# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 20/02 = 8 O 2274/2000

Verkündet am : 2. März 2006

als Vorsitzender
ohne Hinzuziehung
einer Protokollführerin

## Im Namen des Volkes

## U R T E I L

In Sachen

der Crailsheimer Volksbank e.G.,
Karlsplatz 1, 74564 Crailsheim,
vertr.d.d. Vorstand Siegfried Heinzlmeier, Rolf Pröschel, Ottmar Reu

- Klägerin und Berufungsbeklagten -

Prozessbevollm.: Rechtsanwälte und Notar Blaich & Partner,
Danneckerstraße 58, 70182 Stuttgart
Az.d.Proz.-Bev.: 02/0536/5/WE / Ja

**g e g e n**

[redacted] Conrads,
[redacted]

- Beklagten und Berufungskläger -

Prozessbevollm.: Rechtsanwalt und Notar Eberhard Ahr,
Obernstraße 76, 28195 Bremen
Az.d.Proz.-Bev.: 04/2001 ea/bg

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Januar 2006 unter Mitwirkung der Richter

Blum, Dierks und Wolff

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Bremen, 8. Zivilkammer, vom 4. Dezember 2001, Az.: 8 O 2274/2000, abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Revision und des Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 234 EGV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

## Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten aus einem mit diesem unter dem 06.10.1992 vereinbarten und von der Klägerin am 30.01.1998 wegen Zahlungsverzuges gekündigten Darlehen die Zahlung von DM 137.570,56 sowie den Ausgleich eines Debetsaldos von DM 7.563,42 aus einem Girokonto jeweils nebst gesetzlicher Verzinsung.

Auf Vermittlung des mittlerweile verstorbenen Anlagenvermittlers Reinhard Wojciechowski erwarb der Beklagte 1992 das Appartement Nr. 17 sowie den Pkw-Stellplatz Nr. 243 in der Tiefgarage in einem sogenannten „Boarding-House" in Steinenbronn, Lerchenstraße 14.

Bei dem Objekt handelt es sich um eine in Wohnungseigentum aufgeteilte Anlage mit 188 Appartements, die über eine von den Miteigentümern gemeinsam beauftragte Pächterin hotelähnlich betrieben werden und dem längeren Aufenthalt von Gästen dienen sollte. Eigentümerin des Grundstücks war eine W. Scherz GmbH & Co. KG (im Folgenden: Scherz KG); die Finanzierung des Grundstückserwerbs sowie eines Teils der Planungs- und Bauleistungen war durch die Klägerin mit einem Kredit von ca. 9 Mio. DM erfolgt, der durch eine Grundschuld von DM 10 Mio. an dem Grundstück abgesichert wurde. Für den Vertrieb der Wohnungseinheiten/Appartements schaltete die Scherz KG die Pro Dynamik W. Scherz GmbH & Co. KG (im Folgenden: Pro Dynamik) ein, die sich ihrerseits selbständiger Vermittler bediente, unter anderem des Finanzdienstleistungsbüros Fränkel, für welches im norddeutschen Raum der Bremer Anlagenvermittler Wojciechowski tätig war. Der Abschluss der Kaufverträge erfolgt über eine Treuco Verwaltungen GmbH (im Folgenden: Treuco GmbH), mit der die Anleger jeweils notariell beurkundete „Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträge" abschlossen und der sie Vollmachten zum Abschluss der Kaufverträge erteilten.

Der Beklagte unterzeichnete am 07.09.92 eine „vertrauliche Selbstauskunft zur Vorlage bei Kreditinstituten" sowie einen mit „Finanzierung Boarding-House"

überschriebenen und an die Pro Dynamik gerichteten Antrag auf Vorbereitung der Unterlagen, der u.a. die Einrichtung eines Kontos bei der Klägerin vorsah, auf das aus dem Projekt erwartete Steuervorteile verzinslich angelegt und dem die laufenden Zins- und Tilgungsleistungen entnommen werden sollten. Nach Darstellung des Beklagten nahm er diese Unterschriften bei einem nicht angekündigten Besuch des Vermittlers Wojciechowski in seiner – des Beklagten – Wohnung vor. Am 08.09.92 beurkundete der Notar Werner in Bremen-Blumenthal (UR-Nr. 221/1992) einen auf 3 Monate bindenden Antrag des Beklagten an die Treuco GmbH auf Abschluss eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages, dem eine gleichfalls notariell beurkundete Vollmacht des Beklagten an die Treuco GmbH u.a. zum Erwerb eines näher bezeichneten Eigentumsanteils an dem Objekt „Boarding-House" beigefügt war. Am 29.09.1992 schloss die Treuco GmbH aufgrund dieser Vollmacht im Namen des Beklagten mit der Scherz KG vor dem Notar Dr. Funk in Stuttgart (UR-Nr. 3485/1992) einen Kaufvertrag über einen 52,70/10.000 Miteigentumsanteil (Appartement Nr. 17) und über einen 2,00/10.000 Miteigentumsanteil (Pkw-Stellplatz in der Tiefgarage) an dem Grundstück in Steinenbronn zu einem Gesamtkaufpreis von DM 160.784,39 brutto ab.

Die Finanzierung des Kaufs erfolgte durch die Deutschen Siedlungs- und Landesrentenbank (im Folgenden: DSL Bank) und durch die Klägerin.

Unter dem 06.10.1992 unterzeichneten der Beklagte und die Klägerin einen Darlehensvertrag der Klägerin mit dem Beklagten über einen durch zwei zweit- und drittrangige Grundschulden an dem finanzierten Objekt gesicherten Bruttokredit von DM 143.697,10 zu 6,8 % Zinsen und mit einem Disagio von 10 %. Seite 2 des Darlehensvertrages enthielt nach der für die Unterschriften vorgesehenen Zeile folgende und vom Beklagten unterzeichnete „Information über das Recht zum Widerruf":

> „Als Darlehnsnehmer steht mir/uns das gesetzliche Recht zum Widerruf zu. Danach ist die auf den Abschluß dieses Darlehnsvertrags gerichtete Willenserklärung erst wirksam, wenn sie nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerrufen wird. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Lauf der Frist beginnt mit Aushändigung der Durchschrift dieser Information über das Recht zum Widerruf. Hat der Darlehnsnehmer das Darlehn empfangen, gilt der Widerruf als nicht erfolgt, wenn er das Darlehn nicht binnen zweier Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehns zurückzahlt".

Bei der Klägerin wurde für den Beklagten ein Girokonto geführt, auf das der Nettokreditbetrag eingezahlt wurde und über das die Einnahmen aus dem Objekt und die Steuererstattungen laufen sowie die Zins- und Tilgungsleistungen erfolgen sollten.

Die restliche Finanzierung der Gesamtkosten von laut Treuhandvertrag DM 237.327,35 (ohne Berücksichtigung von Disagien) erfolgte durch die DSL-Bank mit einem Darlehen von DM 120.000,-, das durch eine erstrangige Grundschuld abgesichert wurde.

Das Gebäude wurde im Februar 1993 fertiggestellt. Die Pächterin stellte nach fünfmonatigem Betrieb die Pachtzahlungen ein und wurde Anfang 1994 insolvent; die Bauträgerfirma zahlte den Pachtzins bis Ende 1993 und wurde 1995 insolvent.

Nach Mahnung der Klägerin vom 08.08.1997 kündigte sie mit Schreiben vom 30.01.1998 das Darlehen wegen Zahlungsverzuges sowie das Girokonto wegen ungenehmigter Kontoüberziehung zum 04.02.1998 fristlos auf. Zum 30.12.1997 erteilte sie dem Beklagten über das Girokonto einen Rechnungsabschluss über DM 7.491,00. Mit Schriftsatz vom 25.09.2001 widerrief der Beklagte den Darlehensvertrag nach dem Haustürwiderrufsgesetz (im Folgenden: HaustürWG).

Die Klägerin hat mit vorliegender Klage eine Forderung aus gekündigtem Darlehen von DM 137.570,56 sowie aus dem gekündigten Girokonto von DM 7.563,42 (Saldo per 04.02.1998 von DM 7.572,17 abzüglich einer Pachtzahlung vom 24.09.99 über DM 8,75) jeweils nebst Zinsen geltend gemacht.

Die Klägerin hat beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an sie DM 145.133,98 nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Bundesbankdiskontsatz p.a. vom 21.02.1998 bis zum 31.12.1998 und Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p.a. hieraus seit dem 01.01.1999 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat sich auf besondere Risiken des betreffenden Anlageobjektes berufen, über die sie die Klägerin hätte aufklären müssen, sowie darauf, dass der Darlehensvertrag in einer Haustürsituation zustande gekommen sei und von ihm, dem Beklagten, mangels tauglicher Belehrung über sein Widerrufsrecht widerrufen werden könne. Nach den Grundsätzen über das verbundene Geschäft schulde er keine Rückzahlung des Darlehens sowie des Debetsaldos aus dem Girokonto, welcher aus der Bedienung des Darlehens entstanden sei.

Das Landgericht Bremen, 8. Zivilkammer, hat den Beklagten mit Urteil vom 4. Dezember 2001 entsprechend dem Klagantrag verurteilt. Die Klägerin habe einen Anspruch auf die Klagsumme aus den §§ 607 Abs. 1, 609, 286 BGB aus dem nicht sittenwidrigen Darlehen und dem Vertrag über die Einrichtung eines Girokontos. Dem Beklagten stehe kein aufrechenbarer Gegenanspruch zu. Die Klägerin habe keine eigenen Aufklärungs- oder Prüfungspflichten verletzt, ihre Rolle als Kreditgeberin nicht überschritten und weder einen speziellen Gefährdungstatbestand für den Beklagten geschaffen oder begünstigt noch einen konkreten Wissensvorsprung ihm gegenüber gehabt. Etwaige Pflichtverletzungen der Mitarbeiter der Scherz KG, der Pro Dynamik oder der Treuco GmbH oder von Herrn Wojciechowski seien der Klägerin nicht zuzurechnen. Ein Recht zum Widerruf nach dem HaustürWG sei nach § 5 Abs. 2 HaustürWG i.V.m. § 1 VerbrKrG sowie ferner nach dem Gedanken des § 7 Abs. 2 S. 3 VerbrKrG ausgeschlossen. Auch bei erfolgreichem Widerruf hätte der Beklagte aber die Darlehensvaluta zurückzuzahlen und zu verzinsen; § 9 Abs. 3 VerbrKrG komme nicht zur Anwendung, da der Kredit ein Realkredit im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG sei.

Mit der hiergegen rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung hat der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiterverfolgt, seinen erstinstanzlichen Vortrag zu Pflichtverletzungen der Klägerin wiederholt und sich insbesondere darauf berufen, dass ein wirksamer Widerruf nach dem HaustürWG vorliege

und er so behandelt werden müsse, als liege ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG vor. Der Vermittler Wojciechowski habe am 26.08.1992 bei ihm angerufen und ein Steuersparmodell angeboten. Herr Wojciechowski habe dann zwei Hausbesuche gemacht und bei dem zweiten Besuch von ihm, dem Beklagten, den fertig vorbereiteten Darlehensvertrag unterzeichnen lassen.

Die Klägerin hat das landgerichtliche Urteil verteidigt und das Vorliegen einer Haustürsituation bestritten.

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 11. Juli 2002 (Bl. 454 f. d.A.) die Zeugen Dieter Conrads und Ilse Conrads vernommen; auf den Beweisbeschluss und das Sitzungsprotokoll vom 12.09.2002 (Bl. 489 ff. d.A.) wird ergänzend Bezug genommen.

