

Das Schrottimmobiliurteil des EuGH vom 25.10.2005: Hinter vielen Karlsruher Wolken ein Licht aus Luxemburg

Der EuGH hat mit seinen Entscheidungen C-229/04 – Crailsheimer Volksbank – und C-350/03 – Schulte – vom 25. 10. 2005 den seit Jahren zwischen Banken und Anlegern erbittert geführten Streit um „Schrottimmobilien“ um einen weiteren Schritt vorangebracht. Man ist allerdings geneigt zu fragen: In welcher Richtung eigentlich? Sowohl Verbraucher als auch Banken behaupten, der EuGH habe genau in ihrem Sinne entschieden, und die Presse war in ersten Reaktionen ebenfalls tief gespalten¹. Bemerkenswert ist auch, dass hier einer der relativ seltenen Fälle vorliegt, bei denen der EuGH in seiner Entscheidung von den Schlussanträgen des Generalanwalts deutlich abgewichen ist.

Der vorliegende Beitrag versucht eine Urtelexegese und wirft auch einen Blick auf die Konsequenzen der Entscheidungen für das nationale Recht. Dabei wird nach einer kurzen Sachverhaltsdarstellung (I) auf einzelne Aspekte der Luxemburger Entscheidung eingegangen (II – VII), und es werden die Konsequenzen daraus für die Ansprüche von Anlegern und Banken untereinander (VIII) und gegen die Bundesrepublik Deutschland (IX) dargestellt.

I. Der Ausgangssachverhalt

Der Sachverhalt der Entscheidungen ist geradezu typisch für die Fallkonstellationen, die der gesamten Schrottimmobiliensproblematik der achtziger und neunziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts zugrunde liegen: Ein Vermittler suchte Privatpersonen in deren Wohnungen auf und bot ihnen an, Wohnungseigentum als steuerlich vorteilhafte Kapitalanlage zu erwerben. Sowohl die Vermittlung des Kaufvertrages als auch diejenige des zur Finanzierung notwendigen Kredits erfolgten über diese Person. Zusätzlich wurden Mietgarantien durch eine GmbH abgegeben. Die Vertragsverhandlungen fanden bei mehreren Terminen in den Wohnungen der Käufer statt, wo einige Wochen später auch die Darlehensverträge unterschrieben wurden. Der Kauf der Wohnungen erfolgte durch notariell beurkundete Verträge bzw. über notariell beurkundete Vollmachten, die zum Abschluss derartiger Verträge ermächtigten; er wurde grundpfandrechtlich zugunsten der finanzierenden Banken abgesichert. Diese zahlten die Darlehenssumme unmittelbar an den Verkäufer der Immobilie bzw. auf ein Treuhandkonto aus. Nach wenigen Jahren wurde die GmbH, die die Mieten garantierte, insolvent, und es erwies sich, dass die Wohnungen übersteuert waren und der ursprünglich garantierte Mietpreis auf dem freien Markt auch nicht annähernd erzielt werden konnte.²

Die Anleger widerriefen daraufhin die Darlehensverträge nach § 1 HWiG. Die Banken wollten dies nicht akzeptieren bzw. verlangten Zug um Zug die Herausgabe der Darlehensvaluta zuzüglich der marktüblichen Zinsen. Die sich daraus ergebenden Rechtsfragen wurden dem EuGH durch das Hanseatische OLG Bremen (NJW 2004, 2238 ff) und das LG Bochum (NJW 2003, 2612 ff) zur Überprüfung der Vereinbarkeit der zum Vorlagezeitpunkt geltenden deutschen Rechtslage mit dem Europarecht vorgelegt.

¹ So sprach der Bayerische Rundfunk am 25. 10. 2005 von einem „Sieg für die Banken“, während die Süddeutsche Zeitung am 26. 10. 2005 einen „Sieg für die Anleger“ ausmachte.

² Der Unterschied zu den den Urteilen BGH II ZR 395/01, II ZR 385/02, II ZR 392/01, II ZR 393/02, II ZR 407/02, abgedruckt in NJW 2004, 2731 ff, zugrunde liegenden Sachverhalten besteht vor allem in der Tatsache, dass dort nicht Immobilien, sondern Anteile an geschlossenen Immobilienfonds veräußert wurden.

II. Auswirkungen des Widerrufs des Kreditvertrags auf den Bestand des Kaufvertrags

Eine zentrale Problematik in der Auseinandersetzung um die „Schrottimmobilien“ war die Frage, inwieweit der Widerruf des nicht notariell geschlossenen Kreditvertrages Auswirkungen auf den Bestand des nach deutschem Recht zwangsläufig (§ 311 b I 1 BGB n.F.) notariell geschlossenen Kaufvertrages über die Immobilie hat. Da der Kaufvertrag wegen § 1 II Nr. 3 HWiG a. F. nicht widerrufen werden konnte, war der Umweg über den Widerruf des Kreditvertrages die einzige Möglichkeit des Verbrauchers, sich auch von dem Kaufvertrag zu lösen. Voraussetzung dafür war freilich, dass entweder Darlehensvertrag und Kaufvertrag als verbundenes Geschäft iSv § 9 II VerbrKrG a.F. (a) oder als wirtschaftliche Einheit (b) betrachtet werden konnten.

a) verbundenes Geschäft iSv § 9 II VerbrKrG a.F.

Der EuGH hat zunächst entschieden, dass sich das Widerrufsrecht des Verbrauchers auch auf Kreditverträge bezieht, die zur Finanzierung eines Immobilienkaufs geschlossen wurden.³ Allerdings hob er hervor, dass sich die Folgen eines solchen Widerrufs für den Kaufvertrag nach dem nationalen Recht richten.⁴ Das deutsche Recht schließt nach dem Wortlaut des § 3 II Nr. 2 VerbrKrG a.F. ein verbundenes Geschäft bei Kreditverträgen aus, wenn – wie hier – der Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wurde. Dementsprechend lehnte der BGH ständiger Rechtsprechung die Anwendung von § 9 VerbrKrG a.F. auf Realkreditverträge ab.⁵

Der EuGH hat sich zu dieser Frage nunmehr abschließend geäußert. Er hat klargestellt, dass es nicht gegen das Europarecht verstößt, wenn der nationale Gesetzgeber vorsieht, dass sich auch im Fall, dass der Kaufvertrag und der Kreditvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden, der Widerruf des Kreditvertrages nicht auf die Wirksamkeit des Kaufvertrages auswirkt.⁶ Das europäische Recht steht der Anwendbarkeit von § 3 II Nr. 3 VerbrKrG a. F. auf Realkreditverträge somit nicht entgegen. Die Rechtsprechung des BGH ist damit klar bestätigt worden.⁷

b) Kreditfinanzierte Kapitalanlagemodelle als Sondertatbestand?

Vereinzelt wurde die Auffassung vertreten, dass Darlehensvertrag und Immobilienkaufvertrag auf Grund der Gesamtkonzeption der Kapitalanlage und ihrer Finanzierung als wirtschaftliche Einheit (Kapitalanlagemodell) anzusehen seien⁸ und dass

³ EuGH Slg. 2001, I-9945 (Heininger).

⁴ EuGH Slg. 2001, I-9945 (Heininger), Rn. 35; bestätigt in EuGH C-350-03, Rn. 79.

⁵ St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2002, 1881, NJW 2003, 422, 423 m.w.N.; die hieran u. a. von Derleder, ZBB, 2002, 202, 298f. und Hoffmann, ZIP 2002, 1066 geübte Kritik wies der BGH in NJW 2003, 422, 423 mit dem Hinweis auf den neu eingefügten § 358 III 3 BGB zurück, der aus Sicht des Senats klarstellte, dass Darlehensverträge und die durch sie finanzierten Grundstückserwerbsgeschäfte nur ausnahmsweise unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen als verbundene Verträge anzusehen sind. Er übersah dabei freilich, dass § 358 III 3 BGB gerade jene Sachverhaltskonstellationen erfassen sollte, die den „Schrottimmobilienfällen“ zugrunde lagen. Zu den Einzelheiten vgl. Palandt § 358 Rn. 13 ff.

⁶ EuGH C-350/03 Rn. 80f.

⁷ Für Verträge, die nach dem 1. 8. 2002 geschlossen wurden, gilt allerdings der vom Gesetzgeber als Reaktion auf die Heininger-Rechtsprechung eingefügte § 358 III 3 BGB, der bei Konstellationen, die den „Schrottimmobilienfällen“ vergleichbar sind, nunmehr von einem verbundenen Geschäft ausgeht.

