AGB-Verwender mit Erfolg auf die den Einwendungsausschluß begründenden AGB-Klauseln berufen kann. Umgekehrt: Verletzt der AGB-Verwender diese Pflicht, dann sind die den Einwendungsdurchgriff ausschließenden AGB-Klauseln entweder nach § 3 *überraschend*, oder sie sind – jedenfalls – nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam*³⁷. Die maßgebliche Begründung liegt auf der Hand: Das „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“ ist dadurch geprägt, daß beide Geschäfte innerlich derart verbunden sind, daß keines ohne das andere abgeschlossen wäre, daß also Verkäufer und Darlehensgeber gegenüber dem Darlehensnehmer als einheitlicher Vertragspartner erscheinen³⁸. Bezogen auf den durch die juristische Trennung von Kauf- und Darlehensvertrag bewirkten *Einwendungsausschluß* erfordert es der Vertragstypus des „finanzierten Kaufs“, daß der Darlehensnehmer/Kunde *ausdrücklich, eindeutig und unmißverständlich* über die sich aus der juristischen Trennung beider Verträge ergebenden Risiken aufgeklärt wird. So gesehen gehört die Risiko-Aufklärung des Darlehensnehmers/Kunden – prototypisch verstanden – zum „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“, wobei man dogmatisch zweckmäßi-

gerweise an § 9 Abs. 2 Nr. 2 anknüpft. Daraus ergeben sich unmittelbar folgende Ableitungen:

aa) Verletzt der Darlehensgeber/AGB-Verwender die ihn treffende Risiko-Aufklärungspflicht, so macht er sich nicht nur wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß schadensersatzpflichtig. Vielmehr: Geht man nämlich davon aus (Ziff. 4 c), daß es zum „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“ gehört, daß der Darlehensgeber die ihn treffende Risiko-Aufklärung erfüllt, dann sind – im Fall der Verletzung dieser Pflicht – die den Einwendungsausschluß begründenden AGB-Klauseln des Darlehensvertrages ihrerseits gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam*. Sie entsprechen nämlich dann nicht dem „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“³⁹. In gleicher Weise gilt: Der Darlehensgeber/AGB-Verwender kann sich nicht mit Erfolg – bei Verletzung der ihn treffenden Risiko-Aufklärungspflicht – auf eine *Haftungsfreizeichnungsklausel* berufen. Denn nach dem hier vertretenen Lösungsansatz würde der AGB-Verwender eine dem „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“ entsprechende Pflicht abbedingen; er würde damit geradezu die *Voraussetzung* derogieren, die dem „finanzierten Kauf“ – bei Erfüllung der Risiko-Aufklärungspflicht gegenüber dem Darlehensnehmer/Kunden – erst ihr Gepräge gibt. Dem steht § 9 Abs. 2 Nr. 2 entgegen.

bb) Es ist allgemein anerkannt: Der *Verkäufer* ist beim „finanzierten Kauf“ in Bezug auf die den Darlehensgeber treffende Risiko-Aufklärungspflicht *Erfüllungsgelhilfe* des Darlehensgebers im Sinn von § 278 BGB⁴⁰. Daraus folgt: Der Darlehensgeber/AGB-Verwender muß für jegliches Verschulden des Verkäufers bei den Verhandlungen über den Darlehensvertrag gemäß § 278 BGB eintreten. Voraussetzung ist freilich, daß der Darlehensgeber dem Verkäufer die Gelegenheit verschafft hat, gegenüber dem Käufer als seine Vertrauensperson in Erscheinung zu treten⁴¹. Da indessen – wie gezeigt – die Erfüllung der Risiko-Aufklärungspflicht eine das „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“ prägende Pflicht ist, kann sich der Darlehensgeber/AGB-Verwender auch nicht wirksam davon freizeichnen, daß der Verkäufer seinerseits die ihn treffende Risiko-Aufklärung schuldhaft verletzt. Auch dies würde gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 verstoßen; etwaige Haftungsfreizeichnungsklauseln, insbesondere solche AGB-Klauseln, die das Risiko eines Fehlverhaltens des Verkäufers dem Käufer, nicht aber dem Darlehensgeber zuweisen, sind deshalb beim „finanzierten Kauf“ gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam*.

cc) Die schlechthin entscheidende Frage ist allerdings: Kann der Darlehensgeber/AGB-Verwender bei *ordnungsgemäßer Erfüllung* der ihn treffenden Risiko-Aufklärungspflicht gegenüber dem Darlehensnehmer/Kunden den *Einwendungsdurchgriff* wirksam ausschließen? Weiter oben wurde diese Frage unter Hinweis auf die BGH-Entscheidung vom 25. 3. 1982⁴² ver-

³² BGH, WM 1979 S. 1180, 1182.

