

22. Juli 2002

## Infobrief 19/02

### Hypothekenkredite, Kombi-Kredite, Haustürwiderruf

BGH, Urteil v. 9.4.2002 – XI ZR 91/99 (Haustürwiderruf, Verbundenes Geschäft)

#### Sachverhalt

Der BGH hatte nach einer notwendig gewordenen Vorlage des Falles an den EuGH im Fall eines finanzierten Immobiliengeschäftes zu entscheiden, denn die Vorlage ist bei Auslegungsfragen von EU-Recht für die letzte nationale Instanz gem. Art. 234 EGV<sup>1</sup> zwingend vorgeschrieben. Dabei musste der BGH die Entscheidung des EuGH Heininger ./ HypoVereinsbank<sup>2</sup> bezüglich des Widerrufs akzeptieren.<sup>3</sup> Der BGH<sup>4</sup> hat nun dazu am 9.4.2002 entschieden:

*Nach ständiger langjähriger Rechtsprechung mehrerer Senate des Bundesgerichtshofs sind der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen [ ]. Denn bei einem Immobilienkauf weiß auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie, dass Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind. Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt hat, dass die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden.*

**Der Widerruf des Realkreditvertrages berührt die Wirksamkeit des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung deshalb grundsätzlich nicht. Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG ändert daran nichts.**

---

<sup>1</sup> In der Fassung von 1997, vormals Art. 177

<sup>2</sup> <http://www.money-advice.de/view.php?id=28521>

<sup>3</sup> siehe Infobrief 42/2001

<sup>4</sup> <http://www.money-advice.de/view.php?id=28438>

## Stellungnahme

Faktisch lässt der BGH damit das dem Verbraucher zustehende Widerrufsrecht, welches sich der BGH erst durch den EuGH bestätigen lassen musste, ins Leere laufen. Der Widerruf soll zwar möglich sein, jedoch nur dazu führen, dass das Darlehen rückabgewickelt werden kann und nicht das damit verbundene Geschäft. Die Bank kann daher damit drohen, bei einem Widerruf sofort das erhaltene Darlehen zurück zu verlangen, was für viele Kreditnehmer problematisch sein dürfte.

### **1. Abwicklung der Immobilengeschäfte nach dem BGH**

Nach der Entscheidung des BGH besteht mit dem Widerrufsrecht nur ein Anspruch auf Rückabwicklung des Darlehensvertrages. Das Kreditinstitut kann auf sofortige Rückzahlung des Darlehens bestehen (§ 361a BGB, früher § 3 Abs. 3 HWiG).

Bei der Rückabwicklung eines nach § 1 HWiG widerrufenen Geschäfts sind die gegenseitigen erhaltenen Vorteile zurückzugewähren. Nach § 361a Abs. 2 BGB ist für die Zeit bis zum Widerruf der Wert zu vergüten. Nach herrschender Meinung – im wörtlichen Sinn zu verstehen – nimmt der BGH<sup>1</sup> sowie Lwowski (Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 81 Rz. 111) an, dass die Bank den durchschnittlichen Zinssatz für die Zeit bis zum Widerruf einfordern kann mit dem Erfüllungsinteresse als Obergrenze. Danach besteht für die Banken überhaupt kein Ausfallrisiko, es sei denn, ihre Zinsen für die Kredite lagen über dem von der Bundesbank angegebenen durchschnittlichen Zinssatz.

Für die Unwirksamkeit des Kaufvertrages bleiben nach dem BGH-Urteil vom 9.4.2002 nur andere Gründe übrig.

### **2. Gezogene Nutzungen reduziert auf die tatsächliche Bereicherung**

Nimmt man schon keine wirtschaftliche Einheit an, so fragt sich, ob nicht die gezogenen Nutzungen über § 818 Abs. 3 BGB zu reduzieren sind, und zwar um die Verluste, die durch die Anschaffung der Immobilie entstanden sind. Dazu gehört der Ausfall von Mietzahlungen oder Differenzen durch geringe Mieteinnahmen als negative Posten und Steuervorteile als positive Posten.

