

Dan Wielsch\*)

## Rückabwicklung widerruflicher Realkredite im Finanzierungsverbund

Zugleich Anmerkungen zu EuGH, Urt. v. 25. 10. 2005 – Rs C-350/03, ZBB 2005, 436 („Schulte/Badenia“)

*Anders als die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs zu den Anforderungen der Haustürgeschäfterrichtlinie an die Zurechenbarkeit der Haustürsituation im Urteil „Crailsheimer Volksbank/Conrads“ wird das Urteil „Schulte/Badenia“ in Stellungnahmen (siehe insbesondere Ehrlicke, ZBB 2005, 443) kontrovers diskutiert. Tatsächlich reicht dieses Urteil weiter und verdient erhöhte Aufmerksamkeit, betrifft es doch die Folgen eines Widerrufs im nationalen Recht. Der Verfasser arbeitet das dem Urteil zugrunde liegende Verständnis von Widerrufsbelehrung und Widerrufsrecht heraus und zeigt, wie das deutsche Recht richtlinienkonform interpretiert werden kann.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bei Widerruf des Kreditvertrags
  1. Auswirkungen auf das finanzierte Immobilien-geschäft
  2. Auswirkung auf das Haustürgeschäft
    - 2.1 Umfang der Rückabwicklung nach Widerruf
    - 2.2 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bei unterbliebener Belehrung: Abwälzung des Anlagerisikos
- III. Schadensersatzanspruch als Folge richtlinienkonformer Auslegung
  1. Widerrufsbelehrung als Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB
  2. Haftungsmaßstab
  3. Kausalitäten
    - 3.1 Verhältnis Belehrung – Widerruf
    - 3.2 Schutzzweck der Belehrungspflicht
  4. Anspruchsinhalt
  5. Verjährung
  6. Wertungskonsistenz
- IV. Beitrag des Urteils zur Europäisierung mitgliedstaatlichen Vertragsrechts
  1. Prozeduralistisches Verständnis von Privatautonomie im Gemeinschaftsrecht
  2. Steuerung der Effektivität gemeinschaftsrechtlicher Verbraucherrechte

### I. Einleitung

Seit geraumer Zeit schon beschäftigen sich deutsche Gerichte und eine intensiv geführte Fachdiskussion mit Fragen des Widerrufs von Verbraucherkreditverträgen, die in Haustürsituationen zur Finanzierung eines Immobilienkaufs geschlossen wurden. Nachdem der Europäische Gerichtshof durch das

Heininger-Urteil zunächst die Voraussetzungen klären musste, unter denen dem Verbraucher nach der Haustürgeschäfterrichtlinie<sup>1)</sup> ein Widerrufsrecht zusteht,<sup>2)</sup> war in der Rechts-sache Schulte/Badenia nunmehr über die Vereinbarkeit der Rechtsfolgen des Widerrufs mit Gemeinschaftsrecht zu entscheiden.<sup>3)</sup> Als korrekturbedürftig erweist sich danach insbesondere das bisherige Verständnis des deutschen Rechts, die vorgesehene Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht durch den Unternehmer lediglich als Obliegenheit und nicht als Rechtspflicht aufzufassen. Das jetzt ergangene Urteil zwingt die nationalen Gerichte bei Streitigkeiten um die „Schrottimmobilien“ dazu, die pflichtwidrige Nichtbelehrung als entscheidungsrelevanten Umstand zu behandeln. Andererseits verschafft der Gerichtshof dem nationalen Rechtsanwen-der einen Spielraum bei der dogmatischen Umsetzung der im Urteil aufgestellten Vorgaben.

### II. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bei Widerruf des Kreditvertrags

Sofern das Kreditgeschäft tatsächlich in einer Haustürsituation geschlossen wurde und deshalb vom Verbraucher widerrufen werden kann, ist mit den Entscheidungsgründen hinsichtlich der Folgen eines Widerrufs in doppelter Weise zu differenzieren, nämlich einerseits zwischen den Folgen für die Rückabwicklung des Kreditgeschäfts selbst (2) und für das mit dem Kredit finanzierte Anlagegeschäft (1) sowie andererseits zwischen Fällen, in denen der Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde (2.1), und solchen, in denen dies nicht geschah (2.2).

Vor die Klammer um diese Differenzierungen ist der Umstand zu ziehen, dass Art. 7 Haustürgeschäfterrichtlinie die Kompetenz zur Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs den Mitgliedstaaten zuweist. Diese Kompetenz ist jedoch nicht schrankenlos, sondern muss ihrerseits unter Beachtung der Haustürgeschäfterrichtlinie und ihrer Ziele ausgeübt werden. Die Regelung der Widerrufsfolgen im nationalen Recht darf dem Regelungsgehalt der Haustürgeschäfterrichtlinie selbst

1) Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Haustürgeschäfterrichtlinie), ABi L 372/31.

2) Vgl. EuGH, Urt. v. 13. 12. 2001 – Rs C-481/99, Slg. 2001 I-9945, Tz. 45 = ZBB 2002, 29 = ZIP 2002, 31 = ZfR 2002, 15, dazu EWiR 2002, 261 (Pfeiffer) – Heininger; vgl. dazu auch Kulke, Haustürwiderrufsrecht und Realkreditvertrag, ZBB 2002, 33.

3) Allerdings ging es im Parallelverfahren EuGH, Urt. v. 25. 10. 2005 – Rs C-229/04, ZBB 2005, 442 = ZIP 2005, 1965, dazu EWiR 2005, 837 (Derleder) – Crailsheimer Volksbank/Conrads u. a., noch einmal um die Voraussetzungen des Widerrufsrechts. Hier unterstreicht der EuGH, dass es allein auf das objektive Vorliegen der Haustürsituation beim Vertragsschluss ankommt. Entgegen der Rechtsprechung des II. und des XI. Zivilsenats, vgl. etwa BGH ZIP 2003, 22 = ZfR 2003, 101 = WM 2003, 61, 63, dazu EWiR 2003, 167 (Frisch), darf das Widerrufsrecht nicht an die weitere Voraussetzung einer Zurechnung nach § 123 Abs. 2 BGB geknüpft werden. Der II. Zivilsenat ist „nach Rückfrage beim XI. Zivilsenat, der insoweit keine Einwände hat“ den Vorgaben des EuGH bereits im Urteil v. 12. 12. 2005 – II ZR 327/04, ZIP 2006, 221 gefolgt und hält an seiner früheren Rechtsansicht nicht mehr fest.

\*) Dr. jur., LL.M. (Berkeley), Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Frankfurt/M.

nicht seine praktische Wirksamkeit nehmen.<sup>4)</sup> Dieser Regelungsgehalt ist nun aber mit Blick auf die erwähnten Differenzierungen durchaus unterschiedlich.

### 1. Auswirkungen auf das finanzierte Immobiliengeschäft

Gemäß ständiger Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs schlägt der Widerruf des Kreditgeschäfts nicht auf den finanzierten Immobilienkauf durch. Eine Anwendung der Regelungen von § 9 VerbrKrG (§§ 358, 359 BGB) über verbundene Geschäfte komme angesichts von § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG (§ 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F.) nicht in Betracht.<sup>5)</sup> Diese vielfach kritisierte „trennende“ Betrachtungsweise<sup>6)</sup> widerspricht nach den Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs indessen nicht dem Gemeinschaftsrecht. Nachdem der Gerichtshof das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung über verbundene Geschäfte in der Haustürgeschäfte-Richtlinie konstatiert,<sup>7)</sup> verweigert er sich auch der Annahme, die Richtlinie enthalte eine entsprechende „stillschweigende Vorschrift“ zur Berücksichtigung möglicher Verbundenheit. Durch den Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Buchst. a Haustürgeschäfte-Richtlinie soll offenbar jede Erstreckung des von der Richtlinie gewährten Widerrufsrechts auf Kaufverträge über Immobilien abgeschnitten sein.