Der Senat hat sodann mit Urteil vom 16. Januar 2003 das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Der Beklagte könne dem Darlehensanspruch allerdings nicht den Einwand der Sittenwidrigkeit entgegensetzen. Dem Klaganspruch stehe jedoch ein Schadensersatzanspruch des Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluss entgegen, denn aus dem unstreitigen Sachverhalt ergebe sich eine fahrlässige Fehlinformation des Beklagten durch die Klägerin sowie auch eine Hinweispflichtverletzung. Zum einen habe die Klägerin gegen die von ihr übernommene Mittelverwendungskontrolle verstoßen, zum anderen müsse sie sich die Vertriebsaktivitäten der Scherz KG und der von dieser eingeschalteten weiteren Firmen und Personen teilweise zurechnen lassen, weil sie diese auch in die Darlehensvertragsanbahnung in ihrem Pflichtenkreis eingeschaltet habe. Hieraus folge die Pflicht, die Erwerber darauf hinzuweisen, dass sie nicht bereit sei, für die Erklärungen der selbständigen Vermittler einzustehen. Wäre dies geschehen, hätten die Anleger von einer Beteiligung abgesehen. Zudem sei die Klägerin unter dem Gesichtspunkt eines durch mangelnde Sorgfalt bei der Mittelverwendungskontrolle geschaffenen besonderen Gefährdungstatbestandes zu einem Risikohinweis auf die unzureichende Finanzierung und Leistungsfähigkeit der Pächterin verpflichtet gewesen. Ferner könne der Beklagte dem Darlehensanspruch der Klägerin die Einwendungen aus dem

finanzierten Erwerbsgeschäft entgegenhalten. Das Erwerbsgeschäft sei wegen Vollmachtsmangels unwirksam. Der zwischen dem Beklagten und der Treuco GmbH abgeschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag sei wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG nach § 134 BGB nichtig. Dem Bauträger komme ein Vertrauensschutz nicht zu, denn er habe diese Vertragskonstruktion einschließlich Vollmacht entwickelt und trage damit auch deren Risiko. Diese Einwendung könne der Beklagte allerdings der Klägerin nicht nach § 9 VerbrKrG in der bis zum 01.05.93 geltenden Fassung entgegenhalten, denn es greife § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ein. Der Beklagte habe jedoch den Darlehensvertrag nach dem HaustürWG wirksam widerrufen. Bei europarechtskonformer Auslegung des § 5 Abs. 2 HaustürWG sei auch ein in einer Haustürsituation aufgenommener Grundpfandkredit widerruflich. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei es zu einem Besuch des Vermittlers Wojciechowski beim Beklagten gekommen, bei dem auch eine Unterschrift geleistet worden sei. Die erteilte Widerrufsbelehrung mit den Einschränkungen des § 7 VerbrKrG sei als Belehrung nach dem HaustürWG untauglich gewesen und habe die Widerrufsfrist nicht in Gang gesetzt. Allerdings verlange der Bundesgerichtshof für die Zurechnung der Haustürsituation, dass die Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 BGB vorlägen. Das sei hier aber der Fall; der Klägerin habe klar sein müssen, dass die Gewinnung von Anlegern in einem so engen sachlichen und zeitlichen Rahmen zudem in Norddeutschland nicht ohne Hausbesuche möglich sei. Die nach § 3 HaustürWG vorzunehmende Rückzahlung des Darlehens nebst Verzinsung sei nach § 242 BGB zu versagen. Die Klägerin habe den Veräußerer einseitig begünstigt, denn sie habe trotz Fehlens eines Finanzierungskonzepts für Pacht und Pächterin das gesamte Vorhaben mit einer Finanzierung ins Blaue hinein zu Lasten eigenkapitalloser und einkommensschwacher Anleger durchgezogen.

Auf die hiergegen eingelegte Revision der Klägerin hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 27.01.2004 das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.
Ein Schadensersatzanspruch des Beklagten aus einer vorvertraglichen fahrlässigen Fehlinformation bestehe nicht. Es lasse sich bereits eine Fehlinformation

des Beklagten nicht feststellen, denn es sei weder vorgetragen noch festgestellt, dass die Klägerin die Zahlungen vom Projektkonto nicht überwacht habe. Aus den Zahlungen von diesem Konto lasse sich allenfalls der Vorwurf herleiten, die Klägerin habe die Mittelverwendungskontrolle nicht mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt, aber nicht, dass sie überhaupt keine Kontrolle durchgeführt und dies von Anfang an nicht vorgehabt habe. Ein Schadensersatzanspruch aus einer fehlerhaft durchgeführten Mittelverwendungskontrolle sei mangels Schadens nicht ersichtlich; das Boarding-House sei im Februar 1993 erstellt und alsdann betrieben worden.

Die Klägerin müsse sich das Verhalten der Vermittler auch nicht nach § 278 BGB deshalb zurechnen lassen, weil sie auf ihre fehlende Verantwortlichkeit nicht hingewiesen habe. Die Klägerin habe nur für Fehlverhalten der Vermittler im Bereich der Anbahnung des Kreditvertrages nach § 278 BGB einzustehen. Falsche Erklärungen zum Wert des Objekts und zur monatlichen Belastung des Beklagten beträfen nur die Rentabilität des Anlagengeschäfts. Es sei aber nicht vorgetragen oder ersichtlich, dass die Klägerin die Haftung für Pflichtverletzungen der von ihr eingeschalteten Vermittler im Zusammenhang mit der Anbahnung der Darlehensverträge abgelehnt habe. Außerdem seien diesbezügliche Pflichtverletzungen nicht dargelegt oder ersichtlich.

Eine Hinweispflicht der Klägerin wegen eines konkreten Wissensvorsprungs habe nicht bestanden. Es sei nicht vorgetragen oder festgestellt, dass die Klägerin bei Abschluss des Darlehensvertrags von einer unzulänglichen Finanzierung der Pächterin Kenntnis gehabt habe oder ihr eine mangelnde Leistungsfähigkeit der Pächterin positiv bekannt gewesen sei. Eine Bank sei nicht verpflichtet, sich einen Wissensvorsprung erst zu verschaffen.

Der Beklagten könne der Klägerin keine Einwendungen aus dem finanzierten Immobilienkauf entgegenhalten. Richtig sei, dass es sich um einen unter § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG fallenden Realkredit gehandelt habe, so dass § 9 Abs. 3 VerbrKrG nicht zur Anwendung komme. Ein Rückgriff auf die aus § 242 BGB hergeleiteten Grundsätze über einen Einwendungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften scheide aus, denn der Gesetzgeber habe die Realkredite bewusst aus dem Anwendungsbereich des § 9 VerbrKrG herausgenommen, was nicht durch Richterrecht korrigiert werden dürfe. Dies gelte auch im Hinblick darauf, dass der Beklagte – was das Berufungsgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise bejaht habe – den Darlehensvertrag nach dem HaustürWG

wirksam widerrufen habe. Der Beklagte könne die Klägerin nicht auf die Immobilie verweisen. Damit würde das Verwendungsrisiko des Darlehens zu Unrecht auf den Kreditgeber abgewälzt, was näher erläutert wird.
Ansprüche aus Prospekthaftung seien nicht gegeben, denn die Klägerin habe nicht zu dem Personenkreis gehört, der einer solchen Haftung unterliege.
Die Klägerin habe zudem nicht ihre Kreditgeberrolle überschritten, weshalb eine Haftung aus der Verletzung einer hieraus folgenden Aufklärungspflicht nicht in Betracht komme. Das Engagement der Klägerin für das Projekt und dessen Finanzierung sei aber nach eigenem Vortrag des Beklagten nicht nach außen in Erscheinung getreten; die Führung der Treuhandkonten sowie die Ankündigung der Mittelverwendungskontrolle reiche für einen hinreichenden Vertrauenstatbestand nicht aus.
Schließlich liege keine Aufklärungspflicht wegen eines schwerwiegenden Interessenkonflikts vor. Allein die Doppelfinanzierung begründe einen solchen Konflikt noch nicht. Weitere besondere Umstände seien nicht dargelegt.
Der Bundesgerichtshof hat von ihm nicht zu treffende Feststellungen zur Höhe der sich aus § 3 HaustürWG ergebenden wechselseitigen Forderungen der Parteien vermisst, weshalb der Rechtsstreit zurückzuverweisen sei.

Der erkennende Senat hat mit Beschluss vom 27. Mai 2004 u.a. in dieser Sache dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 234 Abs. 2 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist es mit Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar, die Rechte des Verbrauchers, insbesondere sein Widerrufsrecht, nicht nur vom Vorliegen einer Haustürsituation nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie abhängig zu machen, sondern auch von zusätzlichen 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 Haustürgeschäfts ?

2. Ist es mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar, dass ein Immobiliardarlehensnehmer, der nicht nur den Darlehensvertrag in einer Haustürsituation geschlossen, sondern zugleich auch die Auszahlung der Valuta auf ein praktisch nicht mehr seiner Disposition unterliegendes Konto in der Haustürsituation veranlasst hat, die Valuta im Fall des Widerrufs an den Darlehensgeber zurückzahlen muss ?

3. Ist es mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar, dass der Immobiliardarlehensnehmer, falls er nach dem Widerruf zur Rückzahlung der Valuta verpflichtet ist, diese nicht zu den im Vertrag vorgesehenen Ratenterminen, sondern sofort in einer Summe zurückzahlen muss ?

4. Ist es mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar, dass der Immobiliardarlehensnehmer, falls er auch im Falle des Widerrufs zur Rückzahlung der Valuta verpflichtet ist, das Darlehen marktüblich zu verzinsen hat ?

Auf den weitergehenden Inhalt des Beschlusses wird ergänzend verwiesen (Bl. 364 ff. d.A. = NJW 2004, 2238 ff.).

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 25.10.2005 (C-229/04 = NJW 2005, 3555) hierzu entschieden:

1. Die Art. 1 und 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.2985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen sind dahin auszulegen, dass die Anwendung der Richtlinie, wenn ein Dritter im Namen oder für Rechnung eines Gewerbebetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss eines Vertrages eingeschaltet wird, nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der Gewerbetreibende wusste oder hätte wissen müssen, dass der Vertrag in einer Haustürsituation i.S. von Art. 1 der Richtlinie geschlossen wurde.

2. Die Richtlinie 85/577/EWG, insbesondere in Art. 5 Abs. 2, verbietet es nicht, dass
- ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, die Darlehensvaluta an den Darlehensgeber zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird;
- die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt wird;
- nationale Rechtsvorschriften vorsehen, dass der Verbraucher im Fall des Widerrufs eines Realkreditvertrages nicht nur die auf Grund dieses Vertrages erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen muss.

3. 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 in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind, verpflichtet Art. 4 der Richtlinie 85/577/EWG jedoch die Mitgliedsstaaten, 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.

Auf den weiteren Inhalt der Entscheidung wird Bezug genommen (Bl. 581 ff. d.A.).

Die Parteien streiten darüber, wie diese Entscheidung in das nationale Recht umzusetzen ist.

Der Beklagte meint, dass die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nur dadurch effektiv umgesetzt werden könne, dass bei unterlassener oder fehlerhafter Widerrufsbelehrung der Verbraucher von den nachteiligen Folgen des finanzierten Geschäfts zu Lasten der betreffenden Bank freizustellen sei, auch wenn sich ein konkretes Verschulden des Kreditinstituts hinsichtlich der Belehrung nicht feststellen lasse. Dass der Verbraucher bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung den Darlehensvertrag widerrufen und sich vom finanzierten Geschäft gelöst hätte, sei zu vermuten; auf die eher zufällige zeitliche Reihenfolge zwischen Darlehensvertrag und finanziertem Geschäft könne es nicht ankommen.

