

Zur Europarechtswidrigkeit der Schrottimobilien-Rechtsprechung des XI. Senates –

Die Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung zur Haustürwiderrufs-RiL 85/577/EWG durch deutsche Gerichte

Von Univ.-Prof. Dr. Thomas M. J. Möllers und wiss. Hilfskraft Pia Grassl (Maître en droit, Paris II), Augsburg*

Seitdem der EuGH in der Entscheidung *Heininger* von 2001¹ die Anwendbarkeit der Haustürwiderrufs-RiL 85/577/EWG² auf Realkreditverträge bejaht und dieses Auslegungsergebnis auf nationaler Ebene im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung Berücksichtigung gefunden hat,³ erhitzt der Streit um die richtige Umsetzung der Folgeentscheidungen *Schulte*⁴ und *Crailsheimer Volksbank*⁵ durch die nationalen Gerichte die Gemüter. Beide Urteile betrafen vorrangig Fragen im Zusammenhang mit den Folgen eines nach Haustürwiderrufsrecht widerrufenen Kreditvertrages. Das große Interesse, das diesen Entscheidungen von Verbraucher- wie von Bankenseite beigemessen wird, erklärt sich aus der Bedeutung dieser Rechtsprechung für solche Kapitalanlagemodelle, die hierzu-lande unter der Bezeichnung „Schrottimobilien“⁶ zweifelhafte Berühmtheit erlangt haben und dieser Rechtsprechung eine immense finanzielle Bedeutung sichern.⁷ Das juristische Interesse liegt in der mittlerweile zwar fast schon altbekannten, aber dennoch wenig konsensträchtigen Problematik der richtlinienkonformen Auslegung begründet.⁸ Der vorliegende Beitrag möchte die Umsetzung der von den europäischen Richtern in den Entscheidungen *Heininger*⁹, *Schulte*¹⁰ und *Crailsheimer Volksbank*¹¹ bzgl. der Widerruffolgen gemachten Vorgaben durch die nationalen Gerichte und insbesondere durch den dabei federführenden XI. Senat¹² des BGH (erneut) einer rechtsdogmatischen Beurteilung unterziehen.¹³ Zu diesem Zweck sind zunächst die vagen und in ihrer genauen Bedeutung umstrittenen Vorgaben auf europäischer Ebene zu erläutern (A.), bevor sodann die nationale Umsetzungsrechtsprechung darzustellen (B.) und zu bewerten ist (C.). Die Betrachtungen schließen mit einer Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse sowie einem kurzen Ausblick zur Entwicklung des Haustürwiderrufsrechts in Anbetracht der neuen Richtlinie über Rechte der Verbraucher (D.).

A. Minimumharmonisierung auf europäischer Ebene

Will man die Europarechtskonformität der nationalen Rechtsprechung in Bezug auf die Haustürwiderrufs-RiL überprüfen, muss zunächst der hierfür beachtliche Maßstab festgelegt werden. Dieser ergibt sich primär aus der Richtlinie selbst (I.). Die Auslegung der einzelnen Richtlinienvorschriften kommt dabei dem EuGH zu, Art. 234 Abs. 1 EG (II.). Letztlich sind aber auch die nicht immer eindeutigen Entscheidungen der europäischen Richter einer Interpretation zu unterziehen (III.), um das von ihnen geforderte Verbraucherschutzniveau (IV.) konkretisieren zu können.

I. Die Vorgaben der Haustürwiderrufs-RiL

Grundsätzlich ergeben sich die Widerruffolgen nicht aus dem europäischen Sekundärrecht, sondern aus dem einzelstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten, wie die Rückverweisklausel¹⁴ des Art. 7 Haustürwiderrufs-RiL verdeutlicht.

* Professor Dr. Thomas M. J. Möllers ist Inhaber des Jean-Monnet-Lehrstuhls - Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Augsburg. Pia Grassl ist dort als wiss. Hilfskraft tätig.

1 EuGH, C-481/99, *Heininger*, Slg. 2001, I-9945 = VuR 2002, 65.

2 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, S. 31.

3 BGHZ 150, 248 (*Heininger II*) = NJW 2002, 1881, 1883 f.; vgl. auch BGHZ 152, 331 = NJW 2003, 422. Die intertemporär anwendbaren Vorschriften des § 5 Abs. 2 HWiG sowie des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG sind mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz v. 26.11.2001, BGBl. I 2001 S. 3137 (in Kraft seit 01.01.2002) in § 312a BGB bzw. § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB aufgegangen. Auch § 312a BGB wird heute einhellig richtlinienkonform dahin ausgelegt, dass sein Anwendungsbereich nur dann eröffnet ist, wenn dem Verbraucher tatsächlich (konkreter Anwendungsbereich) ein Widerrufsrecht nach anderen Vorschriften zusteht, MünchKomm/Masuch, 5. Aufl. 2007 § 312a Rn. 5, 10.

4 EuGH, C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215 = VuR 2005, 419, NJW 2005, 3551.

5 EuGH, C-229/04, *Crailsheimer Volksbank*, Slg. 2005, I-9293 = VuR 2005, 423.

6 Dabei handelt es sich um Konstellationen, in denen der Erwerb einer oftmals maßlos überbewerteten Immobilie bzw. der Beitritt zu einem unrentablen Immobilienfonds durch ein von einem Kreditinstitut gewährtes und durch eine Grundschuld an der Immobilie gesichertes Darlehen (Realkredit) finanziert wird. Solche Verträge wurden in Deutschland in den 90er-Jahren zu tausenden von finanziell schwachen Verbrauchern abgeschlossen, um ohne die Aufwendung von Eigenkapital einen Gewinn aus staatlich gewährten Steuervergünstigungen zu schlagen und/oder sich im Alter abzuziehen. Für eine genaue Beschreibung der Umstände und Varianten vgl. *Derleder*, KJ 2009, 3; *Frings*, VuR 2004, 404.

7 *Ahr*, VuR 2007, 339 spricht von „insgesamt milliardenschweren Schäden bei hunderttausenden von Betroffenen“. *Frings*, VuR 2004, 404, konkretisiert dies unter Berufung auf Schätzungen von Verbrauchernanwälten und spricht von einem ausgezahlten Kreditvolumen von insgesamt 26 Milliarden DM, das auf rund 300.000 Immobilienerwerber verteilt wurde.

8 Vgl. allgemein zur richtlinienkonformen Auslegung z.B. *Möllers/Möhrling*, JZ 2008, 919; *Langenbucher-Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008, S. 26 ff.; *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 264 ff.; *Riesenhuber-Roth*, Europäische Methodenlehre, 2006, § 14; *Hermann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003.

9 EuGH, (Fn. 1), Slg. 2001, I-9945.

10 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215.

11 EuGH, (Fn. 5), Slg. 2005, I-9293.

12 Vgl. Mitteilung der Pressestelle des BGH v. 25.04.2006 Nr. 62/2006 (abrufbar unter: www.kanzlei-gehrenbeck.de/pfs/PM_BGH.pdf) zum „Rückzug“ des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senats.

13 Die Entscheidung *Hamilton* des EuGH, C-412/06, Slg. 2008, I-2383 = VuR 2008, 268 m. Anm. *Ebers*, die ausschließlich die Möglichkeit einer zeitlichen Befristung des Widerrufsrechts betraf, soll dagegen nicht im Mittelpunkt der nachfolgenden Betrachtungen stehen. Dies rechtfertigt sich aus der Tatsache, dass der damals in Rede stehende § 2 Abs. 1 S. 4 HWiG für mit der Haustürwiderrufs-RiL vereinbar erklärt wurde und sich daher die Frage nach der richtigen Umsetzung dieser Vorschrift durch die nationalen Gerichte nicht stellt. Vgl. hierzu *Gsell*, ZJS 2003, 312.

14 Zu solchen Klauseln als Teil der Minimumharmonisierung s. *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 13 ff.

Die dem nationalen Gesetzgeber hierdurch gewährte Freiheit wird von der Richtlinie nur in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: So müssen die nationalen Vorschriften im Falle eines Widerrufs vorsehen, dass der Verbraucher, „aus allen [ihm] aus dem Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen ist“, Art. 5 Abs. 2. Für den Fall, dass eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht erfolgt ist, müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die zur Anwendung kommenden innerstaatlichen Regeln „geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers“ darstellen, Art. 4 S. 4.

Entscheidungen der nationalen Richter müssen sich an diesen Vorgaben messen lassen. Der EuGH betont folglich, dass es zwar Sache der Mitgliedstaaten sei, die Rechtsfolgen des Widerrufs zu regeln.¹⁵ Jedoch müsse diese Befugnis unter Beachtung der Vorschriften der Richtlinie ausgeübt werden, welche so auszulegen sei, dass ihre Zielsetzung und ihre praktische Wirksamkeit (*effet utile*) gewährleistet sind.¹⁶ Die Zuständigkeit für die Auslegung der Rückverweisungsklausel liegt beim EuGH. Damit kommt es für die Konkretisierung des von der Richtlinie¹⁷ geforderten Verbraucherschutzes auf eine genaue Analyse der Rechtsprechung der europäischen Richter an.¹⁸

II. Die Auslegung der Haustürwiderrufs-RiL durch den EuGH

Die Feststellungen der europäischen Richter in der Rechtssache *Schulte* und *Crailsheimer Volksbank* sollen an dieser Stelle knapp vorgestellt werden. Dabei bietet sich eine Unterscheidung je nachdem an, ob der Verbraucher ordnungsgemäß belehrt wurde (1.) oder nicht¹⁹ (2.).

1. Die Widerrufsfolgen bei ordnungsgemäßer Belehrung

a) Europarechtskonformität einer isolierten rechtlichen Würdigung des Darlehensvertrages

In der Entscheidung *Schulte* war vorrangig die Frage zu klären, ob die Haustürwiderrufs-RiL einer isolierten Betrachtung des Darlehensvertrages im Falle von Kapitalanlagemodellen entgegensteht. Dieser Weg war vom XI. Senat des BGH angesichts des „eindeutigen Wortlauts“ des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG eingeschlagen worden. Auch eine Anwendung der aus § 242 BGB folgenden Grundsätze über das verbundene Geschäft hatte er abgelehnt. Die Gegenansicht hielt demgegenüber nur eine Rückabwicklung, die den Finanzierungszweck des Kreditvertrages in ausreichendem Maße mitberücksichtige, für mit dem von der Richtlinie geforderten Verbraucherschutzniveau vereinbar. Die Urteilsgründe der europäischen Richter fielen eindeutig aus: Ihnen zufolge enthält die Richtlinie weder ausdrücklich noch stillschweigend Regeln über verbundene Verträge.²⁰ Daher schreibe sie bei Kapitalanlagemodellen auch nicht vor, dass sich der Widerruf des Realkreditvertrages auf die Gültigkeit des Kaufvertrages über eine Immobilie auswirken müsse.²¹ Dieses Ergebnis stützt der EuGH auf eine enge Auslegung der in Art. 3 Abs. 2 Lit. a) der Haustürwiderrufs-RiL genannten Bereichsausnahme, die ausnahmslos für alle Verträge über Rechte an Immobilien gelte und zwar auch dann, wenn diese Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlage-modells seien.²² Damit wird die Gewährung eines Einwendungs- oder gar eines Rückforderungsdurchgriffs im Verhältnis Verbraucher/Bank von den Richtlinienvorschriften nicht gefordert. Die vom XI. Senat des BGH bevorzugte isolierte Betrachtung des Darlehensvertrages hinsichtlich der Widerrufsfolgen kann also gar nicht in Konflikt mit irgendwelchen Richtlinienvorschriften geraten. Die folgenden Ausführungen

betreffen daher nur noch die nähere Ausgestaltung dieses Rückforderungsanspruchs.

b) Rückzahlungspflicht

Des Weiteren stellte der EuGH fest, dass eine solche Rückzahlungspflicht sogar dann mit Art. 5 Abs. 2 der Haustürwiderrufs-RiL vereinbar ist, wenn das Darlehen ausschließlich der Finanzierung des Erwerbs einer Immobilie gedient hat und die Darlehensvaluta aus diesem Grund direkt an den Unternehmer geflossen ist.²³ Auch dann habe der Darlehensnehmer die Valuta nämlich erhalten.²⁴ Mit anderen Worten ist es mit der Haustürwiderrufs-RiL vereinbar, wenn der Verbraucher das Darlehen zurückzahlen muss, obwohl das Geld tatsächlich nie in seine Obhut gelangt ist.

c) Umfang und Fälligkeit der Rückzahlungspflicht

Nachdem die Europarechtskonformität der Rückzahlungspflicht dem Grunde nach geklärt war, stellten sich zwei Anschlussfragen, die den genauen Anspruchsinhalt betrafen. So war zu entscheiden, ob es mit europäischem Recht vereinbar ist, dass die Rückzahlungspflicht nach nationalem Recht im vollen Umfang der Darlehensvaluta entsteht. Des Weiteren erschien fraglich, ob die Europarechtskonformität gewahrt bleibt, wenn der Anspruch des Kreditinstituts auf Rückzahlung mit dem Widerruf sofort fällig werde. Beide Male gab der EuGH unter Bezugnahme auf Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie eine positive Antwort.²⁵ Der dort geregelte Wegfall der Verpflichtungen des Verbrauchers infolge der Widerrufsanzeige bedeutete nämlich sowohl für ihn selbst als auch für den Darlehensgeber eine Wiederherstellung der ursprünglichen Situation.²⁶ Zudem sei auch die Pflicht zur Verzinsung noch von der aus Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie folgenden Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes umfasst.²⁷

Im Ergebnis steht die Haustürwiderrufs-RiL einer *unmodifizierten Anwendung* der nationalen Rückabwicklungsvorschriften²⁸ jedenfalls dann nicht entgegen, wenn keine Belehrungsmängel über das Widerrufsrecht des Verbrauchers vorliegen.

15 So schon in der Entscheidung *Heininger*, (Fn. 1), Slg. 2001, I-9945 Rn. 35; vgl. auch EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 68 f.

16 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 69; vorher schon EuGH, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251, 1269 ff.

17 Wie die Große Kammer in der Entscheidung *Schulte* richtig festgestellt hat, kann sich diese Verpflichtung zum Verbraucherschutz für den Mitgliedstaat bindend nur aus der Richtlinie und nicht auch aus dem erst durch die Einheitliche Europäische Akte von 1986 – und damit erst ein Jahr nach dem Inkrafttreten der Haustürwiderrufs-RiL – eingeführten Art. 95 Abs. 3 EG ergeben, EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 59–61. Dies hat GA Léger in seinen Schlussanträgen v. 28.09.2004 dagegen verkannt, Slg. 2005, I-9215 Rn. 69 ff.

