

§ 494

Rechtsfolgen von Formmängeln

(1) Der Verbraucherdarlehensvertrag und die auf Abschluss eines solchen Vertrags vom Verbraucher erteilte Vollmacht sind nichtig, wenn die Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist oder wenn eine der in § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 bis 6 vorgeschriebenen Angaben fehlt.

(2) ¹Ungeachtet eines Mangels nach Absatz 1 wird der Verbraucherdarlehensvertrag gültig, soweit der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt. ²Jedoch ermäßigt sich der dem Verbraucherdarlehensvertrag zugrunde gelegte Zinssatz (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4) auf den gesetzlichen Zinssatz, wenn seine Angabe, die Angabe des effektiven oder anfänglichen effektiven Jahreszinses (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 5) oder die Angabe des Gesamtbetrags (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2, Abs. 1a) fehlt. ³Nicht angegebene Kosten werden vom Darlehensnehmer nicht geschuldet. ⁴Vereinbarte Teilzahlungen sind unter Berücksichtigung der verminderten Zinsen oder Kosten neu zu berechnen. ⁵Ist nicht angegeben, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können, so entfällt die Möglichkeit, diese zum Nachteil des Darlehensnehmers zu ändern. ⁶Sicherheiten können bei fehlenden Angaben hierüber nicht gefordert werden; dies gilt nicht, wenn der Nettodarlehensbetrag 50 000 Euro übersteigt.

(3) Ist der effektive oder der anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, so vermindert sich der dem Verbraucherdarlehensvertrag zugrunde gelegte Zinssatz um den Prozentsatz, um den der effektive oder anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben ist.

Schrifttum: Beckmann Nichtigkeit und Personenschutz, 1998; Brinkmann Bewirkt § 6 Abs. 4 des Verbraucherkreditgesetzes, dass der Kreditgeber an einer zu niedrigen Effektivzinsangabe festgehalten werden kann?, BB 1991, 1947; Bülow Rechtsnachfolge in Forderungen und Verbindlichkeiten aus Verbraucherkreditverträgen, ZIP 1997, 400; ders. Kreditvertrag und Verbraucherkreditrecht im BGB, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.): Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 153; Bülow/Artz Folgeprobleme der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Schuldbeitritt und andere Interzessionen, ZIP 1998, 629; Cahn Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, 8; Emmerich Auswirkungen des Verbraucherkreditgesetzes auf die Kreditwirtschaft, FLF 1989, 168; Gerlach Änderung des Abzahlungsgesetzes, NJW 1969, 1939; Gilles Auf dem Weg zu einem Verbraucherkreditgesetz, ZRP 1989, 299; Habersack Zinsänderungsklauseln im Lichte des AGBG und des VerbrKrG, WM 2001, 753; Harke Formzweck und Heilungsziel, WM 2004, 357; Heiss Formmängel und ihre Sanktionen, 1999; Kohte Unwirksame Bestätigung eines wucherähnlichen Kreditvertrages – BGH NJW 1982, 1981, JuS 1984, 509; Lieser/Bott/Grathwohl Das Abzahlungsrecht in der Reform, DB 1971, 905; Oepen Zur Dogmatik des § 139 BGB, 2000; Pickert Das Widerrufsrecht nach dem Verbraucherkreditgesetz, 1995; Pohlmann Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 1992; M. Roth Heilung und Wirksamwerden von mit formnichtiger Vollmacht geschlossenen Verbraucherdarlehensverträgen, WM 2003, 2356; Rüßmann Ungereimtes bei den Rechtsfolgen fehlender und falscher Effektivzinsangaben nach dem Verbraucherkreditgesetz, Festschrift Jahr 1993, S. 367; Schmelz/Klute Zum Gesetzentwurf für ein Verbraucherkreditgesetz, ZIP 1989, 1509; Voit Teurer Widerruf eines billigen Darlehens?, JuS 1993, 491; Zitzewitz Ist bei der Sittenwidrigkeitsprüfung eines Verbraucherkreditvertrages zur Feststellung eines „auffälligen Missverhältnisses“ die Absenkung des Nominalzinses nach § 6 VerbrKrG zu berücksichtigen?, VuR 1998, 149.