³³ Vgl. auch BGH, WM 1979 S. 1180, 1182.

³⁴ So auch Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu § 9 bis 11 Rdnr. 7.

³⁵ BGHZ 47 S. 207; BGHZ 47 S. 217 – ständige Rechtsprechung.

³⁶ Vgl. BGH, WM 1971 S. 1265; BGH, WM 1978 S. 459; BGH, WM 1980 S. 327; Woll, WM 1980 S. 998, 1002; Canaris, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1431.

³⁷ So in der Sache auch Canaris, Rdnr. 1431.

³⁸ BGH, WM 1982 S. 658.

³⁹ Vgl. auch Canaris, Rdnr. 1431.

⁴⁰ BGHZ 47 S. 224, 230; BGH, WM 1971 S. 1295; BGH, WM 1978 S. 459; BGH, WM 1980, S. 1111, 1114.

⁴¹ Statt aller BGH, WM 1980 S. 1111, 1114.

⁴² BGH, WM 1982 S. 658 ff.

neint. Doch bezog sich diese Antwort lediglich auf die Frage, ob eine AGB-Kausel geeignet ist, in wirksamer Weise den Einwendungsdurchgriff des Käufers zu versagen, ohne daß darüber etwas ausgesagt war, ob der Darlehensgeber/AGB-Verwender die ihn treffende Risiko-Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer/Darlehensnehmer erfüllt hat. Zur Lösung dieses – entscheidenden – Problems bieten sich konstruktiv drei Alternativen an:

aaa) Es erscheint *wenig sachgerecht*, die Voraussetzungen einer – wirksamen – Risiko-Aufklärung so hoch anzusetzen, daß es praktisch unmöglich ist, daß ein Darlehensgeber/AGB-Verwender je in der Lage ist, die ihn insoweit treffende Pflicht zu erfüllen. Allerdings deutet die Judikatur in dieser Richtung, weil sie bislang stets – in der Regel aus auslegungstechnischen Gründen – verneint hat, daß der Darlehensgeber/AGB-Verwender seiner Belehrungs- und Aufklärungspflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist⁴³. Dies wurde u. a. damit begründet, daß die „Achtung-Klausel“, obwohl drucktechnisch hervorgehoben, in räumlich enger Verbindung mit der Widerrufsbelehrung stand⁴⁴. Oder es wurde darauf abgestellt, der Darlehensgeber/AGB-Verwender habe den Darlehensnehmer nicht ausreichend darüber unterrichtet, welche Rechte ihm gegenüber dem Darlehensgeber zustehen, wenn Gehilfen des Verkäufers bei den Kauf- und Darlehensverhandlungen falsche Angaben gemacht hätten⁴⁵. Jedenfalls für die Zukunft wird man nämlich nicht ausschließen können, daß es Kautelarjuristen gelingt, einen allen Eventualitäten gerecht werdende „Achtung-Klausel“ zu formulieren (Ziff. 4 a), die auch für den durchschnittlichen Darlehensnehmer ausreichend transparent ist. So gesehen ist es also unbefriedigend, wenn durch eine formaljuristisch wirkende Argumentation verneint wird, der Darlehensgeber/AGB-Verwender habe die ihn treffende Risiko-Belichtungspflicht gegenüber seinem Darlehensnehmer ordnungsgemäß erfüllt.