Das kann nur bedingt überzeugen. Wie bereits der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen einräumt, besteht ein „gewisser Widerspruch“ zwischen dem Wortlaut der Richtlinie und dem mit ihr verfolgten Zweck.<sup>8)</sup> Nach Art. 5 Abs. 2 Haustürgeschäfte-Richtlinie ist der Verbraucher durch den Widerruf aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen zu entlassen. Wenn und weil es in Fällen wie dem vorliegenden in der Haustürsituation zum Abschluss eines einheitlichen kreditfinanzierten Kapitalanlagegeschäfts kam,<sup>9)</sup> ist dem Auftrag von Art. 5 Abs. 2 Haustürgeschäfte-Richtlinie nur dann Genüge getan, wenn sämtliche Verpflichtungen aus den Teilverträgen wegfallen, die durch das Anlagemodell in ihren Zwecken aufeinander bezogen und zum einheitlichen Geschäft zusammengeschlossen werden. Denn die Aussicht auf die Fortdauer des Immobilienkaufvertrags macht den Widerruf des Darlehensvertrags für den Verbraucher regelmäßig wirtschaftlich sinnlos und wird ihn entsprechend von der tatsächlichen Ausübung seines Rechts abhalten.<sup>10)</sup> In dem Maße, wie der die formale Selbständigkeit der Einzelverträge überlagernde Verbundzweck berücksichtigt wird,<sup>11)</sup> kann auch nicht mehr mit dem Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 Buchst. a Haustürgeschäfte-Richtlinie argumentiert werden. Der Schutzmechanismus einer Formvorschrift wie § 311b BGB kann dann nicht mehr wirken, wenn der Einsatz der Mittel für den Kauf bereits bei Abschluss des Vertrags über den – zweckgebundenen, grundpfandrechtlich abgesicherten – Realkredit vereinbart wird.<sup>12)</sup> Der so begründeten gemeinschaftsrechtlichen Pflicht, den durch den Widerruf des Finanzierungs geschäfts hervorgerufenen Wegfall des Verbundzwecks als Grund für die Entbindung vom finanzierten Immobilienkauf zu berücksichtigen, könnte im deutschen Recht durch eine entsprechende Anwendung von § 9 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG<sup>13)</sup> (bzw. eine unmittelbare von § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB) Rechnung getragen werden.<sup>14)</sup>

Wenn der Europäische Gerichtshof nicht den Weg dieser vom Schutzzweck der Haustürgeschäfte-Richtlinie und ihrer praktischen Wirksamkeit<sup>15)</sup> nahe gelegten Interpretation des Art. 5 Abs. 2 einschlägt, so dürfte dies mit Rücksicht auf den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit geschehen sein, der für die Beachtung des objektiven Wortlauts streitet.<sup>16)</sup> Sieht man indessen Art. 3 Abs. 2 Buchst. a Haustürgeschäfte-Richtlinie als Vorschrift, die nur den Kreis der Verträge festlegt, für die nach der Richtlinie ein subjektives Widerrufsrecht zu gewähren ist, und nicht – wie der Europäische Gerichtshof – als in jeder Hinsicht über den Wirkungsbereich der Richtlinie bestimmend an, müsste sich die teleologische Auslegung auch nicht vom Wortlaut der Richtlinie emanzipieren.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Haustürgeschäfte-Richtlinie nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs dem deutschen Recht nicht vorschreibt, den Widerruf des Finanzie-

4) Vgl. EuGH ZBB 2005, 436, 439, Tz. 69, unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 17. 6. 1999 – Rs. C-336/97, Slg. 1999 I-3771, Tz. 19 – Kommission/Italien; EuGH, Urt. v. 5. 12. 2002 – Rs. C-324/01, Slg. 2002 I-11197, Tz. 18 – Kommission/Belgien.

5) Vgl. etwa BGH ZBB 2002, 194 = ZIP 2002, 1075 = ZfR 2002, 434 = ZVI 2002, 147 = NJW 2002, 1881, dazu EWIR 2002, 523 (Lange); vgl. dazu auch die Besprechung von *Derleder*, Der Widerruf des Haustürgrundpfandkredits, ZBB 2002, 202; BGH ZIP 2003, 64 = ZfR 2003, 148 = ZVI 2002, 450 = NJW 2003, 422, dazu EWIR 2003, 423 (Häuser); BGH ZIP 2004, 606 = ZfR 2004, 728 = NJW 2004, 1376, dazu EWIR 2004, 883 (Lürken); BGH ZIP 2004, 606 = ZfR 2004, 728 = WM 2004, 620, dazu EWIR 2004, 883 (Lürken). Auch nach Wegfall von § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. ist ein nunmehr prinzipiell möglicher Durchgriff schwer zu begründen, da sich auch die neuen Regelungen der §§ 358, 359 BGB an der bisherigen Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff orientieren, vgl. *Schmidt-Rantsch*, Gesetzliche Neuregelung des Widerrufsrechts bei Verbraucherverträgen, ZIP 2002, 1100, 1102.

6) Zuletzt vgl. *Fischer*, Gemeinschaftsrechtskonforme Rückabwicklung von Haustür-„Schrottimmobilien“-Geschäften, DB 2005, 2507, 2509 m. w. N.

7) Im Unterschied dazu sieht die in zeitlicher Nähe zur Haustürgeschäfte-Richtlinie entstandene Verbraucherkreditrichtlinie – Richtlinie des Rates 87/102/EWG vom 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, AB 1987 L 42/48 – in Art. 11 durchaus Rechtsfolgen für den Fall der Verbindung von Leistungs- und Kreditvertrag vor. Damit liegt der Schluss nahe, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber sich in Kenntnis der Problematik wirtschaftlich miteinander verbundener Verträge bewusst gegen deren Regulierung in der Haustürgeschäfte-Richtlinie entschieden hat, vgl. Bundesregierung, Stellungnahme in der Rechtssache Schulte/Badenia, abgedruckt in: ZBB 2004, 161, Rz. 24.

8) Vgl. EuGH, GA Léger v. 28. 9. 2004 – Rs. C-350/03, ZIP 2004, 1946, Tz. 92 = ZfR 2004, 854, dazu EWIR 2005, 131 (Frisch). Keinen Widerspruch sieht jedoch *Ehrliche*, Gemeinschaftsrechtliche Perspektiven der Rückabwicklung von Realkreditverträgen, ZBB 2005, 443, 445.

9) Vgl. EuGH ZBB 2005, 436 (2. Leitsatz).

10) Von einer „faktische Widerrufsblockade“ spricht etwa *Derleder*, Bankschaden und Bankrecht, NJW 2003, 2064, 2066.

11) Zum Verbundzweck als Tatbestandsmerkmal der Doppelkonstitution von Vertrag und Verbund vgl. *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, S. 117 sowie S. 114 ff. umfassend zum Gedanken des Vertragsverbundes.

12) *Schwintowski*, VuR 2004, 440, 441 (Urteilsanm.), sieht etwa die auf die Realkreditgewährung folgenden, für den Grundstückskauf notwendigen Formalien nur noch als logische Konsequenz der Kreditgewährung und bringt die Eigenart dieser Art Haustürgeschäft treffend auf den Punkt: „man kann durch Kreditgewährung an der Haustür eben doch eine Immobilie erwerben“.

13) Zur Legitimation einer solchen Analogie vgl. *Fischer*, DB 2005, 2507, 2510 Fußn. 35 m. w. N.

14) Folge wäre, dass der Verbraucher der Bank gegenüber nicht zur – für ihn regelmäßig nicht erfüllbaren – Rückzahlung des Nettokreditbetrags, sondern zur – für ihn regelmäßig erfüllbaren – Rückübertragung der Immobilie verpflichtet wäre. Vgl. den Vorlagebeschluss OLG Bremen NJW 2004, 2238.

15) Zu deren Herstellung die Mitgliedstaaten aber bei der Umsetzung der Richtlinie verpflichtet sind, vgl. nur EuGH, Urt. v. 10. 4. 1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Tz. 15 = ZIP 1984, 1386 – von Colson und Kamann/Land NRW; st. Rspr.