Übersicht

	Rn.		Rn.
<i>Materialien</i>		1. Formbedürftige Erklärung	7
Begründung RegE zu § 6 VerbrKrG,		2. Vollmacht	8
BT-Drucks. 11/5462	1	3. Interzession	11
BT-Drucks. 14/7052	4	4. Rechtsnachfolge	12
<i>Kommentierung</i>		II. Rechtsfolgen des Formverstoßes	13
A. Nichtigkeit und Heilung	5	1. Verhältnis von § 494 Abs. 1 zu § 125	
I. Sachlicher Anwendungsbereich	7	BGB	13

	Rn.		Rn.
2. Anwendbarkeit von § 139 BGB?	16	a) Keine Nichtigkeitsfolge aufgrund Verbraucherdarlehensrecht	38
a) Ausgangspunkt: Gesamtnichtigkeit	16	b) Nichtigkeit nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen	40
b) Formwidrige Sicherungsabrede	17	2. Umfang der Leistungspflichten	41
c) Formwidrige Nebenabreden	19	3. Ersatzansprüche	42
d) Formwidrige Interzession; gleichgründige Gesamtschuld, Schlüsselgewalt	20	<i>B. Heilungstatbestände</i>	43
III. Erfüllung trotz Formwidrigkeit	22	I. Sanktionensystem	44
1. Freiwillige Leistung des Darlehensgebers	22	II. Voraussetzungen und Folgen der Heilung	48
a) Einverständnis des Verbrauchers	22	1. Empfang, Inanspruchnahme, Dritte	48
b) Gesamtschuld	23	2. Heilungsumfang	52
c) Widerrufsrecht	24	a) Zinsen, Gesamtbetrag, Nettodarlehensbetrag (Satz 2)	54
2. Erfüllungsanspruch des Verbrauchers	25	b) Kosten (Satz 3)	57
a) Formnichtigkeit des gesamten Darlehensvertrags; Rechtsmissbrauch	25	c) Raten (Satz 4)	62
b) Formnichtigkeit von Nebenabreden bei Formwahrung im Übrigen	29	d) Preisbestimmende Faktoren (Satz 5)	64
aa) Teilnichtigkeit zulasten des Darlehensgebers	29	e) Sicherheiten (Satz 6)	66
bb) Gesamtnichtigkeit zugunsten des Verbrauchers (Wahlrecht für den Verbraucher)	30	aa) Grundsätzlich keine Heilung	66
c) Gegenleistungspflicht des Verbrauchers	31	bb) Obergrenze 50 000 Euro	68
d) Gesamtschuld	33	cc) Euro/DM	71
aa) Gleichgründige, paritätische Gesamtschuld	33	<i>C. Effektiver Jahreszins (Abs. 3)</i>	72
bb) Sicherungsgesamtschuld	34	I. Fehlende Angabe	72
IV. Andere Nichtigkeitsgründe	35	II. Zu niedrige Angabe	73
V. Ersatzansprüche	36	1. Absolute, nicht relative Verminderung	73
VI. Unrichtige Angaben	38	2. Absolute Zinsdifferenz	74
1. Das Problem der Nichtigkeit	38	a) Berechnung	74
		b) Gesetzeskorrektur durch den Gesetzesanwender?	75
		3. Verbundenes Geschäft	76
		III. Zu hohe Angabe	77

Materialien

Begründung RegE zu § 6 VerbrKrG, BT-Drucks. 11/5462

S. 21: Die Nichtbeachtung der Formvorschrift oder wichtiger Mindestangaben, aus denen sich die Kreditfolgelast ergibt, führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Kreditvertrages ... Kommt es gleichwohl zur Auszahlung des Darlehensbetrages (Lieferung der Ware), werden die Rechtsfolgen im Interesse des Verbraucherschutzes differenziert (§ 5 (jetzt: § 6) Abs. 2 und 3). Hierbei ist sowohl dem Interesse des Kreditnehmers, der sich auf die Nutzung des Kapitals eingestellt hat, und dem Interesse des Kreditgebers an dem Erhalt von Zinsen und sonstigen Kreditkosten angemessen Rechnung zu tragen. Eine Rückabwicklung nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs würde den Verbraucher einem Bereicherungsanspruch des Kreditgebers aussetzen und ihn zur sofortigen Rückzahlung verpflichten, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine Lösung nach dem Modell der Abzahlungs-**1**novelle vom 1. September 1969 (§ 1a Abs. 3 AbzG) würde andererseits dazu führen, dass der Kreditnehmer das Darlehenskapital bis zum Ablauf der vereinbarten Darlehenszeit zinslos behalten dürfte. Beide Lösungen vernachlässigen jeweils schutzwürdige Belange einer Vertragspartei.