Der Beklagte beantragt,

**unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.**

Die Klägerin beantragt,

**die Berufung zurückzuweisen.**

Die Klägerin ist der Ansicht, eine Verlagerung des mit der finanzierten Anlage verbundenen wirtschaftlichen Risikos auf die Bank, d.h. hier auf die Klägerin, sei nach nationalem Recht nur möglich und nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes auch nur geboten, wenn die Bank ein echtes Verschulden treffe und sich konkret feststellen lasse, dass der Beklagte bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung sowohl den Darlehensvertrag widerrufen als auch vom finanzierten Kaufvertrag Abstand genommen hätte. Hiervon sei jedoch nicht auszugehen, was näher erläutert wird. Die Klägerin ist ferner der Auffassung, dass die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs keine Bindungswirkungen entfalten, weil der Europäische Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren eine Überraschungsentscheidung getroffen und der Klägerin in gröblicher Missachtung des Grundrechts auf rechtliches Gehör keine Gelegenheit gegeben habe, zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Stellung zu nehmen. Zudem habe sich der Gerichtshof nicht an die Vorlagefragen gehalten; bei

seinen Ausführungen zur Risikoverlagerung bei unterlassener Widerrufsbelehrung handele es sich um ein für das vorliegende Gericht unbeachtliches obiter dictum.
Die Klägerin erhebt zu eventuellen Gegenansprüchen des Beklagten die Verjährungseinrede und verweist auf das Aufrechnungsverbot in Ziffer 4 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

In ihrer Stellungnahme zur Ankündigung des Senats, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen, hat die Klägerin erklärt, sie habe die Zurechnung der Haustürsituation in der Revision nicht in Frage gestellt und im Revisionsurteil habe „der Bundesgerichtshof die Auffassung im angegriffenen Berufungsurteil ausdrücklich bestätigt, dass das Berufungsgericht zutreffend vom Vorliegen einer Haustürsituation und einem erfolgreichen Widerruf ausgegangen sei". Um allen Missverständnissen vorzubeugen, erkläre sie – die Klägerin - , dass sie sich nicht auf das Fehlen oder die Nichtzurechenbarkeit der Haustürsituation berufe. Nunmehr beruft sich die Klägerin darauf, dass keine Kausalität zwischen einer Haustürsituation und dem widerrufenen Darlehensvertrag bestehe. Die Klägerin verweist zum einen auf den zeitlichen Abstand zwischen der Haustürsituation und dem Abschluss des Darlehensvertrages. Der Darlehensvertrag trage das Datum vom 06.10.1992 und habe nicht vor diesem Tage das Haus der Klägerin verlassen. Die Klägerin habe die ausgefüllten, aber von ihr noch nicht unterzeichneten Darlehensverträge an die Firma Pro Dynamik versandt und sie von dieser mit den Unterschriften der Darlehensnehmer versehen zurückgesandt bekommen. Zwischen dem Erstkontakt zwischen dem Vermittler und dem Beklagten, der hier vor der am 07.09.1992 erfolgten Unterzeichnung der Selbstauskunft erfolgt sein müsse, und dem Darlehensvertrag liege also ein erheblicher Zeitraum, in welchem der Beklagte hinreichend Zeit gehabt habe, seine Entscheidungen zu überdenken. Zum anderen verweist die Klägerin darauf, dass am 08.09.1992, also nach der Haustürsituation und vor dem Abschluss des Darlehensvertrages, eine notarielle Beurkundung erfolgte, bei der der Beklagte von dem Notar belehrt worden sei. Unter Hinweis insbesondere auf eine Entscheidung des OLG Thüringen (Urteil vom 13.01.2004, Az.: 5 U 250/03 = OLGR 2005, 238 f.), die der Bundesgerichtshof durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde gebilligt habe (Beschluss vom

23.11.2004, Az.: XI ZR 27/04.) ist die Klägerin der Ansicht, dass mit der notariellen Belehrung ein etwaiges Überraschungsmoment aus der Haustürsituation beseitigt sei.

Im nachgelassenen Schriftsatz greift die Klägerin zudem die Beweiswürdigung des Senats zum Vorliegen einer Haustürsituation an, erhebt Einwände gegen die Substanz der Zeugenaussagen und gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen Conrads und verweist darauf, dass die jetzigen Mitglieder des erkennenden Senats bei der Beweisaufnahme nicht zugegen gewesen seien. Die Klägerin behauptet ferner, die Fortwirkung des Überraschungsmoments habe nicht bis zum Abschluss des Darlehensvertrages angedauert (Beweis: Zeugnis Ilse und Dieter Conrads) und beantragt die Wiedereröffnung des Verfahrens zur Durchführung der Beweisaufnahme.

Die Klägerin nimmt schließlich hilfsweise eine Abrechnung nach § 3 HaustürWG vor und errechnet sich für das Darlehen einen Anspruch am Tag des Widerrufs von € 109.804,75 einschließlich Zinsen nebst gesetzlichem Zinssatz.

Von dem Widerruf unberührt geblieben sei der Kündigungssaldo auf dem Girokonto von DM 7.563,42 nebst Zinsen seit dem 21.02.1998.

Zur Ergänzung des Parteivorbringens wird auf die Berufungsschriftsätze nebst Anlagen der Klägerin vom 17.06.2002, 09.07.2002, 10.09.2002, 23.09.2002, 07.10.2002, 12.12.2002, 10.05.2004, 12.05.2004, 22.12.2005, 04.01.2006 und vom 07.02.2006 sowie des Beklagten vom 12.03.2002, 18.06.2002, 27.08.2002, 09.01.2003, 12.03.2004, 13.05.2004 und vom 15.12.2005 Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig und begründet. Allerdings stehen dem Beklagten die vom Senat im Urteil vom 13.01.2003 zugestandenen Ersatzansprüche nach den insoweit bindenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Revisionsurteil vom 27.01.2004 ebenso wenig zu wie die bereits vom erkennenden Gericht im genannten Urteil abgelehnten Einwände (A.) Der Beklagte hat aber den mit der Klägerin abgeschlossenen Darlehensvertrag nach den §§ 1 Abs. 1, 2 HaustürWG wirksam widerrufen (B.). Allerdings finden die Regelungen des Verbraucherkreditgesetzes über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) keine direkte Anwendung; eine analoge Anwendung kommt ebenso wenig in Betracht wie der auf Treu und Glauben gestützte Einwand, dass Darlehen und Erwerbsgeschäft eine wirtschaftliche Einheit darstellten (C.) Die Klägerin muss den Beklagten aber von dem mit dem finanzierten Geschäft verbundenen finanziellen Risiko entlasten, weil sie diesen nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz in der bis zum 30.09.2000 gültigen Fassung belehrt hat. Hierauf beruht die Klagabweisung (D.).

A. 1. Nach den die Aufhebung des Berufungsurteils vom 16.01.2003 begründenden und damit gemäß § 563 Abs. 2 ZPO bindenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Revisionsurteil vom 27.01.2004 besteht kein Anspruch des Beklagten auf Schadensersatz aus einer fahrlässigen Fehlinformation der Darlehensnehmer über die Mittelverwendungskontrolle. Der Bundesgerichtshof hat ferner – ebenfalls für den Senat bindend – die Auffassung des Senats verworfen, die Klägerin müsse sich ein etwaiges Fehlverhalten des Vermittlers durch unrichtige Erklärungen zum Erwerb des Hotel-Appartements gemäß § 278 BGB zurechnen lassen und sei zu einem Risikohinweis auf die unzureichende Finanzierung und Leistungsfähigkeit der Pächterin verpflichtet gewesen. Der Senat schließt sich im Übrigen nunmehr den diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichtshofes an.

2. Der Bundesgerichtshof hat zudem in der betreffenden Entscheidung Ansprüche gegen die Klägerin aus Prospekthaftung verneint, weil die Klägerin nicht zu dem Personenkreis gehört habe, der einer Prospekthaftung unterliege. Hierauf wird

ebenso verwiesen wie auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofes sowie des erkennenden Senats im Urteil vom 16.01.2003 dazu, dass die Klägerin nicht deswegen schadensersatzpflichtig sei, weil sie bei dem betreffenden Projekt ihre Stellung als Darlehensnehmerin verlassen habe oder weil sie sich in einem schwerwiegenden Interessenkonflikt befunden habe. Auch hinsichtlich der weiteren vom Senat im Urteil vom 16.01.2003 bereits behandelten und abgelehnten Einwände des Beklagten gegen seine Zahlungspflicht wird auf die dortigen Ausführungen, an denen insoweit festgehalten wird, Bezug genommen.

**B.** Der vom Beklagten mit Schriftsatz vom 25. September 2001 erklärte Widerruf des Darlehensvertrages nach dem HaustürWG ist wirksam:

1. Der Senat hat aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen Ilse und Dieter Conrads, den Eltern des Beklagten, festgestellt, dass der Beklagte zu dem zwischen den Parteien unter dem 08.10.1992 abgeschlossenen Darlehensvertrag in einer Haustürsituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HaustürWG bestimmt worden ist. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Revisionsurteil vom 27.01.2004 die Annahme eines wirksamen Widerrufs nach dem HaustürWG nicht beanstandet. Diese Billigung erwächst allerdings nicht gemäß § 563 Abs. 2 ZPO in Bindungskraft, denn für die aufhebende Entscheidung sind bestätigende Ausführungen nur obiter dicta, da auf ihnen die zur Zurückverweisung führende Entscheidung nicht beruhen kann (siehe BGH, NJOZ 2005, 3983, 3985; NJW 1969, 661, 662; Zöller/Gummer, 25. Aufl., § 563, Rndr. 3 a).

   Der Senat hält aber an dieser Beweiswürdigung fest. Beide Zeugen haben von einem Besuch des Vermittlers Wojciechowski bei ihnen zu Haus berichtet, der Beklagte habe damals bei ihnen gewohnt, bei dem es um das betreffende Objekt gegangen sei; nach Erinnerung der Zeugin Conrads sei hierbei auch etwas unterzeichnet worden. Hieraus folgt für den Senat weiterhin, dass in einer Haustürsituation zum ersten Mal über das betreffende Anlagenobjekt und dessen Finanzierung gesprochen wurde. Konkrete Anhaltspunkte, die gegen die

Glaubwürdigkeit dieser Zeugen sprächen und die es erforderten, dass die Vernehmung durch den Senat in der heutigen Besetzung wiederholt würde, sind weder ersichtlich noch von der Klägerin dargelegt. Soweit die Klägerin in nachgelassenen Schriftsatz erstmals die geringe Detaildichte der Zeugenaussagen rügt, erklärt sich dies zwanglos aus dem Umstand, dass bereits bei Vernehmung der Zeugen die maßgeblichen Vorgänge 10 Jahre zurücklagen. Eine erneute Vernehmung nach Ablauf von nunmehr weiteren dreieinhalb Jahren ist offenkundig nicht geeignet, eine inhaltlich konkretere Aussage der Zeugen zu bewirken.

Bis zur letzten mündlichen Verhandlung war eine solche erneute Vernehmung im Übrigen schon deswegen nicht geboten, weil die Klägerin die Feststellungen des Senats unstreitig gestellt hatte. Die Klägerin hatte mit Schriftsatz vom 10.05.2004 erklärt, dass sie sich nicht auf das Fehlen oder die Nichtzurechenbarkeit der Haustürsituation berufe (Seite 12 unten des Schriftsatzes = Bl. 688 d.A.). Dies war in Kenntnis der bereits in diesem Sinne erfolgten Beweiswürdigung durch den Senat im Urteil vom 16.01.2003 erfolgt und sogar unter Hinweis darauf, dass der Bundesgerichtshof im Urteil vom 27.01.2004 diese Würdigung ausdrücklich bestätigt habe. Die Klägerin ist hiervon vor dem letzten Termin vom 12.01.2006 mit Schriftsatz vom 22.12.2005 unter Hinweis auf neuere und für sie günstige Rechtsprechung nur insoweit abgerückt, als sie die Frage der Kausalität zwischen dem Hausbesuch und dem Darlehensvertrag erneut zur Diskussion gestellt hat. Sie hat dagegen nicht die Feststellungen zum Hausbesuch selbst in Frage gestellt. Schon deswegen bestand auch für die vollständig neue Besetzung des Senats weder Veranlassung noch Rechtfertigung diese Beweisaufnahme zu wiederholen. Die den Parteien im Termin eingeräumte Nachlassfrist war auf Bitten der Parteien erfolgt, um ihnen wechselseitig Gelegenheit zu geben, auf die nach Erlass der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs eingereichten Schriftsätze sowie zu den Erörterungen im Termin vom 12.01.2006 Stellung zu nehmen. Damit war ihnen keinesfalls entgegen § 296 a ZPO die Möglichkeit eröffnet, zuletzt unstreitigen Sachverhalt wieder streitig zu stellen.

Für die von der Klägerin beantragte Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO zur erneuten Vernehmung dieser Zeugen besteht daher keine Veranlassung. Dies gilt auch, soweit die Klägerin im nachgelassenen Schriftsatz erstmals diese Zeugen zu dem Vortrag benennt, aufgrund der äußeren Umstände, wie sie sich aus der Beweisaufnahme herleiten würden, bleibe klägerseits zu behaupten, dass die Fortwirkung des Überraschungsmoments nicht bis zum Darlehensvertragsschluss angedauert habe. Dieser Vortrag lässt nicht erkennen, zu welchen konkreten Tatsachen oder Indiztatsachen die Zeugen benannt werden sollen.