16) Ist dieser klar und unzweideutig, so „genügen sich die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts selbst“, vgl. EuGH (GA) ZIP 2004, 1946, Tz. 88.

rungsvertrags auf den Immobilienkaufvertrag durchschlagen zu lassen. Umgekehrt steht das ihr zugrunde liegende Konzept einer Mindestharmonisierung freilich einer Änderung der deutschen Rechtsprechung auch keineswegs entgegen.<sup>17)</sup> Es ist jedoch kaum zu erwarten, dass der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in irgendeiner Weise über den von der Haustürgeschäftsrichtlinie zwingend geforderten Auslegungsauftrag hinausgehen wird.

## 2. Auswirkung auf das Haustürgeschäft

Dass sich der Regelungsgehalt der Haustürgeschäftsrichtlinie nicht in der Gewährung eines Rechts zum Widerruf des Haustürgeschäfts erschöpft, zeigen jedoch die Ausführungen des Gerichtshofs zu den Auswirkungen des Widerrufs auf das Schuldverhältnis zwischen Verbraucher und Kreditgeber. Hier vollzieht der Aufbau der Urteilsgründe eine in der Haustürgeschäftsrichtlinie vorgezeichnete Zweispurigkeit der Rechtsfolgen nach. Einerseits geht es nämlich um die Konsequenzen der Ausübung des Widerrufsrechts (Art. 5 Abs. 2 Haustürgeschäftsrichtlinie), andererseits um die zusätzlich zu berücksichtigenden Rechtsfolgen bei Nichtbelehrung über die Ausübbarkeit dieses Rechts (Art. 4 Abs. 3 Haustürgeschäftsrichtlinie).

### 2.1 Umfang der Rückabwicklung nach Widerruf

Vom Ausgangspunkt seiner Entscheidung gegen einen Widerrufsdurchgriff auf das Kreditgeschäft entnimmt der Europäische Gerichtshof zunächst Art. 5 Abs. 2 Haustürgeschäftsrichtlinie eine Verpflichtung zur „Wiederherstellung der ursprünglichen Situation“, und zwar für den Verbraucher wie auch für den Darlehensgeber.<sup>18)</sup> Danach verbietet die Richtlinie nur einen Rückfall hinter die ursprüngliche Situation,<sup>19)</sup> nicht aber auf diese, d. h. auf einen Zustand, in dem die Geldmittel aus dem Darlehen dem Kreditgeber zustehen und entsprechend vom Verbraucher zurückzuholen sind. Aus Sicht der Richtlinie ist es unproblematisch, wenn das mitgliedstaatliche Rückabwicklungsrecht die (sofortige) Rückzahlung der Darlehensvaluta an den Kreditgeber anordnet. Gleiches gilt für die Erstreckung der Rückzahlungspflicht auf die aus der Überlassung des Darlehensbetrags gezogenen Nutzungen in Gestalt marktüblicher Zinsen (vgl. § 3 Abs. 3 HWiG bzw. § 357 Abs. 1 Satz 1, § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB). Die Integrität des deutschen Rückabwicklungsrechts bleibt damit vom Gemeinschaftsrecht unangetastet.

### 2.2 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bei unterbliebener Belehrung: Abwälzung des Anlagerisikos

Für den Fall, dass der Verbraucher vom Gewerbetreibenden nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, verlangt Art. 4 Abs. 3 Haustürgeschäftsrichtlinie nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs nach einem Schutzmechanismus, der verhindert, dass der Verbraucher das wirtschaftliche Verwendungsrisiko für die überlassenen Darlehensvaluta während der Zeit der Nichtbelehrung trägt.<sup>20)</sup> Die eingeforderte Risikoverlagerung zieht gerade die Konsequenz aus den Rechtsfolgen des nationalen Rückabwicklungsrechts. Danach trägt der Ver-

braucher nicht nur die wirtschaftlichen Folgen des Fehlschlages einer mit Hilfe des Darlehens finanzierten Kapitalanlage, weil er den gesamten ihm überlassenen Darlehensbetrag zurückgewähren muss, während die Werthaltigkeit der damit finanzierten Immobilie entgegen den ursprünglichen Erwartungen geringer ist. Wegen der Verzinsungspflicht trägt er auch das Risiko für eine hinter dem marktüblichen Zins zurückbleibende Nutzung des Darlehens. Bei ordnungsgemäßer Belehrung hätte es der Verbraucher hingegen vermeiden können, sich diesen Risiken auszusetzen: Hätte er den Darlehensvertrag binnen sieben Tagen widerrufen, so wäre „in Anbetracht des Verhältnisses zwischen dem Darlehensvertrag und dem Kaufvertrag“ das Immobiliengeschäft nicht zustande gekommen,<sup>21)</sup> an das er nun gerade gebunden ist; hätte er seinen Rückabwicklungspflichten für diesen Zeitraum ordnungsgemäß genügt, so hätte nicht ihm, sondern dem Darlehensgeber der Kreditbetrag zur Nutzung zur Verfügung gestanden.

Der entscheidende Gedanke hinter dieser Risikoverlagerung findet sich bereits im Fall *Heininger*. Dort hatte der Gerichtshof die Befristung des Widerrufsrechts für den Fall der unterbliebenen Belehrung auf ein Jahr nach Vertragsschluss als gemeinschaftsrechtswidrig erachtet und hervorgehoben, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht überhaupt nicht hat ausüben können, wenn es ihm nicht bekannt gewesen ist.<sup>22)</sup> Das vorliegende Urteil stellt nunmehr klar, dass wirtschaftliche Risiken, deren Eingehung bei rechtzeitiger Belehrung hätten vermieden werden können, nicht den Verbraucher treffen dürfen.

In beiden Urteilen wird zur tragenden Begründung, dass es sich beim Widerrufsrecht um ein vom Gemeinschaftsrecht gewährtes subjektives Recht handelt, dessen tatsächliche (nicht rechtliche<sup>23)</sup>) Wirksamkeit abhängt vom Verhalten der anderen Vertragspartei.<sup>24)</sup> Nur durch die Belehrung seitens des Gewerbetreibenden wird sichergestellt, dass der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht überhaupt Kenntnis erhält und damit den widerruflichen Vertrag tatsächlich überdenken kann. Bei dieser Entscheidung über das Festhalten am Vertrag darf es keine Rolle spielen, dass seit Abschluss des Vertrags erhebliche Zeit verstrichen sein kann und dass das nationale Rückabwicklungsrecht deshalb teils erhebliche wirtschaftliche Folgen der Ausübung des Widerrufsrechts nach sich zieht. Letztlich soll die gleiche Entscheidungsfreiheit wieder hergestellt werden

17) Der EuGH ZBB 2005, 436, 440, Tz. 80, hebt ausdrücklich hervor, dass das nationale Recht durchaus vorsehen kann, dass sich der Widerruf des Realkreditvertrags auf die Gültigkeit des Kaufvertrags über eine Immobilie auswirken kann – aber eben nicht muss.

18) Vgl. EuGH ZBB 2005, 436, 440, Tz. 88.

19) Etwa in Form eines Strafschadensersatzes bei Widerruf, vgl. EuGH, Ur. v. 22. 4. 1999 – Rs C-423/97, Slg. 1999 I-2195, Tz. 58, dazu EWiR 2000, 695 (Eckert) – *Travel Vac/Sanchis*.

20) Vgl. EuGH ZBB 2005, 436, 441, Tz. 94–102.

21) EuGH ZBB 2005, 436, 441, Tz. 97.

22) Vgl. EuGH Slg. 2001 I-9945, Tz. 45 = ZBB 2002, 29.

23) Denn zweifellos kann der Verbraucher das Haustürgeschäft auch dann widerrufen, wenn die Widerrufsbelehrung nicht erteilt worden ist, vgl. *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht, 5. Aufl., 2002, § 495 BGB Rz. 66.