Die angestrebte Regelung stellt einen angemessenen Kompromiss dar. Sie belässt dem Verbraucher das Kapital für die vereinbarte Laufzeit (§ 5 Abs. 2 Satz 1 – *später: § 6 – , jetzt: §§ 494, 502 BGB*). Der Kreditgeber, der es in der Hand hat, die Einhaltung der Formvorschriften und Mindestangabe-**2**

pflicht zu beachten, wird demgegenüber mit Sanktionen belastet, die sich an dem Schutzzweck der jeweiligen Pflicht orientieren. Soweit Kredite mit einer Verzinsung durch den gesetzlichen Zinssatz vergeben sind, bleibt ein Verstoß gegen die Pflicht zur Angabe des Nominalzinses oder des Effektivzinses nach Darlehensauszahlung grundsätzlich ohne Rechtsfolgen.

- 3 Absatz 4 enthält eine Sanktion für den Fall, dass die für den Verbraucher besonders wichtige Angabe des effektiven Jahreszinses abweichend von der tatsächlichen Belastung zu niedrig angegeben ist. Der Kreditgeber soll dann an dem von ihm zu niedrig angegebenen Effektivzins festgehalten werden. Dies geschieht, indem der Nominalzins ... um die Differenz zwischen dem richtigen und dem zu niedrig angegebenen Effektivzins vermindert wird; bei variablem Zinssatz ist eine spätere Zinsanpassung auf der Basis des verminderten Nominalzinses vorzunehmen.

BT-Drucks. 14/7052, S. 202

Zu Absatz 2

- 4 Redaktionell wird wiederum der „Darlehensvertrag“ durch den präziseren Begriff „Verbraucherdarlehensvertrag“ ersetzt. Der Ausschuss hat sich zudem mit der Frage befasst, ob die in Absatz 1 Satz 1 für einen formunwirksamen Verbraucherdarlehensvertrag bestimmte Heilungsmöglichkeit unmittelbar auch auf eine gemäß § 492 Abs. 4 BGB-BE formunwirksame Vollmacht auszudehnen ist, ob also ein formunwirksame Vollmacht automatisch dadurch gültig wird, dass der Darlehensbetrag ausgezahlt wird. Der Ausschuss hat diese Frage aus den folgenden Gründen verneint: Würde man eine solche Heilungswirkung direkt auch für die Vollmacht vorsehen, könnte der dem Verbraucher durch § 492 Abs. 3 BGB-BE gewährte Schutz dadurch umgangen werden, dass sich der Vertreter den Darlehensbetrag – als Empfangsbote – auszahlen lässt mit der Folge, dass die zunächst unwirksame Vollmacht wirksam würde. Dagegen soll die Heilungswirkung in diesen Fällen nur eintreten, wenn der Darlehensnehmer selbst den Darlehensbetrag erhält und damit – jedenfalls konkludent – zum Ausdruck bringt, dass er den Abschluss des Darlehensvertrags durch den Dritten genehmigt. Diese Rechtsfolge wird aber bereits durch die Anwendung der §§ 177, 182 BGB erreicht, so dass eine eigenständige Regelung unterbleiben kann.

A. Nichtigkeit und Heilung

- 5 Die Vorschrift bestimmt die Sanktion für Verstöße gegen die in der Obliegenheit des Darlehensgebers angesiedelte Formvorschrift von § 492 BGB (oben § 492 Rn. 28), die in grundsätzlicher Nichtigkeit des Verbraucherdarlehensvertrags liegt, d.h. der Willenserklärungen von Darlehensgeber wie Verbraucher, jedoch mit weitreichender Heilungsmöglichkeit nach Absatz 2 sowie der Sonderregelung bei falscher Angabe des effektiven Jahreszinses gem. Absatz 3.
- 6 Ohne in dieser Weise an die Verbraucherkreditrichtlinie (oben Einf. Rn. 1) gebunden zu sein, führt die Vorschrift mit ihrer Heilungsmöglichkeit die Tradition von § 1a Abs. 3 AbzG (unten S. 646) fort, nach welcher der Verbraucher vor der Kondition durch den Kreditgeber geschützt werden soll¹ (vorst. Rn. 1). Dem Auftrag von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie, von ihren Vorschriften nicht zum Nachteil des Verbrauchers abzuweichen, wird durch das ausdifferenzierte System der Heilungsvorschriften allemal Genüge getan.²

1 BGH NJW 1997, 654 zu II. 2. b. bb. mit Anm. *Bülow* JZ 1997, 471, *Wolf* LM Nr. 7 zu § 1 VerbrKrG, v. *Westphalen* MDR 1997, 228 und *Hadding* WuB I E 2. – 1.97, Komm. *Habersack* EWiR § 6 VerbrKrG 1/97, 237 und Bspr. *Emmerich* JuS 1997, 469 sowie Rezension *Reinicke/Tiedtke* WiB 1997, 449; *BGH* NJW 1997, 1443 mit Komm. *Bülow* EWiR § 6 VerbrKrG 2/97, 427; WM 1997, 2000 zu II. 2. c.; *OLG Karlsruhe* WM 1997, 1340 zu IV. 3.

