

Der Überrumpelungsschutz des nicht belehrten Verbrauchers in der aktuellen Schrottimmobiliens-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

- Ein Beitrag zur Umsetzung der EuGH-Urteile vom 25.10.2005¹ -

Von Rechtsanwalt Arne Maier, Esslingen

I. Einleitung

Seit nunmehr fast drei Jahren sucht die deutsche Rechtsprechung, unterstützt und begleitet von einer Vielzahl juristischer Aufsätze², nach Wegen zur Umsetzung der vielbeachteten EuGH-Urteile Schulte und Crailsheimer Volksbank³ im nationalen Recht. Der nachfolgende Beitrag untersucht die aktuelle Schrottimmobiliens-Rechtsprechung des XI. BGH-Zivilsenats zu den sog. Altfällen⁴ unter dem Gesichtspunkt dieser Umsetzung. Der deutsche Staat, einschließlich der nationalen Rechtsprechung, ist zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben, einschließlich ihrer Präzisierung durch den EuGH, verpflichtet. Die mangelnde oder nicht ausreichende Umsetzung mündet zwangsläufig in die Haftung des deutschen Staates für die

¹ EuGH WM 2005, 2079 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3551 = ZIP 2005, 1959 (Schulte) und WM 2005, 2086 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3555 = ZIP 2005, 1965 (Crailsheimer Volksbank). Hierzu Freitag, WM 2006, 61; Knops, WM 2006, 70; Piekenbrock, WM 2006, 466; Tonner/Tonner, WM 2006, 505; Lang/Rösler, WM 2006, 513; Hoffmann, ZIP 2005, 1985; Staudinger, NJW 2005, 3521; Häublein, NJW 2006, 1553; ders., ZfR 2006, 601; Thume/Edermann, BKR 2005, 477; Hofmann, BKR 2005, 487; Habersack, JZ 2006, 91; Wielsch, ZBB 2006, 16; Fischer, DB 2005, 2507; ders., VuR 2006, 53.

² Man könnte auch, ohne zu übertreiben, von einer „Flut an wissenschaftlichen Stellungnahmen“ sprechen (Kahl/Essig, WM 2007, 525); so auch Jungmann, WM 2006, 2193, 2194.

³ EuGH WM 2005, 2079 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3551 = ZIP 2005, 1959 (Schulte) und WM 2005, 2086 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3555 = ZIP 2005, 1965 (Crailsheimer Volksbank).

⁴ Die akuten Schrottimmobiliens-Fälle stammen aus den 90er-Jahren, sind also nach dem bis zum 30.9.2000 (Fn. 75) bzw. bis zum 31.12.2001 (Schuldrechtsmodernisierung) gültigen HWiG zu beurteilen (Altfälle). Die neue Rechtslage seit 2002 (§§ 312 ff., 355 ff. BGB) bleibt nachfolgend außer Betracht (hierzu z.B. *Jungmann*, WM 2006, 2193, 2196 f.).

Schäden der betroffenen Verbraucher⁵. Bei der Umsetzung sollte deshalb weniger nach dem Ob als vielmehr nach dem Wie gefragt werden⁶.

Die ganze Malaise der Schrottimobilien-Rechtsprechung hat ihren Ursprung darin, dass sich der XI. Zivilsenat nach dem EuGH-Urteil Heiningen⁷ nicht dazu durchringen konnte⁸, den Ausschluss des verbundenen Geschäfts bei Realkrediten (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F.) dann nicht anzuwenden, wenn ein Realkredit nach HWiG widerrufen wird. Hierauf wird am Ende des Beitrags (Ziffer V) zurückzukommen sein.

II. Vorgaben des EuGH

Die genannten EuGH-Urteile⁹ waren auf die Vorlagebeschlüsse des Landgerichts Bochum¹⁰ und des OLG Bremen¹¹ ergangen. Der EuGH hat dort insbesondere folgende Vorgabe¹² zur Anwendung der EG-Haustürgeschäfte-Richtlinie¹³ gemacht:

„In einem Fall, in dem der Verbraucher, wenn das Kreditinstitut seiner Verpflichtung, ihn über sein Widerrufsrecht zu belehren, nachgekommen wäre, es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen, die mit Kapitalanlagen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind, verpflichtet Art. 4 der Richtlinie 85/577/EWG die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen.“

In dem Urteil Schulte¹⁴ hat der EuGH außerdem ausgeführt:

„Ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit zwischen Privatpersonen anhängig ist, muss bei der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die zur Umsetzung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen erlassen worden sind, das gesamte nationale Recht berücksichtigen und es so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist.“

III. Umsetzung der Vorgaben in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (XI. Zivilsenat)

Der XI. Zivilsenat hat sich für eine zweigleisige Umsetzung dieser Vorgaben entschieden, indem er seine Rechtsprechung sowohl zum „Täuschungsschutz“ als auch zum „Überrumpelungsschutz“ ergänzt hat¹⁵.

1. Täuschungsschutz

Mit Urteil vom 16.5.2006¹⁶ hat der XI. Zivilsenat „im Interesse der Effektivierung des Verbraucherschutzes bei realkreditfinanzierten Wohnungskäufen und Immobilienfondsfinanzierungen, die nicht als verbundene Geschäfte behandelt werden können¹⁷, und um dem in den Entscheidungen des EuGH vom 25.10.2005 zum Ausdruck kommenden Gedanken des Verbraucherschutzes vor Risiken von Kapitalanlagemodellen im nationalen Recht Rechnung zu tragen, seine Rechtsprechung zum Bestehen von Aufklärungspflichten der kreditgebenden Bank in diesen Fällen (ergänzt)“¹⁸.

Danach können sich die Anleger in Fällen eines institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben des Vermittlers, Verkäufers oder Fondsiniiatoren über das Anlageobjekt berufen. Die eine Aufklärungspflicht der Bank begründende Fallgruppe des konkreten Wissensvorsprungs wird unter bestimmten Voraussetzungen durch eine Beweiserleichterung in Form einer widerleglichen Vermutung für die bislang von dem Darlehensnehmer darzulegende und zu beweisende Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung durch den Verkäufer oder Fondsiniiator sowie der von ihnen eingeschalteten Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts ergänzt¹⁹. Voraussetzungen und Umfang dieser Vermutung werden dort weiter erläutert; inzwischen hat der XI. Zivilsenat seine hier skizzierte Rechtsprechungsergänzung zum Täuschungsschutz in weiteren Urteilen präzisiert²⁰.

Diese Rechtsprechungsergänzung, die unabhängig von den EuGH-Urteilen berechtigt ist²¹, geht einerseits

⁵ Ausführlich zur drohenden Staatshaftung in den Schrottimobilien-Fällen: *Kahl/Essig*, WM 2007, 525; *Späth*, ZfIR 2007, 568. Im Internet machen Rechtsanwälte für eine evtl. Staatshaftungs-Klage mobil: www.staatshaftung-schrottimobilien.de. Entgegen *Späth*, ZfIR, 568, 573, *Sprau*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 839 Rdn. 9, *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477, 487, kann es für die Staatshaftung nicht darauf ankommen, ob der Verbraucher den Darlehensvertrag bei Erhalt einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung tatsächlich (innerhalb der Widerrufsfrist) widerrufen hätte. Wenn der Anspruch des Verbrauchers gegen die Bank - entgegen der hier vertretenen Auffassung (Ziffer IV) - an diesem Kausalitätserfordernis (und der insoweit bestehenden Beweisnot des Verbrauchers) scheitern sollte, dann läge der die Staatshaftung begründende Gemeinschaftsrechtsverstoß gerade darin, dass das deutsche Recht den (nicht belehrten) Verbraucher nicht schützt, obwohl dieser es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen (Fn. 66, 67); so wohl auch *Kahl/Essig*, WM 2007, 525, 533.

⁶ Anders *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477.

⁷ EuGH WM 2001, 2434 = WuB IV D. § 5 HWiG 1.02 *Roth* = NJW 2002, 281 = ZIP 2002, 31 (Heiningen); Vorlagebeschluss: BGH WM 2000, 26 = NJW 2000, 521 = ZIP 2000, 177.

⁸ BGHZ 150, 248 = WM 2002, 1181 = WuB IV D. § 5 HWiG 2.02 *P. Bülow/M. Artz* = NJW 2002, 1881 = ZIP 2002, 1075 (Umsetzung Heiningen).