24) Dieser Gedanke findet sich klar formuliert in den Ausführungen des GA Léger v. 12. 7. 2001, Slg. 2001 I-9945, Tz. 60: „Die Wirksamkeit dieses Rechts beruht also in vollem Umfang auf dem Verhalten des Gewerbetreibenden. Die Haustürgeschäftsrichtlinie überträgt ihm eine besondere Verantwortung, denn das Recht des Verbrauchers hängt von seinem Verhalten ab. Ein Fehlverhalten des Gewerbetreibenden kann verhindern, dass die genannte Richtlinie greift.“

wie bei ordnungsgemäßer Belehrung.<sup>25)</sup> Anders gesprochen: Weil und solange die tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Widerrufsrechts nicht vorgelegen haben, dürfen die normativen Folgen des Widerrufs nicht rückbezogen werden auf den Zeitpunkt des Abschlusses des widerruflichen Rechtsgeschäfts.

Es ist ein wesentlicher Teil des Regelungskonzepts der Haustürgeschäfte-Richtlinie, dass mit der Zuerkennung eines subjektiven Rechts nicht schon die Bedingungen für dessen Wahrnehmung gewährleistet sind. Die Richtlinie sucht deshalb die tatsächlichen Bedingungen (Kenntnis vom Widerrufsrecht) ihrerseits normativ einzufordern, indem sie in Art. 4 Abs. 1 vom Gewerbetreibenden verlangt, dass dieser den Verbraucher schriftlich über sein Widerrufsrecht zu belehren hat. Unmissverständlich legt die Haustürgeschäfte-Richtlinie dem Gewerbetreibenden damit eine Pflicht zur Belehrung auf.<sup>26)</sup> Das erklärt sich schon daraus, dass die praktische Wirksamkeit des Widerrufsrechts der anderen Vertragspartei von dieser Mitwirkungshandlung abhängig ist. Der Generalanwalt ging im Fall *Heininger* sogar davon aus, dass der Verbraucher ein subjektives Recht auf Belehrung gegenüber dem Gewerbetreibenden habe, das seinen Ursprung im Primärrecht finde und in der Haustürgeschäfte-Richtlinie nur noch ausdrücklich festgeschrieben würde.<sup>27)</sup> Unabhängig von der Anerkennung eines „Informationsgrundrechtes“ in Art. 153 EGV und den möglichen Folgen im Horizontalverhältnis – etwa für die horizontale Drittwirkung von Richtlinien<sup>28)</sup> – wird jedenfalls nach der Konzeption der Haustürgeschäfte-Richtlinie die zentrale Voraussetzung für die Wahrnehmung eines subjektiven Rechts ihrerseits unter ein Rechtsgebot gestellt.

Dies ist in Deutschland bisher verkannt worden. Sowohl der Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung halten die Belehrung des Verbrauchers lediglich für eine Obliegenheit des Unternehmers, deren Missachtung allein diesem selbst zum Nachteil gereicht, weil die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt.<sup>29)</sup> Diese Betrachtungsweise, der nur vereinzelt entgegengetreten wurde,<sup>30)</sup> bildet offenbar den tieferen Grund für die wiederholte Beschäftigung des Gerichtshofs mit der Interpretation der Haustürgeschäfte-Richtlinie durch die deutsche Seite. Denn nur, wenn man die faktische Abhängigkeit des Widerrufsrechts von der Belehrung leugnet, kann man auf die Idee kommen, das Widerrufsrecht ohne Rücksicht auf die Vornahme der Belehrung zu befristen.<sup>31)</sup> Spätestens bei der Problematik der Rückabwicklung des Haustürgeschäfts nach Widerruf hätte auffallen können, dass die Nichtbelehrung wegen der eintretenden Verlängerung der Schwebezeit die Belastung des Verbrauchers mit dem wirtschaftlichen Risiko der Verwendung des ihm überlassenen Darlehens beeinflusst und damit Auswirkungen auf das Vermögen eines anderen hat.

### III. Schadensersatzanspruch als Folge richtlinienkonformer Auslegung

#### 1. Widerrufsbelehrung als Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB

Zur Effektuierung der vom Europäischen Gerichtshof vorgegebenen Risikoverlagerung haben die nationalen Gerichte das

mitgliedstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Haustürgeschäfte-Richtlinie auszulegen.<sup>32)</sup> Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung bezieht sich hierbei nicht nur auf den Umsetzungsrechtsakt, sondern darüber hinaus auf das gesamte innerstaatliche Recht.<sup>33)</sup> Vorliegend verlangt die Richtlinie, den Verbraucher im Falle seiner Nichtbelehrung von den Folgen der Verwirklichung des Verwendungsrisikos der überlassenen Darlehensvaluta freizustellen.

Die deutschen Gerichte können dem nachkommen, indem sie dem Verbraucher einen Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 (i.V.m. § 311 Abs. 2) BGB wegen Unterlassen der Belehrung über das Widerrufsrecht zuerkennen. § 241 Abs. 2 BGB, der jeden Teil eines Schuldverhältnisses zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet, bietet genügend Interpretationsspielraum, der gemeinschaftsrechtlich

25) Zwar wird den Verbraucher auch dann eine Zinspflicht treffen, diese ist jedoch ungleich geringer, da sie nur für die Dauer der Widerrufsfrist berechnet wurde, d. h. maximal eine Woche (§ 1 Abs. 1 HWiG), zwei Wochen (§ 355 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder einen Monat (§ 355 Abs. 2 Satz 2 BGB).

26) So ausdrücklich EuGH ZBB 2005, 436, 441, Tz. 94 und 103, sowie schon EuGH (GA) Slg. 2001 I-9945, Tz. 47, wo allerdings auf die (verbindliche) französische Sprachfassung des Urteils („peuvent sans difficulté sauvegarder tant les intérêts des consommateurs que leurs propres exigences de sécurité juridique en se conformant à leur obligation d’informer ceux-ci“) zurückzugreifen ist. Warum hier die deutsche Fassung von einer „Obliegenheit zur Belehrung“ spricht, bleibt unerfindlich. Zutreffend dagegen noch die Übersetzung der Schlussanträge des GA, Tz. 59 („obligation de résultat“, „Erfolgspflicht“).

27) Vgl. EuGH (GA) Slg. 2001 I-9945, Tz. 60, 62.

28) Nach Ansicht von *Micklitz*, in: Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl., 2003, Rz. 29.26, ist in Art. 153 Abs. 1 EGV ein individualrechtlicher Anspruch des Verbrauchers auf Information verankert, aus dem sich ergibt, dass die das Primärrecht nur noch konkretisierenden verbraucher-schützenden Informationsrichtlinien auch Verpflichtungen für Private schaffen könnten und somit die *Faccini Dori*-Rechtsprechung de lege lata überwunden würde. Kritisch gegenüber einer solchen indirekten horizontalen Direktwirkung „an den Rockschoßen“ des Primärrechts jedoch *Pfeiffer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, Loseblatt, Stand 10/05, Art. 153 EGV Rz. 15, m. w. N.

29) Siehe die Regelung in § 2 Abs. 1 Satz 2 HWiG und dazu die ganz überwiegende Meinung in Rechtsprechung, vgl. etwa BGH ZIP 1989, 1575 = NJW 1990, 181, dazu EWIR 1990, 387 (*Hensen*), und Literatur, vgl. etwa *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., 1987 ff., § 2 HWiG Rz. 7, und aktuell MünchKommUWIR, BGB, 4. Aufl., 2003, § 355 Rz. 44 m. w. N.).

30) In der Rechtsprechung geht etwa das OLG Stuttgart NJW 1988, 1986, 1987, von einer Belehrungspflicht aus (gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung von § 2 HWiG spreche für Annahme einer Belehrungspflicht). Das AG Siegburg NJW-RR 2002, 129, sieht sogar einen Anspruch des Verbrauchers auf Belehrung. In der Literatur befürworten eine Einordnung als Pflicht etwa *Bülow/Artz* (Fußn. 23), § 495 BGB Rz. 73, die – unter Hinweis auf die Widerrufsbefristung nach dem damals neu geschaffenen § 355 Abs. 3 BGB a. F. im Unterschied zum zeitlich unbegrenzten Widerruf unter der vorhergehenden Rechtslage – die Pflichtnatur damit begründen, dass der Verbraucher anderenfalls durch Zeitablauf um eine elementare Rechtsposition gebracht werden könne; für eine Pflicht auch *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., 2006, § 355 Rz. 13; *Sack*, Die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Widerrufsbelehrung iSd AbzahlungsG und des HaustürgeschäftewiderrufsG, BB 1987, 1054. Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der deutschen Umsetzung bereits bei *Werner/Machunsky*, HWiG, 1990, § 2 Rz. 50.