bbb) Ebenso *unbefriedigend* ist es in der Sache, wenn man mit der h. M. davon ausgeht, daß beim „finanzierten Kauf“ das Instrumentarium des Einwendungsdurchgriffs alternativ neben der schuldhaften Verletzung der Risiko-Aufklärungspflicht rangiert⁴⁶. Verwendet man nämlich beide Lösungsansätze – je nachdem, welches Ergebnis gewünscht wird – alternativ, so muß die Frage redlicherweise beantwortet werden, welchen Stellenwert denn die Erfüllung der Risiko-Aufklärungspflicht im Ernstfall hat. Diese Frage fordert indessen immer dann eine Beantwortung, wenn die weiter oben dargestellten Voraussetzungen eines Einwendungsdurchgriffs vorliegen⁴⁷. Dies besagt aber letzten Endes, daß zwischen beiden Lösungsansätzen *keine Alternativität* besteht, sondern daß die Erfüllung der Risiko-Aufklärungspflicht des Darlehensgebers/AGB-Verwenders gegenüber dem Darlehensnehmer lediglich eine von den Umständen des Einzelfalls abhängende *Hilfsargumentation* darstellt, welche nicht geeignet ist, den Einwendungsdurchgriff in den Fällen auszuschließen, in denen seine tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen.

ccc) Der zutreffende Lösungsansatz kann unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 verdeutlicht und dogmatisch verselbständigt werden. Dabei sind folgende Leitlinien von Bedeutung: Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Erfüllung der den Darlehens-

geber/AGB-Verwender treffenden Risiko-Aufklärungspflicht fundamentale Voraussetzung des „Leitbilds“, wie es im „finanzierten Kauf“ zum Ausdruck gelangt. Verletzt der Darlehensgeber/AGB-Verwender diese Verpflichtung, so sind die im Darlehensvertrag enthaltenen AGB-Klauseln, die einen *Einwendungsausschluß* konstituieren, gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 schlechthin *unwirksam*. Erfüllt hingegen der Darlehensgeber/AGB-Verwender die ihn treffende Risiko-Aufklärungspflicht, dann sind die den Einwendungsausschluß konstituierenden AGB-Klauseln des Darlehensvertrages nur insoweit gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam*, als dies für den Käufer – bei Bestehen von Einreden oder Einwendungen gegenüber dem Verkäufer – zur *Rechtlosstellung* des Käufers führen würde⁴⁸.

Dies hat folgende praktische Konsequenzen:

aaaa) Solange sich der Käufer – z. B. wegen eines Sachmangels – mit Erfolg an den Verkäufer halten kann, ist der Einwendungsausschluß gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers *wirksam*; § 9 Abs. 2 Nr. 2 steht dem nicht entgegen. Insbesondere sind die §§ 273, 320 BGB – angesichts der auch vom Käufer aufgrund der Risiko-Aufklärung erkannten Spaltung des Kauf- und des Darlehensvertrages – nicht von einem so fundamentalen Gerechtigkeitsgehalt, daß die Berücksichtigung dieser Normen gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 geboten erscheint⁴⁹. Dies besagt: Solange Nachbesserungsversuche des Verkäufers schweben, kann der Darlehensgeber – weiterhin – Rückzahlung seines Darlehens fordern⁵⁰. Ähnlich wie beim Leasing steht dem Käufer/Darlehensnehmer von dem Zeitpunkt, in welchem die Wandlung/Minderung erklärt worden ist, ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers gemäß §§ 273, 320 BGB zur Seite. Auf den Vollzug der Wandlung/Minderung kommt es nicht entscheidend an⁵¹. Damit löst sich auch das Problem von selbst, ob beim „finanzierten Kauf“ der Darlehensgeber das *Insolvenzrisiko* seines Verkäufers trägt, was deswegen – im Gegensatz zum Finanzierungs-Leasing⁵² – zu bejahen ist, weil es sich hier um eine *typische Absatzfinanzierung* handelt, nicht aber um eine Investitionsfinanzierung zugunsten des Käufers/Leasingnehmers. In gleicher Weise ist in bezug auf den *Einwendungsdurchgriff* gegenüber dem Darlehensgeber zu entscheiden, wenn der Verkäufer in Konkurs gefallen ist⁵³, oder wenn sonstige Umstände vorliegen, die die weitere Rechtsverfolgung gegenüber dem Verkäufer *unzumutbar* erscheinen lassen⁵⁴. In all diesen Fällen wirkt sich die Sperre von § 9 Abs. 2 Nr. 2 aus: AGB-Klauseln im Darlehensvertrag, die entgegen die-

⁴³ Insbesondere auch BGH, WM 1982 S. 658, 659.

