

Verbraucherkredite, insbesondere  
für Immobilienanlagen  
Forderungsübertragungen,  
insbesondere im Lichte von  
Bankgeheimnis und Datenschutz

Bankrechtstag 2005

BrV 25

# **Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung**

herausgegeben von

Walther Hadding, Mainz  
Klaus J. Hopt, Hamburg  
Herbert Schimansky, Karlsruhe

**Band 25**

**De Gruyter Recht · Berlin**

**Verbraucherkredite, insbesondere  
für Immobilienanlagen  
Forderungsübertragungen,  
insbesondere im Lichte von  
Bankgeheimnis und Datenschutz**

**Bankrechtstag 2005**



De Gruyter Recht · Berlin

© Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN-13: 978-3-89949-252-1

ISBN-10: 3-89949-252-8

*Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek*

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Druckhaus Köthen GmbH, Köthen  
Umschlaggestaltung: Angela Dobrick, Hamburg

## Vorwort

Der Bankrechtstag 2005 der Bankrechtlichen Vereinigung – Wissenschaftliche Gesellschaft für Bankrecht e.V. fand am 1. Juli 2005 in Hamburg statt. Über 270 Teilnehmer diskutierten über die hochaktuellen Themen „Verbraucherkredite, insbesondere für Immobilienanlagen“ sowie „Forderungsabtretungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz“.

Die erste Abteilung behandelte im Vorgriff auf die kurz darauf ergangenen Entscheidungen des EuGH vom 25. Oktober 2005 in der Rs. C-350/03 (Schulte) = WM 2005, 2079 und in der Rs. C-229/04 (Crailsheimer Volksbank) = WM 2005, 2086 schwerpunktmäßig die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Widerrufs von Verbraucherkreditverträgen, insbesondere bei Immobilienanlagen. Neben dem europarechtlichen Bezug weist das Thema auch vor dem Hintergrund des „Streits der BGH-Senate“ eine große Aktualität auf. Diesem Problemkreis waren die Vorträge von *U. Ehrlicke*, *O. Hoepner*, *M. Münscher* und *R. Metz* gewidmet, welche die sich ergebenden Fragen aus wissenschaftlicher, praktischer, richterlicher und gesetzgeberischer Perspektive beleuchteten. Die zweite Abteilung des Bankrechtstags 2005 beschäftigte sich mit Voraussetzungen und möglichen Einschränkungen des Forderungshandels durch Banken. Im Mittelpunkt stand der Handel mit notleidenden Krediten (*non performing loans*), bei dem im Anschluss an das Urteil des OLG Frankfurt vom 25. Mai 2004 (WM 2004, 1386) große Rechtsunsicherheit über Abtretungsbeschränkungen durch das Bankgeheimnis herrscht. Daneben sind Fragen des Datenschutzes und der Erlaubnispflichtigkeit nach dem KWG zu bedenken. Die Vorträge zu diesem Themenkomplex hielten *H. Hammen* und *A. Wittig*.

Über den Bankrechtstag 2005 ist in Literatur und Presse auch dieses Mal ausführlich berichtet worden. Hingewiesen sei besonders auf die umfangreichen Berichte von *M. Artz/P. Balzer*, WM 2005, 1451 und *B. Knof/S. Mock*, ZBB 2005, 298.

Die Druckvorbereitung dieses Bandes haben dankenswerterweise Herr wiss. Ass. *Alexander Hellgardt* und Frau *Ingeborg Stahl*, beide Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, vorgenommen.

Allen, die zum Gelingen des Bankrechtstag 2005 beigetragen haben, insbesondere auch Frau *W. Preis* vom Sekretariat der BrV, die nach jahre-

langer Tätigkeit in den Ruhestand getreten ist, sei von den Herausgebern herzlich gedankt.

Mainz, Hamburg, Marzell  
im März 2006

*Hadding, Hopt, Schimansky*

# Inhaltsverzeichnis

## 1. Abteilung:

Verbraucherkredite, insbesondere für Immobilienanlagen

Leitung: *Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Gößmann*, Leiter Recht und Compliance der HSH Nordbank AG, Hamburg

<i>Professor Dr. Ulrich Ehricke</i> , LL.M. (London), M.A., Richter am OLG Düsseldorf EG-rechtliche Probleme verbundener Verbrauchercredit- und Immobiliengeschäfte .....	3
<i>Olaf Hoepner</i> , Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Schleswig Grundlagenprobleme des Verbraucherkreditrechts, insbesondere bei Immobilienanlagen .....	61
<i>Rechtsanwalt Dr. Michael Münscher</i> , Justitiar der Commerzbank AG, Frankfurt am Main Verbraucherdarlehensrecht – ein verlässlicher Rahmen für den Rechtsanwender? .....	75
<i>Dr. Rainer Metz</i> , Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Berlin Aktuelle Probleme des Verbraucherkreditgeschäftes aus Verbraucherschutzsicht .....	89