⁸ A.A. BGH in st. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2002, 1881, 1884 m.w.N.

daher der Widerruf eines der beiden – rechtlich selbständigen - Verträge auch zur Unwirksamkeit des anderen Vertrages führe. Damit sei der Darlehensnehmer im Falle des Widerrufs des Kreditvertrages nicht mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch zu belasten, und die Rückabwicklung müsse unmittelbar zwischen dem Darlehensgeber und dem als Zahlungsempfänger tatsächlich begünstigten Verkäufer der Immobilie erfolgen.⁹ Diese Auffassung widerspricht allerdings dem klaren Wortlaut von Art. 3 II a der Richtlinie, der klarstellt, dass sie gerade nicht für den Verkauf von Immobilien gilt.¹⁰ Dies hat nunmehr auch der EuGH festgestellt, indem er erklärte, dass es nicht gegen das Europarecht verstößt, wenn nationale Vorschriften die Rechtsfolgen eines Widerrufs eines Darlehensvertrages auch in Kapitalanlagemodellen, bei denen das Darlehen ohne den Erwerb der Immobilie nicht gewährt worden wäre, auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrages beschränken.¹¹ Damit dürfte die Auffassung, dass kreditfinanzierte Kapitalanlagemodelle als Sondertatbestand anzusehen sind und § 3 II 2 a der Richtlinie entsprechend teleologisch zu reduzieren sei, endgültig gegenstandslos geworden sein.¹²

III. Zurechenbarkeit der Haustürsituation

Nach deutscher Rechtsprechung war Voraussetzung für den Widerruf des Kreditvertrages nach § 1 HWiG a.F., dass eine Haustürsituation bei Abschluss des Kreditvertrages nicht nur vorlag,¹³ sondern diese auch der kreditgewährenden Bank zugerechnet werden konnte.¹⁴ Dabei wurde auf die zu § 123 BGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen: Die Zurechenbarkeit war gegeben, wenn der Vermittler als Angestellter oder Mitarbeiter der Bank handelte, was allerdings in den typischen „Schrottimmobilienfällen“ nur sehr selten der Fall war. Es genügte aber auch, wenn der Vermittler als Vertrauensperson der Bank angesehen werden konnte.¹⁵ Der Begriff der Vertrauensperson wurde dabei eher weit ausgelegt; es reichte aus, wenn die Bank über sie beim Käufer die für die Finanzierung der Immobilie notwendigen Unterlagen angefordert hatte.¹⁶

⁹ OLG Karlsruhe ZIP 2003, 163, 165; in dieser Richtung unter Hinweis auf EuGH Slg. 1999, I-2195 (Travel Vac) auch die Stellungnahme der französischen Regierung zum Verfahren EuGH C-350/03.

¹⁰ So auch Hoffmann, ZIP 2004, 49, 53.

¹¹ EuGH C 350/03 Rn. 81.

¹² Abzuwarten bleibt, welche Konsequenzen diese Feststellungen für die Rechtsprechung des II. Senats des BGH (II ZR 411/02) haben, nach der die Situation des Verbrauchers bei einem grundpfandrechtlich gesicherten Kredit, der der Finanzierung der Beteiligung an einer Kapitalanlagegesellschaft dient und bei dem die Grundpfandrechtsbestellung zeitlich weit vor der Kreditaufnahme erfolgt, weitaus stärker derjenigen bei der Aufnahme eines Konsumentenkredits als der bei Aufnahme eines typischen Realkredits entspricht und die damit eine teleologische Reduktion von § 3 II Nr. 2 VerbrKrG a.F. notwendig macht. Diese Rechtsprechung bezieht sich zwar auf die Annahme eines verbundenen Geschäfts iSv § 9 VerbrKrG a.F., doch liegt ihr ebenfalls das nunmehr vom EuGH verworfene Denkmodell zugrunde, dass das Vorliegen eines „Kapitalanlagemodells“ eine - letztendlich contra legem erfolgende Anpassung - des nationalen Gesetzes erfordern könnte.

¹³ Ob eine Haustürsituation tatsächlich vorliegt, haben die nationalen Gerichte als Tatsacheninstanzen zu klären; in diesem Sinne auch EuGH C-350/03, Rn. 43. Allerdings wäre die Frage, ob die Subsumtion eines bestimmten, feststehenden Sachverhalts unter den Begriff der „Haustürsituation“ europarechtlich zwingend ist, ebenfalls vorlagefähig. Bei der Entscheidung C-350/03 stellte sich diese Frage nur am Rande, im Rahmen der Zulässigkeit. Der EuGH konnte sie, weil es bei der Entscheidung aus seiner Sicht auf die Antwort gar nicht ankam, unbeantwortet lassen (Rn. 44 f.).

¹⁴ vgl. nur BGH NJW 2004, 2731, 2732; OLG München 5 W 990/03.

¹⁵ BGH WM 1990, 479f., WM 1992, 1016.

¹⁶ OLG München 5 W 990/03.

Noch einen Schritt weiter ging der BGH, der das Handeln des Vermittlers der Bank zurechnete, wenn diese es kannte oder kennen musste.¹⁷ Dafür genügte es, wenn die Umstände des Falles die Bank als Erklärungsempfänger veranlassen mussten, sich zu erkundigen, auf welchen Umständen die ihnen übermittelte Willenserklärung des Anlegers zum Abschluss des Kreditvertrages beruht.¹⁸ Eine solche Erkundigungspflicht sollte ausgelöst werden, wenn die Bank in irgendeiner Form in das Vertriebssystem des Immobilienverkäufers eingebunden war, z. B. indem sie dem Vermittler ihre Vertragsformulare überlassen hatte, und wenn sich ihr das Vorliegen einer Haustürsituation geradezu aufdrängen musste, was bereits dann der Fall sein sollte, wenn die Darlehensnehmer den Vertrag an einem anderen Ort als dem Sitz des Immobilienverkäufers ausfüllten.¹⁹

Diese letzte, ohnehin schon beträchtlich gesenkte Hürde, die der BGH für die Zurechenbarkeit der Haustürsituation noch errichtet hatte, wurde - wie sich bereits in den Schlussanträgen des Generalanwalts Léger ankündigte²⁰ - durch die vorliegenden Urteile des EuGH endgültig niedergerissen.

Nach Ansicht des EuGH verstößt es gegen das Europarecht, wenn die Anwendung der Richtlinie 85/577/EWG (im folgenden: Richtlinie), falls ein Dritter im Namen oder für Rechnung eines Gewerbetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss eines Vertrages eingeschaltet wird, davon abhängig gemacht wird, dass der Gewerbetreibende wusste oder hätte wissen müssen, dass der Vertrag in einer Haustürsituation geschlossen wurde.²¹

Damit ist die bisherige Rechtsprechung des BGH in dieser Frage hinfällig geworden. Künftig genügt faktisch das bloße Vorliegen einer Haustürsituation, um sich der kreditgebenden Bank gegenüber darauf berufen zu können, denn jedenfalls die - einzig verbliebene - Voraussetzung, dass der Vermittler für Rechnung der Bank handelte, dürfte in den allermeisten Fällen erfüllt sein.

IV. Fortwirken der Haustürsituation bei Abschluss des Darlehensvertrages auch trotz zwischenzeitlicher notarieller Beurkundung des Kaufvertrages?

Bei der Mehrzahl der „Schrottimmobilienfälle“ zogen sich – wie bei den besprochenen Entscheidungen – die Vertragsverhandlungen in den Wohnungen der Kunden über mehrere Termine und damit über mehrere Wochen hin, so dass der Abschluss der Darlehens- und der Kaufverträge erst mehrere Wochen bzw. Monate nach dem Beginn der Verhandlungen erfolgte. Nach § 1 I Nr. 1 HWiG a.F. kommt aber der Widerruf einer Willenserklärung nur in Betracht, wenn der Erklärende zu ihrer Abgabe in der Haustürsituation *bestimmt worden* ist. Umstritten war, wie dieses Tatbestandsmerkmal auszulegen ist. Der BGH hatte zunächst klargestellt, dass der deutsche Gesetzgeber bewusst von einer Regelung abgesehen hat, wonach die auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Erklärung des Kunden in engem zeitlichem Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen abgegeben sein müsse.²² Gleichwohl verwies auf die amtliche Begründung,²³ nach der ein Kunde in aller Regel nicht mehr von Vertragsverhandlungen bestimmt worden sei, wenn zwischen ihnen und der Abgabe der Willenserklärungen kein hinreichender zeitlicher Zusammenhang mehr be-

¹⁷ BGH NJW 2004, 2731, 2732f.

¹⁸ BGH ZIP 1992, 755, 756 = BGH NJW-RR 1992, 1005, 1006.

