

# infobrief 34/05

Mittwoch, 26. Oktober 2005 UR

---

## Stichwörter

EuGH Ur. v. 25.10.2006, Schrottimmobilien, finanzierte Kapitalanlage, Widerrufsrecht,

## A Sachverhalt

Im Milliarden-Streit um so genannte Schrottimmobilien hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) (Az. C-350/03 und C-229/04) am 25.10.2005 den Bundesgerichtshof zum zweiten Mal korrigiert und den geprellten Anlegern in Schrottimmobilien das Recht zugesprochen, sich bei fehlender Widerrufsbelehrung ohne Schaden vom Darlehensvertrag zu lösen. Er kann sich, weil das nationale Recht hierfür zu sorgen hat, somit von der gesamten Schuld befreien. Im Einzelnen heißt es:

*"Die Mitgliedsstaaten müssen dafür sorgen, dass ein Kreditinstitut, das einen Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt hat, den zur Finanzierung eines Immobilienerwerbs dienenden Darlehensvertrag zu widerrufen, die Risiken trägt, die mit der in einer Haustürsituation zustande gekommenen Kapitalanlage verbunden sind." heißt es in der Pressemitteilung.<sup>1</sup>*

In der Urteilsbegründung (Ziffer 100 und 101) wird aus der Richtlinie die Pflicht abgeleitet, Haustürgeschäfte so zu regeln, "dass ... das Kreditinstitut, das seiner Belehrungspflicht nicht nachgekommen ist, die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken trägt..."

## B Stellungnahme

### B.I Wer ist betroffen?

Betroffen sind vor allem Schrottimmoibliengeschäfte der Badenia Bausparkasse, der in einem internen Gutachten schon seit Jahren bescheinigt wurde, dass sie in ihrem Zusammenwirken mit den Vermittlern hier hohe Risiken eingehe. Besondere Bedeutung dürfte das Urteil aber vor allem für die inzwischen verkaufte HypoVereinsbank haben, die mit solchen Schrottimmobilienveträgen Berühmtheit erlangte. Das Urteil erging aber auch gegen eine Genossenschaftsbank. Verkauft würden solche Schrottimmobilien von Bausparkassen und Banken. Auch die Landesbank Oldenburg hatte solche Fälle.

---

<sup>1</sup> <http://www.curia.eu.int/de/actu/communiqués/index.htm>

## **B.II Wie ist die rechtliche Lösung?**

### **B.II.a Annahme eines verbundenen Geschäftes?**

Der EuGH hat offen gelassen, wie die Fälle letztlich zu lösen sind. Nach geltendem deutschen Recht, das der EuGH nicht infrage gestellt hat, gibt es für den Kaufvertrag keinen Widerruf und auch ein verbundenes Geschäft lässt sich wegen §358 Abs.3 S.3 BGB schwer begründen. Allerdings hat der vierte Senat gleichwohl in solchen Fällen ein verbundenes Geschäft angenommen, was der 11. Senat und einige Oberlandesgerichte beständig ablehnen. Es spricht vieles dafür, dass die Obergerichte nun dem 4. Senat folgen und das verbundene Geschäft weiter auslegen. Damit gilt das, was wir schon im Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht<sup>1</sup> ausgeführt haben. Darin heißt es:

*Ergibt sich somit bei Erwerbermodellen kein effektives Widerrufsrecht nach § 495 BGB, so greifen gem. § 312 a BGB bei diesen finanzierten Geschäften die Regeln des **§ 312 BGB** wieder ein. Bei den Haustürwiderrufsgeschäften ist danach die Haustürwiderrufsrichtlinie der Maßstab. Sie ist effektiv umzusetzen, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob das „andere Widerrufsrecht“ aus Gründen der Fristversäumung oder aus objektiven Fristen wie etwa der Sechs-Monatsfrist in § 4 II FernUSG (dazu Wildemann, VuR 2003, 90 (91)) nachträglich aufgehoben wird. Diese Effektivität ist durch die deutsche Rechtsprechung zu Erwerbermodellen bisher nicht gewährleistet (Reich, EuZW 2002, 87). Effektiv ist das Widerrufsrecht erst, wenn es nicht durch Vollmachtskonstruktionen umgangen und nicht wirtschaftlich durch die Trennung vom finanzierten Geschäft behindert wird.*