2 *MK/Ulmer* § 494 BGB Rn. 5.

I. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Formbedürftige Erklärung

Die Nichtigkeit wegen Formverstößes setzt denknotwendig voraus, dass der Darlehensvertrag nach Maßgabe von § 492 Abs. 1 formbedürftig ist. Wirksam sind danach gerichtliche oder notarielle Protokolle nach § 491 Abs. 3 Nr. 1 (dort Rn. 177) und Überziehungskredite nach § 493. Die Nichtigkeit formwidriger Ratenlieferungsverträge i.S.v. § 505 richtet sich allein nach § 125 BGB ohne Heilungsmöglichkeit. Weder § 492 noch § 494 sind anwendbar auf die Ausnahmetatbestände von § 491 Abs. 2.³ Kein Verbraucherdarlehensvertrag und deshalb nicht formbedürftig ist die Konditionenanpassung in Vollzug eines bereits abgeschlossenen Darlehensvertrages (oben § 491 Rn. 150).

2. Vollmacht

Nichtig ist auch die formwidrig erteilte Vollmacht des Verbrauchers (oben § 492 Rn. 67), so dass der in dieser Weise Bevollmächtigte in Wahrheit *falsus procurator* ist. Jedoch bezieht sich der Heilungstatbestand nur auf den Darlehensvertrag und nicht auf die Vollmacht. Die ausgeschlossene Heilungsmöglichkeit für die Vollmacht wird damit begründet, dass andernfalls Heilung einträte, wenn sich der *falsus procurator* das Darlehen als Empfangsbote auszahlen ließe (vorst. Rn. 4). Es bleibt daher bei der allgemeinen Vorschrift von § 177 Abs. 1 BGB, nach welcher der Verbraucher als Vertretener die Wirksamkeit des Darlehensvertrages durch seine Genehmigung herbeiführen kann.⁴ Nicht beantwortet wird hierdurch die Frage, welcher Form die Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB bedarf. Richtigerweise dürfte, um die Informationsfunktion der verbraucherkreditrechtlichen Form nicht leer laufen zu lassen, anzunehmen sein, dass die Anwendung von § 182 Abs. 2 BGB ausgeschlossen und die Genehmigung formbedürftig ist, wobei jedoch die Unterschrift des Verbrauchers unter die bereits vom *falsus procurator* unterzeichnete Vertragsurkunde genügt (oben § 492 Rn. 38). Ist der Darlehensvertrag auf diese Weise gem. § 184 Abs. 1 rückwirkend wirksam geworden, stellt sich das Problem der Heilung nicht mehr.

Kommt es nicht zur Genehmigung, sondern empfängt der Verbraucher das Darlehen trotz Unwirksamkeit des Darlehensvertrags aufgrund formwidriger Vollmacht, tritt Heilung nach Absatz 2 Satz 1 genauso ein, wie wenn der Verbraucher selbst einen formwidrigen Vertrag abgeschlossen hätte. Es bedarf keines besonderen, auf die Vollmacht bezogenen Heilungstatbestandes. Vielmehr erstreckt sich der allgemeine Heilungstatbestand sowohl auf den vom Verbraucher selbst formwidrig abgeschlossenen Darlehensvertrag wie auf den vom *falsus procurator* kraft formwidriger Vollmacht für den Verbraucher abgeschlossenen Vertrag. Nicht zutreffend erscheint die in den Materialien angedachte Lösung (vorst. Rn. 4), im Darlehensempfang liege die konkludente Genehmigung des Vertrags. Die Genehmigung würde den vom *falsus procurator* abgeschlossenen Vertrag in vollem Umfang wirksam machen, während die Heilung zur Verminderung der Ansprüche führt, die der Darlehensgeber gegenüber dem Verbraucher hat (nachf. Rn. 44).