⁴⁴ BGH, a. a. O.

⁴⁵ BGH, WM 1979 S. 1180, 1182.

⁴⁶ Hierzu insbesondere Palandt/Putzo, Anh. zu § 6 Anm. 3 b; so in der Sache auch Erman/Weitnauer/Klingsporn, vor § 1 AbzG Rdnm. 33 ff.; Klauss/Ohse, Abzahlungsgesetz, Rdnr. 749; H. P. Westermann in MünchKomm., § 6 AbzG Rdnr. 46.

⁴⁷ Vgl. auch Erman/Weitnauer/Klingsporn, vor § 1 AbzG Rdnr. 35; H. P. Westermann in MünchKomm., a. a. O.

⁴⁸ Vgl. auch Canaris, Rdnm. 1427 f.

⁴⁹ Vgl. auch H. P. Westermann in MünchKomm., § 6 AbzG Rdnr. 58; Canaris, Rdnr. 1428; Erman/Weitnauer/Klingsporn, vor § 1 AbzG Rdnr. 33 a jeweils m. w. N.

⁵⁰ Vgl. auch Keßler in RGRK-BGB, § 6 AbzG Rdnr. 41.

⁵¹ Ähnlich H. P. Westermann in MünchKomm., § 6 AbzG Rdnr. 58; vgl. auch Canaris, Rdnr. 1428.

⁵² Graf von Westphalen, WM 1980 S. 836 ff.; vgl. auch OLG Hamm, ZIP 1983 S. 1094.

⁵³ BGHZ 37 S. 94, 99 f.; BGHZ 47 S. 233, 241.

⁵⁴ Canaris, Rdnr. 1429 Erman/Weitnauer/Klingsporn, vor § 1 AbzG Rdnr. 33 c.

ser Wertung den Einwendungsausschluß vorsehen, bewirken in der Sache die „Rechtlosstellung“ des Käufers und sind deshalb *unwirksam*.

bbbb) Soweit der Einwendungsdurchgriff Erfolg hat, ist der Käufer berechtigt, die weitere Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs des Darlehensgebers zu *verweigern*⁵⁵. Andererseits: Genauso wie beim Finanzierungs-Leasing ist der Käufer nicht berechtigt, bereits gezahlte Darlehensraten zurückzuverlangen, sofern die Sache *nicht von vornherein gebrauchsuntauglich* war⁵⁶. Denn der Vollzug der Wandlung gegenüber dem Verkäufer bewirkt, daß auch dem Darlehensvertrag von vornherein die Geschäftsgrundlage im Sinn von § 242 BGB fehlte⁵⁷. Ist hingegen die Sache – wenn auch nur für eine begrenzte Zeit – gebrauchstauglich gewesen, dann wird man berücksichtigen müssen, daß der Käufer/Darlehensnehmer als Äquivalent zu den gezahlten Darlehensraten auch die Sache nutzen konnte. Dies hat zur Folge, daß dann der Darlehensgeber die gezahlten Darlehensraten behalten darf, was dogmatisch damit zu rechtfertigen ist, daß der Vollzug der Wandlung im Verhältnis zwischen Verkäufer/Käufer – bezogen auf das Verhältnis Käufer/Darlehensnehmer – Darlehensgeber – nicht zum Rücktritt, sondern nur zur *Kündigung* des Darlehensvertrages führt. Im übrigen gelten – bezogen auf etwaige Ansprüche des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer – die gleichen Grundsätze, wie sie für das Finanzierungs-Leasing entwickelt wurden⁵⁸.