2. Eine vorherige Bestellung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HaustürWG wird von der Klägerin nicht behauptet. Bei dem vom Zeugen Dieter Conrads erwähnten und dem Besuch vorangegangenen Anruf von Herrn Wojchiekowski bei dem Beklagten handelte es sich allenfalls um eine sogenannte provozierte Bestellung, welche nicht das Widerrufsrecht ausschließt (siehe BGHZ 109, 127, 132 f).

3. Bereits das objektive Vorliegen einer Haustürsituation führt zur Anwendung des § 1 HaustürWG (siehe BGH, Urt. v. 12.12.2005, II ZR 327/04, ZIP 2006, 221, 222 f. = NJW 2006, 497, 498 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 25.10.2005 - C-229/04 – in NJW 2005, 3555).

4. Der Senat hält schließlich an seiner Ansicht fest, dass die Haustürsituation jedenfalls mitursächlich für den Abschluss des Darlehensvertrages war und daher der Beklagte durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung zu dem Vertrag bestimmt worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist hierfür ausreichend, dass der Hausbesuch für die Abgabe der Willenserklärung mitursächlich ist. Es genügt, dass der später geschlossene Vertrag ohne die Haustürsituation nicht oder nicht so wie geschehen zu Stande gekommen wäre. Ein enger zeitlicher Zusammenhang ist nicht erforderlich (BGH, NJW 2006, 497), wenn auch bei zunehmendem zeitlichen Abstand die Indizwirkung für die Kausalität entfällt; dabei ist auf die Gesamtumstände des konkreten Falles abzustellen (siehe BGHZ 131, 385, 392; NJW 2003, 1390 f.; NJW 2003, 2529, 2530).

Der Senat teilt nicht die Auffassung des OLG Jena in OLGR 2005, 238 f (Urt. v. 13.01.2004, Az.: 5 U 250/03), dass das Überraschungsmoment einer Haustürsituation generell entfällt, wenn anschließend ein notarieller Kaufvertrag geschlossen oder ein notarielles Kaufangebot abgegeben und erst später der Darlehensvertrag abgeschlossen wird. Soweit das OLG Jena auf § 1 Abs. 2 Nr. 3 HaustürWG verweist, betrifft dies, wie auch das OLG Jena nicht verkennt, unmittelbar nur die von einem Notar beurkundete Willenserklärung. Die für diese Ausnahmeregelung maßgebliche Vorstellung des Gesetzgebers, dass bei notariellen Verträgen im Normalfall das Überraschungsmoment fehlt und der Verbraucher auch durch die Belehrungspflichten des Notars nach § 17 BeurkG geschützt wird, trifft jedoch nicht zwangsläufig auf eine einer Haustürsituation nachfolgende Beurkundung zu und macht insbesondere nicht die Prüfung entbehrlich, ob im konkreten Fall der durch die Haustürsituation indizierte Überrumpelungseffekt durch die nachfolgende Beurkundung aufgehoben wird (ebenso KG, WM 2005, 596, 603).

Die hier allein in Betracht kommende Beurkundung des Angebots des Beklagten auf Abschluss des Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages – bei der Beurkundung des Kaufvertrages wurde der Beklagte durch die Treuco GmbH vertreten – fand aber schon am 08.09.1992 statt, d.h. bereits einen Tag, nachdem der Beklagte die vertrauliche Selbstauskunft und das Schreiben „Finanzierung Boarding-House" an Pro Dynamik unterzeichnet hatte. Jedenfalls bei der vertraulichen Selbstauskunft handelt es sich um eine Unterlage, deren Ausfüllung nach dem „Fahrplan zum Notarvertrag" zum „1. Schritt" der Vermittlungstätigkeit gehörte und „nach Klärung aller Einzelheiten" bei der Erstbesprechung erfolgen sollte. Der Senat hat deshalb keinen ernsthaften Zweifel, dass deren Unterzeichnung bei dem von den Zeugen Conrads bekundeten Hausbesuch bei ihnen erfolgte. Demnach fand der Beurkundungstermin nur einen Tag nach der Haustürsituation und damit noch unter dem unmittelbaren Eindruck dieses Gesprächs statt. Bereits dieser sehr enge zeitliche Zusammenhang steht der Annahme entgegen, dass die Beurkundung die Überrumpelungssituation aufgehoben habe; vielmehr indiziert im Gegenteil dieser enge, fast unmittelbare zeitliche Anschluss, dass sich bei der Beurkundung die am Vortage geschaffene Überraschungssituation noch fortgesetzt hat. Der Senat vermag auch nicht zu

erkennen, dass die bei der Beurkundung vom Notar vorzunehmenden Belehrungen geeignet gewesen wären, diese Überraschungssituation zu beseitigen. Die nach § 17 BeurkG zu erteilenden Belehrungen betreffen die rechtliche Tragweite des zu beurkundenden Geschäfts, nicht die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der vom beurkundeten Angebot auf Abschluss eines Treuhandvertrages betroffenen Rechtsgeschäfte und deren wirtschaftliche Folgen. Die Überrumpelung bezieht sich dagegen vor allem darauf, ob für den angesprochenen und zu der Beurkundung veranlassten Verbraucher das durch den Treuhandvertrag in die Wege geleitete Vertragskonglomerat aus Kauf- und Darlehensvertrag eine für ihn wirtschaftlich sinnvolle Anlage ist (siehe auch Stüsser, NJW 1999, 1586, 1589 f.).

Angesichts dieser Beurkundung spielte der anschließende zeitliche Ablauf bis zum tatsächlichen Abschluss des Darlehensvertrages am oder nach dem 06.10.1992 keine entscheidende Rolle mehr. Der Beklagte hatte aus seiner damaligen Sicht mit der Beurkundung des ihn für drei Monate bindenden Angebots vollendete Tatsachen geschaffen, denn damit war der Erwerb der Anlage endgültig in die Wege geleitet; der Abschluss des zur Finanzierung benötigten Darlehensvertrages stellte sich für ihn als zwangsläufige Folge dieser Entscheidung dar. Für den Beklagten war damit die maßgebliche Entscheidung gefallen. Ein erneuter Anlass, dennoch bis zum Abschluss des Darlehensvertrages diese Entscheidung zu überdenken, was zu einer Beendigung der Überrumpelungssituation hätte führen können, ist weder ersichtlich noch dargetan (siehe auch KG, WM 2005, 596, 603).

Daher kann dahinstehen, ob nicht bereits deshalb eine Kausalität zwischen einer Haustürsituation und der Darlehensabrede vorliegt, weil auch der Darlehensvertrag vom Beklagten wenige Tage vor der von der Klägerin abgegebenen Unterschrift in einer Haustürsituation unterzeichnet worden ist. Die Klägerin trägt nunmehr selbst vor, dass entgegen den Eintragungen auf den Darlehensverträgen diese keinesfalls von den jeweiligen Verbrauchern an dem in der jeweiligen Urkunde angegebenen Datum in Crailsheim unterzeichnet worden seien, sondern die Klägerin an diesem Tage das noch nicht unterzeichnete Darlehensformular an die Firma Pro Dynamik übersandt habe, die über die örtlichen Vertriebe die Unterschrift des jeweiligen Anlegers eingeholt hätten. Aus der den

Prozessbeteiligten bekannten Aussage des Zeugen Fränkel im Rechtsstreit 2 U 56/02 (LG Bremen, Az.: 8 O 2273/2000) folgt, dass die Unterschriften durch den jeweiligen Vermittler, hier also durch Herrn Wojciechowski, eingeholt wurden, so dass die nahe liegende Möglichkeit besteht, dass dies wiederum bei Besuchen in den Privatwohnungen der Anleger geschah.

5. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist bei richtlinienkonformer Auslegung des § 5 Abs. 2 HaustürWG (siehe BGHZ 150, 248 = NJW 2002, 1881 ff) der Widerruf nach dem HaustürWG zulässig gewesen und im vorliegenden Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 25.09.2001 rechtzeitig erklärt worden. Die von der Klägerin erteilte Belehrung enthielt mit dem Hinweis auf § 7 Abs. 3 VerbrKrG eine nach § 2 Abs. 1 Satz 3 HaustürWG a.F. unzulässige „andere Erklärung" und genügte damit nicht den Anforderungen des § 2 HaustürWG a.F. (siehe BGHZ 159, 280, 286 f.; NJW 2004, 2744 und ZIP 2006, 221, 223).

C. Mit dem wirksam erklärten Widerruf des Darlehensvertrages erlischt jedoch nicht die Verpflichtung des Beklagten zur Rückzahlung der Darlehensvaluta nach § 9 VerbrKrG (in der Fassung bis zum 30.09.2000) in direkter oder analoger Anwendung:

Der Senat hält an der im Urteil vom 16.01.2003 vertretenen und vom Bundesgerichtshof nicht beanstandeten Auffassung fest, dass der dem Beklagten gewährte Kredit ein Realkredit im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ist und deshalb § 9 VerbrKrG nicht zur Anwendung kommt. Auf die damaligen Ausführungen (Seite 32 unten, 33 des Urteils = Bl. 576 f. d.A.) wird ergänzend verwiesen.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts findet § 9 VerbrKrG auch keine analoge Anwendung. Nach der für den Senat gemäß § 563 Abs. 2 ZPO bindenden Auffassung des Bundesgerichtshofs hat der Gesetzgeber mit den §§ 3 Abs. 2 Nr. 2, 9 VerbrKrG Realkredite bewusst aus dem Geltungsbereich des § 9 VerbrKrG ausgenommen, was einen Rückgriff auf die richterrechtlich entwickelten Grundsätze über den Einwendungsdurchgriff grundsätzlich ausschließt (siehe BGH,

NJW 2004, 1367, 1378). Diese Rechtsprechung ist richtlinienkonform (siehe EuGH, NJW 2005, 3551, 3553).

D. Die Klägerin hat aber den Beklagten von den wirtschaftlichen Risiken zu entlasten, die dieser trägt, weil er von der Klägerin nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde:

1. Nach den Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 25.10.2005 zu C 350/03 und C 229/04 verpflichtet Art. 4 der Richtlinie 85/577/EWG (im Folgenden: Richtlinie) die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher vor den Risiken einer über ein Darlehen finanzierten Kapitalanlage schützen, wenn die Verbraucher nicht nach Art. 4 Satz 1 Richtlinie vom Kreditgeber über ihr Widerrufsrecht belehrt wurden und es daher nicht über die Ausübung des Widerrufsrechts vermeiden konnten, sich den Risiken der Kapitalanlage auszusetzen. Der Schutz des Verbrauchers hat dadurch zu erfolgen, dass das Kreditinstitut, welches seiner Belehrungspflicht nicht nachgekommen ist, die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken trägt. Sache der nationalen Gerichte ist es, bei der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts zur Umsetzung dieser Richtlinie das gesamte nationale Recht zu berücksichtigen und es so weit wie möglich so auszulegen, dass das soeben skizzierte Ergebnis erzielt wird (siehe auch EuGH, Urt. v. 05.10.2004, C-397/01, Rdnr. 120 = NJW 2004, 3547, 3550).