Die Heilung tritt auch im Falle der **doppelten Formwidrigkeit** ein, also bei Missachtung der Vollmachtsform und der Vertragsform, die vom Darlehensgeber gegenüber dem Vertreter einzuhalten ist (oben § 492 Rn. 67).

3. Interzession

Den verbraucherdarlehensrechtlichen Formvorschriften unterliegt auch der **Sicherungs-Schuldbeitritt** eines Verbrauchers für die Verbindlichkeit eines anderen, sei dieser selbst Verbraucher oder nicht (Interzession, oben § 491 Rn. 122). Bei Missachtung der Form ist der Inter-

³ Beispielsfall *OLG Köln* WM 1999, 1003 zu 4.

⁴ AnwKomm./*Reiff* § 494 BGB Rn. 15 sowie vorst. Rn. 4; *M. Roth* WM 2003, 2356 (2359).

zessionsvertrag nichtig (oben § 491 Rn. 130). Jedoch tritt nach Ansicht des BGH Heilung nicht dadurch ein, dass der Darlehensgeber die Leistung an den Hauptschuldner erbringt, weil es im Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Interzessionar zu einem Kondiktionsverhältnis nicht kommt,⁵ dessen Vermeidung aber *ratio legis* ist⁶ (vorst. Rn. 6 und oben § 491 Rn. 131). Leistet der Darlehensgeber aber nicht an den Darlehensnehmer, sondern an den beitretenden Verbraucher, tritt Heilung ein⁷ (oben § 491 Rn. 131a).

4. Rechtsnachfolge

- 12 Die Rechtsnachfolge in Forderungen und Verbindlichkeiten aus Verbraucherdarlehensverträgen (oben § 491 Rn. 78 ff.) kann sich auf Form und Heilung wie folgt auswirken: Tritt der Verbraucher seine Forderung gegen den Darlehensgeber ab, ist § 494 in vollem Umfang auch dann anwendbar, wenn der Zessionar nicht Verbraucher ist (oben § 491 Rn. 91). Eine privative Schuldübernahme kann so aussehen, dass ein Dritter die Verbindlichkeit des Verbrauchers gegenüber dem Darlehensgeber durch Vertrag mit diesem gem. § 414 BGB übernimmt (z. B. Kaufpreiszahlung). Der Darlehensgeber bleibt dem Verbraucher trotzdem verpflichtet, so dass eine Leistung an den Übernehmer nicht in Frage steht und folglich auch nicht eine Heilung des Schuldübernahmevertrages (oben § 491 Rn. 84 a.E.). Im Falle einer Vertragsübernahme, durch die die Parteistellung des Verbrauchers von einem Dritten eingenommen wird, der selbst nicht Verbraucher ist, kommt die Heilung nicht in Betracht (oben § 491 Rn. 83). Ist der Übernehmer aber seinerseits Verbraucher, tritt Heilung gem. § 492 Abs. 2 resp. § 502 Abs. 3 BGB ein.⁸ Dies gilt wiederum nicht bei einem Finanzierungsleasingvertrag (unten § 500 Rn. 29). Keine Heilung tritt gegenüber demjenigen Erben des Verbrauchers ein, der selbst nicht Verbraucher ist (oben § 491 Rn. 97).

II. Rechtsfolgen des Formverstößes

1. Verhältnis von § 494 Abs. 1 zu § 125 BGB

- 13 Durch § 492 BGB ist für Verbraucherdarlehensverträge die Schriftform gesetzlich vorgeschrieben (gleichermaßen für Teilzahlungsgeschäfte nach §§ 501, 502), so dass der Mangel der Form bereits gem. § 125 Satz 1 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, also der Willenserklärungen von Darlehensgeber und Verbraucher, führt. Diese Rechtsfolge wiederholt § 494 Abs. 1 (ebenso wie § 502 Abs. 3 Satz 1) in seiner ersten Alternative für den Fall, dass die Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist, der Darlehensvertrag also entweder mündlich oder konkludent oder aber zwar schriftlich, aber ohne Beachtung der weiteren Erfordernisse von § 126 BGB abgeschlossen wurde, z. B. eine Unterschrift fehlt oder es an der körperlichen Verbindung mehrerer Blätter mangelt (oben § 492 Rn. 34 ff.). Der formwidrige Darlehensvertrag ist auch nicht lediglich schwebend wirksam wie der noch widerrufliche Vertrag (unten § 495 Rn. 39).⁹ Die Nichtigkeit erstreckt sich auf den Darlehensvertrag insgesamt, nicht etwa nur wie im Fall von § 306 Abs. 1 BGB auf den Vertragsteil, der Zahlungsaufschub oder sonstige Finanzierungshilfe enthält.¹⁰
- 14 Entspricht eine vereinbarte **Nebenabrede** nicht der Schriftform, kommt es darauf an, ob es sich um eine wesentliche oder um eine unwesentliche Nebenabrede handelt (oben § 492 Rn. 50): Unwesentliche Nebenabreden sind formlos wirksam, also weder von § 125 BGB noch