31) Zur Belehrungspflicht als „Erfolgspflicht“ EuGH ZBB 2005, 436, 441, Tz. 94 und 103, sowie schon EuGH (GA) Slg. 2001 I-9945, Tz. 47.

32) Vgl. EuGH ZBB 2005, 436, 441, Tz. 102. Hinsichtlich der Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung vgl. auch EuGH Slg. 1984, 1891, Tz. 15 = ZIP 1984, 1386; EuGH, Urt. v. 14. 7. 1994 – Rs C-91/92, Slg. 1994 I-3325 = ZIP 1994, 1187 – *Faccini Dori/Recreb SRL*; EuGH, Urt. v. 27. 6. 2000 – Rs C-240/98, Slg. 2000 I-4941 = ZIP 2000, 1165, dazu EWIR 2000, 783 (*Freitag*) – *Océano Grupo/Quintero*.

33) Ständige Rechtsprechung spätestens seit EuGH, Urt. v. 13. 11. 1990 – Rs C-106/89, Slg. 1990 I-4135, Tz. 8 – *Marleasing SA/Comercial Internacional de Alimentacion SA*.

ausgefüllt werden kann.<sup>34)</sup> Die dafür vorausgesetzte Uminterpretation der Belehrungsbestimmungen im deutschen Recht (§ 2 HWiG bzw. §§ 355 Abs. 2, 312 Abs. 2 BGB) von Obliegenheitsvorschriften in Rechtspflichten ist von den Grundsätzen richterlicher Rechtsfortbildung gedeckt.<sup>35)</sup>

## 2. Haftungsmaßstab

Nach der Beweislastregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird vermutet, dass der Unternehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Dagegen könnten die Kreditinstitute vorbringen, sie seien davon ausgegangen, dass bei an der Haustür geschlossenen Realkreditverträgen kein Widerrufsrecht bestehe. Als ein bloßer Rechtsirrtum wäre diese Annahme jedoch unerheblich.<sup>36)</sup> Immerhin ist zwischen den Bezugspunkten eines möglichen guten Glaubens zu differenzieren: Soweit angenommen wurde, Realkreditverträge fielen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, hat bereits der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zum Fall Heiningen in Reaktion auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs betont, dass von einem schätzenswerten Vertrauen in die frühere Auslegung von § 5 Abs. 2 HWiG „nie die Rede sein konnte“.<sup>37)</sup> Gleiches muss angesichts der erwähnten Gegenstimmen aus Rechtsprechung und Literatur für die Annahme gelten, es bestehe nur eine Obliegenheit und keine Pflicht zur Belehrung.<sup>38)</sup> Es erscheint zudem fraglich, ob sich der gute Glaube darauf erstrecken kann, dass Rechtsverstöße nur in einer bestimmten Art und Weise (hier also als Obliegenheitsverletzung) geahndet werden.<sup>39)</sup> Zu berücksichtigen ist jedenfalls, dass die Unternehmer auch nach der Konzeption des Haustürwiderrufgesetzes nicht etwa ein Wahlrecht hatten, ob sie ordnungsgemäß belehren oder das Risiko der Fristverlängerung in Kauf nehmen wollten. Mit Blick auf § 3 UWG a. F. war mit der Rechtsprechung stets davon auszugehen, dass sich aus § 2 HWiG eine wettbewerbsrechtlich relevante Pflicht zur Belehrung des Kunden über sein Widerrufsrecht ergab.<sup>40)</sup>

Im Übrigen ist zu bedenken, dass der Europäische Gerichtshof die geforderte Risikoverlagerung im Falle der Nichtbelehrung nicht von weiteren – subjektiven – Voraussetzungen abhängig macht. Angeknüpft wird allein an die objektive Missachtung der Belehrungspflicht, ganz ähnlich wie der Gerichtshof den Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte richtlinie bereits beim objektiven Vorliegen der Haustürsituation für eröffnet hält. Sind aber die Voraussetzungen für die Risikoverlagerung abschließend formuliert, so soll den Unternehmer offenbar sogar eine verschuldensunabhängige Haftung treffen. Für die Annahme, dass nur eine Garantiehafte eine „geeignete Maßnahme“ i. S. v. Art. 4 Abs. 3 Haustürgeschäfte richtlinie ist, spricht auch die vom Generalanwalt vorgenommene Konkretisierung der Belehrungspflicht als „Erfolgspflicht“ („obligation de résultat“).<sup>41)</sup> Im deutschen Recht könnte dem Rechnung getragen werden, indem man den haftungsrechtlichen Maßstab des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB bei verbraucherrechtlichen Haustürgeschäften aufgrund einer richtlinienkonformen Bestimmung des „Inhalts des Schuldverhältnisses“ als verschärft ansieht. Auf ein Verschulden der Nichtbelehrung käme es dann gar nicht an.

## 3. Kausalitäten

### 3.1 Verhältnis Belehrung – Widerruf

Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Belehrungspflicht richtet sich grundsätzlich auf Naturalrestitution (§ 249 Satz 1 BGB). Der Verbraucher ist so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn er ordnungsgemäß belehrt worden wäre und daraufhin den Darlehensvertrag fristgerecht widerrufen hätte. Die Frage, ob er sein Widerrufsrecht damals überhaupt ausgeübt hätte – was nicht anzunehmen ist, da die Kreditkonditionen selbst regelmäßig nicht nachteilig waren und er hinsichtlich des Immobiliengeschäfts gerade von einem Vorteil ausging –, kann dabei keine Rolle spielen.<sup>42)</sup> Denn entscheidend ist, dass dem Verbraucher durch die Nichtbelehrung die Möglichkeit abgeschnitten worden ist, sein Widerrufsrecht früher wahrzunehmen.

Der jetzt ausgeübte Widerruf ist der originäre Widerruf.<sup>43)</sup> Es besteht daher kein Anlass, gegen Zweifel an der haftungsbegründenden Kausalität auf die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, wie sie von der Rechtsprechung für die Haftung bei Verletzung von Aufklärungspflichten entwickelt worden ist, zurückzugreifen und ihr eine Vermutung belehrungskonformen Verhaltens an die Seite zu stellen.<sup>44)</sup> Das würde der Eigenart des durch die Belehrungspflicht zu sichernden Widerrufsrechts nicht gerecht. Dieses wirkt konstitutiv. Es verlagert die Entscheidung über den Willen zum Vertrag in die Entscheidungsfrist.<sup>45)</sup> Das Widerrufsrecht hat damit prozeduralen Charakter und nicht etwa einen materiell-kompensatorischen.

### 3.2 Schutzzweck der Belehrungspflicht

Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität stellt die Belastung des Verbrauchers mit der Pflicht zur Verzinsung des Darlehensbetrags eine Schadensposition dar, die in sämtli-

34) Durch die ausdrückliche Erwähnung von Rechtsgütern und Interessen in § 241 Abs. 2 BGB wird freilich besonders deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Schutz- und Rücksichtnahmepflichten nicht nur zum Schutz von Rechten i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB, sondern auch zum Schutz des Vermögens und der Entscheidungsfreiheit bestehen können. Vgl. Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, § 3 Rz. 8.

35) Dazu ausführlich und gut begründet OLG Stuttgart, NJW 1988, 1986, 1987 (für § 2 HWiG).

36) So Reich, EWiR 2004, 252.

37) Vgl. BGH ZBB 2002, 194 = NJW 2002, 1881, 1883.