2. Dem hat der erkennende Senat nach den Artt. 10, 234 EGV Folge zu leisten. Die nach Maßgabe des Art. 234 EGV ergangenen Sachentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs sind für alle mit demselben Ausgangsverfahren befassten mitgliedsstaatlichen Gerichte bindend; soweit entscheidungserheblich, sind sie den Entscheidungen im Ausgangsverfahren zugrunde zu legen (siehe BverfGE 75, 223, 234 m.w.N.).

a) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der vorliegende Fall unmittelbar der Haustürgeschäftsrichtlinie unterfällt. Nach dem oben festgestellten Sachverhalt wäre dies zu verneinen, denn der Senat geht von einer Haustürsituation vor Abgabe der auf Abschluss des Darlehensvertrages abzielenden Willenserklärung aus;

die Richtlinie stellt auf einen in einer Haustürsituation abgeschlossenen Vertrag oder auf ein in solcher Situation gemachtes Vertragsangebot des Verbrauchers ab (Art. 1 Richtlinie). Wie gleichfalls oben bereits diskutiert, kommt aber auch in Betracht, dass der Beklagte nach dem 06.10.1992 den Darlehensvertrag selbst in einer Haustürsituation unterzeichnet hat. Dies bedarf aber keiner weiteren Klärung, denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, von der abzuweichen keine Veranlassung besteht, ist die richtlinienkonforme Auslegung auch auf solche Verträge zu erstrecken, die zwar nicht unmittelbar der Richtlinie unterfallen, die aber nach nationalem Recht die Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts erfüllen (siehe BGHZ 150, 248, 260 f.).

b) Ob – wie die Klägerin nunmehr rügt – dieser im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV rechtliches Gehör verweigert worden ist und ob die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu der an die unterbliebene Widerrufsbelehrung anknüpfenden Risikoverlagerung vom Verbraucher auf das Kreditinstitut für alle Prozessbeteiligten überraschend war, mag dahinstehen. Nur bei Vorliegen einer generellen Verweigerung rechtlichen Gehörs durch den Gerichtshof könnte in Betracht kommen, im Hinblick auf die prinzipiellen Anforderungen, die das Grundgesetz an die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 Abs. 1 GG stellt, die weitere Verfassungsmäßigkeit der Zustimmungsgesetze zu den Gemeinschaftsverträgen und damit die Bindungswirkung von Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des rechtlichen Gehörs in Zweifel zu ziehen (BverfGE 73, 339, 372). Die Klägerin ist aber am Vorabentscheidungsverfahren beteiligt gewesen und hat dort Stellung nehmen können und eine Stellungnahme abgegeben. Es mag dahinstehen, ob dabei unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs der Klägerin auch das Recht zur Stellungnahme auf die Schlussanträge des Generalanwalts hätte eingeräumt werden sollen oder sogar müssen. Die gegenteilige Ansicht des Europäischen Gerichtshofs verletzt die Klägerin jedenfalls nicht so gravierend in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör, dass eine generelle Verweigerung dieses Rechts anzunehmen wäre.

c) Der Senat teilt auch nicht die Auffassung der Klägerin, der Europäische Gerichtshof habe mit seinen Ausführungen zur Risikoverlagerung lediglich ein von

der Bindungswirkung nicht erfasstes obiter dictum geäußert. Die Vorlagen sowohl des LG Bochum als auch des erkennenden Senats sprachen mit unterschiedlichen Argumentationsansätzen die grundlegende Problematik aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den durch ein Haustürgeschäft zustande gekommenen Realkrediten an. Diese liegt darin, dass als Folge der strikten Trennung zwischen dem Darlehensvertrag und dem finanzierten Anlagengeschäft der Verbraucher durch den Widerruf des Darlehensvertrages im Ergebnis schlechter gestellt wird als ohne den Widerruf. Mit den Vorlagen ist dem Gerichtshof im Kern die Frage unterbreitet worden, ob ein solches Ergebnis mit dem Gemeinschaftsrecht, d.h. hier mit der Richtlinie 85/577/EWG, vereinbar sei. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs ist dies jedenfalls dann nicht der Fall, wenn eine Widerrufsbelehrung unterblieben ist, wobei der Gerichtshof einen in das nationale Recht umzusetzenden Weg aufzeigt, in diesen Fällen ein richtlinienwidriges Ergebnis zu vermeiden. Dies hat der Senat zu respektieren.

d) Im Übrigen hätte der Senat bei Verneinung einer Bindungswirkung zu prüfen, ob er nicht im Hinblick auf diese Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs den Rechtsstreit erneut nach Art. 234 Satz 2 EGV vorzulegen hätte. Wenn der Senat dem Gerichtshof insoweit die Gefolgschaft verweigern wollte, wäre eine derartige Vorlage zwingend geboten, um die von Art. 234 EGV gewollte Sicherung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu erreichen.

3. Nach Auffassung des Senats lassen sich die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs über die Grundsätze der Verschuldens bei Vertragsabschluss in das nationale Recht umsetzen. Die Ansicht der Klägerin, dass das Gericht damit seine Kompetenz zur richterlichen Rechtsfortbildung überschreitet, teilt der Senat nicht:

a) Der Europäische Gerichtshof sieht in der vom Gewerbetreibenden nach Art. 4 Satz 1 Richtlinie vorzunehmenden Belehrung eine Rechtspflicht, an deren Unterlassung für den Pflichtigen nachteilige Folgen angeknüpft werden. Allerdings hat der Bundesgesetzgeber die Vornahme der Belehrung in § 2 Abs. 1 Satz 2

und Satz 3 HaustürWG in einer Weise ausgestaltet, dass die herrschende Meinung sie als bloße Obliegenheit der „anderen Vertragspartei" angesehen hat (siehe BGHZ 109, 127, 130). Gefolgert wurde dies daraus, dass die Wirksamkeit der vom Kunden abgegebenen Erklärung durch den unterlassenen fristgerechten Widerruf aufschiebend bedingt war, so dass es im Interesse des Vertragspartners/Gewerbetreibenden lag, durch eine taugliche Widerrufsbelehrung die Wochenfrist in Gang zu setzen und damit die Wirksamkeit der seinen Erfüllungsanspruch begründenden Willenserklärung des Kunden herbeizuführen. Diese Betrachtung stellte ausschließlich auf die Wirkungen auf den betreffenden Vertrag ab und berücksichtigte nicht auch die mit dem Darlehen wirtschaftlich unmittelbar zusammenhängenden weiteren Verträge. Hat – entsprechend den Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs - die Belehrung über den Widerruf auch die Funktion, dem Verbraucher die Möglichkeit zu eröffnen, sich von dem mit dem Darlehen zu finanzierenden Geschäft zu lösen bzw. von diesem Abstand zu nehmen, ist die Belehrung jedenfalls im Hinblick hierauf als echte Verpflichtung einzustufen, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann. Dieses Verständnis entspricht zudem der in Art. 4 Richtlinie gewählten Formulierung („Der Gewerbetreibende hat den Verbraucher ... über sein Widerrufsrecht ...zu belehren") und wird durch die Wortwahl in § 2 Abs. 1 Satz 2 bis Satz 4 HaustürWG nicht ausgeschlossen; so wurde dem ähnlich formulierten § 361 a Abs. 1 BGB a.F., der § 2 HaustürWG ablöste, im Hinblick auf eine andere rechtliche Konstruktion des Widerrufs (nunmehr schwebende Wirksamkeit der Erklärung) die Qualität einer Rechtspflicht zugemessen (siehe Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., § 361 a BGB, Rdnr. 10).

**b)** Die Klägerin hat diese Verpflichtung verletzt. Wie oben bereits ausgeführt, entsprach die von ihr dem Beklagten erteilte Widerrufsbelehrung nicht den Vorgaben des § 2 Abs. 1 Satz 3 HaustürWG, weil sie „andere Erklärungen" im Sinne dieser Vorschrift enthielt. Nach Auffassung des Senats sind derartige untaugliche Widerrufsbelehrungen jedenfalls dann einer nicht erteilten gleich zu stellen, wenn ihre Tauglichkeit nicht allein an formellen Mängeln scheitert, sondern ihre Mangelhaftigkeit sich aus einer inhaltlichen und den Verbraucher irreführenden Fehlerhaftigkeit ergibt. Dies ist hier der Fall, denn die Belehrung enthält den Zusatz, dass der Widerruf als nicht erfolgt gilt, wenn der Verbraucher ein bereits empfangenes Darlehen nicht binnen zwei Wochen zurückzahlt. Dieser Zusatz

kann bei einem Durchschnittskunden die unrichtige Vorstellung erwecken, das sein aus § 1 Abs. 1 HaustürWG folgendes Widerrufsrecht genauso wie im Bereich des Verbraucherkreditgesetzes die Rückzahlung des Kredits innerhalb der genannten Frist voraussetzt (siehe z.B. BGH, NJW 2004, 2744). Die erfolgte Belehrung enthält zudem den missverständlichen Hinweis, dass die Widerrufsfrist „mit Aushändigung der Durchschrift dieser Information über das Recht zum Widerruf" beginne, was die Möglichkeit eines Fristbeginns vor Abgabe der auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung einbezieht.

c) Dass die Pflicht zur Widerrufsbelehrung zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung des Anlegers besteht, steht der Annahme einer vorvertraglichen Sonderverbindung entgegen der Ansicht der Klägerin nicht entgegen. Die Wirksamkeit des Haustürgeschäfts trat nach der von § 1 Abs. 1 HaustürWG gewählten rechtlichen Konstruktion erst mit Ablauf der Wochenfrist nach erteilter Widerrufsbelehrung ein. Im Übrigen wäre die Alternative nicht etwa keine Haftung der Klägerin, sondern eine Haftung aus positiver Vertragsverletzung.

d) Fraglich könnte allerdings sein, ob der Klägerin diese Pflichtverletzung als verschuldet anzulasten ist (§§ 276, 282 BGB a.F. analog). Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 3. November 1998 (XI ZR 346/97 = WM 1998, 2463) dem in § 5 Abs. 2 HaustürWG festgelegten Vorrang des Verbraucherkreditgesetzes die Unanwendbarkeit des HaustürWG auch bei verbundenen Geschäften im Sinne des § 9 VerbrKrG entnommen. Bereits mit Beschluss vom 13.05.1998 (WM 1999, 74, 75 f.) und mit Urteil vom 26.08.1998 (WM 1999, 1419) hatte das OLG Stuttgart bei Realkrediten im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 2 HaustürWG, wie sie für unter § 3 Abs. 1 VerbrKrG fallende Kredite diskutiert wurde (siehe Ulmer im MK, 3. Aufl. 1995, § 5 HausTWG, Rndr. 15 m.w.N.), abgelehnt (ebenso OLG München, Urt. v. 10.03.1999, WM 1999, 1418 f.) und sich dabei auch mit der Frage befasst, ob dieses Ergebnis mit der Richtlinie 85/577 EWG zu vereinbaren sei, was unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 bzw. 2 a der Richtlinie bejaht worden war. Diese Ansicht entsprach der damals wohl überwiegenden Meinung, zu der es aber auch gewichtige Gegenmeinungen gab, die das Widerrufsrecht nach dem HaustürWG nur dann über § 5 Abs. 2 HaustürWG ausgeschlossen wissen wollten, wenn das vorrangig anzuwendende Gesetz dem Verbraucher einen gleich

effektiven Schutz biete (siehe zum damaligen Meinungsstand BGH, NJW 2000, 521, 522). Der Bundesgerichtshof nahm diesen Streit mit Beschluss vom 30.11.1999 zum Anlass, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen, und vertrat dabei die Ansicht, dass zwar Art. 3 Abs. 2 a) der Richtlinie 85/577 EWG sich auf solche Realkredite nicht beziehe, aber auch nicht ausschließe, bei bestimmten Vertragstypen für Haustürgeschäfte kein Widerrufsrecht vorzusehen (Beschluss v. 30.11.1999, XI ZR 91/99, NJW 2000, 521, 523). Der Europäische Gerichtshof hat gleichfalls Art. 3 Abs. 2 a) Richtlinie nicht für einschlägig gehalten, aber unter Hinweis darauf, dass Ausnahmen von gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften eng auszulegen seien, Realkredite als vom Schutz der Richtlinie erfasst angesehen mit dem nach Auffassung des Senats einleuchtenden und auch nahe liegenden Argument, dass der Schutz eines Verbrauchers bei außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden abgeschlossenen Verträgen nicht dadurch entbehrlicher wird, dass der Kreditvertrag durch ein Grundpfandrecht abgesichert wird.