5 Hierzu beispielsweise *BGH WM* 2005, 327 zu II. 3.; *BGH WM* 2006, 81 zu II. 4.

6 *BGH NJW* 2000, 3496 mit Anm. *Bülow/Artz WuB I E 2. – 5.2000* und Bspr. *Emmerich JuS* 2000, 1223; *Bülow/Artz ZIP* 1998, 629 (631).

7 *BGH WM* 2000, 1799 zu II. 3.

8 *BGHZ* 129, 371 (380).

9 Das verkennt *OLG Köln ZIP* 1994, 776 zu I. 2. b. mit Komm. *Ose EWiR* § 1 VerbrKrG 2/94, 613; *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt* § 3 VerbrKrG Rn. 2.

10 So aber fälschlich *Fischer MDR* 1994, 1063 (1065).

von § 492 (§ 502) erfasst; wesentliche Nebenabreden sind formbedürftig und bei Mangel der Form nichtig. In diesem Fall stellt sich das Problem der Anwendung von § 139 BGB (nachf. Rn. 19).

In seiner zweiten Alternative geht § 494 Abs. 1 (ebenso § 502 Abs. 3 Satz 1) über die Rechtsfolgen von § 125 BGB hinaus, indem die Nichtigkeit bei teilweisem Verstoß gegen das Schriftformerfordernis angeordnet wird, wenn Angaben aus den Katalogen von §§ 492 Abs. 1, 502 Abs. 1 fehlen, auch wenn sie überhaupt nicht Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Übereinkunft sind. So ist der effektive Jahreszins eine finanzmathematische Folge aus Nominalzins und sonstigen Kosten im Verhältnis zum Nettodarlehensbetrag (oben § 492 Rn. 107), aber als solcher nicht notwendig Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Willens; Entsprechendes gilt für den Gesamtbetrag oder auch den Teilzahlungspreis nach § 502 Abs. 1 Nr. 2. Die Nichtigkeit tritt also auch dann ein, wenn der Darlehensvertrag zwar schriftformgemäß abgefasst wurde, aber auch nur eine der Angaben aus §§ 492 Abs. 1 Nr. 1 bis 7, 502 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 fehlt, d. h. nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen wurde. Auf der anderen Seite tritt die Nichtigkeitsfolge nach § 494 Abs. 1 (§ 502 Abs. 3 Satz 1) nicht ein, wenn eine getroffene Sicherungsabrede nicht in Schriftform abgefasst wurde (§ 492 Abs. 1 Nr. 7, ebenso § 502 Abs. 1 Nr. 6; oben § 492 Rn. 130, unten § 502 Rn. 26), ja, trotz dieser Nichtigkeit hat der Kreditgeber in bestimmten Fällen, nämlich bei einem Darlehen von über 50000 € (nachf. Rn. 66), Anspruch auf Bestellung der Sicherheit.

2. Anwendbarkeit von § 139 BGB?

a) Ausgangspunkt: Gesamtnichtigkeit. Fraglich ist, inwieweit die allgemeine Vorschrift von § 139 BGB über eine mögliche **Teilnichtigkeit** des Rechtsgeschäfts anwendbar ist. Danach ist, wenn lediglich ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, von der Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen; nur ausnahmsweise hat der formwirksame Teil des Rechtsgeschäfts Bestand, wenn der hypothetische Wille der Parteien dahin geht, dass der formwirksame Teil auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Grundvoraussetzung der Anwendung von § 139 BGB ist die Teilbarkeit des Geschäfts. Die in § 494 Abs. 1 angeordnete Nichtigkeit ist aber vollständig, so dass eine teilweise Aufrechterhaltung des Verbraucherdarlehensvertrags nach Maßgabe von § 139 BGB nicht in Frage kommt.¹¹ Deshalb würde auch eine salvatorische Klausel, die den Vertrag teilweise aufrechterhalten soll, leer laufen.¹² Jedoch kommt anderes für die Angabe zu bestellender Sicherheiten und für Nebenabreden in Betracht (nachf. Rn. 17). Außerdem bleibt es bei § 139 BGB, wenn die Nichtigkeit nicht aus §§ 494 Abs. 1, 502 Abs. 3 Satz 1 folgt, sondern auf anderen Gründen (nachf. Rn. 35) beruht. Anwendungsfeld von § 139 BGB im Verbraucherkreditrecht ist im Übrigen vor allem der gemischte Vertrag (oben § 491 Rn. 133ff.).