¹⁹ BGH NJW 2004, 2731, 2733.

²⁰ Schlussanträge zu EuGH C-229/04 Rn. 36f.

²¹ EuGH C-229/04 Rn. 45.

²² BGHZ 123, 380, 392.

²³ BT-Drucksache 10/2876, S. 12.

stehe. Der BGH hielt es für ausreichend, wenn die besonderen Umstände der Kontaktaufnahme, also die Haustürsituation, einen unter mehreren Beweggründen für den Vertragsabschluss darstellten, sofern nur ohne sie der später abgeschlossene Vertrag nicht oder nicht so wie geschehen zustande gekommen wäre.²⁴ Ausreichend sei es dabei, wenn der Darlehensnehmer durch einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht²⁵ in eine Lage gebracht worden ist, in der er in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt war, den ihm später angebotenen Vertrag zu schließen oder davon Abstand zu nehmen,²⁶ letztendlich sei dies eine Frage der Würdigung des Einzelfalles.²⁷

Damit war geklärt, dass ein Fortwirken der Haustürsituation grundsätzlich auch bei Vertragsabschlüssen anzunehmen sein konnte, die mehrere Wochen nach den Vertragsverhandlungen stattfanden.

Der EuGH hat diese Auffassung indirekt bestätigt, denn bei dem der Entscheidung C-350/03 zugrunde liegenden Sachverhalt²⁸ lagen zwischen den Vertragsverhandlungen im Februar 1992 und dem Abschluss des Kreditvertrages am 7. 4. 1992 mehrere Wochen, ohne dass dies der EuGH zum Anlass nahm, an der grundsätzlichen Zulässigkeit des Widerrufs zu zweifeln.

Ein Widerrufsrecht besteht aber nach § 1 II Nr. 3 HWiG a.F. nicht, wenn die Willenserklärung von einem Notar beurkundet worden ist. Damit können *vor einem Notar geschlossene Kaufverträge* nicht nach § 1 I Nr. 1 HWiG a.F. widerrufen werden, selbst wenn die Vertragsverhandlungen, die schließlich in den Abschluss des notariellen Vertrages mündeten, in einer Haustürsituation stattgefunden haben.²⁹ Die dafür vorgetragene Begründung, dass mit der notariellen Beurkundung der Überraschungsmoment und damit der Gesetzeszweck entfielen,³⁰ überrascht zwar angesichts der Tatsache, dass es nach der Rechtsprechung des BGH für das Vorliegen einer Haustürsituation auf die Überrumpelungssituation nicht ankommt,³¹ doch kann dies angesichts des unmissverständlichen Wortlauts von § 1 II Nr. 3 HWiG a.F. dahingestellt bleiben.

Ebenfalls nicht widerruflich sind Erklärungen, die ein Vertreter aufgrund einer notariell beurkundeten Vollmacht abgibt, selbst wenn die Verhandlungen, die zur Erteilung der Vollmacht geführt haben, in einer Haustürsituation stattgefunden haben.³²

Umstritten war hingegen die Frage, ob eine Willenserklärung zum Abschluss eines Darlehensvertrages, die einige Wochen nach entsprechenden, in einer Haustürsituation geführten Verhandlungen abgegeben wurde, auch dann nach § 1 I Nr. 1 HWiG a.F. widerruflich ist, wenn der Verbraucher in der Zwischenzeit einen notariell beurkundeten Kaufvertrag abgeschlossen hat. Das OLG Thüringen hat dies verneint, weil aufgrund der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages und der dabei erteilten Belehrungen auch das Überraschungsmoment hinsichtlich des später abgeschlossenen Kaufvertrages entfallen sei;³³ das Urteil wurde in der – wie sich jetzt herausstellt –

²⁴ BGHZ 123, 380, 393; BGH WM 2004, 521, 522.

²⁵ Die Formulierung „Verstoß gegen § 1 HWiG a. F.“ in der Entscheidung kann wohl nur als Hinweis auf die Belehrungspflicht in § 2 I 2, 3 HWiG a.F. verstanden werden.

²⁶ BGHZ 123, 380, 393; BGH WM 2004, 521, 522.

²⁷ BGH WM 2004, 521, 522.

²⁸ Abgedruckt in NJW 2003, 2612f.

²⁹ Palandt, 60. Aufl., § 1 HWiG Rn. 26.

³⁰ Palandt, aaO.

³¹ BGH WM 2003, 918, 921; WM 2003, 1370, 1372; WM 2004, 521, 522.

³² BGH NJW 2000, 2268f.

³³ OLG Thüringen 5 U 250/03.

rechtsfehlerhaften Annahme, dass eine Vorlage zum EuGH nicht veranlasst sei, durch den BGH bestätigt.³⁴

Diese Rechtsprechung dürfte durch die vorliegende Entscheidung C-229/04 obsolet geworden sein, ohne dass dies vom EuGH besonders hervorgehoben wurde:

Laut dem der Vorlage zugrunde liegenden Sachverhalt³⁵ erteilte der Erwerber am 8. 9. 1992 eine treuhänderische Vollmacht, die die Treuhandfirma zum Abschluss aller erforderlichen Verträge für den Erwerb einer Eigentumseinheit ermächtigte. Die Treuhandfirma schloss am 29. 9. 1992 im Namen des Erwerbers mit der Bauträgerfirma einen notariellen Kaufvertrag. Am 6. 10. 1992 schloss der Erwerber mit der Bank den für die Finanzierung notwendigen Darlehensvertrag.

Dieser Sachverhalt entspricht in seinen wesentlichen Zügen den vom OLG Thüringen und dem BGH in den oben genannten Entscheidungen behandelten Sachverhalt. Der EuGH ging dennoch in seiner Entscheidung ganz selbstverständlich und ohne weitere Problematisierungen davon aus, dass der Verbraucher den Kreditvertrag nach § 1 I Nr. 1 HWiG a.F. grundsätzlich widerrufen konnte. Hätte sich der EuGH auf den Standpunkt gestellt, dass der Widerruf des Kreditvertrages aufgrund der vor seinem Abschluss erfolgten notariellen Beurkundung der treuhänderischen Vollmacht für den Immobilienerwerb bzw. des Kaufvertrages gar nicht mehr möglich wäre, so hätte er die Vorlage als unzulässig abweisen müssen, da es dann auf die Beantwortung der Vorlagefragen, die sich mit weiteren Voraussetzungen des Widerrufs und dessen Rechtsfolgen auseinander setzten,³⁶ für die Entscheidung des vorlegenden Gerichts gar nicht mehr angekommen wäre.³⁷

Der EuGH hat somit en passant und ohne weiter darauf einzugehen die Frage bejaht, ob der Widerruf eines in einer Haustürsituation ausgehandelten und einige Wochen später abgeschlossenen Darlehensvertrages auch dann noch möglich ist, wenn zwischenzeitlich die notarielle Beurkundung eines in engem Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehenden Kaufvertrages erfolgt ist. Die entgegenstehende Rechtsprechung des BGH ist damit obsolet.

Hintergrund der Entscheidung des EuGH dürfte die Erkenntnis sein, dass es faktisch für den Verbraucher keinen Unterschied machte, ob er den notariellen Kaufvertrag kurz nach³⁸ oder kurz vor dem Darlehensvertrag abschloss. In beiden Fällen wurden ihm die Immobilie und der Kredit über dieselbe Vermittlungsperson verschafft, die den Kontakt mit ihm aufnahm, die Verhandlungen führte und ihm schließlich die notwendigen Unterlagen sowohl für den Immobilienerwerb als auch für den Kredit besorgte. Es wäre lebensfremd anzunehmen, dass sich der Verbraucher in einer solchen Situation nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages noch nach einer unabhängigen Bank umsieht, um die Finanzierung der Immobilie zu ermöglichen. Diese Geschäfte wurden vielmehr als Einheit wahrgenommen; die genaue zeitliche Reihenfolge der Vertragsabschlüsse war zweitrangig. Es spricht für den Realitätssinn des EuGH, dass er dieser Reihenfolge offenbar ebenfalls keine rechtserhebliche Bedeutung beimisst.

- V. Pflicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta und der marktüblichen Zinsen durch den Verbraucher bei Widerruf eines mit der Belehrung über die Widerrufsmöglichkeit versehenen Kreditvertrages

³⁴ BGH XI ZR 27/04.

³⁵ Abgedruckt in NJW 2004, 2238f.

³⁶ EuGH C -229/04 Rn. 40.

³⁷ Vgl. EuGH Slg. 1995, I-4921 (Bosman) Rn. 59, 61; bestätigt in EuGH C-350/03 Rn. 43.