⁹ EuGH WM 2005, 2079 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3551 = ZIP 2005, 1959 (Schulte) und WM 2005, 2086 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3555 = ZIP 2005, 1965 (Crailsheimer Volksbank).

¹⁰ LG Bochum WM 2003, 1609 = WuB IV D. § 3 HWiG 2.03 *W. Paefgen* = NJW 2003, 2612 = ZIP 2003, 1437 (Schulte); hierzu *Meller-Hannich*, WM 2005, 1157.

¹¹ OLG Bremen WM 2004, 1628 = WuB I G 5. - 11.04 *W. Paefgen* = NJW 2004, 2238 = ZIP 2004, 1253 (Crailsheimer Volksbank); hierzu *Meller-Hannich*, WM 2005, 1157.

¹² *Schnauder* spricht treffend von der „europarechtlichen Hausaufgabe“ (JZ 2006, 1049, 1050).

¹³ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend des Verbraucherschutzes im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. EG 1985 L 372/31).

¹⁴ EuGH WM 2005, 2079 Rdn. 71 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3551 = ZIP 2005, 1959 (Schulte).

¹⁵ *Derleder*, Die Rechte des Schrottimobilienwerbers zwischen Überrumpelungs- und Täuschungsschutz, ZfIR 2007, 257.

¹⁶ BGHZ 168, 1 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 *P. Bülow* = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187; hierzu *Hofmann*, WM 2006, 1847; *Lang*, WM 2007, 1728; *Habersack*, BKR 2006, 305; *Oechsler*, NJW 2006, 2451; *Jungmann*, NJW 2007, 1562.

¹⁷ Bekanntlich hält der XI. Zivilsenat den Verbund bei Realkrediten für ausgeschlossen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F.); hierzu *Ziffer V*.

¹⁸ BGHZ 168, 1 Rdn. 50 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 *P. Bülow* = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187.

¹⁹ BGHZ 168, 1 Rdn. 51 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 *P. Bülow* = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187.

²⁰ Z.B. BGHZ 169, 109 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. *Jungmann/F. Hoffmann* = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262; BGH WM 2006, 2347 = NJW 2007, 361 = ZIP 2006, 2258; BGH WM 2007, 876 = WuB I G 5. - 8.07 *P. Bülow* = NJW 2007, 2396 = ZIP 2007, 954; BGH WM 2007, 1257 = WuB I G 5. - 9.07 *P. Bülow* = NJW 2007, 2404 = ZIP 2007, 1255; BGH WM 2008, 1260 = ZIP 2008, 1268. Zu dieser Folgerechtsprechung auch *Lang*, WM 2007, 1728, 1732 f.; *Fischer*, VuR 2007, 321.

²¹ *Hofmann*, WM 2007, 1847, 1853 f.

über die Vorgaben des EuGH hinaus (die Rechtsprechungsergänzung kommt auch denjenigen Verbrauchern zugute, die nicht überrumpelt wurden, denen also gar keine Widerrufsbelehrung zu erteilen war)²², sie bleibt andererseits hinter diesen Vorgaben zurück (der Verbraucher, der überrumpelt, aber nicht - unter den vom XI. Zivilsenat aufgestellten „bestimmten Voraussetzungen“ - getäuscht wurde, wird durch diese Ergänzung des Täuschungsschutzes nicht geschützt). Die Ergänzung des Täuschungsschutzes reicht deshalb für eine vollständige Umsetzung der EuGH-Vorgaben, die ohnehin nur den Überrumpelungsschutz betreffen, nicht aus²³. Diese Umsetzung erfordert auch, wenn nicht in erster Linie eine Erweiterung des Überrumpelungsschutzes.

2. Überrumpelungsschutz

Das BGH-Urteil vom 16.5.2006²⁴ ließ zunächst befürchten, dass es nach Ansicht des XI. Zivilsenats mit dieser Erweiterung des Täuschungsschutzes sein Bewenden haben sollte. Inzwischen hat der XI. Zivilsenat aber auch seine Rechtsprechung zum Überrumpelungsschutz dahin erweitert²⁵, dass ein Schadensersatzanspruch des Verbrauchers aus Verschulden bei Vertragsschluss bestehen kann, wenn dieser nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde. Als erstes und - soweit ersichtlich - bisher einziges Oberlandesgericht hatte das OLG Bremen²⁶ den Überrumpelungsschutz konsequent anhand der Vorgaben des EuGH umgesetzt; andere Oberlandesgerichte (OLG München²⁷, OLG Celle²⁸, OLG Frankfurt a.M.²⁹) waren bei dieser Umsetzung zurückhaltender. Nachdem der XI. Zivilsenat das Urteil des OLG Bremen aufgehoben hat³⁰, besteht Anlass zur Überprüfung, ob das vom XI. Zivilsenat vertretene Regime zur Umsetzung des Überrumpelungsschutzes den Vorgaben des EuGH genügt. Dieses Umsetzungsregime stellt sich aktuell wie folgt dar³¹:

a) Belehrung als Rechtspflicht

§ 2 HWiG ist richtlinienkonform als Rechtspflicht des Unternehmers zu verstehen, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht aus Verschulden bei Vertragsschluss zur Folge haben kann³². Diese Rechtspflicht ist die Grundvoraussetzung dafür, dass bei Nichtbelehrung überhaupt ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss entstehen kann.

b) Keine gespaltene Auslegung

Der Schadensersatzanspruch kommt auch dann in Betracht, wenn die Haustürsituation nicht bei Vertragsabschluss, sondern nur bei dessen Anbahnung vorgelegen hat³³. Die EG-Haustürgeschäfte-Richtlinie³⁴ gilt für Verträge, die in einer Haustürsituation abgeschlossen werden (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie), oder wenn (nur) der Verbraucher sein Angebot in einer Haustürsituation abgibt (Art. 1 Abs. 3, 4 der Richtlinie), unabhängig davon, ob er daran gebunden ist (Abs. 3) oder nicht (Abs. 4). Der Anwendungsbereich des § 1 HWiG a.F. ist weiter, dort ist auch die bloße Vertragsanbahnung unter Haustürbedingungen geschützt. Es wäre deshalb theoretisch möglich, den vom EuGH eingeforderten erweiterten Überrumpelungsschutz tatsächlich nur auf

echte Richtlinien-Fälle zu beziehen. Eine solche gespaltene Auslegung hat der XI. Zivilsenat zu Recht abgelehnt³⁵.

c) Verschulden

Der Schadensersatzanspruch setzt ein Verschulden des Unternehmers voraus³⁶. Einer verschuldensunabhängigen Haftung stehen wesentliche Grundsätze des nationalen Haftungsrechts entgegen, insbesondere der in § 276 Abs. 1 BGB a.F. verankerte Grundsatz, dass eine Schadensersatzpflicht in der Regel nur bei schuldhaftem Verhalten besteht. Zwar ermöglichte die Vorschrift des § 276 Abs. 1 BGB a.F. auch eine verschuldensunabhängige Haftung, sofern „ein anderes bestimmt“ war. Eine solche Bestimmung muss sich jedoch aus dem Gesetz, den vertraglichen Vereinbarungen oder dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben. Die unterbliebene Widerrufsbelehrung begründet auch keine Gefährdungshaftung. Die für einzelne, näher umschriebene Tatbestände normierten Gefährdungshaftungen stellen spezielle Ausnahmen dar, die der an das Gesetz gebundene Richter nach ständiger Rechtsprechung des BGH von sich aus nicht erweitern darf.

Nach der Vorgabe des EuGH erfordert die Risikoverlagerung auf den Unternehmer kein Verschulden, soll also verschuldensunabhängig eintreten³⁷. Wenn das Verschuldenserfordernis nach deutschem Recht tatsächlich unvermeidlich sein sollte - was wohl anzuneh-

²² Es ist nicht richtig, dass sich die Rechtsprechungsergänzung zum Täuschungsschutz „auf die sog. Widerrufsfälle beschränkt“ (so aber Lang, WM 2007, 1728, 1736); siehe nur BGH WM 2007, 200 Rdn. 28 f. = WuB I G 5. - 2.07 P. Bülow = ZIP 2007, 264; Jungmann, WM 2006, 2193, 2196.