## 2. Abteilung:

Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte  
von Bankgeheimnis und Datenschutz

Leitung: *Dr. Gerhart Kreft*,  
Vorsitzender Richter am BGH a.D., Karlsruhe

<i>Professor Dr. Horst Hammen</i> , Justus-Liebig-Universität Gießen Bankgeheimnis und Abtretungsausschluss.....	113
---	-----

*Arne Wittig,*

Chefsyndikus Deutschland/Zentraleuropa der Deutsche Bank AG,  
Frankfurt am Main

Distressed Loan Trading – Handel mit notleidenden Kreditforderungen unter besonderer Berücksichtigung von Bankgeheimnis und aufsichtsrechtlichen Anforderungen .....	145
Diskussionsbericht .....	193
Stichwortverzeichnis .....	203

1. Abteilung:  
Verbrauchercredite, insbesondere für Immobilienanlagen  
Leitung: Rechtsanwalt Dr. *Wolfgang Gößmann*,  
Leiter Recht und Compliance der HSH Nordbank AG,  
Hamburg



# EG-rechtliche Probleme verbundener Verbraucherkredit- und Immobiliengeschäfte\*

Professor Dr. *Ulrich Ehricke*

LL.M. (London), M.A. – Richter am OLG Düsseldorf

- I. Einleitung und Problemstellung
  1. Einleitung
  2. Problemstellung
- II. Die spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Probleme der Vorlageverfahren
  1. Ausgangspunkt: Die Vorlageverfahren des LG Bochum (Beschl. v. 29.7.2003) und des OLG Bremen (Beschl. v. 27.05.2004)
  2. Aufgabenverteilung und Kompetenzabgrenzung zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH
    - a) Das Verhältnis der mitgliedstaatlichen Gerichte zum EuGH bei Fragen der Auslegung *des Gemeinschaftsrechts*
    - b) Exkurs: Die Ermittlung des *effet utile* durch den EuGH
    - c) Die richtlinienkonforme Auslegung im Kontext der nationalen Rechtsordnung
  3. Bestehen eines gemeinschaftsrechtlichen Gebotes zur Rechtsfortbildung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung
  4. Das Verbot horizontaler Richtlinienwirkung
    - a) Die vom EuGH entwickelten Grundsätze

---

\* Das vorliegende Manuskript ist im September 2005 abgeschlossen worden. Mit den beiden Entscheidungen vom 25.10.2005 in der Rs C-350/03 (Schulte) = ZBB 2005, 436 und in der Rs C-229/04 (Crailsheimer Volksbank) = ZBB 2005, 442 hat der EuGH zwischenzeitlich zu den im folgenden Beitrag diskutierten Problemen Stellung bezogen. Dabei kommt er in wesentlichen Teilen zu denselben Ergebnissen, wie sie nachfolgend vertreten worden sind. Gleichwohl sind die in dem Beitrag angesprochenen Erwägungen keineswegs obsolet, sondern stellen eine gemeinschaftsrechtlich dogmatische Fundierung für die Entscheidungen des EuGH dar. In seiner *Schulte*-Entscheidung hat der EuGH unabhängig von den Vorlagefragen für bestimmte Konstellationen eine Pflicht zur Risikoübernahme der Banken entwickelt – dazu vgl. *Ehricke*, ZBB 2005, 443; *Hoppe/Lang*, ZfIR 2005, 800; *Staudinger*, NJW 2005, 3521; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985.

- b) Richtlinienwirkung zwischen Privaten im konkreten Fall bei Außerachtlassung der BGH-Rechtsprechung nach der *Heininger*-Entscheidung des EuGH
- c) Die Bedeutung einer (nachträglichen) richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung durch die nationalen Gerichte (bei nur unzureichender Richtlinienumsetzung)
- 5. Rückwirkung, Vertrauensschutz und Rechtssicherheit
  - a) Die den vorliegenden Gerichten zugrunde liegenden Sachverhalte als Rückwirkungskonstellationen
  - b) Spezifisch gemeinschaftsrechtliche Aussagen zur Rückwirkung bzw. zum Rückwirkungsverbot
  - c) Der gemeinschaftsrechtlich anerkannte Vertrauensschutz
- 6. Das Erfordernis der kontinuierlichen Anpassung des nationalen Rechts an die durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Vorgaben
  - a) Allgemeines
  - b) Die Wirkung von Auslegungsentscheidungen im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG
  - c) Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Stellen
  - d) Zwischenergebnis

### III. Das Verhältnis der gemeinschaftsrechtlichen Problemstellungen zu den jüngeren Entscheidungen des II. und XI. BGH-Senats