³⁸ So im Fall der Entscheidung EuGH C-350/03; Sachverhalt abgedruckt in NJW 2003, 2612 f.

§ 3 I 1 HWiG a.F. bestimmt, dass bei einem Widerruf eines (Kredit-)Vertrages nach § 1 I Nr. 1 HWiG a.F. jeder Teil verpflichtet ist, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzuerstatten. Der XI. Senat des BGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass damit die finanzierende Bank bei einem wirksamen Widerruf des Darlehensvertrages durch den Verbraucher einen Anspruch gegen diesen auf sofortige Erstattung des ausgezahlten Nettokreditvertrags zuzüglich der marktüblichen Zinsen hat.³⁹ Dies gelte auch dann, wenn die Darlehensvaluta nicht an den Darlehensnehmer, sondern an einen Dritten (den Verkäufer der Immobilie bzw. das Immobilienfondsanteils) ausgezahlt worden ist, da auch dann der Darlehensnehmer den Betrag im Sinne von § 607 BGB a.F. empfangen habe.⁴⁰ Anders sei dies nur, wenn es sich bei dem Darlehensvertrag und dem Kaufvertrag um ein verbundenes Geschäft handeln würde.⁴¹

Der XI. Senat verkennt zwar nicht, dass mit der Pflicht zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta und deren marktüblichen Verzinsung ein Widerruf des Darlehensvertrages wirtschaftlich wenig oder nicht interessant ist,⁴² zieht daraus aber keine praktischen Konsequenzen.⁴³

Zu einer anderen Betrachtungsweise gelangt der II. Senat des BGH. Jedenfalls im Falle des Beitritts des Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds⁴⁴ habe die finanzierende Bank keinen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta, wenn zwischen dem Partner des zu finanzierenden Geschäfts – dem Immobilienfonds – und der Bank eine über den Zahlungsfluss hinausgehende Verbindung besteht, etwa weil sich beide derselben Vertriebsorganisation bedienen. Der Verbraucher habe dann lediglich den mit dem Darlehen finanzierten Gesellschaftsanteil oder

³⁹ St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2003, 422, 423; NJW 2003, 885, 886.

⁴⁰ BGH NJW 2003, 422, 423.

⁴¹ BGH NJW 2003, 422, 423. Diese Feststellung hat allerdings keine tatsächlichen Auswirkungen auf die Rückzahlungspflicht des Verbrauchers bei Realkreditverträgen, da es sich bei diesen wegen § 3 II Nr. 2 VerbrKrG a.F. niemals um verbundene Verträge handeln kann. Diese Auffassung verstößt auch nicht gegen das Europarecht, vgl. oben II.

⁴² So ausdrücklich in BGH NJW 2003, 422, 423.

⁴³ Höchst bemerkenswert ist aus europarechtlicher Sicht, dass der XI. Senat es nicht nur für ausgeschlossen hält, dass der EuGH eine andere Auffassung vertreten könnte (Hoffmann, ZIP 2004, 49, 52 erblickt hier zu Recht eine Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 EG), sondern dass er es sogar für unmöglich erachtet, eine seiner Rechtsauffassung widersprechende Entscheidung des EuGH angesichts des Wortlauts von § 3 I HWiG a.F. in nationales Recht umzusetzen (BGH NJW 2004, 153, 154). Diese Betrachtungsweise verkennt grundlegend die unbedingte Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Europarecht zur Wirksamkeit zu verhelfen. Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass der EG-Vertrag unmittelbar anwendbar ist (EuGH Slg. 1963, 1, 25 ff, van Gend en Loos) und das Gemeinschaftsrecht eine „Rechtsordnung eigener Art“ darstellt (EuGH Slg. 1964, 1254, 1269, Costa ./ Enel). Insbesondere hielt der EuGH fest, dass „dem vom Vertrag geschaffenen Recht [...] keine wie immer gearteten Rechtsvorschriften vorgehen können“ (EuGH Slg. 1964, 1251, 1269 ff, Costa ./ Enel), so dass kollidierendes nationales Recht nicht angewendet werden darf (EuGH Slg. 1978, 629 ff, Simmenthal II). Ob es sich bei diesem Vorrang des Gemeinschaftsrechts um einen Geltungs- oder um einen Anwendungsvorrang handelt, ist zwar teilweise umstritten, doch wird allgemein von letzterem ausgegangen (vgl. nur Herdegen, Europarecht, Rn. 230 m.w.N.). Jedes nationale Gericht hat daher sein innerstaatliches Recht kritisch zu würdigen, um sich vor dessen Anwendung zu vergewissern, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist (Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Sache EuGH C-224/01, Köbler, Rn. 59). Der BGH wäre also *verpflichtet*, § 3 I HWiG unangewendet zu lassen, wenn dieser Europarecht entgegensteht und der BGH aufgrund des aus seiner Sicht klaren Wortlauts der Vorschrift eine europarechtskonforme Auslegung nicht für möglich hält.

⁴⁴ Zur Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf den unmittelbaren Erwerb von Immobilien siehe unten VIII.

– falls dieser nicht entstanden bzw. untergegangen sei – seine Rechte aus dem fehlgeschlagenen Gesellschaftsbeitritt zu übertragen.⁴⁵

Das LG Bochum hat in seiner Vorlage nach Art. 234 EG die Frage aufgeworfen, ob es dem Schutzzweck von § 1 HWiG – gemeint ist wohl: dem Schutzzweck der Richtlinie, denn der EuGH entscheidet nicht über nationales Recht, sondern nur über dessen Vereinbarkeit mit dem Europarecht – widerspricht, wenn der Widerrufende dem Darlehensgeber den an den Immobilienverkäufer ausbezahlten Darlehensbetrag erstatten muss, denn damit sei dem Gebot der Effektivität des Verbraucherschutzes nicht in genügender Weise Rechnung getragen.⁴⁶

Der EuGH hat auf diese Frage eine unmissverständliche Antwort gegeben: Es widerspricht nicht dem europäischen Recht, wenn ein Verbraucher, der ein ausschließlich der Finanzierung des Erwerbs einer Immobilie dienendes und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahltes Darlehen widerruft, die Darlehensvaluta sofort und zuzüglich der marktüblichen Zinsen zurückzahlen muss.⁴⁷ Zur Begründung verweist der EuGH darauf, dass nach Art. 5 II der Richtlinie der Verbraucher aus allen ihm aus dem Vertrag erwachsenden Verpflichtungen zu entlassen ist und dies bedeutet, dass sowohl für ihn als auch für den Darlehensgeber die ursprüngliche Situation wieder herzustellen ist; dies beinhaltet die Rückzahlung der Darlehensvaluta zuzüglich der marktüblichen Zinsen.⁴⁸

Die Rechtsprechung des XI. Senats ist damit – zumindest auf den ersten Blick – voll bestätigt worden.

Der EuGH hat jedoch betont, dass diese Verpflichtung nur dann zwangsläufig gilt, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nach Art. 4 der Richtlinie (§ 2 I 2, 3 HWiG a.F.) belehrt worden ist.

Diese Konstellation ist jedoch in der Praxis der „Schrottimmobiliengeschäfte“ relativ selten gewesen, da in den allermeisten Fällen eine Belehrung gerade nicht stattgefunden hat. Wesentlich relevanter ist daher die Antwort auf die Frage, ob eine Pflicht zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta auch dann besteht, wenn der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist; dazu sogleich unter VI.

VI. Pflicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta und der marktüblichen Zinsen durch den Verbraucher bei Widerruf eines ohne Belehrung über die Widerrufsmöglichkeit geschlossenen Kreditvertrages?

Wurde der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt, so entspricht die Verpflichtung, im Falle des Widerrufs die gesamte Darlehensvaluta zuzüglich der marktüblichen Zinsen zurückzuzahlen, *nicht zwangsläufig* dem europäischen Recht.⁴⁹ Zur Begründung verweist der EuGH zunächst darauf, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 III der Richtlinie dafür zu sorgen haben, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die

⁴⁵ BGH NJW 2004, 2731, 2733; der II. Senat behauptet in dieser Entscheidung mit der angesichts von § 3 II Nr. 2 VerbrKrG a.F. kaum nachvollziehbaren Begründung, es handle sich um ein verbundenes Geschäft, dass kein Widerspruch zur Rechtsprechung des XI. Senats vorliege. Aus Sicht des Verfassers wäre allerdings eine Vorlage nach § 132 II GVG an den Großen Senat angezeigt gewesen, um die unübersehbaren Widersprüche einer einheitlichen Lösung zuzuführen.