²³ Jungmann, WM 2006, 2193, 2196; Oechsler, NJW 2006, 2451 f.

²⁴ BGHZ 168, 1 Rdn. 26-38 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 P. Bülow = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187.

²⁵ Insbesondere BGHZ 169, 109 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. Jungmann/F. Hoffmann = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262; hierzu Derleder, ZfR 2007, 257; Jungmann, NJW 2007, 1562.

²⁶ OLG Bremen WM 2006, 758 = WuB IV D. § 3 HWiG 2.06 M. Roth = NJW 2006, 1210 = ZIP 2006, 654 (Crailsheimer Volksbank); hierzu Häublein, NJW 2006, 1553; Meschede, ZfR 2006, 299.

²⁷ OLG München NJW 2006, 1811 = ZIP 2007, 267. Die Revision gegen dieses Urteil wurde zurückgewiesen (BGH, Beschluss vom 4.7.2007, XI ZR 169/06).

²⁸ OLG Celle NJW 2006, 1817.

²⁹ OLG Frankfurt a.M. OLGR 2006, 693; OLGR 2006, 924; WM 2006, 769 = WuB IV D. § 3 HWiG 2.06 M. Roth; OLGR 2007, 185; OLGR 2007, 390; OLGR 2007, 410; OLGR 2007, 825; OLGR 2008, 160; OLGR 2008, 350; OLGR 2008, 353.

³⁰ BGH WM 2008, 683 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank). Siehe hierzu Mediger, ZfR 2008, 406; Bausch, BB 2008, 861; Maier, EWIR 2008, 307.

³¹ Nobbe, WM 2007, SBeil. 1, S. 17 f.; Martis, MDR 2007, 373, 374 ff.

³² BGHZ 169, 109 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. Jungmann/F. Hoffmann = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262.

³³ BGH WM 2008, 683 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank).

³⁴ Siehe vorstehend Fn. 13.

³⁵ BGH WM 2008, 683 Rdn. 19 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank); insoweit bedenklich noch BGHZ 168, 1 Rdn. 30 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 P. Bülow = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187; Habersack, BKR 2006, 305, 309 f. und BGHZ 169, 109 Rdn. 37 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. Jungmann/F. Hoffmann = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262, Kulke, ZGS 2007, 10, 11. Die gespaltene Auslegung war auch schon im Rahmen der Umsetzung des EuGH-Urteils EuGH WM 2001, 2434 = WuB IV D. § 5 HWiG 1.02 Roth = NJW 2002, 281 = ZIP 2002, 31 (Heininger) vorgeschlagen, Habersack, WM 2000, 981, 991; Habersack/Mayer, WM 2002, 253, 257; Piekenbrock/Schulze, WM 2002, 521, 527 f.; Edelmann, BKR 2002, 80, 81; Wagner, BKR 2002, 194, 195, vom XI. Zivilsenat aber abgelehnt worden: BGHZ 150, 248 = WM 2002, 1181 = WuB IV D. § 5 HWiG 2.02 P. Bülow/M. Artz = NJW 2002, 1881 = ZIP 2002, 1075 (Umsetzung Heininger).

³⁶ BGHZ 169, 109 Rdn. 42 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. Jungmann/F. Hoffmann = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262; BGH, Urte. v. 17.04.2007, XI ZR 130/05, Rdn. 19; BGH WM 2008, 683 Rdn. 21 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank).

³⁷ Kahl/Essig, WM 2007, 525, 531 f.; Hoffmann, ZIP 2005, 1985, 1989; Habersack, JZ 2006, 91, 93; Wielsch, ZBB 2006, 16, 20.

men ist, hier aber angesichts der eindeutigen Festlegung des XI. Zivilsenats nicht näher untersucht werden soll³⁸ - dann wäre eine vollständige Umsetzung der EuGH-Vorgaben ausgeschlossen, wenn die finanzierende Bank ihre Verpflichtung zur Erteilung der Widerrufsbelehrung ohne Verschulden verletzt hat.

Der XI. Zivilsenat hat jedoch festgestellt³⁹, dass allein der Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG a.F.⁴⁰ noch keinen unverschuldeten Rechtsirrtum begründet; ein unverschuldeter Rechtsirrtum ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn seinerzeit nach einhelliger Meinung kein Widerrufsrecht nach HWiG a.F. bestand und mithin auch kein Anlass für eine Widerrufsbelehrung gegeben war. Dies ist z.B. für das Jahr 1992 „nicht unzweifelhaft“⁴¹, weil „für das Jahr 1992 eine uneingeschränkt herrschende Rechtsauffassung, nach welcher weder eine Widerrufsmöglichkeit noch eine Belehrungspflicht nach HWiG bestand, nicht angenommen werden kann“⁴². Der XI. Zivilsenat verweist⁴³ für die Jahre 1994, 1997 und 1999 auf Urteile des OLG Karlsruhe⁴⁴, des OLG Celle⁴⁵ und des OLG München⁴⁶.

Das OLG Karlsruhe⁴⁷ verneint für einen im Jahr 1994 abgeschlossenen Darlehensvertrag das Verschulden der finanzierenden Bank und begründet dies insbesondere mit dem Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG a.F. und dem Umstand, dass der XI. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 29.11.1999⁴⁸ eine solche Belehrung „deshalb in Übereinstimmung mit der damals einhelligen Meinung der Obergerichte und der herrschenden Ansicht in der Literatur“ für nicht erforderlich erachtet hat. Es erscheint jedoch fraglich, ob es für das Verschulden im Jahr 1994 von Bedeutung sein kann, dass der XI. Zivilsenat fünf Jahre später von einem fehlenden Belehrungserfordernis ausgegangen ist; auch ist dem damaligen Beschluss des XI. Zivilsenats⁴⁹ keine „uneingeschränkt“ herrschende Rechtsauffassung gegen das Belehrungserfordernis zu entnehmen.

Das OLG Celle⁵⁰ führt zur Verschuldensfrage aus:

„Kreditinstitute haften für jede Fahrlässigkeit, die in entsprechender Anwendung des § 282 BGB a.F. bzw. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB n.F. vermutet wird. Eine Entlastung dürfte von vornherein ausgeschlossen sein. § 5 Abs. 2 HWiG a.F. verstieß erkennbar gegen das europäische Recht, was in der Literatur auch bereits vor der Heiningen-Entscheidung⁵¹ vertreten wurde. Die Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung nationaler Vorschriften war ebenso bekannt wie der Umstand, dass nationale Gesetzgeber Richtlinien mitunter schlecht oder gar nicht umsetzen. An die Annahme einer (ausnahmsweise) unverschuldeten Rechtsunkenntnis hat der BGH überdies in der Vergangenheit strenge Anforderungen gestellt.“

Auch das OLG München⁵² bezweifelt einen unverschuldeten Rechtsirrtum:

„Auch für einen Rechtsirrtum muss nur eintreten, wer fahrlässig gehandelt hat. Dazu muss aber die Rechtslage sorgfältig geprüft und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachtet werden. Auf eine von zwei entgegengesetzten Meinungen darf man sich dabei nicht verlassen. Der diesbezügliche Meinungsstand in der deutschen Rechtsprechung und Literatur im hier maßgeblichen Jahr 1999 wird in dem Vorlagebeschluss des XI. Zivilsenats zum EuGH vom 30.11.1999⁵³ umfassend dokumentiert. Danach war es bis dahin höchstrichterlich nicht geklärt, ob die Konkurrenzregelung in § 5 Abs. 2 HWiG dem Rückgriff auf das HWiG auch dann entgegensteht, wenn der Kreditvertrag auf einer Haustürsituation beruht und die Anwendung von § 7 VerbrKrG - wie in den hier einschlägigen

Realkreditfällen - durch § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausgeschlossen ist. Der BGH zitierte hierzu gewichtige abweichende Literaturmeinungen bereits aus dem Jahr 1994. Ohne dass es hier noch entscheidungserheblich wäre, erscheint es doch recht zweifelhaft, ob sich die (Bank) trotz des Fehlens einer höchstrichterlichen Entscheidung zu dieser Frage auf die Rechtsauffassung einiger weniger Obergerichte verlassen durfte oder ob sie nicht zumindest vorsorglich auch eine Widerrufsbelehrung nach dem HWiG hätte erteilen müssen.“