*Die Haustürwiderrufsrichtlinie unterscheidet nicht zwischen **Kredit** und **Anlagen**. In der neuen Kreditrichtlinie ist sogar für Kredite wieder die Nichtigkeit vorgesehen. § 56 I Nr.6 GewO ist weiterhin geltendes Recht und damit in seiner Wertung beachtlich, auch wenn es seiner Sanktionen beraubt wurde. Finanzierte Erwerbermodelle sind dabei auch keineswegs weniger gefährlich als einfache Kapitalanlagen. Sie gehören in keine Haustürsituation. Das Widerrufsrecht und die entsprechenden Belehrungen sind das Mindeste, was getan werden kann, um Verbraucher davor zu bewahren, sich durch vergleichlose Versprechungen in undurchdringliche Vertragswerke unter psychologischem Druck zu begeben.*

*Ein europarechtlich einwandfreies Verbraucherschutzrecht bei Haustürgeschäften wird unabhängig vom Stellvertretungsrecht dem Verbraucher, der in einer Haustürsituation angesprochen und geworben wurde, ein Widerrufsrecht der Kapitalanlage einräumen müssen, auch wenn nur der Kredit auf diese Weise erreicht wurde, weil es bei verbundenen Geschäften in dieser Situation gleichgültig ist, an welcher Stelle der Zwang zum Gesamtgeschäft entstand (zutreffend LG Bremen WM 2002, 1450; vgl. auch Derleder, ZBB 2002, 202; Tonner, BKR 2002, 856; Reich EuZW 2002, 87; Wildemann, VuR 2003, 91 (93)).*

---

<sup>1</sup> Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.) Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Springer: Heidelberg 2004 §11 S. 317ff, 382 ff

Diese Lösung ist grundsätzlich vorzuziehen, weil damit alle Käufer von Schrottimmobilien jeweils binnen der Anfangsfrist gleichgültig ob mit oder ohne Widerrufsbelehrung widerrufen können.

## **B.II.b Lösung über §§280, 241 Abs.2, 311 Abs.2 BGB (Culpa in Contrahendo)**

Der Europäische Gerichtshof schreibt diesen Weg leider nicht vor, sondern überlässt es den Mitgliedsstaaten, den Widerruf der Kaufverträge, die in der Richtlinie ausdrücklich ausgenommen wurden, auch bei verbundenen Geschäften zu untersagen. Er schreibt dann aber vor, dass der Widerruf des Darlehens an der Haustür effektiv zu gestalten ist.

Diese Effektivität kann nur dadurch hergestellt werden, dass durch den Widerruf kein Schaden entsteht. Der EuGH verlangt somit, dass nach nationalem Recht ein Schadensersatzanspruch gegeben wird, wenn die Widerrufsbelehrung unterlassen wurde.

Dies entspricht auch der von uns gegebenen Einschätzung, dass es letztlich nicht sinnvoll ist, bei finanzierten Anlagegeschäften das Kreditrecht bedingungslos auf die Gesamtkonstruktion anzuwenden. Es ist sinnvoller, hier die Grundsätze der fehlerhaften Anlage heranzuziehen und vor den Gerichten darüber zu streiten, ob es sich um eine Falschberatung bei einer Schrottimmoblie handelte und durch die Finanzierung die Arglosigkeit der Verbraucher in besonderer Weise ausgenutzt wurde. Hier noch einmal unsere Ausführungen dazu:

*Es muss de lege lata bei der Widerrufsmöglichkeit bleiben. Allerdings ist das Konzept des verbundenen Geschäfts ernst zu nehmen. Danach kommt es für die Auswirkungen des Einwendungsdurchgriffs darauf an, in welche Richtung ein Finanzdienstleistungsprodukt geht. Per saldo kann wirtschaftlich eine Finanzdienstleistung entweder nur als Anlage, die auf der Seite des Verbrauchers einen Überschuss erwirtschaften soll oder als Kredit, der zusätzliches Kapital für die Zinsen benötigt, eingeordnet werden. So wie es sich bei den Kombinationskrediten mit endfälliger Tilgung um ein Kreditgeschäft handelt, so handelt es sich dann bei den Erwerbermodellen per saldo um eine Anlage. Diese Einordnung entscheidet auch über das Risiko des Wertverlustes, das beim Kredit bei der Bank, bei der Anlage beim Anleger liegt. Daher ist dem BGH zuzugeben, dass die Verbindung beider Geschäfte zueinander nicht dazu führen kann, dass das im Kreditgeschäft gegebene Widerrufsrecht des § 495 BGB sich letztlich als Widerrufsrecht für eine Kapitalanlage erweist, das es aus guten Gründen bei keiner normal abgeschlossenen Kapitalanlage gibt.*

*Der Gesetzgeber sollte den Anlegerschutz verbessern, die Lücken in der Aufsicht schließen und dabei die finanzierten Anlagen als besonders gefährliches Geschäft einer spekulativen Überschuldung in besonderer Weise mit Aufklärungs- und adäquaten Überlegungspflichten versehen. Dann können sie ebenso aus dem Verbraucherdarlehensrecht herausgelöst werden, wie die Einfügung der der Kredittilgung dienenden Kapitalanlagen in dieses Rechtsgebiete durch die neuere Rechtsprechung sowie den Vorschlag der EU-Kommission vorgesehen ist*

## B.II.c Verjährung

Allerdings gilt für den Anspruch aus c.i.c. die kurze Verjährung. In der Praxis dürfte dies aber nicht zum Tragen kommen. Ist der Kredit noch nicht zurückgezahlt, so kann der Kunde allerdings auch unbegrenzt rückwirkend mit seiner Schadensersatzforderung gegen den Darlehensanspruch aufrechnen. Eine Aufrechnung gem. § 387 BGB ist nicht ausgeschlossen, da die Gegenforderung lediglich erfüllbar sein muss (Palandt, 64. Aufl., § 387 Rz. 12; BGH NJW 1996, 745) und die Erfüllbarkeit durch den Darlehensnehmer durch Kündigung jederzeit hervorgerufen werden konnte. Nur wenn die Forderung zwischenzeitlich bezahlt oder abgelöst wurde, kann der Schadensersatzanspruch verjährt sein.

Bei der Widerrufslösung ist es etwas anders. Der Kunde widerruft den Kaufvertrag. Erst ab Ausübung des Widerrufsrechtes entstehen die Rückgewähransprüche. Er hat von da ab mindestens drei höchstens vier Jahre Zeit, seinen Kaufpreis zurückzuverlangen.

## B.II.d Ansprüche auch bei erfolgter Widerrufsbelehrung?

Ein solcher Schadensersatzanspruch ist aber auch bei erfolgter Belehrung dann anzunehmen, wenn der Vertrag so gestaltet ist, dass schon die Ausübung des Widerrufs innerhalb der ersten 14 Tage daran scheitert, weil der Kaufvertrag keine Rückabwicklungschance bietet. Im zu behandelnden Fall war der Kaufvertrag dagegen noch nicht abgeschlossen. Auf Grund § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG, der zwei Wochen Wartefrist für die notarielle Beurkundung des Kaufvertrages und damit dessen Wirksamkeit als Regel vorschreibt, ist es ohnehin zumindest treuwidrig, wenn der Vermittler einen schnellen Abschluss beider Verträge provoziert, um die Ausübung des Widerrufsrechtes zu behindern. Auch hier gilt dann der Effektivitätsgrundsatz und damit ein Schadensersatzanspruch, so dass im Ergebnis auch ohne Widerrufsbelehrung die Lösung von der Gesamtkonstruktion faktisch möglich sein wird.