- 1. Die Kontroverse zwischen den BGH-Senaten
  - a) Die Kernaussagen des XI. Zivilsenats
  - b) Die Kernaussagen des II. Zivilsenats
- 2. Verhältnis zu den gemeinschaftsrechtlichen Problemstellungen
  - a) Verhältnis zu den Vorgaben der Richtlinie 85/577/EWG
  - b) Verhältnis zu den Vorgaben der Richtlinie 87/102/EWG
- 3. Die Relevanz des Gemeinschaftsrechts bei „überschießender Umsetzung“
  - a) Überschießende Umsetzung hinsichtlich Anbahnungssituationen
  - b) Überschießende Umsetzung hinsichtlich Zurechnung des Verhaltens von Drittpersonen, Art. 2, 2. Spiegelstrich der Richtlinie und § 123 BGB (analog)
  - c) Das Problem „gespaltener Auslegung“

### IV. Fazit

## I. Einleitung und Problemstellung

### 1. Einleitung

Das Verbraucherkreditrecht wird von verschiedenen Rechtssetzungsebenen her bestimmt. Das deutsche Recht enthält in den §§ 491 ff. des BGB (ehemals §§ 607 ff. BGB i.V.m. dem Verbraucherkreditgesetz) einen in sich weitgehend geschlossenen Regelungskomplex des Kreditrechts. Dieser ist von verschiedenen europäischen Vorgaben überlagert und durch diese maßgeblich beeinflusst worden. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Richtlinien 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (Verbraucherkreditrichtlinie)<sup>1</sup> und 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Haustürwiderrufsrichtlinie)<sup>2</sup>. Diese Regelungsvorgaben sind hinsichtlich des Verbraucherschutzes indes nicht vollkommen synchron ausgestaltet.<sup>3</sup> Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz nach dem Haustürwiderrufsrecht einerseits und dem Schutz nach den Regelungen über das Verbraucherkreditrecht andererseits. Dieses Dilemma ist vor allen Dingen darauf zurückzuführen, dass die beiden relevanten Sekundärrechtsakte nicht zeitgleich, sondern im Abstand von ca. einem Jahr erlassen wurden. Insbesondere dieser Umstand und die Tatsache, dass die Haustürwiderrufsrichtlinie einen wenig detaillierten Regelungsrahmen vorgibt, mag den nationalen Gesetzgeber dazu veranlasst haben, auch die ersten nationalen Umsetzungsakte, also das HWiG vom 1.5.1986 und das VerbrKrG vom 1.1.1991, so auszugestalten, dass das VerbrKrG als Spezialregelung konzipiert worden ist.<sup>4</sup> Dies führte dazu, dass

---

1 ABl. Nr. L 42 v. 12.2.1987, S. 48 ff.

2 ABl. Nr. L 372 v. 31.12.1985, S. 31 ff.

3 *Wiedmann/Gebauer* in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 1. Aufl. 2005, Kapitel 1, Rn. 94; *Staudinger*. NJW 2002, 653, 654.

4 In BT-DrS 11/5462, S. 1, 30 betreffend „Entwurf eines Gesetzes über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozessordnung und anderer Gesetze“ heißt es unter „Zu Artikel 3 – Änderung des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnliche Geschäften“ in der Begründung zur Änderung des § 5 Abs. 2 HWiG ausdrücklich: „Für Haustürgeschäfte, die zugleich die Merkmale eines Verbraucherkreditgeschäfts erfüllen, wird der Vorrang des Ver-

§ 5 Abs. 2 HWiG mit Wirkung zum 1.1.1991 zusammen mit Einführung des Verbraucherkreditgesetzes neu gefasst wurde. Entsprechend bestimmte § 5 Abs. 2 HWiG (a.F.), dass ein Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG, das zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz erfüllt, nur den Vorschriften *dieses* Gesetzes unterfällt.<sup>5</sup> Mit der *Heininger*-Entscheidung des EuGH<sup>6</sup> ist später jedoch klargestellt worden, dass zwischen Haustürwiderrufs- und Verbraucherkreditrichtlinie kein Spezialitätsverhältnis besteht und dass die Haustürwiderrufsrichtlinie auch auf Kreditverträge Anwendung findet. Dies führte dann im Nachgang der Schuldrechtsreform zu einer Neuformulierung der §§ 491 Abs. 3, 355 Abs. 3, 312a BGB mit dem OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23.7.2002<sup>7</sup>.