18 Ebenso LG Bochum NJW 2003, 2612, 2614; *Hoffmann*, ZIP 2004, 49, 52, 55 f.; *Häublein*, ZBB 2004, 1, 6.

19 Unerheblich ist es dabei, ob eine Belehrung gänzlich fehlt oder nur fehlerhaft ist.

20 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 76; genauso bereits GA Léger in seinen Schlussanträgen v. 28.09.2004 in der Rs. C-350/03, Slg. 2005, I-9215 Rn. 52–68 sowie *Hoffmann*, ZIP 2004, 49, 53 f., im Rahmen seiner Überlegungen zum Vorlagebeschluss des LG Bochum, (Fn. 18).

21 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 80. Damit wiederholen die europäischen Richter ihren bereits in Rn. 35 des Urteils *Heininger*, (Fn. 1), Slg. 2001, I-9945, *obiter dictum* geäußerten Hinweis, dass sich die Folgen des Widerrufs einer auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung auf den Kaufvertrag über die Immobilie und die Bestellung des Grundpfandrechts nach den Vorschriften des nationalen Rechts richten.

22 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 75 f.

23 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 86. Gleiches gilt, wenn das Darlehen zunächst auf ein Treuhandkonto geflossen ist. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. *Knops*, WM 2006, 70, 71 f.

24 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 85.

25 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 88 f.

26 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 88.

27 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 92 f.

28 § 3 HWiG bzw. §§ 312, 355, 357 Abs. 1, 346 ff. BGB.

2. Die Widerrufsfolgen bei Belehrungsmängeln

Nach Ansicht des EuGH sollen diese Überlegungen „nicht zwangsläufig“ auch dann gelten, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß belehrt wurde.²⁹ Zwar richten sich auch hier die Folgen des Widerrufs nach dem einzelstaatlichen Recht, Art. 7. Die innerstaatliche Rechtsvorschriften müssen sich gem. Art. 4 S. 4 aber als „geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers“ erweisen.³⁰ Diese Richtlinienvorgabe legen die europäischen Richter dahingehend aus, dass eine Risikoüberwälzung vom nicht belehrten Verbraucher auf das Kreditinstitut stattfindet.

Welche Risiken das Kreditinstitut danach zu tragen hat, zählt der EuGH in nicht abschließender Weise („insbesondere“) in Rn. 52 seiner Entscheidung *Schulte* auf: Dazu gehört etwa die Gefahr einer zu hohen Bewertung der Wohnung zum Zeitpunkt ihres Kaufes, das Risiko, dass sich die veranschlagten Mieteinnahmen nicht erzielen lassen, sowie das Risiko, dass sich die Erwartungen in Bezug auf die Entwicklung des Immobilienpreises als falsch erweisen.

Die Rechtfertigung dieser vom Normalfall abweichenden Risikotragung sieht der EuGH darin, dass der Verbraucher bei ordnungsgemäßer Belehrung selbst in der Lage gewesen wäre, sich vor diesen aus dem finanzierten Geschäft stammenden Gefahren zu bewahren: Hätte der Verbraucher infolge der ordnungsgemäßen Belehrung den Darlehensvertrag wirksam widerrufen, wäre in den beschriebenen Konstellationen, in denen der Darlehensvertrag ausschließlich der Finanzierung des Anlagegeschäftes dient, „in Anbetracht des Verhältnisses zwischen dem Darlehens- und dem Kaufvertrag Letzterer nicht zustande gekommen“. ³¹ Diese Möglichkeit zum Selbstschutz ist ihm aber genommen, wenn er nicht ordnungsgemäß belehrt wurde: In solchen Fällen widerruft der Verbraucher erst nach Jahren und trägt damit die „mit der Kapitalanlage der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art. verbundenen Risiken“³² selbst. Für diesen Fall ist Art. 4 S. 4 der Haustürwiderrufs-RiL dahin zu verstehen, dass die vom Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen nur dann als zum Verbraucherschutz geeignet angesehen werden können, wenn sie die Folgen der Verwirklichung solcher Risiken, die der Verbraucher bei ordnungsgemäßer Belehrung hätte vermeiden können, auf das Kreditinstitut überwälzen.³³ Der EuGH scheint die Risikoüberwälzung also gewissermaßen als *aliud* für den unmöglich gewordenen Selbstschutz des Verbrauchers durch rechtzeitigen Widerruf zu begreifen.

Die von den EuGH-Richtern erzielten Auslegungsergebnisse müssen von den nationalen Richtern über eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften in innerstaatliches Recht umgesetzt werden.³⁴ Dieses Gebot erfordert mithin eine genaue Kenntnis des von den EuGH-Richtern festgestellten Ziels. Vor allem für den Fall, dass Belehrungsmängel vorliegen, haben die vagen Vorgaben³⁵ des EuGH zu recht unterschiedlichen Meinungen über die genaue Tragweite der Rechtsprechung in der nationalen Literatur geführt,³⁶ sodass an dieser Stelle einige Präzisierungen notwendig erscheinen.

III. Unklarheiten zur Tragweite der EuGH-Rechtsprechung bei Belehrungsmängeln

Nicht selten entsteht der Eindruck, dass die bisherigen Interpretationen der Urteile vom 25.10.2005 vor allem ergebnisorientiert erfolgen, etwa die betroffenen Banken oder umgekehrt, die Verbraucher vor horrenden finanziellen Belastun-

gen zu schützen. Dabei wird zumeist übersehen, dass der EuGH wegen der Rückverweisklausel in Art. 7 Haustürwiderrufs-RiL gar nicht dazu befugt ist, *konkrete* Angaben hinsichtlich des auf nationaler Ebene bei Belehrungsmängeln anzuwendenden „rechtlichen Mittels“ zu machen.³⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es unzutreffend, aus dem Wortlaut der Entscheidungen konkrete Angaben über einzelne Tatbestandsvoraussetzungen nationaler Normen entnehmen zu wollen.

1. Keine Überwälzung der Risiken aus dem Finanzierungsgeschäft auf das Kreditinstitut

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, der EuGH verpflichte in seinen Entscheidungen vom 25.10.2005 das Kreditinstitut dazu, etwaige wirtschaftliche Risiken aus dem *Finanzierungsgeschäft* zu tragen.³⁸ Dies hätte zur Folge, dass das Darlehen im Fall von Belehrungsmängeln grundsätzlich nicht sofort zurückgezahlt werden müsste und auch eine Pflicht zur Zahlung der marktüblichen Zinsen grundsätzlich nicht in Betracht käme. Diese Auslegung überzeugt schon deshalb nicht, weil sich aus der Formulierung des EuGH in der Rechtssache *Schulte* das genaue Gegenteil ergibt: So weist der EuGH für den Fall, dass der Verbraucher nach nationalem Recht zurückzahlen muss, darauf hin, dass die Folgen aus dem finanzierten Geschäft auf das Kreditinstitut überzuwälzen sind. Die Richter halten einen Rückzahlungsanspruch damit für grundsätzlich möglich.³⁹ Die Entscheidung, ob der Verbraucher die Darlehensvaluta zurückzahlen und Zinsen entrichten muss, bestimmt sich auch im Fall von Belehrungsmängeln allein nach nationalem Recht. Der EuGH verbietet also weder die Pflicht zur Rückzahlung noch zur Zinszahlung.⁴⁰ Stattdessen betont er das insofern bestehende mitgliedstaatliche Auswahlermessens des Art. 7.

2. Keine Proklamation einer Schadensersatzlösung durch den EuGH

Genauso wenig lässt sich aus den Stellungnahmen des EuGH zum Begriff der „geeigneten Maßnahmen“ darauf schließen, dass der EuGH die Anwendung von Schadensersatzansprüchen *vorschreibe*.⁴¹ Abgesehen davon, dass der EuGH hier-

29 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 94.

30 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 100.

31 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 97.

32 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 98.

33 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 100 f.

34 Vgl. zum Gebot der richtlinienkonformen Auslegung in der Rechtsprechung des EuGH, Rs. 14/83, *Von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891; C-106/89, *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135; C-212/04, *Adeneler u. a.*, Slg. 2006, I-6057 = NJW 2006, 2465 sowie EuGH, C-397/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835 = NJW 2004, 3547.

35 *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, bezeichnen die Aussagen des EuGH insofern als „undeutlich“, *Volmer*, DNotZ 2006, 273, 278, sogar als „kryptisch“.

36 *Volmer*, DNotZ 2006, 274, 275 zufolge liege der „Schwarze Peter“ derzeit eindeutig bei den Banken, während andere vom genauen Gegenteil überzeugt scheinen. Weitgehende Einigkeit besteht wohl nur insofern, als die Richtlinie keine Vorschriften zum verbundenen Geschäft bzw. speziell zum Einwendungs- oder Rückforderungsdurchgriff enthält, vgl. z.B. *Hoffmann*, ZIP 2004, 49, 53 f.

37 Das geht aus der Entscheidung *Schulte*, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215, mit hinreichender Deutlichkeit hervor.

38 So *Staudinger*, NJW 2005, 3521, 3523.

39 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 98.

40 Anders dagegen GA *Léger* in seinen Schlussanträgen v. 02.06.2005 in der Rs. C-229/04, *Crailsheimer Volksbank*, Slg. 2005, I-9273/9276 Rn. 75-79. Siehe auch den Vorlagebeschluss des LG Bochum, (Fn. 18). In der Lit. ist die Pflicht zur marktüblichen Verzinsung v. a. im Hinblick auf die Entscheidung *Travel Vac* des EuGH, C-423/97, Slg. 1999, I-2195 Rn. 53 ff., infrage gestellt worden. Vgl. hierzu *Hoffmann*, ZIP 2004, 49, 55.

41 So aber *Volmer*, DNotZ 2006, 274, 277; wohl auch *Jungmann*, NJW 2007, 1562, 1563; a.A. *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, 508.

durch seine Kompetenzen überschreiten würde, gehen derartige Interpretationen zu weit, weil der EuGH bewusst darauf verzichtet hat, den aus Art. 4 S. 4 Haustürwiderrufs-RiL folgenden Anspruch dogmatisch näher zu umschreiben. So stehen etwa im deutschen Recht neben dem Schadenersatzanspruch auch die Vorschriften über das verbundene Geschäft zur Verfügung, die im Ergebnis ebenfalls zu einer Risikoüberwälzung führen.⁴²

Allerdings verlangt der EuGH einen gewissen kausalen Zusammenhang zwischen der Nichtbelehrung und den Risiken aus dem Immobilienvertrag.⁴³ Eine Risikoüberwälzung soll nur dann in Betracht kommen, wenn der Verbraucher bei ordnungsgemäßer Belehrung „es hätte vermeiden können“, sich den oben genannten Risiken auszusetzen.⁴⁴ Die Umsetzung dieser Vorgabe über das im deutschen Schadensrecht relevante Erfordernis der haftungsausfüllenden Kausalität bietet sich zwar an. Von den EuGH-Richtern vorgegeben wird sie aber nicht.

Im Ergebnis ist also davon auszugehen, dass sich weder aus der Haustürwiderrufs-RiL noch aus den Entscheidungen des EuGH konkrete Rechtsinstitute zur Risikoüberwälzung auf die Banken entnehmen lassen. Vom EuGH eindeutig vorgegeben werden neben dem Ziel der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften (Risikoüberwälzung) nur der Haftungsgrund (Nichtbelehrung) sowie ein gewisser kausaler Zusammenhang zwischen den beiden im Rahmen eines Kapitalanlage-modells geschlossenen Verträgen. Für die Beurteilung des auf nationaler Ebene zur Umsetzung dieser Vorgaben eingeschlagenen Weges ist aber auch die Bestimmung des zu realisierenden Verbraucherschutz-niveaus von Bedeutung: Der vom BGH gewählte Weg einer schadensrechtlichen Lösung macht den Anspruch des Verbrauchers von bestimmten Voraussetzungen abhängig. Das bedeutet folglich, dass ein etwaiger Anspruch an diesen Voraussetzungen auch scheitern kann. Je nachdem wie wahrscheinlich dieses Scheitern ist,⁴⁵ könnte der vom BGH eingeschlagene Weg mit dem von der Richtlinie geforderten Verbraucherschutz-niveau unvereinbar sein. Das hängt wiederum davon ab, wie hoch das zu verwirklichende Schutzniveau, das die Mitgliedstaaten bei der Auswahl und Anwendung ihrer einzelstaatlichen Rechtsvorschriften nicht unterschreiten dürfen, anzusiedeln ist.

IV. Das vom EuGH geforderte Verbraucherschutz-niveau

Die Rechtsprechung des EuGH zur Haustürwiderrufs-RiL wurde lange Zeit als sehr verbraucherfreundlich empfunden. Erst die Entscheidung *Hamilton*⁴⁶ habe eine eindeutige und überraschende Wende bedeutet.⁴⁷

Sicherlich verdient das Urteil der Verbraucherfreundlichkeit ungeteilte Zustimmung hinsichtlich der hier nur am Rande erwähnten *Heininger*-Rechtsprechung.⁴⁸ Hinsichtlich der Entscheidungen vom 25.10.2005 wird man gleichwohl differenzieren müssen.

1. Ordnungsgemäße Belehrung

So trägt schon die Interpretation des Art. 5 Abs. 2 der Haustürwiderrufs-RiL mitnichten die Züge der Verbraucherfreundlichkeit. Während nämlich die Richtlinienvorschrift ausdrücklich das Freiwerden des Verbrauchers von allen ihm aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen vorsieht, etabliert der EuGH mit der hierauf gestützten Verpflichtung des Verbrauchers zur Wiederherstellung der ursprünglichen Situation im Ergebnis das genaue Gegenteil.

Wie *Derleder* zutreffend bemerkt hat, „wird die Norm [damit] auf den Kopf gestellt, weil es statt des Wegfalls der Pflichten aus einer Überraschungssituation zur Konstituierung von Pflichten kommt“.⁴⁹ Aus methodologischer Sicht geht diese Interpretation nicht nur über den möglichen Wortsinn der Vorschrift und damit eine Auslegung i. e. S. hinaus; auch die Grundsätze der Rechtsfortbildung vermögen es nicht, dieses Ergebnis zu legitimieren. Die Etablierung von Rückgewährpflichten auf europäischer Ebene scheint daher allein von dem Anliegen getragen, einem überbordenden Verbraucherschutz nicht Tür und Tor zu öffnen. Dafür nimmt der EuGH sogar eine auch auf europäischer Ebene grundsätzlich ausgeschlossene Interpretation *contra legem* in Kauf.⁵⁰

Umgekehrt wurde der Wortlaut der Richtlinie (diesmal zu recht) dort besonders ernst genommen, wo eine Betonung des Verbraucherschutzes etwas anderes gefordert hätte: So wies der Generalanwalt *Léger* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Schulte* darauf hin, dass auch ein Widerspruch zwischen Zweck (Verbraucherschutz) und Wortlaut der Richtlinie (Schweigen über die Anwendung der Vorschriften zum verbundenen Geschäft und damit im Ergebnis kein Verbraucherschutz) nicht zu einer einseitigen Gewichtung des teleologischen Arguments führen könne.⁵¹ Im Gegenteil sei ein solcher Widerspruch zugunsten der Rechtssicherheit⁵² und damit zugunsten des Wortlauts zu lösen, da nur so eine klare und für alle Beteiligten vorhersehbare Anwendung der Vorschriften gewährleistet sei.⁵³ Diese beiden Auslegungsergebnisse sprechen bereits allgemein dafür, dass nach Auffassung der europäischen Richter mit der Haustürwiderrufs-RiL ein absoluter Verbraucherschutz gerade nicht bezweckt wird.