## B.III Praktisches Vorgehen

Praktisch wird wie folgt vorzugehen sein:

- **Sachverhalt**
  - Wurde eine Immobilie oder ein Fondsanteil auf Kredit verkauft?
  - War der Kunde Verbraucher?
  - Wusste die Bank von dem Immobiliengeschäft bei der Finanzierung und arbeitete sie mit der Vermittleragentur ständig zusammen? (Indizien sind Verfügung über Bankformulare durch die Vermittler, mehrere Geschäfte, Nennung der Bank in den Unterlagen, gemeinsames Auftreten bei der Bank)
  - Fehlt eine Widerrufsbelehrung?
  - Ist der Kredit noch ausstehend bzw. wurde er vor weniger als vier Jahren abgelöst?
- **Rechtsfolge**
  - Schadensersatzanspruch gegen die Bank auf Ersatz der Differenz zwischen der Vermögenslage bei rechtzeitiger Verhinderung des Kaufes (also negatives Interesse) und dem jetzigen Zeitpunkt, also praktisch auf Ersatz des Minderwertes gegenüber dem Kaufpreis zuzüglich aller aufgewendeten Kosten.

- Oder Widerruf und Anspruch auf Kaufpreisrückerstattung gegen den Verkäufer. Evtl. aber auch hier über § 278 BGB bei Insolvenz des Verkäufers Schadensersatzanspruch gegen die Bank.

## **B.IV Verbraucherpolitische Analyse – Skandal oder Irrtum?**

Gerade in Fällen mit der HypoVereinsbank hatte der 11. Senat des Bundesgerichtshofs einen merkwürdigen Kampf gegen die Verbraucher und wie sich jetzt herausstellt auch das geltende Recht aufgenommen. Tausenden von gutgläubigen Verbrauchern hatte man Schrottimmobilien auf Kredit als Altersvorsorge teilweise mit Hilfe eines Notars noch nachts in der Wohnung aufgeredet. Als sich deren Wertlosigkeit später herausstellte, blieben sie für den Rest des Lebens hoch verschuldet. An sich hatte das Recht hier eine Vielzahl von Möglichkeiten Gerechtigkeit zu schaffen.

- Informiert werden muss der Verbraucher und nicht nur der Vermittler.
- Wer eine solche Konstruktion mit steuerlichen Anreizen anbahnt betreibt teilweise verbotene Rechtsberatung.
- Haustürgeschäfte können bei fehlender Belehrung auch unbefristet widerrufen werden.
- Bei Verbundkonstruktionen kann auch das schlechte Anlagegeschäft rückgängig gemacht werden, weil nur bei „Geld Zurück“ auch der Kredit rückzahlbar ist und damit der Widerruf Sinn macht.

Alles das hatte der Bankensenat unter seinem Vorsitzenden Nobbe in einer merkwürdigen Kette von Entscheidungen anders gesehen, obwohl mehrere deutsche Gerichte ihm widersprachen und den EuGH anriefen.

- Der EuGH (C-45/96 NJW 1998, 1295) korrigierte ein erstes Mal den BGH mit einem gewissen Kopfschütteln und erklärte, dass Immobilienkredite selbstverständlich unter die Haustürwiderrufsrichtlinie fallen würden.
- Der Bankensenat gab sich damit nicht geschlagen, sondern versuchte andere Konstruktionen, um das Risiko beim Verbraucher zu lassen. (zusammenfassende Darstellung bei Reifner a.a.O.) wie z.B. die Information des Vermittlers reiche aus (BGH NJW 2001, 2963), der Vermittler sei kein Erfüllungsgehilfe (BGH, Urt. v. 8.4.2003, XI ZR 193/02; BGHZ 144, 223 (226 ff.); WM 2000, 1247 (1249)), es bestehe eine Anscheinsvollmacht (BGH BKR 2003, 456), nur bei Nachweis subjektiven Wissens oder Weisungen sei ein verbundenes Geschäft anzunehmen (BGH NJW 2003, 1390; 2002, 1881)
- Dann musste er aber von den anderen Senaten eine Absage umsetzen, die meinten, es sei undenkbar, dass, wie der 11. Senat es wollte, die Bank sich zulasten des Verbrauchers selbst auf nichtige notariell beglaubigte Vollmacht berufen könne.
- In einer recht scharfen Entscheidung widersprach schließlich der vierte Senat dem letzten Ausweg, wonach angeblich der Kunde zwar den Kredit widerrufen könne, aber auf der Schrottimmoblie sitzen bleibe, weil beide kein verbundenes Geschäft darstellten. Ein internes Gutachten der Badenia hatte allerdings schon vorher die wirklichen Abspra-

chen hinter den Kulissen deutlich gemacht. Dieses letzte faktische Widerrufsverbot für Haustürgeschäfte bei finanzierten Schrottimmobilen hat jetzt der Europäische Gerichtshof ebenfalls für rechtswidrig erklärt. Ob dies jetzt reicht oder der Bankensenat etwas Neues erfindet, wird abzuwarten sein. Das Vertrauen in die höchste deutsche Justiz dürfte angesichts dieser Verfahren ganz nachhaltig erschüttert sein, was angesichts der in der Zeitschrift Capital erschienen gleichzeitigen Vertrauenskrise der deutschen Banken zu einer denkwürdigen Kumulation führt.