Ausgehend von der jetzt formulierten Beurteilung des XI. Zivilsenats⁵⁴, dass ein unverschuldeter Rechtsirrtum eine „uneingeschränkt“ herrschende Rechtsauffassung voraussetzt, wird in den meisten Schrottimobilien-Fällen ein Verschulden anzunehmen sein; dann steht das Verschuldenserfordernis einer Umsetzung der EuGH-Vorgaben nicht entgegen⁵⁵.

d) Keine Bindung an den Kaufvertrag (Kausalität I: Möglichkeit zur Schadensvermeidung)

Der Schadensersatzanspruch besteht nur dann, wenn der Verbraucher noch nicht an den Kaufvertrag⁵⁶ gebunden war, als die finanzierende Bank zur Erteilung der Widerrufsbelehrung verpflichtet war⁵⁷. Dieses Kausalitätserfordernis wird mitunter dahin verkürzt, dass der Darlehensvertrag vor dem Kaufvertrag „abgeschlossen“ worden sein muss⁵⁸. Diese

³⁸ Das OLG Bremen (WM 2006, 758 = WuB IV D. § 3 HWiG 2.06 M. Roth = NJW 2006, 1210 = ZIP 2006, 654 [Crailsheimer Volksbank]) wollte die EuGH-Urteile vom 25.10.2005 als „andere Bestimmung“ i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB a.F. interpretieren; der XI. Zivilsenat hat dies ausdrücklich abgelehnt (BGH WM 2008, 683 Rdn. 21 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 [Crailsheimer Volksbank]). Siehe zum Verschuldenserfordernis auch Freitag, WM 2006, 61, 69; Lang/Rösler, WM 2006, 513, 517 f.; Hoffmann, ZIP 2005, 1985, 1991; Häublein, NJW 2006, 1553, 1554 f.; Habersack, JZ 2006, 91, 93; Knops/Kulke, VuR 2006, 127, 133; Wielsch, ZBB 2006, 16, 20.

³⁹ BGH WM 2008, 683 Rdn. 22 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 [Crailsheimer Volksbank].

⁴⁰ § 5 Abs. 2 HWiG a.F. hatte das Widerrufsrecht nach HWiG ausgeschlossen, wenn ein anderweitiges Widerrufsrecht bestand, insbesondere ein solches nach VerbrKrG; das Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG a.F. war bei Realkrediten aber ausgeschlossen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F.); hierzu Heiningen siehe Fn. 7, 8.

⁴¹ BGH WM 2008, 683 Rdn. 22 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 [Crailsheimer Volksbank].

⁴² BGH WM 2008, 683 Rdn. 22 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 [Crailsheimer Volksbank].

⁴³ BGH WM 2008, 683 Rdn. 22 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 [Crailsheimer Volksbank].

⁴⁴ OLG Karlsruhe WM 2007, 16 = WuB IV D. § 5 HWiG 1.07 M. Münscher.

⁴⁵ OLG Celle NJW 2006, 1817.

⁴⁶ OLG München NJW 2006, 1811 = ZIP 2007, 267.

⁴⁷ OLG Karlsruhe WM 2007, 16 = WuB IV D. § 5 HWiG 1.07 M. Münscher.

⁴⁸ BGH WM 2000, 26 = NJW 2000, 521 = ZIP 2000, 177.

⁴⁹ BGH WM 2000, 26 = NJW 2000, 521 = ZIP 2000, 177.

⁵⁰ OLG Celle NJW 2006, 1817.

⁵¹ EuGH WM 2001, 2434 = WuB IV D. § 5 HWiG 1.02 Roth = NJW 2002, 281 = ZIP 2002, 31 (Heiningen); BGHZ 150, 248 = WM 2002, 1181 = WuB IV D. § 5 HWiG 2.02 P. Bülow/M. Artz = NJW 2002, 1881 = ZIP 2002, 1075 (Umsetzung Heiningen).

⁵² OLG München NJW 2006, 1811 = ZIP 2007, 267.

⁵³ BGH WM 2000, 26 = NJW 2000, 521 = ZIP 2000, 177.

⁵⁴ BGH WM 2008, 683 Rdn. 22 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 [Crailsheimer Volksbank].

⁵⁵ Hierzu auch Häublein, NJW 2006, 1553, 1554 f.; skeptisch noch Freitag, WM 2006, 61, 69; Hoffmann, BKR 2005, 487, 492.

⁵⁶ Der Begriff „Kaufvertrag“ steht hier als Oberbegriff für das finanzierte Geschäft, umfasst also auch Fondsbeteiligungen und entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge.

⁵⁷ BGHZ 168, 1 Rdn. 38 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 P. Bülow = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187; BGHZ 169, 109 Rdn. 43 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. Jungmann/F. Hoffmann = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262; BGH WM 2006, 2347 Rdn. 24 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. Jungmann/F. Hoffmann = NJW 2007, 361 = ZIP 2006, 2258; BGH, Ur. v. 24.10.2006, XI ZR 265/03, Rdn. 28; BGH BKR 2007, 152 Rdn. 25; BGH, Ur. v. 17.4.2007, XI ZR 130/05, Rdn. 18.

⁵⁸ So z.B. Nobbe, WM 2007, SBeil. 1, S. 18; Thume/Edelmann, BKR 2005, 477, 483; Lang/Rösler, WM 2006, 513, 518; Habersack, BKR 2006, 305, 310.

Formulierung findet sich auch in dem Urteil des XI. Zivilsenats vom 16.5.2006⁵⁹ und in zahlreichen Entscheidungen des 9. Zivilsenats beim OLG Frankfurt a.M.⁶⁰.

Der Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse ist dabei aber nicht entscheidend. Es kommt stattdessen darauf an, ob der Verbraucher zu dem Zeitpunkt, als der Unternehmer die Widerrufsbelehrung hätte erteilen müssen, bereits an den Kaufvertrag gebunden war oder ob er noch die Möglichkeit gehabt hätte, sich vom Kaufvertrag zu lösen.

Wegen des Darlehensvertrages ist also entscheidend, wann die finanzierende Bank zur Erteilung der Widerrufsbelehrung verpflichtet war. Dies kann, muss aber nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sein. Es kommt darauf an, wann der Verbraucher seine auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben hat⁶¹.

Wegen des Kaufvertrages ist entscheidend, ob der Verbraucher überhaupt an diesen gebunden war, ggf. ab wann. Auch der vor dem Darlehensvertrag abgeschlossene Kaufvertrag steht dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen, wenn der Verbraucher sich im Falle einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung (auch) von dem Kaufvertrag wieder hätte lösen können⁶². Dabei sollte jedoch nicht nur die rechtliche, sondern auch die tatsächliche Möglichkeit zur (einvernehmlichen) Auflösung des Kaufvertrages nach Widerruf des Darlehensvertrages berücksichtigt werden. Nach Wegfall der (regelmäßig einzigen) Finanzierungsmöglichkeit durch den Darlehensvertrag wäre in den meisten Fällen nämlich auch der Kaufvertrag hinfällig gewesen⁶³.

So verstanden steht das Kausalitätserfordernis im Einklang mit den Vorgaben des EuGH. Wenn der Verbraucher die Risiken des Kaufvertrages nicht mehr - weder rechtlich noch tatsächlich - vermeiden konnte, als die finanzierende Bank die Widerrufsbelehrung hätte erteilen müssen, dann verlangt auch der EuGH keine Risikoverlagerung auf die finanzierende Bank⁶⁴.

e) Nachweis des hypothetischen Widerrufs (Kausalität II: Nachweis der hypothetischen Schadensvermeidung)

Nach Ansicht des XI. Zivilsenats muss der Darlehensnehmer außerdem konkret nachweisen, dass er den Darlehensvertrag bei ordnungsgemäßer Belehrung tatsächlich widerrufen hätte⁶⁵. Die bloße Möglichkeit des Verbrauchers, mit dem Widerruf des Darlehensvertrages auch die Risiken des Kaufvertrages zu vermeiden, soll nicht genügen. Dies wäre, so der XI. Zivilsenat, mit dem Grundprinzip des nationalen Schadensersatzrechts, dass eine Pflichtverletzung nur dann zum Ersatz des Schadens verpflichten kann, wenn er auch auf den Pflichtenverstoß ursächlich zurückzuführen ist, schlechthin unvereinbar.