## 2. Problemstellung

Sowohl der Verbraucherkreditrichtlinie als auch der Haustürwiderrufsrichtlinie liegt das Konzept der *Mindestharmonisierung* zu Grunde.<sup>8</sup> Dies führt zu zum Teil erheblichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung in das nationale Recht und der entsprechenden Auslegung nationaler Regelungen, weil es insoweit darum geht, ausgehend von einer vergleichsweise speziellen Problemstellung („Verbraucherschutz beim Abschluss von Kreditverträgen“) herkommend die schon bestehenden mitgliedstaatlichen Regelungsrahmen zu modifizieren. Eine derartige Vorgabe stellt die jeweiligen nationalen Gesetzgeber vor die Aufgabe der Einpassung dieser systemfremden Regelungsvorgaben in das nationale Recht. Besonders schwierig wird diese Aufgabe, wenn

---

*braucherkreditgeschäfts* bestimmt (§ 5 Abs. 2). [Hervorhebung durch den Autor]; siehe hierzu auch *Hochleitner/Wolf/Großrichter*, WM 2002, 529, 531 ff.; differenzierend *Staudinger/Werner* (1998), § 5 HWiG, Rn. 22 ff., Rn. 27.

5 Zur Historie siehe *Staudinger/Werner* (1998), Vorbem. zum HWiG, Rn. 16; § 5 HWiG, Rn. 2.

6 EuGH Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-481/99 – *Heininger/Bayerische Hypo-Vereinsbank*, Slg. 2001, I-9945, u.a. abgedr. in *EuZW* 2002, 84 mit Anm. *Reich/Rörig* sowie in *NJW* 2002, 281.

7 BGBl. I, 2850.

8 Hierzu: *Wiedmann* in: *Gebauer/Wiedmann* (obenFn 3) Kapitel 6, Rn. 10; siehe auch die Ausführungen des Generalanwalts *Otto Lenz* in den Schlussanträgen zu Rs. C-91/92, Slg 1994, 3328, Rz. 29 (*Paolo Faccini Dori/Recreb Srl.*).

sukzessive mehrere solcher gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierungserfordernisse aufeinander treffen. In einem solchen Fall sind der mitgliedstaatliche Gesetzgeber und die mitgliedstaatlichen Gerichte über die auch ansonsten bestehenden Vorgaben hinaus vor allem dazu angehalten, das gemeinschaftsrechtlich intendierte Verhältnis der jeweiligen Sekundärrechtsakte in dem zu seiner Umsetzung ergangenen nationalen Recht möglichst genau abzubilden und dabei den *effet utile* der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Diese Schwierigkeiten sind bezüglich des Verhältnisses vom Haustürwiderrufsgesetzes zum Verbraucherkreditgesetz das erste Mal im Zusammenhang mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Heininger* und dem nachfolgend ergangenen BGH-Urteil vom 9.4.2002 virulent geworden.<sup>9</sup> Kritisiert wurde dabei vor allen Dingen der Umstand, dass sich der BGH mit Blick auf § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. auf den Standpunkt gestellt hat, dass der Grundstückskaufvertrag und der zu seiner Finanzierung abgeschlossene Realkreditvertrag kein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG a.F. darstellen.<sup>10</sup> Da § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG a.F. zudem einerseits notariell beurkundete Verträge von seinem Anwendungsbereich ausnimmt und andererseits überhaupt keine Regelung für verbundene Geschäfte vorsieht, führt dieses Verständnis im Ergebnis dazu, dass der Darlehensnehmer im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts in Bezug auf den in einer Haustürsituation abgeschlossenen grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrag gegenüber der finanzierenden Bank zur Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages und dessen marktüblicher Verzinsung verpflichtet ist und die Ausübung des Widerrufsrechts den Grundstückskaufvertrag nicht berührt. Nach der Rechtsprechung des BGH habe der Darlehensnehmer die Valuta nämlich auch dann empfangen, wenn diese auf seine Weisung hin auf das Konto des Immobilienverkäufers geflossen ist.<sup>11</sup> Vor diesem Hintergrund laufe aufgrund der Rechtsprechung, so wird argumentiert, das dem Verbrau-

---

9 Zur *Heininger*-Entscheidung des EuGH siehe etwa *Derleder*, ZBB 2002, 202; *Fischer*, DB 2002, 1262; *Franzen*, JZ 2003, 321, *Habersack/Mayer*, WM 2002, 202; *Häublein*, ZBB 2004, 1; *Hochleitner/Wolf/Großerichter*, WM 2002, 529; *Hoffmann*, ZIP 2002, 145; *Knott*, WM 2003, 49; *Kulke*, ZBB 2002, 33; *Pap/Sauer*, ZfIR 2002, 523; *Piekenbrock/Schulze*, WM 2002, 521; *Singer*, DZWiR 2003, 221; *Staudinger*, JuS 2002, 953.