42 So bereits *Freitag*, WM 2006, 61, 66.

43 So auch *Staudinger*, NJW 2005, 3521, 3522; *Habersack*, JZ 2006, 91, 92, 93; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985, 1989; ablehnend dagegen *Fischer*, VuR 2007, 321, 323. Vgl. hierzu noch unter B. II. 3.

44 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 101.

45 Vgl. hierzu unter B. II.

46 EuGH, (Fn. 13), Slg. 2008, I-2383. Vgl. hierzu *Kroll*, NJW 2008, 1999; *Gsell*, ZJS 2008, 312.

47 Am meisten überrascht dürfte wohl der deutsche Gesetzgeber selbst gewesen sein, der die *Heininger*-Entscheidung dahingehen interpretiert hatte, dass jegliche nationale Vorschrift, die das Widerrufsrecht zulasten des unbelehrten Verbrauchers zeitlich begrenze, mit Art. 4 S. 4 Haustürwiderrufs-RiL unvereinbar sei, vgl. BT-Drs. 14/9266, S. 33.

48 Neben der Anwendbarkeit der Haustürwiderrufs-RiL auf Realkreditverträge wurde dort auch die Richtlinienwidrigkeit einer nationalen Vorschrift, die eine zeitliche Beschränkung des Widerrufsrechts vorsah, für den Fall festgestellt, dass Belehrungsmängeln vorliegen und die Frist mit dem Vertragsschluss zu laufen beginnt.

49 *Derleder*, BKR 2005, 441, 445. Vgl. auch die Entscheidung *Travel Vac*, C-423/97, Slg. 1999, I-2195, in der der EuGH einen (vertraglichen) Schadenersatz für die Erklärung des Rücktritts an Art. 5 Abs. 2 der RiL gemessen und im Ergebnis mit diesem für unvereinbar erklärt hat.

50 Richtig wäre es dagegen gewesen, die Entscheidung darüber, ob es nach dem Widerruf zu einer Rückzahlungspflicht des Verbrauchers kommt, allein dem einzelstaatlichen Recht zu überantworten (Art. 7) und die durch das einzelstaatliche Recht hervorgerufenen Rechtsfolgen danach zu prüfen, ob sie der Verwirklichung des von der Richtlinie mindestens geforderten Verbraucherschutzes entgegenstehen. Im Ergebnis so auch *Derleder*, BKR 2005, 441, 445.

51 Vgl. hierzu die Schlussanträge des GA *Léger*, Rs. C-350/03, *Schulte*, Slg. 2005, I-9215 Rn. 89 ff.

52 Zur Qualifizierung des Gebots der Rechtssicherheit als einem fundamentalen Prinzip der Gemeinschaftsrechtsordnung z.B. EuGH, C-143/93, *Van Es Douane Agenten*, Slg. 1996, I-431 Rn. 27; EuGH, C-354/95, *National Farmers' Union u. a.*, Slg. 1997, I-4559 Rn. 57; EuGH, C-177/96, *Banque Indosuez u. a.*, Slg. 1997, I-5659 Rn. 27.

53 Schlussanträge des GA *Léger*, (Fn. 20), Slg. 2005, I-9215 Rn. 93 f. Er kommt damit – wie später auch der EuGH selbst – zu dem Ergebnis, dass die Richtlinie ein Durchschlagen der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages auf den durch das Darlehen finanzierten Immobilienvertrag nicht gebietet.

2. Belehrungsmängeln

Dieses Ergebnis ist nun für die Rechtsfolgenseite bei Belehrungsmängeln zu überprüfen. Klärungsbedürftig ist insbesondere, ob die Richtlinie im Fall von Belehrungsmängeln einen *absoluten* Verbraucherschutz verlangt. Wäre dies der Fall, so müsste dem Verbraucher die Risikoüberwälzung immer schon dann gewährt werden, wenn feststeht, dass er nicht ordnungsgemäß belehrt wurde und ein gewisser kausaler Zusammenhang zwischen Darlehens- und Kaufvertrag besteht. Weitere Voraussetzungen, die dem Anspruch des Verbrauchers entgegenstehen könnten, wären dann nicht statthaft.

Gegen die Annahme eines absoluten Schutzes im Fall von Belehrungsmängeln sprechen aber die folgenden zwei Erwägungen: In Art. 4 S. 4 der Richtlinie ist von „geeigneten Maßnahmen“ die Rede. Eine Maßnahme wird nach allgemeinem Verständnis bereits dann als „geeignet“ eingestuft, wenn sie den mit ihr verfolgten Zweck *für den Großteil* ihrer Anwendungsfälle zu verwirklichen vermag. Eine derartige Begriffsbestimmung nahm der EuGH in seinem im letzten Jahr ergangenen Urteil *Hamilton*⁵⁴ sogar selbst vor. Dort stellte er ausdrücklich fest, dass der Begriff „geeignete“ zeige, dass die entsprechenden Maßnahmen nicht auf einen absoluten Schutz des Verbrauchers abzielten.⁵⁵

Außerdem ist an den Grundsatz zu erinnern, dem zufolge das sekundäre Gemeinschaftsrecht im Lichte der Unionsverträge und der allgemein anerkannten Verfassungsprinzipien auszulegen ist. Besondere Bedeutung ist dabei dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beizumessen. Eine einseitige Bevorzugung des Verbrauchers durch einen „quasi-automatischen Schutz“ wäre damit nicht vereinbar, würde ein solcher doch einem voraussetzungslosen Reuerecht zugunsten des Verbrauchers gleichkommen. Ein solches Reuerecht besteht auf europäischer Ebene aber genauso wenig wie auf nationaler. Vorzugswürdig erscheint daher eine differenzierte, am konkreten Einzelfall ausgerichtete Betrachtungsweise. Pauschallösungen gilt es jedenfalls zu vermeiden. Für die Rechtsanwendung bedeutet das Folgende: Im Grundsatz müssen die auf nationaler Ebene zur Anwendung kommenden Rechtsvorschriften bei einem Großteil der Fälle dem Verbraucher eine Überwälzung der Risiken aus dem finanzierten Geschäft ermöglichen. Bereits dann ist dem Gebot der effektiven Richtlinienumsetzung genüge getan. Im zweiten Teil wird die aktuelle Rechtsprechung des BGH an diesen Vorgaben zu messen sein.

B. Die nationale Rechtsprechung

Die nationale Rechtsprechung ist zunächst in ihren Voraussetzungen (I.) und in Bezug auf ihre praktischen Konsequenzen (II.) darzustellen.

I. Die aktuelle Rechtsprechung des BGH (XI. Senat)

Nach der *Heininger*-Entscheidung beschränkte sich der BGH auf eine rein formale Umsetzung der EuGH-Vorgaben. Über eine richtlinienkonforme einschränkende Interpretation gewährte der BGH den Verbrauchern zwar ein – im Falle von Belehrungsmängeln sogar unbefristet bestehendes – Widerrufsrecht. Hinsichtlich der Rechtsfolgen wandte er jedoch § 3 HWiG in unmodifizierter Weise an mit der Folge, dass der Verbraucher zur sofortigen und vollumfänglichen Rückzahlung der Darlehensvaluta an die Bank verpflichtet war und zwar auch dann, wenn das Darlehen direkt an die Immobili-

lienfirma bzw. auf ein Treuhandkonto geflossen war. Darüber hinaus sprach er der Bank in ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Zahlung der marktüblichen Zinsen zu. Die Anwendung der Vorschriften über das verbundene Geschäft lehnte er dagegen mit dem einfachen Hinweis auf den „eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG“ ab. Einen Schadensersatzanspruch wegen fremden Verschuldens des Vermittlers (§ 278 BGB) ließ er regelmäßig an der fehlenden Zurechenbarkeit des Verhaltens des Vermittlers zur Bank scheitern.⁵⁶ Zu einer effektiven Umsetzung des auf europäischer Ebene geforderten Verbraucherschutzes⁵⁷ sah er sich dagegen aus rechtsdogmatischen Gründen nicht in der Lage.⁵⁸ Erst in seiner Grundsatzentscheidungen vom 16.05.2006 beugte sich der BGH (zwangsläufig) dem Druck aus Luxemburg.⁵⁹ Dies tat er allerdings nur unter größtmöglicher Beibehaltung seiner bisherigen Rechtsprechung (1.) und offensichtlich in dem Bestreben, die sich bei vielen Verbrauchern nach 2005 leise regende Hoffnung, existenzgefährdenden⁶⁰ Zahlungsansprüchen entgegen zu können, nicht weiter zu schüren.

Der vom BGH zur Umsetzung der EuGH-Vorgaben eingeschlagene Weg ist zweispurig, weil eine Haftung aus *culpa in contrahendo*⁶¹ aus zweierlei unterschiedlichen Anknüpfungspunkten in Betracht kommt. Unabhängig davon, ob das Fundament aus einem Täuschungsschutz (2.) oder aber einem Belehrungsschutz (3.) besteht, warten beide Wege mit einigen Unwägbarkeiten und Hindernissen für den Verbraucher auf.

54 EuGH, (Fn. 13), Slg. 2008, I-2383.

55 EuGH, (Fn. 13), Slg. 2008, I-2383 Rn. 39.

56 Vgl. z.B. BGHZ 152, 331, 333 = NJW 2003, 422; BGH NJW 2003, 424. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. *Hoffmann*, ZIP 2004, 49; *Häublein*, ZBB 2004, 1 sowie den Vorlagebeschluss des LG Bochum (Fn. 18) und die anlässlich dieses Vorlagebeschlusses ergangene Stellungnahme der Europäischen Kommission, ZBB 2004, 69, in der sie dem XI. Senat vorwirft, die Vorschriften über die Rückabwicklung des Kreditvertrages „formal und mechanisch“ anzuwenden, „ohne sich auch nur im Mindesten an den Gründen des Verbraucherschutzes, die den Rücktritt ausgelöst haben, auszurichten.“ Zur verbraucherfreundlicheren Rechtsprechung des II. Senats hinsichtlich kreditfinanzierter Fondsbeteiligungen vgl. *Möllers*, LMK 2005, 34; *Frings*, VuR 2004, 404, 407 ff.

57 Dass ein Widerruf der Darlehensvertragserklärung für viele Darlehensnehmer angesichts der vom BGH etablierten Rechtsfolgen „wirtschaftlich wenig oder nicht interessant ist“, verkannte der Senat nicht. Ganz im Gegenteil machte er sogar ausdrücklich darauf aufmerksam, dass der in einer Haustürsituation überrumpelte Darlehensnehmer „erheblich schlechter gestellt ist, als er vor In-Kraft-Treten des Haustürwiderrufgesetzes gestanden hätte (vgl. BGH, NJW 1989, 3217 = WM 1989, 1083, 1085)“. Dies beruhe aber auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, für die sich anführen lasse, dass kein vernünftiger Grund ersichtlich sei, den Darlehensnehmer, der in einer Haustürsituation zur Abgabe seiner Vertragserklärung veranlasst worden ist, bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung besser zu stellen als denjenigen, der dazu durch arglistige Täuschung bestimmt worden sei. Vgl. hierzu BGH NJW 2003, 422, 423 f.

58 Vgl. BGH NJW 2004, 153, 153 f., wo der XI. Senat die durch seine Rechtsprechung veranlasste Vorlage des LG Bochum (Fn. 18) an den EuGH (Art. 234 Abs. 2 EG) damit kommentiert, dass selbst für den Fall, dass der EuGH die bisherige Rechtsprechung des BGH für mit der Richtlinie unvereinbar einstuft, eine andere (richtlinienkonforme) Auslegung der nationalen Vorschriften ohnehin nicht infrage käme.

59 BGHZ 168, 1 = NJW 2006, 2099; vgl. auch schon BGHZ 167, 252, 261 = NJW 2006, 1788, 1790.

60 In der Regel wurde mit der Bestellung der Grundschuld an dem zu erwerbenden Objekt auch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte persönliche Vermögen des Klägers erklärt. Vgl. hierzu auch BGH WM 2005, 1698, 1700, Rn. 20 ff.

61 Dabei ist auf die in Rede stehenden Fälle meist das vor der Schuldrechtsreform geltende Recht, d.h. hier die gewohnheitsrechtlich anerkannte *culpa in contrahendo*, anzuwenden. Seit der Schuldrechtsreform wird der Anspruch auf §§ 311 Abs. 2, § 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gestützt.

1. Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung

In seinem Urteil vom 16.05.2006 wies der BGH bereits im ersten Leitsatz darauf hin, dass es „auch angesichts der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Oktober 2005“ dabei verbleibe, dass der Darlehensgeber im Fall des wirksamen Widerrufs (§ 1 Abs. 1 HWiG) eines Realkreditvertrages gemäß § 3 Abs. 1 HWiG Anspruch auf Erstattung der ausgezahlten Darlehensvaluta sowie auf dessen marktübliche Verzinsung habe.⁶² Dies gelte auch dann, wenn das Darlehen aufgrund einer Weisung des Darlehensnehmers direkt an den Unternehmer ausgezahlt wurde. Des Weiteren könne die Rückzahlung auch nicht unter Verweis auf § 9 Abs. 3 VerbrKrG verweigert werden, da dieser wegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge⁶³ nicht anwendbar sei.⁶⁴ Genauso wenig ergebe sich ein Einwendungsdurchgriff aus den aus § 242 BGB hergeleiteten Grundsätzen der Rechtsprechung zum verbundenen Geschäft.⁶⁵ Insofern stellte der BGH ausdrücklich fest, dass auch aus europarechtlichen Erwägungen eine andere rechtliche Beurteilung nicht geboten ist.⁶⁶ In diesem Umfang hält der XI. Senat seine bisherige Rechtsprechung also aufrecht.⁶⁷

2. Der vom BGH gewährte Täuschungsschutz

Der vom BGH zum Zwecke der Umsetzung der EuGH-Vorgaben von 2005 primär entwickelte Täuschungsschutz⁶⁸ wurde dadurch erreicht, dass die bisherige Rechtsprechung zum Bestehen von Aufklärungspflichten kreditgebender Banken im vorvertraglichen Bereich ausgedehnt wurde.⁶⁹ „Danach können sich Anleger in Fällen eines institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreiber des finanzierten Objekts unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung⁷⁰ der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts über das Anlageobjekt berufen.“⁷¹ Die Erleichterung besteht dabei darin, dass im Rahmen der Fallgruppe des konkreten Wissensvorsprungs die bislang⁷² vom Darlehensnehmer zu beweisende Kenntnis⁷³ der Bank von der arglistigen Täuschung bei institutionellem Zusammenwirken widerleglich vermutet wird. Die Effektivierung des Verbraucherschutzes erfolgt hier also über eine Beweiserleichterung. Dabei kommt ihm die auf der allgemeinen Lebenserfahrung beruhende Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zugute. Damit obliegt es der Bank, im konkreten Fall nachzuweisen, dass der Verbraucher auch bei einer Aufklärung über die Unrichtigkeit der Angaben zum Erwerbobjekt dieses erworben bzw. den Kaufvertrag nicht wegen arglistiger Täuschung angefochten hätte.⁷⁴

3. Der vom BGH gewährte Belehrungsschutz

Daneben kommt noch ein weiterer Anspruch des Verbrauchers aus c. i. c. in Betracht. Hier besteht die Pflichtverletzung in dem Unterlassen einer ordnungsgemäßen Belehrung über das gesetzliche Widerrufsrecht.⁷⁵ Grundlage dieses Anspruchs ist eine dogmatische Neuinterpretation der Belehrungspflicht durch den BGH, die in den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005 angestoßen wurde: Während die Belehrung bislang als bloße Obliegenheit des Kreditinstituts begriffen wurde,⁷⁶ kommt ihr neuerdings die Qualität einer echten (Neben-)Pflicht i. S. v. § 241 Abs. 2 BGB zu.⁷⁷ Ihre schuldhaftige Nichtbeachtung kann daher zu einer Haftung des Pflichtigen

führen. Von einer gespaltenen Lösung⁷⁸ hat der BGH 2008 ausdrücklich abgesehen.⁷⁹ Allerdings prüft er Ansprüche wegen der Verletzung der Belehrungspflicht nur ergänzend.⁸⁰

II. Die praktischen Konsequenzen dieser Rechtsprechung

Die folgenden Ausführungen wollen verdeutlichen, dass die vom BGH bevorzugte Schadensersatzlösung ihrem theoretisch möglichen Ergebnis nach geeignet ist, die eindeutig notwendige Effektivierung des Verbraucherschutzes im Zusammenhang mit Kapitalanlagemodellen herbeizuführen. Vor diesem Hintergrund scheint ein reeller Verbraucher-

- 62 BGHZ 168, 1.
- 63 Dabei stellt der XI. Senat an die Bejahung eines Realkredits vergleichsweise geringe Anforderungen: Entgegen der Ansicht des II. Senats (BGHZ 159, 294, 307 f.) kann das Vorliegen eines Realkreditvertrages nicht deshalb verneint werden, weil der Verbraucher das Grundpfandrecht nicht selbst bestellt, sondern ein bestehendes (teilweise) übernommen hat (BGHZ 167, 223, 229 f.). Auch soll es der Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht entgegenstehen, wenn die Grundschuld das Darlehen nur zu einem geringen Teil sichert, BGH v. 06.11.2007, Az.: XI ZR 322/03, Rn. 19 f.
- 64 BGHZ 168, 1, 9.
- 65 BGHZ 168, 1 Rn. 10.
- 66 BGHZ 168, 1, 9 f. bzw. 10 f. Damit blieb insbesondere die von den europäischen Richtern sogar ausdrücklich getroffene Feststellung, der zufolge aus einem fehlenden *Gebot* der Richtlinie nicht auf ein entsprechendes *Verbot* geschlossen werden könne, vgl. EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 80 = NJW 2005, 3551, 3552, unberücksichtigt.
- 67 Vgl. zum Ganzen auch Staudinger/*Gsell*, BGB Eckpfeiler des Zivilrechts, 2008, S. 503 ff.
- 68 BGHZ 168, 1, 19 f.; bestätigt durch BGHZ 169, 109, 114, Rn. 22; BGH NJW-RR 2007, 257, 258, Rn. 17; BGH NJW 2007, 2396, 2400, Rn. 53.
- 69 In ständiger Rechtsprechung geht der BGH davon aus, dass die kreditgebende Bank grundsätzlich nicht zur Aufklärung über Risiken des finanzierten Geschäfts verpflichtet ist (Trennungsprinzip). Dies soll insbesondere für steuersparende Bauherren- und Erwerbermodelle gelten, weil hier die Interessenten typischerweise selbst über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen oder sich der Hilfe von Fachleuten bedienen (vgl. etwa BGH NJW-RR 1990, 876 = WM 1990, 920, 922; BGH NJW-RR 1992, 373, 374; BGH NJW 1992, 2146, 2147; WM 1997, 27, 31). Ausnahmen von diesem Grundsatz kommen nur in vier Fallgruppen in Betracht: Die Bank geht im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinaus; die Bank schafft oder begünstigt die Entstehung eines zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden besonderen Gefährdungstatbestands für den Kunden; die Bank verwickelt sich im Zusammenhang mit Kreditgewährungen sowohl an den Bauträger als auch an einzelne Erwerber in schwer wiegende Interessenkonflikte; die Bank hat in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer und kann dies auch erkennen BGHZ 159, 294, 316; 161, 15, 20; BGH WM 2005, 72, 76; BGH WM 2005, 828, 830.
- 70 Vgl. zu dieser Fallgruppe allgemein BGH WM 1997, 27, 31; NJW 1988, 1583, 1584.
- 71 BGHZ 168, 1, 22 f.
- 72 BGH WM 2003, 61.
- 73 Um die Bank nicht mit Prüfungspflichten zu belasten, setzt der BGH dem positiven Wissen um ein Risiko dessen Erkennbarkeit nur dann gleich, wenn diese sich aufdrängen musste (BGH, WM 1992, 602). Im Ergebnis kommt es damit auf eine Bewertung des Einzelfalls an.
- 74 BGHZ 168, 1, 26 Rn. 61; bestätigt durch BGH NJW-RR 2007, 257, 258, Rn. 22. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der Grundschuldbestellung sowie der Übernahme der persönlichen Haftung nebst Erklärung der Vollstreckungsunterwerfung, BGHZ 168, 1, 26 Rn. 61.
- 75 § 2 Abs. 1 HWiG bzw. §§ 312 Abs. 2, 355 Abs. 2 BGB. Vgl. BGHZ 168, 1, 16 ff. Rn. 35–38.
- 76 So *Schäfer*, DStR 2006, 1753, 1760; MünchKomm/*Ulmer*, 2003, § 355 Rn. 44, die dann konsequenter Weise zur Ablehnung von Schadensersatzansprüchen wegen des Unterlassens einer ordnungsgemäßen Belehrung kommen. Vgl. auch *Habersack*, JZ 2006, 91, 93.
- 77 Noch offengelassen in BGHZ 168, 1, 17 f. Rn. 37; in BGH v. 19.09.2006, Az.: XI ZR 204/04 Rn. 41, berücksichtigt der BGH dann ausdrücklich die Qualifizierung der Belehrung als echte Rechtspflicht und erkennt diese Auslegung als für ihn bindend an. Kritisch hierzu *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477, 481 f.
- 78 Zur gespaltenen Auslegung s. *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006; *Koch*, JZ 2006, 277, 280; *Mayer/Schimbrand*, JZ 2004, 545.
- 79 Befand sich der Verbraucher also lediglich zur Zeit der Vertragsanbahnung, nicht aber zur Zeit des Vertragsschlusses, in einer Haustürsituation, steht dies einem Anspruch aus c.i.c. wegen der Verletzung der Belehrungspflicht nicht von vornherein entgegen, BGH NJW 2008, 1585, 1586 f. Rn. 19 und 2. Leitsatz.
- 80 In folgenden Entscheidungen prüft er sie bspw. gar nicht: BGH WM 2008, 1121 = NJW-RR 2008, 1226; genauso OLG Nürnberg BKR 2007, 203 = VuR 2007, 379.

schutz bisher allein an der bankenfreundlichen Anwendung der neuen Grundsätze durch den XI. Zivilsenat zu scheitern.

1. Rückzahlungspflicht des Verbrauchers

Einer Rückzahlungspflicht kann der Darlehensnehmer auch dann nicht entgehen, wenn er zu keinem Zeitpunkt die Dispositionsmacht über das Darlehen innehatte. Zusätzlich wird er durch die Pflicht zur Zahlung der marktüblichen Zinsen belastet, die wegen des oftmals erst nach mehr als einem Jahrzehnt erfolgten Widerrufs für ihn das Hauptproblem darstellen kann. Ein Verkauf der Immobilie – sollte ein solcher dem Darlehensnehmer überhaupt gelingen – wird regelmäßig nicht die nötigen liquiden Mittel beschaffen können. Entgegenhalten kann der Verbraucher dem Anspruch des Kreditinstituts zwar seinen eigenen Anspruch auf Rückzahlung der bis dato erbrachten Tilgungsleistungen mit der Folge einer Zug-um-Zug-Verurteilung. Auch dies bedeutet für den Verbraucher aber nur eine geringfügige Erleichterung, da seine Ansprüche weit hinter denen der Bank zurückbleiben werden und er daher hinsichtlich des Großteils der Summe zur sofortigen Rückzahlung verpflichtet bleibt. Dies ist zudem deshalb besonders „gefährlich“, weil der BGH in der Regel von einer weiten Sicherungsabrede im Rahmen der Grundschuldbestellung ausgeht: So soll die Grundschuld nach dem Widerruf der auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung den Rückzahlungsanspruch der Bank sowie die Zinszahlungspflicht sichern. Damit muss der Verbraucher auch nach der endgültigen Unwirksamkeit des Darlehensvertrages noch mit einer Zwangsvollstreckung in sein persönliches Vermögen rechnen. Die Tatsache, dass die Verpflichtung zur Grundschuldbestellung in dem endgültig unwirksamen Darlehensvertrag enthalten ist, steht dem nach der Rechtsprechung des BGH nicht entgegen.⁸¹ Was bleibt, scheint nur der Weg in eine Neuverschuldung. In den meisten Fällen wird der Anleger demnach vom Widerruf absehen. Das Ende dürfte oftmals in der Verbraucherinsolvenz liegen.⁸²

Hier kann der vom BGH eingeschlagene Weg grundsätzlich Abhilfe verschaffen: Gehen die Ansprüche des Verbrauchers aus *culpa in contrahendo* durch, so ist der Verbraucher gemäß § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie er ohne die unterlassene Belehrung bzw. die unterlassene Aufklärung stehen würde (Naturalrestitution). Seinen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss kann er dann den Zahlungsansprüchen der Bank bzw. einer drohenden Zwangsvollstreckung in das private Vermögen entgegenhalten (§ 242 BGB, *dolo agit*-Einrede). Der vom BGH eingeschlagene Weg über die *culpa in contrahendo* bildet mithin eine denkbare Möglichkeit, den Verbraucher aus dieser (Zwangs-)Lage zu retten.

Dies ist allerdings nur das theoretisch mögliche Ergebnis. Ob es auch ein *realistisches* Ergebnis ist, hängt von der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Verschuldens bei Vertragsschluss durch den XI. Zivilsenat sowie dessen Bereitschaft zur Gewährung von Beweiserleichterungen zugunsten des Verbrauchers ab. Unter beiden Gesichtspunkten ist die Rechtsprechung des BGH sehr bankenfreundlich.

2. Beweishürden zum Nachweis der arglistigen Täuschung

Dem Verbraucher kommt im Rahmen eines Anspruchs wegen Aufklärungsverschuldens zwar eine Beweiserleichterung hinsichtlich der Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung zugute; die arglistige Täuschung selbst muss der Verbraucher dagegen hinsichtlich ihrer objektiven und subjektiven Kompo-

nente beweisen. Für die objektive Seite bedeutet dies, dass sich die behauptete Täuschung auf *objektiv* nachprüfbar Angaben und nicht lediglich auf subjektive Werturteile oder markt-schreierische Anpreisungen bezogen haben muss.⁸³ Erforderlich ist also die Darlegung konkreter, dem Beweis zugänglicher, unrichtiger Angaben des Vermittlers oder Verkäufers über das Anlageobjekt.⁸⁴ Gerade die „klassischen“ Angaben der Vermittler oder Verkäufer über das finanzierte Objekt fallen aber regelmäßig der Beurteilung als subjektive Werturteile anheim. Den Verbrauchern gelang der Nachweis objektiver Werturteile⁸⁵ folglich bisher nur in Ausnahmefällen.⁸⁶

Der Nachweis der *subjektiven* Seite der arglistigen Täuschung wird dem Verbraucher dann keine allzu großen Probleme bereiten, wenn es um die ausdrückliche oder konkludente Behauptung bestimmter Tatsachen geht.⁸⁷ Dagegen reicht es, wenn der Täuschende etwas verschwiegen hat,⁸⁸ nicht aus, wenn der Verbraucher nur die Kenntnis des Vermittlers oder Verkäufers von der Tatsache nachweist. Vielmehr muss der Verbraucher dann zusätzlich beweisen, dass Verkäufer oder Vermittler das Bewusstsein hatten, dass sie die Tatsache von sich aus hätten offenbaren müssen.⁸⁹ Dies wird dem Verbraucher äußerst schwer fallen, zumal die Vertragsverhandlungen oftmals Jahre zurückliegen. Für den Fall aber, dass dem Verbraucher die Darlegung der arglistigen Täuschung tatsächlich gelingt, kann das Kreditinstitut dies nach Ansicht des XI. Zivilsenats mit Nichtwissen bestreiten, § 138 Abs. 4 ZPO.⁹⁰ Damit scheint der erforderliche Nachweis einer arglistigen Täuschung prädestiniert, dem Verbraucher den Anspruch wegen Aufklärungsverschuldens aus der Hand zu schlagen.

Daneben scheiterten die Verbraucher vereinzelt auch an dem Nachweis eines institutionalisierten Zusammenwirkens⁹¹ zwischen Kreditinstitut und Unternehmer.⁹² Außerdem darf nicht

81 Vgl. z.B. BGH v. 19.12.2006, XI ZR 401/03, Rn. 16. Anders dagegen noch BGHZ 169, 109, 118 f. Rn. 33 f.: Dort konnte sich der Verbraucher mit Erfolg nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auf die Unwirksamkeit der im Darlehensvertrag enthaltenen Unterwerfungserklärung berufen, weil er seine auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung wirksam nach § 1 Abs. 1 HWiG widerrufen hatte.