b) Formwidrige Sicherungsabrede. Besonderheiten gelten, wenn die zu bestellenden Sicherheiten nicht angegeben sind (vorst. Rn. 15): Fehlen sonst keine notwendigen Angaben und ist die gesetzliche Schriftform nach §§ 126 BGB, 492 Abs. 1 beachtet, tritt nach § 494 Abs. 1 (auch nach § 502 Abs. 3 Satz 1) keine Nichtigkeit ein, vielmehr ist der Darlehensvertrag wirksam. Jedoch ist der Sicherungsvertrag als obligatorische Grundlage (causa) der Sicherheitenbestellung gem. § 125 BGB nichtig, so dass an sich Raum für eine Beurteilung der Wirksamkeit des Darlehensvertrags nach § 139 BGB wäre. Danach könnte sich der Darlehensgeber auf den – durchaus nach objektiven Kriterien nachvollziehbaren – Standpunkt stellen, dass er ohne

¹¹ HK/Dorn § 139 BGB Rn. 12.

¹² BGH NJW 2003, 347 „Tennishallenpacht“ unter Aufgabe von BGH NJW 1994, 1651 „Pronuptia II“ mit Rezension Strohe NJW 2003, 1780, Bunte GRUR 2004, 301, Prasse ZGS 2004, 141, Bspr. Emmerich JuS 2003, 497 und Komm. Drexler EWiR § 139 BGB 1/03, 311.

Sicherheit das Darlehen nicht gewährt hätte, mit anderen Worten nicht anzunehmen wäre, dass der Darlehensvertrag auch ohne Abschluss des Sicherungsvertrags vorgenommen worden wäre, so dass gem. § 139 BGB von der Nichtigkeit des Darlehensvertrags auszugehen wäre. Einer solchen Sicht stehen § 494 Abs. 2 Satz 6 (ebenso wenig § 502 Abs. 3 Satz 5 bei Teilzahlungsgeschäften), wonach die vereinbarten Sicherheiten vom Darlehensgeber nicht gefordert werden können, keineswegs, jedenfalls nicht unmittelbar, entgegen,¹³ weil sich die Regelungen nur auf den Heilungstatbestand von § 494 Abs. 2 Satz 1 (entsprechend § 502 Satz 2) beziehen, aber nicht auf die Vorfrage, ob der Vertrag jenseits von § 494 Abs. 1 (resp. § 502 Abs. 3 Satz 1) gem. § 139 BGB nichtig ist. Bei Annahme einer auf § 139 BGB gegründeten Gesamtnichtigkeit brauchte der Darlehensgeber die versprochene kreditierte Leistung nicht zu erbringen; täte er es freilich dennoch, wäre die Heilung des Darlehensvertrags in analoger Anwendung von § 494 Abs. 2 Satz 1 (resp. von § 502 Abs. 3 Satz 2) anzunehmen, die direkt nicht gelten würden, weil sie gerade die Nichtigkeit nach § 494 Abs. 1 (§ 502 Abs. 3 Satz 1) voraussetzen.