Nach der Vorgabe des EuGH ist es aber eben diese Möglichkeit des Verbrauchers, durch den Widerruf des Darlehensvertrages die Risiken des Kaufvertrages zu vermeiden, aus der sich die Risikoverlagerung auf den pflichtwidrig nicht belehrenden Unternehmer ergeben soll⁶⁶. Für den EuGH kommt es gar nicht darauf an, ob der Verbraucher bei Erhalt einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung tatsächlich widerrufen hätte. Die Risikoverlagerung auf den pflichtwidrig nicht belehrenden Unternehmer soll bereits dadurch eintreten, dass dem Verbraucher die bloße Möglichkeit des Wi-

derrufs genommen wurde, er in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt wurde⁶⁷.

Nach Dafürhalten des XI. Zivilsenats ist diese Vorgabe des EuGH mit Grundprinzipien des deutschen Schadensersatzrechts „schlechthin unvereinbar“. Dann scheint es um die Umsetzung der vom EuGH eingeforderten Erweiterung des Überrumpelungsschutzes tatsächlich schlecht bestellt. *Freitag*⁶⁸ hat hierzu zutreffend ausgeführt, dass es „innerhalb der vom EuGH verfolgten Konzeption widersinnig (wäre), vom Verbraucher den Beweis zu verlangen, dass er bei ordnungsgemäßer Belehrung den Vertrag tatsächlich widerrufen hätte, da ein derartiger Nachweis, zumal er sich allein auf ein subjektives Moment bezieht, kaum möglich sein wird und den Anspruch weitgehend aushöhlte“.

IV. Vermutung des hypothetischen Widerrufs

Der beschriebene Dissens zwischen EuGH und XI. Zivilsenat hinsichtlich des hypothetischen Widerrufs wirkt sich im Ergebnis nicht aus, wenn der Verbraucher den vom XI. Zivilsenat geforderten Nachweis erbringen kann. Dieser Nachweis wird aber in den seltensten Fäl-

⁵⁹ BGHZ 168, 1 Rdn. 38 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 P. *Bülow* = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187.

⁶⁰ OLG Frankfurt a.M. OLGR 2006, 693; OLGR 2006, 924; WM 2006, 769 = WuB IV D. § 3 HWiG 2.06 M. *Roth*; OLGR 2007, 185; OLGR 2007, 390; OLGR 2007, 410; OLGR 2007, 825; OLGR 2008, 160; OLGR 2008, 353.

⁶¹ Art. 4 Satz 3 lit. c) der EG-Haustürgeschäfte-Richtlinie (Fn. 13). *Fuellmich/Friedrich*, VuR 2007, 331, 332 f.; hierzu auch *Kahl/Essig* (WM 2007, 525, 529); „Entscheidend ist damit nicht der Abschluss des Vertrages in der Haustürsituation, sondern die Abgabe der Willenserklärung durch den Verbraucher. Das heißt, dass es hier nicht auf den zufälligen Annahmzeitpunkt durch das Kreditinstitut ankommt, sondern auf den Zeitpunkt des Antrags auf Abschluss eines Darlehensvertrages durch den Verbraucher. Die Belehrung ist deswegen bereits beim Antrag des Verbrauchers auf Abschluss eines Darlehensvertrages durchzuführen.“

⁶² BGH WM 2008, 683 Rdn. 23 ff. = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. *Jungmann* = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank). Der XI. Zivilsenat prüft dort im gegebenen Zusammenhang (Bindung an Kaufvertrag schließt den Schadensersatzanspruch aus) ausführlich die Annahme des Berufungsgerichts (OLG Bremen WM 2006, 758 = WuB IV D. § 3 HWiG 2.06 M. *Roth* = NJW 2006, 1210 = ZIP 2006, 654 [Crailsheimer Volksbank]), der zeitlich vor dem Darlehensvertrag abgeschlossene Kaufvertrag sei mangels ordnungsgemäßer Vollmacht unwirksam gewesen (Rechtsberatungsgesetz), und kommt zu dem Ergebnis, dass diese Unwirksamkeit nicht feststehe (§§ 171, 172 BGB). Ausführlich zu den rechtlichen Möglichkeiten des Verbrauchers, sich vom finanzierten Kaufvertrag zu lösen: *Fuellmich/Friedrich*, VuR 2007, 331, 335 ff.; hierzu auch *Häublein*, NJW 2006, 1553, 1556 f.

⁶³ *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985, 1989; *Hoffmann*, WM 2006, 1847, 1850; *ders.*, BKR 2006, 487, 491; andeutend: *Thume/Edelmann*, BKR 2005, 477, 483 (dortige Fn. 40); anders *Habersack*, BKR 2006, 305, 310.

⁶⁴ *Jungmann*, WM 2006, 2193, 2194 f.; *Oechsler*, NJW 2006, 2451, 2453; *Habersack*, BKR 2006, 305, 310; *ders.*, JZ 2006, 91, 93; anders *Knops*, WM 2006, 70, 73 f.; *Kahl/Essig*, WM 2007, 525, 528 f.; das Risiko, vor dem der Verbraucher zu schützen ist, besteht aber gerade nicht im „Abfluss der Darlehensvaluta“, sondern in den Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag; hätte der Verbraucher den Darlehensvertrag widerrufen, wäre er gegenüber dem Verkäufer verpflichtet geblieben; der Kaufvertrag wäre dann aber in aller Regel nicht durchgeführt worden (vgl. Nachw. in Fn. 63).

⁶⁵ BGHZ 169, 109 Rdn. 43 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. *Jungmann/F. Hoffmann* = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262; BGH (17.4.2007, XI ZR 130/05), Rdn. 20; BGH WM 2008, 683 Rdn. 34 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. *Jungmann* = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank); *Nobbe*, WM 2007, SBeil. 1, S. 18. So auch *Lang/Rösler*, WM 2006, 513, 518 f.

⁶⁶ „In einem Fall, in dem der Verbraucher, wenn das Kreditinstitut seiner Verpflichtung, ihn über sein Widerrufsrecht zu belehren, nachgekommen wäre, es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen (...)“ (EuGH WM 2005, 2079 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3551 = ZIP 2005, 1959 (Schulte) und WM 2005, 2086 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3555 = ZIP 2005, 1965 (Crailsheimer Volksbank). Der EuGH formuliert hier gerade nicht: „es vermieden hätte“.

⁶⁷ *Freitag*, WM 2006, 61, 67; *Hoffmann*, WM 2006, 1847, 1849 f.; *ders.*, BKR 2006, 487, 491; *Jungmann*, WM 2006, 2193, 2194 f. (der Schadensersatzanspruch erfordert nur eine „hypothetische Vermeidungsmöglichkeit“); *Kahl/Essig*, WM 2007, 525, 528; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985, 1989; *Wielsch*, ZBB 2006, 16, 20; *Knops*, VuR 2008, 149, 150.

⁶⁸ *Freitag*, WM 2006, 61, 67.

len gelingen⁶⁹. Nachfolgend soll deshalb untersucht werden, ob der hypothetische Widerruf des Verbrauchers nach deutschem Recht vermutet werden kann. Auch dann bliebe der Dissens zwischen EuGH und XI. Zivilsenat im Ergebnis folgenlos.

1. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens

Das OLG Bremen⁷⁰ hatte zugunsten des Verbrauchers (widerleglich) vermutet, dass sich dieser „aufklärungsrichtig“ verhalten und tatsächlich widerrufen hätte (Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens)⁷¹. Dem war der XI. Zivilsenat bereits vor Aufhebung⁷² des Urteils des OLG Bremen mehrfach⁷³ entgegengetreten. Die Vermutung setze voraus, dass es für den Verbraucher bei Belehrung über sein Widerrufsrecht nur eine bestimmte Möglichkeit der Reaktion gegeben habe; davon könne nicht ausgegangen werden, wenn nicht ersichtlich sei, dass die Risiken des Kaufvertrages vom Verbraucher innerhalb der Widerrufsfrist erkannt worden wären.