⁴⁶ LG Bochum NJW 2003, 2612, 2614 f; mit ähnlicher Begründung Hanseatisches OLG Bremen NJW 2004, 2238, 2242 unter Verweis auf EuGH Slg. 2202, I-10875 = NJW 2003, 275, 277, Cofidis.

⁴⁷ EuGH C-229/04 Rn. 49; C-350/03 Rn. 103.

⁴⁸ EuGH C-350/03 Rn. 88, 92.

⁴⁹ EuGH C-350/03 Rn. 94.

Belehrung über das Widerrufsrecht nicht erfolgt. Er stellt dann dar, dass, wenn die Verbraucher in dem beurteilten Sachverhalt rechtzeitig über ihr Widerrufsrecht nach § 1 I Nr. 1 HWiG a.F. belehrt worden wären, sie sieben Tage Zeit gehabt hätten, den Kreditvertrag rückgängig zu machen. Für den EuGH steht fest, dass, wenn sie sich zu diesem Widerruf entschlossen hätten, der Kaufvertrag in Anbetracht seines Verhältnisses zu dem Kreditvertrag nicht zustande gekommen wäre.⁵⁰ Damit hätte es der Verbraucher vermeiden können, sich den solchen Geschäften immanenten Risiken – überhöhte Bewertung der Immobilien zum Zeitpunkt des Kaufes, Risiko, die veranschlagten Mieteinnahmen nicht zu erzielen und falsche Erwartungen hinsichtlich der Entwicklung des Immobilienpreises⁵¹ - auszusetzen.⁵² Nach Auffassung des EuGH sind daher die Mitgliedstaaten aus Gründen des Verbraucherschutzes verpflichtet, dafür zu sorgen, dass nicht der Verbraucher diese Risiken trägt, sondern das Kreditinstitut, das seiner Belehrungspflicht nicht nachgekommen ist.⁵³

Diese Aussagen des EuGH, so kryptisch sie zunächst auch scheinen mögen, sind unter mehreren Gesichtspunkten bemerkenswert:

Signifikant ist zunächst, dass der EuGH mit seiner Entscheidung in wichtigen Teilbereichen von der Empfehlung des Generalanwalts P. Léger abgewichen ist. Dies verdient, da es nur relativ selten geschieht, eine besondere Beachtung und belegt die vertiefte Beschäftigung des EuGH mit der vorliegenden Problematik. Der Generalanwalt hatte zwar ebenfalls das Problem der fehlenden Belehrung des Verbrauchers durch das Kreditinstitut erkannt, dies doch nur insoweit berücksichtigt, dass er deswegen die Zahlung von marktüblichen Zinsen für europarechtswidrig ansah.⁵⁴ Die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta hielt er jedoch auch in dieser Konstellation für europarechtskonform.⁵⁵

Dieser Auffassung ist der EuGH ausdrücklich nicht gefolgt. Er stellt vielmehr fest, dass bei fehlender Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht eine Pflicht des Verbrauchers zur Rückzahlung der gesamten Darlehensvaluta zuzüglich der marktgerechten Zinsen durchaus europarechtswidrig sein kann. Insofern widerspricht er auch diametral der Auffassung des XI. Senats des BGH. Der EuGH hat damit aber noch nicht positiv festgelegt, welche Rechtsfolgen im nationalen Recht aus dem Widerruf des Darlehensvertrages folgen sollen; dazu sogleich unter VIII.

Bemerkenswert ist schließlich, dass der EuGH nicht nur im Fall C-350/03 zu dem Schluss gekommen ist, dass bei fehlender Belehrung die Pflicht zur Rückzahlung der gesamten Darlehensvaluta zuzüglich der marktüblichen Zinsen europarechtswidrig sein kann, sondern auch im Fall C-229/04. In letzterem erfolgte der Abschluss des Darlehensvertrages aber nicht, wie in C-350/03, *vor* dem Abschluss des Kaufvertrages, sondern *danach*.⁵⁶ Dennoch verweist⁵⁷ der EuGH auf seine dort vorgetragene Argumentation, dass im Falle einer ordnungsgemäßen Belehrung des Verbrauchers dieser die Möglichkeit gehabt hätte, den Kreditvertrag rückgängig zu machen und damit in Anbetracht des Verhältnisses zwischen dem Darlehensvertrag und dem Kaufvertrag Letzterer nicht zustande gekommen wäre.⁵⁸

⁵⁰ EuGH C-350/03 Rn. 97.

⁵¹ EuGH C-350/03 Rn. 52.

⁵² EuGH C-350/03 Rn. 99.

⁵³ EuGH C-350/03 Rn. 100.

⁵⁴ Stellungnahme des Generalanwalts zur Rechtssache C-350/03 Rn. 75 ff.

⁵⁵ Stellungnahme des Generalanwalts zur Rechtssache C-350/03 Rn. 58 ff.

⁵⁶ Zu den näheren Einzelheiten vgl. oben IV.

⁵⁷ EuGH C-229/04 Rn. 47.

⁵⁸ Nach welchen Vorschriften des deutschen Rechts sich der Verbraucher nach dem Widerruf des Darlehensvertrages von dem zuvor geschlossenen Kaufvertrag hätte lösen können, lässt der EuGH offen – zu Recht, denn die Auslegung des nationalen Rechts ist nicht seine Aufgabe. Denkbar er-

Die Rechtsprechung des EuGH bezieht sich also auf alle Fälle, in denen die vor Vertragsabschluss durchgeführten Vertragsverhandlungen sowohl hinsichtlich des notariell beurkundeten Immobilienkaufvertrages als auch des ausschließlich der Finanzierung dienenden Darlehensvertrages in einer Haustürsituation erfolgten, ganz gleich, in welcher zeitlichen Reihenfolge die Verträge dann später abgeschlossen wurden.⁵⁹

VII. Konsequenzen für die Rückabwicklung widerrufenen Darlehensverträge

Der EuGH hat festgestellt, dass es, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, nicht dem Europarecht widerspricht, ihn zur Rückzahlung der gesamten Darlehensvaluta zuzüglich der marktüblichen Zinsen zu verpflichten. Diese Fallkonstellation ist daher auch hinsichtlich der Rechtsfolgenseite im nationalen Recht abschließend diskutiert.

Ganz anders verhält es sich aber, wenn der Verbraucher bei Abschluss des Darlehensvertrages über sein Widerrufsrecht nicht belehrt worden ist. In diesem Fall ist die Verpflichtung zur Rückzahlung der gesamten Darlehensvaluta und der marktüblichen Zinsen nicht zwangsläufig europarechtskonform.⁶⁰ Die Mitgliedstaaten sind vielmehr verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der diesen Geschäften immanenten Risiken – Überteuering und Wertverlust der Immobilie, Ausfall der garantierten Mieten – tragen.⁶¹ Diese Risiken sind folglich der anderen Vertragspartei, den finanzierenden Banken, aufzuerlegen. Entgegen manchen zuvor in der Literatur vorgetragenen Hoffnungen⁶² äußert sich der EuGH allerdings nicht dazu, auf welche Art und Weise diese vorgegebene Risikoverteilung im nationalen

scheint es, hier mit den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu arbeiten: Das Fortbestehen des Darlehensvertrages ist objektive Geschäftsgrundlage für den Immobilienkaufvertrag, denn ohne ihn macht der Kaufvertrag keinen Sinn mehr. Dies war auch dem Veräußerer der Immobilie bekannt, da er sich derselben Vermittlungsperson wie die Darlehensgeberin bediente und ihm daher das Wissen dieser Vermittlungsperson zugerechnet werden kann, vgl. BGH WM 1990, 479f., WM 1992, 1016. Zwar trägt grundsätzlich der Geldleistungsschuldner das Risiko der Geldbeschaffung und der Finanzierung (BGH NJW 1983, 1489, 1490; Palandt, § 313 Rn. 15). Dies gilt jedoch nur für das typische Risiko eines in typischer Weise zustande gekommenen Vertrages (Palandt, § 313 Rn. 16). In den „Schrottimmobilienfällen“ kamen die Immobilienkaufverträge aber gerade nicht in typischer Weise zustande, sondern waren lediglich Bestandteile eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells, wie der EuGH in C-350/03 Rn. 81 festgestellt hat. Bei diesem Modell versucht der Immobilienverkäufer, sein Ausfallrisiko zu reduzieren, indem er eng mit der finanzierenden Bank zusammenarbeitet. Es ist daher angemessen, ihn auch am Risiko des Nichtzustandekommens des Darlehensvertrages zu beteiligen; in dieser Richtung auch Palandt, § 313 Rn. 37 sowie im Ergebnis wohl aufgrund ähnlicher Überlegungen bei Leasingverträgen BGH NJW 1982, 105, 107. Das Verlangen des Immobilienverkäufers, den Kaufvertrag trotz des wirksam widerrufenen Darlehensvertrages durchzuführen, würde damit gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstoßen (Palandt, § 313 Rn. 44). Problematisch wäre dann allenfalls noch, dass der Verbraucher durch seinen Widerruf den Wegfall der Geschäftsgrundlage quasi selbst bewirkt hat. Damit kann er daraus grundsätzlich keine Rechte herleiten (st. Rspr., vgl. nur BGH NJW 1995, 2031, 2032 m.w.N.). Voraussetzung dafür ist aber, dass der Entschluss des Verbrauchers zum Rücktritt auf dessen freier Willensentschließung beruht und er allein ihn somit verschuldet hat; so wohl auch Palandt § 313 Rn. 17. Diese Betrachtungsweise greift aber bei einem Widerruf nach § 1 I Nr. 1 HWiG a.F. zu kurz, denn dessen Zweck ist es gerade, den Verbraucher vor Überrumpelung und übereilten Entschlüssen (Palandt, Einl. z. HWiG Rn. 2) und somit letztendlich in seiner freien Willensentschließung zu schützen. Das Verhalten eines Verbrauchers, das von einer Rechtsnorm geradezu gewünscht ist, kann aber nicht dazu führen, dass ihm daraus nach einer anderen Norm Nachteile entstehen.