- 18** Jedoch liegt die den Darlehensgeber belastende Sanktion (vorst. Rn. 2) gerade darin, dass er die Leistung aus dem geheilten Darlehensvertrag ohne Sicherheit erbringen muss; könnte er die Nichtigkeit des Darlehensvertrags aufgrund von § 139 BGB geltend machen, bliebe die Missachtung der Form sanktionslos. **§ 139 BGB** ist also auch im Hinblick auf Sicherheiten **nicht anwendbar**, Gesamtnichtigkeit tritt nicht ein. Zur Kondiktion bestellter Sicherheiten nachf. Rn. 67.
- 19 c) Formwidrige Nebenabreden.** Die Frage der Gesamtnichtigkeit wegen Teilnichtigkeit einzelner Abreden stellt sich auch, wenn formbedürftige, also wesentliche Nebenabreden (vorst. Rn. 13) nichtig sind. Die Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts im Übrigen richtet sich gem. § 139 BGB nach dem hypothetischen Parteiwillen; daraus könnte sich die Gesamtnichtigkeit des Darlehensvertrags wegen Teilnichtigkeit im Hinblick auf die Nebenabrede jenseits von §§ 494 Abs. 1 (§ 502 Abs. 3 Satz 1) ergeben. Jedoch ist aufgrund des einzig verbraucherschützenden Zwecks der Form die Berufung des Darlehensgebers auf die Nichtigkeit des gesamten Geschäfts nach Maßgabe von § 139 BGB auch insoweit (vorst. Rn. 18) ausgeschlossen. Ebenso wie der Verbraucher trotz Formnichtigkeit des Darlehensvertrags insgesamt die Erfüllung des Vertrags verlangen kann (nachf. Rn. 25), ist er dazu auch bei Formnichtigkeit nur einer Nebenabrede befugt. Auf der anderen Seite darf sich der Verbraucher anders als der Darlehensgeber auf die Nichtigkeit des gesamten Darlehensvertrags stützen, wenn denn die Voraussetzungen von § 139 BGB erfüllt sind (nachf. Rn. 30).
- 20 d) Formwidrige Interzession; gleichgründige Gesamtschuld, Schlüsselgewalt.** Dagegen bleibt es bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 139 BGB, wenn auf der Verbraucherseite des Kreditvertrags **mehrere Personen** (gleichgründige oder Sicherungsgesamtschuld, Bürgschaft, Sicherungsvertrag, oben § 491 Rn. 112ff., § 492 Rn. 30) stehen und der Vertrag zwar im Verhältnis zu einer Person formwirksam zustande kam, gegenüber der anderen Person mit der Nichtigkeitsfolge aus § 494 Abs. 1 aber nicht (oben § 491 Rn. 128¹⁴). Ob der Darlehensvertrag gegenüber der ersten Person wirksam ist, richtet sich also nach hypothetischem Parteiwillen, verbunden mit Beweislastverteilung und der Möglichkeit einer salvatorischen Klausel (vorst. Rn. 16). Die Beweislastregelung von § 139 BGB liegt darin, dass derjenige, der sich auf Teilwirksamkeit des Geschäfts beruft, diejenigen Umstände darzulegen und zu beweisen hat, aus denen sich statt Gesamtnichtigkeit die teilweise Aufrechterhaltung des Geschäfts ergeben soll.

¹³ So aber *Münstermann/Hannes* § 6 VerbrKrG Rn. 291.

¹⁴ Zur abw. früheren Rechtslage nach dem Abzahlungsgesetz: *BGH NJW* 1987, 2076 mit Komm. *H. P. Westermann* EWiR § 765 BGB 4/87, 577.

Bei einem *non liquet* bleibt es Gesamtnichtigkeit,¹⁵ die durch eine salvatorische Klausel überwunden werden kann; zur Frage der Heilung s. nachf. Rn. 23. Gleiches gilt für die Ehegattenmithaftung kraft Schlüsselgewalt gem. § 1357 BGB (oben § 491 Rn. 123 f.). Ein anderer Fall ist der, dass die Verpflichtung zur Bestimmung einer Personalsicherheit entgegen § 492 Abs. 1 Nr. 7 (resp. § 502 Abs. 1 Nr. 6) nicht angegeben wurde: Dann hat der Darlehensgeber darauf keinen Anspruch, und § 139 BGB ist nicht anwendbar (vorst. Rn. 18 und nachf. Rn. 29).

Ist der Darlehensvertrag nichtig, weil eine der Pflichtangaben fehlt, ist die zu bestellende Sicherheit aber zutreffend angegeben, dürfte davon auszugehen sein, dass der Darlehensgeber im Falle der Heilung des Darlehensvertrags Anspruch auf Bestellung der Sicherheit hat und dass gesicherte Forderung die im Umfang verminderte nach § 494 Abs. 2 (resp. § 502 Abs. 3) ist.¹⁶ **21**

¹⁵ *Baumgärtel/Laumen* Handbuch der Beweislast, § 139 BGB Rn. 1; *Oepen* Zur Dogmatik des § 139 BGB, S. 28; *BGH* NJW-RR 1997, 684 mit Anm. *Bülow* LM Nr. 86 zu § 139 BGB; WM 2000, 1403 zu II. 3.; *BGHZ* 128, 156 (165/166) = NJW 1995, 721.

¹⁶ Parallele bei der Sicherung der Bereicherungsforderung, *BGH* NJW 1987, 2076 zu II. 5.; *Bülow* Kreditsicherheiten, Rn. 966.