Immerhin hatten wenigstens die Notare gegen ihre schwarzen Schafe reagiert. § 17 Abs. 2 Nr. 2a Beurkundungsgesetz verbietet jetzt Nacht- und Nebelnotariate in Massengeschäften von Banken und Immobilienhaien, indem nunmehr jeder Notar zwischen Beglaubigung und Vertragsentwurf 14 Tage verstreichen lassen soll. Wir nähern uns damit dem sinnvollen französischen System des *offre préalable*, wonach im Immobilienkredit jeder Kunde das Recht hat, ein verbindliches Angebot der Bank für eine ausreichende Bedenkzeit mit nach Hause zu nehmen.

Hatte das Justizministerium und der letzte Bundestag (wahrscheinlich eher in Unkenntnis der Abgeordneten in dieser Spezialmaterie) noch versucht, Bankensenat und Banken zu rechtfertigen und mit einem § 358 Abs.3 S. 3 BGB das "verbundene Geschäft" gerade bei Schrottimmobilen zu verhindern, weshalb es auch folgerichtig vor dem EuGH den Bankenstandpunkt vertrat ("nach Meinung der Bausparkasse und der deutschen Regierung" Ziff. 91 des Urteils), so kann diese Vorschrift nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs ihre verheerende Wirkung nicht mehr entfalten. Der EuGH hat mit seiner Effektivitätskontrolle die merkwürdigen Spezialregelungen für bestimmte Banken im deutschen Recht aufgedeckt und verworfen.

Es ist wohl an der Zeit, hier parlamentarisch zu untersuchen, wie es zu diesen rechtswidrigen Schulterschlüssen kam, mit denen Tausende von Anlegern in die Überschuldung getrieben wurden. Es ist das Verdienst von Anwälten wie u.a. Fuellmich, Tilp, Ahr, Knops und auch des ehemaligen Innenministers Baum, dass hier Recht und Macht voneinander getrennt wurden. Das Ergebnis sollte ein neues Denken sein, bei dem die Banken frühzeitig mit ihren Kritikern sich zusammensetzen und ein solches Desaster für das Vertrauen in unser rechtlich verfasstes Finanzsystem vermeiden helfen.

Mit den Kongressen zur verantwortlichen Kreditvergabe ([www.verantwortlichekreditvergabe.net](http://www.verantwortlichekreditvergabe.net)) versucht das iff eine solche neue Gesprächskultur in Europa mitzugestalten. Eine Reihe von Banken hat dies positiv aufgenommen. Andere sollten folgen.

## **B.IV.a Literaturhinweise**

*In den letzten Jahren haben sog. Bauherren- und Erwerbermodelle die deutsche Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 20.5.2003, XI ZR 248/02; NJW 2003, 1390 (Einwendungsdurchgriff); WM 2003, 914 (Bauanlage); NJW 2002, 66 (Bauträger); NJW 2001, 2963; WM 2000, 1687; NJW 2000, 3065; 1985, 1020 (Abschreibungsgesellschaft); NJW 2001, 2963; 2000, 521 (EuGH Vorlage); NJW 2000, 2352 (grundpfandrechtl. gesichert); 1996, 3414 (3415) (Einwendungsdurchgriff); OLG Karlsruhe WM 2001, 2002; OLG Stuttgart, WM 2001, 1667 (Risikobereich des Kunden); OLG Oldenburg BKR 2002, 732 (Hinweis bei Haustürgeschäften); OLG Karlsruhe WM 2003, 1228 (Wahrheit und Vollständigkeit); OLG Frankfurt/Main WM 2002, 549 (Steuersparmodelle); OLG Frankfurt/M. BKR 2002, 828 (Immobi-*