⁵⁹ Damit ist auch die entgegenstehende Rechtsprechung des OLG Thüringen in 5 U 250/03, bestätigt durch BGH XI ZR 27/04, obsolet, vgl. oben IV.

⁶⁰ EuGH C-350/03 Rn. 94.

⁶¹ EuGH C-350/03 und C-229/04.

⁶² Vgl. nur Hoffmann, ZIP 2004, 49, 57.

Recht umzusetzen ist. Im Folgenden soll daher versucht werden, einige Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen und zu bewerten.

Die Richtlinie verliert ihre Wirkung nicht mit dem Ergehen des nationalen Umsetzungsakts - hier dem HWiG – sondern entfaltet, solange sie besteht, eine *umfassende Maßstabswirkung*. Das bedeutet, dass alle Träger der öffentlichen Gewalt verpflichtet sind, das gesamte nationale Recht sowohl im Staat-Bürger-Verhältnis als auch im Verhältnis von Privaten untereinander mit Vorrang gemeinschaftsrechtskonform auszulegen.⁶³ Dafür haben insbesondere die nationalen Gerichte zu sorgen,⁶⁴ die die Auslegung des nationalen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie⁶⁵ auszurichten haben.⁶⁶ Diese richtlinienkonforme Auslegung – bzw. die Nichtanwendung von dem Gemeinschaftsrecht explizit entgegenstehendem nationalem Recht⁶⁷ - darf auch zu Lasten von Individuen gehen,⁶⁸ denn es handelt sich hierbei nicht um die vom EuGH in ständiger Rechtsprechung abgelehnte horizontale Drittwirkung zu Lasten des Einzelnen bei nicht umgesetzten Richtlinien,⁶⁹ sondern lediglich um die Maßstabswirkung bereits umgesetzter Richtlinien.⁷⁰ Aufgrund der bereits erfolgten Umsetzung entfällt damit das gegen die horizontale Drittwirkung bei nicht umgesetzten Richtlinien vorgetragene Argument, dass es dem Einzelnen nicht zugemutet werden könne, in schwierige Überlegungen darüber einzutreten, ob sich eine bestimmte Richtlinie vom Inhalt her für eine unmittelbare Anwendbarkeit eignet und für ihn Pflichten im innerstaatlichen Recht begründen kann,⁷¹ denn bei der Maßstabswirkung geht es demgegenüber nur noch um die Frage, wie der EuGH und ihm folgend die nationalen Gerichte *eine bereits umgesetzte Richtlinie konkret auslegen* - und dieses „Auslegungsrisiko“, das auch zu seinen Lasten gehen kann, hat der Einzelne ebenso wie bei jeder gültigen Norm des nationalen Rechts zu tragen.⁷²

Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen des Widerrufs im deutschen Recht haben sich die Gerichte an den beiden vom EuGH festgelegten Grundsätzen zu orientieren: Zum einen ist sowohl für den Verbraucher als auch für den Darlehensgeber die ursprüngliche Situation wiederherzustellen⁷³, zum anderen muss dabei das Kreditinstitut die Folgen der Verwirklichung der Risiken des gesamten Geschäfts tragen.⁷⁴

Für eine möglichst praxisnahe und interessengerechte Antwort empfiehlt sich eine Differenzierung anhand der Frage, ob die sich die erworbene Immobilie bzw. der Fondsanteil noch im Eigentum des Verbrauchers befindet (a) oder nicht (b).

a) der Verbraucher ist noch Eigentümer der Immobilie bzw. des Fondsanteils

Als Anspruchsgrundlage für Rückzahlungspflichten des Verbrauchers gegenüber der Bank kommt § 812 I 1 Alt. 1 BGB in Betracht, da mit dem Widerruf des Darlehensvertrages der Rechtsgrund für die Ausreichung der Darlehenssumme an den Verbraucher entfallen ist. Voraussetzung für den Bereicherungsanspruch ist, dass der

⁶³ Kahl, in Calliess/Ruffert, Art. 10 EGV Rn. 40.

⁶⁴ Allg. Meinung, vgl. nur Streinz, Art. 10 EGV Rn. 35; aA wohl Hoffmann, ZIP 2004, 49, 56, der primär den Gesetzgeber in der Pflicht sieht.

⁶⁵ Gemeint ist damit: Wortlaut und Zweck der Richtlinie *in der vom EuGH gefundenen Auslegung*.

⁶⁶ Kahl, in Calliess/Ruffert, aaO.

⁶⁷ EuGH Slg. 1978, 629 ff, Simmenthal II.

⁶⁸ Etwas unklar hierzu Streinz, aaO.

⁶⁹ EuGH Slg. 1986, 723 Rn. 48, Marshall I; Slg. 1994, I-3325, Faccini Dori.

⁷⁰ So auch Kahl, in Calliess/Ruffert, aaO., m.w.N. und unter Hinweis auf EuGH Slg. 1995, I-2189, Rn. 26, 39f., Großkrotzenburg.

⁷¹ Vgl. zu dieser Argumentation Herdegen, Europarecht, Rn. 185.

⁷² Dies erkennt Langenfeld, DÖV 1992, 955, 964, m.w.N.

⁷³ EuGH C-350/03 Rn. 88.

⁷⁴ EuGH C-350/03 Rn. 100.

Verbraucher überhaupt etwas erlangt hat. Wenn sämtliche Darlehensbeträge aber von der Bank direkt an den Immobilienverkäufer bzw. an einen Treuhänder überwiesen worden sind, stellt sich die Frage, ob der Verbraucher überhaupt etwas erlangt hat, da er niemals eine eigene Berechtigung an den Kreditbeträgen hatte.⁷⁵ Diese Auffassung greift aber zu kurz und verkennt, dass der Verbraucher immerhin Eigentümer einer Immobilie bzw. eines Immobilienfondsanteils geworden ist, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn die Bank nicht die Darlehenssumme an den Verkäufer ausbezahlt bzw. dieser – bei Abschluss des Kaufvertrages vor dem Darlehensvertrag - auf eine zukünftige Auszahlung vertraut hätte. Es kann letztendlich keinen Unterschied machen, ob die Bank das Geld zunächst an den Verbraucher überwies und dieser es an den Immobilienverkäufer weiterleitete oder ob es direkt von der Bank an den Verkäufer floss. Die Anwendung von § 812 I 1 Alt. 1 BGB kann also nicht mit dem Hinweis abgelehnt werden, der Verbraucher habe gar nichts erlangt.