82 Knops, VuR 2004, 397, 398.

83 BGHZ 169, 109, 115 Rn. 24.

84 BGHZ 169, 109, 115 Rn. 24.

85 In BGHZ 169, 109, 116 Rn. 26, wird der Begriff der objektiven Werturteile dahingehend konkretisiert, dass es sich um konkrete, wertbildende Merkmale der Immobilie, insbesondere zu ihrem Verkehrswert, den Finanzierungskosten sowie den versprochenen Mieteinnahmen und Steuervorteilen, handeln müsse.

86 OLG Nürnberg BKR 2007, 203, 204 f.

87 In einer Entscheidung v. 06.11.2007, Az.: XI ZR 322/03, 1. Leitsatz und Rn. 49, hat der BGH die subjektive Seite der arglistigen Täuschung sogar in einem Fall bejaht, in dem die Angaben zur Höhe des erzielbaren Mietzins entgegen der Mitteilung im Verkaufsprospekt ohne betriebswirtschaftliche Untersuchung zur Rentabilität und Vermietbarkeit des Objekts und damit „ins Blaue hinein“ gemacht wurden.

88 Das arglistige Verschweigen ist der arglistigen Täuschung gleich gestellt, vgl. z.B. OLG München NZM 2007, 181.

89 Schoppenmeyer, WM 2009, 10, 15.

90 BGH NJW-RR 2007, 1202, 1204, Rn. 27 = BGH WM 2007, 440, 442 Rn. 27; anders dagegen noch das OLG München in einem Urteil v. 27.04.2006.

91 Zur Konkretisierung dieses Begriffs vergleiche BGHZ 168, 1, 23 f. Rn. 53: Die vorab erfolgte Abgabe einer allgemeinen Finanzierungszusage durch die Bank reicht nicht. Vielmehr müssen ständige Geschäftsbeziehungen, etwa in Form einer Betriebsvereinbarung, eines Rahmenvertrages oder einer konkreten Vertriebsabsprache bestanden haben. Auch das Überlassen von Büroräumen, das – von der Bank unbeanstandete – Benutzen von Formularen des Kreditgebers sowie die wiederholte Vermittlung von Finanzierungen hinsichtlich Eigentumswohnungen oder Fondsbeteiligungen desselben Objekts kommen in Betracht.

92 Der erste Geschäftskontakt wird genauso wenig wie eine Zusammenarbeit „lediglich von Zeit zu Zeit“ als haftungsrelevant angesehen, BGH NJW 2007, 361, 363 Rn. 31. Vgl. auch OLG Frankfurt OLG Frankfurt 2009, 66, in der der Abschluss von 14 bzw. 22 Darlehensverträgen hinsichtlich derselben Wohnanlage als zufällig und ein systematisches Vorgehen der Bank daher als nicht erkennbar erachtet wurde mit der Folge, dass ein „institutionalisiertes Zusammenwirken“ nicht angenommen werden konnte.

übersehen werden, dass die Vermutung für eine sittenwidrige Übertreibung des Anlageobjekts gerade nicht eingreifen soll.⁹³

3. Unverschuldeter Rechtsirrtum

Auch der alternative Anspruch aus vorvertraglichem Verschulden wegen einer Belehrungspflichtverletzung gibt dem Verbraucher keinen sicheren Anspruch an die Hand. Zwar bereitet die Etablierung der geforderten Pflichtverletzung (Unterlassen einer ordnungsgemäßen Belehrung) in der Regel keine Probleme. Zudem scheint sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Ansicht durchgesetzt zu haben, dass sich das Kreditinstitut zur Widerlegung der Verschuldensvermutung (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) für die in den 90er-Jahren abgeschlossenen Darlehensverträge nicht auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum berufen kann. Ein solcher würde schließlich das Vorliegen einer uneingeschränkten, die Belehrung nach dem HWiG ablehnenden Ansicht erfordern. Gerade das Vorliegen einer solchen ablehnenden und unbestrittenen Ansicht hat der BGH aber in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006⁹⁴ zunächst stark bezweifelt. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2008⁹⁵ hat er dies sogar ausdrücklich abgelehnt.⁹⁶ Schon wegen der höchstrichterlichen Urteilen zukommenden faktischen Bindungswirkung kann von einer ähnlichen Argumentation der Untergerichte in Zukunft ausgegangen werden.⁹⁷

4. Haftungsausfüllende Kausalität

Als „Stolperstein“ erweist sich im Rahmen des Anspruchs wegen der Verletzung der Belehrungspflicht⁹⁸ vor allem die Voraussetzung der (haftungsausfüllenden) Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Eine solche Kausalität wird vom BGH in ständiger Rechtsprechung nämlich bereits dann verneint, wenn der Immobilienvertrag zeitlich vor dem Darlehensvertrag zustande gekommen ist.⁹⁹ Diese Beurteilung ist für sich betrachtet schon zu kritisieren.¹⁰⁰ Eine besondere Härte erlangt sie aber im Lichte der Rechtsprechung des BGH zur Rechtsscheinvollmacht (§§ 171 ff. BGB) des gegen das Rechtsberatungsgesetz¹⁰¹ verstoßenden und für den Verbraucher handelnden Treuhänders.¹⁰² Danach kann sich der Verkäufer auch dann gegenüber dem Käufer auf den Gutgläubensschutz nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB berufen, wenn er das Erwerbsmodell initiiert und konzipiert, sowie den Treuhänder ausgesucht hat. Folge hiervon ist, dass der vom Treuhänder abgeschlossene Immobilienvertrag auch bei Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages sowie der Vollmachterteilung wirksam zustande gekommen sein kann.¹⁰³ Die extensive Anwendung der Gutgläubensvorschriften kann damit zu einem Ausschluss des Anspruchs des Verbrauchers gegen das Kreditinstitut wegen vorsätzlicher Belehrungspflichtverletzung führen.

Steht dagegen fest, dass zuerst der Darlehensvertrag und dann der Immobilienvertrag geschlossen wurden, hat der Verbraucher nachzuweisen, dass er bei ordnungsgemäßer Belehrung sein Widerrufsrecht tatsächlich auch ausgeübt hätte.¹⁰⁴ Anders als beim Aufklärungsverschulden wird dem Kläger die *Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht gewährt*.¹⁰⁵ Diese Vermutung setzt voraus, dass es für den Begünstigten nur eine bestimmte Möglichkeit der Reaktion, also nach allgemeiner Lebenserfahrung keine sinnvollen Handlungsalternativen gab.¹⁰⁶ Dies könne nach Ansicht des BGH bei der Widerrufsbelehrung regelmäßig nicht angenommen werden, da in der Regel nichts dafür ersichtlich sei, dass der Verbraucher innerhalb der einwöchigen Widerrufsfrist die Risiken des Vertragswerks erkannt hätte.¹⁰⁷ Nur ganz ausnahmsweise wird dem Verbraucher der Beweis seines hypothetisch-tatsächlichen Widerrufs gelingen.¹⁰⁸

5. Das faktische Leerlaufen von Ansprüchen des Verbrauchers

Beide Ansprüche haben bisher ein kaum überwindbares Hindernis: Beim Schadensersatzverlangen wegen Aufklärungsverschulden ist dies die Voraussetzung der arglistigen Täuschung; bei der Klage auf Schadensersatz wegen der Verletzung der Belehrungspflicht ist es das Kausalitätserfordernis. Bisher ist noch keine einzige Entscheidung ergangen, bei der der Anknüpfungspunkt der Haftung die bloße Nichtbelehrung über das Widerrufsrecht war. Dies bildet aber in den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005 nach einhelliger Auffassung den zentralen und einzigen Anknüpfungspunkt für die geforderte Risikouberwälzung. Die Rechtsprechung des BGH wird diesen Anforderungen hinsichtlich des Verbraucherschutzes bei Belehrungsmängeln – soweit bisher ersichtlich – noch nicht gerecht.¹⁰⁹

93 BGH WM 2008, 154 156 f.; BGH WM 2008, 1121, 1122; OLG Frankfurt WM 2006, 2207, 2209.

94 BGHZ 169, 109, 120 Rn. 42 (für das Jahr 1993).

95 BGH, NJW 2008, 1585, 1587 Rn. 22, *Crailsheimer* (für das Jahr 1992). In dieser Entscheidung begründete er seine Zweifel an der Möglichkeit eines unverschuldeten Rechtsirrtums mit dem Hinweis auf einen damals im Deutschen Sparkassenverband verlegten Leitfaden, der das Nebeneinander-Bestehen von Belehrungspflichten nach dem Verbraucher kreditgesetz und dem Haustürwiderrufgesetz bejahte (*Stappeler*, Vordruck-Leitfaden Verbraucher kreditgesetz, 1991, S. 104); außerdem gibt er zu bedenken, dass soweit Autoren zur Verneinung einer „doppelten“ Belehrungspflicht kamen, zum Teil als sichere Lösung eine Belehrung auch nach dem Haustürwiderrufgesetz empfohlen wurde. Im Ergebnis lehnte der BGH schließlich eine uneingeschränkte, die Belehrung nach dem HWiG ablehnende Ansicht ab und schloss damit die Möglichkeit, sich für das Jahr 1992 auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum zu berufen, aus. Anders noch der XI. Senat in seiner Grundsatzentscheidung v. 16.05.2006, BGHZ 168, 1, 17 = NJW 2006, 1099, 2103.

96 Vgl. auch den Vorlagebeschluss des BGH in der Rs. *Heininger* (NJW 2000, 521, 522), in dem der XI. Senat den insofern bestehenden Meinungsstand in der deutschen Literatur im Jahr 1999 umfassend dokumentiert und der in dieselbe Richtung deutet. Anders dagegen die Stellungnahme des BGH in seinem Grundsatzurteil v. 16.05.2006, BGHZ 168, 1, 17 Rn. 37.

97 Ähnlich *Lechner*, NZM 2005, 921, 926 f.; anders dagegen z.B. *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477, 482; *Derleder*, BKR 2005, 442, 448, die von einem unverschuldeten Rechtsirrtum der Banken vor Erlass des Heininger-Urteils ausgehen.

98 Beim Anspruch wegen Aufklärungsverschulden kommt es auf die zeitliche Reihenfolge der Vertragsschlüsse dagegen nicht an.

99 Vgl. z.B. BGH NJW 2008, 644, 649 f. Rn. 55.

100 Vgl. v.a. *Knops*, WM 2006, 70, 73 f.

101 Die dem Treuhänder vom Verbraucher erteilte Vollmacht ist nach ständiger Rechtsprechung (genauso wie der gleichzeitig abgeschlossene Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag) gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG i.V.m. § 134 BGB nichtig. Vgl. z.B. BGHZ 167, 223, 227 Rn. 12.

102 Vgl. hierzu auch *Lechner*, NZM 2007, 145, 146 ff.

103 BGH, NJW 2008, 1585, *Crailsheimer Volksbank*, 1. Leitsatz und Rn. 27 f. Etwas anderes solle nur dann gelten, wenn die Voraussetzungen des § 173 BGB bzw. die Voraussetzungen der Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegen oder aber, wenn der Verkäufer an der unerlaubten Rechtsbesorgung beteiligt war (Rn. 29 ff.). Dagegen hat der II. Senat zuvor noch angezweifelt, ob der gute Glaube der Banken an das Bestehen der Vollmacht überhaupt gem. §§ 172 f. BGB geschützt wird, BGHZ 159, 294, 300 ff.

104 Es genügt also nicht, dass der Beklagte bei ordnungsgemäßer Belehrung die Möglichkeit gehabt hätte, mit dem Widerruf des Darlehensvertrages auch Risiken des Anlagegeschäfts zu vermeiden. Vgl. z.B. BGH NJW 2008, 644, 649 Rn. 55.

105 BGH, 19.12.2006, XI ZR 401/03 Rn. 26; BGH NJW 2008, 1585, 1588 Rn. 34; anders z.B. OLG Bremen NJW 2006, 1210, 1216 Rn. 101.

106 BGHZ 124, 151, 161 = NJW 1994, 512; BGHZ 160, 58, 66 m.w. Nachw.

107 BGH v. 19.12.2006, XI ZR 401/03 Rn. 26; vgl. auch OLG Celle NJW 2006, 1817 f.; OLG München NJW 2006, 1811, 1815; *Bungeroth*, WM 2004, 1505, 1509.

108 So auch *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, 507.

109 Eine umfassende Beurteilung der Rechtsprechung des BGH in Bezug auf Schrottimobilienfälle wird noch ein, zwei Jahre auf sich warten lassen müssen, da der „Praxistest“ erst noch zu erfolgen hat: Die nach dem Grundsatzurteil des BGHZ 168, 1, ergangenen BGH-Urteile hatten zum Großteil solche Berufungsurteile zum Gegenstand, die vor der Entscheidung vom 16.05.2006 ergangen waren und daher die neuen Rechtsprechungsgrundsätze in Bezug auf eine mögliche Haftung der Bank aus c.i.c. wegen der Verletzung einer Aufklärungs- oder Belehrungspflicht noch nicht berücksichtigt hatten. In all diesen Entscheidungen hat der BGH eine Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts unter gleichzeitiger Zurückverweisung an das selbige zur weiteren Sachverhaltsaufklärung angeordnet. Damit steckt der „Schwarze Peter“ aktuell also bei den Untergerichten, die nun den problematischen Beweis der oben dargestellten subjektiven Elemente von den Verbrauchern verlangen müssen. Vgl. zu den Konsequenzen der neuen BGH-Rechtsprechung für die tatrichterlichen Würdigung hierzu *Schoppenmeyer*, WM 2009, 10.

C. Eigene Bewertung – Die Anforderungen an eine richtlinienkonforme Anwendung der Schadensersatzlösung

Die unmissverständliche Aufforderung des EuGH an die nationalen Gerichte lautet, das nationale Recht „so weit wie möglich so auszulegen, dass das [vom EuGH vorgegebene] Ergebnis erzielt wird“¹¹⁰. Wie im ersten Teil entwickelt, wird auf europäischer Ebene kein absoluter Schutz des nicht belehrten Verbrauchers verlangt. Jedoch führt die bisherige Rechtsprechung des BGH dazu, dass in bestimmten Sachverhaltskonstellationen der Rechtsschutz im Ergebnis zulasten des Verbrauchers kategorisch versagt wird und die Rechtsprechung des EuGH damit leerläuft.¹¹¹ Im folgenden Teil sollen Wege aufgezeigt werden, wie der BGH sich auf dem von ihm eingeschlagenen schadensrechtlichen Weg bewegen sollte, um den Vorgaben aus Europa im Rahmen der ihm von der nationalen Methodenlehre gewährten Freiheit¹¹² gerecht zu werden.