2. Darlehensvertrag auch ohne Widerruf (schwebend unwirksam)

Zwei neuere Urteile des XI. Zivilsenats⁷⁴ enthalten in diesem Zusammenhang außerdem die folgende Passage: Dies (Erfordernis eines Nachweises des hypothetischen Widerrufs) „gilt auch dann, wenn der mit dem Darlehen finanzierte Kaufvertrag nicht wirksam zustande gekommen sein sollte. Ohne einen Widerruf war der (Verbraucher) an den Darlehensvertrag gebunden und zu seiner Erfüllung verpflichtet, ohne der (Bank) die Unwirksamkeit des Kaufvertrages entgegenhalten zu können“.

Dies ist indes nicht richtig. Das Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 1 Abs. 1 HWiG war bis zur Änderung des HWiG zum 1.10.2000⁷⁵ als rechtshindernde Einwendung gestaltet⁷⁶. Bis zum Ablauf der Widerrufsfrist, die erst mit einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung beginnt, war der Verbraucher an den Darlehensvertrag nicht gebunden und zu seiner Erfüllung nicht verpflichtet (§ 1 Abs. 1 a.E. HWiG i.d.F. bis 30.9.2000: „... wird erst wirksam“). Der Darlehensvertrag war schon vor einem Widerruf ebenso unwirksam, wie er es nach diesem Widerruf war; erst der Nichtwiderrief innerhalb der Widerrufsfrist hätte einen wirksamen Darlehensvertrag entstehen lassen⁷⁷. Nicht der Widerruf veränderte die Rechtslage, sondern der Nichtwiderrief, also der Ablauf der Widerrufsfrist ohne Ausübung des Widerrufsrechts⁷⁸. Deshalb konnte ein Verbraucher, der sich im Prozess nicht auf sein Widerrufsrecht berufen hatte, ein rechtskräftiges Urteil nicht mehr mit der Begründung angehen, er habe den Widerruf inzwischen erklärt; dieser Widerruf hat die Rechtslage nicht verändert und war deshalb keine neue Tatsache i.S.d. § 767 Abs. 2 ZPO⁷⁹.

Das Verstreichen der Widerrufsfrist ohne Erklärung des Widerrufs durch den Verbraucher war deshalb eine aufschiebende Bedingung für das Wirksamwerden der Willenserklärung des Verbrauchers⁸⁰. Die Beweislast für den Eintritt einer aufschiebenden Bedingung trägt nach allgemeinen Regeln derjenige, der sich auf diesen Eintritt beruft⁸¹, vorliegend also der Unternehmer. Für die hypothetische Frage, ob die Bedingung eingetreten wäre, kann grundsätzlich nichts anderes gelten.

Allerdings hat sich die Beweislast im Rahmen des HWiG in drei Stufen vollzogen⁸²: Zunächst (1. Stufe) musste der Verbraucher beweisen, dass überhaupt ein Haustürgeschäft vorlag⁸³; sodann (2. Stufe) musste der Unternehmer beweisen, dass die Widerrufsfrist durch Erteilung einer ordnungsgemäßen Belehrung in Lauf gesetzt wurde⁸⁴; dann (3. Stufe) oblag es dem Verbraucher, die fristgerechte Erklärung des Widerrufs zu beweisen⁸⁵. Wenn der XI. Zivilsenat wie selbstverständlich davon ausgeht, dass der Verbraucher seinen hypothetischen Widerruf beweisen müsse, befindet er sich bereits auf der 3. Stufe, obwohl der Unternehmer gerade keine Widerrufsbelehrung erteilt hat, die Beweislast also tatsächlich beim Unternehmer hängengeblieben ist (2. Stufe).

Freilich geht es im Zusammenhang des Schadensersatzes wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung nicht

⁶⁹ In älteren Auflagen des Staudinger-Kommentars zum BGB, also losgelöst von der aktuellen Schrottimobilien-Problematik, ist zur Kausalität der unterbliebenen Widerrufsbelehrung für den unterbliebenen Widerruf formuliert: „Der Nachweis, dass der Verbraucher aufgrund erfolgter Belehrung seinen Widerruf erklärt oder auch bei vorschriftsmäßiger Belehrung nicht widerrufen hätte (Kausalität), ist weder möglich noch nötig. Das Gesetz stellt ein solches Kausalitätserfordernis nicht auf und hat zu Recht im Interesse der Rechtsklarheit und Erreichen des Verbraucherschutzes allein an objektive Tatbestandselemente angeknüpft.“ (Staudinger/Werner, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2 HWiG Rdn. 52; Neubearb. 2001, § 2 HWiG Rdn. 22).

⁷⁰ OLG Bremen WM 2006, 758 = WuB IV D. § 3 HWiG 2.06 M. Roth = NJW 2006, 1210 = ZIP 2006, 654 (Crailsheimer Volksbank).

⁷¹ Zustimmung: Hoffmann, ZIP 2005, 1985, 1992; Habersack, JZ 2006, 91, 93; Fuellmich/Friedrich, VuR 2007, 331, 333 f.; Knops/Kulke, VuR 2006, 127, 133; differenzierend: Derleder, BKR 2005, 442, 448 f.; kritisch: Hofmann, BKR 2006, 487, 491; Häublein, NJW 2006, 1553, 1555 f.; ablehnend: Lang/Rösler, WM 2006, 513, 518 f.

⁷² BGH WM 2008, 683 Rdn. 33 f. = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank).

⁷³ BGHZ 169, 109 Rdn. 43 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. Jungmann/F. Hoffmann = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262; BGH, Urt. v. 24.10.2006, XI ZR 265/03, Rdn. 30; BGH, Urt. v. 17.4.2007, XI ZR 130/05, Rdn. 20.

⁷⁴ BGH WM 2008, 115 Rdn. 55 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 644 = ZIP 2008, 210; BGH WM 2008, 683 Rdn. 34 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank).

⁷⁵ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.6.2000 (Art. 6, BGBl. I 2000, S. 897, 906); seit dem 1.10.2000 hat § 1 Abs. 1 HWiG auf die §§ 361a, 361b BGB a.F. verwiesen, seither stellt der Haustürwiderrief eine rechtsvernichtende Einwendung dar.

⁷⁶ BGHZ 113, 222 = WM 1991, 273 = WuB IV E. § 9 HWiG 1.91 Buschbeck-Bülow = NJW 1991, 1052.

⁷⁷ BGHZ 131, 82 = WM 1995, 2102 = WuB IV D. § 1 HWiG 3.96 Klingsporn = NJW 1996, 57 = ZIP 1995, 1996. Dieser Gesichtspunkt wird sowohl vom XI. Zivilsenat (bemerkenswert nicht nur die Formulierung in den Urteilen BGH WM 2008, 115 Rdn. 55 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 644 = ZIP 2008, 210; BGH WM 2008, 683 Rdn. 34 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. Jungmann = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686 (Crailsheimer Volksbank), sondern auch die Gleichstellung einer mangels Widerrufsbelehrung - von Beginn unwirksamen Zahlungsanweisung mit einer erst nachträglich widerrufenen Anweisung in dem Urteil BGHZ 168, 1 = WM 2006, 1194 Rdn. 32, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 P. Bülow = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187) als auch in der Literatur weitgehend ausgeblendet; siehe aber Knops, WM 2006, 70, 75 f.; ders., VuR 2008, 149, 150. Es ist deshalb schon dogmatisch nicht richtig, dass der Verbraucher den Darlehensvertrag fristgerecht hätte widerrufen müssen, um die eingegangenen Risiken vermeiden zu können (so aber Mediger, ZfIR 2008, 406, 408); außerdem läuft diese Argumentation darauf hinaus, dass der Verbraucher nicht nur seinen hypothetischen Widerruf des Darlehensvertrages, sondern im Ergebnis auch beweisen müsste, dass er die eingegangenen Risiken tatsächlich vermeiden hätte (anstatt: „hätte vermeiden können“, siehe vorstehend Fn. 66).

⁷⁸ Lorenz, NJW 1995, 2258, 2261.

⁷⁹ BGHZ 131, 82 = WM 1995, 2102 = WuB IV D. § 1 HWiG 3.96 Klingsporn = NJW 1996, 57 = ZIP 1995, 1996; Lorenz, NJW 1995, 2258.

⁸⁰ Staudinger/Werner, BGB, Neubearb. 2001, Vorbem. zum HWiG Rdn. 27; Ermani/Saenger, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1 HWiG Rdn. 2; Lorenz, NJW 1995, 2258, 2261.