38) OLG Stuttgart NJW 1988, 1986, 1987; AG Siegburg NJW-RR 2002, 129; Bielow/Artz (Fußn. 23), § 495 BGB Rz. 73; Palandt/Heinrichs (Fußn. 30), § 355 Rz. 13; Sack, BB 1987, 1054; Werner/Machunsky (Fußn. 30), § 2 Rz. 50.

39) Vgl. Rott, „Heiningen“ und die Folgen für das Widerrufsrecht, VuR 2002, 49, 51.

40) Vgl. die Nachweise bei Werner/Machunsky (Fußn. 30), vor § 1 Rz. 34 und § 2 Rz. 17.

41) Vgl. EuGH (GA) Slg. 2001 I-9945, Tz. 59.

42) A. A. jedoch Bungeoth, Die Rückabwicklung nach dem HWiG widerrufener Immobiliarkredite, WM 2004, 1505, 1509.

43) So zu recht Meller-Hannich, Haustürgeschäft, Immobilienkauf, Kreditvertrag und der enttäuschte Anleger, WM 2005, 1157, 1164.

44) So aber Hoffmann, Die EuGH-Entscheidungen „Schulte/Badenia“ und „Crailsheimer Volksbank/Conrads u. a.“: Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?, ZIP 2005, 1985, 1992, ähnlich Ehrliche, ZBB 2005, 443, 447.

45) Vgl. auch Meller-Hannich, Vertragslösungsrechte des Verbrauchers aus dem BGB, JURA 2003, 369, 375.



chen Fällen der Nichtbelehrung zu ersetzen ist (oben II 2.2).<sup>46)</sup> Nach Ansicht des Gerichtshofs soll die Belehrung über die Widerruflichkeit des Darlehensgeschäfts dem Verbraucher auch die Möglichkeit geben, die Eingehung solcher Risiken zu vermeiden, die aus dem mit dem Darlehen finanzierten Geschäft resultieren, jedenfalls sofern „in Anbetracht [sic!] des Verhältnisses zwischen dem Darlehensvertrag und dem Kaufvertrag Letzterer nicht zustande gekommen wäre“.<sup>47)</sup> Anders als bei der Bestimmung der Widerrufsfolgen fordert der Europäische Gerichtshof also von den Mitgliedstaaten, die Verbundenheit von Darlehens- und Immobilienkaufvertrag bei der Bestimmung der Sanktion einer Missachtung der Belehrungspflicht – und zwar bei der schadensersatzrechtlichen Kausalitätsprüfung – zu beachten. Nur eine solche Anwendung nationalen Rechts ist danach „geeignet“ zum Schutze des Verbrauchers i. S. v. Art. 4 Abs. 3 Haustürgeschäfte-Richtlinie. Die Auslegung des Begriffs der Geeignetheit ist dabei Sache der Gemeinschaftsgerichte. Dem kann vom mitgliedstaatlichen Gericht dadurch Rechnung getragen werden, dass es den Schutzbereich der Belehrungspflicht über die Widerruflichkeit des Kreditvertrags auch auf solche Risiken erstreckt, die aus dem mit dem Kredit im Finanzierungsverbund stehenden Geschäften resultieren.

Mit der Berücksichtigung der Verbundenheit widerspricht der Europäische Gerichtshof nicht seiner Haltung hinsichtlich der Widerrufsfolgen.<sup>48)</sup> Hier geht es nicht um die Folgen davon, dass sich jemand in Ausübung seiner Privatautonomie von einem „getrennt“ zu betrachtenden bilateralen Vertrag löst, sondern um die wirtschaftlichen Folgen, die eintreten, weil genau diese Entscheidung nicht getroffen werden konnte. Beurteilt wird ein ex post offen liegender vermögensmindernder Einsatz von (zurückzuzahlenden) Mitteln, zu dem es bei pflichtgemäßer Belehrung nicht gekommen wäre (vgl. 3). Der Verbundzweck hat sich in einem Geschehensablauf realisiert und braucht jetzt nicht mehr dem einzelnen Vertrag beigelegt werden. Es ist dieser das Vermögen des Verbrauchers mindernde Geschehensablauf, an dem das Schadensrecht ansetzt. Auch bezüglich der haftungsausfüllenden Kausalität ist insofern das prozedurale Schutzkonzept der Haustürgeschäfte-Richtlinie zu betonen. Keineswegs dient die Belehrungspflicht dazu, den Verbraucher über die Risiken von Haustür- oder gar Folgegeschäft aufzuklären (auch unten III 7).<sup>49)</sup> Sie soll ihn in die Lage versetzen, selbstbestimmt über die Übernahme des durch die Rückzahlungspflicht begründeten Verwendungsrisikos zu entscheiden. Wird eine Aufklärungspflicht über einen vertragswesentlichen Umstand verletzt, geht es um die Nachteile aus einer – unter Vorenthaltung relevanter Informationen – getroffenen Entscheidung. Wird die Belehrungspflicht über ein Lösungsrecht vom Vertrag verletzt, geht es um die Nachteile daraus, dass eine Entscheidung (noch) nicht getroffen werden konnte.

#### 4. Anspruchsinhalt

In Anbetracht des Vorrangs der Naturalrestitution sind diese Nachteile aus dem verlustreichen Immobiliengeschäft dadurch auszugleichen, dass die Kreditinstitute den Verbraucher

von der Pflicht zur Rückzahlung des zum Immobilienkauf eingesetzten Darlehensbetrags freustellen, und zwar Zug um Zug gegen Rückübertragung des erlangten Wohneigentums. Tatsächlich lauten so oftmals die – allerdings auf anderer Rechtsgrundlage (§ 9 VerbrKrG bzw. § 358 BGB) gestellten – Klageanträge der Verbraucher in Prozessen gegen die Kreditgeber. Es liegt aber in der Hand des Verbrauchers, seinen Herstellungsanspruch gemäß § 250 BGB in einen solchen auf Abrechnung in Geld zu überführen; eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung wäre insoweit entbehrlich gewesen, weil die Kreditgeber durch ihre Klageabweisungsanträge die Rücknahme der Immobilien ernsthaft und endgültig verweigert haben.<sup>50)</sup> In diesem Fall würde nur jener Schaden abgerechnet, der vom Zeitpunkt des unverschuldet verpassten fristgerechten Widerrufs nach Vertragsschluss bis zum tatsächlich erfolgten Widerruf entstanden ist. Entsprechend seinem Entschluss, am Erwerb der Immobilie festzuhalten, trüge dann der Verbraucher das Risiko einer weiteren negativen Wertentwicklung der Kapitalanlage.

#### 5. Verjährung

Der Schadensersatzanspruch verjährt nach § 195 BGB in drei Jahren nach Beginn der Verjährungsfrist (§ 199 Abs. 1 BGB). Er entsteht mit dem Widerruf des Haustürgeschäfts durch den Verbraucher.<sup>51)</sup>

#### 6. Wertungskonsistenz

Im Ergebnis führt ein Schadensersatzanspruch dieses Inhalts dazu, dass nicht der Darlehensnehmer, sondern der Kreditgeber mit dem wirtschaftlichen Risiko der Verwendung der Darlehensvaluta belastet wird. Genau dieses Ergebnis hatte

46) In den anhängigen Verfahren können sich die Verbraucher gegen die Widerklage der Kreditinstitute auf Verzinsung des Darlehens mit der Einrede aus § 242 BGB verteidigen. Nach dem Gesagten verstößt die Einforderung der Zinsen gegen Treu und Glauben, weil ihr kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrunde liegt. Denn die Zinsen wären von den Banken aufgrund des Anspruchs der Verbraucher nach § 280 Abs. 1 BGB alsbald an diese zurückzuzahlen: „dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“, vgl. etwa *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 30), § 242 Rz. 52.

47) Vgl. EuGH ZBB 2005, 436, 441, Tz. 97–99. Als Risiken fremdfinanzierter Immobilienkäufe benennt der EuGH insbesondere: die Gefahr einer Überbewertung des Wohneigentums zum Zeitpunkt des Kaufes, das Ausbleiben veranschlagter Mieteinnahmen und eine negative Preisentwicklung auf dem Immobilienmarkt (vgl. Tz. 52).