I. Das Verschuldenserfordernis

Die vorangegangenen Feststellungen weisen bereits darauf hin, dass die Risikoüberwälzung von einem Vertretenmüssen des Kreditinstituts abhängig gemacht werden kann und dies mit den europäischen Vorgaben vereinbar ist¹¹³: In den Urteilen wird das Vertretenmüssen explizit nicht erwähnt.¹¹⁴ Eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung würde dem zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht. Zum anderen verlangt die Richtlinie auch bei Vorliegen von Belehrungsmängeln keinen absoluten Verbraucherschutz und erweist sich das Verschuldenserfordernis im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Konstellationen auch nicht als unüberwindbare Hürde.¹¹⁵ Ganz im Gegenteil: Liegen die übrigen Voraussetzungen des Täuschungsschutzes vor, wird es dem Kreditinstitut nicht gelingen, sich bzgl. des Vorwurfs eines schuldhaften Unterlassens zu entlasten (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB).

Im Rahmen des Belehrungsschutzes ist davon auszugehen, dass die Untergerichte in Zukunft den Kreditinstituten unter dem Eindruck der in jüngerer Zeit durchaus verbraucherfreundlichen Stellungnahmen des BGH den Entlastungsbeweis versagen werden: Wie bereits dargestellt, ergibt sich aus einigen BGH-Urteilen,¹¹⁶ dass die hohen Anforderungen an die Annahme eines unverschuldeten Rechtsirrtums trotz der Formulierung des § 5 Abs. 2 HWiG a. F. in den 90er-Jahren wegen der insofern bestehenden Kontroverse über dessen Europarechtskonformität nicht vorlagen.¹¹⁷ Im Ergebnis steht das Verschuldenserfordernis einer effektiven Umsetzung der EuGH-Vorgaben damit nicht entgegen.¹¹⁸

II. Das Arglistenerfordernis und das Erfordernis institutionellen Zusammenwirkens

In den Entscheidungen des EuGH vom 25.10.2005 stellt das bloße Unterlassen einer ordnungsgemäßen Belehrung den alleinigen Anknüpfungspunkt für die geforderte Risikoüberwälzung dar. Von einem Arglistenerfordernis ist dagegen an keiner Stelle die Rede. Zwar scheint dort, wo der EuGH dem nicht belehrten Verbraucher auch einen Schutz vor einer zu hohen Bewertung der Immobilie gewährt, ein gewisser Täuschungsschutz mitzuschwingen,¹¹⁹ das Erfordernis von Arglist als Voraussetzung für den „Schutzmechanismus Risikoüberwälzung“ kann aber nicht in die EuGH-Entscheidungen hinein gelesen werden.

Die Rechtsprechung des BGH zur Gewährung von Täuschungsschutz zugunsten des Verbrauchers wird damit den Vorgaben des EuGH nicht gerecht. Verstärkt wird dieses Urteil dadurch, dass auch das Erfordernis eines institutionellen Zusammenwirkens zwischen Bank und Vermittler oder Verkäufer in den EuGH-Entscheidungen an keiner Stelle Anklang findet.

Das bedeutet aber noch nicht automatisch, dass die Rechtsprechung des BGH europarechtswidrig ist. Laut Art. 8 handelt es sich bei der Haustürwiderrufs-RiL schließlich um eine Maßnahme der Mindestharmonisierung. Damit kann der nationale Gesetzgeber über den auf europäischer Ebene geforderten Schutz hinausgehen. Geht man davon aus, dass auf europäischer Ebene allein ein Belehrungsschutz gefordert wird und der BGH Ansprüche wegen Verletzung der Belehrung über das Widerrufsrecht zumindest ergänzend prüft, lässt sich der vom BGH gewährte Täuschungsschutz als *zusätzlicher*¹²⁰ Rechtsschutz zugunsten des Verbrauchers begreifen. Mit dieser Sichtweise ist es aber nur schwer vereinbar, dass der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung den Anspruch wegen der Verletzung einer Aufklärungspflicht regelmäßig in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen stellt. Stattdessen sollte in Zukunft der bis dato nur subsidiär geprüfte Anspruch wegen einer Belehrungspflichtverletzung der Bank vorrangig und damit an erster Stelle geprüft werden. Der BGH würde damit durch eine einfache Umstellung seiner bisherigen Prüfungsreihenfolge den von ihm zu beachtenden europäischen Vorgaben ein Stück näher kommen.

110 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 Rn. 71 = NJW 2005, 3551, 3553.

111 So schon *Jungmann*, NJW 2007, 1562, 1563; ebenso *Lechner*, NZM 2007, 145, 151.

112 Nach st. Rspr. des EuGH erfordert auch das Gebot richtlinienkonformer Auslegung kein Überschreiten der von der nationalen Methodenlehre gezogenen Schranken. Vgl. bspw. EuGH, C-212/04, *Adeneler u. a.*, Slg. 2006, I-6057 = NJW 2006, 2465.

113 Dazu, dass eine Umsetzung der Richtlinien- bzw. EuGH-Vorgaben durch eine verschuldensunabhängige Haftung im Wege richtlinienkonformer Auslegung auch nicht zulässig wäre *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477, 482 f. Vgl. auch *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, 510, die darauf hinweisen, dass die verschuldensunabhängigen Elemente des § 276 BGB (Abs. 1 S. 1 Hs. 2) erst nach der Schuldrechtsreform von 2002 Eingang in diese Vorschrift gefunden haben und daher für die hier in Rede stehenden Altfälle kein „Einfallstor einer richtlinienkonformen Auslegung“ (so aber *Hoffmann*, ZIP 2005, 1986, 1991; *Habersack*, JZ 2006, 91, 93; *Hoffmann*, WM 2006, 1847, 1849) bilden kann; a.A. hierzu allerdings *Häublein*, NJW 2006, 1553, 1555. Zweifel an der Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung mit dem Ergebnis einer verschuldensunabhängigen Haftung äußern auch *Freitag*, WM 2006, 61, 69; *Limbach*, ZGS 2006, 66, 71.

114 Vgl. unter A. III.

115 Vgl. unter B. II. 4.

116 Vgl. unter B. II. 3.

117 Dagegen fordern einige eine richtlinienkonforme Auslegung mit dem Ergebnis einer verschuldensunabhängigen Haftung, vgl. *Jungmann*, WM 2006, 2193, 2194 f.; *ders.*, WuB IV D. § 3 HWiG 1.06; WuB I G 5. Immobilienanlagen 3.06; *Hoffmann*, WM 2006, 1847, 1849; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1986, 1991; *Habersack*, JZ 2006, 91, 93; *Wielsch*, ZBB 2006, 16, 20; so auch das OLG Bremen, (Fn. 105). Diese Forderung läuft letztlich auf eine Garantiehaftung des Kreditinstituts für die Erfüllung ihrer Belehrungspflicht hinaus, so ausdrücklich *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985, 1991; *Wielsch*, ZBB 2006, 16, 20.

118 A.A. *Jungmann*, NJW 2007, 1562, 1566; *Habersack*, JZ 2006, 91, 93; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985, 1991; *ders.*, WM 2006, 1847, 1849; *Häublein*, NJW 2006, 1553, 1555.

119 Der Kaufvertragsschluss über eine zu hoch bewertete Immobilie wird bei lebensnaher Betrachtung auf einer Täuschung des Verkäufers oder Vermittlers beruhen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der nicht ordnungsgemäß belehrte Verbraucher auch vor diesem Risiko zu schützen.

120 Positiv ist vor allem, dass der Schutz hier nicht von der zeitlichen Reihenfolge der Vertragsschlüsse abhängt. Außerdem ist er gänzlich unabhängig von einer etwaigen Verletzung der Belehrungspflicht, sodass dem Verbraucher grundsätzlich auch dann Schadensersatz gewährt werden kann, wenn die Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß erfolgt ist. So schon *Jungmann*, WM 2006, 2193, 2196.

III. Die haftungsausfüllende Kausalität bei fehlerhafter Belehrung

Maßgeblich für die Bewertung der Europarechtskonformität der Rechtsprechung durch den XI. Zivilsenat ist also dessen Ansatz zum Belehrungsschutz. Wie bereits dargestellt wurde, erweist sich das Kausalitätserfordernis insofern als besonders problematisch. Die nationale Rechtsprechung im Rahmen des Belehrungsschutzes geht von einem doppelten Kausalitätserfordernis aus. So darf der Kaufvertrag zum einen nicht vor dem Darlehensvertrag zustande gekommen sein, da eine Schadensursächlichkeit ansonsten von vornherein ausgeschlossen sei. Zum anderen muss der Verbraucher nachweisen, dass er im Falle einer ordnungsgemäßen Belehrung den Darlehensvertrag *tatsächlich* auch widerrufen hätte. Beide Interpretationen sind kritikwürdig.

1. Europarechtswidrigkeit des Vollbeweises der haftungsausfüllenden Kausalität

Bereits aus dem Wortlaut der Entscheidung *Schulte* ergibt sich deutlich, dass dem Verbraucher (potenziell) bereits dann Schutz gewährt werden muss, wenn, so der EuGH wörtlich“ er „es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen, die mit der Kapitalanlage der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind.“¹²¹ Die europäischen Richter fordern also gerade nicht, dass es der Verbraucher tatsächlich *vermieden hätte*, sich diesen Risiken auszusetzen.¹²² Das strengere Kausalitätsverständnis des BGH erscheint deshalb nicht europarechtskonform. Zudem würde das Gebot effektiver Richtlinienumsetzung sowie effektiver Sanktionierung von Richtlinienverstößen¹²³ durch das nationale Recht konterkariert: Allenfalls ausnahmsweise wird es dem Verbraucher nämlich gelingen, einen hypothetisch-tatsächlichen Widerruf zu beweisen.¹²⁴ Notwendig hierfür wäre der Nachweis, dass er innerhalb der kurzen Widerrufsfrist die Überzeugung gewonnen hätte, dass sich die Kapitalanlage nicht lohne und sich die hiermit verfolgten Ziele (Steuerersparnis, Altvorsorge) gar nicht realisieren lassen. Da die sich aus der Kapitalanlage ergebenden Risiken aber eher langfristiger Natur sind, wird er zu dieser Überzeugung innerhalb so kurzer Zeit regelmäßig kaum gelangen. Ob die Anlage allerdings hält, was sie beziehungsweise der Anlageberater versprochen hat, erweist sich aber üblicherweise nicht innerhalb von einer Woche.¹²⁵ Hinzu kommt, dass die Sachverhalte oftmals über zehn Jahre zurückliegen und der Nachweis einer subjektiven Überzeugung allein schon deshalb kaum mehr möglich sein wird. Zwar wurde bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass die Richtlinie auch im Falle von Belehrungsmängeln keinen absoluten Verbraucherschutz fordere; die Anwendung eines Kriteriums dessen Verwirklichung nur in absoluten Sonderkonstellationen möglich erscheint, ist aber aus den oben genannten Gründen eindeutig *europarechtswidrig*.

Zuzugeben ist allerdings, dass das deutsche Schadensrecht einen Ersatz von Schäden nicht kennt, die nicht kausal auf der Pflichtverletzung beruhen. Fraglich ist daher, wie dieser offensichtliche Wertungskonflikt zwischen europäischem und nationalem Recht zu lösen ist. Einige Autoren plädieren dafür, die Anwendung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, die der BGH bisher auf die Fälle des Aufklärungsverschuldens beschränkt hat, auf die Fälle der fehlerhaften Belehrung zu übertragen.¹²⁶ Dies scheint auf den ersten Blick insofern überzeugend, als der BGH mit der Anwendung dieses Instituts gerade die Beseitigung der auch hier bestehenden Beweisnot im Auge hat. Der Vorschlag ist aber im Ergebnis

abzulehnen, weil die Voraussetzungen einer solchen Vermutung, wo es „nur“ um das Unterlassen einer ordnungsgemäßen Belehrung über das Widerrufsrecht geht, regelmäßig nicht vorliegen: So ist es eine empirisch nachweisbare Tatsache, dass die bloße Belehrung über das Widerrufsrecht¹²⁷ in der Praxis nur sehr selten zum tatsächlichen Widerruf führt.¹²⁸ Von einer einzig sinnvollen Reaktion kann also schon deshalb nicht ausgegangen werden.¹²⁹

2. Die Vermutung eines Widerrufs zur Begründung der Kausalität

Dagegen erweist sich die folgende Überlegung, die auf einem Vergleich mit der Situation des ordnungsgemäß belehrten Verbrauchers beruht, als tragfähig, eine Vermutung zugunsten eines tatsächlichen Widerrufs zu begründen: Nach europäischem wie nach deutschem Recht steht fest, dass der *ordnungsgemäß* belehrte Verbraucher völlig frei, d. h. auch aus gänzlich subjektiven und irrationellen Gründen (bzw. sogar ohne jeglichen Grund) widerrufen kann. Fordert man dagegen beim *nicht ordnungsgemäß* belehrten Verbraucher den Nachweis eines tatsächlichen Widerrufs, wird ihm ein solcher allenfalls über die Darlegung seiner hypothetisch gewonnenen Überzeugung von der ökonomischen Sinnlosigkeit des Geschäfts gelingen. Derart strengere Voraussetzungen für den Widerruf eines nicht ordnungsgemäß belehrten Verbrauchers lassen sich auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht rechtfertigen, zumal hierdurch ein eklatanter Wertungswiderspruch generiert würde.¹³⁰ Will man also der Tatsache, dass der Verbraucher auch aus völlig irrationalen Gründen hätte widerrufen können, Rechnung tragen, bietet sich hierfür die Annahme einer Vermutung zugunsten eines tatsächlichen Widerrufs an.¹³¹ Diese sollte widerleglich ausgestaltet sein, da das europäische Recht gerade keinen absoluten Schutz des Verbrauchers fordert und letzterer vor allem dort nicht schutzwürdig erscheint, wo das Kreditinstitut beweisen kann, dass er auch bei ordnungsgemäßer Belehrung nicht widerrufen hätte. Die Tatsache, dass dies nun umgekehrt der Bank kaum gelingen wird, trägt dem Willen der europäischen Richter Rechnung, den Belehrungsverstoß der Banken mit abschreckenden Sanktionen zu bedenken, beachtet aber umgekehrt auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die vom BGH geforderte Kausalität zwischen dem Unterlassen einer ordnungsgemäßen Belehrung und dem Unterlassen des Widerrufs durch den Verbraucher ist nach der hier vertrete-

121 EuGH, (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215 4. Leitsatz und Rn. 101 (Hervorhebung durch die Verfasser).