⁸¹ Palandt, a.a.O. (Fn. 5), Einf. § 158 Rdn. 14; BGH NJW 1981, 2403, 2404 = BB 1981, 1732.

⁸² Zur (unveränderten) Beweislastverteilung nach neuem Recht z.B. Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2004, § 355 Rdn. 67-69.

⁸³ Staudinger/Werner, a.a.O. (Fn. 80), § 1 HWiG Rdn. 116 f.; MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl. 1995, § 1 HWiG Rdn. 50 f.

⁸⁴ Staudinger/Werner, a.a.O. (Fn. 80), § 2 HWiG Rdn. 24; MünchKomm/Ulmer, a.a.O. (Fn. 83), § 3 HWiG Rdn. 10.

⁸⁵ Staudinger/Werner, a.a.O. (Fn. 80), § 2 HWiG Rdn. 23; MünchKomm/Ulmer, a.a.O. (Fn. 83), § 3 HWiG Rdn. 10.

darum, ob der Unternehmer eine Widerrufsbelehrung erteilt hat; die Nichterteilung der Widerrufsbelehrung ist regelmäßig unstreitig. Die Frage ist vielmehr, wie sich der Verbraucher verhalten hätte, wenn er eine Widerrufsbelehrung erhalten hätte. Dennoch erscheint es in dieser Konstellation nicht zwingend, die Beweislast auf den Verbraucher zu verlagern. Immerhin haben die nicht belehrenden Banken die Situation, dass das Verhalten des Verbrauchers nach Erhalt einer Widerrufsbelehrung nur noch hypothetisch beurteilt werden kann und deshalb vom Verbraucher praktisch nicht nachgewiesen werden kann⁸⁶, durch die pflichtwidrige und schuldhaftige Nichterteilung der Widerrufsbelehrung selbst herbeigeführt. Deshalb entspricht es der Billigkeit, die Beweislast auch für das hypothetische Verhalten des Verbrauchers beim Unternehmer zu belassen bzw. den hypothetischen Widerruf des Verbrauchers zu vermuten⁸⁷.

3. Kausalitätsvermutung des HWiG

Dieses von Billigkeitserwägungen geprägte Ergebnis lässt sich dogmatisch untermauern, wenn man sich verdeutlicht, dass das HWiG stillschweigend auf der (unwiderleglichen) Vermutung basiert, dass der Verbraucher bei Erhalt einer ordnungsgemäßen Belehrung tatsächlich widerrufen hätte.

Ist die Belehrung nach HWiG unterblieben und widerruft der Verbraucher erst einige Zeit später, dann kann sich der Unternehmer nicht darauf berufen, dass der Verbraucher (auch) bei ordnungsgemäßer Belehrung nicht (innerhalb der Widerrufsfrist) widerrufen hätte. Hierzu der BGH in einem Beschluss aus dem Jahr 1983⁸⁸: „Die Auffassung der Revision, das Widerrufsrecht gehe trotz fehlender Belehrung verloren, wenn feststehe, dass der Widerruf auch bei ordnungsgemäßer Belehrung nicht rechtzeitig ausgesprochen worden wäre, findet im Gesetz keine Stütze.“ Der BGH begründet dies insbesondere damit, dass der Verbraucher „die Entscheidung über seinen Widerruf erst nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Widerrufsrecht zu treffen (braucht)“. Eben diese Möglichkeit einer Entscheidung über den Widerruf wurde dem Verbraucher durch die unterbliebene Belehrung genommen.

Diese Erkenntnis des BGH führt zurück zu dem Ansatz des EuGH, dass es auf den hypothetischen Widerruf des Verbrauchers gar nicht ankommt (oben Ziffer III.2.e). Haftungsrechtlich folgt daraus, dass das HWiG die Kausalität der unterbliebenen Belehrung für den Nichtwiderruf unterstellt (vermutet), und der Schutzzweck des HWiG dem Einwand des Unternehmers entgegensteht, der Schaden des Verbrauchers sei auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten (Erteilung der Widerrufsbelehrung) eingetreten⁸⁹. Der (spätere) Widerruf des (nicht belehrten) Verbrauchers ist der „originäre Widerruf“⁹⁰. Das Unterbleiben der Widerrufsbelehrung verlagert die (spätere) Erklärung des Widerrufs zeitlich in diejenige Widerrufsfrist hinein, die durch eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung in Lauf gesetzt worden wäre⁹¹. Gerade dann, wenn die Widerrufsbelehrung unterblieben ist, vermutet das HWiG, dass der Verbraucher, wäre er ordnungsgemäß belehrt worden, den Widerruf innerhalb der Widerrufsfrist erklärt hätte. Diese Vermutung ermöglicht es, den Standpunkt des XI. Zivilsenates zur Schadensursächlichkeit des Belehrungsverstoßes mit den Vorgaben des EuGH in Einklang zu bringen. Das deutsche Recht erlaubt also auch insoweit die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben.

V. Nachwort zum verbundenen Realkredit

Unabhängig davon ließe sich der vom EuGH vorgegebene Überrumpelungsschutz auch dann umfassend vollziehen, wenn Darlehens- und Kaufvertrag im Verbund stehen⁹². Der XI. Zivilsenat wiederholt seit Heininger⁹³ aber ständig⁹⁴, dass § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. den verbundenen Realkredit ausnahmslos ausschließe, und sieht sich durch die EuGH-Urteile vom 25.10.2005⁹⁵ darin sogar „bestätigt“⁹⁶. Die Argumente hierzu sind ausgetauscht. Auch die Argumente für die Verbundlösung sind vorgebracht⁹⁷.

Allerdings, dies sei im gegebenen Zusammenhang ergänzt, schließt der XI. Zivilsenat den Verbund regelmäßig am Anfang seiner Urteile aus, wenn noch die Möglichkeit besteht, den Überrumpelungsschutz auf einem anderen Weg zu verwirklichen. Eine vollständige Umsetzung der EuGH-Vorgaben zum Überrumpelungsschutz würde dagegen erfordern, dass man in denjenigen Fällen, in denen kein anderer Weg zum Umsetzungsziel führt, die ausgeschlossene Verbundlösung nochmals unter dem Gesichtspunkt einer richtlinienkonformen Auslegung überprüft.

Der EuGH hat die Rechtsprechung des XI. Zivilsenat zum Ausschluss des Verbunds bei Realkrediten nämlich nur insoweit „bestätigt“ (richtiger: gebilligt), als die EG-Haustürgeschäfte-Richtlinie die Verbundlösung als Weg zum Umsetzungsziel nicht vorschreibt; die Richtlinie schließt die Verbundlösung aber auch

⁸⁶ So im Ergebnis auch *Mediger*, ZfR 2008, 406, 409. Siehe hierzu auch vorstehend Fn. 69.

⁸⁷ So im Ergebnis auch *Kulke*, NJW 2007, 361; *ders.* VuR 2007, 110 f.; *ders.*, ZGS 2007, 10, 12; *ders.*, in: EWIR 2008, 35, Ziffer 3.2.

⁸⁸ BGH WM 1983, 315, 317 f.; der Beschluss betrifft die entsprechende Vorchrift im damaligen Abzahlungsgesetz (§ 1b AbzG). Hierzu auch *Staudinger/Werner*, a.a.O. (Fn. 69), § 2 HWiG Rdn. 52; *Staudinger/Werner*, a.a.O. (Fn. 80), § 2 HWiG Rdn. 22; *Knops*, VuR 2008, 149, 150.

⁸⁹ *Fuellmich/Friedrich*, VuR 2007, 331, 334 f.

⁹⁰ *Wielsch*, ZBB 2006, 16, 20; *Meller-Hannich*, WM 2005, 1157, 1164.

⁹¹ Der (nicht belehrte) Verbraucher „ist so zu stellen, als habe er bei ordnungsgemäßer Belehrung fristgerecht widerrufen“ (*Meller-Hannich*, WM 2005, 1157, 1164).

⁹² BGHZ 167, 252 = WM 2006, 1003 = WuB I G 5. - 5.06 C. *Schäfer* = NJW 2006, 1788 = ZIP 2006, 940.

⁹³ Siehe Heininger Fn. 7, 8.