In der Rechtsprechung wird jedoch erwogen, eine Rückzahlungspflicht unter Hinweis auf § 817 S. 2 BGB generell abzulehnen.⁷⁶ Hintergrund ist die Überlegung, dass derjenige, der sich durch gesetzwidriges Handeln – hier den Abschluss eines Darlehensvertrages unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 2 I 2, 3 HWiG a.F. - außerhalb der Rechtsordnung stellt, Rechtsschutz auch nicht bezüglich der Rückabwicklung beanspruchen können soll.⁷⁷ Es ist allgemein anerkannt, dass § 817 S. 2 auch dann gilt, wenn entgegen dem Wortlaut („gleichfalls“) nur dem Leistenden ein Gesetzesverstoß zur Last fällt.⁷⁸ Die Konsequenz daraus wäre allerdings, dass der Verbraucher sowohl die Immobilie bzw. den Fondsanteil behalten kann als auch zusätzlich noch die bereits bezahlten Raten zurückerstattet bekommt. Er hätte damit völlig kostenlos eine Immobilie bzw. einen Fondsanteil erworben. Diese letztendlich nicht gewünschte, weil zu weit reichende Konsequenz wird auch in Rechtsprechung und Literatur gesehen⁷⁹ und führt letztendlich dazu, dass am völligen Kondiktionsausschluss nur festgehalten wird, wenn das Geld zu verbotenen Zwecken, etwa zu verbotenem Spiel, überlassen wurde.⁸⁰ Diese Konstellation ist dem Verkauf überteuerter Immobilien bei Haustürgeschäften unter Missachtung der Belehrungspflicht, so moralisch fragwürdig sie auch sein mag, nicht vergleichbar. Außerdem ist das Gebot des EuGH, dass die ursprüngliche Situation wiederhergestellt werden muss, zu beachten. Vorstellbar ist daher, eine *Teilreduktion* der Rückzahlungsverpflichtungen des Verbrauchers vorzunehmen.⁸¹ Dies könnte in der Weise geschehen, dass dem Verbraucher besonders lange Rückzahlungsfristen bezüglich der ausgereichten Darlehensvaluta eingeräumt werden, da der Darlehenssumme die Valuta direkt an den Verkäufer bzw. an einen Treuhänder ausgekehrt hat und daher damit rechnen musste, dass im Fall des Widerrufs die Summe nicht im Vermögen des Darlehensnehmers frei verfügbar ist.⁸² Dabei wird davon ausgegangen, dass die nach § 3 I 1 HWiG empfangene und damit zurückzugewährende Leistung in jedem Fall die Darlehensvaluta ist.⁸³

⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1982, 2433, 2436.

⁷⁶ Hanseatisches OLG Bremen NJW 2004, 2238, 2241.

⁷⁷ MüKo-Lieb, § 817 Rn. 9.

⁷⁸ St. Rspr., vgl. nur RGZ 161, 52, 55; BGH WM 1993, 1765, 1767.

⁷⁹ MüKo-Lieb, aaO., Rn. 16 ff m.w.N.

⁸⁰ MüKo-Lieb, aaO., Rn. 23.

⁸¹ Medicus, Gedächtnisschrift Dietz, S. 61, 63, entwickelt zur Problematik der Rückzahlung wucherischer Kredite; ebenso MüKo-Lieb, aaO., Rn. 17 ff; BGH NJW 1975, 638 = BGHZ 63, 365 ff (Bordellpachtverträge).

⁸² Hoffmann, ZIP 2004, 49, 56, der dafür eine „richtlinienkonforme Auslegung des § 271 BGB“ empfiehlt.

⁸³ So auch BGH NJW 2004, 153, 154.

Diese Betrachtungsweise greift allerdings zu kurz, denn sie verkennt, dass der Verbraucher letztendlich wirtschaftlich gesehen nicht die Darlehensvaluta empfangen hat, sondern, weil das Darlehen an einen Dritten ausbezahlt wurde, (lediglich) den mit dem Darlehen finanzierten Fondsanteil bzw. die Immobilie.⁸⁴ Dies muss im Lichte der neuesten EuGH-Rechtsprechung auch dann gelten, wenn es sich nicht um ein verbundenes Geschäft iSv § 9 VerbrKrG a.F. handelt, denn es ist sach- und interessengerecht, den Rückgewähranspruch des Kreditinstitutes auf die Übertragung des Fondsanteils bzw. der Immobilie zu beschränken.⁸⁵ Nur auf diese Weise wird nämlich auch der vom EuGH geforderten Risikoverteilung zu Lasten des Kreditinstitutes⁸⁶ Rechnung getragen, denn nur so trägt die Bank tatsächlich die dem Geschäft immanenten Risiken, dass die Immobilie zum Zeitpunkt des Kaufes zu hoch bewertet wurde, sich die veranschlagten Mieteinnahmen nicht erzielen lassen und sich die Erwartungen in Bezug auf die Entwicklung des Immobilienpreises als falsch erweisen. Dieses Ergebnis lässt sich hervorragend mit dem Wortlaut von § 3 I HWiG a.F. vereinbaren, da „empfangene Leistung“ ohne weiteres europarechtskonform als „tatsächlich in wirtschaftlicher Hinsicht empfangene Leistung“ ausgelegt werden kann und somit gerade den tatsächlich empfangenen Fondsanteil bzw. die tatsächlich übereignete Immobilie meint.

b) der Verbraucher ist nicht mehr Eigentümer der Immobilie bzw. des Fondsanteils

Wenn der Verbraucher nicht mehr Eigentümer der Immobilie bzw. des Fondsanteils ist, schließt dies sein Widerrufsrecht nicht aus.⁸⁷ Fraglich ist aber, worauf sich in diesem Fall seine Herausgabeverpflichtung bezieht.

Es kann nicht sein, dass er statt dessen zur Herausgabe der Darlehensvaluta verpflichtet ist, denn dies würde ihn zum einen ungerechtfertigter Weise deutlich schlechter stellen als den Verbraucher, der noch Eigentümer der Immobilie bzw. des Fondsanteils ist, und zum anderen würde man auf diese Weise der vom EuGH vorgegebenen Risikoverteilung (vgl. a) nicht gerecht.

Andererseits darf das Kreditinstitut auch nicht vollkommen rechtlos gestellt werden, weil damit dem Gebot des EuGH, die ursprüngliche Situation wieder herzustellen, nicht genügt würde.

Es gilt also, auch hier eine interessengerechte Lösung zu finden – unter der vom EuGH gesetzten Prämisse, dass das Kreditinstitut die dem Geschäft immanenten Risiken zu tragen hat.

Nach § 3 I 2 HWiG a.F. hat der Verbraucher dem Kreditinstitut den Wert der Sache zu ersetzen, wenn er die Unmöglichkeit – also die Tatsache, dass sich die Immobilie bzw. den Fondsanteil nicht herausgeben kann, weil sie sich nicht mehr in seinem Eigentum befindet – zu vertreten hat; dies ist nach § 3 II HWiG a.F. m. f. l. e. f. e. l. e. n. d. e. r.

⁸⁴ BGH NJW 2004, 2731, 2733. Diese Entscheidung erging zwar nur hinsichtlich von Immobilienfondsanteilen, doch ist sie auch auf den Erwerb von Immobilien anzuwenden, wenn die sonstigen Voraussetzungen – zwischen der Bank und dem Verkäufer besteht eine über den bloßen Zahlungsfluss hinausgehende Verbindung, weil sich beide derselben Vertriebsorganisation bedienen – gegeben ist. Es ist nicht einzusehen, warum der Erwerber einer Immobilie schlechter gestellt werden soll als der Erwerber eines Fondsanteils, denn die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen und Folgen des Geschäfts sind dieselben. Dafür spricht auch, dass der EuGH in den beiden zu besprechenden Entscheidungen, bei denen es um den Erwerb von Immobilien ging, keinerlei Unterschiede zum Erwerb von Immobilienfonds aufzeigte.

⁸⁵ Zustimmend Nittel, NJW 2004, 2712, 2715.

⁸⁶ EuGH C-350/03 Rn. 100.

⁸⁷ Palandt, 60. Aufl., § 3 HWiG, Rn. 7.

Belehrung aber nur dann der Fall, wenn er die *diligentia quam in suis* nicht beachtet hat.