48) So aber *Ehrlicke*, ZBB 2005, 443, 449, der meint, diesen Widerspruch auflösen zu müssen, indem er dem Verbraucher rechtsfolgegemäß die Befreiung von der Darlehensverbindlichkeit gegen Rückgabe der Immobilie verweigert. Das würde jedoch im Ergebnis dazu führen, den Verbraucher nach Widerruf mit dem zukünftigen Wertentwicklungsrisiko des Anlagegeschäftes zu belasten. Der EuGH verlangt jedoch zu berücksichtigen, dass der Verbraucher sich bei ordnungsgemäßer Belehrung und anschließendem Widerruf des Kreditgeschäftes den Risiken aus dem Anlagegeschäft *überhaupt nicht* ausgesetzt hätte.

49) Auch *Ehrlicke*, ZBB 2005, 443, 448 f, betont zu recht, dass die Richtlinie keinen solchen aktiven Schutz gewähre. Entgegen *Ehrlicke* ist aber nicht „völlig unklar“, wie dieser Ausgangspunkt der Richtlinie mit der der vom EuGH geforderten Berücksichtigung des Verwendungsrisikos zu vereinbaren ist. Dieses wird für die Richtlinie dann zum Thema, wenn infolge der pflichtwidrigen Nichtbelehrung die Lösung vom Darlehensgeschäft versäumt wird und gefragt werden muss, zu wessen Lasten eine nachteilige Verwendung in dieser Zeit (der versäumten Widerrufsmöglichkeit) geht.

50) Zu den Voraussetzungen von § 250 BGB vgl. etwa BGH ZIP 1992, 910 = NJW 1992, 2221, 2222, dazu EWiR 1992, 961 (*Hegmanns*).

51) *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985, 1993, will darüber hinaus das Urteil des EuGH als „Umstand“ i. S. d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB anerkennen.

der Bundesgerichtshof im Rahmen der Rückabwicklung widerrufener Realkredite nach § 3 HWiG mit der Begründung abgelehnt, dass ein Kreditnehmer wisse, dass er den überlassenen Darlehensbetrag nicht auf Dauer behalten dürfe, und dass er deshalb dem Empfänger einer Leistung gleichstehe, der den Mangel des Rechtsgrundes kenne und deswegen nach § 819 Abs. 1 BGB verschärft hafte.<sup>52)</sup> Mit dieser Wertung werde der Schutzzweck des Haustürwiderrufgesetzes nicht verfehlt, weil das Widerrufsrecht allein dem Zweck diene, die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Kunden trotz Haustürsituation zu gewährleisten, nicht jedoch das Verwendungsrisiko auf den Darlehensgeber abzuwälzen; anderenfalls der Darlehensnehmer besser stünde als ein Anleger, der den Immobilienerwerb aus eigenen Mitteln finanziert habe. Diese Argumentation ist nun nicht mehr vertretbar. Der eigenfinanzierende Anleger trifft seine Anlageentscheidung bedingungslos. Der fremdfinanzierende Anleger setzt sich den Risiken einer Kapitalanlage jedoch nur unter der Bedingung aus, dass ihm fremdes Geld (für eine gewisse Zeit) überlassen wird. Will er dieses Geld überhaupt nicht – und genau diese Entscheidungsfreiheit liefert ihm das Widerrufsrecht im Falle der Nichtbelehrung auch noch nach Jahren –, so soll er auch die Risiken des Anlagegeschäfts nicht übernehmen. Weil das Verbleiben des Kredits beim Verbraucher diesem nicht zurechenbar ist, sind ihm auch die Folgen des Einsatzes dieses Kredits nicht zuzurechnen.

#### IV. Beitrag des Urteils zur Europäisierung mitgliedstaatlichen Vertragsrechts

##### 1. Prozeduralistisches Verständnis von Privatautonomie im Gemeinschaftsrecht

Das Urteil ist für die Weiterentwicklung des Verbraucherschutzrechts von großer Bedeutung. Es fordert von den Mitgliedstaaten die effektive Gewährleistung der Funktionsvoraussetzungen einer prozeduralistisch verstandenen Privatautonomie. Durch die Zuerkennung von Vertragslösungsrechten wird die Entscheidungsfreiheit zur rechtsgeschäftlichen Bindung auf einen Zeitpunkt verlagert, in dem die tatsächlichen Bedingungen für eine freie Entscheidung vorliegen. Die Wahrnehmung des Lösungsrechts ist ihrerseits ein Akt privatautonomes Handelns und hat daher eigene Bedingungen der Wahrnehmung. Das Besondere ist nun, dass die andere Partei dafür in die Pflicht genommen wird, eine der wesentlichen dieser Bedingungen – die Information über das Bestehen des Lösungsrechts – zu gewährleisten. Das erscheint vor dem Hintergrund einer formal bestimmten Privatautonomie ungewöhnlich. Belehrungspflichten sind danach die Ausnahme; jeder Vertragspartner muss sich im Grundsatz selbst über das geltende Recht informieren. Das gründe in der Selbstverantwortung des Berechtigten und umgekehrt in der Vertragsfreiheit des Verpflichteten.<sup>53)</sup> Im europäischen Vertragsrecht bahnt sich indessen ein anderes, die Wahrnehmungsbedingungen von Privatautonomie mitdenkendes Verständnis an. So nehmen etwa auch die Antidiskriminierungs-Richtlinien eine (abschlussverweigernde) Partei in die Pflicht, wenn es um die Herstellung der tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung der Vertragsfreiheit der anderen (diskriminierten) geht.<sup>54)</sup>

Vor diesem konzeptionellen Hintergrund verlangt der Gerichtshof nun von den Mitgliedstaaten, dass sie die (von der Haustürgeschäfte richtlinie) eingeforderte Schaffung der tatsächlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Privatautonomie nicht wieder – unter Bezug auf eine „falsche“ Wirklichkeit – durch eine gegenläufige (nationale) Regelung bzw. Judikatur aufheben. Die Anknüpfung des nationalen Rückabwicklungsrechts allein an den Akt des Widerrufs lässt die unter Umständen um Jahre hinausgeschobene Wahrnehmung des Widerrufsrechts leerlaufen – wenn und weil sie ohne Rücksicht auf das Vorliegen der normativ eingeforderten Bedingungen für diesen Akt erfolgt. Das ist kein Fehler im Rückabwicklungsrecht als solchem. Aber auf der Ebene der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung wird dadurch die Funktion der Belehrung für die Rechtswahrnehmung nicht hinreichend berücksichtigt. Genau das verlangt die Haustürgeschäfte richtlinie jedoch von den Mitgliedstaaten. Sofern man in Deutschland meinte, mit der Ausgestaltung des Belehrungserfordernisses als Obliegenheit einen hinreichenden Schutz bereitgestellt zu haben, so erweist sich dies als nicht haltbar. Inwieweit „Obliegenheiten“ überhaupt eine dogmatisch sinnvolle Kategorie darstellen oder nicht eher Wertentscheidungen über Risikozuweisungen verdecken, braucht hier nicht grundsätzlich erörtert zu werden.<sup>55)</sup> Jedenfalls wird durch den Einsatz eines solchen Instruments zur Sanktionierung einer unterlassenen Belehrung durch den Unternehmer die Funktionsweise subjektiver Verbraucherrechte verkannt.

Sicherlich überlässt das Instrument der Haustürgeschäfte richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EGV den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel bei der Umsetzung ihres Ziels. Eine Wahlmöglichkeit bei den Mitteln besteht jedoch einerseits nur innerhalb der von der Haustürgeschäfte richtlinie selbst eröffneten Spielräume<sup>56)</sup> und andererseits innerhalb der vom Effektivitäts- und Äquivalenzgebot gezogenen Grenzen.<sup>57)</sup> Wenn jedoch eine Richtlinie ein subjektives Recht gegenüber einem anderen Privaten vorsieht (wie das Widerrufsrecht nach Art. 5 Abs. 1 Haustürgeschäfte richtlinie), wird dem nur durch die Schaffung eines materiell-subjektiven Privatrechts im nationalen Rechtssystem hinreichend Rechnung getragen.<sup>58)</sup>

52) Vgl. BGH ZIP 2004, 606 = WM 2004, 620, 623.