122 A.A. *Staudinger*, NJW 2005, 3521, 3523, der aber insofern von einer widerleglichen Vermutung ausgeht.

123 Danach müssen Richtlinieverstöße, hier also der Verstoß der Banken gegen die Belehrungspflicht aus Art. 4 der Haustürwiderrufs-RiL, nach der Rechtsprechung des EuGH durch das nationale Recht hinreichend sanktioniert werden. Wie ernst der EuGH es mit diesem Prinzip meint, hat der deutsche Gesetzgeber anlässlich der Frage zur korrekten Sanktionierung des Diskriminierungsverbots bereits gespürt, EuGH, Rs. 14/83, von *Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891; vgl. hierzu auch *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, 508.

124 *Knops*, VuR 2008, 149, 150; *Habersack*, JZ 2006, 91, 93.

125 Zutreffend *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, 507.

126 *Habersack*, JZ 2006, 91, 93; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985, 1992.

127 Dagegen ist nicht über die mit der Kapitalanlage verbundenen Risiken zu informieren.

128 So *Lechner*, NZM 2005, 921, 926; *Volmer*, DNotZ 2006, 273, 275.

129 *Lechner*, NZM 2005, 921, 926.

130 Ähnlich bereits *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, 507, die allerdings im Ergebnis zur Ablehnung eines derartigen Kausalitätserfordernisses kommen.

131 Dagegen wollen *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, 507 f., den Nachweis einer rein hypothetischen Vermeidungsmöglichkeit ausreichen lassen. Dies scheint dagegen mit dem im deutschen Schadensrecht beachtlichen Erfordernis haftungsausfüllender Kausalität nicht vereinbar.

nen Ansicht also dann mit den europäischen Vorgaben vereinbar, wenn der tatsächliche Widerruf zugunsten des Verbrauchers (widerleglich) vermutet wird.¹³²

3. Die zeitliche Reihenfolge zwischen Darlehens- und Kaufvertrag nach nationalem Recht

Nach Ansicht des BGH scheidet ein Anspruch wegen der Verletzung der Belehrungspflicht bereits dann aus, wenn der Kaufvertrag vor dem Darlehensvertrag zustande gekommen ist.¹³³ Ein solches zweites Kausalitätskriterium erscheint ob seiner Pauschalität bereits mit dem *nationalen* Haustürwiderrufsrecht wenig vereinbar. Fraglich ist nämlich, ob es, wenn der Kaufvertrag vor dem Darlehensvertrag zustande gekommen ist, tatsächlich *immer* ausgeschlossen ist, dass die Nichtbelehrung für die Risiken des Kaufvertrages kausal geworden ist. Dies könnte dann zu verneinen sein, wenn die Widerrufsbelehrung auch in solchen Konstellationen *vor* dem Abschluss des Kaufvertrages hätte abgegeben werden müssen. Dann ist es nämlich nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das Unterlassen der Widerrufsbelehrung einen Einfluss auf den später erfolgten Abschluss des Kaufvertrages gehabt hat. Damit stellt sich also die Frage nach dem Zeitpunkt der Widerrufsbelehrung. Das deutsche Gesetz regelt diesen nicht ausdrücklich.¹³⁴ Die überwiegende Meinung in der Literatur geht angesichts des Schutzzwecks der Widerrufsbelehrung davon aus, dass die Belehrung *frühestens gleichzeitig* mit der Abgabe des Vertragsangebots durch den Verbraucher erfolgen dürfe.¹³⁵ Hat der Verbraucher sein auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtetes Angebot also bereits in der Haustürsituation abgegeben, ist der Darlehensvertrag aber erst später mit der Annahme durch das Kreditinstitut zustande gekommen und unterdessen der Immobilienvertrag geschlossen worden, steht die fehlende Kausalität der Nichtbelehrung für die Risikoverwirklichung nicht mit Sicherheit fest. Im Gegenteil ist es denkbar, dass der Verbraucher sein Angebot auf Abschluss des Darlehensvertrages innerhalb der gesetzlichen Frist widerrufen und in der Folge mangels gesicherter Finanzierung auch von dem Kaufvertragsschluss Abstand genommen hätte.¹³⁶ In so einem Fall ist es also, auch wenn der Kaufvertrag vor dem Darlehensvertrag zustande gekommen ist, entgegen der Ansicht des BGH¹³⁷ nicht ausgeschlossen, dass die Pflichtverletzung (nicht ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung) für den Schaden (Risiken aus dem Kaufvertrag) kausal geworden ist. Zuzugeben ist allerdings, dass im rein nationalen Bezugsrahmen wohl im Zweifel zugunsten der Bank angenommen werden müsste, dass sie auch hier nicht vor, sondern erst nach Kaufvertragsschluss belehrt hätte. Schließlich *kann* die Belehrung nach der oben zitierten Auffassung bei Abgabe des Angebots durch den Verbraucher erfolgen, sie *muss* es aber eben nicht. Vielmehr wäre eine erst bei Abschluss des Darlehensvertrages abgegebene Belehrung genauso ordnungsgemäß.¹³⁸

4. Die zeitliche Reihenfolge zwischen Darlehens- und Kaufvertrag nach europäischem Recht

a) Der Zeitpunkt der Widerrufsbelehrung nach europäischem Recht

Ein anderes Ergebnis ist aber unter Berücksichtigung des europäischen Sekundärrechts indiziert. Art. 4 Satz 3 lit. c) der Haustürwiderrufs-RiL regelt nämlich unmissverständlich, dass die Belehrung „zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots durch den Verbraucher“ vom Unternehmer auszuhändigen

ist, wenn Angebot und Annahme zeitlich auseinanderfallen und der Verbraucher an sein Angebot gebunden ist, wie dies im nationalen Recht gem. § 145 BGB der Fall ist. Bei richtlinienkonformer Auslegung steht also fest, dass der Verbraucher in den beschriebenen, „gestreckten“ Konstellationen *bei Abgabe* seines Angebots belehrt werden muss. Folglich kann tatsächlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Nichtbelehrung für den später erfolgten Kaufvertragsschluss (inklusive der mit ihm verbundenen Risiken) kausal geworden ist. Schon unter diesem Blickwinkel sollte der BGH seine Rechtsprechung in Zukunft zumindest dahingehend ändern, dass ein Anspruch aus c. i. c. wegen einer Verletzung der Belehrungspflicht nur dann von vornherein ausgeschlossen ist, wenn der Kaufvertrag auch vor der Abgabe der auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung zustande gekommen ist. Nur dann kann nämlich mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die Pflichtverletzung (Nichtbelehrung) für den Schaden (Risiken aus dem Kaufvertrag) kausal geworden ist.

b) Die Kontroverse in der Literatur

Davon zu trennen ist die Frage, ob die Voraussetzung einer gewissen zeitlichen Reihenfolge zwischen Darlehensvertrag¹³⁹ und dem Kaufvertrag als solche überhaupt mit der Rechtsprechung des EuGH zu den Folgen der Nichtbelehrung vereinbar ist. In der deutschen Literatur wird dies mehrheitlich mit dem Argument bejaht, dass auch der EuGH den Schutz des Verbrauchers in seiner Entscheidung *Schulte* an die Voraussetzung geknüpft habe, dass letzterer zur Zeit der Nichtbelehrung noch nicht an den Immobilienvertrag gebunden war.¹⁴⁰ Gestützt wird diese Ansicht maßgeblich auf die in Rn. 97 und 101 gewählte Formulierungen. Andere entnehmen den EuGH-Entscheidungen vom 25.10.2005 dagegen das genaue Gegenteil.¹⁴¹ Dabei wird vor allem auf den der Rechtssache *Crailsheimer Volksbank* zugrunde liegenden Fall von Herrn *Conrads*, verwiesen.¹⁴² Dort war der Kaufvertrag eindeutig *vor* dem Darlehensvertrag zustande gekommen. Dies hinderte die 2. Kammer des EuGH aber nicht, auch in diesem Fall einfach auf die in der Entscheidung *Schulte* von der Großen Kammer entwickelte Lösung zu verweisen. Vereinzelt wird auch ein Verstoß gegen das Effektivitätsgebot bzw. ein Widerspruch zum Schutzzweck der Richtlinie kritisiert.¹⁴³ Der Verstoß gegen das Effektivitätsgebot wird damit

132 Im Ergebnis genauso *Staudinger*, NJW 2005, 3521, 3523, der dies aber bereits einer Interpretation des Urteils *Schulte* (Fn. 4), Slg. 2005, I-9215, entnimmt.

133 BGHZ 168, 1, 18 Rn. 38.

134 *Staudinger/Kaiser*, 2004, § 355 Rn. 45.

135 *Palandt/Grüneberg*, 68. Aufl., 2009, § 355 Rn. 19; *MünchKomm/Mausch*, a.a.O. (s. Fn. 3), § 355 Rn. 53; *Staudinger/Kaiser*, a.a.O. (s. Fn. 134), § 355 Rn. 45.

136 Gegebenenfalls durch Widerruf auch der einem Treuhänder für den Abschluss des Kaufvertrages erteilten Vollmacht gem. § 168 S. 2, 3 i.V.m. § 167 Abs. 1 BGB.

137 BGHZ 168, 1, 18 Rn. 38.

138 *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (s. Fn. 135), § 355 Rn. 19; *Staudinger/Kaiser*, a.a.O. (s. Fn. 134), § 355 Rn. 45.

139 Bzw. nach der hier vertretenen Auffassung dem auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Angebot des Verbrauchers.

140 Vgl. z.B. *Jungmann*, NJW 2007, 1562, 1565; *Habersack*, JZ 2006, 91, 93; *Staudinger*, NJW 2005, 3521, 3523, der allerdings für eine überschießende Umsetzung dieser Vorgaben auf nationaler Ebene plädiert, um bloßen Zufälligkeiten in der zeitlichen Abfolge nicht Vorschub zu leisten.

141 *Kahl/Essig*, ZIP 2009, 659, 660; *Fischer*, VuR 2007, 321, 323; *Knops*, WM 2006, 70, 73 f.

142 OLG Bremen NJW 2004, 2238 (Vorlagebeschluss) und Fn. 105 (Urteil).

143 *Knops*, WM 2006, 70, 74; *Fischer*, VuR 2007, 321, 323, der die Abhängigkeit des Schutzes von einer bestimmten zeitlichen Reihenfolge aber schon für eine von der nationalen Rechtsordnung selbst geschaffene Anforderung hält.

begründet, dass bei einem Großteil der hier in Rede stehenden Kapitalanlagemodelle der Immobilienvertrag vor dem Kaufvertrag zustande gekommen ist, sodass der Anspruch in der Regel an diesem Kausalitätserfordernis scheitern würde. Der Verstoß gegen den Schutzzweck wird darauf zurückgeführt, dass die zeitliche Reihenfolge der Vertragsschlüsse oftmals vom bloßen Zufall abhängt, die psychologische Beziehung des Verbrauchers zu den Verträgen in beiden Fällen aber dieselbe sei.¹⁴⁴ Der Zufall sei als Rechtfertigung für eine rechtlich unterschiedliche Behandlung aber nicht tragfähig.¹⁴⁵

c) Die Bedeutung der europäischen Vorgaben angesichts der überschießenden Umsetzung der Richtlinie durch den nationalen Gesetzgeber

Der hier vertretenen Ansicht zufolge übersieht diese Diskussion ein zentrales Problem. Fraglich ist nämlich bereits, inwieweit die Richtlinie für die Frage, ob ein eventueller Anspruch des Verbrauchers im Falle von Belehrungsmängeln von einer bestimmten zeitlichen Reihenfolge der Vertragsschlüsse abhängig gemacht werden kann, überhaupt beachtlich ist. Eine entsprechende Beachtlichkeit des europäischen Sekundärrechts könnte deshalb zu verneinen sein, weil der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie nur diejenigen Konstellationen erfasst, in denen der Darlehensvertrag in der Haustürsituation *geschlossen* wurde (Art. 1 Abs. 1) bzw. in denen der Verbraucher ein entsprechendes Angebot abgegeben hat (Art. 1 Abs. 4). Die für die Schrottimobilienfälle typischen Konstellationen waren aber andere: In der Regel wurden sowohl der Darlehensvertrag als auch der Kaufvertrag in der Haustürsituation lediglich *angebahnt*.¹⁴⁶ Derartige Konstellationen sind das alleinige Tribut der überschießenden Richtlinienumsetzung durch den nationalen Gesetzgeber und vom europäischen Sekundärrecht nicht mehr erfasst.¹⁴⁷ Für den problematischen Fall, dass der Kaufvertrag *nach* der Haustürsituation (ohne Angebotsabgabe durch den Verbraucher) aber *vor* dem Darlehensvertrag geschlossen wurde, ist also fraglich, inwiefern europäisches Recht überhaupt Bindungswirkung entfaltet.

Zwar hat der EuGH in der Rechtssache *Dzodzi* entschieden, dass das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 234 EG) grundsätzlich auch für diejenigen Fälle zulässig ist, die außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen. Das nationale Gericht müsse dann aber seine Ansicht darlegen, dass im konkreten Fall die Beantwortung der europäischen Auslegungsfrage erforderlich ist.¹⁴⁸ Entsprechendes ist in den Vorabentscheidungsbeschlüssen zu den Verfahren *Schulte* und *Crailsheimer Volksbank* aber nicht geschehen.¹⁴⁹ Aus diesem Grund kann den genannten Entscheidungen keine Aussage darüber entnommen werden, ob die Haustürwiderrufs-RiL einer nationalen Rechtsprechung entgegensteht, die eine Risikoüberwälzung in Fällen der Nichtbelehrung durch den Unternehmer von vornherein ausschließt, wenn der Kaufvertrag vor dem Darlehensvertrag zustande gekommen ist und beide Verträge in einer Haustürsituation angebahnt wurden. Vor diesem Hintergrund ist es also für Sachverhalte, die gar nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, weder gerechtfertigt, dass sich die eine Seite zur Darstellung der Europarechtskonformität der BGH-Rechtsprechung auf die Entscheidung *Schulte* beruft, noch dass die andere Seite ihren Ansatz auf den der Entscheidung *Crailsheimer Volksbank* zugrunde liegenden Fall von Herrn *Conrads* stützt. Dass im zuletzt genannten Verfahren vom EuGH entschieden wurde lag schlichtweg an der Formulierung der Vor-

lagefragen durch das OLG Bremen¹⁵⁰, die nicht auf diese gestreckte Konstellation abstellte. Im Ergebnis sind damit die problematischen, gestreckten Konstellationen der direkten Beurteilung anhand der europäischen Vorgaben zur zeitlichen Reihenfolge von Darlehens- und Kaufvertrag entzogen.¹⁵¹ Demnach könnten die nationalen Richter – losgelöst von europäischen Vorgaben – an der Voraussetzung einer bestimmten zeitlichen Reihenfolge zwischen Darlehens- und Kaufvertrag festhalten.

d) Ablehnung einer gespaltenen Auslegung

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die nationale Rechtsprechung eine gespaltene Auslegung im Rahmen von Haustürkonstellationen wiederholt (und aus gutem Grunde) abgelehnt hat.¹⁵² Geht man auch hier davon aus, dass die nationalen Gerichte eine gespaltene Auslegung ablehnen würden, kann das europäische Recht also doch als Maßstab herangezogen werden. Da die konkreten Vorgaben der europäischen Richter auf die zu beurteilenden Problemfälle aber nicht direkt passen, kommt eine Beurteilung allein anhand des von der Richtlinie geforderten und im ersten Teil entwickelten Verbraucherschutzniveaus in Betracht. Insofern erscheint die vom BGH aufgestellte Voraussetzung eines bestimmten zeitlichen Verhältnisses zwischen Kaufvertrag und Darlehensvertrag unter Berücksichtigung der beiden Effektivitätsgebote¹⁵³ sowie angesichts des Schutzzwecks der Richtlinie, der auch nicht von bloßen Zufälligkeiten abhängig sein kann, tatsächlich mit europäischem Sekundärrecht unvereinbar.