Angesichts dieses Diskussionsstandes mögen ab Veröffentlichung der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in WM 1998, 2463 Mitte Dezember 1998 die Voraussetzungen für einen unverschuldeten Rechtsirrtum der Banken über das Vorliegen eines Haustürgeschäfts bei Realkrediten vorgelegen haben (so das OLG Stuttgart in WM 2005, 972, 975). Für den davor liegenden Zeitraum und insbesondere für die hier relevante Zeit September/Oktober 1992 gab es eine solche höchstrichterliche Klärung noch nicht. Insbesondere Erman/Weitnauer-Klingsporn hatte in der 8. Auflage aus 1989 (die 9. Auflage war im Sommer 1992 noch nicht erschienen) unter Hinweis auf Gilles in NJW 1986, 1131, 1145 noch zur alten Fassung des § 5 Abs. 2 HaustürWG (ohne Aufführung des noch nicht verabschiedeten VerbrKrG) die dort geregelte Subsidiarität auf die Fälle beschränkt wissen wollen, bei denen der Schutz der in § 5 Abs. 2 HaustürWG genannten Gesetze eingreift. Ob man dennoch „angesichts des an sich klaren Wortlauts des § 5 Abs. 2 HaustürWG und der damals allgemein noch geringen Sensibilität gegenüber den den deutschen Gesetzen zugrunde liegenden europäischen Richtlinien" (so das OLG Stuttgart, WM 2005, 972, 975) das Vertrauen der Banken auf den Gesetzeswortlaut für unverschuldet hält, obwohl das Risiko mangelnder Richtlinienkonformität erkennbar war, hält der Senat nicht für unzweifelhaft. Immerhin hat die gleichfalls mit der Finanzie-

rung des betreffenden Objekts befasste DSL-Bank für ihr – mit einem erstrangigen Grundpfandrecht gesichertes – Darlehen eine Belehrung nach dem HaustürWG erteilt, was belegt, dass bereits damals bei den mit solchen Krediten befassten Banken ein entsprechendes Problembewusstsein vorhanden war.

e) Nach Auffassung des Senats kann die Verschuldensproblematik aber letztlich dahinstehen, weil die vom Europäischen Gerichtshof verlangte Risikoverlagerung auch ohne Feststellung eines echten Verschuldens zu erfolgen hat und § 276 Abs. 1 BGB a.F. eine Haftung bei nur objektiv pflichtwidrigem Verhalten nicht ausschließt:

Der Europäische Gerichtshof knüpft die von ihm verlangte Risikoverlagerung vom Verbraucher auf die finanzierende Bank allein daran an, dass das Kreditinstitut seiner Belehrungspflicht nicht nachgekommen ist, der Verbraucher aber bei rechtzeitiger Belehrung es hätte vermeiden können, sich den Risiken des finanzierten Geschäfts auszusetzen. Bereits dann „verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedsstaaten, geeignete Maßnahmen zu treffen, damit der Verbraucher nicht die Folgen der Verwirklichung derartiger Risiken zu tragen hat". Unter diesen Umständen muss das betreffende Kreditinstitut diese Folgen tragen, „damit der Pflicht, die Verbraucher zu schützen, genügt wird" (EuGH, C-350/03, Rndr. 100). Diese Ausführungen stellen allein auf die Unterlassung der gebotenen Belehrung ab; ein Verschulden des Kreditinstituts wird weder ausdrücklich verlangt, noch folgt es mittelbar aus den die Risikoverlagerung begründenden Umständen.

§ 276 Abs. 1 BGB a.F. steht einer solchen nur an eine objektive Pflichtwidrigkeit anknüpfenden Haftung nicht entgegen. Vielmehr enthielt diese Norm den ausdrücklichen Vorbehalt, dass der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, „sofern nicht ein anderes bestimmt ist". Andere Bestimmungen in diesen Sinne fanden sich z.B. in § 279 BGB sowie in den Sachmängelvorschriften des Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts, die zu verschuldensunabhängigen Einstandspflichten führten bzw. führen. Der Senat sieht sich nicht gehindert, das auch den nationalen Gerichten gegenüber ausgesprochene Gebot des Europäischen Gerichtshofs nach einer von der Feststellung eines konkreten Verschuldens unabhängigen Haftung des Kreditinstituts bei unterlassener

Widerrufsbelehrung dadurch in das nationale Recht umzusetzen, dass den maßgeblichen Entscheidungen für den dort angesprochenen Haftungsfall eine andere Bestimmung im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB a.F. entnommen wird. Der Senat sieht hierin keine Überschreitung seiner richterlichen Befugnisse, sondern die konsequente Umsetzung und Beachtung der ihn bindenden Auslegungsvorgaben des Europäischen Gerichtshofes.

Der Senat teilt nicht die Ansicht der Klägerin, dass mit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 25.10.2005 die Rechtslage geändert worden wäre und eine Anwendung dieser Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall zu einer unzulässigen Rückwirkung dieser Rechtsänderung zu Lasten der Klägerin führe. Die betreffende Richtlinie mit der in Art. 4 normierten Rechtspflicht des Gewerbetreibenden zur Belehrung über das Widerrufsrecht war ebenso bereits bei Erlass des HaustürWG zu beachten wie die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten in Art. 4 Abs. 3 Richtlinie, geeignete Maßnahmen zum Schutze des Verbrauchers vorzusehen, wenn die in Art. 4 vorgesehene Belehrung nicht erfolgt. Dass der Europäische Gerichtshof sich erst im Jahre 2005 zu der Frage geäußert hat, welche inhaltlichen Anforderungen an diesen Verbraucherschutz bei Verletzung der Belehrungspflicht zu stellen sind und zu welchem Ergebnis demzufolge eine richtlinienkonforme Auslegung der vom Bundesgesetzgeber geschaffenen Vorschriften kommen muss, ändert nichts daran, dass es um die Anwendung der bei Abschluss des Darlehensvertrages in 1992 geltenden Gesetze und um deren Auslegung geht.

f) Nach Vornahme der Belehrung hätte der Beklagte die Möglichkeit gehabt, sowohl den Kreditvertrag zu widerrufen als auch von dem finanzierten Kauf wieder Abstand zu nehmen:

Allerdings vermag der Senat nicht die Ansichten zu teilen, die unter Hinweis auf die eher vom Zufall abhängige Reihenfolge von Kauf- und Darlehensvertrag nach einer für beide ursächlichen Haustürsituation dem Verbraucher auch die Möglichkeit eröffnen wollen, sich von einem vor dem Darlehensvertrag abgeschlossenen Kaufvertrag zu lösen (so z.B. Derleder, BKR 2005, 441, 449 und Knops, WM 2006, 70, 74). Der Europäische Gerichtshof verlangt als Voraussetzung für die Risikoverlagerung, dass der Verbraucher nach Erteilung der

Widerrufsbelehrung die Möglichkeit gehabt hätte, die mit der finanzierten Kapitalanlage verbundenen Risiken zu vermeiden. Dies erfordert eine hypothetische Kausalität zwischen der Unterlassung der Belehrung einerseits und dem Widerruf und dem Abstandnehmen vom finanzierten Geschäft andererseits. Bei bereits abgeschlossenen Geschäften kommt als der Belehrungspflichtverletzung zuzurechnende Schadensfolge lediglich noch in Betracht, dass der Verbraucher – dann vertragswidrig – die Erfüllung des Kaufgeschäfts verweigert, um gegebenenfalls auf diesem Wege die für ihn aus dem finanzierten Geschäft folgenden Risiken zu minimieren. Eine andere Betrachtung setzte die fiktive Vorverlagerung des Belehrungszeitpunktes voraus; hierfür sieht der Senat weder in den hier maßgeblichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes noch in allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts eine Grundlage.

Der vorliegende Fall bietet allerdings eine Besonderheit, die im Ergebnis die zeitliche Reihenfolge zwischen dem Darlehensvertrag (Abschlussdatum 06.10.1992) und dem Kaufvertrag (29.09.1992) unbeachtlich bleiben lässt. Der Kaufvertrag wurde abgeschlossen aufgrund einer notariellen Vollmacht, die wiederum im Zuge und als Bestandteil eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages erteilt wurde. Dieser ist einschließlich der erteilten Vollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG gemäß § 134 BGB nichtig. Der durch eine taugliche Widerrufsbelehrung zum Widerruf veranlasste Beklagte hätte sich daher nicht darauf beschränken können und müssen, die Erfüllung des bereits kontrahierten Kaufvertrages zu verweigern, sondern hätte sich unter Berufung auf dessen Nichtigkeit von ihm lösen und damit die nachteiligen wirtschaftlichen Folgen dieses Vertrages vermeiden können.

Der Senat hat bereits im Urteil vom 16.01.2003 die Auffassung vertreten, dass der Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt und damit nichtig ist. Der Senat sieht keine Veranlassung, diese Auffassung aufzugeben. Nach den vom IX. Zivilsenat des BGH (BGHZ 145, 265, 269 ff.) entwickelten und vom XI. Senat übernommenen (BGH, NJW 2001, 3774) Rechtsgrundsätzen bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorgt, die Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG; ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener derartiger Vertrag ist

gemäß § 134 BGB nichtig. Die dem Geschäftsbesorger erteilten Vollmachten werden von dieser Nichtigkeit erfasst (siehe BGH, NJW 2004, 2378, 2379 m.w.N.). Der auf Antrag des Beklagten vom 08.09.1992 abgeschlossene Vertrag mit der Treuco GmbH ist ein solcher als Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizierender Treuhandvertrag, mit dem die Treuco GmbH beauftragt wurde, im Namen des Beklagten „alle tatsächlichen und rechtlichen Handlungen vorzunehmen, die unmittelbar oder mittelbar dazu dienen, den in der Anlage 1 näher bezeichneten Grundbesitz" (das später vom Beklagten erworbene Appartement) „zu erwerben und die im Zusammenhang mit dem Erwerb vorgesehenen Geschäftsbesorgungsverträge mit Dritten zu schließen. Der Treugeber beauftragt den Treuhänder im Rahmen dieses Vorhabens, für ihn alle Aufgaben zu übernehmen, die mit den Rechten und Pflichten eines Erwerbers – bis zum Vollzug des Eigentumserwerbs – zusammenhängen" (so die Präambel des „Angebot(s) zum Abschluss eines Treuhandvertrages"). Die im Regelfall vom Treuhänder zu erbringenden Leistungen und die hierfür erteilte Vollmacht umfassten insbesondere den Kauf der in der Anlage bestimmten Eigentumseinheit, die Veranlassung der Bauabnahme des noch zu errichtenden Objektes, gegebenenfalls die Änderung der Teilungserklärung einschließlich des Abschluss eines Verwaltervertrages und Erteilung der Verwaltervollmacht, den Abschluss eines Vertrages über die steuerliche Beratung, den Abschluss eines Vertrages über die Betreuung und Beratung des Treugebers bei der Finanzierung des Kaufs, den Abschluss von Darlehensverträgen für eine Zwischenfinanzierung und für die Endfinanzierung einschließlich der dinglichen Absicherung durch Grundpfandrechte mit Vollstreckungsunterwerfung, den Abschluss eines Vertrages über Konzeption und Marketing sowie die Einrichtung eines Erwerber-Sonderkontos, über das alle Zahlungen laufen sollte. Die Treuco GmbH übernahm hiermit eine Vielzahl von Tätigkeiten mit mannigfaltigem Beratungsbedarf und Gestaltungsspielraum, die weit über den Bereich bloßer und nicht genehmigungspflichtiger Hilfsgeschäfte zur kaufmännischen Tätigkeit nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG hinausgingen. Dass der Vertrag die Option für den Treugeber vorsah, die Leistungen des Vertrages abzuwählen, ändert nichts an der erst einmal umfassenden Beauftragung und Bevollmächtigung des Treuhänders; eine Abwahl einzelner Leistungen ist im Übrigen im vom Beklagten gemachten Angebot nicht erfolgt.