lienfonds); OLG Köln WM 2000, 127 (Vermittler als Erfüllungsgehilfe; Innenprovision); OLG Stuttgart, Urt. v. 19.12.1995, 12 U 151/95 (Vermittler und Bauträger); OVG Nordrhein-Westfalen ZInsO 2001, 478 (selbständiges Gewerbe); LG Stuttgart WM 2000, 1103 (teure Hypothekendarlehen); LG Stuttgart WM 2000, 1388 (Aufklärung); LG Bremen WM 2002, 1450 (Widerrufsrecht nach „Heininger“) und dann mit bemerkenswerter Beteiligung der Praxis auch die Literatur (Artz, BKR 2002, 603.; Baum, BKR 2002, 851; Becher, BKR 2002, 931; Bruchner, WM 1999, 825; Derleder, VuR 2000, 155; Derleder, ZBB 2002, 202; Derleder, ZBB 2002, 233; Eckert, EwiR 2000, 51; Edelmann, BKR 2002, 80; Freckmann, BKR 2002, 513; Frisch, VuR 1999, 432; Füller, ZBB 2001, 157; Habersack, BKR 2001, 72; Habersack, WM 2002, 253; Hervé, BKR 2002, 801; Hochleitner, WM 2002, 529; Hoffmann, NJW 2001, 421; Hoffmann, ZIP 2002, 1066; Horn, WM 2000, 333; Koch, WM 2002, 1593; Koppenfels, WM 2001, 1360; Kulke, ZBB 2002, 33; Lang, ZBB 2002, 457; Lang, BKR 2002, 793; LoBack, VuR 2001, 131; LoBack, VuR 2002, 124; Masuch, NJW 2002, 2931; Meinhof, NJW 2002, 2273; Meißner, WM 2002, 30; Peters, WM 2001, 2199; Pfeiffer, ZBB 1996, 304; Piekenbrock, WM 2002, 521; Reich, EuZW 2002, 87; Rösler, VuR 2000, 191; Rohe, BKR 2002, 575; Rott, VuR 2002, 49; Schleicher, BKR 2002, 609; Staudinger, NJW 2002, 653; Strube, VuR 2002, 55; Strube, BKR 2002, 938; Tonner, BKR 2002, 856; von Rottenburg, WM 2001, 2194; Wagner, BKR 2002, 194) in einem ungewöhnlichen Ausmaß bestimmt und dabei, obwohl diese Form der Finanzierung für zu Konsumzwecken aufgenommene Kredite eher untypisch ist, die Auslegung der Verbraucherschutzvorschriften im Verbraucherdarlehensvertrag sowie dann auch den Gesetzeswortlaut von Haustürwiderufsrichtlinien und Verbraucherdarlehensvorschriften nachhaltig beeinflusst. Hintergrund ist eine Welle von Verkäufen von Objekten an das breite Publikum in den 90er Jahren, die teilweise in den Neuen Bundesländern aber auch in Feriengebieten belegen waren und eine deutsche Großbank sogar in einer Weise in Schieflage bringen konnte, dass auch nach ihrer Fusion mit einer anderen Großbank die Probleme wertzuberichtiger Kredite in diesem Geschäft nicht ausgeräumt sind und erhebliche Haftungsrisiken fortbestehen („Berater gaukeln oft Unabhängigkeit vor“, Die Welt v. 21.10.1998; „Erwerbsmodelle kommen Banken teuer zu stehen“, Handelsblatt 21.4.1999, S. 45; „Fallen beim Hauskauf“, Euro am Sonntag v. 2.4.2000, S. 61; „Die unseriösen Maschen der Abzocker“, Handelsblatt v. 19.12.2001, S. 4; „Wie die Metzger“, Die Zeit v. 28.2.1992, S. 35; „Kredite aus der Ferne“, Der Spiegel v. 23.3.1998, S. 122; Fuellmich/Rieger, ZIP 1999, 427 (431) (Fuellmich ist als Anwalt vor allem in Prozessen von Anlegern gegenüber der HypoVereinsbank tätig und hat nach eigenen Angaben 2500 Fälle ausgewertet).