Auch der BGH sieht in dem Rückgewähranspruch des § 3 Abs. 3 HWiG (a.F.) grundsätzlich einen „besonders ausgestalteten Bereicherungsanspruch“,<sup>2</sup> so dass sich die Kreditnehmer auch auf § 818 Abs. 3 BGB an sich berufen können, da dieses in dem HWiG nicht geregelt ist und die allgemeinen Grundsätze des Bereicherungsrechts dann herangezogen werden können.<sup>3</sup>

Der BGH hat bisher jedoch auch diesen Weg verbaut, indem er den Empfänger eines Darlehens grundsätzlich nach § 819 BGB behandelt, weil er wisse, dass er das Darlehen wieder zurückzahlen muss und daher aufgrund der zeitweiligen Nutzungsüberlassung den „Mangel des Rechtsgrundes kennt“. Es wird jedoch verkannt, dass

---

<sup>1</sup> BGH WM 1999, 724 (725); BGH WM 1997, 418 (421)

<sup>2</sup> BGH WM 1999, 724 (725)

<sup>3</sup> So auch Ulmer in Münchener Kommentar, 3. Aufl., § 3 HausTWG Rz. 14

dieses wenn überhaupt, dann nur auf die Darlehensvaluta an sich bezogen werden kann, nicht auf den vertraglich vereinbarten Zinssatz.

Unerfindlich ist, wieso bei einem Widerruf des Darlehens die üblichen durchschnittlichen Zinsen zu zahlen sind, während bei Mietobjekten der übliche Mietzins um enthaltene Gewinn- und Betriebskostenanteile zu kürzen ist.<sup>1</sup> Auch ein Darlehen setzt sich aus Refinanzierung, Kosten und Gewinn zusammen. Der Durchschnittszinssatz ist daher vorab um die Gewinnanteile zu kürzen.

Sinn und Zweck des Haustürwiderrufgesetzes ist dazu, dass der Verbraucher hier als Darlehensnehmer an seine Entscheidung vor Erlöschen des Widerrufsrechts nicht gebunden sein soll. Die übliche Vergütung schuldet er daher für das Darlehen entgegen der h.M. nur, wenn er durch die Leistung sein Vermögen in Höhe des objektiven Wertes der Leistung vermehrt ist.<sup>2</sup> Es hat eine Gesamtbetrachtung stattzufinden. Nur insoweit aus dem gewährten Darlehen tatsächlich Nutzungen gezogen worden sind, sind diese mit den erfolgten Zinszahlungen zu verrechnen. Ansonsten sind die gesamten gezahlten Zinsen inklusive gezogener Nutzungen zurückzuerstatten.

Diese Meinung steht, wie oben angeführt, gegen die des BGH und birgt daher ein entsprechendes Prozessrisiko. Inwieweit gezogene Nutzungen in Betracht kommen, muss im Einzelfall ausgerechnet werden. Vermutlich werden die Banken bei einem erfolgten Widerruf nicht sofort das restliche Darlehen zurückverlangen. Daher kann ein Widerruf ohne besondere Risiken erteilt und die weiteren Raten unter Vorbehalt gezahlt werden.

### 3. Der Aufstand der niederen Gerichte

Wie das Urteil des LG Bremen (WM 2002, 1450 ff.) zeigt, ist die Entscheidung des BGH vom 9.4.2002 an sich sehr umstritten. Das LG Bremen stellt sich ausdrücklich gegen die Entscheidung, indem es ausführt:

*Der Darlehensvertrag vom 9. November 1992 und der Kaufvertrag vom 3. November 1992 erweisen sich als verbundene Geschäfte, für die das HWiG keine Regelung vorsieht. Im Wege der Analogie ist daher auf § 9 VerbrKrG zurückzugreifen. Die vom BGH WM 2002, 1181 = NJW 2002, 1881, 1884, zur Frage der Rückabwicklung vertretene Auffassung, § 9 VerbrKrG sei wegen § 3 Abs. 2 Nr.2 VerbrKrG nicht anwendbar, teilt die Kammer nicht. Der BGH stützt seine Auffassung auf Rechtsprechung, bei deren Entstehung niemand von der Entscheidung des EuGH etwas ahnen konnte. Die Kammer vermag auch nicht nachzuvollziehen, warum die klaren Grundsätze der Entscheidung des BGH WM 1996, 21000 = NJW 1996, 3416 ff. hier „nicht einschlägig“ sein sollen.*