Der Senat hält zudem an seiner Auffassung fest, dass es der Scherz KG als Verkäuferin verwehrt gewesen wäre, sich gemäß § 171 Abs. 1 BGB oder § 172 Abs. 1 BGB oder nach allgemeinen Grundsätzen der Duldungsvollmacht auf ihren guten Glauben an die Wirksamkeit der Vollmacht zu berufen. Allerdings hält der Bundesgerichtshof die §§ 171 bis 173 BGB sowie die Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch dann für anwendbar, wenn die Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist. Es handele sich hierbei um Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass derjenige, der einem gutgläubigen Dritten gegenüber zurechenbar den Rechtsschein einer Bevollmächtigung eines anderen setze, sich so behandeln lassen müsse, als habe er dem anderen wirksam Vollmacht erteilt. Dies gelte, soweit gesetzgeberische Wertungen nicht entgegenstünden, grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen sich die Bevollmächtigung eines anderen als nichtig erweise (siehe BHG, NJW 2005, 2983, 2984 f. und NJW 2005, 1576, 1578 f. jew. m.w.N.). Dies soll auch für den Verkäufer und Initiator eines durch einen Treuhänder durchgeführten Steuersparmodells gelten (siehe BGH, NJW 2005, 820, 823). Wie der erkennende Senat im Urteil vom 13.01.2003 bereits ausgeführt hat, beruht aber die vorliegende Vertragskonstruktion des Steuersparmodells samt Vollmacht und „Fahrplan" auf einer von der Scherz KG über Firmen ihrer Unternehmensgruppe und über eine generell eingeschaltete Treuhänderin umgesetzten Konzeption, die es rechtfertigt, die Scherz KG nicht als dem Vertrauensschutz unterliegende Dritte, sondern als für die verbotene Rechtsberatung Mitverantwortliche anzusehen. Soweit der 5. Zivilsenat darauf verweist, dass das Rechtsberatungsgesetz den Rechtssuchenden vor sachunkundigen unbefugten Rechtsberatern schützen, nicht aber generell den Abschluss von Verträgen mit Dritten verhindern soll (NJW 2005, 2983, 2984), folgt aus diesem Argument nach Auffassung des erkennenden Senats nicht, dass der Bauträger, der die verbotene Rechtsberatung in seiner Vertriebskonzeption einbezieht und mitträgt, Vertrauensschutz beanspruchen kann. Der Zweck des Rechtsberatungsgesetzes, im Interesse einer reibungslosen Abwicklung des Rechtsverkehrs fachlich ungeeignete oder unzuverlässige Personen von der geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten fern zu halten, würde verfehlt, wenn der Rechtsberater trotz Unwirksamkeit des zu Grunde liegenden Geschäftsbesorgungsvertrages die rechtliche Befugnis

behielte, seine gesetzlich missbilligte Tätigkeit zu Ende zu führen und in bindender Weise Rechtsgeschäfte zu Lasten seiner durch die Verbotsnorm geschützten Auftraggeber abzuschließen (BGH, NJW 2004, 841, 843 m.w.N.). Dem Nichtigkeitsverdikt des § 134 BGB kann der Berater daher nicht mit dem Einwand begegnen, dass er von dem Verbot nichts gewusst habe. Eine Rechtsprechung, der der Treuhänder die Wirksamkeit derartiger Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträge nebst Vollmachten hätte entnehmen können, die ein schützenswertes Interesse am Fortbestand dieser Rechtsprechung hätte begründen können (siehe BGHZ 132, 119, 129 ff), gab es 1992 nicht. Allein der Umstand, dass in der damaligen notariellen Beurkundungspraxis Bedenken gegen diese Verträge nicht bestanden, weswegen kein Verschulden der damit befassten Notare vorgelegen haben soll (so BGHZ 145, 265, 275 ff.), schuf einen derartigen Vertrauenstatbestand nicht. Warum dennoch der Vertrauensschutz es gebieten soll, dass der die verbotene Rechtsberatung veranlassende und von ihr profitierende Bauträger sich dem Nichtigkeitsrisiko der von ihm gewählten Vertriebskonstruktion durch Hinweis auf seinen guten Glauben entziehen kann, erschließt sich dem Senat nicht. Die Hervorrufung des Rechtsscheins einer wirksamen Bevollmächtigung ist der Scherz KG als Initiatorin und Konzeptträgerin mindestens in gleichem Maße zuzurechnen wie dem Beklagten, der sich lediglich auf die ihm präsentierte fertige Vertriebskonzeption eingelassen hat (siehe auch BGH, NJW 2004, 2736, 2737; BayObLG, NJW-RR 2003, 1663, 1664).

Daher hätte bei zutreffender Belehrung über den Widerruf der Beklagte nicht nur über diesen die Wirksamkeit des Darlehensvertrages verhindern, sondern auch unter Berufung auf die Nichtigkeit des Kaufvertrages sich von letzterem lösen können. Dem steht nicht entgegen, dass 1992/1993 für derartige Vertragstypen ein möglicher Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht diskutiert wurde (siehe die Darstellung des damaligen Diskussionsstandes in BGHZ 145, 265, 277 ff.). Dass bei Verträgen mit derart umfassenden Befugnissen für den Treuhänder ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz ernsthaft erwogen werden konnte, war, wenn auch vielleicht nicht handgreiflich, so doch jedenfalls für einen von einem Mandanten um Rechtsrat ersuchten Rechtsanwalt eine erkennbare und nicht unrealistische Verteidigungsstrategie gegen einen aus dem Kaufvertrag hergeleiteten Erfüllungsanspruch. Das

Rechtsberatungsgesetz war 1992 durchaus Gegenstand juristischer Wahrnehmung, so im Hinblick auf die Regulierung fremder Schulden (BGH, NJW 1987, 3003 ff), Verhandlungen mit Gläubigern über ein Sanierungskonzept (BGHZ 102, 128 ff.), die Ermittlung unbekannter Erben mit dem Ziel, sich von diesen mit der Erbschaftsabwicklung beauftragen zu lassen (BGH, NJW 1989, 2125 f.), und die Rechtsverfolgung durch Inkassoinstitute (BVerwG, NJW 1991, 58 f.; OLG Hamm, MDR 1992, 1187). Die in BGHZ 145, 277 ff. gemachten Erwägungen enthalten keine Überlegungen, die ein Rechtsanwalt und ein Gericht nicht bereits 1992/1993 hätten anstellen können. Dies betrifft insbesondere die Abgrenzung einer Bauträgerschaft zu der nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 11.06.1976 (NJW 1976, 1635, 1636 f.) erlaubnisfreien „Vollbetreuung" durch einen gewerblichen Baubetreuer oder durch ein Baubetreuungsunternehmen (S. 272 ff.). Insbesondere der vom Bundesgerichtshof in BGHZ 145, 278 zitierte Kommentar des Informationsdienstes des Deutschen Notarinstituts aus dem DNotI-Report 2000, 85 zu dem dortigen Berufungsurteil (auf der Suche nach „immer neuen rechtlichen Möglichkeiten" sei man nun auf die Rüge eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz verfallen) spricht allerdings für eine damalige Unwilligkeit, sich ernsthaft mit diesen Argumenten auseinander zu setzen. Das mag die ohne jedes Problembewusstsein erfolgte Beurkundungspraxis der Notare erklären, rechtfertigt aber nicht die Schlussfolgerung, dass im Zuge einer mandantengerechten Beratung der Beklagte nicht die Nichtigkeit aus § 134 BGB i.V. mit Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG vorgebracht hätte.

g) Der Senat teilt die Auffassung, dass der Beklagte nicht konkret den Nachweis führen muss, dass er bei erteilter zutreffender Widerrufsbelehrung den Widerruf auch tatsächlich ausgeübt hätte. Vielmehr ist zur effektiven Umsetzung der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs zugunsten des Verbrauchers von der – widerleglichen – Vermutung auszugehen, dass er sich nach einer derartigen Belehrung innerhalb der Widerrufsfrist zu einem Widerruf entschlossen und auch im Übrigen alle erforderlichen Schritte unternommen hätte, um die vertraglichen Bindungen an das Anlagengeschäft zu beseitigen, was ihm nach obigen Ausführungen gelungen wäre.

Eine derartige Vermutung ist dem deutschen Recht nicht fremd. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungs- oder Beratungspflichten verletzt, dafür beweispflichtig, das der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte also den Rat oder Hinweis nicht befolgt hätte (siehe BGHZ 121, 151, 159 f. m.w.N.). Allerdings liegt die Besonderheit der die Kreditinstitute nach Art. 4 Richtlinie treffenden Pflicht zur Belehrung über das Widerrufsrecht darin, dass der Inhalt dieser Belehrung gewissermaßen verhaltensneutral ist. Dem Verbraucher ist zwar die Möglichkeit aufzuzeigen, sich über den Widerruf von dem in einer Haustürsituation abgeschlossenen Vertrag zu lösen, ihm werden aber keine Hinweise erteilt, die sich auf den Inhalt und die Sinnhaftigkeit des betreffenden Vertrages beziehen. Die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes basieren jedoch erkennbar auf der Überlegung, dass eine - ordnungsgemäße - Belehrung über das Widerrufsrecht tauglich ist, den Verbraucher aus der durch den Hausbesuch geschaffenen Überraschungs- und Überrumpelungssituation zu befreien und ihm die Möglichkeit zu eröffnen, die Zweckmäßigkeit der eingegangenen Verpflichtungen zu überdenken. Dabei ist in den vorliegenden Fällen nicht auf das Darlehen selbst abzustellen; dass die dem Beklagten gewährten Darlehenskonditionen den damaligen Marktverhältnissen nicht entsprochen hätten, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr ist auf die mit dem Darlehen finanzierte Anlage abzuheben, denn allein auf dieser Anlagenentscheidung beruht der Entschluss zur Darlehensaufnahme.

Nach den aus der Selbstauskunft des Beklagten ersichtlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen war der Erwerb des Appartements aber für ihn unvernünftig und untunlich. Einem monatlichen Einkommen von DM 2.700,68 und einem Bankguthaben von DM 1.000,- standen monatliche Ausgaben von DM 1.546,43 gegenüber, wobei die Aufstellung keinerlei Mietaufwendungen für den Beklagten berücksichtigte. Der Beklagte wohnte damals – ohne Kostenbeteiligung - bei seinen Eltern. DM 296,43 waren einkalkuliert als monatliche Zahlungen auf eine Beteiligung an einem Immobilienfonds, deren Verkehrswert mit DM 50.000,- angegeben wurde und die mit einem Restdarlehen von DM 38.836,80 und einer Vorfinanzierung über DM 10.956,- finanziert worden war. Weitere DM 1.250,- waren als Lebenshaltungskosten berücksichtigt. Der

Beklagte verfügte also weder über ein nennenswertes Eigenkapital noch über ein für eine – weitere – Finanzierung einzusetzendes Einkommen, wenn man berücksichtigt, dass der Beklagte als zum Zeitpunkt des Vermittlungsgesprächs bereits Einundreißigjähriger in absehbarer Zeit eigene Mietaufwendungen zu erwarten hatte. Seine Möglichkeit, die laufenden monatlichen Belastungen von DM 934,- für das Darlehen der Klägerin und DM 715,- für das Darlehen der DSL-Bank zu bedienen, war damit – neben dem Fortbestand der einkalkullerten Steuervorteile - entscheidend davon abhängig, dass die für sein Appartement prognostizierten monatlichen Pachteinnahmen von DM 888,- aus dem Objekt dauerhaft erzielt werden konnten. Allerdings mögen die gravierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Projekts 1992 in vollem Umfang nicht absehbar gewesen sein. Nach der Insolvenz des ersten Pächters in 1994 und der Bauträgerfirma in 1995 hatte auch nach Vortrag der Klägerin das Objekt 2003 eine Auslastungsquote von lediglich 28,2 %, die 2004 auf 54,2 % stieg; der entscheidende Durchbruch soll für das Jahr 2007 erwartet werden, also erst für das 15. Jahr nach Fertigstellung des Objektes. 1992 stellte sich das Projekt jedenfalls als ein für Deutschland neuartiges Konzept dar, mit dem es keine praktischen Erfahrungen gab und dessen Rentabilität dementsprechend risikobehaftet und schwer einschätzbar war. Zudem stand der Kaufpreis für das Appartement mit DM 160.784,39 in einem signifikanten Missverhältnis zu den vom Anleger zu tragenden und zu erwirtschaftenden Gesamtkosten von DM 237.327,25 (mit Berücksichtigung der Disagien DM 263.697,10), selbst wenn der Kaufpreis für das Appartement marktgerecht gewesen sein sollte, was der Beklagte unter Hinweis auf die für die DSL-Bank vorgenommene Schätzung des Ertragswertes eines anderen Appartements auf DM 73.000,- vom 25.08.1992 (Anlage B 10) bestreitet. Angesichts dieser Risikostruktur verbot sich bei vernünftiger Überlegung für Anleger ohne freies Einkommen und nennenswertes Vermögen eine solche Anlage von vornherein.