5. Kaufmännischer Verkehr

Sieht man – wie hier geschehen – sowohl die Risiko-Belehrung als auch den die „Rechtlosstellung“ des Käufer/Darlehensnehmers verhindernden Einwendungsdurchgriff als Teile des „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“, so stellt sich die Frage, inwieweit der in § 9 Abs. 2 Nr. 2 verankerte Grundgedanke auch für Kaufleute im Sinne von § 24 Anwendung findet⁵⁹. Bei der hierauf zu erteilenden Antwort erscheint folgende *Differenzierung* angezeigt:

a) Akzeptiert man den hier vertretenen Ansatz, daß nämlich die für den „finanzierten Kauf“ typische Spaltung des einheitlichen Vertrages in einen Kauf- und Darlehensvertrag *keine AGB-spezifische Problemstellung* aufweist, daß aber AGB-Klauseln, die den Einwendungsdurchgriff ausschließen, der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 ebenso unterworfen sind wie Risiko-Aufklärungsklauseln, dann folgt daraus zwingend: Ein Rekurs auf § 8 AbzG scheidet aus zwingenden dogmatischen Gründen aus⁶⁰. Denn § 8 AbzG ist nicht geeignet, daß – autonom zu handhabende – Instrumentarium der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln gemäß § 9 einzu-

schränken; dies widerspräche der Systematik dieses Gesetzes.

b) Demzufolge sind die hier gewonnenen Grundsätze *uneingeschränkt* auf die Fälle zu übertragen, in denen der Käufer Minder-Kaufmann oder Vollkaufmann im Sinn von § 24 war. Maßgeblich ist und bleibt, daß die richterliche Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 nicht zwischen der Schutzbedürftigkeit von Kaufleuten und der von Nicht-Kaufleuten differenziert, weil es ja darum geht, eine dem „Leitbild“ des „finanzierten Kaufs“ widerstrebende den Einwendungsdurchgriff ausschließende AGB-Klausel für unwirksam zu erklären. Es geht in der Sache also um die Verhinderung eines unangemessenen Nachteils, was letztlich auch der Bewertung von § 242 BGB entspricht. Dieser dogmatische Ansatzpunkt ist keineswegs neu; die BGH-Judikatur zum *Parallelproblem* beim Finanzierungs-Leasing belegt dies zur Genüge: Sie arbeitet zwar nicht mit der Rechtsfigur des „Einwendungsdurchgriffs“⁶¹, wohl aber zielt sie darauf ab, auch gegenüber dem Leasingnehmer als Kaufmann – in seiner Rechtsbeziehung zum Leasinggeber – eine „Rechtlosstellung“ des Leasingnehmers zu verhindern⁶². Genau dies ist der Punkt, der auch gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 beim „finanzierten Kauf“ gegenüber Kaufleuten Beachtung verdient.

c) Daraus darf allerdings nicht der Schluß abgeleitet werden, daß die weiter oben im einzelnen dargestellten Grundsätze gegenüber einem Kaufmann ungekürzt gelten. Vielmehr ist ein Kaufmann – im Gegensatz zum Nicht-Kaufmann – wesentlich eher in der Lage, die sich aus der *Spaltung* des Kauf- und des Darlehensvertrages – trotz vorhandener wirtschaftlicher Einheit – ergebenden Rechtsrisiken zu erkennen. Dies besagt, daß die Anforderungen an die *Risiko-Aufklärungspflicht* des Darlehensgebers gegenüber einem Kaufmann tendenziell *geringer* sind als gegenüber einem Nicht-Kaufmann. Gleichwohl wird man auch hier verlangen müssen, daß der Darlehensgeber bzw. der als sein Erfüllungsgehilfe handelnde Verkäufer im Sinne von § 278 BGB die darlehensspezifischen Risiken beim „finanzierten Kauf“ *eindeutig und unmißverständlich* erklärt und nur dann ist die Voraussetzung gegeben, daß gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 die AGB-Klauseln Bestand haben, die den Einwendungsdurchgriff – soweit wirksam – abbedingen.

⁵⁵ Canaris, Rdnr. 1429.

⁵⁶ Vgl. BGH, BB 1981 S. 2095.

⁵⁷ Vgl. auch Graf von Westphalen, DB-Beilage Nr. 6/1982 S. 4.

⁵⁸ BGH, WM 1981 S. 1289; Canaris, NJW 1982 S. 305 ff.

⁵⁹ Hierzu Graba, § 9 Rdnr. 77; Canaris, Rdnr. 1446 f.

⁶⁰ Vgl. auch Canaris, Rdnr. 1447.

⁶¹ BGH, BB 1982 S. 698; vgl. auch Reinicke/Tiedtke, BB 1982 S. 1142, 1148.

⁶² Insbesondere BGH, BB 1981 S. 2095; BGH, WM 1982, S. 7 ff.