Weitere Gerichte sollen ebenfalls das Urteil des BGH vom 9.4.2002 ausdrücklich verworfen und anders entschieden haben. Die Entscheidung des LG Bremen legt ausführlich dar, wieso eine Analogie möglich ist, insbesondere zur Regelungslücke aufgrund der erst kürzlich erfolgten Reaktion des Gesetzgebers durch die Neufassung des § 491 BGB aufgrund der EuGH-Entscheidung und der Vergleichbarkeit zu einem verbundenen Geschäft i.S.v. § 9 VerbrKrG. Pikanterweise zitiert das LG Bre-

<sup>1</sup> So auch grundsätzlich Palandt 60. Aufl., § 361a Rz. 36 ff.; MünchKomm-Ulmer a.a.O. § 3 HausTWG Rz. 12

<sup>2</sup> MünchKomm-Ulmer a.a.O. § 3 HausTWG Rz. 14

men den gleichen XI. Senat des BGH in Bezug auf den Schutzzweck der gesetzlichen Widerrufsregelung und dem Grundsatz, dass Verbraucherschutz effektiv sein müsse.

Die Rückabwicklung erfolgt im vorliegenden Fall gemäß §§ 3 Abs. 1 S. 1, 4 HWiG, 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG analog durch Rückgewährung der empfangenen Leistungen – also der Immobilie gegen die Zins- und Tilgungsleistungen. Daneben kann das Kreditinstitut eine Nutzungsentschädigung für die tatsächliche Überlassung der Sache verlangen (die sie dann an den Verkäufer herausgeben muss). Es sind dabei nur die tatsächlich erlangten Nutzungen wie Netto-Mieteinnahmen etc. zurückzugewähren bzw. mit den geleisteten Zins- und Tilgungsleistungen zu verrechnen. Weitergehende Ansprüche des Kreditinstitutes auf Wertersatz aufgrund der Überlassung des Kredites werden aufgrund einer darüber hinaus nicht bestehenden Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB wegfallen, der grundsätzlich anwendbar bleibt.<sup>1</sup>

#### **4. Annahme eines verbundenen Geschäftes**

Das BGH-Urteil wurde als wertlos bezeichnet,<sup>2</sup> da es den Darlehensnehmern zwar Recht gibt, aber an der Situation nichts ändert und vor allem eine faktische Rückabwicklung noch nicht einmal im Ansatz zulässt.

Rechtliche Möglichkeiten für die Anwendung eines verbundenen Geschäftes gibt es durchaus nach der bisher bestehenden Rechtslage: So wurde der Einwendungsdurchgriff aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB entwickelt, der § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. könnte teleologisch reduziert werden, so dass § 9 Abs. 2 S. 4 VerbrKrG a.F. durchaus für Immobilienkredite anwendbar wäre und auch der BGH<sup>3</sup> hatte 1996 noch mit dem gleichen Senat bei einem Abzahlungsgeschäft eine wirtschaftliche Einheit auf § 3 HWiG aufgebaut.<sup>4</sup>

Der BGH ist in seinem Urteil vom 9.4.2002 darauf nicht eingegangen und hat lediglich zwei Argumente geliefert, nämlich die Kenntnis des rechtsunkundigen und geschäftsunerfahrenen Laien und die Intention des Gesetzgebers:

*Diese Urteile betreffen nicht Realkreditverträge, sondern die Finanzierung einer Gesellschaftsbeteiligung, bei der der Darlehens- und der Beteiligungsvertrag aufgrund besonderer Umstände als ein verbundenes Geschäft anzusehen waren. Um ein solches Geschäft handelt es sich hier nicht. Nach ständiger langjähriger Rechtsprechung mehrerer Senate des Bundesgerichtshofs sind der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen [ ]. Denn bei einem Immobilienkauf weiß auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie, daß Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind. Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt hat, daß die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden.*

---

<sup>1</sup> MünchKomm-Habersack, 3. Aufl., § 9 VerbrKrG Rz. 68; MünchKomm-Ulmer, 3. Aufl., § 7 VerbrKrG Rz. 63 ff. (66)

<sup>2</sup> Hoffmann ZIP 2002, 1066 (1074)

<sup>3</sup> Hoffmann ZIP 2002, 1066 (1069)