53) Vgl. etwa *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2003, § 18 Rz. 503.

54) Bei Abschlussdiskriminierungen geht es um die Freiheit, überhaupt Bindungen eingehen zu können; um die – durch den anderen vermittelte – Möglichkeit, überhaupt von der eigenen Privatautonomie Gebrauch machen zu können. – Dass die dazu erforderliche Einschränkung der grundrechtlichen Freiheit des kontrahierungspflichtigen Vertragspartners nicht unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig ist, zeigt *Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 63 (2004), 355.

55) Grundsätzliche Kritik etwa bei *Esser* in seiner Rezension der zentralen Arbeit von Reimer Schmidt, *Die Obliegenheiten*, 1953, AcP 154 (1955), 49, und *Staudinger/J. Schmidt*, BGB, 13. Aufl., 1995, Einl zu §§ 241 ff Rz. 286, nach dem man auf den Begriff „im System des BGB ohne Verlust verzichten“ könne.

56) Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Fußn. 28), Art. 249 EGV Rz. 133.

57) Vgl. EuGH Slg. 1984, 1891, Tz. 15 = ZIP 1984, 1386; EuGH, Ur. v. 22. 4. 1997 – Rs C-180/95, Slg. 1997 I-2195, Tz. 24 = ZIP 1997, 798, dazu EWiR 1998, 79 (*Otto*) – Draempaehl/Urania; EuGH, Ur. v. 15. 9. 1998 – Rs C-231/96, Slg. 1998 I-4951, Tz. 34 – Edis/Ministero delle Finanze.

58) So auch *Nettesheim* (Fußn. 56), Art. 249 EGV Rz. 145. Anders mag es bei Richtlinienbestimmungen mit öffentlich-rechtlicher Zielsetzung liegen, wo diskutiert wird, ob die Begründung reaktiv-subjektiver Kontrollansprüche (rein prozessuale Klagerechte) ausreichend sein kann; vgl. dazu etwa *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rz. 98.

Und wenn eine Richtlinie Pflichten im Horizontalverhältnis vorsieht, wird dem kaum anders Rechnung zu tragen sein als durch die Statuierung von zivilistischen Pflichten – zumindest wenn nur so die Funktionsvoraussetzungen des im Mittelpunkt der Richtlinie stehenden subjektiven Rechts gewährleistet werden können. Dass man dies nicht beachtet hat, erstaunt umso mehr, als Rechtssetzungspraxis und Rechtsprechung die Handlungsform der Richtlinie bei Bedarf immer schon als *loi uniforme* handhaben, die den Mitgliedstaaten detaillierte Vorgaben für den innerstaatlich herzustellenden Rechtszustand machen kann.<sup>59)</sup> Die heute maßgebliche Differenz zur Verordnung ist weniger die Regelungsdichte als vielmehr die mangelnde Fähigkeit der Richtlinie, Quelle unmittelbarer Belastungen für private Rechtssubjekte zu sein.<sup>60)</sup>

## 2. Steuerung der Effektivität gemeinschaftsrechtlicher Verbraucherrechte

Das Urteil setzt eine Linie von Entscheidungen fort, in denen sich ein und dieselbe Tendenz äußert: Das Gemeinschaftsrecht gibt sich nicht zufrieden mit der Gewährung subjektiver Rechte. Immer mehr steuert der Europäische Gerichtshof – mittelbar – auch die effektive Durchsetzung dieser Rechte. Die Einflussnahme auf Folgemaßnahmen im nationalen Recht hat im Bereich des Verbraucherrechts Vorläufer. So dehnte der Europäische Gerichtshof etwa im Leitner-Urteil den Begriff des Schadens, der infolge einer Schlechterfüllung von Pauschalreiseverträgen zu ersetzen sei, auf immaterielle Schäden aus, während die österreichische Regierung unter Hinweis auf das Fehlen ausdrücklicher Vorgaben der Richtlinie über die Art des zu ersetzenden Schadens von der uneingeschränkten Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Regelung der Haftung ausging.<sup>61)</sup> Im Bereich des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts verdichtet der Europäische Gerichtshof die Schranken des Grundsatzes der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten durch das Äquivalenz- und das Effektivitätsgebot zusehends und hat etwa den Mitgliedstaaten aufgegeben, die Wettbewerbsregeln mit Hilfe von Schadensersatzansprüchen durchzusetzen.<sup>62)</sup> Der Umweg, den der Gerichtshof im Richtlinienrecht nimmt, um die Durchsetzung des Widerrufsrechts nach dem skizzierten Konzept in den Mitgliedstaaten wirksam werden zu lassen, darf als gelungenes Beispiel für die Koordination zweier Rechtsordnungen – des Gemeinschaftsrechts und des mitgliedstaatlichen Rechts

– gelten. Das Gemeinschaftsrecht verlangt neben der Schaffung von Rechten auch die Beachtung von Pflichten, die für die Wirksamkeit des subjektiven Widerrufsrechts konstitutiv sind. Über die Steuerung des Schutzniveaus für den Berechtigten bei der Verletzung jener Pflicht nimmt das Gemeinschaftsrecht Einfluss auf die Effektivität der subjektiven Rechtsposition. Im Aufstellen von Pflichten ist ein schadensersatzrechtlicher Schutzmechanismus angelegt. Seine Entfaltung kann bei Bedarf eingefordert werden, ohne dass in die ausdrücklich den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Kompetenzen – wie vorliegend zur Regelung der Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufsrechts (vgl. Art. 7 Haustürgeschäfte-Richtlinie) – eingegriffen würde.

Natürlich ist dieser Schutzmechanismus auf seine Umsetzung durch die nationalen Gerichte angewiesen. Vehikel hierfür ist das Instrument der richtlinienkonformen Auslegung, das einmal mehr eine entscheidende Rolle spielen wird. Wird es in der beschriebenen Weise beachtet, ergeben sich für die betroffenen Kreditinstitute nicht unerhebliche finanzielle Folgen aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs. Das aber liegt in der Wirkungsweise dieses Instruments bei Streitigkeiten zwischen Privaten begründet. Es handelt sich bei den nachteiligen Wirkungen um Rechtsfolgen des konform interpretierten nationalen Rechts.<sup>63)</sup>

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung einen klugen und respektvollen Umgang mit dem nationalen Recht der Rückabwicklung gezeigt. Die deutschen Gerichte sollten dies nicht zum Anlass nehmen, dem Europäischen Gerichtshof und seiner Auslegung des Gemeinschaftsrechts umgekehrt den Respekt zu versagen.

59) Vgl. *Bast*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 479, 490 m. w. N.

60) Vgl. *Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *EU/EG-Vertrag*, 6. Aufl., 2003, Art. 3b EGV Rz. 13.

61) Vgl. EuGH, Urt. v. 12. 3. 2002 – Rs C-168/00, Slg. 2002 I-2631, Tz. 24 – *Leitner/TUI*.

62) Vgl. EuGH, Urt. v. 20. 9. 2001 – Rs C-453/99, Slg. 2001 I-6297, Tz. 25, dazu *EWiR* 2001, 1141 (*Micklitz*) – *Courage/Crehan*, und dazu *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2004, § 22 Rz. 3. Ob man dies bereits als Hinwendung zu einem gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruch bei Verstößen gegen Art. 81 f EGV anzusehen hat, wie *Mäsch*, *Private Ansprüche bei Verletzung des europäischen Kartellverbots – „Courage“* und die Folgen, *EuR* 2003, 825, 842 ff annimmt, kann hier offen bleiben.

63) Vgl. etwa *Schroeder* (*Fußn.* 58), Art. 249 Rz. 129.