In der Praxis ist die Unmöglichkeit in den allermeisten Fällen nicht Folge eines freiwilligen Verkaufs der Immobilie bzw. des Fondsanteils – wirtschaftlich wäre dies aufgrund des überhöhten Kaufpreises und der nicht wie erhofft fließenden Mieteinnahmen auch gar nicht sinnvoll gewesen -, sondern einer auf Betreiben des Kreditinstituts erfolgten Zwangsversteigerung, weil die zumeist wenig begüterten Käufer aufgrund der ausbleibenden Mieteinnahmen ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr in der Lage waren, die Darlehen zu bedienen. Damit ist aber die Unmöglichkeit letztendlich auf ein Risiko zurückzuführen, das gemäß der EuGH-Rechtsprechung das Kreditinstitut zu tragen hat.⁸⁸

Das Kreditinstitut hat somit gegen den Verbraucher keinen Anspruch auf Wertersatz für die Immobilie bzw. den Fondsanteil.⁸⁹

Allerdings hat der Verbraucher gemäß § 3 III HWiG a.F. den Wert für die Überlassung des Gebrauchs bzw. der Benutzung bis zum Zeitpunkt des Widerrufs zu vergüten. Dies bedeutet, dass er insbesondere die realisierten Mieteinnahmen herauszugeben hat. Davon sind allerdings die notwendigen Aufwendungen (Wohngeld, Reparaturen etc) abzuziehen (§ 3 IV HWiG a.F.), und zwar ohne die zeitliche Grenze der Ausübung des Widerrufs.⁹⁰

IX. Ansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland

Der XI. Senat des BGH hat es ausgeschlossen gehalten, dass der EuGH verlangen könnte, dass der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta im Falle eines Widerrufs des Kreditvertrages nicht an die Darlehensgeberin zurückzahlen muss. Er hielt es darüber hinaus für unmöglich, eine entsprechende Entscheidung in deutsches Recht umzusetzen.⁹¹

Nachdem der EuGH nunmehr ausdrücklich dargelegt hat, dass bei einer unterlassenen Widerrufsbelehrung sehr wohl die Pflicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta entfallen kann, steht zu befürchten, dass der BGH diese Entscheidung in seiner Rechtsprechung nicht oder nur unvollständig berücksichtigen wird. Daher ist abschließend untersuchen, ob den Verbrauchern in einem solchen Fall Staatshaftungsansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland zustehen.

Der EuGH hat erstmals in seinem wegweisenden Urteil Köbler⁹² umfassend zur Haftung der Mitgliedsstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen Stellung genommen.

In seinen Schlussanträgen hatte bereits der Generalanwalt Léger ausgeführt, dass die mit der Anwendung des gemeinschaftsrecht betrauten nationalen Gerichte einen unabdingbaren Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung darstellen, indem sie an der Schnittstelle zwischen dem nationalen und dem europäischen Rechtssystem einen wichtigen Beitrag zu wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts leis-

⁸⁸ EuGH C-350/03 Rn. 100.

⁸⁹ Der BGH fordert im Falle eines untergegangenen Fondsanteils etwas nebulös die Übertragung der Rechte aus dem fehlgeschlagenen Gesellschaftsbeitritt (BGH NJW 2004, 2731, 2733), ohne dies jedoch näher zu konkretisieren. Dem ist zuzustimmen, soweit damit die Übertragung derjenigen Rechte, die der Verbraucher an der Immobilie bzw. an dem Fondsanteil tatsächlich noch hat, gemeint ist.

⁹⁰ Palandt, 60. Aufl., § 3 HWiG, Rn. 18f.

⁹¹ BGH NJW 2004, 153, 154.

⁹² EuGH C-224/01.

ten;⁹³ daher könnten sie sogar in einem symbolischen Sinne als ordentliche Gemeinschaftsgerichte bezeichnet werden.⁹⁴

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH hat jeder Mitgliedstaat dem Einzelnen gegenüber für Schäden zu haften, die diesem aus dem Staat zurechenbaren Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen.⁹⁵

Dieser Grundsatz gilt für jeden Verstoß eines Mitgliedsstaats gegen Gemeinschaftsrecht, unabhängig davon, welches mitgliedstaatliche Organ den Verstoß begangen hat.⁹⁶ Damit führt auch die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch ein letztinstanzliches nationales Gericht zu einer Schadensersatzpflicht des betreffenden Mitgliedsstaats.⁹⁷

Dies gilt allerdings nur dann, wenn die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen dem Verstoß und dem Schaden ein hinreichender Kausalzusammenhang besteht.⁹⁸ Ferner muss das Gericht *offenkundig* gegen das geltende Recht verstoßen haben.⁹⁹ Ob dies der Fall ist, bestimmt sich anhand des jeweiligen Einzelfalles; unter anderem sind das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums und die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 III EG zu berücksichtigen. Ein hinreichend qualifizierter Gemeinschaftsrechtsverstoß liegt jedenfalls dann vor, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des EuGH offenkundig verkennt.¹⁰⁰

Diese Voraussetzungen dürften angesichts der klaren Sprache, die der EuGH in den zu besprechenden Entscheidungen gefunden hat, erfüllt sein. Insbesondere ist es offenkundig, dass es der EuGH im Falle einer unterlassenen Widerrufsbelehrung für gemeinschaftsrechtswidrig hält, den Verbraucher zur Rückzahlung der Darlehensvaluta zu verpflichten. Sollte der BGH seine entgegenstehende Rechtsprechung nicht aufgeben, ist die Bundesrepublik Deutschland den betroffenen Verbrauchern zum Ersatz der daraus entstehenden Schäden verpflichtet.

X. Fazit

⁹³ Schlussanträge zu EuGH C-224/01, Rn. 53.

⁹⁴ AaO., Rn. 66. Da sich die nationalen Gerichte an der Rechtsauslegung des EuGH orientieren, kann er sogar als „Motor der Rechtsvereinheitlichung“⁹⁴ bezeichnet werden (Starck, Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, S. 12). Die dogmatische Begründung für eine somit faktisch existierende Befugnis des EuGH zur Rechtsetzung ist im Einzelnen umstritten (vgl. nur Müller/Christensen, Juristische Methodik, S. 163 auf der einen und Dänzer-Vanotti, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1992, 733, 735, auf der anderen Seite). Die Gegenauffassung will dem Richter keinerlei rechtsschaffende Funktion zuerkennen. Sie sieht ihn in der Tradition Montesquieus lediglich als „bouche de la loi“, der nur vorträgt, was der Gesetzgeber ihm vorgeschrieben hat. Diese vor allem in Frankreich vertretene Auffassung sieht es als unmöglich an, dass der Richter selbst juristische Regeln schaffen kann (vgl. nur Ripert, Les forces créatrices du droit, S. 383 f.).

Allerdings hat sich auch in Frankreich die Erkenntnis durchgesetzt, dass in der Praxis Rechtsprechung ohne jede Rechtschöpfung unmöglich ist (vgl. z.B. Lavroff, Le droit constitutionnel de la V^e République, S. 212 ff; im Ergebnis wohl auch Ripert, aaO., S. 384, der aber darauf beharrt, dass es sich lediglich um „Auslegung“ handelt) und letztendlich, da es Lücken und Unklarheiten im Gesetz immer geben wird, auf eine Rechtsverweigerung hinauslaufen würde. Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland wird daher mittlerweile den Gerichten – und damit auch dem EuGH – eine Befugnis zur Rechtsfortbildung grundsätzlich zugestanden (vgl. z. B. BverfGE 75, 223, 242 f.; Streinz, aaO., Art. 220 Rn 11; Dänzer-Vanotti, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, S. 205).

⁹⁵ EuGH Slg. 1996, I-1029, Brasserie du pêcheur und Factortame; Slg. 1999, I-3099, Konle; C-224/01, Köbler, Rn. 30 m.w.N.

⁹⁶ EuGH Slg. 1996, I-1029, Brasserie du pêcheur und Factortame, Rn. 31.

⁹⁷ EuGH C-224/01, Köbler, Rn. 36.

⁹⁸ EuGH Slg. 2000, I-5123, Haim, Rn. 36; bestätigt in EuGH C-224/01, Köbler, Rn. 51.

⁹⁹ EuGH C-224/01, Köbler, Rn. 53.

¹⁰⁰ EuGH C-224/01, Köbler, Rn. 54 ff; zust. Kluth, DVBI 2004, 393, 398.

Der EuGH hat mit den vorliegenden Entscheidungen die rechtliche Aufarbeitung der „Schrottimmobilien“-Problematik in Deutschland einen großen Schritt vorangebracht. Er hat dabei einen ausgewogenen Ausgleich zwischen den Interessen der Verbraucher und der Kreditinstitute gefunden, indem er eine klare Differenzierung anhand der jeweiligen Sachverhaltskonstellationen vornahm: Wurde der Verbraucher über sein Widerrufsrecht hinsichtlich des Darlehensvertrages ordnungsgemäß belehrt, so spricht nichts dagegen, ihm sämtliche dem Geschäft typischerweise innewohnenden Risiken aufzubürden. Hat die Bank aber ihrer Belehrungspflicht nicht entsprochen, so hat sie die entsprechenden Risiken zu tragen. Letzteres führt dazu, dass sie im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages durch den Verbraucher keinen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta hat.

Es bleibt abzuwarten, inwieweit Karlsruhe den Vorgaben aus Luxemburg folgen wird. Sollte er sich dem verweigern, werden letztendlich der deutsche Staat und damit der Steuerzahler für die fragwürdigen Geschäftspraktiken einiger Kreditinstitute geradezustehen haben. So weit sollte es der BGH nicht kommen lassen.