<sup>4</sup> BGH NJW 1996, 3414 (3415); dazu: Derleder ZBB 2002, 202 (208)

- Dass dieses so nicht zwingend gesehen werden muss, zeigt die in der kurzen Zeit dazu veröffentlichte und hier zitierte Literatur deutlich.
- Bedenklich ist auch, die vermeintlichen Kenntnisse der Verbraucher aufzubauen, und so deren Rechte zu beschneiden. Woher der BGH seine Kenntnisse über „rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene“ Verbraucher hat, belegt der BGH nicht. Es scheinen lediglich Vermutungen der beteiligten Richter zu sein. Denn die Praxis zeigt immer wieder, dass dieses so nicht stimmt.
- Es ist dazu auch kaum erklärbar, dass sich der XI. Senat nicht intensiver mit dem Problem des verbundenen Geschäftes auseinandergesetzt hat, da dieses der Schlüssel der Entscheidung ist und die Entscheidung des EuGH ad absurdum führt.

## 5. Erneute Vorlage vor den EuGH

Die Urteile der unteren Instanzen sind zu begrüßen. Die Entscheidung des BGH vom 9.4.2002 hat keine direkte bindende Wirkung. Sie signalisiert „lediglich“ eine Entscheidung der höchsten Instanz, die im vorliegenden Fall bei einer Revision zu entscheiden hätte. Aufgrund dessen entsteht eine indirekte Bindungswirkung, da die niedrigeren Gerichte nicht Gefahr laufen wollen, dass Sie von der höheren Instanz später letztlich aufgehoben werden.

Bis der BGH in diesen Fällen entscheiden wird, werden voraussichtlich noch drei bis vier Jahre vergehen. Denkbar ist durchaus, dass der BGH entsprechend seiner letzten Entscheidung dazu vom 9.4.2002 eine analoge Anwendung des § 9 VerbrKrG a.F. ablehnen wird. Dann würde auf nationaler Ebene nur noch der Weg vor das BVerfG offen stehen, indem man etwa versucht zu rügen, dass vergleichbare Haustürgeschäfte willkürlich ungleich behandelt werden.

Daher erscheint es sinnvoll, dass die unteren Instanzen direkt eine Vorlage beim EuGH machen, wozu sie gem. Art. 234 EGV berechtigt sind.

Hoffmann (ZIP 2002, 1066 (1068)) und Kulke (ZIP 2002, 33 (48)) sehen beide, dass das deutsche HWiG a.F. keine Aussage zu verbundenen Krediten trifft, so dass § 3 Abs. 1 HWiG grundsätzlich eine richtlinienkonforme Auslegung zulässt.<sup>1</sup> Tatsächlich hat der gleiche Senat des BGH 1996 diese Möglichkeit auch in anderen Fällen eröffnet (s.o.).

Die Richtlinie zum Haustürwiderruf ist in Art. 5 Abs. 2 nämlich sehr konkret. In ihr heißt es:<sup>2</sup>

Art. 5 (2) *Die Anzeige bewirkt, daß der Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen wird.*<sup>3</sup>

Inwieweit die Rechtsprechung des BGH damit noch vereinbar ist, sollte daher dem EuGH vorgelegt werden. Im Wesentlichen wird es darauf ankommen, welchen Sinn und Zweck Art. 5 (2) der Richtlinie hat und was dieses für verbundene Geschäfte be-

<sup>1</sup> So auch Rohe BKR 2002, 575 (577)

<sup>2</sup> Zitiert aus: MünchKomm 3. Aufl., HausTWG, S. 982

<sup>3</sup> Unterstreicherung durch Verfasser

deutet. Es ist zu vermuten, dass der EuGH dann noch einmal im Rahmen des Haustürwiderrufs ausdrücklich zu den verbundenen Geschäften und der wirtschaftlichen Einheit Stellung nehmen wird. Die Regelung des Art. 7 der Richtlinie, dass sich die Rechtsfolgen des Widerrufs nach nationalem Recht richten, ändert nichts an dem in Art. 5 (2) formulierten Grundsatz. Eine direkte Vorlage beim EuGH lässt ein schnelleres abschließendes Ergebnis erwarten, als der ansonsten übliche Instanzenweg.