10 BGH, Urt. v. 9.4.2002, NJW 2002, 1881 (1884); BGH, Beschl. v. 16.9.2003, NJW 2004, 153 ff. (Nichtvorlagebeschluss).

11 BGH NJW 2002, 1881, 1884.

cher eingeräumte Widerrufsrecht im Hinblick auf den Realkreditvertrag in tatsächlicher Hinsicht weitgehend leer.<sup>12</sup> Ähnliche Bedenken hatten auch das LG Bochum und das OLG Bremen, die in verschiedenen Vorlageverfahren dem EuGH mehrere Fragen zur Auslegung der Richtlinie 85/577/EWG vorgelegt haben.<sup>13</sup> Inzwischen liegen die Stellungnahmen des Generalanwaltes in den Vorlageverfahren vor.<sup>14</sup> Sie verdeutlichen, dass es sich bei der Einbeziehung eines Immobilienkaufs in die Folgen eines Widerrufs des Darlehensgeschäfts nach der Richtlinie 85/577/EWG vornehmlich um EG-rechtliche Problemstellungen handelt und weniger um solche des nationalen Rechts.<sup>15</sup> Im Folgenden soll daher auf die spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Probleme der Vorlagefragen eingegangen werden. Dabei sollen nicht nur zentrale EG-rechtliche Fragen zu verbundenen Verbraucherkredit- und Immobiliengeschäften erörtert werden (unten III.), sondern vor diesem Hintergrund auch zum Verhältnis der gemeinschaftsrechtlichen Problemstellungen zu der Kontroverse des II. und des XI. Zivilsenats des BGH zur Behandlung verbundener Geschäfte Stellung bezogen werden (unten IV.).

## II. Die spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Probleme der Vorlageverfahren

### 1. Ausgangspunkt: Die Vorlageverfahren des LG Bochum (Beschl. v. 29.7.2003) und des OLG Bremen (Beschl. v. 27.05.2004)

Sowohl die Vorlage des LG Bochum als auch die des OLG Bremen beschäftigen sich in wesentlichen Punkten mit der Frage, welche gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sich der Richtlinie 85/577/EWG hinsichtlich der Rück-

12 *Reiter/Methner*, VuR 2004, 52, 56; *Derleder*, ZfIR 2003, 177, 187; *Fischer*, VuR 2004, 8, 10; *Singer*, DZWIR 2003, 221, 226 f.

13 LG Bochum NJW 2003, 2612 f. (= GPR 2004, 21 = ZIP 2003, 1437) – dazu vgl. u.a. *Ehricke*, ZIP 2004, 1025; *ders.*, Rev. Europ. de Droit bancaire & financier 2004, 153; OLG Bremen NJW 2004, 2238.

14 Schlussanträge des GA Léger v. 28.9.2004, Rs. C-350/03 (LG Bochum); Schlussanträge des GA Léger v. 2.6.2005, Rs. C-229/04 (OLG Bremen).

15 Dies ist im Vorfeld der Vorlagen zum EuGH nicht immer eindeutig so gesehen worden, vgl. z.B. *Reiter/Methner* VuR 2004, 52 (55 f.), auch *Fischer* VuR 2004, 8 (9 f.).

abwicklung von Realkreditverträgen, die der Finanzierung des Erwerbs von Wohnungseigentum im Rahmen eines Steuersparmodells dienen, entnehmen lassen. Es handelt sich dabei hauptsächlich um drei verschiedene Fragestellungen.

1. Kern der Vorlagebeschlüsse ist jeweils die – zum Teil nur indirekt formulierte – Frage, ob von einer Vereinbarkeit mit der Richtlinie 85/577/EWG bzw. deren *effet utile* auch dann noch auszugehen ist, wenn der Verbraucher die Darlehensvaluta zurückzahlen muss, ohne aber die von ihm erworbene, im Zweifel aber weitgehend wertlose Immobilie bzw. Anteile an derselben, an die Bank zurückgeben zu können. Die Problematik wird entweder im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Richtlinie<sup>16</sup>, bspw. deren Geltung auch für Immobilienkaufverträge und die Bestellung von Grundpfandrechten, oder aber bezogen auf die in Art. 5 und 7 der Richtlinie geregelten Rechtsfolgen<sup>17</sup> thematisiert.
2. Darüber hinaus wollen die vorlegenden Gerichte wissen, ob eine nationale Regelung, wonach die Darlehensvaluta sofort zurückzuzahlen ist gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt und ob weiterhin hierfür entstandene Zinsvorteile auf Seiten des Verbrauchers ebenfalls bedenkenlos zurückverlangt werden können.<sup>18</sup>
3. Neben der Rückabwicklungsproblematik stellt sich auf der Voraussetzungsseite des Widerrufs schließlich die Frage danach, wie die Mitwirkung Dritter beim Vertragsschluss zu werten ist. Tatsächlicher Hintergrund ist hierbei regelmäßig der Umstand, dass in den hier betrachteten Fällen die Kreditvermittlung nicht durch die Bank selbst erfolgt. So wurde bspw. in den vom LG Bochum zu entscheidenden Ausgangsverfahren, diese durch ein mit der Vermittlung von Immobilien- und Finanzdienstleistungen befasstes Unternehmen in Gestalt einer GmbH, die sich wiederum einer Vielzahl weiterer Vermittler bediente, vorgenommen.<sup>19</sup> Ähnlich verhielt es sich in den Ausgangsverfahren des OLG Bremen, bei denen sich eine Immobiliengesellschaft ebenfalls einer

---

16 1. Vorlagefrage des LG Bochum, abgedr. in: ZIP 2003, 1437.