¹⁴⁴ *Knops*, WM 2007, 70, 74; *Volmer*, DNotZ 2006, 274, 278 f. *Volmer* weist dabei zu Recht darauf hin, dass am Anfang *immer* die Investitionsentscheidung des Verbrauchers steht und erst darauf hin das Darlehen beantragt wird. Sofern beide Verträge schon in der Haustürsituation angebahnt wurden, ist die (psychologische) Lage des Verbrauchers also immer dieselbe. Letztlich kritisiert *Volmer* damit schon die Entscheidung der europäischen Richter, die ihm zufolge auf der Annahme einer positiven Kausalbeziehung zwischen Darlehen und Immobilienvertrag beruht (der Immobilienvertrag wird zu dem Zweck geschlossen, das Darlehen „unterzubringen“), wo doch allenfalls von einer negativen (bei Verweigerung des Darlehens wäre auch der Immobilienvertrag nicht geschlossen worden) ausgegangen werden kann.

¹⁴⁵ In diesem Sinne z.B. *Staudinger*, NJW 2005, 3521, 3523; *Knops*, WM 2006, 70, 74.

¹⁴⁶ Danach kamen in der Regel zunächst der Kaufvertrag und später erst der Darlehensvertrag zustande, wobei das Angebot für Letzteren in der Regel von der Bank formuliert wurde.

In diesen Konstellationen kann je nach Zeitraum zwischen Immobilienvertrags- und Darlehensvertragsschluss schon das Vorliegen einer Haustürsituation problematisch sein. Vgl. hierzu Brandenburgisches OLG, Urt. v. 08.07.2009, Az.: 4 U 152/08 Rn. 57: „Der Bundesgerichtshof hat es in seinem Urteil vom 13.06.2006 ausdrücklich nicht beanstandet, dass zuvor das OLG München durch den Abschluss des notariellen Kaufvertrages etwa zwei Wochen vor Unterzeichnung des Darlehensvertrages eine zeitliche Zäsur angenommen, und deshalb die Haustürsituation für die auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung nicht kausal angesehen hatte (BGH, Urt. v. 13.06.2006, Az.: XI ZR 94/05 - Rn. 14 f., zit. nach juris).“

¹⁴⁷ Vgl. allgemein zur Problematik der überschießenden Richtlinienumsetzung *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006.

¹⁴⁸ EuGH, verb. Rs C-297/88 und C-197/89, *Dzodzi*, Slg. 1990, I-3783 Rn. 36; kritisch *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 918 f.

¹⁴⁹ Genau genommen wurden die europäischen Richter nicht einmal nach den Folgen der *Nichtbelehrung* (Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie) gefragt, sondern nach den Folgen des *Widerrufs* (im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Belehrung). Die Antworten der europäischen Richter bezogen sich aber (vor allem) auf die Folgen der Nichtbelehrung.

¹⁵⁰ OLG Bremen NJW 2004, 2238.

¹⁵¹ Dies ist ein wiederkehrendes Problem, das allerdings nicht immer gesehen wird. Vgl. zum parallelen Fall der Zurechnung der Haustürsituation gemäß § 123 Abs. 2 BGB, *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477, 479 f.

¹⁵² Vgl. z.B. BGHZ 150, 248, 260 f. – *Heininger*.

¹⁵³ Sowohl dem Gebot effektiver Richtlinienumsetzung wie dem der effektive Sanktionierung von Richtlinienverstößen durch die nationalen Gesetze würde ansonsten nicht in ausreichendem Maße Rechnung getragen, da der Darlehensvertrag nur in seltenen Fällen vor dem Kaufvertrag zustande gekommen sein wird, so *Lechner*, NZM 2005, 921, 926; *Tonner/Tonner*, WM 2006, 505, 509 Fn. 45.

Damit ergibt sich folgendes Bild: Insofern als der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist, kann die Anforderung einer bestimmten zeitlichen Reihenfolge unter der Maßgabe aufrechterhalten werden, dass in Zukunft nicht pauschal auf den Zeitpunkt des Darlehensvertragsschlusses, sondern auf den Abgabe des entsprechenden Angebots durch den Verbraucher abgestellt wird. Insofern der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet ist, sind die europäischen Vorgaben jedenfalls nicht unmittelbar beachtlich. Geht man aber davon aus, dass die nationalen Richter auch hier einer gespaltenen Auslegung eine Absage erteilen wollten – so sie dieses Problem denn gesehen hätten –, erscheint die Anforderung einer zeitlichen Reihenfolge mit dem auf europäischer Ebene geforderten Schutzniveau tatsächlich nicht vereinbar.

Damit stellt sich abschließend die Frage nach der Zulässigkeit einer Umsetzung dieses Ergebnisses im Wege richtlinienkonformer Auslegung. Angesichts dessen, dass die Umsetzung hier nur über einen Verzicht auf die Voraussetzung einer bestimmten zeitlichen Reihenfolge der Vertragserklärungen in den typischen Schrottimmobilienskonstellationen verwirklicht werden kann, die haftungsausfüllende Kausalität aber ein unabdingbares Element des deutschen Schadensrechts ist, könnte eine richtlinienkonforme Auslegung hier nicht realisierbar sein. Im Ergebnis wäre die aktuelle Rechtsprechung des BGH damit doch als europarechtswidrig zu bewerten. Jedoch wird dem Erfordernis haftungsausfüllender Kausalität durch den (widerleglich vermuteten) Ursachenzusammenhang zwischen Nichtbelehrung und tatsächlichem Widerruf in ausreichendem Maße Rechnung getragen, sodass auf dieses zweite Erfordernis nach der hier vertretenen Ansicht verzichtet werden kann.

Angesichts der vorgenannten Auslegungshinweise scheint der vom BGH gewählte schadensrechtliche Weg mit den europäischen Vorgaben vereinbar. Er ist auch gegenüber den anderen vorgeschlagenen Umsetzungsmöglichkeiten zu bevorzugen, da er ausreichend Raum für Einzelfallbewertungen gewährt und nicht zu einer automatischen Risikoüberwälzung auf die Banken dort führt, wo dies wegen der besonderen Fallgestaltung als überschießende Rechtsfolge erscheinen würde.

D. Fazit und Ausblick

I. Zusammenfassung

Die Bewertung der aktuellen BGH-Rechtsprechung zu den Kapitalanlagemodellen fällt in ihrem Grundton positiv aus, ist allerdings auch in einigen Punkten zu kritisieren: Der vom XI. Senat eingeschlagene Weg einer schadensrechtlichen Lösung ist im Grundsatz zu befürworten. Liegen die Voraussetzungen eines Belehrungsmangels vor, ist der Verbraucher vor der Inanspruchnahme der Banken geschützt. Zudem ermöglicht er eine am Einzelfall orientierte, differenzierende Betrachtung und verhindert somit die Etablierung eines unerwünschten Reuerechts zugunsten risikobereiter Verbraucher. Vor diesem Hintergrund erscheint der Schadensersatzanspruch auch geeignet, das von der Haustürwiderrufs-RiL sowie den europäischen Richtern geforderte Verbraucherschutzniveau auf nationaler Ebene zu realisieren.

Anlass zur Kritik bietet die bisherige Rechtsprechung des XI. Zivilsenats dagegen in zweierlei Hinsicht: Wegen der klaren Vorgaben der Haustürwiderrufs-RiL¹⁵⁴ sowie des EuGH in sei-

nen Entscheidungen *Schulte* und *Crailsheimer Volksbank* sollte erstens die Haftung wegen eines Belehrungsmangels in den Mittelpunkt der Betrachtungen gerückt und damit die bisherige Praxis korrigiert werden.¹⁵⁵ Der Haftung wegen Aufklärungsver schulden kann dagegen ergänzender Charakter beigemessen werden und damit eine Qualifizierung als Maßnahme i. S. v. Art. 8 der Haustürwiderrufs-RiL zukommen. Dies würde vor allem auch eine Erleichterung für die Tatsacheninstanzen bedeuten; wird dem Verbraucher nämlich bereits ein Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Belehrungspflicht zugesprochen, kann auf die subsidiäre Prüfung eines inhaltsgleichen Anspruchs wegen Aufklärungsver schulden verzichtet werden. Das bedeutet, dass oftmals schwierige und umfangreiche Feststellungen insbesondere zu den Voraussetzungen der arglistigen Täuschung oder zum institutionalisierten Zusammenwirken nicht mehr nötig sind. Im Ergebnis sollte das bisher vom BGH praktizierte Verhältnis zwischen Belehrungs- und Täuschungsschutz also umgekehrt werden.

Zweitens ist das Tatbestandsmerkmal der haftungsausfüllenden Kausalität im Rahmen des Anspruchs wegen der Verletzung der Belehrungspflicht neu zu bestimmen. Der tatsächliche Widerruf des Darlehensvertrages durch den Verbraucher ist (widerleglich) zu vermuten. Des Weiteren ist die zeitliche Reihenfolge der Vertragsschlüsse in den typischen Kapitalanlagekonstellationen rechtlich unerheblich.

Beide Korrekturen sind von hoher Praxisrelevanz, da sie den Verbraucher in die Lage versetzen, den ruinösen Zahlungsansprüchen der Bank eigene Gegenansprüche entgegenhalten zu können bzw. es ihm ermöglichen, die Zwangsvollstreckung in sein persönliches Vermögen abzuwenden. Bei Berücksichtigung der vorgeschlagenen Modifikationen wird der BGH dem vom EuGH geforderten Schutzniveau durchaus gerecht, da ein Verbraucherschutz über die Gewährung von Schadensersatzansprüchen dann in einem Großteil der Fälle realistisch ist, die erforderliche Einzelfallbewertung aber möglich bleibt. Sollte der BGH diese Korrekturen nicht vornehmen, drohen Ansprüche aus Staatshaftung und zwar insbesondere wegen grober Pflichtverletzung durch die deutsche Richterschaft.¹⁵⁶

Für Neufälle, d. h. solche, für die das neue Schuldrecht beachtlich ist, konkurriert die Schadensersatzlösung bereits heute mit den Vorschriften über das verbundene Geschäft. Deren Anwendung kommt unter den (allerdings sehr strengen) Voraussetzungen des § 358 Abs. 3 S. 3 BGB¹⁵⁷ in Betracht.

II. Die geplante Richtlinie über Rechte der Verbraucher

Dagegen ist nicht davon auszugehen, dass die Bedeutung der schadensrechtlichen Lösung mit der Umsetzung der neuen Richtlinie über Rechte der Verbraucher¹⁵⁸ weiter schwinden wird. Zwar regelt diese (erstmalig für Haustürgeschäfte) die „Wirkungen der Ausübung des Widerrufsrechts auf akzessorische Verträge“ dergestalt, dass im Falle des wirksamen Wider-

154 Der Schutzzweck der Richtlinie besteht unabhängig von einer arglistigen Täuschung.

155 So auch *Jungmann*, NJW 2007, 1562, 1564; *ders.*, WM 2006, 2193, 2196.

156 Vgl. hierzu allgemein *Haratsch*, JZ 2006, 1176; *Kremer*, NJW 2004, 480; *Schulze*, ZEuP 2004, 1051

157 Eingefügt durch das OLGVertrÄndG v. 23.07.2002, BGBl. 2002 I, S. 2850, 2857.

158 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher v. 08.10.2008, KOM(2008) 614/4 endg.

rufs auch alle akzessorischen Verträge ungültig werden, Art. 18 Nr. 1. Der Begriff des akzessorischen Vertrages ist aber auch in der neuen Richtlinie äußerst eng bestimmt. So soll für die Annahme akzessorischer Verträge eine regelrechte „Vereinbarung“ zwischen dem Gewerbetreibenden und einem Dritten erforderlich sein, Art. 2 Nr. 20.

Nimmt man jedoch das Vollharmonisierungskonzept der neuen Richtlinie¹⁵⁹ ernst (Art. 4), so könnte die Gewährung von Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung der Belehrungspflicht in Zukunft gänzlich wegfallen, da mit dem Konzept der Vollharmonisierung bekanntlich auch ein höheres Schutzniveau nicht vereinbar ist. Aus Art. 42 ergibt sich jedoch, dass die Mitgliedstaaten nach wie vor dazu berufen sind, für Verstöße gegen die aufgrund der Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Vorschriften Sanktionen festzulegen. Diese Sanktionen müssen dabei „wirksam, angemessen und abschreckend“ sein. Im Ergebnis wird der BGH an seiner bisherigen Lösung festhalten können, trotz des zukünftigen

Vollharmonisierungskonzepts und der Tatsache, dass die neue Richtlinie Schadensersatzansprüche des Verbrauchers im Falle der Nichtbelehrung selbst nicht vorsieht.

Zum Teil werden sich auch die auf der Diskrepanz zwischen nationalem und europäischem Anwendungsbereich des Haustürwiderrufsrechts beruhenden Probleme lösen. Nach der neuen Richtlinie über Rechte der Verbraucher soll ein Vertrag nämlich auch dann als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen gelten, wenn der Verbraucher außerhalb von Geschäftsräumen angesprochen wird und die Vertragsverhandlungen beispielsweise in seiner Wohnung stattfinden, der Vertrag aber in einem Geschäft abgeschlossen wird.¹⁶⁰ Das deutsche Konzept der Vertragsanbahnung wird somit auf europäischer Ebene übernommen.

¹⁵⁹ Ausführlich *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht, 2009.
¹⁶⁰ Erwägungsgrund 14, Art. 2 Abs. 8 b) (Fn. 158).