Ob diese Vermutung durch die von der DSL-Bank in dem gleichfalls beim Senat rechtshängigen Rechtsstreit 2 U 53/02 dem dortigen Beklagten - einem Kreditnehmer zur Finanzierung eines Appartements in demselben Objekt - erteilte Widerrufsbelehrung erschüttert wird, die ersichtlich nach dem HaustürWG erfolgte, mag dahinstehen. Es ist nicht dargelegt, dass und gegebenenfalls wann auch der hier Beklagte eine solche Belehrung erhielt. Anzumerken ist aber,

dass auch diese im Rechtsstreit 2 U 53/02 vorgelegte Belehrung der DSL-Bank, die den Parteien bekannt ist, nicht dem Deutlichkeitsgebot des § 2 Abs. 1 HaustürWG entsprach, weil nach ihr die Widerrufsfrist „ab dem Wirksamwerden der auf den Abschluß des Darlehensvertrages gerichteten Erklärung" beginnen sollte. Das HaustürWG knüpfte den Beginn der Widerrufsfrist aber an die Aushändigung der Widerrufsbelehrung sowie an die Abgabe der auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung an, dagegen nicht an deren Wirksamkeit. Letzteres verbot sich schon deswegen, weil die Wirksamkeit nach dem damaligen Recht gerade von dem unterbliebenen – rechtzeitigen – Widerruf trotz ordnungsgemäßer Belehrung abhing. Zum anderen erfolgte diese Belehrung im Hinblick auf ein anderes Darlehen durch eine andere Bank und zu einem Zeitpunkt, als für den dortigen Beklagten das Auseinanderklaffen zwischen dem Kaufpreis des Appartements und den zu finanzierenden Gesamtkosten noch nicht so handgreiflich war wie bei dem von der Klägerin herausgegebenen zeitlich nachfolgenden Darlehen. Gerade bei diesem zweiten – weitgehend für die Nebenkosten benötigten – Darlehen wäre daher eine Widerrufsbelehrung von besonderer Wichtigkeit gewesen.

h) Als Folge dieser Pflichtverletzung ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes der Beklagte zu Lasten der Klägerin von den besonderen Risiken des finanzierten Geschäfts zu befreien, wobei der Gerichtshof neben dem Risiko eines überhöhten Kaufpreises insbesondere das Risiko anführt, dass sich die veranschlagten Mieteinnahmen nicht erzielen lassen und dass sich die Erwartungen in Bezug auf die Entwicklung des Immobilienpreises als falsch erweisen. Nach Ansicht des Senats lässt sich diese Risikoverlagerung entsprechend den zu den verbundenen Geschäften nach § 9 VerbrKrG entwickelten Grundsätzen dadurch bewerkstelligen, dass der Klägerin der Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst marktüblicher Verzinsung zu verwehren und sie auf das mit diesem Darlehen erworbene wirtschaftliche Substrat zu verweisen ist (ebenso Staudinger, NJW 2005, 3521, 3525). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, mit der das finanzierende Kreditinstitut bei erfolgtem Widerruf oder bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages auf das mit dem Kredit erworbene Anlageobjekt verwiesen wird, basiert allerdings darauf, dass bei Unwirksamkeit des Darlehensvertrages unter den Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 VerbrKrG bei der Rückabwicklung die Bereicherung des Anlegers nur in der mit dem

Bereicherung des Anlegers nur in der mit dem Darlehen finanzierten Kapitalanlage gesehen wird (siehe BGHZ 159, 280, 287 ff.; NJW 2004, 2736, 2739; NJW 2006, 495, 496). Auch wenn – richtlinienkonform – bei Realkrediten § 9 VerbrKrG keine Anwendung findet (s.o.), sieht der Senat eine dem verbundenen Geschäft sehr nahe kommende Situation darin, dass der Beklagte bei erfolgter richtiger Belehrung über sein Widerrufsrecht die Möglichkeit gehabt und genutzt hätte, Darlehensvertrag und Kaufvertrag zu Fall zu bringen. Als Folge der unterlassenen Widerrufsbelehrung muss der Beklagte somit so gestellt werden, als habe er weder den Darlehensvertrag noch den Kaufvertrag über das Appartement abgeschlossen. Nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs ist der Verbraucher aber zudem als Folge der den Darlehensvertrag betreffenden Pflichtverletzung zu Lasten des finanzierenden Kreditinstituts von den Risiken des finanzierten Geschäfts freizuhalten. Ein Schadensersatz, der den Beklagten im Wege der Naturalrestitution von den wirtschaftlich nachteiligen Folgen des finanzierten Geschäfts freihalten soll, lässt sich daher nach Auffassung des Senats am Wirksamsten dadurch herbeiführen, dass die Bank von vornherein statt der Darlehensvaluta und eventueller Zinsen auf das risikobehaftete Anlagenobjekt zu verweisen ist, was der Beklagte dem Zahlungsanspruch nach Treu und Glauben entgegenhalten kann („dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est"). Dem steht nicht entgegen, dass nach der im Revisionsurteil vom 27.01.2004 geäußerten und für den Senat nach § 563 Abs. 2 ZPO bindenden Ansicht des Bundesgerichtshofes es der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers war, Realkredite aus dem Anwendungsbereich des § 9 VerbrKrG herauszunehmen, was einen Rückgriff auf § 242 BGB generell ausschließen soll. Zum einen wendet der Senat § 9 VerbrKrG nicht direkt oder analog an, sondern orientiert sich nur an der hierzu entwickelten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei Beantwortung der Frage, wie die vom Europäischen Gerichtshof verlangte Risikoüberwälzung vom Verbraucher auf die finanzierende Bank zu erfolgen hat. Zum anderen kann nicht unterstellt werden, dass der Gesetzgeber eine zu richtlinienwidrigen Ergebnissen führende Gesetzessystematik gewollt hat und dabei selbst die Umsetzung einer Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hat verhindern wollen, die bei Verabschiedung der gesetzlichen Regelung weder bekannt noch absehbar war. Im Hinblick auf die Vorlageentscheidung des Europäischen Gerichtshofs, die es zu beachten gilt, sähe sich der Senat insoweit auch nicht nach § 563 Abs. 2 ZPO an eine mögli-

cherweise gegenteilige Ansicht des Bundesgerichtshofs im Revisionsurteil gebunden.

Wie im Urteil des Senats vom 16.01.2003 ausgeführt (Seite 24 oben = Bl. 569 d.A.), hat der Beklagte alles ihm Zumutbare dadurch getan, dass er das Objekt der Klägerin zur Verfügung gestellt hat, was auch als bindender Antrag auf Zession der abtretbaren Rechte zu verstehen ist, die dem Beklagten aus seiner Beteiligung an dem Steuersparmodell gegen Dritte zustehen. Dass die Klägerin mit Rücksicht auf ihre dingliche Sicherung durch Grundschulden noch an einem Eigentumserwerb interessiert ist, hat sie nach wie vor nicht erkennen lassen.

Die aus dem Appartement gezogenen Nutzungen bedürfen keiner besonderen Berücksichtigung, weil sie unstreitig von vornherein auf das bei der Klägerin hierfür geführte Girokonto flossen und damit in der Berechnung des Saldos bereits zugunsten der Klägerin berücksichtigt sind. Gleiches gilt für die Steuererstattungsansprüche, die an die Klägerin abgetreten wurden und für die Finanzierung des Objektes nutzbar gemacht werden sollten und ebenfalls auf das hierfür geführte Girokonto fließen sollten und gezahlt wurden.

Soweit die Klägerin darauf verweist, dass ihr unabhängig von dem Widerruf des Darlehens auf jeden Fall der vom Beklagten anerkannte Saldo aus dem Girokontoverhältnis zustehe, vernachlässigt sie, dass unstreitig das Girokonto ausschließlich als Abwicklungskonto für den Darlehensvertrag und für das mit dem Darlehen finanzierte Steuersparmodell diente, ihm somit keine eigenständige Bedeutung zukommt. Dass der Beklagte eigenen Bedarf an einem in Crailsheim eingerichteten Girokonto gehabt und dieses auch für Zahlungsvorgänge außerhalb der von der Klägerin finanzierten Anlage verwandt hätte, ist jedenfalls weder dargelegt noch ersichtlich.

i) Die von der Klägerin erhobene Verjährungseinrede greift nicht ein.

Der Ersatzanspruch des Beklagten aus Verschulden bei Vertragsabschluss verjährte nach altem Recht in 30 Jahren ab Entstehung des Anspruch (§ 195 BGB a.F.), d.h. frühestens mit der pflichtwidrig unterbliebenen Belehrung über das Widerrufsrecht in 1992. Nach neuem Recht unterliegt er einer Verjährungsfrist

von drei Jahren ab Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entsteht und in welchem der Gläubiger die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderliche Kenntnis erlangt (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB n.F.). Da die alte Verjährungsfrist zum 01.01.2002 noch nicht abgelaufen war, die neue Frist aber kürzer ist, lief nach Art. 229 EGBGB § 6 Abs. 4 Satz 1 ab 01.01.2002 die kürzere Frist. Ob auch im Rahmen dieser Überleitungsvorschrift der § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB Anwendung findet, ist streitig (bejahend mit weiteren Nachweisen OLG Bamberg, NJW 2006, 304; a.A. z.B. Assmann/Wagner, NJW 2005, 3169 ff.), wobei zudem problematisch ist, ob vor Erlass der maßgeblichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 25.10.2005 überhaupt von einer Kenntnis des Beklagten über einen solchen Anspruch ausgegangen werden kann. Wird dies verneint, ist der Gegenanspruch des Beklagten von vornherein nicht verjährt. Geht man – wie die Klägerin unter Berufung auf Assmann/Wagner - von der Unbeachtlichkeit des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB im Rahmen des Art. 229 EGBGB § 6 Abs. 4 Satz 1 oder von einer Kenntniserlangung des Beklagten im Zuge der zum Widerruf führenden anwaltlichen Beratung in 2001 aus, käme eine Verjährung wiederum nur in Betracht, wenn man nicht bereits dem Verteidigungsvorbringen des Beklagten in erster Instanz – und damit in unstreitig auch bei Berechnung der Dreijahresfrist ab 01.01.2002 unverjährter Zeit – die gerichtliche Geltendmachung des Gegenanspruchs entnehmen wollte.

Dies mag aber ebenso dahinstehen wie die Frage, ob der oben bejahte Einwand der unzulässigen Rechtsausübung – entsprechend den Grundsätzen zu selbständigen Einreden (siehe Palandt/Heinrichs, 65. Aufl., § 194, Rn. 6; Grothe im MünchKomm., 4. Aufl., § 194 BGB, Rn. 24 m.w.N.) - von vornherein keiner Verjährung unterliegt oder ob er wie eine unselbständige Einrede zu behandeln ist und damit der Verjährungsfrist des Gegenanspruchs unterfällt (siehe Heinrichs a.a.O.), weil er auf einer dem Zahlungsanspruch entgegenstehenden Verpflichtung der Klägerin zur Naturalrestitution aus vorvertraglicher Pflichtverletzung beruht. Jedenfalls standen sich bei einer zugunsten der Klägerin unterstellten Entstehung des Gegenanspruchs des Beklagten vor Ablauf des Jahres 2004 der Zahlungsanspruch der Klägerin und der Anspruch des Beklagten auf Schadensersatz aus unterbliebener Widerrufsbelehrung in aufrechenbarer Zeit gegenüber, so dass dem Beklagten in entsprechender Anwendung des § 390

Satz 2 BGB a.F. (siehe BGHZ 53, 122, 125) oder nach § 215 BGB n.F. der Einwand trotz Verjährung verblieb.

Der in Ziffer 4. der Geschäftsbedingungen der Klägerin enthaltene Aufrechnungsausschluss steht dem schon deswegen nicht entgegen, weil er nicht auch generell die Geltendmachung von Einreden betrifft. Ihm wäre aber auch nach § 9 AGBG im Hinblick auf den damit bewirkten Ausschluss einer Berufung auf § 390 Satz 2 BGB bzw. § 215 BGB die Geltung zu verweigern (siehe Heinrichs/Palandt, a.a.O., § 309 BGB, Rn. 17; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1082). Zudem stünde einem Ausschluss des dem Beklagten zustehenden Gegenrechts entgegen, dass der Rechtsstreit auch insoweit entscheidungsreif ist (siehe OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 757 f. m.w.N.).

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO zuzulassen, denn die Rechtssache hat insbesondere wegen der Frage, wie die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 25.10.2005 in das nationale Recht umzusetzen sind, grundsätzliche Bedeutung, wobei im Hinblick auf diverse weitere Verfahren mit entsprechender Problematik die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.

gez. Blum gez. Dierks gez. Wolff

Für die Ausfertigung
Packhäuser
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen
[Packhäuser]
Justizhauptsekretärin