17 2. Vorlagefrage des LG Bochum, abgedr. in: ZIP 2003, 1437; 2. Vorlagefrage des OLG Bremen, abgedr. in: NJW 2004, 2238.

18 3. und 4. Vorlagefrage des LG Bochum, abgedr. in: ZIP 2003, 1437; 3. und 4. Vorlagefrage des OLG Bremen, abgedr. in: NJW 2004, 2238.

19 Siehe LG Bochum ZIP 2004, 1437, 1438.

Vertriebsfirma bediente, die ihrerseits selbständige Anlagevermittler zur Hilfe nahm. Der XI. BGH-Senat vertrat hierzu in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass es für das Widerrufsrecht nicht allein auf das Vorliegen einer Haustürsituation, sondern darüber hinaus auch auf deren Zurechenbarkeit ankomme.<sup>20</sup> In direkter Bezugnahme auf § 123 BGB, wonach das Verhalten des Verhandlungsführers, hier die Vertriebsunternehmen und Vertreter, dem Erklärungsempfänger nur zuzurechnen ist, wenn er dessen Angestellter, Mitarbeiter oder Beauftragter ist oder wenn er wegen seiner engen Beziehungen zu diesem als dessen Vertrauensperson erscheint. Erfüllt der Verhandlungsführer diese Voraussetzungen nicht und ist er damit „Dritter“ im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB ist sein Handeln nur zuzurechnen, wenn der Erklärungsempfänger dieses kannte oder kennen musste.<sup>21</sup> Die letzt genannten Anforderungen sah der XI. Zivilsenat des BGH in so gelagerten Fällen jedoch regelmäßig als nicht gegeben an. Das OLG Bremen formulierte die sich daran anknüpfende Rechtsfrage dergestalt, ob das Widerrufsrecht von anderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf als dem Vorliegen einer Haustürsituation im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 85/577/EWG. Als solche zusätzlichen Voraussetzungen kennzeichnet es dabei „Zurechnungskriterien wie der vom Gewerbetreibenden bewusst herbeigeführten Einschaltung eines Dritten in den Vertragsabschluss oder von einer Fahrlässigkeit des Gewerbetreibenden hinsichtlich des Handelns des Dritten beim Vertrieb mittels Haustürgeschäft“.<sup>22</sup>

## 2. Aufgabenverteilung und Kompetenzabgrenzung zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH

- a) Das Verhältnis der mitgliedstaatlichen Gerichte zum EuGH bei Fragen der Auslegung *des Gemeinschaftsrechts*

Als erster EG-rechtlicher Problembereich stellt sich die Frage, welche konkreten Auslegungsanforderungen sich mit Blick auf den Wortlaut der

20 BGH NJW 2003, 424 (425) m.w.N.

21 BGH NJW 2003, 424 (425).

22 1. Vorlagefrage des OLG Bremen, abgedr. in NJW 2004, 2238 (2238).

Haustürwiderrufsrichtlinie an die deutschen Gerichte bei Anwendung des nationalen Rechts ergeben, wenn sie dem gemeinschaftsrechtlichen Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung entsprechen wollen. Ausgangspunkt dabei ist die Stellungnahme der Kommission<sup>23</sup> zur Vorlageentscheidung des LG Bochum, in der diese einerseits von einer gesetzgeberisch gelungenen Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie ausgeht,<sup>24</sup> andererseits aber die konkrete Anwendung des deutschen Rechts durch deutsche Gerichte bei der Frage der Rückabwicklung von Realkreditverträgen, die unter das HWiG fallen, kritisiert.<sup>25</sup> So wirft sie dem BGH in Rz. 28 ihrer Stellungnahme etwa vor, das HWiG nur „formal“ und „mechanisch“ anzuwenden.