⁹⁴ BGH WM 2002, 2409 = WuB IV D. § 5 HWiG 1.03 M. *Rohe* = NJW 2003, 199 = ZIP 2002, 2210; BGHZ 152, 331 = WM 2002, 2501 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.03 H. *Edelmann* = NJW 2003, 422 = ZIP 2003, 64; BGH WM 2003, 64 = WuB IV C. § 3 AGBG 1.03 R. *Koch* = NJW 2003, 885 = ZIP 2003, 247; BGHZ 161, 15 = WM 2005, 127 = WuB IV A. § 172 BGB 1.05 C. *Jungmann* = NJW 2005, 664 = ZIP 2005, 69; BGHZ 168, 1 Rdn. 29 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 P. *Bülow* = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187; BGHZ 169, 109 Rdn. 15 = WM 2006, 2343 = WuB IV A. § 311 BGB 1.07 C. *Jungmann/F. Hoffmann* = NJW 2007, 357 = ZIP 2006, 2262; *Nobbe*, WM 2007, SBei. 1, S. 16 f. (dortige Fn. 162). Der XI. Zivilsenat habe den Ausschluss des Verbunds „für unumstößlich, ja sakrosankt“ erklärt (*Schnauder*, JZ 2006, 1049, 1050).

⁹⁵ EuGH WM 2005, 2079 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3551 = ZIP 2005, 1959 (Schulte) und WM 2005, 2086 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3555 = ZIP 2005, 1965 (Crailsheimer Volksbank).

⁹⁶ BGHZ 168, 1 Rdn. 27 = WM 2006, 1194, 1840 (Berichtigung) = WuB I G 5. - 6.06 P. *Bülow* = NJW 2006, 2099 = ZIP 2006, 1187; BGH WM 2006, 2347 Rdn. 16 = NJW 2007, 361 = ZIP 2006, 2258; BGH, 19.12.2006 (XI ZR 401/03), Rdn. 21; XI ZR 192/04, Rdn. 21; XI ZR 374/04, Rdn. 22; BGH, Urt. v. 17.4.2007, XI ZR 130/05, Rdn. 15; *Nobbe*, WM 2007, SBei. 1, S. 17. Dabei übersieht der XI. Zivilsenat anscheinend, dass das EuGH-Urteil Schulte (Fn. 1) ausdrücklich danach differenziert, ob die Widerrufsbelehrung erteilt (Schulte, bis Rdn. 93) oder nicht erteilt (Schulte, ab Rdn. 94) wurde. Die vom XI. Zivilsenat angenommene „Bestätigung“ durch den EuGH (Schulte, Rdn. 74-80) betrifft die erste Fallgruppe (Widerrufsbelehrung erteilt) und hat deshalb für die Behandlung der zweiten Fallgruppe (Widerrufsbelehrung nicht erteilt) und die (nur) dann erforderliche Risikoverlagerung auf den Unternehmer nur beschränkte Aussagekraft (*Habersack*, JZ 2006, 91, 92; *Hofmann*, BKR 2006, 487, 489; *Fischer*, DB 2005, 2507, 2510, dortige Fn. 34).

⁹⁷ LG Hamburg BKR 2003, 32 (der XI. Zivilsenat hat das Berufungsurteil in dieser Sache aufgehoben, WM 2008, 115 = WuB IV A. § 311 BGB 2.08 C. *Jungmann* = NJW 2008, 644 = ZIP 2008, 210); *Schnauder*, JZ 2006, 1049, 1053 ff.; *Hofmann*, BKR 2005, 487, 492 ff.; *Fischer* (VuR 2004, 8, 10; VuR 2006, 53, 57; DB 2005, 2507, 2510); *Singer*, DZWIR 2003, 221. Siehe auch die weiteren Nachweise bei *Knops*, WM 2006, 70, 71 (dortige Fn. 18 und 19).

nicht aus⁹⁸. Europäische Richtlinien geben grundsätzlich nur das Ziel vor, die „Wahl der Form und der Mittel“ ist Sache der Mitgliedstaaten (Art. 249 Abs. 3 EG). Deshalb behandelt der EuGH in den Urteilen vom 25.10.2005⁹⁹ nur das Umsetzungsziel, nicht den Weg dorthin¹⁰⁰. Wenn die Verbundlösung im nationalen Recht aber der einzig mögliche Weg ist, um das Umsetzungsziel zu erreichen, dann muss die deutsche Rechtsprechung diesen Weg wählen (richtlinienkonforme Auslegung).

Ob die Verbundlösung möglich ist, hängt davon ab, ob § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. (richtlinienkonform) dahin ausgelegt werden kann, dass der Verbund dann nicht ausgeschlossen ist, wenn, was aus Sicht des Gesetzgebers gar nicht vorkommen sollte (§ 5 Abs. 2 HWiG a.F.), ein Realkredit nach HWiG widerrufen wird. Mit Urteil vom 9.4.2002 (Umsetzung Heininger)¹⁰¹ war der XI. Zivilsenat davon ausgegangen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nur dann ausscheidet, „wenn man die Ansicht aller dieser Stimmen aus Rechtsprechung und Literatur für schlechthin unvertretbar hielte“. Eben darum geht es auch bei der Umsetzung der EuGH-Urteile vom 25.10.2005; ob die Stimmen für eine Verbundlösung¹⁰² schlechthin unvertretbar sind.

VI. Zusammenfassung

Die deutsche Rechtsprechung hat ihre „europarechtliche Hausaufgabe“¹⁰³ noch nicht vollständig erledigt. Weder das Verschuldens- noch das Kausalitätserfordernis stehen dieser Erledigung im Wege der Schadenersatzlösung entgegen. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum

wäre nur dann anzunehmen, wenn es in den 90er-Jahren eine uneingeschränkt herrschende Rechtsauffassung gegeben hätte, aufgrund derer die Banken eine Belehrung nach HWiG für entbehrlich halten durften. Die Hausaufgabe verlangt den Schutz des Verbrauchers nur dann, wenn dieser die rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit gehabt hätte, die Risiken des finanzierten Geschäfts zu vermeiden. Der hypothetische Widerruf des Verbrauchers kann, sofern dies überhaupt erforderlich sein sollte, nach dem Schutzzweck des HWiG vermutet werden. Andernfalls müsste die Hausaufgabe im Wege der Verbundlösung erledigt werden.

⁹⁸ EuGH WM 2005, 2079 Rdn. 80 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3551 = ZIP 2005, 1959 (Schulte): „(...) schließt es die Richtlinie zwar nicht aus, dass das nationale Recht für den Fall, dass die beiden verbundenen Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, vorsieht, dass sich der Widerruf des Realkreditvertrags auf die Gültigkeit des Kaufvertrags über eine Immobilie auswirkt, doch schreibt sie (...) ein solches Ergebnis nicht vor.“ Hierzu auch *Hofmann*, WM 2006, 1847 (dortige Fn. 19); *Lang/Rösler*, WM 2006, 513, 519 f.; *Wielsch*, ZBB 2006, 16, 17 f.

⁹⁹ EuGH WM 2005, 2079 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3551 = ZIP 2005, 1959 (Schulte) und WM 2005, 2086 = WuB IV D. § 3 HWiG 1.06 C. *Jungmann* = NJW 2005, 3555 = ZIP 2005, 1965 (Crailsheimer Volksbank).

¹⁰⁰ Der EuGH „muss sich jeden Hinweises über einen bestimmten richterrechtlichen Weg und dessen methodische Zulässigkeit im deutschen Sachrecht enthalten“ (*Staudinger*, NJW 2005, 3521). Dieses Verhältnis von Weg und Ziel verkennen z.B. *Thumel/Edelmann* (BKR 2006, 477, 478). Der dort angenommene Widerspruch zwischen dem vom EuGH vorgegebenen Ziel (Schutz des nicht belehrten Verbrauchers vor den Risiken des finanzierten Geschäfts) und dem den Mitgliedstaaten freigestellten Weg (Verbund zwischen Darlehensvertrag und finanziertem Geschäft möglich, aber nicht vorgeschrieben) besteht gerade nicht.

¹⁰¹ BGHZ 150, 248 = WM 2002, 1181 = WuB IV D. § 5 HWiG 2.02 P. *Bülow/M. Artz* = NJW 2002, 1881 = ZIP 2002, 1075 (Umsetzung Heininger).

¹⁰² Siehe vorstehend Fn. 97.

¹⁰³ *Schnauder*, JZ 2006, 1049, 1050.