Im ersten Zugriff auf eine Antwort liegt es nahe, anzunehmen, dass ein nationales Gericht, das durch die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts den *effet utile* der Richtlinie schützen möchte, auch bestimmen können muss, welche Zielvorgaben der Richtlinie durch die Beachtung des *effet utile* gewahrt werden sollen. Dies bedingt allerdings eine Interpretation der Richtlinie durch die nationalen Gerichte hinsichtlich ihres Sinn und Zwecks bzw. ihres Ziels. Eine solche Interpretationszuständigkeit birgt jedoch die Gefahr der Disparität des Verständnisses, der Auslegung und der Geltung von Gemeinschaftsrecht in der EG, weil möglicherweise verschiedene nationale Gerichte in derselben Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Daher ist die Auslegung von Richtlinien als Teil des Gemeinschaftsrechts dem Kompetenzbereich der nationalen Gerichte grundsätzlich entzogen und dem EuGH zugewiesen.<sup>26</sup> Damit korrespondiert, dass bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts von einer Auslegungsprärogative des EuGH im Verhältnis zu den nationalen Gerichten auszugehen ist. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut des Art. 220 EG, wonach dem Gerichtshof und dem Gericht erster Instanz die Wahrung des Rechts bei der Anwendung und Auslegung des EG-Vertrages obliegt, und andererseits aus der Stellung

---

23 Die Stellungnahme ist abgedruckt in NJW 2004, Heft 11, S. XXX.

24 Zu einer defizitären Umsetzung des Art. 4 der Richtlinie durch die Bundesrepublik Deutschland, siehe *Rott*, die Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in den Mitgliedstaaten, 2000, S. 129 f.

25 Die Stellungnahme ist abgedruckt in NJW 2004, Heft 11, S. XXX.

26 In diese Richtung etwa *Streinz/Huber*, EUV/EGV, 2003, Art. 220 EGV, Rn. 23; v.d. Groeben/Schwarze/*Gaitanides*, EUV/EGV, 6. Aufl. 2004, Art. 220 EG, Rn. 8.

des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG, im Rahmen dessen er sowohl über die Auslegung des Vertrages (Abs. 1 a)) als auch über die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft (Abs. 1 b)) entscheidet.

Eine Ausnahme ist nur möglich unter Heranziehung entsprechender Kriterien, wie sie im Rahmen der Acte-Clair-Doktrin entwickelt worden sind.<sup>27</sup> Infolgedessen können die nationalen Gerichte die Ziele einer Richtlinie, die sie im nationalen Recht durch die Beachtung des *effet utile* wahren sollen, anhand der Erwägungsgründe der Richtlinie, der ausdrücklichen Regelungsanordnungen in der Richtlinie, der Anhänge und anhand der Rechtsprechung des EuGH klären. Nur wenn darüber hinaus Zweifel bestehen, darf bzw. muss ein nationales Gericht den EuGH um eine allgemeinverbindliche Klärung ersuchen.

#### b) Exkurs: Die Ermittlung des *effet utile* durch den EuGH

Ist die Aufgabe der Ermittlung des *effet utile* eines bestimmten Sekundärrechtsaktes, hier etwa der Haustürwiderrufsrichtlinie, dem EuGH zugewiesen, stellt sich die Frage, anhand welcher (zulässigen) Kriterien der EuGH dessen *effet utile* ermittelt bzw. ermitteln darf. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der EuGH unter dem Gesichtspunkt der Effektivität des Gemeinschaftsrechts verschiedentlich neue Grundsätze und Rechtsinstitute entwickelt hat, die im Vertragstext selbst keine Stütze fanden. Dazu zählen etwa die „unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts“ oder die „Staatshaftung“. Der Sache nach handelt es sich hierbei nicht mehr um Auslegung, sondern um Rechtsfortbildung,<sup>28</sup> wobei die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung im Einzelfall fließend ist.<sup>29</sup> Hinzu kommt, dass der EuGH zwischen einer am Wortlaut orientierten Auslegung und einer den Wortlaut über-

---

27 EuGH, Rs. 284/81, – *C.I.L.F.I.T.*, Slg. 1982, 3415, Rz. 16; Streinz/Ehricke, (oben Fn. 26) Art. 249 EGV, Rn. 44; Basedow, Festschrift Brandner, 1996, S. 651, 654; Ehricke, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 364, 1997, S. 15 ff.

28 Dazu Streinz/Ehricke, (oben Fn. 26) Art. 234 EGV, Rn. 7.

29 Bultmann, JZ 2004, 1100, 1101.

schreitenden Rechtsfortbildung selbst nicht ausdrücklich unterscheidet.<sup>30</sup> Zwar mag der gemeinschaftliche Gerichtsbarkeit im Einzelfall das „rechtliche Dürfen“ fehlen, die Befugnisse der EG über den primärrechtlich vorgesehenen Umfang dergestalt zu erweitern, gleichwohl hat sie hierzu aber das „rechtliche Können“ inne.<sup>31</sup> Sofern sich der EuGH allerdings bei seiner rechtsfortbildenden Tätigkeit noch im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung bewegt, ist er nach Auffassung der Literatur<sup>32</sup> auch zur Rechtsfortbildung befugt. Dies hat auch das BVerfG bestätigt.<sup>33</sup> Die vom EuGH unter dem Blickwinkel des *effet utile* vorgenommene Auslegung entfernt sich damit zwar in gewissem Umfang von den aus dem nationalen Recht bekannten Methoden, löst sich aber nicht gänzlich hiervon ab. Zur Auslegung von Richtlinien bedient sich der EuGH im Grundsatz nämlich der gleichen Auslegungskriterien wie nationale Gerichte, allerdings mit einer zum Teil abweichenden Gewichtung. Schon in der Entscheidung *van Gend en Loos*<sup>34</sup> hat der EuGH ausgeführt, dass die Auslegung an Hand von Geist, Systematik und Wortlaut zu erfolgen hat. Der Wortlautauslegung kommt in der Praxis aufgrund der verschieden-sprachlichen Textfassungen allerdings eine vergleichsweise geringere Bedeutung zu.<sup>35</sup>

---

30 *Bultmann*, JZ 2004, 1100, 1106; *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 860, 875; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die europäische Gemeinschaft, 1999, S. 358.

31 Vgl. *Streinz/Huber*, (oben Fn. 26) Art. 220 EGV, Rn. 20; zur Frage des Erfordernisses zur Schaffung eines europäischen Kompetenzgerichts siehe etwa: *Everling*, EuZW 2002, 357 ff.

32 *Bultmann*, JZ 2004, 1100, 1102 *Calliess/Ruffert/Wegener*, EGV/EUV, 2. Aufl. 2002, Art. 220 EGV, Rn. 16; *Schwarze/Schwarze*, EU-Kommentar, 2000, Art. 220 EGV, Rn. 4.

33 BVerfGE 75, 223, 241 ff., vgl. *Bultmann*, JZ 2004, 1100, 1102.

34 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62 – *van Gend en Loos*, 1963, 1, 24.

35 *Rörig*, Direktwirkung von Richtlinien in Privatrechtsverhältnissen, 2001, S. 144 ff.

c) Die richtlinienkonforme Auslegung im Kontext der nationalen Rechtsordnung

Die Wirkung der richtlinienkonformen Auslegung ist im deutschen Recht als sog. Vorzugsregelung anerkannt.<sup>36</sup> Danach ist im Rahmen der nationalen Auslegungskriterien von mehreren in Frage kommenden Auslegungsvarianten einer Bestimmung des nationalen Rechts diejenige zu wählen, die mit dem mit der Richtlinie verfolgten Harmonisierungserfolg am besten zu vereinbaren ist. Dies gilt aber nur insoweit wie der Anwendungsbereich der Richtlinie betroffen ist.<sup>37</sup> Vorbehaltlich möglicherweise gesteigener Anforderungen an die nationalen Gerichte seit dem Urteil des EuGH in der Rechtsache *Pfeiffer/Deutsches Rotes Kreuz*<sup>38</sup>, bedeutet dies nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, dass die nationalen Gerichte nicht verpflichtet sind, die Schranken des nationalen (Verfassungs-)Rechts zu übertreten, um nationales Recht richtlinienkonform auszulegen. Die Grenze der Auslegung bleibt damit auch bei der richtlinienkonformen Auslegung die Wortlautgrenze sowie der Zweck der nationalen Norm.<sup>39</sup> Auch der EuGH fordert keineswegs den absoluten Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung vor den Auslegungsmethoden der jeweiligen Mitgliedstaaten. In ständiger Rechtsprechung weist er vielmehr darauf hin, dass die richtlinienkonforme Auslegung nur soweit geboten ist, wie das nationale Recht tatsächlich auch einen Auslegungsspielraum zulasse.<sup>40</sup> Die Beurteilung, wieweit das nationale Recht im

36 *Ehricke*, EuZW 1999, 553, 554; *derselbe*, *RabelsZ* 59 (1995), 598, 612 ff. m.w.N.; *Meller-Hannich*, WM 2005, 1157.

37 Vgl. etwa EuGH, Rs. 106/89 – *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135, 4160, Rz. 13; und ausdrücklich *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union – Kommentar, August 2002 – 20. Lief., Art. 249 EGV, Rn. 153; zum Problem der sog. „gespaltenen Auslegung“ bei überschießender Richtlinienumsetzung, siehe unten unter III.3.c), vgl. auch *Wiedmann* in: *Gebauer/Wiedmann* (oben Fn. 3), S. 190.

38 EuGH, Urte. v. 5.10.2004, Rs. 397/02 – *Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.*

39 Vgl. EuGH, Urte. v. 10.04.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1921, Rz. 28; *Streinz/Schroeder*, (Fn. 26) Art. 249 EGV, Rn. 128; so etwa *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, (oben Fn. 37), Art. 249 EGV, Rn. 153.

40 Vgl. EuGH, Urte. v. 10.04.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1921, Rz. 26 ff.; Urte. v. 16.12.1993, Rs. C-334/92, – *Teodoro Wagner Miret/Fondo de garantía salarial*, Slg. 1993, I-6911, 6932, Rz. 20 ff.; Urte. v.